

AB TEMEL HAKLARININ ÜYE DEVLETLER ARASINDA KORUNMASI

The Protection of EU Fundamental Rights Among the EU Member States

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA¹

Geliş Tarihi: 12.12.2016 Kabul Tarihi: 08.06.2017

ÖZET

Temel hakların korunması AB'nin kimliğinin dayanağını oluşturmaktadır. Bununla beraber üye devletlerin kendi ulusal kimliklerini koruması Birlik anlaşmasının anayasa hukuku nitelikli hükümleri ve ulusal anayasa düzenlemeleri arasında farklılıklara yol açmaktadır. Temel hakların korunması Birliğin kimliğinin dayanağını oluşturması nedeniyle temel haklar söz konusu farklılıkların giderilmesinde önemli bir işleve sahiptir. AİHM'nin Soering kararından ve G.S.S. davasından esinlenen AB Adalet Divanı "Horizontal Solange" olarak isimlendirilen yeni bir yaklaşımla AB üyesi devletlerin diğer üye devletlerin temel hak ihlallerinden sorumlu tutulmasını kabul etmiştir. Makale "Horizontal Solange" prensibine göre üye devletlerin birbirine karşı denetim yetkisi kullanma kriterelerine ve bu çerçevedeki gelişmelere ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Temel haklar hiyerarşisi, AB Temel Haklar Şartı, AİHK, periferik temel haklar, merkezi temel haklar.

ABSTRACT

The protection of fundamental rights constitutes the basis of the EU identity. At the same time that the member states protect their national identities leads to differences between constitutional provisions of the Union Treaty and national constitutions. The fundamental rights have an important role in addressing these differences because the protection of fundamental rights is the basis of EU's identity. The European Court of Justice that was inspired by the ECHR's Soering decision and G.S.S. Case ruled that the member states have obligation to watch over each other's observance of EU fundamental rights. This article sheds light on the criteria for member states' obligation to monitor compliance with EU fundamental rights law with the term "Horizontal Solange" and developments in this framework.

Keywords: Fundamental rights hierarchy, EU Charter of Fundamental Rights, ECHR, peripheral fundamental rights, central fundamental rights.

GİRİŞ

AB'nin başarısı ağırlıklı olarak sürekli olarak barışı, mütecanisliği, hak ve kadın erkek arasında eşitliği ve özgürlükleri temin etmesi ve üye devletler arasında ortak değerlerin korunmasına matuf olarak birlikteliği ve dayanışmayı sağlaması bağlamında vurgulanmaktadır². AB'nin günümüzde genişlemesi paralelinde ortak prensip ve değerlere istinat eden Topluluğa çok farklı devletlerin başarılı transformasyonu söz konusu olmaktadır. Bununla beraber üye devletlerin kendi ulusal kimliklerini korumakta ısrarlı oldukları

¹ Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-mail: mahmutarsava@hotmail.com

² AB anl. md.2, 6; AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki anl. md. 67, fık.2

görülmektedir³. Bu nedenle Birlik anlaşmasının anayasa hukuku nitelikli hükümlerinde hedeflenen esaslarla üye devletlerin istinat ettikleri esaslar arasındaki boşluk devam etmektedir. Bu boşluk esas olarak Birlik içinde halen mevcut olan sosyal, ideolojik, ekonomik ve siyasi farklılıklardan ileri gelmektedir. Temel hakların himayesi Birliğin kimliğinin dayanağını oluşturması nedeniyle temel haklar söz konusu boşluğun doldurulmasında ve Birlik ve üye devletler arasında rakip yetki iddialarının ortadan kaldırılmasında en önemli role sahiptir⁴.

AB Divanı tarafından yetki alanları arasında özü ve kurumsal boyutu itibariyle mevcut rekabeti ortadan kaldırmaya matuf olarak bu çerçevede yapılan tercih çok sert eleştirilere muhatap olmuştur. AB Divanına Birlik yanlısı bir yaklaşım sergilediği ve Birlik yetkilerini üye devletler aleyhine genişlettiği ve kendisine AB bünyesinde hiyerarşik üst karar organı rolü verdiği eleştirileri yapılmaktadır. Yeni içtihatların gösterdiği gibi⁵ AB Divanı Birliğin anayasa mahkemesi olma yolunda bir tutum alarak temel hak teminatı sunmaya başlamıştır. AB Divanının bu rolü oynamasının daha geniş yetkileri gerektirmesinden hareketle öneriler yapılmaktadır. Bu çerçevede AB Divanının Solange kararının tersine bir doktrin yaratmasının üye devletlerin Avrupa temel hakları muvacehesinde denetime tâbi tutulması kaydıyla mümkün olabileceğine, bunun ise Divanın yeni yetkiler elde etmesine bağlı olduğuna işaret edilmektedir⁶.

AB Divanının gerçekten Solange doktrininden dönüş yapıp yapmayacağını zaman gösterecektir. Divan bu çerçevede şimdiye kadar Avrupa anayasa mahkemesi olma yolunda, Nis davasında verilen kararın ortaya koyduğu gibi⁷ henüz açık bir adım atmamıştır. Divan, mülteci adayının insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye maruz kalma riski bulunması halinde Dublin II tüzüğü muvacehesinde mülteci prosedüründe ve kabul koşullarında sistematik aksaklıklar bulursa dahi mülteci başvurusunu bir üye devletin diğer bir üye devlete göndermesini uygun bulmamıştır⁸. Söz konusu tüzük 3.devletlerden gelen mülteci başvurularında öngörülen kriter ve prosedür uygulamaları bakımından hangi üye devletin yetkili olduğunu düzenlemektedir. Tüzük, giriş yapılan ilk üye devletin bu çerçevede yetkili olduğunu kabul etse de, Divan İngiltere'nin mülteci başvurusunun değerlendirilmesi için başvurunun

³ AB anl. md.4, fık.2

⁴ Steve Peer/Angela Ward (Hrsg.),The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy, 2004

⁵ Kadı kararı için bkzn.: EuGH Rs. P und C-402/05 P Slg.2008, I-6351 – Kadı v. Council and Commission

⁶ bkzn.: Armin von Bogdandy/Matthias Kottmann/Carlino Antpöhler/ Johan.Dickchen/ Simon Hentrei/ Maya Smarkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012), s. 489

⁷ bkzn.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10, Slg.2011

⁸ Dublin II tüzüğü için bkzn.: (EC) Nr. 343/2003

Yunanistan'a gönderilmesi kararını AB Temel Haklar Şartı'nın insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi yasaklayan hükümlerinin ihlâl edileceğinden hareketle kabul etmemiştir. AB hukuku üye devletlerin Avrupa temel haklarına saygı gösterecekleri varsayımından hareketle üye devletler arasında işbirliği öngören bir hukuki yapı inşa etmiştir. Şayet üye devletlerden birinde Avrupa temel haklarının sistematik ihlâline ilişkin kanıtlar varsa, diğer üye devletler bu üye devletle işbirliği ilişkisini kesecektir ve bu çerçevedeki bağlayıcı hukuk kurallarını uygulama dışı bırakacaktır. Yatay Solange prensibi olarak nitelendirilen bu yaklaşım AB Divanına yetki taksimi konusunda anlaşmalarda öngörülen düzenlemelerin devre dışı bırakılmasına izin vermektedir.

İkinci aşama olarak Divan ulusal mahkemelerin diğer üye devletlerin Avrupa temel hak standardına riayetini denetleyip denetlemediklerini karara bağlayacaktır. Yatay Solange prensibi Divana Avrupa normlar piramidinin Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hakların sistematik olarak önemli şekilde ihlâl edilmesi halinde üye devletlerin AB düzenlemelerinden doğan mükellefiyetlerini yerine getirilmemesini kabul etmektedir. Horizontal Solange prensibi Divana AB temel haklarının hamisi statüsü vermektedir. AİHM'nin Soering kararından⁹ ve yeni bir dava olan M.S.S.¹⁰ davasından esinlenen AB Divanı horizontal Solange yaklaşımı ile bir üye devletin diğer bir üye devletin temel hak ihlâllerinden sorumlu tutulabilmesini olanak dahiline sokmuştur. Divan bu şekilde üye devletler arasında olması gereken güven ve inancın kapsamı konusunda düşünmeye vesile yaratmıştır. CILFIT kararı nedeni ile horizontal Solange prensibi önemli kurumsal sonuçlar doğurmaktadır. CILFIT kararı Divana ulusal mahkemeleri diğer üye devletlerin mahkemelerini denetleme yetkisiyle donatılmasına izin verirken, Divan bu yetkiler bağlamında nihai merci statüsünü korumaktadır. Karar aynı şekilde Divana farklı Avrupa temel haklar sisteminin birbirleriyle tam olarak entegre edilmiş yargı ağı üzerinden bir diyalog platformu ve Avrupa yasamasının şekilleneceği bir çerçeveye oluşturma olanağı vermektedir.

DİREKTİFLER: TAKDİR HAKKI ALANI DOKTRİNİ

Avrupa temel haklarının gerçek hamisi olma yolunda AB Divanının daima ortak pazarın tesisinden ve 4 özgürlüğün gerçekleştirilmesinden söz etmesine karşın, sadece sözde temel haklara himaye sağladığı ve genel retorik hukuk prensiplerine Birlik hukuk sisteminde yer verdiği eleştirisi yapılmaktadır¹¹. Divanın kendisini bu ithamlara karşı savunmasına rağmen temel haklara ilişkin

⁹ Soering v. United Kingdom, 161 EuR. Ct.H.R. (Ser.A), (1989)

¹⁰ bkz.: Violeta Moreno-Lax, Dismantling the Dublin System; M.S.S. v. Belgium and Greece, European Journal on Migration Law 14 (2012)

¹¹ Jason Coppel/Aidan O'Neill, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CMLRev.29 (1992), Issue 4, s.669-692

bu negatif algı devam etmektedir. Herşeyden önce Divan şimdiye kadar hiçbir sekonder hukuk düzenlemesini -özellikle direktif ve tüzüğü temel hakları ihlâl etmesi nedeni ile iptal etmemiştir¹². Bu nedenle temel hakları korumak yerine Divanın Avrupa tasarruflarına dokunmama ve Topluluk yetkilerini genişletme politikası uyguladığı eleştirisi dile getirilmektedir. Diğer taraftan üye devletlerin kendi yetki alanlarına giren konulara ilişkin Avrupa temel haklarının ihlâli durumlarının Divanın yargı denetimi dışında kaldığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Divan yeni yeni bu eleştirilerle ve ithamlarla meşgul olmaya başlamıştır. Divan tüzüklerin temel haklarla uyumlu yorumlanması gerektiği yolundaki kararını tekrar ederken, Temel Haklar Şartı'nın ihlâlüne rağmen tüzüğe uyulacağını karara bağlaması, üye devletlerin tüzükleri temel haklara uygun yorumlama mükellefiyetini sona erdirmediği varsayımına yol açmıştır¹³. Divan verdiği kararla AB tüzüklerinin etkisini ve onların otomatik olarak icrasını durdurmamak yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Divan horizontal Solange prensibi çerçevesinde bir enstrüman geliştirerek üye devletlerin Avrupa temel haklarına bağlılığına ilişkin içtihatının sınırlarını açıkça genişletmiştir. Bu durum ilk bakışta Divanın üye devletlerin sekonder hukuku temel haklarla çatışan şekilde yorumlamalarına izin vermeyen bilinen mevcut içtihatlarının teyidi olarak düşünülmektedir. Ancak daha yakın bir inceleme, Divanın istinat ettiği hemen hemen bütün emsal davalarda direktiflerle iştigal ettiğini, istisnasız olarak tüzüklerle iştigal etmediğini göstermektedir¹⁴.

Divanın üye devletlerin icrasını gerektiren – prensip olarak direktifler söz konusu olmakla beraber, üye devletlerin idari mercilerine takdir hakkını kullanma olanağı bırakan tüzükler bakımından – sekonder hukukla bağlantılı temel hak teminatına ilişkin içtihatları entelektüel bir anlam taşımaktadır. Sekonder hukukun kendine özgü özelliği nedeniyle Divan doğrudan bir ulusal yargı denetimini önlemeyi başarmıştır. Yaratıcı ve iddialı bir yöntemle tasarrufun icrasının Avrupa temel haklar standardına uygun gerçekleştirilmesi konusunda üye devletlere yükümlülük getirildiği, aksi takdirde ulusal tasarrufun AB hukukunu ihlâl edeceği kabul edilmektedir. Tasarrufun icrasının Avrupa temel haklarına uygun olması kuralına istinaden üye devletler Avrupa temel haklarına uygun icra önlemleri almakla mükellef olmaktadır. Bu önlemler çoğu kez sekonder hukukun temel hak yanlısı yorumunu aşmaktadır. Divan üye devletlerin takdir alanını onların takdir olanağını daraltarak belirlemiştir. Bu

¹² krş.t.: EuGH Rs. C-236/09, Slg.2011, I-773, Rn.32-33-Test-Achats; EuGH Rs. C-92 ve 93/09, Slg. 2010, I-11063-Schecke

¹³ bkznz.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10 Slg. 2011; Maarten den Heijer, Case Note, CML Rev. 49 (2012), Issue 5, s.1735 vd.

¹⁴ bkznz.: EuGH Rs. C-101/01, Slg.2003, I-12971, Rn.87; Lindqvist und EuGH C-305/05, Slg.2007, I-5305, Rn.28

şekilde üye devletlere Avrupa Birliği sekonder hukukunun geçerliliğini riske atmama yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi halde Avrupa temel haklarının ihlâli nedeniyle icra tasarruflarının iptali gündeme gelebilmektedir. Bu şekilde Divanın hedeflediği Avrupa temel haklarının bekçisi olarak algılanmasının temini yanısıra, Birlik politikalarına ilişkin sekonder hukuk tasarruflarının iptali de önlenmektedir.

Bu yöntemin ancak doğrudan etki gösteren ve üye devletlerin icra önlemlerini gerektirmeyen tüzükler bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle de eleştiriler devam etmektedir. Divana temel hakları ciddiye alma iradesine sahip olmadığı, uygun bir fırsatta tüzükleri temel hakları ihlâl ettiği gerekçesi ile iptal etmesi gerekebileceği yolunda görüşler ileri sürülmektedir¹⁵. Kadı davası Divanın terörle mücadele alanında baktığı ilk davadır. Bu davada Divan temel hak ihlâli gerekçesi ile tüzüğü iptal etmiştir¹⁶. Mahkeme kararlarının çok çeşitli argümanlara istinat etmesine rağmen Kadı kararından sonra da Divana temel hakların gerçek bekçisi sıfatı verilmemiştir. Davanın kendine özgü durumu nedeniyle – BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu düzenleyen AB tüzüğünün iptali – bu çerçevede Divanın ana hareket noktasının kurumsal olup olmadığı konusunun, diğer bir ifade ile AB'nin muhtariyetinin dış güçlerin müdahalesine karşı korunması konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁷. Divan verdiği kararda bir dizi temel insan haklarının ağır olarak ihlâl edildiğini kabul etmekle beraber tüzüğün geçersizlik ilanının doğrudan etkisini ertelemiş ve Topluluk kurumsal yapısına temel hak ihlâllerini ortadan kaldırması için yeni bir şans tanımıştır; terör sanıklarının mal varlıklarının dondurulmasına ilişkin Avrupa önlemleri ise en azından geçici olarak yürürlükte kalmıştır.

Kadı davasını bir dizi başka dava takip etmiştir. Bu davalarda gerek ilk derece mahkemesi (şimdi AB Mahkemesi), gerekse AB Divanı terör sanıklarına ilişkin bir dizi tüzüğü temel hak ihlâli gerekçesi ile iptal etmiştir. Bu tüzükler spesifik olarak terörle mücadeleye ve “smart sanctions”a ilişkindir¹⁸. Bu tüzüklerin terör sanıklarına ilişkin bir dizi kararı biraraya getirdiğini göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu tüzüklerin belli kişiler için ihdas edilmiş olması onların iptaline esas olmuştur.

¹⁵ bknz.: Andrew William, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, 2004

¹⁶ bknz.: EuGH Rs. C-402/05 P Slg.2008, I-6351- Kadi v. Council and Commission

¹⁷ Joseph Halevi HorowitzWeiler, Editorial – Kadi: Europe’s Modelling?, EJIL 19 (2008), 895

¹⁸ Panagiotis Takis Tridimas/Gabriel Gari, Winners and Losers in Luxembourg: A statistical Analysis of judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance (2001- 2005), E.L.Rev. 35 (2010), s.134

TÜZÜKLERİN İPTALİ: BOŞLUĞUN ORTADAN KALDIRILMASI

N.S. davasında Divanın ilk kez daha önceden direktifler için uyguladığı horizontal Solange yöntemini tüzükler için uyguladığı görülmektedir. Divan üye devletler arasında bağlayıcı bir işbirliği modeli öngördüğü tüzükler için horizontal Solange yöntemini kabul ederken, önemli siyasi kararların otonom olarak alındığı durumlarda devletleri serbest bırakmıştır. Bunlar AB uygulamalarının üye devlet politikalarının yerine geçmeyip, üye devletlerle işbirliği yapılan karmaşık konulara ilişkindir. Bu nedenle örneğin, üye devletler arasında ortak Avrupa mülteci politikası çerçevesinde gerçekleştirilen işbirliği mülteci başvuruları çerçevesinde üye devletler tarafından uygulanan politikaya esas olan kriterlerin harmonize edilmesine yol açmamıştır. Ortak Avrupa mülteci sistemi sadece üye devletler arasında hangi üye devlet tarafından mülteci başvurusunun değerlendirileceği konusunda işbirliğini düzenlemektedir. Sistem bunun dışında mülteci başvurusunda değerlendirme ve mülteci kamplarında yaşama koşullarını kararlaştırma yetki ve sorumluluğunu ulusal hukuk muvacehesinde üye devletlere bırakmaktadır¹⁹. Bununla beraber ortak Avrupa mülteci sisteminin başarı kazanması adalet ve içişlerinin diğer alanları gibi – Avrupa tutuklama emri ve Avrupa uluslararası özel hukuk alanı - sadece üye devletlerin kendi yetki alanlarındaki yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmeleri halinde söz konusu olabilir.

Direktiflerden ve takdir alanı bırakan tüzüklere ilişkin argümanlardan farklı olarak N.S. davasında Divan bu tür tüzükler bakımından bir üye devletin yetki alanındaki tasarruflarıyla sistematik olarak Avrupa temel haklarını ihlâl etmesi halinde diğer üye devletlerin AB tüzüğü tarafından düzenlenen siyasi işbirliğini durdurmalarını ve mükellefiyetlerini yerine getirmemelerini karara bağlamıştır. Üye devletler primer hukuk teşkil eden Temel Haklar Şartı'nı dikkate almakla mükelleftir. Tüzüklerin otomatik icrasının duruma göre Avrupa temel haklarının ciddi ihlâlüne rıza gösterilmesi anlamını taşıması nedeniyle temel haklara riayet mükellefiyetinin ihlâli ile aynı sonuçlar doğurmaktadır²⁰. N.S. davasında Divanın tüzükte yer alan kimi özel hükümler nedeniyle tüzüğü geçersiz ilan etmemesi gerekmiştir. Tüzüğün üye devletlere takdir alanı bırakması nedeniyle istisnai bir durumun söz konusu olduğu kabul edilmiştir²¹. Bunun sonucu olarak üye devletler ve AB kurumları Dublin II tüzüğünü bağlayıcı kabul etmiştir. Kararda üye devletlerin takdir hakkını kullanmasında temel hak ihlâllerinin tetikleyici

¹⁹ Kay Heilbronner, Detention of Asylum Seekers, European Journal of Migration and Law 9 (2007), issue 2, s.160

²⁰ bkz.: Tequila J.Brooks, Can Frontex be held Liable for Human Rights Violations?, Potential Application of Recent European Case Law to the Activities of an Intergovernmental Agency, www.ssrn.com

²¹ Dublin II tüzüğü için bkz.: (EC) Nr.343/2003

rolü açık şekilde dile getirilmemiştir. Karar tüzük tarafından oluşturulan sistemi tümüyle ortadan kaldırmamıştır. Üye devletlere koşullara bağlı olarak yeni yükümlülükler getirilmiştir²². Divan bunun ötesinde rezolüsyonun üye devletler tarafından otomatik olarak uygulanma olasılığını reddederek, öngörülen sistemin esas alınarak, AB tüzüğü tarafından transforme edildiğini kabul etmiştir. Hernekadar Divan tüzük hükümlerini geçersiz ilân etmemişse de uygulama alanını bu şekilde açık bir şekilde daraltmıştır.

Tüzükler görüldüğü üzere kendiliğinden geçersiz olmamakla beraber gerek tüzüklerin, gerekse bu tüzüklerden doğan yükümlülüklerin içeriği veya etkisi ortadan kaldırılabilmektedir. Bu sonuçlar topluluk tüzüklerinin ulusal hukuk sistemlerinde otomatik olarak sahip oldukları doğrudan etki ve önceliğe ters düşmektedir. Bir üye devletin bu tür bir kararı de facto AB'nin siyasi amaçlarının ortadan kaldırılması anlamını taşıyabilir. N.S. davasında mültecilere muameleyi düzenleyen özel mekanizma ile AB'nin çıkarlarının by-pass edilmesi kabul edilmiştir.

Tüzükler sistematik temel hak ihlalleri durumunda işbirliği yapılmamasını temin edecek şekilde yorumlanabilecek istisnalar içerebilir. Bu istisnalar açık bir şekilde diğer üye devletlerin temel hak ihlallerine ilişkin olabilir. Bu tür bir spesifik istisna Avrupa tutuklama emri çerçeve kararında bulunmaktadır²³. Söz konusu çerçeve kararın 1.madde, 3.fıkrası kişilerin temel haklarının ihlâl edilmesi olasılığı durumunda karar verecek üye devlet adli mercileri için kişiyi iade etme mükellefiyeti öngörmemektedir. Bu istisnalara alternatif olarak tüzüklerde zımnen genel istisna düzenlemeleri yer alabilir. Temel hakların tüzüğün dibacesinde yer aldığı durumlarda Divan dibaceyi ciddi temel hak ihlallerinde istisna düzenlemesi olarak arka kapı işlevi ile kullanmaktadır. Divanın horizontal Solange-prensibinin uygulanmasını takdir alanı bırakan normun tüzüğün bir parçası olarak mevcut olmasına bağlı kılması kararın problemleri olarak değerlendirilmektedir.

Divan kararında bir üye devletin temel haklara riayet etmemesi durumunda, diğer devletler bakımından tüzüklerin temel haklara uygun yorum ve uygulama mükellefiyetinin gerçekçi olmayan bir beklenti olduğu sonucuna varmıştır. Divan bir tüzüğün temel haklara riayet konusunda tartışmasız bir kural getirmesi halinde Avrupa temel haklarına tüm taraflarca yeterli saygı gösterilmemesi durumunda çekince olarak tüzüğü uygulama mükellefiyetinden kaçınma hakkının kullanabileceğini kabul etmektedir. Bu

²² Krş.t.: Paul Gragl, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgement and its implications for the European Union's Legal Order, European Union's Legal Order, European Yearbook of Human Rights 2012, s.123

²³ 18.7.2002 tarihli çerçeve kararı için bkz.: Official Journal of the European Communities L 190/1

çekince bu tür istisnalara izin vermeyen tüzükler yahut contra legem yorumun kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir. Bu mükellefiyeti ihlâl eden, otomatik olarak tüzük hükümlerini icra eden ve bunun sonucu olarak bireylerin diğer üye devletler tarafından ağır ve sistematik temel hak ihlâllerine uğramalarına neden olan devletler AB hukukunun ihlâli nedeniyle yargılanırlar. Bu şekilde temel haklara mutlak uygunluk beklentisi AB sekonder hukukunun lâfzı sınırlamalarından bağımsız olarak AB hukukunun entegre bir parçası haline geldiği kabul edilmektedir. Bu nedenle temel hakların ihlâli durumunda diğer devletlerin işbirliğinden kaçınmasını üye devletlerin takdirine bırakan tüzüklerin, temel hakların sistematik ihlâlinde işbirliğini zorunlu olarak yasaklayan yaklaşımla okunması gerekmektedir. Temel haklarla bağlantısı olmayan tüzükler bakımından da AB usul hukukuna ve AB temel haklarına özünde uygunluk beklentisi bulunmaktadır. Çok nadir durumlarda üye devletlerin kamu düzeni çıkarlarının Avrupa işbirliğine ve Avrupa politikalarına nazaran daha fazla gözetilmesi Avrupa temel haklarının açık ve sistematik olarak ihlâlüne yol açabilmektedir²⁴.

HORIZONTAL SOLANGE: HERBİR ÜYE DEVLETİN DİĞERİNİ DENETLEMESİ

N.S. davasında AB Divanı AİHM'nin Soering davasındaki argümanını takip etmiştir²⁵. AİHM Soering davasında bir anlaşma tarafının işkence ve insanlık dışı muamele tehlikesinin bulunduğuna ilişkin somut nedenlerin olmasına rağmen bilerek bir mülteciyi diğer devlete iade edemeyeceğini, aksi halde iadeyi yapan devletin İnsan Hakları Konvansiyonunda yer alan işkence yasağı ve insanlık dışı yahut aşağılayıcı ceza veya muamele yasağını ihlâl etmiş olacağını karara bağlamıştır²⁶. AİHM bunun sonucu olarak ilk kez olarak bir Konvansiyon tarafı devletin diğer bir Konvansiyon tarafı devletin temel insan haklarını ihlâl etmesi nedeniyle sorumluluğunu kabul etmiştir. Aynı şekilde AB divanı N.S. davasında Avrupa temel haklarının ciddi olarak ihlâli durumlarında AB tüzüğü bunu açıkça öngörse dahi üye devletlerin işbirliği yapmama mükellefiyetini kabul etmiştir.

AB Divanı söz konusu davada verdiği kararda üye devletlerin, diğer bir üye devletin temel hak ihlâlleri ile bir kişiyi riske sokmaları, üye devletlerin takdir hakkını kullanmaları gerekmezden sekonder hukuktan doğan mükellefiyetlerini tüzüğün herhangi bir sınırlama getirmediği yorumu ile yerine getirmesi durumlarını Avrupa hukukunun ihlâli olarak kabul etmiştir²⁷.

²⁴ bkz.: Bosphorus v. Ireland, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EMGR 2005-VI (Rn.156)

²⁵ Soering v. United Kingdom, 161 EuR: Ct.H.R. (Ser.A) 1989

²⁶ bkz.: Richard Bonnot Lillich, the Soering Case, AJIL 85 (1991), 128

²⁷ bkz.: EuGH Rs.C – 411/10 ve C-493/10 Slg.2011

Her ne kadar Divan kararında doğrudan sadece üye devletlerin takdir hakkı kullandıkları alanlarda diğer üye devletlerin yetki alanlarına giren hususları inceleme mükellefiyetinden söz etse de, kararda üye devletlerin bağımsız olarak yetkilerini kullandıkları alanlar için de Avrupa hukuku ile bir köprü oluşturulmuştur. Diğer üye devletlerin yükümlülüklerine doğrudan değinmeden Divan, Avrupa temel hak standardını üye devletlerin kendi bağımsız yetki alanlarında yer alan yükümlülükleri için de kabul etmektedir (örneğin farklı üye devletlerde mülteci kabul koşulları). Divanın önceki kararlarında sapan bu yenilik Divanın açık olarak Avrupa temel hak standardının üye devletlerin bağımsız yetki alanlarında da etki göstermesi iradesini ortaya koyduğu ve Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesini bu yolla dolaylı ve şık bir şekilde by-pass etmeye çalıştığı yorumlarına yol açmıştır.

AB hukukunun uygulanma alanında üye devletlerin tasarruflarının Avrupa standartlarına uygunluk denetiminin nasıl ve kimin tarafından yapılacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir²⁸. Avrupa Toplulukları politikalarının kimileri, örneğin ortak Avrupa mülteci sistemi üye devletlerin zamanında bağımsız yetki kullandıkları alanlar olması nedeniyle, bu özellik dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ortak mülteci sistemi gibi konular Avrupa hukukunun uygulama alanında bulunan, üye devletleri Avrupa Temel Haklar Şartı'na bağlama bağlamında Divanın dile getirdiği durumlardan herhangi birine uymamaktadır. Bu durumlar ne üye devletlerin çekincesiz olarak Topluluk hukukundan doğan mükellefiyetlerini icra ettikleri, ne de üye devletlerin AB hukukundan sapabilecekleri durumlardır. Bunun tersine bu durumlar AB hukukunun sadece üye devletler arasında işbirliğini düzenleme işlevi olan, buna karşılık siyasi kararların üye devletlerin muhtar yetkisinde bulunduğu bir kategori oluşturmaktadır. Bu kategoride asgari bir entegrasyon sağlandığı için asgari harmonizasyon ("minimale Harmonisierung") söz konusudur²⁹.

Bu kategoride Avrupa politikaları üye devletlerin otonom politikaları ve üye devletlerin yetki alanlarında kalan politikalarla yürütülmektedir. Bu durumlar Topluluk politikalarının icrası yahut onlardan sapma formülü ile açıklanmamasına karşın, Divan üye devletlerin yetki kullandıkları bu alanlarda da Avrupa temel hak standardını esas almaktadır. Temel hakkın ihlâl edildiği üye devletten ihlâlin sona erdirme talebi yapmak yerine davada Divan söz konusu 3.devleti – İngiltere'yi – doğrudan sürece dahil ederek AB tüzüğüne riayet edilmemesini istemiştir. Divan, AİHM'nin Soering davasını kendine esas almıştır. Ancak AİHM Soering davasında 3.devletin AİHK'nun tarafı olmaması nedeniyle 3.devletin tasarruflarının denetimi bakımından yetkili değilken –

²⁸ Julianne Kokott/Christopf Sobatta, The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon, EUI Working Paper AEL 6(2010)

²⁹ Hemme Battjes, European Asylum Law and International Law, 2006, 162

ABD ölüm cezası öngörmektedir -, Divan N.S. davasında 3.devletin tasarrufları bakımından yetkili olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. AİHM Soering davasında AİHK'nun extraterritorial olarak ABD'ye uygulanamayacağını açıklamak için önemli gayret sarf etmesine karşılık, Divan ülkesel bir sınırlama getirmemiş ve temel hak standardının tüm üye devletlerde neden geçerli olması gerektiği konusunda gerekçeli bir açıklama yapmamıştır. Divan bu olanağı kullanmamıştır. Aynı şekilde kendi yetki alanında tasarrufta bulunan üye devletten de Divana obiter dictum bir denetim talebi gelmemiştir. Normal şartlarda bu tür bir mahkûmiyet durumunda ya dolaylı olarak Yunan mahkemelerinin önkarar prosedürü ile ya da doğrudan Komisyon yahut bir üye devletin ihlâl davası ile konunun Divana gelmesi söz konusu olabilirdi.

Divan büyük bir ihtimalle halâ kendisinin müdahale edemediği bir alanın mevcudiyetini kabuletmektedir. Görünüş itibarıyla Divan önkarar prosedüründe tasarruf olanaklarını sınırlamıştır. Usule ilişkin engellerin ötesinde, Divan üye devletlerin kendi sorumluluklarındaki yetkilerin kullanılmasını Topluluk Hukukunun uygulanma alanı dışında tutma ve bu şekilde kendi yargı yetkisi dışında bırakma eğiliminde gözükmektedir³¹. Divan diğer bir ifade ile halâ Topluluk hukukunun uygulanma alanına giren konularla üye devletlerin yetki alanına giren konular arasında bir sınır çizilmesi yanlısıdır. Bogdandy et al. bu karardan hemen sonra üye devletlerin yetki alanında kalan konularda Avrupa temel haklarının ihlâli durumlarında karar verme yetkisi veren alternatif bir öneri getirmiştir³². N.S. davasında açıkça ortaya konulduğu gibi Divan üye devletlerde geçerli mültecilerin tutukluluk koşullarını denetleme ve Avrupa temel haklarına uygunluğu karara bağlama yanlısı değildir. Divan böyle bir kararın mümkün olup olmadığına ilişkin şimdiye dek bir açıklama yapmamıştır. Bununla birlikte Divan dolaylı olarak üye devletlerin kendi egemenlik yetkileri dahilinde tasarrufta bulunduğu durumlarda AB temel haklarına saygı göstermesi gerektiğini karara bağlamıştır. Divan dolaylı olarak ortak Avrupa kimliğinin asgari standart olarak tüm üye devletleri yükümlü kıldığını kabul etmektedir. Doğal olarak her devlet halâ AB anlaşmasının 4.madde, 2.fıkrası ile korunan kültürel farklılık ve özelliklerini taşımaktadır. Ulusal anayasaların Avrupa temel haklarından sapmaları AB hukukunda korunan merkezi temel hakların özü gözetildiği ve ortak Avrupa temel haklar standardından sapılmadığı takdirde olası kabul edilmektedir.

³⁰ Yunanistan'ın mültecilerle ilgili tutukluluk koşulları

³¹ Pieter van Cleynenbreugel, Judge-made Standards of National Procedure in Post-Lisbon Constitutional Framework, E.L.Rev.37(2012), 90

³² Armin von Bogdandy/Matthias Kottmann/Carlino Antpöhler/ Johan.Dickchen/ Simon Hentrei/Maya Smarkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012), s. 489

Divanın karar gerekçesinin bir parçası olmasa da, “üye devletler Birliğin görevlerini yerine getirmesinde Birliği destekler ve Birliğin amaçlarının gerçekleşmesini engelleyen önlemler almaktan kaçınırlar” hükmünü öngören AB anlaşmasının 4.madde, 3.fıkrasının AB amaçlarının gerçekleşmesi için üye devletlere sadakat içinde işbirliği mükellefiyeti getirdiğinin gözdari edilmemesi gerekmektedir. Birlik amacının, örneğin ortak Avrupa mülteci sisteminin gerçekleşmesi için etkin bir prosedürün temin edilmesi gerekmektedir. Ulusal seviyede Birlik amaçlarını engelleyici önlemler alınması AB anlaşmasının 4.madde, 3.fıkrasını ihlâl eder³³. Sistematik anayasa hukuku ihlallerinin bir üye devlette ortaya çıkması durumunda zorunlu olarak söz konusu durumun AB anlaşmasının 7.madde, 2.fıkrası muvacehesinde ağır ve sürekli insan hakları ihlâli olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. N.S. davasında Divan bu anlamda AB anlaşmasının 7.maddesinde öngörülen yüksek eşiğin aşılmasını değil, başka bir müdahale seçeneğini kabul etmiştir.

HORIZONTAL SOLANGE - KARŞILIKLI GÜVENİNİN (“MUTUAL CONFIDENCE”) “MUTUAL TRUST” İLE İKÂME EDİLMESİ

N.S. davasında Divan üç kez İngilizce metninde üye devletlerin birbirlerine karşı karşılıklı bir güven içinde olmaları gerektiğini vurgulamıştır. Bu prensibi Divan Birliğin ayırıcı özelliği olarak nitelendirmiştir³⁴. Divanın geçmişte gerekçelerinde üye devletler arasında karşılıklı güvene önemli bir dayanak olarak istinat ettiği görülmemektedir. Divan sadece istisnai olarak geçmişte bu prensibe istinat etmiştir³⁵. Divanın üye devletler arasındaki ilişkilerde daha sıkça istinat ettiği prensip “mutual trust”dır³⁶. AB gibi çok dilli bir yapıda Divanın gerekçelerindeki ifade değişikliklerine fazla önem verilmemektedir. Divan ne “mutual confidence”ı tanımlamıştır, ne de “mutual confidence”ı “mutual trust” ile hangi nedenle ikâme ettiğini açıklamıştır. Bu ifade değişikliğinin üye devletler arasındaki ilişkilerde bir transformasyona yol açıp açmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Divan bu çerçevede bir açıklama yapmadığına göre bunun sadece bir tercüme değişikliği olduğunu söylemek gerekmektedir (Almancada örneğin hem confidence, hem de trust güven anlamında kullanılmaktadır).

Uzun bir süredir Divan üye devletlerin birbirlerine karşı güvensizlik değil, güven duymaları yönünde tutum değiştirmelerini ve karşılıklı olarak birbirlerinin hukuk düzenlerini tanımalarını desteklemektedir. Divan üye devletlerin birbirlerine karşı güven duymasına yoğunlaşmakla beraber, gerekli

³³ krş.: EuGH Rs. C-329/11, Rn.43

³⁴ bknz.: EuGH C-116/02, Slg.2003, I-14693, Rn.72 - Gasser; EuGH Rs. C-420/07, lg.2009, I-3571, Rn.73 –Apostolides v. Orams

³⁵ bknz.: EuGH Rs.46/76, Slg.1977, 5 Rn.38

³⁶ bknz.: EuGH C-116/02, Slg.2003, I-14693, Rn.72 Gasser; EuGH Rs. C-420/07, Slg.2009, I-3571, Rn.73 – Apostolides v. Orams

operatif koşulları gözardı etmiştir. Üye devletlerin birbirlerine karşı sınırsız güven gerekliliği, Avrupa sistemine güvenin de dayanağını oluşturmaktadır. Divan Avrupa sistemine sızabilecek kısır döngüyü fark etmiş, diğer bir ifade ile güvensizliğin, güveni ön koşul olarak gerektiren sorunların üstesinden gelinmesini zorlaştıracaklarını anlamıştır. Bu tür olaylar AB tarafından gerçekleştirilecek politikaları negatif olarak etkilemek durumundadır. Divan bu nedenle üye devletler için diğer üye devletlerin hukuk düzenlerini denetlemeye matuf bir mekanizma oluşturmuştur. Bu mekanizma ile üye devletlerin diğer üye devletlerin Avrupa temel haklarına riayetleri konusunda varsayım istinat etmeleri engellenmiştir³⁷. Herbir üye devlet diğer üye devletlerdeki güncel durumları takip edip, onların hukuk sistemlerinin zayıf noktalarına ilişkin değerlendirme yapmakla mükelleftir. Sistem ihlallerinin söz konusu olduğu durumlarda üye devletler sekonder hukukta öngörülen politika gereklerini yerine getirmemekle mükelleftir.

Divan üye devletler arasındaki ilişkilerde bir tür horizontal Solange denetimi öngörmektedir. Burada vurgulanan horizontal nitelik üye devlet hukuk düzenleri arasında hiyerarşik bir ilişkinin değil, paralel, eşit bir ilişkinin söz konusu olmasından ileri gelmektedir. Horizontal uyumsuzluklarda uygulanan denetimin en önemli işlevi öncelik iddiasının karara bağlanması değil, dengenin korunmasıdır. Mekanizmada mündemiç Solange kavramının kullanılması, Divanın herbir üye devletin diğer üye devletlerle bu devletlerde insan hakları ihlâline yol açan büyük bir problem ortaya çıkmadığı nispette işbirliği yapılmasını öngörmesinden ileri gelmektedir. Primer AB Temel Haklarının bir üye devlette esaslı nedenlere istinaden sistematik ihlâlinin kabulünü gerektiren bir durumun bulunması halinde, temel hakları ihlâl eden devletle işbirliğine devam eden üye devletin Birlik hukuku ihlâli yaptığı kabul edilmektedir. Divan bu şekilde devletlerin kendi yetki alanlarında ve Birlik hukukunun uygulama alanı dışında ihdas ettikleri tasarruflarının Avrupa temel hak standardı muvacehesinde dezentral denetimini kabul etmektedir. Horizontal denetim mekanizması üye devletler arasında diyalog ilişkisinin koşullarını ve uyumsuzlukların çözümünde mekanizmayı harekete geçiren unsurları belirlemektedir. Bu tür bir denetimin üye devletler arasında şüphe, güvensizlik ve birbirini gözlemeyi beraberinde getireceği varsayımının tersine, Divan horizontal Solange yönteminin üye devletler arasındaki karşılıklı ilişkinin dinamik karakter kazanmasına yol açacağını, dürüst ve samimi karşılıklı güven tesisinin etkin temel hak teminatında siyasi karardan daha önemli, *conditio sine qua non* nitelikli olduğunu, ancak karşılıklı samimi güvenin primer temel hakların etkin himayesini sağlayabileceğini dile getirmektedir.

³⁷ bkzn.: EuGH Rs.C-411/10 ve C-493/10 Slg.2011, Rn.91,94,105

Bu yaklaşım geçmişe göre çarpıcı bir değişim teşkil etmektedir. Ortak pazarın tarihçesinde ortak standart oluşturulmasına matuf siyasi iradenin eksik olduğu durumlarda Divanın üye devletleri karşılıklı güven yaklaşımı ile bir uzlaşya davet ettiği görülmektedir³⁸. Divan otoritesini hissettirmek ve gerekli baskıyı uygulamak için verdiği önceki kararında diğer bir hukuk sisteminde saptanan önceliklerin karşılıklı tanınması mükellefiyetinden sapılmasına izin vermemiştir. Divan günümüzde önemli Avrupa temel haklarının sistematik ihlâline ilişkin esaslı kanıtlar bulunduğu takdirde kararlarında artık karşılıklı güven çağrısı yapmamakta, üye devletler arasında temkinli, hatta düşük seviyede işbirliğine izin vermektedir.

AVRUPA TEMEL HAKLARININ HİYERARŞİSİ

N.S. davasında bir üye devlette ortaya çıkan ciddi ve olaylarla kanıtlanan sistematik eksikliklerin dilekçe sahibinin gerçekten insanlık dışı yahut aşağılayıcı bir muameleye maruz kalacağına ilişkin bir varsayım yaratmasından söz edilmektedir³⁹. Bu çerçevede vurgulanması gereken önemli hususlar içinde Divanın yabancıların temel hak himayesinin kapsamını genişletmesi yer almaktadır. Horizontal Solange denetimi sadece Birlik yurttaşları için değil, üye devletlerde ikâmet eden yabancılar için de geçerli kabul edilmektedir⁴⁰. Geçmişte Divan AB yurttaşlığını Topluluk temel haklarıyla ilişkilendirerek, AB yurttaşlığına Avrupa temel haklar içeriği kazandıran içtihat oluşturmuştur⁴¹. Divan günümüzde Avrupa temel Haklar Şartı'nda yer alan himayeyi 3.devlet vatandaşlarını kapsayacak şekilde genişletmiştir ve yabancıların insan haklarını Avrupa politikaları çerçevesinde değerlendirme iradesini ortaya koymuştur.

Divanın bir taraftan Birlik hukukunun tam olarak icrası iradesini devam ettirirken, diğer taraftan da temel hakların hamisi rolü oynamak istemesi onu bir ikileme itmektedir. Divan tarafından bu çerçevede önerilen çözüm her temel hak ihlâlinin yahut minimal ihlâlin diğer üye devletleri AB hukukunda yer alan mükellefiyetlerini yerine getirmekten ibra etmesine yol açmamaktadır; aksine Birlik prosedüründe Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinde öngörüldüğü üzere sadece insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye yol açacak sistematik ihlâller AB hukuku mükellefiyetlerinden kurtulmaya yol açmaktadır⁴².

³⁸ Vassilis Hatzopoulos, The Court's Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?, CML Rev.50(2013), 459

³⁹ bkzn.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10, Slg.2011

⁴⁰ Dora Kostakopoulou, Conjunctions and disjunctions, bkzn.: Bruno de Witte/Hans Wolfgang Micklitz (Hrsg.), The European Court of Justice and Autonomy of the Member States, 2012, I-175 vd.

⁴¹ bkzn.: EuGH Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177

⁴² EuGH Rs. C-411/10 (N.S. v. Secretary of State for Home Department), M.E. v. Refugee Applications Commissioner (EuGH Rs.C-493/10, Slg.2011)

Divan atmış olduğu adımın getirdiği yeniliğin doğal olarak farkındadır. Divan ne Birlik hukukunun tüm yapısını tehlikeye sokmak istemektedir, ne de Birlik sekonder hukukunun bu yapının korunmasında oynadığı rolü ortadan kaldırmak istemektedir. Divan içtihatı gerek hukuk teorisinde gerekse ulusal içtihat hukukunda Avrupa temel haklarını Avrupa politikaları çerçevesinde geçerli kılma yaklaşımına destek vermektedir. Divanın kararı sadece istisnai durumlarda uygulanma bulacaktır. Birlik yapısının negatif etkilenme olasılığı nedeniyle minimal ihlaller AB tüzüğü'nün göz ardı edilmesini haklı kılmamaktadır. Aksi bir yaklaşım Divanın yasama yetkisi kullanarak ulusal mahkemelere yargıç hukuku ile tüzükleri değiştirerek üye devletlerin onaylamayacağı yeni yükümlülükler getirmesine yol açabilir.

İhlâl edilen hakkın öneminin değerlendirilmesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Avrupa Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel haklar arasında bir hiyerarşi oluşturulması Divanın anayasa mahkemesi işlevi bağlamında düşünülebilir. Divan kanun sözcüsü iltica başvurusu yapan kişinin temel haklarının ciddi olarak ihlâl riski olan bir üye devlete tesliminin Temel Haklar Şartı ile bağdaşmadığını dile getiren vurgulamadan kaçınarak, Temel Haklar Şartı'nın vazgeçilmez ve devredilmez hakları arasında yer alan işkence ve insanlık dışı, aşağılayıcı muameleyi yasaklayan hükmüne istinat etmiştir. Divan bununla beraber başka hangi hakların bu kategoride yer aldığını açık bırakmıştır. Bu kategoriye giren temel hakların ihlâli sekonder hukukta düzenlenen AB politikalarının ortadan kaldırılmasına yol açacaktır⁴³. İkincil öneme haiz olan temel hakların ihlâline ilişkin olarak Divan kararları tam belirlenmiş bir cevap sunmamaktadır. Açık olarak talep edilmesine karşın Divan Temel Haklar Şartı'nın 1.madde, 18.madde, 47.maddede yer alan bu hakları hiyerarşik olarak sıralamak istememiştir. Büyük bir ihtimalle Divan bu hakların tümünü eşit değerinde kabul etmiştir. Divan bu çerçevede açık bir tutum almamayı tercih etmiştir. Aynı şekilde Divanın bu üç hakkın kombinasyonuna, Şart'ın 4.maddesinin ihlâlinden daha fazla ağırlık vermiş olması da mümkündür.

Temel hak ihlâlinin bunun ötesinde sistematik olması gerekmektedir. Temel hakların sistematik ihlâlinden söz etmek için bu ihlâlden belli sayıda insanın etkilenmiş olması gerekmektedir. "Ulusal sistemde sistematik ihlâl" eşiğinin tam olarak tanımlanmadığı görülmektedir. Solange denetimi muvacehesinde bir üye devletin kimi durumlarda önemli temel hak ihlalleri saptansa dahi, temel haklar genel olarak korunduğu nispette bu ihlaller sistematik ihlâl olarak değil, münferit ihlâl olarak kabul edilmektedir. Divanın

⁴³ AİHK'nun 15.madde, 2.fıkrası aşağıdaki temel haklardan sapmayı yasaklamaktadır: yaşam hakkı – hukuka uygun savaş eylemi istisnası ile- işkence yasağı, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele, kölelik yasağı, ceza hukukuna ilişkin yasaların geriye yürümezliği (AİHK'nun 3.maddesinde yer alan istisna ile)

bu çerçevede ihlâl sayısını esas alan Solange denetimini mi, yoksa ihlâlin ağırlığının esas alındığı Bosphorus-modelini mi tercih ettiği açık değildir⁴⁴. Sistematik temel hak ihlâli kriteriyle bağlantılı olarak Bosphorus modeline göre insan hakları ihlâlinin işbirliği yapmamayı haklı kılabacak nispette ölçüsüz olması gerekmektedir, belli bir hakkın sürekli ihlâlini gerektiren niceliksel bir standart söz konusu değildir. İhlâlin yoğunluğu vurgusu gerek AİHM, gerekse AB Divanı tarafından kullanılmaktadır. AİHM örneğin açıkça hakkın yerine getirilmemesi durumlarında devletler arasında işbirliği yapılmamasını haklı gerekçe olarak kabul etmiştir⁴⁵. Ulusal mahkemeler insan haklarının açık yahut özellikle ağır ihlallerinin, anlaşma tarafı olsun yahut olmasın diğer devletlerle işbirliği yapmaktan kaçınmaya haklı bir neden oluşturduğunu kabul etmektedir. AB Divanının Gambazzi davasında bu yönde bir yaklaşım sergilediği görülmektedir⁴⁶.

Gerek AİHM, gerekse AB Divanı kimi insan haklarına daha fazla bir ağırlık vermekte ve kimi ihlâlleri daha ağır ihlâl olarak kabul etmektedir. Bu konudaki kategorilerin oluşturulması yetkisi anayasa hukuku boyutu itibariyle anayasa mahkemelerine ait olmalıdır. Aksi takdirde AB Divanının belli hakları korunma değeri olan haklar, diğerlerini ise daha az korunacak haklar olarak kategorize etmesi gibi bir noktaya gelmesi söz konusu olacaktır. Von Bogdandy et al. tarafından temeli atılan Solange denetiminden dönüş yaklaşımında Divan üye devletlerden kendi yetki alanlarına giren alanlarda temel hakların özüne sistematik olarak saygı gösterilmesini talep etmektedir. Bu yaklaşım ilk bakışta Divanın N.S. Davasında önerdiği iki aşamalı kümülatif denetimine benzemektedir. “Solange”den dönüş denetiminin ilk aşaması hakkın özüne ilişkindir. Bogdandy et al.’a göre söz konusu hakkın özüne ilişkin kriter tüm devredilmesi mümkün olmayan AİHK’ da yer alan insan hakları bakımından geçerlidir. İkincil önleme sahip hakların ise aşağıdaki üç kriterden birini aşması gerekmektedir:

- Hakkın ihlâl edilmesi yahut içeriğinin boşaltılması,
- Sadece asgari bir takdir alanının bırakılması,
- Hakkın periferisinin değil, özünün ihlâl edilmesi gerekmektedir.

Solange prensibinden dönüş testinin ikinci aşamasında hakkın sistematik ihlâlinin gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmektedir.

⁴⁴ bkz.: Bosphorus v. Ireland, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI

⁴⁵ AİHM’nin 6.12.2007 tarihli Maumousseau and Washington v. France, davası için bkz.: <cmiskp.echr.coe.int>

⁴⁶ bkz.: Felix Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35(1935), 809

N.S. davasında Divanın vermiş olduğu kararın yakından analizi Divanın önerilen metodolojiyi gerçekten takip edip etmediğini açık şekilde ortaya koymamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklar arasında bir hiyerarşi oluşturmak için birincil ve periferik insan hakları arasında ayırım yapılmasının başka yorum tekniği ile de gerçekleştirilmesi mümkündür. Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinde yer alan haklar dışındaki hakların üye devletler arasındaki işbirliğini durdurmayı haklı kılacak nispette yeterince önemli kabul edilip edilmediği açık değildir. Divan bunun ötesinde Solange'den dönüş yaklaşımı ile zımnen AB anlaşmasının 2.maddesi, AİHK ve Temel Haklar Şartı arasında çizilen ayırıcı çizgiyi reddetmektedir. Divan büyük ölçüde hem Temel Haklar Şartı'na, hem de Konvansiyon sistemine istinat etmektedir.

Horizontal Solange prensibinin Avrupa mülteciler hukuku ile aynı yapıya sahip yahut benzer başka alanlarda oynadığı rolün de araştırılması gerekmektedir. Bu çerçevede karşımıza çıkan alan AB uluslararası özel hukuktur. Mülteciler hukuku alanında olduğu gibi Uluslararası Özel Hukuku alanının da icrası büyük ölçüde ulusal otonom mercilere bırakılmıştır. Bu çerçevede bağımsız Avrupa politikalarının bir arada mevcudiyetine dikkat çekilmektedir. Her iki durumda da Avrupa politikaları üye devletlerin bağımsız politikalarının birbirleriyle bağlantı kurması rolü oynamaktadır (örneğin yabancı mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve icrası konusundaki Avrupa düzenlemesi üye devletler arasında mahkeme kararlarının serbest dolaşımını sağlarken, mahkemelerin uygulayacağı usul hukuku düzenlemesi üye devletlere bırakılmaktadır). Bunun ötesinde Uluslararası Özel Hukukun doğal bir özelliği de bir üye devletin diğer bir devletin hukuk sisteminin denetçisi işlevini görmesidir. Üye devletlerin hukuk düzenleri arasındaki karşılıklı güven yaklaşımının Divan tarafından uluslararası özel hukuk bağlamında da kullanılmasına bu nedenle şaşırılmaması gerekmektedir. AB Divanı kısa bir süre önce kaçırılan bir çocuğun iadesi için yapılan talebin Temel Haklar Şartı'na uygunluğunu denetleme bağlamında baktığı davada doğrudan horizontal Solange prensibi ile muhatap olmuştur⁴⁷. Temel Haklar Şartı muvacehesinde temel hakları ihlâl eden bir talebin icrasının mahkeme tarafından engellenmesi bir problem teşkil etmemektedir. Avrupa düzenlemesi⁴⁸ ancak açık şekilde farklı bir cevap vermektedir. Avrupa düzenlemesine göre kararı icra eden mahkemenin açık temel hak ihlâli olsa dahi kararı denetlemesi mümkün değildir. AİHM buna karşılık Konvansiyon haklarına uluslararası özel hukukun amaçlarının üstünde yer vermekten kaçınmamış ve benzer bir davada dava taraflarına Konvansiyona istinat eden mükellefiyetler getirmiş ve çocuğun veya kendisinden çocuk kaçırılan ebeveynin haklarını

⁴⁷ bkz.: EuGH Rs C-491/10 PPU Slg.2012, I-14247, Rn.60-66 - Zarraga v. Pelz

⁴⁸ 2201/2003 sayılı evlilik işleri ve ebeveyn sorumluluğuna ilişkin usul konularını düzenleyen Brüksel-II Konsey tüzüğü, bkz.: O.J. 2003, L 338/1

ihlâl eden kararların icra edilmemesini karara bağlamıştır⁴⁹. AB Divanı Avrupa yasasının mahkeme kararlarının hızlıca icrasına ilişkin amacını kendine esas almış ve ulusal kanunların ve mahkeme kararlarının Avrupa temel haklarına ve Şart'a uygunluğu konusunda tartışmasız bir varsayımdan hareket etmiştir. Divan üye devletlerin mahkemelerinin birbirlerini horizontal denetlemesini öngörmemiş, ilk derece mahkemelerinin kararlarının ulusal hukuk sisteminde intern denetimini yeterli kabul etmiştir. Potansiyel olarak ağır bir temel hak ihlâlinin yetki taksimini etkilemesi kabul edilmemiştir. AB Divanı olası bir horizontal Solange denetimini mutlak olarak reddetmiştir. Avrupa kamu düzeni mazeretinin AB üyesi devletler arasında işbirliği çerçevesinde kullanılması olasılığını ortadan kaldırmak için Avrupa uluslararası özel hukukunda reform yapılması gündemdedir⁵⁰. Avrupa uluslararası özel usul hukukunda uzun vadede sadece fair usule ilişkin temel hakların ihlâl edilmesi durumunda devletler arasında işbirliğinin askıya alınmasına cevaz verileceği varsayılmaktadır⁵¹.

Uluslararası özel hukuk genelde teknik, sıkı düzenlemelere bağlı ve bu nedenle siyasi olmayan talimatlara dayanan ve takdir hakkının kullanılmasına alan bırakmayan bir hukuk dalı olarak değerlendirilmektedir. Bununla beraber bu hukuk dalı çok güçlü şekilde temel haklar üzerinde etki gösterebilmektedir. Üye devletlerin ulusal mahkemeleri Birlik yasaması üzerinden işbirliğine davet edilmeleri durumunda Avrupa Temel Haklar Şartı'nın önemli haklarının diğer üye devletlerde sistematik ihlâli durumunda Horizontal Solange testi bağlamında ortaya çıkan sahip oldukları olanağı elde edecektir. Üye devlet mahkemeleri takdir haklarını kullanabilecek ve işbirliğini askıya alabilecektir; bu şekilde diğer bir üye devletin maddi hukukunu uygulamayı yahut bir üye devletin kararlarını tanımayı veya icra etmeyi reddedebilecektir. Avrupa uluslararası özel hukukuna ilişkin sekonder hukukta açık düzenleme eksikliği nedeniyle böyle bir denetim ulusal mahkemeler ve AB Divanı arasında günümüzde akrobatik bir mücadeleyi gerektirmektedir. Horizontal Solange denetiminin kabul edilmediği her çözüm AİHM ve AB Divanı arasında bir gerilime neden olacaktır. Bir üye devletin AB Divanını takip ederek bir başka üye devletin kararını, bu kararın Brüksel-II tüzüğü muvacehesinde açık olarak Avrupa temel haklarını ihlâl etmesine karşın otomatik olarak icra etmesi, AİHK'nun ihlâline yol açacaktır.

⁴⁹ bknz.: Neulinger v. Switzerland (Beschwerde Nr. 41615/07), 6.12.2007 (EGMR); X v. Latvia (Beschwerde Nr.27853/09), 13.12.2011, X v. Latvia (Beschwerde Nr.36376/04, 4.6.2012 (EGMR); Karrer v. Romania (Beschwerde Nr.16965/10), 21.2.2012 (EGMR)

⁵⁰ krş.t.: Konev tüzüğü Nr.4/2009; Nr.1215/2012

⁵¹ Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer, The Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Brüssel, Europäisches Parlament, 2011, www.europarl.europa.eu

HORİZONTAL SOLANGE PRENSİBİNİN KURUMSAL ETKİLERİ

AB Divanı ünlü Foto Frost davasında⁵² üye devletlerin ulusal mahkemelerinin sekonder hukuku geçersiz ilân etmelerini caiz kabul etmezken, N.S. davasında bir AB tüzüğünde öngörülen amacın ne zaman gözardı edebileceğini karara bağlamıştır. Bu hiçbir şekilde olağan bir durum değildir. Bu tür bir karar üye devletler bakımından tüzüğün mevcudiyeti devam etmekle beraber en azından belli bir zaman dilimi için, belli koşullar altında veya kimi üye devletlerde içeriğinin boşaltılması sonucunu doğuracaktır. AB Divanı önkarar prosedürü ile sahip olduğu kapsamlı denetim yetkisini sürdürmeye ve Avrupa kamu düzeninin nihai garantörü rolünü oynamaya devam edecektir. CILFIT kararı ile uyumlu olarak⁵³ horizontal Solange mekanizmasının uygulanmaya konulması ile Divanın üye devlet mahkemelerine yetkiler vermesi ve kendisi için yeni yetkiler iddia etmesi söz konusu olmuştur. Divan ulusal mahkemelere sekonder hukukun temel prensipler bakımından tereddüt yaratması halinde müdahale olanağı yaratmıştır. Aynı zamanda Divan Avrupa kriterlerine istinaden üye devletlerin otonom olarak kullandıkları egemenlik yetkilerini denetleme yetkisi kullanmaktadır. Divan şüphesiz tüzüklerin geçerliliğine ilişkin karar yetkisini münhasıran kendine saklı tutmaktadır; Foto Frost kararı paralelinde AB tüzüklerinin dikkate alınmamasına yol açan kararların tüzüklerin geçerliliğinin karara bağlanması gibi bir sonuç doğurması nedeniyle daima Divandan bir önkarar alınması gerekmektedir. Ancak ulusal mahkemelere başlangıç olarak denetim yetkisinin verilmesi, AB yargı sisteminin geliştirilmesinde ulusal mahkemelerin önemli bir rol üstlenmesini sağlamaktadır.

Ulusal mahkemelere primer temel hakların sistematik olarak ihlâl edilip edilmediği konusunda sınırları tam belli olmayan kapsamlı denetim yetkisi verilmesi, Divanın onları kapsamlı denetim yetkileriyle donatması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde Divan ulusal mahkemeleri Avrupa temel haklarının uygulanmasında görevli konuma sokmuştur. AB Divanının ulusal mahkemelere Avrupa temel haklarının bekçiliğini yapma mükellefiyeti getirmesi ulusal mahkemeleri AB hukuk sistemin bir parçası haline getirmiştir. Divan bunun ötesinde ulusal mahkemelerden AİHM'nin içtihatlarına ve UNHCR raporlarına istinat edilmesini beklemektedir⁵⁴. Bu durum AB Divanı, AİHM ve ulusal mahkemeler arasındaki ilişkinin yeniden şekillendiğini göstermektedir. AİHM'nin üye devletlerin insan hakları ihlallerine ilişkin tespitleri ulusal mahkemelerin yetkilerini kullanmaları çerçevesinde kanıt işlevi görmektedir. Ulusal mahkemelerin diğer taraftan olaylara ilişkin değerlendirmelerinde primer insan haklarının sistematik ihlâlüne istinat etmeleri mümkündür. Bu tablo

⁵² EuGH Rs 314/85, Slg. 1987,4199 – Foto Frost

⁵³ EuGH Rs 283/81, Slg.1982, 3415-Srl CILFIT

⁵⁴ bkzn.: EuGH Rs C-411/10 ve C-413/10, Slg.2011

AB Divanı ve AİHM tarafından geliştirilen hukuk sistemini güçlendirmektedir. AB Divanının yönlendirmesi ile Avrupa yargı ağının güçlenmesi önemli bir adım olarak nitelendirilmektedir⁵⁵. İnsan haklarını denetleyen sivil toplum örgütlerinin, Avrupa temel haklar ajansının ve diğer ulusal örgütlerin bu çerçevede oynayacakları rol açık değildir.

Kanıtların niteliği, kanıtların değerlendirilmesine ilişkin açık kuralların bulunmaması, yapılan değerlendirme sonuçlarının ağırlığı, inceleme konusu üye devletteki dinlenme hakkı ve usule ilişkin hususlar hassas konular olarak, bir üye devletin diğer üye devlet üzerinde gerçekleştirdiği yargı denetiminin meşruiyeti sorularını beraberinde getirmektedir. Üye devletlerin egemenliğini etkileyen bu durumun üye devletler arasında büyük gerilimlere yol açması kaçınılmazdır. AB Divanı ulusal mahkemelerin geleneksel rolüne önemli bir müdahale yaparak onları üye devlet yetki alanında kalan konularda Avrupa temel haklarını korumakla mükellef kılmaktadır. Bir ulusal mahkemenin denetim yetkisini kötüye kullanması ve kriterleri kasten yahut kasıt dışı yanlış yorumlaması mümkündür. Bunun ötesinde sistematik ihlallerin kanıtlanmasının çok zor olması nedeniyle ulusal bir mahkemenin bir başka üye devletle ilgili olarak yanlış karar alması mümkündür. Ancak bu risk öngörülen mekanizmayı başarısızlığa mahkûm etmemelidir. Uzun vadede bu risk ulusal hukuk sistemlerinin daha sıkı ilişkisine yol açacaktır. Yanlış ulusal mahkeme kararlarının ve Divan kararlarının düzeltileceği beklenmektedir. Ulusal mahkemelerin diğer ulusal mahkemeler üzerinde dolaylı etki göstermesi yerine horizontal Solange yöntemi ile sistem multilateral bir karakter kazanarak, ulusal mahkemelerin Avrupa temel haklarının vasisi olarak görev yaptığı gerçek bir Avrupa horizontal yargı ağı oluşacaktır.

HORİZONTAL SOLANGE PRENSİBİNİN YASAMA ÜZERİNE ETKİSİ

N.S. davası Avrupa temel haklarının himayesi konusunda içtihat oluşumunda önemli bir dönemeçtir. N.S. kararı bunun ötesinde AB için çok daha kapsamlı sonuçlara yol açmıştır. Bu etkilerden kimileri açık ve doğrudan, kimileri ise spekülatif ve uzun vadeli. Horizontal Solange doktrini çeşitli konularda uyarıcı olmuştur. Herşeyden önce AB Divanı Lizbon sözleşmesi ile Avrupa Temel Haklar Şartı'na tanınan bağlayıcı etkiyi teyit etmiştir⁵⁶. AB Divanı büyük bir olasılıkla AB'nin AİHK'na katılmadan temel haklar alanında

⁵⁵ Cathryn Costello, Human Rights and Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human rights and EU Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.19, (2012), 257

⁵⁶ Thomas von Danwitz/Katherina Paraschas, A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights, Fordham International Law Journal Vol.35(2012), 1316

öncü rolünü göstermek istemiştir⁵⁷. Diğer taraftan AB Divanının horizontal Solange prensibini insan hakları alanındaki bilinçaltı yönlendirici rolünü, ulusal egemenlik alanına müdahale ederek kendi yetki alanını genişletmek suretiyle üye devletler karşısındaki otonomisini pekiştirmek için enstrüman olarak kullandığı düşünülmektedir. N.S. kararı ile AB Divanının yeniden politika şekillendirme rolü üstlenme iradesini ortaya koyduğu da düşünülmektedir. Bu açıklamalar şüphesiz Divan kararının spekülative gerekçeleri olup, kesin nedenlerini oluşturmamaktadır. AİHM Soering davasında büyük bir ihtimalle ölüm cezası karşıtlığından hareket ederek ölüm cezası öngören devletlerin sayısını da azaltmaya katkı yapma ümidi ile karar vermiştir. Bununla beraber N.S. kararı Yunanistan'da iltica talebi yapanların taleplerinin kabul koşullarında bir değişikliğe yol açmamıştır. Karar tersine bir etki doğurmuştur. Ortak mülteci sistemine önemli bir yük getireceği düşüncesi ile Yunanistan mültecilerin kabul koşullarını değiştirmemiştir. Bununla beraber karardan önce Yunanistan tarafından tüzüğün denetlenmesine ilişkin yapılan talebin diğer üye devletler tarafından kabul edilmemesi⁵⁸ Yunanistan için talebin kabul edilmesine nazaran daha iyi sonuçlar doğurmuştur. Diğer bir ifade ile N.S. kararının Yunanistan'ın siyasi amaçlarına erişmesine yardımcı olduğu kabul edilmektedir. Zira AB üyesi devletlerin karar muvacehesinde mültecileri Yunanistan'a geri göndermeleri Yunanistan'daki mülteci kabul koşulları değişmedikçe mümkün değildir.

Divan büyük bir ihtimalle sıkça eleştiri konusu olan, kendisinin de memnun olmadığı ortak Avrupa mülteci sistemi konusunda üye devletleri vermiş olduğu bu kararlar müzakere masasına çekilerek bir uzlaşma yaratmayı ümit etmiştir. Divan üye devletlerin eksik iradelerini dengelemek için müdahale etmiş ve onlara tüzük değişikliği konusunda müzakere baskısı yapmıştır⁵⁹. Ulusal hükümetlerin bu çerçevede AB seviyesinde kendilerini sınırlayacağı endişesi ile normatif etki doğuran yasal düzenlemeler yapılması yanlısı olmamaları, üye devletlere takdir alanı bırakan düzenlemeler bakımından AB'ne tasarrufta bulunma olanağı vermemektedir.

⁵⁷ Jean-Paule Jacqué, the Accession of the European Union, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev.48(2011), 995

⁵⁸ Fransa, Almanya ve İngiltere Dublin tüzüğünün değişiklik önerisini kabul etmemiştir, bkz.: Sophie Lieven, Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10 M.E. and others, 21.12.2011, European Journal on Migration and Law 14(2012), 229

⁵⁹ Henri de Waele, The Role of the European Court of Justice in the Integration Process. A Contemporary and Normative Assessment, Hanse Law Review 6(2010), 3

HORİZONTAL SOLANGE – ESNEK ANAYASALCILIK

AB Divanı farklı hukuk sistemleri arasında doğan uyumsuzluğu yaratıcı bir yorum tekniği kullanarak çözmek yerine uyumsuzluğu hiyerarşik bir yöntemle, bir hukuk sisteminin diğerine önceliğini kabul ederek çözmektedir. İlk bakışta horizontal Solange prensibinin AB hukukunun ulusal hukuk sistemlerine nazaran önceliği iradesini yansıttığı düşünülmektedir. Diğer bir ifade ile horizontal Solange mekanizması AB Divanının üye devletlere AB Temel Haklar Şartı'na tam olarak tabi olduklarının bir tür hatırlatılması olarak düşünülebilir. Ancak karara daha yakından bakınca Divanın gerçekte esnek bir anayasalcılık veya anayasal çoğulculuk prensibini uyguladığı görülmektedir. Horizontal Solange prensibinin esnek anayasalcılık yaklaşımını yansıttığı konusunda birçok dayanak bulunmaktadır. Divan farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişkinin düzenlenmesi sürecinde kendi yargısal rolünü oynamaktadır. Divan üye devletlerin mülteci artışı nedeniyle karşılaştıkları strüktürel problemlerini ve anayasal hassasiyetlerini ciddiye almaktadır. İnsani muamelenin minimum icaplarını açıkça yerine getirilmemesi şeklinde tanımlanan temel haklara ilişkin sistematik ihlâl, diğer hukuk düzenlerine gösterilmesi gereken saygı gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Divan, Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasını münhasıran primer insan haklarının sistematik ihlâli durumları ile sınırlamaktadır. Divan bu şekilde AB primer hukukunun “temel norm” olarak sınırsız otoritesini esnetmeye hazır olduğu sinyali vermektedir. Divanın bu yaklaşımı ile Şart'ın primer temel haklarının sistematik ihlâlini esas aldığı ortaya çıkmaktadır.

Divan bu kararla kurumsal olarak da ulusal mahkemeler ve kendisi arasında fonksiyonel görev taksimine hazır olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede ulusal mahkemelere sürece katılma ve Solange kriterlerinin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme çağrısı yapmaktadır. AB Divanı üye devletler ve onların mahkemeleri arasında görev taksimini herhangi bir tespit edilmiş kurala bağlı olmaksızın kolaylaştırmaktadır. AB Divanı bu şekilde kurumsal çoğunluğa kapı açmaktadır. Testin horizontal kısmı AB'nin anayasalcılık yaklaşımına tamamen yeni bir perspektif katmaktadır. Bu çerçevede sadece farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişki düzenlemekte, aynı zamanda üye devletlerin anayasal düzenlerinin karşılıklı denetimi de sağlanmaktadır. Her ulusal mahkeme diğer hukuk sistemini denetleyebilir ve devletin tutumuna göre bir kural önerebilir. Bu reaksiyon tartışma konusunun sadece bir bölümünü oluşturmaktadır. Horizontal Solange'ye ilişkin çoğulcu anayasalcılık bu çerçevede yer alan mahkemeler bakımından en iyi çözüm yolu teşkil ettiği için yerine getirilmekle beraber, anayasa hukuku uyumsuzluklarının nihai olarak AB Divanının denetiminde olması sınırsız çoğulcu anayasalcılık garantisini engellemektedir.

SONUÇ

Horizontal Solange kriterleri, Avrupa hukuk alanının temel değerlerinin kendi egemenlik yetkilerini kullansalar dahi üye devletler tarafından daraltılmaması yaklaşımına dayanmaktadır. Horizontal Solange prensibinin AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 67.maddesinin sınırları dahilinde anlaşılması gerekmektedir. Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı teşkil eden Birlik'te bu hükme göre temel haklara ve üye devletlerin farklı hukuk düzenlerine ve geleneklerine saygı gösterilecektir. Bu yaklaşım üye devletler arasında önemli temel haklar ve değerler bakımından belli ölçüde güvensizlik yaratmaktadır. Bununla beraber bu hukuk mekanizması AB'nin amacı olan üye devletlerin birbirine yakınlaşmasını ve karşılıklı güveni temin etmiştir. Bu güvenin AB'nin istinat ettiği ortak değerlere saygı ve bu değerlere uyulması sonucu kendiliğinden doğması doğaldır.

Horizontal Solange prensibinde önemli olan husus üye devletlerin otomatik olarak birbirine güvenmesi yerine, üye devletlerin birbirine karşı denetim yetkisi kullanmasıdır. Bu durum üye devletler arasında bu mekanizmanın Avrupa temel haklarının ciddi ihlâli endişesi dışında nadir olarak kullanılacağı beklentisi yaratmaktadır. Ulusal mahkemeler diğer üye devletlerin ihlâllerinin devamında daha az sorumlu kabul edilmemektedir. Sekunder hukukta öngörülen Avrupa politikaları ve bu çerçevede öngörülen yükümlülükler askıya alınarak yapılan ihlâllerin etkilerinin ihlâlin yapıldığı hukuk sisteminin dışında sonuçlar doğurması engellenmektedir. Avrupa entegrasyonu şimdiye dek tam olarak Avrupa politikalarına transforme edilmemiş ulusal politikalar arasında karşılıklı bir bağımlılık yaratmıştır.

Ulusal politikalar belli konular için AB hukukunda öngörülen karşılıklı bağımlılığı dikkate almadıkları takdirde AB'nin bu çerçevede uygun ve meşru bir demokratik çözümler bulması gerekli olmaktadır⁶⁰. AB'nin çözüm getiremediği, bulamadığı durumlarda horizontal Solange prensibi belli ulusal politikaların Avrupa primer temel haklarına ve yargı denetimine tabi olmasını temin edecektir. Bu sonuç üye devletlerin kendi egemenlik yetkilerini kullansalar dahi primer Avrupa temel haklarını sistematik bir şekilde uygulama dışı bırakılmalarını önleyecektir.

⁶⁰ L.M.Poiarés Maduro (B.de Witte/M.Kumm, The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal Political Issues of a Fiscal Crises, <globalgovernanceprogramme.eui.eu>

KISALTMALAR

AEL	Academy of European Law
AİHK	Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	American Journal of International Law
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
CML Rev.	Common Market Law Review
Ct.H.R.	Convention on Human Rights and additional Protocols
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber (editör)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAYNAKLAR

Andrew William, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, 2004

Armin von Bogdandy, et al. The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CML Rev.29 (1992)

Armin von Bogdandy, et al Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012)

Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer, The Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Brüssel, Europäisches Parlament, 2011

Cathryn Costello, Human Rights and Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human rights and EU Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.19, (2012)

Felix Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35(1935)

Hentrei/Maya Smarkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012)

Iris Canor, Solange horizontal: der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2/2013

Joseph Halevi HorowitzWeiler, Editorial – Kadi: Europe's Modelling?, EJIL 19 (2008)

Kay Heilbronner, Detention of Asylum Seekers, European Journal of Migration and Law 9 (2007)

Hemme Battjes, European Asylum Law and International Law

Henri de Waele, The Role of the European Court of Justice in the Integration Process. A Contemporary and Normative Assessment, Hanse Law Review 6(2010)

L.M.Poiarés Maduro, The Euro Crisis and the Democratic Governance of the

B.de Witte/M.Kumm, Euro: Legal Political Issues of a Fiscal Crises

Jean-Paule Jacqué, The Accession of the European Union, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev.48(2011)

Panagiotis Takis Tridimas, *Winners and Losers in Luxembourg: A statistical Analysis*

Gabriel Gari, *of judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance (2001-2005)*,

Paul Gragl, *The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg’s M.S.S. Judgement and its implications for the European Union’s Legal Order*, *European Union’s Legal Order*, *European Yearbook of Human Rights 2012*

Richard Bonnot Lillich, *The Soering Case*, *AJIL 85 (1991)*

Sophie Lieven, *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10 M.E. and others*, 21.12.2011, *European Journal on Migration and Law 14(2012)*

Steve Peer/Angela Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, 2004

Tequila J.Brooks, *Can Frontex be held Liable for Human Rights Violations?, Potential Application of Recent European Case Law to the Activities of an Intergovernmental Agency*

Thomas von Danwitz, *A Fresh Start for the Charter: Fundamental*

Katherina Paraschas, *Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Right*, *Fordham International Law Journal Vol.35 (2012)*

Violeta Moreno-Lax, *Dismantling the Dublin System; M.S.S. v. Belgium and Greece*, *European Journal on Migration Law 14 (2012)*

Vassilis Hatzopoulos, *The Court’s Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?*, *CML Rev.50 (2013)*

