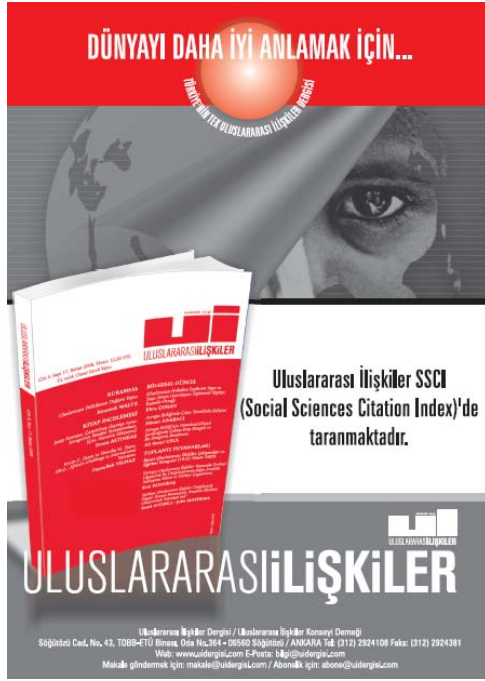


Yayın ilkeleri, izinler ve abonelik hakkında ayrıntılı bilgi:

E-mail: bilgi@uidergisi.com

Web: www.uidergisi.com



Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi

A. Füsun Arsava

Prof. Dr., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler
Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Bu makaleye atf için: Arsava, A. Füsun, “Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, Sayı 2 (Yaz 2004), s. 1-24.

Bu makalenin tüm hakları Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği'ne aittir. Önceden yazılı izin alınmadan hiç bir iletişim, kopyalama ya da yayın sistemi kullanılarak yeniden yayımlanamaz, çoğaltılamaz, dağıtılamaz, satılamaz veya herhangi bir şekilde kamunun ücretli/ücretsiz kullanımına sunulamaz. Akademik ve haber amaçlı kısa alıntılar bu kuralın dışındadır.

Aksi belirtilmediği sürece *Uluslararası İlişkiler*'de yayınlanan yazılarda belirtilen fikirler yalnızca yazarına/yazarlarına aittir. UİK Derneğini, editörleri ve diğer yazarları bağlamaz.

Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği | Uluslararası İlişkiler Dergisi

Söğütözü Cad. No. 43, TOBB-ETÜ Binası, Oda No. 364, 06560 Söğütözü | ANKARA

Tel: (312) 2924108 | Faks: (312) 2924325 | Web: www.uidergisi.com | E- Posta: bilgi@uidergisi.com

Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi

A. Füsün ARSAVA*

ÖZET

Kıbrıs Türk oluşturucu devleti lehine Annan planı dayanağında Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasında öngörülen derogasyonların Avrupa Birliği hukukunda doğuracağı sonuçların tartışılması bu makalenin yazılmasında motive edici unsur oldu. Derogasyonlar sekonder hukuk olarak kabul edilmesi halinde, Avrupa Birliği primer hukukuna aykırılık iddiasıyla iptal edilmesi riskinin ortadan kaldırılması iradesi, derogasyonların 1 Mayıs 2004'te primer hukuk olarak yürürlüğe giren katılma anlaşmasının bir parçası olarak yürürlüğe konulması tartışmasını gündeme taşıdı. Makalede derogasyonların primer hukuk olarak yürürlüğe girmesi durumunda primer hukuk teşkil eden kurucu anlaşmalara uygunluğu konusu primer hukukun primer hukuka uygunluğu sorunu olarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Primer Hukuk; Normlar Hiyerarşisi; AB Anayasası; Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti.*

Hierarchy of Norms in the Primer Law during the European Constitutionalisation Process

ABSTRACT

The discussion over the proposed derogations regarding the establishment of the United Cyprus Republic on the basis of Annan Plan and its EU membership has been the main motive in writing this paper. Since the acceptance of these derogations as secondary law stipulations could have resulted in a risk of annulment on the basis of their being in breach of primary EU law, some attention was paid to the possibility of accepting them as part of the accession agreement, thus rendering onto them primary law status. In connection with these discussions, this paper discusses the validity of derogations as primary law rules vis-à-vis founding treaties of the Union within the context of hierarchy of different norms in the EU legal system.

Keywords: *Primer Law; Hierarchy of Norms; EU Constitution; United Cyprus Republic.*

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü.

Giriş

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) 18 Nisan 2002'de Avrupa Hava Ulaşımı Anlaşmasına ilişkin görüşünde,¹ 1991 tarihli Avrupa Ekonomik Alanı hakkındaki görüşünü² teyit etmiştir. O zaman da bugünkü gibi ortaya çıkan sorun AT'nin taraf olduğu devletler hukuku anlaşmalarıyla Topluluk prensiplerinin aşılmasının mümkün olup olmadığıydı. ATAD ilgili görüşünde bugünkü gibi AT anlaşmasının 310. maddesine dayanarak (AET anl. md. 238) bu olasılığı kabul etmemiştir. ATAD 1991'de Avrupa Ekonomik Alanı anlaşmasını Topluluk hukukuna aykırı ilan ederken, AET anlaşmasının 238. maddesi değişikliğe uğratıldığı takdirde Avrupa Ekonomik Alanı anlaşması ile Topluluk prensiplerinin sınırlanmalarından kurtulmanın mümkün olduğunu dile getirmiştir. ATAD bu tür bir girişimi anlaşma değişikliği olmadan caiz olarak kabul etmediği için,³ o dönemde anlaşma revizyonunun sınırları ve AT primer hukukunda normlar hiyerarşisi konusunda tartışma başlamıştır.⁴ Bu kez, anlaşma AT anlaşmasına uygun ilan edilmiş ve AT anlaşmasının değiştirilmesine ilişkin sınırlar sorunu ortaya çıkmamışsa da, primer hukuktaki normlar hiyerarşisi sorunu yeniden hafızalarda canlanmıştır. Primer hukuktaki normlar hiyerarşisi, primer hukuka aykırı primer hukukun tanınması sorununu, primer hukukun primer hukuk ışığında değerlendirilmesi zorunluluğunu, primer hukukun bir hükmünün diğer bir primer hukuk normuna aykırılık nedeniyle geçersiz ilan edilmesi sorununu gündeme getirmektedir. Bu durum ilk bakışta üye devletlerin anlaşmaların efendisi olma felsefesine uygun gözükmemekte⁵ ve üye devletlerin primer hukuk seviyesinde tasarruf özgürlüklerine sınırlama getirmektedir. AT anlaşmasının değiştirilmesi, tamamlanması kayıtsız şartsız gerçekleşmek durumunda değildir. Protokollerin de keza AT anlaşması hükümleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Maastricht Anlaşmasına ek Topluluk tasarruflarının hiyerarşisine ilişkin 16 Nolu bildiride 1996'da toplanacak hükümetlerarası konferansta Topluluk tasarruflarının türlerine uygun farklı bir hiyerarşinin oluşturulması hedefi öngörülmüştü; Çalışmalarda somut sonuçların alınamaması nedeniyle Amsterdam Anlaşmasında böyle bir bildiri yer almamıştır. Bu nedenle Topluluk hukuk düzeninde bir normlar hiyerarşisi yaratılması konusundaki

¹ 1/100, 18 Nisan 2002 tarihli görüş ortak bir Avrupa hava ulaşım bölgesinin yaratılmasının AT anlaşmasının hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda hazırlanmıştır.

² EuGH Rs.1/91, EWR-Gutachten, Slg. 1991, C-6079 vd.

³ EuGH Rs.1/91, EWR-Gutachten, Slg. 1991, I-6079, Randnummer 71.

⁴ Matthias Herdegen, *Vertragliche Eingriffe in das "Verfassungssystem" der Europäischen Union*, Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Baden-Baden, Nomos, 1995, s. 447 vd.

⁵ Ulrich Everling, *Sind die Mitgliedstaaten noch Herren der Verträge?*, Festschrift für Hermann Mosler, Berlin, 1983, s. 173 vd.

siyasi gayretlerin akamete uğradığından söz edilmektedir.⁶ Topluluk hukukunda yeniden normlar hiyerarşisi konusu gündeme gelmekle beraber, konu daha çok sekonder hukukta hiyerarşi olarak tartışılmıştır.⁷ Avrupa hukuku büyük bir dinamik süreç içine girmiştir. AT anlaşması Amsterdam'da önemli değişikliklere uğramıştır; Nice zirvesinde anayasallaşma iradesi somutlaşmıştır. Bu gelişmeler ışığında primer hukukta normlar hiyerarşisinin yeniden gündeme gelmesi doğaldır. Primer hukukta normatif hiyerarşi Avrupa hukukunun iki önemli konusuyla içiçedir. Bunlar Avrupa anayasası⁸ ve üye devletlerin anlaşmaların efendisi olması konusudur. Bu iki sorunun birbirinin tamamlayıcısı olduğu genel olarak kabul görmektedir. Zira bir Avrupa anayasasının kabulü, klasik devletler hukuku yaklaşımını ifade eden üye devletlerin "anlaşmaların efendisi olma" iddiasının terkine yol açacaktır.

AT Anlaşması ve Tamamlayıcı Primer Hukuk Tasarrufları Arasındaki Hiyerarşi

Öncelikli olarak incelenmesi gereken konu AT anlaşması ve onun ekleri olan protokoller ve benzer tamamlayıcı primer hukuk tasarrufları arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıdır. Protokol ve benzeri primer hukuk tasarruflarının daha aşağı bir hiyerarşide yer aldığı iddiasına yönelik her girişimin anlaşma metni ve tamamlayıcı primer hukuk tasarrufları arasında ayrımı açıkça reddeden AT anlaşmasının 311. maddesi muvacehesinde reddedilmesi gerekmektedir. Protokoller şayet anlaşmanın ekleriyse, bu metinlerin farklı ağırlığa sahip olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. AT anlaşmasının 311. maddesinde yer alan düzenleme Roma anlaşmasının orijinal hükmüne sadık kalmıştır (AET anl. 239. md.). Bu hükümde Topluluk hukukunun yeri devletler hukuku olarak gösterilmiştir. devletler hukukunda anlaşmaların ekleri bakımından normlar hiyerarşisi kabul edilmediği nispete, AET anlaşmasının 239. maddesi muvacehesinde, AT anlaşmasının eklerinin de metnin kendisiyle aynı hiyerarşide olduğunun kabulü gerekmektedir. AB hukukunda dinamik yorumun büyük önemi ışığında, primer hukukta hiyerarşinin bugünkü nokta-i nazara göre de tartışılması gerekmektedir.

Anayasanın önceliği düşüncesi anayasa düşüncesinde mündemictir. Hukuk düzeninde böyle bir hiyerarşi sadece anayasa ve olağan hukuk normları ilişkisiyle sınırlı değildir. Olağan hukukun kendi içinde de, kanun-

⁶ Herwig Hoffmann, *Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 80 vd.

⁷ Siegfried Magiera, "Zur Reform der Normenhierarchie im Recht der europäischen Union", *Integration*, 1995, s. 197 vd.

⁸ Christoph Dorau, "Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, Baden-Baden, Nomos, 2001; Jürgen Schwarze, *Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza*", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, s. 993 vd.

ların tüzüklere nazaran önceliği gibi bir hiyerarşi bulunmaktadır. Ancak anayasanın önceliği tüm hukuk düzenlerinde genel olarak tanınmaktadır; bu durum hukuk normları arasındaki hiyerarşiyi açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Topluluk hukukuna da bu tür hiyerarşiler yabancı değildir. Primer hukuk ve sekonder hukuk arasındaki fark, primer hukuka yargı tarafından sağlanan önceliğe dayanmaktadır. Primer hukuka tanınan bu önceliğin gerekçesi, üye devletlerin anlaşmaların efendisi, diğer bir ifade ile *pouvoir constituant* olarak primer hukuku yaratmaları ve Topluluk organlarına *pouvoir constitué* olarak tasarruf olanağını primer hukukta tanıdıkları ölçüde verdikleri şeklinde açıklanmaktadır.⁹ Primer hukukta normlar hiyerarşisine karşı getirilen gerekçelerden en önemlisi, primer hukukun üye devletlerin iradesinin ürünü olmasına dayandırılmaktadır. Üye devletler anlaşmaların efendisi olarak anlaşmaları değiştirebilir veya tamamlayabilirler. Bu çerçevede onlar için primer hukuktan doğan herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Primer hukukun primer hukuk ışığında değerlendirilmesi, üye devletlerin "anlaşmaların efendisi olma" rolünün ortadan kaldırılmasına yol açacaktır. Bu sonuç klasik anlamda devletlerin egemenliği yaklaşımına uymamaktadır. Aksi takdirde üye devletler primer hukukun şekil ve içerik olarak nasıl değiştirilebileceği konusunda sınırlamalara tabi olacaktır. Devletlerin kendilerini sınırlaması olasılığının bu tartışmalarda gözardı edilmemesi gerekmektedir. Anayasa kavramının supranasyonal seviyeye taşınması halinde, anayasa anlayışının Topluluğun özelliklerine uyarlanması gerekmektedir. Avrupa anayasa tartışması fonksiyonel, geleneksel örneklerden farklı bir anayasa anlayışıyla yürütülmek zorundadır. AT anlaşmasının 190. madde 4. fıkra 2. cümle (AT anl. md. 138) ve AT anlaşması 269. madde (AT anl. 201 md.) örneklerinde olduğu gibi Topluluk hukuku alanında üye devletlerin rollerinde fonksiyonel farklılıklar olabilir. Konseyin bu çerçevede aldığı kararların üye devletler tarafından onay yöntemiyle kabul edilmesi gerekmektedir. Bu tasarrufların primer hukuk tasarrufu olarak etkinlik kazanması ancak bu şekilde mümkündür. Konsey kararları üye devletlere sadece tavsiye olarak iletilmiş olsa dahi, üye devletler AT anlaşması hukuk düzeninde hukuk ihdas sürecine dahil edilmiş olmaktadır. Üye devletlerin prosedür çerçevesinde onayı reddetme olanağına sahip olması sonucu değiştirmemektedir; zira Topluluk organlarına da aynı şekilde karar önerisini reddetme olanağı tanınmıştır. Üye devletler koşulsuz olarak anlaşma mekanizmasına tabi olma yükümlülüğünde değildir. Üye devletler anlaşmaların efendisi olarak anlaşma yükümlülüklerinden kendilerini kurtarmak istedikleri takdirde anlaşma değiştirilmesi modeline yönelebilirler.

Protokollerin ve anlaşmaya ek metinlerin kendi karakterleri nedeniyle anlaşmanın kendisine nazaran daha aşağı hiyerarşide bulunduğu iddiası kabul görmemektedir. Böyle bir hiyerarşi daha çok ek metnin fonksiyonu

⁹ Thomas Oppermann, *Europarecht*, 2. bası, Münih, Beck, 1999, Randnummer 474.

veya içeriğinden veya anlaşma çerçevesinde ortaya çıkış şekliyle ileri gelebilir. Bir protokol, anlaşma veya revize edilen anlaşmayla yürürlüğe girdiği nispette, ek metin hükümlerinin anlaşma metniyle çatışmaya düşmesi durumunun farklı hiyerarşiye sahip normlar arasında doğan çatışma (*kollision*) olarak değil, eşit hiyerarşiye sahip normlar arasında doğan çatışma (*kollision*) olarak görülmesi gerekmektedir.

Bu durum özellikle AT anlaşması hükümlerinde bir protokolün somut hükümlerine gönderme yapılması durumunda ortaya çıkmaktadır (örneğin Avrupa Merkez Bankası protokolüne gönderme yapan 123. ve 185.maddelerde olduğu gibi). İçerikler muvacehesinde anlaşmaya ek metinler özel istisnai hükümler içermektedir. Örneğin Danimarka'da gayrimenkul edinmeye ilişkin veya AT anlaşmasının 119. maddesine ilişkin protokoller, üye devletlerin anlaşma değiştirme yetkilerini kullanmasıyla ortaya çıkmıştır. AT anlaşmasının hükümleri muvacehesinde değerlendirme herşeyden önce devletler hukuku anlaşmaları bakımından ortaya çıkmaktadır (AT anl. 190. md 4. fıkra, 269. md., Birlik yurttaşlığının genişletilmesiyle ilgili 22. md. 2. fıkra).

Topluluğun Temel Prensipleri

Yazılı Prensipler

AT anlaşmasının I. bölümünde yer alan prensipler (md. 1-16) primer hukukun oluşturulması çerçevesinde üye devletlerin düzenleme yetkisine sınır teşkil edebilir. Anlaşmada prensiplerin öngörülmesinin nedeni hukuk düzenine ölçü olan muayyen temel prensiplerin somutlaştırılmasıdır. Bu hiçbir şekilde *lex specialis*'in önceliğinin veya *lex-posterior*'ın varlığının reddedilmesi demek değildir. Öngörülen *lex generalis* prensibi ışığında *leges speciales* ile (bazen *leges posteriores* ile) somutlaştırmaya yön verme ve bu şekilde caiz olan somutlaştırmanın sınırlarını gösterme görevi yerine getirilecektir. Üye devletler tarafından yaratılan primer hukuk alanında temel normları ihdas edenler ve bunları somutlaştıracakların aynı olması, diğer bir ifadeyle üye devletlerin farklı rollerdeki aktörler olarak Topluluk hukuku sahnesinde yer alması, büyük sorun yaratmaktadır.

Hukuk tekniği bakımından norm koyucu bakımından çatışmaları (*kollision*) önlemek için iki olasılık bulunmaktadır. Norm koyucu bir hukuk düzeninin temel yapısını temel prensiplerin yardımıyla belirlemek istediği takdirde ya hukuken bağlayıcı olmayan, sadece yorumları yönlendirmeye yarayan program hükümler yahut somutlaştırılacak normlara nazaran hukuken önceliği olan hukuken bağlayıcı muayyen prensipler saptar (doğal olarak istisna hükümler bakımından değil).

AT anlaşmasında yer alan prensipler zımnen Topluluğun istinat ettiği prensipleri olup, bu prensipler bağlayıcı olmayan program hükümler değildir; bunlar hukuken bağlayıcı normlardır.¹⁰ Bu şekilde zorunlu olarak Topluluğun yazılı olan prensipleri ve primer hukukun diğer düzenlemeleri arasında normatif bir hiyerarşi ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun yorum kriteri olarak mutlak olarak dikkate alınması bu hükümlerin normatif karakteri icabıdır. Eşit hiyerarşiye sahip normlar arasındaki çatışmada, temel prensip karakteri öne çıkmaktadır. Yazılı temel prensiplerle bağdaşmayan primer hukuk yorumu caiz değildir. Primer hukukun temel prensiplerle uyumlu yorumu gereklidir. Diğer taraftan Topluluk temel prensiplerinin normatif üstünlüğü, AT anlaşmasının normatif temel dayanaklarına aykırı anlaşma değişikliklerinin ve geliştirmelerinin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu durum üye devletlerin bazıları tarafından protokollerle gerçekleştirilen *opting out*'u siyasi eleştiri konusundan öte hukuki bir sorun olarak gündeme taşımaktadır. AT anlaşmasında yer alan Topluluk prensiplerini boşaltan bir protokol, buna göre üstün primer hukuku ihlal etmesi nedeniyle geçersiz olacaktır.

Bunlar oldukça ileri giden düşünceler olsa da, AT anlaşmasında yeralan hedeflerin çok açık olmaması nedeniyle anlaşmanın temel prensiplerinin ihlaline yol açılabilmektedir. Anlaşma amaçlarının istisnai düzenlemelerle erozyonu önemli gerekçelerle karşılanabilmektedir. Üye devletlerin anlaşmaların efendisi olma rolüne, üye devletlere bu temel prensipleri de değiştirme hakkı saklı tutulduğu nispette, anlaşmada yazılı temel prensiplere öncelik verilmesi ters düşmemektedir. İşte bu noktada üye devletlerin kendilerini sınırlaması yaklaşımı önemli bir fonksiyon kazanmaktadır.

Yazısız Prensipler

Normatif temel prensiplerin tabiatına ilişkin olarak AT anlaşmasında yeralan yazılı temel prensiplerle bağlantılı olarak yapılan açıklamalar, açık bir şekilde yazısız temel prensipler için de geçerlidir.¹¹ Şüphesiz yazılı prensipler için geçerli olan önceliğin yazısız prensipler bakımından sağlanması tereddüt yaratmaktadır.

Topluluğun yazılı temel prensiplerinin önceliği, AT anlaşmasında bu prensiplerin bağlayıcılığının kabul edilmesine ve bu prensiplerin değiştirilebilmesi olanağına dayandığı nispette, bu gerekçelerin yazısız prensipler için geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yazısız prensiplerin anlaşmada yer almaması nedeniyle gerektiği takdirde değiştirilmesi de mümkün

¹⁰ Jürgen Basedow, *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, bkz. Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Baden-Baden, Nomos, 1995, s. 49 vd.

¹¹ Helmut Lecheler, *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, s. 147 vd.

değildir. Diğer taraftan ancak üye devletlerin bu prensiplerle kendilerini bağlı kabul etmeleri söz konusudur. Yazısız prensipler Topluluk anlaşmalarının ruhundan istihraç edilmektedir. Her şeyden önce anlaşmada genel temel prensiplerin münferit yansımalarının görüldüğü hükümler bulunmaktadır. Bu temel prensiplerin hukuken bağlayıcı olarak ATAD içtihatlarında dile geldiği görülmektedir.¹² Üye devletlerin ATAD tarafından geliştirilen bu prensiplerle tam yahut kısmen mutabık olmaması halinde bir anlaşma değişikliği veya protokolle buna tepki göstermesi mümkündür. Bu yazısız temel prensiplerin anlaşma revizyonları esnasında kısmen primer hukuka alındığı görülmektedir. Bu çerçevede Topluluk hukukunun önceliği prensibinin (1997 tarihli *subsidiarite* ve ölçülülük prensibine ilişkin protokol) yahut Topluluk organlarının sınırlı yetki prensibinin¹³ unutulmaması gerekmektedir. Topluluk hukukunun yazılı ve yazısız temel prensiplerine ilişkin olarak ATAD'ın onlara açık şekilde normatif karakter taşıyan içtihadı bulunmaktadır. Ancak ATAD'ın içtihadında Topluluk hukukunu ulusal hukuka nazaran, primer hukuka sekonder hukuka nazaran öncelik verildiği nispete, bu çerçevede de normatif bir öncelikten hareket edilmesi doğru olacaktır. Bu sonuç Topluluk yazılı temel prensipleri için yapılan saptamaların yazısız temel prensipler için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

ATAD'ın Avrupa Ekonomik Alanı'na İlişkin Görüşü

Bu görüşü münhasıran anlaşma değişikliğinin maddi sınırlarının ortaya koyan boyutuyla sınırlamayıp, anlaşma değişikliğinin sadece AET anlaşmasının 238. maddesinin (AT anl. md. 310) değiştirilmesiyle yapılamayacağını tespiti şeklinde anlaşılması durumunda normlar hiyerarşisi bakımından sonuç ortaya çıkmaktadır. Görüşte AET anlaşmasının 164.maddesi (AT anl. md. 220) ve Topluluk dayanaklarıyla bağdaşmayan bir düzenlemenin, AET anlaşmasının 238. maddesine istinaden yapılamayacağı vurgulandığı nispete, AT'nin yaptığı devletler hukuku anlaşmalarının Topluluk primer hukuku muvacehesinde değerlendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur (EuGH Rs.1/91, EWR Gutachten, I-6079, I-6111, Rn.71). Primer hukukun kendi içinde bu anlamda bir hiyerarşi bulunmaktadır. Avrupa Ekonomik Alanı anlaşmasının amaçlarına uygun olarak AET anlaşmasının 238. maddesinin değiştirilmesi durumunda dahi, Avrupa Ekonomik Alanı sisteminin Topluluk hukukuyla uyumsuzluğunun giderilemeyeceğine ATAD'ın dikkat çekmesi (EuGH Rs.1/91, EWR-Gutachten, I-6079, Rn.72), şekli prosedür ötesinde, yazılı yahut yazısız Topluluk temel prensiplerinin primer hukukta diğer düzenlemelere nazaran öncelik taşıdığına işaret etmektedir.¹⁴

¹² Ibid., s. 147.

¹³ Ibid., s.171 vd.; AT anl. 5. md. (AT anl. 3b).

¹⁴ Herwig Hoffmann, *Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 80 vd.

Genel Hukuk Prensipleri

Üye devletleri en azından teorik olarak taahhüt altına sokan normların yahut yüksek hiyerarşiye sahip ölçütlerin, değişmezliğine atıfta bulunarak ve bu hukuki tasarrufların fonksiyonel farklılıklarına istinaden öngörülen derecelendirmeler primer hukukta uzun süre "hiyerarşi" düzenlemesi olarak değerlendirilmiştir.

AT anlaşmasında açık bir düzenleme olmamasına rağmen yazısız temel prensipler bakımından bu çözüm kolay kabul edilebilirse de, primer hukukun diğer hükümlerine nazaran genel hukuk prensiplerinin önceliğinin kabulü kolay gözükmemektedir. Bu şüphesiz Topluluk hukuku ve üye devletlerin ulusal hukukları arasında henüz tam olarak açıklanamayan "ortak payda"nın bir ürünü olan genel hukuk prensiplerinin kendine özgü durumundan ileri gelmektedir. Sorun her şeyden önce üye devletlerin kendilerini taahhüt altına sokma düşüncesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Genel hukuk prensiplerinin ulusal hukuklarda hukuki dayanağı arandığı takdirde, üye devletlerin venire *contra factum proprium* kendini bu prensiplerle bağlı hissetmesi düşüncesine dayandığı görülür. Ulusal hukuklarında temel prensiplere saygı gösteren üye devletler, Topluluk seviyesinde temel prensipleri ihlal ettikleri takdirde tenakuza düşmek durumundadır. Üye devletler fonksiyon yeteneği olan bir hukuk düzeni yaratmak istedikleri takdirde, Topluluk hukuku seviyesinde de bu prensiplere saygı göstermek zorundadır. Kendi ulusal hukuklarında bu prensiplere gösterdikleri saygının Topluluk seviyesinde gerçekleşmesi egemenliklerinin zarar görmesi sonucunu doğurmaz. Şüphesiz her durumda ve zorunlu olarak devletlerin kendilerini uluslararası ilişkilerde ulusal hukuk düzenindeki ölçüde yükümlülük altına sokmak istememesi, tenakuzlu bir durum yaratmaz. Bu durum her şeyden önce ulusal standardın uluslararası veya supranasyonal seviyeye taşınması ve temel prensiplerin uluslararası veya supranasyonal kuruluşun özelliklerine uyumunu gerektirmesi durumunda problem olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Bu meyanda dikkat edilmesi gereken husus, ATAD'ın genel hukuk prensiplerini mukayeseli hukuk çalışması üzerinden ortaya koymasıdır. ATAD, onun gözünde optimal düzenleme teşkil eden hukuki düzenlemeye göre karar vermektedir. Bunun sonucu olarak üye devletler Topluluk seviyesinde, kendi ulusal hukuk düzenlerine yabancı olan düzenlemelere de riayet etmek zorunda kalmaktadır.

Bu açıklamalar üye devletlerin Topluluk hukuku seviyesinde genel hukuk prensiplerine bağlılığının hukuki dayanağının olması gerektiği sonucunu vermektedir. Bu çerçevede genel hukuk prensiplerinin Topluluk örf ve adeti olarak nitelendirilmesi, AT anlaşmasının 288. madde 2. fıkrasında (A-

¹⁵ Wolfgang Weiss, "Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts", *Archiv des Völkerrechts*, Cilt 39, 2001, s. 407 vd.

ET anl. 215. md. 2. fıkra) olduğu gibi genel hukuk prensiplerine açık olarak atıf yapılması, Topluluk anlaşmalarının akdi esnasında Topluluk hukuk düzeninin boşlukları bakımından üye devletlerin Topluluk hukukuna uygun genel hukuk prensiplerinden yararlanılmasını zımnen kabul edildiği gibi değişik öneriler yapıldığı görülmektedir. ATAD'ın bugün tartışılmaz olarak kabul edilen, üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinden mukayeseli hukuk çalışmasıyla genel hukuk prensipleri istihraç etme yetkisi paralelinde, genel hukuk prensiplerinin Topluluk hukukunun bağlayıcı kaynaklarından sayılması konusunda üye devletler arasında uzlaşa ortaya çıkmıştır.¹⁶ Kendini taahhüt altına sokma argümanı bu şekilde genel hukuk prensipleri bakımından da kabul edilmektedir. Üye devletler Topluluk seviyesinde bu prensiplere bağlılıklarını sona erdirmek veya değiştirmek istedikleri takdirde, caiz olan anlaşma değişikliği veya eklemeye, bu prensiplere olan bağlılıklarını sona erdirebilir yahut değiştirebilirler.

Genel hukuk prensiplerinin önemli bir fonksiyonu da, boşluk doldurma fonksiyonudur. Genel hukuk prensipleri üye devletlerin tam olarak gelişmiş ulusal hukuk düzenleriyle Topluluk hukuku arasında bağlantı kurarak, Topluluk hukuk sisteminin gelişimini desteklemekte ve bu gelişmeyi hızlandırmaktadır.¹⁷ Bu destek, boşluk Topluluk hukukuyla tamamlandığı zaman sona ermektedir. Topluluk hukukunda boşluk sadece primer hukukta değil, sekonder hukuk alanında da ortaya çıkmaktadır. Sekonder hukuk seviyesinde Topluluk organları hızlı reaksiyon gösterme olanağına sahiptir. Bu nedenle genel hukuk prensipleri sekonder hukuk alanında önemli role sahip değildir. ATAD'ın ulusal hukuk düzeninden istihraç ettiği her genel hukuk prensibi primer hukuk hiyerarşisine sahip değildir. Diğer taraftan ATAD'ın sekonder hukukun uygulanması çerçevesinde ortaya çıkan boşlukları genel hukuk prensipleri üzerinden doldurması, bu prensiplerin zorunlu olarak sekonder hukuk hiyerarşisine sahip olmasını da gerektirmez. Bu çerçevede yapılan genel hukuk prensibi nitelendirmesinin, bu düzenlemelerin hukuk düzeninin dayanağını oluşturan temel prensipler anlamında yorumlanarak, yanılıya da yol açmaması gerekir. ATAD genel prensiplerden detay sonuçlar istihraç etmektedir. Bu durum, somut bir uyumsuzluğu karara bağlamak durumunda olan ATAD'ın boşlukları doldurma işlevine uygun düşmektedir. Bununla beraber literatürde genel hukuk prensiplerini bütünüyle primer hukuk içinde mütalaa eden hukukçular da bulunmaktadır.¹⁸ Bu durum ATAD'ın içtihatına uygun düşmektedir. ATAD kendisi tarafından geliştirilen genel hukuk prensiplerine, örneğin yönetimin yasala-

¹⁶ Oppermann, *Europarecht*, Randnummer 474.

¹⁷ Weiss, "Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts", s. 410 vd.

¹⁸ Markus Heintzen, "Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union", *Europarecht* 1997, s. 9; Rudolf Streinz, *Europarecht*, 5. bası, Heidelberg, Müller, 2001, Randnummer 356.

ra uygunluğu, sadakat, ayrımcılık yasağı prensibine primer hukuka benzer anlam vermiştir.¹⁹ Genel hukuk prensiplerinin primer veya sekonder hukuk içinde mütalaa edilmesinin önemi, ATAD'ın üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde yer alan temel prensiplerden istihraç ettiği detay düzenlemelerin primer hukukun diğer normlarına nazaran öncelik iddia etmesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Primer hukuk normlarına nazaran öncelik iddiası bu anlamda sadece önemli düzenlemeler bakımından söz konusu olabilir. Avrupa seviyesinde Topluluğu değerler Topluluğu olarak somutlaştıran genel hukuk prensipleri Topluluğun temel prensipleri için ölçü olmaktadır.²⁰ Üye devletlerin ortak değerleri Topluluk seviyesinde birliği temin edecektir. Bu değerler Topluluğun üye devletlerin asgari standardının gerisine düşmesini engellemektedir. Ortak minimum düzenleme burada sınırın tayininde ölçü olmak zorundadır. ATAD, üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde asgari olarak garanti ettikleri standardın gerisine düşmemek kaydıyla, Topluluk seviyesinde bu kuralların etkisini farklı düzenleyebilir.

Genel hukuk prensiplerinin boşluk doldurma fonksiyonunun, Topluluk hukukunda son yıllarda ortaya çıkan kodifikasyon dalgası sonucu azaldığı görülmektedir. Örneğin ATAD tarafından geliştirilen ölçülülük prensibi²¹ 1979 tarihli protokolün konusu olmuştur; Yine genel hukuk prensibi olarak ortaya çıkan ayrımcılık yasağı²² primer hukukta yerini almıştır [AT anlaşmasının yetki taksimine ilişkin 13.maddesinde ve AB anlaşmasının AİHK'nun 14. maddesiyle ilişkili 6. madde 2. fıkrasında]. Aynı şekilde Avrupa Temel Haklar Şartı da, bu alandaki genel hukuk prensiplerinin fonksiyonunu üstlenecektir.

Anlaşma Değişikliğinin Maddi Hukuk Sınırları

Primer hukukta normlar hiyerarşisi ve anlaşma değişikliğinin mutlak sınırları arasında çeşitli temas noktaları bulunmaktadır. Kimi normların değiştirilemezliği onları diğer normların üstüne çıkartmaktadır. Ancak bu hiçbir zaman değiştirilemez ilan edilen normların genel olarak ve her çatışma durumunda öncelikten istifade edecekleri anlamını taşımamaktadır. Anayasalarda da muayyen anayasal temel prensiplerin değişmezliği ilan edilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi GG 79. madde 3. fıkrada özel

¹⁹ Theodor Shilling, "Bestand und allgemeine Lehren der Bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts", *Europäische Grundrechtszeitung*, 2000, s. 14 vd.

²⁰ Benjamin Speer, "Die Europäische Union als Wertegemeinschaft", *Die öffentliche Verwaltung*, 2001, s. 980 vd.

²¹ EuGH Rs.122/78, Buitoni, Slg.1979, 677, Randnummer 16/18; Hans Kutscher, "Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften", Hans Kutscher (yayına haz.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, Müller, 1985, s. 89 vd.

²² EuGH, Rs.117/76 ve 16/77, Slg. 1977, 1753, Randnummer 7.

olarak korumaya alınan prensiplerle bağlantılı olarak²³ 79. madde 3. fıkrada yer alan prensiplerin sürekliliği, değiştirilemezliği garantisine dayanarak, bu hükümde yer alan düzenlemelerin GG'in diğer hükümlerine nazaran önceliğini reddetmiştir. Bu sonuç şüphesiz 79. madde 3.fıkranın (GG) uygulama alanı dışında doğan diğer norm çatışmaları (*kollision*ları) bakımından da geçerlidir. Diğer bir ifade ile anayasanın koruduğu diğer değerler ve 79. madde 3. fıkra arasında bir problem ortaya çıktığında da aynı sonuç söz konusudur. 79. madde 3. fıkranın uygulanma alanı bakımından buna karşılık, değiştirilemez normun anayasayı değiştiren veya ihlal eden norma karşı hiyerarşik önceliği söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde temel hüküm ve düzenleyici hüküm arasındaki çatışmalarda, düzenleyici hüküm, düzenleme yerine değişikliğe yönelikse temel hükmün önceliği söz konusudur. Normun değiştirilemezliği esasından hareketle hiyerarşi tayini yapılması mümkündür. GG 79. madde 3. fıkrasına yapılan atıf muvacehesinde değiştirilemezlik niteliği hiyerarşi tayini için bir model olmakla beraber, normun içeriği ve fonksiyonu dikkate alınarak başka bir modelin de uygulanabilir olduğu gözardı edilemez. Normun değiştirilemezliği ve normun işlevi boyutundan hangisinin tercih edileceği konusu boşlukta kalan bir mesele değildir. Yasa koyucu kendine göre önemli gözüken düzenlemeyi daha az önemli düzenlemelerin yerine geçmesini temin eden ve önemli olanın gereğini yerine getirilmesini sağlayan düzenleyici mekanizmayı tercih eder.

Burada diğer temas noktaları ortaya çıkmaktadır. Değiştirilemezliği tartışılan çoğu temel prensip, temel prensip olarak onların somutlaştırıldığı hükümlere nazaran hiyerarşik önceliğe sahiptir. Bu durum şüphesiz değiştirilemezlik sorununun hiyerarşi sorunuyla birlikte ele alınmasını zorlamamaktadır. Burada inceleme konusu olan normlar hiyerarşisi, uygulama alanında tartışılan prensiplerin mutlak sınırını aşmaktadır. Örneğin, düzenleme yetkisi veren öncelikli norm detay düzenleme için ölçü olacak hususları belirleyebilir. Somutlaştırma yetkisi, düzenleme yetkisi veren temel normu aşamayacak ve onu değiştiremeyecektir. Aynı şekilde temel normun tüm detaylarının değiştirilemez dayanaklar içinde mütalaa edilmesine gerek bulunmamaktadır. AT anlaşmasının I. bölümünde yer alan Topluluğun tüm temel prensiplerine değiştirilemez karakterinin verilmesine gerek bulunmamaktadır. Örneğin AT anlaşmasının 190. maddesine, anlaşma değişikliğiyle seçim prosedürü çerçevesinde bazı unsurların alınması söz konusu olabilir. Bu hukuki tasarrufun AT anlaşmasının 190. madde 4. fıkra muvacehesinde madde hükmünü kendine esas alması gerekir. Hiç kimse 190. madde hükmünün bütünüyle değiştirilemez ilanını ve üye devletlerin değiştirme yetkisinin ortadan kaldırılmasını talep edemez. Buradaki hiyerarşik öncelik, öncelikten istifade eden normun aşağı hiyerarşide bulunan norm tara-

²³ BVerfGE 3, 225 vd., bkz., Hans Ulrich Evers, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 77 Abs.3 Rn.9, Ekim 1982.

findan değişikliğe uğratılmasının önlenmesine matuf olmakla beraber, bu normun *actus contrarius*'la aynı seviyede bir normla ortadan kaldırılmasını veya modifiye edilmesini önleyemez. Bu noktada üye devletlerin anlaşmayı değiştirme yetkisinin sınırı gündeme gelmektedir. Burada tartışılan, Topluluk hukukunun özünün ne ölçüde mutlak olarak garanti edildiği, değişikliğe karşı teminat altına alındığı hususudur. AT anlaşmasını belirleyen çerçeve içinde, primer hukuk seviyesinde normlar hiyerarşisinin, anlaşma değişikliğinin mutlak sınırına inanılıp inanılmamasından bağımsız olarak ortaya konulması gerekmektedir. Mutlak sınırı olası kabul etmeyenler bakımından anlaşma değişikliği, öncelik öngörülen normlar bakımından da söz konusu olabilir. Bu tür sınırların bulunduğu kabul edilmesi durumunda da, kendini yükümlülük altına sokma düşüncesi muvacehesinde sorunun ortaya çıkması bertaraf edilebilir.

Anayasallaşma sürecinde bulunan supranasyonal Birlikte üye devletlerin anlaşmaların efendisi olma statüleri ve *pouvoir constitué* statüleri farklı fonksiyonlar olarak karşı karşıya gelmektedir. Normatif hiyerarşinin kabulü anayasada bunun düzenlenmesine bağlı değildir. Normlar hiyerarşisi çoğu hukuk düzeninin yapısal prensibidir. Normlar hiyerarşisinin açıklığa kavuşması için ulusal anayasa modeline uygun tam bir anayasanın mevcut olmasına gerek bulunmamaktadır. Bir anayasal düzenin muayyen temel strüktürel prensiplerinin mevcudiyeti, anayasalara özgü hiyerarşi sorununun açıklığa kavuşmasında yeterlidir. Supranasyonal Birliğin spesifik ihtiyaçlarına uyum olanağı muvacehesinde istisnalar dikkate alındığı nispette primer hukukta hiyerarşi sorunu çözülmüş olacaktır.²⁴ Anlaşma hukukunda öngörülmemesi gerekçesiyle muayyen spesifik Topluluk hukuku hiyerarşilerinin anayasallaşma prosesinde "overriding principle" olarak reddedilmesi, üye devletlerin anlaşmaların efendisi statüsünü hatırlatmakta ve onların kendilerini taahhüt altına sokma hakkını saklı tuttıklarını ortaya koymaktadır.

Primer Hukuka Aykırı Primer Hukuk Nedeniyle ATAD'a Başvuru

Bu çerçevede her şeyden önce, Topluluk hukukunun yorum ve uygulanmasını teminde ATAD'ın yetkisini kabul eden AT anlaşması 220. maddesi (AET anl. md. 164) hareket noktası oluşturmaktadır. ATAD kendisine verilen bu yetki muvacehesinde primer hukukun bir normunu yüksek hiyerarşiye sahip bir başka primer normu ihlal etmesi nedeniyle denetleme yetkisine sahiptir. ATAD'ın eşit hiyerarşiye sahip primer normları uyuşmazlık halinde onları uyumlu hale getirme ve bu şekilde somut durumda önceliği tayin etme yetkisi AT anlaşmasının 220. maddesinden doğmaktadır.

²⁴ Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, s. 85 vd.

Primer hukuka aykırı primer hukuka karşı başvurulabilecek yegane olanak olarak anlaşmaların ihlalinde kullanılan prosedür söz konusu olmaktadır.²⁵ Bu çerçevede şüphesiz dava açanların sayısı oldukça sınırlı olacaktır. Üye devletlerin kendisi anlaşma ihlali iddiasıyla karşı karşıya olduğu için sadece AT anlaşmasının 226. maddesi (AET anl.169.md.) muvacehesinde Komisyonun başvurusu üzerine dava gündeme gelebilir. AT anlaşmasının 230. maddesinden²⁶ doğan iptal davası, Topluluk organ tasarruflarına karşı açılan dava olması nedeniyle bu çerçevede açılacak bir dava değildir. Konsey kararlarının münferit olarak AT anlaşmasının 190. veya 269. maddesi muvacehesinde iptalinin de reddi gerekmektedir; zira Konsey kararları AT anlaşmasının 231. maddesine göre iptal kararı ile ortadan kaldırılacak hukuki bir etki doğuramaz. Üye devletlerin Topluluk organı benzeri şekilde Topluluk seviyesinde yasama prosedüründe yer alması, onların tasarruflarının AT anlaşmasının 231. maddesi muvacehesinde iptal davası konusu olmasına olanak vermemektedir. Aynı şekilde Topluluk organlarının tasarrufları veya ihmalleri nedeniyle açılacak diğer dava türleri de primer hukukta normlar hiyerarşisini teminen söz konusu olamaz.

Bir ulusal mahkemenin primer hukukun bir normunun hiyerarşik önceliği olan diğer bir primer normu ihlal ettiği yolunda ortaya çıkan tereddüt nedeniyle ATAD'a önkara başvuru yapması halinde dolaylı olarak (AT anl. 234. md.) primer hukukun ihlali iddiasının gündeme gelmesi mümkündür. Diğer taraftan bu tür tereddütler çerçevesinde hukuka aykırılık definin ileri sürülmesi de olasıdır.²⁷

Primer hukukta norm hiyerarşisinin kabulü ne bir devlet yapısının mevcudiyetine, ne de Topluluğun tam bir anayasasının mevcudiyetine bağlıdır. Bunun dışında Topluluk hukukunda hiyerarşi sorunu anlaşma revizyonunun mutlak sınırlarıyla sınırlı değildir. Bu tür bir normatif hiyerarşi sorunu, üye devletlerin eskiden olduğu gibi anlaşmaların sınırsız efendisi olduğu yaklaşımıyla çözülmektedir. Üye devletlerin primer hukukta muayyen fonksiyonel ve yapısal normlara bağlılıklarını kendilerini sınırlama anlamında kabul etmeleri halinde primer hukukta hiyerarşi kabul edilmektedir. Bundan çıkan ilk sonuç üye devletlerin Topluluk seviyesinde bir taraftan anlaşmaların efendisi olarak, diğer taraftan da Topluluğun fiili organları olarak (AT anl. 190. md. 4. fıkra veya AT anl. 269. md.) farklı fonksiyonlarla ortaya çıkmasıdır. Diğer sonuç ise, Topluluk dayanaklarının sınırlı önceliği düşüncesinin, bunların yazılı, yazısız, genel hukuk prensipleriyle oluşturmundan bağımsız olarak, primer hukuk seviyesinde de kabul edilmesidir. Üye devletler yeni primer hukuk düzenlemesiyle yüksek hiyerarşiye sahip

²⁵ Roland Bieber, *Wandel und Unveränderlichkeit als Strukturmerkmale des Europarechts*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F.112 (1993), s. 327 vd.

²⁶ AET anl. 173. md.

²⁷ Bieber, *Wandel und Unveränderlichkeit*, s. 349.

primer hukuk normunu, onu değişikliğe uğratmaksızın ihlal ettikleri takdirde, primer hukuk ihlal edilmiş olmaktadır. Bu durum Komisyon tarafından Topluluk hukukunun ihlali olarak ATAD'a getirilebilir. Böyle bir durumda primer hukuk Topluluk organlarının tasarruflarının hukuki dayanağı olması gereken veya ulusal organlar bakımından dayanak kabul edilen prensipler ışığında denetlenebilir.

Ek Protokollerin Primer Hukuka Uygunluk Tartışması

Sayısız özel protokolle *acquis communautaire*'e istisnalar getirilmesi nedeniyle tek bir Avrupa hukuk düzeninden söz etmek mümkün değildir. Bu durum farklı bir boyutta primer hukukun primer hukuka uygunluğu sorununu gündeme getirmekte, bir taraftan Birlik hukuku kavramına gölge düşürürken, diğer taraftan da Birlik hukukunun fonksiyon yeteneği için de sorun teşkil etmektedir. Üye devletlerin entegrasyon politikalarına farklı yaklaşımları nedeniyle yolun farklı hızlarla katedilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede "çekirdek Avrupa", değişken geometri Avrupa, *a'la carte* Avrupa'dan söz edilmektedir. Bu kavramlar birbirinden farklı kullanıldığı gibi sinonim de kullanılmaktadır. Ancak bu kavramların tümünün şimdiye dek bütün üye devletler bakımından öngörülen entegrasyon adımlarının zamanla sınırlı veya sürekli istisnalarla nisbileştirilmesini teminen kullanıldığı görülmektedir. Bunun nedeni farklı entegrasyona matuf protokollerin, Maastricht (AB) anlaşmasına ekli Danimarka'da gayrimenkul alımı üstüne protokol; Avrupa Para Birliği'nin üçüncü aşamasına geçiş hakkında protokol bağlamında İngiltere ve Kuzey İrlanda ile ilgili bazı hükümler konusunda yapılan protokol ve Danimarka hakkında bazı hükümlerle ilgili protokol; sosyal politika konusunda protokol; İngiltere ve Kuzey İrlanda dışındaki Topluluk ülkeleri arasında sosyal politika konusunda yapılan anlaşma; Schengen müktesebatının (Amsterdam) AB'ne ithaline ilişkin protokol bağlamında AT anlaşmasınının 14. madde hükümlerinin kimi boyutlarının İngiltere ve İrlanda'ya uygulanması protokolü; İngiltere ve İrlanda'nın pozisyonuna ilişkin protokol; Danimarka'nın pozisyonuna ilişkin protokol örneklerinde olduğu gibi, primer hukukun bir parçası olarak geçerli olurken, primer hukuktan sapan istisnai düzenlemeler öngörmesidir. Primer hukukun primer hukuka uygunluğu problemi AB'de görüldüğü gibi değişik vesilelerle tartışılmış bir konudur.²⁸

Primer hukukta yer alan entegrasyon prosesine ilişkin olarak esneklik enstrümanının kullanılması, özellikle AB'nin ilk sütununun, AT anlaşmasını ilgilendirmektedir. Farklı entegrasyon şekilleri geçerli AB hukuku bakımın-

²⁸ Bernd Baumgartl ve Susanne Kalss, "EU: Keine Angst vor mehreren Geschwindigkeiten", *Europa Archiv*, 1994, s. 572 vd.

dan temelde bir yenilik değildir. Avrupa para sistemi;²⁹ ekonomik ve parasal birliğinin 3. aşamasına geçiş için³⁰ öngörülen kurallar, AB'ne katılan üye devletlerle, kendileri için istisna düzenleme kabul edilmiş üye devletle yapılan anlaşmalar entegrasyon nivelosunun muayyen bir süreye bağlı olmaksızın farklılaşmasını sağlamıştır. AT anlaşmasının 100a, fıkra 4 ve 130f maddelerinde, yeni üye devletlerin katılması durumunda zamanla sınırlı geçiş düzenlemeleri veya 11 üye devlet arasında yapılan sosyal protokol AB hukukunun mütecanis çerçevesinin farklılıklar gösterebileceğinin örnekleridir.³¹

Farklı entegrasyon güncel tartışmalarda entegrasyonun gelişmesinin askıya alınmasını önlemeye karşı bir reçete olarak, yeni bir görüş olarak takdim ediliyorsa da, bu model aslında uygulanan eski bir modeldir. Farklı entegrasyon, erişilen ortalama entegrasyon düzeyinden aşağıya doğru sarmaya izin vermesi nedeniyle eleştirilmekte ve bu yönde atılacak adımların Topluluğa mal edilmesi gereken alanların ulusal karakterinin korunmasına veya yeniden ulusallaşmasına yol açacağına, Birlik hukukunun mütecanisliğini artan istisnalarla bozacağına, Birlik hukukunun etkilerini ve kendini kabul ettirme yeteneğini zayıflatacağına dikkat çekilmektedir.³²

Geçerli entegrasyon prosesi çerçevesinde genel bir esneklik kuralının kabul edilmesi durumunda Topluluk müktesebatının korunması zorlaşacaktır. Birinci sütuna ilişkin esneklikle ne kazanılmaktadır? Güncel entegrasyon programında birinci sütun ağırlıklı olarak iç pazar ve onun teminine matuftur. İstisnalar iç pazarda rekabeti bozan sonuçlara neden olabilecektir.

Üye devletlerin yetki alanlarında kalan düzenleme konularının entegrasyon prosesine alınmalarında farklılığının kabul edilmesi buna karşılık daha mantıklı gözükmektedir. Topluluk düzenlemesine gereksinim duyulan alanların, örneğin Europol, Schengen anlaşmasının entegrasyon prosesine alınması AB anlaşması madde A fıkra 2'de öngörülen "daima yakın işbirliği" prensibinin gerçekleşmesi olarak kabul edilmektedir. Farklı entegrasyon modelleri olanağının kabul edilmesi her ne kadar üye devletlerin uzlaşma anlayışını zayıflatması ve esneklik prensibi üzerinden *a'la carte* Avrupa oluşabilmesine yol açabilse de, Birliğin birlikteliğinin korunması amacı öne çıktığında farklı entegrasyon Birliğin dağılmasını önleyen bir araçtır. Bu nedenle Avrupa entegrasyonunun farklı gelişmesinde mütecanis kurumsal çerçevenin esas alınması çok önemlidir.

Çekirdek Avrupa, değişken geometri Avrupa görüşlerinin üye devletlerin bir kısmı için farklı entegrasyon yollarını açması, entegrasyon prose-

²⁹ VoEWG 3180/78; VoEWG 3181/78.

³⁰ AT anl. md. 109j, fıkra 3.4.

³¹ Josef Janning, "Europa braucht verschiedene Geschwindigkeiten", *Europa Archiv*, Cilt 49, No 18, 1994, s. 527 vd.; 534.

³² Peter M. Huber, *Recht der Europaeischen Integration*, Münih, Vahlen, 1996, Rn. 3.

sinin mevcut Topluluk anlaşmalarının dışına genişletilmesine neden olmaktadır. Klasik konuların dışında entegrasyon oluşmasına Schengen anlaşması örnek teşkil etmektedir. İngiltere ve İrlanda hariç olmak üzere, üye devletler arasında akdedilen sosyal politika anlaşmasıyla atılan adım da başka bir örnektir. Bu anlaşma her ne kadar bir protokolle AB'nin kurumsal çerçevesine alınmış ve hatta spesifik Birlik hukuku niteliği elde etmişse de AB'nin kurumsal yapısının mütecanisliğini zayıflatmıştır. Birlik hukukunun mütecanis geçerliliği değişmeyen ve şeffaf bir kurumsal çerçeveye garanti edilebilir. Farklı entegrasyon AB'nin yönetim yeteneğini açık şekilde zorlaştıracığı açıktır; zira temelde AT ve AAET anlaşmalarıyla sınırlı entegrasyon prosesine, farklı tarafları olan yeni, paralel bir entegrasyon prosesi katılmaktadır. Europol anlaşması da bu çerçevede dile getirilen bir örnektir. Bu anlaşma, AB anlaşmasının K maddesi 3. fıkra 2. lit c üzerinden AB'nin kurumsal çerçevesine bağlanmıştır. Europol anlaşması bakımından da AB'nin kurumsal hukuku çerçevesinde yapılan *intergovernmental* işbirliği gözlenmektedir.³³

Esneklik ve farklı entegrasyon araçlarının sadece *ultima ratio* kabul edilmesi anlayışı hakimdir. Primer hukuka genel bir esneklik yetkisinin alınması primer hukukun değiştirilmesini gerektirmiştir. Üye devletlerin anlaşmaların efendisi olması nedeniyle *status quo*'yu aşan entegrasyon prosesini bloke etmek ve genel yahut spesifik alanlarda esneklik ve farklılık esasının primer hukuka alınmasını engelleme imkanı vardır. Şimdiye dek üye devletlerin yetki alanlarında bulunan konuların AT'nin görev ve yetki alanına alınması ve bunlar için farklı entegrasyon yollarının açılması, genel ve götürü bir esneklik yetkisinin kabulüyle mümkün değildir. Düşünülebilen tüm konuların bir anlaşma değişikliği yapılmaksızın Topluluk alanına kaydırılması tehlikesi, zamanında Federal Alman anayasa mahkemesi tarafından AB anlaşmasının F maddesi 3. fıkrasına ilişkin olarak tartışılmıştır (BVerfGE 89, 155/194). Federal Alman Anayasa Mahkemesinin vurguladığı husus Birliğin anlaşma değişikliği olmadan bu yetkiye sahip olmadığı, diğer bir ifadeyle *Kompetenz-Kompetenz*'e sahip olmadığıdır. Anlaşmada bunun için bir yetki dayanağının olması gerekmektedir.

AB'nin farklı ittifaklara dönüşmesini engellemek için üye devletlerin asgari muayyen bir kısmının³⁴ farklı entegrasyon adımıyla yer alması gerekmektedir. Entegrasyonun ileri şekillerine katılmayan üye devletlerin durumu ne olacaktır? İleri entegrasyona katılmayan devletlerin Konseyde oy hakkı yoktur. Sadece gözlemci statüsüyle katılırlar. Bu düzenleme sosyal protokol ve Para Birliğinin 3. aşaması çerçevesinde kabul edilmiştir (AT anı (Maastricht), md.109 K, fıkra 5; Amsterdam anı. md.122, fıkra 5). Bu düzen-

³³ U. Fastenrath'ın konuya ilişkin yorumu için bkz. *Europarecht*, 1994, ayrı basım, s. 101 vd.

³⁴ Maastricht anı. md. K15 ve Amsterdam anı. md. 43, d-bendine göre üye devletlerin çoğunluğunun, Nice anlaşmasına göre üye devletlerin 1/3'ünün.

leme ileri entegrasyona katılmayan devletlerin tamamen dışarıda bırakılmasının gereksiz olarak AB'nin mütecanis kurumsal yapısını tehlikeye sokmasını önlemeye matuftur. Birlik hukukunun kabulünü teminen ve Avrupa Parlamentosunun ulusal gruplara bölünmesini önlemek için farklı entegrasyon modellerinde Avrupa Parlamentosunun zayıf da olsa rolü kabul edilmiştir. Avrupa Parlamentosu sadece dinlenmektedir.

Esnek ve farklı entegrasyonun genel düzenleyici kural olarak kabulü AB'nin bugünkü genişleme politikası paralelinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Farklı entegrasyon modelleri çerçevesinde nihai amaç tüm üye devletlerin muayyen süre sonra entegrasyon prosesine dahil olmasıdır.

Farklı entegrasyonun Topluluk müktesebatına ve anlaşmanın diğer hükümlerine göre ihdas edilen önlemleri ihlal etmemesi gerekmektedir (Maastricht anl. md. K15, 1. fıkra e-bendi; Amsterdam anl. md. 43, e-bendi). AT anlaşmasının Maastricht metninin 5a maddesi 1.fıkrası, Amsterdam metninin 11. madde 1. fıkrası farklı entegrasyonun,

- a) Topluluğun münhasır yetki alanına giren konularda olmamasını;
- b) Topluluk politikalarını, aksiyon veya programlarını zarara uğratmamasını;
- c) Birlik yurttaşlığına ilişkin olmamasını ve üye devletlerin vatandaşları arasında ayrımcılığa neden olmamasını;
- d) Topluluğa bu anlaşma ile verilen yetkileri aşmamasını;
- e) Üye devletler arasında ayrımcılık veya hareket serbestisine sınırlama getirilmesini veya üye devletler arasında rekabet koşullarının ihlal edilmemesini öngörmektedir.

Dikkat çeken husus bu katalogda önce negatif bir formülasyonun kullanılmasıdır. Farklı entegrasyona ilişkin madde hükmü pozitif bir ifade ile hangi alanlarda işbirliği yapılabileceğini saymamaktadır. Madde hükmü hangi alanlarda farklı entegrasyonun yapılamayacağını saymakta ve işbirliği çerçevesinde riayet edilmesi gereken prensipleri saptamaktadır. Farklı entegrasyona kapalı alanların oldukça geniş, riayet edilecek prensiplerin oldukça katı öngörülmesi bir sürpriz değildir. Genel görüşe göre birinci sütun farklı entegrasyon için az imkan tanımaktadır.

İstisna Mekanizmasının İşletilmesi

AT anlaşmasının Amsterdam metninin herşeyden önce istisna mekanizmasıyla meşgul olduğunu görüyoruz. 11. madde 2. fıkra üye devletlerin gerçekleştirmek istedikleri işbirliğini gerekçeli olarak Komisyona bir dilekçe ile bildirmesini, Komisyonun bir öneri yapmadığı takdirde ilgili üye devletlere bilgi vermesini ve sebeplerinin bildirilmesini öngörmektedir. Yetkilendirme,

Parlamentonun Komisyon önerisini dinlemesinden sonra Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla karara bağlanır.³⁵ Ancak 11. madde 2. fıkrada farklı entegrasyonun yürürlüğe konulmasını oybirliği koşuluna bağlamak isteyen üye devletlerin görüşüne de saygı göstermektedir. Önemli bir ulusal politika nedeniyle, ki bu zikredilmek zorundadır, ilgili üye devlet veto hakkını kullanabilir. Böyle bir durumda oylama yapılmaz. Konsey nitelikli çoğunlukla, sorunun oybirliği ile karara bağlanmak üzere devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla toplanacak Konseyde ele alınmasını karara bağlayabilir. Aynı hüküm üçüncü sütun çerçevesinde yapılacak farklı entegrasyonlar için de geçerlidir. Bu hükümler ünlü Lüksembourg uzlaşısını hatırlatmaktadır.

İngiltere, İrlanda ve Danimarka için Euro konusunda ve İngiltere için sosyal protokolle tanınan istisnai düzenlemeler entegrasyon politikasından taviz ile gerçekleşmiştir. Bu çerçevede Komisyonun rolünü vurgulamak gerekmektedir. Farklı entegrasyona girmek Komisyonun öneri yapmasına bağlıdır. Komisyon bunu yapmadığı takdirde farklı entegrasyon yapma olanağı kalmamaktadır. Bunun dışında Komisyon önerisi üzerine karar verilmesine ilişkin genel prensipler bu çerçevede de geçerli kabul edilmektedir. Konsey, Komisyonun önerisinden sadece oybirliğiyle sapabilir. Komisyon öneri hazırlamaya zorlanamaz. Ancak Komisyon ilgili üye devletlere bilgi vermek ve olumsuz tutumunu gerekçelendirmek zorundadır. Avrupa Parlamentosunun pozisyonunun ise buna karşılık zayıf olduğunu söylemek gerekmektedir. Konsey ve Komisyon Parlamentoya bilgi vermek mükellefiyetindedir. Farklı entegrasyona ilişkin anlaşmada öngörülen hükümler farklı entegrasyonun AT'nin dış yetkileri üzerinde ne gibi etkisi olacaktır konusuna cevap vermemektedir.

Güçlendirilmiş işbirliği, AT'nin 3. devletle münhasır anlaşma yapma yetkisinin doğmasına neden olacak mıdır? Doğal olarak bu anlaşma sadece işbirliğine taraf olan devletler bakımından geçerli olabilir. Güçlendirilmiş işbirliğine katılmayan devletlerin devletler hukuku çerçevesinde tasarruf serbestisi devam edecektir. Anlaşmanın para birliğine ilişkin hükümleri bunun mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.³⁶

3. Sütunun Kimi Bölümlerinin Topluluğa Mal Edilmesi ve Schengen Anlaşması

Amsterdam anlaşmasının 11. madde 5. fıkrası (Maastricht anl. md. 5a, 5. fıkrada) Schengen müktesebatının AB müktesebatına alınmasına ilişkin protokolün devamını öngörmektedir. Bu düzenlemenin AT anlaşmasının 11. madde, 5. fıkrasında yer alması nedeniyle üçüncü sütunun önemli bölümler-

³⁵ 2. fıkrada 2. cümle.

³⁶ Peter M. Huber, *Maastricht-Ein Staatsstreich?*, Stuttgart, Boorberg, 1993, s. 35 vd.

rinin birinci sütuna aktarılması mümkün olmuştur. Amsterdam anlaşmasının Schengen protokolüne ilişkin IV. başlığı ve Maastricht anlaşmasının IIIa başlığı güçlendirilmiş işbirliğini somut uygulama örneğidir. Vize, göç, iltica ve 3. devlet vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin politikaları düzenleyen başlıkla üçüncü sütunun önemli bölümleri AT anlaşmasına aktarılmıştır; aynı paralelde İngiltere, İrlanda ve Danimarka'nın söz konusu alanların Topluluğa mal edilmesine ilişkin iradelerini kırmak için bu üye devletler için istisnalar öngörülmüştür. Bu istisnalar iki ayrı protokolda bir taraftan İngiltere ve İrlanda için diğer taraftan Danimarka için saptanmıştır. AT anlaşmasının iç pazara ilişkin 14. maddesinin muayyen boyutlarının İngiltere ve İrlanda'ya uygulanmasına ilişkin protokol İngiltere ve İrlanda için maddi hukuka ilişkin özel düzenlemeler öngörmüştür. Protokolün 2. maddesi İngiltere-İrlanda veya Danimarka katılmaksızın alınan önlemlerin bağlayıcılığını düzenlemektedir. Bu hükme göre, AT anlaşmasının (Amsterdam anlaşmasının IV. başlığı, Maastricht anlaşmasının IIIa başlığının) hükümleri, bu başlığa istinaden ihdas edilen önlemler, Topluluk tarafından bu başlığa istinaden akdedilen uluslararası anlaşmalar, ATAD'ın bu hükümleri veya önlemleri yorumlayan kararları İngiltere veya Danimarka için bağlayıcı değildir ve onlara uygulanmaz. 2. madde "bu hükümler, önlemler veya kararlar hiçbir şekilde bu devletlerin haklarını veya yükümlülüklerini etkilemez. Bu hükümler, önlemler veya kararlar Topluluk müktesebatını etkilemez, bu tasarruflar İngiltere veya Danimarka'da uygulandığı nispette Topluluk hukukunun bir parçası olur" şeklinde ilave bir düzenleme öngörmektedir. Protokolün 8. maddesi emsalinin olmaması nedeniyle ilginçtir. Bu hükme göre AB'ne katılacak yeni üyeler Schengen müktesebatı ve uygulanma esnasında ihdas edilen önlemleri bütünüyle üstlenecektir. Maastricht anlaşmasının para birliği ve sosyal politika alanında işbirliğini öngören hükümleri benzer bir hüküm içermektedir. Her katılan devletin statüsü katılma esnasında mevcut işbirliği bakımından münferit durum olarak düzenlenir.

Denizaşırı Ülkeler ve Topraklar Hakkında Özel Düzenleme

Farklı koşullara duyarlılığın genel olarak artması ve bu nedenle geleneksel ve klasik Topluluk hukukuyla bağdaşır anlamda farklı düzenlemelere ilişkin olumlu yaklaşım AT anlaşmasının 227. madde 2. fıkrasında da karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm Fransız denizaşırı toprakları için farklı özel düzenleme olanağı öngörmektedir.

AT Anlaşmasının 95. Maddesinin (Maastricht Anl. 100a) Değiştirilmesi

AT anlaşmasının 95 maddesinin değiştirilmesi Topluluk hukukunda farklılık yaklaşımının tarihi gelişiminde özel bir anlama sahiptir. Bu değişikliğin

mevcut bir olanak olarak "opting out"un açıklığa kavuşturulması veya geliştirilmesi anlamlarından hangisini taşıdığı 95. madde 4. fıkranın lafzının yorumuna bağlıdır. Bu hüküm oylamada muhalif kalan üye devlete, 30. madde muvacehesinde iş ortamının korunması veya çevrenin korunması amacıyla önemli gereksinimleri nedeniyle haklı görülebilecek ulusal önlemlerini uygulama yetkisi vermektedir. Maddenin 5. fıkrası açıkça Topluluk uyum önlemlerinin ihdasından sonra yeni bilimsel verilere göre çevrenin korunması veya spesifik bir problem nedeniyle çalışma ortamının korunması için ulusal düzenleme ihdasını kabul etmiştir.

Büyüyen AB'nin heterojen karakteri, kaçınılmaz olarak AT/AB hukukunun da heterojen karakterinin artmasına neden olmaktadır. Aksi takdirde entegrasyon prosesi zayıflar ve dayanılmaz olur.

Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti Anlaşmasında Yer Alacak Derogasyonların Primer Hukuka Uygunluk Tartışması

New York zirvesinde varılan mutabakat ışığında Annan planı müzakereleri çerçevesinde ortaya çıkan Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukukun bir parçası olarak mütalaa edilmesi tartışması, Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukuka uygunluğu sorununu gündeme taşımıştır. Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasında öngörülen derogationlar farklı entegrasyon örneği teşkil edecek karakterdedir. Farklı entegrasyon koşulları icabı, istisnaların sadece *ultima ratio* kabul edilmesi söz konusudur.

Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukukun bir parçası olarak kabulü, farklı entegrasyon modelinin, Kıbrıs'ın bir bütün olarak AB'ne üye olmasına önkoşulu olduğunu ortaya koymaktadır. Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasındaki derogationlar olmaksızın, yani farklı entegrasyon modeli olmaksızın, Kıbrıs'ın bir bütün olarak AB'ye üye olması mümkün gözükmemektedir. Ancak bu derogasyonların da primer hukuka uygunluğu önemli bir sorundur. Primer hukukun ekleri primer hukuku oluşturan kurucu anlaşmalarla eşit hiyerarşiye sahiptir. Bu derogasyonların primer hukukun temel prensiplerine ve temel politikalarına uyumlu olması, primer hukukun bir bütün olması gerekliliğinden doğmaktadır. Aksi takdirde eşit hiyerarşiye sahip normlar arasında, yani primer hukukun primer hukukla çatışması problemi doğacaktır. Türk tarafı bakımından derogationlar olarak ağırlıklı olarak iki kesimliliğin korunmasına matuf olan, Rumların kuzeye göçünü, kuzeyde yerleşmesini, gayrimenkul mülkiyet edinmesini sınırlayan düzenlemeler olarak ortaya çıkmıştır. İki kesimliliği temin eden derogationların Topluluğun temel prensiplerini ve politikalarını, özellikle dört temel özgürlüğü ihlali olasılığının ortadan kaldırılması, üye devletlerin anlaşmaların efendisi olarak, kurucu anlaşmaların oluşturduğu

primer hukukun kurucu anlaşmaların ekleri olan primer hukukla değiştirilme yetkileriyle açıklanmaktadır. Ancak bu noktada üye devletlerin primer hukuku, kurucu anlaşma ekleri ve protokolleriyle değiştirme yetkisine karşı, aynı anayasalar için geçerli olduğu gibi, fundamental, temel, değiştirilemez nitelik taşıyan hükümlerle ve prensiplerle anlaşmaları değiştirme yetkisinin sınırlandırıldığı görüşü ileri sürülmektedir.

Primer hukukta normlar hiyerarşisine karşı getirilen gerekçelerden en önemlisi, primer hukukun üye devletlerin iradesi ürünü olmasıdır. Üye devletler anlaşmaların efendisi olarak anlaşmaları değiştirebilir veya tamamlayabilir. Bu çerçevede onlar için primer hukuktan doğan herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Primer hukukun kendi içinde normlar hiyerarşisinin kabul edilmesi, üye devletlerin "anlaşmaların efendisi" olma rolünün ortadan kaldırılmasına yol açacaktır. Bu sonuç klasik anlamda devletlerin egemenliği yaklaşımına uymamaktadır. Protokollerin ve kurucu anlaşmaların ek metinlerinin, kurucu anlaşmaların kendisine nazaran daha aşağı hiyerarşide bulunduğu iddiası, primer hukukun tanımına uymamaktadır. Kurucu anlaşmalar, kurucu anlaşma değişiklikleri, ekleri, protokolleri, katılma anlaşmaları, ekleri primer hukuku oluşturmaktadır. Aynı kategoride yer alan normlar arasında hiyerarşik ilişki kabul edilmemektedir. Böyle bir hiyerarşi iddiası, ek metnin fonksiyonu, içeriği veya ek anlaşmanın ortaya çıkış nedeninden ileri gelmektedir. Bir ek metnin kurucu anlaşma metniyle çatışmaya düşmesi, farklı hiyerarşiye sahip normlar arasında doğan çatışma olarak değil, eşit hiyerarşiye sahip normlar arasında doğan çatışma olarak görülmektedir.

Hukuk tekniği bakımından çatışmaları önlemek için iki olanak vardır. Norm koyucu bir hukuk düzeninin temel yapısını temel prensipler yardımıyla belirlemek istediği takdirde ya hukuken bağlayıcı olmayan, sadece yorumları yönlendirmeye yarayan program hükümler öngörür yahut doğal olarak istisna hükümler dışında hukuken bağlayıcı, önceliği olan muayyen prensipleri saptar. AT anlaşmasının 1-16 maddeleri arasında yer alan prensipler zımnen Topluluğun istinat ettiği prensipler olup, bağlayıcı olmayan program hükümler değildir. Bu hükümler hukuken bağlayıcıdır. Bu şekilde zorunlu olarak Topluluğun yazılı prensipleri ve primer hukukun diğer düzenlemeler arasında normatif bir hiyerarşi ortaya çıkmaktadır. Eşit hiyerarşiye sahip normlar arasındaki çatışmada, bu normların temel prensip karakteri ortaya çıkmaktadır. Yazılı temel prensiplerle bağdaşmayan primer hukuk yorumu caiz değildir. Primer hukukun temel prensiplerle uyumlu yorumu gereklidir. Temel prensiplerin normatif üstünlüğü, AT anlaşmasının normatif temel dayanaklarına aykırı protokollerin primer hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Bu durum protokollerle gerçekleştirilen *opting out*'u siyasi eleştiri konusu olmaktan öte hukuki bir sorun olarak gündeme taşımaktadır.

AT anlaşmasında yer alan Topluluk prensiplerini boşaltan bir protokol, üstün hiyerarşiye sahip primer normları ihlal etmesi nedeniyle geçersiz olacak mıdır? Yukarıda işaret edildiği üzere ATAD 1991 tarihli Avrupa Ekonomik Alanı hakkındaki görüşünde,³⁷ AET anlaşmasının 164. madde³⁸ ve Topluluk dayanaklarıyla bağdaşmayan bir düzenlemenin AET anlaşmasının 238. maddesine istinaden yapılamayacağını vurgulayarak, AT'nin yaptığı devletler hukuku anlaşmalarının Topluluk primer hukuku muvacehesinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. ATAD'ın söz konusu görüşünde, AET anlaşmasının 238. maddenin değiştirilmesi durumunda dahi, Avrupa Ekonomik Alanı sisteminin Topluluk hukukuyla uyumsuzluğunun giderilemeyeceğine dikkat çekmesi, şekli prosedür ötesinde, yazılı yahut yazısız Topluluk temel prensiplerinin primer hukukun diğer düzenlemelelerine nazaran öncelik taşıdığını ortaya koymuştur.

Primer hukukta normlar hiyerarşisi ve kurucu anlaşma değişikliklerinin mutlak sınırları arasında çeşitli temas noktaları bulunmaktadır. Kimi normların değiştirilemezliği onları diğer normların üstüne çıkarmaktadır. Normun değiştirilemezliği esasından hareketle hiyerarşi tayini mümkündür; ancak bu hiçbir zaman değiştirilemez ilan edilen temel normların genel olarak ve her çatışma durumunda öncelikten istifade edecekler anlamını taşımamaktadır. Normun içeriği ve fonksiyonu dikkate alınarak başka bir modelin de kabul edilmesi mümkündür. Normun temel norm olması gerekçeyle değiştirilemezliği ve normun işlevi boyutundan hangisinin tercih edileceği siyasi iradeye bağlıdır.

Değiştirilemezliği tartışılan çoğu temel norm, prensip değer normlara nazaran hiyerarşik önceliğe sahiptir. Ancak bu sonuç, değişmezlik sorununun mutlak olarak, hiyerarşi sorunuyla birlikte ele alınmasını zorlamamaktadır. Buradaki hiyerarşik öncelik, öncelikten istifade eden normun aynı hiyerarşide bulunan norm tarafından değişikliğe uğratılmasının önlenmesine matuf olmakla beraber, bu normun *actus contrarius*'la aynı seviyede bulunan bir normla ortadan kaldırılmasını veya modifiye edilmesini önleyemez. Bu noktada primer hukukun özünün ne ölçüde mutlak olarak garanti edildiği, değişikliğe karşı teminat altına alındığı tartışma konusu olmaktadır. Mutlak sınırı kabul etmeyenler bakımından anlaşma değişikliği, önceliği öngörülen temel prensipler bakımından da söz konusu olabilir. Üye devletlerin "anlaşmaların efendisi" olarak temel prensipleri değiştirme hakkı vardır. Bu tür sınırlamaların bulunduğu kabul edenler bakımından da ölçü, supranasyonal Birliğin spesifik ihtiyaçlarıdır. Supranasyonal Birliğin ihtiyaçları muvacehesinde farklı entegrasyon politikasının getirdiği istisnalar dikkate alındığı nispette primer hukukta hiyerarşi sorunu çözülmüş olacaktır.

³⁷ EuGH Rs.1/91, EWR-Gutachten, Slg.1991,C-6079.

³⁸ AT anl. md. 220.

Primer hukuk normları arasında hiyerarşinin reddedilmesi, üye devletlerin anlaşmaların efendisi olma statüsünü hatırlatmakta ve onların kendilerini taahhüt altına sokma hakkını saklı tuttuklarını ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Topluluk hukukunun yorum ve uygulanmasını teminde ATAD'ın yetkisini kabul eden AT anlaşması 220. maddesi hareket noktası oluşturmaktadır. ATAD kendisine verilen bu yetki muvacehesinde primer hukukun bir normunun bir başka primer normu ihlal etmesi gerekçesiyle denetim sorunu ortaya çıkmaktadır. ATAD'ın eşit hiyerarşiye sahip primer normları uyumsuzluk halinde onları uyumlu hale getirme ve somut durumda önceliği tayin etme yetkisi 220. maddeden doğmaktadır.

Primer hukuka aykırı primer hukuka karşı başvurulabilecek yegane olanak anlaşmaların ihlalinde kullanılan prosedürdür. Bu çerçevede şüphesiz dava açanların sayısı oldukça sınırlı olacaktır. Üye devletlerin kendisi anlaşma ihlaliyle karşı karşıya olduğu için sadece AT anlaşmasının 226. maddesi üzerinden Komisyonun başvurusu ile dava gündeme gelebilir. Yine bir ulusal mahkemenin primer hukukun bir normunun hiyerarşik önceliği olan bir diğer normu ihlal ettiği yolunda ortaya çıkan tereddüt nedeniyle ATAD'a önkarar başvurusu yapması (AT anl. md. 234) ile primer hukuk ihlalinin gündeme gelmesi mümkündür.

New York zirvesinde Rum yönetiminin KKTC'yi ve Türkiye'yi zor durumda bırakmak için çözümün AB müktesebatıyla uyumlu olması gerektiği konusunda yaptığı talep, AB'ni, Türk tarafını ikna için Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının, primer hukukun bir parçası olarak ilan edilerek, AB'nin teminatı altına alınması noktasına getirmiştir. Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukukun Mayıs 2004'te yürürlüğe girecek katılma anlaşmasının bir parçası olarak yürürlüğe girmesi katılma anlaşmasının kendisinin tâbi olduğu prosedüre tâbi olmasını gerektirmektedir. Bu prosedürün teknik olarak Mayıs 2004'e kadar gerçekleştirilmesi Birlik kurumsal yapısı bakımından mümkün olmadığı gibi, üye devletlerin ulusal parlamentolarından geçmesi gerekliliği nedeniyle de mümkün görülmemiştir.

Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukukun parçası olması, Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının Mayıs 2004'te yürürlüğe girecek katılım anlaşmasının 10 nolu protokolünün değişikliğe uğratılmasıyla mümkündür. Bu değişiklik derogasyonların kabul edilmesi anlamını taşıyacaktır. Derogasyonların AB'nin kurumsal yapısında 10 nolu protokolün 4. madde muvacehesinde Komisyonun önerisi üzerine Konsey'in oybirliğiyle aldığı kararlar, Kuzeye müktesebatın uyum modalitelerini kabulüyle ve aynı paralelde katılım anlaşmasında Derogationlarda yaratılan değişikliklerin, anlaşma değişikliği olarak üye devletler parlamentolarında uygun bulunarak, onaylanması ile kabul edilebilir.

Avrupa Birliği Komisyonunun genişlemeden sorumlu üyesi Verheugen'in, Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının primer hukukun bir parçası olacağına ilişkin yazılı garanti verme taahhüdünün hiçbir hukuki sonucu olmayacağını, Türkiye Lippanon'un Helsinki zirvesi ertesi gönderdiği mektup tecrübesi ile gayet iyi bilme durumundadır. Verheugen'in genişlemeden sorumlu Komisyon üyesi olarak, üye devletlerin iradesi ile oluşan primer hukuku, oluşturma ve istisnalarla değiştirme yetkisi yoktur. AB hukuku bakımından herhangi bir bağlayıcılığı olmayan böyle bir kişisel taahhüt New York zirvesinde verilen sözün hukuken garantisi olamaz. Mayıs 2004'te Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasını primer hukukun bir parçası olmadan yürürlüğe sokmak, Birleşik Kıbrıs cumhuriyeti anlaşmasındaki istisnalar nedeniyle ATAD nezdinde problemlerin yaşanması riski ötesinde, ulusal parlamentolardan birinde bu anlaşmanın onaylanmaması, derogationların geçerliliğini riske sokabilir. Kıbrıs'la ilgili 10 nolu protokolün 4. maddesi esas alınarak, atılacak adımların AB'nin kuramsal yapısıyla sınırlanması, New York zirvesinde varılan mutabakatın dikkate alınmaması sonucunu doğurur. 10 nolu protokolün 4. maddesi, çözümün bulunması durumunda Konseyin, Komisyonun önerisi doğrultusunda Kıbrıs'ın AB'ne katılımının Kuzey Kıbrıs'a uyum modalitelerini oybirliği ile karara bağlayacağını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile bulunacak çözüm ışığında (somut durumda Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşması ışığında) müktesebatın Kuzeye uygulanması karara bağlanacaktır. Ancak, 4. madde çözümün kendisinin (Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının) primer hukuk karakterini öngörmemektedir. Türkiye'nin ve KKTC'nin bu konuda gerekli hassasiyeti göstermesi, primer hukukla, Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti anlaşmasının birbirine ters düşmesi iddiasına zemin hazırlamaması gerekmektedir. Verheugen'in, görüşmelerden sorumlu Konseyin üyesi olarak, Komisyon görüşünün oluşmasında rolü vardır. Ancak bunun ötesinde üye devletlere ait bir yetki olan anlaşmaları değiştirme (10 nolu protokolü) konusunda yetki kullanması mümkün değildir.