

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN 2/13 SAYILI MÜTALAAŐI'NİN ÇAĐRIŐTIRDIKLARI

Mustafa T. KARAYİĞİT*

Öz

Makale, AB'nin AİHS'e katılımına dair Anlaşma Taslağının AB Kurucu Andlaşmaları'na uygunluğuna dair ABAD tarafından verilen 2/13 Sayılı Mütalaa'yı analiz etmektedir. Makale aşağıdaki unsurlara vurgu yapmaktadır: ABAD'ın kendi yargısal aktivizmi yoluyla AB hukuk düzeninin anayasallaŐtırılması sürecinde inŐa ettiği iç disiplin ve dinamiklere ilişkin güvensizlik; ABAD'ın AB hukuk düzeninin özerkliğini garanti altına almak için iç hukuk yolları ve kamusal icra mekanizmaları yerine bir uluslararası hukuk enstrümanından medet umarak, iç meselelerin dıŐsallaŐtırılması pahasına sergilediği yaklaşım; ABAD'ın AB'nin ve AB hukukunun kendine has özellikleri ile AB hukuk düzeni ve AB hukukunun özerkliği üzerine sınırları zorlayan endişesinin ve dolayısıyla Mütalaa ekseninde gerçekleştirilebilecek bir katılımın AB hukuk düzeninde temel haklar koruması ve etkili yargısal korunma çerçevesinde doğurabileceği muhtemel hukuki sorunlar.

Anahtar Kelimeler: 2/13 Sayılı Mütalaa; Katılım Anlaşması Taslağı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; AB Hukuk Düzeni'nin Özerkliği; Temel Haklar Koruması.

IMPLICATIONS OF OPINION 2/13 OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Abstract

This article analyzes Opinion 2/13 delivered by the Court of Justice of the European Union on the compatibility of the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights with the EU Treaties. The article emphasizes upon the CJEU's distrust regarding internal

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, Avrupa Birliği Enstitüsü, AB Hukuku Anabilim Dalı, e-posta : mtkarayigit@marmara.edu.tr

discipline and dynamics which have been established in the process of constitutionalization of the EU legal order through its own judicial activism; the CJEU's approach which looks for guarantee for the autonomy of the EU legal order from an instrument of international law instead of domestic remedies and public enforcement mechanisms with the cost of externalization of domestic issues; possible legal consequences of over-concern of the CJEU in the specific characteristics of the Union and Union law and the autonomy of the EU legal order and EU law and so accession of the EU to the ECHR in accordance with the Opinion within the context of fundamental rights protection and effective judicial protection in the EU legal order; and the CJEU's distrust towards national courts, the Member States and the ECtHR.

Keywords: Opinion 2/13; Draft Accession Agreement; European Convention on Human Rights; Autonomy of the EU Legal Order; Fundamental Rights Protection.

Giriş

Lizbon Andlaşması'yla birlikte AB Andlaşması'nın 6. maddesi ile Birliğin AİHS'e katılmasına dair kendisine hem bir yetki verilmiş, hem de bir yükümlülük getirilmiştir. Katılıma ilişkin müzakereler AB Komisyonu ile Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi üyelerinden müteşekkil bir çalışma grubuyla 2010 yılında başlatılmıştır. İlk taslağın 2011 yılında hazırlanmasının ertesinde, bir yıl kadar müzakereler askıya alınmıştır. 2012'de tekrar 47 akit taraf ve 1 AB Komisyonu temsilcisinden oluşan 2. çalışma grubu tarafından 5 müzakere toplantısı sonucunda 2013 Nisan'ında katılım anlaşması taslağı son haline kavuşturulmuştur.

AB Komisyonu, 4 Temmuz 2013 tarihinde AB'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın (ABİDA) 218 (11). maddesi çerçevesinde AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılımını sağlayan anlaşma taslağının AB Andlaşması ile ABİDA'ya uygunluk denetimine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) mütalaasını talep etmiştir. Çalışmada, söz konusu talep üzerine Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü'nün anahatlarıyla kısaca ifade edilmesinin ardından, ABAD tarafından verilen *2/13 Sayılı Mütalaa*'ya ve hukuki sonuçlarına dair bir değerlendirme yapılacaktır.

Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü

Özet olarak¹, Hukuk Sözcüsü Kokott katılım anlaşması taslağının, uluslararası hukukta bağlayıcılık teşkil edecek şekilde aşağıdaki değişikliklerin gerçekleştirilmesi şartıyla kurucu andlaşmalara uygunluk taşıdığı kanaatine ulaşmıştır: AB ve üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde açılan davalara ilişkin ortak davalı olabilme talebinde bulunabilme ihtimallerine binaen tam, sistematik ve istinasız olarak bilgilendirilmelerinin

¹ Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü'nün gerekçeleriyle birlikte detaylı tahlili derginin tahsis ettiği metin boyutunun aşılmasına yol açacağından Görüş sadece ana hatlarıyla ifade edilmiş ve makalenin değerlendirme-çağrışım kısmında Görüş'e gerekli görülen yerlerde atıfta bulunulmuştur.

sağlanması; AB ve üye devletlerin ortak davalı olabilme mekanizmasına başvurularının AİHM tarafından yapılabilecek bir makuliyet değerlendirmesine tabi tutulmasının engellenmesi; ABAD'ın ön katılımının AB birincil ve ikincil hukukunun yorumuna ilişkin bütün hukuki meselelere teşmil edilmesi; ön katılım usulünün sadece AİHM önündeki davadaki hukuki meseleye ilişkin ABAD'ın daha önce karar vermiş olmasının açık olduğu durumda uygulanmamasının sağlanması; ortak davalıların müşterek sorumluluğu ilkesinin akit tarafların AİHS'in 57. maddesi çerçevesinde koydukları çekincelere hanel getirmemesinin sağlanması; AİHM'in hiçbir şart altında ortak davalıların müşterek sorumluluğu ilkesinden feragat etmemesinin sağlanması. (Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, 2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 280)

ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalası

ABAD genel kurul olarak toplanmış, AB Komisyonu'nun talebini ve dolayısıyla taslağın AB Kurucu Andlaşmalara uygunluğunu şu başlıklar altında karara bağlamıştır: AB hukuk düzeninin anayasal çerçevesine yönelik ön mülahazalar; AB hukukunun kendine has özellikleri ve özerkliği; ABİDA'nın 344. Maddesi; AİHM önündeki davalarda AB ve üye devletlerinin ortak davalı olabilmesine ilişkin mekanizma; AİHM'e yapılan başvurularda ABAD'ın ön katılımını sağlayan usul; ve Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (ODGP) meselelerinde yargısal denetime ilişkin AB hukukunun kendine has özellikleri.

AB Hukuk Düzeninin Anayasal Çerçevesine Yönelik Ön Mülahazalar

ABAD, ilk mülaha za olarak AB hukuk düzeninin temel özelliklerinin altını çizmiştir. ABAD'a göre kurucu andlaşmalar, olağan uluslararası anlaşmalardan farklı olarak, üye devletlerin egemenlik haklarını sınırlamasıyla, sükelerini üye devletler ile onların vatandaşlarının oluşturduğu kendine has doğaya sahip yeni bir hukuk düzeni kurmuştur. AB'nin anayasal çerçevesi ve kurucu ilkeleri, kurumsal yapısı ve bu yapının işlemlerini temin eden kurallar bütünü itibariyle yeni tip ve kendine özgü hukuk düzeninin, AİHS'e katılımın usul ve şartları açısından sonuçları bulunmaktadır. Kurucu andlaşmalar, AİHS'e katılımı çeşitli şartların yerine getirilmesine tabi kılmaktadır. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 157-159) İlk olarak AB Andlaşması'nın 6(2). maddesi, katılımın AB'nin kurucu andlaşmalarda tanımlanan yetkilerine hanel getirmeksizin temin edilmesini yükümlü kılmaktadır. Kurucu andlaşmalarla aynı hukuki statü ve değere sahip AB'nin 8 Sayılı Protokol'ü özellikle katılım anlaşmasının AB'nin ve AB hukukunun kendine has özelliklerinin korunmasını temin etmesini, katılımın AB'nin veya organlarının yetkilerine, AİHS bağlamında üye devletlerin mevcut durumuna ve ABİDA'nın 344. maddesine hanel getirmemesini gerektirmektedir. Son olarak da AB Andlaşması'nın 6(2). maddesine dair Deklarasyon'da ifade bulduğu üzere Lizbon Andlaşması'nı kabul eden Hükümetlerarası Konferans, AİHS'e katılımın AB'nin kendine has özelliklerinin korunmasını sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesini kararlaştırmıştır. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 160-162) Bu çerçevede AB Andlaşması'nın 19(1). maddesinin kendisine verdiği yetki itibariyle ABAD, AİHS'e katılım çerçevesinde yapılan hukuki düzenlemelerin belirtilen yükümlülöklere ve daha geniş bir tanımla temel

anayasal şart teşkil eden kurucu andlaşmalara uygunluk taşıyıp taşımadığını tespit etme amacıyla katılım anlaşması taslağının hükümlerini incelemeye tabi tutmakla mükellef olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede ABAD, AB ve hukukunun kendine has özellikleri olarak devredilen yetkiler ilkesi ile kurumsal çerçevede görülebilecek AB'nin anayasal yapısına, otonom hukuk kaynaklarına sahip olan, ulusal hukuklara karşı hukuki üstünlük ve üye devlet vatandaşlarına ve üye devletlerinin kendilerine uygulanabilir olması itibarıyla de doğrudan etki niteliği taşıyan AB hukukunun doğasına atıfta bulunmuştur. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 163-166) ABAD'a göre, AB hukukunun sözkonusu yapısal özellikleri, stratejik bir ilkeler, kurallar ile gerek AB ve üye devletleri arasında, gerekse Avrupa halkları arasında daha sıkı bağları olan bir birlik kurma sürecine angaje üye devletlerin kendi aralarında karşılıklı olarak birbirine dayanan hukuki ilişkiler ağı doğmasına neden olmuştur. Bu hukuki yapı, her bir üye devletin hem diğerleriyle paylaştığı, hem de diğerlerinin de kendisiyle paylaştığına inandığı ortak değerler bulunduğu temel umdesi üzerine bina edilmiştir. Bu umde, üye devletlerin birbirleri arasında bu değerlerin tanınacağına ve AB hukukuna riayet edileceğine ilişkin mevcut karşılıklı güvenin varlığını göstermektedir. Ayrıca bu hukuki yapının kalbinde, kurucu andlaşmalarla aynı hukuki değere sahip AB Temel Haklar Şartı tarafından tanınan, AB tasarruflarının hukukiliğinin bir şartını teşkil eden ve bu nedenle de kendilerine aykırı tasarrufların AB hukuk sisteminde kabul edilemezlik niteliği taşıdığı temel haklar yer almaktadır. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 167-169) AB hukukunun gerek üye devletlerin hukukları, gerekse uluslararası hukukla ilişkisinde sahip olduğu özerkliğin, sözkonusu temel hakların yorumunun AB'nin yapısı ve amaçları çerçevesinde yorumlanmasını gerektirdiği açıktır. Sözkonusu kendine has özellikler ve hukuk düzeninin özerkliğini temin adına kurucu andlaşmalar AB hukukunun yorumlanmasında tutarlılık ve yeknesaklığı sağlamak üzere bir yargısal sistem kurmuştur. Bu çerçevede, AB hukukunun bütün üye devletlerde külliyen uygulanması ve bu hukuk altında bireysel hakların yargısal korunmasının sağlanması, önkara usulü çerçevesinde kurulan yargısal işbirliği içinde AB hukukunun yeknesak yorumlanmasının sağlanması, bu çerçevede bu hukukun tutarlılık, tam etki, özerkliği ile kurucu andlaşmalarla kurulan hukukun kendine has doğasının temin edilmesi üye devlet yargı organları ile ABAD'ın yükümlüğündedir. Bu bağlamda özellikle Temel Haklar Şartı tarafından tanınan temel hakların yorumlanması ve uygulanması, AB'de açıklanan bu anayasal çerçeve içerisinde yapılmalıdır. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 170-177)

Bu temel yapıyı tasvir ettiği açıklamasından sonra ABAD, katılım anlaşması taslağının AB birincil hukukuna uyumu meselesinin analizine geçmiştir.

AB Hukukunun Kendine Has Özellikleri ve Özerkliği

ABAD'a göre, AB Andlaşması'nın 6(3). maddesinde de belirtildiği üzere AİHS tarafından korunan temel haklar AB hukukunun genel ilkelerini oluşturur. Ancak AİHS'e katılım henüz gerçekleşmediği için AİHS, AB hukuk düzeninin içine resmi olarak aktarılmış bir hukuki araç teşkil etmez. AB'nin AİHS'e üye olması durumunda ise ABİDA'nın 216(2). maddesinde öngörüldüğü üzere AB tarafından akdedilen diğer anlaşmalar gibi AB organlarını ve üye devletleri bağlayacak ve AB

hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturacaktır. Böylece AB herhangi bir akit taraf gibi temel haklar ve özgürlüklere riayetinin temin edilebilmesi amacıyla dış denetime tabi olacaktır. Bu bağlamda, AB ve ABAD da dahil olmak üzere bütün organları AİHS tarafından sağlanan denetim mekanizmalarına ve özellikle de AİHM'in kararlarına tabi olacaktır. ABAD tarafından daha önce de belirtildiği gibi hükümlerinin yorumlanması ile mükellef ve kararlarının ABAD'ı da içerecek şekilde AB organları için bağlayıcılık taşıyacağı bir yargı organı kuran uluslararası bir anlaşma, esas itibarıyla AB hukukuna bir aykırılık teşkil etmez. Bu bilhassa, akdedilmesinin kurucu andlaşmalar tarafından belirlendiği işbu *Mütalaa*'da da sözkonusu olan anlaşma için de geçerli olan bir husustur. AB'nin uluslararası ilişkilerdeki yetkisi ve uluslararası anlaşma akdetme kapasitesi, hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasını sağlama adına bu anlaşmalarla yaratılan yetkili yargı organı kararlarına kendini tabi kılma yetkisini de gerektirir. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 179-182) ABAD'ın daha önce de belirttiği gibi bir uluslararası anlaşma AB'nin yetkilerini, ancak bu yetkilerin temel karakterini koruma adına vazgeçilmez şartları karşıladığında ve AB hukuk düzeninin özerkliğine herhangi bir haleb getirmediğinde etkileyebilir. Özellikle AİHS'in verdiği karar alma yetkisine dayanarak bir organının yaptığı tasarruf AB ve organlarının iç yetkilerini kullanmaları noktasında AB hukuku kurallarının belirli bir şekilde yorumlanması şeklinde tezahür edecek bağlayıcı bir etkiye sahip olamaz. Bir yandan AİHM tarafından AİHS'in yorumlanmasının uluslararası hukuk itibarıyla AB ve ABAD'ı da içerecek şekilde bütün organları açısından bağlayıcılığı, diğer yandan ise ABAD tarafından AİHS'in garanti altına aldığı bir hakka ilişkin yorumun AİHS'in kurduğu, bilhassa AİHM'i de içeren denetim mekanizmaları açısından bağlayıcı olmaması dışsal denetim kavramında mündemiç olarak değerlendirilen ve genel kabul gören bir husustur. Ancak aynı hüküm AB hukukunun, Şart'ı da içerecek şekilde, ABAD tarafından yorumlanması noktasında geçerli değildir. Özellikle ABAD'ın, örneğin bir üye devletin AB temel haklarına bağlı olup olmadığı noktasını belirlemeye matuf olan, AB hukukunun kapsamına ilişkin tespitlerinin AİHM tarafından sorgulanmasının mümkün olamaması gerekir. Bu bağlamda Şart'ın 53. maddesi, Şart'ın hiçbir hükmünün AB hukuku, uluslararası hukuk ve AB ve bütün üye devletlerinin akit taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan temel hakları kısıtlayıcı veya onlara haleb getirici şekilde yorumlanamayacağını amirdir. ABAD bu maddeyi, temel haklar korumasında gerçekleştirilen ulusal standardın, Şart tarafından sağlanan koruma düzeyini veya AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğini zedeleyemeyeceği yükümlülüğü şeklinde yorumlamıştır. AİHS'in 53. maddesinin akit taraflara temel haklar korumasında AİHS tarafından garanti altına alınandan daha yüksek standartlar getirebilme yetkisini verdiği dikkate alındığında bu maddenin, ABAD tarafından yorumlandığı şekilde Şart'ın 53. maddesi ile koordine edilmesi gerekir. Böylece AİHS'in 53. maddesinin üye devletlere tanıdığı yetkinin Şart tarafından tanınan ve AİHS tarafından da garanti altına alınan haklara ilişkin Şart tarafından sağlanan koruma düzeyinin ve AB hukukunun üstünlüğünün, birliğinin ve etkililiğinin zedelenmeyeceği şekilde sınırlandırılması temin edilmelidir. Fakat

sözkonusu katılım anlaşması taslağında bu koordinasyonu temin edecek herhangi bir hüküm mevcut değildir.² (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 183-190)

İkinci olarak, iç sınırlardan muaf bir bölgenin oluşturulabilmesi ve pekiştirilebilmesine olanak tanıyan üye devletlerarasındaki karşılıklı güven ilkesi AB hukukunda büyük önem taşımaktadır. Sözkonusu ilke, özellikle Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı'yla (ÖGAA) alakalı olarak, herbir üye devletin, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, diğer üye devletlerin AB hukukuna, özellikle de AB hukukunca tanınan temel haklara riayet ettiği kanaatini taşımasını gerekli kılar. Böylece, AB hukuku çerçevesinde üye devletlerin AB hukukunu uygularken diğer üye devletlerin temel haklara riayet ettiğini farz etmesi gerekebilir. Bu şekilde onlar diğer üye devletlerden ulusal planda AB hukuku tarafından belirlenenden daha yüksek haklar koruma düzeyi talep edemeyeceği gibi, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, diğer üye devletler de somut vakılarda AB tarafından korunan temel haklara bu devletin gerçekte riayet edip etmediğini kontrol edemeyecektir. İşbu anlaşmada AB'yi bir devlet gibi telakki etme ve bu bağlamda ona diğer akit taraflarla benzer bir rol biçme şeklinde tezahür eden yaklaşım bilhassa onun kendine özgü doğasını gözardı etmekte ve AB'ye üyelikleri itibariyle ona devrettikleri yetkiler kapsamında kalan meselelere ilişkin üye devletlerin aralarındaki ilişkilerin sadece AB hukuku tarafından düzenleneceğine ilişkin önkabulünü dikkate almamaktadır. AİHS, AB ve üye devletlerinin sadece diğer akit taraflarla değil, ayrıca kendileri arasındaki ilişkileri (AB hukuku tarafından düzenlenen ilişkiler de dâhil olmak üzere) bağlamında, bir üye devleti, diğer bir üye devletin temel haklara riayet edip etmemesini kontrolle yükümlü kıldığı müddetçe, AİHS'e katılım, AB hukukunun üye devletlerarasında karşılıklı güven yükümlülüğünü getirdiği dikkate alındığında, AB'nin muvazenesini ve AB hukukunun özerkliğini bozma potansiyeli taşımaktadır. Katılım anlaşması ise bu noktada bu durumun gerçekleşmesini önleyecek herhangi bir düzenleme içermemektedir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 191-195)

Üçüncü olarak, AİHS'in 16 Sayılı Protokol'ünün, akit tarafların yüksek yargı organlarının AİHS ve ek protokolleri tarafından korunan temel haklar ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasına dair ilke meseleleri üstüne AİHM'den danışma görüşü isteyebilmesi imkânını sunmasının, ABİDA'nın 267. maddesi çerçevesinde aynı mahkemelerin ABAD'a aynı amaçla önk karar usulüne başvurmaya dair AB hukuku yükümlülüğüyle çeliştiği vurgulanmalıdır. Katılım anlaşması AB'nin 16 sayılı Protokol'e katılımını düzenlemiyor olmasına rağmen, AİHS'e katılımı birlikte AİHS AB hukukunun ayrılmaz parçasını oluşturacağı için bu protokolün kurduğu mekanizma, bilhassa meselenin Şart tarafından garanti altına alınan ve aynı zamanda AİHS tarafından da korunan haklara dair olması durumunda, önk karar usulünün özerkliğini ve etkililiğini zedeleyebilir. Özellikle,

² *Melloni* davasında ABAD, Şartın 53. maddesine göre AB hukuki tasarrufunun ulusal uygulayıcı işlemler gerektirmesi durumunda, Şart tarafından belirlenen ve ABAD tarafından yorumlanan koruma düzeyi ile AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğini zedelememek şartıyla ulusal otoriteler ve mahkemelerin temel hakların korunmasında ulusal standartlar uygulama noktasında özgür olduğunu vurgulamıştır. (C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*, 2013, para. 60.)

devletinin 16 Sayılı Protokol'e katıldığı bir ulusal yüksek mahkeme tarafından gerçekleştirilecek danışma görüşü talebinin, ABAD'ın ön katılım usulünü tetikleme ihtimal dışı tutulamaz. Dolayısıyla bu talep, kurucu andlaşmalar tarafından inşa edilmiş yargısal sistemin yapıtaşını teşkil eden önkarar usulünün dolaşılması riskini yaratabilir. Katılım anlaşması, 16 Sayılı Protokol ile önkarar usulü ilişkisini belirleyen bir hüküm içermediğinden, bu usulün özerkliği ve etkililiğinin zedelenmesine yol açabilecektir. Bu bağlamda katılım anlaşması taslağında düzenlendiğİ şekliyle AB tarafından AİHS'e katılımın, AB hukukunun kendine has özelliklerine ve özerkliğine halel gelmesine yol açacağı kanaatine varılmıştır. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 196-200)

ABİDA'nın 344. Maddesi

ABAD sürekli bir şekilde bir uluslararası anlaşmanın, riayet edilmesi ABAD tarafından temin edilen, kurucu andlaşmaların belirlediğİ yetki bölüşümünü veya dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğini zedeleyemeyeceğini beyan etmiştir. Üye devletlerin kendi aralarındaki kurucu andlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasına dair uyumsuzlukları bu andlaşmaların öngördüğü mekanizmadan başka bir yere götüremeyeceğİ bir ilke olarak 344. maddede düzenlenmiştir. Üye devletlerin AB hukuku tarafından kurulmuş uyumsuzluk çözüm yollarına başvurma yükümlülüğü üye devletlerin AB Andlaşması'nın 4(3). maddesinde yer bulan genel sadakat yükümlülüğünün somut bir ifadesidir ve bu ilke AB ve üye devletler arasındaki ilişkiler için de geçerlidir. Bu mülahazalarla AB Andlaşması'na ekli 8 Sayılı Protokol, katılım anlaşmasınının 344. maddeye halel getirmemesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Katılımın sonucunda AİHS AB hukukunun ayrılmaz bir parçasını teşkil edeceğİ için, AB hukuku sözkonusu olduğunda, gerek üye devletlerarasında, gerekse AB ile üye devletlerarasındaki AİHS'e uygunluk noktasında ortaya çıkan bir uyumsuzlukta ABAD'ın münhasır yetkisi mevcuttur. AB hukuku tarafından uyumsuzlukların çözümüne dair kurulan sistemin ilke olarak kendisinin kurduğı sisteme öncelik taşıdığını açıkça düzenleyen ve *Mox-Plant Kararı*'na (C-459/03 *Commission v. Ireland*, 2006) sebebiyet vermiş olan BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden farklı olarak AİHS'in 33. maddesi tarafından düzenlenen uyumsuzlukların çözüm yolu, mesele AB hukukunu ilgilendirse de, herhangi bir akit tarafa, dolayısıyla da üye devletler veya AB ile üye devletlerarasındaki uyumsuzluklara uygulanabilecektir. Katılım anlaşması taslağının 5. maddesi tarafından AB'deki yargı yollarının, akit taraflar tarafından AİHS'in 55. maddesi çerçevesinde istisna oluşturun uyumsuzluk çözüm yollarından sayılması, ABAD'ın münhasır yargı yetkisini korumak için yeterli değildir. Sözkonusu 5. madde, AİHS'in 55. maddesinde düzenlenen yükümlülük kapsamını daraltsa bile, AB veya üye devletler tarafından 33. madde çerçevesinde bir ihlal durumunun AİHM'e başvuru konusu yapılabilmek ihtimaline hala olanak tanımaktadır. Başlıbaşına bu ihtimalin varlığı 344. maddede düzenlenen yükümlülüğü zedelemektedir. Bu özellikle, AB veya üye devletlerin kendi aralarındaki bir uyumsuzluğu AİHM'in önüne götürme zorunda olmaları ve dolayısıyla AİHM'in 33. maddesi çerçevesinde karar vermek zorunda kalması durumunda bu şekildedir. 344. madde, özellikle AB'de bu çeşit uyumsuzlukların çözümü amacıyla oluşturulan

yolun münhasır doğasını, bilhassa da ABAD'ın yetkisini korumayı ve bu açıdan herhangi bir ön veya müteakip dış denetimi engellemeyi amaçlamaktadır. Bu açıdan, üye devletlerin veya AB'nin AİHM'e başvuru yapabilme kabiliyeti 344. maddenin amacını zedeleyecek, AB hukukunun doğasına aykırılık taşıyacaktır. Çünkü, AB hukuku üye devletler arasındaki ilişkilerin yalnızca AB hukuku tarafından düzenlenmesini gerektirmektedir. Sonuç olarak, ancak AB hukukunun kapsamı içinde AİHS'in uygulanmasına ilişkin 33. madde çerçevesinde, üye devletlerarasındaki veya üye devletler ile AB arasındaki uyumsuzlukların AİHM'in 33. maddesi çerçevesindeki yargı yetkisinin dışında tutulmasına ilişkin açık bir ifade, 344. maddeye uygunluk niteliği taşıyabilir. Bu itibarla, işbu katılım anlaşması taslağı 344. maddeyi ihlal etmektedir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 201-214)

Ortak Davalı Olabilme Mekanizması

Ortak davalı olabilme mekanizması AİHS sisteminde davaya katılım, hesap verebilirlik ve tenfiz edilebilirlik noktasında AB'nin kendine has özellikleri nedeniyle AİHS'e katılımından doğabilecek açıkları kapatmak amacıyla oluşturulmuştur. Ayrıca bu mekanizma, diğer akit taraflar ve bireyler tarafından açılan davaların doğru bir şekilde gerçek muhataplarına (üye devletler ve/veya AB) yönlendirilmesini amaçlamıştır. Ancak, belirtilen bu amaçların AB hukukunun kendine has özelliklerinin korunarak yapılması şartıyla uyum teşkil eden bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Katılım anlaşma taslağının 3(5). maddesine göre bir akit tarafın ortak davalı olabilmesi ya AİHM'den bir davetle, ya da AİHM'in akit bir tarafın talebi üzerine verdiği bir kararla mümkün olabilmektedir. AİHM'in bir akit tarafı ortak davalı olmaya davet etmesi durumunda bu davet bağlayıcı değildir. İcbarın olmaması, dava başvurusunun potansiyel ortak davalıya karşı yapılmadığı ve dava açıldığında davalı olarak gösterilmemiş hiçbir akit tarafın davalı olmaya sadece zorlanamayacağını değil, ayrıca AB ve üye devletlerinin ortak davalı olabilme mekanizmasına başvurmada maddi şartların karşılanıp karşılanmadığını tespit noktasında özgür kalacağını da göstermektedir. Bu şartların gerçekte AB ve üye devletler arasındaki yetki bölüşümüyle alakalı AB hukuku kurallarından ve AİHS'i ihlal eden tasarruf veya ihmalin isnat edilebilirliğini düzenleyen kriterlerden hasıl olduğu dikkate alındığında, bir davada bu şartların karşılanıp karşılanmadığına dair karar mecburen AB hukukunun değerlendirilmesini içerecektir. Katılım anlaşması taslağının AİHM'in bir akit tarafı ortak davalı olmaya davet usulü noktasında bu hususları uygun bir şekilde dikkate aldığı söylenebilse de, bu tespit, bir akit tarafın yaptığı talep noktasında söz konusu değildir. Katılım anlaşması taslağının 3(5). maddesinde düzenlendiği gibi, AB veya üye devletler ortak davalı statüde müdahil olma talebinde bulunurken, AİHM'in davaya katılım şartlarını karşılayıp karşılamadıklarını tespit edebilmesini sağlayacak gerekçeler göstermek zorundadır. AİHM bu gerekçelerin makuliyeti ışığında sözkonusu talebe ilişkin kararını verecektir. AİHM sunulan gerekçeler ışığında yapacağı değerlendirme sonucunda, hernekadar bu değerlendirme sözkonusu gerekçelerin esasına ilişkin olmasa da, maddede zikredilen şartların karşılanması durumunun makul nitelik taşıyıp taşımadığını tespit edecektir. Fakat, AİHM bu değerlendirmeyi yaparken, AB ve üye devletler için bağlayıcı olan nihai karara ulaşabilmek için, AB ve üye

devletler arasındaki yetki bölüşümünü ve onların tasarruf ve ihmallerine isnat edilebilirlik kriterlerini düzenleyen AB hukuku kurallarını tahlil etmek zorunda kalabilir. Dolayısıyla bu tarz bir değerlendirme AB ve üye devletleri arasındaki yetki bölüşümüne müdahaleye yol açabilir. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 215-226)

İkinci olarak, katılım anlaşması taslağının 3(7). maddesine göre bir akit tarafın ortak davalı olma durumunun sözkonusu olduğu bir davada ihlale hükmedilmesi durumunda, davalı ve ortak davalının birlikte mesul tutulabilmesi mümkündür. Ancak bu madde, bir üye devletin AİHS'in 57. maddesi çerçevesinde çekince koyduğu bir AİHS hükmünün ihlali durumunda, AB yanında mesul tutulabilmesini engellememektedir. Dolayısıyla bu madde, AB Andlaşması'na Ekli 8 Sayılı Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen katılım anlaşmasındaki hiçbir hükmün üye devletlerin AİHS ile ilişkisiyle alakalı, özellikle de koydukları çekincelere ilişkin, mevcut durumuna hanel getiremeyeceği hükmüyle uyarılık taşımamaktadır. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 226-228)

Üçüncü olarak, katılım anlaşması taslağının 3(7). maddesinde ihlale karşı davalı ve ortak davalının müşterek mesuliyeti genel kuralına istisna teşkil eden kurala göre, AİHM davalı ve ortak davalı tarafından sunulan gerekçelere istinaden ve davacının düşüncelerini de dikkate alarak ihlal açısından sadece birini mesul tutabilir. AİHM tarafından verilen AİHS'i ihlal eden bir tasarruf veya ihmal nedeniyle AB ve üye devletlerinin mesuliyetini paylaşırma kararı, aynı zamanda AB ve üye devletleri arasındaki yetki bölüşümünü ve bu tasarruf veya ihmalin isnad edilebilirliğini düzenleyen AB hukuku kurallarının değerlendirilmesine de dayanan bir karardır. Bu nedenle, AİHM'e bu şekilde karar alabilme yetkisi vermek AB ve üye devletlerarasındaki yetki bölüşümünü zedeleme riski taşımaktadır. Bu netice, AİHM'in sadece davalı ve ortak davalı tarafından sunulan gerekçelere istinaden karar vermesi gerçekliğinden de etkilenmez. İşbu *Mütalaa* usulünde AB Komisyonu ve bazı müdahil üye devletler tarafından dile getirilen argümanlara karşın, katılım anlaşması taslağının 3(7). maddesi ve açıklayıcı raporu taslağının 62. paragrafında, davalı ve ortak davalı tarafından sunulacak gerekçelerin müşterek verileceğine dair açık bir hüküm mevcut değildir. Davalı ve ortak davalı arasında yapılan mutabakat anlaşmasına dayalı mesuliyet dağıtım talebi bile olsa, bu talep başlı başına AB hukukunun özerkliğine hanel gelmesi ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaya yetmeyebilecektir. Mesuliyet dağılımı meselesinin sadece AB hukukunun ilgili kuralları çerçevesinde ve gerek duyulması durumunda davalı ve ortak davalı arasındaki anlaşmanın bu kurallara aykırılık teşkil edip etmeyeceğini tespit noktasında münhasır yetkiye sahip olan ABAD'ın denetimine tabi olarak çözülmesi gerekir. AİHM'e AB ve üye devletleri arasında mesuliyet paylaşımına yönelik yapılabilecek herhangi bir anlaşmayı onaylama yetkisi verilmesi, onun bu meseleyi karara bağlamada münhasır yetkiye sahip olan ABAD'ın yerini ikame etmesine cevaz anlamı taşıyacaktır. Açıklanan sebepler ışığında, katılım anlaşması taslağında yer alan ortak davalı olabilme mekanizmasının işlerliğine yönelik düzenlemelerin, AB ve AB hukukunun kendine has özelliklerini korumayı temin etmediğine hükmedilme gereği doğmuştur. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 229-235)

ABAD İçin Ön Katılım Usulü

ABAD için ön katılım usulüne gereklilik duyulması AİHS'in kurduğu denetim sisteminin tali olma doğasına riayet etmekle alakalı bir husustur. Bunun ayrıca, AB yargısal denetim sisteminin uygun işlerliğinin sağlanması amacı için de gerekli olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu çerçevede, AB hukuku meselesinin ortaya çıktığı AİHM önündeki bir davada ABAD'ın ön katılımının gerekliliği, AB Andlaşması'na Eklî 8 Sayılı Protokol'ün 2. maddesi tarafından öngörülen AB ve bilhassa ABAD'ı içerecek şekilde tüm organlarının yetkilerinin korunması yükümlüğünü karşılamaktadır. Dolayısıyla bu, ABAD'ın AİHM önündeki davada, sadece yetkili AB organı tarafından karara bağlanması gereken ve bu kararın da AİHM için bağlayıcı nitelik taşıdığı, hukuki meseleye dair daha önceden bir karar verip vermediği hususunun tespiti amacıyla gereklidir. AİHM'e bu meseleyi tespit etme yetkisi vermek, ona ABAD'ın içtihadını yorumlama yetkisi vermek anlamını taşıyacaktı. Ne katılım anlaşması taslağının 3(6). maddesi, ne de açıklayıcı rapor taslağının 65-66. paragrafları bu ihtimali ortadan kaldıran bir hüküm içermektedir. Dolayısıyla, ön katılım usulünün, AİHM önündeki bir davada AB'nin tamamen ve sistematik olarak bilgilendirilmesi, böylece yetkili AB organının ABAD'ın sözkonusu davadaki hukuki meseleye dair mevcut bir kararının olup olmadığını tespiti ve mevcut olmaması durumunda da ön katılım usulüne başvurma imkanını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 236-241)

İkinci olarak, katılım anlaşması taslağının 3(6). maddesinde düzenlenen usul, ABAD'a, ilgili AB hukuku kuralının, AİHS ve AB'nin katıldığı Protokoller tarafından garanti altına alınan haklara uygunluk taşıyıp taşımadığını inceleme imkanı sunmayı amaçlamaktadır. Açıklayıcı rapor taslağının 66. paragrafında yer alan hükmün uyarlık taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi ifadesi ikincil hukukta yer alan hükmün geçerliliği ile birincil hukuk hükmünün yorumuna dair karar verme anlamını taşımaktadır. Katılım anlaşması taslağı, ön katılım usulü çerçevesinde AB ikincil hukukunun yorumlanması hususu itibariyle ABAD'ın karar verebilmesi imkânını içermemektedir. Ön katılım usulü çerçevesinde, AB birincil hukukunun AB'nin AİHS'e katılımı itibariyle yüklendiği yükümlülüklerine uygunluk taşıyıp taşımadığını tespit etme noktasında birincil hukukun yorumlanmasında söz konusu olduğu gibi, bu tarz bir yorumlamaya aynı amaçla AB ikincil hukukunun da tabi olması gerekir. İkincil hukukunu da içerecek şekilde AB hukukunun yorumlanması, bir hükmün birden fazla makul yoruma açık olduğu yerlerde aslen ABAD'ın kararını gerekli kılar. ABAD'a AB ikincil hukukunun kati yorumunu yapmasına imkân verilmemesi ve AİHM'in sözkonusu hukuk kuralının AİHS'e uygunluğunu tespit etme noktasında makul yorumlardan birini tercih etmesinin söz konusu olması durumlarında, ABAD'ın AB hukukunun kati yorumlanması noktasında münhasır yetkiye sahip olduğu ilkesinin kesin bir ihlali sözkonusudur. Dolayısıyla, AB ikincil hukuku bağlamında ön katılım usulünün kapsamının sadece gereklilik denetimine hasredilmesi bir yandan AB yetkilerine, diğer yandan AİHS'in garanti altına aldığı haklar ışığında AB ikincil hukukunun kati yorumlanmasını sağlama noktasında ABAD'ın yetkisine halel getirir. Bu

gerekçelerle, katılım anlaşması taslağının ABAD için ön katılım usulü düzenlemesinin, AB'nin ve AB hukukunun kendine has özelliklerinin korunmasına olanak tanımadığına hükmedilmesi gerekir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 242-248)

ODGP Meselelerinde Yargısal Denetime İlişkin AB Hukukunun Kendine Has Özellikleri

Kurucu andlaşmaların ODGP'yi düzenleyen hükümlerine göre ABAD'ın AB Andlaşması'nın 40. maddesi ile ABİDA'nın 275. maddesi çerçevesinde yargısal yetkisi bulunmaktadır. ABİDA'nın 275. maddesine göre, ABAD'ın gerçek ve tüzel kişilere karşı Konsey tarafından AB Andlaşması'nın V. Başlığının 2. Bölümüne istinaden getirilen kısıtlayıcı tedbir kararlarının hukukilik denetimine yönelik bu kişilerce açılan iptal davalarını karara bağlama yetkisi mevcuttur. Komisyon'un bu hükümlere dair (özellikle de bu alanda ABAD'ın yargı yetkisinin AIHS'e bir başvuruyu kapsamaya yetecek mahiyette geniş yorumlanmasına dair), ABAD'dan mütalaa taleplerindeki sistematik yorumuna rağmen, ABAD'ın ODGP meselelerine dair yetkisinin kapsamını tanımladığı bir kararı henüz mevcut değildir. Ancak, işbu Mütalaa'da bir karar verebilmek amacıyla şu belirtilmelidir ki: AB hukukunun mevcut haliyle, ODGP çerçevesinde yapılan tasarruflardan bazıları ABAD'ın yargısal denetim yetkisinin dışında kalmaktadır. Bu durum kurucu andlaşmalar tarafından oluşturulmuş ve sadece AB hukuku çerçevesinde çözülebilecek olan ABAD'ın yargı yetkisinin düzenlenmesinde mündemiçtir. Kurucu andlaşma tarafından öngörüldüğü şekilde katılım çerçevesinde, ODGP kapsamında yapılan bazı işlem ve eylemler ile gerçekleştirilen ihmallerin, özellikle de temel haklar çerçevesinde hukukilik denetiminin ABAD tarafından yapılamayanlarını da kapsamak üzere, AIHS'e uygunluğu noktasında AIHM'e hüküm verme yetkisi verilebilecektir. Böyle bir durum, AB işlem, eylem veya ihmallerinin hukukilik denetiminin, hernekadar AIHS'in garanti altına aldığı haklara uygunluğuna ilişkin yargısal denetimle sınırlı da olsa, AB'ye ait olmayan bir organa münhasıran devri niteliğini taşıyacaktır. ABAD'ın daha önce de karara bağladığı üzere, AB'nin işlem, eylem veya ihmallerinin, temel haklar çerçevesinde yapılanı da içerecek şekilde, yargısal denetimi, AB kurumsal ve yargısal sisteminin dışında yer alan bir uluslararası yargı organına münhasıran tevdi edilemez. Bu hükme rağmen, katılım anlaşması taslağı ODGP meselelerinde AB'nin işlem, eylem veya ihmallerine ilişkin yargısal denetim noktasında AB hukukunun kendine has özelliklerine riayeti yerine getirememiştir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para. 249-257)

Netice itibarıyla AB'nin AIHS'e katılımına dair anlaşma taslağı AB Andlaşması'nın 6(2). maddesine veya AB'nin AIHS'e katılımına dair AB Andlaşması'nın 6(2). maddesi ile alakalı 8 Sayılı Ek Protokol'e uyarlık taşımamaktadır.

Değerlendirme ve Çağrışımlar

ABAD, AIHS'de garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerin temini adına AB ve kendisini de içerecek şekilde bütün AB organlarının AIHS tarafından

kurulan yargısal denetim mekanizmasına ve özel olarak da AİHM'in kararlarına tabi olmasına karşı olmadığını ifade etmiştir. (2/13 Sayılı Mütalaa, 2014, para.181) Bu içtihat 1/91 Sayılı Mütalaa'da ifade edilen temel ilkenin bir yansımasıdır. 1/91 Sayılı Mütalaa'da ABAD, AB tarafından akdedilen bir anlaşmanın uyuşmazlıkların çözümü için bir yargı sistemi kurması sözkonusu olduğunda, akit taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek ve dolayısıyla anlaşma hükümlerini yorumlaması adına yetkili mahkemenin kararlarının AB mahkemelerini de içeren AB organları için bağlayıcı olduğunu hükme bağlamıştı. Bu kararlar ayrıca ABAD'ın önkarar usulü ile veya doğrudan dava yoluyla önüne gelen bir meselede uluslararası anlaşma üzerine hüküm vermesi durumunda, bu anlaşma AB hukuku düzeninin ayrılmaz parçası olduğu müddetçe ABAD için bağlayıcıdır. (1/91 Sayılı Mütalaa, 1991) Ancak AB ve organlarının AİHS tarafından kurulan denetim mekanizmasına ve özel olarak da AİHM'in kararlarına tabi olabilmesi durumunun AB anlaşmalarına uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için ileri sürdüğü şartlar incelendiğinde ilke olarak savunduğu bu denetimin uygulamaya geçirilebilmesinin ABAD tarafından pek de istenilmediği şeklinde bir izlenim edinilmektedir.

ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının temel ekseninin AB hukuk düzeninin kendine has özellikleri ve özerkliğinin korunması çabası olduğunu ve bu durumun AB lehine AİHS sisteminde diğer akit taraflardan ister istemez bir farklılık doğmasına yol açacağını öncelikle belirtmek gerekir. ABİDA'nın 344. maddesi, AİHS'in 53. maddesi ve 16. Protokol'e (AİHS) ilişkin yorumu, bir yandan ABAD'ın AB'nin iç işleyişine, iç disiplinine ve anayasallaşma sürecinde yargısal aktivizmine dayalı içtihadıyla kurduğu yapının dinamiğine dair bir nebze itimsizliğini sergilemektedir. Diğer yandan da, AB hukuku müktesebatının icrasının temininde iç yargı yollarının ve AB organlarınca gerçekleştirilebilecek kamusal denetim mekanizmasının kullanılması yerine bir uluslararası hukuk aracı olan katılım anlaşmasından medet umması nedeniyle, ABAD tarafından AB hukuk düzeninin iç meselelerinin gereksiz şekilde dışsallaştırılmaya çalışıldığı gerçeği gün yüzüne çıkmaktadır. (Jacqué, 2014; Editorial Comments, 2015; Lock, 2015) Oysaki ABAD'ın pürüz olarak nitelendirdiği unsurlar, yani AİHS'in 53. maddesinin AB tarafından yeknesaklaştırılan düzenlemelerin olması durumunda AB üye devletlerine AB standardından daha geniş koruma yetkisi vermemesinin sağlanması, 16. Protokol çerçevesinde üye devlet yüksek mahkemeleri tarafından danışma görüşü talep edilebilmesi itibariyle önkarar usulünün zedelenmesinin önüne geçilmesi, üye devletlerin gerek kendi aralarındaki, gerekse AB ile arasındaki AB hukukuyla irtibatlı uyuşmazlıklarını AİHM önüne getirmeme yükümlülüğü, AB'nin iç meselesi olarak AB hukuk düzeni içerisinde hukuki işbirliği ilkesi ekseninde, uzun yıllardır oluşturmaya çalıştığı AB anayasallığı çerçevesinde, AB iç disipliniyle çözülebilecek meselelerdir.

ABİDA'nın 344. maddesi bağlamında, AİHS'in 55. maddesi akit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların aslen AİHM'in uhdesinde çözülmesini öngörürken, ABİDA'nın 344. maddesi AB hukuku kapsamındaki meselelerde üye devletlerin kendi aralarındaki veya AB ile olan uyuşmazlıklarının çözümünde ABAD'ın münhasır yargı yetkisini gerekli kılmaktadır. ABİDA'nın 344. maddesine istinaden

ABAD'ın münhasır yetki ihdası, gerek üye devletler tarafından AB tasarruflarına karşı açılması gereken iptal davasının, gerek AB'nin ihmallerine karşı açılması gereken ihmal davasının, gerekse AB Komisyonu veya üye devletler tarafından AB hukukunu ihlal eden bir üye devlete karşı açılması gereken ihlal davasının bypass edilerek AB yargısal denetim sisteminin işlevsiz kılınmasının önüne geçilmesine matuftur. ABAD 2/13 Sayılı *Mütalaa*'da 344. maddenin kapsamını daha da genişletmiş, AB'de üye devletlerarasındaki veya üye devletler ile AB arasındaki uyumsuzluklarda ABAD'ın münhasır yetkisinin varlığının, aynı zamanda AİHS çerçevesinde insan haklarına uygunluk denetimiyle alakalı ön ve nihai dışsal yargısal denetime de mani olduğunu vurgulamıştır. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 210) Burada AB hukukunun özerkliğinin olabildiğince geniş yorumlanması söz konusudur. (Lock, 2015) Ayrıca, *Mox-Plant* Davası'nda (C-459/03 *Commission v Ireland*, 2006) 344. maddeye istinaden zaten yasak getirilen bir mevzuda uluslararası bir hukuki araçtan yardım talep edilmesi ise AB hukukunun ve özellikle de ABAD içtihadının bağlayıcılığına ilişkin üye devletlerin algısından ABAD'ın emin olamamasının bir göstergesi olsa gerek. Bunun yanında, ABAD, herhangi bir üye devlet veya AB tarafından kendisinin münhasıran yetkili olduğu alandaki uyumsuzlukların çözümü için 344. maddeye aykırı olarak AİHS'e başvurulması durumunda, AİHS'in 33. maddesine göre AİHM'in kendisini yetkilendirilmiş bulacağı ihtimalini belirtmektedir. ABAD burada *Mox-Plant* davasında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin ABAD'ın yargı yetkisine öncelik tanımak suretiyle davayı askıya alarak meselenin öncelikle ABAD'da çözülmesine olanak tanınması imkânını veren Uluslararası Deniz Hukuk Sözleşmesi'nden farklı olarak, AİHS çerçevesinde AİHM'in AB hukuk düzenindeki uyumsuzlukların çözüm yollarına havale etmesinin söz konusu olamayacağını da ima ederek, her halükarda ön ve nihai denetimin 344. madde bağlamında mümkün olmadığını vurgulamıştır. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 209-210) Kanatımızca, AB hukukunun bağlayıcılığının yetmediği itirafını da barındıran ve bu nedenle de uluslararası bir hukuk aracıyla üye devletlerin uluslararası hukuk çerçevesinde bağlanması gerekliliğine vurgu yapan bu ifadenin, yargısal aktivizmin sembolü olan ABAD tarafından dillendirilmiş olması büyük bir talihsizliktir.

AİHS'in 53. maddesi bağlamında, aslen AB Temel Haklar Şartı'nın 53. maddesi ile AİHS'in 53. maddesi farklı mantık üzerine formülize edilmiştir: Birincisinde temel haklar korumasının AB içerisinde yeknesak yorumlanıp uygulanması ve AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğinin korunması ana ögeyi oluştururken, ikincisinde AİHS'de garanti altına alınan hakların asgari düzeyde korunma garantisi yer almakta akit tarafların hukuk sistemlerinde minimum standardı aşan düzenlemelere saygı gösterilmekle birlikte, bu hukuk sistemlerinde bu düzenlemeler noktasında yeknesaklığın temini gayesi güdülmemektedir. (Krenn, 2015) ABAD katılım anlaşma taslağında düzenleme yapılarak üye devletlerin AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğine hanel getirecek düzenleme yapamayacağı yükümlülüğüne yer verilmesini istemektedir. Bu bir açıdan ABAD'ın üye devletler tarafından AİHS'in 53. maddesine istinaden kendi temel haklar koruma standartlarının *Melloni* içtihadı (C-399/11 *Stefano Melloni v*

Ministerio Fiscal, 2013) rağmına geri getirilmesi yoluyla *Melloni* ilkelerinden kaçınılması ve bu şekilde AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğine meydan okunması endişesi taşımakta olduğunu göstermektedir. (Halberstam, 2015; Krenn, 2015; Storgaard, 2015) Diğer açıdan ise, yine AB hukuku çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecek bir mevzunun bir uluslararası hukuk aracı olan katılım anlaşmasına eklenecek bir hükümden medet umularak çözülmeye çalışılması ABAD'ın bu noktada oluşturduğu içtihadı, AB hukukunda kurduğu normlar hiyerarşisine, AB hukukunun icrasına ve iç disiplinine yönelik bir itimatlılığı olarak tezahür etmektedir. *Akerberg Fransson Davası*'nda ABAD, hernekadar AB Andlaşması'nın 6(3). maddesinde AİHS tarafından tanınan temel hakların AB hukukunun ayrılmaz parçasını teşkil ettiği ve AB Temel Haklar Şartı'nın 52(3). maddesinde de Şart'ın koruma altına aldığı, AİHS tarafından da korunmakta olan hakların, AİHS'dekilerle aynı anlam ve kapsama sahip olduğu ifade edilse de, AB katılmadığı müddetçe AİHS'in resmi şekilde AB hukukuna aktarılan bir hukuki araç teşkil etmediğinin altını çizmişti. (Case C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, 2013, para. 44.) AB'nin AİHS'e katılımı, AİHS'in AB hukukuna resmi şekilde katılmasını sağlayarak, AB tarafından akdedilen uluslararası anlaşmalara normlar hiyerarşisinde verilen statü gereği AİHS'i AB birincil ve ikincil hukuku arası bir hukuki statüye yöneltecektir. Yani AB Andlaşması'nın 6(3). maddesi ile AB Temel Haklar Şartı'nın 52(3). maddesi itibariyle AİHS'e AB birincil hukuku dozu verilmekle birlikte, katılım sonrası AİHS'in AB hukukundaki hukuki statüsü ABAD tarafından açıklığa kavuşturulana kadar tartışmalı nitelik arz edecek olsa da, katılım sonucunda AİHS'in resmi olarak AB hukukuna iştirakinin AB normlar hiyerarşisi içerisindeki hukuki statüsüne etkisi birincil hukuktan uzaklaştırma şeklinde tezahür edecektir. Bu çerçevede, AB Temel Haklar Şartı ile AİHS'nin çatışması durumunda AB tarafından akdedilen anlaşmaların AB hukukundaki statüsü dikkate alındığında meselenin AB hukukunun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde Şart lehine, bir iç mesele olarak, çözülmesi bir müşkül çıkartmayacaktır. Ayrıca, AİHS'in 53. maddesi minimum standardın üzerindeki düzenlemelerin uygulanmasını şart koşmamakta, bilakis sadece o standardın uygulanabilmesi adına bir imkân temin etmektedir. Bu bağlamda iki hüküm arasında bir çatışma ihtimali zaten mevcut olmadığından, ABAD'ın mesele olarak altını çizdiği durumun ihtimal dışında olduğu bile ileri sürülebilecektir. (Lock, 2015) Çünkü, AİHM açısından mesele minimum standardı aşan düzenlemelerin dayatılması değil, minimum standardın sağlanıp sağlanmadığı meselesidir.

AİHS 16. Protokol bağlamında, ABAD, üye devlet yüksek yargı organlarının önlerindeki davalara ilişkin önkarar usulüne başvurmak yerine AİHM'den, bağlayıcılık niteliği taşımaya bile, danışma görüşü isteme ihtimalinin önüne hukuki işbirliği ilkesi geçebilecektir ve *Mütalaa*'da buna dair bir vurgunun yapılması AB hukuk düzeninin bir iç meselesi olarak çözülmesi adına yeterliydi.

Mütalaa'da ikinci temel unsur olarak, ABAD'ın AB hukukunun özerkliği ve AB hukuk düzeninin kendine has özellikleri vurgusuyla, temel haklardan ziyade kendi yetkilerini koruma endişesini taşınmasıyla temel hakları ciddiye almayan bir üslup sergilediği, *Mütalaa*'na uygun şekilde AİHS'e katılımın gerçekleştirilmesi

durumunda AB hukuk düzeninde temel haklar korumasının geliştirilmesinde bir ivme sağlanamayacağı ve bu şartlar altındaki katılımın AB tasarruflarını AİHM'in etkili dışsal yargısal denetiminin nispeten dışında bırakacağı iddia edilebilir. (Douglas-Scott, 2015)

Karşılıklı güven ilkesi bağlamında, ABAD'ın ÖGAA kapsamında karşılıklı güven ilkesi çerçevesinde üye devletlerin, birbirlerinin temel haklara riayet ettiği karinesiyle hareket ederek birbirlerinin temel hakları ihlal edip etmediği denetimini yapmaması yükümlülüğüne vurgu yapması (dar yorumladığı istisnaları barındırmakla birlikte) ve aksine bir davranışı AB'de dengeyi ve AB hukukunun özerkliğini zedeleyecek bir saik olarak görmesi, AİHM'in *Tarakhel* içtihadına (*Tarakhel v. Switzerland*, 2014) uymayacağı ve dolayısıyla harmonizasyon alanlarını AİHM'in denetimi dışında tutmaya çalıştığı izlenimini doğurmaktadır. Örneğin, iltica hukukunda, AİHM her davada AİHS'in ihlal edilip edilmediği araştırması yaparken, (*Tarakhel v. Switzerland*, 2014) ABAD'a göre karşılıklı güven ilkesi çerçevesinde ancak ulusal hukuk sistemindeki sistemik yetersizlikler ve ihlaller sığınmacının o üye devlete iadesini reddetmek için bir gerekçe teşkil edebilecektir. (Joined Cases C-411/10 and C-493/10 *N. S. v Secretary of State for the Home Department* 2011, para. 106; Case C-394/12 *Shamso Abdullahi v. Bundesasylamt*, 2013, para. 60-62) Bu durum gerek ABAD ve AİHM arasındaki yargısal diyaloga, gerekse katılımın temel felsefesi itibarıyla AB tasarruflarının ve AB hukukunun uygulanması kapsamındaki üye devlet tasarruflarının AİHM'in dışsal yargısal denetimine tabi olması ilkesine hanel getirecek niteliktedir. (Eeckhout, 2015, 969) ABİDA'nın 67(1). maddesinde, Birliğe temel haklara saygılı ÖGAA kurması yükümlülüğü getirilmesine rağmen, ÖGAA'da karşılıklı güven ilkesine istinaden oluşturulan mevcut yapı, kişisel özgürlük ve haklardan ziyade kamu düzeni ve çıkarlarına ağırlık veren bir nitelik sergilemektedir. Bu durumun, kişisel haklara vurgu yapan AİHS sistemiyle ne kadar uyumluluk taşıyacağı ise tartışmalıdır.

Kanaatimizce, AB hukuk düzeni içerisinde *Bosphorus* davasından (*Bosphorus Hava Yolları Turizm v Ireland*, 2005) mülhem, üye devletler arasında karşılıklı güven ilkesine dayalı yatay nitelikte haklar koruma karinesi geliştirilmeye çalışılmaktadır. ABAD, karşılıklı güven ilkesini temel haklar koruması rağmına anayasal bir ilke statüsüne çekerek, *Kadı* davasında (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadı*, 2008, para. 303) ulusalüstü hukukun da üstünde hukuki statü atfederek ve kendisinden sapılamayacağı vasfını ekleyerek AB'nin temelini teşkil ettiğini ifade ettiği AB Andlaşması'nın 2. maddesinde yer bulan insan haklarına saygı ilkesine yönelik yaklaşımından geri adım atmaktadır. Bu durumun, üye devletlerin birbirleri arasındaki ve AB ile olan bir uyumsuzluğun ABİDA'nın 344. maddesine istinaden AİHM'in yargı yetkisinin kapsamı dışına çıkarılmasından daha ciddi bir etkisi olacaktır. Çünkü, ÖGAA kapsamında temel haklar korumasının katılım anlaşmasına konulması istenen bir hükümle, karşılıklı güven ilkesi ekseninde üye devletler arasında korunma karinesi teşkil edeceği için, AİHM önünde kişisel başvuru meselesi bile olmaktan çıkartılması talep edilmektedir. AB hukuk düzeninde temel haklar korumasının Aşil'in topuğunu simgelemesi

hasebiyle, *Kadi* davasında AB hukukunun özerkliğine dâhili ve harici iki tehdidi temel haklar korumasına özel önem atfederek bertaraf eden ABAD'ın *Mütalaa*'daki dilemması ise, temel haklar korumasını tercih etme durumunda tasavvur ettiği AB hukukunun özerkliğine halel gelmesine yol açma ihtimalinin belirmesidir. Ayrıca bu noktada mesele, AB yetkilerinin ve yeknesak düzenlemelerinin artmasının AİHM'in yargı yetkisinin sınırlarının daraltılmasına yol açması ihtimalidir. Bunun sonucunda, AİHM içtihadındaki koruma standardını karşılıklı güven ilkesi nedeniyle sağlayamama ihtimali olan bir üye devlete karşı mağdur bir kişinin AİHM'e başvuru yapması durumunun o üye devletin yüksek yargı organlarının, özellikle de örneğin *Solange* eksenli güçlü bir içtihadı bulunan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı tekrar sarılmasını tetikleyebilme ihtimalidir. (Halberstam, 2015; Editorial Comments, 2015) Oysaki ABAD, ÖGAA'da AİHM'in yargısal denetimini bir kaldıraç mahiyetinde görerek üye devletlerdeki temel haklar koruma standardının yükseltilmesini temin edebilirdi.

Bu açıdan *Mütalaa*, Roma Andlaşması'yla kurulmuş olan ekonomik temelle sınırlı algılanan Avrupa entegrasyonunu korumaya yönelik ve bu nedenle temel haklar korumasını gözardı eden ilk içtihadının özelliklerini barındırmaktadır. Oysaki üye devlet yüksek mahkemelerinin AB hukuk düzeninde insan hakları korumasına ilişkin yetersizlikler vurgusuyla birlikte AB hukukunun kendi ulusal hukuk sistemlerindeki üstünlüğü ve etkisine yönelik reaksiyonu üzerine, ABAD'ın ekonomik entegrasyon öncelikli söz konusu içtihadı değişikliğe uğrayarak, temel haklar korumasını da içeren bir entegrasyon modeline evrilmiştir. AB entegrasyonunun en önemli sacayaklarından birini teşkil eden temel haklar korumasının niteliğinin ve bunun üye devlet yüksek mahkemelerince algılanmasının AB hukuk düzeninin hala işlerlik ve geleceği adına çok önemli bir unsur teşkil etmeye devam ettiğini bu arada belirtmek gerekir. AB hukuk düzeninin özerkliğinin gerek uluslararası insan hakları hukukuna (AİHS), gerekse ulusal hukuka karşı korunması amacının, içiçe geçen unsurlar olarak ve yine insan hakları temelinde olmak gibi bir dilemmayı da içinde barındırarak, ABAD'ı yine bir yol ayrımına getirdiğini vurgulamak gerekir. Bu noktada, kanaatimizce ABAD'ın korkularının izale edilebilmesi, AB'nin kendine has özelliklerine dayalı şekilde AİHS'e üyelik çerçevesinde diğer akit taraflardan farklılık ve nispeten imtiyaz doğuracak muamele beklentisine değil, temel hakları önceliğe alan bir entegrasyon anlayışına geri dönmesiyle söz konusu olabilecektir. AB hukuk düzeninde, ÖGAA'yı da içerecek şekilde, AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğini pekiştirmenin yolu, içtihat geleneğine uygun bir şekilde yine insan hakları korumasından geçiyor.

ODGP'e ilişkin yargısal denetim bağlamında, *Mütalaa*, ABAD'ın yetkisinin olmadığı alanda uluslararası bir yargı organına yargısal denetim yetkisi verilmesinin AB'nin kendine has özelliklerine aykırılık taşıdığını ifade etmiştir. Ancak, AİHM'in *Matthews* içtihadı (*Matthews v United Kingdom*, 1999) ABAD'ın yargısal denetim yetkisi olmayan birincil AB hukukuna ilişkin üye devletlerin sorumluluğunu teyit etmişti. ABAD'a göre, AB hukukunun yorumlanması noktasında münhasır yetkiye sahip olan ABAD'ın bir ön yorumu olmaksızın

AIHM'in, ODGP çerçevesinde AB hukukunu yorumlayarak AIHS'e uygunluk denetimi yapması, AB hukukunun özerkliğine hanel getirmektedir. (Douglas-Scott, 2015) AB birincil hukukuna dair münhasır yorum yetkisi ve dolayısıyla AB hukukunun özerkliği AIHM'in yargı yetkisinin bu etkisinden vareste midir? Hukuk Sözcüsü Kokott tarafından belirtildiği üzere, AB'nin *Mütalaa*'ya dek ABAD içtihadında AB'nin akdettiği anlaşmalar nedeniyle AB hukukunun özerkliği meselesinin ortaya çıkması AB mahkemeleri ile uluslararası mahkemeler arasında yetki çatışması nedeniyle söz konusu olmakla birlikte, derdest mütalaa yolunda mesele uluslararası mahkemenin yargı yetkisinin AB mahkemelerinkinden daha geniş olması üzerinedir. (Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, 2/13 Sayılı *Mütalaa*, para. 190) Acaba burada mesele AIHM'in yargısal denetim yetkisinin kapsamının sorumluluğun kime ait olacağına göre değişmesi meselesi midir? Zira, *Mütalaa*'da katılım anlaşması taslağının 3(3). maddesi itibarıyla AB'nin dahilinin olmadığı AB birincil hukukunun AIHS'e uygunluk denetimi itibarıyla ortak davalı olabileme mekanizması içerisinde AB ve üye devletleri açısından müşterek sorumluluk doğurabilmesi ifade edilmesine rağmen, ABAD tarafından buna herhangi bir itiraz getirilmediği görülmektedir. Bu durum, hernekadar karar sonrasında iç hukukta ABAD tarafından sorumluluğun taksim edilebilmesi itibarıyla de sadece üye devlet sorumluluğu teşkil etmesi kararına ulaşılabilmesi ihtimali itibarıyla, ABAD'ın katılım anlaşma taslağında yer bulan AIHM'in AB birincil hukukuna ilişkin yargısal denetim yetkisini kabul ettiğini göstermektedir. Yani, ABAD tarafından buna itiraz edilmemesi ve AIHM'in yargı yetkisine ilişkin bir sınır getirilmesi gerektiğine dair bir ifadenin *Mütalaa*'da yer almamasına rağmen, ODGP çerçevesinde kendisinin yargı yetkisinin dışında kalan alanlarda AIHM'e yargısal denetim yetkisi verilemeyeceğini ifade etmesi, bu kısıtlamanın sadece AB'nin sorumluluğunun doğması açısından mı geçerli olduğu düşüncesini doğurmaktadır.

ABAD, ODGP kapsamında yargı yetkisinin dışında kalan alanlarda ne Hukuk Sözcüsü Kokott tarafından belirtilen şekilde ulusal mahkemelerin, ne de AIHM'in insan hakları koruması yapmasını istiyor. (Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, 2/13 Sayılı *Mütalaa*, para. 190) Oysaki Hukuk Sözcüsü Kokott'un belirttiği gibi Lizbon Andlaşması'nın yapımcıları ODGP'e ilişkin AB mahkemelerinin sınırlı yetkisi ile AB'nin AIHS'e katılımına istinaden AIHM'e bu alanda yargı yetkisi tanınması arasında herhangi bir çelişki görmemişlerdir. (Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, 2/13 Sayılı *Mütalaa*, para. 194)

Ayrıca, AIHS'in 57. maddesi genel nitelikteki çekincelere olanak tanımamaktadır. ABAD, katılım anlaşması yoluyla bu kuralın sadece tek taraflı çekincelere hasredilmesini mi istiyor? Yani 47 AIHS üyesi devletin de onaylayacağı katılım anlaşması yoluyla bu noktada kendisine bir imtiyaz mı sağlanmasını istiyor? Eğer bu gerçekleştirilemezse, çünkü 47 akit tarafın AB hukukunun önemli bir alanının külliyen AIHM'in yargısal denetiminden çıkarılmasına olumlu yaklaşmamasının da kuvvetli bir ihtimal olduğu aşikârdır, *Mütalaa*'ya uygun gerçekleştirilebilecek tek çare olarak AB kurucu anlaşmalarında ABAD'ın ODGP'ye ilişkin yetkisinin genişletilmesi şeklinde değişiklik yapılması kalmaktadır. Bu ihtimale de bazı üye devletlerin ne kadar

olumsuz yaklaştığı da bilinmektedir. Dolayısıyla, *Mütalaa* çerçevesinde Ortak Dış ve Güvenlik Politikası'na ilişkin ABAD'ın yargısal denetim yetkisinin kapsamı kurucu andlaşmalarda mevcut haliyle kaldığı müddetçe AB'nin AİHS'e katılımı söz konusu olamayacaktır. (Editorial Comments, 2015) Her iki olumsuz halin de AB'de kişilerin yargısal korunması açısından doğuracağı sonuçlar ortadadır.

Bu noktada diğer bir mesele, katılım anlaşmasında değişiklik marifetiyle ODGP çerçevesinde ABAD'ın yetkisinin olmadığı alanla sınırlı bir yetkisizliğin söz konusu olması durumunda, bunun sınırının çizilmesi, bir AB hukuku meselesi olması hasebiyle, sadece ABAD'ın yetkisine girdiği için, AİHM'de bireysel başvuru durumunda AİHM'in yetkisinin tespiti için izlenmesi gereken yolun ne olacağı meselesidir. Burada iki ihtimal akla gelmektedir: ABAD'ın ön katılımı için mekanizmanın devreye sokulması, ya da AİHM'in ön tespit kararı için dosyayı önce ABAD'a göndermesi. Dolayısıyla, *Mütalaa* sonrası ortaya çıkan bu meseleye ilişkin katılım anlaşma taslağında bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Üçüncü temel nokta olarak, ABAD'ın gerek ulusal mahkemelere, gerekse AİHM'e karşı endişeleri mevcuttur. ABAD'ın AB hukukuna saygı noktasında *Mütalaa*'da üye devlet yüksek yargı organlarına bir itimatsızlık sergilediğini belirtmek gerekir. (Jacqué, 2014a; Jacqué, 2014b, 823; Eeckhout, 2015, 972) 16. Protokol'e istinaden danışma görüşü talebi bağlamında ABAD, üye devlet yüksek yargı organlarının önlerindeki davalara ilişkin önkarar usulüne başvurmak yerine AİHM'den danışma görüşü istemek suretiyle kendisini bypass etmesinden ve dolayısıyla AİHM'in kendisinin yerine ikame edilmesinden endişe duymaktadır. Oysaki AİHM bir nebze olsun bu endişeyi izale edecek bir içtihat geliştirmişti. Zira, önkarar usulü açısından, AİHM, ulusal yargı organı tarafından gereken yerde önkarar usulüne başvurulmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. (*Dhahbi v. Italy*, 2014, para. 31-34.) Ayrıca, ABAD'ın ulusal mahkemeler tarafından AİHS'in 53. maddesine istinaden kendi temel haklar koruma standartlarını *Melloni* içtihadı (C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*, 2013) rağmına uygulama yoluyla *Melloni* ilkelerinden kaçınılması ve dolayısıyla AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğine meydan okunmasına karşı bir endişesi taşımakta olduğu görülmektedir. (Halberstam, 2015; Krenn, 2015; Storgaard, 2015) Diğer yandan, AİHM'e AB ve üye devletleri arasında ortak davalı olabilme müessesesinde mesuliyet paylaşımına yönelik yapılabilecek herhangi bir anlaşmayı onaylama izni verilmesi noktasında, ABAD'ın münhasır yetkiye sahip olduğu meselenin çözümünde yerinin AİHM tarafından ikame edilmesi vurgusu vardır. (*2/13 Sayılı Mütalaa*, 2014, para. 234) İlaveten ABIDA'nın 344. maddesine aykırı olarak AB ve üye devletlerin iç uyumsuzluklarını ABAD yerine AİHM'e götürmeleri durumunda AİHM'in görevlendirilmesi hasebiyle bu davayı sonuca bağlama zorunda kalması şeklinde ABAD'ın iması da bir endişe göstergesidir. (*2/13 Sayılı Mütalaa*, 2014, para. 209)

İnsan hakları koruması ekseninde bu yargı organları marifetiyle AB hukukunun tersinden bir spill-over etkisine maruz bırakılması şeklinde ABAD'ın bir korku taşıdığı da akla gelmiyor değil. Eeckhout, haklı olarak, üye devlet mahkemeleri ile AİHM arasında AB hukukuna karşı AİHM'e üstünlük tanıyan bir koalisyon

kurulma ihtimali durumunda, ABAD'ın AİHM ile çatışmayı sürdürecektir üslubu sergileyebilmesinin zor olduğunu ve AB hukuku açısından böyle bir koalisyonun varoluşsal bir tehdit teşkil edeceğini ifade etmektedir. (Eeckhout, 2015) Ancak, nihai noktada meselenin sadakatın hangi kuruma yönelecek olmasına, yani ulusal mahkemelerin AB mahkemesi olma sıfatıyla mı, yoksa Sözleşme mahkemesi olma sıfatıyla mı hareket edecek olmasına, bağlı olduğunun belirtilmesi gerekir.

Dördüncü temel nokta olarak, katılım anlaşması taslağınca oluşturulan yapının teknik bazı meselelerine ilişkin ABAD'ın yanlış anlamasının da söz konusu olduğunun ifade edilmesi lazım. (Lock, 2015) Örneğin ABAD, 16. Protokol'e üye olan bir üye devletin yüksek bir yargı organının AİHM'den danışma görüşü talebinin ABAD'ın ön katılımı usulünü tetikleyebileceğini ve bu durumun önkarar usulünün bypass edilmesine yol açabileceğini ifade etmektedir. (2/13 Sayılı *Mütalaa*, 2014, para. 198) Oysaki ön katılım usulü sadece ortak davalı olabilme mekanizması içerisinde söz konusudur ve danışma görüşü talebinde ne davalı vardır, ne de dolayısıyla AB'nin ortak davalı olabileceği bir mekanizma söz konusudur.

Öte yandan, bazı hususlara ilişkin ABAD'ın talepleri kanaatimizce haklı görülebilir niteliktedir. Ortak davalı olabilme mekanizması sadece sorumluluğun gerçek sahibini bulma amacını değil, ayrıca AİHM'in AİHS'in ihlal edildiğine hükmeden kararının gereğinin yerine getirilebilmesi için gerçek yetkilinin de bulunması amacını taşır. Yani, katılım anlaşması taslağına ekli açıklayıcı raporda belirtildiği üzere ortak davalı olabilme mekanizması davaya katılım, hesap verebilirlik ve AİHM kararının gereğinin yerine getirilebilmesi açısından doğabilecek hukuki boşlukları gidermeyi sağlayacak bir yoldur. (Council of Europe, 2013, 22) Bu bağlamda, ABAD'ın istediği, katılım anlaşmasının hükmünün değiştirilerek AİHM'in AB veya üye devlet tarafından yapılan ortak davalı olma talebinin makuliyetine dair tespit yetkisinin ortadan kaldırılması; ortak davalı olabilmenin AB ve üye devletler açısından herhangi bir şarta bağlanmaksızın otomatik nitelikte bir hak olarak tezahür etmesi; müşterek sorumluluğun ortak davalı olabilme mekanizması söz konusu olduğunda istisnasız bir temel ilke olması ve dolayısıyla AİHM tarafından ortak davalı olan AB ve üye devletleri arasında sorumluluk paylaşımı yapılamaması haklı talepler olarak değerlendirilmektedir.

Ön katılım usulü, AİHS sistemi çerçevesinde yer alan subsidiarity ilkesinin bir gereği olarak AİHM'in yargısal denetiminin akit tarafta iç hukuk yollarının bitirilmesi üzerine söz konusu olması gerekliliğinin AB hukuk düzeninin kendine has özellikleri nedeniyle fiiliyata geçirilmesini amaçlamaktadır. (Storgaard, 2015) AB hukukunun AİHS'e uygunluk denetimi çerçevesinde, AB'nin ortak davalı olduğu davalarda, ön katılım usulünün kapsamının, AB ikincil hukukunun geçerlilik denetiminin aslen sözkonusu hukukun yorumunu da içermesi gerektiği, zaten geçerlilik denetimi yapan mahkemenin öncelikle bu normu yorumlamasının gerekmesi gerekçesiyle, yorum ile geçerlilik denetimi arasında yaptığı ayrımın yanılan ABAD tarafından dar yorumlandığı, eleştirileri mevcuttur. (Eeckhout, 2015) Belki de ABAD tarafından, ön katılım usulünü tetikleyen neden olarak AB ikincil hukukunun açıkça zikredilmesinin talep edilmesi, kendisinin

görevlendirilmesi noktasında bir pürüzün doğmamasına matuftur. Bu bağlamda, sözkonusu mekanizmanın etkin çalışabilmesi için ABAD'ın ön katılımı usulünü tetikleyen unsur olarak AB ikincil hukukunun yorumunun da eklenmesi; ön katılım mekanizması çerçevesinde dava konusuna ilişkin ABAD'ın mevcut bir içtihadının bulunup bulunmadığı tespitinin bir AB organına ait olması ve bunun AİHM için bağlayıcılığının temin edilmesi bize haklı talepler olarak gözükmektedir.

Sonuç

2/94 Sayılı Mütalaa'da ABAD, AİHS'e katılımın o zamanki Topluluk temel haklar koruma sisteminde büyük bir değişikliğe sebebiyet vereceğini, Topluluk'ta temel haklar koruması sisteminde böyle bir değişikliğin hem Topluluk, hem de üye devletler için anayasal nitelikte kurumsal sonuçları olması hasebiyle AT Andlaşması'nın 235. maddesinin (ABİDA'nın 352. maddesi) hukuki dayanak kapsamını aşması gerekçesiyle Topluluğun AİHS'e katılım yetkisinin olmadığını belirtmişti. (2/94 Sayılı Mütalaa, 1996, para. 34-35) 2/13 Sayılı Mütalaa'da vurgulandığı şekilde mevcut şartlar altında, AB'nin kendine has özellikleri ve özerkliğinin bu kadar katı bir şekilde korunması olmadan ve dolayısıyla AB'ye AİHS çerçevesinde bir nebze imtiyaz verilmesi sağlanmaksızın AB'nin AİHS'e katılımının gerçekleştirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Eğer böyle ise, yani 2/94 Sayılı Mütalaa'da temel gerekçe olarak sunulan AİHS'e katılımın AB hukuk düzeninde anayasal nitelikte kurumsal sonuçlar doğurma ihtimali 2/13 Sayılı Mütalaa'da belirtilen tedbirlerle neredeyse sıfırlanıyorsa, söz konusu Mütalaa'da ABİDA'nın 352. maddesine istinaden AT'nin AİHS'e katılım yetkisinin olmadığına hükmedilmesinde anayasal nitelikte değişikliklerin niçin temel gerekçe olarak gösterildiğini anlamakta zorlandığımızı ifade etmek isteriz.

Katılımın ne AB hukuk düzenine, ne de üye devletlerin yükümlülüklerine hael getirmeyecek şekilde formülasyonu zaten ulaşılması kolay bir hedef olarak görünmemektedir. Mütalaa'dan genel beklenti, aynen Hukuk Sözcüsü Kokott'un yaptığı gibi, kurucu andlaşmalara uygunluk denetimi çerçevesinde katılım anlaşmasında bazı hususların düzeltilmesi talebiydi. Ancak, AB hukukunun kendine has özellikleri ve özerkliği üzerine bina edilmiş bu dozajda olumsuz bir mütalaa AB'nin AİHS'e katılımını epey zorlaştırmıştır. Bu olumsuzluğa binaen gereken değişikliklerin çok taraflı bir anlaşma ile hayata geçirilmesinin zorluğu nedeniyle, bazı hukukçular ABAD'ın mütalasına rağmen üyeliğin gerçekleştirileceğine dair kurucu andlaşmalara "Rağmen Protokolü" eklenmesini önermektedir. (Besselink, 2014) Bu Protokolün tek maddesine göre ise, Birlik, AB Andlaşması'nın 6(2). maddesi, AB Andlaşması'nın 6(2). maddesine dair 8 Sayılı Protokol ve ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaa'sına rağmen Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'ne katılır. ABİDA'nın 218. maddesine göre ise, ABAD'ın mütalaa'sının olumsuz olması durumunda ya anlaşmada gereken değişiklikler gerçekleştirilmeden, ya da kurucu andlaşmaların revize edilmesi söz konusu olmadan AB birincil hukukuna aykırılık teşkil eden anlaşmanın yürürlüğe giremeyeceğini belirtmektedir. Bu çerçeveden bakınca, önerilen katılım yolunun AB hukuk düzeninin tutarlılığına ve insicamına, ABAD'ın rolüne ve içtihadının etkililiğine hael getirecek olması nedeniyle, kanaatimizce 218. maddeye uygun bir

şekilde *Mütalaa*'nın bağlayıcılığına riayet gerekmektedir. Yani, hukuki bağlayıcılığı olan *Mütalaa* ekseninde katılımın gerçekleştirilebilmesi için ya kurucu andlaşmalarda *Mütalaa*'da talep edilen tedbirleri gerektirmeyecek revizyonun gerçekleştirilmesi, ya da katılım anlaşmasında ABAD tarafından talep edilen noktalarda değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Her iki seçenek de birbirinden meşakkatlidir. Çünkü, kurucu andlaşmalarda, örneğin ODGP kapsamında ABAD'ın yargısal yetkisinin artırılmasına yönelik, değişikliğe üye devletlerin ikna edilmesi ve bu noktada oybirliği sağlanması büyük zorluklar taşımaktadır. Diğer yandan, çok taraflı nitelik arz eden katılım anlaşmasında herhangi bir değişiklik için de AB'ye ilaveten 47 Konsey üyesinin, yani 28 AB üye devleti ile 19 diğer akit tarafın, ikna edilmesi gerekmektedir. İkinci seçenekte başarı kaydedilse bile, ABAD'ın talepleri doğrultusunda gerçekleştirilecek değişikliklerin, AB tasarruflarına ve üye devletlerin AB hukukunun uygulanması kapsamındaki tasarruflarına karşı AIHM tarafından ne düzeyde etkili bir dışsal yargısal denetim sağlanmasına olanak tanıyacağına da sorgulanması gerekir. (Douglas-Scott, 2014) Bu noktada, etkili yargısal koruma ilkesi açısından AIHM tarafından AB tasarruflarına ve üye devletlerin AB hukukunu uygulaması çerçevesinde yaptığı tasarruflara ilişkin gerçekleştirilebilecek dışsal denetimin *Mütalaa*'da çizilen kapsamı dikkate alındığında, AB hukuk düzeninde sağlanabilecek temel haklar korumasının etkililiğine halel gelmesi, en azından ODGP ve ÖGAA çerçevesinde, kuvvetle muhtemeldir. Söz konusu eksikliklere rağmen, AB'nin AIHS'e her halükarda katılımının sağlanmasının anayasal bir yükümlülük teşkil ettiğinin ve AB tasarruflarının AIHM'in dışsal yargısal denetimine doğrudan tabi olmasının AB hukuk düzeninin dışsal hesap verebilirliği bağlamında hem meşruyetini artıracak, hem de AB'yi de içine alacak bir Avrupa kamu düzeninde ABAD ve AIHM diyaloguna dayanan homojen bir temel haklar koruması sağlayacak bir mekanizma doğuracağına altının çizilmesi gerekir.

ODGP çerçevesinde ABAD'ın yetkisi dışında kalan konular ile ÖGAA çerçevesinde karşılıklı güven gerektiren meselelerin AIHM'in yargısal denetiminin dışında tutulma talebi dikkate alındığında, AB hukuk düzeninin özerkliği kavramının ABAD içtihadındaki geleneksel olan AB hukukunun yorumlanması ve AB'de yetki bölüşümü meseleleri ekseninde ABAD'ın münhasır yetkisini gerektirmesini aşar nitelikte geniş yorumlandığı sonucuna ulaşılabilir. Bu geniş yoruma binaen karara bağladığı olumsuzluk içeren mütalaaasından sonra, yeni bir katılım anlaşması taslağına dair ABAD'dan ikinci bir mütalaa talep edilmeme olasılığının bile bulunduğu bazı hukukçular tarafından dile getirildiğini burada hatırlatmak gerekir. (Bosse-Platière & Hervé, 2015) ODGP çerçevesinde AIHM'in yargısal denetim yetkisi meselesinin çözümü katılım anlaşması marifetiyle gerçekleştirilirse eğer, katılım neticesinde AB hukuk düzeninden ziyade AIHS tarafından kurulan Avrupa kamu düzeninin, örneğin sistemin ruhunu temsil eden genel nitelikte yargısal denetim kapsamının dışına çıkılamaması kuralı gibi, daha fazla değişikliğe uğrama potansiyeli taşıdığı öngörmek gerekir.

Temel haklar korumasının AB entegrasyonunun itici gücü olma niteliğinde bir unsuru olduğu dikkate alındığında, ABAD'ın gerek AB hukuk düzeninde ulusal

mahkemeler, gerekse uluslararası hukuk çerçevesinde uluslararası mahkemeler nezdinde daha güçlü ve itibarlı bir mahkeme olmasının yolunun, en az AB'nin yüksek mahkemesi olma niteliği kadar bir insan hakları mahkemesi de olma niteliğini tercih etmesinden geçtiğinin hatırlatılması da gerekmektedir.

Kaynakça:

1/91 Sayılı Mütalaa, ECLI: EU: C:1991:490.

2/13 Sayılı Mütalaa, ECLI: EU: C:2014:2454.

Besselink, L. F. M. (2014) "Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13", 23 December 2014, <<http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VkJLPhnDIU>>

Bosphorus Hava Yolları Turizm v Ireland, App. No. 45036/98, ECtHR, 30 June 2005.

Bosse-Platière, I. and Hervé, A. (2015) "La CJUE juge le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme incompatible avec les traités: quelques réflexions concernant l'action extérieure de l'UE", RTD Eur. 2015, 220-225.

C-399/11 *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal* ECLI: EU: C:2013:107.

C-459/03 *Commission of the European Communities v Ireland*, ECLI: EU: C:2006:345.

Case C-394/12 *Shamso Abdullahi v Bundesasylamt*, ECLI: EU: C:2013:813.

Case C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, ECLI: EU: C:2013:105, para. 44.

Council of Europe, (2013) "Fifth Negotiation Meeting Between The CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", 47+1(2013)008rev2.

Dhabbi v. Italy, Application No. 17120/09, ECtHR, 8 April 2014.

Douglas-Scott, S. (2014) *Opinion 2/13* on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice, <<http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/>>

Douglas-Scott, S. (2015) "The Relationship Between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon", Legal Research Paper Series, Paper No XX/2015, University of Oxford <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533207>.

EDITORIAL COMMENTS (2015) "The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ", Common Market Law Review 52: 1–16.

Eeckhout, P. (2015) "Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?", 38 Fordham Int'l L.J. 38(4): 955-992.

Halberstam, D. (2015) "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward", Public Law and Legal Theory Research Paper Series Paper No. 432, February 2015.

Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, 2/13 Sayılı Mütalaa, ECLI: EU: C:2014:2475.

Jacqué, J. P. (2014a) "L'AVIS 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?" (23 December 2014) <<http://www.droit-union-europeenne.be/412337458>>

Jacqué, J. P. (2014b) "CJUE - CEDH: 2-0", RTD Eur. 2014.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, ECLI: EU: C:2008:461.

Joined Cases C-411/10 and C-493/10 *N. S. v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865.

- Krenn, C. (2015) “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13”, German Law Journal, Special Section: Opinion 2/13, 16(1): 147-167.
- Lock, T. (2015) “The future of EU accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, Europa Working Paper No 2015/02, University of Edinburgh School of Law Research Paper Series No 2015/18.
- Louise Halleskov Storgaard, L. H. (2015) “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection-On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR”, Human Rights Law Review, 15: 485-521.
- Matthews v. United Kingdom*, Application No 24833/94, ECtHR 1994.
- Tarakhel v. Switzerland* App. No. 29217/12, ECtHR 2014.