

## TOPLULUK HUKUKUNDA BİREYSEL HAKLARIN ETKİN OLARAK TEMİNİ

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA\*

Bireysel hakların temini konusu Topluluk hukuk sisteminde gerek genel olarak hakların temini bakımından, gerekse spesifik olarak özel kişilerin subjektif haklarının temini bakımından önem taşımaktadır. Subjektif hakların hukuki bir teminat olmaksızın düşünülmesinin mümkün olmaması nedeniyle primer hukukta subjektif hakların temini düzenlenmiştir. ATAD (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı) subjektif hakların ihlali halinde kapsamlı, etkin bir hukuki himaye sağlama gereğini dikkate almaktadır. Topluluk hukuku literatüründe ve uygulamasında bu çerçevede en çok tartışılan konu, geçerli Topluluk hukukunun, özellikle AT (Avrupa Topluluğu) anlaşmasının 220. maddesinin, etkin hukuki himaye gereksinimini karşılayıp karşılayamadığıdır<sup>1</sup>.

Tüzükler ve Topluluk hukukunun diğer normları bakımından oldukça erken tarihlerde hukuki himaye sistemindeki boşluklar bakımından dikkat çekilmiştir<sup>2</sup>. Tüzükler bakımından hakların himayesinde boşluğa, ulusal alanda icralarının gerekmemesi, doğrudan geçerli olmaları yol açmaktadır<sup>3</sup>. ATAD, 1995 Mayıs ayında yapılan hükümetlerarası konferansta bu çerçevedeki düşüncelerini sunduğu memorandumda ortaya koymuştur<sup>4</sup>. Tüzüklerin yükümlülük getiren etkisinin doğması, Topluluk organlarının veya ulusal organların tasarruf ihdasına bağlı olsaydı, yeterli hukuki teminatın, icra ta-

---

\* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Schönberger, *Normenkontrollen im EG (Europäische Gemeinschaft)-Föderalismus-Die Logik gegenläufiger Hierarchisierung im Gemeinschaftsrecht*, EuR (Europarecht) 2003, s. 600 vd.

<sup>2</sup> B. Ehle, *Nichtigkeitslage privater Personen nach dem EWG-Vertrag*, NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1963, s. 2193.

<sup>3</sup> Kerth/Schmelz, *Die Geltendmachung der Gemeinschaftsgrundrechte, im Wege des Individualrechtsschutzes*, JA (Juristische Arbeitsblätter) 2004, s. 340 vd.

<sup>4</sup> *Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on European Union*, May 1995, 13.

sarrufları aleyhine dava açılarak sağlanması diğer bir ifade ile Topluluk tasarrufları aleyhine AT anlaşmasının 230. maddesi muvacehesinde iptal davası açılarak veya ulusal icra tasarrufları aleyhine ulusal mahkemeler önünde iptal davası açılarak sağlanması mümkün olabilirdi. Birlik yurttaşlarına doğrudan yükümlülük getiren, self-executing karakterli tasarruflar olarak tüzüklerin ulusal mahkemeleri devre dışı bırakması nedeniyle etkili bir hukuki himaye sağlanması önemli ölçüde zorlaşmaktadır. Böyle bir durumda, AT anlaşmasının 230. maddesi muvacehesinde tüzükler iptal davasının konusu olabildiği nispette, sadece norm denetimi yöntemi açılım sağlamada yardımcı olabilir. Ancak AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrası bireyler bakımından ayrıcalıklı davacılara nazaran daha özel koşullar öngörmesi nedeniyle hukuki teminat boşluklarının oluşması kaçınılmaz gözükmektedir.

Tüzükler bakımından söz konusu olan hukuki teminat boşluğu sorunu, İlk Derece Mahkemesinin AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasını, ATAD'ın sürekli içtihadından sapar bir şekilde yorumlayan kararı ile yeniden gündeme oturmuştur. ATAD içtihadına açık bir şekilde ters düşen İlk Derece Mahkemesinin 3 Mayıs 2002 tarihli kararı<sup>5</sup> bir balıkçılık işletmesi tarafından AT tüzüğünün iptali talebiyle karşı açılan dava nedeniyle verilmiştir. Dava konusu olan tüzük<sup>6</sup> özel bir balık türünü avlanmalara karşı korumak amacıyla Atlantığın muayyen alanlarında balıkçı gemilerine avlanma yasağı getirmektedir. Bu şekilde örneğin avlanma ağlarının deliklerinin büyüklüğü asgari ölçü olarak yavru balık avını azaltmak için 100 mm tespit edilmiştir. Davacı olan Fransız işletme, 4 gemisiyle söz konusu avlanma alanında sadece başka bir tür balık (wittling) avlamaktadır. Bu balık türü tüzük konusu balığa göre küçük ve her şeyden önce daha az etlidir. Dava konusu olan tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce avlanma ilmiklerinin genişliği 80 mm olan ağlar kullanılmaktaydı. Şayet derhal ilmikleri 80 mm'den daha geniş olan ağlar kullanılmaya başlanırsa, davacının görüşüne göre "Wittling" avcılığının kâr getirmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle İlk Derece Mahkemesi nezdinde balıkçılık işletmesi tarafından açılan iptal davasında büyük daire, davacıya hukuki teminat olanağı açmak için AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasına ilişkin olarak şimdiye dek yapılan yorumun değişmesi gerektiğini kabul etmiştir. ATAD şimdiye dek geçerli sürekli içtihadında gerçek ve tüzel kişilerin AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrası ışığında bir önlemden bireysel olarak etkilenmesini, onun kişisel

<sup>5</sup> EuG (Europäisches Gericht (İlk Derece Mahkemesi)), Urt. 3.5.2002-Rs.T-177/01, Slg.2002, II-2365; bknz. (Bakınız): Braun/Kettner, *Die Absage des EuGH (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften) an eine richterrechtliche Reform des EG-Rechtsschutzsystems*, DöV (Die öffentliche Verwaltung) 2003, s. 58.

<sup>6</sup> 1162/2001 sayılı AT Tüzüğü, bknz.: Abl.EG (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft) 2001, L159, s. 4.

özellikleri veya onu diğer kişilerden ayıran koşulları nedeniyle, tasarrufun o kişi bakımından tasarrufun muhatabı gibi bireysel sonuç doğurması durumunda kabul etmiştir<sup>7</sup>. Davacı balık işletmesinin bu tanıma göre bireysel olarak etkilendiği ve dava ehliyetinin olduğu iddiasının kabul edilmemesi gerekmektedir. Ancak İlk Derece Mahkemesi davacının etkin bir hukuki himayeye sahip olmaması nedeniyle, bireysel etkilenme ile ilgili tanımın değiştirilmesi gerekliliğini kabul etmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin yorumuna göre bireylere etkin bir yargısal hukuki teminat sağlamak için genel olarak geçerli Topluluk düzenlemelerinin gerçek ve tüzel kişilerin hukuki pozisyonlarını tereddütsüz etkilemeleri veya onların mevcut haklarını sınırlayan yahut yükümlülükler getiren sonuçlar doğurması halinde onların doğrudan ve bireysel etkilendikleri kabul edilecektir<sup>8</sup>. İlk Derece Mahkemesinin kararından 3 ay sonra ATAD 25 Temmuz 2002'de genel kurul olarak aldığı kararında İlk Derece Mahkemesi kararını vesile ederek, tüzüklere karşı iptal davası üzerinden bireysel hukuki himaye konusunu detaylı bir şekilde ele almış ve herhangi bir atıf yapmadan İlk Derece Mahkemesinin pozisyonunu ilgili kararında reddetmiştir<sup>9</sup>. ATAD'ın önüne gelen davanın konusu İspanyol çiftçilerinin kuruluşu olan UPA'nın bir AT tüzüğüne karşı yaptığı başvuru oluşturmuştur<sup>10</sup>. Tüzükte yapılan düzenlemeyle, zeytin ve zeytinyağı sektöründe yağlar için geçerli pazar organizasyonu değiştirilmiştir. Bu değişikliğe sofralık zeytinyağı ve zeytinyağı üretimindeki bazı gelişmeler ve dolandırıcılık olayları neden olmuştur. Değişiklikle küçük üreticiler için üretim yardımları, zeytinyağı için tüketici yardımı ve müdahale alımları kaldırılmıştır. Bunun dışında 1. 5. 1998'den sonra ekilen zeytin fideleri prensip olarak gelecekteki tüm desteklemelerin dışında bırakılmıştır.

ATAD 25. 07. 2002 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. ATAD kararında AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasında yer alan bireysel etkilenmeye ilişkin yorumunu korumuştur. Buna göre, 230. maddenin 4. fıkrasının başka türlü bir yorumunun anlaşmayla verilen yetkilerle bağdaşması mümkün değildir. ATAD bu görüşü takip eden başka kararında da ortaya koymuştur<sup>11</sup>. ATAD'ın AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasına ilişkin olarak yeni kararında da dile getirdiği yorumu eleştiri toplamıştır<sup>12</sup>. Somut karar-

<sup>7</sup> EuGH 15.7.1963, Rs. (Rechtssache) 25/62, Slg. (Sammlung) 1963, 211(Plaumann).

<sup>8</sup> EuG, 3.5.2002-Rs.T.177/01, Slg.2002, II-2365(Rn.(Randnummer)51).

<sup>9</sup> EuGH, 25.07.2002-Rs.C-50/00 P, Slg.2002, I-6677.

<sup>10</sup> Konseyin 1638/98 sayılı 20 Temmuz 1998 tarihli tüzüğü için bkz.: Abl.EG 1998, L 210, s. 32.

<sup>11</sup> EuGH, 1.4.2004 -C- 263/02 P, NJW 2004, s.2006.

<sup>12</sup> Callies, *Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz*, NJW 2002, s. 3577.

dan bağımsız olarak Schoch ATAD'ın pozisyonunu "cui bono" olarak nitelemiştir<sup>13</sup>.

### AT Tüzüklerine Karşı Bireysel Hukuki Teminat

Primer hukuka aykırı AT tüzüklerine karşı hukuki teminat sistemi subjektif hakların temini için iki yöntem öngörmektedir. Bu yollardan birincisi AT anlaşmasının 230. maddesine göre iptal davasının açılmasıdır. Diğer yol ise, kural olarak ulusal mahkemeler ve istisnai olarak da ATAD (İlk Derece Mahkemesi) nezdinde açılan davalarda kullanılan hukuka aykırılık defii yöntemidir. ATAD veya İlk Derece Mahkemesine doğrudan iptal davası üzerinden gitmek AT anlaşmasının düzenlemeleri nedeniyle oldukça sınırlı koşullarda mümkündür. Ayrıcalıklı davacı durumunda olmayanlar, ki bunlar AT anlaşmasının 230. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında sayılmayan kişilerdir, 230. maddenin 4. fıkrasına göre sadece kendilerini muhatap alan kararlara karşı ve başkalarına yönelik kararlara karşı, bu tasarruflar başkalarına yönelik ihdas edilseler de, doğrudan ve bireysel etkilenmeleri koşuluyla davacı olabilirler. İptal davası AT anlaşmasının 230. madde 4. fıkrasının lafzına göre hukuki teminatı prensip olarak kararlara karşı ve sadece istisnai durumlarda tüzüklere karşı kabul etmektedir.

Hukuka aykırılık defii ise kural olarak doğrudan ulusal mahkemeler nezdinde açılan davalar çerçevesinde gündeme gelmektedir. Ulusal mahkemeler AT tüzüklerinin geçerliliği sorununu önkarar prosedürü ile AT anlaşmasının 234. maddesinin 1. fıkrası, b bendine göre ATAD'a getirebilir. Tipik olarak görülen durum Topluluk tüzüklerine istinat eden ulusal icra tasarruflarına karşı AB yurttaşlarının ulusal mahkemeye başvurması ile ortaya çıkmaktadır. Ulusal mahkeme ulusal tasarrufun denetimi çerçevesinde sekonder hukukun primer hukuka aykırılığını defii nedeni olarak kabul etmektedir.

Ulusal mahkemenin Topluluk tasarruflarını geçersiz kılma yetkisine sahip olmaması nedeniyle, tüzüğün geçerliliği tereddüt yaratabilir. Önceden oluşan bir Topluluk içtihatının bulunmaması durumunda ulusal mahkeme tarafından ATAD nezdinde önkarar prosedürüne başvuru ile bu tereddüt ortadan kaldırılabılır.

Topluluk hukukunda hakların teminine ilişkin olarak ortaya çıkan her iki yöntem de, teminat olanakları ve sınırlamaları itibariyle yetersiz görülmektedir. Bu çerçevede kapsamaları farklı iki pozisyonun ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlardan birini ATAD kanun sözcüsü Jacobs temsil etmektedir. Jacobs "UPA" davasına ilişkin nihai talebinde, ulusal mahkemelerde cereyan eden prosedürün Topluluk tasarruflarının geçersizliğini iddia eden bireylere

<sup>13</sup> Schoch, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, bknz.: Schmidt-A\_mann (Hrsg.) (Herausgeber (yayınlayan)), Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, s. 507.

kapsamlı bir yargısal teminat vermek bakımından uygun olmadığını ifade etmiştir<sup>14</sup>. Jakobs'a göre etkin bir hukuki teminat ancak münhasıran Topluluk mahkemelerinde cereyan eden, norm denetimine matuf doğrudan bir dava olan iptal davasıyla gerçekleşebilir. AT anlaşmasının 234. maddesi üzerinden önkarar prosedürüyle sekonder Topluluk hukukunun ATAD önüne geçerlilik denetimi için gelmesi durumunda hukuki teminat boşluklarının devam etmesi mümkündür<sup>15</sup>.

İkinci görüş ise hukuka aykırılık defii ile sağlanan hukuki teminatı prensip olarak yeterli görmektedir. Ancak ulusal teminat sisteminin etkin bir yargısal teminat öngörmemesi yahut Topluluk sekonder hukukunun icra tasarrufuna ihtiyaç göstermemesi, bu şekilde ulusal icra mercileri tarafından icra tasarrufunun ihdas edilmemesi gibi istisnai durumlarda ulusal mahkemeler önünde etkin bir hukuki teminat elde edilemediği nispette iptal davasının caiz olması gerekmektedir<sup>16</sup>.

Gerek kanun sözcüsü Jacobs, gerekse İlk Derece Mahkemesi ortaya koydukları görüşleriyle ATAD'ın bireylerin iptal davası açma yetkisini sınırlayan içtihadını eleştirmişlerdir. Topluluk hukukunda kabul edilen hakların temini garantisini etkin bir teminatı gerektirmektedir. Bu hukuki teminat ulusal mahkemeler tarafından sağlanamadığı nispette, İlk Derece Mahkemesi veya ATAD nezdinde bu teminatın iptal davası ile sağlanması gerekmektedir. Bunun için doğal olarak AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasının koşullarının dar yorumundan dönülmesi gerekmektedir.

### **Topluluk Hukukunda Yer Alan Hakların Temini Garantisi**

Subjektif hakların ihlali durumunda bireysel hakların kapsamlı ve etkin olarak korunması garantisini Topluluk hukukunda açık bir şekilde öngörülmemiştir. AB için henüz hukuken bağlayıcı olmayan Avrupa Temel Haklar Şartının 47. maddesinin 1. fıkrasında hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, bu maddede yer alan koşullara göre bir mahkemeye etkin bir hukuki yardım için başvuru yapabilmesi kabul edilmiştir. Açık bir düzenleme olmaksızın da ATAD içtihadında Topluluk hukukunda hakların temini garantisinden hareket edildiği görülmektedir. ATAD'ın 23. 04. 1986 tarihli kararı bu çerçevede bir başlangıcı teşkil ederek, Topluluğun bir hukuk topluluğu olarak, ne üye devletlerin, ne de Topluluk organlarının tasarruflarını, Topluluk anayasa belgesine, kurucu anlaşmalara uygunluk denetiminden muaf

<sup>14</sup> EuGH, Slg.2002, I-6677(6681).

<sup>15</sup> Hilf/Hörmann, *Der Grundrechtsschutz von Unternehmen im europäischen Verfassungsverbund*, NJW 2003, s. 1.

<sup>16</sup> İlk Derece Mahkemesinin 3 Mayıs 2002 tarihli kararı bu görüşü dile getirmektedir. Rs.T-177/01, Slg.2002, II-2365.

kılamayacağını dile getirmiştir<sup>17</sup>. Bu ifade üç hafta sonra verilen diğer bir kararda da tekrar edilerek subjektif Topluluk hakları için etkin bir yargısal hukuki teminatın gerekliliği ortaya konulmuştur<sup>18</sup>. ATAD 15 Mayıs 1986 tarihli kararında, 76/207 sayılı kadın ve erkeklerin eşit muamelesine ilişkin AT direktifinin<sup>19</sup> 6. maddesinde yer alan hukuki teminatı, üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden doğan genel hukuk ilkesinin ifadesi olarak nitelendirmiştir. ATAD, hakların temini garantisini aynı şekilde primer Topluluk hukukunda da yerleştirme sorumluluğunu üstlenmiştir.

### İptal Davasının Sınırlı Kapsamı

İptal davası ile hukuki teminat ayrıcalıklı olmayan davacılar bakımından 230. maddenin 4. fıkrası muvacehesinde sadece çok dar kapsamda söz konusu olabilmektedir. Bu hükme göre gerçek veya tüzel kişileri kendilerini muhatap alan kararlara ve diğer tasarruflara karşı, bu tasarruflar tüzük karakterli olsalar veya diğer kişileri muhatap alsalar dahi, kendilerini doğrudan ve bireysel etkilemeleri koşuluyla dava açabilirler. Oldukça karışık formüle edilen bu hükümden çıkan sonuçlara göre, bireyler tarafından açılan iptal davalarının konusu prensip olarak kararlardır. Bu kararlar,

- AT anlaşmasının 249. maddesinin, 4. fıkrasının muvacehesinde davacıyı muhatap alabilir;
- AT anlaşmasının 249. maddesinin 4. fıkrası muvacehesinde 3. kişileri muhatap alabilir, ancak bu kararların davacıyı doğrudan ve bireysel etkilemesi gerekmektedir;
- AT anlaşmasının 24. maddesi 2. fıkrası muvacehesinde bu tasarruflar, davacıyı doğrudan ve bireysel etkileyen tüzük şeklinde ihdas edilmiş olabilir.

Tüzüklere karşı açılan iptal davası üzerinden bireysel teminatın sağlanması AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında yer alan koşullarla mümkündür. Bu düzenleme bireysel teminatı tüzüklere teşmil etmemektedir. Hukuki teminatın kararlara karşı kabul edilmesi kuralı değişmemektedir. AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrası ile sadece seçilen hukuki tasarruf türü ile Topluluk organlarının hukuki teminatı daraltması önlenmek istenmiştir. Öngörülen düzenlemenin lafzına göre ayrıcalıklı olmayan davacıların tüzüklere karşı iptal davası açması tasarrufun maddi hukuk anlamında karar teşkil etmesi koşuluna bağlıdır. Diğer bir ifadeyle görünüşte tüzük olan kararlara karşı bireylerin dava açma hakkı kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> EuGH, 23.4.1986-Rs.294/83, Slg.1986, 1339(1365) –Les Verts-.

<sup>18</sup> EuGH, 15.5.1986-Rs.222/84, Slg.1986, 1651 –Johnston-.

<sup>19</sup> 9.2.1976 tarihli direktif için bkz.: ABl.(Amtsblatt) Nr .L 39/40; direktifin 23.9.2002 tarihli değişikliği için bkz.: ABl .Nr. L269/15.

<sup>20</sup> EuGH, 14.12.1962-Rs.16 ve 17/62, Slg.1962,963; EuGH, 5.5.1977 –Rs.101/76, Slg.1977, 797.

AT anlaşmasının 241. maddesi hukuka aykırılık defii için bir tüzüğün mevcudiyetini gerektirdiği gibi, AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrası da bir kararın mevcudiyetini gerektirmektedir. Düzenlemeler muvacehesinde kararlar ve tüzüklerin birbirinden ayrılması maddi hukuk kriterleri ışığında yapılabilir. ATAD içtihadı muvacehesinde önlemler içeriklerine göre objektif olarak muayyen konulara uygulanabilirliği ve hukuki etkilerini genel yahut soyut kişiler bakımından göstermesi esasında tasnif edilir<sup>21</sup>.

ATAD'ın AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasına ilişkin pozisyonundan anti-damping hukukuna ilişkin tüzüklerin iptal kararlarında adım adım uzaklaştığı<sup>22</sup> ortaya çıkmaktadır<sup>23</sup>. Bu gelişme anti damping tüzüklerini "toplama kararlar" veya "münferit kararlar demeti" olarak ifade eden özel durumla meşrulaştırılmak istenmiştir<sup>24</sup>. Ancak anti damping hukuku dışında da, bireylerin doğrudan ve bireysel etkilenmeleri durumunda, bir önlemin normatif karakterinin iptal davası açma hakkını ortadan kaldırmadığı görülmektedir. ATAD'ın bu çerçevede bireysel etkilenmeye ilişkin unsuru geniş yorumlamaya hazır olması çok önemlidir.

ATAD içtihadında hakların etkin olarak teminine yönelik olarak ortaya çıkan bu gelişme, diğer bir ifadeyle, bireylerin tüzüklere karşı iptal davası açabilmesi, AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasına ters düşmektedir. AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasında açık bir şekilde, iptal davasının konusu olarak kararlardan söz edilmektedir. Madde lâfzı muvacehesinde tüzükler bakımından davacının doğrudan ve bireysel etkilenmesi söz konusu olsa da dava açılması mümkün değildir<sup>25</sup>. Bugün literatürde davacının doğrudan ve bireysel etkilenmesi koşuluna bağlanan norm denetimi davasına ilişkin eleştiriler içtihatın kendisine yöneliktir. Tüzüklerin ayrıcalıklı olmayan davacılar tarafından iptal davası konusu yapılamaması durumunda, Topluluk hukukuna dayanan hak ve özgürlüklerin ağır ve telafi edilemez şekilde ihlaline yol açılacağı iddiasının AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrası ışığında ileri sürülmesi mümkün olmadığı gibi, tüzüklerin içtihat yoluyla AT anlaşmasının 230. maddesi 4. fıkrası ışığında dava konusu yapılabileceğini ileri sürmek de mümkün değildir<sup>26</sup>. AT anlaşmasının 230.

<sup>21</sup> EuGH, 6.10.1982-Rs.307/81, Slg.1982,3463 –Alusiusse; EuGH, 24.2.1987 –Rs.26/86, Slg.1987,941 –Deutz und Gildermann.

<sup>22</sup> bknz.: EuGH, 11.11.1981 –Rs.60/81, Slg.1981,2639 –IBM.

<sup>23</sup> W.Cremer, *Individualrechtsschutz gegen Rechtsakte der Gemeinschaft: Grundlagen und neuere Entwicklungen*, bknz.: Nowak/Cremer (Hrsg.), *Individualrechtsschutz in der EG und der WTO (World Trade Organization)*, 2002, s. 27.

<sup>24</sup> Burgi, bknz.: Rengeling/Middeke/Gellerman (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, 2.bası 2003, §Rn.48.

<sup>25</sup> Cordorniu davası için bknz.: EuGH, 18.5.1994 –Rs.C-309/89, Slg.1994, I-1853.

<sup>26</sup> Richter, *Doppelnatur von Rechtsakten in Antidumpingverfahren*, RIW (Recht der internationalen Wirtschaft) 1986, s. 561.

maddesi 4. fıkrasının açık şekilde sadece kararları dava konusu olarak öngörmesi nedeniyle genişletici yorum yargıç hukukunun “contra legem” olmasına neden olur. . İçtihatın 230. madde 4. fıkrasına ters düşmesi mümkün değildir. Hukuk dogmatığı açısından ana engeli davacının bireysel olarak etkilenmesini, muayyen kişisel özellikleri veya koşulları nedeniyle onu diğer kişilerden ayıran ve hukuki statüsünün tasarrufun muhatabı gibi etkilenmesi koşuluna bağlayan Plauman formülü teşkil etmemektedir<sup>27</sup>. Engeli oluşturan 230. maddenin 4. fıkrasının lâfzıdır.

AT anlaşmasının 230. maddesi 4. fıkrasına ATAD tarafından getirilen yorumun ATAD tarafından kabul edilen hukuki teminat garantisiyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir. Topluluk hukukunun tüm Topluluk tasarrufları bakımından bir hukuki denetim kabul etmesi ve bu denetimin tüm subjektif Topluluk hakları bakımından da geçerli olması nedeniyle subjektif haklar bakımından hukuki teminat boşluğu iddia edilemez.

Primer hukukta yer alan hakların temini garantisi üzerinden iptal davasının uygulama alanının genişletilmesi, metodolojik nedenlerle zordur. Primer hukuktan istihraç edilen hakların temini garantisi ile anlaşmanın kendisinden doğan boşluklar doldurulamaz. Mahkemelerin yetkilerine ilişkin düzenlemeler ve münferit davalara ait dava açma koşulları AT anlaşmasındaki hukuki teminat garantilerini somutlaştırmaktadır. AT anlaşmasının 220. maddesinde yer alan düzenlemeler anlaşmadaki hukuki teminat garantisi ile aynı hiyerarşiye sahiptir. Hukuki teminat garantisinin üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden istihraç edilmesi AT anlaşmasının değiştirilmesini mümkün kılmamaktadır. AT anlaşmasında düzenlenen teminat sistemi boşluklar içerse de, anlaşma metnine ters düşer şekilde hukuki teminat garantisi anlayışıyla bu boşluklar doldurulamaz.

İlk Derece Mahkemesinin Fransız mahkemelerinde etkin bir hukuki teminat sağlama olanağının bulunmaması nedeniyle Jago Quéré davasında kendisine yapılan iptal davası başvurusunu kabul etmesi yukarıda dile getirilen esaslardan sapıldığını göstermektedir.

### **Ulusal Mahkemelerde İnzident Hukuki Teminatın Sağlanması**

Yukarıdaki bölümde temsil edilen görüşlerin takip edilmemesi ve ATAD paralelinde AT anlaşmasının 230. maddesinin 4. fıkrasının gereklerinin muayyen ölçüde esnekleştirilmesi durumunda da tüzüklere karşı iptal davası üzerinden hukuki teminatın yeterli ölçüde sağlanması mümkün gözükmemektedir. AT anlaşmasının 230. maddesinde açık bir şekilde AT tüzüklerinden etkilenen herkesin iptal davası ile Topluluk mahkemelerine gidemeyeceği

<sup>27</sup> Nettesheim, *Effektive Rechtsschutzgewährleistung im Arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes*, JZ (Juristen Zeitung) 2002, s. 928.



öngörülmektedir. Doğrudan açılan bir davayla hukuki teminatın sağlanamamasından doğan hukuki boşluğun, AT anlaşması sistematığına göre ulusal mahkemeler nezdinde inzident hukuki teminat yoluyla - gerektiği takdirde önkarar prosedürü ile - doldurulması mümkündür. Inzident denetimin hukuki teminat olarak ne ölçüde etkin hukuki himaye sağlayacağı bu çerçevede tartışılacaktır.

### **İnzident Norm Denetiminin Etkin Hukuki Teminata Katkısı**

Ulusal mahkemeler üzerinden gerçekleşen inzident hukuki teminat prosedürü dolaylı olarak AT tüzüklerinin geçerliliğinin denetimini sağlamaktadır. Prensip olarak bu durum tüzüklere istinat eden ulusal idari tasarruflar bakımından ortaya çıkmaktadır. Genel kanaate göre ulusal idari tasarrufun AT tüzüğüne ters düşmesi durumunda, hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Ulusal idari tasarrufun hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde ulusal idari tasarrufa dayanak olan AT tüzüğünün hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır.

AT tüzüğünün hukuka uygunluğu ve ulusal idari tasarrufun hukuka uygunluğu arasındaki ilişkinin dogmatik olarak nasıl açıklanacağı Topluluk hukukunda uzun süre boşlukta kalmıştır. Ulusal hukukta hukuka aykırı bir norma istinat eden idari tasarruf etkin bir hukuki dayanağı olmaması nedeniyle hukuka aykırı kabul edilmektedir. Topluluk hukukunda detaylı inceleme yapıldığı zaman bu sorunun düzenlenmediği görülmektedir.

Hukuka aykırı tüzük ATAD tarafından geçersizliğinin veya iptalinin karara bağlanmasıyla sadece tespit anlamında değil, dayanak olma anlamında da işlevini kaybedecektir; ancak bu karar verilinceye kadar tüzük hukuken etkin olmaya devam edecektir. Bu nedenle ulusal idari tasarrufun ATAD'tan karar çıkıncaya dek ulusal hukuk muvacehesinde hukuka aykırılığının kabulü kolay gözükmemektedir. Bununla beraber ulusal mercilerin hukuka aykırı tüzükleri etkin olmalarına rağmen uygulama mükellefiyeti bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Bu durum primer hukuka aykırı tüzüklere dayanan idari tasarrufların hukuka aykırılığının kabulüne yol açmaktadır. Bu şekilde tüzüklerin hukuka aykırılığı ve idari tasarrufların hukuka uygunluğu arasında bir bağ oluşmaktadır. Ancak böyle bir çözüm ATAD içtihatında yer alan ifadeye ters düşmektedir. ATAD AT anlaşmasının 241. maddesi muvacehesinde hukuki dayanağın geçersiz olması halinde, buna istinat eden münferit kararların bu durumdan etkileneceğini ortaya koyan pozitif hukuk ilkesini içtihadında tekrar etmiştir<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Baumeister/Ruthig, *Staathaftung wegen vollzugsnichtiger Normen*, JZ 1999, 117.

<sup>29</sup> EuGH, 13.06.1958 –Rs.9/56, Slg.1958,9 –Meroni I; EuGH, 6.3.1979 –Rs.92/78, Slg.1979,777 – Simmerthal.

AT organlarının münferit kararlarının ulusal mahkemeler üzerinden inzi-  
dent denetiminin dogmatik olarak nasıl açıklanacağı tartışmalıdır. Bu tasar-  
rufların geçerliliği genel görüşe göre AT anlaşmasının 234. maddesi 1. fıkrası-  
sında b bendi muvacehesinde önkarar prosedürü konusu olabilir. AT anlaş-  
masının 230. maddesi 5. fıkrası muvacehesinde iptal davaları için geçerli  
olan sürenin dikkate alınması gerekliliği nedeniyle, AT tasarruflarının ge-  
çerliliğinin iptal davaları için geçerli olan sürenin aşılmasından sonra önka-  
rar prosedürü üzerinden denetlenmesi mümkün değildir<sup>30</sup>. Inzident hukuki  
teminat tüzüklerin ulusal merciler tarafından icra edilmesi gerekmediği  
takdirde sorun teşkil etmektedir. Bu durumlarda bireyler doğrudan tüzük-  
lerin muhatabı olmaktadır.

Balıkçılıkta kullanılan ağların ilmik ölçüsünü öngören Topluluk tasarrufu  
bir icrai tasarrufu gerektirmemektedir. Hukuki etkinlik doğurması için ida-  
ri mercilerin karar almasına gerek bulunmamaktadır. Ulusal idari merciler  
tüzüğü dayanak alarak tasarrufta bulunmadıkları nispette, ulusal idari bir  
tasarrufun iptali söz konusu değildir. Bu şekilde inzident hukuki teminat or-  
tadan kalkmaktadır.

Normatif aykırılıklara karşı inzident hukuki teminatı mümkün kılan bir  
yöntem de tespit davasının açılmasıdır. Bu dava, ilgili tüzüğün hukuki ge-  
çerliliği koşuluyla tesis edebilecek bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının  
tespitine matuf olarak açılabilir<sup>31</sup>. Jege Quéré davasında İşletme, ilgili av-  
lanma alanında ilmiklerinin genişliği 80 mm olan ağlarla avlanmaya devam  
etme hakkının tespitini ihlal davası üzerinden talep edebilirdi. AT tüzüğü-  
nün icrası veya uygulanması herhangi bir şekilde ulusal mercilerin yetkisi-  
ne girdiği takdirde, davaların doğrudan ulusal mahkeme önüne gelmesi  
mümkündür.

ATAD tarafından karara bağlanan zeytin ve zeytinyağı pazarına ilişkin UPA  
davasında da, inzident hukuki teminat için farklı olanaklar söz konusu edil-  
miştir. Zeytin-zeytin yağı üreticisinin eski kurallara göre sübvansiyon koşul-  
larını yerine getirdiği nispette, yetkili ulusal merciye yardım için dilekçe  
verme hakkı bulunmaktaydı. Ulusal merciin yeni Topluluk tüzüğü ışığında  
bu talebi reddetmesi halinde Topluluk tüzüğüne karşı inzident denetimin bir  
tespit davası ile sağlanması mümkün olabilirdi. Örneğin üreticilere yardım  
yapılmasının, üreticinin muayyen bir tutumuna bağlı kılınması durumunda,  
bu önlemlerin yerine getirilmesinin hukuki durumun belirsizliği nedeniyle

<sup>30</sup> EuGH, 15.2.2001 –Rs. C-239/99, Slg.2001, I-1197; EuGH, 9.3.1994 –Rs. C-188/92,  
Slg.1994, I-833.

<sup>31</sup> Siemer, *Rechtsschutz ein Spannungsfeld zwischen Normenkontrolle und  
Feststellungsklage*, bkz.: Erichsen (Hrsg.), *System des verwaltungsgerichtlichen  
Rechtsschutzes*, Festschrift für C-F.Menger, 1985, s. 501.

mümkün olmadığının tespiti talebi yapılabilirdi. Ulusal mahkemeler üzerinden Topluluk haklarına hukuki teminat sağlanması ATAD kanun sözcüsü Jacobs'un ve literatürde bir çok yazarın ifade ettiği gibi hukuken tatmin edici gözükmemektedir. İnzident hukuki teminat Topluluk yargısı önünde cereyan eden iptal davasını tatmin edici olarak ikame edememektedir.

Ulusal hukukta paralel bir problem olarak görülen yasamanın hukuka aykırı tasarrufları aleyhine, örneğin Federal Almanya'da, subjektif hakların temini için inzident hukuki teminat olarak Anayasa mahkemesi nezdinde anayasa şikayeti davası açılabilir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi sürekli içtihatında kanunlara karşı Anayasa şikayetini subsidiier olarak kabul etmektedir<sup>32</sup>. İnzident prosedür ile haklar etkin temin edilebildiği takdirde, hukuki teminat boşluğundan söz edilemez; aksi takdirde bir boşluğun bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

### **AT Anlaşmasının 234. Maddesinde Öngörülen Prosedürün Hukuki Teminat Niteliği**

İnzident hukuki teminata yöneltilen en önemli eleştiri, başvuru yapılan ulusal mahkemenin Topluluk tasarrufunu iptal etme yetkisinin olmamasına ilişkindir. Ulusal mahkemeler sadece Topluluk hukukunun yorumu, uygulanması ve icrası çerçevesinde Topluluk hukuku mahkemesi olarak görülebilir. Buna karşılık Topluluk tasarruflarının geçerliliği bakımından Topluluk mahkemesi olarak nitelendirilemezler. AT anlaşmasının 234. maddesine göre ulusal mahkemeler ATAD'a başvurmakla mükelleftir. Önkarar davası bireyler bakımından bir hukuki teminat aracı değildir<sup>33</sup>. Önkarar davası prensip olarak subjektif hakların temini prosedürü değildir. ATAD önünde cereyan eden bu prosedürde, ulusal mahkemede derdest davanın tarafları subjektif haklarının teminine matuf bir talep yapmaktadır. Dava tarafları önkarar prosedürü çerçevesinde müdahil statülerinden istifade ederek yazılı dilekçe, yazılı açıklama, duruşma talep edebilir, duruşmalara katılabilir, ifade verebilirler. Bununla beraber bütün bu hususlar bu prosedürün subjektif hakların teminine matuf olduğunu ortaya koymamaktadır. Önkarar davasının açılması, prosedürün konusu somut davanın taraflarınca değil, ulusal mahkeme tarafından tayin edilir. Önkarar davasının bireysel hukuki teminata hizmet etmesi bu çerçevede rol oynamamaktadır.

Bununla beraber ulusal mahkemeler nezdinde inzident hukuki teminatın gerekliliği tartışma götürmez şekilde ortadadır. Hakları temin eden prosedür ulusal mahkeme önünde cereyan eden prosedürdür. Bu prosedür üzerinden dolaylı olarak davacının subjektif hakları korunmaktadır. Ulusal mah-

<sup>32</sup> BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 69, 122.

<sup>33</sup> ATAD kanun sözcüsünün görüşü için bkz.: EuGH, Slg.2002, I-6681-UPA.

kemelerin inzident yetkisinin tüm Topluluk hukukunu kapsamaması, bu prosedürün mutlak olarak subjektif hakları temin edemeyeceği sonucunu vermez. AT anlaşmasının 234. maddesi hakların etkin teminini sağlamaya-bilir veya geciktirebilir. Bununla beraber AT anlaşmasının 234. maddesi AT hukuk sisteminin bir parçasıdır ve bu nedenle hukuki teminat garantisinin şekillendirilmesi ve sınırlandırılması çerçevesinde mütalaa edilmek durumundadır.

### **ATAD'a Başvurunun Hukuka Aykırı Olarak İhmal Edilmesi**

İnzident denetimin hakların temininde yeterliliği tartışmasında ileri sürülen bir husus da, başvuru mükellefiyetinin ihlal edilmesi durumudur<sup>34</sup>. Ulusal mahkeme kararlarının ATAD tarafından denetim imkanının olmaması, etkin hukuki teminatın engellenmesi veya sınırlanması olarak görülmektedir. Bu gerekçe ikna edici değildir. AT anlaşmasının hükümlerine riayeti münhasıran ATAD denetlemektedir. AT anlaşması prensip olarak başvurunun sadece ulusal mahkemelere ait bir hak olmasından hareket etmektedir. Bu çerçevede doğal olarak Komisyon veya üye devletlerden biri tarafından bir ihlal davasının açılması mümkündür. Bir yanılığın nedeniyle önkarar başvuru mükellefiyetinin yerine getirilmemesi bu prosedürün hakların temininde yetersiz olduğu sonucunu vermez.

### **Hukuki Teminatın Gecikmesi**

İnzident norm denetimine karşı ileri sürülen bir diğer argüman da, ulusal mahkemelerde prosedürün uzun sürmesi nedeniyle hukuki teminatın etkinliğinden söz edilmeyeceğine ilişkindir<sup>35</sup>. Ulusal yargı sistemlerindeki hukuki araçlarla bağlantılı gecikmeler nedeniyle, ulusal mahkemeler üzerinden gerçekleşen inzident hukuki teminat oldukça külfetli görülmektedir. İnzident hukuki teminat ihdas edilen veya edilmesi söz konusu olan ulusal idari tasarrufa karşı bir teminattır. Bu tutum daima sadece ulusal mahkemelerde cereyan eden prosedürde ortaya konabilir.

Hukuka aykırılığın nedeni hukuka aykırı AT tüzüğü olduğu durumlarda, Topluluk mahkemelerinde sağlanan hukuki teminat bireyler için yeterli olmamaktadır. AT tüzüklerine karşı iptal davası açma olanağı ayrıcalıklı olmayan davacılar bakımından ulusal mahkemeler nezdinde sağlanan hukuki teminatı genelde ikame edememektedir. İnzident hukuki teminat bu nedenle AT anlaşmasının iradesinden sapan bir yöntem olarak nitelendirile-

<sup>34</sup> Rengeling, *Brauchen wir die Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene?* Bknz.: Due (Hrsg.), Festschrift für U.Everling, 1995, Bd. (Band) II, s. 1187.

<sup>35</sup> Sedemund/Heinemann, *Rechtsschutzdefizite in der EG*, DB (Der Betrieb) 1995, s. 1161.

mez. İnzident hukuki teminat hukuka aykırı AT tüzüklerinin söz konusu olduğu durumlarda AT anlaşmasının 234. maddesi üzerinden ihlal edilen hakkın etkin olarak savunulabileceği doğrudan bir yol olarak kabul edilmektedir.

Gecikme argümanı daha çok yanlış kararlar verilmesine yol açan durumlar nedeniyle dile getirilmektedir. Ulusal mahkemelerin AT tüzüklerinin hukuka aykırı olduğunu farketmemeleri durumunda, AT tüzüklerinin geçerliliği sorunu çok yıllar sonra veya koşullara bağlı olarak belki hiçbir zaman ATAD önüne gelmeyebilir. Hatalı kararları kendine esas alan böyle bu argüman, bu prosedürün hukuki teminat yeterliliğine karşı hiçbir zaman kanıt olarak kullanılamaz. Hukuki teminatın gecikmesi ulusal mahkemenin prosedürü başlatması çerçevesinde söz konusu olabilir. AT tüzüğünün geçerliliğine ilişkin kararın zamanlama olarak gecikmesi prosesin başlamasından ATAD'a arzetme kararına kadar olan zaman diliminde de ortaya çıkabilir. Bu gecikme ancak ATAD'ın yükünün bu prosedür üzerinden azaltılması iradesiyle izah edilmektedir. İnzident hukuki teminat prosedürü filtre fonksiyonuyla Topluluk mahkemelerinin yükünü azaltmaktadır. İnzident hukuki teminatın gecikmeye değil, tamamen tersine hukuki teminat prosedürünün kısaltılması etkisine sahip olduğu görüşü savunulmaktadır. Ulusal mahkeme gerekli olmayan davaları ATAD'a ulaştırmamaktadır. İnzident hukuki denetimin hızlandırıcı yanına da dikkat çekilerek, bu özelliğin davaya ilişkin hazırlığın arz eden mahkeme tarafından yapılmasından ileri geldiği belirtilmektedir. Bu şekilde ATAD hızlı bir şekilde AT tüzüğünün hukuka uygunluğunu değerlendirebilmektedir. Bu durum prosedürün kısa zamanda tamamlanmasını mümkün kılmaktadır.

### **Arzetme Mükellefiyetinin Nihai Mahkemelerle Sınırlanması**

İnzident norm denetimine karşı ileri sürülen bir başka argüman da arz etme mükellefiyetinin nihai mahkemelerle sınırlanmasına dayandırılmaktadır. Diğer ulusal mahkemelerin başvuru mükellefiyetlerinin olmaması bu prosesin hakların temininde yetersiz olduğu sonucunu vermemektedir. 234. maddenin 2. ve 3. fıkraları başvuru mükellefiyetini ulusal mahkeme kararlarının nihai olup olmasını esas olarak düzenlemiştir. Ancak bundan hiçbir şekilde kararları nihai olmayan ulusal mahkemelerin, bir AT tüzüğünü hukuka aykırı görmesine rağmen, hukuki uyuşmazlığı tüzüğün hukuka aykırılığını dikkate almadan karara bağlayacağı sonucu çıkarılamaz. Sadece nihai mahkemeler değil, her ulusal mahkeme hukuki uyuşmazlığa esas olan AT tüzüğünün geçerliliği tereddütü doğması halinde önkarar talebi yapabilir<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> EuGH, 22.10.1987 –Rs.314/85, Slg.1987, 4199 –Foto Frost.

## **Hakları Temin Eden Geçici Prosedürde Birbirine Ters Düşen Kararların Çıkması Riski**

Ulusal mahkemelerin AT anlaşmasının 234. maddesine göre Topluluk hukuku sorununu gecikmeyle ATAD'a arzemesi birbirinden sapan kararların ortaya çıkmasına yol açabilir. Bu durum Topluluk hukukunun mütecanis uygulanmasını tehlikeye sokabilir.

AT tüzüklerinin inzident denetiminin ulusal mahkemelerin yetkisine girmesi Topluluk hukukuna ters düşen kararların ve üye devletlerde farklı kararların verilmesine neden olabilir. Bütün bu risklere rağmen AT tüzüklerinin yüksek hiyerarşide bulunan AT hukukuyla uyum içinde olmasını temin ettiği nispette inzident denetim prensip olarak etkin bir hukuki teminat teşkil etmektedir.

Ulusal mahkemelerin tüzükleri iptal edememesi veya 234. maddenin 2. fıkrasına göre başvuru mükellefiyetinin olmaması sonucu değiştirmemektedir. Önkarar prosedürü Topluluk teminat sisteminin bir parçasıdır. Bu nedenle de Topluluk organ tasarruflarının geçerlilik denetimi 234. maddenin 1. fıkrası b bendinde açıkça önkarar sorunu olarak zikredilmiştir. Bu çerçevede hukuki teminata bir sınırlama uygulanmak istenseydi, sınırlamanın anlaşmada yer alması gerekirdi. İnzident hukuki teminat lege frenda olarak da vazgeçilmez bir prosedürdür.

İptal davası üzerinden doğrudan dava açma olanağının genişletilerek sağlanması durumunda dahi, Topluluk hukukuna aykırı tasarruflara istinat eden ulusal önlemlere karşı ulusal mahkemeler nezdinde bir hukuki teminat prosedürüne mutlaka gereksinim bulunmaktadır. İptal davası ulusal mercilerin icrai tasarrufları çerçevesinde önkarar prosedürünü ikame edemez. İptal davasının doğrudan açılan bir dava olarak inzident teminata nazaran daha etkin olduğu hakkında ilk bakışta verdiği izlenim doğru değildir.

### **İstisnai Bir Durum Olarak AT Anlaşmasının 68. Maddesi**

ATAD'a başvuru hakkını özel bir düzenleme olarak sadece nihai mahkemelerle sınırlayan AT anlaşmasının 68. maddesinin 1. fıkrasının uygulanma alanında (kişilerin serbest dolaşımı, vize, iltica ve göç) önemli hukuki teminat problemleri ortaya çıkmaktadır<sup>37</sup>. İlk derece mahkemelerinin başvuru hakkı olmaması nedeniyle, hukuki teminatı nasıl sağlayacakları hususu tam olarak açık değildir. AT anlaşmasının 61. maddesi ve devamındaki maddelerin kapsamına giren alanlarda geçersiz tüzüklerin sayıca çok olmaması

<sup>37</sup> Pache/Knauff, *Wider die Beschränkung der Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren – zugleich ein Beitrag zu Art. (Artikel) 68 I EG*, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2004, s.16.

nedeniyle konunun abartılmaması gerekiyorsa da, 68. maddede yer alan düzenlemenin hukuk dogmatığı bakımından ele alınması gerekmektedir.

ATAD'ın yükünün azaltılması gerektiği gerekçesiyle bir taraftan başvuru hakkının nihai mahkemelerle sınırlanması argümanı ileri sürülse de<sup>38</sup>, diğer taraftan da özellikle AT anlaşmasının 68. maddesinin 1. fıkrasının Topluluk anayasasına aykırılığı iddiası ışığında<sup>39</sup> hukuk dogmatığı bakımından konuya bir açıklık getirilmesi gereksinimi olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

ATAD'ın Foto-Frost davasıyla başlattığı içtihat ulusal mahkemelerin Topluluk tasarruflarına karşı denetim yetkisinin olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak ulusal mercilerin Topluluk hukukuna aykırı tüzükleri, geçersizliğin henüz ATAD veya İlk Derece Mahkemesi tarafından tespit edilmemiş olduğu gerekçesiyle uygulamaya devam etmesi, hukuki uyuşmazlığın konusunu teşkil eden ulusal idari tasarruflara karşı hukuka aykırılık iddiasına yol açmaktadır.

Davacı Topluluk hukukuna aykırı idari tasarrufa karşı dava açmaktadır. Ancak kendisine başvuru yapılan ulusal mahkemelerin şayet bu iddia AT tüzüğünün geçerliliğine bağlı ise, bu hukuka aykırılığı saptama yetkisi bulunmamaktadır. AT anlaşmasının 68. maddesinin 1. fıkrası, ulusal mahkemelere AT anlaşmasının 234. madde 1. fıkra b bendi ile açılan yolu kapatmış olması nedeniyle, söz konusu uyuşmazlığı çözümsüz kılmaktadır. Bu sorunun çözülmesi için değişik öneriler yapılmıştır. Bunlar AT anlaşmasının 234. maddesine göre başvuru mükellefiyetinin kabul edilmesi<sup>40</sup>; AT tüzüklerinin geçerlilik denetimi yapılmaksızın ulusal idari tasarrufun iptaline karar verilmesi<sup>41</sup> ve ulusal mahkemelere Topluluk tasarruflarını denetleme yetkisinin tanınmasıdır<sup>42</sup>. Bu çözümlerin AT hukukuyla bağdaşıp bağdaşmadığının incelenmesi gerekmektedir. Önkarar başvuru mükellefiyetini AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkra lafzı, sistematığı ve amacı ile bağdaştırılması mümkün değildir. 234. maddenin 68. maddenin yer aldığı başlığa uygulanması sı-

<sup>38</sup> Lipp, *Europäische Justizreform*, NJW 2001, s. 2657.

<sup>39</sup> Pache/Knauff, *Wider die Beschränkung der Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren – zugleich ein Beitrag zu Art.68 I EG*, NVwZ 2004, s. 16.

<sup>40</sup> Heimann, "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" –*der neue Titel IVEG unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls*, 1999, s. 51.

<sup>41</sup> Dörr/Mager, *Rechtswahrung und Rechtsschutz nach Amsterdam*, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) 125 (2000), s. 386.

<sup>42</sup> Classen, *Die Jurisdiktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nach Amsterdam*, bkzn.: Müller-Graff/Schwarze (Hrsg.), *Rechtsschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam*, EuR 1999, Beiheft 1, s. 73.

nırlayıcı bir ifadenin yer alması nedeniyle mümkün değildir. Ayrıca öngörülen düzenleme bir taraftan ATAD'ın yükünü azaltmaya matufken, diğer taraftan da prosedürün gerektirdiği gecikmeleri iltica uyuşmazlıklarında önlenmeye matuftur. AT anlaşmasının 68. maddesi sadece nihai mahkemelerin önkarar başvurularını caiz kabul etmektedir. AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrasının ilk derece mahkemelerinin başvuru mükellefiyetiyle ilgili herhangi bir düzenleme içermediği varsayımı, hükmün lafzı, sistematığı ve amacıyla bağdaşmamaktadır<sup>43</sup>. İlk derece mahkemelerinin Topluluk tasarruflarını Topluluk hukukuna aykırı olmaları durumunda da uygulama mükellefiyetini iddia eden görüş ikna edici olamaz. AT anlaşması 68. madde 1. fıkranın Topluluk hukuku ihlallerini maddi hukuk olarak bir kenara bırakmadığı, nihai mahkemelerin önkarar başvuru mükellefiyetini kabul etmekle ortaya koymaktadır. AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrası herhangi bir maddi hukuk düzenlemesi içermese de ilk derece mahkemesi, maddi hukuk ışığında hukuka aykırı olan ulusal idari tasarrufu hukuka uygun olarak değerlendirmekle mükellef değildir. AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrasında öngörülen düzenleme sadece mahkemenin sınırlı denetim yetkisiyle açıklanabilir. Ulusal mahkeme dava konusu yapılan iddiayı tam kapsamıyla değil, muayyen bir bakış açısından denetleyebilir. Bu görüş AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrasının uygulanmasına esas alındığı takdirde, ilk derece mahkemesi nezdinde AT tasarrufunun geçersizliği iddiası dışında tüm hukuk ihlalleri ileri sürülebilir. Ulusal mahkemenin AT tasarruflarının sadece iptali konusunda değil, geçerlilik denetimi konusunda da yetkisi bulunmamaktadır. Bu tür bir çözüm, hukukun temininde kabul edilemez sınırlamaları beraberinde getirir. Davacının bu formül çerçevesinde sadece nihai mahkemelerde hukuka aykırılık iddiaları yapabilmesi mümkün olabilmektedir. Davacı ilk derece mahkemesinde yıllar süren, masraflı prosedürün arkasından, nihai mahkemenin ATAD'a başvurması durumunda hakkını nihayet elde etme imkanı elde edecektir. Hakkını arayan davacıdan hangi nedenle bu özverinin beklenildiğini anlamak zordur. Sorunun çözümünde getirilen üçüncü öneri ulusal ilk derece mahkemesine başvuruları reddetme yetkisinin tanınmasıdır. ATAD içtihatı ışığında ulusal nihai mahkemelere Topluluk tasarrufları için önkarar başvuru mükellefiyeti öngörüldüğü nispette, başvuruların reddi yetkisine ilişkin bu anlayışın öncelikle ilk derece mahkemeleri için geçerli olması söz konusudur. Konuya farklı yaklaşım çelişkili sonuç getirir.

AT anlaşmasının 68. maddesine bu tür bir yorum getirilmesi için normun lafzında bir dayanak bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Hukuki teminatın sağlanması

<sup>43</sup> Streinz, *Der Vertrag von Amsterdam*, EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 1998, s. 137.

<sup>44</sup> Knapp, *Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes durch den EuGH im "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts"*, DöV 2001, s. 12.



arayışı içinde önemli olan önerilen çözümlerin 68. madde düzenlemesinin lafzıyla uyum içinde olup olmadığıdır. Bu çerçevede red yetkisini -ulusal mahkemelerin arz etme hakkından farklı olarak- AT anlaşmasının 68. maddesinin lâfzıyla bağdaştırmak pekalâ mümkündür. Ancak bu çerçevede arz etme yetkisine sahip olan nihai mahkemelerin red yetkisinin olmamasına ilişkin düzenleme devam ettiği nispette, 68. maddenin lâfzına uygun olmayan bir sonuç doğması kaçınılmazdır. Nihai mahkemeler için geçerli olan hususların, ilk derece mahkemesi için de geçerli olması gerekmektedir. Ancak düşünülmesi gereken bir husus da, AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrasının düzenlenmesinde ATAD'ın yükten kurtarılması adına, Topluluk hukukuna aykırı Topluluk tasarruflarının sonuçlarının göze alınıp alınmadığıdır. Red yetkisinin reddedilmesi durumunda, AT anlaşmasının 68. madde 1. fıkrasının Topluluk anayasasına aykırılığı iddiasının yoğun şekilde tartışılmaya devam edeceği de kesindir<sup>45</sup>. Kapsamlı ve hukuk dogmatığı bakımından tereddüt yaratan çözümlere yönelmeden, bütün diğer olanakların denenmesi gerekmektedir. Ulusal mahkemelerin red yetkisinin kabulü AT anlaşmasının 68. madde düzenlemesinin somut amaçlarına uymasa da, Topluluk anayasası ihlali iddiasına karşı ciddi bir alternatif olarak düşünülebilecek bir çözümdür.

AT anlaşmasının 68. maddesinin, nihai mahkemelerin AT tüzüklerinin geçersizliğini varsaymaları durumunda, ATAD başvuru mükellefiyetinin yanı sıra, ulusal mahkemelerin red yetkisini içerecek şekilde yorumlanması aşağıdaki görüşlere istinat etmektedir. Ulusal mahkeme vereceği karara esas olacak bir AT tüzüğünü inzident geçersiz kabul ettiği ve bu şekilde ulusal idari tasarrufu iptal ettiği takdirde, bu kararın caiz olan hukuki araçlarla denetimi yapılır. Primer hukuka aykırılığı nedeniyle sekunder hukuku etkisiz kabul eden ulusal mahkeme kararı prosedürü kapatmış olmamaktadır. Tasarrufu ulusal mahkeme tarafından iptal edilen ulusal merciin uyuşmazlığın devamında çıkarı bulunmaktadır. AT tüzüğünün geçersizliğinin ulusal mahkemeler ve ATAD tarafından farklı değerlendirilmesi mümkün olduğu için prosedürün devamı bir başarı ümidi olmaktadır. Bu şekilde AT anlaşmasının IV. başlığına (kişilerin serbest dolaşımı) ilişkin olan uygulama alanında (68. maddede) çıkan çatışmanın hukuki denetimi garanti altına alınmış olmaktadır. Bu koşullar altında inzident denetimle AT tüzüklerinin geçersiz ilan edildiği kesinleşmiş ulusal mahkeme kararlarının verilmesi tehlikesi oldukça azalmaktadır.

<sup>45</sup> Pache/Knauff, *Wider die Beschränkung der Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren – zugleich ein Beitrag zu Art.68 I EG*, NVwZ 2004, s. 16.

Bu düşünceler ilk ve nihai mahkemelerin farklı olarak muamele edilmesine objektif bir dayanak sunabilir. ATAD nihai mahkemelerin başvuru mükellefiyeti kabul edilerek, ilk derece mahkemelerinin başvurularından kurtulurken, Topluluk hukukunun mütecanis uygulanması da bir şekilde temin edilmiş olmaktadır. İlk derece mahkemelerinin nihai mahkemelerle aynı paralelde olmamasına rağmen kendilerine yapılan başvuruları red yetkilerinin kabul edilmesi sisteme ters düşmeyip, sisteme rahatlık getirebilir. Bu nedenle ulusal mahkemelerin red yetkisine karşı ileri sürülen gerekçenin, başvuruları red yetkisinin Topluluk hukukunun temel gereksinimleriyle bağdaşmadığı, zira Topluluk hukukunun mütecanis uygulanması ve yorumu gereksinimini temin etmediği iddiasının dayanağı olmadığı ortadadır.

Kesinleşmiş kararların kural olarak ATAD'ın görüşüyle çelişkiye düşmesi olasılığı bulunmamaktadır. Zira, nihai mahkemelerin Topluluk tüzüklerinin geçersizliklerini varsaydıkları durumlarda ATAD'a başvuru mükellefiyeti bulunmaktadır (*ATAD 68. madde 1. fıkra*).

ATAD'ın bu çerçevede temel teşkil eden ve istisna öngörmeyen içtihatının, Amsterdam'la AT anlaşması metnine alınan 68. maddeden önce oluşmuş olduğu dikkate alınır, ulusal mahkemelerin red yetkisinin kabulü bu yorum ters düşmeyecektir ve 68. maddenin Topluluk anayasasını ihlal ettiği iddiası da gündemden düşecektir.

## İnzident Hukuki Teminatın Sonuçları

### a- Üye Devletlerin Etkin Bir Hukuki Teminat Sistemi Oluşturma Mükellefiyeti

Ulusal mahkemelerde cereyan eden inzident hukuki teminata ilişkin görüşlerden ayrılarak Topluluk İlk Derece Mahkemesi 3 Mayıs 2002 tarihinde Jégo Quéré davasında verdiği kararda ulusal hukuktaki boşlukları esas alarak iptal davasının genişletilmesini desteklemiştir<sup>46</sup>. Ulusal hukuktaki bu tür boşluklar herşeyden önce bir ulusal icra tasarrufunun dava konusu olmaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda gerek ATAD nezdinde 230. maddeye göre bir iptal davasının açılması, gerekse ulusal mahkeme önünde dava açılması olanağı ortadan kalktığı için hukuki bir boşluk doğmaktadır<sup>47</sup>.

İptal davasının uygulama alanının genişletilmesine karşı çok sayıda sebep dile getirilmektedir. İptal davasının ulusal hukuk teminatıyla bağlantılı ola-

<sup>46</sup> EuG, 03.05.2002 –Rs.T-177/01, Slg.2002, II 2365- jégo-quéré.

<sup>47</sup> Schoke/Arnold, *Betroffen und kein Klagerecht? –zum Individualrechtsschutz gegen Eingriffsnormen der Europäischen Gemeinschaft*, EWS (Europäisches Wirtschaftssystem) 2002, s.320.

rak açılması AT anlaşmasının 230. madde 4. fıkrasına bir subsidiarite koşulunun ilave edilmesi anlamını taşır. Böyle bir koşul 230. maddenin lafzına ters düşer. Bireylerin AT tüzüklerine karşı başvuru olanağının kabulü münferit durumda ilgili üye devlette başka bir hukuki teminat olanağının olup olmamasına yahut etkin bir hukuki teminatın sağlanmamasına bağlanamaz. Bu durum ATAD kanun sözcüsü Jacobs tarafından UPA davasında teyit edilmiştir<sup>48</sup>. Tüzükler aleyhine iptal davasına başvurunun münferit üye devletlerdeki hukuki teminat olanağının varlık veya yokluğuna bağlı kılınması, üye devletler arasında hukuki teminata mütecanisliği ortadan kaldırır. Böyle bir çözüm üye devletlerde hukuki teminata bir standart yaratılmasına katkı yapamaz. Bunun dışında bu çözüm hukuka güven bakımından da olumsuz görülmektedir. ATAD'ın böyle bir durumda tüzüklere karşı başvuru iptal davasının kabulü çerçevesinde ilgili ulusal hukukla iştigal edip, kararını ulusal hukuka ilişkin değerlendirmesine istinat ettirmesi gerekir; bu ise ulusal usul hukukunun yorumu bakımından tereddüt yaratan, meşruiyeti olmayan bir yetki kayması sorunu doğurur.

İlginç bir şekilde İlk Derece Mahkemesi bu gerekçeler ışığında sonradan görüşünden vazgeçmiştir<sup>49</sup>. 230. maddeye bir subsidiarite koşulunun alınmasının hukuk politikası ışığında hiçbir şekilde anlamlı olmayacağını İlk Derece Mahkemesi kabul etmek zorunda kalmıştır.

ATAD'ı eleştirenler herşeyden önce ulusal hukuktaki teminat eksikliğini esas alıp, iptal davası çerçevesinde dava olanağının genişletilmesini talep ederken, ATAD tersine bir yol izlemektedir. ATAD'a göre AT anlaşmasının hukuki teminat sistemi, AT organ tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetimi olanağını açmaktadır. Bu sisteme ulusal mahkemeler nezdinde inzident denetim dahildir. Bu sistem üye devletlerin hukuka riayeti etkin bir yargısal denetimle temin eden bir prosedür veya hukuk yolunu düzenlemesini öngörmektedir<sup>50</sup>. AT anlaşmasında yer alan sadakat mükellefiyeti ışığında tüm üye devletlerin etkin bir inzident hukuki teminatı sağlamaları gerekmektedir (*AB anayasa tasarısının madde I-29, fıkra 1 muvacehesinde, üye devletler Birlik hukukunun kapsamına giren alanlarda gerekli hukuki araçlarla etkin hukuki teminat sağlayacaktır*). Bu çözümle ulusal icra tasarruflarının öngörülmediği durumlar için de, üye devletlerin ulusal hukuki teminat yaratma yükümlülüğü kabul edilmiştir. İnzident hukuki teminatın sonuç olarak nasıl sağlanacağı üye devletlere bırakılmıştır.

<sup>48</sup> Slg.2000,I-6677.

<sup>49</sup> EuG, 8.8.2002 –Rs.T-155/02R, Slg.2002 II-3239.

**b. Kapsamlı Bir Hukuki Teminat Sağlama  
Mükellefiyetinin Kapsamı**

Üye devletlerin Topluluk hukukundan doğan subjektif haklara kapsamlı bir teminat sağlama mükellefiyetinin kapsamı konusunda şimdiye kadar çok durulmamıştır. ATAD bu konuda şimdiye kadar bir görüş ortaya koymamıştır. Etkin bir hukuki teminat için gerekli ölçü Topluluk hukukunun öngördüğü hukuki teminat garantisidir. Bu garantinin içeriği üye devletlerin ortak anayasa gelenekleriyle belirlenir<sup>51</sup>. Bundan hukuki teminatın kapsamının sonuçları ortaya çıkmaktadır.

Alman hukuk sistemi uzman mahkemeler tarafından sağlanan hukuki teminat yanısıra anayasa şikayeti müessesesi tanımaktadır<sup>52</sup>. Federal Anayasa Mahkemesi bir süper revizyon mahkemesi olmamakla beraber, anayasa şikayeti müessesesi çok değişik hukuki teminat olanakları getirmektedir. Mahkeme kararlarına karşı bu çerçevede anayasa şikayeti, mahkeme kararının 234. madde muvacehesinde önkarar başvuru mükellefiyetinin ihlal edilerek verilmemesi durumunda gündeme gelmektedir. Anayasa mahkemesi önkarar başvuru mükellefiyetinin ihlalini "keyfilik" kriterinin gerçekleşmesi halinde tabî yargıç teminatının ihlali (*GG md. 101, fıkra 1*) olarak kabul etmektedir<sup>53</sup>. Anayasa şikayeti Topluluk hukukunda öngörülen hakların temini bakımından üye devletlerin çoğunda bilinmeyen istisnai bir ulusal prosedürdür. Bu nedenle de anayasa şikayeti veya benzer bir müesseseye sahip olmayan devletlerin bu tür bir müesseseyi ulusal hukuklarında öngörme mükellefiyeti bulunmamaktadır. Aksi takdirde anayasa şikayeti ile temel hakların temininin üye devletlerin ortak anayasa standartları arasında yer alması gerektiği gibi bir sonuç doğması söz konusu olabilir. Üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinin ve AIHK'nun 6. ve 13. maddesinde öngörülen garantinin sonucu olarak subjektif haklara etkin yargısal teminatın sağlanması bir anayasa şikayeti veya benzer bir müessesenin kabulünü gerektirmemektedir. Topluluk hukukunun ulusal yasama organından etkin bir hukukî teminat sağlayacak yargısal bir prosedür öngörmesi talebi, Topluluk hukukunun ulusal hukuktaki etkisinin de ele alınmasını gerektirmektedir. Üye devletlere getirilen bu yükümlülük her şeyden önce doğrudan geçerli Topluluk hukukunun yorumu bakımından sonuç doğurur. Topluluk hukukundan istihraç edilen hakların temini garantisi, üye devletlerin bundan is-

<sup>50</sup> EuGH, 25.7.2002 –Rs.C-50/00P, Slg.2002, I-6677-UPA; EuGH, 1.4.2004-C-263/02P, NJW 2004, 2006 Rn.31 - jégo-quéré.

<sup>51</sup> EuGH, 25.7.2002 –Rs.C-50/00P, Slg.2002, I-6677-UPA; EuGH, 1.4.2004-C-263/02P, NJW 2004, 2006 Rn.29 - jégo-quéré.

<sup>52</sup> W.-R.Schenke, bkz.: Bonner Kommentar zum GG (Grundgesetz), Art.19 Absatz 4 (1982) Rn.42 vd.

<sup>53</sup> BVerfGE 73, 339; bkz.: NJW 2001, s. 1259.

tihraç edilen yükümlülüğüyle birlikte ulusal hukukun Topluluk hukukuna uygun yorumlanmasını gerektirmektedir<sup>54</sup>. Boşluklar geçerli ulusal hukukun yorumuna istinat ettiği nispette, boşlukların geçerli hukukun yorumunun düzeltilmesiyle kapatılması mümkündür. Geçerli ulusal hukukun Topluluk hukukuna uygun yorumlanması sonucu de lege lata boşluklar ortadan kalkacaktır.

Üye devletlerin etkin bir hukuki teminat sağlama mükellefiyeti ışığında inzident denetimin hukuki teminat sağlamadaki yeterliliği konusunda tereddütler dağılmaktadır. Etkin hukuki teminatın sağlanamayacağı münferit durumların bulunup bulunmadığı ise çok açık değildir. İcrai tasarrufların hukuki dayanağının iptali nedeniyle ortadan kaldırılması veya AT tüzüğüyle (iptali nedeniyle) bireysel ilişkide hak ve yükümlülüklerin tesis edilemeyeceği durumlarda inzident denetim ilgililer için yeterli olmamaktadır. Örneğin tüzüğün yol açtığı ihlal sayısı sınırlı olmayan kişiler bakımından ortaya çıkmışsa, tüzüğün inzident olarak geçersizliğinin tespiti yeterli olmayacaktır.

Böyle bir durumda ulusal hukuki teminatın etkinliği, hukuka aykırı normun genel olarak bağlayıcı şekilde geçersiz kılınmasını temin eden bir formülle sağlanabilir. Ulusal mahkemeler nezdinde dezentral olarak sağlanan hukuki teminat, dolaylı olsa da Topluluk tüzüklerinin genel olarak bağlayıcı şekilde geçersiz kılınmasına yol açar. Bir inzident denetimde AT tüzüğünün hukuka aykırılığının kabul edilmesi durumunda, mahkemenin tüzüğün geçerliliği sorununu AT anlaşmasının 234. maddesine göre ATAD'a arz etmesi gerekmektedir. ATAD nezdinde cereyan eden bu ara prosedür sonunda tüzüğün primer hukuka aykırılığının tespiti durumunda inter omnes geçersizlik söz konusu olur<sup>55</sup>.

ATAD önünde cereyan eden bu ara prosedür subjektif hakların teminine matuf bir prosedürün koşullarını taşımamakla birlikte, bu prosedür gerekli bir şekilde ulusal mahkeme nezdinde cereyan eden prosedürün bir parçasıdır. Somut davanın taraflarının bu ara prosedüre müdahil olma hakkına sahip olması, ulusal mahkeme nezdinde cereyan eden inzident denetim prosedürü sonucunda tüzüklerin inter-partes geçersiz ilan edilmesini istisnai durumlarda yeterli kılmaktadır. Bu durumlarda Topluluk seviyesinde bir üst hukuki teminata gereksinim bulunmamaktadır. Benzer bir durum geçici hukuki teminat alanında geçerlidir. Ulusal mahkemelerde cereyan eden prosedür geçersiz tüzüğün genel olarak uygulanmamasını değil, sadece somut hukuki ilişkide uygulanmamasını öngörür. Ulusal mahkemelerin eşzamanlı olarak

<sup>54</sup> Jarass, *Richtlinienkonforme, bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts*, EuR 1991, s.211vd.

<sup>55</sup> EuGH, 13.5.1981 –Rs.66/80, Slg.1981, 1191.

tüzüklerin geçersizliğini AT anlaşmasının 234. maddesi ışığında ATAD'a arz etme mükellefiyeti böyle bir durumda tüzüğün ATAD tarafından genel olarak bağlayıcı şekilde önkarar prosedürüyle geçersiz ilan edilmesine yol açar. Sonuç olarak inzident hukuki denetim prosedürü, AT anlaşmasının 234. maddesi ile bağlantılı olarak hukuka aykırı normun geçersiz ilan edilmesini sağladığı istisnai durumlarda yeterli bir hukuki teminat sunmaktadır.

### Sonuç

Topluluk hukukunda öngörülen hukuki teminat sistemi, ulusal mahkemeler ve Topluluk mahkemeleri nezdinde cereyan eden prosedürün iç içe girmesiyle karakterize edilebilir.

Topluluk hukukunda geçerli hakların temini ulusal mahkemeler nezdinde inzident hukuki denetimle kapsamlı bir şekilde sağlanmaktadır. Ulusal mahkemelerin bu çerçevede fonksiyonel anlamda Topluluk mahkemesi niteliğini kazandığından söz edilmektedir. Topluluk hukukunun bir taraftan kapsamlı subjektif haklar verirken, diğer taraftan doğrudan dava olanağını reddetmesi ilk bakışta Topluluk hukukunun bir çelişkisi olarak görülse de<sup>56</sup> inzident denetimin bu çelişkiyi bertaraf ettiği kabul edilmektedir. Üye devletlerin ulusal prosedür düzenlemeleriyle etkin inzident hukuki teminatı sağlama mükellefiyeti bir çok üye devletin hukuki teminat sistemini değiştirmesini gerektirmektedir. Ancak bu şekilde -ATAD veya İlk Derece Mahkemesi nezdinde doğrudan dava olanağının genişletilmesiyle değil- hukuki teminat sistemi ATAD'ın yükünün artması önlenerek uygun bir seviyeye getirilebilir.

<sup>56</sup> Schoch, *Die Europäisierung der Verwaltungsprozessrechts*, bkz.: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, s. 507.