

- I -

AKDENİZ'DE ANAYASACILIĞA DOĞRU
TOWARD CONSTITUTIONALISM IN MEDITERRANEAN
VERS LE CONSTITUTIONNALISME EN MEDITERRANEE

ANAYASA HUKUKÇULARI AĞI PROJESİ AVRO-AKDENİZ
COĞRAFİ BÖLGESİNDE HUKUK DEVLETİ*

(CONSTITUTIONAL LAWYER NETWORK PROJECT, RULE OF LAW IN EURO
MEDITERRANEAN GEOGRAPHICAL REGION)

Bertrand Mathieu

Sorbonne-Paris 1 Üniversitesi Hukuk Okulu Anayasa Hukuku Profesörü,
Fransa Anayasa Hukuku Derneği Başkanı, Hakimler Yüksek Kurulu
Üyesi/*Professor of Constitutional Law at the School of Law at the
Sorbonne (Paris 1), President of the French Association of
Constitutional Law / Board Member of the Suprem Council Judiciary*

ÖZET

Hukuk Devleti kavramı bir yandan siyasi yapı ile kurumların işle-
yişinin meşruluğu temeline ilişkin kimi taleplerine yani demokrasiye,
aynı zamanda temel hakların korunmasının teyidine atıfıdır.

Esasen hukuk devleti, insan haklarının farklı anlamlarıyla bir ko-
rumaya atıfta bulunmaktadır.

Temel hakların evrenselliği sorunu böyle ortaya konmakta; temel
haklara dayanan bir değerler sistemi, özellikle hemen tüm ülkeler tara-
findan onaylanmış uluslararası sözleşmeler ve taahhütler aracılığıyla
evrensel kabiliyette bir sistem olarak kendisini kabul ettirme eğilimin-
deyse eğer, tartışma, şu ya da bu hakkın evrensel niteliği yahut da kendi-
sine yüklenen anlam üzerinde sürmeye devam etmektedir. Buna karşın,
evrenselci yaklaşım; topluluklara, dillerini, ait oldukları bölgeleri, dinle-
rini, kültürlerini dikkate alan özel hakların tanınmasını kapsayabilir ya-
hut da tam tersine bu farklılıkları hukuken bir yasak konusu yapabilir ki
bu da, gene önyargısız olarak bu sorun üzerinde tartışma ve mukayeseli
incelemelere götürülebilir.

* Farnsızcadan çeviren Reha Yünlüel.

Oysa temel hakların evrenselci yaklaşımı devletleri; ya ortak yaklaşımları geleneklere, dini ya da değil bir değerler sistemine, farklı ekonomik yaklaşımlara uymaya ya da ortak bir değerler çekirdeği belirleyerek ortadan kaldırılamaz farklılıkları kabule götürmektedir.

Akdeniz coğrafi çerçevesinin kabulü böyle bir değerlendirmeye mükemmel bir şekilde uygun görünmektedir. Gerçekten de Akdeniz ülkeleri kısmen aynı tarih ile kültürel ve gerçek ekonomik bağları paylaşmaktadırlar. Buna karşılık bu devletler böylesi dikkat çekici ve önemli bir model kurabilmek için birbirlerinden oldukça farklı dini veya kültürel geleneklerin, kurumsal sistemlerin, ekonomik gelişmişliklerin izini taşımaktadırlar.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti/demokrasi/temel haklar (evrensellik – yasamasal ve yargısal tercüme)/ortak değerler/ulusal gelenekler/kurumlar/Akdeniz ağı/Akdeniz mekânı

ABSTRACT

Constitutional law scholars network project

State of law in the Euro-Mediterranean

The concept of state of law is related to democracy on one side and the protection of basic rights on the other. Here democracy should be understood as demands regarding the legitimacy of political structure and the way institutions function.

State of law, in other words, means the protection of human rights with its different connotations.

Here is the question of the universality of basic human rights: If a values system based on basic rights wants to be credited as universal using the approval of other countries by international agreements and commitments, the discussion will continue on the universality of the right or its assigned values. A universalist approach might include special rights for communities regarding their territory, language or religion, which can lead to unbiased debates and comparative research.

Actually, the universalist approach forces states either to adopt common values to traditions, belief systems and different economic approaches, or sets a nucleus of common values and forces them to accept undeniable differences.

The acceptance of the Mediterranean as a geographical region is an example of this process. Mediterranean countries do share historical, cultural and real economic ties. On the other hand, these countries have religious and cultural traditions, institutional systems and levels of economic development quite different to form this kind of a model.

Starting from a minimal and relative concept of state of law, it is necessary to define how a state or system includes democracy or basic rights, how do they consider the necessities of these institutional systems. It is also important to identify which definitions and measurements they use. Therefore, it is necessary to attach this research to national institutional and political systems and define by every legal system that registers a state of law.

Then, it is necessary to focus the research on basic rights not only through some general analysis but also on analysis of some subjective rights. For example, one can consider some principles that are generally recognized but open to different discussions and application by nature. Gender equality, religious freedom, freedom of speech, right to private life, family, property, necessity of legal protection, right to health or human dignity can be examples. The choice should be a common choice based on the tangible benefit of comparative research. In the same way, the main subject of this research is not to generate a common definition or define a common importance, but to analyze how these right were part of actual texts and how they were carried out by judiciary and legislative powers.

Keywords: *State of law, democracy, basic rights (universality – legislative and judiciary translation), common values, national traditions, institutions, Mediterranean network, Mediterranean territory*

Arap dünyası ile Mağribi etkileyen devrimler, çağdaş anayasacılığın inşaaı için önemli bir aşama oluşturmakta ve evrenselliğini yeniden sorgulatmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemle sınırlı kaldıkta, savaş sonrası anayasalar, güney Avrupa ülkelerindeki demokratikleşme (Yunanistan, İspanya, Portekiz), Sovyetler Birliği'nin çöküşü hukuk devletlerinin kuruluşunda hepsi birer aşama oluşturmaktadırlar. Dünyanın diğer bölgelerine baksaydık, Brezilya örneğinde olduğu üzere, özellikle Güney Amerika ülkelerinin anayasalarını inceleyebilecektik.

Fas, Tunus ve Mısır'da gerçekleşen ya da gerçekleşmekte olan devrimler ile anayasal dönüşümler yeni bir sınav oluşturmaktadır. Bunlar, hukuk devletine doğru bir dönüşüm ile teokrasilerden mülhem rejimlerin çekimi arasında çok güçlü bir gerilim yaratmaktadır. Tunus ve Mısır'da devrilen otoriter rejimler, devrimlerin özgür kıldığı merkezkaç kuvvetlerin hareketini bastırıyor ve maskeliyorlardı. Fas'ta mevcut rejimin evrimi, hukuk devletinin gerekleri ile düzenlemek zorunda olduğu toplumun gerçekliği arasındaki dengeyi temin etmeyi amaçlıyor. Bu aynı zamanda özellikle bir çok Tunus'lu ve Mısır'lı hukukçunun da büyük

arzusu. Türk Anayasasındaki değişiklik tartışmaları da bu açıdan dikkatle izlenmeli.

Gelecek herhangi bir yerde yazılı olmadığı gibi hiç kimse hangi yaklaşımın bu gelişmelerden galip çıkacağını da bilemez.

Her halükârda bu değişim bize, hepimizin genel olarak katıldığı ve arzuladığı bu hukuk devletinin sert çekirdeğini oluşturan unsurlar üzerine düşünmemiz için önemli bir fırsat veriyor. Bu düşünce yürütme (tarzı), söz konusu toplumların gerçekliklerini, miraslarını, tarihlerini, değer sistemlerini dikkate almalıdır ki sözcükleri, uyumluluklarını araştırmadan yapay bir şekilde gerçekliklere tutturmakla yetinmesin. Batı Avrupa'da olduğu üzere düşünce yürütme, hepimize ortak olanlar ile her devlete özgü olanlar arasındaki ayrımı gerektirmektedir.

Hukuk devleti kavramı, bir yandan, siyasi yapının meşrûluğunun temeline, öte yandan kurumların işleyişine yani demokrasiye, ama aynı zamanda da temel hakların kabul ve korunmasına dair bazı gerçekliklere göndermede bulunmaktadır.

A- Araştırmanın konusu: Temel haklar ve erklerin düzenlenmesi konularındaki ayrışma ve benzeşmeler

Esasen hukuk devleti kavramı özellikle insan haklarının kabul ve korunmasına tüm anlamlarıyla göndermede bulunmaktadır. Demek oluyor ki, yalnızca bireysel özgürlükleri değil ama sosyal hakları, kişilik haklarını, özel teşebbüs hakları ya da çevre haklarının tanınmaları denli garanti edilmelerini de dikkate almak gerekiyor.

Bu aynı zamanda temel hakların evrenselliğine dair bir sorudur. Temel hakların korunmasına dayalı bir değerler sistemi eğer, özellikle hemen tüm devletlerce onaylanmış uluslararası sözleşmeler ve taahhütler vasıtasıyla, kendisini evrensel bir sistem olarak dayatmaya kalkarsa o zaman da tartışma şu ya da bu hakkın evrenselliği etrafında devam eder. Bunun gibi, sosyal hakların yeri, yani devlet ya da kamu idarelerine vatandaşlar karşısında yük getiren iş, konut ya da sağlık gibi haklar temel haklar kategorisinde evrensel olarak kabul edilmemektedirler. Aynı şekilde, çeşitli prensipler üzerindeki genel bir kabulün arkasında öze dair bir red saklanmaktadır. İnsan onuru prensibi de bunun gibi, ya bireyin özgürlüğünü sınırlayabilecek nesnel, yahut da bireyin bizzat özgürlüğünü ifade eden öznel bir ilke olarak düşünülmüştür. Örneğin hayatına son verme üzerine tartışmalar bu temel ayrışmayı göstermektedir. Öte yandan, temel hakların evrenselci anlayışı dillerine, bir bölgeye aidiyetlerine, dinlerine, kültürlerine bağlı olarak topluluklara özgül hakların tanınmasını kapsayabilir... Ya da aksine bu farklılıkların hukuksal olarak dikkate alınmalarını yasaklamaya götürebilir. İşte gene bu sorun üzerindedir ki, karşılaştırmalı tartışma ve çözümlemeler ön yargısız bir bi-

çimde yapılabilecektir. Uluslararası planda uzlaşma bazen tanınan hakların özleri ya da önemlerine taraf olma eksikliği pahasına elde edilmektedir.

Aslında temel hakların evrenselci yaklaşımı; ya geleneklere, dini ya da dindışı değer sistemlerine, farklı ekonomik yaklaşımlara itaat eden devletlere ortak kavramlar dayatmaya, yahut da bir değerler çekirdeği belirlemeye ve ortadan kaldırılamaz farklılıklar olduğunu kabule götürüyor.

Bu yaklaşımların birincisi Avrupa gibi göreceli olarak türdeş bir hukuk sisteminde kendini kabul ettirme eğilimindeyken bile hiç sorunsuz gerçekleştirilmemektedir. Daha ayrışık bir bağlamda ise ikinci yaklaşıma başvurmak yerinde olacaktır.

Devletlerüstü bir hukuk düzenindeki ortak ilkeler ile ulusal hukuk düzenlerinin kendi ilkeleri arasındaki ayırım Avrupa kurumları ve devletler arasında gitgide daha açık ve eylemleri bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşımlar AİHM denli Avrupa Birliği hukukunca (ortak anayasal ilkeler) ve ulusal anayasa mahkemelerince de özgül anayasal ilkelerle farklı biçimlerde göndermelerde bulunarak (karş. ör. Alman Anayasa Mahkemesi ile Fransız Anayasa Konseyi'nin içtihatları) kullanılmaktadır. Bu ayırımın etkileri yalnızca ilkelerde değil aynı zamanda şu ya da bu kategorideki hak ve özgürlüklerin korunma biçimlerinde de söz konusu olmakta, dolayısıyla kurumsal sonuçlar doğurmaktadır.

O takdirde bu ayırımın Avrupa çerçevesi dışında isabetini ve duruma göre önemini göndermede bulunduğu ortak ilkelerin -sözcüğün tam anlamıyla- daha ideolojik ve hukuksal olarak daha önemsiz, daha az türdeş bir sahada belirlemek yerinde olacaktır.

Benzeri bir çözümlenme kurumsal planda ve demokratik ilkelerin yerleştirilmesi konusunda yapılmalıdır. Demek oluyor ki bunlar, aynı çözümlenme yöntemine tâbi tutulması gereken egemenlik, erkin ayrılığı, seçim haklarının kullanılması ilkeleri ile erkin kullanım koşullarıdır. Bazı sorunlar hem temel haklar sisteminden hem de kurumsal sistemden çıkmaktadır. Aynı şekilde örneğin hak ve özgürlüklerin yargısal korunma koşulları da.

B- Avro-Akdeniz sahasının isabeti

Akdeniz coğrafi çerçevesinin uygunluğu böyle bir çözümlenme için mükemmel görünmektedir. Gerçekten de Akdeniz devletleri kısmen aynı tarihi paylaşmakta ve gerçek ekonomik ve kültürel bağlara sahiptirler. Üstelik bugün hepsi, potansiyel ve embriyon hâlindeki ortak bir siyasi yapı içerisindedir: Akdeniz Birliği. Buna karşılık, söz konusu devletler böylesi dikkat çekici ve önemli bir model kurabilmek için birbirlerinden oldukça farklı dini veya kültürel geleneklerin, kurumsal sistemlerin, ekonomik gelişmişliklerin izini taşımaktadırlar.

Demokrasi ve temel hakları kapsayan ve -göreceli olarak- biçimsel asgari bir hukuk devleti kavramından hareket edersek; her devletin ya da

dikkate alınan sistemin demokrasi ve temel hak kavramlarından hangilerini kapsadığını, yani kurumsal sistemlerin bu gereklilikleri nasıl dikkate aldıklarını, bu kavramlara göndermede buldukları tanımlar ile ölçütlerini belirlemek yerinde olur. Anayasal ifadeleri boyunca söz konusu yaklaşımlar üzerine hem soyut hem somut olan bu tartışma, gerçekleştirilmelerine yönelik somut bir çözümlmeye kadar devam etmelidir. Aynı şekilde, anayasal metinlerde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin dikate alınmalarının ötesinde hayata geçirilebilmeleri için yasama ve yargı erklerince de dikkate alınmaları gerekecektir. Başta bir çalışma yönteminin tespiti yerinde olacaktır.

C- Pragmatik bir yaklaşım

Önce her katılımcının, kendi hukuk sistemine göre, hukuk devletinin varlığını oluşturan kriterleri kısaca belirlemesini öneriyorum. Bu çözümlenme bir tek teoride kalmayarak, ulusal siyasi ve kurumsal sistemlere de çengel atmalı.

Ardından, araştırmayı; yalnızca genel bir çözümlenmeden hareketle değil, fakat öznel kimi hakların çözümlenmesinden hareketle de, temel haklar üzerine odaklamak gerekecektir. Örneğin genel olarak tanınmasına karşın, doğası gereği tartışmalara, farklı uygulamalara yol açabilecek kimi ilkeler dikkate alınabilir. Örneğin kadın erkek eşitliği, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı, aile hakkı, mülkiyet hakkı, yargısal koruma gereği, sağlık hakkı ya da insan onuru ilkesinde böyle olabilir. Seçim, karşılaştırma çalışmasının yararını gözeten somut bir takdirden hareketle ortaklaşa yapılmalıdır. Aynı şekilde, bu araştırmaların esas konusu ortak, soyut bir tanım aramak ya da bir önemi tespit etmek değil, fakat, hem yerinde metinlerle bu hakların tanındığı terimleri, hem de bunların yasama ve yargı erklerince hayata geçirilişlerinin şartlarını çözümlenektir.

Özellikle, siyasi ve yargısal erkleri birbirinden ayırt ederek erkler ayrılığına yönelirken, kurumsal planda, yargının yeri konusu ayrıcalıklandırılabilir.

Bu karşılaştırmalı çözümlenmelerin amacı monografiler ortaya koymak değil fakat, simgesel örnekler boyunca hukuk sistemlerinin her birini düzenleyen prensipleri araştırmaktır. Gerek kişi özgürlükleri ve ekonomik özgürlükler, gerekse sosyal haklar, ya da bilimin gelişimi ile tıbbi uygulamalar karşısında hukukun yeri, yahut da özellikle devlet kurumlarının yapısı. Kabul edilen ilkeler ile hukuksal uygulamalar arasındaki karşılaştırmadan hareketle, temel ilkelerin aşamalı yeniden inşası; şu ya da bu sorunun yapay olduğunu gösterebilecek ve aksi uygulamaları haklı çıkarabilecek önceden kurulmuş yaklaşımları ve ön varsayılan bir görüş birliğini yapıştırmadan, ortak ilkelerin belirlenmesine ve böylece gerçekleştirilmeleri ile korunmalarını sağlamaya yardımcı olan bir çözümlenmenin yapılmasına katkıda bulunmak amacını taşımaktadır.

D- Başlıca sosyal ve ekonomik kozlar ve riskler

Bu araştırmanın yalnızca teorik sonuçları yoktur. Avro-Akdeniz sahasındaki birbiriyle tutarlı pratik koz ve riskleri göstermektedir.

Herşeyden önce, siyasi planda. Açıktır ki, ortak kültürlerin toprağı olan Akdeniz sahası, aynı zamanda bir ihtilaf sahasıdır. Belli sayıda temel haklar bu uyuşmazlıkların tam ortasındadır: din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, toplulukların tanınması mümkün ya da mümkün olmayan hakları, eşitlik ilkesi, genel olarak yahut da özgül anlamlarıyla yasa önünde eşitlik veya kadın erkek arasındaki eşitlik gibi ...

Burada başlanan yaklaşıma rehberlik eden iddia, ortak ilkelerin araştırılmasının ve ifade edilmesinin değişiklikleri kolaylaştırmaya katkısının olacağı ve böylece bir benzeşme alanı yaratacağıdır. Benzeşme, tekrar edelim ki, ayrışmaları yapay bir şekilde maskeleyemediği sürece etkili olacaktır.

Sonra, ekonomik planda. Bir ekonomik sahanın yaratılması, örneğin herşey bir yana yalnızca Avrupa Birliğinin gelişimlerinin gösterdiği üzere artık temel hakları görmezlikten gelemeyiz. Bir yandan ekonomik süreçlerde uluslararası düzeyde belli sayıda hakka saygı ile üretim ve alış verişin gerekliliği daha kaçınılmaz olmaya başlıyor. Öte yandan hukukun tüm dalları temel haklara ilişkin uluslararası ve anayasal ilkeler ve kurallara tâbi olma yolunda ilerliyor. Bunlar çevre hakkını unutmadan sosyal (çalışma hakkı, sağlık hakkı...) ve ekonomik haklardır (sözleşme özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü, mülkiyet hakkı). Ve son olarak belki de özellikle avro-akdeniz ekonomik ilişkileri açısından bir hukuk güvenliğinin gerekliliği baş gösterebilir. Oysa bugün, temel haklar hukukunun, uluslararası özel hukuk ve ticaret hukukunun ötesinde bu ilişkileri etkilediği tartışmasızdır

Bu açıdan; aynı zamanda iddialı, gerçekçi, farklı kültürlerle saygılı fakat ortak varlığın değerini çoğaltmaya elverişli ortak ilkelerin ve etkili bir şekilde hayata geçirilmesi şartlarının açıkça belirterek bir Avro-Akdeniz Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması sivil toplum için olduğu kadar, kamu erkleri ve ekonomik aktörler için de önemli bir araç olacaktır. Demek ki birbirlerinin kaygısının ortak gerekliliklere saygı çerçevesinde dikkate alınması gerekecektir.

Gene aynı şekilde, hukuk devletinin farklı görünümüne etken olduğu ekonomik durumun da dikkate alınması uygun olacaktır. Batı Avrupa devletlerinde kimi sosyal hakların azaltılması bunun en açık görünümüdür. Not etmek gerekir ki, ulusal anayasalar -bazı Avrupa Birliği üyesi devletlerde olduğu gibi- ekonomik düzenin düşüncelerini ("altın kural") metne sokmakta güçlükler görmektedir. Ekonomik sorunlar; İspanya'da özerk sistemin maliyeti hakkındaki tartışmaların gösterdiği gibi, devlet kuruluşlarının yeniden tartışmaya açılmasına kadar götürebilir.

E- Gerçekleştirme ve Maddi Boyutları

Bu hevesli yaklaşımın başlangıç noktası alçakgönüllü olmalı ve belli sayıda devletin kendi somut gerçekliğini ideolojik ön varsayımlardan azâde incelemeye götürmelidir.

İlk olarak, Akdenizin her iki yakasındaki devletlerden on kadar tanınmış anayasa hukukçusunun toplanması hedeflenmiştir. Birinci evrede İspanya, Fransa, İtalya, Yunanistan, Fas, Tunus, Mısır, Lübnan ve Türkiye ile başlanabilir. Uyumlu ve etkili işleyişi sağlandığında, grubu diğer devletlere genişletmek temenni edilir. Diplomatik nedenlerden ötürü, başlarda, İsrail ve Filistin Ulusal Yönetimi'ne ilişkin sorunlara girilmeyecektir. Grubun her üyesinin kabul edilen konular hakkında ulusal maddi hukuku (anayasal, yasal, içtihadi) inceleyerek ulusal bir çalışma grubu kurma misyonu olacaktır. Hatırlatalım ki, bu çalışmanın arzusu, önceden saptanmış kavramlardan değil “yaşayan hukuk”tan hareketle, ortak özlemlerle özgül gerçeklikleri bir arada dile getiren kavramların oluşturulması için hukuk devletinin koşullarının araştırılmasına yöneliktir.

Bu grup ilk toplantısını 2012 sonbaharında gerçekleştirebilir. Bu olasılıkta amaçlar, çalışma yöntem ve araçları belirlenecektir. Aynı şekilde eşitlik ilkesi, sosyal haklar, ekonomik ilkeler ve Anayasa, adaletin yeri gibi birkaç çalışma ekseninin belirlenmesi de uygun olacaktır... şu var ki, bu liste yalnızca örnekleyicidir.

Bu grup sağlaştıkça genişleme eğiliminde olacaktır. Çalışmaları yeterince ilerlediğinde, gelinen noktaların tespitiyle, elde edilenlerin teyidini, yeni yolların belirlenmesi ile varlığı ve arzularının belirlenmesini sağlayacak uluslararası bir konferans düzenlenmelidir. Sonunda Avro-Akdeniz Hukuk Devleti Enstitüsünün çekirdeği kurulabilecektir. Tekrar edelim ki, alçakgönüllü bu ilk adımlarda, çalışmayı ve tartışmaları kolaylaştırmak amacıyla fransızcagil (frankofon) sınırlı bir grup daha başta kurulmalıdır.

Bu proje kendisine maddi ve kurumsal yardım sağlayabilecek “AK-HUK” (Akdeniz ve Hukuk/Jurimed) derneğinin desteğini isteyebilir. Bu dernek belli sayıda ağa (Akdeniz noterleri ağı, Akdeniz muhasebecileri ağı, ekonomik ve ticari yargı ağı) katılabilir ya da birleştirebilir, aynı zamanda belli sayıda projeyi yürütebilir. Bu mevcut yapıyla kurulan ilişkiler belirlenecek şartlar çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

KAYNAKÇA

Bertrand Mathieu, Constitution: rien ne bouge et tout change, Lextenso, 2013

Débat a Rabat sur les expériences comparées de Justice constitutionnelle (Rabat, le 15 octobre 2012)

PROJET D'UN RÉSEAU DE CONSTITUTIONNALISTES L'ETAT DE DROIT DANS LE CADRE GÉOGRAPHIQUE EURO- MÉDITERRANÉEN

Bertrand Mathieu

*Professeur de droit constitutionnel à l'Ecole de Droit de la Sorbonne
(Paris 1)/ Président de l'Association française de droit
constitutionnel/Membre du Conseil supérieur de la Magistrature*

RESUME

Ce texte présente un projet de constitution d'un réseau de constitutionnalistes euro-méditerranéen. Les révolutions qui ont touché le monde arabe et du Maghreb posent avec une acuité renouvelée la question des critères de l'Etat de droit. Concept communément accepté, l'Etat de droit renvoie cependant, tant en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs que la protection des droits fondamentaux, à des notions dont la portée peut faire l'objet d'appréciations différentes et s'inscrivent dans des contextes spécifiques.

Trop souvent, les analyses en restent à un niveau global et idéologique, sans prendre en compte les réalités du terrain et les inévitables différences, sociales, historiques, culturelles... entre les systèmes juridiques considérés. Ce projet part du postulat que la recherche de ce qui est commun ne peut faire l'économie de l'analyse de ce qui est spécifique.

De ce point de vue l'espace géographique euro-méditerranéen constitue un cadre particulièrement bien adapté. Cette recherche ambitieuse doit cependant s'appuyer sur un certain nombre d'analyses juridiques très concrètes avant que des conclusions plus générales puissent être tirées.

Au surplus cette analyse s'inscrit dans des enjeux économiques, sociaux et géo-politiques que l'on ne peut ignorer.

Mots clefs: *Etat de droit/ démocratie/droits fondamentaux (universalisme-traduction législative et jurisprudentielle)/Valeurs communes/ traditions nationales/institutions/reseau méditerranéen/ espace méditerranée*

Les révolutions qui ont touché le monde arabe et du Maghreb constituent une étape importante dans la construction du constitutionnalisme contemporain et conduisent à s'interroger sur son universalisme. Si l'on s'intéresse à la période d'après la seconde guerre mondiale, les constitutions d'après guerre, la démocratisation d'Etats de l'Europe du sud (Grèce, Espagne, Portugal), la chute de l'Empire soviétique constituent autant d'étape vers la constitution d'Etats de droit. Si l'on regardait vers d'autres régions du Monde, l'on pourrait notamment analyser les constitutions de pays d'Amérique du sud, comme celle du Brésil.

Les révolutions et les transformations constitutionnelles réalisées ou en cours, au Maroc, en Tunisie ou en Egypte, constituent un nouveau défi. Elles manifestent une très forte tension entre l'évolution vers un Etat de droit et l'attraction vers l'instauration de régimes d'inspiration théocratiques. Les régimes autoritaires renversés en Tunisie ou en Egypte masquaient et contenaient l'action de ces forces centrifuges que les révolutions ont libéré. Au Maroc, une évolution du régime en place vise à assurer une évolution harmonieuse entre les exigences de l'Etat de droit et la réalité de la société qu'il s'agit d'organiser. C'est aussi l'ambition de nombreux juristes tunisiens et égyptiens, notamment. Les débats sur la révision de la Constitution turque sont également, de ce point de vue, à suivre avec attention.

L'avenir n'est jamais écrit et nul ne sait quelle logique sortira victorieuse des processus en cours.

Il n'en reste pas moins que cette évolution constitue une remarquable occasion de réfléchir sur ce qui constitue le noyau dur de cet Etat de droit auquel communément nous adhérons et aspirons. Cette réflexion doit prendre en compte les réalités des sociétés concernées, leur patrimoine, leur histoire, leurs systèmes de valeurs. Elle ne peut se borner à plaquer artificiellement des mots sur des réalités sans s'interroger sur leur compatibilité. Comme en Europe occidentale, la réflexion s'impose sur la distinction sur ce qui nous est commun et sur ce qui est spécifique à chacun des Etats.

La notion d'Etat de droit renvoie, d'une part, à certaines exigences relatives au fondement de la légitimité de la structure politique et, d'autre part, au fonctionnement des institutions, c'est à dire à la démocratie, mais aussi à l'affirmation et à la protection des droits fondamentaux.

A- L'objet de la recherche: divergences et convergences en matière de droits fondamentaux et d'organisation des pouvoirs

Substantiellement la notion d'Etat de droit renvoie, notamment, à l'affirmation et à la protection des droits de l'homme, dans leurs diverses

acceptations. Doivent alors être pris en considération, non seulement les libertés individuelles, mais aussi les droits sociaux, les droits de la personne humaine, les droits de l'entreprise, ou les droits protégeant l'environnement de l'homme, tant en ce qui concerne leur reconnaissance que leur garantie.

C'est aussi la question de l'universalisme des droits fondamentaux qui est posée. Si un système de valeurs reposant sur la protection des droits fondamentaux tend à s'imposer comme un système à vocation universelle, notamment par l'intermédiaire des conventions et des engagements internationaux ratifiés par la quasi totalité des Etats, le débat demeure sur le caractère universel de tel ou tel droit. Ainsi l'appartenance des droits sociaux, c'est à dire des droits qui font peser sur l'Etat ou les pouvoirs publics des obligations à l'égard des citoyens, s'agissant par exemple de l'emploi, du logement ou de la santé, à la catégorie des droits fondamentaux n'est pas universellement admise. De même derrière un accord nominal sur certains principes, se cache un désaccord sur ce qui en fait la substance. Il en est ainsi du principe de dignité qui est, soit conçu comme un principe objectif susceptible de limiter la liberté de l'individu, soit comme un droit subjectif qui exprime la liberté même de l'individu. Les débats sur la fin de vie, par exemple, illustrent cette divergence fondamentale. Par ailleurs, la conception universaliste des droits fondamentaux peut recouvrir la reconnaissance de droits spécifiques à des communautés, en fonction de leur langue, de leur appartenance à une région, de leur religion, de leur culture...ou au contraire conduire à interdire la prise en compte juridique de ces différences. C'est aussi sur cette question, et sans préjugés, que le débat et l'analyse comparative pourront porter. Sur le plan international le consensus s'obtient parfois au prix de l'absence de prise de position sur la substance ou la portée des droits reconnus.

En fait la conception universaliste des droits fondamentaux conduit soit à imposer des conceptions communes à des Etats qui obéissent à des traditions, à des systèmes de valeurs, religieux ou non, à des conceptions économiques différentes, soit à déterminer un noyau de valeurs communes et à admettre des différences irréductibles.

C'est la première de ces conceptions qui tend à s'imposer dans un ordre juridique relativement homogène, comme l'Europe, alors même que cela ne s'opère pas sans difficultés. C'est à la seconde qu'il convient de se référer dans un contexte plus hétérogène.

La distinction entre des principes communs à un ordre juridique supra étatique et les principes propres aux ordres juridiques nationaux apparaît de plus en plus évidente et opérationnelle s'agissant des rapports entre les structures européennes et les Etats. En effet ces concepts sont utilisés tant par la Cour européenne des droits de l'homme

que par le droit de l'Union européenne (principes constitutionnels communs) que par les Cours constitutionnelles nationales, qui sous des formes différentes se réfèrent à des principes constitutionnels spécifiques (cf., par exemple, les jurisprudences de la Cour constitutionnelle allemande ou du Conseil constitutionnel français). Elle a des incidences non seulement en termes de principes, mais encore s'agissant des modalités de protection des droits ou libertés relevant de l'une ou de l'autre de ces catégories. Elle engendre donc des conséquences institutionnelles.

Il conviendrait donc de déterminer la pertinence et, le cas échéant, la portée de cette distinction au delà du cadre européen, donc dans un espace à la fois moins homogène et où la référence à des principes communs est plus idéologique, au sens propre du terme, et juridiquement moins prégnante.

Une analyse du même ordre devrait être conduite sur le plan institutionnel et s'agissant de la mise en oeuvre des principes démocratiques. Ce sont alors les principes de souveraineté, de séparation des pouvoirs, d'exercice des droits électoraux ainsi que les conditions d'exercice du pouvoir qui devront être soumis à la même méthode d'analyse. Certaines questions relèvent à la fois du système des droits fondamentaux et du système institutionnel. Ainsi, en est-il, par exemple, des conditions de la protection juridictionnelle des droits et libertés.

B- La pertinence de l'espace euro-méditerranéen

Le cadre géographique méditerranéen semble parfaitement adapté à une telle analyse. En effet les Etats méditerranéens partagent, pour partie, une même histoire et ont des liens culturels et économiques réels.. En revanche ces Etats sont marqués par des traditions religieuses ou culturelles, des systèmes institutionnels, des situations de développement économique suffisamment différents pour constituer un modèle intéressant et significatif.

Partant d'une conception a minima et relativement formelle de l'Etat de droit incluant les notions de démocratie et de droits fondamentaux, il convient de déterminer ce que recouvrent pour chacun des Etats, ou des systèmes considérés, les notions de démocratie et de droits fondamentaux, c'est à dire de déterminer comment les systèmes institutionnels prennent en compte ces exigences, quelles sont les définitions et les critères auxquels renvoient ces notions. Ce débat sur des concepts, à la fois abstraits et concrets au travers de leur traduction constitutionnelle, devra se prolonger par une analyse in concreto de leur mise en oeuvre. Ainsi, au delà de la prise en compte des droits et libertés fondamentales exprimée dans les textes constitutionnels, il conviendra de prendre en compte leur mise en oeuvre tant par la législation que par

la jurisprudence. Dans un premier temps il conviendra donc d'établir une méthode de travail.

C- Une démarche pragmatique

Je proposerai que, d'abord, chaque participant puisse déterminer assez sommairement les critères qui, selon son propre système juridique, conditionnent l'existence d'un Etat de droit. Cette analyse ne devra pas être essentiellement théorique, mais ancrée dans les systèmes politiques et institutionnels nationaux.

Dans un second temps, il conviendra de centrer la recherche sur les droits fondamentaux. Non pas à partir d'une analyse générale, mais à partir de l'analyse de certains droits spécifiques. Pourraient par exemple être pris en compte des principes qui sont par nature sujets à débats, à des applications différentes, mais qui sont communément reconnus. Il peut en être ainsi par exemple de l'égalité entre les hommes et les femmes, de la liberté religieuse, de la liberté d'expression, du respect de la vie privée, du droit de la famille, du droit de propriété, de l'exigence de sécurité juridique, du droit à la santé ou du principe de dignité de la personne humaine. Le choix devra être opéré en commun à partir d'une appréciation in concreto de l'intérêt du travail de comparaison. De la même manière l'objet initial de ces recherches ne sera pas de chercher une définition et de déterminer une portée, communes, in abstracto, mais d'analyser à la fois les termes dans lesquels ces droits sont reconnus par les textes pertinents et d'analyser les conditions de leur mise en œuvre législative et juridictionnelle.

Sur le plan institutionnel, la question de la place de la justice pourrait être privilégiée, alors que l'on s'oriente vers une séparation des pouvoirs distinguant essentiellement le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel.

Ces analyses comparatives n'ont pas pour objet d'établir des monographies, mais de rechercher au travers d'exemples emblématiques les principes qui ordonnent chacun des systèmes juridiques en ce qui concerne tant les libertés individuelles, les libertés économiques que les droits sociaux, ou le positionnement du droit face au développement de la science et des pratiques médicales, ou encore la structure des institutions étatiques, notamment. Cette reconstruction progressive des principes cardinaux, à partir de la confrontation entre la pratique juridique et les principes affirmés, a pour objet de contribuer à la construction d'une analyse permettant de déterminer les principes communs et ainsi de favoriser le renforcement de leur mise en œuvre et de leur protection, sans plaquer des conceptions préétablies, présupposant une communauté de vue qui peut, sur telle ou telle question, s'avérer artificielle et couvrir des pratiques contraires.

D- Des enjeux sociaux et économiques essentiels

Cette recherche n'a pas que des implications théoriques. Elle présente, dans l'espace euro-méditerranéen, des enjeux pratiques conséquents.

Sur le plan politique, d'abord. Il est évident de constater que, terre de cultures communes, l'espace méditerranéen est aussi un espace de conflits. Un certain nombre de droits fondamentaux sont au cœur de ces conflits: liberté religieuse, liberté d'expression, droit de propriété, droits susceptibles d'être reconnus, ou non, à des communautés, le principe d'égalité, en général ou dans des significations spécifiques comme celles qui concernent l'égalité devant la loi ou l'égalité entre les hommes et les femmes...

Le pari qui guide la démarche, ici initiée, est que la recherche de principes communs et leur formulation pourra contribuer à faciliter les échanges et donc à créer des espaces de convergence. Convergence qui, répétons le, ne sera efficiente qu'à condition de ne pas masquer artificiellement les divergences.

Sur le plan économique, ensuite. La création d'un espace économique ne peut plus ignorer les droits fondamentaux, comme le démontrent, par exemple et toutes choses étant égales par ailleurs, les développements de l'Union européenne. D'une part, au niveau international l'exigence de respect d'un certain nombre de droits dans les processus économiques, de production et d'échanges, tend à devenir plus impérieuse. D'autre part, l'ensemble des branches du droit tendent à être soumises à des règles et principes constitutionnels et internationaux relatifs aux droits fondamentaux. Ces droits sont sociaux (droit du salarié, accès à la santé...), mais aussi économiques (liberté contractuelle, liberté d'entreprendre, droit de propriété), sans oublier les droits de l'environnement. Enfin, et peut être surtout, du point de vue des relations économiques inter euro-méditerranéenne, une exigence de sécurité juridique s'impose. Or, il est incontestable qu'aujourd'hui, au delà des règles du droit international privé ou du droit des affaires, le droit des droits fondamentaux affecte ces relations.

De ces points de vue, l'élaboration d'une Charte euro-méditerranéenne des droits fondamentaux, à la fois ambitieuse, réaliste, respectueuse des différences culturelles mais apte à mettre en valeur patrimoine commun, articulant la reconnaissance de principes communs et les conditions de leur mise en œuvre effective, représenterait un instrument précieux, tant pour la société civile que pour les pouvoirs publics et les acteurs économiques. Il conviendrait alors que les préoccupations des uns et des autres soient prises en compte dans le respect d'exigences communes.

De la même manière il serait opportun de prendre en compte la manière dont la situation économique agit sur les différents aspects de

l'Etat de droit. La réduction des droits sociaux dans certains pays de l'Europe occidentale en est la manifestation la plus visible. Il est intéressant également de noter que les constitutions nationales, par exemple dans les pays membres de l'Union européenne, se voient contraintes d'introduire des considérations d'ordre économique ("règle d'or"). Les questions économiques peuvent également conduire à remettre en cause les structures étatiques, comme l'illustre le débat sur les couts financiers du système d'autonomie en Espagne.

E- Réalisation et aspects matériels

Le point de départ de cette ambitieuse démarche doit être modeste et conduire à un examen concret des réalités propres à un certain nombre d'Etats, sans présupposés idéologiques.

Il est envisagé de réunir, dans un premier temps, un groupe d'une dizaine des juristes constitutionnalistes réputés appartenant à des Etats des deux cotés de la méditerranée. Pourraient être retenus, dans une première phase, l'Espagne, la France, l'Italie, la Grèce, le Maroc, la Tunisie, l'Egypte, le Liban et la Turquie. Lorsqu'un fonctionnement harmonieux et efficace aura été trouvé un élargissement à d'autres pays sera souhaitable. Pour des raisons diplomatiques seront écartées dans un premier temps les questions relatives à Israël et à l'Autorité palestinienne. Chaque membre du groupe aurait pour mission de constituer un groupe de travail national sur les thèmes retenus, analysant le droit positif national, constitutionnel, législatif et jurisprudentiel sur ces questions, l'ambition étant rappelons le de travailler à la recherche des conditions de l'Etat de droit, non pas à partir de concepts préétablis, mais à partir du "droit vivant" afin justement d'établir des concepts qui traduisent à la fois les aspirations communes et les réalités spécifiques.

Ce Groupe pourrait tenir sa première réunion à l'automne 2012. A cette occasion seraient définis les objectifs, les méthodes de travail, les moyens à mettre en œuvre. Il conviendrait également de définir quelques axes d'études, par exemple, le principe d'égalité, les droits sociaux, principes économiques et Constitution, la place de la Justice.. mais cette liste n'est qu'illustrative

Ce Groupe aurait vocation à s'élargir au fur et à mesure de sa consolidation. Il devrait tenir une conférence internationale lorsque ses travaux seraient suffisamment avancés, ce qui permettrait à la fois de faire état des avancées, de valider les acquis de définir de nouvelles pistes et de faire connaître son existence et ses ambitions. Il pourrait, à terme, constituer le noyau d'un Institut euro-méditerranéen de l'Etat de droit. Mais répétons le des débuts modestes, la constitution d'un groupe restreint, francophone afin de faciliter le travail et les débats, doivent en constituer le point de départ.

Ce projet pourrait s'appuyer sur l'association "Jurimed" qui lui assurerait un appui matériel et structurel. Cette association fédère ou participe à un certain nombre de réseaux (réseau des notaires méditerranéens, réseau des comptables méditerranéens, réseau des juridictions économiques et commerciales) et mène un certain nombre de projets (code des contrats et obligations, propriété intellectuelle, micro-entreprise). Les liens établis avec cette structure existante pourrait s'opérer dans des conditions qui restent à définir.

BIBLIOGRAPHIE

Bertrand Mathieu, Constitution: rien ne bouge et tout change, Lextenso, 2013

Débat a Rabat sur les expériences comparées de Justice constitutionnelle (Rabat, le 15 octobre 2012)