

FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE ULUSAL VE AB TEMEL HAK KORUMASININ UYUMLU BERABERLİĞİ

*Compatibility of National Fundamental Rights Protection with
the EU Rules in the Case of Federal Germany*

Prof. Dr. Füsün ARSAVA*

Geliş Tarihi: 25.12.2018 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

AB Temel hakları ve ulusal temel hak ilişkisi konusu oldukça tartışmalıdır. Makalede sıkça tartışma konusu olarak ele alınan AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 1.fıkrası değil, iki farklı başka konu ele alınmaktadır. Makalede AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fıkrasının Birlik için yeni yükümlülükler tesis etmemesine karşılık temel haklar bağlamında Birliğin tasarruf mükellefiyeti ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin her iki temel hak düzenini (ulusal ve AB) birbirinden ayrılığını kabul etmekle beraber ulusal temel hak korumasını AB Adalet Divanı'nın talebinin ötesine geçerek geri çekmesi ve AB Adalet Divanı ile diyalog yoluyla her iki temel hak düzenlemesini paralel uygulaması tartışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Ulusal temel haklar, AB Temel hakları, temel hak koruması, AB Temel haklarının icrası, yetki kataloğu

ABSTRACT

The relationship between the EU fundamental rights and national fundamental rights has been a controversial issue. In this article, first paragraph of the article 51 of EU Charter of Fundamental Rights is not discussed, two other topics are discussed. First, although this Charter does not establish any new power or task for the Union, the obligation of the EU to act regarding fundamental rights is discussed. Second that the German Federal Constitutional Court which recognizes the separation of national and EU fundamental rights, extends the national fundamental rights protection beyond the request of the EU Court of Justice is discussed. Moreover the parallel implementation of both national and EU fundamental rights through dialogue with the European Court of Justice is also controversial, for this reason this article debate this issue.

Key words: National fundamental rights ,EU fundamental rights, protection of fundamental rights, EU fundamental rights enforcement, catalogue of competences

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Kızılcaşar Mahallesi 06836 İncek Ankara
<http://www.atilim.edu.tr>, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664

GİRİŞ

Çok katmanlı bir sistemde farklı temel hak düzenlemelerinin yanyana ve birarada geçerliliği oldukça karmaşık bir durum olarak değerlendirilmektedir. Bir hukuk düzeninin çok kolay bir şekilde diğerinin alanına nüfuz etmesi ve bunun sonucu olarak da söz konusu hukuk alanının zarar görmesi mümkün olabilmektedir. Federal Alman Anayasasının (Grundgesetz) 142.maddesinin düzenlemesine rağmen bu durum Almanya’da Birlik ve Eyalet temel hakları ilişkisinde yıllardır gözlenmektedir. GG’in tasarruf alanı bıraktığı her alanda bu alanlar GG’in 1.madde, 3.fıkrasına rağmen Eyalet Anayasa Mahkemeleri’nin eyalet temel haklarını Birlik yanlısı yorumlaması ile daraltılmaktadır.¹

I – AB’nde Temel Hak Çeşitliliği

Bu tür bir bakış Avrupa entegrasyonu için çok büyük bir önem taşımamaktadır. İnsan hakları bugün için Avrupa’nın doğal değerlerine dahildir. Özellikle AİHK ve ek protokolleri ve AB anlaşmasının 2. maddesi bu durumu açıkça ortaya koymakta ve teyit etmektedir. Şimdiye dek ancak Birlik üye devletlerinin temel hak kataloglarının şekillendirilmesinde ve münferit temel hakların içeriğinde farklılıklar olduğu görülmektedir.² Federal Almanya’da yaygın özgürlüğü yine hiçbir ülkede olmayan kapsamda yayınların kurumsal olarak devlet denetiminden uzak kullanılmaktadır.³ Kapsamlı Bilim ve sanat özgürlüğü ise Almanya’ya özgü temel haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Almanya’da oldukça kapsamlı temin edilen inanç özgürlüğü (BVerfGE 24, 236, 249) İngiltere’de AİHK’nunu (Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu) ulusal hukuka iktibas eden 2000 tarihli “Human Rights Act’in 13 maddesinde açık şekilde yer almaktadır. İnanç özgürlüğü ise Fransa’da buna karşılık kamu alanında önemli sınırlamalara tabidir.⁴ AB Adalet Divanı’nın başörtüsü ile ilgili yeni kararlarında farklı hassasiyetler yetersiz şekilde dikkate alınmıştır. İnanç özgürlüğü AB Adalet Divanı tarafından işverenin çalışanına karşı genel tarafsızlık yükümlülüğü bağlamında değil, 2.madde, 2.fıkra, b-bendi muvacehesinde tolere edilebilir dolaylı ayrımcılık bağlamında değerlendirilmiştir.⁵ İnanç

¹ Gärditz, Klaus Ferdinand. Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung, HStR IX, 3.Aufl. 2011, §189, Rn.38 vd.

² Verilerin korunması bağlamında İngiltere’de ve kıta Avrupa’sında video gözetlemesi arasında farklılık bulunmaktadır; Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kamera üzerinden genel gözetleme ile ilgili kararları için bkz.: BVerfGE 109,279,323; BVerfGE 112,304,319; bu konu bağlamında AB Adalet Divanı kararları için bkz.: EuGH, Rs. C-213/13 (František Ryně), ECLI:EU:C:2014:2428, Rn.33

³ Radyo kuruluşları ile ilgili denetim kurumları için bkz.: BVerfGE 136, 9 Rn., 45 vd.

⁴ Anayasa Mahkemesinin Burka yasağı ile ilgili 07.10.2010 tarihli kararına ilişkin eleştiri için bkz.: Société, droit et religion, 2011, s.47,58 vd.

⁵ EuGH, Rs. C-157/14 (G4S Secure Solutions), ECLI:EU:C:2017-203, Rn.35vd.; krş: EuGH, Rs. C-188/15 (Bougnaoi und ADDH), ECLI:EU:C:2017:204, Rn.32

özgürlüğünün dolaylı ayrımcılık bağlamında değerlendirilmesi eleştirilmektedir. İnanç özgürlüğü AB Adalet Divanı'nın da kabul ettiği gibi inanç nedeniyle belli kıyafetlerin taşınmasını mümkün kılmaktadır. Bunun sonucu olarak da dini kıyafetler yasağı inanç nedeniyle doğrudan mağduriyete neden olabilmektedir. AİHM'nin bu konuya ilişkin kararına⁶ AB Adalet Divanı atıf yapmakla beraber bu yaklaşım onun tarafından tam olarak benimsenmemiştir. Bu bağlamda sadece Federal Almanya'da katı kurallar bulunmamaktadır. Fransa'daki inanç özgürlüğü geleneklerinin farklı olmasına karşın AİHM Fransa'da da özel sektör işverenin tarafsızlık yükümlülüğü bağlamında başörtüsü yasağını prensip olarak caiz görmemiş, ancak laiklik esasının sadece devlet için geçerli olduğunu kabul etmiştir. Siyasi alanda ise konu farklı şekilde tartışılmaktadır.⁷ Konuya ilişkin olarak inanç nedeniyle ayrımcılığı önlemeye matuf direktifin ulusal seviyede ayrımcılığa yol açan yasaklayıcı önlemi caiz kabul etmesi şaşırtıcıdır. Direktifin 8.maddesi üzerinden üye devletlere asgari harmonizasyon sağlama mükellefiyeti getirildiğinin dikkate alınması gerekmektedir. AB Adalet Divanı'nın işletme özgürlüğüne ilişkin yapmış olduğu vurgu (AB temel haklar Şartı'nın 16.maddesi) bu bağlamda bir önem taşımamaktadır.⁸ Avrupa çapında mütecanis bir temel hak yaklaşımının benimsenmesi AİHK'nun sadece asgari bir standart temin etmesi nedeniyle şimdilik mümkün gözükmemektedir.⁹

Ulusal ve Avrupa temel hak korumasını birlikte ve yanyana temin eden, diğer bir ifade ile ulusal önlemleri ulusal, AB önlemlerini Avrupa temel hak himayesine tabi kılan şekli bir düzenleme henüz mevcut değildir. Ulusal hukukun ve Avrupa hukukunun içerik olarak içiçe girmesi nedeni ile AB Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi daha farklı bir model öngörmektedir. Buna göre AB üyesi devletler Birlik hukukunun icrası bağlamında Birlik temel hakları ile bağlıdır. Bu yaklaşım tüm detayları ile Temel Haklar Şartı'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle ulusal ve Avrupa temel hak teminatı ilişkisi konusunda kimi hususlara açıklık getirilmesi gerekmektedir. Tartışmanın merkezinde AB Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi değil, AB Adalet Divanı'nın Åkerberg Fransson davasında verdiği kararın yorumlanması yer almaktadır.¹⁰ AB Adalet Divanı'nın takip eden içtihatı sorunun hassasiyetini ortaya koymakta ve Avrupa Birliği temel haklar sisteminin endişeye yol açar şekilde sınırsız uygulanmasını önlemektedir.

⁶ 15.01.2013 tarihli karar için bkz.: 48420/10-Eweida-RJD 2013-1

⁷ bkz.: Classen, Claus Dieter. Laizismus und Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR, 2017, Heft 2, s.79-87

⁸ bkz.: EuGH, Rs. C-157/14, Rn.38

⁹ Masing, Johannes. Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, s.477 vd.; Voßkuhle, Andreas. "Integration durch Recht" - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 2016, s.161,164

¹⁰ bkz.: EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105

2017 Şubat başında bir kanun sözcüsü 810/2009 sayı ve tarihli tüzükte yer alan vize kodeksinin 25.madde, 1.fıkra, a-bendine göre yapılan vize başvurularında normun ihlâl riskinin bulunduğu durumlarda Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinin dikkate alınma mükellefiyetinin bulunmadığını, diğer bir ifade ile vize verme mükellefiyetinin olmadığını ileri sürerken, üye devletler arasında mültecilerin tesliminde Dublin III-tüzüğünü dikkate almak istemeyen bir diğer savcı iki gün sonra aynı temel hakkı farklı yorumlamıştır. AB Adalet Divanı her iki davada da kanun sözcülerinin talebini kabul etmemiştir. Temel hak nitelikli ayrımcılık yasağının AB Adalet Divanı tarafından kabulü ayrımcılık yasağının horizontal etkisini (üye devletlerin ulusal hukuklarındaki etkisini) açıkça ortaya koymuştur.

II – Temel Hakların tasarruf yükümlülüğü öngörmesi - AB seviyesinde ortaya çıkan sorunlar

AB Temel Haklar Şartı'nın AB bakımından bağlayıcılığı tüm kapsamı ile yeterince ortaya konulmamıştır. AB Adalet Divanı içtihadında bu konuyla ilgili dava örneği olarak 2004/113 sayılı direktife ilişkin “Test-achat” davası¹¹ ve yedek verilerin depolanması direktifi ile ilgili “Digital rights ve diğerleri” davası¹² karşımıza çıkmaktadır. Her iki davada direktif hükümleri AB hukuku temel hak yükümlülükleri ile bağdaşmaz kabul edilmiş ve geçersiz ilan edilmiştir. İlk davada direktifin münferit hükümleri, ikinci davada ise tüm direktif geçersiz ilan edilmiştir. Her iki davada da AB Adalet Divanı'nın gerekçeleri tereddüt yaratmıştır. İlk davada kadın ve erkekler için farklı sigorta tarifelerinin¹³ esas alınması ve ikinci davada 2006/24 sayılı AT direktifine göre yedek verilerin depolanması konusunda AB Adalet Divanı tarafından geliştirilen gerekçeler tartışma konusu olmuştur. AB Adalet Divanı Birlik yetkilerinin kapsam kazanmasını temin için de facto temel hakları kullanmıştır. AB Temel Haklar Şartı'nın 6.madde, 1.fıkra, 3.paragrafında Temel Haklar Şartı'nın Birlik yetkilerini genişletmeyeceği öngörülmüştür. Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fıkrası bu yasağa görevleri de dahil etmiştir. Vize verilmesi ile ilgili olarak da Birlik hukukunun ulusal hukuk üzerinden icrası bağlamında benzer problemler ortaya çıkmaktadır.

a – Eşitliğe aykırı bir faktör olarak cinsiyet

2004/113 sayılı direktifin 5.madde, 2.fıkrası üye devletlerin belli koşullar altında primler ve hizmetler bakımından nisbi farklılıklar yapılabileceğini öngörmektedir (istatistiksel ve matematiksel bir veri olarak cinsiyet riziko değerlendirmesinde önemli bir faktör teşkil ettiği takdirde). Bu hüküm AB

¹¹ EuGH, Rs. C-236/09 (Test-achat), ECLI: EU:C:2011:100, Slg. 2011, I, 773

¹² EuGH, Rs. C-293/12 ve 594/12 (Digital rights), ECLI:EU:C:2014:238

¹³ 2004/113 sayılı AT direktifinin 5.md., 2.fık.

Adalet Divanı tarafından kadın ve erkeğin eşit muamele edilmesi kuralına aykırı görülmüş ve bu nedenle geçersiz ilan edilmiştir. Divan bu çerçevede Birliğin belli bir amacı takip ettiği durumlarda (bu çerçevede cinsiyetler arasında ayrımcılıkla mücadele amacı) üye devletlerin amaca uygun davranma mükellefiyetini kabul etmiştir. Bu durum Divan'ın görüşüne göre adım adım ilerlemeyi ve geçiş düzenlemeleri yapılmasını engellemektedir.¹⁴ Buna ilave olarak üye devletlerin tehlike olarak nitelendirilen durumlarda 2004/113 sayılı direktifin 5.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AB hukukunda kadın erkek eşitliği için öngörülen istisnayı sürekli kılması mümkündür. Bu düzenleme Divan tarafından caiz görülmemiştir. Direktif, AB Temel Haklar Şartı'nın 21. ve 23.maddelerinde temin edilen kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması ve kadınların ve erkeklerin durumlarının prim ve hizmetler itibariyle onlar tarafından akdedilen sigortalarına uygun gerçekleşmesi beklentisini dile getirmektedir. Divan tamamlayıcı olarak AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 8.maddesine atıfta bulunmuştur. Buna göre Birlik faaliyetlerini eşitsizlikleri ortadan kaldıracak ve cinsiyetler arasında eşitliği sağlayacak şekilde sürdürecektir. Direktifin kadın ve erkek eşitliğinin uygulanma alanında istisna kabul ettiği hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Şüphesiz bu istisna üye devletleri cinsiyetler arasında ayırım yapmakla mükellef kılmamaktadır. Divan tarafından temel haklara gönderme yapılan bu tablo temel haklar alanında AB'nin tam bir harmonizasyon gerçekleştirmekle, dolayısı ile bu şekilde direktifin içeriğini de facto temel hakların amacına uygun şekillendirmekle mükellef kılındığını ortaya koymaktadır.

b – Yetersiz koruma kuralları nedeniyle yedek verilerin depolanması

Aynı durum yedek verilerin depolanması bağlamında söz konusu olmuştur. Yedek verilerin depolanması bağlamında AB Temel Haklar Şartı'nın 7. ve 8.maddelerinde yer alan haklara yapılan müdahale dava konusu olmuştur. Divan bu kez dava konusu AB önlemini kapsamı ve uygulanma alanı itibariyle verileri yedek olarak depolanan kişiler bakımından yeterli teminatlar öngörmesi, kişilerin bu verilerin kötüye kullanılması ve verilere izinsiz ulaşma konusunda teminatlara sahip olması gerekçesiyle AB hukukuna uygun bulmuştur. Direktif ancak verilere ulaşma konusunda yeterli spesifik teminatlar içermemektedir.¹⁵ Direktif diğer bir ifade ile verilerin korunması bakımından hassasiyet taşıyan düzenleme eksikliğine istinaden değil, yetki dayanağına istinaden iptal edilmiştir [AB Adalet Divanı'nın gerekli gördüğü hususlara yer verilen Komisyonun orijinal önerisinde yetki dayanağı olarak AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin suçla mücadeleye hizmet

¹⁴ EuGH, Rs. C-236/09 (Test-achart), ECLI:EU:C:2011:100, Slg.2011, I-773

¹⁵ EuGH, Rs. C-293/12 ve 594/12 (Digital Rights), ECLI:EU:C:2014:238

eden 114.maddesi değil, AB anlaşmasının Nice metninin oybirliğini öngören 31.maddesi esas alınmıştır. Önerinin kabul görmemesi sonucu olarak direktif iletişim alanında yer alan işletmeler arası rekabeti düzenleyen bir içerikle, karar alma yöntemi olarak iç pazarda yetki kullanılmasını temin eden nitelikli çoğunluk benimsenerek kabul edilmiştir.¹⁶

c - Ülkesinde işkence tehdidi bulunan bireylere vize verilmesi

Kanun sözcüsü Mengozzi nihai talebinde bir kişinin AB üyesi devletlerden birine yaptığı 90 günlük bir vize başvurusunda ülkesinde Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesi bağlamında insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye maruz kalacağını iddia etmesi halinde üye devletin insani nedenlerle vize kodex'inin (810/2009 sayı ve tarihli AB tüzüğü) 25.madde, 1.fıkra, a-bendine göre durumu mütalâa ederek vize vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Mengozzi'ye göre AİHM'nin AİHK'dan istihraç ettiği bu sonuç AB Temel Haklar Şartı'nın 52.madde, 3.fıkrasına göre Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinin yorumu bakımından da geçerli olan pozitif mükellefiyetten doğmaktadır.¹⁷

Konu şeklen Birliğin tasarruf mükellefiyetine değil, AB üyesi devletlerin tasarruf mükellefiyetine ilişkin olmakla beraber temel haklara ilişkin yorum her iki durumda da aynı olmak zorundadır. Kanun sözcüsünün ortaya koyduğu tabloya göre AİHK yükümlülüğü Birlik hukuku tarafından yeterince yerine getirilmemektedir. AB Temel Haklar Şartı AİHK'da öngörülen mükellefiyeti özü itibarıyla genişletmektedir. AİHK'dan doğan yükümlülük AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde sadece Konvansiyon tarafı devletlerin egemenlik yetkisine tabî olan kişiler bakımından söz konusudur. AB Temel Haklar Şartı buna karşılık benzer bir ülkesel çekince içermemektedir. Kanun sözcüsü Temel Haklar Şartı'nın uygulanma alanının ve içerik konularının birbirinden farklı sorunlar olarak ele alınmasına itiraz etmiştir. Yaklaşım şeklen doğru olmakla beraber muayyen bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığı bağlamında iki konuya ilişkin değerlendirmenin ayrı yapılması mümkündür. Bu durumun ancak diğer sorun bakımından doğacak etki denetimini engellememesi gerekmektedir. AB Adalet Divanı söz konusu tüzükte vize başvurusu için uzun bir prosedürün öngörülmesi gerekçesi ile kanun sözcüsünün talebini kabul etmemiştir.¹⁸

d – Federal Problem

Zikredilen her iki davada AB Adalet Divanı temel hakların temini için Birliğin

¹⁶ bkz.: EuGH, Rs. C-301/06 (İrland/Rat und Parlament), ECLI:EU:C:2009:68, Slg.2009, I, 543; Classen, Claus Dieter. bkz.: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7.Aufl. 2015, Art.114, AEUV, Rn.159)

¹⁷ kanun sözcüsü Mengozzi'nin 07.02.2017 tarihli nihai talebi için bkz.: Rs. C-638/16 PPU (X und X v. Belgien), ECLI:EU:2017:93, Rn.127

¹⁸ EuGH, Rs. C-538/16 PPU (X und X v. Belgien), ECLI:EU:2017:173, Rn.42 ff

kimi önlemler alma mükellefiyetini kabul etmiştir. Bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi bu bağlamda Birliğin yetkisinin öngörülmemesi nedeni ile AB anlaşmasının 6.madde, 1.fıkra, 2.paragrafının per se ihlâline yol açmamaktadır. Birliğin bu mükellefiyetinin AB Temel Haklar Şartı'ndan yeni mükellefiyetler istihraç edilemeyeceğini öngören 51.madde, 2.fıkrasına uygun olup olmadığı normun içerdiği yaklaşıma bağlıdır. Yeni mükellefiyetler primer hukukta şimdiye kadar öngörülmeyen mükellefiyetleri mi, yoksa şimdiye kadar yerine getirilmeyen mükellefiyetleri mi ifade etmektedir? Zikredilen ikinci olasılığın kabulü halinde bir ihlâlin kabul edilmesi mümkündür. Zira böyle bir durumda Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yedek verilerin depolanması davasında talep ettiği gibi temel hakların korunması için ulusal hukukta olmamasına rağmen AB düzenlemelerinin mevcudiyeti gereklidir.

Sigorta davasında AB Adalet Divanı cinsiyetler arasında eşitlik direktifinin AB anlaşmasında öngörülen mükellefiyeti tam olarak yerine getirmediğini belirtmiştir. Divan bu bağlamda orantılılık prensibine atıfta bulunmuştur. Buna göre bir üye devletin temel özgürlük veya hakları sınırlaması bu sınırlamanın orantılı yapılmasına bağlıdır. Aksi takdirde sınırlama için yeterli bir dayanak olduğu kabul edilmeyecektir.¹⁹ Burada Birliğin cinsiyetler arasında eşitliği ihlâl eden bir önlemi re'sen karara bağlaması değil, direktifin uygulanma alanı (bknz.: Direktifin 3.maddesi) bakımından bir istisna yapılması söz konusudur. Böyle bir durumda caiz olmayan bir orantsızlıktan söz etme imkânı bulunmamaktadır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin yetki düzenlemesi içeren 19.maddesi tasarrufta bulunmak için bir mükellefiyet değil, yetki öngörmektedir.

Karara bağlanan her iki davada da Divan AB yurttaşlarının temel haklarla ilgili durumlarının münhasıran direktife istinaden değil, ulusal hukuka istinaden tayin edildiğine ilişkin herhangi bir vurgu yapmamıştır.²⁰ Bu tablo Birlik Hukukuna uygulanma alanı açıldığı nispette verilere erişim ve depolanan yedek verilerin kullanılması bağlamında Birlik temel haklarının dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

e – Karşı örnekler

AB Adalet Divanı'nın içtihatında temel hak konularının ulusal yasama ve yürütmeye bırakıldığını gösteren örnekler de bulunmaktadır. Ailelerin birleştirilmesine ilişkin 2003/86 tarih ve sayılı AB direktifi aileleri yeterli

¹⁹ EuGH, Rs. C-243/01 (Gambelli), ECLI:EU:C:2003:597, Slg.2003 I-13031, Rn.67; EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), ECLI:EU:C:2009:141, Slg.2009 I-1721, Rn.57vd.

²⁰ Wolff, Heinrich Amadeus. Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, DöV Heft 14, 2014, s.608; Kühling, Jürgen. Der Fall der Vorrats-datenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgerichtshof, NVwZ 2014, s.681,684

şekilde korumadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. AB Adalet Divanı buna karşılık tereddüt konusu durumların Birlik hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan temel haklara tâbi olduğunu ifade etmiştir. Direktif, temel hakların ve teminatlarının etkisinin fiilen gerçekleşmesi için hareket alanı bırakmaktadır.²¹ Divan özgürlük, güvenlik ve adalet alanında Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra üye devletlere tutuklama emirlerini karşılıklı olarak tanıma mükellefiyeti getiren tüzüğe ilişkin olarak verdiği kararda Temel Haklar Şartı'nı sadece Birlik hukukunun yorumunda esas almış ve Birlik Temel Hakları'nı ulusal icra tasarrufları bakımından esas almayı reddetmiştir.²² Yukarıda zikredilen kararlar gibi ikna edici niteliği olmayan bu kararın özelliği farklı bir bakışa sahip olmasıdır.

Arada geçen zaman zarfında Divan tutumunu değiştirmiş ve Avrupa tutuklama emri bağlamında direktiflerin uygulanmasında temel haklara saygı bakımından ilgili devletin hukuk düzeninin yahut münferit kararının güvenilir olması kriterini kabul etmiştir. Tutuklama emrini tanıma yükümlülüğünün uygulanma alanında sadece münferit durumlarda değil, genel olarak ve sistematik şekilde insan hakları ihlâl edildiği takdirde, diğer üye devletlerin Avrupa tutuklama emrinin tanınması talebini karşılamaktan, ikincil hukukta istisna açık olarak öngörülmesi dahi kaçınması mümkündür.²³ Temel hakların icrasında diğer üye devletler bakımından da yükümlülüklerin tesis edilebileceği gerçeğinden hareketle böyle bir durumda temel haklar bağlamında asgari harmonizasyon (uyum) öngören açık bir mükellefiyetin bulunduğu kabul edilmektedir.

AB Adalet Divanı'nın Birliğin Birlik temel haklarına bağlılığı konusundaki içtihatı her noktada ikna edici gözükmemektedir. AB'nin Temel Haklar Şartı'nı ihlâl ederek ulusal temel haklara müdahale yapması yahut üye devletlere karşı Birlik temel haklarını iddia etmesi mümkün değildir. Birlik hukukunun üye devletler tarafından icrası bağlamında Birlik hukuk tasarruflarının ulusal temel haklara müdahalesi Birlik tasarruflarında bu müdahale bağlayıcı olarak öngörüldüğü takdirde mümkündür. Bunun dışında Birlik Temel Haklar Şartı üye devletlerin temel haklarına müdahale için bir ölçü koymaktadır. Bu durum sadece temel hakları koruma boyutu bakımından geçerlidir. AB Temel haklarının tamamlayıcı düzenlemeler öngördüğünden hareket edildiği nispette üye devletlerin AB temel hakları bakımından meşru veya öngörülen

²¹ EuGH, Rs. C-540/03 (EP/Rat), ECLI:EU:C:2006:429, Slg.2006, I-5769 Rn.62 vd.

²² EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), ECLI:EU:C:2010:582, Slg.2010, I-8965 Rn.52; Thym, Daniel. Anmerkung zu einer Einladung des EuGH, Urteil vom 05.10.2010 (C-400/10; FF 2011, 26) – Zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, JZ 2011, s.148,151

²³ Classen, Claus Dieter. Gegenseitige Anmerkung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, bkz.: FS Jürgen Schwarze, 2014, s.556,565 vd.

tasarruf mükellefiyetleri söz konusu olmaktadır. Bu tür düzenlemelerin Birlik hukukunun kendisi tarafından öngörülmesi gerekmektedir. Bu mükellefiyet diğer devletler için de öngörülebilir. Bu düzenlemelerle asgari bir temel hak standardı temin edilmektedir. Bunun dışında ulusal yahut Avrupa temel haklarının icrası bağlamında asgari temel hak teminatı yeterli olmaktadır. Bu bağlamda Birlik seviyesinde açık düzenlemelere gerek bulunmamaktadır. Bu tür düzenlemelerin eksikliği per se temel hak ihlâline neden olmamaktadır.

III – Ulusal seviyede doğan sorunlar

Ulusal ve Avrupa temel hak koruma standardının benzer olması gerekliliği zorluklara yol açmaktadır. Bu çerçevede AB entegrasyonunun anayasa hukuku sınırları gündeme gelmektedir. Ulusal temel hak korumasının Birlik hukukunun uygulanma alanında oynadığı rol bu kez anayasa hukukunun entegrasyon sınırlamaları olarak gündeme gelmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal egemenlik tasarruflarının değerlendirilmesinde ulusal temel hak korumasını esas almaktadır. Literatürde temsil edilen görüşe göre Birlik hukuku bağlayıcı düzenlemeler içerdiği takdirde Birlik hukukunu icra eden yahut ulusal hukukta düzenleyen ulusal hukuki tasarrufların Alman Anayasası (GG) esas alınarak değerlendirilmesi mümkün değildir.²⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal ve AB temel haklarının ayrılığı modelini benimsemektedir. Bu şekilde Ulusal ve Avrupa temel haklarının paralel uygulanması modeli imkânsızlaşmaktadır.²⁵

Avrupa temel hak koruması prensip olarak gerektiği takdirde AB Adalet Divanı devreye sokularak temin edilecektir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi GG 100.madde muvacehesinde AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267.madde, 3.fıkrasında öngörülen önkarar başvuru mükellefiyetine riayeti denetleyecektir.²⁶ Birlik hukukunun bağlayıcı olup olmadığı ve Birlik hukukunun ne ölçüde bağlayıcı olduğu, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin ne ölçüde denetim yetkisi kullanabileceği önkarar başvurusu bağlamında açıklığa kavuşturulmaktadır.²⁷ Federal Alman Anayasa hukukundan önkarar başvuru mükellefiyeti istihraç edilmektedir. Kanunlara karşı uygulanan anayasa şikâyeti prosedürü Anayasa Mahkemesinin kendisinin AB Adalet Divanına başvuru yapmasını gerektirmektedir.²⁸

Birlik hukukunun ulusal icra organına Birlik hukukunun icrasında hareket alanı bıraktığı durumlarda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Alman

²⁴ Britz, Gabriele. Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, s.275,276 vd.

²⁵ Thym, Daniel. Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14, s.889,892

²⁶ BVerfGE 75, 223,233 vd. – Kloppenburg-Beschluss; BVerfGE 82, 159,195 vd.

²⁷ BVerfGE 129,186,203 vd.-Norm kontrolü yöntemi

²⁸ krş.t.: BVerfGE 125,260,308-Vorratsdatenspeicherung

mercilerinin Birlik hukuku ile tam olarak bağlılığını kabul etmekte ve bu mercileri olağan şekilde denetlemektedir.²⁹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi başta zikredilen Birlik temel hak teminatlarının uygulanma alanına ilişkin AB Adalet Divanı içtihatına eleştirisel bakmaktadır.³⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kimi yargıçları hattâ Temel Haklar Şartı'nın bu çerçevede önem taşıyan 51.maddesinin AB Divanı'nın Temel Haklar Şartı'nın yürürlüğe girmesinden önce temel hakların korunmasına ilişkin verdiği kararlara nazaran daha dar yorumlanması gerektiği görüşünü temsil etmektedir.³¹ Her iki temel hak kategorisinin (AB ve ulusal) uygulanma alanlarının olabildiğince birbirinden ayrı mütalâa edilmesine ilişkin yaklaşım tereddüte yol açmaktadır. AB Adalet Divanı ulusal ve Avrupa temel haklarının prensip olarak yanyana uygulanmasından hareket etmektedir.³² AB Temel Haklar Şartı temel haklar konusunda Temel Haklar Şartı'nın 53.maddesinden istihraç edildiği üzere GG'in 142.md. gibi münhasıran geçerli olma iddiası yapmamaktadır.

Ulusal ve AB hukuku ilişkisine ilişkin bu durum tüzüklerle ilgili yaklaşımdan farklılık göstermektedir. Tüzükler paralel ulusal düzenlemeyi yasaklamaktadır.³³ Birlik hukuku ve ulusal hukuk arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda ulusal hukukun ve ulusal anayasa hukukunun geri çekilmesi gerekmektedir.³⁴ Ulusal temel hak korumasının geri çekilmesi Federal Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasının ortaya konulduğu üzere kısmen Birlik hukuku tarafından talep edilmekte, kısmen de Anayasa Mahkemesinin kendi kendini sınırlama sonucu ortaya çıkmaktadır. Ulusal ve Avrupa temel haklar standardının kümülatif (birbirini tamamlar şekilde) uygulanmasının ulusal hukukta bir dayanağının bulunmaması nedeniyle her iki hukuk düzeninin temel hakların ayrılığı konusunu titizlikle ele alması gerekmektedir.

a – Anayasa prosedürü çerçevesinde müdahale olanakları

aa) Ulusal temel hak korumasının rolü

Herşeyden önce ulusal temel hak korumasının Birlik hukukunun uygulanma alanında etki göstermesi konusunda tereddüt bulunmaktadır. Böyle bir etkinin kabul edilmesinin önkoşulu Anayasa Mahkemesinin prosedürel olarak

²⁹ Krş.: BVerfGE 112,273,292 vd. – Europäischer Haftbefehl; BVerfGE 125,260,347 vd. – yedek verilerin depolanması

³⁰ BVerfGE 133,277, Rn.91 – Antiterrordateigesetz

³¹ Kirchhof, Ferdinand. Kooperation zwischen nationalen und Europäischen Gerichten, EuR Heft 3, 2014, s.267,278 vd.

³² Weiß, Wolfgang. Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW Heft 8, 2013, s.287,290

³³ EuGH, Rs. 34/73 (Variola), ECLI:EU:C:1973:101, Slg. 193, 981, Rn.11

³⁴ EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1470, 1125, Rn.3

müdahale olanağının bulunmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile anayasa şikâyeti prosedürü çerçevesinde ulusal bir temel hak ihlâlinin tespiti olanağının yahut yine aynı şekilde somut norm kontrolü prosedürü üzerinden bir kanunun anayasaya aykırılığının ve temel hak ihlâli tespiti olanağının bulunması gerekmektedir. Bu durum Birlik hukukunun bir taraftan anayasal entegrasyon sınırlamaları, diğer taraftan Birlik Hukukunun münhasıran Birlik temel hakları esasında değerlendirilmesi nedeniyle mümkün değildir. Bunun sonucu olarak ulusal icrai tasarruflar bakımından da Birlik hukukundan doğan öncelikli yükümlülükler nedeniyle Birlik temel haklarına nazaran daha kapsamlı koruma sağlamayan ulusal temel hakların Birlik temel haklarına koruma sağlaması söz konusu değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal icrai tasarruflar için Birlik temel hak korumasını denetim ölçütü olarak kabul etmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu çerçevedeki görevi uzman mahkemelerin önkarar başvurularını sağlayarak AB Adalet Divanı'nın karar yetkisini temin etmektir.

Prosedürel olarak Birlik hukukunun hareket alanı bıraktığı alanlarda ulusal temel hak korumasının gündeme gelmesi şüphesiz problem yaratmamaktadır. Aynı durum ulusal ve Avrupa temel hak korumasının paralel geçerli olduğu durumlar bakımından söz konusudur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda Birlik tasarrufunun şeklen yahut içerik olarak AB Adalet Divanı'na yapılan önkarar başvurusu sonucu saptanan geçersizlik iddiası bağlamında şikâyetçinin bir kanuna karşı yaptığı anayasa şikâyeti başvurusunu kabul etmektedir. Geçersizlik iddiasının AB Adalet Divanı tarafından kabul edilmesi halinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi bakımından tam denetim yetkisi doğmaktadır.³⁵

Bir tasarrufa karşı yapılan anayasa şikâyeti yahut somut norm kontrolü bağlamında ulusal ve Avrupa temel haklarının ihlâlinin paralel olarak gündeme gelmesi mümkündür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Avrupa tutuklama emrine ilişkin kararında bu olasılığı zimnen kabul etmiştir.³⁶ Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi anayasa ihlâlini ve Avrupa tutuklama emrinin çerçeve koşullarının ihlâlini, dolayısıyla Birlik temel haklarının ihlâlini birarada saptamıştır.³⁷ Dava anayasal kimlikle bağlantılı anayasa ihlâli davası olarak görülmeyle beraber, davada Temel Haklar Şartı'nın ihlâli de değerlendirilmiştir.³⁸

Yedek verilerin depolanması uyumsuzluğunda Federal Alman Anayasa Mahkemesi belli sınırlar içinde yedek verilerin depolanmasının anayasal kimlik

³⁵ Uzman mahkemede derdest bir davada önkarar başvurusu yapıldığı takdirde Federal Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde kanunlara karşı anayasa şikâyeti yapılamamaktadır (BVerfGE 140, 317 Rn.84 vd.)

³⁶ BVerfGE 137,273 Rn.127 vd.

³⁷ BVerfGE 140,317 Rn.84 vd.

³⁸ Thym, Daniel. Vereinigt die Grundrechte! JZ 2015, s.60

muvaahesinde yasaklanamayacağını kabul etmiştir.³⁹ Bunun anlamı yedek verilerin depolanmasının anayasa hukukuna aykırı düşmemesidir. Anayasa Mahkemesinin doğrudan bir anayasa şikâyeti davası üzerinden yahut başka bir yolla, örneğin doğrudan uzman mahkeme kararına karşı anayasa şikâyeti davası yahut dolaylı olarak somut yahut soyut norm kontrolü üzerinden konuyla iştiğal etmesinin önemi bulunmamaktadır. Önemli olan bu çerçevede Birlik Hukukunun yorum veya geçerlilik sorunun cevaplandırılması, ilgili direktifin AB Adalet Divanı'nda önkarar başvuru konusu yapılmasıdır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin prosedürel müdahale olanağının söz konusu olduğu bir örnek inanç özgürlüğü bağlamında karşımıza çıkmaktadır. 2014 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal İş Mahkemesinin (BAG) bir kararını Kilisenin selfdeterminationsright"ına yeterince saygı göstermemesi gerekçesi ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde Mahkemenin Kilisenin şekli uygulamalarını denetleme bağlamında kendine tanınan yetkilerini aşığı vurgulanmıştır.⁴⁰ Uyuşmazlık konusu AB'nin eşitlilikle ilgili 2000/78 tarih ve sayılı direktifinin uygulanma alanında doğmuştur. BAG'ye göre direktifin 4.madde, 2.fıkrasında üye devletlerin dikkate almak zorunda olmadıkları Kilise çalışma hukukuna ilişkin bir özel düzenleme yer almaktadır. Bunun sonucu olarak BAG'ya göre AB Adalet Divanı'na önkarar başvuru mükellefiyeti bulunmamaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı daha farklı ortaya çıkmıştır. Anayasa mahkemesine göre boşanma ve yeniden evlenme ertesinde katolik hastanesindeki işinden çıkarılan doktorun kurumun etik değerleri ışığında samimi davranıp davranmadığının, bu konuda AB Adalet Divanı'nın şimdiye dek bir kararının olmaması nedeniyle önkarar başvurusu yapılmaksızın cevaplandırılması mümkün değildir. Birlik Hukukunun temel hakları koruma teminatı (Temel Haklar Şartı'nın 47.md.; direktifin 9.md.) muvaahesinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kendisine Kilise ile ilgili vermiş olduğu kararın denetlenmesi talebi ile dava iade edilen BAG Anayasa mahkemesinin talebi doğrultusunda AB Adalet Divanı'na önkarar başvurusu yapmıştır. Şüphesiz Federal Alman Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda AB Adalet Divanı kararını anayasa hükmü olarak kabul etmek mükellefiyetinde değildir. AB Adalet Divanı'nın ulusal temel haklara müdahale teşkil eden mükellefiyetler öngörmesi, belli tutumlar talep etmesi halinde Anayasa Mahkemesinin müdahalenin gerekliliğini kabul etmeyen bir saptama ile yetinmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin ancak Birlik Hukuku tarafından belirlenen ulusal tasarruf söz konusu olduğu takdirde şimdiye dek kullandığı denetim yetkisini sona erdirmemekle beraber ulusal tasarrufun Birlik Hukuku tarafından belirlendiğini dikkate alması gerekmektedir.

³⁹ BVerfGE 125, 200, 260, 324 – yedek verilerin depolanması

⁴⁰ BVerfGE 137, 273 Rn.163 vd.

ab) Birlik Hukukuna istinat edilmesi

Birlik Hukukunun Federal Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde gerçekleşen bir prosedür çerçevesinde oynadığı rolün açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hangi soruların AB Adalet Divanı'na tevcih edilebileceği, Birlik Hukukunun karara esas olup olamayacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267.maddesi Birlik Hukuku sorununun karara esas olmasından hareket edilmektedir. Söz konusu tablo Birlik Hukukunun ulusal karara getirdiği sınırları ortaya koymaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi Adalet Divanı'na ulusal temel hak koruması muvacehesinde karar vermesini mümkün kılan her soruyu yöneltebilecektir. Bu çerçevede iki olasılığın söz konusu olduğu görülmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Divana yönelttiği sorular ile Birlik Hukukunun mümkün olduğu kadar dar yorumlanarak kararında hareket serbestisi kazanma eğilimi göstermesi mümkün olabildiği gibi, nihai kararı belirleyen yorumlara yol açan sorular yönelmesi de mümkündür. Örneğin, kimi reklam düzenlemeleri düşünce özgürlüğü bağlamında sorun teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin yetki nedenleri ile dar yorumlanması mümkün olduğu gibi, Birlik Hukukundaki düşünce özgürlüğü muvacehesinde ulusal temel hak koruması bakımından istenilen sonuç elde edilecek şekilde yorumlanması mümkündür. AB Adalet Divanı'nın Birlik Hukukunu dar yorumlama yahut Birlik Hukukunu temel hakları onun tarafından istenilen kararı vermesini sağlayacak şekilde yorumlama olasılığı Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti başvurularını kabul etmesinde ölçü olmaktadır. Bu durum önkarar sorularının karar bakımından taşıdığı önemi ortaya koymaktadır.

ac) – Avrupa temel hak koruması çerçevesinde hareket alanı

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Birlik Hukukunun uygulanma alanında temel hak sorunlarına prosedürel müdahalesinin açıklığa kavuşturulması paralelinde bu müdahalenin içerik olarak olası sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Birlik Hukukunun uygulanması çerçevesinde ulusal temel hak korumasının etki olasılığı Birlik temel hak korumasının maddi hukuk ve usul hukuku özelliklerine bağlıdır. Muayyen bir alanda geçerli olacak temel hak düzenini siyasi yahut hukuki karar verici sorumlu merci belirler (ilk planda yasama organı, ikinci planda uzman mahkemeler). Ulusal seviyede hareket alanının belirlenmesinde meşruiyet kriteri önemli role sahiptir. Doğrudan demokratik meşruiyeti olan Parlamento'ya mahkemenin sınırlama getirmesi ancak özel koşullarla mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi de basit hukuki sorunlarda nihai karar organı olarak kabul edilmemiştir. Buna ilave olarak temel haklar sadece kanunların geçerliliği bakımından ölçü oluşturmamaktadır. Temel hakların yorumunda ve uygulamasında temel haklara saygı mükellefiyeti çok daha önemlidir.

Avrupa seviyesinde bu görüşler nisbi olarak değişik şekillerde temsil edilmektedir. Bu çerçevede ancak çok katmanlı sistemin özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum Temel Haklar Şartı'nın sağladığı koruma için önemli bir fonksiyona sahip olan AİHK için de geçerlidir. Avrupa Temel Hak korumasının gelişiminde farklı ulusal özellikler dikkate alınmıştır.⁴¹ Birlik Hukukunda bu tür bir hareket alanının temini mükellefiyeti AB anlaşmasının 4.madde, 2.fıkrasında ulusal kimliğe saygı mükellefiyeti olarak düzenlenmiştir. Bu mükellefiyet uygulanma alanı itibarıyla AB Adalet Divanı tarafından Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasanın (GG) 79.madde, 3.fıkrasına ilişkin yorumuna nazaran daha kapsamlı yorumlanmıştır. Bu şekilde AB Hukuku tarafından bırakılan hareket alanı Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulabilecektir.⁴² Buna doğal olarak usul hukuku özellikleri ilave olmaktadır.

Ulusal tasarrufların Birlik temel haklarına uygunluğu Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi çerçevesinde kural olarak önkarar prosedürü üzerinden AB Adalet Divanı tarafından karara bağlanmaktadır. Divan bu çerçevede sadece Birlik Hukukunun yorumu konusunda yetki kullanmaktadır. Bunun somut durum için doğuracağı sonuç, diğer bir ifade ile uyumsuzluk konusu ulusal tasarrufun Birlik Hukukuna uygunluğu ulusal mahkeme tarafından (koşullara göre anayasa mahkemesi tarafından) karara bağlanmaktadır.⁴³ AB Adalet Divanı uygulaması ulusal mahkemelere bırakılan hareket alanının çok kapsamlı olmadığını göstermektedir. Bu durum iki temel hak kataloğunun birbiriyle uyumlu kılınması gereken çok kutuplu hukuki ilişkilerde görülmektedir.⁴⁴

b – Federal Alman Anayasa Mahkemesi bakımından doğan sonuçlar

ba) Birlik Hukuku ve Anayasa Hukuku ilişkisinin açıklığa kavuşturulması

Federal Alman Anayasa mahkemesi uygulamasında mahkemenin 1974 tarihli Solange I kararından itibaren Birlik Hukukunun denetimi bakımından bir çekimserlik söz konusudur. Bunun dogmatik dayanaklarını mahkeme açık bir şekilde ortaya koymamış, belli hususları Birliğe saygı bağlamında denetlemediğini ifade etmiştir. Yukarıda işaret edildiği gibi Anayasa Mahkemesi Birlik Hukukuna saygıya istinaden Birlik Hukuku yasaklamadığı halde Birlik

⁴¹ Thym, Daniel. Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14, s.895) –AİHK bağlamında “margin of appreciation” kavramı kullanılmaktadır”- (Grabenwarter, Christoph/ Pabel, Katharina. Europäische Menschenrechtskonvention, 6.Aufl., §18, Rn.20 vd.)

⁴² Frenzel, Eike Michael. Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, Der Staat, Vol.53 (2014), s.1 vd.

⁴³ Boecker, Matthias. Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015 Heft 4, s.401

⁴⁴ örnek olarak bknz.: EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9608, Rn.38 vd.; EuGH, Rs. C-438/05 (ITF), ECLI:EU:C:2007:772, Slg. 2007, I-10779, Rn.84 vd.

Hukukunu denetleme yetkisi kullanmamıştır. Birlik Hukuku ve ulusal temel hak koruması arasındaki uyumsuzluk durumlarında anayasal kimliğin korunması dışında Birlik hukuku geçerli olmaktadır. Anayasa Mahkemesi nihai karar yetkisini şeklen kaybetmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi fiilen temel haklara ilişkin içtihatında Birlik Hukukunun önceliğini GG bakımından da tanımıştır.⁴⁵

bb) Uzman mahkemelerin aleyhine olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesinin güçlenmesi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi yukarıda işaret edildiği üzere Birlik temel haklarının korunmasında ağırlık kazanmıştır. Şimdiye dek Anayasa Mahkemesi hernekadar Birlik Hukukunun uygulanma alanında AB Adalet Divanı'na önkara başvurusu yapılmaksızın, diğer bir ifade ile temel hak denetimi yapılmaksızın alınan nihai mahkeme kararları bağlamında GG 101. madde muvacehesinde anayasa şikâyeti başvurularını kabul etmiş ise de, maddi hukuk konusunda bir açıklama yapmamıştır. Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunmasında uzman bir mahkeme olarak Divanla temel haklar konusunda diyaloga geçmesi büyük bir öneme sahiptir.

AB Adalet Divanı'nın kararına göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi kendi önkara başvurusunun sonuçlarını kabul etmek zorundadır. Önkara kimi zaman hareket alanı bırakabilmektedir. Bu bazen açık olarak öngörülmektedir, bazen yoruma açık kavramlar kullanılarak yapılmaktadır. Söz konusu hareket alanlarından nasıl yararlanılacağı konusunda karar yetkisi sadece uzman mahkemelere ait değildir. Önkara başvurusunun Federal Alman Anayasa Mahkemesinden gelmesi halinde yahut kararın nihai olarak uzman mahkemeler seviyesinde alınması gerekmediği takdirde AB Divanı kararının gereği anayasa hukuku düzenlemeleri ışığında Anayasa mahkemesi kararı ile yerine getirilecektir.

Alman temel haklarının Birlik temel hakları bakımından garantör olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu çerçevede önemli olan temel hak standardının maddi hukuk olarak harmonize edilmesi değil, Anayasa Mahkemesinin hareket alanının teminat altına alınmasıdır. Bu çerçevede doğan sorunların inanç özgürlüğü bağlamında örneklenmesi mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı BAG'nın 2000/78 tarih ve sayılı direktifin 4.madde, 2.fıkrası ve 9.maddesinin yorumu bağlamında AB Adalet Divanı'na başvuru yapması konusunu gündeme getirmiştir. İnanç özgürlüğüne ilişkin alan Birlik Hukukunun özel olarak ulusal düzenlemeleri dikkate alma iradesine sahip olduğu bir alandır. Uyuşmazlık konusu direktifin 4.madde, 2.fıkrası inanç özgürlüğünün Birlik yasama organı bakımından doğan sonuçlarını

⁴⁵ BVerfGE 129,78,100

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 17.maddesinde öngörülen düzenlemeden istihraç etmektedir. Söz konusu hükme göre Birliğin Kiliselerin üye devletlerde yararlandıkları statülerine saygı gösterme ve bu statüyü ihlâl etmeme mükellefiyeti bulunmaktadır. Başörtüsü uyuşmazlıklarında Anayasa Mahkemesi önkarar başvurusu yaparak sorunları baştan önleme yolunu seçmemiştir.⁴⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Lizbon anlaşmasına ilişkin kararında inanç özgürlüğünü kültürel, tarih ve dil çeşitliliği gereksinimi duyulan alanlar arasında saymış ve üye devletlere siyasi düzenleme yapmalarını temin edecek şekilde entegrasyon dışında kalan, demokratik kimliğin korunduğu yeterli bir alanın bırakılması gerektiğinin altını çizmiştir.⁴⁷ Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu çerçevede önkarar başvurusu yaparak AB hukuku sorununu kendi sorumluluğu olarak AB Adalet Divanı'na arzetme olanağını kullanmamıştır.

SONUÇ

Her iki yüksek mahkemenin (AB Adalet Divanı ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi) temel hak sorunları bağlamında sorumluluklarını yerine getirmekte zorlandıkları görülmektedir. AB Adalet Divanı birçok kararında Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fkrasının yorumu bağlamında temel hakları Birlik görevlerini istihraç dayanağı olarak kullanmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de benimsediği temel hak kataloglarının ayrılığı tezi ile Birlik Hukuku çerçevesinde ulusal temel hak korumasının anlamını gereğinden fazla azaltmıştır. Oysa temel hak koruması alanında "çeşitlilik içinde birlik" ilkesinin her iki mahkeme ilişkisinde önemli bir katkı sağlaması mümkündür. Bu çerçevede öncelikle temel hakların materyal olarak benzerliği değil, tersine bir durum hedeflenmektedir. Birlik Hukukunun uygulanması alanında Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunması çerçevesinde aktif rol oynaması ulusal seviyede farklı ulusal geleneklerin temin edilmesinde bu rolün uzman mahkemeler tarafından oynanmasına nazaran çok daha fazla katkı sağlayacaktır.

⁴⁶ BVerfGE 108,282; BVerfGE 138,296

⁴⁷ BVerfGE 123,267,358,363

KISALTMALAR

ADDH	: Association de défense des droits de l'homme
AEUV	: Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Treaty on the Functioning of the European Union)
Aufl.	: Auflage (bası)
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DÖV	: Die öffentliche Verwaltung
ECLI	: European Case Law Identifier
EuGH	: Der Europäische Gerichtshof
EuGRZ	: Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	: Europa Recht
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FS	: Festschrift (Armağan)
GG	: Grundgesetz (Alman Anayasası)
HStR	: Handbuch des Staatsrechts
Hrsg.	: Editör
JZ	: Juristen Zeitung
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PPU	: Acil Ön Karar Prosedürü (Procédure préjudicielle d'urgence)
RFSR	: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Özgürlük Güvenlik ve Adalet Alanı)
RJD	: Reports of Justice and Decisions
Rn	: Randnummer
Slg.	: Sammlung
ZevKR	: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

KAYNAKÇA

Boecker, Matthias Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015 Heft 4

Britz, Gabriele Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015

Classen, Claus Dieter Laizismus und Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR, 2017, Heft 2

Classen, Claus Dieter bknz.: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7.Aufl. 2015, Art.114, AEUV, Rn.159)

Classen, Claus Dieter Gegenseitige Anmerkung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, bknz.: FS Jürgen Schwarze, 2014

Frenzel, Eike Michael Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, Der Staat, Vol.53 (2014)

Gärditz, Klaus Ferdinand Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung, HStR IX, 3.Aufl. 2011, §189, Rn.38 vd.)

Grabenwarter, Christoph / Europäische Menschenrechtskonvention, 6.Aufl., §18,

Pabel, Katharina Rn.20 vd.).

Kirchhof, Ferdinand Kooperation zwischen nationalen und Europäischen Gerichten, EuR Heft 3, 2014

Kühling, Jürgen Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgerichtshof, NVwZ 2014

Masing, Johannes Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, s.477 vd.; Andreas Voßkuhle, "Integration durch Recht" - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 2016

Thym, Daniel Anmerkung zu einer Einladung des EuGH, Urteil vom 05.10.2010 (C-400/10; FF 2011, 26) – Zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, JZ 2011

Thym, Daniel Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14

Thym, Daniel Vereinigt die Grundrechte! JZ 2015

Thym, Daniel Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14

Weiß, Wolfgang Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW Heft 8, 2013

Wolff, Heinrich Amadeus Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, DÖV Heft 14, 2014