



ANAYASA YARGISINDA ZAYIF FORM MODELİ

The Weak-Form Model in Constitutional Adjudication

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah GÖRGEN*

ÖZET

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimi, Türkçe literatürde yaygın olarak ikiye ayrılmaktadır: Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modelleri. Ancak bu iki yargısal denetim modeline alternatif bir yaklaşımın varlığı tartışılmıştır. Zayıf form anayasa yargısı modeli olarak adlandırılan bu modelin temellerinin, 1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulüyle atıldığı kabul edilmektedir. Bu makalenin amacı, zayıf form anayasa yargısı modelinin tanımını ve özelliklerini ele almaktır. Bu amaçla, makale anayasa yargısı kavramını yeniden tanımlamakta ve sınıflandırmaya gitmektedir. Bu bağlamda, anayasa yargısını iki gruba ayırmaktadır: Güçlü form modeli ve zayıf form modeli. Ayrıca, Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modellerini güçlü form modelinin alt türleri olarak ele almaktadır. Özellikle anayasal konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkları sonlandırmada nihai kararı veren makamın yargı organı olması durumunda güçlü form modelden, yasama organı olması durumunda ise zayıf form modelden söz edilmektedir. Yani iki model arasındaki ayırt edici özellik, anayasal bir konuda var olan uyuşmazlıkta son sözü söyleyen makamın kim olduğudur. Zira bu unsur, anayasa yargısı modelini belirlemektedir. Daha sonra, bu makale zayıf form modelin tarihsel gelişimini, ayırt edici özelliklerini, kuramsal temelini, hakların korunmasına ilişkin

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7713-8273

mekanizmasını ve uygulandığı sistemleri incelemekte; bu doğrultuda, zayıf formun Avrupa tipi ve Amerikan tipi anayasa yargısı modellerinden farklı, bağımsız bir yargısal denetim modeli olduğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zayıf form anayasa yargısı modeli, güçlü form anayasa yargısı modeli, anayasa yargısı, yasama organı, yargı organı.

ABSTRACT

Judicial review of constitutionality is commonly divided into two categories in the Turkish literature: the European model and the American model of constitutional adjudication. However, today, there exists an alternative model of judicial review alongside these two. This model, known as the weak-form model of constitutional review, is generally considered to have emerged in Canada in 1982. The aim of this article is to examine the definition and characteristics of the weak-form model of constitutional review. To this end, the article redefines and reclassifies the concept of constitutional adjudication. In this context, it categorizes constitutional review into two main groups: the strong-form model and the weak-form model. Furthermore, it treats the European and American models as subtypes of the strong-form model. In particular, when the final authority in resolving constitutional disputes is a judicial body, it is considered a strong-form model; when it is the legislature, it is considered a weak-form model. In other words, the distinguishing feature between the two models lies in which institution has the final say in a constitutional dispute. This distinction determines the type of constitutional review model in question. Subsequently, the article examines the historical development, defining features, theoretical foundations, rights-protection mechanisms, and the systems in which the weak-form model is implemented.

Keywords: Weak-form model of constitutional review, strong-form model of constitutional review, constitutional adjudication, legislative body, judicial body.

GİRİŞ

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimi ya da kısaca anayasa yargısı, literatürde yeterince ele alınmıştır¹. Özellikle, yaygın biçimde kabul edilen iki anayasa yargısı modeli olan Avrupa tipi ve Amerikan tipi modeller detaylı bir şekilde tartışılmıştır. Zayıf form anayasa yargısı modeli ise bu iki modelle alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Son kırk yıl içinde gelişen ve yayılan bu anayasa yargısı türünün, literatürde kabul gören iki modele kıyasla yeni bir anayasa yargısı modeli olduğu vurgulanmaktadır².

Common law³ sistemine tabi ülkelerde, zayıf form anayasa

- 1 Anayurt, Ö. (2023). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin, ss. 773–815; Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 17–87; Kaboğlu, İ. Ö. (2024). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye* (5. bs.), Ankara: Platon Hukuk Yayınevi, ss. 15–77; Eren, A. (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku* (4. bs.), Ankara: Seçkin, ss. 1081–1098; Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 45–70; Gözler, K. (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (16. bs.), Bursa: Ekin Basım Yayın, ss. 438–492; Stone Sweet, A. (2020). “Constitutions, Rights, and Judicial Power”, içinde Caramani, D. (Ed.), *Comparative Politics* (ss. 159–176). Oxford: Oxford University Press; Calabresi, S. G., Owens, J. M. ve Silverman, B. G. (Eds.) (2021). *The History and Growth of Judicial Review* (Cilt 2), New York: Oxford University Press, ss. 1–38.
- 2 Tushnet, M. V. (Ed.). (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N. J.: Princeton University Press, ss. 18–24; Calabresi, S. G. (2021). *The History of Growth of Judicial Review* (Cilt 1). New York: Oxford University Press, ss. 28–31; Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 1–2.
- 3 Common law’ın Türkçe karşılığı olarak Teamül Hukuku, Örfi Hukuk, Örf ve Adet Hukuku, Ortak Hukuk, Anglo Sakson Hukuk gibi terimler kullanılmakla beraber, bu terimlerin Common Law’ı gerçek anlamda yeterince tanımlamadığını düşündüğümüz için terimi doğrudan kullanmayı uygun bulduk. Common Law’ı İngiltere’de ve ABD’nin büyük bölümünde, politikacılar veya yasa yapıcılar tarafından yapılan yasalar yerine, eski gelenekler ve mahkeme kararları doğrultusunda zaman içinde gelişen hukuk sistemi olarak tanımlayabiliriz. Bu bağlamda, Common Law yargıçlar tarafından vaka bazında ifade edilen ve geliştirilen yasal ilkelere dayanır. Daha fazla bilgi için bkz.: Elliott, M. ve Thomas, R. (2024). *Public Law* (5. bs.). Oxford: Oxford University Press, s. 67–70. “The Common Law and Civil Law Traditions”, <https://www.law.berkeley>.

yargısı modelinin mevcut anayasa yargısı modellerinin özelliklerinin birleşmesinden doğan bir tür karma model olduğu, aksine başlı başına yeni bir anayasa yargısı modeli olduğu tartışılmaktadır⁴. Türkçe literatürde bu anayasa yargısı modeli yeterince ele alınmamıştır. Bu nedenle bu çalışma, söz konusu tartışmaları ele alarak bu anayasa yargısı modelini incelemeyi amaçlamaktadır.

Bu amaç doğrultusunda, anayasa yargısı kavramı yeniden ele alınarak zayıf form anayasa yargısını da kapsayacak şekilde bir sınıflandırma yapılmıştır. Yargısal denetim kavramı tanımlandıktan sonra, bu makale *Tushnet* gibi akademisyenlerin öne sürdüğü gibi anayasa yargısı modellerini farklı bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır: a. Güçlü form anayasa yargısı b. Zayıf form anayasa yargısı⁵.

Bu yaklaşıma göre, anayasal konularda ortaya çıkan uyumsuzlukların nihai olarak hangi organ tarafından çözümlendiğine dayanarak karar verme veya son sözü söyleme yetkisinin yargı organına ait olması durumunda güçlü form, yasama organına ait olması durumunda ise zayıf form anayasa yargısından söz etmektedir. Ayrıca, bu bağlamda güçlü form yargısal denetim iki alt modele ayrılmaktadır: a.1. Avrupa tipi anayasa yargısı a.2. Amerikan tipi anayasa yargısı.

Devamında, bu makale güçlü form anayasa yargısının özelliklerini ele alarak onun zayıf form anayasa yargısından farklı bir denetim modeli olduğu yönündeki tartışmaları inceleyecektir. Sonrasında, zayıf form anayasa yargısını daha ayrıntılı bir şekilde ele almak ve güçlü formdan farklarını ortaya koymak amacıyla; zayıf form anayasa yargısının ortaya çıkışı ve gelişimi, bu modelin ülkelerde nasıl kurulduğu, tanımı ve

edu/wp-content/uploads/2017/11/ CommonLawCivilLawTraditions.pdf.
(Erişim Tarihi: 28/12/2024)

4 Gardbaum, S. (2013). s. 1.

5 Tushnet, M. (2008). ss. 33-36; Tushnet, M. (2003). "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2782-2786.

temel özellikleri gibi konulara odaklanılacaktır. Bu bağlamda, anayasa yargısının en önemli amaçlarından biri olan hakların korunması işlevinde zayıf form anayasa yargısının nasıl bir mekanizma sunduğu ve bu işlevi nasıl yerine getirdiğine ilişkin tartışmalar da ele alınmaktadır.

Son olarak politik anayasacılık ve yasal anayasacılık çerçevesinde zayıf form anayasa yargısı teorisi incelenerek bu modelin oluşumunda etkili olan teorik ve pratik nedenler, literatürdeki tartışmalar doğrultusunda ele alınacaktır.

I. ANAYASA YARGISI KAVRAMI

Öğretide yaygın şekliyle anayasa yargısı (yargısal denetim, anayasal denetim veya anayasal yargı) şu şekilde tanımlanmaktadır: “Ulusal bir mahkemenin veya mahkeme benzeri bir kurumun, ülkenin anayasasıyla uyumsuzluk taşıdığı gerekçesiyle, öncelikle kanunlar olmak üzere normları iptal etme veya geçersiz kılma yetkisine sahip olmasıdır⁶.” Bu tanımda dikkat edilmesi gereken husus, anayasal denetimin yargı organı tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu doğrultuda, yargı organı (mahkeme veya mahkemeler) kanunları (ve mümkünse diğer normları) kodifiye, üstün ve katı bir anayasaya uygunluk açısından denetlemekte; eğer bir uyumsuzluk tespit edilirse söz konusu normları iptal etmekte veya geçersiz kılmaktadır.

Ancak bu tanımın, anayasa yargısını açıklamakta yeterli olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Bu tür bir tanım, esasen anayasa yargısının güçlü formunu açıklamakta yeterlidir; zira bu model için kodifiye (yazılı), üstün ve katı bir anayasa varlığı zorunludur⁷. Bu özelliklere sahip bir anayasa

6 Ginsburg, T. ve Versteeg, M. (2013). “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29, s. 4. Benzer tanımlar için bkz. Harding, A. (2017). *The Fundamentals of Constitutional Courts*, Stockholm: International IDEA, s. 1; Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 45; Anayurt, Ö. (2023). s. 763.

7 Özbudun, E. (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 377; Gözler, K. (2024). s. 440; Tunç, H. (1997). ss. 19–25; Onar, E. (2003). *Kanunların*

sistemine sahip olmayan ülkelerde anayasa yargısının mevcut olmadığı iddia edilmiştir. Örneğin, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde anayasa yargısının bulunmadığı ileri sürülmektedir⁸. Bu doğrultuda, zayıf form modelinin bir anayasa yargısı modeli olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu tür bir yaklaşım yetersizdir. Çünkü kodifiye, üstün ve katı bir anayasa metnine sahip olmayan ülkelerde de farklı bir tür anayasa yargısının mümkün olduğu ve fiilen uygulandığı ifade edilebilir.

Bu tanımda, yargı organının anayasa ile uyumsuzluk nedeniyle normları iptal edebilmesi için kodifiye, üstün ve katı bir anayasanın varlığı şart koşulmuştur. Bu ön koşullar, yalnızca yargı organlarının denetim yaptığı güçlü form modeli için geçerlidir. Oysa yargısal denetim sürecine yasama organının da dâhil olduğu zayıf form modeli için bu tür ön koşullar geçerli değildir. Bu nedenle, anayasa yargısında neden kodifiye, üstün ve katı bir anayasa metnine ihtiyaç duyulmadığı konusu tartışmaya açılmalıdır.

Öncelikle, anayasa yargısının temel amaçlarından biri ve günümüzde anayasa yargısına başvurmanın en yaygın nedenlerinden biri, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır⁹. Hakların korunabilmesi için kodifiye, üstün ve katı bir anaya-

Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 93; Fendoğlu, H. T. (2020). *Anayasa Yargısı* (Güncellenmiş, düzeltilmiş ve 2020 değişikliği yapılmış 4. Baskı), Ankara: Yetkin, ss. 85–86; Gardbaum, S. A. (2001). "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, C. 49., s. 707–708; Hiebert, J. L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review*, C. 69., S. 1., s. 7.

8 Gözler, K. (2024). s. 440.

9 Hirschl, R. (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., ss. 91–149; Aktaran; Calabresi, S. G. (2021). s. 3–8; Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (1. bs.). Cambridge: Cambridge University Press; de Visser, M. (2014). *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, ss. 55–86.

sa metnine sahip olunması gerektiğini savunan şekli anayasacılık anlayışı, anayasa yargısı için bu tür ön koşulları zorunlu görmektedir. Bu anlayışa göre, anayasanın üstünlüğü ilkesi doğrultusunda bir hukuk sisteminde çeşitli normlar bulunmakta ve bu normlar arasında hiyerarşik bir yapı bulunmaktadır¹⁰. Bu hiyerarşinin en üstünde ise üstün, yazılı ve katı bir anayasa metni yer almaktadır. Anayasal denetimi gerçekleştiren mahkeme, önüne gelen kanun ve diğer normların, bu yazılı ve katı anayasa metniyle uyumlu olup olmadığını denetlemekte ve böylece temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktadır.

Oysa zayıf form modeli, anayasal denetimin gerçekleştirilebilmesi için – başta hak ve özgürlüklerin korunması olmak üzere – anayasa yargısından beklenen tüm işlevlerin yerine getirilmesinde, ülkede bir anayasa veya hakları güvence altına alan bir haklar bildirgesinin (*bill of rights*) varlığını yeterli görmektedir¹¹. Burada özellikle vurgulanması gereken nokta, yasama organı tarafından yapılan normların denetlenebilmesi için kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin varlığıdır. Bu bildirgenin üstün ve katı bir anayasa metni içerisinde yer alıp almamasının anayasal denetim açısından belirleyici bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu bildirgenin hukuk düzeninde mevcut olması veya kanun statüsünde bulunması yeterlidir. Hakların korunması açısından önemli olan bu tür bir belgenin normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alıp almadığı değil, yargı tarafından denetim ölçütü olarak kullanılabilirliğidir.

10 Hans Kelsen, hukuk sistemini normlardan oluşan bir hiyerarşi olarak tanımlamış ve aynı sistem içinde farklı normlar arasında bir üstlük-astlık ilişkisi bulunduğunu belirtmiştir. Bu hiyerarşik yapıda, alt normlar üst normlara uygunluk açısından denetlenir. Bu doğrultuda, örneğin Anayasa Mahkemesi, gerektiğinde üst norma aykırılık taşıyan bir alt normu iptal edebilir. Kelsen, H. (1941). "The Pure Theory of Law And Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, S. 44., ss. 61-63.

11 Tomlinson, D. (2022). "Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review", *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy*, C. 46., S. 1., s. 18.

Nitekim Birleşik Krallık'ta 1998 yılında kabul edilen İnsan Hakları Yasası (The Human Rights Act 1998, İHY) ve Yeni Zelanda'da 1990 yılında kabul edilen Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (The New Zealand Bill of Rights Act 1990, YZHB), sıradan birer yasa statüsündedir ve pozitif hukuk açısından diğer yasalardan farklı bir konumda değildir. Ancak buna rağmen, her iki ülkede de mahkemeler yasamanın yaptığı kanunların bu bildirgelere uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir¹².

Bu noktadaki sorunun, şekli anayasacılık anlayışının benimsenmesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. İçeriği anayasal öneme sahip olan meseleleri yalnızca şekil üzerinden değerlendirmek, özellikle Common Law sistemine sahip ülkeler başta olmak üzere, çeşitli hukuk sistemlerini analiz etmekte yetersiz kalacaktır. Bu kapsamda, yapılış ve yürürlüğe giriş şekli itibarıyla sıradan yasalarla aynı statüde olmalarına rağmen, söz konusu haklar bildirgelerinin anayasal metinler olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmalıdır. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının yolu, bu hakları içeren metinlerin üstün ve katı bir anayasa kapsamında yer almasını zorunlu kılmamaktadır¹³.

Bu görüşü destekleyen Tushnet, *"Anayasa, tek bir belge olabileceği gibi anayasal öneme sahip olduğu kabul edilen bir dizi belge de olabilir; hatta bu belgelerden bazıları yargı kararları olabilir"*¹⁴ diyerek anayasa yargısının kodifiye, üstün ve katı olma gibi ön koşullara dayandırılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, anayasa yargısı için belirleyici olan unsur,

12 Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998) Bölüm 3-4; Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990) Bölüm 6.

13 Bu iddianın desteklenmesi açısından, dünya genelinde hak ve özgürlüklerin bildirge, beyanname veya benzeri metinler aracılığıyla hangi hukuki statülerle (anayasa, kanun vb.) korunduğunu gösteren detaylı bir tabloya bakmak yararlı olacaktır. Daha fazla bilgi için Erdos, D. (2010). *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World* (1. bs.), Oxford: Oxford University Press, ss. 14-16.

14 Tushnet, M. (2008). s. 19.

bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bildirgelerin varlığı ve bu bildirgelerde tanımlanan hakların yasama organı tarafından yapılan normlarla ihlal edilip edilmediğinin yargı tarafından denetlenebilmesidir. Dolayısıyla şekli değil, içeriğe dayanan maddi bir anayasacılık anlayışı benimsenmelidir. Üstelik, Common Law sistemini benimseyen ülkelerde pozitif hukuka göre kanunlar arasında bir hiyerarşi bulunmamasına rağmen, politik anayasacılık¹⁵ anlayışı çerçevesinde bu haklar bildirgelerinin diğer kanunlara kıyasla daha üstün olduğu ifade edilebilir¹⁶.

Haklar bildirgelerini içerik temelinde ele almanın bir diğer gerekçesi, söz konusu metinlerin yasal statülerinin ülkeden ülkeye oldukça farklılık gösterebilmesidir. Örneğin Kanada'da haklar bildirgesi güçlü form modeline uygun olarak yalnızca belirli eyaletlerin ve ulusal nitelikli çoğunlukların onayıyla değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilirken¹⁷; Yeni Zelanda'daki haklar bildirgesi, sıradan bir yasama çoğunluğu tarafından değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir. Hatta, sonraki bir yasa ile çelişmesi durumunda, eğer yorum yoluyla uyum sağlanamıyorsa zımnen ilga edilebilir. Buna karşın Birleşik Krallık'ta İnsan Hakları Yasası bakımından, olağan zımni ilga doktrini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklar için uygulanmaz; bu hakların değiştirilebilmesi veya ortadan kaldırılabilmesi yalnızca açık bir yasal düzenleme ile mümkündür¹⁸. Ancak bu makalede detaylı biçimde ele alınacağı üzere, söz konusu ülkelerde anayasa yargısının zayıf form modeline özgü nitelikleri açık biçimde gözlemlenmektedir¹⁹.

15 Politik anayasacılık, anayasal meselelerde nihai karar yetkisinin yasama organına ait olduğunu savunan bir anayasacılık yaklaşımıdır. Gardbaum, S. (2013). s. 23.

16 Young, A. L. (2009). *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford: Hart Publishing, ss. 9-10.

17 *Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982)*, (1982), mad. 38; Aktaran; Gardbaum, S. (2001). s. 743.

18 Gardbaum, S. (2001). s. 743.

19 Gardbaum, S. (2013). ss. 97-203.

Benzer şekilde, katı bir anayasanın varlığı da anayasa yargısının işletilebilmesi için zorunlu bir ön koşul olarak değerlendirilmemelidir. Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde, haklar bildirgelerini içeren kanunlar, diğer olağan yasalarla aynı usullerle değiştirilebilmekte veya yürürlükten kaldırılabilir. Bu bağlamda, yumuşak anayasalara sahip olan bu ülkelerde anayasa yargısının bulunmadığını iddia etmek, hem hukuki hem de fiilî gerçeklikle örtüşmemektedir. Zira bu ülkelerde bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, yasama organı tarafından yapılan kanunlar yargısal denetime tabi tutulmaktadır²⁰. Ancak bu sistemlerde dikkat çeken temel fark, yargı organının nihai karar mercii olmamasıdır. Parlamantonun üstünlüğü ilkesinin uzun süredir geçerliliğini koruduğu bu ülkelerde, son karar yasama organına aittir²¹. Bu durum, anayasa yargısının mevcut olmadığı anlamına gelmemekte, yalnızca denetimin yapısı ve etkisinin farklılaştığını göstermektedir.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus, bu haklar bildirgelerinin her ne kadar olağan yasalar gibi kabul edilip değiştirilebilir olduğu iddia edilse de söz konusu ülkelerin hukuki, sosyal ve politik yapıları çerçevesinde bu belgelerin bireylerin haklarını koruma açısından yeterli etkiye sahip olduklarının kabul edilmesidir. Teorik olarak yasama organları bu hakları olağan çoğunlukla bireylerin aleyhine değiştirme yetkisine sahip olsa da pratikte bu tür sınırlayıcı düzenlemelerin gerçekleştirilme ihtimali oldukça düşüktür. Aksine, temel hak ve özgürlükler söz konusu ülkelerde hem toplumun farklı kesimleri hem de kurumlar nezdinde geniş kabul görmüştür. Bu çerçevede haklar bildirgesine ilişkin tartışmalar, genellikle hak ve özgürlüklerin daraltılmasından ziyade genişletilmesi yönünde ilerlemektedir²².

20 Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998) Bölüm 3-4; Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990) Bölüm 6.

21 Tomlinson, D. (2022). s. 18.

22 Bu tür tartışmalara örnek teşkil etmesi açısından, İnsan Hakları Yasası'nın hukuki konumunu ele alan bu çalışmaya başvurulabilir. Young, A. L. (2009).

Ayrıca, anayasa tanımında yapılan katı/yumuşak, yazılı/yazısız gibi sınıflandırmalar, anayasal düşüncenin özünden uzaklaşılmasına ve konunun biçimsel tartışmalarla sınırlandırılmasına neden olabilmektedir. Örneğin Kanada’da üstün ve katı bir anayasanın var olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Kanada Anayasası, kanun hâline getirilmiş normların yanı sıra yazılı olmayan ancak bağlayıcılığı olan anayasal teamüllerin (conventions) bileşiminden oluşur²³. Dolayısıyla Kanada Anayasası, tamamen kodifiye edilmiş tek bir belge değildir. Bu bağlamda, 1867 tarihli Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1867) ve 1982 tarihli Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982) ile anayasal teamüller birlikte Kanada Anayasası’nı oluşturmaktadır²⁴.

Üstelik Kanada Anayasası’nın 1982 tarihli kısmı, anayasa değişiklikleri için beş farklı prosedür öngörmektedir. Bazı değişiklikler nitelikli çoğunluk gerektirirken bazıları federal ve tüm eyalet meclislerinin onayını; bazıları ise yalnızca ilgili eyaletin ya da federal parlamentonun basit çoğunluğunu yeterli görmektedir²⁵. Bu yönüyle Kanada Anayasası’nın ne ka-

23 Bjork, C. “Guides: Canadian Legal Research: Constitutional Law”, https://guides.ll.georgetown.edu/Canadian_LegalResearch/constitution. (Erişim Tarihi: 29/12/2024)

24 Department of Justice Government of Canada. “The Canadian Constitution - About Canada’s System of Justice”, 7 Eylül 2016, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>. (Erişim Tarihi: 18/4/2025)

25 1982 Kanada Anayasası’nda değişiklik yolları, Anayasa’nın 3. bölümünde 38 ila 49. maddeler arasında ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, anayasa değişikliklerinin farklı içerik ve kapsamlarına göre beş ayrı prosedür öngörmektedir: 1. Genel Prosedür (Madde 38): Anayasayı değiştirmenin standart yolu olarak belirlenmiştir. Anayasa, başka bir değişiklik yöntemi gerektirmedikçe bu genel formül uygulanır. Ayrıca, 42. maddede belirtilen özel bazı konular (örneğin, senatörlerin yetkileri veya seçim yöntemlerinin değiştirilmesi gibi) için de bu prosedür zorunludur. Bu yöntemle göre anayasa değişikliğinin: Avam Kamarası, Senato ve En az yedi eyaletin yasama organı tarafından onaylanması (eyaletlerin en az üçte ikisinin yasama meclisleri) gerekir. Onaylayan eyaletler toplam 10 eyaletten en az yedisi olmalı ve bu eyaletler Kanada nüfusunun en az %50’sini temsil etmelidir. Bu nedenle bu kurala genellikle 7/50 kuralı adı verilir. 2. Oybirliği Prosedürü (Madde 41): Kanada için temel öneme sahip anayasal değişiklikler bu prosedür

dar katı olduğu tartışmaya açıktır. Öte yandan, Anayasa'nın 52. maddesi açık bir biçimde Anayasa'nın üstünlüğünü vurgulamaktadır: “*Kanada Anayasası, Kanada'nın en üstün yasasıdır ve Anayasa hükümleriyle çelişen herhangi bir yasa, çelişme ölçüsünde hiçbir geçerliliğe veya etkiye sahip değildir.*” Ancak aşağıda detaylı biçimde ele alınacağı gibi, anayasa ile çelişen bir yasa söz konusu olduğunda, nihai karar mercii yasama organlarıdır.

Bu nedenle, farklı türde bir anayasa yargısının varlığını tartışabilmek için anayasa yargısı kavramının farklı bir biçimde tanımlanması önerilmektedir. Anayasa yargısı, “*normların anayasaya veya anayasa hükümlerine uygunluğunu denetleme ve anayasa hükümlerine aykırı olan mevzuat hakkında anayasa aykırılığı ve geçersizliğine ilişkin yargısal bir tespitte bulunma prosedürü*”²⁶ olarak tanımlanabilir. Bu tanım, önceki tanıma kıyasla daha kapsayıcıdır; zira burada yargısal denetim yetkisini yalnızca mahkeme veya mahkeme benzeri kurumlar değil, farklı

kapsamında gerçekleştirilir. Bu değişikliklerin yürürlüğe girebilmesi için federal yasama organları ile tüm eyalet yasama meclislerinin oybirliğiyle onay vermesi gerekmektedir. 3. Özel Düzenlemeler Prosedürü – İkili veya Kısmi (Madde 43): Sadece belirli bir veya birkaç eyaleti ilgilendiren anayasal değişiklikler için uygulanır. Bu tür değişiklikler, Avam Kamarası, Senato ve değişiklikten etkilenen eyaletlerin yasama meclislerinin onayıyla yürürlüğe girer. 4. Yalnızca Federal Parlamento Prosedürü (Madde 44): Federal hükümetin yalnızca kendi yapısına ilişkin düzenlemelerde kullandığı değişiklik yoludur. Bu tür değişiklikler, federal parlamentonun olağan yasama süreci çerçevesinde tek taraflı olarak yapılabilir. 5. Yalnızca Eyalet Yasama Organı Prosedürü (Madde 45): Eyaletlerin kendi anayasal yapılarıyla ilgili düzenlemelerde kullandığı prosedürdür. İlgili değişiklik, yalnızca söz konusu eyaletin yasama meclisi tarafından kabul edilerek yürürlüğe girer. “The Constitution Acts 1867 to 1982”, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-13.html#h-59>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024); “Amending Formula”, <https://www.constitutionalstudies.ca/ccs-term/amendingformula/?print=printsearch#:~:text=To%20change%20the%20Constitution%20using,of%20all%20the%20provinces%20combined>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

- 26 Paris, M.-L. (2016). *Setting the Scene: Elements of Constitutional Theory and Methodology of the Research*, içinde Bell, J. ve Paris, M.-L. (Der.), *Rights-Based Constitutional Review* (ss. 2–3). Cheltenham: Edward Elgar Publishing; Aktaran: Roznai, Y. (2021). “Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review”, *ICL Journal*, C. 14., S. 4., s. 355.

aktörler de kullanabilmektedir. Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, anayasa yargısının bir türü olan zayıf form anayasa yargısı modelinde mahkemeler yargısal denetim yetkisine sahiptir ancak mahkeme anayasal bir sorun tespit ettiğinde veya normun anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğinde, son sözü söyleme yetkisi yargı değil, yasama organına aittir²⁷. Başka bir deyişle, yasama organı da yargısal denetim sürecinde etkin bir rol oynamaktadır.

Sonuç olarak anayasa normlarının üstün, kodifiye ve katı niteliklere sahip olması biçimsel açıdan yaygın bir şekilde kabul edilmekle birlikte, bu özelliklerin ülkeden ülkeye değişiklik gösterebildiği dikkate alındığında, anayasa yargısının varlığı için söz konusu niteliklerin her zaman zorunlu koşullar olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Zira sayıca az da olsa bazı ülkeler, bu genel kabullerden farklı bir anayasa yargısı modelini benimsemektedir.

II. ANAYASA YARGISI MODELLERİ

Anayasa yargısı modelleri genel olarak iki ana başlık altında incelenmelidir: Güçlü form anayasa yargısı ve zayıf form anayasa yargısı. Türk hukuk literatüründe anayasa yargısı uzun süre yalnızca güçlü form modeli üzerinden değerlendirilmiş; bu modelin de kendi içinde ikiye ayrıldığı kabul edilmiştir: Avrupa modeli (Kelsen modeli veya merkezileşmiş yargı modeli) ve Amerikan modeli (yaygınlaştırılmış yargı modeli). Ayrıca, bu iki alt modelin belirli yönlerini bir arada barındıran anayasa yargısı sistemlerine “karma model” adı verilmiştir²⁸.

27 Calabresi, S. G. (2021). ss. 29-30.

28 Anayurt, Ö. (2023). ss. 784-800; Tunç, H. (1997). ss. 89-160; Gözler, K. (2024). ss. 446-457; Kaboğlu, İ. Ö. (2024). ss. 15-30; Güveyi, Ü. (2012). “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16., S. 3., ss. 148-149; Özyurt, B. (2023). *Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi’nin Üye Kompozisyonu*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 44-59; Eren, A. (2022). ss. 1081-1085. Anayasa yargısının Avrupa ve Amerikan modellerinin ortaya çıkışı, temel özellikleri ve karşılaştırmalı analizi için bkz: Anayurt, Ö. (2023). ss. 783-799.

Bununla birlikte, 1982 Kanada Anayasası'nın kabulüyle birlikte, güçlü form modelin iki alt türünün dışında kalan yeni bir anayasa yargısı modeli ortaya çıkmıştır. Yaklaşık kırk yıldır varlığı kabul edilen bu yeni model, literatürde farklı terimlerle anılmaktadır: zayıf form yargısal denetim (weak-form judicial review)²⁹, zayıf yargısal denetim (weak judicial review)³⁰, ikinci bakış modeli (the second look model)³¹, parlamento haklar bildirgesi modeli (the parliamentary bill of rights model)³², diyalog modeli (the dialogue model) veya demokratik diyalog modeli (the model of democratic dialogue)³³, diyalogsal yargısal denetim (dialogic judicial review)³⁴, hibrit modelleri (hybrid models)³⁵ ve Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli (the New Commonwealth model)³⁶ gibi.

Bu çalışmada, güçlü form model ile arasındaki farkı açıkça vurgulamak amacıyla bu sistem “zayıf form modeli” olarak adlandırılacaktır. Zira her ne kadar bir tür anayasa yargısı modeli olsa da bu sistemde anayasal uyumsuzluklarda son karar mercii yargı değil, yasama organı olduğundan, denetimin gücü zayıftır. Zayıf form anayasa yargısı modeli, genellikle Common Law hukuk sistemine sahip ülkelerde uygulanmak-

29 Tushnet, M. (2003) s. 2781.

30 Waldron, J. (2006). “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., s.1354.

31 Calabresi, S. G. (2021). s. 28.

32 Hiebert, J. L. (2006). s. 7.

33 Young, A. L. (2009). s. V.

34 Roach, K. (2004). “Dialogic Judicial Review and Its Critics”, *Supreme Court Law Review*, C. 23., s. 49.

35 Goldsworthy, J. (2003). “Homogenizing Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 3., s. 483.

36 Gardbaum, S. (2013). s. 1; Gardbaum, S. (2001). s. 707. Bu modele farklı adlar veren akademisyen ve araştırmacıların her birinin bu tercihi için kendine özgü gerekçeleri bulunmaktadır. Örneğin, *Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli* terimini kullanan Gardbaum, bu adlandırmayı modelin genellikle İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerde uygulanıyor olmasına dayandırır. Benzer şekilde, son karar yetkisinin yasama organında bulunması nedeniyle bu modele *Parlamento Haklar Bildirgesi Modeli* de denilmiştir. Ayrıca, yasama ve yargı organları arasında anayasal diyalogu teşvik ettiği gerekçesiyle *Diyalog Modeli* ifadesi de tercih edilmektedir.

tadır. Bu bağlamda Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Kanada ve Avustralya örnek olarak verilebilir³⁷.

Dolayısıyla, anayasa yargısı modellerini incelemek adına genel bir sınıflandırma şu şekilde yapılabilir: “a. Güçlü Form Anayasa Yargısı Modelleri: a.1. Güçlü ve merkezi olmayan anayasa yargısı modeli (Amerikan modeli): Her mahkemenin anayasa normları ile kanunlar arasındaki uyumu denetleyebildiği yaygınlaştırılmış sistem. a.2. Güçlü ve merkezi anayasa yargısı modeli (Avrupa ya da Avusturya modeli): Anayasal denetim yetkisinin yalnızca belirli bir mahkemeye (anayasa mahkemesi) veya mahkeme benzeri bir organa ait olduğu merkezileşmiş sistem. b. Zayıf Form Anayasa Yargısı Modeli (Yasama organının üstünlüğüne dayanan model): Yargı organları, yasama organının çıkardığı kanunları inceleyebilse de, nihai karar verme yetkisi yasamada kalmaktadır³⁸.”

A. GÜÇLÜ FORM MODELİ

Güçlü form anayasa yargısı modeli, yargının üstünlüğüne dayanan bir sistem olarak tanımlanabilir. Bu modelde, anayasa normlarına uygunluk denetimi yapan mahkemeler, Anayasa’nın anlamını belirleme konusunda genel ve bağlayıcı bir yetkiye sahiptir³⁹. Yargının anayasal yorumları, genellikle davanın tarafları ve aynı zamanda yasama ve yürütme organları ile eyalet veya federe yönetimler gibi diğer kamu kurumlarını da bağlayıcı niteliktedir⁴⁰.

Güçlü form modelinin en belirgin özelliği, mahkemelerin anayasa aykırılığı tespit ettikleri yasa ve düzenlemeleri geçersiz kılabilmeleridir. Bu karar, sıradan yasama çoğunlukları tarafından ortadan kaldırılamaz⁴¹. Dolayısıyla, yargı organları,

37 Calabresi, S. G. (2021). s. 28; Hiebert, J. L. (2006). s. 8.

38 Roznai, Y. (2021). s. 360.

39 Tushnet, M. (2003). s. 2784.

40 Gardbaum, S. (2018). What Is Judicial Supremacy?, içinde Jacobsohn, G. ve Schor, M. (Der.), *Comparative Constitutional Theory* (s. 24). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

41 Tushnet, M. (2008). s. 33; Kavanagh, A. (2015). “What’s so Weak about ‘Weak-

özellikle seçimle gelen siyasi kurumların yetkilerini sınırlamakta etkili olur. Bu durum, yargının siyasi alanı şekillendirmesiyle sonuçlanabilir ve yargısal aktivizme zemin hazırlayabilir⁴².

Bu model, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararıyla içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır. Söz konusu davada, ABD Yüksek Mahkemesi ilk kez Kongre tarafından çıkarılan bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiş ve bu kanunun anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böylece anayasal denetim yetkisi yargı eliyle oluşturulmuş ve Yüksek Mahkeme Anayasa'nın "baş yorumcusu" olarak konumlandırılmıştır⁴³. Anayasa'da açıkça bu yetki düzenlenmemiş olsa da Mahkeme bu yetkisini Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinden hareketle meşrulaştırmıştır⁴⁴.

Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, C. 13., S. 4., s. 1011.

- 42 Kmiec, K. D. (2004). "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*; C. 92., ss. 1463-1477; Tezcür, G. M. (2009). "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review*, C. 43., S. 2., ss. 305-336; Görgen, N. (2024). The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary, içinde Reayat, N., Smith, R. K. M. ve Cho, M. (Der.), *Judicial Independence in Transitional Democracies* (ss. 91-99), Routledge; Hirschl, R. (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., s. 92-105; Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, ss. 1-16; Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 258.
- 43 Bu davadan sonraki süreçte, ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen diğer önemli davalar aracılığıyla anayasanın yorumlanması konusundaki yetkisi önemli ölçüde genişlemiştir. Bu kapsamda, *Martin v. Hunte's Lessee* (1816), *Cohens v. Virginia* (1821) ve *Dred Scott v. Sandford* (1856) gibi davalar örnek olarak gösterilebilir. Calabresi, S. G. (2021). ss. 132-133.
- 44 ABD Yüksek Mahkemesi ve anayasal denetim yetkisi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: "The Enduring Legacy of *Marbury v. Madison* (1803)", <https://www.uscourts.gov/file/2675/download#:~:text=t%20always%20clear,Marbury%20v.,was%20not%20always%20the%20case.> (Erişim Tarihi: 1/12/2024); Ginsburg, T. (2003). ss. 91-96.

Güçlü form modeli, temel olarak üç ilkeye dayanır: “1. Temel haklara olağan yasaların üzerinde, üstün bir anayasal statü tanınması, 2. Yasama organının bu hakları sıradan çoğunlukla değiştirememesi veya ortadan kaldıramaması, 3. Bu haklarla uyuşmayan yasa ve işlemlerin yargı eliyle geçersiz kılınabilmesi ve mahkeme kararlarının yasanın sıradan çoğunluk kararıyla denetlenememesidir⁴⁵.”

Bu çerçevede, bir mahkemenin bir normu Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmesi durumunda, söz konusu norm geçerliliğini yitirir. Bu karar, yasama organı tarafından olağan çoğunlukla değiştirilemez ve en azından kısa ve orta vadede bağlayıcılığını korur. Dolayısıyla güçlü form modelinde denetim mekanizması, yargının daha yüksek normlarla (örneğin anayasa) çeliştiğini tespit ettiği yasa veya işlemleri geçersiz kılma, uygulamama veya değiştirme yetkisine dayanır. Bu kararlar çoğunlukla devletin diğer organları ve toplum tarafından son ve bağlayıcı karar olarak kabul edilir⁴⁶.

Güçlü form modelinin izlerini çok eski dönemlere dayandıranlar olsa da anayasa yargısı bakımından teorik zemin sağlayan tartışmaların ABD’de ortaya çıktığı ve anayasal denetimin fiilen burada şekillendiği genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Anayasal denetimin doğuşu ve uygulanışı, *Marbury v. Madison* davasına kadar gerçekleşmemiştir. Bu davada Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall, ABD Anayasası’nın en üstün yasa olduğunu vurgulayarak mahkemeye anayasal denetim yetkisi tanımıştır⁴⁸.

45 Gardbaum, S. (2001). ss. 707, 718; Gardbaum, S. (2010). “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 8., S. 2., s. 169.

46 Gardbaum, S. (2018). “What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 29., ss. 39–40; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). ss. 12.

47 Tomlinson, D. (2022). ss. 12–14.

48 ABD Anayasası’nın üç temel özelliği vurgulanmaktadır: Anayasanın hukuki normlar hiyerarşisinde en üstte yer alması; olağan yasalardan farklı olarak daha zor değiştirilebilen katı bir anayasa olması; ve anayasa ile uyumsuz normların denetimini gerçekleştirme yetkisine sahip bir yargı organı tarafından korunması. Bu konularla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: Gardbaum, S. (2001). ss. 712–713; Tomlinson, D. (2022). ss. 13–14.

Yine anayasanın üstünlüğü bağlamında, 1920 yılında Kelsen'in teorisinin kurumsallaşmasıyla ortaya çıkan ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşan Avrupa modeli de güçlü form modelinin bir alt türüdür⁴⁹. Bu iki alt tür arasında bazı yapısal farklılıklar bulunsun da güçlü form modelinin ayırt edici özelliği, anayasal denetimi yapan mahkemenin kararlarının bağlayıcı ve nihai olmasıdır⁵⁰.

Ancak bu bağlayıcılığın süresiz olduğu varsayılmamalıdır. Mahkemelerin anayasal yorumları, en azından kısa ve orta vadede diğer organlar üzerinde kesin ve bağlayıcıdır⁵¹. Güçlü form modeli, yargının anayasal yorumlarının olağan yasama çoğunluklarıyla değiştirilemediği bir sistem öngörür. Bununla birlikte, bu yorumların hukuk sisteminde sonsuza kadar sabit kalması beklenmez. Anayasa değişikliği için gereken özel çoğunluklara sahip yasama organları tarafından bu kararlar değiştirilebilir ya da yeni hâkimlerin göreve gelmesi veya mevcut hâkimlerin görüşlerini değiştirmesiyle bu yorumlar zaman içinde farklılaşabilir⁵².

Buna karşılık, zayıf form modeli yasama organlarına kısa vadede mahkeme yorumlarını geçersiz kılma imkânı tanır⁵³. Başka bir ifadeyle, *“güçlü form modeli, siyasi organlara yargısal*

49 Calabresi, S. G. ss. 27–28. Avrupa modeli, ilk olarak 1920 yılında Çekoslovakya ve Avusturya anayasalarıyla kurulması öngörülmüş ve I. Dünya Savaşı ile II. Dünya Savaşı arasındaki dönemde, zaman ve işleyiş bakımından sınırlı da olsa uygulanma imkânı bulmuştur. Anayasa mahkemesinin kurulmasını anayasal düzeyde düzenleyen ilk ülke Çekoslovakya'dır; ancak fiilen ilk kurulan anayasa mahkemesi, Avusturya Anayasa Mahkemesi olmuştur.

50 Avrupa ve Amerikan anayasa yargısı modellerinin başlıca farklarını görmek amacıyla tabloya başvurmak için bkz: Anayurt, Ö. (2023). s. 799.

51 Tushnet, M. (2003). s. 2784.

52 Tushnet, M. (2008). ss. 33–34.

53 Kelly, J. B. ve Hennigar, M. A. (2012). “The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1., s. 36; Tushnet, M. (2003). s. 2786.

yorumları uzun vadede gözden geçirme fırsatı sunarken; zayıf form modeli, bu imkânı kısa vadede sağlar⁵⁴."

B. ZAYIF FORM MODELİ

1. Zayıf Form Modelinin Tarihsel Gelişimi

Zayıf form model, 1980'lerin başında güçlü form modele alternatif olarak ortaya çıkmıştır. O zamana dek yasama üstünlüğünün varlığı ile yargı üstünlüğüne dayalı temel hakların etkin şekilde korunması tezleri, birbirleriyle zorunlu olarak uyumsuz ve birbirini dışlayan iki yaklaşım olarak kabul ediliyordu. Bu bağlamda, bir hukuk sisteminin bu iki yaklaşımdan yalnızca birini benimseyebileceği, her ikisini aynı anda kabul edemeyeceği varsayılmıştır. Ancak zamanla, bu iki yaklaşımı uzlaştıran bir model olarak zayıf form modelin ortaya çıkmasına yol açan bir dizi gelişme yaşanmıştır⁵⁵.

1982 ile 1998 yılları arasında, daha önce geleneksel yasama üstünlüğü ilkesinin temsilcileri arasında yer alan Kanada, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık, kendi ülkelerinde hakların korunmasını daha etkin kılmak amacıyla yeni yollara başvurmuşlardır. Bu ülkeler, yasama üstünlüğünden yargı üstünlüğüne yani bir kutuptan diğerine keskin bir geçiş yapmak yerine, bir orta yol oluşturmaya çalışarak güçlü form modelinden bilinçli bir şekilde ayrılan haklar bildirgeleri kabul etmiş ve böylece yeni bir model yaratma sürecini başlatmışlardır⁵⁶.

Bu ülkelerin yeni bir anayasa yargısı modeli yarattığı iddiasının temelinde; mahkemelere hakları koruma yetkisi verirken, yasama organlarına da son sözü söyleme yetkisini tanımaları, yani anayasal denetimi yargısal üstünlükten ayırmaları yer almaktadır. Bu doğrultuda söz konusu ülkeler, anayasa (yargı) ve yasama üstünlüğü kutupları arasında yer alan yeni bir üçüncü anayasacılık modeli geliştirmişlerdir⁵⁷.

54 Kelly, J. B. ve Hennigar, M. A. (2012). s. 36; Tushnet, M. (2008). s. 34.

55 Gardbaum, S. (2001). ss. 708–709.

56 Gardbaum, S. (2001). s. 709.

57 a.g.e. ss. 709.

Zayıf form modelinin, Kanada’da 1982 Anayasası ile ortaya çıktığı genel olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Kanada Anayasası’nda yer alan Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nin (Canadian Charter of Rights and Freedoms) 33. maddesi, hem federal hem de eyalet yasama organlarına, olağan çoğunlukla Kanada Yüksek Mahkemesinin kararını beş yıl boyunca askıya alma yetkisi tanımaktadır. Bu hükümle, yasama organlarına yargı organının kararlarını gözden geçirerek son sözü söyleme yetkisi verilmiştir. Yasamanın üstünlüğüne dayanan bu yeni anayasa yargısı modeli, zamanla farklı ülkelerde farklı biçimlerde benimsenmiştir.

1990 yılında Yeni Zelanda, *Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi*’ni; Birleşik Krallık ise 1998 yılında *İnsan Hakları Yasası*’nı kabul etmiştir. Avustralya’da ise sırasıyla, 2004 yılında Avustralya Başkent Bölgesi’nde *İnsan Hakları Yasası* (2004 Human Rights Act) ve 2006 yılında Victoria Eyaleti’nde *İnsan Hakları ve Sorumlulukları Bildirgesi Yasası* (2006 Charter of Human Rights and Responsibilities Act) yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemelerle zayıf form modelin benimsendiği, öğretide yaygın olarak kabul görmektedir⁵⁹.

Bununla birlikte, tartışmalı olmakla birlikte birçok ülkenin de zayıf form modelini ya da bu modelin bazı unsurlarını benimsediği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, İsrail⁶⁰ ve Güney Afrika⁶¹ gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir.

2. Zayıf Form Modelini Kurma Yöntemleri

Bir ülkenin hukuk sisteminin zayıf form modeli benimsemişliğini anlamak için iki yöntem bulunduğu ifade edilmektedir. İlk yöntem, anayasal veya yarı-anayasal normların olağan

58 Tushnet, M. (2003). ss. 2784–2785.

59 Gardbaum, S. (2013). s. 1.

60 Calabresi, S. G. (2021). s. 28.

61 Tushnet, M. V. (2003). “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, C. 38., s. 822.

yasa yapma süreciyle yürürlüğe girmesidir. Parlamentolar, anayasal normları olağan yasama prosedürüyle kabul ettiklerinde, bu normları daha sonra yine aynı yöntemle değiştirme, yürürlükten kaldırma veya açıkça askıya alma yetkisini ellerinde tutmaya devam ederler. Böylece parlamentolar, kararlarına katılmadıkları bir mahkemenin yorumunun veya kararının herhangi bir kısmını ya da tamamını geçersiz kılma yetkisine sahip olurlar. Bu tür bir sistem, parlamento üstünlüğü doktrininin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir⁶². Bu durum, 1990'larda yeni anayasal haklar bildirgelerini veya beyannamelerini bu yöntemle oluşturan Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda gibi ülkeler için geçerlidir⁶³.

İkinci yöntem ise anayasa metninde veya anayasal nitelik taşıyan bir belgede, yasama organına yargı kararlarını geçersiz kılma ya da değiştirme yetkisinin açık bir biçimde tanımlanmasıdır. Örneğin üstün bir anayasaya sahip olan Kanada'da, 1982 tarihli *Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi'nin* 33. maddesi, Kanada Parlamentosu ve eyalet parlamentolarına böyle bir yetkiyi açıkça vermektedir⁶⁴. Benzer şekilde, çeşitli dönemlerde Polonya, Moğolistan, Belçika, Lüksemburg ve Finlandiya anayasalarında da geçersiz kılma yetkileri benimsenmiştir⁶⁵.

3. Zayıf Form Modelinin Tanımı ve Özellikleri

Zayıf form modelini herkesin üzerinde uzlaşabileceği şekilde tanımlamak zordur. Bu model, yasama üstünlüğü ile yargı üstünlüğü arasındaki çatışmayı uzlaştırmayı amaçlayan bir anayasal denetim yaklaşımıdır⁶⁶. Zayıf form modeli, ilk kez mahkemelerin kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmadığı anayasal denetim sistemlerini tanımlamak amacıyla

62 Dixon, R. (2019). "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, C. 17., S. 3., s. 907; Hiebert, J. L. (2006) ss. 13-16.

63 Dixon, R. (2019). s. 908.

64 a.g.e. s. 908.

65 a.g.e. s. 908; Gardbaum, S. (2013).

66 Gardbaum, S. (2010). s. 171; Tomlinson, D. (2022). s. 18.

ortaya çıkmıştır⁶⁷. Bu anlayışa göre, yasama organlarının olağan çoğunlukla mahkeme kararlarını geçersiz kılabilirdiği durumlar, zayıf formda anayasal yargılamaya işaret eder⁶⁸.

Başka bir tanıma göre zayıf form modeli; bir haklar bildirgesi veya beyannamesinde yer alan hakların yasama tarafından kabul edilen normlarla uyumunun mahkemelerce yorumlandığı, ancak bu yorumların yasama organı tarafından olağan çoğunlukla sınırlandırılabilirdiği veya geçersiz kılınabilirdiği anayasal düzenlemeleri kapsar. Bu tanım çerçevesinde model, hem yargı hem de yasama üstünlüğünü anayasal olarak reddeden bir yaklaşımı temel alır⁶⁹. Yasama organının, mahkeme kararlarını kısa vadede ve olağan çoğunlukla gözden geçirme veya geçersiz kılma yetkisine sahip olması, bu modelin ayırt edici özelliğidir⁷⁰.

Zayıf form modelinde, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı güçlü form modele kıyasla oldukça sınırlıdır. Güçlü form modelde, mahkemenin yorumları devletin diğer organları için bağlayıcıdır; oysa zayıf form modelinde, yasama ve yürütme organları, mahkemenin anayasal kararlarını reddetme veya değiştirme yetkisine sahiptir⁷¹. Bu bağlamda, yargı kararları kesin ve bağlayıcı olmaktan çok “kısa vadede açık şekilde yasama müdahalesine açık” niteliktedir ve bu nedenle koşulludur⁷². Bu modelde bir tür yargısal denetim söz konusu olmakla birlikte, yargının üstünlüğünden bahsedilemez; zira nihai karar yetkisi yasama organına aittir.

Zayıf form model, Stephen Gardbaum⁷³ tarafından 2013 yı-

67 Tushnet, M. (2003). s. 2782.

68 Dixon, R. (2019). s. 904; Tushnet, M. (2003).

69 Roach, K. (2004). s. 55.

70 Tushnet, M. (2003). s. 2786.

71 Tushnet, M. (2008).

72 Kavanagh, A. (2015). s. 1011; Tushnet, M. (2003). ss. 2792–2793; Tushnet, M. (2008). s. xi; Tushnet, M. (2003). s. 823.

73 Gardbaum, 2010 yılında yayımladığı *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism* başlıklı çalışmasında, bu modelin üç temel

linda yayımlanan *Anayasacılığın Yeni İngiliz Milletler Topluluğu Modeli: Teori ve Uygulama* başlıklı çalışmasında sistematik şekilde ele alınmış ve dört temel özellikyle tanımlanmıştır:

1. Kodifiye Edilmiş Haklar Bildirgesi: İlk özellik, yasalaştırılmış ve kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin varlığıdır. Bu bildirme, geleneksel Common law özgürlüklerinden, ahlaki veya sadece siyasi haklardan farklı olarak yazılı, yasal veya anayasal statüye sahip olmalıdır. Bu modelde temel hakların statüsü, bu ikisi arasında bir ara formda yer almaktadır⁷⁴. Bu bağlamda, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda’da teorik olarak yasa statüsünde olan haklar bildirimleri, pratikte daha üst bir norm olarak işlev görmekte ve zayıf form modelinin bu özelliğini yansıtmaktadır.

2. Yasama Öncesi Zorunlu Hak Denetimi: İkinci özellik, yasa tasarılarının yürürlüğe girmesinden önce yürütme organı tarafından hak denetiminin zorunlu olarak gerçekleştirilmesidir. Genellikle bu, yürütmenin (bir bakan aracılığıyla) yasa tasarısını yasama organına sunarken tasarının haklar bildirgesi ile uyumlu olup olmadığına ilişkin bir açıklama veya rapor sunması yoluyla olur. Bu mekanizma Kanada, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık’ta uygulamada görülmektedir.

3. Mahkemelerin Anayasal Denetim Yetkisi: Üçüncü özellik, mahkemelerin yasama normlarını haklar bildirgesi bağlamında denetleme yetkisidir. Bu yetkinin kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Yeni Zelanda’da mahkemelerin, yasama normlarını makul ölçüde mümkün olduğu sürece korunan haklarla uyumlu şekilde yorumlama görevi ve yetkisi

özellik bulundugunu ifade etmiştir: 1. Yasallaşmış bir anayasa, haklar bildirgesi veya beyannamenin varlığı; 2. Anayasayı veya haklar bildirgesini yorumlama ve yasama organı tarafından kabul edilen normları bu yorum doğrultusunda denetleme yetkisine sahip mahkemelerin varlığı; 3. Mahkeme yorumlarının, olağan çoğunlukla geçersiz kılınabilmesini sağlayan bir yasama organının bulunması. *Gardbaum*, 2013 yılında bu modele dördüncü bir unsur daha ekleyerek, “zayıf form anayasal review” modelinin temel özelliklerini dörde çıkarmıştır.

74 Gardbaum, S. (2001). s. 742.

vardır. Bu, oldukça zayıf bir denetim biçimidir. Bunun daha güçlü bir türü ise Birleşik Krallık örneğinde görülmektedir. Bu modelde mahkemeler, normları Haklar Bildirgesi'ndeki haklarla uyumlu şekilde yorumlamakla yükümlüdür; yorumlamanın mümkün olmadığı durumlarda ise norm ile Haklar Bildirgesi arasında bir uyumsuzluk olduğunu ilan edebilirler. Ancak yasaları geçersiz kılma yetkileri bulunmamaktadır. Son olarak zayıf form modelin en güçlü türü Kanada'daki uygulamadır. Kanada'da mahkemeler, yasama tarafından kabul edilen bir normun Haklar Bildirgesi'ne aykırı olduğunu tespit ederse, bu normu iptal etme veya geçersiz kılma yetkisine sahiptir⁷⁵. Bu durum, zayıf form modelin tek tip olmadığını göstermektedir⁷⁶.

4. Son Sözün Yasamaya Ait Olması: Dördüncü ve en belirleyici özellik, anayasal denetimle ilgili son kararın, olağan çoğunluk oyu ile hareket eden yasama organına ait olmasıdır. Yasama organının bu yetkiyi kullanma biçimi, mahkemelere tanınan denetim yetkisinin kapsamına bağlı olarak değişkenlik gösterecektir. Bu, mahkemelerin hakları koruma amacıyla yorumladığı bir normu değiştirme yetkisinden, söz konusu normun mahkeme tarafından yargısal olarak geçersiz kılınmasının yasama tarafından iptal edilmesine kadar uzanan bir yelpazeyi kapsayabilir⁷⁷. Zayıf form modelin ayırt edici özelliği, son sözün yasama organına ait olmasıdır⁷⁸. Özellikle vur-

75 Kavanagh, A. (2015). s. 1012.

76 Bu konuya ilişkin çeşitli tartışmalar da mevcuttur. Örneğin, anayasa yargısı modellerinin yalnızca “zayıf” ya da “güçlü” form olarak ikili bir şekilde sınıflandırılmasının yeterli olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bir diğer tartışma ise, zayıf form modelin homojen bir yapı arz etmediği, aksine en az dört farklı zayıflatılmış yargı denetimi türünün var olduğu yönündedir. Bu türler şu şekilde sınıflandırılmıştır: 1. Kısıtlı ve nihai olmayan (saf zayıf biçim), 2. Kısıtlı ancak resmi olarak nihai olan (zayıf-güçlü), 3. Aktif ancak resmi olarak nihai olmayan (güçlü-zayıf), 4. Aktif ve resmi olarak nihai olan (güçlü-güçlü). Leckey, R. (2015). *Bills of Rights in the Common Law* (1. bs.), Cambridge: Cambridge University Press; Aktaran; Dixon, R. (2019). s. 917.

77 Gardbaum, S. (2013). ss. 30–31.

78 Tomlinson, D. (2022). s. 18; Gardbaum, S. (2001). s. 709.

gulamak gerekir ki yasama organı bu yetkisini kullanırken nitelikli çoğunluk aranmamalıdır; zira böyle bir şart, güçlü form modele işaret eder.

Sonuç olarak zayıf form modelde anayasal denetim mekanizması, yargının mevcut olsa da sınırlı yetkileri çerçevesinde işler. Mahkemeler anayasal uygunluk denetimi yapabilir ancak normun anayasaya aykırı olduğuna karar verildiğinde, nihai kararı verecek olan organ yargı değil, yasamadır. Bu yönüyle, zayıf form modeli “zayıflatılmış” fakat hâlâ etkin bir anayasal denetim formudur.

Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere zayıf form modeli, parlamentonun üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık ve yargının üstünlüğüne dayalı yasal anayasacılık anlayışlarına bir alternatif olarak üçüncü bir seçenek şeklinde ortaya çıkmıştır. Zayıf form modeli birçok açıdan tartışmaya açık bir modeldir. Bu bağlamda, modelin istikrarsız olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁷⁹. Bu tür eleştirilerle bağlantılı bir başka tartışma ise zayıf form modelinin gerçekten ayırt edici, özgün bir anayasa yargısı modeli olup olmadığı sorusudur. Bazı görüşlere göre, zayıf form sistemleri pratikte ya parlamenter üstünlüğe dayalı sistemlere dönüşmekte ya da zamanla güçlü form modeline evrilmektedir⁸⁰. Buna karşılık, zayıf form modeline sahip olan Birleşik Krallık, Yeni Zelanda ve Kanada örneklerinde, bu sistemlerin her iki anayasacılık anlayışından da farklılaştığı ve zayıf formun temel niteliklerini taşıdığı açıkça görülmektedir. Özellikle, hem yargı organlarının belirli ölçüde denetim yetkisine sahip olması hem de son kararın yasama organına ait olması, bu sistemleri diğer anayasa yargısı modellerinden ayırmaktadır. Üstelik söz konusu ülkeler, hakların korunması konusunda uygulamada büyük ölçüde istikrar sağlamışlardır. Bu çerçevede, yasama organının son sözü söylemesi nedeniyle zayıf form modeli-

79 Dixon, R. (2019). s. 930.

80 Bu tür tartışmaların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için bkz: Tushnet, M. (2003). ss. 824–837.

nin anayasa yargısı modeli olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündeki görüşler de eleştirilmektedir. Zira, parlamento üstünlüğüne dayalı anayasacılık anlayışının geçerli olduğu bir ülkede, kodifiye edilmiş bir haklar bildirgesinin kabulü bile, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin zayıflamaya başladığını ve hakların korunması için yeni yollar arandığını göstermektedir. Nitekim, bu bildirimler olağan yasama süreciyle kabul edilmiş olsalar dahi, artık onların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması oldukça güç hâle gelmiştir. Bu da söz konusu ülkelerin, hakların korunmasına ilişkin yeni ve farklı bir yola girdiğini göstermektedir⁸¹. Bu tartışmalar ışığında, zayıf form modelinin gerçekten özgün ve ayrı bir anayasal denetim modeli olduğunu gösterebilmek için, bu modelde hakların nasıl korunduğunun detaylı biçimde incelenmesi gerekmektedir. Çünkü zayıf form modelinde hakların korunma yöntemi, güçlü form modelinden belirgin biçimde farklıdır.

III. ZAYIF FORM MODELİNDE HAKLARIN KORUMA MEKANİZMASI

Gardbaum'a göre, zayıf form modelinde hakları korumak için iki yeni tekniğin birleşimi söz konusudur. Bunlar: “zorunlu yasa öncesi siyasi haklar incelemesi (pre-enactment political rights review, yasama ve yürütme tarafından yapılan) ve zayıf-form yargısal inceleme (weak-form judicial review, yargı tarafından yapılan)”⁸². Bu iki tekniğin birleşmesiyle, üç aşamalı bir haklar denetim mekanizması oluşmaktadır.

81 Bu durumun en güncel örneği, Birleşik Krallık'ta Hükümetin 2022 yılında 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nı yürürlükten kaldırarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına yönelik yeni bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan *Bill of Rights Bill* (Haklar Bildirgesi Yasa Tasarısı) tasarisını Parlamento'ya sunmasıdır. Tasarı, hukukun üstünlüğüne zarar vereceği ve bireysel hakların korunmasını zorlaştıracığı gerekçesiyle yoğun tartışmalara yol açmıştır. Sonuç olarak, yasa tasarısı Haziran 2023'te geri çekilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz.: “Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament”, <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

82 Gardbaum, S. (2013). ss. 30.

Zayıf form modelde hakların korunması, güçlü form modelinden farklıdır. Güçlü formda, hakların korunması mekanizması yargı üstünlüğüyle ilişkilendirilen tek aşamalı bir süreç olup yargı organı tarafından yapılmaktadır. Zayıf formda ise hakların korunması, bu tek aşama yerine üç aşamalı bir hak denetimine dönüşmektedir. Yani, yasamanın yaptığı normların korunan haklarla uyumsuzluğu, üç ayrı aşama ve farklı denetimlerle gözden geçirilmektedir. Zayıf form yargı denetimindeki ilk aşama, yasanın yürürlüğe girmeden önceki siyasi organlarca yapılan haklar incelemesidir (pre-enactment political rights review); ikincisi, yargı tarafından hakların denetlenmesidir (judicial rights review) ve üçüncü aşama, yasanın yürürlüğe girdikten sonra dava sonrası siyasi organlar tarafından yapılan haklar incelemesidir (post-litigation political rights review)⁸³.

Bu bağlamda, zayıf form modelinde hakların yeterince korunup korunmadığı tartışılabilir. Güçlü formda, normun anayasaya uygunluğunun denetimi genellikle bir mahkeme (anayasa mahkemesi veya yüksek mahkeme) tarafından yapılır ve mahkemenin kararı kesin ve bağlayıcı olarak kabul edilir. Mahkemenin verdiği kararı yasama ve yürütme organ-

83 Gardbaum, S. (2010). ss. 176-177; a.g.e. ss. 79-83. *Stephenson*, hakların korunmasına yönelik denetimi dört aşamalı bir süreç olarak değerlendirmektedir. Birinci aşama, yürütme organının, önerilen yasa tasarılarını insan haklarına uygunluk açısından incelemesini kapsamaktadır. İkinci aşama, yasama sürecinde görevli özel bir komitenin, bu tasarılar üzerinde bağımsız bir ön inceleme gerçekleştirmesini öngörür. Üçüncü aşama, bir yasa yürürlüğe girdikten sonra, mahkemelerin bu yasanın insan haklarına uygunluğunu denetleyebilecek bir mekanizmaya sahip olmasını içerir. Dördüncü ve son aşama ise, yasama organına yargı kararlarını hukuken geçersiz kılma yetkisinin tanındığı durumları ifade eder. Bu modelde dikkat çeken noktalardan biri, yukarıda ele alınan ilk aşamanın iki ayrı denetim adımı şeklinde değerlendirilmesidir: Yürütme organı ve yasama içinde kurulan özel bir komite, yasa tasarılarının insan haklarına uygunluğunu sağlamak amacıyla ayrı ayrı denetim işlevi üstlenmektedir. *Stephenson, S. (2016). From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism* (1. bs.). Sydney: Federation Press, ss. 102-106; Aktaran; Geiringer, C. (2017). "From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 4., s. 1249.

ları, normal yollarla (örneğin, olağan çoğunlukla yasa yapma) denetleyemez veya gözden geçiremez. Oysa zayıf form modelinde yargı, yasama ve yürütme organları arasında bir diyaloga dayalı, üç aşamalı bir anayasal denetim mekanizması söz konusudur.

İlk aşama, yasanın yürürlüğe girmeden önceki siyasi organlarca yapılan haklar incelemesidir⁸⁴. Bu aşamada siyasi aktörler, yasa tasarısının parlamentoda ele alınmasından önce, tasarının haklar beyannamesi veya bildirgesine uygun olup olmadığını tartışır. Kanada’da, federal adalet bakanı, yasa gereği yasa tasarılarının Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’ne uygunluğunu değerlendirir ve bildirgeyle tutarsız olduğunda bunu Parlamente’ye bildirir⁸⁵. Yeni Zelanda’da ise, YZHB’nin 7. maddesine göre, Başsavcı, yasa tasarısının Bildirge’ye aykırı görülen herhangi bir yönünü, parlamento’ya bildirmekle yükümlüdür⁸⁶. Birleşik Krallık’ta ise İHY’nin 19. maddesi, Parlamente’nin her iki meclisinde bir yasa tasarısından sorumlu bakanın, yasa tasarısının hükümlerinin Sözleşme haklarıyla uyumlu olduğu görüşünü yazılı olarak bildirmesini ya da uyumluluk beyanında bulunamıyorsa bile, hükümetin parlamente’nin yasa tasarısıyla ilgili süreci sürdürmesini istemesini şart koşturmaktadır⁸⁷.

84 Hiebert, yürütme ve yasama organları tarafından gerçekleştirilen ve yasal olarak zorunlu hale getirilen bu tür bir denetim mekanizmasını, yeni anayasal modelin ve hakların etkili biçimde korunmasının en önemli ve ayırt edici özelliği olarak görmektedir. Ancak Gardbaum, bu unsuru yeni modeli güçlü form modelden —yani yargı üstünlüğüne dayalı ABD tarzı anayasacılıktan— ayıran temel fark olarak değerlendirmez. Hiebert, J. L. (2005). “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, *Texas Law Review*, C. 82; Gardbaum, S. (2010). ss. 175–176.

85 Gardbaum, S. (2013). s. 80.

86 Gardbaum, S. (2013). ss. 80–81; *Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990)*, (1990).

87 Gardbaum, S. (2013). s. 81; *Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998)*, (1998). Benzer şekilde, Avustralya’da da ilk aşama kapsamında siyasi organlar tarafından haklara ilişkin bir inceleme mekanizması bulunmaktadır.

Yasanın yürürlüğe girmeden önce siyasi organlarca denetlenmesi, yürütme ve yasamanın hakları korumasındaki etkinliklerini arttırır ve potansiyel sorunların daha detaylı ve özgürce tartışılmasını sağlar⁸⁸.

İkinci aşama, hakların yargı tarafından denetlenmesi aşamasıdır. Bu aşamada mahkeme, yasamanın yaptığı normu, mümkün olduğunca bildirge veya bildirgedeki haklarla tutarlı olacak şekilde yorumlama yetkisine sahip olabileceği gibi, onu geçersiz kılmaya kadar değişen oranda bir yetkiye de sahip olabilir. Yani, zayıf form modelinde yargı organının denetim yetkisi farklılık göstermektedir. Böylece, zayıf form modeli zayıftan güçlüye doğru üç farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir: Yasayı haklar bildirgesine göre yorumlama yetkisi (Yeni Zelanda), yasanın haklar bildirgesi ile uyuşmaz olduğunu ilan etme yetkisi (Birleşik Krallık) ve yasayı haklar bildirgesine aykırı bularak iptal etme yetkisi (Kanada).

Bu aşama, yasama işleminden sonra denetim yetkisini yargı organına vererek klasik anlamda yasama üstünlüğüne dayalı anayasacılıktan ayrılmaktadır. Özellikle, seçilmiş organların seçimleri kazanma, popüler olma veya çoğunluğun desteğini alma kaygısı gibi nedenlerle hakların yeterince korunamaması ihtimalini, uzman bir mahkemenin denetimi ile önlemek amaçlanmaktadır⁸⁹.

Bu modelde, hakların korunmasında devletin üç organının da rol oynaması nedeniyle mahkemeler, birinci aşamadaki seçilmiş organlar tarafından yapılan siyasi haklar incelemesini ciddiye almalı ve güçlü form denetimindeki gibi, siyasi organların hakları korumak için yaptığı müzakereleri yargının üstünlüğünün gaspı olarak görmezden gelmemeli ya da küçümsememelidir⁹⁰. Yani yargı, yasama ve yürütme organla-

88 *Gardbaum*'a göre, bu aşamanın altı temel yararı bulunmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz.: *Gardbaum*, S. (2013). ss. 81–82.

89 a.g.e. ss. 83–84.

90 *Gardbaum*, S. (2010). s. 176.

rının fikirlerini önemseydiğinden, bir çeşit diyalog ve uzlaşma ortamı oluşacaktır.

İkinci aşamanın diğer bir özelliği de mahkemenin bu aşamadaki denetimini, üçüncü aşamadaki yasama organının son sözü söyleme yetkisini gözeterek yapmasıdır⁹¹. Burada mahkeme, kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmadığının farkındadır. Bu nedenle kararları daha temkinli, ikna edici ve iyi gerekçelendirilmiş şekilde vermelidir. Güçlü form denetimindeki, potansiyel hesap vermemezlik ya da yargısal aktivizm ihtimali düşüktür; çünkü son sözü söyleme yetkisi yasamanın elindedir. Mahkeme, yetki gaspı gibi bir durum oluşturmamaya dikkat edecektir⁹².

Denetimin üçüncü aşaması, ikinci aşamadaki yargısal denetimin kararından sonra son sözün yasama organına ait olmasıdır. Yani son aşamada yasama organı bir denetim yapmaktadır. Bu özellik, zayıf form modelini güçlü form modelinden ayıran en önemli farktır. Özellikle, bu aşamadaki denetim, ikinci aşamadaki yargı organının kararıyla ilk aşamadaki denetim sonunda ortaya çıkan karar arasında fark veya çelişki olduğunda, son sözü söyleme yetkisine sahip yasama organının yapacağı denetimdir. Modelin ilk aşaması, hem zayıf hem de güçlü form modellerinde zorunlu olmayan ve ayırt edici olmayan bir özellik olarak var olabilir. Ancak bu üçüncü aşama, açık şekilde yargı üstünlüğünü sona erdirip yasama üstünlüğünü vurgulamaktadır⁹³. Yasama üstünlüğünün kabul edilmesi, yasamanın ikinci aşamadaki mahkeme kararını iptal edeceği veya değiştireceği anlamına gelmez. Yasama, yargı organının kararını kabul de edebilir. Burada önemli olan, teorik olarak yasamanın son sözü söyleme hakkının olmasıdır. Uygulamada, ülkeler genellikle yargı organının kararlarına

91 Gardbaum, S. (2013). s. 84.

92 Kahana, T. (2002). "Understanding the Notwithstanding Mechanism", *The University of Toronto Law Journal*, C. 52., S. 2., ss. 255-272; Aktaran; Gardbaum, S. (2013). s. 84.

93 Gardbaum, S. (2013). ss. 87-88.

önemseyip onları geçersiz kılma yoluna az başvururlar. Yani, yasama genellikle mahkeme kararlarına uyar. Örneğin Kanada'da mahkeme kararına karşı Kanada ulusal yasama organı hiçbir zaman askıya alma yetkisini kullanmamıştır ve eyalet yasama organlarının mahkemenin kararlarını geçersiz kılma yetkisini kullanması nadirdir. Quebec eyaletinin yasama organı, bu yetkisini *Ford v. Quebec* davasında mahkeme kararına karşı kullanmıştır⁹⁴. Yine, Birleşik Krallık'ta genellikle mahkeme uyumsuzluk ilanı verdiğiğinde parlamento ve hükûmet, yetkileri olmalarına rağmen mahkemenin belirttiği uyumsuzluğu çözmek için gerekli değişiklikleri yaparlar. Ancak 2005 tarihli *Hirst v. UK* davasında olduğu gibi, yasama organı mahkeme kararına uymayabilir⁹⁵. Son olarak Yeni Zelanda'da yasama organı mahkemelerin kararlarına uyumlu şekilde hareket eder. Ancak yasama, *Refugee Council of New Zealand, Inc v. Attorney-General* davasında mahkeme kararını geçersiz kılmıştır⁹⁶.

IV. ZAYIF FORM MODELİN TEORİSİ

A. POLİTİK ANAYASACILIK VE YASAL ANAYASACILIK

Yargı üstünlüğü ve yasama üstünlüğüne dayalı sistemlere karşı alternatif olarak sunulan bu modelin çıkış noktasını anlamak için teorisi incelenmelidir.

Güçlü form modeline, demokrasi ve demokratik yönetim kavramlarıyla uyumsuz olduğu yönünde eleştiriler yöneltilmektedir⁹⁷. Bu modelde, mahkemeler anayasa metinlerini çeşitli anayasa yorumlama yöntemleri kullanarak çoğunluğu temsil eden siyasi organların yaptığı normları kısıtlama veya

94 Tushnet, M. (2008). s. 52; Dixon, R. (2012). "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 32., S. 3., s. 495.

95 Gardbaum, S. (2013). s. 174; Dixon, R. (2019). s. 918; Tushnet, M. (2008). s. 30; Kavanagh, A. (2015). ss. 1024–1025.

96 Dixon, R. (2012). s. 493.

97 Tomlinson, D. (2022). s. 16.

iptal etme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, anayasacılık kavramının çoğunluğu sınırlamakla ilgili olup olmadığı tartışılabilir. Mahkemelerin, haklar bildirgelerinde yer alan soyut ilke ve ifadeleri yorumlaması sürecinde bu durum daha belirgin hâle gelebilir⁹⁸. Özellikle bölünmüş toplumlarda veya uzlaşma kültürünün zayıf olduğu ülkelerde anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler, halkı temsil eden seçilmiş politik organların alternatifi gibi işlev görebilir. Böylece, mahkemeler anayasa yorumlama yetkisini çoğunlukları sınırlamak için kullanabilir.

Günümüzde anayasacılık, halkın ülke politikalarını bir tür demokratik yönetim aracılığıyla kendisinin belirlemesi anlayışına dayanmaktadır. Ancak aynı zamanda, anayasacılık, halkın politika tercihleri üzerinde bazı sınırlamaların bulunmasını da gerektirir. Bu sınırlamalar genellikle ülkenin anayasasında belirtilmiştir⁹⁹.

Bu bağlamda zayıf form modeli, demokratik yönetim ile anayasacılığı uzlaştırmanın bir yolu olarak tanımlanabilir. Goldsworthy bu model için şöyle der: *“Her iki geleneksel modelin (parlamentonun üstünlüğü ve yargının üstünlüğü) en iyi özelliklerini birleştiren bir uzlaşma olanağı sunar. (Bu sistemde) mahkemelere, korunan haklarla normların tutarlılığını inceleme konusunda anayasal sorumluluk verilirken, yasama organlarının son sözü söyleme yetkisi korunur”*¹⁰⁰.

Anayasacılıkla ilgili temel soru, *“devlet gücü üzerindeki kısıtlamaların nasıl kurumsallaştırılması gerektiğidir”*¹⁰¹. Anayasal demokrasiler tarihsel olarak bu soruya iki önemli yanıt, yani iki farklı kurumsal anayasacılık biçimi sunmuştur: a) Yasama

98 Tushnet, M. (2008). s. x.

99 a.g.e. ss. 18–19.

100 Goldsworthy, J. (2003). s. 484; Aktaran; a.g.e. s. xi. Yargısal aktivizm, zaman zaman demokratik çoğunlukların kararlarını sınırlamak amacıyla bir denge unsuru olarak kullanılabilir. Bu duruma Türkiye ve Güney Afrika gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir.

101 Gardbaum, S. (2013). s. 22.

üstünlüğü veya parlamenter egemenlik. Başka bir deyişle, Politik Anayasacılık (*Political Constitutionalism*) b) Yargısal veya anayasal üstünlük. Terim olarak tanımlarsak, Yasal Anayasacılık (*Legal Constitutionalism*)¹⁰². Bu iki tür anayasacılık anlayışı, zayıf form modelinin ortaya çıkışıyla doğrudan ilişkilidir.

Politik anayasacılık, yasamanın üstünlüğü ilkesine dayanır ve bu ilke, “parlamento egemenliği” veya “parlamento üstünlüğü” olarak da adlandırılır¹⁰³. Bu anlayış, yasama organının devleti yönlendiren “en üstün ve mutlak güç” olduğu görüşünü temel alır¹⁰⁴. Bu doğrultuda, parlamentonun yasama yetkisinin yasal olarak sınırsız olduğu; mahkemelerin ise yasamanın yaptığı normların geçerliliğini sorgulama ya da denetleme yetkisine sahip olmadığı düşünülür. Bir başka deyişle, yasama üstünlüğünün geçerli olduğu sistemlerde, yasama organı istediği yasaları yapma yetkisine sahiptir ve bu yasaları iptal etme yetkisi, yasama dışındaki herhangi bir organa verilmemelidir¹⁰⁵.

Demokratik bir sistem bağlamında politik anayasacılığın

102 Ayrıca, öğretilerde bu kavramlar için farklı terimlerin kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin, demokratik olarak seçilmiş yasama organlarının üstünlüğüne dayalı politik anayasacılık anlayışı, *Westminster parlamento üstünlüğü modeli* olarak da adlandırılmaktadır. Benzer şekilde, ABD’de yargı üstünlüğüne dayanan yasal anayasacılık anlayışı ise bazı yazarlar tarafından *kısıtlı parlamentarizm modeli* olarak tanımlanmıştır. Gardbaum, S. (2013). ss. 21–22; Tushnet, M. (2003). ss. 813–814.

103 Tushnet, M. (2003). s. 816; Tomlinson, D. (2022). s. 8.

104 Tomlinson, D. (2022). s. 8; Goldsworthy, J. (2001). *The Sovereignty of Parliament*. Oxford: Oxford University Press, s. 126.

105 Çeşitli sebeplerle, yasama organının üstünlüğü pratikte sınırlanmış olabilir. Örneğin, Birleşik Krallık’ta Avrupa Birliği’ne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olunmasının doğurduğu geniş sonuçlar nedeniyle, parlamentonun üstünlüğünün fiilen kısıtlandığına dair geniş bir görüş birliği bulunmaktadır. Her ne kadar Birleşik Krallık 2020 yılında Avrupa Birliği’nden resmi olarak ayrılmış olsa da, Avrupa Birliği hukukunun önemli bir kısmını kendi ulusal hukuk sistemine entegre etmeye devam etmiştir. Gardbaum, S. (2013). s. 23; Bradley, A. (2011). *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance*, içinde Jowell, J. L. ve Oliver, D. (Ed.), *The Changing Constitution* (7. bs.). Oxford – New York: Oxford University Press; Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (8. rev. bs.), Michener, R. E. (Ed.), Indianapolis: Liberty Fund Inc.; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). s. 8.

bazı faydaları olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. İlk olarak seçime dayalı hesap verebilirlik ve temsil mekanizmaları sayesinde bu anlayışın, meşruiyet ve demokrasi ile uyum içinde olduğu savunulur. İkinci olarak yerleşik demokrasilerde karşılaşılan birçok hak sorununun çözümünde yasama organlarının, yargıdan daha etkin ve uygun bir konumda olduğu ileri sürülür. Yasama, bu sorunları müzakere ortamında ve toplumsal temsil aracılığıyla ele alırken; yargı, olay ve metinlere dayalı daha sınırlı bir perspektifle yaklaşır¹⁰⁷.

Buna karşılık, politik anayasacılığın iki temel zayıflığı olduğu dile getirilmiştir. İlki, yasama organlarının –çoğunluğun desteğini alma zorunluluğu ve seçim odaklı politikalar nedeniyle– bazı hakları (azınlık hakları gibi) korumakta yetersiz kalabileceği riskidir¹⁰⁸. İkincisi ise, yargısal denetimin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha etkili bir araç olabileceği yönündeki görüştür¹⁰⁹.

Yasal anayasacılık ise yargının ve anayasanın üstünlüğüne dayanan bir anayasacılık anlayışıdır¹¹⁰. Bu modelde, sıradan kanunlardan farklı olarak anayasanın daha yüksek bir norm olduğu kabul edilir ve mahkemelere, bu yüksek norma dayanarak devletin organlarının yaptığı aykırı eylem ve işlemleri iptal etme yetkisi tanınır. Yazılı bir anayasanın varlığı ve yargı kararlarının hukuken bağlayıcılığı, bu tür bir anayasacılığın

106 Gardbaum, S. (2013). s. 53.

107 Tomkins, A. (2005). *Our Republican Constitution*. Oxford: Hart Publishing, ss. 27–29; Aktaran; Gardbaum, S. (2013). s. 53.

108 Gardbaum, S. (2013). s. 54.

109 a.g.e. s. 54–55.

110 Yargı üstünlüğünün ne anlama geldiği konusunda da literatürde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu bağlamda iki temel yaklaşım öne çıkmaktadır: yargısal aktivizm ve yargısal kısıtlama. Yargısal aktivizm, yargı organlarının siyasal alana müdahalede bulunarak yasama veya yürütme yetkilerini sınırlandırması olarak tanımlanırken; yargısal kısıtlama ise yargının yetkilerini ölçülü ve ihtiyatlı bir şekilde kullanması, yalnızca gerektiğinde müdahale etmesi gerektiğini savunan bir yaklaşımdır. Tushnet, M. (2003). ss. 815–816.

temel unsurlarıdır¹¹¹.

Yasal anayasacılığın çeşitli avantajları vardır. İlk olarak, anayasal metinler hakları düzenli ve erişilebilir hâle getirerek bireylerin haklarını daha iyi bilmelerini sağlar. Bu yönüyle, ahlaki ya da siyasi hakların kodifiye edilmemiş hâllerine veya Common Law'a dayalı özgürlük anlayışlarına göre daha güçlü bir koruma sunar. İkinci olarak seçimler ve popülist politikalar nedeniyle hakların yeterince korunmadığı durumlarda, yargı organları devreye girerek bu eksiklikleri giderebilir. Zira hâkimler, genellikle siyasi destek ya da seçim kazanma kaygısı taşımadıkları için daha tarafsız kararlar alma potansiyeline sahiptirler¹¹².

Bununla birlikte, yasal anayasacılığın da bazı zayıf yönleri vardır. Örneğin, nihai karar verme yetkisinin getirdiği sorumluluk nedeniyle bazı mahkemelerin çekingen davranma riski bulunmaktadır. Ayrıca, mahkemelerin demokratik meşruiyet eksikliği eleştirisiyle karşı karşıya kaldığı ve toplumun çeşitli kesimlerini yeterince temsil etmedikleri yönünde iddialar da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, yargıçların bireysel dünya görüşlerinin, anayasal yorumlara yansımaları ihtimali de tartışma konusudur¹¹³.

B. İKİ TÜR ANAYASACILIĞIN ÇATIŞMASI VE YENİ TÜR BİR ANAYASACILIK

Anayasacılık bağlamında temel mesele, anayasal konularda son sözü söyleme yetkisinin kimde olacağı sorusuna yanıt aramaktır. Uygulamada, 19. yüzyılın başından 20. yüzyılın sonuna kadar bu soruya iki farklı yaklaşımla çözüm getirilmiştir: Parlamento üstünlüğü ve yargı üstünlüğü¹¹⁴.

İkinci Dünya Savaşı'na kadar Avrupa'da yasama üstünlü-

111 Gardbaum, S. (2013). s. 24.

112 a.g.e. s. 57-59.

113 a.g.e. s. 57.

114 Tushnet, M. (2008). s. 19.

ğü baskın bir model olarak benimsenmişken, savaş sonrası dönemde birçok Avrupa ülkesi bu sistemden vazgeçerek yargı üstünlüğüne dayalı güçlü biçim denetim sistemine geçiş yapmıştır¹¹⁵. Ancak Hollanda, İsviçre ve Birleşik Krallık gibi bazı ülkeler, yasama üstünlüğü anlayışını sürdürmeye devam etmiştir. Bu tercihin birkaç nedeni olduğu söylenebilir. İlk olarak bu ülkeler, yasaların yorumlanmasında son sözün yasayı yapan organa ait olması gerektiğini ve bunun daha demokratik ve etkili bir yöntem olduğunu savunmuşlardır¹¹⁶. Ayrıca, bu ülkelerdeki parlamentoların Almanya gibi ülkelerdeki gibi siyasal krizlere yol açmamış olması da bu anlayışın sürdürülmesinde etkili olmuştur.

Parlamento üstünlüğü ilkesi, uzun süre Avrupa'da hâkimiyetini korumuştur¹¹⁷. Ancak savaş sonrası dönemde yasama organlarının ikinci planda kalması ve siyasi kurumlara duyulan güvenin azalması, bu anlayışın zayıflamasına yol açmıştır. Bu nedenle, 20. yüzyılın sonlarına gelindiğinde, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi birkaç ülke dışında parlamenter üstünlük anlayışı gerçek anlamda varlığını sürdürememiştir¹¹⁸.

Öte yandan, güçlü form modelinin Avrupa versiyonu, 1920'li yıllarda Çekoslovakya ve Avusturya anayasaları ile resmen kabul edilmiş ve Birinci Dünya Savaşı ile İkinci Dünya Savaşı arasındaki dönemde anayasalarda yer almaya başla-

115 Kıta Avrupası'nda Hollanda ve İsviçre, tartışmasız biçimde yasama üstünlüğü ilkesine dayalı sistemi koruyan ülkeler arasında yer almaktadır. Benzer şekilde, İngiltere ile geçmişte onun kolonisi olan Hindistan, Yeni Zelanda ve Avustralya da yasama üstünlüğünü esas alan anayasal sistemleri benimsemişlerdir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, Avrupa'daki birkaç istisnai örnek ile bazı İngiliz Milletler Topluluğu ülkeleri dışında, günümüzde yasama üstünlüğü ilkesine dayalı anayasal sisteme sahip ülke sayısının oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Tomlinson, D. (2022). s. 9.

116 Barber, N. W. (2011). "The Afterlife of Parliamentary Sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, C. 9., s. 148; Aktaran; Tomlinson, D. (2022). ss. 10–11.

117 Ginsburg, T. (2003). s. 1.

118 Tushnet, M. (2008). s. 19.

mıştır¹¹⁹. İkinci Dünya Savaşı öncesinde yükselişe geçen faşist rejimlerin yol açtığı yıkımlar, kontrolsüz demokrasinin tehlikelerini ortaya koymuş ve Avrupalıların savaş sonrası dönemde parlamento egemenliğinin sınırlandırılması gerektiğine dair kanaat geliştirmelerine neden olmuştur¹²⁰. Bu bağlamda, haklara ve yargısal denetime vurgu yapan, yargı üstünlüğüne dayalı anayasacılık anlayışı, Almanya ve İtalya gibi ülkelerde yaşanan trajedilere bir tepki olarak kurumsallaşmış ve yaygınlaşmaya başlamıştır. Böylece, insan haklarını ve demokrasiyi koruma amacıyla yargı üstünlüğüne dayanan anayasa mahkemeleri, önce Batı Avrupa’da, daha sonra 1989 sonrası Doğu Avrupa ülkelerinde, bazı Latin Amerika ülkelerinde ve nihayetinde Doğu Asya ülkelerinde benimsenmiştir¹²¹.

Benzer şekilde, Amerikan tipi güçlü form modeli de İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar bugünkü kadar etkin değildi. Ancak, 1950’li yıllardan itibaren ABD Yüksek Mahkemesi, bireysel hakları koruma yönündeki yetkisini kademeli olarak genişletmiş; 1960’ların sonlarına gelindiğinde, açıkça bu rolü benimsemiştir¹²². Böylece başlangıçta etkili olmayan bu model, savaş sonrası dönemde önemli bir konuma ulaşmıştır.

Özetle, İkinci Dünya Savaşı öncesinde politik anayasacılık (yasama üstünlüğü modeli) oldukça yaygındı. 1945 yılı itibarıyla yalnızca üç ülkede (ABD, Kanada ve Avustralya) anayasa uygunluğunun yargısal denetimi bulunmaktaydı¹²³. Ancak

119 Calabresi, S. G., Owens, J. M. ve Silverman, B. G. (Eds.). (2021). ss. 27–29.

120 Ginsburg, T. ve Versteeg, M. (2013). s. 7.

121 Roznai, Y. (2021). s. 358; Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, New York: Oxford University Press, s. 214.

122 Stone Sweet, A. ve Mathews, J. (2019). “Constitutional Dialogues”, içinde Stone Sweet, A. ve Mathews, J. (Eds.), *Proportionality Balancing and Constitutional Governance* (ss. 128–161). Oxford: Oxford University Press.

123 Bu döneme kadar, ABD ve yeni bağımsızlığını kazanmış bazı Latin Amerika ülkeleri dışında, temel hakların ihlalleri bağlamında ulusal mevzuatın anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip çok az sayıda mahkeme bulunmaktaydı. Mevcut olanlar ise genellikle üç kategori altında toplanıyordu: (a) yakın dönemde kurulmuş ya da kısa süreli olarak faaliyet göstermiş mahkemeler; (b) bu tür bir anayasal yetkinin meşruiyeti ve kapsamı üzerine yoğun tartışmaların yaşandığı sistemler;

savaş sonrasında yasal anayasacılık uzun bir dönem boyunca baskın hâle gelmiştir. 1945 ile 1970'lerin sonları arasında, hakların korunması konusunda dünya genelinde yasama üstünlüğünden yargı üstünlüğüne yönelik radikal bir geçiş süreci yaşanmıştır. Bu süreçte, anayasalarda yer alan katı ve üstün hak bildirgeleri ile bu hakların yargı yoluyla yürürlüğe konulması; buna karşılık yasama organlarının olağan çoğunlukla daha zayıf bir konuma itilmesi, savaş sonrası anayasacılığın temel özelliklerinden biri hâline gelmiştir¹²⁴.

Bu bağlamda, güçlü form modelinin uzun bir süre boyunca tartışmasız bir biçimde baskın olduğu söylenebilir. Ancak zamanla, bu modele yönelik eleştiriler artmış; mahkemelerin son söze sahip olmasının demokratik yönetimi olumsuz etkilediği, seçilmiş organların meşruiyetini zayıflattığı ve yargısal aktivizmi teşvik ettiği görüşü daha fazla dile getirilir olmuştur. Özellikle 1945 sonrası güçlü form modeli benimseyen ülkelerde bu tür eleştiriler yoğunluk kazanmıştır. Örneğin son otuz yılda Fransa, Almanya ve İtalya mahkemeleri, ABD Yüksek Mahkemesi'nin tüm tarihinde geçersiz kıldığından daha fazla sayıda yasayı iptal etmiştir. Bu durum, yargının siyasal süreç üzerindeki etkisine dair eleştirileri desteklemektedir¹²⁵. Öte yandan, Birleşik Krallık ve İngiliz Milletler Topluluğu'na bağlı bazı ülkeler, parlamenter üstünlüğü koruyan anayasacılık anlayışını sürdürmüş ancak bu durumun hakların korunmasında yetersiz kaldığı yönünde eleştirilere maruz kalmışlardır¹²⁶.

ve (c) mahkemelerin teorik olarak bu yetkiye sahip olduğu, ancak fiilen kullanmadığı sistemler. Calabresi, S. G. (2021). ss. 2, 24; Gardbaum, S. (2013). s. 3.

124 Weinrib, L. (2005). "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism", içinde Choudhry, S. (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press; Aktaran; Gardbaum, S. (2013). ss. 2-3.

125 Stone Sweet, A. (2003). "Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., s. 2780; Hiebert, J. L. (2006). s. 7.

126 Bunun en iyi örneklerinden biri Birleşik Krallık'ta kabul edilen İnsan Hakları Yasasıdır. Bu yasanın amacı, herkesin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri tanımlamak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakları İngiliz iç hukukuna dahil ederek bu haklara daha güçlü ve etkili bir koruma sağlamaktır. *Human Rights Act 1998*.

Bu gelişmeler ışığında, bazı ülkeler hem yasama üstünlüğüne hem de yargı üstünlüğüne tepki olarak zayıf form modelini benimsemeye yönelmişlerdir. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren, İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği tarihsel travmanın etkisinin azalmasıyla birlikte, yargı üstünlüğüne dayalı anayasal denetim tek çözüm yolu olarak görülmemeye başlanmıştır.

Bu yeni modeli benimseyen ülkelerin önemli bir kısmı (Kanada, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ile Avustralya'nın Başkent Bölgesi ve Victoria Eyaleti) yasama üstünlüğü anlayışını savaş sonrasında da sürdüren ülkeler arasında yer almaktadır. Ayrıca bu ülkelerin çoğu İngiliz Milletler Topluluğu üyesidir. Bu devletlerde yasama üstünlüğü, faşist veya otoriter yönetimlere zemin hazırlamamış; aksine, Common Law sisteminin bir parçası olarak demokratik yönetimin ve hakların korunmasının temel taşı olarak kabul edilmiştir.

Ancak 1980'li yıllardan itibaren, bu ülkelerde de geleneksel yasama üstünlüğünün hakların korunması açısından yetersiz kaldığı kabul edilmiş ve bu eksiklikleri gidermek amacıyla yeni bir koruma mekanizması arayışına girilmiştir. Diğer ülkelerin aksine, bu ülkeler yargının üstünlüğüne dayalı klasik anayasacılık modelini benimsemek yerine, zayıf form modeli çerçevesinde bir çözüm geliştirmişlerdir. Bu doğrultuda, organlar arasında daha dengeli bir güç paylaşımı ve hakların korunmasına dair ortak bir sorumluluk tesis etmeyi hedeflemişlerdir. Böylece, tam anlamıyla anayasallaştırılmış bir haklar bildirgesi ile mutlak yasama üstünlüğü arasında üçüncü bir yol arayışına girilmiş, yeni bir anayasal paradigma ortaya konmuştur¹²⁷. Başka bir ifadeyle, bu ülkeler yasal ve politik anayasacılığı bir araya getirerek, daha esnek ve dengeleyici bir alternatif anayasacılık modeli geliştirmeye çalışmışlardır.

127 Gardbaum, S. (2013). s. 7.

SONUÇ

Bu makale, anayasa yargısı öğretisinde yaygın biçimde benimsenen iki temel modele (parlamento üstünlüğü ve yargı üstünlüğü modellerine) alternatif olarak zayıf form modelini ele almayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, ilk olarak anayasa yargısı kavramının zayıf form modelini de kapsayacak şekilde yeniden tanımlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira anayasa kavramının dar anlamda yorumlanması, mevcut modellerin ve hukuk sistemlerinin çeşitliliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu yeniden tanımlama sayesinde, zayıf form modelinin de anayasa yargısı modellerinden biri olarak kabul edilmesi ve belirli ülkelerde uygulandığı gerçeğinin altı çizilmiştir.

Makale, zayıf form modelinin hem ayırt edici özelliklerini hem de tarihsel gelişimini ele alarak, bu modelin kavramsal çerçevesini ortaya koymayı hedeflemiştir. Ayrıca modelin, mevcut anayasa yargısı yaklaşımlarından nasıl ve neden farklılaştığı da değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, zayıf form modelinin hakların korunmasına dair getirdiği yaklaşımın, güçlü form modelinden hangi yönleriyle ayrıldığı ortaya konmuştur. Özellikle, güçlü form modelinde hakların korunması sürecinin tek aşamalı ve yargı merkezli olduğu; buna karşılık zayıf form modelinde hakların korunmasının yasama, yürütme ve yargıyı kapsayan çok aşamalı bir denetim mekanizmasına dayandığı vurgulanmıştır.

Bunun yanında, zayıf form modelinin ortaya çıkışında etkili olan politik anayasacılık ile yasal anayasacılık arasındaki gerilim ve bu iki yaklaşımın birleşiminden doğan üçüncü bir anayasacılık anlayışı da teorik zeminde tartışılmıştır. Böylece, zayıf form modelinin yalnızca normatif değil, aynı zamanda pratik ve siyasal ihtiyaçlardan kaynaklanan bir çözüm arayışı olduğu; bu nedenle de belirli ülkelerde benimsenip uygulanmasının tarihsel ve yapısal nedenlere dayandığı ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 45–70.
- ANAYURT, Ömer (2023). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin.
- BARBER, Nicholas W. (2011). “The Afterlife of Parliamentary Sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 9., ss. 144–166.
- BJORK, Charles. “Guides: Canadian Legal Research: Constitutional Law”, <https://guides.ll.georgetown.edu/CanadianLegalResearch/constitution>. (Erişim Tarihi: 29/12/2024)
- BRADLEY, Anthony (2011). “The Sovereignty of Parliament – Form or Substance”, içinde JOWELL, Jeffrey L. ve OLIVER, Dawn (Eds.), *The Changing Constitution* (7. bs.). Oxford – New York: Oxford University Press.
- CALABRESI, Steven G. (2021). *The History of Growth of Judicial Review v. 1*, New York: Oxford University Press.
- CALABRESI, Steven G., OWENS, Jasmine M. ve SILVERMAN, Bradley G. (Eds.) (2021). *The History and Growth of Judicial Review v. 2*, New York: Oxford University Press.
- DE VISSER, Maartje (2014). *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing.
- DICEY, Albert V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Michener, Roger E. (Ed.), Indianapolis: Liberty Fund Inc.
- DIXON, Rosalind (2012). “Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 32., S. 3., ss. 487–510.
- DIXON, Rosalind (2019). “The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 17., S. 3., ss. 904–932.

- ELLIOTT, Mark ve THOMAS, Robert (2024). *Public Law* (5. bs.), Oxford: Oxford University Press.
- ERDOS, David (2010). *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, Oxford: Oxford University Press.
- EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku* (4. bs.), Ankara: Seçkin.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2020). *Anayasa Yargısı* (4. bs., güncellenmiş), Ankara: Yetkin Yayınları.
- GARDBAUM, Stephen (2001). “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, C. 49., ss. 707–760.
- GARDBAUM, Stephen (2010). “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 8., S. 2., ss. 167–206.
- GARDBAUM, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARDBAUM, Stephen (2018). “What Is Judicial Supremacy?”, içinde JACOBSON, Gary ve SCHOR, Miguel (Eds.), *Comparative Constitutional Theory* (ss. 24–45), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- GARDBAUM, Stephen (2018). “What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, C. 29., ss. 39–40.
- GEIRINGER, Claudia (2017). “From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 15., S. 4., ss. 1249–1265.
- GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.

- GINSBURG, Tom ve VERSTEEG, Mila (2013). "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2013-29.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (2001). *The Sovereignty of Parliament*, Oxford: Oxford University Press.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (2003). "Homogenizing Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 3., ss. 483–505.
- GÖRGEN, Nurullah (2024). "The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary", içinde REAYAT, Nauman, SMITH, Rhona K. M. ve CHO, Moohyung (Der.), *Judicial Independence in Transitional Democracies* (ss. 86–110), London: Routledge.
- GÖZLER, Kemal (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Basım Yayın.
- GÜVEYİ, Ümit (2012). "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16., S. 3., ss. 137–162.
- GRIMM, Dieter (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, New York: Oxford University Press.
- HARDING, Andrew (2017). *The Fundamentals of Constitutional Courts*, Stockholm: International IDEA, s. 1.
- HIEBERT, Janet L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?", *Modern Law Review*, C. 69., S. 1., ss. 7–28.
- HIEBERT, Janet L. (2005). "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, C. 82.
- HIRSCHL, Ran (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law & Social Inquiry*, C. 25., S. 1., ss. 91–149.

- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2024). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye* (5. bs.), Ankara: Platon Hukuk Yayınevi, ss. 15–77.
- KAHANA, Tsvi (2002). “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, *The University of Toronto Law Journal*, C. 52., S. 2., ss. 255–272.
- KAVANAGH, Aileen (2015). “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review’? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 13., S. 4., ss. 1011–1039.
- KELSEN, Hans (1941). “The Pure Theory of Law And Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, S. 44.
- KELLY, J. B. ve HENNIGAR, M. A. (2012). “The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1., s. 36.
- KMIEC, Keenan D. (2004). “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92.
- LECKEY, Robert (2015). *Bills of Rights in the Common Law*, Sydney: Federation Press.
- ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler*, Ankara: AÜHF Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2007). “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 257–268.
- ÖZBUDUN, Ergun (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ÖZYURT, Barkın (2023). *Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi'nin Üye Kompozisyonu*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- PARİS, Marie-Luce (2016). "Setting the Scene: Elements of Constitutional Theory and Methodology of the Research", içinde BELL, John ve PARIS, Marie-Luce (Eds.), *Rights-Based Constitutional Review* (ss. 1–18), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- ROACH, Kent (2004). "Dialogic Judicial Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review*, C. 23., ss. 49–78.
- ROZNAI, Yaniv (2021). "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review", *ICL Journal*, C. 14., S. 4., ss. 355–365.
- STEPHENSON, Scott (2016). *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*, Sydney: Federation Press.
- STONE SWEET, Alec (2003). "Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter", *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2780–2817.
- STONE SWEET, Alec ve MATHEWS, Jud (2019). "Constitutional Dialogues", içinde STONE SWEET, Alec ve MATHEWS, Jud (Eds.), *Proportionality Balancing and Constitutional Governance* (ss. 128–161) Oxford: Oxford University Press.
- STONE SWEET, Alec (2020). *Constitutions, Rights, and Judicial Power*, içinde CARAMANI, Daniele (Ed.), *Comparative Politics* (ss. 159–176), Oxford: Oxford University Press.
- TEZCÜR, Güneş Murat (2009). "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case", *Law & Society Review*, C. 43., S. 2., ss. 305–336.
- TOMKINS, Adam (2005). *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart Publishing.

- TOMLINSON, Douglas (2022). “Dialogue of the Deaf: A Comparative Legislative Analysis of Weak-Form Judicial Review”, *Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy*, C. 46., S. 1., ss. 1–28.
- TUNÇ, Hasan (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- TURHAN, Mehmet (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379–404.
- TUSHNET, Mark (2003). “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, C. 101., S. 8., ss. 2781–2793.
- TUSHNET, Mark V. (2003). “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, C. 38., s. 822.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- WALDRON, Jeremy (2006). “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., s. 1354.
- WEINRIB, Lorraine (2005). “The Migration of Constitutional Ideas”, içinde CHOUDHRY, Sujit (Ed.), *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism* (ss. 84–110), Cambridge: Cambridge University Press.
- YOUNG, Alison L. (2009). *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford – Portland, OR: Hart Publishing.

Mevzuat

Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998)

Kanada Anayasa Kanunu (The Constitution Act, 1982)

Yeni Zelanda Haklar Bildirgesi Yasası (New Zealand Bill of Rights Act 1990)

Çevrim İçi Kaynaklar

Department Of Justice Government Of Canada. “The Canadian Constitution - About Canada’s System of Justice”, 7 Eylül 2016, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“Bill of Rights Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament”, <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“The Constitution Acts 1867 to 1982”, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-13.html#h-59>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“Amending Formula”, <https://www.constitutionalstudies.ca/ccs-term/amending-formula/?print=print-search#:~:text=To%20change%20the%20Constitution>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)

“The Common Law and Civil Law Traditions”, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. (Erişim Tarihi: 28/12/2024)

“The Enduring Legacy of Marbury v. Madison (1803)”, <https://www.uscourts.gov/file/2675/download#:~:text=Marbury%20v>. (Erişim Tarihi: 1/12/2024)