

**BİR ZAYIF YARGISAL DENETİM YÖNTEMİ ÖRNEĞİ  
OLARAK KANADA HAKLAR VE  
ÖZGÜRLÜKLER BEYANNAMESİ'NİN 33. MADDESİ'NİN  
(ASKIYA ALMA HÜKMÜ) DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089752>

**Dr. İsmail YÜKSEL<sup>\*,\*\*</sup>**

**Öz**

*Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesiyle parlamento'ya tanınmış olan temel hak ve hürriyetlere dair güvenceleri askıya alma yetkisi yeni bir yargısal denetim modeli yaratmıştır. Bu modelde mahkemeler yasama işlemlerinin yargısal denetimini yapmakta ancak mahkemelerin verecekleri kararlar ya da mahkemelerin denetim yetkisi parlamento tarafından askıya alınabilmektedir.*

*Kanada'nın 1982 tarihli Anayasası'nın yapımı sürecinde eyaletler ve federal hükümet arasındaki pazarlıkların sonucu olarak Beyanname'ye eklenen 33. madde, anayasa yargısına getirilen çoğunluk karşıtlığı eleştirisine bir cevap; parlamento üstünlüğü ile yargısal denetimi uzlaştıran bir yöntem olarak düşünülmüştür. 33. madde hem federal hem eyalet yasama organlarına olağan dönemlerde, salt çoğunlukla beş yıl süreyle temel haklardan bir kısmı için yargısal denetimi askıya alma yetkisi tanımaktadır.*

*33. maddenin metrukiyete düşmesi nedeniyle Kanada'da her ne kadar hukuken zayıf bir yargısal denetim sistemi kurulmuş olsa da uygulamada Kanada mahkemelerinin yetkisinin Amerika Birleşik Devletleri'ndekilerden farklı olmadığı iddia edilmiştir. Bununla beraber son yıllarda madde daha sık gündeme gelmeye başlamıştır.*

---

\* Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Antalya (yuksel.ism@gmail.com), ORCID: 0000-0001-8740-3520 (Geliş Tarihi: 14.08.2021-Kabul Tarihi: 13.12.2021) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

\*\* Antalya Bilim Üniversitesi Anayasa Hukuku ABD Jülide Yaşar'a katkıları için teşekkür ederim.

*Maddeye getirilen en önemli eleştiri, askıya alma yetkisinin temel hak ve hürriyetleri koruma rejimini neredeyse çalışmaz hale getirebileceğidir. Yasama çoğunluğuna hakları askıya alma yetkisi verilmesi sert anayasaların hedefledikleri korumanın tam tersine çalışmaktadır. 33. maddeyi savunan yazarların temel dayanakları ise demokratik karar alma mekanizmalarına öncelik vermesidir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Anayasa Yargısı, Zayıf Yargısal Denetim, Kanada, Temel Haklar, Parlamento Üstünlüğü*

## **REVIEW OF SECTION 33 OF CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS (OVERRIDE CLAUSE) AS AN EXAMPLE OF WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW**

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Override power given to the parliament by section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms created a novel judicial review system. In this model courts can rule on the conformity of the acts to a constitution or a rights charter, but their decisions can be overridden by the parliament. This model is named as “weak-form judicial review” or “New Commonwealth Model”.*

*Section 33. empowers the legislative bodies of both the territories and the federal government to override judicial review for a period of five years. Disuse of override clause construed as a constitutional convention against its use, and it has been argued that although Canada has a de iure weak-form judicial review system because of disuse of section 33, de facto Canadian courts enjoy Powers like their counterparts in the USA.*

*Most powerful criticism levelled at the section is that the override power can render protection system of fundamental rights useless, and the override power given to the parliamentary majorities is in conflict with the aims of an entrenched constitution. Defenders of the section mainly rely on its empowerment of the democratic decision-making process over unelected judges.*

### **Keywords**

*Constitutional Review, Weak-For Judicial Review, Canada, Fundamental Rights, Parliamentary Sovereignty*

## GİRİŞ

1803 yılında Yargıç John Marshall, Federal Yüksek Mahkemenin yasama organının ürünü olan yasaları anayasaya aykırılık gerekçesiyle uygulamayabileceğini karara bağlarken, İngiltere’de yerleşmiş olan parlamento üstünlüğünü reddetmekteydi. Yargıç Marshall’ın Marbury v. Madison davasında verdiği bu karar, Amerika Birleşik Devletleri’nde bugün dahi tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Marbury v. Madison davasından yaklaşık iki yüzyıl sonra 1982 yılında, Kanada ne güney komşusunun ne de İngiltere’nin anayasal sistemini kabul edecek ve kendine has üçüncü bir yol yaratacaktır. Kanada’yı takiben İngiliz Devletler Topluluğu’nun diğer üyeleri tarafından da uygulanmaya başlayan bu yöntem öğretilerde çoğunlukla “Zayıf Yargısal Denetim Sistemi” olarak anılmaktadır. Bu çalışma anayasa yargısı alanında ortaya çıkan bu sıra dışı yetki paylaşımını ilk örneğini inceleyerek açıklamaya çalışacaktır.

TUSHNET, Amerika Birleşik Devletleri ve Kıta Avrupası’nda geçerli olan, mahkemelerin anayasanın ne anlama geldiğini belirlemede tek yetkili mercii olduğu ve onların anayasa yorumlarının diğer organları da bağladığı yargısal denetim sistemlerini güçlü yargısal denetim sistemleri<sup>1</sup>; 1982 tarihli Kuruluş Kanunu’nun<sup>2</sup> birinci kısmı olarak yürürlüğe giren Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi<sup>3</sup> ile kurulan sistemi ise zayıf yargısal denetim sistemi olarak nitelemektedir<sup>4</sup>.

Çalışmamız anayasal denetim alanında parlamento üstünlüğü ve güçlü yargısal denetim yerine, yasama ve yargı arasında farklı güç dengelerine izin veren bir yelpaze yaratan ve sonrasında İngiliz Devletler Topluluğu’nda yayılan Kanada’nın bu kendine özgü sisteminin ortaya çıkışını ve uygulamasını Türk öğretisine tanıtmayı amaçlamaktadır. Beyanname ile kurulan sistemin hem Anglosakson hukuk ailesine ait olması hem de Kıta Avrupası’nda hiçbir benzerinin bulunmaması nedeniyle çalışma karşılaştırmalı bir inceleme değil, bir vak’a incelemesi olarak planlanmıştır. Aşağıda değinileceği üzere zayıf yargısal denetim sistemi temel hak ve hürriyetler açısından, kanımızca yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Bununla beraber zayıf yargısal dene-

<sup>1</sup> **Tushnet**, Mark: “Alternative Forms of Judicial Review” Michigan Law Review, Cilt 101, Sayı 8, (2003), s. 2784. (Alternative)

<sup>2</sup> Buradan itibaren sadece “Anayasa” olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> Buradan itibaren sadece “Beyanname” olarak anılacaktır. (<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html>, en son 14 Ağustos 2021 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

<sup>4</sup> **Tushnet**, (Alternative), s. 2785.

tim sistemleri yasama ve yürütme arasında diyalog kurulmasına imkân veren ara yöntemlerin planlanabileceğini göstermektedir. Kanada modelinin daha yakından incelenmesi ile güçlü yargısal denetim sistemleri için de dersler çıkartılabilecektir.

Kanada’da parlamento üstünlüğü hiçbir zaman İngiltere’deki saf haliyle var olmamış, parlamento tam anlamıyla egemen hale gelmemiştir. Koloni idaresi sırasında dahi yasama organlarına önemli sınırlamalar getirilmiş ve yasama 1867’den bu yana yargı tarafından denetlenebilecek sınırlamalara tabi olmuştur<sup>5</sup>. İngiltere kendi topraklarında parlamento egemenliğinden 1998 yılına kadar taviz vermezken Kolonisi’nin yargısal denetim altında kalmasını tercih etmiştir. Ne var ki parlamento egemenliğinin saf biçimde kabul görmemiş olması Beyanname’ye, seçilmemiş ve sorumluluk taşımayan yargıçların halkın seçilmiş temsilcilerinin yaptığı yasaları iptal edebilmesinin demokratik bir toplumla bağdaşmadığı eleştirisinin yönelttilmesini engellemeyecektir<sup>6</sup>. Aşağıda görüleceği üzere Beyanname’nin metnine bakıldığında yargı organı Amerika Birleşik Devletleri ve Kıta Avrupası’nda kine kıyasla daha güçsüz gözüktüğü de uygulama bu yönde gelişmemiştir.

1982 tarihli Kanada Anayasası’nın yapım sürecinde gerçekleştirilen müzakereler sonucunda, son anda, 1960 tarihli Kanada Haklar Bildirgesi’nin 2. maddesinin yeni anayasaya da alınmasına karar verilmiştir<sup>7</sup>. Anayasa hukuku açısından yeni ve benzeri görülmemiş bir düzenleme getirmesine rağmen, Beyanname’nin 33. maddesi iki farklı anayasal teori arasında bir uzlaşma sağlama çabasıyla ziyade, Kanada Anayasası’nın kabul edilmesi için federal hükümet ile eyaletler arasında yapılan uzun müzakerelerin sonucunda, pratik nedenlerle varılmış bir uzlaşmanın sonucudur<sup>8</sup>. Beyanname’nin 33. maddesi yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla benzersiz<sup>9</sup>, şu an içinse ayrıksı bir anayasa yargısı modeli kabul etmektedir.

<sup>5</sup> **Russell**, Peter H.: “Standing Up for Notwithstanding” Alberta Law Review, Cilt 29, Sayı 2, (1991), s. 293.

<sup>6</sup> **Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell: “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, Osgoode Hall Law Journal, Cilt 35, Sayı 1, (1997), 75-124.s. 7.

<sup>7</sup> **Gardbaum**, Stephen: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 49, Sayı 4, (2001), s. 722. (Commonwealth Model)

<sup>8</sup> **Axworthy**, Thomas S.: “The Notwithstanding Clause: Sword of Damocles or Paper Tiger?”, Policy Options, Mart 2007, s. 61.

<sup>9</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen: “Background Paper; The Notwithstanding Clause of the Charter”, Library of Parliament, Publication no. BP-194-E, 2012, s. 2. 1960 tarihli

*Madde – 33: Bağlı Olmama Şartı*

33. (1) Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı, Parliamentonun ya da yasama organının kabul ettiği kanunlarda, söz konusu kanunun bir hükmünün bu Beyanname'nin ikinci ve, yedinci ila on beşinci maddeleri arasındaki maddelerinde yer alan bir hükümle bağlı olmadan uygulanacağını açıkça bildirebilir.

(2) Hakkında bu madde uyarınca bir bildirimde bulunulmuş olan kanun ya da kanun maddesi, bu Beyanname'nin bildirimde atfta bulunulan hükmüleriyle bağlı olmasaydı nasıl uygulanacaksa o şekilde etki doğuracaktır.

(3) Paragraf (1) uyarınca yapılmış olan bildirim eğer daha önceki bir tarih bildirimde belirlenmediyse yürürlüğe girmesinin ardından beş yıl geçmesiyle etkisini yitirir.

(4) Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı paragraf (1) uyarınca yapılan bir bildirimini yineleyebilir.

(5) Paragraf (3) hükmü, paragraf (4) uyarınca yapılan yineleme halinde de uygulanır.

33. madde Kanada Federal Parliamentosuna ve eyalet yasama organlarına bir kanunu sıradan kabul çoğunluğuyla Kanada Yüksek Mahkemesinin denetiminden beş yıl süreyle koruma imkânı vermektedir. Bu yetki kanunun yasalaşması sırasında kullanılabileceği gibi bir iptal kararının ardından da kullanılabilecektir. 33. madde bu yetkiye iki sınırlandırma getirmiştir. Bunlardan ilki zaman bakımındandır; 33. madde bir seferde en fazla beş yıl için kullanılabilir ancak bu sürenin ardından sınırsız defa yenilenebilmektedir. İkinci sınırlandırma ise Beyanname kapsamındaki haklar bakımındandır. Her ne kadar 33. madde; din ve vicdan hürriyeti, ifade hürriyeti, toplantı hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, yaşam hakkı, kişi hürriyeti, ayrımcılık yasağı, konut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı, insanlık dışı ve zalimane muamele yasağı için kullanılabilse de dil hakları, seyahat ve yerleşme hürriyeti ile seçme ve seçilme hakkı için kullanılamayacaktır.

Kanımızca beş yıl gibi uzun bir süreyle kullanılsa da maddenin etkisi geçici olduğu için, kullanılmasının yarattığı sonucu “askıya alma” olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümü zayıf yargısal denetim sistemlerini kısaca açıklamakta; ikinci bölüm 33. maddenin yasalaşma serüveni ile maddeye

---

Kanada Haklar Beyanname'si'nin 2. maddesinde de parlamentoya askıya alma beyanı imkânı tanınmıştır. Buna karşın sert bir anayasanın parçası olan bir beyanname için 33. madde ilktir.

yönelik öğretinin değerlendirmelerini ele almakta; son bölüm ise askıya alma hükmünün uygulanmasını, ya da kimi yazarlara göre uygulanmamasını, değerlendirmektedir.

### I. ZAYIF YARGISAL DENETİM SİSTEMİ

Zayıf yargısal denetim sistemleri kısaca; yargı organının yasamanın işleminin anayasallığı üzerinde vermiş olduğu kararın yasama organı tarafından anayasa değişikliği usulünün işletilmesine gerek olmaksızın kalıcı veya geçici biçimde etkisiz kılınabileceği sistemleri ifade etmektedir. Zayıf yargısal denetim sistemlerinin ayırt edici özelliği yasama organlarının olağan çoğunluklarla ve kısa süre içerisinde yargı kararlarını devre dışı bırakabilmesidir<sup>10</sup>. Aynı anayasal sistem içinde anayasada düzenlenmiş kimi konuların zayıf, kimi konuların ise güçlü yargısal denetim konusu yapılması da mümkündür<sup>11</sup>. Örneğin temel haklar alanında güçlü, anayasanın kalan hükümleri için zayıf yargısal denetim sistemi kabul edilebilir. GARDBAUM ise, zayıf yargısal denetim sistemi yerine “Yeni İngiliz Devletler Topluluğu Modeli” olarak adlandırdığı sistemin belirleyici özelliklerini şöyle saymaktadır; i) yasalaştırılmış bir haklar beyannamesi veya bildirgesi, ii) bu hakları korumak için sıradan yetkilerin ötesinde güce sahip bir yargı organı ve iii) yargının rolü ne olursa olsun, sıradan çoğunlukçu bir oylama ile hukukun ne olduğuna yargının değil yasamanın karar vermesini sağlayan bir yöntem<sup>12</sup>. Yazar’a göre bu yöntemle denge ve denet sistemi temel haklar alanına da taşınmış olmaktadır<sup>13</sup>.

Güçlü yargısal denetim sistemlerinde yasama organı kısa vadede yargı organının kararını kabullenmek ve uygulamak zorundadır. Buna karşın güçlü yargısal denetim sistemlerinde de yasama organları anayasa yargısı organlarının kararları üzerinde kısa vadede değişiklik yaratamasa da seçimle göreve gelen yürütme veya yasama uzun vadede mahkemelerin üyelerini değiştirerek önceki yorumların değişmesini sağlayabilirler<sup>14</sup>. Bu nedenle temel haklar alanında son sözün yargı organına bırakıldığı demokrasilerde de aslına bakılırsa bu son söz iddia edildiği kadar kesin değildir. Yargı organının almış

<sup>10</sup> Tushnet, (Alternative), s. 2786.

<sup>11</sup> Tushnet, (Alternative), s. 2802.

<sup>12</sup> Garbbaum, Stephen: “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, International Journal of Constitutional Law, Cilt 8, Sayı 2, (2010), s. 169. (Reassessing)

<sup>13</sup> Garbbaum, (Commonwealth Model), s. 724.

<sup>14</sup> Tushnet, Mark: “Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties” Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 41, Sayı 1, (2006), s. 4. (Liberties)

olduğu kararı aşmak için anayasa değişikliği yapılması ya da anayasal denetim organlarının yapısının, yetkilerinin veya üyelerinin değiştirilmesi mümkündür. Ülkemizde de özelleştirmelerin önünün açılması için 1999 yılında 4446 sayılı kanunla ve 367 krizi sonrasında 2007 yılında 5678 sayılı kanunla yapılan değişiklikler bu durumun örnekleridir. Özellikle denetim organlarının yapısı ve yetkilerine yönelik müdahalelerin, zayıf yargısal denetim sistemlerinin yaratacağı kamuoyu tartışmasından daha tercih edilebilir araçlar olmadığı açıktır<sup>15</sup>. Zayıf yargısal denetim modeli tek bir sistemi değil anayasa yargısı organlarının kararlarının kesin olmadığı farklı düzenlemelerin yer aldığı bir grubu ifade etmektedir. Bu nedenle zayıf yargısal sistemin uygulandığı tüm ülkelerdeki düzenlemelerin tek tek ele alınması bu çalışmanın sınırlarının ötesindedir. Bu bölümde zayıf yargısal sistemlerin tamamı için geçerli olan açıklamalara yer verilmiştir.

Parlamento üstünlüğü ve temel hakların korunmasını dengelemeyi amaçlayan ilk düzenleme, sadece federal devlet için bağlayıcı, yasa gücündeki bir belge olan 1960 tarihli Kanada Haklar Bildirgesi sistemiydi<sup>16</sup>. 1960 tarihli Bildirge tüm kanunların aksi açıkça belirtilmedikçe saydığı hakları ihlal etmeyecek şekilde yorumlanmasını emrediyordu<sup>17</sup>. Bu sistem daha sonra 1998 tarihli Birleşik Krallık İnsan Hakları Kanunu'nda da yer alacaktır. Bununla beraber Kanada Haklar Bildirgesi mahkemelerin kendi rollerini parlamento egemenliği ilkesine uygun biçimde belirlemesi ve yasama işlemlerini iptal etmekten kaçınması nedeniyle etkisiz kalmıştır<sup>18</sup>. 1960-1982 yılları arasında Kanada Yüksek Mahkemesi sadece bir federal kanunu Bildirgeyi ihlal ettiği gerekçesiyle iptal ettiği ve askıya alma kuralı sadece bir kez, o da tartışmalı bir durumda, kullanıldığı için eski düzenleme dikkat çekmemiştir<sup>19</sup>.

Yukarıda değinildiği gibi Kanada, Birleşik Krallık, Yeni Zelanda ve Avustralya'da görülmesi nedeniyle bu sistem Yeni İngiliz Devletler Topluluğu modeli olarak da adlandırılmıştır<sup>20</sup>. Bununla beraber Kanada'nın Beyanname'nin askıya alma hükmü ile kurduğu sistem, aşağıda daha ayrıntılı

<sup>15</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 298.

<sup>16</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 720.

<sup>17</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 719.

<sup>18</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 720.

<sup>19</sup> **Dodek**, Adam: "The Canadian Override: Constitutional Model or Bete Noire of Constitutional Politics", Israel Law Review, Cilt 49, Sayı 1, (2016), s. 51.

<sup>20</sup> **Weill**, Rivka: "The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making", American Journal of Comparative Law, Cilt 62, Sayı 1, (2014), s. 128.

ele alınacağı üzere, artık neredeyse hiç kullanılmamaktadır ve uygulamada güçlü yargısal denetim sistemi ile aynıdır<sup>21</sup>. Uygulamada etkinliğini yitirmiş olsa da Kanada modeli Yeni Zelanda, Avustralya, Birleşik Krallık, Güney Afrika ve İsrail'i etkilemiştir<sup>22</sup>. 1994 yılında İsrail Temel Kanunları'nda yapılan bir değişiklik ile 33. maddedekine benzer bir yöntem kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Bununla birlikte İsrail Yüksek Mahkemesinin fazla aktivist olduğu ve parlamentodaki seçilmiş temsilciler aracılığıyla beliren çoğunluk iradesine fazla müdahale ettiği iddiası ile<sup>24</sup> modelin İsrail'de de daha geniş çapta kullanılması teklif edilmiştir<sup>25</sup>.

TUSHNET'e göre Zayıf yargısal denetimin tercih edilmesinin temel nedeni, güçlü yargısal denetim modellerine getirilen en bilinen eleştiri olan çoğunluk karşıtlığı sorununa başarılı bir çözüm olmasıdır<sup>26</sup>. Kanımızca verilen bu yetkinin Kanada örneğinde kâğıt üzerinde kalması, bir yargısal denetim sisteminin güçlü ya da zayıf olmasının sadece yazılı metinlere bakılarak değil, daha yakından bir incelemeyle tespit edilebileceğini göstermektedir.

DIXON'a göre de anayasa yargısına getirilen demokratik eleştiriler zayıf yargısal denetim sistemlerine karşı büyük oranda geçersizdir<sup>27</sup>. Hatta Yazar zayıf yargısal denetim sistemlerinin demokrasi için faydalı olduğunu iddia etmektedir: Sistem hem yasama organlarının sürekli sınırlı zamanda ve hızlı çalışması nedeniyle oluşabilecek istemsiz temel hak ihlallerini, DIXON'ın deyimiyle kör noktaları<sup>28</sup>, hem de yasama süreçlerinin uzun zaman alması nedeniyle yasama çoğunluklarının gerçekten karşı çıkmasalar bile daha fazla oy kazandıracak girişimlere zaman ayırmak için azınlıklardan gelen hak taleplerini gündeme almamasıyla oluşan ataleti<sup>29</sup> tespit etmeye ve bu sorunları çözmeye uygundur<sup>30</sup>. Yasama ve yargı organları arasında bir anayasa normunun yorumu üzerinde tartışma yapılabilmesine olanak sağla-

<sup>21</sup> Weill, s. 129.

<sup>22</sup> Dodek, s. 54.

<sup>23</sup> Dodek, s. 50.

<sup>24</sup> Dodek, s. 46.

<sup>25</sup> Dodek, s. 45.

<sup>26</sup> Tushnet, (Liberties), s. 2.

<sup>27</sup> Dixon, Rosalind: "The Core Case for Weak-Form Judicial Review" *Cardozo Law Review*, Cilt 38, Sayı 6, (2017), s. 2201.

<sup>28</sup> Dixon, s. 2209.

<sup>29</sup> Dixon, s. 2210.

<sup>30</sup> Dixon, s. 2213.



yabilecek zayıf yargısal denetim TUSHNET'e göre de demokratik anayasacılığın uygulanması için belki de en iyi sistemdir<sup>31</sup>.

TUSHNET'e göre zayıf ya da güçlü yargısal denetim sistemlerinin uygulanması hükümet sistemi tercihlerini düzenleyen maddeler açısından önemli bir fark yaratmayacakken, yapısal hükümlere göre daha genel ifadelerle düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlükler açısından bu tercih önem taşır<sup>32</sup>. Anayasalarda düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin bir kısmı için bu yorum isabetli olsa da kanımızca özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılmış olan anayasaların birçoğu, tıpkı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19. maddesinde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kesin ve sınırları iyi çizilmiş hükümler de içermektedir. Dolayısıyla bizce TUSHNET'in bu yorumu ancak ABD Anayasası gibi birinci dalga anayasacılık hareketinin ürünü olan veya bu belgelerle benzer sistematığe sahip hakları soyut ve genel şekilde ele alan düzenlemeler için geçerlidir.

TUSHNET, Türk anayasa öğretisinde çağrı kararları olarak bilinen ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzük'ünün 91. maddesindeki temel kanun yönteminin tanımlanması sırasında olduğu gibi yasama organına yol gösteren kararların da zayıf yargısal denetim yöntemine örnek olabileceğini belirtmektedir<sup>33</sup>. Yazar, ABD Yüksek Mahkemesi'nin ifade hürriyeti alanındaki içtihatları üzerine yaptığı inceleme sonucunda, zayıf yargısal denetimin uygulanmasıyla zaman içinde biriken yargısal tecrübe sonucunda anayasanın bir konuda ne anlama geldiğini belirlemesinin, nihayetinde belirli bir alanda güçlü yargısal denetimin oluşmasına neden olacağını belirtmektedir<sup>34</sup>. TUSHNET, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu "takdir marjı" içtihadını zayıf yargısal denetimin bir örneği olarak görmekte ve AIHM'nin zamanla takdir marjını daraltarak Avrupa ölçeğinde bir standart oluşturmasını zayıf yargısal denetimin güçlü yargısal denetime evrilmesine örnek göstermektedir<sup>35</sup>. Kanımızca bu örneklerde yargısal denetim organlarının kendi kendilerini siyasi organlar lehine sınırlaması söz konusudur. Yargısal denetim organlarının anayasal sorunla karşılaştıkları ilk seferde nihai ve kesin yetkilerini kullanmaktan kaçınmaları kanımızca, yasama

<sup>31</sup> **Tushnet**, (Liberties), s. 7.

<sup>32</sup> **Tushnet** (Liberties), s. 8.

<sup>33</sup> **Tushnet**, (Alternative), s. 2794. TUSHNET bu tür kararları yasama organına düzenlediği konuyu yeniden gözden geçirme şansı verdiği için "*provisional*" yani geçici kararlar olarak adlandırmaktadır.

<sup>34</sup> **Tushnet** (Liberties), s. 20.

<sup>35</sup> **Tushnet**, (Liberties), s. 21.

organına askıya alma yetkisi verilmesiyle aynı sınıflandırmaya dahil değildir.

WEILL, bir ülkede mevcut anayasa yargısı sisteminin gücünün bu yetkiyi veren hukuk normlarının dilinden ziyade anayasa yapma süreciyle ilişkili olduğunu savunur. Yazara göre sıradan kanunlarla aynı biçimde parlamento tarafından verilen yetkinin zayıf, halk ya da eyaletler ve federal devlet arasındaki bir uzlaşma gibi yasama organının üzerindeki bir irade tarafından verildiği kabul edilen denetim yetkisinin ise güçlü yargısal denetim yaratacağını savunmaktadır<sup>36</sup>.

## II. KANADA HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER BEYANNAMESİ'NİN ASKIYA ALMA KURALI

Askıya alma kuralı özetle belirli bir kanun için federal ya da eyalet yasama organları tarafından en fazla beş yıl süreyle yargının anayasallık denetiminin etkisiz kılınabilmesine olanak vermektedir. 33. madde askıya alma yetkisinin hem kanun yasalaşırken anayasallık denetimini önleyecek şekilde hem de anayasallık denetimi sonucunda verilecek bir iptal kararından sonra kullanılmasına izin vermektedir. Aşağıda görüleceği üzere uygulamada neredeyse tam olarak güçlü yargısal denetim modeline uymuş olsa da hukuki olarak Beyanname parlamento üstünlüğü ile güçlü yargısal denetim arasında bir uzlaşmanın ürünüdür. Kanada'da Anayasa'ya dayanan bir Yüksek Mahkeme kararını askıya almak için anayasa değişikliğine alternatif ve tamamen Kanada'ya özgü yeni bir yöntem kabul edilmiş<sup>37</sup>, daha önce eyalet hukuklarında bulunan<sup>38</sup> sistem Beyanname'nin 33. maddesine taşınarak ABD'de uygulanan ve Kanada'da başlangıcından beri yakından takip edilen güçlü yargısal denetim ile İngiltere'den miras aldığı parlamento üstünlüğü arasında bir ara yol yaratılmıştır<sup>39</sup>. Beyanname hakların bir kısmı için güçlü denetim sistemini tercih etmiş, askıya alma yetkisini ise yasama organlarına belirli haklar için tanımıştır. Kanımızca temel hakların bir tanesi için dahi zayıf yargısal denetim sisteminin kabul edilmesi bireylerin tüm temel haklarının sahip olduğu anayasal güvenceyi zayıflatacaktır. Beyanname'de olduğu gibi yaşam hakkı ve kişi hürriyeti gibi haklar için zayıf yargısal denetim sisteminin kabul edilmesi ancak seçme ve seçilme hakkı için güçlü

<sup>36</sup> Weill, s. 148.

<sup>37</sup> Russell, Peter H.: "The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", Canadian Bar Review, Cilt 61, Sayı 1 (1983), s. 45. (Purposes)

<sup>38</sup> Jonahsen, David/Philip, Rosen, (2012), s. 2.

<sup>39</sup> Weiler, Paul C.: "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt 18, Sayı 1, (1984), s. 54.

yargısal denetimin tercih edilmesi kanımızca tüm haklar için zayıf yargısal denetimin kabul edilmesinden farksızdır. Bununla beraber temel hak ve hürriyetler dışında kalan anayasa hükümleri için zayıf yargısal denetim sisteminin kabulü, temel hak ve hürriyetler için ise güçlü yargısal denetimin benimsenmesi anayasa yargısının varlık nedeniyle daha tutarlı olacaktır. Takip eden paragraflarda görüleceği üzere, ne 33. maddenin yarattığı güç dağılımının nasıl anlaşılması gerektiğine ne de niteliğine dair bir uzlaşma bulunmaktadır.

Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre 33. madde şekli bir araçtır ve kullanımının esasına yönelik bir değerlendirme ya da yargısal denetim yapılamaz<sup>40</sup>. Kanada Yüksek Mahkemesinin bu yaklaşımı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 2016 sonrasında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamele olan yaklaşımıyla neredeyse aynıdır. 33. madde ile bir yasanın Beyanname'ye uygun olup olmadığını inceleme yetkisi yargı organına verilmiş ancak son söz, halk tarafından desteklenmekte olan Beyanname'nin sembolik gücüne karşı çıkmanın siyasi riskini alması halinde, yasama organına bırakılmıştır<sup>41</sup>. Kurumlar arasında yaratılmış olan bu iş bölümü WEILER'e göre Kanada'da temel haklara yönelik tehdidin yasama organının baskıcı kararlar alma ihtimalinden değil, yasama organının temel hakları yeterince dikkate almamasından kaynaklanacağı varsayımına dayanmaktadır<sup>42</sup>. Kanımızca bu iyimser varsayım Dünya'nın birçok ülkesinde geçerli olmaktan çok uzaktır.

RUSSELL'a göre mahkemelerin Beyanname ile korunan hakları garanti altına aldığını söylemek yanıltıcıdır; Beyanname sadece kişinin Beyanname'de sayılan haklarının ve özgürlüklerinin bir kanunla ya da yürütme organının bir işlemi ile ölçsüz biçimde ihlal edilip edilmediğinin yargı organı tarafından dikkatlice incelenmesini garanti etmektedir<sup>43</sup>. RUSSELL, kanımızca bu tahlilinde oldukça haklıdır, çünkü yargı organı tarafından Beyanname'ye aykırı bulunsa da, yasama organları beş yıl boyunca ilgili kanunu uygulamaya devam etme yetkisine sahiptir.

Kanada sistemini HOGG ve THORTON bir diyaloga benzetmektedirler; yasama organı ulaşmak istediği sosyal ve ekonomik hedeflere, yargı tarafından tespit edilen hak ihlaline neden olmayan bir yöntemle ulaşabildiği

<sup>40</sup> **Weinrib**, Lorraine Eisenstat: "Learning to Live with the Override" McGill Law Journal, Cilt 35, Sayı 3, (1990), s. 555.

<sup>41</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>42</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>43</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 296.

sürece, yargı kararının etkisi temel haklara daha fazla önem verilen bir yasama sürecini başlatmak olacaktır. Yazarlara göre yasama işlemini iptal eden yargı kararı yeni bir kanun ile aşılabılır, ya da yargı kararı geri alınabilir veya değiştirilebilirse yargısal denetimin meşruiyetinden kaynaklı endişeler de önemli ölçüde azalacaktır<sup>44</sup>. Kanada’da yazarların incelediği örneklerin çoğunluğunda yasama organı küçük değişikliklerle iptal edilen kanunun amacını gerçekleştirmeyi sağlayan, ancak temel hak ve hürriyet ihlallerini önleyen yasalar kabul etmiştir<sup>45</sup>. Bununla birlikte HOGG ve THORNTON’un bu çıkarımlarının yer aldığı çalışmaları sadece iptal kararlarını ele aldığı, mahkemenin yorum yoluyla kanunların anlamını değiştirdiği vakaları değerlendirmede gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır<sup>46</sup>. Ancak MANFREDI ve KELLY’nin bu eleştirisinde bizim konumuz olan 33. maddenin kullanımına hiç değinilmemektedir. İptal kararlarının ardından aynı konuda yeniden kabul edilen yasalarinsa birçoğunun, başlangıç kısımlarında temel haklara dair değerlendirmeler yer almaktadır<sup>47</sup>. Çok istisnai durumlarda anayasal çatışma giderilemeyecek derecededir<sup>48</sup> ve yasamanın ulaşmak istediği amacın kendisi anayasaya aykırı ise bir diyalog imkânsızdır<sup>49</sup>. Uygulamada yasama ve yürütme arasında bir diyalog kurulmuşsa da bu diyalog 33. maddeye dayanmamaktadır<sup>50</sup>. Başka bir ifadeyle HOGG ve THORNTON’un tarif ettiği diyalog, eğer varsa, Kanada’ya özgü değildir ve güçlü yargısal denetim sistemlerinde oluşandan farklılık göstermez. MAILY ise, eğer yasama ve yargı arasında eşit taraflardan oluşan bir diyalog kurulacaksa bunun tek yolunun 33. maddenin işletilmesi olduğunu savunmaktadır; 33. madde işletilmediği sürece yargı organı yasamaya göre üstündür ve eşitler arası bir diyalog yoktur<sup>51</sup>. DODEK’e göreyse, 33. maddenin işletilmesi siyasileşmiş ve canavarlaştırılmış olduğu için günümüzde bir diyalog sağlayamamaktadır<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> **Hogg/Thornton**, (1997), s. 80. Hogg ve Bushell 1997 yılı itibariyle Kanada Yüksek Mahkemesinin iptal kararı verdiği tüm davaları incelemişlerdir.

<sup>45</sup> **Hogg/Thornton**, s. 97.

<sup>46</sup> **Manfredi**, Christopher P./**Kelly**, James B.: “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell” *Osgoode Hall Law Journal*, Cilt 37, Sayı 3, (1999), s. 520.

<sup>47</sup> **Hogg/Thornton**, s. 101.

<sup>48</sup> **Hogg/Thornton**, s. 81.

<sup>49</sup> **Hogg/Thornton**, s. 94.

<sup>50</sup> **Albert**, Richard: “Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause” *Alberta Law Review*, Cilt 45, Sayı 4, (2008), s. 1047.

<sup>51</sup> **Mailey**, Richard: “The Notwithstanding Clause and the New Populism” *Constitutional Forum*, Cilt 28, Sayı 4, (2019), s. 11.

<sup>52</sup> **Dodek**, s. 62.

HOGG, THORNTON ve WRIGHT, aynı konuda on yıl sonra kaleme aldıkları çalışmalarında ise Beyanname'nin zayıf bir yargısal denetim sistemi kurduğu görüşlerini, 33. maddeden ziyade, yasama organının yargı kararlarına rağmen iptale konu düzenlemenin amaçlarını çoğu zaman gerçekleştirebilmesine dayandırmaktadırlar<sup>53</sup>.

KAHANA 33. maddeye çok daha farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. KAHANA'nın öne sürdüğü "anlaşmazlık üzerinde tartışma yaklaşımı"na göre Kanada modelinde yargıya verilmiş olan görev yasama organını denetlemek değil, Beyanname'nin anlamı üzerinde tartışmaktır. Bu yaklaşım yazara göre yasama organını denetlemekle görevli olan yargının, 33. maddenin kullanımıyla bu sefer yasama tarafından denetlenmesi tutarsızlığını ortadan kaldırmaktadır. Bu sistemde yasama yargının kararına uyabileceği gibi, 33. maddeyi kullanarak yargı kararını reddedebilir<sup>54</sup>. KAHANA'nın bu yaklaşımı kanımızca yasama organlarının bilinçli olarak 33. madde ile verilen bu yetkiyi kötüye kullanmayacakları kabulüne dayanmaktadır. Yazara göre, 33. maddenin yargı kararı beklenmeksizin kullanılması, askıya almanın kamuoyu tarafından fark edilmemesine yol açar<sup>55</sup>. Bu nedenle KAHANA'ya göre 33. maddede öngörülene benzer bir askıya alma kuralı ancak yargı kararının verilmesinden sonra kullanılmaya açık olursa, yargı ve yasama arasında bir tartışma yaratarak faydalı olabilir<sup>56</sup>.

### A. Yasalaşma Süreci

33. madde 1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulünü mümkün kılan, 11 eyaletin Quebec dışında kalan 10'u arasındaki uzlaşının sağlanmasında hayati öneme sahipti<sup>57</sup>. Quebec başlangıcından itibaren Beyanname'ye karşı çıkmaktaydı. 33. madde ilk kez Saskatchewan delegeleri tarafından güçlü yargısal denetim sistemi taraftarları ve karşıtları arasında bir orta yol olarak önerilmiştir<sup>58</sup>. Ontario temsilcisi maddenin kötüye kullanılmasına karşı en sağlam güvencenin siyasal sorumluluk olduğunu söylemiştir. Dönemin adalet bakanı ise askıya alma şartının 1960'tan beri Kanada hukukunda oldu-

<sup>53</sup> **Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell/**Wright**, Wade K.: "Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors", Osgoode Hall Law Journal Cilt 45, Sayı 1, (2007), s. 53.

<sup>54</sup> **Kahana**, Tsvi: "Understanding the Notwithstanding Mechanism", The University of Toronto Law Journal, Cilt 52, Sayı 2, (2002), s. 248.

<sup>55</sup> **Kahana**, s. 239.

<sup>56</sup> **Kahana**, s. 256.

<sup>57</sup> **Dodek**, s. 53.

<sup>58</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 3.

ğunu ve sadece bir kez kullanıldığını, mantıksız durumların ortaya çıkması halinde anayasa değişikliği yerine kullanılabilir esnek bir yöntemin gerekli olduğunu beyan etmiştir. Kanada'nın Beyanname'nin kabul edildiği sıradaki başbakanı 33. maddeye dair çekinceleri olduğunu ancak maddenin, son sözün mahkemelerde değil, halkın seçilmiş temsilcilerinden oluşan federal ve eyalet yasama organlarında olmasını sağladığını belirtmiştir<sup>59</sup>. Kanunlaşması aşamasında 33. maddeye yönelik yaklaşımların ortak yönü maddenin nadiren ve ancak yeterli kamuoyu desteği bulunduğu anda, kabul edilemez yargı kararlarına karşı uygulanacağı yönündedir<sup>60</sup>. Görüldüğü üzere 33. madde daha yapım aşamasında bir son çare olarak algılanmaktaydı.

Beyanname'nin yasalaşması sürecinde beliren en çetin argüman yargı üstünlüğünün, demokratik yönetim ve Kanada'daki mevcut parlamento egemenliğiyle bağdaşmıyor olmasıydı<sup>61</sup>. GOLDSWORTHY'nin kanımızca da isabetli tahliline göre 33. madde ne parlamento üstünlüğünü ne de yargı üstünlüğünü savunanları tam anlamıyla mutlu ederek etkin bir uzlaşma yaratmıştır<sup>62</sup>. 1981'e gelindiğinde eyaletler 33. Maddeyi, yargısal denetimin yasama yetkilerine etkisini azaltmak için ellerinde kalan en iyi seçenek olarak görmüşlerdir<sup>63</sup>. Federal hükümet ile temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'da güvence altına alınmasına direnen eyaletler arasındaki müzakereler sonucunda, temel hak ve hürriyetler öncesine göre daha güvenceli bir konuma getirilirken, 33. madde Beyanname'ye eklenmiştir<sup>64</sup>.

33. maddenin, kadın-erkek eşitliğini düzenleyen 28. madde için de işletilebilmesine yönelik hüküm ise feministler ve insan hakları örgütlerinden gelen tepkiler üzerine madde metninden çıkartılmıştır<sup>65</sup>. 28. maddenin, 33. maddenin etki alanından çıkartılması aynı zamanda Beyanname'nin toplum tarafından da savunulacağını kanıtlamıştır<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 5.

<sup>60</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 6.

<sup>61</sup> **Weiler**, s. 65.

<sup>62</sup> **Goldsworthy**, Jeffrey: "Judicial Review, Legislative Override, and Democracy" Wake Forest Law Review, Cilt 38, Sayı 2, (2003), s. 453.

<sup>63</sup> **Carter**, Mark: "Diefenbaker's Bill of Rights and the Counter-Majoritarian Difficulty: The Notwithstanding Clause and Fundamental Justice as Touchstones for the Charter Debate" Saskatchewan Law Review, Cilt 82, Sayı 2, (2019), s. 137.

<sup>64</sup> **Whyte**, John D.: "Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the Charter's Notwithstanding Clause" Constitutional Forum, Cilt 16, Sayı 2, (2007), s. 82. (Streets)

<sup>65</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 3.

<sup>66</sup> **Dodek**, s. 59.

Her ne kadar Beyanname'nin halk desteğini sağlamasının ardındaki temel neden hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması olsa da<sup>67</sup> federal hükümetin temel hakların Anayasa'ya alınmasını desteklerken güttüğü bir diğer amaç da milli birliği güçlendirmektir<sup>68</sup>.

## **B. Askıya Alma Hükümüne Dair Değerlendirmeler**

Öğretide askıya alma hükmü çok farklı açılardan ele alınmıştır. Hükme toptan karşı çıkanlar olduğu gibi, yeterince kullanılmaması nedeniyle eleştirilenler de mevcuttur.

### **1. Askıya Alma Hükümünün Lehine Görüşler**

33. maddenin oldukça büyük bir siyasi fatura ödenmeden kullanılmasının mümkün olmadığı yukarıda gösterildiği üzere gündeme geldiği andan itibaren dile getirilmiştir. WEILER da, her ne kadar 33. madde son sözü yasama organına bırakıyor olsa da bilerek ve isteyerek Beyanname ile çelişecek bir kanun yapan parlamentonun bunu çok açık bir şekilde belirtmesi gerektiğini<sup>69</sup>, temel hak ve hürriyetlere neredeyse âşık olan bir toplumda bunun siyasi bedeli olacağını ve siyasetçilerin ancak büyük kamuoyu desteğine sahip olduklarını düşündükleri durumlarda bu yola başvurabileceklerini iddia etmektedir<sup>70</sup>. Kısacası temel hak ve hürriyetler halk tarafından benimsenip korunduğu sürece 33. madde temel haklar için tehlikeli olamayacaktır. Bu noktada kanımızca sert anayasa ve güçlü anayasa yargısının tam tersi bir durumda, yani çoğunluğun temel hak ve hürriyetleri ihlal etmeye kararlı olduğu anlarda, asıl işlevini ortaya koyacağını belirtmek isteriz.

HOGG ve arkadaşlarına göre, yasama ve yürütme arasında bir tür diyalog kurulmasını sağlayan bu yeni sistem yargısal denetime yönelik çoğunluk karşıtlığı eleştirisine, tam bir cevap olmasa da ciddi bir meydan okumadır<sup>71</sup>.

Her ne kadar ilk okunuşta temel hak ve hürriyetlere sağlanan korumanın tamamen ortadan kalkmasına neden oluyor gibi gözükse de BRIAN, 33. maddenin Beyanname'nin 1. maddesinin ışığında yorumlanması gerektiğini, bu nedenle özgür demokratik bir toplumda savunulamaz ve ölçüsüz sınırlamalara gene de izin vermeyeceğini iddia etmektedir. BRIAN'a göre 33.

<sup>67</sup> **Russell**, (Purposes), s. 31.

<sup>68</sup> **Russell**, (Purposes), s. 33.

<sup>69</sup> **Weiler**, s. 81.

<sup>70</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>71</sup> **Hogg/Thornton/Wright**, s. 7.

maddenin işletildiği durumlarda artık temel haklara müdahalenin ölçülü olup olmadığından ziyade, söz konusu durumda 33. maddenin kullanılmasının ölçülü ve özgür demokratik bir toplumda savunulabilir olup olmadığı yargı denetimine tabi olacaktır<sup>72</sup>. Daha açık bir ifade ile BRIAN'ın yorumunda 33. maddenin kullanımı da bir kanun ile olacağı için Beyanname'nin 1. maddesinde sayılan şartlara uygun olmalıdır. Kanımızca bu yorum 33. maddenin varlığı ile çelişmektedir. Eğer yasama organının yargısal denetimi askıya alması yargısal denetime tabi ise bu durumda 33. maddenin verdiği yetki içi boş bir yetkiden ibarettir. GROVER, 33. maddeyle mutlak bir yasama kısıntısı yaratılarak siyasal kararlarda son sözün yasama çoğunluğuna bırakılmasıyla demokrasinin güvenceye alındığını iddia edenlerin iddialarını safсата olarak nitelemektedir<sup>73</sup>. Yazar, 33.maddenin Beyanname'nin temel hak ve hürriyetlerin sadece özgür ve demokratik bir topluma uygun oldukları ispat edilebilecek biçimde sınırlanmalarına izin veren 1. maddesine istisna getirmediğini bu nedenle 33. madde kullanılırken de yasama organlarının 1. maddenin getirdiği bu yükümlülükle bağlı olduğunu savunmaktadır<sup>74</sup>. Yazara göre 33. maddenin kullanımının öngörülen etkisinin demokratik yaşam tarzı ile uyumlu olacağı ispatlanmadan askıya alma bildirimini kullanılması, Anayasa'ya aykırı olacaktır<sup>75</sup>. Bu görüşlere karşın, yukarıda da değinildiği üzere, Kanada Yüksek Mahkemesinin askıya alma bildirimini denetlemeyi reddettiğini hatırlatmak isteriz.

BLAKENEY, 33. maddenin temel hak ve hürriyetlerin çatışması halinde de uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir<sup>76</sup>. Yazara göre Beyanname'ye alınmamış olan hakların korunması yasama ve yürütmenin sorumluluğuyken, Beyanname kapsamındaki haklar yargı tarafından korunmaktadır. BLAKENEY, yargı organlarının Beyanname kapsamındaki bir hakkı korurken aşırıya kaçarak Beyanname'ye dâhil olmayan hakları göz ardı edebileceklerini iddia etmektedir<sup>77</sup>. Beyanname dışında kalan bir hak ile

<sup>72</sup> **Slattery**, Brian: "Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Override Clauses Under Section 33 -- Whether Subject to Judicial Review Under Section 1." Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1 (1983), s. 393.

<sup>73</sup> **Grover** Sonja: "Democracy and the Canadian Charter Notwithstanding Clause: Are They Compatible?", The International Journal of Human Rights, Cilt 9, Sayı 4, (2005), s. 484.

<sup>74</sup> **Grover**, s. 480.

<sup>75</sup> **Grover**, s. 481.

<sup>76</sup> **Blakeney**, Allan E.: "The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing" Constitutional Forum, Cilt 19, Sayı (2010), s. 1.

<sup>77</sup> **Blakeney**, s. 7.



Beyanname'nin koruduğu bir hakkın çatışması durumunda 33. madde ile bu çatışmanın yargı organı değil yasama organı tarafından çözülmesi sağlanabilir<sup>78</sup>.

Görüldüğü üzere 33. madde iki temel gerekçe ile savunulmuştur. Bunlardan ilki 33. maddenin metninin açık ifadesine rağmen temel haklar açısından iddia edildiği kadar tehlikeli olmadığı, diğeri ise 33. maddenin demokratik meşruiyet ve çoğunluk karşıtlığı eleştirilerini bertaraf ettiğiidir.

Kanımızca 33. maddenin kullanımı ancak yasama organında ve kamuoyunda itinalı tartışmaların yapılması durumunda kendisinden beklenen faydaları sağlayacaktır. Ne var ki, Kanada Yüksek Mahkemesi *Ford* kararında bu hususu değerlendirmeye almamış, 33. maddenin tartışma veya değerlendirme yapılmadan kullanılmasına izin vermiştir<sup>79</sup>.

## 2. Askıya Alma Hükümünün Aleyhine Görüşler

33. madde aleyhine ileri sürülen görüşlerin kanımızca en önemli gerekçesi, maddenin sadece istisnai olarak ve bu amaçla kullanılmayabileceği; siyasi iktidarın bir noktada bu maddeyi baskıcı amaçlarla ve bazı gruplara akla yatkın gerekçeleri olmamasına rağmen ciddi yükümlülükler getirecek biçimde kullanabileceği endişesidir<sup>80</sup>. Kanımızca da geçtiğimiz on yıl içinde gerçekleşen anayasal zorlama örnekleri<sup>81</sup>, 33. madde ve benzeri düzenlemelerin partizanca kullanılmasının oldukça muhtemel olduğunu göstermektedir.

MAILEY de, kanımızca haklı biçimde, 33. maddenin verdiği yetkinin popülist liderler tarafından açıkça ve ısrarla kullanılacağını belirtmektedir<sup>82</sup>. Yazara göre popülist bir hükümet 33. maddeyi istisnai bir uyumsuzluk çözüm aracı olarak kullanmayacak, Beyanname'nin engellemek istediği parlamento üstünlüğünü yeniden kuracaktır<sup>83</sup>. Bu ise temel haklara ilişkin yargı kararlarının seçimden seçime ölüp ölüp dirilmesine neden olacaktır<sup>84</sup>.

WHYTE'a göre temel hakları sadece, seçilmiş bir çoğunluk askıya alınmalarına karar verene kadar koruyan bir anayasa vatandaşlara mantıksız

<sup>78</sup> **Blakeney**, s. 8.

<sup>79</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 299.

<sup>80</sup> **Whyte**, John D.: "On Not Standing For Notwithstanding" *Alberta Law Review*, Cilt 28, Sayı 2, (1990), s. 355. (Not Standing)

<sup>81</sup> **Tushnet**, Mark V.: *Constitutional Hardball* (September 11, 2021). Forthcoming, *Cambridge Handbook of Constitutional Theory* (J. King & R. Bellamy eds.), s. 10.

<sup>82</sup> **Mailey**, s. 11.

<sup>83</sup> **Mailey**, s. 12.

<sup>84</sup> **Mailey**, s. 14.

gelecektir<sup>85</sup>. Yazara göre nasıl kullanılırsa kullanılsın, arkasındaki saik ne olursa olsun, 33. maddenin yasama organına tanıdığı yetki bir askıya alma yetkisi olarak görülecektir<sup>86</sup>. Yazara göre siyasetçilere 33. madde ile tanınan yetki ne mantıklıdır ne de prensiplere dayanmaktadır<sup>87</sup>.

AXWORTHY, 33. maddeyi oldukça renkli bir örnek ile resmetmektedir; “Tıpkı Odiseus’un sirenlerin şarkılarıyla baştan çıkartılmasını engellemek için kendini geminin direğine bağlatması gibi, bir hak beyanamesi kabul eden toplumlar da kendilerini direğe bağlamış olurlar. Lakin askıya alma şartı Odiseus’a sirenlerin şarkılarının en kuvvetli olduğu anda kendisini serbest bırakabilmesi için bir hançer vermekten başka bir şey değildir.”<sup>88</sup>.

RUSSELL, 33. maddenin atanmış yargıçların çoğunluk tarafından seçilmiş bir organın iradesini ortadan kaldırmaya yetkili olmayacağına dayanarak savunulamayacağını, bu savunmanın; özgürlükçü olmayan, aşırı basit, hürriyeti sağlamak için denge-denetleme mekanizmalarının gerekliliğinden ve çoğunluğun azınlığa dayatabileceği haksızlıklardan habersiz, ahlaken sığ bir demokrasi anlayışına dayanabileceğini belirtmektedir<sup>89</sup>.

LECKEY, 33. maddenin anayasal denetime konu kanunun uygulanmasını sağladığını ancak yargısal denetim yolunu tamamen kapatmadığını iddia etmektedir. Yazara göre Yüksek Mahkeme kanunun uygulanmasını durduramayacak olsa da hak ihlalinin tespit etmelidir<sup>90</sup>. LECKEY, bir adım daha ileri giderek 33. maddenin idarenin sorumluluğunu engelleyemeyeceğini, 33. madde ile korunan kanun hukuka uygun kabul edilse bile kişilerin idarenin mali sorumluluğunu işletmesinde 33. maddenin bir engel oluşturmayacağını savunmaktadır<sup>91</sup>.

### III. ASKIYA ALMA HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere kanımızca temel hak ve hürriyetler açısından oldukça büyük bir risk barındıran 33. madde Kanada’da neredeyse hiç uygulanmamaktadır. 33. maddenin kullanılmasına karşı adeta anayasa hükmünü ihmal eden bir teamül oluşmuş durumdadır.

<sup>85</sup> Whyte (Streets), s. 79.

<sup>86</sup> Whyte, (Streets), s. 80.

<sup>87</sup> Whyte (Streets), s. 84.

<sup>88</sup> Axworthy, s. 63.

<sup>89</sup> Russell, (Standing Up), s. 295.

<sup>90</sup> Leckey, Robert: “Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), s. 4.

<sup>91</sup> Leckey, s. 5.

33. maddenin kullanılmasının yasama organı için çok yüksek bir siyasi maliyete sahip olması nedeniyle neredeyse hiç kullanılmaması yargısal denetim karşıtlarınca sıklıkla dile getirilmektedir. GOLDSWORTHY bunun nedeninin seçmenlerin anayasal haklar alanında yargının takdirine, yasamaya kıyasla daha fazla güveniyor olmasında bulunabileceğini belirtmektedir<sup>92</sup>. Yazara göre yasama organının, bir yargı kararını geçersiz kılmanın siyasi bedelleri hesaba katıldığında, 33. maddeyi uygulanabilir görüp görmemesi tamamen demokratik sürecin sonucu olacaktır<sup>93</sup>. SNOW'a göre maddenin yürürlüğe girişinden bu yana başbakanlar tarafından düşman olarak gösterilmesi, maddenin Beyanname karşıtı ve hak düşmanı olarak algılanmasına neden olmuştur<sup>94</sup>. Yasama organının bir kanunun açıkça anayasaya aykırı olabileceğini ve bunun kabul edildiğini belirtmesi, beraberinde kamuoyunda tartışmaları ve eleştirileri getireceği için, 33. maddeyi kullanarak bir kanunu kabul etmek sıradan bir kanuna göre daha zordur<sup>95</sup>. 33. maddenin kullanımı bir kanunu en fazla beş yıl süreyle yargı denetiminden kaçırabilmektedir, bu beş yıllık süre içerisinde kesinlikle bir seçim yapılacağı için askıya alma bildirimi büyük olasılıkla seçimler için de muhalefetin elinde koz haline gelecektir<sup>96</sup>.

GARDBAUM, 33. maddenin nadir kullanımının siyasi maliyet dışında başka bir sebebinin de Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yargısal denetim gücünün görece tartışmasız olması ve yargısal denetim yetkisini kendi kendisinin sınırlaması olduğunu belirtmektedir<sup>97</sup>. Kanımızca bu ayrıca bir neden değil maddenin yasalaşma sürecinden itibaren sık sık dile getirilen siyasi maliyeti arttıran bir durum olarak nitelenmelidir.

WEILL yukarıda da yer verdiğimiz görüşünden yola çıkarak Beyanname, parlamentonun dışında ve üstünde bir irade tarafından kabul edildiği için 33. madde kullanılmamakta, hatta meşru görülmediğini iddia etmektedir<sup>98</sup>.

KAHANA, 33. maddenin, hakların anayasal korumaya alınmasını isteyen ve buna karşı çıkan gruplar arasında akıllıca bir uzlaşma olduğunu belirtmektedir. Mahkemelerin birçok kanunu anayasaya aykırı bulmalarına rağmen

---

<sup>92</sup> Goldsworthy, s. 456.

<sup>93</sup> Goldsworthy, s. 457.

<sup>94</sup> Snow, s. 1.

<sup>95</sup> Kahana, s. 231.

<sup>96</sup> Kahana, s. 231.

<sup>97</sup> Gardbaum, (Reassessing), s. 178.

<sup>98</sup> Weill, s. 164.

men 33. madde nadiren kullanılan bir araç haline gelmiştir. Hukuken haklar tam olarak korunmuyor olsa da uygulamada Beyanname'nin sağladığı koruma tamdır<sup>99</sup>. HOGG ve THORNTON'a göreyse uygulamada kullanımına karşı oluşan siyasi direnç nedeniyle 33. madde görece önemsizdir<sup>100</sup>.

TUSHNET de Beyanname'nin uygulamada zayıf bir yargısal denetim sistemi kuramadığını belirtmektedir<sup>101</sup>. Quebec dışında 33. maddenin yürürlüğe girişinden 2001 yılına kadar zaman zaman yargı ile yasama karşı karşıya gelmiş hatta maddenin işletilmesi yasama organlarında tartışılmış olsa da bir örnek dışında bu araç tercih edilmemiştir<sup>102</sup>. 2007 yılında yapılan başka bir çalışma 33. maddenin bir yargı kararının ardından sadece bir kere kullanıldığını tespit etmiştir<sup>103</sup>.

GOLDSWORTHY'e göre 33. madde yargı kararlarındaki yorumlar ile yasamanın çatışmasını değil, yasama organının doğrudan ve açık bir beyanla Beyanname'yi askıya aldığını bildirmesini gerektirmektedir ki bunun gerekçelendirilmesi oldukça güçtür<sup>104</sup>. GOLDSWORTHY 33. maddenin kullanılmasının ardındaki nedenleri şu şekilde sıralamaktadır; i) kamuoyundaki yasamaya nazaran üstün popülerliği nedeniyle yargı kararlarına karşı çıkmanın güçlüğü, ii) yürütme organındaki hukukçuların yargı kararlarına uyulmasını tavsiye etmesi, iii) 33. maddenin ancak daha makul araçların tükenmesi halinde kullanılacak bir son çare olarak görülmesi, iv) beş yıllık zamanaşımı süresi nedeniyle boşa bir çaba olarak algılanması ve v) uygulamanın yarattığı tecrübe. Sayılan bu nedenler her ne kadar Kanada için geçerli olsa da tamamen ülkenin sübjektif özelliklerinin sonucudur ve benzer bir maddenin başka bir ülkede sürekli kullanılmasını engelleyecek objektif nedenler değildir.

SNOW, kamuoyu tepkisinden çekinmenin de 33. maddenin kullanılmasını için yeterli bir açıklama oluşturmadığını savunmaktadır. Yazara göre halkın neredeyse yarısının maddeden haberi yoktur ve nihai karar verme organının kim olması gerektiği sorusuna verilen cevaplar yarı yarıya bölünmekte, yargı üstünlük sağlayamamaktadır, dahası kullanıldığı tek örnek

<sup>99</sup> Kahana, s. 223.

<sup>100</sup> Hogg/Thornton, s. 83.

<sup>101</sup> Tushnet (Liberties), s. 5.

<sup>102</sup> Snow, David: "Notwithstanding the Override: Path Dependence, Section 33, and the Charter", Innovations: A Journal of Politics, Cilt 8, (2008-2009), s. 5.

<sup>103</sup> Hogg/Thornton/Wright, s. 51.

<sup>104</sup> Goldsworthy, s. 467.

olan *Ford* kararında kamuoyu bu kullanımı onaylamıştır<sup>105</sup>. Yazara göre 33. maddenin kullanılmamasının ardında “patika “bağımlılığı” bulunabilir; maddenin bir yargı kararına karşı ilk kullanımı olan *Ford* kararı 33. maddenin Kanada’nın İngilizce konuşan vatandaşları için düşman hale gelmesinin kapısını aralamış ve kararın ardından göreve gelen başbakanlar bu eğilimi desteklemiştir<sup>106</sup>. ALBERT, bu patika bağımlılığının artan verimli olduğunu ve 33. maddenin kullanılmamasının, kullanılmayacağı yönündeki inancı güçlendirdiğini belirtmektedir<sup>107</sup>. ALBERT, Beyanname’nin doğması için gerekli eyalet desteğini almak için yapılan siyasi at pazarlığının önemli ve anayasal yapbozun nihai parçası olarak gördüğü<sup>108</sup> 33. maddenin, artık herhangi bir biçimde ıslah edilemeyecek biçimde anayasal limboya mahkûm olduğunu belirtmektedir<sup>109</sup>. 2001 tarihli çalışmasında GARDBAUM, Quebec dışındaki eyaletler ve federal hükümet için 33. maddenin hiçbir zaman kullanılmaması gerektiği yönünde bir anayasal teamül oluştuğunu belirtmektedir<sup>110</sup>. GARDBAUM, 2010 yılında kaleme aldığı çalışmasında ise Kanada’nın, 33. madde kullanılmamasına rağmen, halen zayıf yargısal denetim sistemine sahip olduğunu belirtmektedir<sup>111</sup>.

Quebec hükümeti tarafından aşağıda ele alınacak iki uygulama sonucunda 33. madde neredeyse hiç uygulanma fırsatı bulamamıştır<sup>112</sup>. Daha en başından anayasa değişikliğine direnmiş olan Quebec, 1982 ila 1985 yılları arasında kabul ettiği tüm kanunlara bir askıya alma şartı eklemenin yanı sıra, Beyanname’nin yürürlüğe girdiği sırada yürürlükte bulunan tüm kanunlarına askıya alma şartını ekleyecek bir torba kanun kabul etmiştir<sup>113</sup>. Quebec yasama organı Beyanname’nin kabulünden üç ay sonra çıkarttığı bu torba yasayla 33. maddenin askıya alma bildirimini yapılmasına izin verdiği tüm haklar için bu yetkiyi kullandığını belirten standart hükmü tüm kanunlarına eklemenin yanı sıra, torba yasanın kabulüne kadar aradan geçen süre zarfında da yargı yetkisinin kullanılmasını engellemek amacıyla torba yasayı Beyanname’nin ilan tarihine kadar geriye yürüyecek şekilde kanunlaştır-

<sup>105</sup> Snow, s. 6.

<sup>106</sup> Snow, s. 9.

<sup>107</sup> Albert, s. 1043.

<sup>108</sup> Albert, s. 1039.

<sup>109</sup> Albert, s. 1038.

<sup>110</sup> Gardbaum, (Commonwealth Model), s. 726.

<sup>111</sup> Gardbaum, (Reassessing), s. 183.

<sup>112</sup> Goldsworthy, s. 469.

<sup>113</sup> Jonahsen, David/Philip, Rosen, s. 7.

miştir<sup>114</sup>. Bu uygulama eyalet politikalarının yargı tarafından geliştirilen standartlardan korunmasından ziyade, Beyanname'nin Quebec'in eyalet hükümetinin rızası olmadan yasalaşmış olmasına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır<sup>115</sup>. 33. maddenin bu oldukça önemli kullanımı, temel hakları sınırlama girişimi değil de, siyasi bir karşı saldırı olarak görüldüğünden fazla dikkat çekmemiştir<sup>116</sup>. Quebec'de Parti Qubecouis iktidarı sırasında 33. maddenin mutlak olarak her kanunda kullanılması, askıya alma yönteminin sadece belirli kanunlar için istisnai biçimde kullanılması sonucunda yaratacağı siyasi maliyeti de ortadan kaldırarak Beyanname'nin kurmuş olduğu sistemi alt üst etmiştir<sup>117</sup>.

Quebec Temyiz Mahkemesi *Alliance des Professeurs de Montrial v. A.G. Quebec* kararıyla standart askıya alma hükmünü, 33. maddenin gerektirdiği açıklık şartına uymadığı gerekçesiyle, oybirliği ile iptal edecektir. Quebec Temyiz Mahkemesi'ne göre temel haklara getirilen her sınırlama gibi 33. madde de özgürlük lehine yorumlanarak yarattığı parlamento üstünlüğü istisna olarak görülmeli ve bu sebeple sadece madde numaralarına yapılan bir atıfla 33. maddenin kullanılması mümkün olmamalıdır<sup>118</sup>. Bununla beraber Kanada Yüksek Mahkemesi Quebec'in torba kanun ile yaptığı askıya alma bildirimini 33. maddeye uygun bulmuş, ancak geriye yürüme hükmünü iptal etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre cümle veya paragraf numarasının gösterilmesi gibi, askıya alma bildiriminde sadece madde numarasının belirtilmesi dahi yeterlidir<sup>119</sup>.

15 Aralık 1988'de Kanada Yüksek Mahkemesi, Quebec Fransız Dili Beyannamesi'nin ticari tabelalarda sadece Fransızca kullanılmasını zorunlu kılan bir maddesini iptal etti. Sadece altı gün sonra 21 Aralık 1988'de Quebec Parlamentosu aynı düzenlemeyi bu sefer 33. madde bildirimini de kullanarak yasalaştırdı. Quebec dışında tüm Kanada'da bu kullanım anında ve çok güçlü bir olumsuz tepki gördü<sup>120</sup>. İngilizce konuşan Kanada'da Quebec'in 33. maddeyi azınlık haklarını ezecek şekilde kullanımına karşı içgüdüsel olarak doğan bu karşı çıkış, hızla 33. maddenin varlığına yöneldi<sup>121</sup>.

<sup>114</sup> Weinrib, s. 544.

<sup>115</sup> Russell, (Purposes), s. 42.

<sup>116</sup> Dodek, s. 59.

<sup>117</sup> Weiler, s. 90.

<sup>118</sup> Weinrib, s. 546.

<sup>119</sup> Weinrib, s. 552.

<sup>120</sup> Dodek, s. 60.

<sup>121</sup> Dodek, s. 61.

Quebec'in 1988 tarihli Ford Kararına karşı kullandığı 33. madde bildirimini, beş yıllık süresinin dolmasının ardından, 1993 tarihinde hükümet değişmemiş olmasına rağmen, sert Fransızca kullanım politikalarının terkedilmesi sonucunda yenilenmemiştir<sup>122</sup>.

1986 yılında Saskatchewan Hükümeti süt ürünleri işçilerinin greve gitmesini yasaklayan bir hükmü iptalden korumak için çıkardığı kanunun ilk halinde 33. maddeyi kullanmış olsa da 1987 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi bu kanunu Anayasaya uygun bulacaktır<sup>123</sup>.

1998 yılında Alberta Hükümeti bir Beyanname tartışmasını bertaraf etmek için, 33. madde bildirimini de taşıyan, zorunlu kısırlaştırma mağdurlarına ödenecek tazminatın sınırlandırılmasına yönelik bir tasarı sunmuş, ancak tasarı kamuoyundan gelen tepkiler üzerine ertesi gün geri çekilmiştir. Birkaç hafta sonra ise Alberta hükümeti 33. maddeyi, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin cinsel yönelimi eyaletin insan hakları hukukunda sayılan korunan gruplara yorum yoluyla ekleyen kararına karşı, karar her ne kadar kamuoyundan tepki çekse de, kullanmamış ve bu tutumu anketlere göre Albertalıların üçte ikisi tarafından yerinde bulunmuştur. 2000 yılında Alberta bu sefer eşcinsel evlilikleri yasaklayan bir kanunda 33. maddeyi kullanmış, ancak Kanada Yüksek Mahkemesi'nin evliliğin tanımlanmasının Federal hükümete ait bir yetki olduğuna karar vermesi üzerine 33. maddenin kullanımını anlamsız hale gelmiştir<sup>124</sup>.

LECKEY, 33. maddenin kullanılmaması yönündeki alışkanlığı "eski paradigma" olarak adlandırmakta, yeni paradigmadaki hükümetlerin hak ihlallerine neden olan yasalarını anayasallık denetiminden daha tereddütsüzce koruduklarını ve yargıçlar tarafından yapılan anayasallık denetimini çoğunluk yönetimine gayrimeşru müdahaleler olmakla itham ettiklerini belirtmektedir<sup>125</sup>. Her ne kadar uzun yıllar 33. madde kullanılmamışsa da yakın dönemde Quebec tarafından 16 Haziran 2019 tarihli kamu çalışanları için dini kıyafetleri yasaklayan "Devletin Laikliğini Koruma Yasası" nı yargısal denetimden korumak<sup>126</sup>; 2018 yılında Ontario tarafından "Etkin Yerel Yönetimler Yasası" için Toronto'daki yerel seçim çevrelerinin azaltılmasının ifade hürriyetine getirilen ölçüsüz bir sınırlama olduğunu gösteren mahkeme kararını aşmak; Saskatchewan tarafından ise 2018 tarihli "Okul Tercihini

<sup>122</sup> Hogg/Thornton, s. 84.

<sup>123</sup> Dodek, s. 60.

<sup>124</sup> Dodek, s. 62.

<sup>125</sup> Leckey, s. 1.

<sup>126</sup> Carter, s. 140.

Koruma Yasası” için mezhep okullarının kamu tarafından finanse edilmesini korumak amacıyla kullanılmıştır<sup>127</sup>.

### SONUÇ

Zayıf yargısal denetim sistemleri kanımızca kalıcı bir yöntem değil, parlamento egemenliği ile güçlü anayasa yargısı arasında bir geçiş aşaması olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar zayıf yargısal denetim sistemi, anayasa yargısının anayasal dayanağa sahip olmadığı veya anayasal denetim organlarının aktivist tutum takındığı ve bu sebeple çoğunluk karşıtlığı argümanının güçlü olduğu ülkelerde gündeme gelse de Kanada örneği bu geçici önlemin hızla terkedilip anayasa yargısının yerleştiğini göstermektedir. Eğer zayıf yargısal denetim, Kanada örneğinin aksine parlamento üstünlüğüne doğru evrilirse ki kanımızca sistemin iki tarafa da kaymadan planlandığı noktada kalması mümkün gözükmemektedir, zayıf yargısal denetim temel haklar açısından büyük bir tehdit oluşturur. Bununla beraber Beyanname ile ortaya çıkan zayıf yargısal denetim sistemleri, anayasa yargısı ve yasama arasındaki ilişkinin kesin ve nihai araçlar dışında da seçeneklere sahip olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Kanımızca 33. madde anayasal denetimin varlığı veya yokluğundan ziyade, Kanada’da eyaletlerin federal anayasa ile yetkilerinin kaybolacağı endişesinden kaynaklanmıştır. Yasalaşması sırasında eyaletler tarafından talep edilen ve Anayasa’nın kabul edilmesi için federal hükümet tarafından katlanılmak zorunda kalınan maddenin, temel haklara bağlılık açısından değil, dikey kuvvetler ayrılığı açısından değerlendirilmesi daha doğrudur. Askıya alma bildiriminin federal hükümet tarafından hiç kullanılmamış olması ve tüm kullanımların eyaletlere ait olması bu kanımızı desteklemektedir.

Askıya alma yetkisinin Beyanname’nin geneli ile çelişki içinde olduğu, temel hakları korumayı amaçlayan hukuki aracın tam da temel hakları karşısında koruması gereken yasama çoğunluğuna bu hakları askıya alma yetkisi verdiği eleştirileri bizce de isabetlidir. Nitelikli çoğunluk ya da gizli oylama şartı dahi aranmadan temel hakların olağan dönemde beş yıl için askıya alınabilmesi Beyanname’nin getirdiği koruyucu rejimi temelinden sarsmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesinin askıya alma yetkisinin kullanımını denetlemeyi reddetmesi bu tehlikeyi daha da büyütüştür.

<sup>127</sup> Carter, s. 141. Temyiz mahkemesi tarafından alt derece mahkemesinin kararının yürütmesi durdurulduğu için teklif yürürlüğe girmemiştir.



Beyanname'ye en başından beri karşı çıkan Quebec Hükümetinin 33. maddeyi kendi eyaletinde azınlık ancak Kanada'da çoğunluk olan İngilizce konuşan bireylerin haklarına karşı kullanması bize göre temel hak ve hürriyetler açısından olumlu bir gelişmeye neden olmuş, askıya alma bildirimini en başından itibaren tehlikeli ve hak karşıtı olarak göstermiştir. İlk askıya alma bildirimlerinin ülke genelinde azınlıkta olan bireylerin haklarına karşı kullanılması ve siyasi sorumluluk doğurmaması halinde uygulamanın farklı yönde gelişmesi mümkün olabilir, tıpkı 1960 tarihli Bildirge gibi, Beyanname de çalışmayan bir araca dönüşebilirdi.

Her ne kadar uzun yıllar, neredeyse kanunlaşmasının ardından 40 yıl boyunca kullanılmamış olsa da askıya alma bildirimini geçerli bir hukuk kuralı olarak kalmış ve son yıllarda yeniden canlanmıştır. Askıya alma bildirimlerinin seçimlerde kullanan taraf için bir dezavantaj olacağı iddia edilmişse de tam tersine toplumda tepkiyle karşılanan azınlıklara karşı seçimlerden önce askıya alma bildirimlerinin kullanılması, başka bir ifadeyle hükümetlerin siyasi manevralar için 33. maddeyi kullanması da mümkündür.

Maddenin yasalaştığı dönemde en büyük güvencenin yargı kararlarına karşı çıkmanın hükümetler için oldukça büyük siyasi faturalara neden olacağı savunulmuşsa da 33. maddenin verdiği askıya alma yetkisinin yasanın iptal edilmesini engellemek için yargısal denetimden önce yasanın ilk metninde kullanılması halinde bu etki doğmamaktadır. Bu durumda kamuoyu gündemini işgal edecek bir yargı-yasama çatışması daha doğmadan engellenmekte, yukarıda yer verilen diyalogun başlaması dahi beş yıl ertelenmektedir. Bu nedenle, eğer gerçekten bir tartışma ortamı yaratılması ve siyasi sorumluluk doğurması isteniyorsa, askıya alma yetkisi sadece ve sadece belirli bir mahkeme kararına karşı kullanılabilir.

Kanada'da henüz kötüye kullanılmamış olsa dahi, 1982'den kalma bu düzenleme mevcut haliyle temel hak ve hürriyetlere getirilen korumaları anlamsız kılmaktadır ve özellikle heterojen toplumlarda temel hakları koruma rejimini temelden yıkabilir. Bununla beraber askıya alma bildiriminin, nitelikli çoğunluk ve gizli oylama şartlarına bağlanması ve askıya alma süresinin ciddi şekilde kısaltılması durumunda, temel haklar dışında kalan anayasa hükümleri için kullanılması mümkündür. Anayasayı değiştirme çoğunluğuna sahip iktidarlara bu zor yöntem yerine çatışma doğuran mahkeme kararını bir süreliğine askıya alma yetkisi tanıyan bir ara çözüm, anayasa hükümlerinin değiştirilmesini ve belirli bir krizin aşılması için çoğu zaman aceleyle ve tartışılmadan yapılan değişiklikleri önleyebilir. 1982 Anayasası'nın değiştirilmesi için beşte üç gibi birçok anayasaya göre düşük bir çoğunluğun, tamamen çoğunlukçu halk oylaması sürecini başlatabilmesi,

henüz Kanada'daki kadar desteğe sahip olmayan Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yasama çoğunluğunun anayasa değişikliği yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu tehlikeye karşı yasama organına, norm denetimi kararlarına karşı kullanabileceği ara bir yöntem sunmak, hem anayasa yargısına yönelen demokratik meşruiyet ve çoğunluk karşıtlığı eleştirilerini zayıflatacak hem de kalıcı zararları önleyebilecektir. Bu yöntem 33. maddenin aksine tıpkı anayasa değişikliklerinde olduğu gibi kesinlikle gizli oylamaya konu olmalıdır. Bu sayede siyasi parti disiplini bir miktar kırılabilir ve yasama organının temel haklara dair bir değerlendirme yapması kolaylaştırabilecektir. Askıya alma kararı içinse yapılacak gizli oylamada ilgili Anayasa Mahkemesi kararındaki çoğunluğun yani kabul ve ret oylarının oranının aşılması gerekmektedir. Bu sayede Anayasa Mahkemesi'nde iptali yönünde uzlaşma olan düzenlemeler için askıya alma yetkisi hiç kullanılmayacak, kanunu iptal eden çoğunluğun büyük olduğu durumlarda ise çok yüksek bir oran gerekecektir. Son olarak askıya alma süresi yıllarla değil aylarla ölçülecek bir seviyeye indirilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Albert**, Richard: “Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause” *Alberta Law Review*, Cilt 45, Sayı 4, (2008), 1037-1070.
- Axworthy**, Thomas S.: “The Notwithstanding Clause: Sword of Damocles or Paper Tiger?”, *Policy Options*, Mart 2007, 57-63.
- Blakeney**, Allan E.: “The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” *Constitutional Forum*, Cilt 19, Sayı (2010), 1-10.
- Carter**, Mark: “Diefenbaker’s Bill of Rights and the Counter-Majoritarian Difficulty: The Notwithstanding Clause and Fundamental Justice as Touchstones for the Charter Debate” *Saskatchewan Law Review*, Cilt 82, Sayı 2, (2019), 121-146.
- Dixon**, Rosalind: “The Core Case for Weak-Form Judicial Review” *Cardozo Law Review*, Cilt 38, Sayı 6, (2017), 2193-2232.
- Dodek**, Adam: “The Canadian Override: Constitutional Model or Bete Noire of Constitutional Politics”, *Israel Law Review*, Cilt 49, Sayı 1, (2016), 45-65.
- Gardbaum**, Stephen: “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 8, Sayı 2, (2010), 167-206. (Reassessing)
- Gardbaum**, Stephen: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 49, Sayı 4, (2001), 707-760. (Commonwealth Model)
- Goldsworthy**, Jeffrey: “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy” *Wake Forest Law Review*, Cilt 38, Sayı 2, (2003), 451-472.
- Grover**, Sonja: “Democracy and the Canadian Charter Notwithstanding Clause: Are They Compatible?”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 9, Sayı 4, (2005) 479-490
- Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell: “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal* Cilt 35, Sayı 1, (1997), 75-124.

- Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell; and **Wright**, Wade K.: “Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”, Osgoode Hall Law Journal Cilt 45, Sayı 1, (2007), 1-65.
- Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen: “Background Paper; The Notwithstanding Clause of the Charter”, Library of Parliament, Publication no. BP-194-E, 2012.
- Kahana**, Tsvi: “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, The University of Toronto Law Journal, Cilt 52, Sayı 2, (2002), 221-274.
- Leckey**, Robert: “Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), 1-8.
- Mailey**, Richard: “The Notwithstanding Clause and the New Populism” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), 9-18.
- Manfredi**, Christopher P. and **Kelly**, James B.: “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell” Osgoode Hall Law Journal, Cilt 37, Sayı 3, (1999), 513-527.
- Russell**, Peter H.: “The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1, (1983), 30-54. (Purposes)
- Russell**, Peter H.: “Standing Up for Notwithstanding” Alberta Law Review, Cilt 29, Sayı 2, (1991), 293-309. (Standing Up)
- Slattery**, Brian: “Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Override Clauses Under Section 33 -- Whether Subject to Judicial Review Under Section 1.” Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1 (1983), 391-397.
- Snow**, David: “Notwithstanding the Override: Path Dependence, Section 33, and the Charter”, Innovations: A Journal of Politics, Cilt 8, (2008-2009), 1-15.
- Tushnet**, Mark: “Alternative Forms of Judicial Review” Michigan Law Review, Cilt 101, Sayı 8, (2003), 2781-2802. (Alternative)
- Tushnet**, Mark: “Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties” Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 41, Sayı 1, (2006), 1-22. (Liberties)
- Tushnet**, Mark V.: Constitutional Hardball (September 11, 2021). Forthcoming, Cambridge Handbook of Constitutional Theory (J. King & R. Bellamy eds.), 1-30. (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3921575>)

- Weiler**, Paul C.: “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, Cilt 18, Sayı 1, (1984), 51-92.
- Weill**, Rivka: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making”, *American Journal of Comparative Law*, Cilt 62, Sayı 1, (2014), 127-169.
- Weinrib**, Lorraine Eisenstat: “Learning to Live with the Override,” *McGill Law Journal*, Cilt 35, Sayı 3, (1990), 541-571.
- Whyte**, John D.: “On Not Standing For Notwithstanding” *Alberta Law Review*, Cilt 28, Sayı 2, (1990), 347-357 (Not Standing)
- Whyte**, John D.: “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the Charter’s Notwithstanding Clause” *Constitutional Forum*, Cilt 16, Sayı 2, (2007), 79-88 (Streets)