

Alternatif Yargısal Denetim Modeli Olarak Zayıf Form Yargısal Denetimin Uygulamadaki Örnekleri

Examples of Weak-Form Judicial Review in Practice as an Alternative Judicial Review Model

Nurullah Görgeç

İstanbul Medeniyet Üniversitesi,
İstanbul, Türkiye,
gorgentr@hotmail.com,
ror.org/05j1qpr59



Öz: Yargısal denetim (anayasa yargısı) kavramı, türleri ve uygulanma alanları, Türk ve dünya literatüründe kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak, tartışmaların genellikle yargısal denetim modellerinden biri olan güçlü form yargısal denetimi üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Bu nedenle, bu makalenin amacı, literatürde yeterince incelenmemiş alternatif bir model olan zayıf form yargısal denetimini analiz etmektir. Zayıf form yargısal denetimi, anayasal konulardaki uyuşmazlıklarda nihai karar mercisinin yasama organı olduğu bir yargısal denetim türüdür. Bu model, Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde benimsenmiş olup, güçlü form yargısal denetimine yöneltilen eleştirilere (meşruiyet sorunu, demokrasiyle uyumsuzluk, yargısal aktivizm vb.) bir alternatif olarak öne çıkmaktadır. Bu makalede, zayıf form yargısal denetim modelinin uygulamadaki örneklerini göstermek amacıyla, söz konusu modeli benimseyen Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda hukuk sistemleri incelenecektir. Bu ülkelerin seçilmesinin bir diğer nedeni, zayıf form yargısal denetimin üç farklı alt türünün bu ülkelerde uygulanıyor olmasıdır. Ayrıca, makalede yargısal denetim kavramı, yargısal denetim modellerinin yeniden sınıflandırılması, güçlü form yargısal denetime yöneltilen eleştiriler ve zayıf form yargısal denetimin avantajları da ele alınacaktır. Böylece, öğretilere göre az bilinen zayıf form yargısal denetim modeli kapsamlı bir şekilde açıklanacaktır. Sonuç olarak, bu makale hem teorik çerçevede hem de uygulama örnekleri üzerinden zayıf form yargısal denetimini ele alarak, bu modelin mevcut yargısal denetim modelleri (Amerikan tipi ve Avrupa tipi) dışında, bağımsız bir yargısal denetim modeli olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zayıf Form Yargısal Denetim, Yargısal Denetim, Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda

Geliş Tarihi/Received: 16.01.2025
Kabul Tarihi/Accepted: 02.03.2025
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:
22.05.2025

Abstract: The concept, types, and areas of application of judicial review (constitutional adjudication) have been extensively examined in both Turkish and global literature. However, it can be said that discussions have generally focused on strong-form judicial review, which is one of the models of judicial review. Therefore, the aim of this article is to analyze an alternative model that has not been sufficiently studied in the literature: weak-form judicial review. Weak-form judicial review is a type of judicial review in which the legislature has the final authority in constitutional disputes. This model has been adopted in countries such as Canada, the United Kingdom, and New Zealand and is presented as an alternative to strong-form judicial review, which has been criticized for issues such as legitimacy concerns, incompatibility with democracy, and judicial activism. In this article, the legal systems of Canada, the United Kingdom, and New Zealand will be examined to illustrate practical examples of the weak-form judicial review model. Another reason for selecting these countries is that three different subtypes of weak-form judicial review are applied in their legal systems. Additionally, the article will discuss the concept of judicial review, the reclassification of judicial review models, criticisms directed at strong-form judicial review, and the advantages of weak-form judicial review. Thus, the relatively lesser-known weak-form judicial review model will be comprehensively explained. Ultimately, by addressing weak-form judicial review both in theoretical terms and through practical examples, this article aims to demonstrate that this model should be considered an independent judicial review model, distinct from the existing American and European models.

Keywords: Weak-Form Judicial Review, Judicial Review, Canada, The United Kingdom, and New Zealand

Extended Abstract

The concept of judicial review (constitutional adjudication), its types, and areas of application have been extensively discussed in the literature. Specifically, the strong form of judicial review and its two subtypes, the European model and the American model of judicial review, are often examined. This article, however, will focus on an alternative model to these two subtypes of strong judicial review, known as weak-form judicial review, and particularly on the countries that implement this model in practice. While it is debated whether weak-form judicial review constitutes a genuine judicial review model, this article argues that it is indeed a judicial review model and has been applied in practice in countries like Canada, New Zealand, the United Kingdom, and Australia. To substantiate this claim, the article first examines the concept of judicial review. It addresses the definition and characteristics of judicial review models, explaining through existing literature why weak-form judicial review should be recognized as a valid model.

In particular, the classification of judicial review models takes a different approach in this study. Judicial review is first divided into two categories: strong-form judicial review and weak-form judicial review. Within this framework, the widely recognized European and American models of judicial review are categorized as subtypes of the strong-form model. Additionally, the characteristics of strong-form judicial review are discussed. Subsequently, the article delves into the definition, emergence, dissemination across other countries, and distinctive features of weak-form judicial review.

The article emphasises that the weak-form judicial review model has four fundamental characteristics. First, the presence of a codified and legally formalized bill or declaration of rights is required. Such a declaration or bill does not need to have constitutional status. The second characteristic is the mandatory rights review of a bill by political bodies before it becomes law. Before a bill is debated in parliament, the executive branch (typically through a minister) evaluates whether the bill complies with the bill or declaration of rights and provides a report or statement on this matter. The third feature of weak-form judicial review is the authority of judicial courts to review the norms established by the legislative body. This stage resembles the review process in strong-form judicial review. The fourth characteristic of this model is that, in judicial review, the legislative body retains the authority to make the final decision with an ordinary majority. In other words, after the judiciary's review, the legislative body is authorized to decide, by a simple majority, whether the legislative norm aligns with the declaration or bill of rights or whether any rights have been violated.

To understand why countries that apply weak-form judicial review have opted for this model instead of strong-form judicial review, criticisms of the strong-form model are analyzed. In particular, the weak-form judicial review model emerged as a result of deliberate rejection of the characteristics of the strong-form model with the adoption of the 1982 Canadian Constitution. Countries like New Zealand and the United Kingdom later followed suit. To understand why these countries chose this path, the article evaluates criticisms of the strong-form model and the advantages of weak-form judicial review. The discussion then shifts to the criteria that could define whether the model is deemed successful in practice. The article argues that the weak-form judicial review model has been effectively implemented in the countries where it is applied, providing effective protection for rights.

The article then addresses its main objective, which is to analyze the practical application of weak-form judicial review. To do so, it examines the countries where this model is applied, particularly focusing on examples from Canada, the United Kingdom, and New Zealand to illustrate the variations in how weak-form judicial review is implemented across these nations. The article further asserts that, like the strong-form judicial review, the weak-form judicial review does not have a single type but consists of various subtypes with differing implementations in practice. It categorizes the weak-form judicial review model into three subtypes, ranking them from the strongest to the weakest: the Canadian model,

the British model, and the New Zealand model. In this context, the article provides a detailed analysis of the implementation of these three subtypes in Canada, the United Kingdom, and New Zealand.

While doing so, it discusses the shared characteristics of weak-form judicial review and why these countries can be grouped under this model. Specifically, it identifies four fundamental features of weak-form judicial review that are present in all three countries and analyzes how they differ from strong-form judicial review. Additionally, it examines the aspects in which these countries diverge and why they are considered three distinct subtypes of the weak-form model.

In conclusion, the article emphasizes that the weak-form judicial review model should be recognized as a new mechanism of judicial review distinct from the strong-form model. To support this view, it not only provides a theoretical explanation of this alternative model but also demonstrates its practical existence by showing how its different subtypes are implemented in countries like Canada, the United Kingdom, and New Zealand.

Giriş

Yargısal denetim kavramı ve yaygın olarak kabul edilen yargısal denetim modelinin iki türü olan Avrupa tipi ve Amerikan tipi yargısal denetim, akademik alanda geniş ölçüde ele alınmıştır. Bu makalede bu iki yargısal denetim modeline alternatif bir model olan zayıf form yargısal denetimi ve özellikle uygulamada bu modeli kullanan ülkeler ele alınacaktır. Zira zayıf form yargısal denetim modelinin gerçek anlamda bir yargısal denetim modeli olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin bir yargısal denetim modeli olduğu ve Kanada, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ve Avusturalya gibi ülkelerde pratikte uygulandığını iddia etmektedir.¹ Bu makale bu iddiasını kanıtlamak için öncelikle yargısal denetim kavramını ele almaktadır. Yargısal denetim kavramının tanımını ve özelliklerini ele alarak zayıf form yargısal denetim modelinin neden kabul edilmesi gerektiğini var olan literatürle açıklamaya çalışmaktadır. Özellikle yargısal denetim modellerini sınıflandırmada farklı bir yola başvurmaktadır. Öncelikle yargısal denetimi güçlü form yargısal denetim ve zayıf form yargısal denetim olarak ikiye ayırmaktadır. Bu kapsamda literatürde yaygınca kabul edilen Avrupa tipi ve Amerikan tipi yargısal denetim modellerini güçlü form yargısal denetim modelinin alt türleri olarak sınıflandırmaktadır. Yine bu bağlamda güçlü form yargısal denetimin özellikleri ele alınmıştır. Daha sonra zayıf form yargısal denetim modelinin tanımı, ortaya çıkış ve diğer ülkelere yayılma süreci ve modelin ayırt edici özellikleri ele alınmıştır.

Zayıf form yargısal denetim modelini pratikte uygulayan ülkelerin güçlü form yargısal denetim yerine bu modeli kabul etmelerinin nedenlerini anlayabilmek için güçlü form yargısal denetim modeline yapılan eleştiriler ele alınmaktadır. Öyle ki 1982 yılında Kanada Anayasası ile ortaya çıkan bu model, Kanada tarafından bilinçli bir şekilde güçlü form yargısal denetim modelinin özelliklerinin reddedilmesi sonucu olarak yeni bir yargısal denetim modeli olarak literatüre girmiştir. Bunu Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık gibi ülkeler takip etmişlerdir. Bu ülkelerin böyle bir yolu tercih etmelerindeki amacı anlamak için bu makale güçlü form yargısal denetim modeline yapılan eleştiriler ve zayıf form yargısal denetimin avantajlarını ele almaktadır. Daha sonra bu zayıf form yargısal denetim modelini uygulayan ülkeleri ele almadan önce modelin uygulamada başarılı kabul edilebilmesi için ne tür kriterlerin olabileceği tartışılmaktadır. Zira bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin uygulandığı ülkelerde başarılı bir şekilde çalıştığını yani hakların korunmasında etkin bir koruma sağladığını iddia etmektedir. Daha sonra makale asıl amacı olan uygulamada zayıf form yargısal denetimi ele almaktadır. Bunun için zayıf

¹ Mark V. Tushnet (ed.), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2008); Stephen Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice* (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2013); Stephen Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 8/2 (01 Nisan 2010), 167-206; Stephen A. Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), 707; Mark V. Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 38 (2003), 813.

form yargısal denetimin uygulandığı ülkeler ve özellikle bu ülkeler arasında zayıf form yargısal denetimin farklı türlerinin uygulanışlarını gösterebilmek için Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda örneklerini ele almaktadır. Zira bu makale şunu da iddia etmektedir: zayıf form yargısal denetimin güçlü form yargısal denetim olduğu gibi birden fazla türü vardır. Bu modelin farklı şekilde uygulanan alt türleri olduğu tartışılmaktadır. Makale zayıf form yargısal denetim modelini üç alt türe ayırmaktadır. Buna göre bu modelin en güçlü türünden en zayıf türünü sıralama şu şekildedir: Kanada modeli, Birleşik Krallık modeli ve Yeni Zelanda modeli. Böylece bu makale yargısal denetimi sınıflandırmayı aşağıdaki gibi yapmaktadır.

Tablo 1: Yargısal Denetim Modelleri

Güçlü form yargısal denetim modeli	Zayıf form yargısal denetim modeli
1.Amerikan modeli 2.Avrupa modeli	1. Kanada modeli 2. Birleşik Krallık modeli 3.Yeni Zelanda modeli

Bu bağlamda makale, bu üç türün uygulandığı ülkeler olan Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda'yı detaylı şekilde ele almaktadır. Bunu yaparken zayıf form yargısal denetimin ortak özellikleri ele alınarak neden bu ülkeleri zayıf form yargısal denetim modeli altında gruplandırabileceği tartışılmaktadır. Özellikle zayıf form yargısal denetimin temel özelliklerinin bu üç ülkede de olduğu ve hangi açılardan güçlü form yargısal denetimden farklı oldukları ele alınmaktadır. Ayrıca bu ülkeleri incelerken kendi aralarında hangi özellikleri bakımından farklılaştıkları ve neden onların üç farklı alt model olarak kabul edildiği ele alınmaktadır.

I. Yargısal Denetim Modelleri

A. Yargısal denetim ve güçlü form yargısal denetim

Yargısal denetim (anayasa yargısı, anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasal denetim ya da anayasal yargı)² bir ulusal mahkeme ya da mahkeme benzeri bir organın, ülkenin anayasasıyla çelişen normları, geçersiz kılma ya da iptal etme yetkisine sahip olmasıdır³. Bu tanımda dikkat edilmesi gereken, anayasal denetimin yargı organı tarafından gerçekleştirilmesidir. Genellikle, yargısal denetimin varlığı için ön koşul olarak ülkede kodifiye edilmiş, üstün ve katı bir anayasa olması gerektiği vurgulanmıştır⁴. Bu bağlamda, yargı organı, mahkeme veya mahkeme benzeri kurumlar, yasalar ve diğer normları kodifiye edilmiş, üstün ve katı bir anayasaya göre uygunluğunu incelemektedirler ve bir uyumsuzluk görürse ilgili yasa veya normları geçersiz veya iptal etmek için yetkilerini kullanmaktadırlar.

Bu tanıma uygun şekilde genellikle yargısal denetimin iki yaygın türü olduğu kabul edilmiştir: Avrupa tipi yargısal denetim (Kelsen modeli, merkezileşmiş yargı modeli) ve Amerikan tipi yargısal denetim

² Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (Ankara: Seçkin, 2023), 773; İbrahim Ö Kaboğlu, *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye* (İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2024), 13; Ergun Özbudun, *Türkiye'de demokratikleşme süreci: anayasa yapımı ve anayasa yargısı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 123; Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)* (Yetkin Yayınları, 1997); Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2024), 438.

Yargısal denetim için birçok terim kullanılmakla beraber, biz bu makalede "yargısal denetim" terimini kullanacağız.

³ Tom Ginsburg - Mila Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Forthcoming Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29, (02 Eylül 2013), 4.

⁴ Janet L. Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review* 69/1 (Ocak 2006), 7; Stephen Gardbaum, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? A Reply to Aileen Kavanagh", *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 707-708; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 377; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 440; Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler* (AÜHF Yayınları, 2003), 93; Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)*, 19-25; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı* (Ankara: Yetkin, 2020), 85-86.

(Yaygınlaştırılmış yargı modeli). Yine bazı akademisyenler bu iki türün bazı özelliklerini taşıyan sistemleri karma veya hibrit yargısal denetim olarak üçüncü bir yargısal denetim modeli kabul etmişlerdir⁵.

Ancak özellikle son kırk yılda bu iki yargısal denetim dışında yeni bir yargısal denetim modeli olduğu iddia edilmiştir: Zayıf form yargısal denetim⁶. Bu modelin yeni bir yargısal denetim model olduğunu iddia edenler yukarıda ele alınan yargısal denetim kavramının tanımının yetersiz olduğunu vurgulamışlardır. Bu bağlamda yargısal denetim şöyle tanımlanmaktadır: ele alınan kanun ve diğer normların anayasaya ya da anayasa hükümlerine uygunluğunun denetimi ve normlar ile anayasa maddeleri arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda bu uyumsuzluğun tespitin yapılması veya normun geçersiz kılınmasına dair yargısal bir süreçtir⁷. Burada vurgulanması gereken nokta anayasal bir konuyla ilgili normun yargısal denetim işlemi yapan organ yalnızca yargı organı olan mahkeme veya mahkemeler değildir. Devletin diğer organları da bu yargısal denetim sürecine dahil olabilmektedirler.

Yine benzer şekilde zayıf form yargısal denetim, kodifiye, üstün ve katı bir anayasanın varlığının yargısal denetim için ön koşul olduğunu da kabul etmez. Yargısal denetim yapabilmek için normlar hiyerarşinin en üstünde üstün, kodifiye ve katı bir anayasa metninin yer alması ve normların ancak bu anayasa metniyle uyumlu olup olmadığını denetlenebilmesi ve değilse geçersiz kılınabileceğine dair yargısal denetim zayıf form yargısal denetimi kabul eden akademisyenler için geçerli değildir⁸. Bu ancak yargısal denetimini bir türü olan güçlü form yargısal denetim modelini kapsayacak bir özelliktir. Bu bağlamda, zayıf form yargısal denetimde üstün ve katı bir anayasa gerekliliği yoktur. Hakların koruması dahil olmak üzere yargısal denetimin fonksiyonların hepsi ülkenin hukuk sisteminde var olan bir anayasa veya anayasal hakları gösteren bir beyanname veya bildirgenin varlığıyla gerçekleştirilmektedir⁹.

Güçlü form yargısal denetim, anayasal konularda var olan uyumsuzluklarla ilgili denetimi ve son kararı veren organın yargı organı(mahkeme) olduğunu vurgulayan yargısal denetim modelidir. Bu kapsam da güçlü form yargısal denetim de yargı üstünlüğü öne çıkar ve anayasal konularda sorunu ve konuyla ilişkili anayasa metninin ne anlama geldiğini tespit etmede ve sonrasında uyumsuzluğu çözmede yetkili

⁵ Yargısal denetimin Avrupa ve Amerikan modellerinin özellikleri, gelişimleri ve çeşitli açılardan karşılaştırmaları için bkz. Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, 783-799.

⁶ Zayıf form yargısal denetim diğer yargısal denetim modellerine göre yeni bir model olmasından kaynaklı literatürde farklı isimlerle anılmaktadır: zayıf form yargısal denetim (*weak-form judicial review*), zayıf yargısal denetim (*weak judicial review*), ikinci bakış modeli (*the second look model*), parlamento haklar bildirgesi modeli (*the parliamentary bill of rights model*), diyalog modeli (*the dialogue model*) veya demokratik diyalog modeli (*the model of democratic dialogue*), diyalogsal yargısal denetim (*dialogic judicial review*), hibrit yaklaşım (*hybrid approach*), Yeni İngiliz milletler topluluğu modeli (*the new Commonwealth model*) ve Westminster Dünya (*Westminster World*). Bu makalede güçlü form yargısal denetime alternatif olması nedeniyle zayıf form yargısal denetim terimini kullanmayı tercih ettim. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights"; Alison L. Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act* (Oxford ; Portland, Or: Hart Publishing, 2009); Kent Roach, "Dialogic Judicial Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review* 23 (2004), 49; J. Goldsworthy, "Homogenizing Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies* 23/3 (01 Eylül 2003), 483-505; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*; David Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World* (Oxford University Press/Oxford, 2010); Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal* 115/6 (2006), 1346; Steven G. Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1* (New York: Oxford university press, 2021), 28.

⁷ Yaniv Roznai, "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review", *ICL Journal* 14/4 (23 Şubat 2021), 355; Marie-Luce Paris, "Setting the scene: elements of constitutional theory and methodology of the research", *Rights-Based Constitutional Review*, ed. John Bell - Marie-Luce Paris (Edward Elgar Publishing, 2016), 2-3.

⁸ Genellikle bu tür bir anayasayı kabul edenler şekli bir anayasacılık kavramını kabul ederler. Bu anlamda Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisine atıfta bulunurlar. Bu doğrultuda Kelsen var olan hukuk düzeninde birden fazla hukuk normu olduğunu ve bu normlar arasında bir hiyerarşi olduğunu vurgulamıştır. Bu hiyerarşinin en üstünde anayasa diye kabul edebileceğimiz *Grundnorm* adı verilen temel norm bulunmaktadır. Bu normlar hiyerarşisinde alt norm üst norma tabidir. Üst norma aykırı olan alt norm genellikle mahkemeler tarafından iptal edilir. Daha fazla bilgi için: Hans Kelsen, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, (1941), 44.

⁹ Öyle ki kimi akademisyenler Anayasayı oldukça farklı şekilde tanımlamışlardır Tushnet'e göre "Anayasa tek bir belge veya anayasal öneme sahip olduğu anlaşılan bir dizi belge olabilir; hatta bunlardan bazıları yargı kararları olabilir" Douglas Tomlinson, "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review", *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy* 46/1 (24 Mart 2022), 18; Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 19.

organ mahkemelerdir¹⁰. Bu yargısal denetim modelinde mahkeme normların anayasaya uygunluğunu normun üstün, kodifiye ve katı bir anayasa metniyle uyumlu olup olmadığına göre ele alacaktır. Mahkeme normun bu tür bir anayasayla uyumlu veya uyumsuz olduğuna karar verebilmektedir. Eğer uyumsuz olduğuna karar verirse normu geçersiz kılacaktır. Burada önemli olan güçlü form yargısal denetimde denetimi yapan mahkemenin kararının nihai karar olduğu ve genellikle taraflar ve devletin diğer organlarını (yasama, yürütme ve yargı organları da dahil) bağlamasıdır¹¹. Bu kapsamda taraflar ve diğer kurum ve aktörler mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar¹². Buna göre, güçlü form yargısal denetimin en önemli ayırt edici özelliğinin anayasal konularda yaşanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin kararlarının kesin ve bağlayıcı olması ve bu kararların yasama organı tarafından basit çoğunlukla değiştirilememesidir¹³.

Güçlü form yargısal denetimin üç temel özelliği vardır. Birinci olarak, temel hak ve özgürlükleri ele alan normları sıradan kanunlardan daha üstün bir norm olarak kabul edilmelidir. Yani bu normlara anayasal bir statü verilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, yasama organının temel hakları içeren bu anayasayı sıradan çoğunlukla değiştirmesi veya yürürlükten kaldırmasına izin verilmemelidir. Son olarak, diğer normların anayasa veya anayasa hükümleriyle uyuşmadığı durumlarda bu uyumsuzluğu kaldırabilecek bir yargı organının varlığı gereklidir¹⁴. Başka bir deyişle, mahkemelere normların anayasayla uyumsuzluğunun denetimini yapma yetkisi vererek gerektiğinde normu geçersiz kılarak anayasanın üstünlüğünü uygulamasını sağlayacak bir mekanizma kurulmalıdır. Bu bağlamda önemle vurgulanmalıdır ki yasama organı sıradan çoğunlukla mahkeme kararını denetleme yetkisi de olmamalıdır¹⁵. Yine mahkemenin kararı bu kapsamda (en azından kısa vadede) kesin ve bağlayıcıdır.

B. Zayıf form yargısal denetim

Zayıf form yargısal denetim modeli 1982 yılında Kanada’da kabul edilen Anayasa ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹⁶. Bu model de anayasal bir hususta var olan bir uyuşmazlıkta son karar verici mercii yargı organı değil yasama organıdır. Denetlenen normun denetime söz konusu olan anayasal belge arasında uyuşmazlığı belirleme sürecinde güçlü form yargısal denetim modelindeki gibi sadece yargı organı söz sahibi değildir. Aksine yasama organının da süreçte etkin bir rolü vardır ve teorik olarak son sözü söylemeye yetkili organ da yasama organıdır¹⁷. 1982 Anayasası kapsamında bulunan Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nin (*Canadian Charter of Rights and Freedoms, KHÖB*) 33.maddesine göre, ülkenin federal ve eyalet yasama organlarının sıradan çoğunlukla normların anayasaya uygunluğu denetimi yapan Kanada Yüksek Mahkemesi’nin ilgili kararını beş yıl süresince askıya alma yetkileri vardır. Böylece anayasal bir konuda son sözü yargı organı olan mahkeme değil ülkenin federal veya yerel yasama organı söyleyecektir. Bu yeni yaklaşım zayıf form yargısal denetim modelinin ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmektedir. Kanada’nın ardında Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ve Avustralya gibi *Common Law*¹⁸ sistemine tabi ülkelerin bazıları zayıf form yargısal denetim modelini aralarında bazı farklıklar olmakla birlikte benimsemişlerdir.

¹⁰ Mark Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review* 101/8 (01 Ağustos 2003), 2784.

¹¹ Frederick Schauer - Larry Alexander, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review* 7 (1997), 1361-1362.

¹² Stephen Gardbaum, “What is judicial supremacy?”, *Comparative Constitutional Theory*, ed. Gary Jacobsohn - Miguel Schor (Edward Elgar Publishing, 2018), 24.

¹³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 33; Aileen Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review’? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1011.

¹⁴ Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 707-708.

¹⁵ Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 718; Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 169. Şunu da belirtmek gerekir ki sıradan çoğunluktan fazla olan nitelikli çoğunlukla anayasanın değiştirilmesi bu model de mümkündür.

¹⁶ Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, 2784-2785.

¹⁷ Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 29-30.

¹⁸ *Common law*’ın dilimizde karşılığı olarak Teamül Hukuku, Örfi Hukuk, Örf ve Adet Hukuku, Ortak Hukuk, Anglo Sakson Hukuk gibi terimler kullanılmakla beraber, bu terimlerin *Common Law*’ı yeteri ölçüde açıklamadığını düşündüğümüz için *Common Law* terimini doğrudan kullandık. *Common Law* kısaca hakimlerin oluşturulduğu hukuk sistemi olarak tanımlanabilir. İngiltere

Zayıf form yargısal denetim, güçlü form yargısal denetim modelinde var olan mahkemelerin anayasal konularda kesin ve bağlayıcı kararlar veremediği anayasal denetim modeli olarak tanımlanabilir¹⁹. Bu yargısal denetim modelinde, anayasal konulardaki uyuşmazlıkta son kararı veren makam yasama organıdır. Başka bir deyişle yargısal denetim sürecinde mahkemelerin rolü olmasına rağmen güçlü form denetim modelinin aksine kararları kısa vade de bağlayıcı ve kesin değildir. Yani yargının zayıf bir denetimi söz konusudur. Yasama organı sıradan çoğunlukla mahkeme kararlarına uymama veya onları geçersiz kılma yoluna başvurabilmektedir²⁰.

Zayıf form yargısal denetim modelinin dört temel özelliği vardır. İlk olarak kodifiye edilmiş ve yasal hale getirilmiş bir haklar bildirgesi veya beyannamenin varlığı gereklidir. Bu tür bir beyanname veya bildirge anayasa statüsünde olmak zorunda değildir. Aşağıda ayrıntılı ele alınacağı gibi bazı ülkelerde kanun statüsünde de olabilmektedir²¹. Başka bir deyişle haklar bildirgesi veya beyannamesi kanun veya anayasa statüsünde olabilir. Örneğin, bu tür haklar bildirelerini içeren Birleşik Krallık'taki İnsan Hakları Yasası (*the Human Rights Act of 1998*, İHY) ve Yeni Zelanda'daki Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (*the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, YZHB) anayasa statüsünde değil yasa statüsündedirler²². Aşağıda detaylı olarak uygulamada göreceğimiz gibi bu beyanname veya bildireler kanun ve anayasa arasında bir konumdadır. Bu bağlamda zayıf yargısal model bu bildirge veya beyannamelerin anayasa statüsünde olmasını reddeder ve ikisi arasında bir konumda olduğunu vurgulamaktadır²³. Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda'da teoride yasa olarak kabul edilen haklar bildireleri pratikte bu görüşü destekleyecek şekilde farklı konumdadırlar. Burada önemli olan bu tür beyanname veya bildirelerin *Common Law*'ın geleneksel koruma yöntemi olarak kabul edilen geleneksel metotlardan farklı şekilde yasalaşmış ve kodifiye edilmiş olmasıdır²⁴.

İkinci özellik ise kanun tasarısının yasalaşmadan önce siyasi organlar tarafından zorunlu bir hak denetimine tabi tutulmasıdır. Kanun tasarısı parlamentoda tartışılmadan önce yürütme organınca (genellikle bir bakan aracılığıyla) kanun tasarısının haklar beyannamesi veya bildirgesi ile uyumlu olup olmadığını ele alır ve bununla ilgili bir rapor veya beyanatta bulunur. Yasama organına sunulan bu rapor veya beyanatta, kanun tasarısının bildirge veya beyanname ile uyuşmazlığı denetlenmiş olur ve böylece yasama organı kanun tasarısını ele almadan önce yürütme tarafından yasa tasarısına ilişkini bir denetim yapılmış olur. Aşağıda ayrıntılı ele alacağımız ülkelerin yürütme organları kanun tasarısının yasama organında ele alınmasından önce bu zorunlu hak denetimini yerine getirmektedirler ve kanun tasarısı ile haklar beyannamesi veya bildirgesi uyumsuzsa bunu yasama organına rapor etmektedirler.

Zayıf form yargısal denetimin üçüncü özelliği, yargı organı olan mahkemelerin yasama organı tarafından yapılan normları denetlemesidir. Bu aşama güçlü form yargısal denetimdeki incelemeye benzer bir denetimdir. Bu aşamada mahkeme yasamanın yaptığı kanunun (veya diğer normların) haklar

ve ABD'nin önemli bir kısmında, siyasetçi veya kanun yapımcıların yaptığı kanunlar yerine, hakimlerin kararları ve var olan teamüllerin süreç içinde bir sisteme dahil olmasıyla oluşur. Daha fazla bilgi bkz. Mark Elliott - Robert Thomas, *Public law* (Oxford University Press, 2024), 67-70; "The Common Law and Civil Law Traditions" (Erişim 28 Aralık 2024).

¹⁹ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", 2782.

²⁰ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review"; Rosalind Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law* 17/3 (09 Eylül 2019), 904.

²¹ Çeşitli ülkelerin hakları korumak için yaptıkları anayasal belgelerin yasal statüleri (kanun veya anayasal statü) nasıl farklılaştığına dair ilişkin bir tablo için bkz: Erdos, *Delegating Rights Protection*, 14-16.

²² Şunu da belirtmek gerekir ki her ne kadar anayasa statüsünde olmayıp normal kanunlar gibi yapılabilsen normal kanunlar gibi değişebilecekleri gibi kabul edilmişlerse de pratikte bunlar normal kanunlardan farklı bir konumdadırlar. Ülkenin sosyal ve siyasal yapısı dahilinde bu haklar oldukça zor şekilde değişir veya kısıtlanması yönünde değişmesi zordur. Buna ilişkin bir örnek olarak Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası'yla ilgili tartışmalara bkz. "Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament" (Erişim 01 Aralık 2024).

²³ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 742.

²⁴ *Common Law*'ın geleneksel koruma yöntemi olarak yasa tarafından yasaklanmayan her özgürlüğün bireyler tarafından kullanabileceği ve bunları özel olarak korumanın gerekmediği yaklaşımıdır. Bu özellikle 1998 İnsan Hakları Yasası'nın yürürlüğe girmesinden öncesi için geçerlidir. Bu kapsamda Haklar ve özgürlükler, *Common Law*'da mahkemelerin kararlarıyla dolaylı olarak destekleniyordu, ancak bu özgürlükler yasalar tarafından ihlal edilmeye açıldı. Daha fazla bilgi için bkz. Roger Masterman - Colin Murray, *Constitutional and administrative law* (Harlow, England ; New York: Pearson, 2018), 647-651.

beyannamesi veya bildirgesiyle uyumlu olup olmadığını denetlemektedir. Bu denetimi yaparken mahkemenin yetkisi farklı hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Aşağıda detaylıca ele alınacağı gibi Kanada'daki zayıf form yargısal denetimin bu aşamasında mahkeme kanun ile haklar bildirgesi arasında bir uyumsuzluk görürse kanunu iptal etme yetkisi bulunmaktadır²⁵. Bu zayıf form yargısal denetimin en güçlü türüne örnektir. Birleşik Krallık'ta ise, mahkeme yasamanın yaptığı normları haklar beyannamesi veya bildirgesiyle uyumlu bir biçimde yorumlamalı ancak bu olasılığının olmadığı hallerde yasamanın yaptığı norm ile haklar bildirgesinin uyumsuz olduğunu ilan etme yetkisi söz konusudur. Burada mahkemenin iptal etme veya geçersiz kılma yetkisi yoktur, bu nedenle daha az güçlü bir denetim söz konusudur. Son olarak zayıf form yargısal denetimin en zayıf modeli olarak Yeni Zelanda örneği ele alınabilir. Burada mahkeme sadece yasamanın yaptığı normları imkanlar dahilinde bildirgedeki haklarla tutarlı ve uyumlu olacak biçimde yorumlama yetki ve görevi söz konusudur. Mahkemenin ne iptal etme ne de uyumsuzluk ilan etme hakkı vardır. Ancak aşağıda ele alınacağı gibi uygulamada mahkemeler daha etkin olabilmektedir. Kısacası, zayıf form yargısal denetim modeli de güçlü form yargısal denetimi gibi tek tip değildir²⁶.

Bu modelin dördüncü özelliği yargısal denetimde, yasama organının sıradan çoğunlukla son kararı verme yetkisine sahip olmasıdır. Başka bir deyişle yargının yaptığı denetimden sonra yasama organı anayasal konuyla ilgili yasamanın yaptığı normun beyanname veya bildirge ile uyumlu olup olmadığını veya hakların ihlal edilip edilmediği kararını sıradan çoğunlukla karar vermeye yetkilidir. Bu yasama organının her davada yargı organından farklı şekilde karar vereceği anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır. Aksine, uygulamada genellikle zayıf form yargısal denetim olan ülkelerde yasama organı yargı organın kararlarıyla uyumlu şekilde bu yetkilerini kullanmaktalar. Burada önemli olan, hukuken eğer yasama organı isterse yargı organından farklı şekilde karar verme yetkisine sahip olmasıdır. Yasama organının yetkisi ülkelerin hukuk sistemlerindeki yargı organlarının yetkilerine göre farklılaşacaktır. Aşağıda detaylıca ele alınacağı gibi bazı ülkelerde mahkeme iptal yetkisi varken bazılarının da sadece uyumsuzluğu ilan etme yetkisi vardır. Buna göre de yasama organı yargının bu kararlarını geçersiz kılabilmekte veya kararlara uyabilmektedir²⁷.

Zayıf form yargısal denetimde son kararı veren organın yasama olması bu modelin en ayırt edici özelliğidir²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur, yasama bu aşamada sıradan çoğunlukla karar verebilmelidir. Öyle ki eğer sıradan çoğunluktan farklı yani daha üst bir çoğunluk aranıyorsa bu zayıf form yargısal denetim değil güçlü form yargısal denetimin bir özelliğidir. Bu dört özellik ile son sözü yargı organının değil yasama organının verdiği bir çeşit zayıf bir Anayasal yargısal denetim gerçekleşmektedir.

Zayıf form yargısal denetimde yapılan anayasal denetimde son kararı verme yetkisi yasama organına ait olduğu için bu modelde yargısal denetim yargısal üstünlükten ayrılmaktadır²⁹. Başka bir deyişle, burada yargı organı bir denetim yapmaktadır ancak güçlü form yargısal denetimdeki gibi bu yargı organın kararı üstün, kesin ve bağlayıcı değildir. Yargı organından sonra nihai kararı yasama organı verir. Bu kapsamda, şunu ifade edilebiliriz ki zayıf form yargısal denetim yasamanın üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık ile yargı organının üstünlüğüne dayalı yasal anayasacılık bir alternatif anayasacılık olarak ortaya çıkmış ve yayılmıştır. Zira, uzun bir süre anayasal konularda var olan uyumsuzluklarda nihai kararı veren iki tür anayasacılık söz konusudur: yasama üstünlüğünü kabul eden anayasacılık ve yargı

²⁵ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

²⁶ Bu konuda farklı görüşler vardır. Örneğin, tartışmalı olmakla beraber zayıf form yargısal denetimin en az dört varyantı olduğu iddiasıdır. Buna göre: a.kısıtlı ve nihai olmayan (saf zayıf biçim); b.kısıtlı ancak resmi olarak nihai olan (zayıf-güçlü); c.aktif ancak resmi olarak nihai olmayan (güçlü-zayıf); ve d. aktif ve resmi olarak nihai olan (güçlü-güçlü). Daha fazla bilgi için bkz. Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 917; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", Robert Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (Cambridge University Press, 2015).

²⁷ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 30-31.

²⁸ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709; Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 18.

²⁹ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709.

üstünlüğünü kabul eden anayasacılık³⁰. Zayıf form yargısal denetim modelini kabul eden ülkeler, hukuk sistemlerinde uzun süre yargının üstünlüğünü kabul etmeyip yasama organının anayasal konularda son sözü söylemesini ilke edinen *Common Law* ülkeleridir³¹. Zaman içinde bu ülkeler yasama organının hakları yeterince koruyamadığını ve yargı organının bu konuda uzmanlaştığı görüşlerinden etkilenmişlerdir. Ancak aynı zamanda bu ülkeler güçlü form yargısal denetimdeki gibi yargı organlarına tüm yetkiyi vermek istemeyip iki anayasacılık arasında yeni bir sistem yani zayıf form yargısal denetimini kabul etmişlerdir. Zayıf form yargısal denetimi kabul eden ülkeler bu iki kutuplu anayasacılık arasında üçüncü tür bir anayasacılık anlayışı geliştirmişlerdir³². İki tür anayasacılığın da temel özelliklerini yani yasama üstünlüğü ilkesinin özelliği olarak zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (seçilmiş organların denetlenmesine dayalı) ve yargı üstünlüğü ilkesinin yargı organının denetlenmesi özelliklerini bir araya getirerek yeni bir yargısal denetim modeli oluşturmuşlardır³³.

Yine, bu model de hakların korunması için yapılan denetim güçlü formdaki denetimden farklıdır. Güçlü form yargısal denetim modelin de yapılan denetim mahkemeler tarafından tek aşamada gerçekleşir. Mahkeme, yasamanın yaptığı normu anayasaya uygunluğuna göre bir denetim yapmakta ve buna göre kararını vermektedir. Zayıf form modelinde ise hakların korunmasına ilişkin yargısal denetim üç aşamalıdır. Bu üç aşamada devletin üç farklı organı denetim yapmaktadır. İlk aşamada yasa tasarısının kabulünden önce siyasal organlar (yürütme ve yasama) tarafından yapılan denetim söz konusudur. Buna yasa öncesi politik hakların incelenmesi (*pre-enactment political rights review*) denir. İkinci aşama güçlü form yargısal denetimdeki gibi mahkemelerin yaptığı denetimdir (*judicial rights review*). Son aşama ise yasamanın yaptığı normun mahkemeler tarafından yapılan denetimden sonra yasama organı tarafından yapılan denetimdir (*post-litigation political rights review*)³⁴. Yani hakların korunması güçlü form yargısal denetimde bir aşamada mahkeme tarafından yapılırken, bu modelde üç aşamada farklı organlarca yapılmaktadır.

II. Zayıf Form Yargısal Denetimin Ortaya Çıkış Nedenleri ve Yararları

A. Güçlü form yargısal denetime eleştiriler

Günümüzde, dünyadaki ülkelerin yaklaşık yüzde sekseni güçlü form yargısal denetim modelini benimsemişlerdir³⁵. Ancak yine de güçlü form yargısal denetim modeline bazı eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler özellikle aşağıda ele aldığımız ülkelerin neden güçlü form yargısal denetimi tercih etmediklerini anlamak için de önemlidir.

İlki güçlü form yargısal denetiminin demokratik olmadığı iddiasıdır. Hakların korunması için gerekli tartışmaların sadece mahkeme sınırları içinde kalmaması gerektiği vurgulanmış ve uygunluk denetimi ve hakların korunması yetkisinin halka ve halkın temsilcilerine (yasama organına) devredilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁶. Bu bağlamda mahkemelerin sınırlı bir denetim yaptığı vurgulanmıştır.

³⁰ Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", 813-814; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 21-22.

³¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 7.

³² Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 709.

³³ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 25.

³⁴ Farklı aşamalar olduğunu iddia edenler de vardır. *Stephenson* bu denetimi dört aşama olduğunu iddia eder. Üçlü aşamadan farklı olarak yürütme organının denetiminden sonra ve yargı organının yaptığı denetim arasında ek bir aşama (sıra olarak ikinci aşama) olduğunu ifade etmiştir. Bu aşamada hakların korunması özel bir yasama komitesi tarafından bağımsız bir ön yasa denetimi yapılmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 176-177; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 79-80; Scott Stephenson, *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism* (Sydney: Federation Press, 2016), 102-106; Claudia Geiringer, "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 15/4 (03 Kasım 2017), 1249.

³⁵ Ginsburg - Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", 588-589.

³⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki bu eleştirinin karşıt argümanları da oldukça yaygındır. Örneğin, demokratik yönetimin yalnızca tüm vatandaşların eşit şartlarda yönetim sürecine birlikte katılmasıyla gerçekleşebileceği ve tüm insanların siyasete eşit şekilde katılmaması nedeniyle, çoğunluğun var olan sorunların nasıl çözüleceğine dair karar vermesine izin vermenin aslında

İkinci temel eleştiri, güçlü form yargısal denetiminin yasa koyucuların sorumluluklarını mahkemeye yükleyerek anayasal sorumluluklarını yerine getirmekten kaçınmalarına izin vermesidir. Bu eleştiriye göre, yasa koyucular, mahkemenin var olabilecek herhangi bir kusuru düzeltereğini bildiklerinden sistemdeki anayasal sorunları görmezden geleceklerdir veya yasa koyucular, karşılaştıkları sorunlarda anayasal yorumlarını bağımsız şekilde kendi görüşlerini ortaya koyacak şekilde değil de, mahkemenin sorunu nasıl yorumlayabileceğini göz önüne alarak mahkeme gibi yorumlayacaktırlar³⁷.

Diğer bir eleştiri de şudur güçlü form yargısal denetimde yasama ve yargı organları arasında bir diyalog söz konusu olmamasıdır. Mahkemeler anayasayı (kendilerince) makul bir şekilde yorumladığında, çoğunluğun bu makul görüşe katılmaması veya hatalı yorumladığını düşündüğü durumlarda halkın veya devletin diğer organlarının başvurabileceği çok az yöntem vardır. Örneğin, güçlü form modelinde, mahkemenin kararını değiştirebilmek için birkaç yöntem vardır: anayasa değiştirilmesi veya yargıçların emekli olması veya ölümleri nedeniyle onlar yerine farklı hakimler atanması gibi³⁸. Görüldüğü gibi bu modelde mahkemenin kararını değiştirebilmek mümkün olsa da oldukça zordur ve yasama ve yargı arasında bir diyaloga değil de bir çatışma veya güç gösterisine neden olacak bir sistem mevcuttur.

Başka bir eleştiri de güçlü form yargısal denetimin yargısal aktivizme neden olabileceğidir. Mahkemeler iptal veya geçersiz kılma yetkilerini kullanarak, yargı kararlarını tamamen politik konulara yöneltme riski taşımaktadırlar ve böylece politik konularla ilgili kararlarını yasallaştırma ve siyasal alana müdahale etme olanağı bulabilir. Zira, bu modelde yargı organları öncelikle yasama organı olmak üzere seçimle gelen siyasi organ ve aktörlerin yaptığı normları ve işlemleri geçersiz kılma ve bu organlar üzerindeki diğer yetkiler ile onları önemli şekilde sınırlandırabilir. Yani bu model yargı organının siyasi alanı baskı altına almasına neden olan yargısal aktivizme olanak verebilmektedir. Özellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde bu tür örneklerle rastlanmaktadır³⁹.

B. Zayıf form yargısal denetim avantajları

Zayıf form yargısal denetim modeli iki geleneksel anayasacılık (politik ve yasal anayasacılık) anlayışının başlıca zayıflıklarını ortadan kaldırmayı veya en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Zayıf form yargı modeli, güçlü form yargısal denetimle karşılaştırıldığında belirgin faydalar sunmaktadır⁴⁰. Bunlar:

demokratik olmadığıdır. Bu bağlamda, bunun yerine, mahkemeler siyasi süreci denetlemek için bir hakem olarak kabul edilmeli, temsil edile güçlendirilmeli ve hem demokratik devlet olma süreçlerinde hem de devletin faydalarının dağıtımında yargının rolü katılımı artırmalıdır. Başka bir argümana seçimlerin genellikle çok belirsiz, çok seyrek ve genellikle seçim değerlendirmesi için çok fazla konunun gündeme getirildiği ve bu nedenle demokratik iradenin etkili bir tezahürü olmadığıdır. Bunun gibi birçok neden karşıt argüman olarak getirilebilir.

Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 16; Richard Bellamy, "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", *Political Studies* 44 (1996), 456.

³⁷ Bu kapsam da bu eleştiriye de karşıt eleştiriler getirilebilir. Mesela, bu eleştirinin yasa koyucuların yetenekleri ve iyi niyetleri veya yüce gönüllülükleri hakkında abartılı bir görüşe dayalı olmasıdır. Bu doğrultuda, siyasetin rasyonel olmadığı vurgulanır ve çıkar grupları veya elitler tarafından sıklıkla yönlendirildiği ifade edilir. Bu nedenle, yargısal denetimi sınırlamak, yasa koyucuların anayasal düşüncesinde veya daha faydalı karar vermesinde anlamlı bir iyileşmeye yol açmayacaktır zira bunlar yasa koyucuların kamunun yararına veya iyiliği için yasa yapmaya teşvik etmeye yetmeyeceği görüşüdür. Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 17-18.

³⁸ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 22.

³⁹ Yargısal aktivizm kavramı, ülke siyasetine ve hukukuna etkisi ve Türkiye dahil çeşitli ülkelerde nasıl uygulandığına dair geniş bir literatür vardır. Daha fazla bilgi için bkz. Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 62/3 (2007), 258; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge London: Harvard University Press, 2004); Ran Hirschl, "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry* 25/1 (Aralık 2000), 91-149; Nurullah Gorgen, "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary", *Judicial Independence in Transitional Democracies*, kitap editörü Nauman Reayat vd., 86-110 (London: Routledge, 2024), 86-110; Güneş Murat Tezcür, "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review* 43/2 (Haziran 2009), 305-336; Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review* 92 (2004).

⁴⁰ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 745-748.

Zayıf form yargısal denetleme modeli, mahkemeler ve yasama organları arasında gerçek zamanlı bir diyalogu teşvik etmeyi amaçlamaktadır⁴¹. Zayıf form yargısal denetim modeli hem anayasacılığın demokratik özyönetimde bazı sınırlamalar olmasını gerektirdiğini kabul eder hem de yargısal denetleme ile demokratik özyönetim arasındaki gerilimi azaltma imkânı verir. Yasama organının iradesinin tek karar verici olması veya yargının bir monolog şeklinde karar vermesi yerine, iki organ arasında çoğunlukçu bir yapıyı sınırlandırma yardımcı olan ve aynı zamanda bireysel hakları da koruyan bir kurumlar arası diyalog vardır⁴². Bu modelde temel mantık basittir: insanların makul bir şekilde hatalı olduğuna inandıkları kararlara (yargı veya yasama organı kararı) yanıt vermeleri için mekanizmalar sağlar ve bunu anayasa değişikliği veya yargı üyelerinin atama süreçlerinden daha hızlı bir şekilde ve basitçe uygulanmasını sağlar⁴³. Yargı organı anayasal bir yorum yaptığında, bu yorum yasama organına gönderilmektedir ve yasama organı nasıl ilerleyeceğine karar verebildiği için devlet organları arasında resmi bir diyalog yaratmaktadır. Böylece hakların korunmasında güçlü form yargısal denetimin dayattığı monolog (yargı üstünlüğü) yerine organlar arası anlamlı bir diyalog imkânı vermektedir⁴⁴. Bu diyalog sayesinde yasama organının sürece dahil olduğu ve böylece sürecin demokratikleştiği ve hakların daha bütünsel bir şekilde yorumlandığı ifade edilir⁴⁵. Bu diyalogun başka avantajları da vardır: Devletin organları arasındaki tekrarlayan diyalog süreci, mahkemelerin ve yasama organlarının temel hakları korumak için yaptıkları değerlendirmelerde erişebildikleri bilgi miktarını artırır⁴⁶. Hakların korunmasının nasıl uygulanacağını belirlenmesi bilgi merkezli bir süreç olduğundan, mahkemeler ve yasama organları tek başlarına elde edeceği bilginin sınırlı olduğu kabul edilir. Ancak kurumların bilgi paylaşımı yaptıkları bir diyalog hakların daha sistematik ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır⁴⁷. Üstelik organlar arasındaki açık diyalog, aynı zamanda, bir hakkın yorumlanması konusunda daha geniş kapsamlı fikir birliğine varılmasına yol açabilir ve toplum için bir anayasal müzakereye teşvik etme içinde yardımcı olabilir⁴⁸. Üstelik, mahkemelerin anayasal diyalog kapsamında konuları yasama organına geri göndermesi, mahkemelerin yasama organının kurumsal eksikliklerinin bir kısmını gidermesine imkan sağlar⁴⁹. Yasama organları zaman, kaynaklar, uzmanlık ve zihnin bilişsel sınırları ile sınırlıdır ve bu nedenle her şeyi göz önüne alamazlar ve yasa çıkarırken haklarla ilgili sorunlarının önemli yönlerini kaçırabilirler. Mahkemeler, yasa geçtikten sonra yasama organıyla diyaloga girerek bu kör noktaları yasama organlarının dikkatine sunabilir ve böylece yasama organı bunlarla nasıl başa çıkacağına karar verebilir. Ayrıca, koalisyonlar kurma zorunluluğu ve seçimler gibi siyasi gerçekler nedeniyle yasama organlarının azınlık hakları gibi önemli konuları yeterince ele almaması durumunda, yargı organı diyalog sayesinde bu konularda yasamaya yardımcı olabilir⁵⁰.

Bu model anayasal haklar söylemini, yargısal bir monologdan daha zengin ve daha dengeli bir kurumlar arası diyaloga dönüştürmekte faydalıdır. Yeni modelin yargısal üstünlük karşısındaki temel savı, hakların korunmasında önemli bir fedakârlık yapmaksızın, mahkemeler ile yasama organları arasında haklarla ilgili olarak daha iyi ve demokratik olarak daha savunulabilir bir güç dengesi yaratmasıdır. Yargısal üstünlük, hakların yorumlanmasında tekelleşme ve monolog eğilimini beraberinde getirir. Öyle ki mahkemelerin bir haklar bildirgesinin nispeten soyut metni üzerindeki anlam, kapsam ve yorumlama

⁴¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 43.

⁴² Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 21; Garbbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 745; Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*, 117.

⁴³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 23.

⁴⁴ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 5; Garbbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 173.

⁴⁵ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 5; Garbbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 172.

⁴⁶ Mark Tushnet, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal* 14/12 (01 Aralık 2013), 2258.

⁴⁷ Tushnet, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", 2258.

⁴⁸ Rosalind Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", *Cardozo Law Review* 38/6 (2017), 2226.

⁴⁹ Dixon bu eksiklikleri yasa koyucunun "kör noktaları" (blind-spots) ve "atalet yükleri" (burdens of inertia) olarak sınıflandırmıştır. Daha fazla bilgi için bkz: Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review".

⁵⁰ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 23; Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2208-2216.

sırasında yasama organları ile arasında makul anlaşmazlıkların olması olasıdır. Zayıf form modelinde yargı üstünlüğüne kıyasla, mahkemeler kontrol ve uyarıcı role sahiptir. Yeni model, yasalastırılmış bir bildirgede yer alan hakların daha az mahkeme merkezli bir şekilde korunmasına olanak tanır ve hakların tartışılmasında hem siyasi organlara hem de vatandaşlara sürece dahil etmede daha önemli roller verir. Böylece yargı üstünlüğüne dayalı anlayıştan kaynaklı yargısal sorunların önüne geçer.

Zayıf form yargısal denetim, geleneksel güçlü form yargısal denetiminin kronik sorunu olarak görünen yasama ve halkın güçsüzleşmesi sorununu ele almaya imkân verir. Yasama organlarının hiçbir zaman haklar konusunda nihai sorumluluğa sahip olmadığı veya mahkemelerin yasama görüşlerini ciddiye almadığı durumlarda ve anayasal meseleleri sadece yargıya bırakıldığı durumlarda, yasama organlarının ve bununla ilişkili olarak geniş kapsamda halkın zayıf konumda olduğu ifade edilmektedir. Zayıf form model bunu engelleyebilir. Bu model ile, hak tartışmaları çok daha kapsayıcı olacağı ve bunun da hem seçilmiş temsilciler hem de seçmenler arasında diyalogu artıracığı ve sorunların çözümü için perspektif çeşitliliğine katkı sağlayacağı vurgulanmıştır. Zira, yargının yasama işlemlerini kesin şekilde geçersiz kılınmasına izin vermeyen ülkelerde, halk tartışmalı konularda, olağan yasa yapma prosedürleriyle, kendileri karar verebilirler. Anayasal konularda dahil olmak üzere kısıtlamaların içeriğini belirleyen yasaları halk belirleyecektir. Yine halk, bu konulardan herhangi biri hakkında anlaşmazlığa düşerse, yasama organındaki temsilcileri seçerek görüşünü ifade edebilir⁵¹. Buna örnek olarak Birleşik Krallık parlamentosundaki da ölüm cezasının kaldırılması veya kürtaj tartışmaları verilebilir. Bu konularda, geniş kapsamlı kamuoyu müzakereleri Avam Kamarası'nda karşılık bulup bu konuların ayrıntılı şekilde tartışılmasına katkı sağlamıştır. Bu tartışmaların benzerleri Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde de yaşanmaktadır. Bu tartışmaların nitelikleri, ele alınan çözümler, yasama organının hakları koruyamadığı veya önemli konuları yeterince tartışamayacağı iddialarını çürütmeye yöneliktir⁵².

Zayıf form yargısal denetim, anayasal yargılama sürecinde yasama ve yargı arasında kısmi bir iş bölümü yaratarak mahkemelerin meşruiyetini artırır. Aşağıda örnek ülkelerde ele alınacağı gibi bu model yargı organı hakların korunmasında oldukça önemli rol oynarken, güçlü form yargısal denetimdeki gibi meşruiyet sorunuyla karşılaşmaz. Çünkü mahkemeler iyi ve etkin konumları mevzuatı geçersiz kılma konusunda nihai bir yetkiye sahip olmalarına bağlı değildir. Bunun yerine, yargıçların normları somut olgusal durumlara uygulama, hakları hukuk çerçevesi içinde etkin koruma veya medya ve kamuoyunun dikkatini belirli konulara çekebilecek şekilde normları yeniden yorumlama veya geçersiz kılmalarına bağlıdır⁵³. Üstelik, yeni model hakimleri hesap verilebilir bir konuma yükseltir⁵⁴. Güçlü formda var olan eleştirilerden biri, hakimlerin kullandıkları yetkiler nedeniyle, kısmi veya dolaylı olarak demokratik hesap verebilirliğe sahip olmaları gerektiği iddiasıdır. Zayıf form yargısal denetim son kararı yasamaya vererek bu hesap verilebilirliği kısmide olsa sağlamaya yarar. Aksi taktirde güçlü form yargısal denetim, *Waldron*'ın ifade ettiği gibi seçilmemiş ve hesap vermeyen az sayıdaki yargıç arasında çoğunluk oylamasına ayrıcalık tanıyarak, bu tür bir yargısal denetimin sıradan vatandaşların oy haklarını ellerinden aldığını ve haklarla ilgili konuların nihai çözümünde temsil ve siyasi eşitlik gibi değerli ilkeleri bir kenara itmesine neden olur⁵⁵.

Zayıf form yargısal denetim, temel hakların yargısal korunması ile demokratik karar alma arasındaki gerilimi azaltma veya ortadan kaldırmada faydalıdır. İki anayasacılık anlayışı ve modern liberal demokratik siyasetlerin temel değerleri arasında, her ikisini de daha eşit bir şekilde teşvik ederek geleneksel anayasacılık modellerinden daha iyi bir denge sağlamaktadır. Böylece belirli haklarının

⁵¹ Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵² Benzer tartışmalar kürtaj ve eşcinsel ilişkilerin yasalasmaları içinde yaşanmıştır. Bkz. Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵³ Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2197.

⁵⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 69.

⁵⁵ Dixon, "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", 2198-2199; Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1353.

tanınması ve etkili bir şekilde korunması ve uygun sınırlamalar kapsamında mahkemeler ve devletin seçilmiş organları arasında uygun bir güç dağılımı sağlanmaktadır⁵⁶. Liberal siyasi teoride, yasama üstünlüğü sıklıkla halkın özyönetimiyle ilişkilendirilir ve bu bağlamda demokrasi, seçilmemiş yargıçların tek taraflı olarak seçilmiş yasama organlarının nasıl çalışması gerektiğinin sınırlarını belirtmesi rahatsız edici bir ilişki olarak kabul etmektedir⁵⁷.

Son olarak, yeni model haklara ilişkin var olan sorumluluğun sadece mahkemelerde veya sadece yasama organında olması yerine devletin üç organı arasında paylaşılmasını ön görmektedir. Böylece sorumlulukların bir organda yoğunlaşması yerine dağıtılmasını sağlamakta ve yalnızca tek bir organa güvenmekle gelen yetersiz uygulama riskini azaltmaktadır. Bu, yürütme ve yasama organları tarafından zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi, yargı organı tarafından yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yargısal haklar incelemesi ve yasama organı tarafından dava sonrası siyasi haklar incelemesi olmak üzere üç aşamada gerçekleşmektedir⁵⁸.

III. Uygulamada Zayıf Form Yargısal Denetim için Başarı Kriterleri

Zayıf form yargısal denetimin pratikte değerlendirmek için ilk olarak başarı ölçütlerinin ne olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu bağlamda iki kriter ön plana çıkmaktadır: Birincisi, bildirge veya haklar beyannamelerinde tanınan hakların etkili veya en azından yeterli şekilde korunabilecek bir mekanizma var mıdır? İkinci olarak, haklar açısından mahkemeler ve siyasi organlar arasında uygun yetki dağılımı var mıdır? Buradaki yetki dağılımı hem *de jure* hem *de facto* olarak kabul edilmektedir. Böylece hem hukuki açıdan hem de pratikte bir denge olup olmadığı anlaşılabilir⁵⁹. Özellikle ikinci kriter istikrar ve uygulamadaki farklılığın tespiti için önemlidir. Burada üç durum söz konusu olabilir a. Gücün organlar arasında dengeli bir şekilde paylaşıldığı durum, b. Mahkemeye yeterince yetki verilmeyip yasamanın üstünlüğünün olduğu durum ve c. Mahkemeye gerektiğinde fazla yetki verilip yargının üstünlüğünün olduğu durum⁶⁰.

Bunlara ek olarak, *Tushnet*, zayıf form yargısal denetimin istikrarı için iki koşul öngörmektedir: Birincisi, ülkenin siyasi-hukuki kültürünün genel veya soyut hakların makul bir şekilde çeşitlendirilmesine imkân vermesidir. İkincisi, ülkenin hukuk kültürü, mahkemelerin anayasanın anlamını belirlemede yasama organlarına göre üstünlüğünün nispeten mütevazı olduğunu ön görmelidir⁶¹. Başka bir deyişle, soyut hakların ne anlama geldiğini belirlemede veya nasıl korunacağını belirlemede birden fazla yolun olduğu kabul edilmelidir. Böylece bu sistemde ne yasama ne de yargı organının tamamen yanlış veya tamamen haklı olduğu kabul edilmez. Bunun sonucu olarak, mahkeme hakları koruma konusunda daha uzman bir organ gibi görünse de her zaman daha iyi karar vereceği anlamına gelmeyeceği görüşü kabul edilmiş olmalıdır. Zira ülkede mahkemelerin her zaman daha iyi karar vereceği görüşü varsa zaten bu güçlü form yargısal denetimin varlığına işaret eder. Üstelik, yasama organının da şartlara göre hakları yargıdan daha iyi koruyabileceği görüşünün kabul görmesi gerekir ki yasama organı mahkemenin kararını geçersiz kıldığında, değiştirdiğinde veya gözden geçirdiğinde hem meşruluk açısından bir sorun yaşamaz hem de kendini yargı karşısında zayıf bir yere konumlandırmasın.

Zayıf form yargısal denetimin başarılı olmasının önünde en önemli engellerden biri organlar arasındaki diyalogun anlamlı ve gerçekçi olmamasıdır. Diyalog kavramı, organ ve aktörlerin kendi bakış açılarını paylaştıkları, sunulan alternatif önerileri saygıyla ele alarak değerlendirdikleri ve hiyerarşik olmaktan ziyade eşit bir ilişki olarak tanımlanabilir⁶². Bu eşitlik, iş birliği ve saygı duygusu olmadan, organlar arası diyalog anlamlı değildir ve zayıf form yargısal denetim modelinden beklenen faydalar elde edilemez.

⁵⁶ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 171-173.

⁵⁷ Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", 1349.

⁵⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 68-69.

⁵⁹ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 175.

⁶⁰ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 175-176.

⁶¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 51.

⁶² Aileen Kavanagh, "The Lure and The Limits Of Dialogue", *The University of Toronto Law Journal* 66/1 (2016), 85.

Örneğin, yasama organı mahkemenin kararlarını değerlendirmeden veya kendi anayasal yorumunu tartışmadan her zaman mahkemeye boyun eğerse, haklar yeterince korunmayabilir. Özellikle mahkeme hak konusuyla ilişkili gerekli ahlaki ve politik meseleler dikkate almadan konuları tamamen yasal bir şekilde yorumlarsa yine bir mağduriyet söz konusu olabilir. Bunun aksi de söz konusu olabilir. Öyle ki, yasama organı mahkemeleri tamamen görmezden gelirse, yani gerçek bir diyalog söz konusu değilse, haklar yine etkin bir şekilde korunamaz. Dolayısıyla, zayıf form yargısal denetim modelinde hakları korumak ile demokrasiyi desteklemek arasında uygun bir denge kurabilmesi için anlamlı bir diyaloga ihtiyaç vardır⁶³.

IV. Uygulamada Zayıf Form Yargısal Denetim

Güçlü form yargısal denetim de olduğu gibi, zayıf form yargısal denetimin de pratikte çeşitli şekillerde uygulandığı ileri sürülmektedir⁶⁴. Buna göre, en zayıf tür, mahkemelerin normları mümkünse anayasal normlarla uyumlu şekilde yorumlamasına izin veren yorumlayıcı yetki ve göreve dayalı modeldir⁶⁵. Bu modelin örneği Yeni Zelanda'dır. İlk örnekten daha güçlü tür ise mahkemelerin normları anayasal normlarla uyuşmadığını ilan etme yetkisine sahip olduğu, ancak bu normları iptal etme veya geçersiz kılma yetkisinin olmadığı modeldir⁶⁶. Bu modelin en iyi örneği Birleşik Krallıktır. Zayıf modelin en güçlü türü mahkemelerin normlarla ilişkin kararını zorlayıcı bir şekilde uygulamasına (normu geçersiz kılarak veya zorunlu ihtiyati tedbirler veya tazminat gibi çözümler sunarak) izin veren, ancak yasama organının iptal edilen normu olağan ve basit bir yolla (sıradan yasama çoğunluğu) yeniden yürürlüğe koymasına izin veren bir modeldir⁶⁷. Bu modelin uygulandığı yer Kanada'dır. Zayıf form yargısal denetim modelinde farklı türler olmasına rağmen hepsinin ortak özelliği, anayasal bir konuyu ele alan mahkemenin yaptığı yorum veya kararın tamamen veya kısmi olarak değiştirmek isteyen yasama organının bunu anayasa değişikliği veya olağanüstü farklı bir yola başvurmada olağan çoğunlukla yapabilesidir⁶⁸. Buna ek olarak, yukarıda belirtilen özellikler de bu ülkelerde vardır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, zayıf form yargısal denetimin bu üç türü zaman içerisinde ülkelerin tercihleri ve uygulamaları sonucu oluşmuştur. Bu bağlamda, zayıf form yargısal denetim türlerini en iyi yansıtan üç ülke sırasıyla Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ele alınacaktır. Bu sıralamayı yaparken bu modelin en güçlü türü olan Kanada'dan başlanılacaktır, sonra daha az güçlü olan Birleşik Krallık ve son olarak en zayıf türü olan Yeni Zelanda ele alınacaktır.

A. Yeni zayıf form yargısal denetimin doğuşu: Kanada modeli

Zayıf form yargısal denetim modelinin Kanada'da 1982 Anayasası ile kabul edilen Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi ile ortaya çıktığı konusunda literatürde geniş bir kabul söz konusudur⁶⁹.

⁶³ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 23-24.

Benzer şekilde, zayıf form yargısal denetim modeline yönelik bazı eleştiriler de bulunmaktadır. Örneğin, bu modelin güçlü form yargısal denetime kıyasla daha az istikrarlı olduğu, popülizme ve kutuplaşmaya yol açabileceği, seçilmiş siyasi organlar ve aktörler tarafından suiistimal edilebileceği ve hakları yeterince koruyamayabileceği öne sürülmektedir.

⁶⁴ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Mark Tushnet, "The Rise of Weak-form Judicial Review", *Comparative constitutional law*, ed. Tom Ginsburg - Rosalind Dixon, Research handbooks in comparative law (Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011), 6-8; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁵ Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries", 820; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁶ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁷ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, ix; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1012.

⁶⁸ Zayıf form yargısal denetimi üç türe ayıran bu ayrımın yanında *Gardbaum*, bu model için en az dört farklı varyantı olabilir demiştir. Yukarıda ele alınan üç varyanta ek olarak, dördüncü olarak: yargıya, çelişen yasaları geçersiz kılma yetkisi tanıyan, ancak benzer şekilde yasama organına bunu geçersiz kılma yetkisi veren bir yasa veya parlamenter haklar bildirgesidir. Bu türe örnek olarak çeşitli özellikleri hâlâ yürürlükte olan 1960 Kanada Haklar Bildirgesini göstermiştir. Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 170.

⁶⁹ Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", 2784-2785; Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 19-20; Janet L. Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review* 82/7 (2004), 1966; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 97; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11; Roach, "Dialogic Judicial Review and Its Critics"; Erdos, *Delegating Rights Protection*, 65-83.

Kanada, anayasa yapım sürecinde merkezi olmayan yargısal denetlemeye dayalı Amerikan modeli ile kodifiye edilmiş haklar bildirgesi olmayan İngiliz tipi parlamento egemenliği anlayışı arasında yapılan tartışmalar sonrası kabul ettiği sistem ile yeni bir yargısal denetim modelinin doğmasına neden olmuştur⁷⁰.

Üstün bir anayasanın içinde kodifiye edilmiş şekilde yer alan bu bildirme, mahkemelerde uygulanabilecek ve en üstün statüsüyle sahip belirli temel hakları garanti eder. KHÖB, Anayasa'nın 52. maddesi gereğince, Kanada'nın en üst normunun bir parçasıdır ve buna karşı herhangi bir tutarsız yasanın hukuk sisteminde hiçbir etkisi yoktur ve 32. madde uyarınca, bu kural hem Kanada'nın federal yasama organı hem de eyaletlerin yasama organları ve hükümetlerinin yaptığı normlar için geçerlidir⁷¹. Bu bağlamda, Anayasa ile uyuşmayan yasaları geçersiz kılma yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Anayasanın 52. (üstünlük maddesi) ve 24. maddeleri (uygulama maddesi) birlikte ele alındığında mahkemenin bu tür bir yetkiye sahip olduğu tartışmasız kabul edilir⁷² ve Kanada Yüksek Mahkemesi 1982'den beri bu doğrultuda yetkisini kullanır.

Bu bağlamda, Kanada'da yargı, hakları yorumlama ve normların iptalini de içerebilen çözümler sağlama konusunda bir anayasal yetkiye sahiptir⁷³. Yani şunu diyebiliriz ki KHÖB, güçlü form yargısal denetim öngörmektedir. Bu nedenle zayıf form modelleri içinde en güçlü türü olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yargı kararından sonra son sözü yasama organına vererek güçlü form yargısal denetimden farklılaşmıştır. Başka bir deyişle yargı kararı yasama tarafından sınırlandırılabilir. Bu iki yolla yapılabilir: 33.madde ve 1.madde yollarıyla⁷⁴. Özellikle 33. madde yasama organlarına yenilenebilir beş yıllık dönemler için olağan çoğunluk oyu ile son kararı verme yetkisi verir. Böylece Kanada'da yeni yargısal denetim modeli ve onun temel özellikleri ortaya çıkmıştır⁷⁵.

Kanada Anayasası'na göre, Kanada Yüksek Mahkemesi yasama organının yaptığı yasama işleminin KHÖB hükümleriyle olası uyumsuzluğu nedeniyle kendi yaptığı yoruma dayanarak bu yasama normunu geçersiz kılabilir veya askıya alabilmektedir. Ancak KHÖB'nin 33. maddesi uyarınca, mahkemenin yorumuna katılmayan bir yasama organı, geçersiz kılınan normu yeniden yürürlüğe koyabilir. 33/1.maddeye göre "*Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı, Parlamentonun ya da yasama organının kabul ettiği kanunlarda, söz konusu kanunun bir hükmünün bu Bildirge'nin ikinci ve, yedinci ile on beşinci maddeleri arasındaki maddelerinde yer alan bir hükümle bağlı olmadan uygulanacağını açıkça bildirebilir.*" 33/3 ve 33/4 maddelerine göre, böyle bir beyan en fazla beş yıllık bir süre için geçerlidir

⁷⁰ Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki Kanada'da hakların nasıl korunduğuna dair detaylı bilgi için Kanada'nın yaşadığı tarihsel süreçleri ve özellikle 1960 Kanada Haklar Bildirgesi ele alınmalıdır. Kapsam bakımından bu makalede sadece 1982 Anayasası ve sonrası ele alınacaktır. Daha fazla bilgi için: Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1968-1971; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 97-100; Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 719-721; İsmail Yüksel, "Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesi'nin (askıya alma hükmü) değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (30 Mayıs 2022).

⁷¹ Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982), (1982).

⁷² Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 101.

⁷³ Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1966.

⁷⁴ 1.maddeyle sınırlama olarak, ulusal ve eyalet yasama organları, bildirgenin 1. maddesi uyarınca yasalar kabul ederek, neredeyse tüm beyanname haklarını sınırlandırabilirler. Birinci madde açıkça 'bildirge kapsamında belirtilen hak ve özgürlüklerin, yalnızca özgür ve demokratik bir toplumda açıkça haklı gösterilebilecek şekilde yasayla öngörülen makul sınırlamalara tabi olarak garanti eder' denmektedir. Uygulamada 1.maddenin örneği olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi, bir hak ihlalinin açıkça haklı olduğunu belirlemek için çok aşamalı bir test uygular: İlk olarak, anayasal olarak korunan bir hakkı veya özgürlüğü geçersiz kılmayı gerektirecek kadar önemli bir amaç olmalıdır. Seçilen araçların makul ve kanıtlanabilir şekilde haklı olduğunu göstermelidir. Bu, bir tür orantılılık testi içermektedir. Ayrıca bu doğrultuda testin keyfi, adil olmayan veya mantıksız düşüncelere dayanmaması gerekmektedir. İkinci olarak, araçlar, söz konusu hakkı veya özgürlüğü mümkün olduğunca az etkilemelidir. Üçüncüsü, hakkın veya özgürlüğün sınırlamaktan sorumlu olan önlemlerin etkileri ile yeterli öneme sahip olarak tanımlanan amaç arasında bir orantılılık olmalıdır. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 31; Roznai, "Introduction", 364; Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 30.

⁷⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 100-101; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11.

ancak süresiz olarak yeniden yürürlüğe konulabilir⁷⁶. Yani Kanada'nın ulusal ve eyalet parlamentoları, beş yıl boyunca bir Yüksek Mahkeme görüşünü geçersiz kılabilir. Bu 33. maddeye askıya alma hükmü (*Notwithstanding Clause*) da denir. Başka bir deyişle, Kanada'da mahkeme normların yargısal denetimini incelemektedir ancak mahkeme kararları veya mahkemenin denetim yetkisi parlamento tarafından bir çeşit sınırlandırmaya ya da askıya almaya tabidir. Yasama organlarının geçersiz kılmaları her beş yılda bir sürekli olarak yenilebilir ve bir mahkeme kararından önce ileriye dönük olarak veya bir karardan sonra geriye dönük olarak yürürlüğe konulabilir. Bu nedenle, teoride, mahkeme bir kanunun KHÖB ile bağdaşmadığını ilan ederse, yasama basit bir çoğunlukla, söz konusu kanunun, (mahkemenin bir bildirge hakkını ihlal ettiğine dair kararına rağmen) geçerli olduğunu belirten bir yasa çıkarabilir. Kanada yasama organları bu nedenle anayasal konularda son sözü söyleme hakkına sahiptir⁷⁷. Bu zayıf form yargısal denetim modelinin en önemli ayırt edici unsurunu oluşturur.

Buna ek olarak, Kanada'da yukarıda ele aldığımız gibi hakları korumada zayıf form yargısal denetim modelinin üç aşamalı haklar denetim mekanizması da mevcuttur. İlk aşama olan, zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (yasa tasarısını yürütme organı tarafından incelenmesi ve yasa tasarısı ile bildirge arasında tutarsızlıklar varsa bu konuda Parlamento'yu uyarma gerekliliği) Kanada'da mevcuttur⁷⁸. KHÖB, önerilen yasa tasarılarını inceleme ve herhangi bir tutarsızlık hakkında rapor verme yükümlülüğü içermese de, Parlamento 1985'te benzer yükümlülükler oluşturmak için Adalet Bakanlığı Yasası'nı değiştirmiştir⁷⁹. Bu yasanın 4/1. maddesine göre, Adalet Bakanı'nın Parlamento'ya sunulan tüm yasa tasarılarını inceleyerek herhangi bir hükmün KHÖB ile tutarsız olup olmadığını belirlemesi, yasa tasarılarının böyle bir incelemeden geçtiğinin onaylaması ve hükümetin yasa tasarısındaki herhangi bir hükmün KHÖB'ün amaçları ve hükümleri ile tutarsız olması durumunda Avam Kamarası'na böyle bir tutarsızlığı bildirmesini gerektirir⁸⁰. Böylece zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi tamamlanmış olur. Yukarıda ele alındığı gibi, yasama organının yaptığı yasadan sonra yargı organı ikinci aşama olan yargısal denetimi gerçekleştirir ve sonra 33.maddeye göre yasama organları üçüncü aşamadaki denetimi gerçekleştirir.

Kanada'da zayıf form yargısal denetimin güçlü bir versiyonu vardır. Çünkü burada yargı organı olan Yüksek Mahkeme, yasamanın yaptığı normu KHÖB ile karşılaştırarak yasamanın normunu bildirgeye uymadığını belirterek iptal edebilir. Yani Yüksek Mahkeme burada yasama işleminin geçersiz olduğuna karar verebilir. Bu anlamda güçlü form yargısal denetime benzer bir konumdadır. Ancak Kanada'yı zayıf form yargısal denetim yapan özellik yasama organlarının olağan çoğunluklarıyla mahkemenin kararını askıya alabilmesidir. Aşağıda ele alınacak zayıf form yargısal denetime sahip diğer ülkelerde, mahkemelerin yasamanın yaptığı normları geçersiz kılma yetkileri yoktur.

Şunu da belirtmek lazım ki teori de Kanada'nın zayıf form yargısal denetim modeli benimsediği kabul edilmiştir. Zira yasama organları mahkeme kararını olağan çoğunlukla geçersiz kılabilir. Ancak pratikte Kanada'nın güçlü form yargısal denetim olduğunu iddia edenler de vardır⁸¹. Bunun sebebi olarak yasama organlarının yetkileri olmasına rağmen bu yetkilerini kullanmamaları gösterilmektedir. Mesela, Kanada ulusal yasama organı hiçbir zaman 33. maddeyi uygulamamıştır ve eyalet yasama organlarının mahkemenin kararlarını geçersiz kılma yetkisini kullanması oldukça nadir olmuştur. Ayrıca bu yetkinin ender kullanılması, bunu kullanan yasama organlarını (özellikle *Quebec* eyaletinin

⁷⁶ Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982).

⁷⁷ Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 30.

⁷⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102-103; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 11.

⁷⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional law of Canada* (Scarborough, Ont: Thomson/Carswell, 2007), 26; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102.

⁸⁰ Adalet Bakanı, 1985 Adalet Bakanlığı Yasası uyarınca Kanada Başsavcısıdır. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 102.

⁸¹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 33; J. B. Kelly - M. A. Hennigar, "The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights", *International Journal of Constitutional Law* 10/1 (01 Ocak 2012), 35-68; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 179.

yasama organı)⁸² itibarsızlaştırdığı ileri sürülmüştür⁸³. Yani uygulamada bildirgeye aykırı yasalar genellikle mahkemeler tarafından iptal edilerek bildirgedeki haklar korunmuştur ve yasama organları bu kararlara saygı duyup onları geçersiz kılmamıştır. Bu tür bir uygulamanın varlığı Kanada’da 33. maddenin uygulanmaması gerektiği yönünde bir tür teamülün ortaya çıktığını ifade edenler vardır⁸⁴. Kanada’da, Yüksek Mahkeme’nin KHÖB ile tutarsızlık nedeniyle yasama yaptığı normları iptal ettiği çok sayıda dava olmuştur, ancak yasama organları tarafından 33. madde yoluyla Yüksek Mahkeme’nin kararının geçersiz kılınması sadece bir davada uygulanmıştır⁸⁵. Bu *Ford v Quebec* davası’dır⁸⁶. Buna ek olarak, Anayasa’nın 33. maddesi Kanada’da yalnızca on beş kez kullanılmış ve her örnekte, bir eyalet parlamentosu belirli hakların işleyişini doğrudan içeren mahkeme kararını geçersiz kılmak yerine, ileriye dönük olarak askıya alma girişimi söz konusudur⁸⁷. Yani *Quebec* eyaleti dışında, bu yetki son derece nadiren ve çoğunlukla belirli bir mahkeme kararına yönelik bir şekilde değil, ileriye dönük bir şekilde kullanılmıştır.

Bu uygulama için birkaç sebep gösterilebilir. En önemli neden olarak 33.maddenin kullanımının yasama organlarına siyasi açıdan oldukça maliyetli olacağı iddiasıdır. Bu yetkiyi kullanacak yasama organları KHÖB’teki hakları koruyan yargı organını kısıtlayarak hakların korunması aleyhine bir konuma geleceği ve bununla siyaseten onları olumsuz etkileyeceği görüşüdür⁸⁸. İkinci neden olarak da Kanada Yüksek Mahkemesi’nin yüksek ve saygın bir konumda olması ve mahkemenin gerektiğinde kendini sınırladığına dair bir görüştür⁸⁹. Yani, Yüksek Mahkeme güvenilir bir kurum olduğu için onu kısıtlayacak şekilde 33.madde kullanılmamaktadır.

Bu yaklaşıma katılmayanlar da mevcuttur. Yani bazı akademisyenler Kanada’daki zayıf form yargısal denetimin varlığını sadece 33.maddeyle sınırlamamışlardır. Buna göre, 33. maddenin kullanılmadığı durumlarda bile Kanada yargısal denetimin Amerikan tarzı güçlü form modelinden farklı ve daha zayıf olduğunu savunmuşlardır⁹⁰. Bunun nedeni olarak Anayasa’nın bazı yapısal özellikleri (esas olarak 1. madde, genel sınırlamalar maddesi), yasama organlarının uygulamada genellikle son söz hakkına sahip olmaları ve mahkemeler tarafından geçersiz kılınan yasaları yeniden yürürlüğe koyabilmelerini göstermişlerdir⁹¹. Böylece, pratikte yargının değil, yasama üstünlüğünün olduğu iddia edilmektedir. Kimi akademisyenler ise, bu farklılığın nedenini 1.maddeden değil de 33.madde veya diğer özelliklerinden dolayı olduğunu vurgulamışlardır⁹². Bu tartışmalar devam etmekle beraber, Kanada’da

⁸² Başbakan Pierre Trudeau Anayasa’nın Amerikan Anayasası ile benzer güç ve etkiye sahip olmasını istemiştir. Ancak, yeni beyannamemin parlamento üstünlüğünü zayıflatacağı yönündeki endişeleri gidermek ve Başbakan tarafından *Quebec’in* Kanada içindeki statüsüne ilişkin süregelen anlaşmazlıkları çözmek için 33. maddenin son anda eklenen bir madde olduğu ifade edilmektedir. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52; Tomlinson, “Dialogue of the Deaf”, 20; Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 721.

⁸³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52; Dixon, “The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review”, 919.

⁸⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 52.

⁸⁵ Tsvi Kahana, “The notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter”, *Canadian Public Administration* 44/3 (Eylül 2001), 255-291.

⁸⁶ Yüksek Mahkeme, kamusal tabelalarda İngilizce kullanımını yasaklayan Quebec Fransızca Dil Beyannamesi’nin belirli hükümlerini geçersiz kılmış ve Quebec yasama organı, Bildirge’nin 33. maddesine dayanarak aynı hükümleri yeniden yürürlüğe koyarak buna yanıt vermiştir. Ama Quebec beş yıllık askıya alma süresinden sonra bunu yenilememiştir. Rosalind Dixon, “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies* 32/3 (01 Eylül 2012), 495.

⁸⁷ Kahana, “The notwithstanding Mechanism and Public Discussion”, 255; Dixon, “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, 495.

⁸⁸ Yüksel, “Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi’nin 33. maddesi’nin (askıya alma hükmü) değerlendirilmesi”, 335.

⁸⁹ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 178.

⁹⁰ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 179; Roach, “Dialogic Judicial Review and Its Critics”; Peter W. Hogg - 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* 35/1 (01 Ocak 1997), 75-124; Young, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*, 306.

⁹¹ Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 179.

⁹² 1. maddenin varlığından ya da haklara yönelik sınırlamalardan ziyade, Yüksek Mahkeme’nin sonradan 1. maddeye dahil ettiği orantılılık testi ve özellikle de Yüksek Mahkeme’nin bu testi uygulama biçiminin göreceli olarak daha müsamahalı olmasıyla ilgilidir. Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 182-183.

yasamanın son karar verici olma özelliği başta olmak üzere zayıf form yargısal denetimin özelliklerine sahip olduğu aşıkardır.

Şunu ifade etmek gerekir ki 33.maddeden kaynaklı yetki nadir de olsa Kanada yasama organları tarafından kullanılır. Daha da önemlisi, az kullanılması gelecekte kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Kriz anlarında, yasama organlarınca gerekli görülüğünde veya yargının oldukça uç şekilde yorumlama yetkisini kullandığında Anayasa'nın yasama organlarına verdiği bu hak aktif şekilde kullanılabilir. Bu açıdan Kanada'da hem teorik hem pratik açılardan zayıf yargısal denetim olduğunu söylemenin daha doğru olacağını ifade etmeliyiz. Zira bu yasama organları için bir anayasal yetki ve nadir de olsa başvurabilecekleri bir koruma yöntemidir⁹³.

B. Birleşik Krallık modeli

Zayıf form yargısal denetim modelinin Kanada'dan daha zayıf türünün örneği Birleşik Krallık'ta uygulanan modeldir⁹⁴. Birleşik Krallık kodifiye olmayan ve yumuşak bir Anayasaya sahiptir. Yargısal denetimde kullandığı haklar bildirgesini içeren İnsan Hakları Yasası'nı 1998 yılında olağan kanun yapma prosedürünü takip ederek yapmış ve yasa 2000 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) iç hukuka dahil edilmiştir⁹⁵. Bu bağlamda İHY'nin statüsü kanun olup teoride diğer kanunlar gibi normal prosedür takip edilerek değiştirilebilmekte veya yürürlükten kaldırılabilir. Bu durum, zayıf form yargısal denetiminin Kanada'dan daha zayıf türünün örneği Birleşik Krallık'ta uygulanan modeldir⁹⁴.

İHY yapanlar hem KHÖB (1982) hem de Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi'ni (1990) inceleme fırsatına sahiptiler. Bu bağlamda zayıf form yargısal denetiminin zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi gibi birçok özelliğini bilinçli bir şekilde bu yasada kabul etmişlerdir. Ancak, Kanada'nın yargıya verdiği geçersiz kılma yetkisinin aşırı olduğu ve Yeni Zelanda'nın yargıya sadece yorumlama denetimi vermesini ise yetersiz olduğunu varsayıp ikisi tür arasında yeni bir zayıf form yargısal denetim türü kabul edilmiştir⁹⁶. Bu doğrultuda İHY savunucuları İHY'ı hakları korumak için alternatif ve daha iyi bir yol olarak savunmuşlardır⁹⁷.

Birleşik Krallık'ta geçmişten günümüze gelen en önemli anayasal ilkelerden biri parlamentonun üstünlüğü ilkesidir. Bu doğrultuda mahkemelerin kanunları değiştirme, iptal etme veya denetleme hakkına tabi olmadığı aksine sadece onları uygulama veya mümkünse yorumlama hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır⁹⁸. Ancak bu ilkenin çeşitli sebeplerden dolayı zayıflaması (özellikle Avrupa Birliği ülkelerindeki yargı üstünlüğünün etkisi) ve hakların daha iyi korunması gerektiği görüşünün güçlenmesi ile hakların korunmasıyla ilgili uyuşmazlıkların İHY ile getirilen yargısal denetleme mekanizması ile çözümlenmesi amaçlanmıştır. Özellikle AİHS'de yer alan hakların uluslararası kurumlara (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) gitmeden ulusal mahkemelerde korunması amaçlanmıştır. Bu yasa İngiliz Anayasasının temel yasası haline gelmiştir⁹⁹. Ayrıca zayıf form yargısal denetiminin bir türünün ortaya çıkmasına da neden olmuştur¹⁰⁰.

⁹³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 52.

⁹⁴ Bazı yazarlarda Birleşik Krallık'ta yargısal denetim olmadığı ve böyle bir denetimin kabul edilmediği ve demokrasiyle uyuşmadığını vurgulamışlardır. Benzer şekilde Hollanda için de bu yorum yapılmıştır. Ancak Hollanda yargısal denetimin olmadığını açık bir şekilde Anayasasında belirtmiştir. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 214.

⁹⁵ İnsan Hakları Yasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde var olan hakların İngiliz mahkemelerince yani iç hukukta korunması amacıyla kabul edilmiştir. Böylece bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde değil iç hukukta çözülmesi amaçlanmıştır. Yasada belirtilen haklar AİHS'deki haklarla (2. maddeden 12. maddeye kadar) aynıdır. Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1975; Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 15; Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, 31.

⁹⁶ Hiebert, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 1975.

⁹⁷ Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 15.

⁹⁸ Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Roger E. Michener (Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1982); Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 9-17.

⁹⁹ Vernon Bogdanor, *The New British Constitution* (London: Hart Publishing, 2009), 62; Roznai, "Introduction", 364.

¹⁰⁰ Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 53.

İHY, mahkemeleri ve yürütmeyi AİHS’de yer alan haklara aykırı davranmasını engelleyecek şekilde bağlamaktadır ancak Parlamento böyle bir bağlılığa tabi değildir¹⁰¹. İHY’nin 3, 4, 10 ve 19. maddeleri aracılığıyla zayıf form yargısal denetimin özellikleri ve hakları korumak için gerekli üç aşamalı denetim mekanizması oluşmuştur.

İlk aşama olarak, İHY’nin 19. maddesi bir yasa tasarısından sorumlu bakanın, yasa tasarısının AİHS’de bulunan haklarla uyumlu olduğunu beyan eden bir açıklama yapmasını veya hükümetin uyumluluk beyanı olmaksızın yasa tasarısı için süreci devam ettirmek istediğini açıklayan bir açıklama yapmasını gerektirir¹⁰². Yani bu madde, zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesini öngörmektedir. Bu madde hükümetin yasa tasarısının AİHS haklarını ihlal edebileceğini öngörse bile süreci devam ettirmesine izin verir, ancak Hükümeti bunu açıkça ifade etmesine mecbur etmektedir¹⁰³. Üstelik, bakanın yasa tasarısı için gerekçeler sunması veya hatta konu hakkında parlamento tartışması başlatması için yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen, Hükümetin uyumluluk hakkındaki görüşlerinin gerekçelerini özetleyen bir rapor sunması teamül haline gelmiştir¹⁰⁴. Sonraki süreç yasa tasarısının yasama organında kanunlaşmasıdır. Parlamento yasa tasarısını ele alırken, bu yasa tasarısının AİHS’deki haklarla uyumluluğu hakkında sunulan rapor sayesinde bir bilgi birikimine sahiptir. Bu özellikle tartışmalı konuların Parlamento’da ayrıntılı görüşülmesine katkı sağlar.

Yasa tasarısının kanunlaşmasından sonra, denetimin ikinci aşaması takip eder. Bu doğrultuda, İHY’nin 3.maddesine göre belirli mahkemeler, mümkün olduğu ölçüde normları (asıl ve tali yasama işlemleri) AİHS haklarıyla uyumlu bir şekilde yorumlamalıdır. Yani burada yargıya hakları korumak için bir görev verilmektedir. 3.maddeye göre “*mümkün olduğu ölçüde, birincil mevzuat ve alt mevzuatın, Sözleşme haklarıyla uyumlu bir şekilde okunması ve yürürlüğe konulması gerekir.*” Yani yasa tasarısını sözleşme haklarıyla uyumlu şekilde yorumlama mümkünse 3.madde uyarınca uyumlu şekilde yorumlanır. Ancak, mümkün değilse ancak 4.madde uygulanmalıdır¹⁰⁵.

Burada önemli olan mahkemenin hakları korumada yorumlama gücünün sınırları ve ne tür yorumlama yöntemleri kullanacağıdır¹⁰⁶. Yorumlama yükümlülüğüne ilişkin iki aşamalı bir yaklaşım benimsenmiştir: a. İlk olarak, mevzuatın, genel olarak anlaşıldığı şekliyle, Sözleşme haklarını ihlal edip etmediğini tespiti yapılmaktadır. Eğer ihlal etmiyorsa, sorun yoktur. Ancak, mahkemeler Sözleşme haklarının ilk bakışta ihlal edildiğine inanıyorsa, mahkemeler madde 3/1 uyarınca görünürdeki uyumsuzluğu ortadan kaldırabilecek veya iyileştirebilecek tutarlı bir yorum olup olmadığını belirlemeye çalışır. b. ikinci aşamada, 3.maddenin mahkemelere dilsel ve gramer olarak değişiklik yaratacak bir yorum benimsemelerine izin verdiği ileri sürülmüştür. Kullanılacak teknikler, bir kanundaki açık anlamının okunması ve ayrıca hükümlerin ima edilen anlamların bulunması gibi yöntemler içermektedir¹⁰⁷.

Bu bağlamda mahkemenin yorumlamasının mümkün olmamasının iki nedeni var olduğu öne sürülebilir. İlki, böyle bir yorumun yasanın temel özelliği, temel ilkesi veya asıl amacın itici gücü ile

¹⁰¹ Tomlinson, “Dialogue of the Deaf”, 54.

¹⁰² Daha detaylı olarak şunu söyleyebiliriz ilk aşamadaki incelemenin 4 dört kronolojik inceleme aşaması vardır. Bunlar: 1. giriş öncesi yürütmenin incelemesi; 2. 19.maddedeki beyanın uygulanması; (3) uzmanlaşmış parlamento komitesi (İnsan Hakları Ortak Komitesi) tarafından inceleme; ve (4) müteakip parlamento müzakeresi. Daha fazla bilgi için: Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 162-168; Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998), (1998).

¹⁰³ Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1014-1015.

¹⁰⁴ Bakanlar neredeyse her zaman olumlu bir uyumluluk ifadesinde bulunurlar. Olumsuz bir uyumsuzluk ifadesi yalnızca tek bir durumda (İletişim Yasası 2003) yapılmıştır. Daha fazla bilgi için: John Morison vd. (ed.), “Reshaping Constitutionalism”, *Judges, Transition, and Human Rights* (Oxford University Press, 2007), 473; Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1015.

¹⁰⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 171.

¹⁰⁶ Ghaidan v. Godin-Mendoza davası bu konuda oldukça ünlü bir davadır. Daha fazla bilgi için bkz: “House of Lords - Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent)” (Erişim 14 Ocak 2025); Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1015-1016; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 172.

¹⁰⁷ Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge, UK New York: Cambridge University Press, 2009), 23-24; Kavanagh, “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review?’”, 1016.

bağdaşmamasıdır. İkincisi ise söz konusu belirli yasal dilin değiştirilmesinin ötesine geçip mahkemenin Parlamento'nun yetki alanı dahil olup yasama gibi hareket etmesi durumunun gerçekleşmesi ihtimalidir¹⁰⁸. Bu durumlarda, yani yorumlama yapmak mümkün değilse, ya da başka bir deyişle mahkeme, normun Sözleşme ile uyuşmadığı kanaat getirirse, İHY'nin 4.madesine göre, mahkeme bu uyuşmazlığı ilişkin bir beyanda (*a declaration of incompatibility*) bulunabilir¹⁰⁹. Yani mahkeme açık bir şekilde yasamanın sözleşme hakkıyla uyuşmazlık olduğuna karar verdiğinde yorumlama yapmayacak ve bir uyumsuzluk beyanı ilan edecektir¹¹⁰. Şunu belirtmek gerekir 4.maddeye göre sadece belirli yüksek mahkemeler uyuşmazlık ilanı yapabilir¹¹¹.

İHY öncesi hakimler, kendi görüşlerine göre temel hakları açıkça ihlal eden bir yasayla karşı karşıya kaldıklarında parlamentonun üstünlüğü gereği hakları koruma için yorumlama dahil çözüm üretme imkanları yoktu. Bu nedenle sistem yetersiz kabul edilmiştir. Ancak mahkemelere bir yasayı geçersiz kılma yetkisi vermek, parlamento üstünlüğü ilkesi ihlali ve hakimlerin aşırı güçlenme ihtimali nedenleriyle Birleşik Krallık'ta kabul görmemiştir. Bu nedenle İHY'nin 3 ve 4. maddeleri ile yasamanın üstünlüğünü tamamen kaldırmadan mahkemelere yorumlama ve uyumsuzluğu ilan etme hakları verilmiştir. Bu model de hakimlerin elindeki en güçlü silah yasamanın yaptığı kanunun Sözleşme haklarıyla uyuşmadığını ilan etmesidir. Yani kanunu Kanada'daki gibi geçersiz kılma gibi bir yetkisi yoktur. Bu kararın bağlayıcı yasal bir etkisi yoktur ve bu ilandan sonra mahkemenin görevi sona ermektedir. Başka bir deyişle, mahkemenin verdiği uyumsuzluk beyanı, ilgili yasanın geçerliliğini, sürekli işleyişini veya uygulanmasını etkilemez¹¹². Kanun yürürlükte kalır ve herhangi bir yasal işlemde ele alınabilir veya uygulanabilir. Yani, ilgili yasaya dair bir uyuşmazlıkta mahkemeler yine bu kanunu uygulamalıdır. Bu aşamadan sonra ilgili yetkili organ yasama organıdır. Bu açıdan, uyumsuzluk beyanının etkisi esas olarak politiktir, zira Birleşik Krallık'ta mahkemelerin hakların ihlaliyle ilgili bir uyuşmazlık kararı verdiğinde Parlamentonun bu yasayı değiştirmesi ve AİHS ile uyumlu hale getirmesi beklenmektedir. Ancak Parlamento bunu yapmamayı tercih edebilir, yani bu bağlamda Parlamento hala egemen ve üstündür¹¹³. Başka bir deyişle mahkeme denetlediği normun genellikle AİHS ile uyumsuz olduğunu ilan eder, yani bir çeşit zayıf denetleme yapar ama onu iptal edecek yetkisi yoktur. Bu bağlamda Birleşik Krallık'taki yargının denetim yetkisi, Kanada'ya kıyasla zayıftır.

Hak denetimin son aşamada asıl kararı veren seçilmiş organlardır. İHY kapsamında, Parlamento hem 3. madde kapsamındaki yargısal yorumlama kararlarına hem de 4. madde kapsamındaki uyumsuzluk ilanlarına karşı son sözü söyleme yasal yetkisini elinde tutar¹¹⁴. Parlamento mahkeme yorumlarıyla uyumlu olarak yasayı değiştirme, yeni yasa yapma veya hiçbir işlem yapmama gibi istediği gibi hareket etme yetkisi vardır. Yani son kararı yargı değil yasama verir.

Uyuşmazlık ilanında genellikle iki çözüm söz konusudur: İlk olarak ya Parlamento yasayı sözleşmeye uygun olacak şekilde değiştirme veya yenisi yapma yoluna gider. İHY'nin savunucuları, İHY'nin kabulüyle ilgili tartışmalar sırasında Parlamento'nun uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için yasayı düzenli olarak değiştirerek yanıt vereceğini ifade etmişlerdir¹¹⁵. Uygulamada oldukça uygulanan bir yöntemdir. İkinci olarak İHY'nin 10.maddesine göre, uyumsuz olduğu beyan edilen normun

¹⁰⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 172; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1016-1020.

¹⁰⁹ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

¹¹⁰ Kesin kurallar olmamasına rağmen *Bellinger v. Bellinger* davası uyumsuzluk ilan etme şartlarını anlamak için iyi bir örnektir. Daha fazla bilgi için bkz: "House of Lords - Bellinger (FC) (Appellant) v. Bellinger" (Erişim 14 Ocak 2025).

¹¹¹ Örneğin, İngiltere ve Galler'de Yüksek Mahkeme (*the High Court*), Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*), Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), Kraliyet danışma meclisi Yargı Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*) ve Askeri Mahkemeler Temyiz Mahkemesi (*the Courts Martial Appeal Court*) uyumsuzluk beyanları ilan edebilirler. Detaylı bilgi için İHY'nin 4.maddesine bakılabilir. Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998).

¹¹² Roznai, "Introduction", 364.

¹¹³ Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective* (New Haven, CT: Yale University Press, 2009), 4.

¹¹⁴ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174.

¹¹⁵ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

değiştirilmesi için bakanlar tarafından hızlı yol (*fast track*) seçeneği olan telafi edici emir veya düzeltici karar (*a remedial order*) seçeneği kullanılabilir¹¹⁶. Yani konuyla ilgili sorumlu bakanın, yasayı sözleşme ile uyumlu yapmak için önerilen değişikliği olağan yasa değişiklik prosedürünün uzun işlemlerinden bazılarını atlayarak, yasayı hızlı bir şekilde değiştirmesine izin verir. Düzeltici kararlar hem birincil hem de ikincil mevzuatı değiştirmek için kullanılabilir ve Sözleşme haklarıyla uyumsuzluğu gidermek için gerekli olan her türlü düzenlemeyi öngörebilir. Taslak düzeltici kararlar, İnsan Hakları Ortak Komitesi (*the Joint Committee on Human Rights*) tarafından incelenir ve yasa haline gelmeden önce her iki Meclis (Avam ve Lordlar Kamarası) tarafından onaylanması gerekir. Dahası, İHY kapsamında, kanunu değiştirmenin acilen gerekli olduğunu öngören bir bakan, bunu hızlı bir şekilde ön inceleme yapılmaksızın bakanlık emriyle yapabilir, yalnızca bu işlemin Parlamento tarafından daha sonra onaylanması gerekir¹¹⁷.

Uygulamada, genellikle mahkeme uyumsuzluk ilanı verdiğinde Parlamento ve Hükümet bu uyumsuzluğu değiştirmek için gerekli düzenlemeleri yaparlar. Bunun birçok nedeni olduğu söylenebilir¹¹⁸. Birincisi ve en önemlisi, mahkeme ilanı ile AİHS'nin sürekli ihlal edildiği ve seçilmiş organların bunu engellemek için harekete geçmemesi siyasi açıdan hem organlar hem de ülke için olumsuz etkileri olacaktır. İkincisi, eğer bir çözüm getirilmezse bu karardan etkilenen hak sahibi AİHS kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini ifade ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuru sahibi, Sözleşme haklarının ihlal edildiğini (en yüksek ulusal mahkemelerce onaylandığını) ve Birleşik Krallık Hükümet ve Parlamentosu'nun yine de ihlali gidermediğini iddia edebilecektir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başvuru lehine bir hak ihlali bulma olasılığı yüksektir ve böyle bir karar sonucu Birleşik Krallık yasayı değiştirmek için uluslararası bir yükümlülük altına girer veya sonuçlarına katlanmaktadır¹¹⁹. Üçüncü neden olarak, genel beklenti seçilmiş organların uyumsuzluk beyanlarını yasayı değiştirerek yanıt vermesidir. Bunu gerçekleştirmediği takdirde hakların yeterince korunmadığı algısı oluşabilir ve bu siyaseten önemli olacaktır. Üstelik, bu tür düzenlemeler yapılmadığında genellikle muhalefet partileri veya milletvekilleri Parlamento'da Hükümet'in politikalarını eleştirmek için hakların korunmadığı tezini kullanmaktadırlar. Yani bir siyasi baskı aracıdır¹²⁰. Diğer bir neden ise hakların korunmasında Parlamento'daki partiler popülerliklerini olumsuz etkileyecek politikalarından kaçınmak için yargı organına uymayı tercih edebilirler. Özellikle, ihtilafli konularda Parlamento yargı organının kararına uyarak konudan kaynaklı suç ithamlarını yargıya yükleyebilir. Dahası, Birleşik Krallık'ta, yargının bağımsız, uzman ve gerekli kurumsal kapasiteye sahip olduğu ve hakimlerin mesleki davranışlarının Parlamento'da sorgulanmaması gerektiği görüşü yaygındır.¹²¹ Yargı organlarını hakları koruma görevini yürütürken günlük siyasi kaygılardan yalıtılmış olması ayrıca bu görüşü desteklemektedir.¹²²

Bu bağlamda, Parlamento'nun mahkemelerin bağlayıcı olmayan uyumsuzluk beyanlarına gönüllü olarak tutarlı bir şekilde uymasının, İHY'nin mahkemelere (güçlü form yargısal denetimdeki gibi), pratikte yasalarını geçersiz kılma yetkisi verdiği ifade edenler olmuştur¹²³. Şunu ifade edebiliriz seçilmiş organlar yargının kararlarına genellikle istekli bir şekilde uyar ve sorunu kendilerinin düzeltmesini

¹¹⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki bunu yapmak zorunda değiller. Genellikle parlamento bu uyumsuzluğu yeni kanun yaparak veya kanunu değiştirerek kendisi uyumlu hale getirir. Calabresi, *The History of Growth of Judicial Review* v. 1, 31.

¹¹⁷ Parlamento'ya sunulmasından itibaren 120 gün içinde her iki Meclis tarafından onaylanmazsa yürürlükten kalkar. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 28.

¹¹⁸ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 30; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1024-1025.

¹¹⁹ Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, 286-287; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1024.

¹²⁰ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1025.

¹²¹ Eric C. Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom: A Public Choice Analysis", *European Journal of Law and Economics* 37/2 (Nisan 2014), 229-230.

¹²² Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom", 229; Mary L. Volcansek, "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy", *European Journal of Political Research* 39/3 (Mayıs 2001), 351.

¹²³ Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*; Ip, "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom", 222.

gerekli görmemektedir¹²⁴. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Parlamento gerekli gördüğü durumlarda yargı kararlarına müdahil olmaktadır.

Uygulamada, 2016 tarihine dek, yirmi bir nihai uyumsuzluk beyanından yirmisi birincil mevzuatın ilgili hükmünün değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır¹²⁵. Bu nedenle, yasa değişikliği veya geçersiz kınması yoluyla yargı kararına uyulması yönünde bir teamül olduğu görüşü dile getirilmiştir¹²⁶. Sadece bir kararda yasama organı yasayı yargı organını uyumsuzluk beyanı doğrultusunda düzeltilmemiştir. Bu 2005 tarihli *Hirst v. UK* davasıdır¹²⁷. Mahkeme, tüm hükümlülerin parlamento seçimlerinde oy kullanmasına ilişkin genel yasağın AİHS'nin birinci protokolünün 3. maddesiyle bağdaşmadığını ilan etmesine rağmen¹²⁸, Parlamento bu hakkı hükümlülere vermeyi reddetmiştir. Yani istisnai gibi görünse de yasama yargının uyuşmazlık ilanını yeterli görmeyip farklı şekilde hareket etmiştir. Bunun en büyük nedeni de hem büyük siyasi partilerin hem de halkın çoğunluğunun hükümlülere bu hakkı vermeme konusunda hem fikir oluşlarıdır¹²⁹.

Sonuç olarak, Birleşik Krallık'ta yasama organının son kararı verme hakkı mevcuttur, yani zayıf form yargısal denetim sistemi mevcuttur ve şartlar oluştuğunda yasama bu hakkını kullanmıştır. Özellikle şunu da belirtme lazım ki Birleşik Krallık'ta zayıf form denetimin ilk aşaması olan zorunlu yasa öncesi denetimin mekanizması ile hakların korunmasını sağlar ve bu tür bir denetim güçlü form yargısal denetim de yoktur.

İHY'nin getirdiği sistemin hakları yeterince koruduğu tartışmalı olmakla beraber, genel olarak İHY'nin getirdiği yargısal denetimin hakları korumasında başarılı olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Özellikle zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesindeki hükümet, komisyon ve Parlamento'nun uyumlu ve etkin çalışması bunu etkilemiştir. Buna ek olarak ikinci aşamada mahkemeler genellikle yetkilerini ve sorumluluklarını makul ölçüde iyi ve gerektiği gibi kullanmışlardır. Üçüncü aşamada da yukarıda ayrıntılı anlatıldığı gibi yasama etkin şekilde hakları korumaya yönelik hareket etmektedir¹³¹. Genel olarak organlar arasında bir diyalog söz konusu olup zayıf form yargısal denetimin aktif olarak iyi uygulandığını ifade edebiliriz.

C. En zayıf tür: Yeni Zelanda modeli

Yeni Zelanda'da var olan zayıf form yargısal denetim modelinin en zayıf türüne örnek oluşturmaktadır. Yeni Zelanda Kanada'da ortaya çıkan zayıf form yargısal denetim modelini daha sonra kabul eden ilk devlettir. Bunu 1990'da kabul ettiği Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası ile yapmıştır. YZHBY olağan yasa yapma yolu takip edilerek yapılmış ve yine yasamanın olağan çoğunluğu ile tamamen veya kısmen

¹²⁴ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1022.

¹²⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174-175; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1025. Ek bilgi olarak şunu ifade edebiliriz: 2013 yılına dek on sekiz düzeltilen beyanın üçü, İHY'nin 10. maddesi uyarınca düzeltici emirlerle çözülmüştür; üçü, beyanın yapıldığı sırada yasama organı tarafından çözülmüş ve on ikisi de daha sonra yasama organı tarafından çözülmüştür.

¹²⁶ Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 918; Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, 289; Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1026.

¹²⁷ *Hirst v. the United Kingdom (dec.)* (Hirst v. the United Kingdom (dec.)), K. 23304/05 (ECtHR 08 Temmuz 2003); Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174; Dixon, "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", 918.

¹²⁸ Bazı değişiklikler yaparak sınırlı bir şekilde bazı mahkumlara bu hak tanınmıştır ancak tüm hükümlülere bu hak verilmemiştir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 174-175.

¹²⁹ Kavanagh, "What's so Weak about 'Weak-Form Review'?", 1026.

¹³⁰ Genellikle beş farklı görüş olduğunu söyleyebiliriz: 1. İHY'nin Birleşik Krallık'ın yasal ve siyasi sistemi üzerinde önemli bir etkisi olmadığı ve hakların daha iyi korunmasıyla sonuçlanmadığı iddiası 2. İHY'nin çok zayıf olduğu iddiası 3. İHY'nin çok güçlü olduğu 4. İHY'nin teori ve pratik uygulamalarının farklı olduğu ve teoride zayıf pratikte güçlü olduğu iddiası. 5. İHY'nin istenildiği kadar koruma sağladığı iddiası. Daha detaylı bilgi için bkz: Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 188-191.

¹³¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 193-194; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 192-193.

yürürlükten kaldırılabilir sıradan bir yasadır¹³². Bu nedenle, teori de diğer yasalardan üstün değildir ve prosedür olarak olağan süreçle değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir¹³³.

YZHBY, parlamento egemenliği ilkesine açıkça itiraz etmez¹³⁴. Zira, yasanın 4.maddesi, mahkemelerin YZHBY ile tutarsız olan yasayı geçersiz kılma, uygulamama veya etkisiz olarak değerlendirme yetkisinin olmadığını açıkça belirtir¹³⁵. Bu bağlamda YZHBY'nin ondan sonra yapılan yasaları yürürlükten kaldırıldığını veya başka bir şekilde geçersiz kıldığını iddia edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca yeni yasanın YZHBY'nin hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle yasayı uygulamaktan kaçınılması da açıkça yasaklanmaktadır. Yani YZHBY'nin teoride diğer kanunlardan bir farkı yoktur ve mahkemelere yasamanın yaptığı yasaları bu bildirgeye dayalı olarak geçersiz kılma, değiştirme, uygulamama veya İHY'deki gibi uyuşmazlığı ilan etme hakkı da vermemiştir.

YZHBY mahkemelere sadece yorumlayıcı bir yetki vermektedir. Yasanın 6.maddesi yasanın temel amacını vurgulamaktadır: *"Bir yasaya, bu Haklar Bildirgesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerle tutarlı bir anlam verilebildiği her yerde, bu anlam diğer herhangi bir anlama tercih edilecektir"*¹³⁶. Sadece yorumlama yetkisine dayalı olduğu için zayıf form yargısal denetim modelinin en zayıf türünü oluşturmaktadır. Zira Kanada'da yargı organın geçersiz kılma yetkisi ve Birleşik Krallık'ta yargı organın uyuşmazlık beyanını ilan etme yetkisi var iken, burada yargı organı sadece yasa ile haklar bildirgesinde yer alan haklarla ilgili tutarlı bir anlam verme görevi ve yetkisi vardır.

Bu zayıf denetime rağmen, Yeni Zelanda zayıf form yargısal denetim modelinin (hak koruma yöntemi dahil) özelliklerini taşır: İlk aşama olarak, yasa tasarısı yürürlüğe girmeden önce hakların korunması için zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi mekanizması vardır. YZHBY'nin 7. maddesine göre bu aşama, kronolojik olarak a. bir yasa tasarısının Parlamento'ya sunulmasından önce yürütme tarafından incelemesi, b. Başsavcının (*Attorney-General*) 7. madde kapsamında yasa tasarısının YZHBY ile uyuşmadığı durumlarda Parlamento'ya rapor sunması¹³⁷ ve c. yasa tasarısının sunulmasından sonra ve yasama sürecinin geri kalanında parlamento denetimi olarak alt bölümlere ayrılabilir¹³⁸.

İkinci aşamada, yargı organın yaptığı yargısal denetim söz konusudur. YZHBY'nin 6.maddesi mahkemeye yasamanın yaptığı yasayı Haklar Bildirgesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerle tutarlı bir anlam vermesi mümkünse bu tür bir yorum yapma yetkisi vermiştir. Yani diğer benzer sistemlere kıyasla tek bir yetkisi vardır: 6.maddeye dayalı yorumlama gücü. Burada mahkemeler Haklar Bildirgesi ile çelişmeyecek şekilde kanunları mümkün olan en üst düzeyde yorumlama yükümlülüğüne sahiptirler¹³⁹. Başka bir deyişle, mahkemelere, böyle bir anlam verilebildiğinde yasaları YZHBY haklarla tutarlı bir şekilde yorumlamaları yönünde talimat verilmiştir. Bu bağlamda, YZHBY, üstün bir haklar bildirgesi olmaktan ziyade yorumlayıcı bir niteliktedir¹⁴⁰. Ancak, bunun yapılamadığı durumlarda mahkemeler 4. madde uyarınca yeni yasayı uygulamaları zorunludur. Üstelik YZHBY daha sonraki tutarsız bir yasa tarafından örtük olarak yürürlükten kaldırılabilir. Başka bir deyişle, YZHBY diğer

¹³² Yeni Zelanda'da haklar bildirgesi çok bilinçli bir şekilde olağan yasama süreci aracılığıyla olağan bir yasa olarak kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³³ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³⁴ Hiebert, "Parliamentary Bills of Rights", 13.

¹³⁵ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990), (1990); Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 129.

¹³⁶ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990).

¹³⁷ Yeni Zelanda'da genel olarak hak denetimi olarak adlandırılan bu süreç, Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan İnsan Hakları Birimi tarafından, desteklediği tasarılar hariç olmak üzere tüm taslak yasa tasarılarını NZBORA ile tutarlılık açısından değerlendirir. Bir tutarsızlık tespit edilirse Başsavcıya bilgi verilir. Daha fazla bilgi için bkz. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132-135.

¹³⁸ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 183; Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132.

¹³⁹ Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990); Tomlinson, "Dialogue of the Deaf", 21.

¹⁴⁰ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 131.

yasalara üstün olmadığı gibi, ne zaman yürürlüğe girdiğine bakılmaksızın diğer tüm tutarsız yasalara da tabidir¹⁴¹. Sonuç olarak, sadece yorum yetkisi verildiği için bu modelin en zayıf türünü oluşturur.

Bu bağlamda, akla şu soru gelmektedir: Sadece yorumla yetkisinin varlığı, zayıf form yargısal denetim olarak kabul edilmeli midir? Bu soruya evet cevabı verilmelidir. Zira, yargı organı bu aşamada hakları korumak için bir denetim yapmaktadır. Üstelik bu yorumlayıcı yetki uygulamada etkin bir şekilde kullanılarak hakların korunmasını sağlamaktadır. Mahkeme burada iki senaryo ile karşı karşıyadır: İlk olarak, yasanın ne anlama geldiğini açık olmadığı durumdur. Burada hakimler, bazı hükümlerin ne anlama geldiğini belirlemek için olağan yasal yorumlama araçlarını kullanarak işe başlamaktadırlar. Bunun için yasanın genel yapısına, amaçlarına, yapılış sürecine, diğer yasalarla ilişkisine bakmaktadırlar. Ayrıca yasal yorumlamanın çeşitli kurallarını ele alarak davaya göre bu yöntemlerin daha fazlasına veya daha azına başvurmaktadırlar¹⁴². Hakimler yorumlama yöntemlerini kullanırken hakları kısıtlayan yorum ile hakları koruyan yorum arasında hakları koruyanı seçmeleri konusunda bir zorunluluğa sahiptirler. İkinci senaryoda ise yasanın daha açık olduğu bir durum söz konusudur. Burada, hakimler, temelde, yasanın dili hakimlere neler yapılmasını gerektiğini belirtir, ancak bu şekilde hareket edildiğinde anayasal normlar yani temel haklar ihlal edilmiş olunacaktır ve bunun istenmediği açık olduğu vurgulanmaktadır. Bu nedenle, hakimler yasayı haklar bildirgesi ile tutarlı olacak şekilde yorumlamaktadırlar, ki bu hakimlerin yasa dilinin belirttiği işlev veya talimattan başka bir işlev veya eylem yapılmasına sebep olacak bir anlam çıkarmasına neden olmasına rağmen yapılmaktadır. Böylece yorumlama zorunluluğu ve yetkisi, mahkemelerin geleneksel yasal yorumlama yöntemlerini kullanarak elde ettikleri sonuçtan farklı bir sonuç elde etmelerine ve genel olarak hakların daha iyi korunmasını sağlayan bir mekanizmanın oluşmasına imkân vermektedir¹⁴³.

Bu kapsamda, önemle vurgulamak gerekir ki, YZHBÝ sadece yorumlama yetkisi nedeniyle zayıf form yargısal denetim modeline sahip değildir. Modelin yukarıda belirttiğimiz diğer unsurlarına (zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi mekanizması veya yasamanın son sözü söylemesi gibi) sahip olduğu için zayıf form yargısal denetimin bir türü olarak kabul edilmektedir.

Son aşama da yasama organı, mahkemenin yeni yasa ile YZHBÝ'nin ilgili hükümlerle yaptığı yorumu yanlış olduğu kararı verebilmektedir. Yasama organı bu takdirde mahkemenin yaptığı yorumlamanın aksine daha önce yürürlüğe koyduğu yasayı savunabilmektedir¹⁴⁴. Yani yasama son sözü söyleme yetkisine sahiptir¹⁴⁵. Yukarıda ele alındığı gibi bu zayıf form yargısal denetim modelinin en ayırt edici özelliğidir.

Şunu belirtmek lazım teori de YZHBÝ sıradan bir yasadır ve hükümleri sıradan yasa gibi değiştirilebilir. Ancak yasama organının yorumlamadan kaynaklı memnuniyetsizliğinde yasamanın YZHBÝ'yi değiştirmesi beklenmemelidir. Zira, teorik olarak yasa statüsünde olsa da uygulamada anayasal ve üstün bir metin olarak kabul edilmiştir. Yasama organı açısından temel yaklaşım şudur: YZHBÝ temel hakları gayet iyi bir şekilde korumaktadır ve yasama organı yargının yorumlaması beğenmediğinde YZHBÝ'yi değil yapılan yorumlamayı yeterli veya doğru kabul etmezler. Yani mahkemelerin YZHBÝ'yi yanlış yorumladığı görüşü mevcuttur¹⁴⁶.

YZHBÝ kapsamındaki asıl sorun 4. ve 6. maddeler arasındaki gerilim ve her birine uygun olarak verilmesi gereken ağırlığın belirlenmesidir. Mahkemelerin 6. maddedeki yorumlama yetkisini, yasa dili ve/veya parlamentonun niyetini değiştiren veya çarpıtan bir şekilde güçlü bir şekilde kullanması

¹⁴¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 130.

¹⁴² Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25.

¹⁴³ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 25-26.

¹⁴⁴ Bu anlamda, mahkemenin beyan ettiği zararları tazmin etmek, sınırlamak veya düzenlemek için yasanın gerekli olup olmadığı konusunu tartışmak için konu bağımsız Hukuk Komisyonu'na havale edilir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 141.

¹⁴⁵ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 27.

¹⁴⁶ Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 27.

durumunda, bunun mahkemelerin yasama organının yaptığı yasaları uygulamayı reddetmesini yasaklayan 4. maddenin ihlaline yol açtığı kabul edilmektedir. Ancak şu da önemlidir ki mahkemenin yaptığı yargısal yorumlamayı yasa yapımından ayıran çizgi, pratikte oldukça incedir. Bu tartışma, yorumlama yetkisi verilen tüm haklar bildirgelerinde (aksi ayrıntılı bir şekilde belirtilmediyse) mevcuttur. Zira bu konu hem Yeni Zelanda'da hem de daha geniş kapsamda Birleşik Krallık'ta önemli bir tartışma kaynağı olmuştur. Ayrıca, yorumlama yetkisinin etkin ve radikal bir şekilde kullanılması sonucu olarak olağan yasaların yeniden yazma yoluyla hak bildirgelerinin pratikte anayasal statüde olanlara benzediği ve bu durumun fiili bir yargısal üstünlüğe yol açtığı iddiası da söz konusudur¹⁴⁷.

Bu bir gerçektir ki Yeni Zelanda'da (ve Birleşik Krallık'ta), hakimler yetkilerini kullanırken yasaların amaçladığı makul belli anlamlardan ziyade bazı olası veya farklı anlamlar yükleyecek şekilde daha geniş kapsamda yorumlamışlardır. Bu, yargının Parlamento'nun belirlediği amaç dışında farklı kararlar vermesini neden olmuştur. Örneğin, *Poumako* davasında hakimlerin çoğunluğu şunu ifade etmiştir: *"Mesele yasama organının . . . neyi amaçlamış olabileceği değildir. Haklar Bildirgesi ile tutarlı bir anlam verilebildiği her yerde, bunun tercih edilmesi gerektiğidir"*¹⁴⁸. Yani asıl amaç yasama organının amacına uymaktan çok mümkünse hakların korunmasıdır. Bu kapsamda uygulamada şunu diyebiliriz ki yasama organının yaptığı yasanın üstünlüğünü vurgulayan ve mahkemeleri kısıtlayan 4.madde değil genellikle yargıya yorumlama yetkisi veren 6.madde sıklıkla kullanılmıştır. Başka bir deyişte uygulamada yargı aktif rol oynamıştır. Özellikle *Pora* davasında hakların korunmasını sağlamak için mahkeme sonraki zamanlı yasayı kullanmayıp YZHBV ile tutarsızlığı önleyecek bir yorumu tercih etmiştir. Yani 4. maddeye uygulanmaması için 6. madde bağlamında bir yorumu tercih etmişlerdir¹⁴⁹. Bu da yargının hakları koruma için yorumlama yetkisini oldukça geniş olarak anladığını göstermektedir.

Bunlara ek olarak, Yeni Zelanda'da yasama organı teoride son sözü söyleme yetkisi olmasına rağmen uygulamada yargı organının kararlarını benimsemektedir. 1990 ile 2005 yılları arasında, YZHBV ile yasalar arasında tutarsızlığın olduğu 13 dava söz konusudur ve mahkemeler yorumlama yetkilerini kullanarak bu davaları çözmüşlerdir. Bu davalarla ilgili, Parlamento sadece bir mahkeme kararını (*Refugee Council of New Zealand, Inc v Attorney-General*) geçersiz kılmıştır¹⁵⁰. Yani yasama genelde yargı kararlarına uyar.

Özetle, YZHBV'de yer alan haklar şu yollarla korunmaktadır: (1) Parlamento'nun bu haklarla tutarlı hareket etme konusunda yargısal olarak uygulanabilir olmayan bir yasal yükümlülüğü, (2) yasama sürecinin kendisinde zorunlu hak incelemesine dayanan siyasi bir mekanizma, (3) mümkün olduğunda haklarla tutarlı yasa yorumuna dayanan yargısal bir mekanizma ve (4) hakları ihlal eden yürütme eylemlerini iptal etme ve düzeltme yetkisi¹⁵¹. YZHBV'nin olağan yasal statüsüne ve 4. maddenin gerekliliklerine rağmen, bu zayıf denetim hakların korunmasında oldukça önemli bir rol oynamıştır ve YZHBV düzenli ve tutarlı bir şekilde anayasal önem atfedilmiştir¹⁵². Bu bağlamda, kimileri, YZHBV'yi yasal ve siyasi anayasacılıkları başarılı bir şekilde harmanlayan bir sistem olarak görmektedirler¹⁵³.

Sonuç olarak, genellikle YZHBV'nin (YZHBV önceki dönemle kıyasla) makul ölçüde iyi ve öngörülmesi gibi çalıştığı; temel hakların yeterince korunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle tamamen anayasallaştırılmış bir haklar bildirgesine geçiş veya güçlü form yargısal denetime için hiçbir ihtiyaç

¹⁴⁷ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136.

¹⁴⁸ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 137.

¹⁴⁹ *Pora* davası, zımni fesih yani aynı konuda sonraki kanunun önceki kanunu yürürlükten kaldırmasını kabul eden doktrininin aksi uygulaması olması açısından oldukça önemlidir. Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136-139; Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 186.

¹⁵⁰ Dixon, "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism", 493.

¹⁵¹ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 132.

¹⁵² Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 136.

¹⁵³ Bu bağlamda az sayıda da olsa kimileri de YZHBV kapsamında sistemin fiili yargı üstünlüğüne dönüştüğünü iddia etmişlerdir. "Smillie, John --- 'Who wants Juristocracy?' [2006] OtaLawRw 2; (2006) 11 Otago Law Review 183" (Erişim 14 Ocak 2025); Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 144-145.

olmadığı konusunda geniş bir fikir birliği vardır¹⁵⁴. Üstelik YZHB'Y'nin Yeni Zelanda'da anayasal bir statü kazandığı genel olarak kabul edilmektedir. Zira kodifiye edilmemiş ve üstün bir anayasadan yoksun bir hukuk sisteminde YZHB'Y farklı ve önemli bir anlam taşıdığı açıktır. Özellikle, bildirgenin sabit bir metni, nispeten belirli ve kapsamlı yapısı ve koruduğu temel haklarla, geleneksel parlamenter egemenliğini değiştirdiği ve anayasal statüye yükseldiği kabul edilmiştir¹⁵⁵. Şu da bir gerçektir YZHB'Y'nin içerdiği hakları korumak için sunduğu yöntem sıradan kanunlara kıyasla oldukça özel bir statüye sahip olan bir yöntemdir. Dolayısıyla, yasal statüsü sıradan bir kanun olmasına rağmen, YZHB'Y, diğer tüm sıradan kanunlara nasıl anlam verileceğini belirleyen bir çerçeve normdur¹⁵⁶.

Sonuç

Özetle, bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin pratikte nasıl uygulandığını tartışmaktadır. Bunun için zayıf form yargısal denetim modelinin üç türünün pratikte uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerini ele almıştır. Bunu yaparak varlığı tartışmalı olan zayıf form yargısal denetim pratikte çeşitli ülkelerde uygulandığını ispat etmek istemiştir.

Makale amacı olan zayıf form yargısal denetimin pratikte nasıl uygulandığını tartışmak için öncelikle yargısal denetim kavramını açıklamıştır. Zira, literatürde yapılan tanımlamalar veya kavramın ele alınan özelliklerinin pratikte uygulanan tüm yargısal denetim modellerini için yeterli olmadığını kanıtlamaya çalışmıştır. Daha sonra literatürde genellikle kabul edilen Avrupa ve Amerikan tipi yargısal denetim modellerini güçlü form yargısal denetim altında tek bir başlık altında ele almıştır. Bunu yaparken güçlü form yargısal denetimin özelliklerini de izah etmiştir. Daha sonra yargısal denetimi sınıflandırmada ikinci modelin zayıf form yargısal denetim modeli olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiasını kanıtlamak için zayıf form yargısal denetim modelinin temel özelliklerini, güçlü form yargısal denetim modelinden farklılıklarını ve güçlü form yargısal denetim modelinde var olan ön koşullar gibi bazı unsurların nasıl farklılık gösterdiğini tartışmıştır.

Bunlara ek olarak, yaklaşık son kırk yılda zayıf form yargısal denetimi kabul eden ülkelerin neden güçlü form yargısal denetim yerine bu modeli seçtikleri de ifade edilmiştir. Zira, dünyada oldukça popüler olan güçlü form yargısal denetiminin bazı dezavantajları olduğu vurgulanmıştır. Yine buna bağlı olarak zayıf form yargısal denetim modelinin avantajları vurgulanarak özellikle *Common Law* sistemine tabi olan ülkelerin bu avantajları neden güçlü form yargısal denetime tercih ettikleri ele alınmıştır. Bu tartışmalardan sonra, makale zayıf form yargısal denetimin üç farklı türünün uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerini tek tek ele almıştır. Zayıf form yargısal denetim modelinin kendi içinde en güçlüden en zayıf türüne göre sınıflandırıldığı bu ülkelerde modelin nasıl uygulandığı ele alınmıştır. Özellikle bu üç ülkede var olan türlerde farklılıklar olmasına rağmen hepsinde zayıf form yargısal denetimin özelliklerinin nasıl mevcut olduğu tartışılmıştır.

Sonuç olarak, bu makale zayıf form yargısal denetim modelinin güçlü form yargısal denetimden farklı olarak yeni bir yargısal denetim mekanizması olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Bu görüşü desteklemek için makale bu alternatif modelin sadece teorik olarak açıklamasını yapmak yerine modelin farklı türlerinin uygulandığı Kanada, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ülkelerinde modelin nasıl işlediğini göstererek pratikte de varlığını kanıtlamaya çalışmıştır.

Son olarak, şunu da belirtmek gerekir ki hem güçlü form yargısal denetim modeli hem de zayıf form yargısal denetim modeli, hakların korunmasında işlevsel olabilir. Burada önemli olan, bu modellerin hangi ülkelerde ve hangi koşullarda uygulanacağıdır. Öyle ki, yasama üstünlüğünü uzun süre korumuş ve demokratikleşme konusunda ciddi sorunlar yaşamamış ülkelerde (ele aldığımız üç ülke gibi), zayıf form yargısal denetim modelinin hakların korunmasında faydalı olacağını düşünmekteyiz. Buna

¹⁵⁴ Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", 187.

¹⁵⁵ Gardbaum, *The new Commonwealth model of constitutionalism*, 146.

¹⁵⁶ Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 728.

karşılık, yasama üstünlüğünün sağlıklı işlemediği ve seçilmiş organların ya da aktörlerin popülizm, siyasal çıkarlar gibi nedenlerle yetkilerini kötüye kullanabildiği ülkelerde (İkinci Dünya Savaşı öncesi Almanya ve İtalya gibi), güçlü form yargısal denetim daha etkin bir mekanizma olabilir. Bu açıdan, bir ülkenin iç dinamikleri, hangi tür yargısal denetim modelinin daha işlevsel olacağını belirleyecektir.

Kaynakça

- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*. Ankara: Seçkin, 6. Basım, 2023.
- Bellamy, Richard. "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy". *Political Studies* 44 (1996), 436-456.
- Bogdanor, Vernon. *The New British Constitution*. London: Hart Publishing, 2009.
- Calabresi, Steven G. *The History of Growth of Judicial Review v. 1*. New York: Oxford university press, 2021.
- Dicey, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. ed. Roger E. Michener. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 8Rev Ed edition., 1982.
- Dixon, Rosalind. "The Core Case for Weak-Form Judicial Review". *Cardozo Law Review* 38/6 (2017), 2193.
- Dixon, Rosalind. "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law* 17/3 (09 Eylül 2019), 904-930. <https://doi.org/10.1093/icon/moz059>
- Dixon, Rosalind. "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism". *Oxford Journal of Legal Studies* 32/3 (01 Eylül 2012), 487-506. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqs015>
- Elliott, Mark - Thomas, Robert. *Public law*. Oxford University Press, 5. Basım, 2024.
- Erdos, David. *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*. Oxford University PressOxford, 1. Basım, 2010. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199557769.001.0001>
- Fendolu, Hasan Tahsin. *Anayasa Yargısı*. Ankara: Yetkin, Gncellenmiř, Dzeltilmiř ve 2020 değişikliği yapılmış 4. Baskı., 2020.
- Ferreres Comella, Victor. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009. <https://doi.org/10.12987/9780300148688>
- Gardbaum, Stephen. "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law* 8/2 (01 Nisan 2010), 167-206. <https://doi.org/10.1093/icon/moq007>
- Gardbaum, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2013.
- Gardbaum, Stephen. "What is judicial supremacy?" *Comparative Constitutional Theory*. ed. Gary Jacobsohn - Miguel Schor. Edward Elgar Publishing, 2018. <https://doi.org/10.4337/9781784719135.00007>
- Gardbaum, Stephen. "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? A Reply to Aileen Kavanagh". *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1040-1048. <https://doi.org/10.1093/icon/mov063>
- Gardbaum, Stephen A. "The New Commonwealth Model of Constitutionalism". *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), 707. <https://doi.org/10.2139/ssrn.302401>
- Geiringer, Claudia. "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law* 15/4 (03 Kasım 2017), 1247-1254. <https://doi.org/10.1093/icon/mox089>

- Ginsburg, Tom - Versteeg, Mila. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law, Economics, and Organization*, Forthcoming Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29. <https://papers.ssrn.com/abstract=2319363>
- Goldsworthy, J. "Homogenizing Constitutions". *Oxford Journal of Legal Studies* 23/3 (01 Eylül 2003), 483-505. <https://doi.org/10.1093/ojls/23.3.483>
- Gorgen, Nurullah. "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary". *Judicial Independence in Transitional Democracies*. Kitap editörü Nauman Reayat vd., 86-110. London: Routledge, 1. Basım, 2024. <https://doi.org/10.4324/9781003458296-6>
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Basım Yayın, 16. Basım, 2024.
- Hiebert, Janet L. "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?" *Texas Law Review* 82/7 (2004), 1963-1987.
- Hiebert, Janet L. "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?" *Modern Law Review* 69/1 (Ocak 2006), 7-28. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2006.00574.x>
- Hirschl, Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions". *Law & Social Inquiry* 25/1 (Aralık 2000), 91-149.
- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge London: Harvard University Press, 2004.
- Hogg, Peter W. *Constitutional law of Canada*. Scarborough, Ont: Thomson/Carswell, 5th ed. supplemented., 2007.
- Hogg, Peter W. - Bushell, Allison A. "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* 35/1 (01 Ocak 1997), 75-124. <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612>
- Ip, Eric C. "The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom: A Public Choice Analysis". *European Journal of Law and Economics* 37/2 (Nisan 2014), 221-247. <https://doi.org/10.1007/s10657-011-9281-4>
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*. İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 5. Basım, 2024.
- Kahana, Tsvi. "The notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter". *Canadian Public Administration* 44/3 (Eylül 2001), 255-291. <https://doi.org/10.1111/j.1754-7121.2001.tb00891.x>
- Kavanagh, Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge, UK New York: Cambridge University Press, 2009.
- Kavanagh, Aileen. "The Lure and The Limits Of Dialogue". *The University of Toronto Law Journal* 66/1 (2016), 83-120.
- Kavanagh, Aileen. "What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law* 13/4 (Ekim 2015), 1008-1039. <https://doi.org/10.1093/icon/mov062>
- Kelly, J. B. - Hennigar, M. A. "The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights". *International Journal of Constitutional Law* 10/1 (01 Ocak 2012), 35-68. <https://doi.org/10.1093/icon/mor067>
- Kelsen, Hans. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence". *Harvard Law Review*, 44.

- Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism". *California Law Review* 92 (2004). <https://doi.org/10.15779/Z38X71D>
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge University Press, 1. Basım, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139833912>
- Masterman, Roger - Murray, Colin. *Constitutional and administrative law*. Harlow, England; New York: Pearson, Second edition., 2018.
- Morison, John vd. (ed.). "Reshaping Constitutionalism". *Judges, Transition, and Human Rights*. 467-478. Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199204939.003.0021>
- Onar, Erdal. *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler*. AÜHF Yayınları, 2003.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 23. Basım, 2023.
- Özbudun, Ergun. "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 62/3 (2007), 258.
- Özbudun, Ergun. *Türkiye’de demokratikleşme süreci: anayasa yapımı ve anayasa yargısı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Paris, Marie-Luce. "Setting the scene: elements of constitutional theory and methodology of the research". *Rights-Based Constitutional Review*. ed. John Bell - Marie-Luce Paris. Edward Elgar Publishing, 2016. <https://doi.org/10.4337/9781784717612.00007>
- Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and Its Critics". *Supreme Court Law Review* 23 (2004), 49.
- Roznai, Yaniv. "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review". *ICL Journal* 14/4 (23 Şubat 2021), 355-377. <https://doi.org/10.1515/icl-2020-0039>
- Schauer, Frederick - Alexander, Larry. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation". *Harvard Law Review* 7 (1997), 1359.
- Stephenson, Scott. *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*. Sydney: Federation Press, 1st ed., 2016.
- Tezcür, Güneş Murat. "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case". *Law & Society Review* 43/2 (Haziran 2009), 305-336. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2009.00374.x>
- Tomlinson, Douglas. "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review". *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy* 46/1 (24 Mart 2022). <https://scholarship.shu.edu/shlj/vol46/iss1/1>
- Tunç, Hasan. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Denetim Kapsamı ve Organları)*. Yetkin Yayınları, 1997.
- Tushnet, Mark. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review* 101/8 (01 Ağustos 2003), 2781-2802.
- Tushnet, Mark. "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review". *German Law Journal* 14/12 (01 Aralık 2013), 2249-2263. <https://doi.org/10.1017/S2071832200002753>
- Tushnet, Mark. "The Rise of Weak-form Judicial Review". *Comparative constitutional law*. ed. Tom Ginsburg - Rosalind Dixon. Research handbooks in comparative law. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011.

- Tushnet, Mark V. "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries". *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 38 (2003), 813.
- Tushnet, Mark V. (ed.). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2008.
- Volcansek, Mary L. "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy". *European Journal of Political Research* 39/3 (Mayıs 2001), 347-372. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.00580>
- Waldron, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review". *The Yale Law Journal* 115/6 (2006), 1346.
- Young, Alison L. *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford; Portland, Or: Hart Publishing, 2009.
- Yüksel, İsmail. "Bir zayıf yargısal denetim yöntemi örneği olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesi'nin (askiya alma hükmü) değerlendirilmesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089752>
- "Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament". Erişim 01 Aralık 2024. <https://bills.parliament.uk/bills/3227>
- Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998), Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998). (1998).
- Hirst v. the United Kingdom (dec.), Hirst v. the United Kingdom (dec.) (Kanun No. 23304/05). K. 23304/05 (ECtHR 08 Temmuz 2003). Erişim 14 Ocak 2025. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23304>
- "House of Lords - Bellinger (FC) (Appellant) v. Bellinger". Erişim 14 Ocak 2025. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>
- "House of Lords - Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent)". Erişim 14 Ocak 2025. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>
- Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982), Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982). (1982).
- "Smillie, John --- 'Who wants Juristocracy?' [2006] OtaLawRw 2; (2006) 11 Otago Law Review 183". Erişim 14 Ocak 2025. <https://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2006/2.html>
- "The Common Law and Civil Law Traditions". Erişim 28 Aralık 2024. <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>
- Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990), Yeni Zelanda Haklar bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990). (1990).

Makale Bilgi Formu

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yapay Zeka Bildirimi: Bu makale yazılırken hiçbir yapay zeka aracı kullanılmamıştır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.