

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMI EKSENİNDE ÖZERKLİK
YÜKSEK LİSANS TEZİ

KUTLAY ATLI KARAARSLAN

İstanbul - 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMI EKSENİNDE ÖZERKLİK
YÜKSEK LİSANS TEZİ

KUTLAY ATLI KARAARSLAN

DANIŞMAN: DR. ÖĞRETİM ÜYESİ DENİZ TEKİN APAYDIN

İstanbul - 2019



TEZ ONAY SAYFASI

Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Müdürlüğüne

Enstitünüz, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Türkçe / İngilizce Yüksek Lisans Programı öğrencisi **Kutlay Ath Karaarslan**, tarafından hazırlanan, **Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı Ekseninde Özerklik**" başlıklı bu çalışma, **03./09./2019** tarihin de yapılan savunma sınavı sonucunda **OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞUYLA BAŞARILI** bulunarak aşağıda isimleri yazılı jüri üyeleri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri:

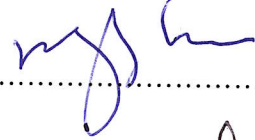
Dr. Öğr. Üy. Deniz T. APAYDIN

Danışman


.....

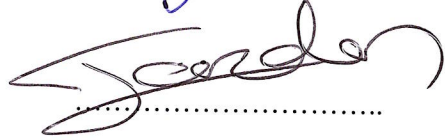
Doç. Dr. Öğr. Üy. Meltem S. SKALAR

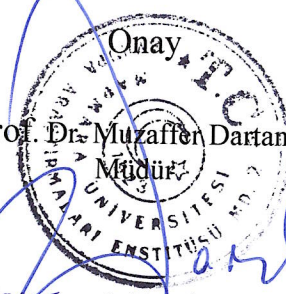
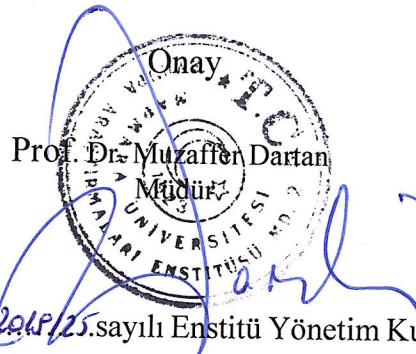
Jüri Üyesi


.....

Dr. Öğr. Üy. Tolga CANDAN

Jüri Üyesi


.....


Onay
Prof. Dr. Muzaffer Dardan
Müdür


09/09/2019..tarih ve 2019/25.sayılı Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM KATILIMA GİDEN YOL

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMIN GEREKLİLİĞİ VE KATILIMIN GÜNDEME GELMESİ	4
II. AVRUPA BİRLİĞİ YASAL ÖZERKLİĞİNİN YAPI TAŞLARI.....	9
A. Yasal Özerklik Kavramı	9
B. Avrupa Birliği'nin Yasal Özerkliği ile Uluslararası Hukuk, Mahkeme ve Hakemler Arası İlişki	12
1. <i>Kadı Davası</i>	12
2. <i>1/91 Sayılı Mütalaa</i>	16
3. <i>Mox Plant Davası</i>	20
III. KATILIM TALEBİNE DAİR ADALET DİVANI'NIN 2/94 SAYILI MÜTALAASI	25
IV. KATILIM İÇİN YASAL ALT ZEMİN OLUŞTURULMASI.....	30
A. Lizbon Antlaşması ile Getirilen Düzenlemeler	30
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Meydana Getirilen Değişiklik	34

İKİNCİ BÖLÜM ÇÖZÜM YOLU OLARAK KATILIM ANTLAŞMASI TASARISI

I. KATILIMIN KAPSAMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 59. MADDESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER	37
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 59. Maddesindeki Değişiklikler.....	42
II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE PROTOKOLLERİNE ÇEKİNCE GETİREBİLME HAKKI	43
III. EŞ DAVALI MEKANİZMASI	44

A. Eş Davalı Olarak Avrupa Birliği	47
B. Eş Davalı Olarak Üye Devlet.....	50
C. Hem Avrupa Birliği Hem de Bir veya Daha Fazla Üye Devlet Aleyhine Yapılan Başvurular.....	52
D. Eş Davalı Mekanizmasının İhtiyarılığı.....	53
E. Eş Davalı Mekanizmasının Etkileri	54
IV. TARAFLAR ARASI DAVALAR.....	55
A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 344. Maddesi Kapsamındaki Münhasır Yargı Yetkisi	56
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Münhasır Yargı Yetkisi.....	58
V. ÖN KATILIM MEKANİZMASI VE İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ	60
A. Katılım Antlaşması Çözümü	62
1. İptal Davaları Açısından İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi	64
2. Önkarar Prosedürü Açısından İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi.....	65
B. Yasal Sonuçlar	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 2/13 SAYILI MÜTALAASI VE OLASI ÇÖZÜM YOLLARI

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN SPESİFİK ÖZELLİĞİ VE ÖZERKLİĞİ	73
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 53 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Madde 53	74
B. Karşılıklı Güven İlkesi.....	79
C. 16 No.lu Protokol.....	88
II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN İŞLEYİŞİNE DAİR ANTLAŞMA'NIN 344. MADDESİNE AYKIRILIK.....	95
III. EŞ DAVALI MEKANİZMASI	102
IV. ÖN KATILIM MEKANİZMASI	109
V. ORTAK DIŞ VE GÜVELİK POLİTİKASI	114
SONUÇ.....	120
KAYNAKÇA.....	124

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Antlaşması
ABİDA	Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Konseyi
AEA	Avrupa Ekonomik Alanı
App.	Application (Başvuru)
bkz.	Bakınız
BMGK	Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi
BMHDS	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
C-	Case (Dava)
C.	Cilt
Eds.	Editörler
Mad.	Madde
OSPAR	Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Konvansiyonu
p.	Page (Sayfa)
para.	Paragraf
pp.	Sayfalar
s.	Sayfa
ss.	Sayfa sayısı
UDHM	Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi
Vol.	Volume (Cilt)
Y.	Yıl

ÖZET

Uzun yıllardan beri gündemden düşmeyen bir gaye olarak Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımı, ulusüstü bir yapıya sahip olan özgün bir sistemin yalnızca devletlerin taraf olduğu uluslararası bir antlaşma rejimi ve onun yargılama sistemine katılması anlamına geldiğinden, uluslararası hukuk açısından eşine az rastlanır bir adım teşkil etmektedir. Çalışmanın temel problemi, katılımın, Avrupa Birliği hukukunun kendine has özellikleriyle ve özerkliğiyle uyumlu olup olmadığını ortaya koymaya çalışmaktır. Bu meselenin aydınlatılması amacıyla çalışmanın ilk bölümünde katılımın neden gerekli olduğu ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği hukukunun özerkliğinin teorik bel kemiğini oluşturan içtihatları ile birlikte taslak katılım antlaşmasına kadar olan süreç ele alınmaktadır. İkinci bölümde taslak katılım antlaşması, bu antlaşmanın getirdikleri ve Avrupa Birliği hukukunun özerkliği ilkesiyle uyumu ele alınmaktadır. Üçüncü bölümde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın katılıma ilişkin 2/13 sayılı mütalaası ve katılımın 2/13 sayılı mütalaayı takiben özerklik kavramıyla uyumlaştırılarak nasıl gerçekleşeceğine dair olası çözüm yolları incelenmektedir.

Tartışmalar ışığında ortaya çıkan genel sonuç, Avrupa Birliği için insan hakları alanında atılacak en önemli adım olan katılımın gerçekleştirilebilmesi için hukuksal bir çözüm yolu bulunmasının elzem olduğudur. Bu ortak kanıdan hareketle bu çalışmada katılımıla özerkliğin uyumlaştırılabileceği iddia edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Hukukunun Özerkliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası, Katılımın Geleceği.

ABSTRACT

European Union accession to the European Convention on Human Rights, an objective that has been on the agenda for many years, serves as a unique step in terms of international law, since it means that a peculiar system with a supranational structure being a part of an international treaty regime in which only states are parties and its judicial system. The main aim of the study is to find out whether accession is compatible with the specific features and autonomy of European Union law. In order to clarify this issue, the first chapter of the study discusses why accession is necessary and tackles the case law of the Court of Justice of the European Union, which forms the theoretical backbone of the autonomy of European Union law and the process up to the draft accession agreement. The second chapter review the draft accession agreement, its implications and its compliance with the principle of autonomy of European Union law. In the third chapter, examines the Opinion 2/13 on accession of the Court of Justice of the European Union and the possible solutions to how accession can be achieved by harmonizing with the concept of autonomy following Opinion 2/13.

The general conclusion in the light of the discussions is that it is essential to find a legal solution in order to realize the most important step in the field of human rights for the European Union. Based on this common opinion, this study claims that autonomy can be harmonized with accession.

Keywords: European Union, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, the Autonomy of European Union Law, Opinion 2/13 of the Court of Justice of the European Union, Future of Accession.

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin (AB) uluslararası bir kuruluş olarak kökeni ve amacı, Avrupa Konseyi'nden (AK) tamamen farklıdır. Avrupa Birliği'ne giden süreçte Avrupa Topluluğu'nun (AT), egemen devletler arasında münhasır bir ekonomik işbirliği olarak kurulmuş olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere dair hiçbir referansı olmamıştır. Üye devletlerin bazılarında, özellikle Almanya ve İtalya Anayasalarında temel hakların ileri seviyede olması nedeniyle insan hakları açığı, AB hukukunun üstünlüğünü tehlikeye düşürebilecek sonuçlar doğurmuş ve söz konusu açık hukukunun üstünlüğünü gözeten yargı organı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) içtihatları yoluyla kapatılmaya çalışılmıştır. Bu amaçla ATAD, bu konuya ilişkin ucuz tereyağı alımının bir belgeyle sağlanmasını küçültücü bulan Eric Stauder'in Bonn Anayasası'nda düzenlenen insan onuru ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı ve ön karar prosedürü yoluyla mahkeme önüne giden *Stauder*¹ davasında, temel insan haklarının Topluluk hukukunun genel ilkeleri içinde yer aldığını ve kendisi tarafından koruma altında olduğunu belirtmiştir². Adalet Divanı daha sonraki kararlarında insan hakları vurgusunu giderek arttırmış ve *Nold*³ davasında Topluluk hukukunun kaynaklarına üye devletlerin anayasalarını ve imzalamış oldukları uluslararası antlaşmaları ve böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) de dahil etmiştir⁴. *Rutili*⁵ davasında AİHS'in maddelerine doğrudan atıf yapılmış⁶; AİHS ATAD'a ilham olmuştur⁷.

Bireysel ve toplumsal düzeyde temel hak ve özgürlükler alanında artan talep ile birlikte, AT'nin insan hakları temelli yaklaşımı sağlam bir hukuki temele oturtma zorunluluğu doğmuştur. 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi'nin başlangıcında "üye devletlerin anayasa ve yasalarında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nde ve Avrupa Toplumsal Şart'ında tanınan temel haklara, özellikle özgürlük, eşitlik ve toplumsal adalete dayanarak demokrasiyi geliştirmek için birarada çalışmaya" karar

¹ C-29/69 *Stauder v City of Ulm* [1969] ECR 419.

² C-29/69, p.419.

³ C-4/73 *Nold KG v Comission* [1977] ECR 1.

⁴ C-4/73, p.491.

⁵ C-36/75 *Rutili v Ministre de l'interieur* [1975].

⁶ C-36/75, p.1232.

⁷Oğuz DORKEN, "Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Katılımı", <https://www.academia.edu/30862201/> (01.06.2019).

verildiği belirtilmiştir⁸. Avrupa Birliği'nin hukuki kişilik kazanmasını sağlayan Maastricht Antlaşması'nın F/2. Maddesi de bu amaçla, "Avrupa Birliği, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'yle Avrupa Konseyi tarafından garanti altına alınmış olan ve AB hukukunun genel ilkeleri şeklinde üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara saygı gösterir" şeklinde düzenlenmiştir.⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılım talebi ilk olarak, söz konusu antlaşmayla AB'nin kurulmasının ardından Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)¹⁰ olarak adlandırılan mahkemenin 2/94 Sayılı Mütalaası'nda, katılıma ilişkin birincil hukukta belirlenmesi gereken ilgili AB yetkinliğinin olmaması sebebiyle reddedilmiş ve ABAD tarafından işaret edilen bu hukuki boşluk ancak 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın¹¹ kabul edilmesiyle düzeltilebilmiştir.

Lizbon Antlaşması'na kadar olan süreçte ise insan hakları alanında gerçekleştirilen önemli gelişmelerden biri Nice Antlaşması'yla¹² birlikte Temel Haklar Şartı'nın¹³ kabul edilmiş olmasıdır. İnsan hakları alanındaki boşluğu ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanmış olan ve önsöz ve başlangıç bölümlerini takip eden yedi bölümden oluşan Temel Haklar Şartı AİHS'de olduğu gibi bireylerin doğrudan başvurabileceği bir denetim mekanizması öngörmemekte ve sadece haklar kataloğu şeklinde düzenlenmiş olmasına rağmen, Şart'ta temel hak ve özgürlükler AİHS'e göre daha geniş bir biçimde ele

⁸ European Communities, Single European Act, Luxembourg-Brussels, 26.09.1987, Antlaşma metni için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_2_tadil_antlasmalari/1986_european_single_act_eng.pdf (12.07.2019).

⁹ Maastricht Treaty, Maastricht, 7.02.1992, Antlaşma metni için bkz. <https://www.ikv.org.tr/images/files/A5-tr.pdf> (10.06.2019).

¹⁰ Tezde dil bütünlüğünün sağlanması açısından hem Avrupa Topluluğu hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı, uzun kullanımlarda Adalet Divanı olarak, kısaltmalarda ise ABAD olarak kullanılacaktır.

¹¹ Treaty Of Lisbon, Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community, Lisbon, 17.12.2007, Antlaşma metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT> (15.05.2019).

¹² Treaty Of Nice, Amending The Treaty On European Union, The Treaties Establishing The European Communities And Certain Related Acts, Nice, 26.02.2001, Antlaşma metni için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_2_tadil_antlasmalari/2001_nice_treaty_eng.pdf (01.06.2019).

¹³ Charter Of Fundamental Rights Of The European Union, France, 07.12.2000, Tam metni için bkz. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (12.07.2019).

alınmıştır¹⁴. Buna rağmen Temel Haklar Şartı Lizbon Antlaşması'yla bağlayıcılık kazanmıştır. Lizbon Antlaşması'yla getirilen bir diğer önemli düzenleme ABA 6/2 uyarınca AİHS'e katılımın yasal bir zorunluluk haline gelmesidir.

Adalet Divanı içtihatlarıyla insan hakları alanının sürekli gelişmesi, Kurucu Antlaşmalar'da insan haklarına verilen önemin artması ve Lizbon Antlaşması'yla hem Şart'ın bağlayıcılık kazanması hem de katılımın yasal bir zorunluluk haline gelmesi, AB için insan hakları alanında gidilebilecek bir sonraki noktanın AB'nin AİHS'e katılımı olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Katılım ekseninde önemli olan nokta ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından yapılacak dış denetimin AB hukukunun özerkliğiyle nasıl uyumlu hale geleceğidir. Çalışmada, Katılım Antlaşması Taslağı'na kadar hangi aşamalardan geçildiği ve ABAD içtihatlarıyla ortaya çıkan AB hukukunun özerkliğinin ne olduğu ortaya konulacak; devamında uzun çalışmalar sonucu ortaya çıkan Katılım Antlaşması'nın getirileri ve bu getirilerin özerklik ilkesiyle uyumluluğu değerlendirilecek ve son bölümde katılıma dair ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaası ele alınıp, bu mütalaa ekseninde katılımın hangi koşullarda gerçekleşebileceği incelenecektir.

¹⁴İrem BERLİN, "Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi", (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2007), s.126.

BİRİNCİ BÖLÜM KATILIMA GİDEN YOL

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMIN GEREKLİLİĞİ VE KATILIMIN GÜNDEME GELMESİ

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanıp, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan AİHS'in¹⁵ giriş bölümünde, Birleşmiş Milletler (BM) tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin¹⁶ tanındığı ve bir yandan "gerçek demokratik bir siyasal rejime" diğer yandan insan hakları konusunda "ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına dayalı temel hak ve özgürlüklere" derin bağlılığın hedeflendiği belirtilerek, bu idealler ve anlayışta ortak bir geçmişe sahip Avrupa Devletleri'ne atıfta bulunulmuştur. Öncelikle AK'yi kuran ve AİHS'i kabul eden, ardından AB'yi oluşturan bu devletler aynı ortak mirasa sahiptirler¹⁷.

Avrupa Devletleri, Avrupa Topluluğu'nu¹⁸, 20. yüzyılda Avrupa'da savaşların son bulması yani kendi aralarında yeniden bir savaşın patlak vermesini önlemek ve bunun yanında önemli kaynaklarını birleştirmek amaçlarıyla kurmuştur¹⁹. İkinci Dünya Savaşı'nın açtığı yaralardan kurtulmayı arzu eden bu devletler arasındaki çözüm arayışının neticesi olan AB, insan haklarına saygının başından beri topluluğun özünü oluşturduğu iddiasını taşımıştır²⁰. Buna rağmen günümüzde AB'ye üye devletlerin

¹⁵ 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen sözleşme metni için bkz. https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsan_haklarisozlesmesi.pdf (10.01.2019).

¹⁶ Bildirge metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (10.01.2019).

¹⁷ BERLİN, s.112.

¹⁸ 1951 tarihinde Paris'te imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve 1957 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, AB'nin temelini oluşturmaktadır. 1993 tarihinden önce bu antlaşmalarla bir araya gelen Avrupa Topluluğu olarak adlandırılan oluşum, bu tarihte Avrupa Birliği Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle Avrupa Birliği olarak adlandırılmıştır.

¹⁹ Bahar Turhan HURMİ, "Avrupa Birliği ve Demokrasi Açığı Sorunu", Rasim Özgür DÖNMEZ ve Gökhan TELATAR (Eds.), **Küreselleşen Dünyada Avrupa Birliği** içinde (36-80), 1. Baskı, Ankara: Phoenix Yayınevi, 2008, s.42.

²⁰ Ayşe ÖZKAN DUVAN, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımının İnsan Hakları Yargısına Etkileri", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 2015, C.11, S.43, s.70.

tamamı AK'ye de üye ve neticede AİHS'e taraf olduğu halde, AB'nin kendisi AİHS'i imzalamamış ve taraf olmamıştır.

Avrupa Birliği'nde insan haklarının korunması açısından ilk başta bu hakların esas olarak tek tek üye devletler tarafından ve AK'nin gözetimi altında korunması düşünülmüş olmasına rağmen, AB hukukunun üstünlüğünü sağlamakla yükümlü olan ABAD'ın bu amacı gerçekleştirirken insan haklarına ilişkin içtihat geliştirmesiyle bu yaklaşım biçimi aşılmak zorunda kalmış; insan hakları korumasının *ad hoc* olarak gelişmesi, AB'nin insan haklarına dair yaklaşımının kapsamlı, belirli ve önceden öngörülebilir olmadığı eleştirilerine neden olmuştur²¹.

Öte yandan AB'nin yeni üyelere açık olma fikri Paris ve Roma Antlaşmaları'ndan beri benimsenen temel bir ilke olmakla birlikte, genişleme için "Avrupalılık" ile "insan onuru, hürriyet, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı" şeklinde iki temel koşul öngörülmüştür²².

Avrupa Birliği'nin, insan haklarını dış ilişkilerinde giderek artan oranda söz konusu etmesi ve buna rağmen kendisinin henüz AİHS'e katılmamış olması, zamanla samimiyetinin ve güvenilirliğinin sorgulanmasına sebep olmuş ve bu durum onun insan hakları koruması ve AİHS'e katılım konularında atılım yapması zorunluluğunu doğurmuştur²³. Sonuçta AB'nin aday devletlerde aradığı ama kendisinin gerçekleştirmediği bir kriter olarak AİHS'e katılım, AB'nin güvenilirliğini uluslararası alanda da zedelemektedir²⁴.

Bununla birlikte katılımın nedenlerine dair bir sorguya verilebilecek en önemli cevap, AB tasarrufları nedeniyle bireylerin, AİHS'de yer alan haklarının ihlali pahasına

²¹ Funda KESKİN ATA, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, 1. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2013, s.17.

²² Sinem AKGÜL AÇIKMEŞE, "Avrupa Birliği'nde Genişleme", Belgin S. AKÇAY ve İlke GÖÇMEN (Eds.), **Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar** içinde (611-630), 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s.618.

²³ Ahmet Burak BİLGİN, **Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması: Tüm Yönleriyle AB İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016, s.194.

²⁴ Tobias LOCK, "Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order", **Common Market Law Review**, 2011, Vol.48, No.4, p.1026.

AİHM'de AB'ye karşı dava açamıyor olmaları olarak verilebilir. Esasında ABAD, AB tasarruflarının AİHS'i ihlal ettiğine yönelik bir iddiayı inceleyebilmekteyse de bu çok sınırlı bir şekilde ve birtakım koşulların gerçekleşmesi halinde söz konusu olduğundan AB, yetersiz bir yargısal koruma sağladığı eleştirilerine maruz kalmaktadır²⁵.

Ayrıca AB üyesi devletlerin tamamı AİHS'e taraf olduğundan bu devletler, kendi yetki alanları dâhilinde AİHS'te güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda bu ihlali gerçekleştiren AB üyesi devlete karşı AİHM'e bireysel başvuruda bulunulabilmektedirler. Öte yandan, AB üyesi devletlerin, AB hukukundan kaynaklanan sorumlulukları da bulunmaktadır. Bu devletler AB hukukundan kaynaklanan eylemi, işlemi ya da genel olarak AB hukukunu uyguladıklarından AİHS'i veya ek protokolleri ihlal etmeleri durumunda AİHM'de yargılandıkları halde, AB sözleşmeye taraf olmadığı için bu ihlallerden sorumlu tutulmamaktadır²⁶. Daha net bir ifadeyle, AB üyesi olan bir devletin AİHS'i ihlal etme pahasına AB normunu uygulamak zorunda olduğu durumlarda gerçek 'fail' yani AB, katılım gerçekleşmediği için yargılanamamaktadır²⁷. Bu açıdan katılım, hem hakkaniyetin bir gereği olarak hem de insan hakları ihlalleri açısından doğru davalının belirlenebilmesi için bir gereklilik olarak kendini göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'İnsan Haklarına Saygı' başlıklı 1. Maddesinde "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü olan Yüksek Sözleşmeciler, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar" ve 34. Maddesinde "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler" denilmektedir. AİHS'in açık düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere, katılımın gerçekleşmesi halinde

²⁵ Servet ALYANAK, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı: Saatler İleriye mi Yoksa Geriye mi İşliyor?", *Ombudsman Akademik*, 2015, S.2, s.77.

²⁶ Selman KARAKUL, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Katılımı", *Leges Anayasa ve İdare Hukuku Dergisi*, 2014, C.1, S.1, s.9.

²⁷ Paul GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Modern Studies in European Law*, 1st Edition, Oxford: Hart Publishing, 2013, p.5.

AİHS'i imzalayacak Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri olacak olan AB, hem kendi yetki alanındaki temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlüğü altına girecek hem de bu hak ve özgürlükleri ihlal etmesi durumunda AİHM tarafından dış denetime tabi tutulacaktır²⁸. Avrupa Birliği, Avrupada insan haklarının yayılması, yerleştirilmesi ve korunmasında uzman bir kuruluş olan Avrupa Konseyi ve onun insan hakları idealini gerçekleştirmede görevi oldukça iyi tanımlanmış bir organı olan AİHM²⁹ ile resmi olarak bağlantılı hale gelecektir. Bu açıdan bakıldığında katılım ilk olarak AİHS'i yasal bağlayıcı kılarak ABAD ve AİHM arasında insan hakları standartlarında oluşabilecek potansiyel farklılıkları önleyecek; ikinci olarak AB ve kurumları, insan haklarına saygı duyulması ve bu hakların korunmasının söz konusu olduğu durumlarda dış yargı denetimine tabi tutulacak; ve en nihayetinde bireylerin etkili yargı koruması için AB vatandaşları AİHM'e doğrudan AB aleyhine şikayette bulunabileceklerdir³⁰.

Temel hakların korunması ve AİHS vurgusu AB'nin farklı organları tarafından birçok defa dile getirilmiştir³¹. 2 Mayıs 1979 tarihli Memorandum ise doğrudan AB ve AİHS'e ilişkin olarak yayınlanmıştır³². İlk defa Komisyon tarafından Konsey'e katılımın gerçekleşmesi için resmi olarak talepte bulunulmuştur³³. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımının artı ve eksi yönleriyle değerlendirildiği ve katılımın önerildiği bu belgede Komisyon, AB kurumlarının tasarruflarının da AİHS'in denetimine tabi olabileceğini ifade etmiştir³⁴. Avrupa Birliği kurumlarının ileride faaliyetlerini icra ederken nasıl davranmaları gerektiğini ortaya koyan ve bir niyet beyanı taşıyan Memorandum, AB kurumlarının hukuki eylemlerinin AİHM denetimine ve böylece AB'nin de üye

²⁸ Jed ODERMATT, "The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective", *New York University Journal of International Law & Politics*, 2014, Vol.47, No.59, p.76.

²⁹ İtir ALADAĞ GÖRENTAŞ, "Türkiye'de İnsan Hakları: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, S.29, s.59.

³⁰ Ozan DEĞER, *Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s.143.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören TEKİNALP ve Ünal TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, 2.Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s.746.

³² Commission of the European Communities, **Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, 2.05.1979 [COM (79) 210 Final].

³³ European Court of Justice, **Opinion 2/94**, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 28.03.1996 [ECR 1759], p.I-1768.

³⁴ Ümmühan KAYGISIZ, "Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması", (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2010), s.38.

devletlerle aynı kontrol mekanizmasına tabi tutulmasını öngörmektedir³⁵. Bu Memorandum Avrupa Parlamentosu tarafından da desteklenmiş, fakat AB kurumlarının işlemlerinin temel haklara haksız müdahalesini önlemeyi ve ABAD kararlarının yetersizliğine ilişkin eleştirilere yanıt vermeyi amaçlayan bu girişim olumlu sonuçlanmamıştır³⁶. Bu tarihten sonra katılıma ilişkin pek çok yenilik meydana gelmiş olduğundan, katılım fikrini ilk defa ortaya koyup farklı boyutlarıyla ele almış olan Memorandum'un olumlu sonuçlanmamasına rağmen önemli bir hamle olduğu söylenebilir.

Katılımın önemi ve gereğine dair sözü edilen nedenlere rağmen, AB'nin AİHS'e katılımının, özellikle AB'nin doğrudan davalı olması halinde AİHM tarafından yapılacak dış denetim yoluyla, ABAD'ın AB hukuku üzerindeki karar verme tekelini ortadan kaldıracığı ve özerkliğine zarar vereceği ileri sürülmüştür³⁷. Görüldüğü gibi katılım aleyhine ileri sürülebilecek iki hassas nokta, AB hukukunun özerkliği ve ABAD'ın AB hukukunu yorumlama ve uygulama tekelidir³⁸.

Avrupa Birliği'nin potansiyel insan hakları ihlallerini değerlendirmeye yönelik hukuki bir organa sahip antlaşma temelli bir insan hakları koruma sistemi olan AİHS'e katılımının, yasal özerkliğini olumsuz bir şekilde etkileyip etkilemeyeceğini incelemek son derece önemlidir. Katılımın AB'nin yasal özerkliği kavramıyla ne derece uzlaştığını ortaya koyabilmek için, AB'de yasal özerlik kavramına nasıl yaklaşıldığının tespit edilmesi gereklidir.

³⁵ Burak TANGÖR, "Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi**, 2001, C.3, S.1, s.243.

³⁶ Bertil Emrah ODER, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, 1. Baskı, İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s.172.

³⁷ KAYGISIZ, s.151.

³⁸ Nimet Özge KAYA, "Bir İnsan Hakları Örgütü Olarak Avrupa Birliği", (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi SBE, 2008), s.152.

II. AVRUPA BİRLİĞİ YASAL ÖZERKLİĞİNİN YAPI TAŞLARI

A. Yasal Özerklik Kavramı

Avrupa Birliği'nin özerkliğinin korunması ve AİHS'e katılımından doğan endişeleri anlamak için, ABAD'ın AB hukukuna dayalı "yasal özerklik" yaklaşımının, yani üye devletlerin ulusal hukuku, uluslararası hukuk, uluslararası antlaşmalar ve mahkemeler ile ilgili yaklaşımının ortaya konulması gerekmektedir.

Esasen yasal özerklik (*autonomy*), başka herhangi bir yasal düzenden türetilmemiş belirli bir yasal düzeni açıklar³⁹. Avrupa Birliği hukukunda ise özerklik, AB hukuk sisteminin hem üye devlet hukuk sistemleri hem de uluslararası hukuk karşısında ayrı bir hukuk sistemi olarak var olması ve kendine özgü bir kimlik yaratmasıdır⁴⁰. Daha derine inmek gerekirse, AB hukuk sisteminin özerkliği, bir yandan üye devletlerin kendi aralarındaki ve AB organlarıyla aralarındaki ilişkilerin, diğer yandan üye devlet vatandaşlarının AB ve üye devletlerle ilişkilerinin, AB hukuku tarafından belirlenmesi ve yönetilmesidir⁴¹. Bununla hem dış hem de iç yasal özerlikten bahsedildiği rahatlıkla söylenebilir.

Avrupa Birliği hukuk sisteminin kendine özgü (*sui generis*) karakterinin oluşmasına ABAD'ın içtihatları sebep olmuştur⁴². 1963 tarihli *Van Gend en Loss* davasında ABAD, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) sınırlı alanlarda da olsa kendi egemenlik hakkının bulunduğunu ve konuları üye devletlerle birlikte vatandaşlarını kapsayan yeni uluslararası hukuk sistemi oluşturduğundan bahsetmekte⁴³; 1964 tarihli *Costa v E.N.E.L.* davasında da AET Antlaşması yürürlüğe girdiği andan itibaren üye devletler hukukunun bir parçası haline gelen ve kendini bu devletlerin ulusal mahkemelerine kabul ettiren kendine özgü bir hukuk düzeni kurmuş olduğunu ifade

³⁹ Theodor SCHILLING, "The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations", **Harvard International Law Journal**, 1996, Vol.37, No.2, p.389.

⁴⁰ Hacer SOYKAN ADAOĞLU, **AB Hukuku - Uluslararası Hukuk İlişkisi: Uluslararası Hukukun AB Hukukundaki Yeri ve Uygulanmasına Genel Bir Bakış**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s.92.

⁴¹ Mustafa Tayyar KARAYİĞİT, **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2019, s.227.

⁴² Mehmet Hanefi BAYRAM, **Avrupa Birliği Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s.164.

⁴³ C-26/62 *Van Gend en Loos v Administratieder Belastingen* [1963] ECR 1, p.2.

ederek⁴⁴, AB'nin yasal düzenini özerk olarak değerlendirdiğini göstermektedir. Esasında *Costa v E.N.E.L.*'de ortaya çıkan özerklik, AB'nin iç özerkliğinin yani AB hukukunun üye devletlerin ulusal hukuk sistemleri karşındaki özerk yapısının ifadesidir⁴⁵.

İlk başta bir üye devlet mahkemesi olan Almanya Anayasa Mahkemesi AB hukukunun özerkliğini kabul etmekte güçlük çekmişken, Alman temel hukukunda yer alan devredilemez temel haklara uygun bir koruma sağlanmadığı takdirde AB hukukunun önceliğinin kabul edilmeyeceği belirtildikten sonra durum değişmiştir⁴⁶. Sonraki yıllarda da ABAD, içtihatlarında, temel insan haklarının AB hukukunun bir parçası olduğunu ve bu hakların sadece AB hukukunun genel prensipleri olmadığını, aynı zamanda üye devletlerin anayasal geleneklerinden, imzalamış oldukları uluslararası antlaşmalardan ve AİHS'ten esinlenilerek oluşturulduğunu ortaya koymuştur⁴⁷. Avrupa Birliği hukukunun bütünlüğü ve etkililiğiyle de ilişkili olan özerkliği gereği temel haklara dair koruma, AB'nin yapı ve amaçları çerçevesinde üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden destek alınarak oluşturulmuş; bu durum, temel hakların korunması ve sınırlandırılmasına ilişkin kuralların, ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız ancak onların birikimlerini de içeren AB'ye özgü bir temel hak teorisi çerçevesince ABAD içtihatlarıyla yerine getirilmeye başlanmıştır⁴⁸.

Öte yandan üye devletlerdeki yerel mahkemelerin AB hukukunun uygulanmasını sağlamak için kendi anayasalarını kullanmaları halinde AB hukukunun bütünlüğü ve etkinliği tehlikeye düşeceğinden, AB hukukunun mutlaka üye devletlerin hukuk sisteminden tamamıyla özerk yasal bir düzene sahip olması gereği ortaya konulmaktadır⁴⁹. Bu noktada AB'nin üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerine karşı yasal özerkliğinin korunabilmesi için ABAD tarafından AB hukukunun üstünlüğü, önceliği, doğrudan etkisi ve birliği prensipleri oluşturulmuş ve AB anayasal bir düzene

⁴⁴ C-6/64 *Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585, p.593.

⁴⁵ ADAOĞLU, s.95.

⁴⁶ Solange I, II, III Kararları. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hacı Mehmet KOCA, "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları'nın Korunması", (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Niğde Üniversitesi SBE, 2007), s.45-49.

⁴⁷ C-29/69 *Stauder v City of Ulm* [1969] p.419; C-4/73 *Nold KG v Commission* [1977] ECR 1, p.491

⁴⁸ TEKİNALP ve TEKİNALP, s.756.

⁴⁹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.20.

dönüşmüştür⁵⁰. Avrupa Birliği hukukunun üstünlük ve özerklik ilkeleri arasında simbiyotik yani tamamlayıcı bir ilişki, sıkı bir bağ bulunmaktadır⁵¹.

Her ne kadar Lizbon Antlaşması'nda herhangi bir özerklik vurgusu olmasa da, ABAD'ın kurucu antlaşmalardan çıkardığı bir prensip olarak AB hukukunun özerkliği, Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) Madde 19/1'de güvence altına alınmıştır⁵². Avrupa Birliği Antlaşması'nın 19/1. Maddesinde "Avrupa Birliği Adalet Divanı, Antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini sağlar" denilmektedir. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere ABAD, antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında, AB hukukunun korunmasını temin etmekle görevlidir⁵³. Bu madde ile ABAD, AB hukukunun çerçevesinin çizilmesine kaynaklık ederek, AB hukuku için adeta varoluşsal bir konuma sahip olmuştur⁵⁴.

Avrupa Birliği'nin yasal özerkliğine ilişkin bir diğer madde olan Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİDA) 344. Maddesinde ise "Üye devletler, Antlaşmalar'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler" denilmektedir. Bu hükme göre üye devletlerin, herhangi bir hukuksal sorunu Kurucu Antlaşmalar'da belirtilen yargı mercii dışındaki bir yargı organına veya hakeme götürme hakkı yoktur; dolayısıyla özgür iradeleriyle hakem ya da yargı organı seçme hakları ellerinden alınmış ve antlaşmaların yorumlanmasından veya uygulanmasından doğan sorunların çözümünde ABAD tek yetkili organ olarak ortaya çıkmıştır⁵⁵. Merkezi olmayan bir sistem farklı veya çelişkili yasal yorumlara yol açabileceğinden, AB bu yolla, ABAD dışındaki diğer organların AB yasasını dolaylı olarak bile yorumlamasının önüne geçmeye çalışmıştır⁵⁶. Adalet Divanı'nın yargı yetkisi ABİDA mad.344 uyarınca münhasır olduğuna göre, AB hukuku ile ilgili bir anlaşmazlığı başka bir mahkemeye gönderen üye

⁵⁰ ADAOĞLU, s.96.

⁵¹ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Anayasa Hukuku*, s.229.

⁵² Hacı CAN, **Avrupa Birliği Hukuku Ders Kitabı**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s.226.

⁵³ Füsün ARSAVA, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Hukuk Yaratma Yetkisi", **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, 2001, C.9, S.1, s.48.

⁵⁴ DEĞER, s.106.

⁵⁵ Haluk GÜNUĞUR, **Avrupa Birliği Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Reklam Tanıtım, 2017, s.27.

⁵⁶ ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.79.

devlet, Kurucu Antlaşmalar'ı ihlal etmiş olacaktır⁵⁷. Böylece mad.344'ü ihlal eden üye devlet, ABAD'da yargılanacaktır.

En nihayetinde "yorumlayıcı özerklik" yalnızca belirli yasal düzenin kurumlarının bu düzenin anayasal ve yasal kurallarını yorumlamaya yetkili olduğu anlamına geldiğine göre, AB ve üye devletler arasındaki ilişki ile ilgili tüm yasal sorunlar üzerinde son sözü söyleyen ABAD için, ABA Madde 19/1 ve ABİDA Madde 344 "yorumlayıcı özerkliğin" özünü oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁵⁸ Bu iki madde, AB hukukunu uluslararası hukuk ile ilişkilendirmekte ve dolayısıyla AİHS'e katılımında önemli bir rol oynamaktadır.

B. Avrupa Birliği'nin Yasal Özerkliği ile Uluslararası Hukuk, Mahkeme ve Hakemler Arası İlişki

Genel olarak Avrupa Birliği'nin yasal özerkliği ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye, özellikle uluslararası bir insan hakları sözleşmesi olan AİHS'e katılımını incelerken, daha yakından bakmak son derece önemlidir. Katılımın AB'nin yasal özerkliği kavramına dair yol açacağı yetkilendirme sorunlarını anlamak ve çözüme kavuşturmak için, öncelikle AB'nin uluslararası hukuk, uluslararası mahkemeler ve hakemler ile ilişkisinin tarihi derinlemesine incelenmelidir. Bu yüzden bu bölümde, AB hukukunun özerkliğinin dışsal yani genel olarak uluslararası hukuk sistemi açısından önemi vurgulanmaktadır. Bu noktada yol gösterici olan ise içtihatlardır.

1. Kadı Davası

Kadı Davası'na⁵⁹ giden süreç, uluslararası terörizmle mücadele amacıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK), bütün BM üyesi devletlerde uygulanmak üzere Usame Bin Ladin, El Kaide ve Taliban'la ilişkili tüm kişi, şirket ve kuruluşların varlıklarının dondurulmasını içeren bir dizi kararlar almasıyla başlamıştır. Avrupa Birliği, BMGK kararının gereğini yerine getirebilmek için, bu karara uygun

⁵⁷ Tobias LOCK, "The European Court of Justice: What are the Limits of Its Exclusive Jurisdiction?", **University of Edinburgh, School of Law, Working Papers**, 2009, p.3.

⁵⁸ SCHILLING, p.389-405.

⁵⁹ Joined Cases C-402 & 415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR I-6351.

hukuki düzenleme yapmış ve Suudi iş insanı Yasin El Kadı'nın malvarlığını bu kişi ve kuruluşlarla ilişkisine dayandırarak dondurmıştır. Kadı, etkili yargısal koruma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla, ilgili tüzüğün iptal edilmesi için ABAD'a bağlı bir alt mahkeme olan İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur⁶⁰.

Mahkeme, BMGK'nin bir tedbirinin denetlenmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle AB tüzüğünün geçerlilik denetimini yapmayı reddetmiş; Konsey'in kararlarını ancak *jus cogens*⁶¹ teşkil eden bazı temel haklara saygı gösterip göstermediği noktasında inceleyebileceğini belirterek bu kapsamda inceleme yapmış ve neticesinde bir ihlal görmemiştir⁶².

İlk Derece Mahkemesi bu kararıyla, üye devletlerin BM şartından doğan yükümlülüklerine ters düşen birincil ve ikincil AB hukuk normlarına uyulmaması gerektiğini belirterek, BM hukukunun AB hukukuna göre üstünlüğe sahip olduğuna karar vermiştir⁶³. Mahkeme'nin, BMGK kararlarını, sadece *jus cogens* teşkil eden insan hakları kurallarına aykırı olmamak şartıyla olmasına rağmen normlar hiyerarşisi açısından AB'nin birincil hukukunu oluşturan antlaşmaların dahi üzerinde görmesi, AB hukuk düzeninin dış özerkliğine hasar vermiştir⁶⁴. Dava en nihayetinde temyiz edilmiş ve ABAD'ın bu kararı, AB ve uluslararası hukuk düzeni arasındaki ilişkinin tarihindeki en önemli karar olmuştur⁶⁵.

Kadı Davası Başsavcısı Maduro mütalaasında "Uluslararası hukuk ve Topluluk hukuk düzeni arasındaki ilişki Topluluk hukuk düzeninin kendisi tarafından yönetilir ve uluslararası hukuk sadece toplumun anayasal ilkeleri tarafından belirlenen koşullar

⁶⁰ Mustafa Tayyar KARAYİĞİT, **Gerçek ve Tüzel Kişilerin AB Tasarruflarına Karşı Yargısal Korunması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s.180.

⁶¹ 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'yle uluslararası hukuk literatürüne iyice yerleşen *jus cogens* kurallar Türkçe'de "buyruk kural" ya da "amir hüküm" olarak anılmakta ve kendisine aykırı antlaşmaları geçersiz kılan kuralların ifadesinde kullanılmaktadır. Soykırım yasağı buna örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem DENK, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C.56, S.2.

⁶² Julianne KOKOTT & Christoph SOBOTTA, "The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?", **European Journal of International Law**, 2012, Vol.23. No.4, p.1016.

⁶³ Füsun ARSAVA, "Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Anlayışında ATAD ve AİHM'in Oynadığı Rol ve İhtihatlardaki Son Gelişmeler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C.XII, S.1-2, s.1268.

⁶⁴ KARAYİĞİT, **Gerçek ve Tüzel Kişilerin AB Tasarruflarına Karşı Yargısal Korunması**, s.182.

⁶⁵ Grainne de BURCA, "The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadı*", **Harvard International Law Journal**, 2010, Vol.51, No.1, p.1.

altında bu yasal düzene nüfuz edebilir" diye belirtmiştir.⁶⁶ Bunu takiben ABAD, temel haklar ışığında herhangi bir AB tasarrufunun hukukiliğinin hukukun üstünlüğünün temel alındığı AB'de mahkeme tarafından incelenmesi ve bunun uluslararası bir antlaşmanın ihlal edemeyeceği özerk bir hukuk sistemi olarak Kurucu Antlaşmalar'dan doğan anayasal bir garantinin ifadesi olarak algılanması gerektiğini belirtmiş⁶⁷; "Uluslararası bir antlaşma Kurucu Antlaşmalar tarafından düzenlenmiş yetki paylaşımına ve AB'nin özerkliğine zarar veremez ve bu kurala uyulması münhasır yetkili olan ABAD tarafından sağlanacaktır" diye ifade etmiştir.⁶⁸ Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı, ABA'nın 19/1. Maddesi tarafınca ona verilen yetkiyle herhangi bir uluslararası antlaşmanın AB'nin anayasal prensiplerini ihlal edemeyeceğini açıkça göstermiştir.

Bunun da ötesinde ABAD "dava konusu olan tüzük uyarınca delillerin davacılara bildirilmesi veya dinlenilmesine dair herhangi bir garanti verilmeksizin davanın kabul edilmediği, itiraz edenin savunma hakkının gözetilmediği ve böylece etkin yargısal koruma ilkesinin ihlal edildiği"⁶⁹ ve ayrıca dava konusu olan mülkiyet hakkının kısıtlanmasının öneminin kabul edildiği durumlarda tüzükte davacının yetkili makamlar önüne gitme hakkı garantisinden yoksun oluşunu belirterek, söz konusu tüzüğün davacılara ilişkin kısmının hükümsüzlüğüne karar vermiştir⁷⁰.

Esasında ABAD bu kararıyla, davacının savunması alınmadan ve hiçbir sebep bildirilmeden mal varlığına tedbir konulmasını, BMGK kararlarına karşı gidilebilecek yargı yolu bulunmadığından, kendisi tarafından da denetim yapılmadığı takdirde bireysel hakların teminatı konusunda boşluk oluşacağı kaygısı taşıdığını ortaya koymuştur⁷¹.

Dahası bu kararla, dava konusu olan AB tüzüğünü temel haklar ihlali sebebiyle iptal ettiğinden dolayı, AB'nin yasal özerklik sistemini BM sistemine ve uluslararası

⁶⁶ C-402 & 415/05 P, para. 24.

⁶⁷ C-402 & 415/05 P, para. 316.

⁶⁸ C-402 & 415/05 P, para. 282.

⁶⁹ C-402 & 415/05 P, para. 349-352.

⁷⁰ C-402 & 415/05 P, para. 372.

⁷¹ Füsün ARSAVA, "Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Bu Kararların Birlik Ülkelerine Yansımaları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 143. Yıl: Sempozyum** içinde (25-36), Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2012, No.82, s.33.

hukuka karşı desteklemekle kalmamış; Alman Anayasa Mahkemesi'nden gelen *Solange*⁷² doktrininin yeniden ortaya çıkmasını önleyerek, AB hukukunun özerkliğini hem *dışsal* hem de *içsel* olarak korumuştur⁷³.

Öte yandan Kadı Davasıyla ABAD, AB hukuku ve uluslararası hukuk ihtilafına dair meseleyi uluslararası hukuk perspektifiyle değil anayasal bir yaklaşım benimseyerek çözmüş; böylelikle bir taraftan AB'nin yetkilerinin uluslararası antlaşmalar tarafından değiştirilmesini, diğer taraftan da AB dışındaki yargı mekanizmalarının AB üzerindeki bağlayıcı yetkisini, özellikle de AB hukukunu yorumlama yetkisini engellemiştir⁷⁴. Elde edilen sonuç, kavramsal olarak bakıldığında, AB'nin yasal düzeninin anayasallaştırılmasında bir sıçramay işaret etmektedir⁷⁵.

AB hukukunun özerkliğinin, uluslararası hukuk ve AB hukuku arasındaki ilişkide düalist yaklaşımın bir ifadesi olarak ortaya çıktığı birçok yazar tarafından dile getirilmiştir⁷⁶. Uluslararası hukuk sistemi ile ulusal hukuk sistemini tek bir çatı altında birleştiren, onları tek bir hukuk sisteminin parçaları olarak değerlendiren monist görüşün karşısında konumlanan dualist görüşe göre, uluslararası ve ulusal hukuk sistemleri iki farklı hukuk düzenini temsil etmektedir⁷⁷. Adalet Divanı'nın düalizm olarak değerlendirilen bu yaklaşımı, uluslararası kamu hukukuna karşı sadakatsizlik olarak değerlendirilip, kendisini milliyetçilik geleneğine soktuğu eleştirisine sebep olmuştur⁷⁸. Bununla birlikte, günümüzde uluslararası hukuk ile yerel hukuk(lar) arası etkileşimlerin, monizm ve düalizm gibi kült kavramların yardımcı olamayacağı kadar çok farklı boyuta sahip olduğu, bu yüzden

⁷² 29 Mayıs 1974 tarihli Federal Alman Mahkemesi bu kararında, AB'de temel hakların korunmasına ilişkin maddi ve usuli koşullar sağlanıncaya kadar AB hukukunun Alman Anayasasının öngördüğü temel hak düzenine uygunluğunu denetleyeceğini belirterek, ulusal anayasa hukuku karşısında Birlik işlemleri açısından AB hukukunun üstünlüğü reddetmiştir.

⁷³ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.29.

⁷⁴ ADAOĞLU, s.99.

⁷⁵ Katja S. ZIEGLER, "Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights", **Human Rights Law Review**, 2009, Vol.9, No.2, p.288.

⁷⁶ Katja S. ZIEGLER, "Autonomy: From Myth to Reality - or Hubris on a Tightrope? EU Law, Human Rights and International Law", **University of Leicester School of Law Research Paper**, 2015, No.15-25, p.40; BURCA, p.2.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Deniz TEKİN APAYDIN, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C.9, S.1.

⁷⁸ KOKOTT & SOBOTTA, *The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?*, p.1015.

ABAD'ın gerekçesini karakterize etmek amacıyla doktrinde kullanılan düalizm kavramının faydasız olduğu ileri sürülmüştür⁷⁹.

Karara AB'nin kimliğini oluşturan temel prensipleri tanımlayarak başlayan ABAD'ın, uluslararası hukukun *jus cogens* normları da dahil olmak üzere hiçbir dış normun çatışma durumunda AB hukukuna üstün tutulamayacağını ortaya koyarak, AB hukukunun özerkliğinin uluslararası hukuk düzenine olan etkisinin sürdürülmesine nihai cevap verdiği belirtilmiştir⁸⁰. *Kadi* davasına bakıldığında, her ne kadar farklı görüşler olsa da, ABAD için birincil AB hukukunun, AB ve üye devletler için en üst konumda olduğu ve aralarındaki yetki paylaşımının bu hukuka tabi olması gerektiği söylenebilir.

Kadi davasının gelecekte de örnek teşkil edip etmeyeceği ve ABAD'ın yaklaşımını katılım sonrasında da sürdürüp sürdürmeyeceği sorularına şimdiden cevap vermek mümkün olmasa da, bu bölümde yer verilenlerden hareketle bu dava ve onun karar mercii olan ABAD'ın günümüzdeki etkisi açıkça görülmektedir.

2. 1/91 Sayılı Mütalaa

9 Nisan 1984 tarihinde Avrupa Birliği ile Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi (EFTA), Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) ve taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözmek üzere de AEA Mahkemesi oluşturulmasını öngören AEA Antlaşması'nı düzenlemiştir⁸¹. Bu antlaşmayla, ortak kurallara ve eşit rekabet koşullarına dayanan ve adli düzeyde yeterli uygulama araçları sağlayan homojen bir alan oluşturmak amaçlanmıştır⁸².

⁷⁹ Piet EECKHOUT, "*Kadi* and *Al Barakaat*: Luxembourg is not Texas – or Washington DC", *Blog of the European Journal of International Law*, 25.02.2009, <https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/> (25.12.2018).

⁸⁰ Andrej STEFANOVIĆ, "The *Kadi* Case: Constitutionalising the Relationship between European Union Law and International Law", *International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights*, 2016, Vol.7, p.117.

⁸¹ ODER, s.184.

⁸² Henry G. SCHERMERS, "Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1992", *Common Market Law Review*, 1992, Vol.29, No.5, p.991.

Avrupa Birliği Komisyonu, şu önermeye dayanarak ABAD'dan AEA antlaşmasına ilişkin mütalaasını⁸³ talep etmiştir: “Komisyon'un talebi doğrultusunda yapılacak denetim, sözleşme kapsamında kurulması önerilen yargı denetim sisteminin Kurucu Antlaşma'yla uyumluğuna ilişkin olup antlaşmanın diğer hükümlerini, özellikle de karar verme süreci ve rekabet alanındaki sorumlulukların tahsisi ile ilgili kısımlarını içermemektedir”⁸⁴. Böylece, ABAD'ın inceleme yetkisinin, sadece uluslararası bir antlaşmanın yargı sisteminin Kurucu Antlaşmalar ile uyumuyla sınırlı olduğu da ortaya konulmuştur.

Adalet Divanı 1/91 Sayılı Mütalaası'yla, AEA Antlaşması'nın kurulmasını önerdiği yargı denetimi sisteminin, Kurucu Antlaşmalar ile uyumsuz olduğu kararını vermiştir⁸⁵. Gerekçelere bakıldığında, ABAD öncelikle uluslararası bir antlaşmayla bunu akdeden taraflar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda hüküm verecek bir mahkemenin kuruluşunu ve mahkemece verilen kararların AB kurumlarını ve kendisini bağlamasını onaylamıştır⁸⁶; fakat AEA Antlaşması'nda ABAD tarafından verilen kararların (mütalaaların) bağlayıcı olmayacağı düzenlenmiş olduğundan ABAD, kararlarının tamamen danışma niteliğinde olmasının kabul edilemez olduğunu; bağlayıcılıklarının AEA antlaşmasıyla ortadan kaldırılamayacağını, böylesi bir durumun Kurucu Antlaşmalar ile uyumsuzluk doğuracağını belirtmiştir⁸⁷.

Bu antlaşmayla ABAD'a kararlarında bağlayıcılık yerine sadece “bilgilendirme” yetkisi tanınmış olması Kurucu Antlaşmalar'a açıkça aykırı⁸⁸, bu antlaşmalarla ABAD'a verilmiş bir yetkinin AEA Antlaşması'yla elinden alınması olduğundan, Kurucu

⁸³ European Court of Justice, **Opinion 1/91, Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area**, 14.12.1991 [ECR 6079].

⁸⁴ Opinion 1/91, para. 1.

⁸⁵ Opinion 1/91, p.I-6112.

⁸⁶ Opinion 1/91, para. 39.

⁸⁷ Opinion 1/91, para. 61.

⁸⁸ ODER, s.184.

Antlaşmalar'da *de facto* yapılan değişikliğin AB hukukunun özerkliğine zarar verdiği ileri sürülmüştür⁸⁹.

Adalet Divanı'nın verdiği kararda bir diğer gerekçesi yine özerklikle ilişkilidir. Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye binaen, AEA Mahkemesinin AEA Antlaşması'na ilişkin sorunları çözüme kavuşturmaya çalışırken AB ve üye devlet yeterlilikleri hakkında karar vermesinin, Kurucu Antlaşmalar'da belirlenen sorumluluk dağılımı ve AB'nin yasal düzeninin özerkliğini olumsuz etkileyeceği için, AB hukuku ile uyumlu olmadığına karar vermiştir. Adalet Divanı'na göre sorumluluk dağılımına ilişkin kararlar, Kurucu Antlaşma'nın (AETA) 164. Maddesine⁹⁰ göre, ABAD tarafından sağlanır. Adalet Divanı'nın bu yetkisi AETA'nın 219. Maddesi⁹¹ tarafından da onaylanmıştır ki bu maddenin kapsamında üye devletler, Kurucu Antlaşmalar'da sunulan bir çözüm yolu dışında, söz konusu antlaşmanın yorumuna veya uygulamasına dair bir anlaşmazlığı sunmayacaklarını tahahhüt etmişlerdir. Fakat AEA Antlaşması'nın, akdeden taraflar arasındaki anlaşmazlıklarda AEA Mahkemesine, AB ve üye devletler arasındaki sorumluluk dağılımı hususunda karar verebilme yetkisi sağlamasının, ABAD'a yargılama yetkisini tahsis eden Kurucu Antlaşmalar'a aykırılık teşkil edeceği açıkça belirtmiştir⁹². Nitekim böyle bir durum, Kurucu Antlaşmalar'ın yorumunu gerektirecek ve Antlaşmalar'daki sorumluluk tanımını da değiştirerek hukuki özerkliğe zarar verecektir⁹³. Ayrıca kurulması planlanan AEA mahkemesinin yetkileri ABAD ile çakışacak olması özerklik prensibine aykırılık teşkil etmektedir⁹⁴.

Bu bağlamda ABAD'a ilişkin iki unsur özellikle öne çıkmaktadır: Avrupa Birliği ve üye devletler arasındaki sorumlulukların dağılımı sadece ABAD tarafından değerlendirilebilir ve ABAD'ın ABA hukukunun uygulanması ve yorumlanması ile ilgili münhasır yetkisi vardır⁹⁵.

⁸⁹ Azime Aslı BİLGİN, **Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliği'nde Temel Hak Koruması**, 1. Baskı, Ankara:Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3, 2014, s.262-263.

⁹⁰ ABA Madde 19'a karşılık gelmektedir.

⁹¹ ABİDA Madde 344'e karşılık gelmektedir.

⁹² Opinion 1/91, para. 34-36.

⁹³ Azime Aslı BİLGİN, s.262.

⁹⁴ ADAOĞLU, s.97.

⁹⁵ Jean Paul JACQUÉ, "The Accession of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms", **Common Market Law Review**, 2011, Vol.48, No.4, p.1012.

ABAD bir diğerk gerekçe olarak ise, Kurucu Antlaşmalar'da AB içindeki ekonomik ve ticari ilişkileri yöneten ve çoğunlukla toplumun yasal düzeninin temel hükümlerini oluşturan ikincil mevzuat kuralları da dahil olmak üzere bir çok ortak düzenleme olduğunu; her ne kadar AEA'nın 6. Maddesi uyarınca AEA Mahkemesi'nin, sözleşmenin imzalanma tarihinden önce verilen ABAD'ın ilgili kararları ışığında antlaşmanın hükümlerini yorumlama görevi olsa da, bu tarihten sonra ABAD tarafından verilen kararlara dair böyle bir yükümlülüğünün olmayacağını ve sonuç olarak AEA Antlaşması'yla, AEA Mahkemesi tarafından hukukun homojenliğini sağlamak amacıyla sadece antlaşma kurallarının yorumlanması değil aynı zamanda ilgili AB hukuk kurallarının yorumlanması sonucunu da doğuracağını belirterek, bu durumun 164. Maddeye aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir⁹⁶. Aynı metni yorumlayan iki farklı mahkemenin bulunması farklı yorumların da ortaya çıkmasına sebep olacağından ABAD, AB hukukunun yorumlanmasını AB mahkemelerine emanet eden Kurucu Antlaşmalar ile AEA Antlaşması'nın uyuşmadığını belirtmiştir⁹⁷.

Avrupa Birliği'nin yasal özerkliği kavramına göre ABAD'ın uluslararası antlaşmaların yorumunda tamamıyla yetkili kalması gerektiği gerçeği, uluslararası kürsülerin yetkisini tamamıyla dışarıda bırakmamaktadır. Adalet Divanı, AB'nin iç yasal zemininin —yani birincil ve ikincil AB hukukunun ve onun özüne eşdeğer olan uluslararası tasarrufların— yorumunda ayrıcalığını koruduğu müddetçe, uluslararası antlaşmalarca farklı anlaşmazlık çözüm mekanizmalarının kuruluşuna sıcak bakmaktadır⁹⁸.

Adalet Divanı, 1/91 Sayılı Mütalaası'yla, Avrupa'da daha geniş ekonomik entegrasyon için yeni kurumsal yapılar tasarlamaya çalışan üye devletlerin devlet iradesi kullanımına doğrudan müdahale ettiği⁹⁹ ve AB ile örtüşen yetkilere sahip olabilecek bir

⁹⁶ Opinion 1/91, para. 40-46.

⁹⁷ Opinion 1/91, para. 51.

⁹⁸ Barbara BRANDTNER, "The Drama of the EEA - Comments on Opinions 1/91 and 1/92", **European Journal of International Law**, 1992, Vol.3, No.2, p.329.

⁹⁹ Jo SHAW, "European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic", **Oxford Journal of Legal Studies**, Summer 1996, Vol.16, No.2, p.236.

organın onun yetkilerini alamayacağını ortaya koymasıyla anayasa üstü bir organ gibi hareket ettiği eleştirilerini almıştır¹⁰⁰.

Adalet Divanı'nın 1/91 Sayılı Mütalaası'ndan hareketle,¹⁰¹ AB ile uluslararası bir organizasyon arasındaki bir antlaşmanın Kurucu Antlaşmalar'da *de facto* bir değişiklik doğurması, AB ve üye devletler arasındaki yeterlilik ayırımına müdahale etmesi ve planlanmakta olan AEA Mahkemesi gibi uluslararası bir mahkemenin ABAD'ın sahip olduğu Kurucu Antlaşmalar'ın yorumlanması ve uygulanmasına yönelik münhasır yetkisine müdahale etmesi ve benzeri durumlarda ABAD'ın olumsuz mütalaa bildireceği sonucu çıkarılabilir.

3. *Mox Plant Davası*

Uzun yıllar boyunca İrlanda, İrlanda Denizi'nin doğu sahillerinde yer alan İngiltere'de bulunan Sellafield nükleer *karışık oksit yakıt* (MOX) üretim tesisinin kurulması ve faaliyete geçmesine ilişkin çeşitli endişeler taşımıştır¹⁰². İrlanda'nın endişeleri iki temel noktaya dayanmaktadır: İlk olarak İrlanda, Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Konvansiyonu'nun (OSPAR) 9. Maddesine dayanarak MOX tesisi ile ilgili tüm bilgileri İngiltere'den almak istediğini ve aynı maddenin 2. Fıkrasına göre sözleşme taraflarının deniz alanının durumu hakkında faaliyetleri veya önlemleri olumsuz yönde etkileyen veya etkilemesi muhtemel tüm bilgileri birbirlerine temin etmesini gerektiği halde bunun İngiltere tarafından gerçekleştirilmediğini; ikinci olarak ise tesisten salınan yakıtın İrlanda'nın sularını kirlettiği ve bu durumun her iki devletin de taraf olduğu diğer bir sözleşme olan BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) ihlalini oluşturduğunu iddia etmektedir¹⁰³.

¹⁰⁰ Gerard CONWAY, "Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ", **German Law Journal**, 2010, Vol.11, No.9, p.999.

¹⁰¹ Burada tezin içeriği açısından yalnızca 1/91 Sayılı Mütalaa incelenmiştir; ancak şunu da belirtmek gerekir ki, ABAD'ın 1/91 Sayılı Mütalaası'nın olumsuz olması nedeniyle AEA Antlaşması yeniden düzenlenmiş ve antlaşma onun 1/92 Sayılı Mütalaa ile olumlu görüş bildirmesinin ardından ancak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰² Nikolaos LAVRANOS, "Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The *Mox Plant*-judgment of the ECJ", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, 2006, Vol.5, No.3, p.482.

¹⁰³ Nikolaos LAVRANOS, "The *MOX Plant* and *Ijzeren Rijn* Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter", **Leiden Journal of International Law**, 2006, Vol.19, No.1, p.224-225.

Bu konuya ilişkin olarak taraflar ilk olarak uzlaşma yoluna gitmişler; fakat sonuç alınamayınca İrlanda, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne (UDHM), sonrasında OSPAR Tahkim Mahkemesine başvurmuştur. Bu mahkeme ve hakem süreçlerine karşı olarak AB Komisyonu, İrlanda'ya, Kurucu Antlaşmalar'dan doğan yükümlülükleri ihlal ettiği gerekçesiyle *Mox Plant*¹⁰⁴ adlı davayı açmıştır¹⁰⁵.

İrlanda ve Birleşik Krallık'ın AB üyesi olmasının yanında İrlanda, Birleşik Krallık ve AB'nin kendisi BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS) taraftır¹⁰⁶. Avrupa Birliği Komisyonu, İrlanda'nın Birleşik Krallık'a karşı başlattığı prosedürleri AB'nin de sözleşmenin bir katılımcısı olduğunu göz önünde bulundurmadan başlattığını belirterek, İrlanda'nın anlaşmazlığı AB'nin yasal düzeni dışındaki bir uluslararası mahkemeye sunmakla ABAD'ın ATA'nın 292. Maddesinde¹⁰⁷ belirtilen münhasır yetkisini ihlal ettiğini ve buna ilaveten önce AB kuruluşlarına danışması gerektiği halde bunu gerçekleştirmediğinden dolayı işbirliği görevini yerine getirmediğini ve böylece antlaşmanın amaçlarının gerçekleşmesini zora soktuğunu ileri sürmüştür¹⁰⁸. Bu davadaki iddialarının da, MOX anlaşmazlığının çözümü üzerinde değil, sözü edilen yetkinlik ve yargı ile ilgili sorunlar üzerinde temellendiğini ortaya koymuştur¹⁰⁹.

Komisyon'un anlaşmazlığı ele alan çeşitli uluslararası mahkeme ve hakemleri önemsemeyip 292. Maddenin ihlali gerekçesiyle İrlanda'ya karşı dava açma kararının, 'Tedbir/Mahkeme Emri Savaşı' riskinin ortaya çıkabileceğini de göstermesi sebebiyle zararlı bir usul yolu olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁰.

Adalet Divanı'nın davaya ilişkin başlangıç noktasının, bu anlaşmazlığın AB'nin yetki alanına girip girmediği sorununu açıklığa kavuşturmak olduğu ifade edilmişti.

¹⁰⁴ C-459/03 *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635.

¹⁰⁵ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.42.

¹⁰⁶ Kerem BATIR, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: *Mox Plant* Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2008, C.4, No.16, s.68.; Ayrıca AB sadece BMDHS 'ne değil aynı zamanda

¹⁰⁷ ABIDA Madde 344'e karşılık gelmektedir.

¹⁰⁸ C-459/03, para. 55 and 59.

¹⁰⁹ Robin CHURCHILL & Joanne SCOTT, "The *Mox Plant* Litigation: The First Half-Life", **International & Comparative Law Quarterly**, 2004, Vol.53, No.3, p.666.

¹¹⁰ Yuval SHANY, "The First *MOX Plant* Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures", **Leiden Journal of International Law**, 2004, Vol.17, No.4, p.825.

Bunun nedeni, AB hukukunun yetki alanına giren bir hususun, 292. Maddeye dayanan ABAD'ın münhasır yargı yetkisini tetikleyebilecek olmasıdır¹¹¹. ABAD, karma bir antlaşma olan BMDHS'nin¹¹² AB ve üye devletler tarafından paylaşılan yetki (ortak yetki) alanı temelinde aktedildiğini¹¹³; bununla bağlantılı olarak AB'nin yasal düzeninde karma antlaşmaların AB'nin yeterliliği kapsamında ortaya çıkmış olduğu için AB Antlaşmaları ile aynı statüye sahip olduklarını¹¹⁴ ve AB hukukunu etkiledikleri noktalarda onun ayrılmaz bir parçası olduklarını ortaya koymuştur¹¹⁵. Buradan hareketle ABAD, bu davadaki anlaşmazlığın 292. Maddenin koşullarına yani antlaşmanın yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlık olduğuna karar vermiştir¹¹⁶. Ayrıca ABAD, AEA Antlaşması'ndaki 1/91 Sayılı Mütalaası'na dayanarak, uluslararası bir antlaşmanın Kurucu Antlaşmalar'da tanımlanmış sorumluluk dağılımını ve bunun sonucu olarak AB'nin yasal sisteminin özerkliği ve ATA'nın 220. Maddesinde¹¹⁷ belirlenen uyumunu etkileyemeyeceğini belirterek münhasır yetkisinin 292. Madde tarafından teyit edildiğini belirtmiştir¹¹⁸. Buna ek olarak, diğer mahkeme veya hakemler önünde böyle bir davanın görülmesinin, Kurucu Antlaşmalar'da belirlenen yetki düzeninin ve bunun sonucunda AB'nin yasal sisteminin özerkliğinin olumsuz yönde etkilenmesine dair belirgin bir riski de beraberinde getirdiğini açıklamıştır¹¹⁹.

Adalet Divanı öncelikle, söz konusu uluslararası antlaşma hükümleri ile ilgili anlaşmazlığın unsurlarını belirleme ve bu hükümlerin diğer uluslararası mahkemeler tarafından yorumlanmasına ve uygulanmasına izin vermenin ABAD'ın yetkisinde olduğunu ifade etmiştir¹²⁰. Bu durum, üye devletler arasında bir uyuşmazlığın AB hukukuyla ilişkili olup olmadığı noktasında tereddüte düşüldüğünde, bu devletlerin ABAD'dan mütalaa almakla yükümlü olduğu sonucunu doğurmaktadır¹²¹. Ayrıca ABAD,

¹¹¹ LAVRANOS, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, p.485-486.

¹¹² C-459/03, para. 61.

¹¹³ C-459/03, para. 83.

¹¹⁴ C-459/03, para. 84.

¹¹⁵ C-459/03, para. 69.

¹¹⁶ C-459/03, para. 127.

¹¹⁷ ABA Madde 19'a karşılık gelmektedir.

¹¹⁸ C-459/03, para. 123.

¹¹⁹ C-459/03, para. 154.

¹²⁰ C-459/03, para. 135.

¹²¹ BATIR, s.74.

Kurucu Antlaşmalar'ın yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı tekeli, üye devletlerin ATA'nın 10. Maddesinden doğan genel sadakat görevinin bir ifadesi olarak yorumlanmaktadır¹²². Buna göre, karma bir antlaşma kapsamındaki yakın bir işbirliğine dair yükümlülük, bir arabuluculuk davası herhangi bir uluslararası mahkeme veya kürsünün önüne götürülmeden önce AB'nin yetki sahibi kuruluşlarının bilgilendirilmesi ve onlara danışılmasını da içermektedir¹²³. Belirtilen bu sebepler neticesinde ABAD, İrlanda'nın yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir¹²⁴.

Adalet Divanı'nın verdiği bu karar, Kurucu Antlaşmalar hukukunun önemli bir ilkesi olan *pacta sunt servanda* yani ahde vefa ilkesine karşın, 292. Maddeye tekabül eden durumlarda diğer uluslararası hukuk sistemleri ya da daha iyi bir ifadeyle diğer tüm çözüm yollarının dışlanması ve AB içi çözüm yollarına başvurulması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır¹²⁵. Avrupa Birliği'nin gün geçtikçe daha fazla uluslararası sözleşmeye taraf olacağı göz önünde bulundurularak, bu yolla ABAD'ın 292. Madde kaynaklı yetki alanının giderek genişleyeceği belirtilmiştir¹²⁶.

Nükleer yakıt üzerine bu anlaşmazlık, uluslararası hukukta paralel işlemlerden kaynaklanan sorunları gözler önüne sermektedir¹²⁷. Adalet Divanı'nın bu kararı, olası davalar için anlaşılır bir rehberlik sunmakta ve çeşitli sistemler arasındaki karşılıklı kalibrasyonun sonucu olarak gelecekteki kararları daha öngörülebilir hale getirmektedir. Buna rağmen ABAD'ın, mevcut davadaki koruyucu tutumu yerine daha geniş bir uluslararası tutumu ve yetkisi ile ilgili daha liberal bir algıyı benimsemesi tavsiye edilmektedir¹²⁸. Ayrıca AB, UDHS'nin yanında aynı zamanda Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşlarında bir parçasıdır ve AB'nin Dünya Ticaret Örgütü'nün bir parçası

¹²² C-459/03, para. 169.

¹²³ C-459/03, para. 179.

¹²⁴ C-459/03, para. 184.

¹²⁵ ADAOĞLU, s.103.

¹²⁶ BATIR, s.75.

¹²⁷ Jasper FINKE, "Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals in Light of the *MOX Plant Dispute*", **German Yearbook of International Law**, 2006, Vol.49, p.325.

¹²⁸ Patrick T. EICHER, "International Forum Shopping: The Mox Plant Case and the ECJ", **Dublin University Law Journal**, 2008, Vol.30, No.1, p.393-394.

olması AB bütünleşmesinin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.¹²⁹ Ancak Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması kapsamındaki uyuşmazlılarda öngörülen anlaşmazlık çözüm merci panel ve Temyiz organı olmakla birlikte bunların görev alanı uluslararası ticaret bağlamında çevresel konuların ele alınmasıdır.¹³⁰ Mox Plant davasına ise Adalet Divanı çevre hukuku bağlamında değil Komisyon'un açtığı ihlal davası doğrultusunda kendi münhasır yargı yetkisi odaklı yaklaşmıştır.

Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bu kararlar neticesinde, onun AB'nin yasal özerkliğinin hukuki dayanağı olan ABA 19/1. Maddesinde Kurucu Antlaşmalar'ın yorumu ve uygulanmasında tek yetkiye sahip olduğu; ABİDA 344. Maddesinde ise AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması ile ilgili anlaşmazlıkların çözümünde nihai yargı mercii olduğu teyit edilmiştir¹³¹. Avrupa Birliği Adalet Divanı, ABA 19 ve ABİDA 344. Maddelerine dayanarak, 1/91 Sayılı Mütalaa, *MOX Plant, Kadi* kararlarında, AB'nin yasal özerkliğini dört öncüle dayandırmıştır:

- 1) Uluslararası bir mahkeme veya kürsü, AB ve üye devletleri arasındaki yeterliliklerin iç ayrıştırmasında hüküm verme gücüne sahip olmamalıdır.
- 2) Uluslararası bir mahkemenin veya kürsünün kararları ABAD'ı veya diğer AB kuruluşlarını içsel olarak bağlamamalıdır.
- 3) Uluslararası bir antlaşma, AB Kuruluşları'nın fonksiyonel doğasını değiştirmemelidir.
- 4) Uluslararası bir antlaşma, Kurucu Antlaşmalar'da zımni değişiklik yapmamalıdır.¹³²

ABAD'ın içtihatlarıyla ortaya çıkan bu öncüllerden herhangi birinin ihlal

¹²⁹Aslı YENİPAZARLI, "Dünya Ticaret Örgütü (Dtö), Gelişmekte Olan Ülkelerdeki Rolü, Önemi ve Türkiye", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın Menderes Üniversitesi İktisat Anabilim Dalı,2003), s.84.

¹³⁰ Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma*,1. Baskı,İstanbul:Beta Yayınevi, 2015, s.86.

¹³¹ Lauren EATON, "Protecting Fundamental Rights or Autonomy: Will the European Union's Accession to the European Convention of Human Rights Affect its Legal Autonomy?", Penn Undergraduate Law Journal, Spring 2014, Vol.1, No.2, p.112.

¹³² GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.44.

edilmesi halinde AB hukukunun özerkliğinin zarar göreceği söylenebilir.

III. KATILIM TALEBİNE DAİR ADALET DİVANI'NIN 2/94 SAYILI MÜTALAASI

Avrupa Birliği hukukunun temel hak ve özgürlükler konusundaki içtihadı gelişimi ve ABAD kararlarıyla içi doldurulan özerklik kavramı dışında, AB hukuku için çok önemli bir yere sahip olan AİHS'e neden taraf olunmadığı sorusu AB'de sürekli gündemde olmuştur¹³³.

Avrupa Birliği Konseyi, 26 Nisan 1994 tarihinde, ABAD'dan ATA'nın 228. Maddeye¹³⁴ dayanarak AB'nin AİHS'e katılımının Kurucu Antlaşmalar'la uyumlu olup olmadığı hakkında -daha sonra 2/94 olarak anılacak- mütalaasını talep etmiştir¹³⁵.

Adalet Divanı karar vermeden önce, AB üyesi devletler katılıma ilişkin çekincelerini ve katılımın olası etkileri üzerine fikirlerini beyan etmişlerdir. Avrupa Birliği Komisyonu, AB Parlamentosu ve Avusturya, Belçika, Danimarka, Almanya, Finlandiya, Yunanistan, İtalya ve İsveç hükümetleri, öngörülen katılımın ATA'nın 164. ve 219. Maddelerine¹³⁶ ve genel olarak Kurucu Antlaşmalar'a aykırı olmadığını dile getirmiş¹³⁷; Fransa, Portekiz, İspanya, İrlanda ve Birleşik Krallık hükümetleri ise, ABAD'ın 1/91 ve 1/92 Sayılı Mütalaaları'na atıfta bulunarak, katılımın AB'nin yasal düzeninin özerkliğini ve ABAD'ın yargılama tekeline sorguya açtığından, 164. ve 219. Maddeleri ile uyumsuz olduğunu ileri sürmüşlerdir¹³⁸.

İspanya, 1/91 ve 2/91 Sayılı Mütalaalar'da ABAD tarafınca tanımlanmış kriterlerin aksine AİHM'in, AB hukukunu yorumlamanın ötesinde AİHS çerçevesinde onun yasallığını da inceleyeceği ve bu durumun ABAD'ın içtihatları üzerinde kesinlikle

¹³³ DEĞER, s.75.

¹³⁴ ATA Madde 228: "Konsey, Komisyon veya bir üye devlet, öngörülen antlaşmanın işbu Antlaşma hükümleriyle bağdaşır bağdaşmadığı hususunda önceden ATAD'ın mütalaasını alabilir. Adalet Divanı'nın mütalaasının olumsuz olduğu hallerde antlaşma ancak 236. Maddeye uygun olarak tespit edilen şartlarda yürürlüğe girebilir". Bu madde, ABİDA Madde 218/11'e karşılık gelmektedir.

¹³⁵ Opinion 2/94, p.I-1763.

¹³⁶ ABA Madde 19 ve ABİDA Madde 344'e karşılık gelmektedir.

¹³⁷ Opinion 2/94, p.I-1776.

¹³⁸ Opinion 2/94, p.I-1780-1781.

etki oluşturacağı ve ayrıca AİHS tarafları arasında AİHS'in yorumu ve uygulanmasına dair ortaya çıkan tüm anlaşmazlıkların AİHS'nin öngördüğü çözüm mekanizmalarında görülmesini zorunlu kılan hükmün, 219. Maddeyle uyumsuz olduğu görüşündedir¹³⁹.

Fransız hükümeti, AB'nin yasal düzeninin özerk olduğunu, özel bir yargı örgütüne sahip olduğunu ileri sürmüştü¹⁴⁰ ve İrlanda hükümeti bu görüşü açıkça destekleyerek, katılımın, ABAD'ın 164. ve 219. Maddelere dayanan antlaşmaların yorumuna ve uygulanmasına dayalı herhangi bir anlaşmazlığı çözmeye yönelik özel yetkisini sorgulanmaya açık hale getireceğini beyan etmiştir¹⁴¹.

Portekiz hükümeti ise, katılımı birlikte, AİHS'e başvuruda gerekli olan iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulunun karşılanıp karşılanmadığını saptayabilmek için AİHM'in, ABAD'ın yargı yetkisine ve böylece AB hukukunun yorumu ve uygulanmasına müdahalesinin söz konusu olacağını; bu nedenle AB ve üye devletlerin AİHS'te düzenlenen taraflar arası davalardan muaf tutulması gerektiğini belirtmektedir¹⁴².

Son olarak İspanya ve Birleşik Krallık, AİHM tarafından verilen kararların, özellikle de AİHM'in zarar görmüş tarafa maddi telafi biçimini alabilecek adil tazmin verilmesi hususundaki yetkisinin yasal etkisini vurgulamışlardır. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı durumunda ABAD'ın AİHS kapsamındaki uygulamalarında AB hukukunu yorumlamaya yönelik nihai ve özel otoritesinden vazgeçmiş olacağını; böylece AİHM'in kendisini sadece uluslararası bir sözleşmenin yorumu ve uygulanması ile kısıtlamayarak yani AB hukukunun yorumu ve uygulanması sürecine de dahil olarak AB ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımına dair de karar vermek durumunda kalacağını ileri sürmüşlerdir¹⁴³.

Katılımı destekleyen üye devletler, insan hakları alanında dış kontrole teslim olmanın AB hukuk düzeninin özerkliğini temelden etkilemeyeceğini varsaymakla

¹³⁹ Opinion 2/94, p.I-1781.

¹⁴⁰ Opinion 2/94, p.I-1781.

¹⁴¹ Opinion 2/94, p.I-1782.

¹⁴² Opinion 2/94, p.I-1782.

¹⁴³ Opinion 2/94, p.I-1782.

birlikte, 164. ve 219. Maddelerde yer alan ABAD'ın yargı yetkisi ile katılımın gerektirdiği hükümlerin uyumlaştırılmasının zorluğunu kabul etmektedirler¹⁴⁴.

Adalet Divanı, üye devletlerin ileri sürdüğü iddialar neticesinde, katılıma dair ilk olarak AB'nin katılımı gerçekleştirmeye yetkili olup olmadığı ikinci olarak katılımın antlaşma hükümleriyle, özellikle de Kurucu Antlaşmalar'da düzenlenmiş olan ABAD'ın yargı yetkisiyle bağdaşıp bağdaşmadığı olmak üzere iki ana husus tespit etmiştir¹⁴⁵.

Birinci hususa ilişkin olarak ABAD, hiçbir antlaşma hükmü AB kurumlarına insan haklarıyla ilgili kuralları kabul etme veya bu alandaki uluslararası sözleşmeleri tamamlama konusunda herhangi bir yetki vermediğinden,¹⁴⁶ böyle bir durumda yani bu amaç için açık veya zımni yetkilerin bulunmaması durumunda ATA'nın 235. Maddesinin katılım için yasal bir temel teşkil edip edemeyeceğinin düşünülmesi gerekeceğini belirtmiş¹⁴⁷ ve bu nedenle AB'nin AİHS'e katılımını 235. Maddeye¹⁴⁸ dayanarak incelemiştir¹⁴⁹.

ABAD'a göre 235. Madde, Kurucu Antlaşmalar'ın AB kurumlarına yetki verdiği alanlar dışındaki, yani Antlaşmalar'la düzenlenmemiş fakat kurumların Antlaşmalar'ın amaçları doğrultusunda harekete geçmesi gereken alanlardaki açığı doldurmak için düzenlenmiştir¹⁵⁰. Fakat ABAD, 235. Maddenin AB kurumlarının yetkilerinin Kurucu Antlaşmalar'ın hükümleri tarafından oluşturulan genel çerçevenin ötesine geçmesi ve bu Antlaşmalar'ı değiştirme etkisi doğurabilecek hükümlerin kabulü için temel teşkil edemeyeceğini belirtmiştir¹⁵¹. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı kendi insan hakları sisteminin başka bir uluslararası hukuk sistemine girişini kapsadığı için ABAD, katılımın

¹⁴⁴ Alys J. WARD, "The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights Within the European Union", **Georgia Journal of International and Comparative Law**, 1999, Vol.27, No.635, p.637.

¹⁴⁵ Opinion 2/94, para. 9.

¹⁴⁶ Opinion 2/94, para. 27.

¹⁴⁷ Opinion 2/94, para. 28.

¹⁴⁸ ATA Madde 235: "Ortak Pazarın işleyişi süresince Topluluk amaçlarından birinin gerçekleştirilmesi için Topluluğun girişimde bulunmasının gerekliliğinin anlaşılması ve işbu Antlaşmada gerekli yetkilerin verilmemiş olması durumunda Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun görüşünü aldıktan sonra oybirliğiyle karar alarak gerekli düzenlemeleri yapar". Bu madde, ABİDA'nın 352. Maddesine karşılık gelmektedir.

¹⁴⁹ Opinion 2/94, para. 31.

¹⁵⁰ Opinion 2/94, para. 29.

¹⁵¹ Opinion 2/94, para. 30.

AİHS'in tüm hükümlerinin AB'nin yasal düzenine entegrasyonunu ve böylece AB hukuk sisteminde önemli değişiklikleri gerektirdiğini¹⁵²; AB insan hakları koruma sisteminin böylesi bir modifikasyonunun, AB ve üye devletler için eşit ölçüde temel kurumsal etkilerle birlikte anayasal bir önem taşıdığını ve 235. Maddenin kapsamının bu bağlamda yetersiz kaldığı ve modifikasyonun ancak Kurucu Antlaşmalar'da değişiklikle meydana getirilebileceğini belirtmiştir¹⁵³. Bu nedenle ABAD, AB hukukunun mevcut konumu ve yetkilerinin AİHS' e katılım için yeterli olmadığı görüşündedir¹⁵⁴.

Bahsi geçen maddeye dayanan hukuki boşluk doldurma, AB'nin hedeflerinin gerçekleşmesi için ortak pazar çerçevesinde işlem yapmasının gerekli görülmesi ve ancak Kurucu Antlaşmalar'ın bu konuda işlem yapma yetkisini AB'ye tanımamış olması durumunda ona yetki kazandırmak için kullanılmakta olmasına rağmen, bu durumda bile AB'nin ödevlerini ve yetki alanını belirleyen antlaşma hükümlerinin bütününden kaynaklanan genel çerçevenin dışına çıkılamayacağı; yani bu boşluk doldurma yetkisinin antlaşma değişikliği yerine geçemeyeceği vurgulanmıştır¹⁵⁵. Adalet Divanı'nın 235. Maddeyi bu şekilde okuması ise, onu adeta marjinalize ettiği eleştirilerine yol açmıştır¹⁵⁶.

Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılıma yönelik yetkisine ilişkin karar verirken ABAD, AB'nin yalnızca kendisine verilen yetkilere sahip olduğu öncülünden hareketle AB'nin uluslararası taahhütlere girme yetkisinin ancak Kurucu Antlaşmalar'da açıkça yer alıyorsa veya Antlaşmalar'ın hükümlerinden ima yoluyla çıkartılabiliyorsa insan haklarına uygulanabileceğini ve hiçbir Kurucu Antlaşma hükmünün, insan hakları kurallarını yürürlüğe koymak veya bu alanda uluslararası sözleşmeler yapmak için herhangi bir genel güce sahip olmadığını belirtmiştir¹⁵⁷. Bu noktada, AİHS'e taraf olmak uluslararası kurumsal bir sisteme dahil olmak anlamı taşıdığından ABAD'ın anayasal

¹⁵² Opinion 2/94, para. 34.

¹⁵³ Opinion 2/94, para. 35.

¹⁵⁴ Opinion 2/94, para. 36.

¹⁵⁵ ODER, s.175.

¹⁵⁶ Ercüment TEZCAN, *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, 1. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınevi, 2002, s.246.

¹⁵⁷ Juliane KOKOTT & Frank HOFFMEISTER, "Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *The American Journal of International Law*, 1996, Vol.90, No.4, p.665.

boyutta bir değişiklik gerektiği yönlü görüşünün doğru bir tespit olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁸.

Diğer yandan, AB'nin AİHS'e katılım için anayasal boyuta değişiklik yapmasının zorunlu olduğu görüşünün haklı yanları olsa da, ABAD'ın katılımın üye devletler bakımından da temel kurumsal etki getireceği yönündeki gerekçesinin, üye devletlerin halihazırda AİHS'e taraf olmaları ve AİHM'de ihlal iddiasıyla yargılanabilmelerinden dolayı yersiz olduğu savunulmuştur¹⁵⁹. Ayrıca devletler düzeyinde yasayla taraf olunabilen AİHS'e katılım konusunda AB söz konusu olduğunda antlaşma değişikliği şartı koşması sebebiyle ABAD, AB'nin uluslararası örgütlere katılımını zora sokan bir yaklaşım benimsediği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁰.

Adalet Divanı ikinci hususa, yani üye devletlerin ileri sürdüğü iddialar doğrultusunda ele aldığı katılımın antlaşma hükümleriyle, özellikle de kendi yargı yetkisine dair 164. ve 219. Maddelerle bağdaşp bağdaşmadığı hususuna ilişkin olarak, ABAD'ın, AB'nin sözleşme tarafından kurulan mevcut ve gelecekteki yargı kontrolüne sunmayı öngördüğü düzenlemeler hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerektiği ancak böyle bir bilginin verilmemiş olduğunu; bu açıdan AB'nin, AİHS'e katılımın Kurucu Antlaşmalar ile uyumluluğuna dair mütalaa verecek konumda olmadığı¹⁶¹ görüşündedir.

Üye devletlerin ABAD'a sundukları görüşlerinde ortaya koydukları katılıma ilişkin temel sorun olan AİHS sisteminin yargı denetimi karşısında AB hukukunun özerkliği ve özellikle ABAD'ın son karar mercii olması konularındaki tereddütleri, yeterli belgeler olmaması nedeniyle ABAD tarafından açıkça tartışılmamıştır¹⁶².

Öte yandan AB, dış ilişkilerinde, insan haklarının ihlal edildiği yönünde eleştiri yapmaktan ve insan haklarına saygısızlık olduğu gerekçesiyle yaptırım uygulanmaktan çekinmediği için, AB'nin AİHS'e katılım için gerekli yetkilere sahip olmadığı yönündeki

¹⁵⁸ Mehmet ÖZCAN, *Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları*, 1. Baskı, İstanbul: Hayat Yayınevi, 2012, s.208.

¹⁵⁹ Mahmut GÖÇER, "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, C.17, s.388.

¹⁶⁰ TEZCAN, s.251.

¹⁶¹ Opinion 2/94, para. 21 and 22.

¹⁶² Naz ÇAVUŞOĞLU, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2005, C.22, s.3.

ABAD kararı, 'dediğimi yapın ama yaptığımı yapmayın yaklaşımı'na denk düşmesi ve tuhaf görünmesiyle eleştirilmiştir¹⁶³.

Sonuç olarak ABAD, AB'nin AİHS'e katılım konusunda yetkili olmadığını belirterek iki farklı hukuk sistemi ve yargı mekanizması arasında oluşabilecek muhtemel yetki sorunlarını ileri tarihe ertelemiştir¹⁶⁴. Fakat aynı zamanda ABAD'ın 2/94 Sayılı Mütalaası'nda üye devletlerin, istemeleri durumunda, Antlaşmalar'ı AİHS'e katılımın önünü açacak şekilde değiştirebileceklerini ortaya koyduğu belirtilmiştir.¹⁶⁵. Adalet Divanı'nın görüşleriyle katılımın önünü tıkadığı ve kendi kurumsal yetki gücünü koruma çabasında olduğu düşünülse ve bu iddiaların görüldüğü üzere haklılık payı olsa da, ABAD bu görüşüyle üye devletlerin katılım konusunda nihai söz sahibi olduğu ve katılımı gerçekleştirme gücünün yine onlarda bulunduğunu kabul etmekte ve göstermektedir. Gösterilen bu yol, üye devletler tarafından anayasal değişiklikle sonuçlanacak sürecin de başlangıcı olmuştur.

IV. KATILIM İÇİN YASAL ALT ZEMİN OLUŞTURULMASI

A. Lizbon Antlaşması ile Getirilen Düzenlemeler

Adalet Divanı'nın 2/94 Sayılı Mütalaası'yla ortaya koyduğu AB'nin AİHS'e katılımının ancak üye devletlerin Kurucu Antlaşmalar'da gerçekleştireceği değişikliklerle mümkün olduğu görüşü neticesinde, 13 Aralık 2007 tarihinde üye devletler tarafından imzalanan ve 1 Aralık 2009 tarihi itibarıyla uygulamaya geçirilen Lizbon Antlaşması¹⁶⁶ sayesinde anayasal değişiklik gerçekleştirilmiş ve böylelikle yine ABAD tarafından ortaya konulan AİHS'e katılımın önündeki engeller de ortadan kaldırılmıştır¹⁶⁷.

Lizbon Antlaşması'yla, AB tarihinde insan hakları alanında gerçekleştirilmiş en önemli güncelleştirmeler yapılmış ve böylece AİHS'in AB hukuki düzenindeki yasal

¹⁶³ Michal BOBEK, "A Rather Awkward Relationship; The European Court of Human Rights, The European Union and The Search for Human Rights Competency", **Common Law Review**, 2003, Vol.4, p.11.

¹⁶⁴ DEĞER, s.79.

¹⁶⁵ Henry ABBOTT, "The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights", **Irish Journal of European Law**, 2008, Vol.15, No.1-2, p.93.

¹⁶⁶ OJ (2012) C 326/47-200.

¹⁶⁷ ABBOTT, p.99.

konumu ve rolü deęişmiştir¹⁶⁸. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı, ABA'nın 6/2. Maddesi, ABİDA'nın 218. Maddesi ve ABA'nın 6. Maddesine ilişkin 8 No.lu Protokol'le düzenlenmiştir; ABA'daki değişiklikler maddi koşullara ilişkin, ABİDA'daki değişiklikler ise şekli prosedüre ilişkin düzenlemelerdir¹⁶⁹.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6/2. Maddesinde "Avrupa Birliği, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Avrupa Birliği'nin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz" ibaresi kullanılmaktadır. Bu bağlamda, yenilenmiş ABA Madde 6 ile AB'deki temel hakların korunmasının yeni bir düzeye çıkartıldığı ve AİHS'e katılımın AB'nin yükümlülüğü haline geldiği belirtilmiştir¹⁷⁰. Söz konusu maddede yer alan *katılır* ifadesinin bir seçeneği ya da bir niyeti değil, hukuki bir zorunluluğu işaret etmekte olduğu; bu nedenle aynı paragrafta yer alan katılımın Antlaşmalar'da tanımlanan AB yetkilerinde herhangi bir değişiklik yapmayacağı ibaresinin altının çizilmesine gerek olmadığı ileriye sürülmüřtür¹⁷¹. Böylelikle bu madde AİHS'e katılımın temel hukuki dayanağını oluřturmuřtur¹⁷². Bunun dışında ilgili maddenin ABAD'ın yorumlayıcı özerkliğini önemli ölçüde azalttığı da ileri sürülmüřtür¹⁷³. Diğer yandan bu maddenin getirdiği zorunluluğun, hem AB hem üye devletleri kapsadığı ve her ikisinin de AİHS'e katılım konusunda herhangi bir takdir yetkisi kalmadığı savunulmuřtur¹⁷⁴.

Zira ABİDA'nın 218/8. Maddesinde "Avrupa Birliği Konseyi, AB'nin İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne

¹⁶⁸ Andrej STEFANOVIĆ, "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", **Sui Generis Journal**, September 2016, Year 3, Vol.3, p.23.

¹⁶⁹ Füsün ARSAVA, "Avrupa Temel Haklar şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2013, Yıl 4, S.14, s.89.

¹⁷⁰ Karoline L. MATHISEN, "The Impact of The Lisbon Treaty, in Particular Article 6 TEU, on Member States' Obligations with Respect to the Protection of Fundamental Rights", **University of Luxembourg Law Working Paper**, 2010, Vol.1, p.5.

¹⁷¹ Engin SELÇUK, "Lizbon Sonrası Avrupa Birliği'nin Yenilenen Temel Haklar Sorunsalı", **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**, 2014, C.22, S.1, s.127.

¹⁷² ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.89.

¹⁷³ John L. MURRAY, "The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law", **Fordham International Law Journal**, 2011, Vol.33, No.5, p.1402.

¹⁷⁴ KAYGISIZ, s.156.

katılımına ilişkin antlaşma için oybirliğiyle hareket eder; bu antlaşmanın akdedilmesine ilişkin karar, üye devletler tarafından kendi anayasal kurallarına uygun olarak onaylandıktan sonra yürürlüğe girer" ibaresiyle katılıma ilişkin usullere dair süreç ortaya konulmuştur. Buradan katılım sürecinin işleminde sadece AB'nin değil aynı zamanda üye devletlerin de rol aldığı görülmektedir. Bu noktada, üye devletlerin yükümlülüklerinin gereği doğrultusunda ABİDA Madde 218/8'i ihlal etmeleri durumunda, her üye devlete karşı Komisyon tarafından ABİDA'nın 258. Maddesinin¹⁷⁵ ihlal edildiği gerekçesiyle ihlal davası açılacağı belirtilmiştir¹⁷⁶.

Öte yandan ABİDA 218/8'de üye devletlere verilen onay yetkisinin aynı zamanda veto yetkisi de olduğunu ve en nihayetinde katılıma ilişkin son sözü söyleme yetkisinin üye devletlere bırakıldığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹⁷⁷.

Katılıma dair bir diğer yenilik ise ABA'nın 6/2. Maddesine ilişkin 8 No.lu Protokol'de¹⁷⁸ gerçekleştirilmiştir. Protokolün 1. Maddesinde, katılım antlaşmasının AB ve AB hukukunun özgün niteliklerinin korunması amaçlı hükümleri bulundurması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Birliği ve AB hukukuna özgü niteliklerin, özellikle AB'nin AİHS'in kontrol organlarına katılımı konusundaki özel düzenlemelerin yapılması ve AB'ye üye olmayan devletlerce yapılacak şikayetler veya bireysel başvuruların üye devletlere ve/veya AB'ye doğru bir şekilde yönlendirilmesi için gerekli mekanizmaların uygun bir şekilde oluşturulması noktalarında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

8 No.lu Protokol'de, "AB ve AB hukukunun özgün nitelikleri"nin korunması gerektiği vurgulanmaktadır. Protokol'de özgün niteliklerin ne olduğu belirtilmemekle

¹⁷⁵ ABİDA Madde 258: "Komisyon, üye devletlerden birinin Antlaşma'lar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediği kanısına varırsa, bu devlete kendi görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra mesele üzerine gerekçeli görüşünü bildirir. İlgili devlet Komisyon'un belirlediği süre içinde bu görüşü uygun hareket etmezse, Komisyon meseleyi Avrupa Birliği Adalet Divanı'na götürebilir".

¹⁷⁶ ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.90.

¹⁷⁷ Azime Aslı BİLGİN, s.246; Ahmet M. GÜNEŞ, "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C.XII, S.1-2, s.751.

¹⁷⁸ Consolidated Versions of the Treaty on the Functioning of the European Union. **Protocol (No 8)**. Relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 26.10.2012 [OJ C 326/1].

birlikte bu niteliklerin korunmasıyla kastedilenin AB hukukunun özerkliği olduğu¹⁷⁹; diğer yandan bunun AB hukukunun özgün hukuki ve kurumsal yapısının korunması şeklinde de anlaşılabilmesi ileri sürülmüştür¹⁸⁰.

Ayrıca 8 No.lu Protokol'de bireysel başvuruların AB'ye ve üye devletlere yönlendirilmesi için uygun mekanizmaların oluşturulması gerektiği belirtilmişse de bireysel başvuruyu gerçekleştiren kişilerin yaygın olarak hukuk eğitimi almamış olmaları hesaba katıldığında doğru davayı belirlemede isabetli karar verilemeyeceği ve eğer uygun mekanizmayla kastedilen AİHM ise bunun AİHM'in AB ve üye devletler arasında yeterlilik ayrımı yapması sonucunu doğuracağı ve en nihayetinde AB hukukunun özerkliğine zarar vereceği ileri sürülmüştür¹⁸¹.

Diğer yandan katılıma ilişkin getirilen ABA Madde 6/2'de yer alan "Bu katılım, Avrupa Birliği'nin Kurucu Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz" ibaresi 8 No.lu Protokol'de belirtilen AB hukukunun özgün nitelikleriyle, yani Protokol'de yer alan "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim kuruluşlarına muhtemel katılımı için özel düzenlemeler" ibaresi ile kurumsal açıdan ve "üye olmayan devletler tarafından yapılacak başvurular ve bireysel başvuruların üye devletlere ve/veya Avrupa Birliği'ne karşı usulüne uygun olarak yapılması için gerekli mekanizmalar" ibaresi ile de usul açısından özerkliğin ortaya konulmasıyla birlikte düşünüldüğünde, AB'nin özerkliğini koruma gayesiyle müzakere çerçevesinin esaslı bir şekilde sınırlandırıldığı eleştirisi yapılmıştır¹⁸².

8 No.lu Protokol'ün 2. Maddesinde AİHS'e katılımın AB'nin yeterliliklerini veya kurumlarının yetkilerini ve üye devletlerin durumunu etkilemeyeceği belirtilmiş; söz konusu protokolün 3. Maddesinde ise katılım antlaşmasının hiçbir koşulda ABİDA'nın 344. Maddesini etkilemeyeceği ortaya konulmuştur. Bu düzenlemelerle gelecekte oluşturulacak

¹⁷⁹ Tobias LOCK, "EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg", **European Law Review**, 2010, Vol.35, No.6, p.781.

¹⁸⁰ Gökçe TOPALOĞLU, **Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna Katılımı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, s.26.

¹⁸¹ Paul GRAGL, "Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union's Legal Autonomy?", Wolfgang BENEDEK et al (Eds.), in **European Yearbook on Human Rights** (65-77), Viyana: NWV, 2011, p.71.

¹⁸² SELÇUK, s.136.

antlaşmayla esas olarak AB hukuk düzeninin özerklik ilkesine saygı duyulması ve özellikle AB'nin AİHS'e katılımına ilişkin ABAD'ın yorumlayıcı özerkliğinin tehlikeye atılmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁸³. Ayrıca bu hükümlerin, AB'nin hukuk sistemi açısından vazgeçilmez unsurların kısa ama özlü bir listesini ortaya koyduğunu; fakat gerek ABA Madde 6'da gerekse 8 No.lu Protokol'de ortaya çıkan AB'nin yasal özerkliğini koruma niyetinin, özellikle de AB'nin yetkilerinin katılımdan etkilenmemesi gereğinin sürekli olarak yinelenmesinin, uluslararası mahkemelerin yasal gerçekliğiyle ve AB ile üye devletler arasındaki bölünmüş yeterliliklerle uygun olup olmasının şüpheli olduğu savunulmuştur¹⁸⁴.

Katılımın gerçekleştirilmesi için getirilen bütün bu düzenlemeler, katılım ile özerklik meselelerine ilişkin düzenlemelerin iç içe geçtiğini göstermektedir. Ayrıca, Lizbon Antlaşmasıyla getirilen düzenlemelerle, AB'nin AİHS'e katılımı hususunda ABAD'ın 2/94 Sayılı Mütalaası'nın kapattığı kapının açılmış olduğu ve bunun da ötesinde katılım yükümlülük haline getirilerek katılım müzakereleri çerçevesinde cereyan edecek bir sürecin başlatılmış olduğu ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Bu açıdan Lizbon Antlaşması ile AB'nin gelişiminin yeni bir sürece girdiği belirtilmiştir¹⁸⁶.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Meydana Getirilen Değişiklik

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin katılım için öngörülen yöntemin düzenlendiği 59. Maddesinde belirtilmiş olduğu üzere, AİHS'e sadece devletler taraf olabilmektedir¹⁸⁷. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı bu nedenle, sadece AB hukuku içerisinde değil aynı zamanda AİHM'de de değişiklik yapılması gereğini doğurmuştur. Bu madde ile birlikte, dava yükü artışının AİHM'in faaliyetleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin kaldırılması amacıyla 13 Mayıs 2004 tarihinde imzalanan ve 1 Haziran 2010 tarihiyle uygulamaya konulan 14. Protokol'de de AB'nin AİHS'e katılımı hususunda bir

¹⁸³ Xavier GROUSSOT & Laurent PECH, "Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty", **European Issues**, 2010, No.173, p.12.

¹⁸⁴ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.23.

¹⁸⁵ Ahmet Burak BİLGİN, s.379,380.

¹⁸⁶ Aydın TURHAN, "Avrupa Birliği'nin Gelişim Sürecinde İnsan Hakları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2017, S.9, s.471.

¹⁸⁷ Rona AYBAY, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", **TBB Dergisi**, 2010, S.88, s.232.

yenilik getirilmiştir¹⁸⁸. Bu katılımı mümkün hale getiren düzenleme, 14 No.lu Protokol'ün 17. Maddesiyle, AİHS'in 59. Maddesine "Avrupa Birliği, Sözleşmeye katılabilir" fıkrasının eklenmesi yoluyla gerçekleştirilmiştir¹⁸⁹. Avrupa Birliği hukukunda katılıma dair hukuki boşluk Lizbon Antlaşması'nda değişiklik yapılarak giderilmişken; AİHS'in uluslararası kuruluşlara açık olmayan yapısı da sözü edilen değişikliklerle giderilerek AB'nin AİHS'e katılımının önündeki temel engeller kaldırılmıştır¹⁹⁰.

Bununla birlikte AB'nin AİHS'e katılımının mümkün olabilmesi için AİHS'te daha fazla değişiklik yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür¹⁹¹. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. Maddesi ve 8 No.lu Protokol'ünde AB'nin yasal özerkliğinin korunmasına verilen önem, katılımın diğer tarafı olan AİHS sisteminde yapılan değişikliklerde göz önünde bulundurulmamıştır; çünkü sadece AB'nin bir birlik olarak sözleşmeye katılabileceği ifade edilmiş ancak AB hukukunun özerkliğinin korunmasına atıfta bulunulmamıştır¹⁹².

Görüldüğü üzere katılım için ABA'nın 6/2. Maddesinde, ABİDA'nın 218. Maddesinde ve ABA'nın 6. Maddesine ilişkin 8 No.lu Protokol'de yapılan düzenlemeler sadece bir başlangıcı ortaya koymuş ve bunun sonucunda 7 Temmuz 2010 tarihinde AB Komisyonu'na verilen yetki ile AB'nin AİHS'e katılımı için müzakere süreci başlamıştır¹⁹³. Bu süreçte AB'nin özerkliğiyle ilişkili olarak tarafların hangi adımları atacağı; AB'nin taviz verip vermeyeceği ya da ne şekilde taviz vereceği ve diğer taraftan AİHS'te bu konunun önemi göz önünde bulundurulurken yeni adımlar atılıp atılmayacağı meselelerinin oldukça önemli olduğu ortadadır. Atılacak adımlar, üye devletler ve AB'nin kendisinin yetkileri ve aralarındaki ilişkilerin düzenlenmesinde etkili olmakla kalmayıp,

¹⁸⁸ Serkan CENGİZ, "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", **TBB Dergisi**, 2005, S.56, s.342.

¹⁸⁹ Council of Europe, Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Strasbourg, 13.5.2004, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680083711\(11.05.2019\)](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680083711(11.05.2019)); Ayrıca bkz. Ahmet Burak BİLGİN, s.381.

¹⁹⁰ LOCK, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, p.777.

¹⁹¹ GROUSSOT & PECH, p.10.

¹⁹² GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.23.

¹⁹³ Işıl ÖZKAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011, S.1, s.166.

onların AİHS'e taraf olan diğer devletlerle ilişkilerinin düzenlenmesi üzerinde de etkili olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇÖZÜM YOLU OLARAK KATILIM ANTLAŞMASI TASARISI

Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımına dair müzakereler 7 Temmuz 2010 tarihinde başlamış, yıllar içinde birçok görüşme gerçekleştirilmiş ve en sonunda Nisan 2013'te Nihai Antlaşma¹⁹⁴ ve eki Açıklayıcı Rapor¹⁹⁵ ile son halini almıştır.

Katılımı öngören ABA Madde 6/2, AİHS Madde 59/2 ve 14 No.lu Protokol'le yapılan değişiklikler gerçekleştirilecek bir katılım için yeterli olmadığından müzakerelerin daha ayrıntılı bir metinle gerçekleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır¹⁹⁶.

Ancak katılımın yol gösterici prensibi adalet arayan bireylerin insan hakları korunmasını arttırmak olduğundan, katılımın yöntemlerinin olabildiğince basit tutulması gerektiği de belirtilmiştir¹⁹⁷. Bu nedenle katılım için her bireyin anlayabileceği sade birer başvuru prosedürü içeren iki yol öngörülmüştür. Bunlardan ilki Katılım Antlaşması ile bir düzenleme yapılması, diğeri ise AİHS'e ek özel bir protokolda katılımın düzenlenmesidir. Bu iki seçenek içerisinden genelde ilkinden yana tercihler ortaya konulmuştur¹⁹⁸. Bunun iki önemli sebebinden biri Katılım Antlaşması'yla sürecin tamamlanmasının müzakere eden taraflara 8 No.lu Protokol'ün gereklerine ve AB'nin yasal özerkliğinin korunması için gereken bazı temel şartlara ve prosedürel gerekliliklere daha iyi uymaları imkanını verecek

¹⁹⁴Council of Europe, Final Report to the CDDH, Strasbourg, 10 June 2013 [47+1(2013)008rev2], https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf (15.05.2019).

¹⁹⁵ Final Report, app. V.

¹⁹⁶ Final Report, app. V, para. 4.

¹⁹⁷ Council of Europe, '1st Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission', Strasbourg, 22 June 2010 [CDDH-UE(2010)03 <https://social.hse.ru/data/2012/05/29/1252463532/EP%20resolution.pdf> (12.05.2019), para. 6.

¹⁹⁸ Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, Strasbourg, 13 May 2004 [CETS - No.194], <https://rm.coe.int/16800d380f> (01.05.2019), para. 101.

olması¹⁹⁹ ve ikincisi AB'nin AİHS'e katılımı devletler için oluşturulan yasal bir araca devlet dışı bir tarafın katılımı olduğundan bu katılımın AİHM'in nitelikleri değiştirilmeden tamamlanması ve AİHS'in mevcut kontrol mekanizmasını korumak için AİHS yargı sisteminde yapılan değişikliklerin asgari seviyede, sınırlı tutulması amacının taşınmasıdır²⁰⁰.

Katılım Antlaşması Tasarısı, başlangıç bölümünü takip eden on iki madde ve bir açıklama raporundan (*explanatory report*) oluşmaktadır. Katılım prosedürüne dâhil olan iki taraf olduğu için Katılım Antlaşması hem AB hukuku açısından hem de AİHS sistemi açısından değişiklikleri barındırmaktadır. Buradan sonra çalışmanın kapsamı göz önünde bulundurularak katılımın AB hukukunun özerkliğini etkileyen kısımları ele alınacaktır.

I. KATILIMIN KAPSAMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 59. MADDESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

A. Katılım Antlaşması'nın İçeriği

Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 1 ile AB'nin AİHS'i kabul ettiği; Madde 10/4 ile de Antlaşma'nın yürürlüğe girmesi üzerine AB'nin AİHS'e taraf olacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca katılımın gerçekleşmesi için bunun dışında başka bir belgenin düzenlenmesine gerek olmadığı da ortaya konulmuştur²⁰¹. Avrupa Birliği AİHS'in dışında aynı zamanda AİHS Protokolü'ne²⁰² ve 6 No.lu Protokol'e²⁰³ de katılacaktır²⁰⁴. Müzakere görüşmeleri sırasında üye devletler tarafından ifade edilen endişelerin²⁰⁵ ardından müzakereciler, AB'nin AİHS'e katılımını, tüm üye devletlerin taraf olduğu Protokoller ile sınırlamayı seçmişler²⁰⁶; aksi halde üye devletlerin AİHS'de yer alan ve

¹⁹⁹ CDDH-UE(2010)03, para. 3.

²⁰⁰ ibid, para. 5.

²⁰¹ Final Report, app. V, para. 17.

²⁰² Mülkiyetin korunması, eğitim hakkı, serbest seçim hakkı ve ülkesel uygulama haklarını içeren Protokol, AİHS'in ekinde bulunması dolayısıyla Ek Protokol olup, aynı zamanda 1 No.lu Protokol diye de adlandırılmaktadır. Bkz. ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.97.

²⁰³ Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Protokol.

²⁰⁴ Explanatory Report, para. 17.

²⁰⁵ Agne LIMANTE, "Draft EU to ECHR Accession Agreement: Fitting Cinderella's Shoes for Gulliver", *King's Student Law Review - Blog Series*, 29.01.2012, <http://kslr.org.uk/blogs/europeanlaw/2012/01/29/50/> (29.04.2019).

²⁰⁶ Paul CRAIG, "EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance", *Fordham International Law Journal*, 2013, Vol.2013, No.1114, p.1118.

imzalamadıkları bir protokolden dolayı AB hukuku bağlamında sorumlu olacakları belirtilmiştir²⁰⁷. Öte yandan üye devletler bu protokollerin uygulanmasına dair sorumluluğu yalnızca AB hukukunu uyguladıkları ölçüde taşıyacaklarından bu endişenin haklı olmadığı; fakat üye devletlerin bu konudaki isteksizlikleri nedeniyle müzakerecilerin de minimalist bir yaklaşımı tercih ettikleri ileri sürülmüştür²⁰⁸. Ayrıca AB ve üye devletlerin katılmadığı birçok Protokol maddesinde yer alan haklar AB Temel Haklar Şartı'nda da yer aldığından, Şart'ın 52/3. Maddesi gereği AİHS'de düzenlenen haklara karşılık gelen Şart haklarının, AİHS'le aynı şekilde okunması yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰⁹. Bu sebeple protokoller konusunda daha geniş bir bakış açısına sahip olunması ve en azından AB'nin, Şart'ın güvence altına aldığı hakları ifade eden tüm protokollere katılması gerektiği savunulmuş²¹⁰; üye devletlerin zaten bu Şart kapsamında ABAD'a karşı sorumlulukları bulunduğundan Tasarı'yla kabul edilen durumun, AB'nin bu alanda sadece AİHM denetimden muaf olması sonucunu doğuracağı ileri sürülmüştür²¹¹. Adalet Divanı üye devletlere dair böyle bir davayla karşılaştığında, Katılım Antlaşması'nın ifadelerine sıkı sıkıya bağlı kalabilecek ve yalnızca AB'nin kabul ettiği Protokolleri uygulayabilir veya Şart'ın 52/3. Maddesine dayanarak AB'nin katılmamış olduğu Protokolleri de dikkate alıp karar verebilecektir.²¹² Bir diğer alternatif olarak ise ABAD'ın ABA Madde 6/3'e²¹³ dayanarak genel hukuk prensipleri doğrultusunda Şart ve AİHS arasındaki ilişkiye dair yorumlardan kaçınmasıyla bu iki belge arasında daha büyük bir tutarlılık derecesine ulaşılabileceği ileri sürülmüştür²¹⁴.

²⁰⁷ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.107.

²⁰⁸ Léopold VANBELLINGEN, "The EU Accession to the European Convention on Human Rights: What's at Stake for the EU Institutions?", (LLM – Advanced Studies in European Law ,Gent University, Faculty of Law, 2013-2014), p.20.

²⁰⁹ AB Temel Haklar Şartı Madde 52/3: "Bu Şartta yer alan haklardan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesinde yer alan haklarla örtüşenlerin anlamı ve kapsamı, söz konusu Sözleşme'deki haklarıkiyle aynıdır. Bu hüküm, AB hukukunun daha ileri bir koruma getirmesine engel teşkil etmez".

²¹⁰ JACQUE, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1004.

²¹¹ TOPALOĞLU, s.41.

²¹² JACQUE, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1003-1004.

²¹³ ABA Madde 6/3: "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, AB hukukunun genel ilkelerinin parçasıdır".

²¹⁴ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, -p. 95.

Avrupa Birliği'nin onaylamadığı (AİHS Ek Protokol ve 6 No.lu Protokol'ün dışındaki protokoller) fakat üye devletlerin onayladığı herhangi bir protokolle ilişkili olarak, bir üye devletin AB hukukunu uygulamasından dolayı bu protokolü ihlal ettiğine yönelik bir iddianın gündeme gelmesi durumunun nasıl bir sonuç doğuracağı sorusunun cevabının belirsiz kaldığı ileri sürülmüştür²¹⁵. Bu noktada AİHM'in Bosphorus formülünü²¹⁶ yeniden etkinleştirebileceği belirtilmişse de²¹⁷ bu durumun protokolü onaylamış üye devlet ve onaylamamış AB senaryosuna karşılık gelecek ve AB ve üye devletin iki farklı yasal yükümlülüğe sahip olması sonucunu doğuracak olmasından dolayı katılım öncesi duruma yasal olarak benzediği ve insan hakları korumasında hala bir boşluk bulunmasını engelleyemeyeceği savunulmuştur²¹⁸. Buna ilaveten, AB'nin AİHS'e katılım hedefini zayıflattığı için AİHM'in er ya da geç *Bosphorus* Doktrini'ni terk etmesi gerektiği belirtilmiştir²¹⁹. Böyle bir durumda AİHM'in nasıl hareket edeceği belirsiz görünmekteyse de AB'nin sadece bu iki protokole katılımı yönlü bir tercihin kesinlikle yetersiz olduğu savunulmuştur²²⁰.

Öte yandan AB'nin bütün protokollere katılması, üye devletlerin de *de facto* olarak AB hukuku kapsamında bu protokollere bağlı olmasına neden olacağı ve bu durumun 8 No.lu Protokol'le bağdaşmayacağı gibi daha önce sözü edilen özerklik kavramı açısından da ciddi tehlike doğuracağı vurgulanmıştır²²¹. Buna karşılık Tasarı ile

²¹⁵ Sébastien PLATON, "The Accession of the European Union (EU) to the European Convention on Human Rights (ECHR): Consequences and Perspectives", Lithuanian Parliament, 16.05.2014, <https://www.academia.edu/7172569/> (07.03.2019).

²¹⁶ Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi V. Ireland [ECHR App. No. 45036/98], 30.06.2005. Bosphorus Davası, İrlanda otoritelerinin kendilerine hiçbir takdir yetkisi bırakmayan AB mevzuatı gereğince Bosphorus şirketinin uçağına el koyması ve şirketin mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle İrlanda aleyhine AİHM'de dava açmasına ilişkindir. AİHM ilgili davada İrlanda aleyhine ihlal kararı vermemekle birlikte eş değerlik yaklaşımını (*Bosphorus* doktrini) ortaya koymuştur. Buna göre; AİHS'in sağladığına eş sayılabilecek şekilde temel hakların korunması söz konusuysa; ilgili devletin gerçekleştirdiği eylem haklı zemindedir. Eş değerlik yaklaşımı nihai nitelik arzetmemektedir ve her defasında gözden geçirilmeye açık bir haldedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.69-76.

²¹⁷ JACQUE, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1005.

²¹⁸ ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.108.

²¹⁹ Leonard F. M. BESSELINK, "The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions", https://pure.uva.nl/ws/files/1863964/122194_The_Protection_of_Fundamental_Rights_post_Lisbon_FINAL_corrected.doc (13.03.2019), p.37.

²²⁰ Martin KUIJER, "The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR's 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?", *Amsterdam Law Forum*, 2011, Vol.3, No.4, p.29.

²²¹ SELÇUK, s.137.

AB'nin üye devletlerden bağımsız olarak protokollere katılamayacağını ortaya koyan yaklaşımın ise, AB'nin üye devletlerden ayrı ve bağımsız bir yasal düzen olduğu gerçeğiyle çeliştiği belirtilmiştir²²².

Ayrıca ek protokollere ilişkin AB'nin tüm üye devletler tarafından onaylanmamış olan asli hakları içeren diğer protokollere katılmak istemesi durumunda (Örneğin 4, 7, 12 ve 13 No.lu Protokoller), ayrı katılım belgesi oluşturulması gerekecektir²²³. Ancak mevcut Katılım Antlaşması'nın 1/2.a Maddesinde belirtilen Temel Protokoller maddi anlamda katılımı zaten kapsadığı için, bu protokollere ilişkin başka Katılım Antlaşması imzalamak gerekli olmayacaktır²²⁴.

Katılım Antlaşma Taslağı'nın 1/3. Maddesinde, "AİHS ve protokollere katılım, AB'yi yalnızca kendi kurum, organ, ofis veya acentalarının veya onun adına hareket eden kişilerin eylem, önlem veya ihmalleriyle ilgili olarak sorumlu tutulabilir. AİHS'te veya protokollerde yer alan hiçbir şey, AB'nin bir eylemde bulunmasını veya AB yasalarına göre hiçbir yetkiye sahip olmadığı bir önlemi kabul etmesini gerektirmeyecektir" denilmiştir. Bu düzenlemeyle AİHS'in etkilerinin AB için sadece onun organları, kurumları ve diğer mercilerin tasarruflarıyla sınırlı olduğu belirtildiğinden, üye devletlerin AB hukukunu icra etmelerinden dolayı sorumlu olup olmayacakları veya ne derece sorumlu olacakları meselesinin belirsiz kaldığı eleştirisi getirilmiştir²²⁵.

Ayrıca ilgili hükümde bulunan AİHS'te veya protokollerde yer alan hiçbir şeyin AB'nin bir eylemde bulunmasını veya AB yasalarına göre hiçbir yetkiye sahip olmadığı bir önlemi kabul etmesini gerektirmeyeceği ibaresinin, 8 No.lu Protokol'ün 2. Maddesinin neredeyse kelimesi kelimesine tekrarı olduğu ve bu noktada üye devletlerin, uluslararası antlaşmalar kapsamında bir antlaşmanın akdeden taraflara belli başlı sorumluluklar tahsis ettiği ancak yetki ve güç dağılımına yönelik iç veya "anayasal" kuralları yönetmediği

²²²ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.108.

²²³ Explanatory Report, para. 17.

²²⁴ Explanatory Report, para. 20.

²²⁵ ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.98.

gerçeğini göz ardı ettikleri ve sadece egemenliklerini ve yeterliliklerini AB'ye devretme endişesi taşıdıkları ileri sürülmüştür²²⁶.

Temel Haklar Şartı kapsamında bakıldığında da, Şart'ın 51. Maddesi²²⁷ gereği üye devletlerin AB'nin hukuki eylemlerine sadece AB hukuku kapsamında hareket ederken bağlı olduklarının ve Şart'ın AB'nin yetkilerini genişletmeyeceği ve AB için yeni bir güç veya görev oluşturmayacağı açıklandığından temel haklarla ilgili ilkelerin ancak AB hukuku kapsamına girdiği takdirde üye devlet eylemine karşı kullanılabilmesinin zaten katılım öncesi aşamada da teyit edilmiş olduğu belirtilmiştir²²⁸.

Katılım Antlaşması Taslağı'nın 1/4. Maddesinde "AİHS, Ek Protokoller ve Katılım Antlaşması kapsamında üye devlet organlarının veya onlar adına hareket eden şahısların eylem, işlem ve ihmallerinden, AB hukukunun yerine getirilmesi halinde bile ilgili üye devlet sorumludur. Ancak bu hüküm AB'nin dava arkadaşı olarak bu durumdan sorumlu tutulmasına engel olmaz" denilmiştir. Katılım Antlaşması'nın 1/3. ve 1/4. Maddelerinin, AB'nin katılım meselesinde sorumlu tutulabileceği alanların konu yönünden sınırlarını oluşturduğu belirtilmiştir²²⁹.

Bunun da ötesinde, genel olarak AB hukukunu uygulayanın üye devletler olması dolayısıyla, hak ihlali iddiaları açısından bakıldığında sorumluluğun kime ait olduğunun belirlenmesi için Katılım Antlaşması'nın 1/4. Maddesi bir atıf cümlesi olduğu; bu maddeyle üye devletlerin eylem, önlem ve ihmallerinin yalnızca AB yasasının uygulanması olduğu durumlarda bile kendilerine atfedilebilecek olduğu ve böylece

²²⁶ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.97.

²²⁷ AB Temel Haklar Şartı Madde 51;

1. Bu Şartın hükümleri, subsidiarite ilkesi gözetilmek suretiyle AB'nin kurum ve kuruluşlarına ve AB hukukunu uyguladıkları durumlarla sınırlı olmak üzere üye devletlere yöneliktir. Bunun sonucu olarak, AB'nin kurum ve kuruluşları ile üye devletler, yetkileri ölçüsünde bu Şartta yer alan haklara saygı gösterir; ilkeleri gözetir ve bu hak ve ilkelerin uygulanmalarını teşvik ederler.

2. Bu Şart, Topluluk veya AB bakımından yeni bir görev veya yetki yaratmaz ve Antlaşmalarda tanımlanan görev ve yetkileri değiştirmez.

²²⁸ CRAIG, p.1121.

²²⁹ KARAKUL, s.29.

Tasarı'nın 1/3. Maddesinde belirtilen sorumluluk modeline de uygun olduğu ileri sürülmüştür²³⁰.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 59. Maddesindeki Değişiklikler

Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımının gerektirdiği önemli değişikliklerden biri, AİHS metninde değişiklik yapılması gerekliliğidir. Katılım Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği anda AB Yüksek Akit Tarafları'na katılırken, Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 1/2 AB'nin katılımına olanak sağlamak için AİHS Madde 59/2'yi değiştirmektedir.

Öncelikle AİHS'in "*Avrupa Birliği bu sözleşmeye katılabilir*" ibaresinden oluşan 59/2. Maddesine yeni maddeler eklenmesine karar verilmiştir. Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 1/2.a maddesi AB'nin AİHS ve Protokolleri'ne katılmasına izin veren 59/2.a'yı; Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 1/2.b ise, Katılım Antlaşması'nın AİHS'in ayrılmaz bir parçası olduğunu belirten yeni bir düzenlemeyi yani AİHS Madde 59/2.b'yi uygulamaya koymaktadır. Böylelikle Katılım Antlaşması'yla birlikte AİHS Madde 59/2'ye a ve b olmak üzere 2 ayrı bent eklenecektir.

Ayrıca Katılım Antlaşması'nın AİHS'in ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilerek atıf ve yorumlama maddeleri gibi birçok düzenlemenin Katılım Antlaşması üzerinden ele alınacağını ortaya konulmasıyla AİHS'te yapılan değişikliklerin sınırlı tutulmasının amaçlandığı belirtilmiştir²³¹.

Katılım Antlaşması'nın yasal etkileri katılımdan sonra bile devam edeceği için, AB'nin katılım konusunda çeşitli hususları yönetmek adına, özellikle eş davalı mekanizması ve ABAD'ın ön katılım mekanizması ile ilgili olarak, özel iç hukuk kuralları edinmesi gerektiği belirtilmiştir²³². Daha fazla iç kural edinme gerekliliği doğrultusunda bu kurallar AB'nin kendine özgü yasal özelliklerini korumak adına kendi takdirine

²³⁰ Kristi RABA, "The Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms—Overview of the Accession Agreement", *ERA Forum*, 2013, Vol.14, No.557–572, p.567.

²³¹ Explanatory Report, para. 21.

²³² Explanatory Report, para. 21.

birakıldığı için, bu yolla AB hukuk düzeninin yasal özerkliğinin tehlikeye girmeyeceği ileri sürülmüştür²³³.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE PROTOKOLLERİNE ÇEKİNCE GETİREBİLME HAKKI

Katılım Antlaşması'nın 11. Maddesi uyarınca Antlaşma'ya hiçbir çekince yapılmasına izin verilmemesine rağmen; 2. Maddesi, AİHS Madde 57'ye²³⁴ dayanarak, AB'nin AİHS ve Protokoller'e çekince koymasına olanak sağlamaktadır. Ölüm cezası yasağını düzenleyen 6 No.lu Protokol'ün 4. Maddesi gereğince bu maddeye çekince koyulmasına izin verilmemiştir²³⁵. Açıklama Raporu'nda, AB'nin AİHS'e diğer Yüksek Akit Tarafları'yla mümkün olduğunca eşit bir şekilde katılmasını sağlayabilmek için onlara tanınan AİHS ve Protokoller'e çekince getirebilme hakkının AB'ye de tanındığı belirtilmiştir²³⁶.

Ayrıca Açıklama Raporu'nda, AİHS'in 57. Maddesi şu an yalnızca “devletlere” atıfta bulunduğundan bu hükmün 1. paragrafında AB'nin bu konuda çekinceler koyabilmesi için teknik değişiklikler yapılacağı ve Katılım Antlaşması Madde 2'yle AB'nin AİHS'e AB hukukuyla uygun olmadığı ölçüde çekince koyabileceği belirtilirken; bu maddedeki *AB hukuku* ifadesinin, ABA, ABİA ve bu araçlarla aynı yasal değere sahip olan diğer hükümleri, yani AB birincil ve ikincil hukukunun tümünü kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir²³⁷.

Katılım Antlaşması görüşmeleri sırasında, ortak dış ve güvenlik politikası alanında ve AB birincil hukukuna ilişkin çekince koyma gündeme gelmişse de reddedilmiş; Antlaşma'nın AK'de AB üyesi olmayan devletler tarafından onaylanmasını gerektirdiğinden, AB'nin çekince koymasının bu devletleri Katılım Antlaşması'nı

²³³ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.96.

²³⁴ AİHS Madde 57;

1. Bu Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında bu devlette yürürlükte olan bir yasanın bu hükümlerle bağdaşmazlığı konusunda bir çekince koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez.

2. Bu madde uyarınca konulacak her çekince, sözü edilen yasayla ilgili kısa bir açıklama içerir.

²³⁵ Explanatory Report, para. 35.

²³⁶ Explanatory Report, para. 33.

²³⁷ Explanatory Report, para. 34.

onaylamamaya itebileceği ileri sürülmüştür²³⁸. Zaten AİHS Madde 57/1 ile açık bir şekilde genel nitelikte çekince konulması da yasaklamıştır.

III. EŞ DAVALI MEKANİZMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 34 uyarınca Yüksek Sözleşmecilerden biri tarafından AİHS veya Protokoller'de tanınan haklarının ihlal edildiğini ve bu nedenle mağdur olduğunu iddia eden her gerçek kişi AİHM'e başvurabilme hakkı elde etmektedir. Bireysel başvuru mekanizmasının en önemli işlevi, insan haklarının korunması ve hayata geçirilmesidir²³⁹. Katılım ile birlikte AB de AİHM'de yargılanabileceğinden, katılım görüşmeleri sırasında AB, üye devletler veya her ikisine karşı nasıl dava açılacağı sorunu en çok tartışılan konulardan biri olmuştur²⁴⁰. Bu noktada eş davalı mekanizması, katılım sonrası bireysel başvurucunun kime karşı nasıl şikayette bulunabileceği sorusunu cevaplandırmak üzere tasarlanmıştır²⁴¹. Eş davalı mekanizmasının, AİHM prosedürlerini özerklik ilkesini sağlama yoluyla AB'nin özgün karakterine uyarlamak için bulunmuş bir yol olduğu ve bu mekanizmayla AB ve üye devletlerin, AİHM'de açılmış bir davada ABAD'ın gözetimi altında birlikte sorumlu olabilecekleri ileri sürülmüştür²⁴².

Katılım Antlaşması 3/1.a. Maddesinde, "Üçüncü Taraf Sıfatıyla Davaya Katılma" olan AİHS'in 36. Maddesinin başlığının "Üçüncü Taraf Müdahalesi ve Eş Davalı" olarak değiştirilmesi düzenlenmiş ve 3/1.b. Maddesinde, AİHS'in 36. Maddesine 4 numaralı yeni bir madde eklenerek AB veya üye devletlerin ihlal iddiasıyla aleyhine yapılan bir başvuruda eş davalı olabileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün genel amacının

²³⁸ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.106.

²³⁹ İbrahim ÇINAR ve Sinan ÇINAR, "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları", 2014, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/155567> (17.05.2019), s.268.

²⁴⁰ Agnes SMEDBERG, "The Legally Binding Charter and the EU's Accession to the ECHR, Consequences of Art 6 TEU for the Autonomy of EU Law and Fundamental Rights Protection within Europe", (**Graduate Thesis**, Lund University Faculty of Law, 2013), p.50.

²⁴¹ Noreen O'MEARA, "'A More Secure Europe of Rights?' The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR", **German Law Journal**, 2011, Vol.12, No.10, p.1820.

²⁴² Nuna Van BELLE, "The Judicial Protection in Europe After the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", **Inter-American & European Human Rights Journal**, 2013, Vol.6, No.72, p.88.

ise hem AB'yi hem de ilgili üye devletleri AİHS ihlallerinden müşterek sorumlu tutmak olduğu ileri sürülmüştür²⁴³.

Açıklama Raporu'nda, AB hukukunun bir özelliği olarak AB kurumları tarafından kabul edilen eylem ve işlemlerin üye devletler tarafından uygulandığı veya tam tersi olarak üye devletler tarafından oluşturulan AB Kurucu Antlaşma hükümlerinin AB kuruluşları tarafından uygulandığı ve bu durumun, AB'nin katılımı ile AİHS sisteminde bir Yüksek Sözleşmeci tarafından yasal bir eylemin yürürlüğe girdiği ve başka bir Yüksek Sözleşmeci tarafından da uygulandığı benzersiz bir durumun ortaya çıkması anlamına geldiği belirtilmiştir²⁴⁴.

Katılımdan sonra başvuru sahiplerinin genellikle AB hukukunun karmaşıklığının ve tam uygulama kurallarının farkında olmayacakları ve çoğunlukla AB ile değil sadece üye devlet makamlarıyla iletişim kurmaları dolayısıyla genellikle üye devlet aleyhine başvuruda bulunma eğilimi gösterebilecekleri ileri sürülmüştür²⁴⁵. Bu yüzden, başvuranın bakış açısından her zaman temel haklarını ihlal edenin AB veya üye devlet olup olmadığını tespit etmek zor olabilecektir; başvuran davayı doğru muhabata yönlendirmezse başvurusunun kabul edilemez olarak ilan edilmesi ihtimali söz konusudur²⁴⁶. Eş davalı mekanizmasıyla bireyler tarafından AİHM'e gönderilen şikayetlerin yanlış taraf gösterilmesi nedeniyle reddedilmeyeceği ve başvuranların yeni sistemin doğal karmaşıklığının farkında olmayacakları göz önünde bulundurularak bundan zarar görmelerinin engelleneceği ileri sürülmüştür²⁴⁷.

Ayrıca Açıklama Raporu'nda, eş davalı mekanizmasının yürürlüğe girmesinin, Lizbon Antlaşması 8 No.lu Protokol'ün 1.b. Maddesi ile belirtilen bireysel başvuruların üye devletlere ve/veya AB'ye doğru bir şekilde yönlendirilmesini sağlamak için gerekli

²⁴³ Xavier GROUSSOT, Tobias LOCK & Laurent PECH, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: A Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", **European Issues**, 2011, No.218, p.7.

²⁴⁴ Explanatory Report, para. 38.

²⁴⁵ LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order*, p.1038-1039.

²⁴⁶ RABA, p.564.

²⁴⁷ Euan MURRAY, "Between Protection and Privilege: The European Union's Accession to the European Convention of Human Rights", <https://liverpool.academia.edu/EuanMurray> (21.01.2019), p.12.

mekanizmaların kurulmasını öngören maddesiyle tamamen uyumlu olduğu belirtilmiştir²⁴⁸. Böyle bir mekanizmanın kurulmasının, üye devletlerin ve AB'nin sorumluluğunun iç içe geçmiş olduğu durumlarda daha da önemli olduğu ileri sürülmüştür²⁴⁹.

Eş davalı mekanizmasının avantajı, öncelikle eş davalının davanın tarafı statüsüne sahip olmasıdır²⁵⁰. AİHS'te düzenlenmiş olan üçüncü taraf müdahalesiyle eş davalı mekanizmasının tamamen birbirinden farklı olduğu belirtilmiştir²⁵¹. Üçüncü taraf müdahalesi, AİHM'de ancak bu tarafın başvurusuyla tetiklenmektedir ve üçüncü taraf yargılama işlemine taraf olmaz; dolayısıyla AİHM'in kararıyla da bağlı değildir²⁵². Açıklama Raporu'nda, AİHM'in AİHS ihlalini tespit etmesi durumunda eş davalı tarafın AİHS Madde 46'da²⁵³ yer alan yükümlülüklerle bağlı olacağı ve bu mekanizmanın AB ve üye devletler için usule ilişkin bir ayrıcalık değil sorumluluk ve uygulanabilirlikteki boşluklardan kaçınmanın bir yolu olduğu belirtilmiştir²⁵⁴. Böylece eş katılımcının, davaya tam bir taraf haline geldiği için tüm yargılamalara katılacağı; aynı zamanda savunma hakkı ve AİHM tarafından verilen hükmün gereğini yerine getirme gibi doğrudan davalı tarafın tüm hak ve yükümlülüklerine sahip olacağı savunulmuştur²⁵⁵.

²⁴⁸ Explanatory Report, para. 41.

²⁴⁹ JACQUÉ, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1014.

²⁵⁰ Katılım Antlaşması Madde 3/1.b.

²⁵¹ RABA, p.565.

²⁵² GROUSSOT, LOCK & PECH, p.10.

²⁵³ Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı başlıklı AİHS Madde 46;

1. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

3. Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.

²⁵⁴ Explanatory Report, para. 39.

²⁵⁵ Erik STAVEFELDT, "EU Accession to the ECHR in Light of the Specificity of the Union and Union Law", (Graduate Thesis, Lund University Faculty of Law, 2013), p.27.

Bütün bu sebepler doğrultusunda üçüncü taraf müdahalesinin eş davalı mekanizmasına oranla daha zayıf bir etkiye sahip olduğu belirtilmiştir²⁵⁶.

Diğer yandan eş davalı mekanizması uygulamaya konulduktan sonra üye devletlerin, AB hukuku uyarınca kaçınılmaz yükümlülüklerini yerine getirmiş olduklarından dolayı AİHS ihlalinin gerçekleştiği ve bu yüzden ihlalden sorumlu olmamaları gerektiği savunmasını yapma olanakları kalmayacağı ve zaten üye devlet tarafından yapılan böyle bir savunmanın geçerli olması halinde AİHM Kurucu Antlaşmaların ve AB ile üye devletler arasındaki yeterliliklerin tam olarak bölünmesini yorumlamaya zorlanacağından AB hukukunun özerkliğinin ihlal edilmiş olacağı ileri sürülmüştür²⁵⁷.

Açıklama Raporu'nda ayrıca, AİHM'de bir ihlal iddiasının incelenebilmesi için aranan iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun eş davalı taraf için aranmayacağı ortaya konulmuştur²⁵⁸. Başvuru sahibinden doğrudan davalı dışında bir de eş davalı tarafa ilişkin iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının aranmaması, hem AİHS'in yasal düzeninde benzersiz bir durumu temsil ettiği hem de başvuru sahibi tarafından yükünün azalacak olması dolayısıyla memnuniyetle karşılanacağı ileri sürülmüştür²⁵⁹.

Eş davalı mekanizmanın uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmek için iddianın adresleriyle yani davalının kim olarak gösterildiğiyle ilişkili olarak AİHM farklı testler yapmak zorunda kalacaktır²⁶⁰. Bu ihtimallere ayrıntılı bir şekilde bakmak konunun aydınlatılabilmesi açısından özet arz etmektedir.

A. Eş Davalı Olarak Avrupa Birliği

Katılım Antlaşması'nın 3/2. Maddesine göre; "Bir veya daha fazla AB üyesi devlet aleyhine bir başvuru yöneltildiğinde, özellikle AB hukuku uyarınca bir yükümlülük göz ardı edilerek önlenebileceği durumlarda, Sözleşme'de tanımlanan hakların AB

²⁵⁶ Tobias LOCK, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, p.785.

²⁵⁷ Tobias LOCK, "End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR", *Yearbook of European Law*, 2012, Vol.31, No.1, p.165.

²⁵⁸ Explanatory Report, para. 40.

²⁵⁹ Tobias LOCK, "Sharing Responsibility? The Co-Respondent Mechanism and EU Accession to the ECHR", *SHARES Project*, 08.01.2012, <http://www.sharesproject.nl/author/tlock/> (19.05.2019).

²⁶⁰ Explanatory Report, para. 47.

Antlaşmaları (ABA ve ABİA) kapsamında alınan kararlar da dâhil olmak üzere AB hukukuna uyumluluğu sorgulanıyorsa AB, AİHS ihlali konusuyla ilgili olarak davalara eş davalı olabilecektir". Açıklama Raporu'nda, eş davalı mekanizmasının iddia edilen AİHS ihlalinin birincil veya ikincil AB hukuku hükmüyle ilgili olmasının fark etmeyeceği; AB hukuku ile AİHS haklarına uyumluluğun sorgulandığı her durumda ortaya çıkacağı belirtilmiştir²⁶¹. Müzakereler sırasında AİHM'in AB'nin birincil hukukunu gözden geçirmesine ilişkin endişeler ifade edilmişken, Taslak Antlaşma'da oldukça şaşırtıcı bir şekilde AB birincil hukukunun AİHM yargılamasından dışlanmadığı ileri sürülmüştür²⁶².

Eş davalı mekanizmasının AB hukuku ile AİHS arasında normatif bir ihtilaf olması durumunda aktif hale geleceği ve bu noktada ikincil hukukta bulunan ihlallerle ilgili sadece AB'nin kendisi böyle bir ihlali mevzuatından kaldırayabileceğinden bu testi uygulamayla ilgili ön şartların tamamen yerine oturduğu; fakat bununla birlikte, birincil hukuk düzenlemelerinin zaten üye devletlerce yapıldığı ve AB'nin kendisi tarafından değiştirilemeyeceği için neden birincil hukuk ihlal iddiasında AB'nin eş davalı olarak gösterildiğinin belirsiz olduğu ileri sürülmüştür²⁶³. Diğer yandan AB'nin birincil hukuka dair eş davalı olmaktan çıkarılması durumunda, AİHM'in önüne gelen davalarda AB'nin eş davalı olup olmayacağı noktasında birincil veya ikincil AB hukukunu inceleme konusu yapacağı; AB hukukunu yorumlayacağı ve bu durumun AB hukukunun özerkliğine aykırı olduğu iddia edilmiştir²⁶⁴. Ayrıca her ne kadar Kurucu Antlaşmalar'ı üye devletler yapsalar da AB de üye devletlerle birlikte birincil hukuku uygulamaktadır.

Açıklama Rapor'unda ayrıca, eş davalı mekanizmasının, üye devletlere karşı AİHM'de açılan davalarda AİHS hak ihlalinin ancak üye devletlerin AB hukuku gereğince kaçınılmaz olarak uygulamak zorunda olduğu bir yükümlülüğün göz ardı edilmesiyle önlenebileceği durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir²⁶⁵. Bu durumun,

²⁶¹ Explanatory Report, para. 48.

²⁶² Agne LIMANTE, "Draft EU to ECHR Accession Agreement: Fitting Cinderella's Shoes for Gulliver", *King's Student Law Review - Blog Series*, 29.01.2012, <http://kslr.org.uk/blogs/europeanlaw/2012/01/29/50/>, (29.04.2019).

²⁶³ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.169-170.

²⁶⁴ BELLE, p.89.

²⁶⁵ Explanatory Report, para. 48.

Bosphorus davasının özetlenmesi olduğu belirtilmiştir²⁶⁶. Bosphorus gibi bir davada yani AİHS'e ilişkin hak ihlali iddiasının bağlayıcı AB hukukunu uygulayan ve bu konuda takdir yetkisi de bulunmayan üye devletlerden kaynaklandığı durumları içeren davalarda amaç, AB'yi eş davalı olarak göstermektir; çünkü böyle durumlarda ihlal bir üye devlet eylemi ile gerçekleşmekte ve ihlal sadece AB düzeyinde düzeltilebilmektedir²⁶⁷.

Öte yandan bir üye devletin örneğin yönergeleri uygularken AİHS'i ihlal ettiği iddiasıyla açılan bir davada bu üye devletin savunmasında yönergeleri uygularken takdir yetkisinin olmadığını ileri sürmesi durumunda, AİHM'in somut dava açısından yönergenin üye devlete takdir yetkisi bırakıp bırakmadığını incelerken AB hukukunu yorumlayacağı ve bunun da özerkliğe zarar vereceği; bu yüzden Taslak Antlaşma'nın böyle bir savunmanın kabul edilmez olduğunu açıkça belirtmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁶⁸. Direktifler (yönergeler), hedef bakımından ilgili üye devletler tarafından bağlayıcı fakat hedefe gidecek yol ve usullerin belirlenmesinde üye devlete takdir yetkisi bırakan hukuki düzenlemelerdir²⁶⁹. Bu noktada Katılım Antlaşmasıyla öngörülen çözümün AB hukukunun özerkliği ilkesiyle çelişmemesi için üye devletlerin ihlalden sorumlu olmadıklarını iddia edebilecekleri durumların etkinleştirilmemesi gerektiği; çünkü en nihayetinde iddia edilen eylemin kökeninin AB hukukunda olduğu savunulmuştur²⁷⁰. AİHM'in böyle bir durumda AB ile üye devletler arasındaki iç meselelere karışmaması ve üye devletler tarafından takdir yetkileri olmadığı savunması yapılması durumunda böyle bir savunmanın kabul edilemez olduğunu beyan etmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁷¹.

Katılım Antlaşması'nın 3/5. Maddesinde bir Yüksek Akit Tarafın AİHM'den gelen daveti kabul ederek ya da kendi talebi üzerine AİHM kararıyla eş davalı olabileceği ve AİHM, Yüksek Akit Tarafın talebi üzerine karar verirken ilgili tarafın verdiği sebepler ışığında bu maddenin 2. veya 3. fıkrasındaki şartların yerine getirilip getirilmediğinin

²⁶⁶ Federico FABBRINI & Joris LARIK, "The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Yearbook of European Law*, 2016, Vol.35, No.37, p.18.

²⁶⁷ Inga DAUKŠIENĖ & Simas GRIGONIS, "Accession of the EU to the ECHR: Issues of the Co-Respondent Mechanism", *International Comparative Jurisprudence Research Journal*, 2015, Vol.1, No.2, p.101.

²⁶⁸ LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order*, p.1041.

²⁶⁹ Işıl ÖZKAN, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s.117.

²⁷⁰ SMEDBERG, p.51.

²⁷¹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.164.

makul olup olmadığını değerlendireceği belirtilmiştir. Avrupa Birliği'nin eş davalı olduğu bir durumda AİHM'in makulluk incelemesi yapmasını kendisi talep etmesi iç yeterlilik ayırımına karar verecekmiş izlenimi yaratsa da, AİHM'in AB'nin iddialarını ayrıntılı olarak incelemeksizin sadece Katılım Antlaşması Tasarısı'nda belirlenmiş olan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyeceği yani yüzeysel bir incelemeyle yetineceği ve böylelikle AB'nin özerkliğine zarar verilmeyeceği ileri sürülmüştür²⁷².

Bütün bunların ötesinde AİHM'in eş davalı mekanizmasını devreye sokabilmesi için öncelikli olarak AİHM'e yapılmış başvurunun AİHS Madde 35 uyarınca kabul edilebilir olması gerektiği ve AİHM önündeki davaların çoğunluğu ilk incelemede reddedildiğinden AB'nin davalara eş davalı olarak katılma durumunun çok nadir durumlarda gerçekleşebileceği belirtilmiştir²⁷³.

B. Eş Davalı Olarak Üye Devlet

Katılım Antlaşması Madde 3/3'te doğrudan AB'ye karşı açılmış bir davada üye devletin hangi koşullarda eş davalı olabileceği açıklanmıştır. Buna göre; "AB aleyhine yapılan bir başvuruda, başta AB hukuku uyarınca bir yükümlülük göz ardı edilerek önlenebileceği durumlar olmak üzere söz konusu hak ihlaline dair iddianın AİHS haklarının ABA, ABİA veya bu belgelere göre aynı hukuki değere sahip herhangi başka bir hükmün AB hukukuyla uyumluluğunun sorgulanmasına yol açtığına dair bir görüntü oluşuyorsa, üye devletler duruşmaların eş davalısı olabilirler". Doğrudan AB'ye açılmış bir davada, Sözleşme hakları ile AB'nin birincil hukukunun bir hükmünün uyumluluğunun sorgulanmasının söz konusu olduğu durumlarda eş davalı mekanizması devreye girecektir²⁷⁴. Üye devletlerin eş davalı olması, bu mekanizmanın AB birincil hukukuyla sınırlı olması ve üye devletlerin söz konusu birincil hukuku değiştirmeye tek yetkili merci olmalarından dolayı normal görülmekte ve başvuru yani kendileri açısından hak ihlali taşıyan metni değiştirme gücüne sahip olduklarından onların muhatap gösterilmelerinin büyük bir avantaj olduğu ileri sürülmektedir²⁷⁵.

²⁷² BELLE, p.89.

²⁷³ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.12.

²⁷⁴ Explanatory Report, para. 49.

²⁷⁵ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.12.

Avrupa Birliği veya üye devletlerin eş davalı olabilmesi için Katılım Antlaşması'nda belirtilen maddi koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, ihlalin AB hukuku ile bağlantısının var olup olmadığının ve ayrıca AB hukuku dikkate alınmadığı takdirde bu tür bir ihlalin önlenip önlenemeyeceğin de AİHM tarafından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷⁶. AİHM üye devletlerin eş davalı olmaları durumunda söz konusu ihlalin birincil hukukta yer alıp almadığını tespit etmek için iddia edilen ihlalin yasal dayanağına bakacak, ihlalin yasal temellerinin derinlemesine analizini gerçekleştirmeyecek olduğundan, bu mekanizmayla AB hukukunun özerkliğinin korunduğu ileri sürülmüřtür²⁷⁷.

Katılım öncesinde görülen *Matthews* davasının, benzer nitelikte olması dolayısıyla bir üye devletin eş davalı olması durumuyla ilişkili bir davaya uygulanabileceği belirtilmiştir²⁷⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada, AB birincil hukukuyla getirilmiş olan düzenlemeyle Cebelitarık'ta ikamet eden AB vatandaşlarının, AB Meclisi seçimlerine katılmalarına engel olunmasını AİHS olarak değerlendirmiřtir²⁷⁹. *Matthews* davasında, üye devletlerin AİHS'e taraf olduklarından AB birincil hukukunu uyguladıkları gerekçesiyle AİHS kapsamındaki yükümlölüklerinden kaçamayacakları ortaya konulmuřtur²⁸⁰. Bu noktada Katılım Antlaşması'yla, AB birincil hukuku düzeyinde meydana gelen ihlallerden dolayı hem AB'nin de hem üye devletlerin davaya taraf olması sağlandığından, AB'nin AİHS'e taraf olmamasından kaynaklanan hukuki boşluğun ortadan kaldırılacağı ileri sürülmüřtür²⁸¹.

Öte yandan AB birincil hukukunda değişiklik yapılması için yirmi sekiz üye devletin onayı gerektiğinden, Katılım Antlaşması'nda birincil hukukun ihlali iddiasıyla açılan bir davada kaç üye devletin eş davalı olarak gösterilebileceğinin belirsiz bırakıldığı

²⁷⁶ DAUKŠIENĖ & GRIGONIS, p.101.

²⁷⁷ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.166.

²⁷⁸ Fişnik KORENICA & Dren DOLI, "The CJEU Likes to Blame Loudly and to Applaud Quietly: the Co-Respondent Mechanism in the Light of Opinion 2/13", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, Vol.24, No.1, p.93.

²⁷⁹ ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar şartı, Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.100.

²⁸⁰ SMEDBERG, p.50.

²⁸¹ ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.77.

ileri sürülmüştür²⁸². Eş davalı mekanizması AB'yi ve tüm üye devletleri içerdiğinde muhtemelen çalıştırılmaz hale geleceğinden, bu mekanizmaya sınırlı sayıda üye devletin katılımının yeterli olması gerektiği ve bu argümanın, hem AB'ye hem de bir veya daha çok üye devlete yönelik başvuruları düzenleyen ve herhangi bir davalının statüsünün eş davalı olarak değişmesine izin verilen Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 3/4²⁸³ ile de desteklendiği savunulmuştur²⁸⁴.

C. Hem Avrupa Birliği Hem de Bir veya Daha Fazla Üye Devlet Aleyhine Yapılan Başvurular

Katılım Antlaşması'nın 3/4. Maddesi gereğince "Bir davanın sadece AB'ye veya üye devletlere değil her ikisine birden açılması durumunda, katılımcıların istemesi halinde ve Madde 3/2 veya 3/3'teki koşullar gerçekleşmişse, davalılardan birinin statüsü eş davalı olabilir". Burada hak ihlali gerekçesiyle hem AB'ye hem de bir üye devlete dava açılması halinde yukarıda izah edilen eş davalı mekanizmasının koşulları oluşmuşsa, AB ve üye devlet birlikte davalı olsalar bile davadaki sıfatlarının eş davalı olarak değiştirilebileceği belirtilmektedir. Açıklama Raporu'nda, AİHM'in de bir davalıyı statüsünü değiştirmeye davet edebileceği; ancak ilgili davalının bu daveti kabul etmesi halinde böyle bir değişikliğin geçerli olabileceği ve taraflardan birinin statüsü eş davalı olarak değiştikten sonra bu taraf veya tarafların ihlale yol açtığı iddia edilen eylem veya ihmalin kendisinden değil yasal temelinden sorumlu olabilecekleri belirtilmiştir²⁸⁵.

İlk bakışta hem AB hem de bir üye devlet kendilerine karşı eş zamanlı bir başvuru yapıldığında birlikte davalı olacaklarından bu duruma ilişkin bir de eş davalı mekanizmasının düzenlenmesinin neden gerekli olduğu belirsiz görünse de bu mekanizmanın, başvuranın eş davalı statüsüne geçen tarafa karşı iç hukuk yolunu tüketme

²⁸²ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.99.

²⁸³ Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 3/4: "Bir başvurunun hem Avrupa Birliği hem de üye devletlerin bir veya daha fazlasına karşı yönlendirildiği ve bildirildiği durumlarda, bu tasarının 3/2. veya 3/3. paragrafındaki koşullar yerine getirilirse, herhangi bir davalı statüsü bir eş davalı statüsüne dönüştürülebilir".

²⁸⁴ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.171.

²⁸⁵ Explanatory Report, para. 56.

koşulu aranmadığından onun her bir davalı için söz konusu yükümlülüğünü ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür²⁸⁶.

AB'nin AİHM önündeki bir davada AB'de iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddolunmasını önlemenin dışında bu yönetime başvurmasının AB için bir avantaj olmayacağı fakat usule dair böyle bir ret olursa AB bu maddeyi kullanarak eş davalı olarak yargılamaya katılabileceği ve böylelikle üye devleti AİHM önünde AB hukukunu tek başına savunması mecburiyetinden kurtarabileceği ileri sürülmüştür²⁸⁷.

D. Eş Davalı Mekanizmasının İhtiyarılığı

Katılım Antlaşması'nın 3/5. Maddesinde "Yüksek Sözleşmeci bir Taraf, mahkemeden bir davetiye kabul ederek veya kendi isteği ve mahkemenin kararı ile bir eş davalı haline gelecektir. Yüksek Sözleşmeci bir Tarafı eş davalı olmaya davet ederken veya eş davalı olmaya ilişkin talebe dair karar verirken mahkeme, tüm tarafların davaya ilişkin görüşlerini isteyecektir. Mahkeme böyle bir talep üzerine karar verirken, söz konusu Yüksek Sözleşmeci Tarafın verdiği nedenler ışığında, Katılım Antlaşması'nda aranan koşulların yerine getirilip getirilmediğini değerlendirecektir" denilmiştir.

Ayrıca Açıklama Rapor'unda, Akit Tarafların hiçbirinin bir eş davalı olmaya zorlanamayacağı ve eş davalı mekanizmasına ilişkin Katılım Antlaşması'nda aranan koşulların gerçekleşmesi dışında eş davalı mekanizmasının devreye sokulması için ilgili Yüksek Akit tarafınca kabulünün gerektiği belirtilmiştir²⁸⁸. Katılım Antlaşması Tasarısı'yla getirilen bu düzenlemenin ne başvuru sahibi ne de ana davalının eş davalı prosedürü üzerinde ısrar edemeyeceği anlamına geldiği ileri sürülmüştür²⁸⁹. Ayrıca bu durumun, AB'nin eş davalı olma durumuna ilişkin olarak bakıldığında AB'nin dış bir mekanizma tarafından yargılamalara katılmaya zorlanmayacağı, yalnızca kendi iradesiyle

²⁸⁶ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.167.

²⁸⁷ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.12.

²⁸⁸ Explanatory Report, para. 53.

²⁸⁹ Rosmarie DOBLHOFF-DIER & Sandra KUSMIERCZYK, "Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR with Special Consideration to the Draft Accession Agreement", **Vienna Journal on International Constitutional Law**, 2013, Vol.7, No.3, p.359.

yargılamaya katılacağı için özellikle özerklik ilkesi açısından olumlu olduğu savunulmuştur²⁹⁰.

Öte yandan eş davalı mekanizmasının gönüllü olmasının AB ve üye devlete ihlalden sorumlu olmaları durumunda bile davadan uzak durma hakkı tanıdığından bireylerin insan hakları korumasını minimum düzeyde sağladığı ve Lizbon Antlaşması 8 No.lu Protokol ile getirilen katılıma dair antlaşmanın bireysel başvuruların AB veya üye devletlere doğru bir şekilde yönlendirilmesini talep eden düzenlemesiyle de uyumlu olmadığı nedenleriyle eleştirilmiştir²⁹¹. İhtiyari özelliği, Taslak Katılım Antlaşması'nın ana zayıflığı olarak görülmüştür²⁹². Ayrıca eş davalı mekanizmasına ilişkin koşullar sağlanmasına rağmen mekanizmanın devreye girmesinin AİHS imzacı tarafının (katılım halinde AB veya üye devletin) takdirine bırakılmasının, sorumluluğun bu ihlalden dolayı tam anlamıyla suçlanamayacak olan tarafa yüklenmesi sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir²⁹³. Bununla birlikte AB hukukunun AİHS haklarıyla uyumu sorununun, davalara eş davalı olarak katılma yükümlülüğü getirilmesiyle kolayca aşılacak bir zayıflık olduğu ileri sürülmüştür²⁹⁴. Bu görüşü destekler şekilde, mekanizmanın zorunlu olması gerektiği ve AİHM'deki yargılama sırasında AB hukukuna dair bir sorunun ortaya çıkması durumunda davalı tarafın eş davalı mekanizmasını başlatabileceği savunulmuştur²⁹⁵.

E. Eş Davalı Mekanizmasının Etkileri

Katılım Antlaşması'nın 3/7. Maddesinde, davalı ve eş davalı tarafından öne sürülen sebeplere dayanarak ve başvuranın görüşlerini aldıktan sonra AİHM yalnızca taraflardan birinin sorumlu tutulacağına karar vermediği müddetçe, davalı ve eş davalının bu ihlalden ortaklaşa sorumlu olacağı belirtilmiştir. Aksi takdirde sorumluluğun davalıya

²⁹⁰ STAVEFELDT, p.30.

²⁹¹ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.173.

²⁹² Tobias LOCK, "Sharing Responsibility? The Co-Respondent Mechanism and EU Accession to the ECHR", *SHARES Project*, 08.01.2012, <http://www.sharesproject.nl/author/tlock> (19.05.2019).

²⁹³ Sébastien PLATON, "The Accession of the European Union (EU) to the European Convention on Human Rights (ECHR): Consequences and Perspectives", Lithuanian Parliament, 16.05.2014, <https://www.academia.edu/7172569/> (07.03.2019).

²⁹⁴ O'MEARA, p.1821.

²⁹⁵ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.180.

ve eş davalıya ayrı ayrı bölüştürülmesi AB ile üye devlet arasındaki yetki dağılımına ilişkin bir kararı zorunlu kılacak ve bu şekilde AB'nin yasal özerkliği tehlikeye girecektir²⁹⁶.

Katılım antlaşmasıyla getirilen ortak sorumluluk neticesinde AİHM'in AB içi yeterliliklerin paylaşımını yönetmeyeceği; AB'nin yasal düzenindeki özerkliğin bu durumdan etkilenmeyeceği ileri sürülmüştür²⁹⁷. Katılım Antlaşması'nda AB ve üye devletlerin ortak sorumluluğuna karar verildiği takdirde aralarındaki sorumluluk dağılımının nasıl gerçekleşeceğine dair bir düzenleme olmadığından, AB ve üye devletlerin sorumluluğu dahili olarak nasıl paylaşacağına ilişkin iç kurallarda ayrıntılı olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁸.

Öte yandan AİHM dava sonucunda ortak sorumluluğa karar vermediği durumda sorumlu olan tarafı belirlemek için her bir davalının sorumluluğunu ayırt etmeye çalışacak; bunun için AB ve üye devlet arasında yeterlilik ayırımına girecek ve böylece en nihayetinde AB hukukunun özerkliğine zarar verecek olduğundan, eş davalı mekanizmasının devreye girdiği her davada ortak sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur²⁹⁹.

IV. TARAFLAR ARASI DAVALAR

Taraflar arası davalar, AİHS Madde 33³⁰⁰ kapsamında Yüksek Sözleşmeci devletlerden herhangi birinin bir diğerine AİHS ve Protokoller'ini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'de dava açabilmesidir. Avrupa Birliği'nin kurulmasından bu yana AB'ye üye devletler birbirlerine karşı taraflar arası dava açmadıklarından, bu dava türü AİHM'in insan hakları koruma sisteminin sadece küçük bir bölümünü oluşturmaktadır³⁰¹. Her ne kadar küçük bir ihtimal olarak görünse de, katılımın gerçekleşmesi halinde AB de bir Yüksek Sözleşmeci Taraf olacağından, AB ve üye devletler birbirlerine AİHS Madde 33

²⁹⁶ Explanatory Report, para. 62.

²⁹⁷ BELLE, p.93.

²⁹⁸ RABA, p.565.

²⁹⁹ JACQUÉ, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1016.

³⁰⁰ Devlet Başvuruları başlıklı AİHS Madde 33: "Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, diğer bir Yüksek Sözleşmeci Tarafa karşı Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkeme'ye başvurabilir".

³⁰¹ SMEDBERG, p.52.

kapsamında dava açabileceklerdir. Bu olasılık kapsamında incelenmeye değer olan şey ise, AB ve üye devletler arasındaki davalarla ilgili olarak ABAD'ın üye devletlerin Antlaşmalar'ın yorumlanması veya uygulanmasıyla tüm sorunlarda Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ettikleri ABİDA Madde 344'e dayalı münhasır yargı yetkisi ile AİHM'in, AİHS Madde 55 kaynaklı özel uzlaşma halleri dışında AİHS'in yorumu ve uygulanmasına dayalı bütün uyuşmazlıklardaki münhasır yargı yetkisinin, hem AİHS rejimi kapsamında insan haklarının etkin biçimde korunmasını hem de AB hukukunun özerkliğini nasıl etkileyeceğidir³⁰².

A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 344. Maddesi Kapsamındaki Münhasır Yargı Yetkisi

Katılım Antlaşması Madde 4/1, AİHS Madde 33 kapsamında sunulan devletler arası başvuruların kabul edilebilirliği ve esaslarının taraflar arası başvurular hakkında karar verilmesine de olanak sağlaması için AİHS Madde 29/2'yi³⁰³ değiştirirken; Madde 4/2, AİHS Madde 33'ün "Devletler Arası Başvurular" olan başlığını "Taraflar Arası Davalar" olarak değiştirmektedir.

Açıklama Rapor'unda, Katılım Antlaşması'nın kabul edilmesi halinde AİHS'in tüm Akit Taraflarının AİHS Madde 33 uyarınca AB aleyhinde taraflar arası davaları açabileceği ve tersinin de mümkün olabileceği vurgulanmaktadır³⁰⁴. Bir başka deyişle, ne AB ne de üye devletler, en azından AİHS'in 33. Maddesi uyarınca usule uygun taraflar arası davalardan muaf tutulmayacaklardır. Ancak Açıklama Rapor'unda ABİDA'nın 344. Maddesine vurgu yapılarak Katılım Antlaşması'yla AB ile üye devletlerinden biri arasında veya üye devletlerin kendi aralarındaki AB hukuku ile ilgili konuları içeren

³⁰² VANBELLINGEN, p.23.

³⁰³ Dairelerin Kabul Edilebilirliği ve Esasa İlişkin Kararları başlıklı AİHS Madde 29;

1. 27. veya 28. Madde uyarınca herhangi bir karar ya da 28. madde çerçevesinde esasa ilişkin herhangi bir karar verilmediği durumlarda bir Daire, 34. Maddeye uygun olarak yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkında kararı verir. Kabul edilebilirlik konusundaki karar ayrı olarak da alınabilir.

2. Bir Daire, 33. Madde uyarınca yapılan devlet başvurularının kabul edilebilirliği ve esası hakkında kararı verir. Mahkeme istisnai durumlarda aksine karar vermedikçe kabul edilebilirliğe ilişkin kararlar ayrı olarak alınır.

³⁰⁴ Explanatory Report, para. 70.

taraflar arası davalara ilişkin düzenleme getirilemeyeceği belirtilmiştir³⁰⁵. Katılım Antlaşması'nda bu yaklaşımın benimsenmesinin AB'yi bu konuda ayrıcalıklı konuma getirdiği ve katılım sonrasında AB hukukuna ilişkin taraflar arası davalar açısından ABAD'ın önceliğinin olacağı iddia edilmiştir³⁰⁶.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 344. Maddesiyle amaçlananın, AB mahkemelerinin AB hukukunun sorunlarına karar verecek yegane mahkemeler olarak tayin edilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir³⁰⁷. Bu noktada yargısal özerklik sorununun, AB veya üye devletlerin AB yapısı dışında çözüm mekanizması öngören uluslararası antlaşmalara taraf olması halinde ortaya çıktığı ileri sürülmüştür³⁰⁸. Dış özerkliğe tekabül eden bu durumda özerkliğin korunmasının amacının AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında ABAD'ın denetiminin sağlanması, uluslararası hukukla AB arasındaki ilişkinin AB hukuku tarafından tespit edilmesi, AİHM gibi uluslararası mahkemelere karşı ABAD'ın yetki alanının korunması ve bununda ötesinde uluslararası hukuk karşısında AB'nin doğasının ve yapısının iç hukuk sistemi olarak algılanması olduğu savunulmuştur³⁰⁹.

Daha önceki ayrıntılı bir şekilde izah edilen *MOX Plant* davasında ABİDA Madde 344'ün önemi ortaya çıkmış ve bu hükmün üye devletlerin AB hukuku kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümü için başka bir mahkeme nezdinde dava açmalarını engellediğine karar verilmiş olduğu belirtilmiştir³¹⁰. Bunun da ötesinde ilgili kararlar, ABA Madde 4/3'deki dürüst işbirliği ilkesi uyarınca üye devletlerin AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlığı diğer mahkemelere veya yargıç kürsülerine sunmalarını da yasaklamıştır³¹¹.

³⁰⁵ Explanatory Report, para. 72.

³⁰⁶ Euan MURRAY, p.16.

³⁰⁷ Tobias LOCK, "The ECJ And The ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, 2009, Vol.8, p.389.

³⁰⁸ ADAOĞLU, s.101.

³⁰⁹ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Anayasa Hukuku*, s.230.

³¹⁰ C-459/03, para. 133- 135.

³¹¹ C-459/03, para. 169.

Haegeman doktrinine göre, AB tarafından imzalanmış olan AİHS gibi uluslararası antlaşmalar AB hukukunun bir parçası haline gelecektir³¹². Bundan dolayı, AB hukuku ile ilgili olması şartıyla, AB ile bir üye devletler arasında ya da üye devletlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklarda AİHS hükümlerini yorumlamak ve uygulamak için ABAD'ın münhasır yargı yetkisine sahip olacağı ileri sürülmüştür³¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı denetimin, AB hukuku veya AB kurumlarının yaptığı bir eylem veya ihmalin AİHS ile uyumuna dair olduğu; Katılım Antlaşması Tasarısı'nın da AİHM'e AB hukuku hükümlerini iptal etme yetkisi vermediği ve bu noktada ABAD'ın yorumlayıcı özerkliğinin ihlal edilmediği savunulmuştur³¹⁴.

AB hukukuna ilişkin olmayan taraflar arası davalarda ise ABİDA Madde 344 ve ABAD'ın münhasır yargı yetkisi geçerli olmayacağından, gerek AB gerekse üye devletlerin AİHM'e dava sunmasının serbest olacağı belirtilmiştir³¹⁵.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Münhasır Yargı Yetkisi

İlk bakışta AİHS Madde 55 ve ABİDA Madde 344'ün lafzına bakıldığında, her iki maddede de biri AİHM'e diğeri ABAD'a olmak üzere farklı mahkemelere aynı hukuki kaynak yani AİHS üzerinde münhasır yargı yetkisi kullanımı atfedildiğinden, bu iki maddenin taban tabana zıt oldukları ileri sürülmüştür³¹⁶. Ancak AİHS madde 55'in, AİHM'e 33. Madde uyarınca AİHS tarafları arasındaki anlaşmazlıklar konusunda münhasır yargı yetkisi verdiği fakat ABAD'ın aksine, AİHM'in münhasır yetkisinin, taraflar arasındaki anlaşmazlıklarla ilgili olarak *özel uzlaşma hallerine* izin verdiğiinden dolayı mutlak olmadığı belirtilmiştir³¹⁷.

Ayrıca Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 5, ABAD'ın baktığı davaların AİHS'in 55. Maddesinin anlamı dahilinde bir uyuşmazlık çözümü anlamına gelmediği şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle, üye devletlerin AİHM'den önce ABAD'a dava

³¹² C-181/73 *Haegemann v Belgian State*, p.460; LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.190.

³¹³ SMEDBERG, p.53.

³¹⁴ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.10.

³¹⁵ SMEDBERG, p.54.

³¹⁶ Euan MURRAY, p.16.

³¹⁷ LOCK, *The ECJ And The ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts*, p.391-392.

açmaları halinde 55. Maddeyi ihlal etmeleri ihtimalinin ortadan kaldırıldığı ileri sürülmüştür³¹⁸. Zaten Açıklama Raporu'nda, AİHS'in yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili diğer uyuşmazlık çözüm yollarını dışlayan 55. Maddesi ile ilgili olarak, üye devletler ile ilgili bir davaya ABAD tarafından önceden bakılmasının AİHS'in 55. Maddesi için bir "uyuşmazlık çözümü aracı" oluşturmadığı tekrarlanmış ve buna ilaveten bu maddenin ABİDA'nın 344. Maddesinde belirtilen kuralın çalışmasını da engellemeyeceği belirtilmiştir³¹⁹. Bu düzenlemeyle AB ve üye devletlerin, AİHS'in yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin ihtilaflarda AİHM'e bir dava açmadan önce AB içinde buna ilişkin ihtilafların nasıl giderileceğine dair Kurucu Antlaşmalar'ın öngördüğü iç düzenlemelerle baş başa bırakıldığı ileri sürülmüştür³²⁰. Ayrıca Taslak Antlaşma'daki bu yaklaşımla AB'nin hukuki özerkliğinin muhafaza edildiği; ABAD'ın üye devletlere ilişkin baktığı davaların AİHS'in 55. Maddesindeki yasağın istisnası için gerekli olan özel uzlaşma halleri olarak kabul edilebileceği ve AB'ye ilişkin taraflar arası başvurular üzerindeki münhasır yargı yetkisinin korunduğu savunulmuştur³²¹.

Öte yandan AİHS Madde 55 özel uzlaşma hallerine izin veriyor olsa da, ABAD'ın AB hukuku kapsamındaki bir davaya ilk olarak bakmasını sağlayan ABA Madde 19 ve ABİDA Madde 344'ün AB ve üye devletler için özel uzlaşma hali olarak görülüp görülemeyeceğinin tartışmalı olduğu; bu yüzden en iyi çözüm yolunun AB ve üye devletler arası bir dava söz konusu olduğunda ABAD'a başvurmanın zorunlu olduğunu ortaya koyan bir antlaşma yapılması olduğu ileri sürülmüştür³²².

Ayrıca AİHM yargılama sistemini ortaya koyan Kabul Edilebilirlik Koşulları başlıklı AİHS Madde 35/2.b'de, AİHM'in 34. Madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları, daha önce kendisi ya da başka bir soruşturma ya da çözüm makamı tarafından incelenmiş bir başvurudan farklı yeni olgular içermemesi durumunda ele almayacağı belirtilerek, aynı iddianın aynı ya da farklı mahkemelerde birkaç kez görülmesini engellemek amaçlanmıştır. Taslak Katılım Antlaşması'nın 5. Maddesinin ilk cümlesi AİHS'in 35/2.b. Maddesinden bahseder. Bu madde "Adalet Divanı tarafından bakılan

³¹⁸ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.10.

³¹⁹ Explanatory Report, para. 74.

³²⁰ SMEDBERG, p.55.

³²¹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.186.

³²² LOCK, *The ECJ And The ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts*, p.392-395.

davaların, 35. Madde 2. paragraf çerçevesinde uluslararası soruşturma veya çözüm prosedürlerinin hiçbirini teşkil etmediği anlaşılmalıdır" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili hükümden, AB'nin AİHS'e katılımının bir neticesi olarak ABAD nezdindeki yargılama işlemlerinin, uluslararası tahkikat ya da uluslararası uzlaştırma prosedürlerini oluşturan bir uygulama olarak anlaşılmayacağı ve böylelikle bir davanın ilk olarak ABAD'a sonrasında AİHM'e götürülmesi halinde, AİHM'in ilgili davayı AİHS'in 35/2. Maddesine dayanarak reddetmeyeceği ileri sürülmüştür³²³.

Bütün bunların ötesinde AİHS Madde 35³²⁴ gereğince AİHM önünde bir davanın kabul görebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğinden ABAD'ın AB ile üye devletler arasında ve üye devletlerin kendi aralarındaki taraflar arası davalara dâhil olmasının AİHS'in bir gereği olduğu ileri sürülmüştür³²⁵. Bu açıdan Tasarısı'nın 5. Maddesinin, AİHS ve AB Kurucu Antlaşmalar'ı arasında bir denge oluşturmanın yanında, AB hukukunun özerkliğiyle AİHS sisteminin usule ilişkin mekanizmaları arasındaki uzlaşmayı da sağladığı iddia edilmiştir³²⁶. Bu maddeyle AB, kendi anayasal sistemine sahip, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan, eksiksiz bir hukuk sistemi olarak kabul edilmekte ve ABAD da bu yeni anayasal düzenin yüksek mahkemesi olarak değerlendirilmektedir³²⁷.

V. ÖN KATILIM MEKANİZMASI VE İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ

Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı, AB hukuku çerçevesinde mevcut çözüm yollarını değiştirmeyecek olsa da, bireyler AB tarafından AİHS kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini düşündükleri takdirde AİHM'de AB önlemlerine karşı doğrudan itiraz edebileceklerdir³²⁸. Sözleşme'nin 35. Maddesi gereği bireyler ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren AİHM'e başvurulabilmektedirler. Bu noktada bu kuralın var

³²³ VANBELLINGEN, p.24.

³²⁴ AİHS Madde 35/1: "Mahkeme'ye ancak uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir".

³²⁵ SMEDBERG, p.54.

³²⁶ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.188.

³²⁷ FABBRINI & LARİK, p.19.

³²⁸ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.14.

olmasının öncelikli nedeni ulusal mercilerde AİHS haklarının ihlal edildiğinin iddia edilmesi durumunda bunları AİHM'e gitmeden önlemektir³²⁹.

Katılım Antlaşması'nda, yerel yani iç hukukla kastedilenin AB'nin iç hukuk düzeni olduğu belirtilmiştir³³⁰. Bu yüzden katılımın gerçekleşmesi halinde temel haklarının ihlal edildiğini iddia eden bireylerin AİHM'e başvurabilmeleri için öncelikle yerel makamlara ve mahkemelere yani AB'nin makamlarına ve mahkemelerine gitmesi gerektiği ve ABAD kararından memnun olmayan tarafın, AİHS'de öngörülen hak ihlaliyle ilgili olarak AİHM'de dava açabileceği savunulmuştur³³¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AB hukukunun çelişmesi nedeniyle açılan bir ihlal iddiasının ABAD incelemesinden geçmeksizin AİHM'e ulaşması halinde, AB hukukunun özgün niteliğinin ve özerkliğinin zarar görebileceği iddia edilmiştir³³². Hem AİHS Madde 35/1'in gereklerini yerine getirmek hem de AB'nin özerk hukuk düzenine herhangi bir dış müdahaleyi önlemek için, üye devlet ve AB mahkemelerinin etkili bir iç incelemesinin ardından AİHM'in dış inceleme yapması gerektiği belirtilmiştir³³³. Ayrıca AB hukukuyla ilgili soru ve sorunların henüz ABAD tarafından açıklığa kavuşturulmadan AİHM'e gitmesi halinde, AİHM'de AB hukuku kuralına ilişkin yanlış anlaşılmaya dayalı bir yargılama yapılmasının da mümkün olabileceği savunulmuştur³³⁴. Sonuç olarak ön katılım mekanizması, AB hukukuna dayalı bir AİHS hak ihlali iddiasının ABAD incelmelerinden geçmeksizin AİHM önüne gitmesi halinde ABAD'ın davaya dahil olmasını sağlamak için düzenlenmiş bir çözüm yoludur³³⁵.

³²⁹ European Court of Human Right, Practical Guide On Admissibility Criteria (Turkish) - Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, 05.05.2013, https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22Practical%20guide%20on%20admissibility%20criteria%22%5D,%22sort%22:%5B%22title%20Ascending%22%5D,%22contentlanguage%22:%5B%22TUR%22%5D%7D (21.05.2019), p.23.

³³⁰ Katılım Antlaşması Madde 1/5.

³³¹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.209.

³³² STAVEFELDT, p.34.

³³³ SMEDBERG, p.48.

³³⁴ Julianne KOKOTT & Christoph SOBOTTA, "The Charter of Fundamental Rights of the EU after Lisbon", **European University Institute Working Papers**, Lisbon, 2010, p.5.

³³⁵ RABA, p.566.

A. Katılım Antlaşması Çözümü

Ön katılım mekanizması, Katılım Antlaşması Madde 3/6'da "Katılım Antlaşması Madde 3/2 uyarınca AB'nin eş davalı olduğu davalarda Adalet Divanı Sözleşme haklarına uyumluluğuna dair henüz denetleme yapmamışsa, ona Sözleşme haklarının AB hukukuyla uyumluluğuna dair inceleme yapması için yeterli süre verilecek ve taraflar daha sonra görüşlerini bildirecektir. Avrupa Birliği, mahkeme öncesi işlemlerin haksız yere ertelenmemesi için bu değerlendirmenin hızlı bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır. Bu paragrafın hükümleri Mahkeme'nin (AİHM'in) yetkilerini etkilemez" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede üç noktanın altını çizmektedir:

- 1) ABAD, henüz yapmadıysa, konuyla ilgili yargılama fırsatına sahip olmalı;
- 2) ABAD, böyle bir değerlendirmeyi hızlı bir şekilde yapmalı;
- 3) ABAD'ın bu hızlandırılmış prosedürü kullanacağı varsayımı, AİHM'in yetkilerini etkilememelidir.³³⁶

Bu madde aynı zamanda AB'nin eş davalı olmayıp doğrudan davalı gösterildiği veya AB hukukunun AİHS haklarına uyumluluğunun sorgulanmadığı davalarda ön katılım mekanizmasının uygulanmayacağını da ortaya koymaktadır.³³⁷

Adalet Divanı'nı bu tür davalara dâhil etme olasılığı, ABAD ve AİHM arasında kurumsal bir bağlantı oluşturmaktadır³³⁸. Böylelikle ABAD'a, AB'nin eş davalı olarak cevap verdiği davalarda, AİHM nihai kararını vermeden önce AB hukuku hükmünün AİHS haklarıyla uyumluluğunu tekrar görme fırsatı verildiği savunulmuştur³³⁹.

Ön katılım mekanizmasıyla ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Katılım Antlaşması'nın 3/6. Maddesindeki düzenlemenin, ABAD'ın gerçekleştirdiği bu ön katılımın AİHM dış denetim yapmadan ABAD tarafından iç denetimin gerçekleştirilmesini sağlamasından ve bu olanak AİHS'in iç hukuk yollarının

³³⁶ CRAIG, p.1126

³³⁷ BELLE, p.85.

³³⁸ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.181.

³³⁹ DOBLHOFF-DIER & KUSMIERCZYK, p.359.

tüketilmesini düzenleyen 35/1. Maddesine göre tüm AİHS Yüksek Sözleşmeciler Tarafı'na tanındığından, tüm üye devletlerin eşitliği prensibine de uygun olduğu doktrinde ileri sürülmüştür³⁴⁰.

Öte yandan her ne kadar iç hukuk yollarının tüketilmesi bütün Yüksek Sözleşmeciler Tarafı için geçerli olsa da dava AİHM'e gittikten sonra ABAD'a davayı ilk inceleme olanağı tanıyan ve Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 3/6'da yer alan prosedür diğer hiçbir Yüksek Sözleşmeciler Tarafa tanınmadığından, bu prosedürün gerçekten gerekli olup olmadığı sorusunu akıllara getirmekte olduğu ve düzenlemenin altında yatan sebebin AB hukuk düzeninin özerkliğinin zarar görmesi endişesi olduğu savunulmuştur³⁴¹. Fakat bu görüşün aksine AİHM'in yaptığı incelemenin AB hukukuyla AİHS'in uyumluluğunu değerlendirmek olduğu ve bunun zaten AB hukukunu bağlayıcı bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı; bu yüzden ABAD'ın öncelikli olarak davaya bakmamasının AB hukukunun özerkliği açısından bir tehlike arz etmediği ve böylece ön katılım mekanizması gibi bir prosedüre de gerek olmadığı doktrinde belirtilmiştir³⁴².

Diğer bir görüş ise, Katılım Antlaşması'yla getirilen bu özel düzenleme AB için bir dış incelemeyi getirdiği ve AİHM'den ABAD'a yönelik önerilen bu çözüm yolu AB Kurucu Antlaşmaları'nda yer almadığından, AB'de Kurucu Antlaşma değişikliği gerektiği ileri sürülmüştür³⁴³. Ayrıca ABAD ön katılım mekanizmasıyla getirilen bu düzenlemeyle AİHM aşamasında davaya dahil olabildiğinden, düzenlemenin ulusal hakimleri ABİDA Madde 267 uyarınca ABAD'a başvuruyu atlamaya teşvik edebileceği de ileri sürülmüştür³⁴⁴.

³⁴⁰ ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.104.

³⁴¹ ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.101.

³⁴² LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order*, p.1047.

³⁴³ SMEDBERG, p.49.

³⁴⁴ Marten BREUER, "No Donum Danaorum! A Reply to Daniel Thym's 'A Trojan Horse?'" , *Verfassungblog on Matters Constitutional*, 16.09.2013, <https://verfassungsblog.de/no-donum-danaorum-a-reply-to-daniel-thyms-a-trojan-horse/> (23.05.2019).

Her halükarda AB hukukunun insan haklarını ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'de çözüm arayan bireylerin öncesinde geçmesi gereken yerel hukuk yolları bulunmaktadır. Avrupa Birliği düzeyinde bu hareket tarzı için getirilen çözüm yolları iptal ve ön karar prosedürleridir³⁴⁵. İç hukuk yollarının tüketilmesi yani AİHM'e başvuru öncesi aşamasında AB'nin nasıl bir uygulamaya sahip olduğu, söz konusu prosedürlerin nasıl işlediği AB'nin AİHS'e katılımı önündeki engel, fırsat ya da gereklilikleri ortaya çıkaran boyutlardan birini oluşturmaktadır.

1. İptal Davaları Açısından İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'da "Her gerçek veya tüzel kişi, muhatabı olduğu veya kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflar ile kendisini doğrudan ilgilendiren ve uygulama tedbirleri alınmasını gerektirmeyen düzenleyici tasarruflara karşı 1. ve 2. Paragraflar'da öngörülen şartlar dahilinde dava açabilir" denilmektedir.³⁴⁶ Dolayısıyla ilk bakışta, bireyler ABİDA'nın 263/4. Maddesi uyarınca ABAD nezdinde AB'ye karşı doğrudan iptal davası açabildiklerinden, AB yasaları aleyhinde yapılan başvurulara ilişkin iptal davasıyla ciddi karışıklıklar ortaya çıkmayacağı ileri sürülmüştür³⁴⁷. Avrupa Birliği'nin tek davalı olarak sorumlu tutulduğu durumlarda iptal davasının, AİHS'in 35/1. Maddesindeki anlamıyla, bireylere AB düzeyinde açık olan tek yerel hukuk yolu olduğu ve ABAD'ın buna yönelik kararından itibaren altı ay içinde AİHM'e başvurulabileceği belirtilmiştir³⁴⁸. Ayrıca bireylerin ABAD'a açtıkları iptal davası aranan koşulların sağlanmadığı gerekçesiyle ilk incelemede reddolunsa bile AİHM'e başvuru için gerekli olan iç hukuk yolunu tüketmiş sayılacakları savunulmuştur³⁴⁹. Bu noktada iptal davasının koşullar sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi veya başvuru sahibinin AİHM'de iptal davasının tüketilmesi gereken "etkili bir çare" olmadığını kanıtlamayı başarması durumlarında davanın ABAD tarafından görülmeden AİHM'e ulaşabileceği ve eş davalı mekanizmasına bağlılık nedeniyle her zaman ön katılım mekanizmasının mevcut olmayabileceği; bu yüzden

³⁴⁵ STAVEFELDT, p.34.

³⁴⁶ Bkz. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) md.263/4

³⁴⁷ O'MEARA, p.1823.

³⁴⁸ LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order*, p.1045.

³⁴⁹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.214.

davanın her halükarda ABAD incelemesinden geçmesi için en iyi çözüm yolunun, ön katılım mekanizmasının bu tür durumlara uzatılmasının yerine AB iç hukukunda iptal davaları açısından daha esnek koşullar sağlayan bir düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁵⁰.

Öte yandan bir başvuru sahibi AB birincil hukuku kaynaklı bir ihlal için iptal davası açmak istediğinde, ABAD birincil hukuku inceleyemediğinden AİHS'in 35/1. Maddesi gereğince iç hukuk yolunun tüketilme şartının nasıl gerçekleşeceğinin belirsiz görüldüğü ileri sürülmüştür³⁵¹. Bu noktada sorun, AİHM önündeki bir davada AB'nin eş davalı olması durumunda ABAD'ın birincil hukuka ilişkin ön katılım mekanizması yoluyla görüşünü bildirebilecek olmasına rağmen, dava bu aşamaya gelmeden bireylerin AB birincil hukukunu dava edememesinden kaynaklı olarak AİHM nazarında ön incelemeyi geçmeleri için aranan iç hukuk yolunu tüketme kriterini karşılayıp karşılayamayacağı belirsiz kalmıştır. Benzer bir örnek olarak Türkiye'deki anayasa yargısına bakıldığında, burada da Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini esas olarak inceleme yetkisine sahip olmadığı görülmektedir³⁵². Avrupa Birliği'nin eş davalı olduğu bir davada AB birincil hukukunun AİHS'i ihlal ettiğine yönelik bir iddia olması durumunda, Katılım Antlaşması gereği ABAD'ın ön katılım mekanizmasının devreye gireceği ve bireyler açısından AİHM'in yerel hukuk yollarının denenmesi gerekmediğine karar vermeye meyilli olabileceği ileri sürülmüştür³⁵³.

2. Önkarar Prosedürü Açısından İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Bireyler AİHS'i ihlal ettiği iddia edilen AB hukukunu uygulayan bir üye devlet aleyhine başvuruda bulunmayı tercih ettiklerinde, bireylerin doğrudan üye devlet aleyhine ABAD'da dava açma hakları bulunmadığı ve ancak bir üye devlet mahkemesi ABAD'tan ABİDA Madde 267'de düzenlenen ön karar prosedürüyle görüş

³⁵⁰ Aida Torres PÉREZ, "Too Many Voices? The Prior Involvement of The Court of Justice of the European Union", **European Journal of Human Rights**, 2013, No.4, p.573-574.

³⁵¹ LOCK, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, p.790.

³⁵² Fatih BİLGİLİ ve Ertan DEMİRKAPI, **Hukukun Temel Kavramları**, 14. Baskı, Bursa: Dora Yayınları, 2017, s.186.

³⁵³ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.220.

isteyebileceğinden, durum daha zor bir hale gelmektedir³⁵⁴. Bir üye devlete karşı üye devlet mahkemesinde açılan bir davanın ABAD'ın ön incelemesinden geçmeksizin AİHM'e gitmesi durumunda, AB hukukunun özerkliğinin zarar görüp görmeyeceği veya ABİDA'nın 267. Maddesi³⁵⁵ kapsamındaki ön karar prosedürünün bir başvurunun AİHM'de kabul edilebilir olabilmesi için AİHS'in 35/1. Maddesi uyarınca tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olup olmadığı sorularını akla getirdiğinden ve en temelde ön karar prosedüründe bir dava ulusal makamlarda ortaya çıktığından, doğrudan ABAD'ta açılan iptal davasındaki durumdan daha karmaşık olduğu belirtilmiştir³⁵⁶.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 267. Maddesine göre, Antlaşmalar'ın yorumlanması ve AB ikincil mevzuatının geçerliliği ve yorumlanması ile ilgili ABAD'dan görüş istenebilmektedir. Bu maddede, ancak ulusal bir mahkemenin gerekli olduğuna kanaat getirmesi durumunda ABAD'dan bir karar vermesini talep edebileceği; fakat ABAD'ın ulusal mahkemeye müdahale edip sorunu kendi önüne getirme yetkisinin de bulunmadığı belirtilmiştir³⁵⁷. Ayrıca AİHS'in ihlal edildiğini iddia eden başvuru sahipleri, ne ABAD'a ön karar prosedürü başvurusu yapabilmekte ne de yerel mahkemeleri bu yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlayabilmektedirler³⁵⁸. Adalet Divanı'nın incelemesinden geçmeksizin AİHM'e giden bir davanın iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle AİHM tarafından reddolunması durumunun, AİHS'in ihlal edildiğini iddia eden bir başvurunun Avrupa'daki bu her iki mahkeme tarafından da ele alınmaması durumunda olduğu gibi hakkaniyetsiz bir sonuç doğabileceği ileri sürülmüştür³⁵⁹.

³⁵⁴ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.14.

³⁵⁵ ABİDA Madde 267:

Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: a) Antlaşmalar'ın yorumu b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.

³⁵⁶ O'MEARA, p.1823.

³⁵⁷ TEKİNALP ve TEKİNALP, s.263.

³⁵⁸ KOKOTT & SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the EU After Lisbon*, p.5.

³⁵⁹ GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.231.

Ayrıca ulusal mahkeme ABAD'a hangi sorunun sorulacağına karar verdiğinden, ön karar prosedürünün uygulanmasının ABAD'ın her zaman AİHS kapsamındaki haklarla AB hukukunun uygunluğuna dair bir karar vereceği anlamına gelmediği belirtilmiştir³⁶⁰. Ancak diğer yandan ABAD'ın ön karar verirken bir AB hukuku hükmünün AİHS'in haklarına uygunluğunu değerlendirme imkânının bulunmadığının kabul edilmesinin neredeyse imkansız olduğu; aksi halde sadece bazı ön kararlarda ABAD'ın bu fırsata sahip olabileceğinin kabul edilmesinin ABAD'ın halihazırda devam etmekte olan bir davada böyle bir incelemede bulunup bulunmadığına AİHM'in karar vereceği anlamına geleceği ve bunun açıkça özerklik üzerinde olumsuz etkileri olabileceği ileri sürülmüştür³⁶¹.

Zaten Açıklama Rapor'unda davacı tarafın ön karar prosedürünün yerine getirilmesini sadece önerebileceği ve bu talebinin bağlayıcı olmamasından kaynaklı olarak bir başvuranın AİHM'e başvurmadan önce ön karar prosedürü yoluna gitmesinin AİHM'e başvurusu için gereken iç hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği açıklanmıştır³⁶². Böylelikle bireylerin üye devletlere karşı açtıkları davalarda ABAD ön karar prosedürüyle görüşünü açıklamadan AİHM'e gidildiğinde Katılım Antlaşması Tasarısı Madde 3/6'nın koşullarının gerçekleşmiş olması durumunda iç hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle dava reddolunmayacaktır. Böylelikle AB hukukunun genel, yeknesak ve sürekli bir etkiye sahip olmasının temini için bulunmuş bir çözüm yolu olan ön karar prosedürünün³⁶³ amacını aşan bir şekilde insan hakları ihlalleri karşısında bireyleri savunmasız bırakmasının da önlenmiş olduğu söylenebilir.

Diğer yandan ABAD'ın davaya dahil olmadığı durumlarda bile AİHM'in aykırılığı saptanan işlemi iptal etme, değiştirme veya bozma yetkisinin bulunmadığı; sadece AB hukukunda bir AİHS ihlali tespiti yapabileceği³⁶⁴ ve imzacı devletlerin de AİHM'in vermiş olduğu karara göre ihlali düzeltebilecek ve bu düzeltmenin nasıl

³⁶⁰ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.5.

³⁶¹ BELLE, p.86.

³⁶² Explanatory Report, para. 65.

³⁶³ Mahmut KORKMAZ, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Ön Karar Usulü", (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Trakya Üniversitesi SBE, 2011), s.63.

³⁶⁴ PÉREZ, p.570.

gerçekleştirileceğine dair yol ve yöntemi seçmekte de serbest oldukları belirtilmiştir³⁶⁵. Bu açıdan bakıldığında ön katılım mekanizmasının AB hukukunun özerkliğini korumak için gerekli olmadığı düşünülmektedir³⁶⁶.

B. Yasal Sonuçlar

Katılım Antlaşması'nda, ABAD'ın AB hukukunun AİHS haklarıyla uyumluluğunun değerlendirilmesine dair izin vermek için hangi prosedürün kullanılacağı konusunda tamamen sessiz kalması³⁶⁷ dolayısıyla bu yeni sistemin özelliklerinin çoğunun AB'nin iç kuralları tarafından yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiş³⁶⁸ ve Taslak Katılım Antlaşması'nın, AB yargı sistemine müdahale etmekten kaçınmak için ön katılım mekanizmasına dair kullanılacak en uygun mekanizmanın niteliğine karar vermeyi AB'ye bıraktığı ileri sürülmüştür³⁶⁹. Ayrıca Katılım Antlaşması'yla düzenlenen ön katılım mekanizmasının en benzer usule göre biçimlendirilmesi durumunda ABAD'ın yetkileri değişmeyeceğinden, en iyi çözümün ABİDA Madde 267'de düzenlenen ön karar prosedürü olduğu savunulmuştur³⁷⁰.

Ayrıca Katılım Antlaşması Madde 3/6'da, ABAD'a inceleme yapması için yeterli süre verileceği ve AB'nin ABAD tarafından değerlendirmenin hızlı bir şekilde yapılması ve AİHM önündeki yargılama işlemlerinin gereğinden fazla gecikmemesini sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Açıklama Rapor'unda, yeterli süreye ilişkin altı ila sekiz aylık bir süreden bahsedilmektedir³⁷¹. Ayrıca AİHM nezdinde, davayı başka bir mahkemenin incelemesine izin vermek için kendi yargılamalarını askıya almaya benzeyen bir prosedür şekli bulunmadığı belirtilmiştir³⁷². Kesin bir rakam söz konusu olmadığından yeterli sürenin içeriğinin katılımın gerçekleşmesi halinde içtihatlarla

³⁶⁵Erol KARAARSLAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Yargılama Yöntemi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2004, S.3, s.124-125.

³⁶⁶GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, p.251.

³⁶⁷ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.103.

³⁶⁸RABA, p.567.

³⁶⁹BELLE, p.86.

³⁷⁰ARSAVA, *Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar*, s.106.

³⁷¹ Explanatory Report, para. 69.

³⁷² GROUSSOT, LOCK & PECH, p.15.

oluşacağı; fakat bir davanın her iki mahkemenin sisteminden de geçmek zorunda olduğu durumlarda adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesinin pek olası olmadığı ileri sürülmüştür³⁷³. Süreye ilişkin getirilen düzenlemenin, AİHM önceki usulleri haksız bir şekilde karmaşıktıracağı ve bireysel başvuruları uygulamada kendisinden adli yardım istenmesini engelleyecek kadar külfetli hale getireceğinden, ön katılım mekanizmasının en olumsuz yönü olduğu iddia edilmiştir³⁷⁴.

Açıklama Raporu'nda, ABAD'ın ön katılım mekanizmasının AİHM'in yetki ve yargılamasını etkilemeyeceği ve davanın ABAD tarafından değerlendirilmesinin AİHM'i bağlamayacağı belirtilmiştir³⁷⁵. Bu düzenlemenin, Katılım Antlaşması'nda bulunan ve AB'nin AİHS'e katılımının AİHM'in ne yetkilerini ne de işleyişini etkilememesini sağlayan tek hüküm olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca ABAD tarafından verilen kararın bağlayıcı olması halinde bunun AİHS sisteminde AB'nin bir başka Yüksek Akit Tarafın sahip olmadığı olağandışı bir imtiyaza sahip olduğunu göstereceğinin ve katılımın AİHS'in AB'ye katılması üzerine değil AB'nin AİHS sistemine katılması üzerine olduğunun unutulmaması gerektiği ileri sürülmüştür³⁷⁶.

Özerklik açısından bakıldığında ise, daha önce izah edilmiş olduğu gibi ABAD içtihadına göre uluslararası bir antlaşmayla ABAD'a kararlarında bağlayıcılık yerine sadece "bilgilendirme" yetkisi tanınmış olmasını, ABAD Kurucu Antlaşmalar'a açıkça aykırı bulmuştur³⁷⁷. Bu sebeple AB'nin katılım süreci içerisinde kabul edilecek kurallarla AB hukukunun özerkliğine herhangi bir müdahalenin gerçekleşmesinin önlenmesi için iç hukukta ABAD'ın yargı yetkisi alanında bir değişiklik yapılması gerektiği; aksi takdirde içtihatlarla ortaya konulan özerkliğin zarar göreceği ileri sürülmüştür³⁷⁸. Diğer yandan, özerklik açısından risk olarak görülen AB hukuku ve AİHS'le ilgili bir davaya ABAD tarafından bakılmaksızın davanın AİHM'e gitmesi ihtimalinin, AB hukuk düzeninin özgün niteliği kaynaklı olmadığı; AB yasal düzeni içerisindeki usul hukukunda var olan

³⁷³ STAVEFEDLT, p.36.

³⁷⁴ SMEDBERG, p.65.

³⁷⁵ Explanatory Report, para. 68.

³⁷⁶ STAVEFEDLT, p.35.

³⁷⁷ Adalet Divanı'nın 1/91 Sayılı Mütalaası

³⁷⁸ Paul GRAGL, "A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights", **Common Market Law Review**, 2014, Vol.51, No.1, p.49.

kusurdan kaynaklandığı ve bu kusurun, örneğin ABAD'ın içtihat hukukunu değiştirmesi veya AB Antlaşmaları'nın değiştirilmesi yoluyla düzeltilebileceği ileri sürülmüştür³⁷⁹. Özerkliğe verilebilecek zararın önlenmesi için ön katılım mekanizmasının düzenlenmesi yerine AB hukuku ve AİHS kaynaklı her hak ihlali iddiasında ABAD'a başvurma zorunluluğu getiren AB iç hukuk düzenlemesi yapılması gerektiği de belirtilmiştir³⁸⁰.

Ayrıca Açıklama Raporu'nda ön katılım mekanizmasının nadiren ortaya çıkmasının beklendiğinin altı çizilse de³⁸¹, AİHM'e gitmeden önce ABAD'a doğrudan davayı dinleme olanağı vermeyen AB hukuku kaynaklı bir kusurun düzeltilmesi için AİHS sisteminde bir değişikliğe gidilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür³⁸². Öte yandan, AİHM'in AİHS'e uygunluğu belirleyebilmek için bir AB hukuku hükmünü yorumlamak zorunda kalacağı ve bu durumda özerkliğinin zarar göreceği endişesiyle ilişkili olarak, AİHM sisteminde yerleşmiş olan yerellik ilkesi gereği AİHM'in ulusal hukuk veya antlaşma eylemlerini yorumlamak söz konusu olduğunda ulusal makamların yerini alacak bir mahkeme olmadığı çok defa ortaya koyulduğu; fakat bununla söz konusu ilkenin göz ardı edilmiş olduğu savunulmuştur³⁸³.

Ön katılım mekanizması tetiklendiğinde, ABAD'ın değerlendirmesinin iki olası sonucu olacaktır: ABAD; AB'nin AB hukuku kapsamındaki eyleminin AİHS'e uygun olduğuna karar verebileceği gibi, tam tersine söz konusu eylemin temel haklara aykırı veya geçersiz olduğuna da karar verebilir³⁸⁴. Adalet Divanı'nın belirli bir AB hukuku hükmünün AİHS ile uyumlu olduğu ve insan hakları ihlali içermediğini tespit etmiş olmasının, AB iç prosedürleri AİHM'in dış denetiminin yerini almayacağından, AİHM'deki davayı hiçbir şekilde etkilemeyeceği belirtilmiştir³⁸⁵. Dava daha sonra AİHM'de normal şekilde devam edecektir³⁸⁶. Adalet Divanı'nın ön katılım mekanizması

³⁷⁹ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.101.

³⁸⁰CRAIG,p.1131.

³⁸¹ Explanatory Report, para. 68.

³⁸²ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, p.104.

³⁸³ STAVEFELDT, p.36.

³⁸⁴ STAVEFELDT, p.39.

³⁸⁵ LOCK, *End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, p.185-186.

³⁸⁶ JACQUÉ, *The Accession Of The European Convention On Human Rights And Fundamentals Freedoms*, p.1022.

kapsamında kendisine başvurulduğunda AB'nin insan hakları standartlarını ihlal ettiği yönünde karar vermesi durumunda ise, taslak metnin içeriğinin belirli olmadığı ve Katılım Antlaşması Tasarısı'nda AİHM'in yetkisinin değişmeyeceği belirtilse de, ABAD'ın ihlal kararının ardından AİHM'in her halükarda davaya devam edip etmeyeceğini değerlendirmek zorunda kalacağı; fakat böyle bir durumda başvuru sahibinin AİHS'in anlamı dahilinde bir mağdur olmayacağından bu şekilde değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁸⁷.

Bütün bu olasılıklar ve iddiaların ötesinde, şimdiye kadar ABAD ile AİHM arasında verimli bir diyalogun gelişmiş olduğu; AB hukuku ile AİHS'in üye devletlere uygulanma noktasında kısmen örtüştükleri; bu bağlamda söz konusu mahkemeler arası diyalogun temel hakların yorumlanması ile ilgili ortak anlayışlar aramak için uygun bir yol olduğu ve en nihayetinde Taslak Katılım Antlaşması'nda yer alan ön katılım mekanizmasına esasında ihtiyaç olmadığı doktrinde ileri sürülmüştür³⁸⁸.

Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı için öngörülen tüm bu değişiklikler hem AİHS sistemi hem de AB hukuk sistemi içerisinde gerçekleştirilecektir. En önemli değişiklikler ise eş davalı mekanizması ile ön katılım mekanizmasıdır. Bu iki mekanizma, daha önce de ifade edildiği gibi AB hukuk sisteminin kendine özgü niteliğini ve AB hukukunun özerkliğini korumak için bulunmuş çözüm yollarıdır. Katılım Antlaşması'nın tamamlanmasının akabinde ise ABAD'tan daha sonra 2/13 Sayılı Mütalaa olarak adlandırılacak olan görüşü talebinde bulunulmuştur.

³⁸⁷ GROUSSOT, LOCK & PECH, p.16.

³⁸⁸ PÉREZ, p.583.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 2/13 SAYILI MÜTALAASI VE OLASI ÇÖZÜM YOLLARI

Katılım Antlaşması'nın tamamlanmasının ardından ABİDA Madde 218/11 uyarınca ABAD'dan Katılım Antlaşması Tasarısı'nın ABA ve ABİDA ile uyumluluğu hakkında görüş talep edilmiştir. Adalet Divanı 2/13 Sayılı Mütalaa'sında, AB'nin AİHS'e katılımına ilişkin antlaşmanın, ABA'nın 6/2. Maddesi ve bu maddeye ilişkin 8 No.lu Protokol ile uyumlu olmadığına karar vermiştir³⁸⁹. Adalet Divanı'nın uzun süre beklenen görüşü geldiğinde akademisyenlerin çoğunun tepkisine neden olmuş³⁹⁰ ve geriye doğru dev bir adım olarak nitelendirilen³⁹¹ bu görüş ile ABAD'ın AB'nin üzerine kurulduğu temel değerleri göz ardı ederek AB hukukunun temel unsurlarını korunmaya çalıştığı iddia edilmiştir³⁹². Ayrıca ABAD'ın bu kararıyla AB'nin AİHS'e katılım fikrine, AİHS ve AB sistemi arasındaki ilişkiye ve bu ilişkinin kesin ve resmi bir dayanak üzerine oturtulması arzusuna büyük zarar verdiği belirtilmiştir³⁹³. Adalet Divanı'nın Katılım Antlaşması Taslağı'na dair yayınladığı 258 maddelik 2/13 Sayılı Mütalaa'sının tonu ve bu tonla beraber oluşan tavizsiz yorumlayıcı hareketi, AİHM'in ABAD nazarında hoş karşılanmadığı ve ABAD'ın Avrupa'daki müstesna hukuki pozisyonunu korumak arzusunda olduğu yönünde eleştirilere sebep olmuştur³⁹⁴. Verdiği bu kararlar ABAD'ın, sadece AB'de insan haklarının korunmasına yönelik ilerlemeyi engellemekle kalmayıp, aynı zamanda AB hukukunun özerkliği, etkililiği ve AB'nin Anayasal temeline dair ufak tefek kayda değmeyen tehlikelere dayanarak yapay argümanlarla değerlendirme yaptığı

³⁸⁹European Court of Justice, **Opinion 2/13**, Draft International Agreement - Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Compatibility of the Draft Agreement with the EU and FEU Treaties, 18.12.2014 [ECR 1].

³⁹⁰Ágoston MOHAY, "Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case note", **Pécs Journal of International and European Law**, 2015, Vol.1, p.35.

³⁹¹Jed ODERMATT, "A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights", **New York University Journal of International Law & Politics**, 2015, Vol.47, No.4, p.796.

³⁹²Steve PEERS, "The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection", *EU Law Analysis: Expert Insight into EU Law Developments*, 18.12.2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (20.05.2019).

³⁹³Tobias LOCK, "The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?", **European Constitutional Law Review**, 2015, Forthcoming, Vol.11, p.239.

³⁹⁴Daniel HALBERSTAM, "It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward", **German Law Journal**, 2015, Vol.16, No.1, p.106.

ileri sürülmüştür³⁹⁵. Bu eleştirel analizler, AB'nin AİHS'e katılımının geleceğine dair karamsar bir bakış açısının doğmasına sebep olmuştur. Bu bölümde Katılım Antlaşması Taslağı ekseninde ABAD'ın 18 Aralık 2014 tarihli 2/13 Sayılı Mütalaası'na yönelik itiraz noktaları ve çözüm yolları ortaya konulacaktır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN SPESİFİK ÖZELLİĞİ VE ÖZERKLİĞİ

Adalet Divanı 2/13 Sayılı Mütalaası'nın ilk bölümünde, Katılım Antlaşması Tasarısı'nın AB hukukunun spesifik özellikleri ve temel hakların yorumlanması ve uygulanmasında AB hukukunun özerkliği üzerinde sahip olabileceği potansiyel olumsuz etkilere odaklanmaktadır³⁹⁶. Avrupa Birliği hukukunun özerkliği ve spesifik özelliği onun hukuki tarihi boyunca süregelen bir motif olduğundan katılımın AB'nin yeterliliklerine veya ABAD'ın AB hukukunun yorumlanması konusundaki gücüne zarar vermemesi gerektiği ve buna uygun olarak 8 No.lu Protokol'le "Katılım Antlaşması'nda AB ve AB hukukunun özgün özelliklerinin korunması için hükümler oluşturulacağı"nın özellikle düzenlendiği belirtilmiştir³⁹⁷. Adalet Divanı görüşüne, katılımın AİHS'i AB hukuku ve AB kurumları üzerinde resmi bağlayıcı hale getiren etkilerini anımsatarak başlamış³⁹⁸; ayrıca AB'nin "hükümlerinin yorumlanmasından sorumlu bir mahkemenin oluşturulmasını sağlayan ve kararları ABAD dahil olmak üzere kurumlar üzerinde bağlayıcı olan uluslararası bir antlaşmanın Kurucu Antlaşmalar'ın izin verdiği ölçüde oluşturabileceğini"³⁹⁹ hatırlatmıştır. Ancak ABAD kendi yetkilerinin temel niteliğinin korunması ve AB yasal düzeninin özerkliğinin olumsuz etkilenmemesi gerektiğini de ifade etmiş⁴⁰⁰; "AİHS tarafından verilen karar ile yetkilendirilmiş organların herhangi bir hareketi, AB ve kurumları iç yetkilerini kullanırken AB hukuku kurallarını yorumlamaları konusunda bağlayıcı bir etki taşımaması gerekir"⁴⁰¹ demesinin ardından

³⁹⁵ Christoph KRENN, "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13", **German Law Journal**, 2015, Vol.16, No.1, p.147.

³⁹⁶ Opinion 2/13, para. 179-200.

³⁹⁷ Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, "Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR", **Special Edition: Swedish European Law Journal**, 2016, p.31.

³⁹⁸ Opinion 2/13, para. 170-181.

³⁹⁹ Opinion 2/13, para. 182.

⁴⁰⁰ Opinion 2/13, para. 183.

⁴⁰¹ Opinion 2/13, para. 184.

aşağıda yer verilecek olan Katılım Antlaşması Taslağı'nın AB hukukunun spesifik özelliklerini karşılamayı başaramadığı üç durumu ortaya koymuştur.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 53 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Madde 53

Adalet Divanı, Taslak Antlaşma'nın uyumsuzluğuna yol açan ilk durumun AİHS'in 53. Maddesi ile AB Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi arasındaki koordinasyon eksikliği olduğunu belirtmiş⁴⁰²; bu maddeler arasındaki koordinasyonsuz etkileşimin "Şart'ın sağladığı koruma düzeyini ve AB hukukunun önceliğini, birliğini ve etkinliğini" tehlikeye atabileceği yönünde endişesini dile getirmiştir⁴⁰³.

Temel Haklar Şartı Madde 53'de şu ifadeler yer almaktadır: "Bu Şart'ta yer alan hiçbir hüküm, ilgili uygulama alanlarında AB hukuku, uluslararası hukuk, AİHS de dahil olmak üzere AB ve üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamaz". Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesinde AİHS'in 53. Maddesinden⁴⁰⁴ açıkça esinlendiği ve esas olarak AİHS'te ve ulusal anayasalarda yer alan insan haklarını olumsuz yönde etkilemeyeceği belirtildiğinden, ABAD'ın koordinasyonsuz iletişim olduğu yönündeki yaklaşımı ilginç bulunmuştur⁴⁰⁵.

Görünüşte benzer olmalarına rağmen, AİHS Madde 53 ulusal anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin AİHS'ten daha üstün standartlar vermesi durumunda ulusal anayasanın uygulanmasına izin verdiğinden AİHS açısından tek bir standardın aranmasına gerek olmadığı ve bu bağlamda maddenin temel haklar korumasında minimum düzeyde bir garanti olarak işlev gördüğü; Şart'ın 53. Maddesinin ise, AB'de yasa koyucunun uyumlaştırmayla uğraştığı alanlarda temel haklar korumasının düzgün

⁴⁰² Opinion 2/13, para. 186-190.

⁴⁰³ Opinion 2/13, para. 189.

⁴⁰⁴ Tanınmış İnsan Haklarının Korunması başlıklı AİHS Madde 53: "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın yasalarını ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz".

⁴⁰⁵ Paul GRAGL, "The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR", 2015, <http://ssrn.com/abstract=2563455> (20.04.2019),p.5.

bir şekilde anlaşılması ve AB hukukunun önceliğini ve tekdüzeliğini garanti etme işlevi olduğundan bu iki düzenlemenin çok farklı bir mantığı takip ettiği belirtilmiştir⁴⁰⁶.

Adalet Divanı, AİHS ve Şart arasındaki ilişkiye dair yaptığı analizde *Melloni* kararına referansta bulunmaktadır⁴⁰⁷. *Melloni* kararına⁴⁰⁸ giden süreç iflas dolandırıcılığı şüphelisi olan İtalyan vatandaşı Bay Melloni'nin İtalya'da hakkındaki yargılama başlamadan önce İspanya'ya kaçması; bunun üzerine İtalyan Mahkemesi'nin davayı *in absentia*⁴⁰⁹ görerek Melloni'yi hapse mahkum etmesi ve Melloni'nin İspanyol Anayasası'ndaki Adil Yargılanma Hakkı'na dayanarak bu karara karşı çıkması ile başlamıştır. Ancak, İtalyan Mahkemesi'nin gıyabında tutuklama kararı AB hukuku düzenlemesine dayanmaktadır⁴¹⁰. İspanya Anayasası ve AB hukuku arasındaki çatışmanın ışığında İspanya Anayasa Mahkemesi'nin ABAD'a Şart'ın 53. Maddesinin ulusal bir anayasa hükmünün AB hukuku düzenlemesinden ayrılmasına izin verip vermediğini sorması üzerine ABAD, "AB hukukunun uygulanması halinde daha yüksek yerel standartlara ancak Şart'ın öngördüğü koruma seviyesinden ve AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğinden ödün verilmediği takdirde izin verileceğini"⁴¹¹ belirtmiştir. *Melloni* kararına göre, üye devlet mahkemeleri iki koşulda ulusal anayasalarını uygulayabileceklerdir: birincisi, ulusal anayasanın Şart tarafından sağlanan koruma seviyesini zayıflatmadığı; ikincisi ulusal anayasa hukukunun, AB hukukunun üstünlüğünü, birliğini veya etkinliğini tehlikeye atmadığı durumlarda⁴¹². Fakat AİHS Madde 53 temel haklar konusunda daha geniş bir çerçeve çizen bir metnin olması durumunda bu metne uyulacağını belirtir ki, *Melloni* davası örneğinden görüleceği üzere bu metin bir ulusal anayasa olabilir. Tam da bu noktada ABAD'ın, katılımdan sonra üye devletlerin AİHS Madde 53'e dayanarak temel haklar standardını yeniden diriltmek için *Melloni* kararına meydan okuyabileceği ve AB hukuku yerine kendi anayasalarına dayanarak AB hukukunun önceliğini, birliğini ve etkinliğini tehlikeye düşürebilecek

⁴⁰⁶ KRENN, p.158.

⁴⁰⁷ Opinion 2/13, para. 188.

⁴⁰⁸ C-399/11 *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal* [2013] ECR 107.

⁴⁰⁹ Latince olan "in absentia", Türkçe'de davalının duruşmalara katılmasa bile gıyabında yargılanmasını ifade etmektedir.

⁴¹⁰ C-399/11, para. 13-26.

⁴¹¹ C-399/11, para. 60.

⁴¹² GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, p.8.

olmalarının endişesini taşıdığı ileri sürülmüştür⁴¹³. Bu endişesinden dolayı Adalet Divanı, Katılım Antlaşması'nda üye devletleri AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğine zarar verecek bir işlem yapmayacaklarına dair taahhüt altına sokan bir düzenleme yapılmasını istemektedir⁴¹⁴.

Katılımın gerçekleşmesi halinde AİHS ABİDA'nın 216. Maddesi uyarınca AB hukukunun ayrılmaz bir parçası haline geleceğinden üye devletlerin farklı bir temel haklar koruması için ısrar edebileceği; yerel mahkemelerin AİHS'in 53. Maddesini daha yüksek yerel standartların uygulanması için bir argüman olarak kullanılabileceği ve bu durumda ABAD'ın *Melloni* davası gibi bir davayı yeniden ele alması gerekebileceğinden, ABAD'ın koordinasyon isteminin doğru olduğu ileri sürülmüştür⁴¹⁵.

Diğer yandan, *Melloni* davasıyla ulusal mahkemelerin zaten münhasıran AB temel hukukunu uygulamak zorunda olduğu ve neyin uygulanacağına dair sınırın sadece AB hukuku tarafından belirlendiğinin açığa çıktığı ve Şart'ın AB'de hem temel haklar korumasının hem zeminini hem de tavanını oluşturmasından dolayı da ABAD'ın AİHS'in 53. Maddesinin uygulanması yoluyla AB'nin yasal özerkliğinin zarar göreceğine dair endişeleri haksız bulunmuştur⁴¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından bakıldığında ise, AİHS daha önce var olmamış bir gücü üye devletlere veremeyeceğinden nasıl ki bugün üye devletler AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğini ihlal eden daha "yüksek" bir gücün korumasından alıkonulmuşlarsa, AİHS'in 53. Maddesinin onlara bu gücü gelecekte de veremeyeceği ve bir üye devletin AİHS'i daha yüksek haklar standardını dikte etmek için kullanması durumunda ABAD'ın *Melloni* doktrini açısından aynı şekilde inceleme yapabileceği ve bu sebeplerle ABAD'ın iddialarının hukuki açıdan temelsiz olduğu iddia edilmiştir⁴¹⁷. Bunun da ötesinde esasında buradaki sorun AB ve üye devletler arasında

⁴¹³ Piet EECKHOUT, "Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky", **Fordham International Law Journal**, 2015, Vol.38, p.966-967.

⁴¹⁴ Mustafa Tayyar KARAYİĞİT, "Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları", **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**, 2015, C.23, S.1, s.13.

⁴¹⁵ KRENN, p.158.

⁴¹⁶ GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, p.9.

⁴¹⁷ HALBERSTAM, p.125.

cereyan etmekte olduğundan, AB hukuku çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecek bir hususun Katılım Antlaşması Tasarısı'na eklenecek bir maddeden medet umarak çözüme çabasının ABAD'ın kendi içtihadına, AB hukukunda kurduğu normlar hiyerarşisine, AB hukukunun icrasına ve iç disiplinine yönelik güvensizliğin göstergesi olduğu belirtilmiştir⁴¹⁸. Sonuçta *Melloni* davası yaşanmış bir davadır ve sorun ABAD tarafından çözülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 53. Maddeyi, sadece istisnai durumlarda uygulamıştır. Buna göre AİHM nezdinde başvuruların haklarının ihlal edildiğinin iddia edilebilmesi için AİHS'in 53. Maddesine güvenilmemesi gerektiği; yani ABAD'ın AB hukukunun özerkliğini korumaya çalışırken AİHM'in bu maddeye ilişkin dava hukukuna itimat etmediğinin ortaya çıktığı savunulmuştur⁴¹⁹. Bu bağlamda AİHS Madde 53'ün, imzacı devletleri AİHS'in gerektirdiğinden daha yüksek standartları uygulama yükümlülüğü altına sokmak yerine sadece bunların uygulayabilmesine olanak sağladığı; ayrıca Şart'ın Lizbon eki olarak AB birincil hukukuna dahil olduğu ve AB tarafından imzalanan uluslararası antlaşmalar ise AB birincil hukukuna uyma zorunda olduğundan katılımın gerçekleşmesi halinde hem üye devletlerin AB hukukunun üstünlüğüne uymaktaki yükümlülüğü devam edeceği hem de herhangi bir çelişkinin meydana gelmesi durumunda ABAD tarafından yorumlanan Şart'ın 53. Maddesinin üstün geleceği ileri sürülmüştür⁴²⁰. Dahası, Şart'ın 52/3. Maddesi Şart'ta bulunan hakların anlam ve kapsamının AİHS kapsamında garanti edilen haklara karşılık geldiği sürece yetkili sınırlamalar da dahil olmak üzere bu haklarla aynı olması gerektiğini ortaya koyduğundan, Şart'ın halihazırda AİHS ile koordine edilmiş olduğu belirtmiştir⁴²¹.

Son olarak ABAD'ın itirazına iki mahkeme arasındaki diyalog perspektifinden bakıldığında, AİHS Madde 53'ü "yetkili olmayanların girmelerinin yasak olduğu alan"

⁴¹⁸ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.14.

⁴¹⁹ Sarah LAMBRECHT, "The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 Objects to Draft Agreement on Accession of the EU to the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 2015, No.2, p.186-187.

⁴²⁰ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?* p.257.

⁴²¹ Jörg POLAKIEWICZ, "Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking After the ECJ's Opinion and Way Forward", European Parliament – Committee on Constitutional Affairs, Public Hearing 20.04.2016, http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/104500/EP_hearing_20_April_2016_rev.pdf (11.05.2019), p.8.

şeklinde belirlemeye çalışmanın iki mahkeme arasındaki düzgün diyalogu ve AİHM'in kontrol fonksiyonunu kolaylaştırmadığı ve bu nedenle katılımın amacına ters düştüğü ileri sürülmüştür⁴²². Adalet Divanı'nın 53. Maddeye dair itirazı Hukuk Sözcüsü Kokott'un görüşünde de belirtilmediğinden, ABAD'ın tavrı tutarlı ve bütünleşik bir temel haklar koruma sistemi sağlamak yerine nihai otoritesini korumaya çabaladığı şeklinde anlaşılmıştır⁴²³.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 218/11. Maddesi, "Bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon, öngörülen antlaşmanın Kurucu Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda ABAD'ın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın görüşünün olumsuz olması halinde, öngörülen antlaşma, söz konusu antlaşmada veya Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik yapılmadıkça yürürlüğe giremez" şeklinde düzenlenmiştir. Adalet Divanı 2/13 Sayılı Mütalaa'yla AİHS'in ve Şart'ın 53. Maddeleri ekseninde Taslak Antlaşma'yı eksik bulduğu için, koordinasyon sağlanması amacıyla ABİDA Madde 218/11 uyarınca yeni bir düzenlemenin gerekli olduğu açıktır; fakat bu düzenlemenin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler söz konusudur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. Maddesinde gerçek bir sorun olmadığı hususunda bir şeyi açıklamak veya tartışmak ABAD'ın kararından sonra bir anlam ifade etmediğinden, çözüm yolu olarak üye devletlerin bu maddenin Şart'ta kendilerine verilmemiş olan herhangi bir hakkı veremeyeceğini beyan edebilecekleri ve bu çözüm yolunun sadece üye devletler arasında müzakere gerektirdiğinden rahatlıkla sonuçlanacak bir yol olduğu belirtilmiştir⁴²⁴.

Bir diğer alternatif olarak AB tarafından "katılım halinde AB hukukunun önceliği, birliği ve etkililiğinin etkilenmeyeceği"ne dair yorumlayıcı bir beyanda bulunulması bir seçenek gibi gözüke de AİHM'in bu beyana saygı duyması garanti olmadığından ABAD için ikna edici olmayabileceği; bu nedenle en güvenli seçeneğin, Taslak Antlaşma'nın "AİHS'in 53. Maddesi, AB'nin üye devletlerinin AİHS'in öngördüğünden daha yüksek bir ulusal insan hakları koruma standardı sağlamasını

⁴²² EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.968.

⁴²³ LAMBRECHT, p.187.

⁴²⁴ HALBERSTAM, p.125; KRENN, p.166.

gerektirdiği şekilde yorumlanmayacaktır" biçiminde değiştirilmesi olduğu ileri sürülmüştür⁴²⁵. Ancak bu öneri, hem *Melloni*'den gelen kriterlere atıfta bulunmadığı için gerçek bir koordinasyon maddesi olmayabileceğinden ve hem de AİHS Madde 53'ün AİHS'in taraflarına verdiği daha yüksek koruma standardı sağlama olasılığını sınırlamadığından çözüm olarak AİHS'in 53. Maddesinde "AB hukukunun uygulanması kapsamında, Sözleşme'nin 53. Maddesi, ancak AB hukuk ilkeleri ışığında yorumlanan Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesini ihlal etmemesi durumunda üye devletler tarafından uygulanabilir" şeklinde bir değişikliğe gidilebilecektir⁴²⁶.

B. Karşılıklı Güven İlkesi

Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın bir sonraki bölümünde ABAD, üye devletler arasında özellikle AB'nin Özgürlük Güvenlik ve Adalet Alanı'nın (ÖGAA) bir bileşeni olan karşılıklı güven ilkesini incelemektedir⁴²⁷. Bu ilke Kurucu Antlaşmalar'da tanımlanmamasına rağmen, ÖGAA'da karşılıklı tanıma ilkesinin başarılı bir şekilde çalışması ve bunun temel haklara uymak söz konusu olduğunda üye devletlerin birbirlerine güvenmesi gerektiği imasını da taşıması nedeniyle, karşılıklı tanıma ilkesi ulusal yargıçlar arasında karşılıklı güven ve nezaket anlamına da gelmektedir⁴²⁸. Bu yüzden karşılıklı güven ilkesi, AB'nin ÖGAA ile doğrudan bağlantılıdır⁴²⁹.

Karşılıklı güven ilkesine ilişkin olarak ABAD, "üye devletler arasındaki karşılıklı güven ilkesinin iç sınırları olmayan bir alanın oluşturulmasına ve sürdürülmesine izin verdiği gözetildiğinde AB hukukunda temel öneme sahip olduğuna dikkat edilmelidir. Bu ilke, özellikle ÖGAA ile ilgili olarak AB yasasını uygularken, üye devletler tarafından diğer üye devletlerin temel haklarına uyulduğunun kabul edilmesini

⁴²⁵ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.257.

⁴²⁶ Przemyslaw TACIK, "After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU", *German Law Journal*, 2017, Vol.18, No.4, p.931.

⁴²⁷ Opinion 2/13, para. 191-195.

⁴²⁸ Koen LENAERTS, "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture, All Souls College, University of Oxford, 30.01.2015, https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf (1.04.2019), p.4-5.

⁴²⁹ Nikolaos KRATIMENOS, "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) – Analysis of Opinion 2/13 of the European Court of Justice", (Master Thesis, Lund University, Faculty of Law, 2016), p.15.

gerektirmektedir" demiştir.⁴³⁰ Böylece ABAD'a göre, "üye devletler, AB hukukuyla sağlananlardan farklı olarak temel hakların korunmasına yönelik daha yüksek seviyede bir ulusal koruma talep edemedikleri gibi istisnai durumlar saklı kalmak üzere diğer üye devletlerin AB tarafından güvence altına alınan temel hakları gözetip gözetmediklerini de denetleyemezler"⁴³¹. Adalet Divanı, katılımın "üye devletlerin diğer üye devletlerde temel hakların gözetilip gözetilmediğini kontrol etme olasılığı doğuracağı ve bunun da AB'nin temel dengesini bozacağından AB hukukunun özerkliğini zayıflatacağı"⁴³² kanaatindedir. Adalet Divanı'na göre, Taslak Antlaşma'nın bu bağlamdaki kusuru "AB'nin içsel doğasının göz ardı edilmesidir"⁴³³.

Adalet Divanı'nın karşılıklı güven ilkesine dair endişelerini anlamak için ABAD ve AİHM arasındaki yargısal diyalogu gözden geçirmenin yararlı bir girişim olacağı; çünkü bu sorunun kökünde AİHM ve ABAD arasındaki, özellikle iltica ve aile hukuku hususlarında baş gösteren, uygulamaya dayalı bir gerginlik olduğu ileri sürülmüştür⁴³⁴. Karşılıklı güven ilkesi AB üyesi devletlerin temel hak ve yükümlülüklerine uydukları sürece AB hukukunu uygularken birbirleri hakkında hüküm verecek konumda olamayacaklarını ifade ettiğinden, örneğin iltica başvurularında bir üye devlet bir mülteciyi başka bir üye devlete söz konusu devletin insan haklarına uyup uymadığını doğrulamadan teslim etmelidir⁴³⁵. Böyle bir sorgulama üye devletlerin yetkisi veya hakkı değildir. Dublin Sistemi'nin kuralları uyarınca bir mülteci, AB'ye ayak bastığı devlette iltica başvurusu yapmaya zorunlu olduğundan, bu mültecinin başka bir üye devlete gitmesi durumunda gittiği devlet mülteciyi prensip olarak ilk giriş yaptığı devlete geri gönderecektir⁴³⁶.

Adalet Divanı 2/13 Sayılı Mütalaa'sında atıfta bulunduğu *N.S.*⁴³⁷ davasında karşılıklı güven ilkesine başvurmuştur⁴³⁸. Ancak ABAD dayanak yaptığı aynı kararda,

⁴³⁰ Opinion 2/13, para.191.

⁴³¹ Opinion 2/13, para.192.

⁴³² Opinion 2/13, para.194.

⁴³³ Opinion 2/13, para.193.

⁴³⁴ KRATIMENOS, p.16.

⁴³⁵ ECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.968.

⁴³⁶ KRENN, p.159.

⁴³⁷ Joined Cases C-411 & 493/10 *N.S.and Others* [2011] ECR 13905.

⁴³⁸ C-411 & 493/10, para. 86.

gönderen devletin, bir mültecinin ilk giriş yaptığı üye devlete yapılacak transferini, bu mültecinin gönderileceği devlette Şart'ın 4. Maddesi⁴³⁹ çerçevesinde insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele ile karşılaşacağına inanmak için önemli gerekçeler varsa ve iltica prosedürlerinde sisteme dair eksiklikler mevcutsa göndermeyi reddedebileceğini de belirtmiştir⁴⁴⁰.

Avrupa Birliği'nin ortak değerler üzerine kurulmuş olmasının üye devletler arasında karşılıklı güven yarattığı ve ABAD'ın *N.S.* kararında buna yönelik karşılıklı güven ilkesini vurgulamaya çalıştığı; ancak özellikle Avrupa sığınma sistemi üye devletler tarafından temel haklara saygı kriterinin varlığına dayandığı halde bu varsayımın geri döndürülemez olmadığı ve sistemine dair eksiklik halinde mültecinin ilk giriş yaptığı devlete iadesinin reddedilebileceğini de söyleyerek bu noktadaki gerginliği çözmeye çalıştığı yorumuna sebep olmuştur⁴⁴¹. Adalet Divanı *N.S.* davasını ulusal kamu politikası konusu olarak değil Şart'ın 4. Maddesinde belirtilen haklara atıfta bulunma yoluyla "sistemine dair eksikliklerin" varlığına dayanarak incelediğinden, bu davanın karşılıklı güven ilkesini sınırlayan bir Avrupa kamu politikasının ifadesi olarak görülebileceği de ileri sürülmüştür⁴⁴². Aynı zamanda *N.S.* kararıyla, sistemine dair olmayan küçük ihlaller halinde transfer yasağının gerçekleşmeyeceği ve AB üye devletlerinin Şart tarafınca tanınan temel haklara uyduğu varsayımının ancak istisnai koşullar altında reddedilebileceği ortaya çıkmıştır⁴⁴³. Bununla ötesinde ABAD'ın *N.S.* kararında, AB üye devletlerinin birbirlerinin mültecilere düzgün bir şekilde muamele etme yeteneğini sorgulamaması gerektiğini ortaya koyan Dublin sisteminin temel fikrini vurgulamak için elinden geleni yaptığı; fakat artık cinin şişeden çıktığı yani ABAD'ın AB sığınma sistemi konusundaki tavrına AİHM tarafından bazı geniş kapsamlı değişiklikler öngörüldüğü belirtilmiştir⁴⁴⁴. Bu bakış açısını doğrular bir şekilde AİHM, *Tarakhel*

⁴³⁹ İşkence ve İnsanlık Dışı veya Alçaltıcı Muamelelerin ve Cezaların Yasaklanması başlıklı Temel Haklar Şartı Madde 4: "Hiç kimse, işkenceye veya insanlık dışı ve alçaltıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamaz".

⁴⁴⁰ C-411 & 493/10, para. 94.

⁴⁴¹ Jean Paul JACQUÉ, "What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?", **Study for the AFCO Committee**, European Parliament Directorate-General for Internal Policies Policy Department C Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016, p.17-18.

⁴⁴² LENAERTS, p.25.

⁴⁴³ KRENN, p.159.

⁴⁴⁴ Walther MICHL, "Thou Shalt Have No Other Courts Before Me", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 23.12.2014, <https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/> (23.05.2019).

davası⁴⁴⁵ kararını vermiştir. Dava, İsviçre'ye iltica etme çabasındaki bir ailenin İsviçre otoriteleri tarafından AB'ye giriş yaptıkları devlet olan İtalya'ya geri gönderilme kararına yaptıkları itirazın incelenmesidir⁴⁴⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilgili kararda, "Kişinin iade edileceği devlete AİHS'in 3. Maddesine⁴⁴⁷ uyulacağı varsayımının tersi bir davranış ile karşılaşılabileceğine dair 'gerçek bir risk' olduğuna dair 'önemli gerekçeler' varsa, ilgili kişinin durumunun ayrıntılı ve kişiselleştirilmiş bir incelemesinin yapabileceğini ve bu nedenle iadenin uygun bir şekilde reddedilebileceğini"⁴⁴⁸ belirtmiş ve İtalyan sığınma sistemi sistematik açıdan eksik olmasa dahi, İsviçre otoritelerinin başvuranın bireysel durumunu incelemesini ve İtalyan otoritelerinden başvurana dair uygun koruma garantisi almak için bireysel garantiler de elde etmesi gerektiği şeklindeki kararını vermiştir⁴⁴⁹. Böylece bu davayla AİHM'in, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele riski bulunduğu devletin riskin kaynağı ne olursa olsun kapsamlı ve bireyselleştirilmiş bir muayene yapması gerektiğine ve çocuklu aileler için minimum konaklama koşulları transfer edilecekleri devlette yerine getirilmezse uyum karinesinin de yeniden düzenlenebileceğine karar verdiği ve bu noktada, ABAD'ın sisteme dair eksiklikler standardının aksine, bireyselleştirilmiş 'gerçek risk' analizini aradığı belirtilmiştir⁴⁵⁰. Bu yaklaşım farkından dolayı, AİHM ve ABAD arasında ÖGAA alanındaki karşılıklı güven ilkesi açısından bir çatışma yatmakta olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵¹.

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 67/1. Maddesinde AB'nin "temel haklara ve üye devletlerin farklı hukuk sistemlerine ve hukuk geleneklerine saygı göstererek bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" oluşturduğundan bahsedilmektedir. Halbuki ABAD'ın karşılıklı güven ilkesine dayandırdığı ÖGAA'nın yapısı, temel hak ve özgürlüklere dayanmaktan ziyade AB kamu düzeni ve çıkarlarına ağırlık veren bir nitelik

⁴⁴⁵ Case of Tarakhel v. Switzerland, [ECHR App. No.29217/12], 4.11.2014.

⁴⁴⁶Case of Tarakhel v. Switzerland, p.3-5.

⁴⁴⁷ İşkence Yasağı başlıklı AİHS Madde 3: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz".

⁴⁴⁸ Tarakhel v. Switzerland, para. 104.

⁴⁴⁹ Tarakhel v. Switzerland, para. 118-120.

⁴⁵⁰ LAMBRECHT, p.187.

⁴⁵¹ HALBERSTAM, p.130.

sergilemekte olduğundan, bu durumun temel hak ve özgürlükleri esas alan AİHS sistemiyle ne kadar uyumluluk taşıyacağına tartışmalı olduğu savunulmuştur⁴⁵².

Adalet Divanı'nın 2016'daki daha yeni tarihli kararı *Aranyosi & Căldăraru*⁴⁵³ da biri Romen biri Macar iki kişinin Almanya'da tutuklanmaları sonrası iade edilmeleri sorunu ortaya çıkmış ve ön karar prosedürü yoluyla önüne gelen davada ABAD, 2/13 Sayılı Mütalaası'na da atıfta bulunarak ÖGAA'ya ilişkin karşılıklı güven ilkesini yeniden ele almış⁴⁵⁴; böylece bir kez daha "Hem karşılıklı güven ilkesi hem de karşılıklı tanıma ilkesi, AB hukukunda iç sınırları olmayan bir alanın oluşturulmasına ve sürdürülmesine izin verdikleri göz önüne alındığında temel öneme sahiptir. Daha belirgin bir şekilde, karşılıklı güven ilkesine göre, özellikle özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile ilgili olarak üye devletlerin her birinin istisnai durumlar dışında diğer tüm üye devletlerin AB yasalarına ve özellikle AB hukuku tarafından tanınan temel haklara uyduğu varsayılır"⁴⁵⁵ diyerek karşılıklı güven ve tanıma ilkelerinin önemine vurguyla analizine başlamıştır. Adalet Divanı "üye devletler arasındaki karşılıklı tanıma ve karşılıklı güven ilkelerinin sınırlamalarının ancak istisnai durumlarda yapılabileceğinin"⁴⁵⁶ altını çizdikten sonra bu istisnai durumlara dair "Ulusal mahkeme, tutuklunun iade edileceği devlette insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele göreceğine dair gerçek bir risk olduğuna dair kanıtlara sahipse ..., ki üye devlete ilişkin inceleme yapılırken o devlette geçerli olan gözaltı koşullarına dair güvenilir, belirli ve düzgün güncel bilgilerin olması gerekir, bu araştırmayı yaparken ilgili üye devlete ilişkin AİHM kararları, üye devlet mahkemelerinin kararları veya AK veya BM organları tarafından hazırlanan raporlar gibi çeşitli kaynaklar kullanılabilir ve bunlar tarafından üretilen kararlarla sağlanan genel bilgilere dayanarak değerlendirilebilir" ifadelerini kullanmıştır.⁴⁵⁷ Bu, ilgili üye devletin "genel gözaltı koşulları nedeniyle insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele riski gerekçesiyle otomatikman Avrupa tutuklama emrini yerine getirmeyi reddetmesine yol açamaz. Böyle bir riskin varlığı tespit edildiğinde, üye devletin adli makamının söz

⁴⁵² KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.15.

⁴⁵³ Joined Cases C-404 & 659/15 *Aranyosi & Căldăraru* [2016].

⁴⁵⁴ C-404 & 659/15, para. 2.

⁴⁵⁵ C-404 & 659/15, para. 78.

⁴⁵⁶ C-404 & 659/15, para. 82.

⁴⁵⁷ C-404 & 659/15, para. 88-89.

konusu kişinin iade edileceği üye devlette öngörülen gözaltı koşulları nedeniyle bu riske maruz kalacağına inanmak için önemli gerekçeler olup olmadığı konusunda daha ayrıntılı, spesifik ve kesin bir değerlendirme yapması gerekmektedir" şeklinde görüşünü açıklamıştır.⁴⁵⁸

Adalet Divanı verdiği kararlar iki aşamalı bir inceleme yapılmasını öngörmüştür: İlk aşamada, uygulayıcı yargı otoritesinin ilgili devlette aşağılayıcı ve kötü muamele riskinin olup olmadığını incelemesi; ikinci aşamada ise, yargı otoritesinin söz konusu kişinin iadesi halinde bireyselleştirilmiş gerçek bir riske maruz kalacağına inanmanın önemli gerekçelerinin olup olmadığına karar vermesi gerekmektedir.⁴⁵⁹ Bu testi uygulayacak olan ise ulusal mahkemeler olduğundan yükümlülüklerinin yoğun bir şekilde arttığı söylenebilirse de, bu mahkemeler için bir mevzuatın belirsiz bir şekilde uygulanmasının temel hakları ihlal edip etmediğini gözden geçirmenin normal bir uygulama olduğu ve bunun sadece sisteme dair eksiklikler veya yapısal vakalar için değil insan hakları ihlallerinin bireysel örnekleri için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür⁴⁶⁰.

Adalet Divanı'nın bu kararıyla hem temel haklarla karşılıklı güven ve tanıma ilkelerini uzlaştırmaya hem de temel haklar koruma standartlarını AİHM tarafından belirlenenlere daha yakın hale getirmeye çalışması, 2/13 Sayılı Mütalaası ile açılan yaraların bir kısmını iyileştirmek için çaba sarf ettiği düşüncesine yol açmıştır⁴⁶¹.

Diğer yandan ilk olarak, ABAD'ın halen "istisnai durumlarda" teslim veya transferin reddini kabul ettiği ve yerel mahkemeden talep edilen incelemenin artmasının yerel mahkemenin nihayetinde AİHM'in gerektirdiği gibi teslim veya transferi reddetme yetkisi olacağı anlamına gelmediği; ikinci olarak ise iki mahkemenin farklı fonksiyonları ve farklı bakış açıları olduğu ve ABAD ulusal mahkemelerin ön taleplerini formüle

⁴⁵⁸ C-404 & 659/15, para. 91-92.

⁴⁵⁹ Koen BOVEND'EERDT, "The Joined Cases *Aranyosi and Căldăraru*: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?", **Utrecht Journal of International and European Law**, 2016, Vol.32, No.83, p.117.

⁴⁶⁰ POLAKIEWICZ, p.10.

⁴⁶¹ Szilárd GÁSPÁR-SZILÁGYI, "Joined Cases *Aranyosi and Căldăraru*: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant", 2016, <https://acelg.blogactiv.eu/2016/06/01> (08.05.2019).

ederken AİHM'in daha önce olan ihlalleri beyan etmesinden ve ulusal mahkemeler tarafından üstlenilen incelemelerdeki eksiklikleri bulmak için hareket etmesinden dolayı işinin daha kolay olduğu ve sonuçta ABAD'ın *Aranyosi & Căldăraru*'da ortaya çıkan yeni standardını yerine getirmek ihlallerin etkili bir şekilde gerçekleşmesini engellemeyeceği için AİHM'in yeniden ihlal tespiti yapabileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁴⁶².

İki mahkeme arasındaki uçurumun 2/13 Sayılı Mütalaa'nın ardından düşünüldüğü kadar geniş olmadığı ve *Aranyosi & Căldăraru* kararının gösterdiği gibi sınırlı da olsa bir uzlaşma gerçekleşebileceği söylenebilirse de, özellikle ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaa'sında Taslak Antlaşma'nın başarısızlığından ziyade dava hukukundaki farklılardan kaynaklanan uyuşmazlığı vurguladığı ve bu sebeple bir çözüm bulmanın esasında zor olacağı belirtilmiştir⁴⁶³.

Ayrıca ABA'nın 2. Maddesinin "AB'nin değerlerini, insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü" içerdiği halde bu maddede AB hukukunun özerkliğinden veya karşılıklı güven ilkesinden bahsedilmediği; ABİDA'nın 67/1. Maddesinde ise sadece AB'nin "temel haklara saygı duyan bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" sağlaması gerekliliğinden bahsedildiği fakat ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaa'sında odaklanmayı tercih ettiği husus ise AB hukukunun özerkliği ve karşılıklı güven ilkesi olması nedeniyle ABAD'ın Avrupa entegrasyonunun temel taşı olmasına rağmen temel haklara ve AB'nin öz değerlerine zarar verdiği ileri sürülmüştür⁴⁶⁴. Bu noktada, Kurucu Antlaşmalar'da insan hakları karşısında karşılıklı güven ilkesine öncelik verilmediği; aksine bunun tam tersinin söz konusu olduğu belirtilmiştir⁴⁶⁵.

Adalet Divanı'nın katılım halinde karşılıklı güven yükümlülüklerinin neden olduğu AİHS ihlallerine yönelik bir muafiyet sağlanması isteği, AİHS tarafı olan bir üye devlete karşı bir bireyin AB yasasının uygulanması nedeniyle uğradığı hak ihlali iddiasını

⁴⁶² TACIK, *After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU*, p.934.

⁴⁶³ JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.15-35.

⁴⁶⁴ DOUGLAS-SCOTT, p.40.

⁴⁶⁵ Steve PEERS, "The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection", *EU Law Analysis: Expert Insight into EU Law Developments*, 18.12.2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (20.05.2019).

AİHM'e taşınması halinde üye devlet mahkemesinde *Solange* yaklaşımının yeniden diriltilmesi ihtimalini doğurabileceğinden pek de ileri görüşlü bir yaklaşım olmadığı sebebiyle eleştiri almıştır⁴⁶⁶. Bu açıdan ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaası, Roma Antlaşması'yla kurulmuş olan ekonomik temelli Avrupa entegrasyonunu korumaya yönelik ve temel hak ve özgürlükleri göz ardı eden ilk içtihatlarının özelliğini taşımaktadır⁴⁶⁷.

Avrupa Birliği perspektifinden bakıldığında, mevcut içtihatların da gösterdiği üzere karşılıklı güven ilkesi, AİHM incelemesine karşı en azından üye devletlerin iltica başvurularında olduğu gibi koruma altında değildir. Buna göre karşılıklı güven ilkesinin AİHM'in önünde doğru bir şekilde savunulması ve temel hakların korunması ile ilgili kabul edilebilir bir dengenin belirlenmesi olasılığı düşük olduğundan; bu durumun üye devletlerin AİHS'e uymaları gerektiği temellerde AB hukukunu umursamamasına yol açabileceği gibi AİHM'in mevcut müdahalesinin katılım sonrası bir incelemeden daha kötü olabileceği de ileri sürülmüştür⁴⁶⁸.

Tüm bu zorlukların üstesinden gelmek için Katılım Antlaşması'na "AB üye devletleri, diğer üye devletlerin AİHS haklarına uyumunun değerlendirmesini yapamamasıyla ilgili olarak AİHS'ten sorumlu tutulamaz" hükmünün eklenmesi önerilmiş; çünkü böyle bir düzenlemeyle AİHM'in AB hukukunu yorumlaması gerekmeyeceği gibi, işlevinin sadece davanın iki üye devletle ilgili olup olmadığını doğrulamak olacağı ve en nihayetinde ABAD'ın bile AB hukukunun özerkliğinin ihlal edildiğini düşünmeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁶⁹. Bu öneri AB hukuku açısından bir sınırlama getirmediğinden ve böyle bir sınırlama olmaksızın Katılım Antlaşması'nın kapsamı ABAD tarafından gerekli görülenden daha geniş bir ayrıcalık içereceğinden, bu

⁴⁶⁶ HALBERSTAM, p.133-134.

⁴⁶⁷ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.15.

⁴⁶⁸ EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.970-971.

⁴⁶⁹ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.261.

durumun AİHM'in etkili yargılamasını gereksiz bir şekilde kısıtlayacağı gibi AB hukukunun sınırlarını yorumlama isteğini de tetikleyebileceği savunulmuştur⁴⁷⁰.

Adalet Divanı'nın endişelerinin ciddiye alınabilmesi için üye devletlerin karşılıklı güven yükümlülüklerinin eş davalı mekanizması aracılığı ile AİHM müdahalesinden korunabileceği ileri sürülmüştür⁴⁷¹. Buna göre Katılım Antlaşması Taslağı'nda; (1) AİHM'in, AB'nin bir eş davalı olma talebini değerlendiren gücü ve (2) AB'nin ortak sorumluluk veya tek başına sorumluluk konularındaki görüşlerini eleştirmesini sağlayan gücü elinden alınarak bu çözüme ulaşılabilir. ÖGAA meselelerini tamamen veya kısmen AİHM'in dış kontrolünün kapsamından muaf tutma girişimi, temel haklar korumasının en değerli olduğu temel alanlardan birinde mevcut AİHM yargı alanının kesilmesi anlamına geleceğinden, bunun yerine katılım ve güçlü bir eş davalı mekanizmasının, hem ulusüstü hem de ulusal seviyelerden faktörlerin aktif katılımı ile, bir bütün olarak ÖGAA sisteminin kapsamlı dış incelenmesine imkanı sağlayacağı ve böylece ilgili bireyler için insan hakları korumasının arttırabileceği belirtilmiştir⁴⁷².

Bir diğer öneri ise ABAD'ın görüşünün kesin olmayan ifadelerini ustaca kullanarak ve AİHS kapsamındaki üye devletlerin yükümlülüğüne doğrudan müdahale etmek yerine karşılıklı güven ilkesine saygı duyarak, Katılım Antlaşması'na "Bu Antlaşma'da hiçbir şey, Avrupa Birliği veya üye devletlerin Avrupa Birliği hukukunun bir parçası olarak karşılıklı güven ilkesini göz ardı edecek bir önlem yerine getirmesini veya benimsemesini gerektirmeyecektir" düzenlemesinin eklenmesi olmuştur⁴⁷³.

Hem AB hem de üye devletlerin, özellikle ulusal yargıçlar arasındaki karşılıklı güveni güçlendirmede aktif olması gerektiği ve karşılıklı tanıma ve güven ilkelerinin uygulanmasını kolaylaştıran AB yasal önlemlerine 'güven artırıcı mevzuat'ın eşlik etmesi ve iç düzenleme yapılması gerektiği de yapılan teklifler arasındadır⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ TACIK, *After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU*, p.937.

⁴⁷¹ HALBERSTAM, p.137.

⁴⁷² POLAKIEWICZ, p.11.

⁴⁷³ TACIK, *After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU*, p.939.

⁴⁷⁴ LENAERTS, p.29.

Sonuç olarak ABAD'ın korkularının ortadan kaldırılması için çözüm yolu, diğer AİHS Yüksek Sözleşmeciler Tarafları'nın sahip olmadığı bir imtiyazın AB'ye verilmesi değil aksine temel hakları önceliğe alan AB entegrasyonu anlayışına geri dönülmesinden ve AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğini pekiştirmenin yolu da AB hukuk düzeninde, ÖGAA'yı da içerecek şekilde, ABAD'ın daha önceki içtihatlarında ortaya koyduğu insan hakları korumasından geçmektedir⁴⁷⁵.

C. 16 No.lu Protokol

2/13 Sayılı Mütalaa'nın AB hukukunun spesifik özelliklerine ve özerkliğine odaklanıldığı üçüncü kısmında ABAD, AİHS'e yeni eklenecek olan Protokol 16'yı göz önünde bulundurarak iki sorun tespit etmiştir⁴⁷⁶. İlk olarak "AB hukuku, AB üye devletlerinin yüksek mahkemelerinin ve diğer yargılama organlarının ABİDA'nın 267. Maddesi uyarınca bir ön karar talebinde bulunmak üzere Adalet Divanı'na başvurmalarını gerektiriyor olsa da, AİHS 16 No.lu Protokol'ün de üye devletlerin bu yüksek mahkemelere ve yargılama organlarına AİHS ve Protokolleri ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yorumlanması ya da uygulanmasına ilişkin olarak AİHM'den danışma görüşü talep etmelerine olanak sağladığını" belirtmiş⁴⁷⁷ ve her ne kadar AİHS 16 No.lu Protokol'ün Katılım Antlaşması'nın müzakere edilmesinden sonra imzalandığını ve AB'nin bu protokole taraf olmayacağını kabul etse de "AİHS AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olacağından, söz konusu protokol tarafından oluşturulan mekanizma — özellikle konu AİHS tarafından güvence altına alınanlara karşılık gelen Şart tarafından güvence altına alınan haklara dair olduğunda— ön karar prosedürünün özerkliği ve etkililiği üzerinde etki sahibi olabilir" şeklinde tespit edilmiştir.⁴⁷⁸

Adalet Divanı ikinci tespitinde, "Özellikle 16 No.lu Protokol uyarınca bu protokole katılmış olan bir AB üye devlet mahkemesi veya yargılama merci tarafından yapılan bir danışma görüşü talebinin, Adalet Divanı'nın ön katılım mekanizmasına ilişkin usulünü tetikleyebilmesi (Katılım Antlaşması'yla düzenlenmiş olan) ve dolayısıyla

⁴⁷⁵ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının Çağrıştırdıkları*, s.16.

⁴⁷⁶ Opinion 2/13, para.196-200.

⁴⁷⁷ Opinion 2/13 para. 196.

⁴⁷⁸ Opinion 2/13 para. 197.

ABİDA'nın 267. Maddesi'nde öngörülen Antlaşmalar'la kurulan yargı sisteminin temel taşı olan ön karar prosedürünün önüne geçebilmesi riskini doğuracağı göz ardı edilemez" olduğunu belirtmiştir.⁴⁷⁹ Bütün bu sebepler doğrultusunda ABAD, "Katılım Antlaşması Tasarısı 16 No.lu Protokol ve ABİDA Madde 267 arasındaki ilişkiye dair bir düzenleme getirmediğinden ön karar prosedürünün hem özerkliği hem de etkililiğinin zarar göreceği" kanaatine varmıştır⁴⁸⁰. Adalet Divanı'nın Hukuk Sözcüsü Kokott 16 No.lu Protokol'e ilişkin bildirdiği görüşünde, sorunun çözümü için iç hukuk yolunu işaret etmiş ve bunu aşamayacak bir sorun olarak görmediğini şu şekilde ifade etmiştir:

İltihak olmasa dahi üye devletler, temel haklar hususundaki sorular konusunda, özellikle de AB Temel Haklar Şartına karşılık gelen AİHS hükümlerine dair sorular konusunda, AİHM'e dönebilirler. O halde bu sorun, Sözleşme Taslağı tarafından yaratılan bir sorun değildir. Bu sorun, son çare olan üye devlet mahkemelerinde, AB hukukunun açık sorunlarını ABAD'a danışması hakkındaki ABİDA'nın 267. Maddesi tarafından giderilebilir; çünkü, katılımın gerçekleşmesiyle birlikte AİHS, AB hukukunun bir parçası olarak kabul edileceğinden, bu sorunun çözümü de AB hukuku düzenlemelerinde yer almaktadır. Ön karar prosedürünün zorunlu hallerini düzenleyen ABİDA Madde 267/3, her zaman için ulusal hukuktan ve uluslararası hukuktan, yani 16 No.lu Protokol'den üstün durumdadır.⁴⁸¹

Adalet Divanı'nın 16 No.lu Protokol'e yaptığı itirazları destekleyen görüşe göre, her şeyden önce AB üye devletlerin AİHS'in yorumlanması ile ilgili konularda AİHM'den danışma görüşleri almasına izin verecek olan bu protokole katılmayacak olsa da, AK üyesi devletlerce karmaşık bir AB üyelik taslak antlaşmasının dikkatlice hazırlanmasının ve AB ile müzakerelerin tamamlanmasının hemen ardından AİHM'de ön karar prosedürüne eş değer olabilecek bir mekanizmanın kabul edilmesinin AB'ye karşı derin sadakatsizliğin bir işareti olarak görülmüştür⁴⁸².

⁴⁷⁹ Opinion 2/13 para. 198.

⁴⁸⁰ Opinion 2/13 para. 199-200.

⁴⁸¹ European Court of Justice, **View of Advocate General Kokott**, Opinion Procedure 2/13 Initiated Following a Request Made by the European Commission, 13.06.2014, [EC:C:2014:2475], para. 139-141.

⁴⁸² Martin SCHEININ, "CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 26.12.2014, <https://verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances-2/> (18.04.2019).

Oysa katılım müzakereleri sırasında 16 No.lu Protokol'ün hiç düşünülmemesi özellikle şaşırtıcı olmakla birlikte, Katılım Antlaşması Tasarısı kabul edildikten sonra sonuçlandırılan ve yürürlükte olmayan bu protokolün varlığı bile ABAD'a ABİDA Madde 267'ye dayanarak AB hukuk sisteminin ve ön karar prosedürünün nasıl zarar göreceğine dair görüşünü ifade etme fırsatı vermiştir⁴⁸³.

Adalet Divanı'nın ortaya attığı meseleler açısından, birinci soruna ilişkin olarak asıl endişenin üye devlet yüksek mahkemelerinin AB hukukunun AİHS ile uyumluluğuna dair ABAD'tan ziyade AİHM'e başvurmayı tercih etmeleri olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸⁴. Bu açıdan bakıldığında mesele, üye devlet mahkemelerinin AB mahkemesi mi yoksa AİHM mahkemesi mi olarak hareket edeceği ve sadakatlerinin bu kurumlardan hangisine yönelecek olduğu sorunsalıdır⁴⁸⁵. İnsan hakları odaklı yorumlayıcı bir yaklaşımdan anayasal bir analize doğru yol alındığında, katılım sonrasında ABAD'ın AB hukukunun bir parçası olarak AİHS'in bu kapsama düşen her parçasındaki yetkili yorumlayıcısı olacağı ve ABAD yerine AİHM'e ulaşan hatalı bir üye devlet mahkemesinin AB hukukuna dair bir soruyu AB'ye dahil olmayan bir mahkemeye sorabileceği belirtilmiştir⁴⁸⁶. Hatta üye devletlerin, 16 No.lu Protokol kapsamında AİHM tarafından verilen görüşü, hoşlanmadıkları bir AB hukuku hükmüne karşı kalkan olarak kullanabilecekleri ve bu şekilde kötü niyetli hareket etmelerinin ön karar prosedürünün etkisiz hale getirilmesine dair büyük bir riski beraberinde getireceği ileri sürülmüştür⁴⁸⁷. Ayrıca ulusal bir mahkemenin ilk başta ABAD'a başvurması gerektiği yönündeki sorumluluğuna rağmen önce 16 No.lu Protokol aracılığıyla AİHM'e danışması halinde bu devletin, Şart'ın 52/3. ve 53. Maddelerine dayanarak bir *acte clair*⁴⁸⁸ olduğunu iddia edebileceği belirtilmiştir⁴⁸⁹. Bu durumda üye devletin halihazırda açıklığa kavuşmuş bir

⁴⁸³ Catherine BARNARD, "Opinion 2/13 On EU Accession To The ECHR: Looking For The Silver Lining", *EU Law Analysis: Expert Insight into EU Law Developments*, 16.02.2015, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html> (18.04.2019).

⁴⁸⁴ DOUGLAS-SCOTT, p.33.

⁴⁸⁵ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütealaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.19.

⁴⁸⁶ HALBERSTAM, p.121.

⁴⁸⁷ HALBERSTAM, p.122.

⁴⁸⁸ *Acte clair* doktrinine göre, Avrupa Birliği hukukunda makul derecede açık bir yorumla bir yasa içeren davalarda Adalet Divanı'na sevk edilmesi gerekmemektedir.

⁴⁸⁹ Walther MICHL, "Thou Shalt Have No Other Courts Before Me", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 23.12.2014, <https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/> (23.05.2019).

meseleye dair yeniden ABAD'a başvurma zorunluluğunun kalmadığını ileri sürebileceği ve bu yolla 16 No.lu Protokol'ü ön karar prosedürünü aşmak için kullanabileceği savunulmuştur⁴⁹⁰.

Taslak Antlaşma'nın mevcut ifadesi üye devlet yüksek mahkemelerinin bir yandan 16 No.lu Protokol'e dayanarak AİHM'e bir yandan da AİHS'de belirtilen hakların yorumlanması için ABAD'a başvuruda bulunma olasılığını dışlamamaktadır. Bu görüşe göre, iki ayrı mahkeme tarafından AİHS'in farklı yorumlanması riskinin bulunduğu; bu durumun Avrupa hukuk sistemine insan haklarının korunması açısından olumlu bir şekilde yansımayacağı ve bu noktada AİHS 16 No.lu Protokol ile ön karar prosedürü arasında koordinasyon olmamasının Taslak Antlaşma'nın kusuru olarak kabul edilebilecektir⁴⁹¹.

16 No.lu Protokol dahilinde alınan kararlar danışma görüşü niteliğindedir ve bağlayıcılıkları yoktur⁴⁹². Bu protokol ile AİHS hükümlerinin doğru yorumlanabilmesi için AİHM ve ulusal mahkemeler arasında koordinasyon sağlanması amaçlanmaktadır⁴⁹³. 16 No.lu Protokol'e göre danışma görüşü üye devlet mahkemesinin seçimine yani takdir yetkisine bırakılmışken, ABİDA'nın 267. Maddesine göre ise ön karar prosedürünün tetiklenmesi her zaman üye devlet mahkemesinin takdirine bırakılmamaktadır⁴⁹⁴. Bu yüzden her iki düzenlemenin farklı zeminlere dayanmakta olduğu söylenebilir. Bu noktada ABAD'ın tespitleri, 16 No.lu Protokol'ün istisari niteliğinden dolayı ulusal mahkemede bağlayıcı olmayacağını ve AB hukuku kapsamında ulusal mahkemelerin şüphesiz davayı ilk olarak ABAD'a havale etmekle görevli oldukları gerçeğini değerlendirmeyi başaramadığından ve bunun da ötesinde, 2/13 Sayılı Mütalaa'ya kadar ABAD, AB hukuki düzeninin özerkliğinin yalnızca başka bir mahkemeye AB hukukunu

⁴⁹⁰ Petri FREUNDLICH, "The Autonomy of EU Law: The ECHR Accession Opinion and Its Aftermath", (**Bachelor's Thesis**, Tallinn University School of Governance, Law and Society, 2016), p.38.

⁴⁹¹ George MIRIANASHVILI, "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: The Second Unsuccessful Attempt", **Caucasus Journal of Social Sciences**, 2017, Vol.10, No.1, p.231.

⁴⁹² Council of Europe, **Protocol No.16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, Strasbourg, 2 October 2013 [CETS – No.214], cl.1 and 5.

⁴⁹³ ALYANAK, s.81.

⁴⁹⁴ Alisa VEKEMAN, "The Impact of Accession to the ECHR on the Autonomy of the EU Legal Order", (**Master Thesis**, Gent University, Faculty of Law, 2015), p.75.

bağlayıcı bir yorum yapması için yargı yetkisi verildiği durumlarda ihlal edildiğine karar vermekteyken, bu görüşüyle birlikte uluslararası bir mahkeme tarafından verilen istişari görüşlerin de özerkliğe zarar verdiği sonucunu çıkardığından bahisle eleştirilmiştir⁴⁹⁵. Adalet Divanı'na göre AB yasal düzeninin dış özerkliği (uluslararası mahkemelere) tehdit altındadır⁴⁹⁶.

16 No.lu Protokol'ü onaylayan AB üye devletleri, katılım olmadan bile AİHM'den danışma görüşleri isteyebilecektir. Halbuki ABİDA Madde 267 uyarınca üye devlet mahkemeleri, AB hukuku ile ilgili sorularına dair ön karar prosedürü çerçevesinde ABAD'a başvurmakla olanağına sahip olduklarından, bunu yerine getirmedikleri takdirde AB hukuku hükmünü ihlal ettikleri gerekçesiyle, bu üye devlete karşı Kurucu Antlaşmalar'ın ihlaline ilişkin dava açılabilir⁴⁹⁷. Adalet Divanı AB hukuku kapsamında halledilebilecek bir mesele için iç düzenleme yapılması yerine uluslararası bir antlaşmada değişikliğe gidilmesini tercih etmi görmektedir⁴⁹⁸. En nihayetinde mesele, katılım veya AİHS değil, AB ve üye devletlerinin bir iç sorunudur⁴⁹⁹. Bu sebeple ABAD'ın tavrı, hem üye devlet yüksek mahkemelerine karşı itimatsızlığını ortaya koyması hem de AİHM'in ön karar prosedürüne başvurulmaksızın önüne gelen davayı adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul etmeye yönelik içtihadını da göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmiştir⁵⁰⁰.

2/13 Sayılı Mütalaa'da tespit edilen ikinci sorun ise, ABAD'a başvurmaksızın AİHM'e gidilmesi halinde Katılım Antlaşması tarafından oluşturulan ön katılım mekanizmasının tetiklenmesiyle ABİDA Madde 267'de düzenlenmiş olan ön karar

⁴⁹⁵ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.262.

⁴⁹⁶ Nasıya DAMINOVA, "Protocol No.16 ECHR in CJEU Opinion 2/13: Analysis and Perspectives", Workshop on the ECtHR Tampere 2015, Ulusi Tampereen Yliopistonblogit-Sivusto ,26.02.2016, <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/02/29/daminova/> (30.05.2019), p.2.

⁴⁹⁷ Stefan REITEMEYER and Benedikt PIRKER, "Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One Step Ahead and Two Steps Back", *European Law Blog: News and Comments on EU Law*, 31.03.2015, <http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/> (09.04.2019).

⁴⁹⁸ POLAKIEWICZ, p.11.

⁴⁹⁹ Koen ORBONS, "EU Accession to the ECHR: Is It Still Worth Pursuing After Opinion 2/13", (**Master Working Paper**, Maastricht University Faculty of Law, 2015/4), p.21.

⁵⁰⁰ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının Çağrıştırdıkları*, s.18.

prosedürünün zarar göreceği iddiasıdır. Bu iddiaya ilişkin olarak Taslak Antlaşma'nın 3/6. Maddesinin yüzeysel bir okumasının bile ön katılım mekanizmasının sadece AB'nin eş davalı olduğu durumlarda mümkün olabileceğini gösterdiği ve eş davalı mekanizmasının çekişmeli durumlar için tasarlandığı; halbuki istişari görüş olması halinde çekişmeli bir durum ve davalı bulunmayacağı; bu sebepler doğrultusunda ABAD tarafından Katılım Antlaşması Taslağı'nda düzenlenmiş olan ön katılım mekanizmasının yanlış anlaşıldığı ve Taslak Antlaşma'da 16 No.lu Protokol'e karşı nasıl olacağı da açıkça belli olmayan bir koruma talep edilmesinin aşırı bir tepki olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰¹. Ayrıca ön karar prosedürünün amacı AB hukukunun üye devletler tarafından bütüncül bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamak olduğuna göre ABAD'ın belirttiği gibi ön katılım mekanizmasının tetikleniyor olması durumunda dahi ABAD bunun için sürece dahil olacağından, ön karar prosedürünün amacı gerçekleşecek olduğu halde ABAD'ın bunu bir sorun olarak görmesiyle iki mahkeme arasında samimi adli diyalog kurulmasına zarar verdiği belirtilmiştir⁵⁰².

16 No.lu Protokol'ün ön katılım mekanizmasını tetiklendiğinin kabul edilmesi halinde ise, ABAD AB hukukuna ilişkin AİHS ihlallerine dair ilk görüşü verme olanağına her halükarda sahip olsa da ön katılım mekanizmasının zaman kısıtlamasıyla birlikte gelmesi durumu ne ABAD için gerekli olan müzakere sürecine elverişli olduğu ne de üye devletlere daha geniş tartışma imkanı sağladığı için, ABAD'ın 16 No.lu Protokol'e şüpheli yaklaşımının doğal olduğu doktrinde ileri sürülmüştür⁵⁰³. Halbuki ön katılım mekanizması AB'nin veya üye devletlerin eş davalı olması ekseninde kendisini gösterdiğinden ve 16 No.lu Protokol kapsamında ise sadece danışma görüşü talebinde bulunduğu için davalı taraf olmayacağından 16 No.lu Protokol kapsamında böyle bir mekanizmanın zaten devreye girmeyeceği belirtilmiştir⁵⁰⁴. Bu görüşten hareketle 16 No.lu Protokol ile ön katılım mekanizması arasında birbirlerini tetiklemelerine neden olabilecek nesnel bir bağlantı olmadığı söylenebilir.

⁵⁰¹ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.263.

⁵⁰² EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.972.

⁵⁰³ KRENN, p.156.

⁵⁰⁴ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütealaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.19.

Adalet Divanı tespit ettiği sorunun nasıl çözüleceğini belirtmemesine rağmen AB hukuku kapsamındaki konularda ABİDA Madde 267'ye başvurmadan Protokol 16'ya dayanarak AİHM'e gitme seçeneğini dışlama isteği açık olduğundan bu durumu kapsamayacak daha yumuşak bir düzenleme ABAD'ın beklentilerini karşılamaması halinde katılıma giden yolun yine ABAD tarafından kapatılması ihtimali söz konusudur⁵⁰⁵. Bu nedenle güvenli bir çözüm yolu olarak, AB üye devletleri, 16 No.lu Protokol'ü imzalamayacaklarına ve imzalamış olanların ise onaylamayacaklarına dair açık ve bağlayıcı bir şekilde taahhütte bulunabilecekleri ve bunun, ABAD'ın kaygılarını hafifletebileceği belirtilmiştir⁵⁰⁶. Böyle bir düzenlemeyle AİHM'in, normalde AB hukuk sisteminin önüne getirilmesi gereken hatalı soruları görmesini gerektiren potansiyel hukuki yükümlülüğün ortadan kalkacağı ileri sürülmüştür⁵⁰⁷.

Adalet Divanı'na AİHS'in 16 No.lu Protokol'ü çerçevesinde ön inceleme yetkisi verilmesi ve böylelikle bir sorunun AİHM'e gitmeden önce ABAD incelemesinden geçirilmesi de öneriler arasındadır⁵⁰⁸. Bu teklifi destekler şekilde, ön inceleme talebini 16 No.lu Protokol'e dayanan bir danışma görüşünün istenmesi için ön koşul olarak ilan eden bir mekanizma veya iki mahkeme arasında bağlantıyı sağlayacak resmi bir koordinasyon maddesinin de düzenlenebileceği ileri sürülmüştür⁵⁰⁹. Bir diğer seçenek olarak ise, 16 nolu Protokol çerçevesinde gerek üye devletler gerekse AB ile üye devletler arasında AB hukukuyla alakalı sorunları AİHM önüne getirmeme yükümlülüğü AB'nin iç meselesi olarak sorunların AB hukuk düzeni içerisinde hukuki işbirliğiyle çözülebilir⁵¹⁰.

Katılım Antlaşması Taslağı'nın yeni versiyonuna ilişkin bir uzlaşmaya hemen varılması zor gözükse de AB'nin AİHS'e katılım müzakerelerinin bir sonraki turunda bu sorunun aşılabilmesi için AB'de iç uygulama önlemlerinin alınması veya AB üyesi devletlerin yasal sistemleri içinde AİHS 16 No.lu Protokol'ün kullanımı için

⁵⁰⁵ Adam ŁAZOWSKI & Ramses A. WESSEL, "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR", *German Law Journal*, 2015, Vol.16, No.1, p.192.

⁵⁰⁶ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.263.

⁵⁰⁷ HALBERSTAM, p.123.

⁵⁰⁸ MIRIANASHVILI, p.231.

⁵⁰⁹ TACIK, *After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU*, p.946.

⁵¹⁰ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Müitalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.12.

mekanizmaların kurulmasını sağlamak gibi çeşitli çözüm yollarının seçilmesi olasıdır; ABAD ve AİHM müzakerecilerinin AB'nin yasal düzenin özerkliğini daha çok korumak için hangi yöne gideceklerini ise zaman gösterecektir⁵¹¹.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN İŞLEYİŞİNE DAİR ANTLAŞMA'NIN 344. MADDESİNE AYKIRILIK

Adalet Divanı, Katılım Antlaşması Tasarısı'nı, ABİDA'nın 344. Maddesinde ortaya konulmuş kendi münhasır yetkilendirilmesine etkisini değerlendirerek, Taslak Antlaşma'nın 5. Maddesinin ABİDA 344'ü ihlal ettiğine karar vermiştir⁵¹². Adalet Divanı ayrıntılı incelemesine "uluslararası bir antlaşmanın Kurucu Antlaşmalar'la belirlenen yetkilerin paylaşımı ve sonuç itibarıyla AB hukuk sisteminin gözetilmesi ABAD tarafından garanti edilen özerkliğini etkilemeyeceğini ve bunun yasal dayanağının 344. Madde olduğunu" bahisle başlamış⁵¹³ ve "katılımın bir sonucu olarak AİHS AB hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturacağından, AB hukuku söz konusu olduğunda ABAD'ın AİHS'e uygunluk konusunda AB ile üye devletler arasında veya üye devletlerin kendi aralarındaki herhangi bir anlaşmazlık durumunda münhasır yargı yetkisine sahip olacağını" belirtirken⁵¹⁴, "Taslak Antlaşma'nın 5. Maddesinin, AİHS'in 55. Maddesinde belirtilen yükümlülüğün kapsamını azaltıyor olmakla birlikte, AB veya üye devletlere, AİHS'in 33. Maddesi uyarınca AB hukuku ile bağlantılı olarak, AB veya bir üye devlet tarafından ihlalde bulunduğu iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunma imkânı tanıdığını"⁵¹⁵ ve özellikle "AİHS'in 33. Maddesi uyarınca AB içi bir anlaşmazlığın ortaya çıkması durumunda, AİHM'in kendisini böyle bir anlaşmazlık tarafından ele geçirilmiş bir konumda bulacağını" da belirtmiştir.⁵¹⁶ Halbuki "ABİDA'nın 344. Maddesinin, özellikle AB içindeki ve bilhassa Adalet Divanının yargı yetkisi dahilindeki uyuşmazlıklara dair çözüm prosedürlerinin kendine münhasır doğasını korumayı amaçlamakta olduğu ve bunun herhangi bir ön ya da müteakip dış denetimi

⁵¹¹ DAMINOVA, p.3.

⁵¹² Opinion 2/13, para. 201-214.

⁵¹³ Opinion 2/13, para. 201.

⁵¹⁴ Opinion 2/13, para. 204.

⁵¹⁵ Opinion 2/13, para. 207.

⁵¹⁶ Opinion 2/13, para. 209.

engellediğini"⁵¹⁷ ortaya koyduktan sonra "AB'nin veya üye devletlerin AİHM'e başvuruda bulunabilecek olması ABİDA Madde 344'ün amacına aykırıdır ve AB hukuku başka bir hukuka izin vermedikten sonra üye devletler arası ilişkiler AB hukuku tarafından yönetilmelidir; bu AB hukukunun esas doğasıdır" demiştir.⁵¹⁸ Adalet Divanı çözüm yolu olarak ise şu sonuca varmıştır: "AB ve üye devletler arasındaki veya üye devletlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklarda AİHM'e başvurusu hususunda AİHS'in 33. Maddesi gereği AİHM'in yetki alanının açık bir şekilde dışlanması, AB hukukunun *ratione materiae*'si kapsamında ABİDA'nın 344. Maddesi ile uyumludur"⁵¹⁹. Adalet Divanı bu yaklaşımıyla Katılım Antlaşması Taslağı'nın taraflar arası anlaşmazlıkları çözme hususunda AİHM'in olası bir kullanımını engellemediğini belirterek, bunun AB hukukuna zarar verdiği kanısına varmış ve çözüm yolu olarak ise AİHS Madde 33 kapsamında AİHM yargılamasından muafiyet öngörmüştür.

Aslında hem Hukuk Sözcüsü Kokott hem de ABAD, ABİDA Madde 344'ün taraflar arası davalara etkisine işaret etmişler ancak bundan farklı sonuçlar çıkarmışlardır⁵²⁰. Hukuk Sözcüsü Kokott'a göre;

*Şayet bir AB üye devleti, AB hukukuna ilişkin bir mevzuda AB'ye veya başka bir üye devlete karşı açtığı davayı AİHM önüne getirirse bu, Kurucu Antlaşmalar'ın, özellikle de ABA'nın 4/3. Maddesi ve ABİDA'nın 344. Maddesinin bir ihlali olacaktır. ... Bu durum söz konusu üye devleti ABİDA'nın 258. Maddesi gereği ihlal işlemlerinden sorumlu kılacağından, AB hukuku kapsamında mevcut olan ihlal davası veya geçici tedbirler gibi düzenlemeler, ABİDA'nın 344. Maddesinin ihlal edilmesini engellemeye yeterlidir; fakat üye devletin bu iç yükümlülüklerine rağmen davanın AİHM'e gitmesi ihtimaline karşı sorun, AB üye devletlerinin AB hukuku içerisinde bir anlaşmazlık olması durumunda AİHM'de birbirlerini dava etmeyeceklerine dair bağlayıcı bir deklarasyon oluşturmaları ile çözülecektir.*⁵²¹

⁵¹⁷ Opinion 2/13, para. 210.

⁵¹⁸ Opinion 2/13 , para. 212.

⁵¹⁹ Opinion 2/13 , para. 213.

⁵²⁰ LAMBRECHT, p.189.

⁵²¹ View of Advocate General Kokott, para. 107-120.

Avrupa Birliği, ABA 6/2 uyarınca AİHS'e katılma yükümlülüğüne sahip olmasına rağmen 8 No.lu Protokol'ün 3. paragrafında yer alan "Katılım Antlaşması'nın ABİDA'nın 344. Maddesini etkilemeyeceği" ibaresinin de açıkça ortaya koyduğu gibi bu yükümlülük koşulsuz deđildir⁵²². Bir üye devletin, ABİDA'nın 344. Maddesini ihlal ederek, AB hukukuyla alakalı bir soruna ilişkin AİHS Madde 33'e dayanarak AB veya başka bir üye devletle ilgili AİHM'e gitmesi durumunda AİHM'in davaya bakmasını engelleyecek bir düzenleme olmadığından ve katılım sonrasında hem AİHM böyle bir davaya bakabilecek hem de AB kötüye kullanıma yönelik böyle davalara temel oluşturan bir antlaşmaya taraf olmuş olacağından, ABAD'ın AB hukukunu ihlal eden bir hükmün erişimini uzatan bir antlaşmayı onaylamaya yönelik itirazlarının, ABAD'ın iç veya anayasal perspektifi açısından mantıksız olmadığı ileri sürülmüştür⁵²³. Taraflar arası davalar AİHM'de son derece nadir görüldüğünden sözü edilen durumun meydana gelme ihtimali düşük, Kokott'un görüşünde belirttiği gibi bu tarz davalar AB içi kurallar vasıtasıyla çözülebilecek ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devlete karşı ihlal davası açılabilmesi fikri caydırıcı bir işleve sahip olsa da bu iyimser yaklaşımlar hiçbir durumda AİHS Madde 33 kapsamında AİHM'e başvuruyu engellemeyeceğinden, ABAD için bunun bir ilke meselesi olduğu ve üye devletlerin AİHS ile ilgili bu haklara sahip olmasının Katılım Antlaşması'nın uyumsuzluğunu değerlendirmek için yeterli olduğu savunulmuştur⁵²⁴.

Adalet Divanı AB üye devletlerinin (veya AB'nin kendisinin) AİHS'in 33. Maddesini kendisinin özel yargı yetkisine müdahale edebilecek şekilde kullanabileceği hususunda haklı olsa da, AB hukuku kapsamındaki taraflar arası davaların tam anlamıyla AİHM yargılamasından çıkartılması, AİHM'in önüne gelen davalarda AİHS'in 33. Maddesine dayanan bir anlaşmazlığın AB hukukuyla alakadar olup olmadığı hususunda karar vermesi anlamına geleceği; bu durumun AİHM'in, özellikle AB ve üye devletler arasındaki yeterlilik ayrımı ve sorumluluk atfı hususunda, AB hukukunu incelemesini gerektireceği ve böylece AB hukukunun özerkliğinin zarar göreceği ileri sürülmüştür⁵²⁵.

⁵²²Stian Øby JOHANSEN, "The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences", *German Law Journal*, 2015, Vol.16, No.1, p. 170.

⁵²³ HALBERSTAM, p.119-120; MIRIANASHVILI, p.237.

⁵²⁴ JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.21.

⁵²⁵ EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.976.

Fakat ABAD'ın AB içi uyuşmazlıklarda 344. Madde kapsamındaki münhasır yetkisinin AİHS çerçevesinde insan haklarına uygunluk denetiminin yapılmasının "ön ve nihai dışsal denetime" mani olduğundan bahsetmesi, Madde 344'ün kapsamını daha da genişlettiğini ortaya çıkarmakta⁵²⁶ ve AB hukukuna dair taraflar arası davalarda hem ilk hem de son incelemenin AİHM tarafından yapılmasını istemediği izlenimi oluşturmaktadır.

Adalet Divanı kararına dayanak olarak ileri sürdüğü *Mox Plant* davasına ilişkin olarak, "AB hukukunda öngörülen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sistemin bağitlanan bir uluslararası antlaşmada öngörölmüş olan uyuşmazlık halli mekanizmasının önüne geçmesini sağlayan *Komisyon v İrlanda* kararına neden olan davadaki uluslararası antlaşmanın aksine, AİHS'in 33. Maddesinde öngörölen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usulün, tüm Sözleşmeciler Tarafı'na ya da söz konusu olan AB hukuku bile olsa AB ile üye devletler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanabileceğini" belirtmiştir.⁵²⁷ Adalet Divanı tarafından *Mox Plant*'a konu olan uluslararası antlaşmayla, AB çözüm mekanizmalarına öncelik verilmesinin kendi münhasır yargı yetkisini ihlal etmekten kaçınmak için yeterli olduğu ortaya konulmuştur⁵²⁸. Fakat ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaası'nda, *MOX Plant* davasında üye devletlerin ABİDA Madde 344'e uymalarını mümkün kıldığı sürece uyuşmazlık çözüm mekanizması içeren uluslararası antlaşmalara izin veren yorumunu takip etmemeyi seçerek, üye devletlere ABİDA'yı ihlal etme konusunda teorik bir olasılık bile vermediği ve Madde 344 ile uyumun ancak AİHM'in yargı yetkisinden açıkça hariç tutulmasıyla sağlanabileceğini öngördüğü ve ABAD'ın bu iki yaklaşımı arasındaki farkın, Katılım Antlaşması'nı çevreleyen spesifik yasal duruma atıfta bulunularak açıklanamayacağı ileri sürölmüştür⁵²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 33 uyarınca öngörölen prosedür zorunlu olmadığından AB ve üye devletleri AİHS'in yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan herhangi bir anlaşmazlığı ABAD'a getirmeye devam edebileceklerdir⁵³⁰. Önceki bölümlerde izah edilmiş olduğu gibi, *Mox Plant* davasında, üye devletlere AB

⁵²⁶ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliğı Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.13.

⁵²⁷ Opinion 2/13 , para. 205.

⁵²⁸ JOHANSEN, p.174.

⁵²⁹ JOHANSEN, p.175.

⁵³⁰ Kirk BRINCAU, James CAMILLERI and Rachel Vella BALDACCHINO, "Accession of the European Union to the ECHR", <https://www.academia.edu/27866978> (01.05.2019).

hukukunu ilgilendiren bir anlaşmazlığa ilişkin başka bir çözüm yolunu tercih etmeleri halinde ihlal davası açılacağı kesinleşmiştir. Bu noktada Katılım Antlaşması Tasarısı üye devlet tarafından AIHM önüne dava gitmesini engellemese de, ABİDA'nın 344. Maddesinin pratik etkisinin Komisyon'un ihlal davalarını teşvik etme olasılığı ile sağlandığı ve bu argümanın uygulanabilirliğinin *Mox Plant* davasında açıkça ortaya çıktığı savunulmuştur⁵³¹. Bu açıdan ABAD'ın kararı, *Mox Plant* davasında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ABAD'ın karar vermesi için önündeki davayı bekletici mesele yaptığı halde, AIHS Madde 33 kapsamında önüne giden bir davada AIHM'in bunu gerçekleştirmeyeceği tedirginliğini yaşayarak AB hukukunun bağlayıcılığını yeterli bulmaması ve üye devletlerin uluslararası hukuka dayanarak da bağlanması gerektiğini ortaya koyması açısından büyük bir talihsizlik olarak değerlendirilmiştir⁵³². Bunun da ötesinde ABAD'ın üye devletlerin Kurucu Antlaşma'yı ihlal etmeleri için bir fırsat yaratabileceği ihtimalinden bahisle Katılım Antlaşması'nı kusurlu bulmasının esas olarak AB hukukunun özerkliği ile ilgili gereklilikleri arttırdığı ve 344. Maddenin ihlal edilmemesine ilişkin tek çözüm yolunun yargı bağımsızlığı olduğunu belirtmesinin ise AB hukukunun özerkliğinin su geçirmez bir şekilde korunma ihtiyacında olduğunu ortaya koyduğu ifade edilmiş ve bu yaklaşımları en nihayetinde içeriden çözülebilir sorunların haricileştirilmesine sebep olmasıyla eleştirilmiştir⁵³³. Ayrıca bu haricileştirme neticesinde AB üyesi olmayan fakat AIHS'e taraf olan devletlere uluslararası bir antlaşmanın hükümlerinde AB iç hukukuna ilişkin ABAD'ın anlaşmazlık çözümü konusundaki münhasırlığını açıkça garanti etmek zorunda olduklarını empoze ederek AB hukukunun özerkliğinin garanti altına alınabileceği varsayımı tartışmalıdır⁵³⁴.

Öte yandan 2/13 Sayılı Mütalaa'ya daha yumuşak eleştiriler de yapılmıştır. Adalet Divanı'nın Taslak Antlaşma'nın ABİDA'nın 344. Maddesi üzerindeki olası etkilerinin değerlendirilmesinde oldukça sıkı bir sonuca vardığı söylenebilirse de,

⁵³¹ Louise Halleskov STORGAARD, "EU Law Autonomy Versus European Fundamental Rights Protection - On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR", **Human Rights Law Review**, 2015, Vol.15, p.504.

⁵³² KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının Çağrıştırdıkları*, s.13.

⁵³³ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.255.

⁵³⁴ Stefan REITEMEYER and Benedikt PIRKER, "Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One Step Ahead and Two Steps Back", *European Law Blog: News and Comments on EU Law*, 31.03.2015, <http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/> (09.04.2019).

AİHS'in AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olacağı andan itibaren ABAD'ın AİHS tabanlı ve AB hukukuyla ilgili anlaşmazlıklarda münhasır yargı yetkisinin güvence altına alınması talebinin haklı görülebileceği; fakat hem ön denetim hem de son denetim yapılmasının yasaklanması talebi AİHM tarafından yapılacak incelemenin tamamen dışlanmasına yol açacağından ve anlaşmazlığa ilk olarak bakan ABAD olduğundan, bu dış incelemenin engellenmesine neden gerek görüldüğünün anlaşamadığı belirtilmiştir⁵³⁵.

Avrupa Birliği'nin AİHS'e halihazırda katılmamış olduğu durumda bile AB üye devletleri AİHS'in 33. Maddesine dayanarak AB hukukunu ilgilendiren bir davada diğer bir üye devlete karşı dava açma hakkından faydalanabileceklerinden ve henüz AİHS'in 55. Maddesine yönelik herhangi bir kısıtlama bulunmadığından, ABAD'ın yaklaşımı üye devletlerin mevcut AİHS üyeliklerinin AB hukukunu çiğnemek anlamına mı geldiği sorusunu akla getirmektedir⁵³⁶.

Anlaşmazlığa dair olası çözüm yolu olarak, müzakerecilerin ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaası'yla ortaya çıkan AB içi anlaşmazlıkların AİHM'in yargı alanından dışlanmasını içeren oldukça açık talimatını takip ederek AİHS Madde 33'e "AB veya AB üyesi bir devlet tarafından yapılan başvurular, AİHS'in AB veya başka bir AB üyesi devlet tarafından ihlal edildiği iddiasını taşıyorsa kabul edilemezdir" şeklinde bir düzenleme getirebilecekleri belirtilmiştir⁵³⁷. Ancak AB hukukuyla alakalı olan ve AİHS'i kapsayan tüm taraflar arası davaların AİHM denetiminden çıkartılmasının, AİHM'i başvuruların kabul edilebilirliğine karar verirken AB hukukunu yorumlamak zorunda bırakacağı için AB'nin özerkliğine zarar vermesi riskini de beraberinde getirdiği ve bunun daha önce de belirtildiği gibi AB hukuku açısından sorunlu olacağı ileri sürülmüştür⁵³⁸. 2/13 Sayılı Mütalaa'ya da uygun olan bu çözüm yolu aynı zamanda AB hukuku ile ilgisi olmayan anlaşmazlıkların da hariç tutulmasına sebep olacağından, en uygun yolun

⁵³⁵ KRATIMENOS, p.19.

⁵³⁶ ECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.977.

⁵³⁷ JOHANSEN, p.178.

⁵³⁸ POLAKIEWICZ, p.12.

ABAD'ın AİHM yargılamaya başlamadan önce bir değerlendirme yapabilmesi için ön katılım mekanizmasına benzeyen yeni bir mekanizma olacağı belirtilmiştir⁵³⁹.

Hukuk Sözcüsü Kokott ise, AB üyesi devletlerin AB hukukuyla alakalı alanlarda AİHS Madde 33 kapsamında birbirlerine karşı AİHM'de dava açmayacaklarını belirten bildiri yayınlamalarının yeterli olacağı görüşündedir⁵⁴⁰. Fakat bağlayıcı bir beyan, AİHM'e ABİDA 344'u ihlal eden AİHS Madde 33 altındaki uygulamaları reddetme imkanı verse de bunu yapmak için bir yükümlülük getirmediğinden ve dahası mevcut durumla karşılaştırıldığında hiçbir şeyi değiştirmeyeceğinden yetersiz görülmüştür. Bu görüşe göre mevcut durumda da AB üye devletlerinin ABİDA 344'e uymasının zorunlu olduğu ve Komisyon'un bu zorunluluk ihlal edildiğinde bir ihlal prosedürü başlatabileceği halde bu durum ABAD için yeterli görülmemiştir⁵⁴¹.

Bir diğer alternatif olarak ise AB hukuk düzeninin özerkliğini sağlamak için AK ile yapılan karışık antlaşmalarda yaygın olarak kullanılan bir yöntem olarak bağlantısızlık maddesinin Katılım Antlaşması Tasarısı'na eklenmesi teklif edilmiştir⁵⁴². Böyle bir durumda hem üye devletler (ve AB) arasındaki ilişkilerde uluslararası antlaşmanın hükümleri konusunda AB hukukuna öncelik verileceği ve üye devletlerin ABİDA'nın 344. Maddesi uyarınca yükümlülüklerinin teyit edileceği hem de AB ve üye devletler arasında AİHS Madde 33'ün taraflar arası prosedürü yerine AB hukuku prosedürleri kullanılmış olacağı ileri sürülmüştür⁵⁴³. Katılım Antlaşması'nda değişiklik yapılmasını öneren bir diğer görüşe göre ise, yeni antlaşma AB hukukuyla ilgili üye devletler arasındaki tüm itirazları dışlamalı ve AİHS Madde 33 kapsamında böyle bir iddia getirilmesi durumunda AB bilgilendirilmeli ve bu iddianın iç prosedürlere uygun olarak AB hukukuyla bağlantılı olup olmadığına karar verilmelidir; yapılan inceleme neticesinde dava AB hukukuyla alakalıysa AİHM'in iddiayı kabul edilemez ilan etmesi

⁵³⁹ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.255.

⁵⁴⁰ View of Advocate General Kokott, para. 120.

⁵⁴¹ ORBONS, p.22.

⁵⁴² VEKEMAN, p.57.

⁵⁴³ VEKEMAN, p.58.

gerekirken, AB'ye karşı bir üye devlet tarafından öne sürülen iddialar doğrudan AB hukukuyla ilgili olacaklarından AİHM yargılamasından dışlanmalıdır⁵⁴⁴.

III. EŞ DAVALI MEKANİZMASI

Eş davalı mekanizmasının amacı, katılımın gerçekleşmesi halinde AB hukuku konularında üye devletlere karşı AİHM'e başvurulduğunda AB'nin eş davalı olarak davaya taraf olmasını ve AB'ye karşı bir eylemin AİHM'e getirildiği durumda da üye devletlerin eş davalı olarak davaya müdahale etmesini sağlamaktır⁵⁴⁵. Adalet Divanı Katılım Antlaşması Taslağı'nda düzenlenmiş olan eş davalı mekanizmasına ilişkin üç sorun tespit etmiştir⁵⁴⁶. Adalet Divanı ilk olarak, "Taslak Antlaşma'nın 3/5. Maddesinin, bir Sözleşmeci Taraf'ın ya AİHM'in daveti üzerine ya da kendi talebi üzerine AİHM'in alacağı karar ile dava arkadaşı olmasını öngördüğünü"⁵⁴⁷ ve Katılım Antlaşması'na göre "AB veya üye devletlerin AİHM önündeki bir davaya dava arkadaşı olarak katılım talebinde bulduklarında katılım koşullarının yerine getirildiğini gösteren gerekçelerini sunmaları ve AİHM'in de bu talebin gerekçelerinin makullüğü ışığında karar vermesi gerektiğini" belirtmiştir.⁵⁴⁸ Adalet Divanı bu noktada, "AİHM tarafından yapılacak böyle bir incelemenin, AB ile üye devletler arasındaki yetkilerin paylaşımına müdahale potansiyeli taşıdığı" tespitinde bulunmuştur⁵⁴⁹. Adalet Divanı ikinci olarak, "Taslak Antlaşma'nın 3/7. Maddesi, bir Sözleşmeci Taraf'ın dava arkadaşı olduğu bir davada ihlal kararı verildiğinde, davalı ve dava arkadaşının bu ihlalden müştereken sorumlu olduklarını ifade eder. Fakat bu hüküm, bir üye devletin AİHS'in 57. Maddesi uyarınca çekince koyabileceği bir AİHS hükmünü ihlali nedeniyle AB ile birlikte sorumlu tutulmasını engellemeyeceğinden, üye devletlerin özellikle çekinceleriyle ilgili olarak AİHS ile ilgili durumlarını etkilememesini öngören 8 No.lu AB Protokolü'nün 2. Maddesiyle çelişmektedir" demektedir.⁵⁵⁰ Adalet Divanı eş davalı mekanizmasına ilişkin

⁵⁴⁴ JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.34.

⁵⁴⁵ Oana-Mariuca PETRESCU, "The Accession of EU to the European Convention of Human Rights - Technical Aspects", **Challenges of the Knowledge Society**, 2011, p.664.

⁵⁴⁶ Opinion 2/13, para. 215-235.

⁵⁴⁷ Opinion 2/13, para. 218.

⁵⁴⁸ Opinion 2/13, para. 223.

⁵⁴⁹ Opinion 2/13, para. 225.

⁵⁵⁰ Opinion 2/13, para. 226-228.

tespit ettiği üçüncü sorunu ise şu şekilde ifade etmektedir: "Taslak Antlaşma'nın 3/7. Maddesinin sonunda, davalı ve eş davalının tespit olunan bir ihlalden müşterek olarak sorumlu tutulacağı genel kuralına istisna teşkil eden bir hüküm gereğince AİHM, davalı ve dava arkadaşı tarafından sunulan gerekçeler temelinde ve başvuranın görüşlerine de başvurarak, yalnızca birinin bu ihlalden sorumlu tutulmasına karar verebilir"⁵⁵¹ ve "AB ve üye devletleri arasında sorumluluk paylaşımı hakkındaki bir karar, aynı zamanda AB ve üye devletleri arasındaki yetki dağılımını ve bu eylem ya da ihmalin kime yükleneceğini düzenleyen AB hukukunun kurallarının değerlendirilmesine dayanan bir karar niteliğindedir"⁵⁵²; bu sebeplerle "AİHM'in böyle bir karar alabilmesine izin vermek, aynı zamanda AB ile üye devletleri arasındaki yetki dağılımını olumsuz şekilde etkileyebilecektir"⁵⁵³. Hatta "sorumluluk paylaşımına yönelik bir talebin dava arkadaşı ve davalı arasındaki bir antlaşmaya dayandığı varsayılsa bile ... AİHM'in AB ve üye devletler arasında sorumluluk paylaşımı konusunda var olabilecek herhangi bir antlaşmayı onaylamasına izin vermenin Adalet Divanı'nın yetki alanına giren konulardaki bir sorunu çözmek üzere Adalet Divanı'nın yerini almasına izin vermek anlamına geleceğini"⁵⁵⁴ belirtmiştir. Bütün bu sebepler doğrultusunda "dava arkadaşlığı mekanizmasının işleyişine ilişkin düzenlemelerin, AB ve AB hukukunun spesifik özelliklerinin korunmasını temin etmediği" şeklinde görüşünü açıklamıştır.⁵⁵⁵

Hukuk Sözcüsü Kokott ise, eş davalı olmanın AİHM tarafından bir makullük kontrolü getiremeyeceğini⁵⁵⁶, Katılım Antlaşması Taslağı'nda ortaya konulan ortak sorumluluğun akdeden tarafların çekincelerini etkilemeyeceğini⁵⁵⁷ ve taraflardan birine veya diğerine taraflarca sunulan sebeplerden ötürü olsa dahi sorumluluk tahsis edilmesinin AİHM'in yetki alanının dışında olduğunu belirterek⁵⁵⁸ ABAD ile aynı görüşte olduğunu ortaya koymuştur. Ancak Kokott aynı zamanda, Katılım Antlaşması Taslağı'nın, AB ve üye devletlerin eş davalı olma ihtimali dahilinde tüm başvurulardan

⁵⁵¹ Opinion 2/13, para. 229.

⁵⁵² Opinion 2/13, para. 230.

⁵⁵³ Opinion 2/13, para. 231.

⁵⁵⁴ Opinion 2/13, para. 234.

⁵⁵⁵ Opinion 2/13, para. 235.

⁵⁵⁶ View of Advocate General Kokott, para. 229-235.

⁵⁵⁷ View of Advocate General Kokott, para. 260-265.

⁵⁵⁸ View of Advocate General Kokott, para. 175-179.

sistematik ve istisnasız olarak bilgilendirilmelerini ve AİHM tarafından yapılacak makullük incelemesinin önüne geçilmesini sağlaması ve ortak sorumluluk ilkesinin, Sözleşmeci Taraflar'ın AİHS Madde 57'nin anlamı dahilinde yapmış oldukları çekinceleri etkilememesi ve AİHS ihlaline karar verildiğinde her zaman ortak sorumluluk olacak şekilde düzenlenmesi durumunda Kurucu Antlaşmalar'la uyumlu olabileceğini belirtmiştir⁵⁵⁹. Sonuçta Kokott'un, eş davalı mekanizmasının Katılım Antlaşması Taslağı'ndaki düzenlemesinin problematik olduğu hususunda ABAD ile hemfikir olmakla birlikte, ABAD'ın tespit ettiği olumsuz senaryolardan kaçınmak için Katılım Antlaşması'yla uygun güvencelerin oluşturabileceği sonucuna ulaştığı belirtilmiştir⁵⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından eş davalı talebinin değerlendirileceği ve sorumluluk tahsisinin yapılacağından bahisle AB hukukunun spesifik özelliğine ve özerkliğine aykırılık tespit edilmişse de, ABAD'ın bu gerekçeleri, Katılım Antlaşması Taslağı'nda AİHM'in eş davalı mekanizması koşullarına ilişkin yapacağı değerlendirmenin davanın esas unsurlarına girmeden gerçekleşeceği belirtildiğinden ve eş davalı mekanizması tamamen isteğe bağlı olduğundan son sözü söyleme yetkisinin AB ve üye devletlere ait olması sebebiyle eleştirilmiştir⁵⁶¹. Dahası, AİHM tarafından yapılacak makul inceleme AB ve üye devletler arasındaki güçlerin bölünmesini yöneten kuralların bağlayıcı bir değerlendirmesine yol açmadığından, ABAD'ın bu katı gerekçelendirmesinin özerklik ilkesinin genişletilmesine yol açtığı ileri sürülmüştür⁵⁶².

2/13 Sayılı Mütalaa'nın gerektirdiği şekilde Katılım Antlaşması Tasarısı'nda değişikliğe gidilebilir. Ancak bu halde, AİHM'in AB hukukunu incelemesi için gereken gücü fazlasıyla kısıtlanarak hem AİHM'in bir insan hakları ihlali olup olmadığına dair incelemesinin hem de ABAD tarafından güçlü bir şekilde ifade edilen bu endişelerle katılım sonrası AİHM ve ABAD arasında uygun bir adli diyalogun sağlanmasının zarara

⁵⁵⁹ View of Advocate General Kokott, para. 280.

⁵⁶⁰ DOUGLAS-SCOTT, p.35.

⁵⁶¹ TOPALOĞLU, s.104.

⁵⁶² LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.247.

uğratılacağı savunulmuştur⁵⁶³. Bu yüzden, AİHS sisteminin etkinliğinin tehdit altında bırakılması pahasına AB hukukunun özerkliğinin sağlanmasının yanlış olduğu ve ABAD'ın yetkinliklerinin korunması için AİHM'in yargı yetkisinin mutlak sınırlandırılmasının iyi bir çözüm olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁶⁴. Ayrıca AB'nin AİHS'e katılımı bu açıdan belirli güvenlik açıklarına neden olsa da, bu durumun ABA'nın 6/2. Maddesi gereğince gerekli fedakarlıklara yol açan anayasal bir yükümlülük oluşturduğu belirtilmiştir⁵⁶⁵.

Adalet Divanı tarafından eş davalı mekanizmasının kendisine değil düzenlenmesindeki bir takım noktalara itiraz ediliyor olsa da, makullük incelemesinin ve sorumluluk tahsisinin AİHM'in elinden alınacak olmasının, eş davalı mekanizmasını başlatmayı ve AB hukukunun dahil olduğu her durumda sorumluluğun ayrı ayrı veya ortaklaşa ilan edilmesi gerekip gerekmediğine karar verilmesini yani süreci sonlandırmayı, AB ve üye devletlere bağlı hale getireceği ileri sürülmüştür⁵⁶⁶. Ayrıca AB hukukunun yorumlanması söz konusu olduğunda dış mahkemenin rolünü kapatmanın, AİHS sisteminin fikrini ihlal edeceği ve bu sisteme katılmanın, bazı savunmasızlıkların yanı sıra tanım gereği AİHS'te belirtilen yükümlülükler ışığında iç hukukun yorumlanması konusunda ABAD'ın nihai söz sahibi olmayacağını kabulünü ifade ettiği savunulmuştur⁵⁶⁷. Bu noktada ABAD tarafından ileri sürülen itiraz noktalarının haklı olduğu kabul edilse bile Katılım Antlaşması'nda yapılacak değişikliklerle rahatlıkla sorunların çözülebileceği; fakat ABAD'ın sürecin yapıcı önerilerle nasıl ilerleyeceğine odaklanmak yerine yanlış olan her şeye odaklandığı eleştirisi yapılmıştır⁵⁶⁸.

Eş davalı mekanizması sadece sorumluluğun kime ait olduğunu belirlemeyi değil aynı zamanda ihlal kararı verilmesi halinde bu kararın gereğinin yerine getirilmesi

⁵⁶³ ECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.981-982.

⁵⁶⁴ MIRIANASHVILI, p.234.

⁵⁶⁵ KRATIMENOS, p.21.

⁵⁶⁶Przemyslaw TACIK, "Attribution of Responsibility after the EU Accession to the ECHR and the 'Co-Respondent Mechanism'", *Baltic Yearbook of International Law*, 2016, Vol.16, p.49.

⁵⁶⁷ LAZOWSKI & WESSEL, p.198-199.

⁵⁶⁸ Aphrodite YIASEMI, "The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights (Reconciling the Accession With the Autonomous EU Legal Order)", (*LLM Paper*, Gent University Faculty of Law, 2014-15), p.31.

için gerçek yetkilinin de bulunmasını amaçladığından, ABAD'ın ileri sürdüğü iddialar haklı olabilecektir⁵⁶⁹. Bu görüşü destekler nitelikte, AİHM'in sadece AB'nin ve/veya bir üye devletin talebinin makul olup olmadığını kontrol etmesinin bile taraflarca ileri sürülen argümanlar değerlendirilirken sorumluluk tahsisi yapmasına sebep olacağı ve bu durumun AİHM'i dolaylı veya dolaysız olarak AB ve üye devletler arasındaki yeterliliklerin dağılımı hususunda karar verecek bir konuma getireceği savunulmuştur⁵⁷⁰. Bu noktada AB ve üye devletler arasındaki karmaşık hukuki yapının da AİHM'i AB hukukunu yorumlama mecburiyetinde bırakabileceği belirtilmiştir⁵⁷¹. Ayrıca açıklama raporunda AİHM'in derinlemesine bir inceleme yapmayacağı belirtilse de, Katılım Antlaşması Taslağı AİHM'in yetkiler dağılımını belirlemeye dahil olma olasılığını dışlamamaktadır⁵⁷². İlk etapta eş davalı mekanizması AB hukuk düzeninin özerkliğine müdahale etmekten kaçınmak için tasarlanmış olduğu halde, bir anlaşmazlık çözüm organının AB veya bir üye devletin sorumlu taraf olup olmadığına karar vermek için AB hukukuna göre yalnızca AB veya üye devletler tarafından sunulan nedenler temelinde olsa da yeterliliklerin bölünmesini değerlendirmek zorunda kalması durumunda, 2/13 Sayılı Mütalaa'da ortaya konulan ve ABAD'ın daha önceki yerleşmiş içtihadını da doğrular şekilde AB hukukunun özerk yapısı nedeniyle bu mekanizmanın AB yasal düzeninin özerkliğini korumak için yeterli olmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁷³. AB açısından değerlendirildiğinde ABAD'ın AB hukukunun sorunlarına ilişkin sorumluluk tahsisini resmi olarak AİHM'e vermesini sağlayan bir belgeye imza atması AB hukukunun ne olduğuna dair gücünün elinden alınması anlamına geleceğinden, anayasal bir mesele olarak bunun mümkün olmadığı ve ABAD'ın bu konuda haklı olduğu savunulmuştur⁵⁷⁴. Bu noktada Taslak Antlaşma'nın hazırlayıcıları, eş davalı mekanizmasını AB'nin özel ihtiyaçlarına göre şekillendirmeye çalışmışlarsa da, ABAD tarafından belirlenen gereklilikleri yerine getirmekte başarısız olmuşlardır⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının Çağrıştırdıkları*, s.19.

⁵⁷⁰ HALBERSTAM, p.116.

⁵⁷¹ Viliian MLADENOV, "The Devil in the Detail: The Impact of Opinion 2/13 on the Co-Respondent Mechanism and the Prior Involvement Procedure", *The University College Dublin Law Review*, 2015, Vol.117, p.121.

⁵⁷² JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.22.

⁵⁷³ VEKEMAN, p.41.

⁵⁷⁴ HALBERSTAM, p.117.

⁵⁷⁵ VEKEMAN, p.43.

Taslak Antlaşma'nın bu haliyle kabul edilmesi, AİHM'in kararlarının alanını genişletecek olduğu için AİHM tarafından memnuniyetle karşılanacağı; AB üyesi devletler için AİHM'in, ABAD'ın üye devletler üzerinde AB'nin yeterlilik dağılımını anlamaları için yaptığı zorlamaya karşı ilgi çekici bir alternatif de olabileceği ve bu durumda özerkliğin korunması açısından en iyi ihtimalin ise, AİHM'in AB'nin yeterlilik ayırımına karışmayı istememesi ve bir AB iç sorununa dahil olmak için bir sebebi olmaması olacağı ileri sürülmüştür⁵⁷⁶. Bu açıdan Katılım Antlaşması Tasarısı, AİHM'e takdir payı konusunda kasıtlı davranması veya kimin sorumlu tutulacağına dair karar alması için çağrı yapmamakta ve aksine AİHM'i, AİHS ihlalinin AB hukuku hükümlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına karar vermesi için yetkilendirmekteyse de, ortak sorumluluk kuralının istisnası izah edilen sorunlara yol açacağından Katılım Antlaşması Tasarısı'ndan kaldırılması gerekmektedir⁵⁷⁷.

Üye devletlerin çekince koymalarına rağmen AİHS ihlali gerekçesiyle eş davalı mekanizması açısından ortak sorumlu tutulabileceği iddiası ise, çekinceyi koyan üye devlet için çekince koymuş olduğu hüküm zaten geçerli olmadığından bu devlet açısından sorumluluğun söz konusu olmadığı ve eş davalı mekanizması ihtiyari olduğundan bu devletin davaya katılmayı zaten istemeyeceğinden bahisle mantıken hatalı bulunmuştur⁵⁷⁸. Ayrıca, eş davalı mekanizmasındaki ortak sorumluluk bulgularının üye devletlerin mevcut çekincelerini nasıl etkileyebileceğine dair gerek ABAD gerekse Hukuk Sözcüsü tarafından kapsamlı inceleme yapılmadan böyle olumsuz bir sonuca varılmasının, uluslararası hukuk perspektifinden anlamanın zor olduğu belirtilmiştir⁵⁷⁹. Her ne kadar Katılım Antlaşması Taslağı üye devlet çekincelerine ilişkin sessiz kalmış olsa da, soruna mekanizmanın gönüllülüğü ekseninde bakıldığında, Antlaşma'nın üye devletlerin durumunu etkileyebileceğini söylemenin zor olduğu ve bu durumun çok nadir sorun olacağı ileri sürülmüştür⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ KRENN, p.152-153.

⁵⁷⁷ MLADENOV, p.113.

⁵⁷⁸ TOPALOĞLU, s.105.

⁵⁷⁹ POLAKIEWICZ, p.13.

⁵⁸⁰ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.249-250.

Diğer yandan, ABA 8 No.lu Protokol'ün 2. Maddesi gereğince Katılım Antlaşması'nın çekinceler üzerinde herhangi bir etkisinin olmaması gerektiği açıkça anlaşılmakta olduğundan ve Katılım Antlaşması Taslağı'nda çekincelere dair bir düzenleme olmaması ortak sorumluluğun doğması ihtimalini dışlamadığından ABAD'ın görüşü haklı olabilecektir⁵⁸¹.

Adalet Divanı tarafından ileri sürülen itirazlar Taslak Antlaşma kaynaklı olduğundan öncelikli olarak bu antlaşmanın değiştirilmesine odaklanılarak, Hukuk Sözcüsü Kokott'un teklifini de doğrular nitelikte, Katılım Antlaşması Taslağı Madde 3/5 tarafından sağlanan AİHM'in "makulluk" değerlendirmesi yapma hakkı kaldırılabilir. Ayrıca AB ve üye devletlerin eş davalı olduğu durumlarda üye devletin çekincesinin olması halinde ihlalden sorumlu tutulamayacağına dair bir düzenlemenin Katılım Antlaşması Taslağı Madde 3/7'ye eklenebileceği ve bu çözüm yolunun, AİHS üyesi olup AB üyesi olmayan devletlerin konumlarını doğrudan etkilememesi nedeniyle rahatlıkla kabul edileceği ileri sürülmüştür⁵⁸².

Sorumluluk dağılımına ilişkin olarak, AİHM'in ihlal kararına varmasından sonra ABAD'ın davalı ile eş davalı arasındaki sorumluluğun atfedilmesine karar vermesini sağlayan başka bir mekanizma kurulabileceği ve böylelikle hem AB için özerklik ilkesi korunacak olup hem de AİHM'in kararının değeri korunacağından yetkisinin sorgulanmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁸³. Diğer bir seçenek olarak, başvuru sahibine sorumluluğun davalı ile eş davalı arasında nasıl tahsis edileceğine karar verme hakkı tanınabileceği ve böyle bir durumda bu talebin AİHM tarafından sorgulanmasının da söz konusu olmayacağı belirtilmiştir⁵⁸⁴. Avrupa Birliği hukukuyla alakalı bir davada AİHM'in sorumluluk dağılımına karar vermesi yerine AB ve üye devletlerin ortak sorumluluk almayı teklif edebilecekleri yani bu kararın AB ve üye devletlere ait olması da teklifler arasındadır⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ MIRIANASHVILI, p.235.

⁵⁸² ORBONS, p.23-24.

⁵⁸³ YIASEMI, p.35.

⁵⁸⁴ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.249.

⁵⁸⁵ JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.32.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AB ve üye devletler arasındaki sorumluluk tahsisine karar verememesi Taslak Antlaşma değişikliği yapılarak sağlanabilirse de, AİHS tarafı olup AB üyesi olamayan devletler müzakere sürecinde sorumluluk dağılımının AİHM tarafından gerçekleştirilmesinde ısrarcı olduklarından, en iyi çözüm yolunun sorumluluk tahsisi meselesinin Taslak Antlaşma'dan ayrılması olduğu ve ABAD için ne kadar kabul edilebilir olacağından emin olunmamakla birlikte meselenin ABAD ve AİHM arasındaki karşılıklı uyuma bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸⁶.

IV. ÖN KATILIM MEKANİZMASI

Katılım Antlaşması'nın 3/6. Maddesinde düzenlenmiş olan ön katılım mekanizmasının amacı, AB hukukuyla ilgili olan bir davanın ABAD incelemesinden geçmeksizin AİHM önüne gitmesi halinde, AB hukukunun özerkliğini korumak adına ABAD'a karar verme olanağını sağlamaktır⁵⁸⁷. Adalet Divanı, hem AİHM sistemine saygının sürdürülebilmesi hem de AB yargı sisteminin düzgün bir şekilde işlemesi için ön katılım mekanizmasının önemini altını çizse de⁵⁸⁸, bu mekanizmaya ilişkin iki sorun tespit etmiştir⁵⁸⁹.

Adalet Divanı tarafından ilk olarak "AİHM'in önüne gelen bir davada ABAD'ın aynı hukuki konularda daha önce bir karar vermiş olup olmadığının incelenmesinin, ABAD'ın içtihatlarını yorumlaması anlamına geldiği ve Katılım Antlaşması Taslağı'nın bu olasılığı bertaraf edemediği" tespit edilmiştir.⁵⁹⁰ Adalet Divanı buna ilişkin olarak, ön katılım mekanizmasının "AİHM önündeki herhangi bir davada AB'nin tam ve sistematik olarak bilgilendirilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve böylece yetkili AB kurumunun ABAD'ın söz konusu davaya konu olan soruna ilişkin halihazırda bir karar verip vermediğini değerlendirebilmesinin sağlanması ve ABAD tarafından daha önce karar verilmemiş olması durumunda ön katılım mekanizmasının başlatılması için

⁵⁸⁶ ORBONS, p.25.

⁵⁸⁷ DOUGLAS-SCOTT, p.34.

⁵⁸⁸ Opinion 2/13, para. 236.

⁵⁸⁹ Opinion 2/13, para. 237-248.

⁵⁹⁰ Opinion 2/13, para. 238-239.

düzenleme yapılması gerektiği" değerlendirilmesinde bulunmuştur.⁵⁹¹ Adalet Divanı ikinci olarak ise "Taslak Antlaşma'nın 3/6. Maddesinde tanımlanan 'normun uyumluluğunun değerlendirilmesi' ifadesinin Taslak Açıklayıcı Rapor'daki 66. paragraftan anlaşıldığı üzere esasen ikincil hukukta yer alan yasal bir normun geçerliliği veya birincil hukukun bir hükmünün yorumu hakkında karar vermek anlamına geldiği"⁵⁹² ve bu durumun "ön katılım mekanizmasının kapsamının ikincil hukukta yalnızca normun geçerliliğinin sorgulanmasıyla sınırlandırılması sonucunu doğurduğu; AB'nin yetki alanını ve ABAD'ın yetkilerini olumsuz olarak etkilediği; ABAD'ın AİHS tarafından güvence altına alınan haklar ışığında ikincil hukuku kesin bir şekilde yorumlamasına olanak sağlamadığını" belirtmiştir.⁵⁹³ Bütün bu sebepler doğrultusunda ABAD, Katılım Antlaşması'nda, "ön katılım mekanizmasına dair düzenlemelerin AB ve AB hukukunun spesifik özelliklerinin korunmasını sağlamadığına" kanaat getirmiştir.⁵⁹⁴

Hukuk Sözcüsü Kokott, ABAD'ın AİHM'in önündeki bir davada AB hukuku sorununu daha önce çözdüğü hususunda bir şüphe oluştuğunda ön katılımının gerekliliği ile ilgili kararın AİHM'e bırakılmasının AB hukukunun özerkliği ile bağdaşmayacağını⁵⁹⁵ ve Katılım Antlaşması Taslağı'nın ikincil hukukun yorumlanmasını da kapsamı gerektiğini belirterek⁵⁹⁶, ABAD ile aynı görüşte olduğunu ortaya koymuştur. Çözüm yolu olarak ise, ABAD'ın Taslak Antlaşma'nın 3/6. Maddesi uyarınca ön katılımının AB birincil ve ikincil hukukunun yorumuyla alakalı tüm yasal konuları kapsamı gerektiğini ve daha önce karar verdiğine şüphe duyulan her davada ön katılımın uygulanmasının zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹⁷

Her ne kadar ABAD ve Hukuk Sözcüsü Kokott aynı görüşte olsa da, AİHM'in görevinin AİHS'i yorumlamak ve AİHS'te yer alan temel hak ihlallerini tespit etmekle sınırlı olduğu; ilgili tarafların mevzuatını bağlayıcı olarak yorumlamadığı ve geçerliliği hakkında herhangi bir açıklama yapmadığı ve bu yüzden AİHM tarafından ABAD'ın daha

⁵⁹¹ Opinion 2/13, para. 241.

⁵⁹² Opinion 2/13, para. 242.

⁵⁹³ Opinion 2/13, para. 247.

⁵⁹⁴ Opinion 2/13, para. 248.

⁵⁹⁵ View of Advocate General Kokott, para. 180-184.

⁵⁹⁶ View of Advocate General Kokott, para. 130-135.

⁵⁹⁷ View of Advocate General Kokott, para. 280.

önce davaya bakıp bakmadığına dair bir incelemenin, AB hukukuna müdahale teşkil etmeyeceği; ABAD'ın bu noktadaki itirazının da, AB'nin AİHS'e katılımını durdurmayı haklı çıkarmak için yeterli görülemeyeceği belirtilmiştir⁵⁹⁸.

Taslak Antlaşma'da düzenlenen AİHM tarafından yapılacak bir incelemenin, bir başvuranın iç hukuk yollarını tüketip tüketmediğinin incelenmesine benzeyeceği; bunun yüzeysel bir şekilde yapılacağı; böyle bir değerlendirmenin sonuçlarının tamamen prosedürle ilgili olduğu ve halihazırda Taslak Antlaşma'da varolan ABAD'a değerlendirme yapması için makul süre verileceğine yönelik ifade bu mekanizmanın tamamen AB hukuku kapsamında gerçekleşeceğini gösterdiğinden, ABAD'ın itirazının AİHM önündeki prosedürün uygulamasında kör bir nokta bulmak olduğu ve başka bir mahkeme tarafından AB hukukunun bağlayıcı olmayan değerlendirmelerini de kapsamak üzere geniş özerklik kavramını güçlendirdiği ileri sürülmüştür⁵⁹⁹. Adalet Divanı'nın AİHM'in AB'yi tam ve sistematik bilgilendirmesine yönelik talebinin, ön katılım mekanizması sadece AB'nin eş davalı olarak katılabileceği durumlarda uygulanabilir olduğundan ABA Madde 4/3 uyarınca samimi işbirliği ilkesine dayanarak veya yapılacak bir AB iç düzenlemesiyle üye devletlerce rahatlıkla gerçekleştirilebileceği⁶⁰⁰; fakat ABAD'ın AB içerisinde çözülebilecek bu sorunun mutlaka Katılım Antlaşması'nda düzenlenmesini talep etmesinin anlaşılabilir olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁰¹.

AB hukukunun özerkliği gereği ABAD'ın AB hukukunu sadece geçersiz kılma değil yorumlama otoritesini de koruması gerekmektedir. Adalet Divanı'nın daha önce AB hukukuna dair bir meseleyi inceleyip incelemeyeceğine dair bir şüphenin oluşmuş olması durumunda AİHM'in bu şüpheyi ortadan kaldırmak için yaptığı inceleme, AB hukukunu ve ABAD'ın içtihadını yorumlamak sayılacağından, Taslak Katılım Antlaşması'nın bu yetkiyi AİHM'e vermemesi gerekmektedir⁶⁰². Buna ilaveten ön katılım

⁵⁹⁸ KRATIMENOS, p.25-26.

⁵⁹⁹ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.251.

⁶⁰⁰ GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, p.14.

⁶⁰¹ Stefan REITEMEYER and Benedikt PIRKER, "Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One Step Ahead and Two Steps Back", *European Law Blog: News and Comments on EU Law*, 31.03.2015, <http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/> (09.04.2019).

⁶⁰² HALBERSTAM, p.115-117.

mekanizmasının uygulanması fikri AİHM'in yerindelik ilkesine saygı gösterilmesi anlamına gelmesinin yanı sıra AB hukukunun yorumlanması için özel bir yetki vermemeyi de kapsadığından, AİHM'in ABAD'ın uygulamalarını yorumlama hakkına sahip olmaması gerektiği yönlü görüş haklı bulunmuştur⁶⁰³. Bu açıdan ön katılım mekanizmasının tetiklendiği her durumda kararı AİHM'e bırakmanın yapılabilecek en iyi seçim olmayacağı belirtilmiştir⁶⁰⁴. Bütün bu sebepler doğrultusunda, ABAD'ın AB hukukuna ilişkin konuların kendi yargı yetkisi dahilinde kalmasını ve AİHM'in sadece AİHS'in yorumuna dair hükmetmesini garanti altına almaktaki ısrarının hem makul hem de gerekli olduğu ve bu noktada ABAD'ın itirazlarının AB'nin yasal piramidinin tepesinde kalma arzusundan kaynaklanmadığı; 2/13 Sayılı Mütalaası'nın amacının da katılım kapısını tamamen kapatmak değil, aksine sadece sorunu ayrıntılı olarak tanımlamak olduğu savunulmuştur⁶⁰⁵.

Adalet Divanı'nın ikincil hukuk düzenlemelerini yorumlama yetkisinin Taslak Antlaşma'ya konulmadığı yönündeki itirazı, ABAD'ın münhasır yargı yetkisi ikincil hukukun sadece geçerlilik incelenmesini değil aynı zamanda yorumunu da kapsadığından, Katılım Antlaşması'nın bu noktada ABAD'ın görevinin özünün değiştirerek AB hukuk düzeninin özerkliğini korumadığından bahsedilebilir⁶⁰⁶.

Diğer taraftan Katılım Antlaşması Tasarısı'nda ABAD'ın ikincil hukuk hükmünün yorumlanmasına hükmetme gücüyle ilgili bir maddenin bariz bir şekilde yokluğu, mevcut olan maddede buna dair bir imanın bulunması nedeniyle açıkça yer almasına gerek duyulmadığını gösterebileceği gibi istenmeyen bir editoryal hatanın da göstergesi olabileceği belirtilmiştir⁶⁰⁷. Ayrıca, ABAD'ın AB ikincil hukukunu ön katılım mekanizması aracılığıyla gözden geçirdiğinde yorumlamasının önünde de bir engel olmadığı⁶⁰⁸; ABAD'ın AB ikincil hukukunun AİHS ile uyumluluğuna dair değerlendirmesinin bu hukuki işlemi yorumlaması anlamına da geleceği ve ABAD'ın

⁶⁰³ MIRIANASHVILI, p.232.

⁶⁰⁴ KRENN, p.154.

⁶⁰⁵ MLADENOV, p.148.

⁶⁰⁶ VEKEMAN, p.51.

⁶⁰⁷ GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, p.14.

⁶⁰⁸ LAMBRECHT, p.195.

iddiaları, tartışmalı hükmün yorumunu yapmadığı, gerekçe göstermeksizin AİHS'e uyumluluğu veya uyumsuzluğu belirlediği durumları hayal etmenin imkansız olması gerekçeleriyle ABAD'ın itirazının makul olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁰⁹.

Adalet Divanı tarafından dile getirilen itirazlar ekseninde çözüm yolu olarak, ön katılım mekanizmasını düzenleyen Açıklama Rapor'unun ilgili maddesine ikincil hukukun yorumu dahil edilebileceği gibi ABAD tarafından bir konunun daha önce değerlendirilip değerlendirilmediğine ilişkin kararın sadece ABAD tarafından verileceğine dair bir ibare Katılım Antlaşması'na eklenebilecektir⁶¹⁰.

Taslak Antlaşma'da bir değişikliğe gidilmeksizin ön katılım söz konusu olduğunda, örneğin Komisyon'un ABAD'ı bilgilendirmesi yoluyla ABAD'ın önceki içtihatlarında söz konusu meseleyle ilgilenip ilgilenmediğine bakarak bu kararı verebileceği ve böylelikle AB düzeyinde kullanılacak bunun gibi bir prosedürle bu sorunun AB'nin kendisi tarafından çözümünün sağlanabileceği ileri sürülmüştür⁶¹¹.

İç hukuk düzenlemesiyle sorunun çözümüne dair bir diğer yol olarak, AB hukuku ve temel haklarla ilgili ulusal yargıçların önündeki her davanın ABAD'a sevk edilebileceği ve bu yolla ABAD'ın AB yasasını yorumlama tekeli güvence altına alınabileceği gibi AB'nin AİHS'e aykırı her hareketi AİHM'in önünde gitmeden önce ortadan kaldırılabileceği ve bu durumda AİHM'in sadece dış denetimi gerçekleştirmekten sorumlu olabileceği belirtilmiştir⁶¹².

Adalet Divanı'nın AB'nin tam ve sistematik bilgilendirilmesi talebine ilişkin olarak, Katılım Antlaşması'nın hem çok fazla ayrıntılı olarak düzenlenmemesi gerektiği hem de belirsiz ifadeler ABAD'ın taleplerinin karşılanmadığından bahisle gelecekteki Katılım Antlaşması'na da olumsuz yaklaşması riskini yaratabileceğinden en iyi çözümün

⁶⁰⁹ MIRIANASHVILI, p.233.

⁶¹⁰ JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.33.

⁶¹¹ VEKEMAN, p.52.

⁶¹² Alice DALFOVO, *The European Union Accession to the European Convention of Human Rights is Really Possible?*, <https://www.academia.edu/29808129/> (05.05.2019).

"AİHM, önünde bekleyen tüm davalar hakkında AB'yi tamamen ve sistematik olarak bilgilendirecektir" hükmünün Katılım Antlaşması'na eklenmesi olduğu savunulmuştur⁶¹³.

V. ORTAK DIŞ VE GÜVELİK POLİTİKASI

Adalet Divanı, Kurucu Antlaşmalar gereği Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (ODGP) konularında ana kural olarak yetkili değildir⁶¹⁴; ABAD'ın bu alana ilişkin yargılama yetkisi ancak Kurucu Antlaşmalar'da öngörülen dar ve kesin olarak tanımlanmış istisnalar için söz konusudur⁶¹⁵.

Adalet Divanı sınırlı yargılama yetkisine sahip olduğu ODGP alanına ilişkin olarak, "öngörülen Katılım Antlaşması'yla AİHM, ODGP bağlamında gerçekleştirilen ve özellikle ABAD'ın yargı yetkisi olmaması nedeniyle temel haklar ışığında hukuka uygunluklarını denetleyemeyeceği bazı tasarruf, eylem veya ihmallerin AİHS ile olan uyumluluklarını denetleyebilecek"⁶¹⁶ ve her ne kadar "bu denetim sadece AİHS tarafından güvence altına alınan haklara uygunlukla sınırlı olsa da AB, söz konusu tasarruf, eylem veya ihmallerin yargısal denetimini AB dışı bir organa etkin bir şekilde devretmiş olacaktır" demektedir⁶¹⁷. Bunun devamında "temel haklar ışığında yapılan AB'nin taraf olduğu tasarruf, eylem veya ihmallerin yargısal denetimine yönelik yargı yetkisinin AB'nin kurumsal ve yargısal çerçevesi dışındaki bir uluslararası mahkemeye münhasıran verilmesinin mümkün olmadığını"⁶¹⁸ belirten ABAD'a göre "bu durum, ABAD'ın yetkilerinin mevcut yapılandırılmasının bir sonucu olmakla birlikte öngörülen antlaşmada ODGP hususlarında AİHM tarafından AB'nin taraf olduğu tasarruf, eylem veya ihmallerin yargısal incelenmesine ilişkin olarak AB hukukunun spesifik özelliklerinin niteliklerinin dikkate alınmamış" olduğunu göstermektedir⁶¹⁹.

⁶¹³ TACIK, *After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU*, p.959.

⁶¹⁴ ABA Madde 24.

⁶¹⁵ ABA Madde 24: "Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu Antlaşma'nın 40. Maddesine uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 275. Maddesinin 2. paragrafında öngörülen bazı kararların hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi hariç olmak üzere, bu hükümler bakımından yetkili değildir".

⁶¹⁶ Opinion 2/13, para. 254.

⁶¹⁷ Opinion 2/13, para. 255.

⁶¹⁸ Opinion 2/13, para. 256.

⁶¹⁹ Opinion 2/13, para. 257.

Hukuk Sözcüsü Kokott ise, AB hukukunun özerk yapısının başka bir yargı organına bir konuya ilişkin denetim yetkisi sağlanmasına engel teşkil etmeyeceğini ve özerklik ilkesiyle AB mahkemeleri ile uluslararası mahkemenin dava hukukları arasındaki olası çatışmaların önlenmesi ve AB'nin benzersiz ulusüstü yapısının korunmasının amaçlandığını; ODGP alanında ise AB'de Kurucu Antlaşmalar'ı hazırlayanların bilinçli bir şekilde ulusüstü bir yapı kurmaktan kaçınarak AB hukukunun tek tip ve özerk yorumundan vazgeçtiklerini ve sadece AB hukukunun özerkliğinin korunması hususunda AB içerisindeki yeterli ayarlamaların yokluğu uluslararası bir hukuk organının yetki alanının tanınmasına karşı bir argüman olarak kullanılamayacağından AB hukuk düzeninin özerkliği ile hiçbir çatışma olmadığını belirtmiştir⁶²⁰.

Katılım Antlaşması Taslağı müzakereleri sırasında karşılaşılan en karmaşık sorunlardan biri ODGP alanında AİHM'in yargı yetkisine sahip olup olmayacağı veya sahip olarsa bunun hangi ölçüde olacağı sorunu olmuştur ve AB'nin diğer Sözleşmeciler Tarafı'la eşit şekilde katılımı gerçekleşecekse ilk bakışta AİHM'in bu alandaki incelemesini dışlamak için hiçbir sebep olmadığından, görüşmeler sırasında AB üyesi devletlerden gelen yargı bağımsızlığı teklifleri kabul görmemiştir⁶²¹. Sonuç olarak ODGP alanında üye devlet vatandaşları AİHS'in ihlal edildiği gerekçesiyle üye devlet mahkemesine başvurabilecek; AİHM de dış denetimi gerçekleştirecektir⁶²².

Adalet Divanı'nın ODGP alanındaki sınırlı yargılama yetkisi neticesinde bir ODGP önleminin insan hakları ile uyumluluğuna dair AİHM'in vereceği karardan önce ABAD'ın ilgili hükmü yorumlama olasılığının olmayabileceği; bunun da AB hukukunun özerkliği ile ABİDA'nın 344. Maddesi uyarınca ABAD'ın yorumsal tekeline zarar vereceği belirtilmiştir⁶²³. Adalet Divanı'nın yaklaşımına anayasal perspektiften bakıldığında, Katılım Antlaşması Taslağı düzenlemesine dayanarak katılımın gerçekleşmesi halinde, ilk olarak üye devlet mahkemeleri tarafından ODGP alanına ilişkin inceleme gerçekleşeceğinden, bu durumun AİHM'i üye devlet mahkemeleri tarafından bir rehber olarak algılanmasına yol açarak AB hukukunun bir parçası haline gelen temel haklar rejimine dair hüküm veren üst

⁶²⁰ View of Advocate General Kokott, para. 191-193.

⁶²¹ ODERMATT, *A Giant Step Backwards - Opinion 2/13 On The EU's Accession To The European Convention On Human Rights*, p.785.

⁶²² JACQUÉ, *What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?*, p.24.

⁶²³ DOUGLAS-SCOTT, p.35.

anayasal mahkeme olarak tekil ve benzersiz bir konuma getirebileceği; ikinci olarak ABAD'ın yokluğunda üye devlet mahkemelerinin çok sesliliği de dikkate alındığında AİHM muhtemelen davaya konu olan ODGP hükmünün yumuşak bir tercümanı olacağından, ABAD'ın AB hukukunu konsolide etme fonksiyonunun da AİHM'e havale edilebileceği ve en nihayetinde bir bütün olarak AB'nin ABAD'ın yetkisinin olmuş olması durumunda kaçınılabilecek bir ihlalden dolayı uluslararası yasal sorumluluğa tabi tutulacağı ileri sürülmüştür⁶²⁴. Tüm bu sebepler doğrultusunda, ABAD tarafından başka bir mahkemenin üye devlet mahkemelerine nihai bir yol göstermesi durumunda AB hukukunun bütünselliği ve özerkliğinin tehlikeye düşeceğinden bahisle dile getirilen endişenin, salt anayasal gururdan ibaret olmadığı belirtilmiştir⁶²⁵.

Her ne kadar kimi eleştirmenler tarafından ABAD'ın AB'nin anayasal özelliklerini savunmakta olduğu iddia edilse de, 2/13 Sayılı Mütalaa boyunca ve özellikle ODGP bölümünde belirgin bir şekilde temel hakların korunmasına dikkat edilmediği; temel hakların korunmasından ziyade önceliğin anayasal ilkelere verildiği ve ABAD'ın "spesifik özelliklere" dayanan gerekçelerinin hem ODGP alanının AİHM'in yetki alanından çıkartılmasını hem de AB'nin AİHS'e katılımını içerdiğinden tutarsız olduğu eleştirisi getirilmiştir⁶²⁶. Ayrıca farklı üye devletlerin ulusal mahkemelerinin baktığı davalarda farklı yorumlar ortaya çıktığı zaman ne olacağı sorusu havada kalmış ve ABAD'ın bu alanda yetkinliğinin olmaması AB'nin yasal düzeninin nihai garantörü olarak algılanmasını engelleme riski taşıyor olsa da, insan hakları koruma perspektifinden bakıldığında AB'nin AİHM'e katılımına ket vurmak yerine sadece yargı koruma sisteminde bir boşluk olduğunun kabul edilmesinin, belirsizliklerle dolu bir duruma atılmaktan muhtemelen daha uygun olacağı ileri sürülmüştür⁶²⁷.

Ortak Dış ve Güvenlik Politikası alanına ilişkin davalarda ulusal mahkemeler rol alabilecektir. Bu alanda ABAD'ın yetkili olmaması bireyleri AB hukuk düzeninde dava yolundan yoksun etmeyeceğinden, ABAD'ın Taslak Antlaşma'dan AB hukukunun

⁶²⁴ HALBERSTAM, p.141-143.

⁶²⁵ KRENN, p.161.

⁶²⁶ FREUNDLICH, p.39.

⁶²⁷ Cortés MARTÍN, "The Long Walk to Strasbourg: About the Insufficient Judicial Protection in Some Areas of the Common Foreign and Security Policy Before the European Union's Accession to the ECHR", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, 2018, Vol.17, p.413.

değerlendirilmesinin münhasır olarak uluslararası mahkemelere verileceği sonucuna çıkarmasının ikna edici olmadığı ve üye devletler Lizbon Antlaşması'nı hazırlarken AİHS sisteminin temel özelliklerini göz önünde bulundurmakla birlikte AB'nin AİHS'e katılması zorunluluğunu doğuran ABA Madde 6/2'yi de düzenlemiş olduklarından, ABAD'ın argümanındaki ana zayıflık noktasının bu maddedeki düzenlemeyi göz ardı etmesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür⁶²⁸. Bu anlamda ABAD, Lizbon Antlaşması'nın oluşturulması aşamasında ODGP alanında yargılama yetkisinin kendisine bilinçli bir şekilde verilmediğini göz ardı ederek, yetki sahibi olmadığı bir alanda başka bir uluslararası mahkemenin insan hakları ihlallerine ilişkin bir şeyler söylemesini istemediğini ortaya koymakta halbuki bunun yerine insan hakları alanındaki boşluğun AİHM tarafından doldurulmasına izin vermesinin, bireyin etkili korunması açısından iyi bir gelişme olabileceğini gözden kaçırmaktadır⁶²⁹.

Adalet Divanı görüşüne 1/09 sayılı eski kararını dayanak yapsa da, ilgili davada ABAD'ın yargılamaya etkin bir şekilde dahil olma yetkisi varken ODGP alanında yargı yetkisi yok denecek kadar az olduğundan durumların aynı hukuki temellere dayanmadığı ve bu yüzden bu kararın katılım meselesinde dayanarak olarak gösterilemeyeceği; fakat 2/13 Sayılı Mütalaa ile 1/09 sayılı davanın ortak noktasının, ABAD'ın uluslararası bir mahkemeye yargısal denetim yetkisi verilerek AB'nin kurumsal ve yargısal çerçevesinin dışına çıkılmasını istemediğinin ortaya çıkması olduğu ileri sürülmüştür⁶³⁰.

Öte yandan, ABAD'ın birincil AB hukukuna ilişkin yargılama yetkisi de bulunmamasına rağmen bu hukukun AİHM tarafından incelenmesine itiraz etmediği halde kendi yetkisi dışında kalan ODGP gibi bir alanda böyle bir incelemeye itiraz etmesi, ABAD'ın bu yaklaşımının AİHM'in ihlal kararı vermesi halinde sorumluluğun sadece AB üzerinde olacağına dair bir endişeye mi dayandığı sorusunu akıllara getirdiği belirtilmiştir⁶³¹.

⁶²⁸LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.265.

⁶²⁹ŁAZOWSKI & WESSEL, p.201-203.

⁶³⁰STORGAARD, p.510.

⁶³¹KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaa'sının Çağrıştırdıkları*, s.17.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ABAD'ın gayri resmi bir ilişkisi söz konusudur. Her iki mahkemenin de önceliği AB Sisteminde ve AİHS nazarında "ahenkli" bir şekilde bir arada yola devam edilmesi olduğundan, ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaa'daki tutumu, ODGP alanındaki yetkilerini genişletebilmek için Katılım Antlaşması Tasarısı'nı mükemmel bir şekilde kullandığı ve katılım sürecinin de çıkmaza girmesine sebep olduğu eleştirisini almıştır⁶³². Halbuki katılımın amacı AİHM'in AB yasalarının hukuksuzluğu üzerinde karar vermesini sağlamak değil AB'nin AİHS'e uyduğu veya uymadığı zeminlerin belirlenmesiyle ihlaller sonucu mağdur olanlara bir çeşit tazminat vermek yani mağdurları gözetmek olduğundan, AB'nin katılımından sonra AİHM'in kendi yetki alanının sınırlarını aşacağı endişesinde olmak için herhangi bir sebep olmadığı da ileri sürülmüştür⁶³³. Bunun da ötesinde, ABAD'ın yaptığı itirazı dikkate alıp örneğin Katılım Antlaşması Taslağı'nda ODGP konularında bir istisna oluşturmanın, katılımın amacını teşkil eden AİHM'in kapsamlı ve etkili bir şekilde denetlemesi fikriyle AB'nin AİHS'le diğer Yüksek Sözleşmecilerle eşit bir şekilde temasa geçmesi gerektiği ilkesinin uzlaşmasını zorlaştıracacağı savunulmuştur⁶³⁴.

Kurucu Antlaşma değişikliğiyle katılım sonrasında AİHM'e gidecek tüm hususlarda ABAD'a yetki verilerek, hem insan hakları alanındaki boşluk hem de ABAD'ın endişeleri ortadan kaldırılabilecektir⁶³⁵. Katılım Antlaşması'nın AB üyesi devletler dışında AB üyesi olmayan AİHS tarafı devletlerce de onaylanması gerektiği; Kurucu Antlaşma değişikliği ise sadece AB üyesi devletleri kapsadığından, bu yolun tek seferde kolaylıkla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir⁶³⁶. Kurucu Antlaşma değişikliğine ilişkin farklı bir çözüm yolu olarak ABA'nın 6/2. Maddesinin "Avrupa Birliği, Adalet Divanı'nın Ortak Dış ve Güvenlik Politikası üzerindeki sınırlı yargı yetkisine rağmen Sözleşme'ye katılacaktır"⁶³⁷ şeklinde değiştirilmesi de teklif edilmiştir.

⁶³² MIRIANASHVILI, p.238-239.

⁶³³ ECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, p.988.

⁶³⁴ POLAKIEWICZ, p.14.

⁶³⁵ HALBERSTAM, p.144.

⁶³⁶ KRENN, p.166.

⁶³⁷ LOCK, *The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, p.267.

Bir diğer öneri olarak, Katılım Antlaşması Tasarısı'yla ABAD'ın yetkisiz olduğu alanla sınırlı olarak AİHM'in yargılama yetkisinde de muafiyetin düzenlenebileceği; ancak böyle bir durumda sınırın somut yargılamada belirlenmesi bir AB hukuku meselesi olduğundan bunun ABAD'ın yetki alanına girdiği; bu yüzden en iyi çözüm yolunun, bireyin ODGP alanındaki bir ihlal iddiasıyla AİHM'e başvurusuna ilişkin Katılım Antlaşması'yla ya ABAD'ın ön katılım mekanizmasının devreye girmesini sağlayan bir düzenleme getirilmesi ya da AİHM'in ön tespit kararı için dosyayı önce ABAD'a göndermesini düzenleyen bir hüküm getirilmesi olduğuna belirtilmiştir⁶³⁸.

Bütün bu değişiklik tekliflerinin dışında diğer bir öneri olarak, 8 No.lu Protokol'e "ABAD'ın ODGP alanındaki sınırlı yargı yetkisine rağmen AB'nin AİHS'e katılacağı"nı belirten bir ifadenin eklenebileceği ve böyle bir değişiklik ABAD'ı heyecanlandırmayacak olsa da, AB üye devletleri antlaşmaların mimarları olduğundan ABAD'ın bu değişikliği kabul etmek zorunda kalacağı ileri sürülmüştür⁶³⁹.

Son olarak, AB'de insan hakları koruma sistemine meşruiyet, yasal güvenlik, tutarlılık ve güvenilirlik sağlamak için AİHM'e katılım noktasında açık bir iradenin var olması gerektiği ve eğer böyle bir irade varsa, soruna AB ve üye devletler arasında imzalanan antlaşmalarda insan hakları alanında yeni hesap mekanizmaları oluşturarak çözüm bulunabileceği ve eğer hala sorun giderilemiyorsa, Kurucu Antlaşma değişikliği yapılabileceği belirtilmiştir⁶⁴⁰.

⁶³⁸ KARAYİĞİT, *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları*, s.18.

⁶³⁹ ORBONS, p.29.

⁶⁴⁰ MARTÍN, p.414.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımı, 1970 'lerden başlayarak Katılım Antlaşması Taslağı ve ABAD'ın 2/13 Sayılı Mütalaası'na kadar uzanan uzun bir süreç olmuştur. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımının Avrupa'daki temel hak korumasını iyileştirip birleştireceği konusunda güçlü argümanlar bulunmaktadır. Katılıma dair en önemli gerekçe AB'den kaynaklanan eylemler nedeniyle AİHM'de doğrudan AB'ye dava açılmıyor olmasıdır. Hem insan hakları alanındaki boşluğun kapatılması arzusu hem de üye devletlerin Lizbon Antlaşması'yla ortaya koydukları katılım iradeleri neticesinde AB'de ilerlemeye dair atılacak en önemli adımlardan biri, katılımın gerçekleşmesidir. Katılım, Avrupa'daki mevcut ulusal, ulusüstü ve uluslararası düzeyler arasında dalgalanan, çok seviyeli insan hakları çerçevesi üzerinde emsalsiz ve büyük bir etki yaratacaktır. Ayrıca, ABAD ve AİHM arasında oluşturulan usuli yollar, katılımın gerçekleşmesi halinde muazzam derecede yargısal iş birliği gerektirecektir. Bu aynı zamanda bireylerin, insan hakları açısından yerel, ulusüstü ve uluslararası mahkemelerin yargı yetkilerinin uyum içerisinde olduğu ve daha tutarlı hale getirildiği Avrupa'da olabilecek en yüksek koruma standardına sahip olmasını sağlayacaktır.

Katılım konusundaki en temel sorunlardan biri AB'nin özerklik kavramıyla katılımın uyumlaştırılabilmesidir. Kurucu Antlaşmalar'da açıkça bahsedilmeyen, ABAD içtihatlarıyla çerçevesi çizilen özerklik, AB'nin hem üye devletlere hem de uluslararası mahkeme ve kuruluşlara karşı varlığını ortaya koymasındır. Katılım Antlaşması müzakerelerinde AİHS ve/veya AB hukuk sistemi için bir çok değişiklik önerilerek AB'nin özgün niteliklerinin korunabilmesine olanak tanınmış; uzun bir sürece yayılan müzakereler sonucunda bu amaca hizmet eden eş davalı mekanizması ve ön katılım mekanizması olmak üzere iki önemli çözüm yolu bulunmuş ve bunlar aracılığıyla AB hukukunun kilit taşlarından olan yorumsal ve yargısal özerklik güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Katılım Antlaşması Taslağı'nın tamamlanmasının ardından gelen 2/13 Sayılı Mütalaa ise, uzun bir sürecin ardından nihayete ulaşan bu taslağın hayata geçirilmesinin önünde engel oluşturmuştur. Avrupa Birliği'nde katılım fikrinin 1970'lerde ortaya çıkmasından yıllar sonra, AB Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesinden 19 yıl ve

katılımın yasal zorunluluk haline gelmesinden 10 yıl sonra, büyük umutlarla hazırlanan Katılım Antlaşması Taslağı'na ABAD tarafından 2/13 Sayılı Mütalaa'yla olumsuz görüş verilmesi büyük bir hayal kırıklığı olarak algılanmıştır.

Katılımın geleceği, AB'nin hangi yolu seçtiğine bağlı olarak değişecektir ve ona sunulan seçenekler şunlardır: AİHS'e katılmamak, Katılım Antlaşması'nı yeniden müzakere etmek veya Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik gerçekleştirmek. Geline süreçte AB'nin katılımdan vazgeçmesinin oldukça zor olduğu ortaya konulmuş olduğuna göre, bu seçeneklerden son ikisi üzerinde durulacağı görülmektedir. Adalet Divanı'nın görüşünün bu süreci tamamıyla sonlandırmak yerine sürecin seyrini değiştirdiği; katılım üzerine diyalogun başka bir şekilde de olsa devam edeceği tartışmaların da gösterdiği üzere kolayca ifade edilebilir.

2/13 Sayılı Mütalaa takip edildiğinde, pürüzsüz ve kolay bir katılımın sağlanması için AB'nin yasal düzeni açısından dikkate alınması gereken önemli çıkarımlar bulunduğu ortaya çıkmıştır. Çalışmada yer verildiği üzere ABİDA'nın 218. Maddesi uyarınca ABAD'ın uluslararası bir antlaşmaya olumsuz görüş vermesi halinde ilgili antlaşmada veya Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik yapılması gerektiğinden, bu meseleyle ilişkili olarak Katılım Antlaşması Taslağı'nda değişiklik yapılarak nihai hale getirilmesi veya AB'nin Kurucu Antlaşmalar'ında değişiklik gerçekleştirilmesi yoluyla ABAD'ın söz konusu mütalaaındaki taleplerinin karşılanması imkansız değildir. Mesele hangi metinde değişiklik gerçekleştirildiğinden ziyade gerçekleştirilecek değişiklik üzerinde ortak bir uzlaşma sağlanabilmesidir.

İlk etapta ABAD'ın itirazlarını dikkate alan yeni bir Katılım Antlaşması hazırlanabilir gözükse de, AİHS'e taraf olan 47 devletin bu değişiklik için onay vermesi gerekecek olduğundan ve yeni antlaşma yeni önlem ve muafiyetler içereceğinden, böyle bir değişikliğin hem AB üyesi devletler hem de AB üyesi olmayan AİHS'e taraf devletler için kabul edilebilir olup olmadığı tartışmalıdır ve ODGP örneğinde görüldüğü üzere AB'nin yargısal muafiyeti üzerine herhangi bir ayrıcalık, AB üyesi olmayan devletleri rahatsız etmekle kalmayıp AİHS sistemine zarar verecektir.

Sözü edilen alternatif hukuki çözüm yollarından biri olan Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik gerçekleştirilmesine yönelik sorun ise, Kurucu Antlaşma revizyonu sadece

hukuki değil aynı zamanda AB üyesi devletlerin politik alanlarını da kapsadığından tüm AB üyesi devletlerin mevcut Katılım Antlaşması Taslağı üzerinde mutabakat sağlamış olmaları ABAD'ın taleplerini karşılamak adına Kurucu Antlaşma revizyonuna aynı derece açık oldukları anlamına gelmeyecektir. Aynı zamanda ABAD'ın bir takım itirazları Kurucu Antlaşmalar'da bulunmayan, kendisi tarafından geliştirilmiş, bu konuyla ilişkili olarak özellikle karşılıklı güven ve özerklik gibi AB hukukunun ilkelerine dayandığından, bu itiraz noktaları Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik yoluyla giderilemeyecektir. En nihayetinde bu değişiklikler ABAD'ın bir sonraki muhtemel mütalaasında olumlu görüş vereceğinin de garantisi değildir.

Özerlik açısından ayrı bir parantez açmak gerekirse, katılım müzakerelerinin en temel noktalarından biri olan AB'nin özerk bir hukuk düzeni niteliği taşıyor olması sorununun önemini korumaya devam edeceği; ABAD'ın katılım meselesi söz konusu olduğunda içtihatları yoluyla özerklik kavramını sürekli öne çıkarıyor, görüşlerini bu kavrama dayandırıyor olması nedeniyle, en azından mevcut çözüm yollarına karşı bu kavramı öne sürmekte ısrar edeceği iddiasında kolaylıkla bulunulabilir. Teoride de ABAD'ın AB'nin uluslararası bir antlaşmayı imzalamaya ve böylece AİHS'e katılıma açık olmasına rağmen uygulamada katılımın hiçbir şekilde AB hukukunun belirli özelliklerine temas etmemesini talep ettiği görülmektedir. Adalet Divanı, uluslararası bir antlaşmanın AB ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımına müdahale etmediği ve yalnızca AB hukukuna öncelik verdiği takdirde AB hukuku ile uyumlu olabileceği bir koşul oluşturmaya çalıştığı izlenimi sergilemekte; kendi yetki ve konumunun korunmasına odaklanmış gibi gözükmektedir. Ancak, mahkeme 2/13 Sayılı Mütalaasıyla özerkliği bu şekilde formüle ettiği için, katılımın gerçekleşebilmesi adına ABAD'ın mütalaasıyla ortaya koyduğu tavrın göz ardı edilmemesi önemlidir.

Sonuçta 2/13 sayılı görüş, yarattığı hayal kırıklığına rağmen ABA Madde 6/2 gereğince katılımın yasal bir zorunluluk olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılımının Avrupa'da insan hakları korumasındaki en büyük zirve olduğu netlik kazanmış ve katılımın zorunluluğuna dair hem tartışmalarda hem de hukuki metinlerde görüldüğü üzere ortak kaniya varılmıştır. Buna dair söz konusu sorunlar artık katılımın nasıl gerçekleşeceği üzerinedir. Kuşkusuz, katılımın tarafları için yapılması gerekenler listesi halihazırda mevcuttur. Bu da, ABAD'ın görüşü de dikkate

alınarak, hem Katılım Antlaşması Taslağı'nın eksiklerini gidermek hem de Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik yapılması için yeni bir fırsat demektir. Süreç uzun ve zorlu gözükse de, hem ABAD'ın hem de katılım sürecinin tüm taraflarının, önemli olanın Avrupa'daki bireylerin insan haklarının korunmasını geliştirmek adına iş birliği yapmak olduğunu unutmaması gerekir.



KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem. "Avrupa Birliği'nde Genişleme", Belgin S. AKÇAY ve İlke GÖÇMEN (Eds.). **Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar** içinde. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, ss.611-630.
- Aslı Bilgin, Azime. **Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliği'nde Temel Hak Koruması**, 1. Baskı, Ankara:Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3,2014.
- BAYRAM, Mehmet Hanefi. **Avrupa Birliği Hukuku Dersleri**. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- BİLGİLİ, Fatih ve Ertan DEMİRKAPI. **Hukukun Temel Kavramları**. 14. Baskı. Bursa: Dora Yayınları, 2017.
- BİLGİN, Ahmet Burak. **Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması: Tüm Yönleriyle AB İnsan Hakları Hukuku**. 1. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- CAN, Hacı. **Avrupa Birliği Hukuku Ders Kitabı**. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- DEĞER, Ozan. **Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu**. 1. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- GRAGL, Paul. "Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union's Legal Autonomy?", Wolfgang BENEDEK et al (Eds.). in **European Yearbook on Human Rights**. Viyana: NWV, 2011, pp.65-77.
- GRAGL, Paul. **The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Modern Studies in European Law**, 1st Edition, United Kingdom: Hart Publishing, 2013.
- GÜNUĞUR, Haluk. **Avrupa Birliği Hukuku**. 4. Baskı. Ankara: Rekmay Tanıtım, 2017.
- KARAYİĞİT, Mustafa Tayyar. **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**. 1. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2019.
- KARAYİĞİT, Mustafa Tayyar. **Gerçek ve Tüzel Kişilerin AB Tasarruflarına Karşı Yargısal Korunması**. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- KESKİN ATA, Funda. **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**. 1. Baskı. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2013.

- ODER, Bertil Emrah. **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, 1. Baskı, İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s.172.
- ÖZCAN, Mehmet. **Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları**. 1. Baskı. İstanbul: Hayat Yayınevi, 2012.
- ÖZKAN, Işıl. **Avrupa Birliği Kamu Hukuku**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- SARIBEYOĞLU SKALAR, Meltem. **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma**,1. Baskı, İstanbul:Beta Yayınevi, 2015.
- SOYKAN ADAOĞLU, Hacer. **AB Hukuku - Uluslararası Hukuk İlişkisi: Uluslararası Hukukun AB Hukukundaki Yeri ve Uygulanmasına Genel Bir Bakış**. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- TEKİNALP, Gülören ve Ünal TEKİNALP. **Avrupa Birliği Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- TEZCAN,ERCÜMENT. **Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey**. 1. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınevi, 2002.
- TOPALOĞLU, Gökçe. **Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna Katılımı**. 1. Baskı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015.
- TURHAN HURMİ, Bahar. "Avrupa Birliği ve Demokrasi Açığı Sorunu", Rasim Özgür DÖNMEZ ve Gökhan TELATAR (Eds.). **Küreselleşen Dünyada Avrupa Birliği** içinde. 1. Baskı. Ankara: Phoenix Yayınevi, 2008, ss.36-80.

Sürelİ Yayınlar

- ABBOTT, Henry. "The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights". **Irish Journal of European Law**. Vol.15, No.1-2, 2008, pp.79-102.
- ALADAĞ, GÖRENTAŞ İtr. "Türkiye'de İnsan Hakları: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan". **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.29, 2015, ss.57-69.
- ALYANAK, Servet. "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı: Saatler İleriye mi Yoksa Geriye mi İşliyor?". **Ombudsman Akademik**. S.2, 2015, ss.72-88.
- ARSAVA, Füsün. "Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Bu Kararların Birlik Ülkelerine Yansıması". **Danıştay ve İdari Yargı Günü 143. Yıl: Sempozyum** içinde. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No.82, 2012, ss.25-37.

- ARSAVA, Fusun. "Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Anlayışında ATAD ve AİHM'in Oynadığı Rol ve İçtihatlardaki Son Gelişmeler". **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.XII, S.1-2, 2008, ss.1257-1284.
- ARSAVA, Fusun. "Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar". **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**. C.4, S.14, 2013,ss.87-121.
- ARSAVA, Fusun. "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Hukuk Yaratma Yetkisi". **Avrupa Araştırmaları Dergisi**. C.9, S.1, 2001, ss.43-54.
- AYBAY, Rona. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol". **TBB Dergisi**. S.88, 2010, pp.225-260.
- BATIR, Kerem. "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi". **Uluslararası Hukuk ve Politika**. C.4, S.16, 2008, pp.57-77.
- BELLE, Nuna Van. "The Judicial Protection in Europe After the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights". **Inter-American & European Human Rights Journal**. Vol.6, No.72, 2013,pp.72-103.
- BOBEK, Michal. "A Rather Awkward Relationship; The European Court of Human Rights, The European Union and The Search for Human Rights Competency", **Common Law Review**. Vol.4, 2003,pp.9-12.
- BOVEND'EERDT, Koen. "The Joined Cases *Aranyosi and Căldăraru*: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?", **Utrecht Journal of International and European Law**. Vol.32, No.83, 2016, pp.112-121.
- BRANDTNER, Barbara. "The Drama of the EEA - Comments on Opinions 1/91 and 1/92". **European Journal of International Law**. Vol.3, No.2, 1992, pp.300-329.
- CENGİZ, Serkan. "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler". **TBB Dergisi**. S.56, 2005, pp.341-358.
- CHURCHILL, Robin & Joanne SCOTT. "The *Mox Plant* Litigation: The First Half-Life", **International & Comparative Law Quarterly**. Vol.53, No.3, 2004, pp.643-676.
- CONWAY, Gerard. "Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ". **German Law Journal**. Vol.11, No.9, 2010, pp.966-1005.

- CRAIG, Paul. "EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance". **Fordham International Law Journal**. Vol.2013, No.1114, 2013, pp.1115-1150.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz. "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi". **Anayasa Yargısı Dergisi**. C.22, 2005, ss.1-15.
- DAUKŠIENĖ, Inga & Simas GRIGONIS. "Accession of the EU to the ECHR: Issues of the Co-Respondent Mechanism", **International Comparative Jurisprudence Research Journal**. **International Comparative Jurisprudence Research Journal**, Vol.1, No.2,2015,pp.98-105.
- DE BURCA, Grainne. "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi". **Harvard International Law Journal**. Vol. 51, No.1, 2010, pp.1-49.
- DENK, Erdem. "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar". **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**. C.56, S.2, 2001, ss.43-70.
- DOBLHOFF-DIER, Rosmarie & Sandra KUSMIERCZYK. "Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR with Special Consideration to the Draft Accession Agreement". **Vienna Journal on International Constitutional Law**. Vol.7, No.3, 2013,pp.349-367.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. "Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR". **Special Edition: Swedish European Law Journal**. 2016, pp.29-44.
- EATON, Lauren. "Protecting Fundamental Rights or Autonomy: Will the European Union's Accession to the European Convention of Human Rights Affect its Legal Autonomy?". **Penn Undergraduate Law Journal**. Vol.1, No.2, Spring 2014, pp.107-139.
- EECKHOUT, Piet. "Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky". **Fordham International Law Journal**. Vol.38, 2015, pp.955-992.
- EICHER, Patrick T. "International Forum Shopping: The *Mox Plant* Case and the ECJ". **Dublin University Law Journal**. Vol.30, No.1, 2008, pp.367-394.
- FABBRINI, Federico & Joris LARIK. "The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights". **Yearbook of European Law**. Vol.35, No.37, 2016, pp.1-35.
- FINKE, Jasper. "Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals in Light of the *MOX Plant* Dispute". **German Yearbook of International Law**. Vol.49, 2006, pp.307-326.

- G. SCHERMERS, Henry. "Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1992". **Common Market Law Review**. Vol.29, No.5, 1992, pp.991-1009.
- GÖÇER, Mahmut. "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması". **Anayasa Yargısı Dergisi**. C.17, 2000, ss.386-393.
- GRAGL, Paul. "A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights". **Common Market Law Review**. Vol.51, No.1, 2014, pp.13-58.
- GROUSSOT, Xavier & Laurent PECH. "Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty". **European Issues**. No.173, 2010, pp.1-13.
- GROUSSOT, Xavier, Tobias LOCK & Laurent PECH. "EU Accession to the European Convention on Human Rights: A Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011". **European Issues**. No.218, 2011, pp.1-17.
- HALBERSTAM, Daniel. "'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward". **German Law Journal**. Vol.16, No.1, 2015, pp.105-146.
- JACQUÉ, Jean Paul. "The Accession of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms". **Common Market Law Review**. Vol.48, No.4, 2011, pp.995-1023.
- JACQUÉ, Jean Paul. "What Next After Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?". **Study for the AFCO Committee**. European Parliament Directorate-General for Internal Policies Policy Department C Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016, pp.1-54.
- JOHANSEN, Stian Øby. "The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences". **German Law Journal**. Vol.16, No.1, 2015, pp.169-178.
- KARAARSLAN, Erol. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Yargılama Yöntemi". **Ankara Barosu Dergisi**. S.3, 2004, ss.107-130.
- KARAKUL, Selman. "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Katılımı". **Leges Anayasa ve İdare Hukuku Dergisi**. C.1, S.1, 2014, ss.8-38.
- KARAYİĞİT, Mustafa Tayyar. "Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Mütalaası'nın Çağrıştırdıkları". **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**. C.23, S.1, 2015, ss.1-24.
- KOKOTT, Julianne & Christoph SOBOTTA. "The Charter of Fundamental Rights of the EU after Lisbon". **European University Institute Working Papers**. Lisbon, 2010.

- KOKOTT, Julianne & Christoph SOBOTTA. "The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?". **European Journal of International Law**. Vol.23, No.4, 2012, pp.1015-1024.
- KOKOTT, Julianne & Frank HOFFMEISTER. "Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms". **The American Journal of International Law**. Vol.90, No.4, 1996, pp.664-669.
- KORENICA, Fisnik & Dren DOLI. "The CJEU Likes to Blame Loudly and to Applaud Quietly: the Co-Respondent Mechanism in the Light of Opinion 2/13". **Maastricht Journal of European and Comparative Law**. Vol.24, No.1, 2017, pp.86-107.
- KRENN, Christoph. "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13". **German Law Journal**. Vol.16, No.1, 2015, pp.147-168.
- KUIJER, Martin. "The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR's 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?". **Amsterdam Law Forum**. Vol.3, No.4, 2011, pp.17-32.
- LAMBRECHT, Sarah. "The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 Objects to Draft Agreement on Accession of the EU to the European Convention on Human Rights". **European Human Rights Law Review**. No.2, 2015, pp.185-198.
- LAVRANOS, Nikolaos. "The *MOX Plant* and *Ijzeren Rijn* Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter". **Leiden Journal of International Law**. Vol.19, No.1, 2006, pp.223-246.
- LAVRANOS, Nikolaos. "Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The *Mox Plant*-judgment of the ECJ". **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**. Vol.5, No.3, 2006, pp.479-493.
- ŁAZOWSKI, Adam & Ramses A. WESSEL. "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR". **German Law Journal**. Vol.16, No.1, 2015, pp.179-212.
- LOCK, Tobias. "End of An Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR". **Yearbook of European Law**. Vol.31, No.1, 2012, pp.162-197.
- LOCK, Tobias. "EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg". **European Law Review**. Vol.35, No.6, 2010, pp.777-798.
- LOCK, Tobias. "The ECJ And The ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts". **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**. Vol.8, 2009, pp.375-398.

- LOCK, Tobias. "The European Court of Justice: What are the Limits of Its Exclusive Jurisdiction?". **University of Edinburgh. School of Law Working Papers**. 2009, pp.1-30.
- LOCK, Tobias. "The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?". **European Constitutional Law Review**. Forthcoming, Vol.11, 2015, pp.239-273.
- LOCK, Tobias. "Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the European Legal Order". **Common Market Law Review**. Vol.48, No.4, 2011, pp.1025-1054.
- M. GÜNEŞ, Ahmet. "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği". **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.XII, S.1-2, 2008, ss.739-772.
- MARTÍN, Cortés. "The Long Walk to Strasbourg: About the Insufficient Judicial Protection in Some Areas of the Common Foreign and Security Policy Before the European Union's Accession to the ECHR". **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**. Vol.17, 2018, pp.393-414.
- MATHISEN, Karoline L. "The Impact of The Lisbon Treaty, in Particular Article 6 TEU, on Member States' Obligations with Respect to the Protection of Fundamental Rights". **University of Luxembourg Law Working Paper**. Luxembourg, Vol.1, 2010, pp.4-64.
- MIRIANASHVILI, George. "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: The Second Unsuccessful Attempt". **Caucasus Journal of Social Sciences**. Vol.10, No.1, 2017, pp.222-243.
- MLADENOV, Vilian. "The Devil in the Detail: The Impact of Opinion 2/13 on the Co-Respondent Mechanism and the Prior Involvement Procedure". **The University College Dublin Law Review**. Vol.117, 2015, pp.117-148.
- MOHAY, Ágoston. "Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case note". **Pécs Journal of International and European Law**. Vol.1, 2015, pp.28-36.
- MURRAY, John L. "The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law". **Fordham International Law Journal**. Vol.33, No.5, 2011, pp.1388-1422.
- ODERMATT, Jed. "A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights". **New York University Journal of International Law & Politics**. Vol.47, No.4, 2015, pp.783-796.
- ODERMATT, Jed. "The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective". **New York University Journal of International Law & Politics**. Vol.47, No.59, 2014, pp.60-85.

- O'MEARA, Noreen. "'A More Secure Europe of Rights?' The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR". **German Law Journal**. Vol.12, No.10, 2011, pp.1813-1832.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe. "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımının İnsan Hakları Yargısına Etkileri". **Uluslararası Hukuk ve Politika**. Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu. C.11, S.43, 2015, ss.69-92.
- ÖZKAN, Işıl. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası". **Ankara Barosu Dergisi**. S.1, 2011, ss.165-188.
- PÉREZ, Aida Torres. "Too Many Voices? The Prior Involvement of The Court of Justice of the European Union". **European Journal of Human Rights**. No.4, 2013, pp.565-583.
- PETRESCU, Oana-Mariuca. "The Accession of EU to the European Convention of Human Rights - Technical Aspects". **Challenges of the Knowledge Society**. 2011, pp. 660-668.
- RABA, Kristi. "The Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms—Overview of the Accession Agreement". **ERA Forum**. Vol.14, 2013, pp.557–572.
- SCHILLING, Theodor. "The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations". **Harvard International Law Journal**. Vol.37, No.2, 1996, pp.389-409.
- SELÇUK, Engin. "Lizbon Sonrası Avrupa Birliği'nin Yenilenen Temel Haklar Sorunsalı". **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**. C.22, S.1, 2014, ss.121-147.
- SHANY, Yuval. "The First *MOX Plant* Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures". **Leiden Journal of International Law**. Vol.17, No.4, 2004, pp.815-827.
- SHAW, Jo. "European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic". **Oxford Journal of Legal Studies**. Vol.16, No.2, Summer 1996, pp.231-253.
- STEFANOVIĆ, Andrej. "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms". **Sui Generis Journal**. Year 3, Vol.3, September 2016, pp.15-34.
- STEFANOVIĆ, Andrej. "The *Kadi* Case: Constitutionalising the Relationship between European Union Law and International Law". **International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights**. Vol.7, 2016, pp.109-119.

- STORGAARD, Louise Halleskov. "EU Law Autonomy Versus European Fundamental Rights Protection - On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR". **Human Rights Law Review**. Vol.15, 2015, pp.485-521.
- TACIK, Przemyslaw. "After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement After Opinion 2/13 of the CJEU". **German Law Journal**. Vol.18, No.4, 2017, pp.919-968.
- TACIK, Przemyslaw. "Attribution of Responsibility after the EU Accession to the ECHR and the 'Co-Respondent Mechanism'". **Baltic Yearbook of International Law**. Vol.16, 2016, pp.29-54.
- TANGÖR, Burak. "Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi". **G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi**. C.3, S.1, 2001, ss.233-248.
- TEKİN APAYDIN, Deniz. "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme". **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.9, S.1, 2018, ss.529-560.
- TURHAN, Aydın. "Avrupa Birliği'nin Gelişim Sürecinde İnsan Hakları". **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**. Yıl.5, S.9, 2017, ss.453-490.
- WARD, Alysa J. "The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights Within the European Union". **Georgia Journal of International and Comparative Law**. Vol.27, No.635, 1999, pp.635-654.
- ZIEGLER, Katja S. "Autonomy: From Myth to Reality - or Hubris on a Tightrope? EU Law, Human Rights and International Law", **University of Leicester School of Law Research Paper**. No.15-25, 2015-2016, pp.1-56.
- ZIEGLER, Katja S. "Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights". **Human Rights Law Review**. Vol.9, No.2, 2009, pp.288-305.

İnternet Yayınları

- Avrupa Konseyi. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin. Avrupa Antlaşmaları Serisi, No.5. https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsan_haklarisozlesmesi.pdf (10.01.2019).
- European Court of Human Right, Practical Guide On Admissibility Criteria (Turkish) - Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, 05.05.2013, https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22Practical%20guide%20on%20admissibility%20criteria%22,%22sort%22:%22title%20Ascending%22,%22contentlanguage%22:%22TUR%22%22 (21.05.2019).

- BARNARD, Catherine. "Opinion 2/13 On EU Accession To The ECHR: Looking For The Silver Lining", *EU Law Analysis: Expert Insight into EU Law Developments*.16.02.2015. <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html> (18.04.2019).
- BESSELINK, Leonard F. M. "The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions". https://pure.uva.nl/ws/files/1863964/122194_The_Protection_of_Fundamental_Rights_post_Lisbon_FINAL_corrected.doc (13.03.2019).
- BREUER, Marten. "No Donum Danaorum! A Reply to Daniel Thym's 'A Trojan Horse?'"', *Verfassungblog on Matters Constitutional*.16.09.2013 <https://verfassungsblog.de/no-donum-danaorum-a-reply-to-daniel-thyms-a-trojan-horse/> (23.05.2019).
- Birleşmiş Milletler. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf (10.01.2019).
- BRINCAU, Kirk, James CAMILLERI and Rachel Vella BALDACCHINO. "Accession of the European Union to the ECHR". <https://www.academia.edu/27866978> (01.05.2019).
- ÇINAR, İbrahim ve Sinan ÇINAR. "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları". 2014. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/155567> (17.05.2019).
- DALFOVO, Alice. "The European Union Accession to the European Convention of Human Rights is Really Possible?". <https://www.academia.edu/29808129/> (05.05.2019).
- DAMINOVA, Nasiya. "Protocol No.16 ECHR in CJEU Opinion 2/13: Analysis and Perspectives", Workshop on the ECtHR Tampere 2015. Ulusi Tampereen Yliopistonblogit-Sivusto,29.02.2016. <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/02/29/daminova/> (30.05.2019).
- DORKEN, Oğuz. "Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Katılımı" <https://www.academia.edu/30862201/> (01.06.2019).
- EECKHOUT, Piet. "*Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC*", *Blog of the European Journal of International Law*. 25.02.2009. <https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/> (25.12.2018).

- GÁSPÁR-SZILÁGYI, Szilárd. "Joined Cases *Aranyosi and Căldăraru*: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant". 2016, <https://acelg.blogactiv.eu/2016/06/01> (08.05.2019).
- GRAGL, Paul. "The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR", 2015, <http://ssrn.com/abstract=2563455> (20.04.2019).
- LENAERTS, Koen. "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture, All Souls College. University of Oxford. 30.01.2015. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf (1.04.2019).
- LIMANTE, Agne. "Draft EU to ECHR Accession Agreement: Fitting Cinderella's Shoes for Gulliver", *King's Student Law Review - Blog Series*. 29.01.2012. <http://kslr.org.uk/blogs/europeanlaw/2012/01/29/50/> (29.04.2019).
- LOCK, Tobias. "Sharing Responsibility? The Co-Respondent Mechanism and EU Accession to the ECHR", *SHARES Project*. 8 October 2012 <http://www.sharesproject.nl/author/tlock/> (19.05.2019).
- MICHL, Walther. "Thou Shalt Have No Other Courts Before Me", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*. 23.12.2014. <https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/> (23.05.2019).
- MURRAY, Euan. "Between Protection and Privilege: The European Union's Accession to the European Convention of Human Rights". <https://liverpool.academia.edu/EuanMurray> (21.01.2019).
- PEERS, Steve. "The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection", *EU Law Analysis: Expert Insight into EU Law Developments*. 18.12.2014. <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (20.05.2019).
- PLATON, Sébastien. "The Accession of the European Union (EU) to the European Convention on Human Rights (ECHR): Consequences and Perspectives", Lithuanian Parliament. 16.05.2014. <https://www.academia.edu/7172569/> (07.03.2019).
- POLAKIEWICZ, Jörg. "Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking After the ECJ's Opinion and Way Forward", European Parliament – Committee on Constitutional Affairs. Public Hearing 20.04.2016. http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/104500/EP_hearing_20_April_2016_rev.pdf (11.05.2019).

REITEMEYER, Stefan and Benedikt PIRKER. "Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One Step Ahead and Two Steps Back", *European Law Blog: News and Comments on EU Law*. 31.03.2015. <http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/> (09.04.2019).

SCHEININ, Martin. "CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances", *Verfassungblog on Matters Constitutional*. 26.12.2014. <https://verfassungblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances-2/> (18.04.2019).

Diğer Yayınlar

BERLİN, İrem. "Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi", **Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi**. Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2007.

CJEU. C-181/73 *Haegemann v Belgian State* [1974] ECR 449.

CJEU. C-26/62 *Van Gend en Loos v Administratieder Belastingen* [1963] ECR 1.

CJEU. C-29/69 *Stauder v City of Ulm* [1969] .

CJEU. C-36/75 *Rutili v Ministre de l'interieur* [1975].

CJEU. C-4/73 *Nold KG v Comission* [1977] ECR 1.

CJEU. C-459/03 *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635.

CJEU. C-6/64 *Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585.

Commission of the European Communities. **Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79. 2.05.1979 [COM (79) 210 Final].

Consolidated Versions of the Treaty on the Functioning of the European Union. **Protocol (No 8)**. Relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 26.10.2012 [OJ C 326/1].

Council of Europe. **Final Report to the CDDH**. Strasbourg, 10 June 2013 [47+1(2013)008rev2].

Council of Europe, '**1st Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission**', Strasbourg, 22 June 2010 [CDDH-UE(2010)03].

- Council of Europe. **Explanatory Report to Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention.** Strasbourg, 13 May 2004 [CETS - No.194].
- Council of Europe. **Protocol No.16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.** Strasbourg, 2 October 2013 [CETS – No.214].
- ECHR. **Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi V. Ireland** App. No. 45036/98. 30.06. 2005.
- ECHR. **Case of Tarakhel v. Switzerland.** App. No.29217/12. 4.11.2014.
- European Court of Justice. **Opinion 1/91.** Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. 14.12.1991 [ECR 6079].
- European Court of Justice. **Opinion 2/13.** Draft International Agreement - Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Compatibility of the Draft Agreement with the EU and FEU Treaties. 18.12.2014 [ECR 1].
- European Court of Justice. **Opinion 2/94.** Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 28.03.1996 [ECR 1759].
- European Court of Justice. **View of Advocate General Kokott.** Opinion Procedure 2/13 Initiated Following a Request Made by the European Commission. 13.06.2014 [EC:C:2014:2475].
- FREUNDLICH, Petri. "The Autonomy of EU Law: The ECHR Accession Opinion and Its Aftermath", **Bachelor's Thesis.** Tallinn University School of Governance, Law and Society, 2016.
- Joined Cases C-402 & 415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR I-6351.
- Joined Cases C-404 & 659/15 *Aranyosi & Căldăraru* [2016].
- Joined Cases C-411 & 493/10 *N.S.and Others* [2011] ECR 13905.
- KAYA, Nimet Özge. "Bir İnsan Hakları Örgütü Olarak Avrupa Birliği", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.** Ankara Üniversitesi SBE, 2008.
- KAYGISIZ, Ümmühan. "Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması", **Yayınlanmamış Doktora Tezi.** Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2010.

- KOCA, Hacı Mehmet. "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları'nın Korunması", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Niğde Üniversitesi SBE, 2007.
- KORKMAZ, Mahmut. "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Ön Karar Usulü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Trakya Üniversitesi SBE, 2011.
- KRATIMENOS, Nikolaos. "Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) – Analysis of Opinion 2/13 of the European Court of Justice", **Master Thesis**. Lund University Faculty of Law, 2016.
- ORBONS, Koen. "EU Accession to the ECHR: Is It Still Worth Pursuing After Opinion 2/13", **Master Working Paper**. Maastricht University Faculty of Law, 2015/4.
- SMEDBERG, Agnes. "The Legally Binding Charter and the EU's Accession to the ECHR, Consequences of Art 6 TEU for the Autonomy of EU Law and Fundamental Rights Protection within Europe", **Graduate Thesis**. Lund University Faculty of Law, 2013.
- STAVEFELDT, Erik. "EU Accession to the ECHR in Light of the Specificity of the Union and Union Law", **Graduate Thesis**. Lund University Faculty of Law, 2013.
- VANBELLINGEN, Léopold. "The EU Accession to the European Convention on Human Rights: What's at Stake for the EU Institutions?", **LLM – Advanced Studies in European Law**. Gent University Faculty of Law. 2013-2014.
- VEKEMAN, Alisa. "The Impact of Accession to the ECHR on the Autonomy of the EU Legal Order", **Master Thesis**. Gent University Faculty of Law, 2015.
- YENİPAZARLI, Aslı. "Dünya Ticaret Örgütü (Dtö), Gelişmekte Olan Ülkelerdeki Rolü, Önemi ve Türkiye", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Aydın Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- YIASEMI, Aphrodite. "The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights (Reconciling the Accession With the Autonomous EU Legal Order)", **LLM Paper**. Gent University Faculty of Law, 2014-15.