

Özet

AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki paylaşımı sorunu, Avrupa bütünleşmesinin özellikle son yirmi yılında ağırlaşan bir sorun olmuştur. Ulus devlet egemenliğinin her iki görünümünde de -hem iç egemenlik ve hem de dış egemenlik- meydana gelen değişiklikler çok daha eskiye dayandığı için, AB üyesi devletler, egemenlik kavramındaki bu değişikliklerin hukuk düzenlerindeki yansımalarının etkisini, AB bütünleşme sürecinde kısmen olumlu kısmen de olumsuz yönde hissetmişlerdir.

Öte yandan klasik uluslararası örgütler ya da devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları bölgesel işbirliğini içeren yapılardan çok açık bir şekilde ayrıldığı için AB, kendisinin ve Üye Devletlerin hukuklarının bütünleşmesinden oluşan yeni hukuk düzeninde, yasama, yürütme veya yargı yetkisini kullanma açısından, klasik anlamından oldukça uzaklaşan modern ulus devlet egemenliği kavramına ya da ulus devlet egemenliğinden yararlanan bir hukuk öğretisinin ortaya koyduğu bir normlar düzenine dayanması oldukça zor olan bir varlık şeklinde karşımıza çıkmaktadır. AB hukuk düzeni, egemenlik kavramına dayanarak yetki kullanan bir düzenden çok, egemenlik kavramı ile birlikte AD'nin doktrinleştirdiği ve başlıca unsurları uluslarüstülük, üstünlük, doğrudan etki, münhasır yetki ve *subsidiarity* ilkesi gibi kavram ve ilkeleri içeren anayasallaştırılmış yeni bir devletlerarası hukuk düzeni olarak karşımıza çıkar.

Bu yeni hukuk düzeninin otonom yapısı ve Üye Devletlerdeki geçerliliği, bütünleşmenin derinleşmesi ve ulus devletin faaliyet gösterdiği hemen her alana yayılmaya başlaması ile, özellikle Üye Devlet yüksek mahkemeleri ve anayasa mahkemeleri tarafından sorgulanmaya başlanmıştır. Egemenliğin veya kullanımının devri ve AB kurumlarının buna dayanan yetkileri ve yetkilerin sınırları, AD ve yüksek mahkemelerce farklı anlaşılmaya başlanmış ve bu durum hukuki kesinliğe ve özellikle de bireylerin AB hukuk düzenindeki pozisyonlarına zarar verir hale gelmiştir. Yetki çatışmaları ve bu çatışmaların önlenmesinde nihai otoritenin hangi kurumlar olduğu konusunda ortaya çıkan belirsizlik, çözümü çok zor bir sorunlar yumağını ortaya çıkarmıştır.

AB hukuk düzeninde bu sorunların çözümü anlamında detaylı normatif düzenlemeler yapılmış, ancak normatif düzenlemeler yetersiz kaldığı için, bir tarafta AD diğer tarafta da Üye Devlet mahkemeleri, hukuki muhakemenin tüm imkanlarını kullanmak ve kararlar arasında etkileşim yaratmak suretiyle yetki düzeni üzerinde içtihat yoluyla etkili olmuşlardır. Ancak bu yargısal aktivitenin (judicial activism), yetki çatışmalarının çözümüne yaptığı olumlu katkı, ‘yetki konusunda karar vermeye kim yetkilidir’ (Kompetenz-Kompetenz) sorunsalı yüzünden sınırlı kalmıştır; hatta söz konusu içtihat katkısının çözümün bir parçası olmasından daha fazla, sorunun bir parçası olduğu görülmüştür.

AB bütünleşmesinin derinleşmesi devam ettiği sürece yetki sorunları da nitelik değiştirerek çoğalacak, dahası, derinleşmenin siyasi doğası, bu sorunların çözümünde hukukun bir araç olarak kullanılmasını zorlaştıracaktır. Hukuk mühendisliği yaparak yetki denklemlerini çözmeye çabalayan doktriner yaklaşım, her seferinde, AB’nin siyaset mühendisliği ile hareket eden aktörlerinin, denklemin değişkenlerini yeni alan ve ortamları içerecek şekilde değiştirmesi nedeni ile yeni çözümler üretmek zorunda kalacaktır.

Bu tezde, çalışmanın yapıldığı zaman ve ortam mümkün olduğunca sabitlenerek, yetki konusunda detaylı bir analiz yapılmaya ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Abstract

The sharing of competence between the EU and Member States is one of the crucial issues of the EU legal order that it has ever dealt with. Developments of the concept of sovereignty throughout times in which European modern state occurred have shaped the legal order of the Member States and, at the same time, of the EU, starting from outlet.

The EU is not merely an international organization, like classical ones that States get together with the aim simply directed to international cooperation. The EU has a new legal order integrated with Member States legal order. On the one hand, the EU legal order, by virtue of establishing Treaties, has own legal capacity and its own personality. Moreover, by a clear reading of some Treaty articles, it can be understood that the EU was created by founders with a limitation of sovereignty or a transfer of powers stemming from the states to EU. On the other hand, beside this limitation of sovereignty or transfer of powers that may be found its base in public international law, the EU makes a different claim for its sovereignty and competence by way of original doctrines and principles created ECJ, which are direct effect, supremacy, supranationality.

With the deepening and diffusing of integration to all areas in which Member States act, the autonomy and validity of this new legal order have been gradually contravened by the Member States' courts, in especially Supreme and Constitutional Courts. The ECJ and Member States' courts have had different approaches to the EU competences stemming from limitation of sovereignty or transfer of sovereignty and their limits. The issue of conflict of competence and, more importantly, the issue of who will make a decision in a case of conflict created a crucial uncertainty which affected competence order between the EU and Member States and citizen's rights.

The competence issues will increase qualifiedly as the EU integration will not end and will go more deeply. Moreover, it will be extremely difficult to use the theory of law as a problem solver because of political nature of deepening process of integration. The approach that tries to solve the competence issues by law engineering will has to re-produce new solutions in each time, as political players, which they are also political engineer, will change the factors of the issue.

In this thesis, as possible as by holding time and factors constant, we try to make a detailed analysis of the issue of competence and to reach a sound and clear result.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA TOPLULUĞU ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

AVRUPA BİRLİĞİ İLE ÜYE DEVLETLERİ ARASINDAKİ YETKİ PAYLAŞIMI
SORUNUNA HUKUK KURAMI YAKLAŞIMI

Doktora Tezi

Yıldıray Sak

İstanbul – 2006

İçindekiler

<i>İçindekiler</i>	ii
<i>Özet</i>	v
<i>Abstract</i>	vii
<i>Kısaltmalar</i>	ix
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1 EGEMENLİK VE YETKİ	11
I. Egemenlik ve Egemen Devlet Teorisi	11
A) Egemenliğin Dış Görünümünün Değişmesi	14
1. Egemenliğin Devletler Hukuku Tarafından Sınırlanması	14
2. Egemen Devlet-Birey İlişkisi ve İnsan Hakları Hukukunun Egemen Devlet Üzerindeki Etkisi	15
3. Yeni Uluslarüstü ‘ <i>Supranational</i> ’ Kurumlaşmalar ve Egemen Devlet	18
B) Egemenliğin İç Görünümündeki Erozyon	20
1. İç Egemenliğe Birinci Darbe: Egemenliğin Kullanılmasının Fonksiyonel Temelde Bölünmesi ve Erkler Ayrılığı	21
2. İç Egemenliğe İkinci Darbe: Egemenliğin Kullanılmasının Bir Başka Şekilde Bölünmesi- Topluluk veya Yer Esaslı Bölünme	23
a) Ulus (Millet) Egemenliği ve Halk Egemenliği Kuramları	24
b) Halk Egemenliği Kuramından Çok Merkezli Siyasal Yapılara	26
i) Popüler Egemenlik İlkesi (Popular Sovereignty)	27
ii) Vekalet Teorisi (Agency Theory)	30
II. Yetki Kavramı	32
A) Kavrama Genel Bir Bakış	32

B) Egemenlikten Doğan Yetkiler	35
III. Değerlendirme	41
BÖLÜM 2 ADALET DİVANI VE ÜYE DEVLET MAHKEMELERİNİN İÇTİHADI İŞİĞİNDE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE EGEMENLİK VE YETKİ	45
I. Egemenlik Kavramına AB Hukuk Düzeninden Genel Bir Bakış	45
II. AB Hukuk Düzeni ve Kurucu Antlaşmalarda Egemenlik Devri	47
III. Adalet Divanı Kararlarında Egemenlik	50
A) Van Gend en Loos Kararı	50
B) Costa – Enel ve Internationale Handelsgesellschaft Kararları	52
C) Simmenthal ve Factortame Kararları	55
D) AD'nin Egemen Topluluk Hukuk Düzeninin Üye Devletlerce İhlali Dolayısıyla Verdiği Kararlar	59
1. Case C-77/69, Komisyon v. Beçika ve Case C- 48/71, Komisyon v. İtalya Kararları	59
2. Case C- 301/81, Komisyon v. Belçika Kararı	60
3. Diğer Kararlar	61
IV. Üye Devlet Yüksek Mahkemelerinin Reaksiyonları	61
A) AB Antlaşması'ndan Önceki Dönem	62
1. Fransa	62
2. Federal Almanya	63
3. İtalya	66
B) AB Antlaşması'ndan Sonraki Dönem	67
1. Fransa	67
2. Federal Almanya	70
3. Danimarka	72
4. 1 Mayıs 2004 tarihinde üye olan ülkeler	73
a) Çek Cumhuriyeti	74
b) Slovenya	74
c) Polonya	75
d) Macaristan	75
C) Adalet Divanı ve Üye Devlet Mahkemelerinin İçtihatları	

ve Çatışan Anayasal Düzenler	76
V. Değerlendirme	92

BÖLÜM 3 AVRUPA BİRLİĞİ İLE ÜYE DEVLETLER ARASINDA YETKİ PAYLAŞIMI	97
I. AB'nin Yetkilerinin Hukuki Analizi	97
A) AB Hukukunda Yetki İlkeleri	98
1. Açık Yetki	99
2. Zımni Yetki	102
a) Geniş Anlamda Zımni Yetki	102
b) Dar Anlamda Zımni Yetki	106
3. Zımni Yetki ve Dış Yetki	107
4. AB'nin Kendini Yetkilendirmesi	110
B) AB Hukukunda Yetki Türleri	114
1. Münhasır Yetkiler	115
2. Münhasır Olmayan Yetkiler: Eş Zamanlı, Ortak (Paralel) ve Tamamlayıcı Yetki	118
a) Eş Zamanlı Yetkiler	118
b) Ortak (Paralel) Yetkiler	120
c) Tamamlayıcı Yetkiler	122
C) Yetkinin En Uygun Seviyede Kullanımı (Subsidiarity)	122
1. Hukuki Nitelik	123
2. Adalet Divanı ve Yargısal Denetim	125
II. Anayasal Antlaşma'da Yetki	131
III. Değerlendirme	139

BÖLÜM 4 EGEMENLİK VE YETKİ AÇISINDAN TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NIN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUK DÜZENİNE UYUMU	152
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	166
Bibliyografya	178
Davalar Dizini	195

Özet

AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki paylaşımı sorunu, Avrupa bütünleşmesinin özellikle son yirmi yılında ağırlaşan bir sorun olmuştur. Ulus devlet egemenliğinin her iki görünümünde de -hem iç egemenlik ve hem de dış egemenlik- meydana gelen değişiklikler çok daha eskiye dayandığı için, AB üyesi devletler, egemenlik kavramındaki bu değişikliklerin hukuk düzenlerindeki yansımalarının etkisini, AB bütünleşme sürecinde kısmen olumlu kısmen de olumsuz yönde hissetmişlerdir.

Öte yandan klasik uluslararası örgütler ya da devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları bölgesel işbirliğini içeren yapılardan çok açık bir şekilde ayrıldığı için AB, kendisinin ve Üye Devletlerin hukuklarının bütünleşmesinden oluşan yeni hukuk düzeninde, yasama, yürütme veya yargı yetkisini kullanma açısından, klasik anlamından oldukça uzaklaşan modern ulus devlet egemenliği kavramına ya da ulus devlet egemenliğinden yararlanan bir hukuk öğretisinin ortaya koyduğu bir normlar düzenine dayanması oldukça zor olan bir varlık şeklinde karşımıza çıkmaktadır. AB hukuk düzeni, egemenlik kavramına dayanarak yetki kullanan bir düzenden çok, egemenlik kavramı ile birlikte AD'nin doktrinleştirdiği ve başlıca unsurları uluslarüstülük, üstünlük, doğrudan etki, münhasır yetki ve *subsidiarity* ilkesi gibi kavram ve ilkeleri içeren anayasallaştırılmış yeni bir devletlerarası hukuk düzeni olarak karşımıza çıkar.

Bu yeni hukuk düzeninin otonom yapısı ve Üye Devletlerdeki geçerliliği, bütünleşmenin derinleşmesi ve ulus devletin faaliyet gösterdiği hemen her alana yayılmaya başlaması ile, özellikle Üye Devlet yüksek mahkemeleri ve anayasa mahkemeleri tarafından sorgulanmaya başlanmıştır. Egemenliğin veya kullanımının devri ve AB kurumlarının buna dayanan yetkileri ve yetkilerin sınırları, AD ve yüksek mahkemelerce farklı anlaşılmaya başlanmış ve bu durum hukuki kesinliğe ve özellikle de bireylerin AB hukuk düzenindeki pozisyonlarına zarar verir hale gelmiştir. Yetki çatışmaları ve bu çatışmaların önlenmesinde nihai otoritenin hangi kurumlar olduğu konusunda ortaya çıkan belirsizlik, çözümü çok

zor bir sorunlar yumağını ortaya çıkarmıştır.

AB hukuk düzeninde bu sorunların çözümü anlamında detaylı normatif düzenlemeler yapılmış, ancak normatif düzenlemeler yetersiz kaldığı için, bir tarafta AD diğer tarafta da Üye Devlet mahkemeleri, hukuki muhakemenin tüm imkanlarını kullanmak ve kararlar arasında etkileşim yaratmak suretiyle yetki düzeni üzerinde içtihat yoluyla etkili olmuşlardır. Ancak bu yargısal aktivitenin (judicial activism), yetki çatışmalarının çözümüne yaptığı olumlu katkı, ‘yetki konusunda karar vermeye kim yetkilidir’ (Kompetenz-Kompetenz) sorunsalı yüzünden sınırlı kalmıştır; hatta söz konusu içtihat katkısının çözümün bir parçası olmasından daha fazla, sorunun bir parçası olduğu görülmüştür.

AB bütünleşmesinin derinleşmesi devam ettiği sürece yetki sorunları da nitelik değiştirerek çoğalacak, dahası, derinleşmenin siyasi doğası, bu sorunların çözümünde hukukun bir araç olarak kullanılmasını zorlaştıracaktır. Hukuk mühendisliği yaparak yetki denklemlerini çözmeye çabalayan doktriner yaklaşım, her seferinde, AB’nin siyaset mühendisliği ile hareket eden aktörlerinin, denklemin değişkenlerini yeni alan ve ortamları içerecek şekilde değiştirmesi nedeni ile yeni çözümler üretmek zorunda kalacaktır.

Bu tezde, çalışmanın yapıldığı zaman ve ortam mümkün olduğunca sabitlenerek, yetki konusunda detaylı bir analiz yapılmaya ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Abstract

The sharing of competence between the EU and Member States is one of the crucial issues of the EU legal order that it has ever dealt with. Developments of the concept of sovereignty throughout times in which European modern state occurred have shaped the legal order of the Member States and, at the same time, of the EU, starting from outlet.

The EU is not merely an international organization, like classical ones that States get together with the aim simply directed to international cooperation. The EU has a new legal order integrated with Member States legal order. On the one hand, the EU legal order, by virtue of establishing Treaties, has own legal capacity and its own personality. Moreover, by a clear reading of some Treaty articles, it can be understood that the EU was created by founders with a limitation of sovereignty or a transfer of powers stemming from the states to EU. On the other hand, beside this limitation of sovereignty or transfer of powers that may be found its base in public international law, the EU makes a different claim for its sovereignty and competence by way of original doctrines and principles created ECJ, which are direct effect, supremacy, supranationality.

With the deepening and diffusing of integration to all areas in which Member States act, the autonomy and validity of this new legal order have been gradually contravened by the Member States' courts, in especially Supreme and Constitutional Courts. The ECJ and Member States' courts have had different approaches to the EU competences stemming from limitation of sovereignty or transfer of sovereignty and their limits. The issue of conflict of competence and, more importantly, the issue of who will make a decision in a case of conflict created a crucial uncertainty which affected competence order between the EU and Member States and citizen's rights.

The competence issues will increase qualifiedly as the EU integration will not end and will go more deeply. Moreover, it will be extremely difficult to use the theory of law as a problem solver because of political nature of deepening process of integration. The approach that tries to solve the competence issues by law engineering will has to re-produce new solutions in each time, as political players, which they are also political engineer, will change the factors of the issue.

In this thesis, as possible as by holding time and factors constant, we try to make a detailed analysis of the issue of competence and to reach a sound and clear result.

Kısaltmalar

AA	Anayasal Antlaşma
AAET	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Antlaşması
AD	Adalet Divanı
AETR	Agreement on European Transport by Road
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AJCL	American Journal of Comparative Law
AMB	Avrupa Merkez Bankası
AT	Avrupa Topluluğu
ATA	Avrupa Topluluğu Antlaşması
BM	Birleşmiş Milletler
CFI	Court of First Instance
CJEL	Columbia Journal of European Law
CLR	Columbia Law Review
CMLR	Common Market Law Report
CMLRev	Common Market Law Review
COM	Communication
CPE	Constitutional Political Economy
CWILJ	California Western International Law Journal
ECLR	European Constitutional Law Review
ECR	European Court of Justice
EcrHR	European Court of Human Rights

ELRev	European Law Review
ELJ	European Law Journal
EPL	European Public Law
GATS	General Agreement on Trade for Services
HILJ	Harvard International Law Journal
ILO	International Labor Organisation
IJCL	International Journal of Constitutional Law
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
JCMS	Journal of Common Market Studies
LIEI	Legal Issues of European Integration
LQR	Law Quarterly Review
OUP	Oxford University Press
OJ	Official Journal (AT Resmi Gazetesi)
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
YEURL	Yearbook of European Law
YKY	Yapı&Kredi Bankası Yayınları
YLJ	Yale Law Journal
YUP	Yale University Press

GİRİŞ

Hukuk biliminin ya da bazılarının göre sanatının tarihini ne kadar geriye götürebiliriz? İnsan ne zaman hukukla tanışmıştır? İnsanlar İlk defa 'ben' deyip kendini tanımlamaya kalktığında ve 'benim!' deyip malik olma durumunu ileri sürdüklerinde, kanımca, ilk hukuki kavramlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylelikle, hukuk tabiattan kaynaklanan bir gerçeklik olmaktan çok, insan yapısı olma özelliği ile öne çıkar. Fen bilimleri gibi insanın bir dahli olmadan var olan doğa yasalarından farklı olarak hukuk, insanın kanunlar ve kurallar yapması ile varlık kazanmıştır. Ama insanlık, neredeyse tamamen 'hukuk mühendisliği' ile ortaya çıkan ve tarihin gördüğü en karmaşık ve bir o kadar da özgün bir hukuk yaratımını ilk kez Topluluk hukuku ile tecrübe etmiştir. Topluluk hukuku yeni bir hukuk düzenidir. Uluslararası hukuk ve devletlerin iç hukuku ile bazı noktalarda örtüşmekle birlikte, Topluluk hukuku onlardan başka bir şeydir. Örneğin, hem bir uluslararası antlaşma hem de bir Anayasa karakteri gösteren Topluluğun kurucu hukuki kaynaklarınca yaratılan hukuki düzen, ne uluslararası hukukun ne de ulusal hukukun özellikleri ile bağdaşır. Uluslararası hukuk düzeni ile Topluluk hukuk düzeni arasında, kaynak, egemenlik ve sujeler açısından var olan farklılıkların ötesinde, bu iki hukuk düzeni, ontolojik açıdan birbirinden açıkça farklıdır; uluslararası hukuk düzeni, uluslararası işbirliğinin bir ürünü iken, Topluluk hukuku varlığını bir 'bütünleşme hukuku' (*law of integration*) karakteri göstermesine borçludur. Topluluk hukuku ile Üye Devletler ulusal hukukları arasındaki ilişkiler de daha önce örneği görülmemiş türdendir; burada da Topluluk hukuku kendi özgün yaratımları ile karşımıza çıkar: Uluslarüstülük (*supranationality*), üstünlük (*supremacy*) ve doğrudan etkililik (*direct effect*).

Topluluk hukuk düzeninin ayırt edici özelliğini, bu anlamda, sistemi kuran temel antlaşmaların ve bunlarca kurulan hukuki düzenin niteliklerinde aramak lazımdır. Topluluk kurucu antlaşmalarının önceleri bir uluslararası antlaşma karakterinde olduğu ileri sürülmüş ise de, bunların Anayasal nitelikte belgeler olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹.

¹ Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999, s. 123-138; Grainne De Burca, *The Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis*, Paul Craig & Grainne

Bir kere, anayasal sistemlerin ve anayasaların yapıtaşı olan erkler ayrılığı prensibi, Topluluk hukuk düzeninin en önemli özelliği olarak kurucu antlaşmalarda yer almıştır. Topluluk hukukundaki erkler ayrılığı, bir devletteki örneği ile bire bir örtüşmese de, yasama işlevini -katkısı belli ölçülerde de olsa- Avrupa Parlamentosu ile birlikte Bakanlar Konseyi, yürütme işlevini Komisyon- Üye Devletler ve yargı işlevini de Adalet Divanı (AD) yerine getirmektedir.

İkincisi, Topluluk kurucu antlaşmaları, bir *üst norm* niteliğindedir ve Üye Devletler ile onların gerçek ve tüzel kişilerini bağlar. Böylece, Topluluk hukuku Üye Devlet hukuklarının üzerindedir; yani *uluslarüstüdür*. Dahası, bu kurucu antlaşmalar ile Topluluk hukukunun ikincil kaynakları ve Üye Devlet hukuk kaynakları arasında da bir normlar hiyerarşisi (*principle of constitutional legality*) vardır.² Nasıl ki kanunlar anayasalara aykırı olamaz ise, Topluluk hukukunun ikincil kaynakları olan, tüzükler (*Regulation*), direktifler (*Directive*) ve kararlar (*Decision*) ile Üye Devlet hukukunun kaynakları da söz konusu üst norma aykırı olamazlar.

Üçüncüsü, kurucu antlaşmalar, Topluluğun *kurumlarını*, bu kurumların *oluşumlarını*, ve *yetkilerini* klasik bir devlet anayasasının düzenlediği kadar ayrıntılı bir biçimde düzenlemişlerdir.

Dördüncüsü, kurucu antlaşmalar bireylere temel hak ve özgürlüklerin anayasal korumasına benzeyen bir korumayı sağlamışlardır. Topluluk AD bir anayasa mahkemesi gibi, uyrukları ne olursa olsun, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumakta ve bu korumanın kapsamı giderek genişlemektedir. Ayrıca bu koruma, Topluluk kurumlarına karşı olduğu gibi, Üye Devletlere karşı da olmaktadır.

De Burca (Ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s.55; J.H.H. Weiler, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movements of Goods*, Paul Craig & Grainne De Burca (der.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s. 355

² Armin Von Bogdandy & Jurgen Bast, *The EU's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for Its Reform*, CMLRev., Cilt 39, No 2, 2002, p. 229-235

Beşincisi, kurucu antlaşmalar ve onu değiştiren antlaşmalar, bir Birlik vatandaşlığı tanımlamışlar ve bu vatandaşların haklarının etkili bir biçimde korunmasını sağlamışlardır.

Ve nihayet kurucu antlaşmalar, Topluluk veya Birlik ile Üye Devletleri arasında bir yetki dağılımı yaparak, hangi alanda, hangi yetkilerin, kim tarafından kullanılacağını -problemleri bir şekilde de olsa- düzenlemişlerdir.

Topluluğu kuran antlaşmalar ve Topluluk hukukunun yukarıda sıralanan nitelikleri, onları, bir *anayasal antlaşma* ve bir *uluslarüstü anayasal hukuki düzen* eksenine yerleştirerek daha önceki hukuki yapı ve düzenlerden açık olarak farklılaştırmaktadır. Farklılık bir derece farklılığı değildir, bir nitelik farklılığıdır. Bu farklılık o kadar derindir ki, çoğu manada geleneksel hukuk teorisine ve pratiğinden bir kopuşu ifade eder. Vatandaşlık, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve bireylerin haklarının etkili bir şekilde kullanımı konularında, bu kopuş ve farklılıklar açık olarak görülür. Bu niteliksel özellik, doğal olarak, Topluluğu çok meşakkatli ve bir o kadar da yavaş süreçlerden geçirmiştir. Bu duruma ekonomik ve parasal bütünleşmeden de bir örnek verilebilir. Ulus devletlerin en önemli belirteci durumunda olan ulusal paraları, Topluluk düzeni ortadan kaldırmıştır; ancak bunu yaparken de 30 yıla yakın bir zorlu dönem kat etmek durumunda kalmıştır.

Konu ve Amaç

Bu tezin özellikle yöneleceği konu, bu anayasal antlaşma ve uluslarüstü anayasal hukuki düzenin karşılaştığı en önemli meselelerden biri olan *yetkiler* meselesi ve onu AB'nin en önemli meselesi haline getiren yetki sınırlarının iyice belirlenmemiş olması, yetki boşluğunun doldurulması faaliyeti, yetki aşımı ve yetkisizlik söz konusu olduğunda kendi kendini yetkilendirme gibi detaylı teknik konular olduğu kadar, 'egemenlik', 'devlet', 'anayasa veya anayasallık', 'hukuk düzenleri hiyerarşisi' kavramlarının AB hukuk düzeninde karşılık bulmasının yarattığı zorluklardan doğan AB'nin anayasallaşma sürecidir de.

AB'nin gelişmesinin bugünkü aşamasında yukarıda bahsedilen egemenlik, anayasallık gibi kavramlara referans yapılmasının zorluğu AB'nin yaşadığı geçmişin ürünüdür. Kurucu antlaşmalara, Birlik hukukunun üstünlüğünü kurmak ve anayasallığın kimi ilkelerinden faydalanmak için anayasal nitelikte belgeler denilmektedir ve bu tespit antlaşmaların yarattığı hukuk düzeninin yukarıda sayılan özellikleri nedeniyle bir ölçüde gerçektir; ama bunlar klasik anlamda anayasa değildir, çünkü ortada ne bir devlet ne de bir halk³ vardır.⁴ Yine ulus devlet anlamında bir halk veya vatandaşlıktan söz edilemeyeceği için⁵, bir ayrı egemenlikten de bahsetmek zorlaşmaktadır. Öyle ki egemenlikten doğan kamu gücünü, bir devlet, iç egemenlik anlamında kendi uyrukları üzerinde, dış egemenlik anlamında da diğer devletlere karşı ileri sürerken, AB sadece gerçek ve tüzel kişiler üzerinde değil, onu oluşturan ülkeler üzerinde de egemenlik ileri sürer hale gelmiştir.⁶ Anayasallığı ve egemenliğinin meşruluğu tartışmalı olan böyle bir yapı, klasik devletlerin hem kendi anayasal sistemlerinin gelişmesinin ve hem de bölgesel veya uluslararası mekanizmalardan doğan yükümlülüklerinin ortaya çıkardığı, temel hak ve özgürlükler alanına da esaslı bir şekilde müdahale eder hale gelmiştir.

AB ve Üyeleri arasındaki yetki paylaşımı ile ilgili bazı ilk saptamalar yapmadan önce, bu arka plan hakkında, yani yukarıda bahsi geçen kavramların AB sürecindeki yeri hakkında, biraz daha derinleşmek – ve yetki sorununa da bu açıdan ayna tutmak- adına şu soru sorulmalıdır: AB süreci neden bu kavramlarla yüzleşmek, neden bu kavramların paradigması içinde olmak gibi bir zorunlulukla karşı karşıyadır? Sorunun cevabı, diğer bahsi geçen kavramları da kapsayıcı doğaları nedeniyle 'anayasa ve anayasallık' kavramlarına AB coğrafyasında

³ Anayasal Antlaşma'nın Önsözünde de Avrupa Halkı ifadesi (European People) kullanılmamıştır; yerine Avrupa Halkları (Peoples of Europe) ifadesi kullanılmıştır. Bu konuda bkz. W.H. Roobol, *Federalism, Sovereignty etc.*, ECLR, Cilt 1, 2005, s. 88

⁴ Öğretide AB hukuk düzeninin anayasallığını ulusal devlet anayasallığından ayrı olarak anlayan ve açıklayan fikirler için bkz. Patrick Birkinshaw, *Constitutions, Constitutionalism and State*, EPL, Cilt 11, No 1., 2005, s. 31-45; Paul Craig, *Constitution, Constitutionalism and the EU*, ELJ, Cilt 7, No 2, 2001, s. 125-150; Jacqueline Dutheil de la Rochere & Ingolf Pernice, *European Union Law and National Constitutions*, General Reports to FIDE XX Congress 2002 in London, s. 1-45.

⁵ Klaus Von Beyme, *Fischer's Move Towards A European Constitution*, Christian Joerges, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EU-Flornance & Harvard Law School-Cambridge, 2001 içinde s.74-75

⁶ Rainer Leipsus, *The EU as a Sovereignty Association of a Special Nature*, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EU-Flornance & Harvard Law School-Cambridge, 2001 içinde s.214

atfedilen büyük önemde yatmaktadır. AB, Avrupa Parlamentosu'nun 14 Şubat 1984 tarihli 'AB'yi Kuran Antlaşma Taslağı'⁷ ve 10 Şubat 1994 tarihli 'AB için Anayasa Taslağı'⁸ dan, Maastricht, Amsterdam, Nice antlaşmalarına ve nihayet Avrupa Anayasası için bir Antlaşma'ya ('Anayasal Antlaşma') kadar uzayan bir süreç içinde, bir anayasaya sahip olmaya ve anayasallaşmaya çalışmaktadır. AB'yi bir anayasaya sahip olmaya zorlayan iki temel neden (TN1 ve TN2), ne kadar ironiktir ki, onu oluşturan Üye Devletlerin de bir anayasaya sahip olmalarının ve AB'yi bir anayasaya sahip olarak ya da olmayarak biçimlendirmek istek ve çabalarının dayandığı temel iki nedenle aynıdır.

Bir (Üye) devlet bir siyasi bütün olarak, (ana)yasal düzenini dayandıracağı bir meşruluk arar; bu meşruluk anayasadır. AB de kendi hukuk düzeninin tabi olacağı bir meşruluk aramaktadır; bir anayasa (TN1).⁹ Avrupa anayasal diskuru, çok uzun yıllardır *Kelsenian* ve *Schmittian* düşünce kombinasyonu altında, anayasal disiplinin veya kuralların hakimiyetinin kaynağı olan bir *temel norm* tasvir etmek ve tanımlamak arayışındadır (*Kelsenianism*) ve bu arayış hakimiyet çatışmasının nihai çözümü içindir (*Schmittianism*). (Her) Bir (Üye) devlet, kendi anayasal diskuru içinde bir temel norm kabul ettiği ve bir çatışma halinde nihai çözümü ona atfettiği gibi, AB için de bir temel norm kabul edilmek ve çatışma halinde nihai olarak ona başvurulmak gerekmektedir (TN2).¹⁰ Ancak bu gereklilik, Avrupa pozitivist anayasacılık öğretisinin milliyetçi/ulusalcı yorumları ve/veya AB Üye Devletleri anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerinin bazı kararları çerçevesinde gelişen bir direniş ile karşılaşmaktadır. Bu direniş zaman zaman ortak tarih, köken, halk temelinde bir ulusçuluk ve bu şekilde açıklanan bir nihai otoriteye referans ile yapılmakta, zaman zaman da temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti ve demokratik devlet ilkeleri ile perdelenerek yapılmaktadır. Bu tür yorum ve içtihatlarla karşı, sadece bir ortak tarihe veya etnik kökene dayanmayan, ama yurttaşlar için bunların dışında da ortak değerler barındıran, *post-nationalist* liberal anayasal öğretinin bir ürünü olan anayasasal vatanseverlik (*constitutional*

⁷ *Bulletin of the European Communities*. Şubat 1984, No 2, p. 8.

⁸ OJ C 61, 10.02.1994

⁹ J.H.H. Weiler, *Epilogue, Fischer: The Dark Side*, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EUI-Florance & Harvard Law School-Cambridge, 2001 içinde s.241.

¹⁰ *Ibid.*, s. 242

patriotism)¹¹ kavramı geliştirilmiştir. Anayasal vatanseverlik kavramına göre bu değerler, uygar bir Avrupa toplumu, tüm Avrupa ölçeğinde bir kamu düzeni ve bütün Avrupa yurttaşlarınca paylaşılan bir siyasal kültüre karşılık gelir. Bu değerlerin ortak payda olduğu bir temel norm, Avrupa'nın dayanacağı meşru dayanak noktasına karşılık gelecektir.¹²

Bu arka planın da etkisiyle, AB'yi kuran antlaşmaların başlangıçtaki hukuki tasarımının biçimi, daha sonra bu antlaşmaların uygulama ile ve antlaşma değişiklikleri ile aldıkları hal, Üye Devlet yüksek mahkemelerinin yetkilerle ilgili içtihadı ve AB içindeki aktörlerin AB'nin hangi yetkilere sahip olması gerektiği konusundaki farklı pozisyonları, AB ile Üyeleri arasındaki yetki paylaşımı sorununu ortaya çıkarmıştır. Başlangıçtaki hukuki tasarımda, egemenlik veya yetki ile ilgili herhangi bir hüküm söz konusu değildi. Topluluğa bazı *amaçlarla*, bazı *alanlar* üzerinde faaliyette bulunma *görevi* verilmişti. AET antlaşmasına göre Topluluğun *görevi*, Üye Devletlerin ekonomik politikalarını yakınlaştırarak ve bir Ortak Pazar kurarak, Toplulukta ekonomik faaliyetlerin uyumlu bir şekilde gelişimini, devamlı ve sürdürülebilir bir büyümeyi ve Üye Devletler arasında ilişkileri ve yaşam standartlarını artırmayı teşvik etmektir.¹³ Topluluğun bu görevinin kapsamı ise, Topluluğun *amaçlarının* sayılması suretiyle belirlenmiştir. Buna göre, gümrük vergileri ve miktar kısıtlamaları ile diğer bütün eş etkili önlemlerin yasaklanması, ortak gümrük tarifesi ve ortak ticaret politikası oluşturulması, Üye Devletler arasında malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımındaki engellerin kaldırılması, istihdam olanaklarının geliştirilmesi ve ortak tarım politikasının kabul edilmesi, Topluluğun amaçlarından bazılarıdır.¹⁴ AET antlaşması, Topluluğun bu *amaçlarla* gerçekleştireceği bazı *görevlere* de özellikle değinmiş ve buna göre bazı *alan* tanımlamaları yapmıştır. Örneğin, gümrük birliğinin ve üçüncü ülkelere karşı uygulanacak ortak gümrük tarifesinin nasıl oluşturulacağını malların serbest dolaşımı alanının bir parçası olarak detaylı olarak tanımlamıştır.¹⁵

¹¹ Jürgen Habermas, *Why Europe Needs a Constitution*, New Left Review, Cilt 11, 2001, s. 5

¹² Habermas, s. 10; Sionaidh Douglas-Scott, *A Constitution for Europe: In Defence of Public Reason*, Francisco Lucas Pires Working Papers, Sayı 4, 2001, s. 12

¹³ AET antlaşması m.2

¹⁴ AET antlaşması m.3

¹⁵ AET antlaşması m.12 ve m.18.

Birliğin bu görev, amaç ve alan tanımlamasına dayanan faaliyetleri öncelikle sorunsuz olarak devam etmiştir. Ancak bir yandan, amaçların birbiri ardına antlaşmalarla genişletilmesi ve alanlar arası konuların birbirleri ile çok sıkı bağı ve buna bağlı olarak Birlik kurumlarının bir alanda detaylı hukuki düzenleme yaparken, AET ve sonra gelen antlaşmalarda detaylı hukuki düzenleme yapacak şekilde hakkında hüküm bulunmayan diğer alanları da düzenleme eğilimine girmesi, öte yandan da, AD'nin içtihadında antlaşmaları yorumlayış biçimi ve AB'nin yetkileri ile ilgili kararlarındaki gerekçe-hukuk mantığı (*legal reasoning*), AB'nin bu şekilde ilerlemeyeceğini ortaya çıkartmış ve bu gelişme dinamiği egemenlik ve yetki konularının da tartışılmasına meydan verecek şekilde sorun yaratmaya başlamıştır.

AB'nin başlangıçta -egemenlik ve yetki kavramlarına girmeksizin- sahip olduğu bu tasarının ve onun eksikliklerinin, yani görev, amaç ve alan kavramlarının ve kurumsal karar alma mekanizmasının yarattığı sorunların, yetki dağılımı üzerindeki -hukuki tasarrufların niteliğini, etkililiğini ve ölçeğini belirsizleştirmeleri nedeniyle- etkilerinin incelenmesi bu tezin önemli bir parçasını oluşturmakta, ama aynı zamanda bu tez, yetki dağılımı sorunu yukarıda bahsedildiği gibi önemli bir anayasal nitelik de taşıdığından, Üye Devletlerin anayasal düzenleri ve onlarla etkileşim içinde gelişen AB'nin uluslararası anayasal hukuk düzeni arasındaki çatışma ve ilişkileri de içermektedir.

Konunun Sınırlandırılması, Yöntem ve Hipotezler

AB'nin yetkileri meselesinin özellikle son onbeş yılda sürekli gündemde olmasının ve çözülmesindeki zorluğun ana nedeni, konunun öznelere olan akademisyenler, kanaat önderleri ve AB'yi yöneten aktörlerin yetki sorununa, 'AB ya da Avrupa bütünleşmesi nasıl bir 'şey' olmalıdır', 'AB neye liderlik eden bir varlık haline getirilmelidir' ve nihayet, 'var olan ulusal veya uluslararası hiç bir hukuk sujesi ile adlandırılmayan bu 'şey' nedir' gibi sorular ile birlikte cevap aramaya çalışmalarıdır. Bu soruların kabul edilebilir bir mesafeden tezi yönlendirdiği gerçeğini gözden uzak tutmayarak, tezin konusunun, AB ile Üye Devletleri arasında, anayasal bir perspektiften bakıldığında nasıl bir yetki dağılımı

görüldüğü ve görülmesi gerektiğinin incelenmesi ile sınırlandırıldığı söylenebilir. Tezin ana konusu yetki paylaşımı ile sınırlandırılırken, AB hukukunun bütün alanları ya da AB'nin tüm politikaları ve eylemleri konu içine alınmak yerine, bu yetki dağılımının karakteristiğini gösteren, yetki dağılımı sorununda öne çıkan hukuk ve politika alanları ve araçlarına (örneğin temel hak ve özgürlükler, ticaret politikası, *subsidiarity* ilkesi gibi) değinilmiştir. Ayrıca, yetki meselesi egemenlik kavramı ile doğrudan ilgili olduğundan, egemenlik kavramının klasik manada ve AB hukukunda yeri ve önemi ve aldığı yeni görünümüne de yer verilmiştir.

Tezin ana yöntemi, hukuki metinlerin, yani, AB kurucu antlaşmaları ve onları değiştiren antlaşmaların (AB hukukunun birincil kaynakları), uluslararası antlaşmaların, AB Adalet Divanı ve Üye Devlet mahkemeleri -özellikle yüksek yargı organları- içtihatlarının ve gerektiğinde AB kurumlarının yasama ve yürütme mevzuatı ile (AB hukukunun ikincil kaynakları) Üye Devletlerin Anayasa ve yasalarının incelenmesi olacaktır. Öte yandan, konu üzerinde etkisi olan öğreti ve AB kurumlarının yasama faaliyeti dışında kalan karar ve görüşlerinin incelenmesi de bir başka yöntem olarak kullanılacaktır.

Bu tez iki hipotez içerir: *i)* AB ve Üye Devletleri arasındaki yetki paylaşımı sorunu ile AB'nin nasıl bir uluslararası hukuk sujesi olduğu ve/veya AB'nin siyasal yapısının ne olduğu sorunu arasında doğrudan bir bağ vardır. *ii)* AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki paylaşımı sorununun çözümü, bir (kademeli) yetkiler kataloğu oluşturmak ile ilgili olduğu kadar, AB'nin yetkilerinin yargısal denetimi ile de ilgilidir.

Tezin planı

Tezin planı konunun sözü edilen boyutları ışığında şekillenmiştir. İlk önce Bölüm 1'de egemenlik ve yetki kavramlarına genel olarak ve klasik anlamda yaklaşılarak, bu kavramların anayasa hukuku ve uluslararası hukuk açısından bir incelemesi yapılmaya çalışılmıştır. Yine bu bölümde bu kavramların, özellikle de egemenlik kavramının, zaman içerisindeki değişimine işaret edilmekte ve bu değişimin yarattığı sonuçlar, özellikle de, devlet yetkileri ve yeni egemenlik

anlayışı üzerinde durulmuştur. Bölüm 2’de ise, egemenlik ve yetki kavramlarının AB özelindeki karşılıkları ve genel olarak maruz kaldıkları değişimin AB ölçeğindeki görünümü üzerinde durulmaktadır. Tezin bu bölümündeki inceleme, bir yandan AB antlaşmaları ve AD kararları ve onların yarattığı bazı anayasal ilkeler çerçevesinde yürütülmekte, öte yandan da, uluslararası hukuk ama daha önemli olarak da Üye Devlet anayasalarının ve yüksek mahkeme kararlarının üzerinden konuya yaklaşılmaktadır. Bu bölümde, AB ve özellikle de AD’nin egemenlik ve yetki konusundaki anlayışları ile Üye Devlet ve Yüksek Mahkemelerinin konuya bakışlarının karşılıklı incelemesi yapılmaya çalışılmış ve bu karşılıklı pozisyonların farklılıkları ve ortak yanları, öğretilerdeki görüşlere de yer vermek suretiyle analiz edilerek kristalleştirilmeye çalışılmıştır. Bölüm 3’de ise AB anayasal düzeninde yetki konusu detaylı olarak araştırılarak her bir soruna değinilmeye gayret gösterilmiştir. Özellikle AD kararları ve öğretilerde, yetki ile ilgili AB hukukuna özgü veya uluslararası hukuktan ya da Üye Devlet anayasal ilkelerinden çıkan tüm kavramlar, tanımlar ve ilkeler analiz edilmektedir. Böylece AB ile Üye Devletler arasında var olan yetki paylaşımının mekanizması, bu kavramlar, tanımlar ve ilkeler vasıtası ile resmedilmeye ve mekanizmanın aksayan yönleri ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Diğer bölümlerde olduğu gibi –ama bu bölümde daha sık bir şekilde- bu bölümde de, onaylanmamış da olsa Anayasal Antlaşma’ya gerektiğinde yer verilmiştir. Bölüm 4’de, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlayan Türkiye Cumhuriyeti’nin, AB hukukunda tartışılan egemenlik ve yetki meselesine önceden olduğu gibi atıya bırakılan bir mesele olarak bakmaması gerektiğinden hareketle, T.C Anayasasında yapılması gereken değişikliklere yer verilmiştir. Nihayet Sonuç bölümünde, ortaya çıkarılan yetki paylaşımı sistemi değerlendirilip analiz edilmekte ve aksayan noktalara karşı ileri sürülen görüşler ve çözümler ile birlikte bu çalışmanın vardığı sonuç yer almaktadır.

Terminolojik Açıklama

Nice antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte, üç kurucu Avrupa antlaşmasından biri olan AKÇT antlaşması yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, Avrupa bütünleşmesi terminolojisinde ‘Topluluklar’ terimi AT ve AAET’ye,

Birlik terimi de AB'ye karşılık gelir hale gelmiştir. Ancak AB antlaşmasından bu yana Topluluklar, ABA'yı da kapsayan AB'nin bir parçası olarak anılageldiği için bu tezde AB ve AT terimleri, karışıklığı asgari seviyeye indirmek için iki şekilde kullanılmıştır. İlk olarak, kronolojik bağlamda, 1992 öncesi dönem için 'AT', 1993 sonrası için ise 'AB' terimi kullanılmıştır. İkinci olarak, yetki kavramı çerçevesinde, 'AB' terimi yerine, geleneksel anlamında 'AT' terimi kullanılmıştır.

Öte yandan, orjinal madde numaraları Amsterdam ve Nice antlaşmaları ile değiştirildiği için, AB ve AT antlaşmalarının değiştirilen bu numaraları esas alınmıştır. Gerektiği yerde eski madde numaraları ayrıca belirtilmiştir.

Bu tez, 1 Aralık 2006 tarihinde yürürlükte olan hukuka göre yazılmıştır.

BÖLÜM 1 EGEMENLİK VE YETKİ

I. Egemenlik ve Egemen Devlet Teorisi

Bir hukuk sistemini kavramlaştırırken ve içerdiği kuralların geçerliliği açıklanırken, hukuk müellifleri, bazen de içtihatlar yolu ile yargıçlar, hukuk ile devlet arasındaki ve giderek hukuki anlamda egemenlik ve devlet arasındaki paradigmada, genelde, sessiz faraziyelerde bulunmaktadır. Çoğu kez bu durum, zorunlu olarak ve objektivite göz önüne alındığında, faraziye kavramındaki öz nedeniyle böyle olmaktadır. Ancak varılacak sonuç açısından böyle bir kalitesizlik, bilimsel veri anlamında bozucu etkiler yaratmaktadır. Bu çalışmada buna bir çözüm bulunacak değildir; ama bu paradigmanın, yani düşünsel çerçevenin, mümkün olduğu kadar açık ve belirli hale getirilmesi, çalışmanın ilerleyen bölümlerindeki analizlerde ve nihayet varılacak sonuçta oldukça önem taşımaktadır.

Egemenlik, üstün ya da üstünlük manasına gelecek şekilde kullanılan, latince (*souveranus*, kelime daha sonra Fransızca *souverain* kelimesine karşılık gelmiş, bundan da *souverainete* kelimesi ortaya çıkmıştır) kökenli bir sözcüktür. Üstünlük kimi zaman, hiç bir başka otoriteye 'bağlı olmamayı', kimi zamanda kendisinden başka herkesi kendisine 'bağlamayı' ifade eder. Bu özellikleri ile egemenlik, feodalizmin sonuna doğru 16. yüzyılda *Jean Bodin* tarafından ortaya atılan bir kavram olarak karşımıza çıkar. Bodin' e göre "Egemenin herhangi bir şekilde başka bir kimsenin emirlerine tabi olmaması, onun ayırıcı özelliğidir. Çünkü teb' a için hukuk yapan, daha önce yapılmış olan hukuku iptal eden ve metruk hale gelmiş hukuku değiştiren odur. Latince'de hukuk, egemen iktidar ile donatılmış gücü ifade eder."¹ *Bodin*'den sonra *Hobbes*, *Locke*, *Rousseau* ve *Austin*' e kadar, egemenlik kavramı üzerinde çalışanlar, egemenliğin mutlak, tek, bölünemez ve devredilemez olduğu üzerinde durmuşlardır.²

Kurumsallaşmış siyasal iktidarın bütün öteki sosyal ve siyasal gruplara karşı olan mutlak üstünlüğü, egemenliğin bir toplumda herkesi bağladığı şeklinde ifade

¹ Jean Bodin, *Six Books of the Commonwealth*, Book I, Chapter 8, Naklen: Aslan Gündüz, *İktidar ve Milletlerarası Sınırları*, İstanbul Barosu Dergisi, 1990, No 1, s. 16-17,

² Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 5. Basım, 1989, s. 56

edilir. Bağılı olmamak ile ise kurumsallaşmış bir siyasal iktidarın diğer siyasal iktidarlara bağımlı olmadığı, onlarla eşit olduğu ifade edilir. Egemenliğin bu görünümü 'bağımsızlık' olarak da tanımlanır. Bununla birlikte *Bodin* ve onun gibi düşünen diğer yazarlar egemenliği mutlak bir egemenlik olarak ifade etmelerine rağmen, bazı hallerde egemenin sınırlanabileceğini de ileri sürmüşlerdir; örneğin *Bodin* doğal hukuk ile, 'sözleşmeci' olarak adlandırılan *Hobbes* ve *Locke* toplum sözleşmesi ile, *Rousseau* da genel irade ile egemenin sınırlanabileceğini savunmuştur. Fakat Fransız ihtilalinden etkilenen bazı yazarlar ve Alman fizoofları -özellikle *Hegel*-, Devletin kendi egemenliğinden başka bir kudret tanımayacağını, egemenliğin, gerek içerde başka hiçbir güç tanımayarak ve gerekse de dışarda tam bir hareket serbestisine sahip olarak 'mutlak' olduğunu ileri sürmüşlerdir.³ Böylece, netice olarak, devletler arası hukukun en önemli ilkesi 'pacta sunt servanda', bir ideal hukuk ilkesi olarak kalmakta ve reel hukuk yaklaşımı gereği, egemenlik teorisi önünde boyun eğmektedir. 19. yüzyılda hakim olan bu düşünce, devletler arası hukukun gelişmesinde büyük bir engel oluşturmuş, bu durum II. Dünya savaşına sebep olmuş ve bu savaşa kadar da sürmüştür.

Pozitif hukuk anlamında, egemenliğin ve egemen devletin hukukileşmesi, sınır tanımayan egemenliğin devletler arası ilişkileri bozabilecek en kötü şekilde, savaşla bozmasıyla, 20. yüzyıldan itibaren başlayan bir gelişmedir. Feodalitenin sona ermesi ile kendisinden başka kudret tanımayan, üstün, tam bir hareket serbestisine sahip egemen merkezi devlet, tabii hukuk ile, halk veya millet egemenliği ile veya 'toplum sözleşmesi' ile bir miktar yumuşamış ise de gerçekte bunların hiçbiri egemen merkezi devleti dizginlemeye yetmemiştir; geriye kalan ise egemenliğin hukuk ile sınırlanması yani hukukileşmesi olmuştur. Bu anlamda, egemenliğin modern karşılığı olan kurucu iktidar kavramına karşılık gelmesinde dört önemli unsur rol oynamıştır. Bunlardan birincisi, devletler arası sistemi ve devlet ile egemenlik arasındaki bağ nedeniyle de egemenlik anlayışını değiştiren Westphalia Barış Antlaşması ve doğurduğu sonuçlardır. Bu antlaşma ile devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği kabul edilmiş, dengeye dayalı devletler arası ilişkiler

³ Uluslar arası hukuk ve egemenlik konusunda ayrıca bkz. Malcolm D. Evans, *International Law*, OUP, 2003, s.315-360; Thomas Buergenthal, Harold G. Maier, *Public International Law*, Nutshell Series, 2nd dition 1990; Stephen Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999.

oluşturulmuş ve devletler arası barışın devletlerin klasik egemenlik anlayışına dayanan tasarrufları ile bozulmaması sağlanmıştır.⁴ Klasik mutlak egemenliğe dayanan, devleti iç ve dış tasarruflarında sınırsız ve denetimsiz bir varlık olarak tanımlayan anlayış, Westphalia antlaşması ile farklılaşmıştır. Bu antlaşmadan sonra, bir devletin egemenliğini diğer bir devletin egemenliği ile karşılayan ve bu egemenlikleri eşit kabul eden bir anlayış yerleşmiştir. Modern egemenlik anlayışının ikinci unsuru ise, hukuk devleti anlayışıdır. Hukuk devleti hukuka bağlı ve sınırlı bir devlet görüşüne dayandığına göre, kendisinden üstün hiç bir güç tanımayan bir irade anlamında egemenlik ile hukuk devleti birbiri ile bağdaşmaz.⁵ Hukukun üstünlüğü kabul edilecek ise, mutlak egemenlikten söz edilemez. Modern egemenlik anlayışının üçüncü unsuru ise, devlet biçimlerindeki çeşitlenmenin tek, bölünmez ve en üstün olma özelliklerine sahip bir egemenlik anlayışı ile açıklanamaz hale gelmesi ve birden fazla ve bölünebilir bir egemenlik anlayışının ortaya çıkmasıdır. Devlet biçimlerinin değişmesi ve özellikle federal devletin ortaya çıkması, egemenliğin klasik anlamı ile bu tür siyasal ve hukuki düzenleri açıklamayaz hale gelmesine neden olmuştur.⁶ Bunun nedeni federal devletleri oluşturan federe devletlerin klasik egemenlik anlayışında hiçbir karşılığının olmamasıdır. Modern egemenliğin dördüncü unsuru ise anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Bir devlet içerisinde egemenliğe karşılık gelen yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin birbirinden ayrı ve bağımsız organlarca kullanılması, klasik egemenlik anlayışı ile kolayca açıklanabilir bir durum değildir.⁷

Egemenlik anlayışında onyedinci ve yirminci yüzyıl arasında meydana gelen sözü geçen değişiklikler, egemenliğin hem iç görünümünde hem de dış görünümünde, ilk klasik egemenlik anlayışına göre niteliksel farklılıklar yaratmıştır. Egemenliğin bağlı olmama karakteri, devletler arası hukukun ve hatta 'uluslarüstü' hukukun sınırlamaları ile kuşatılmıştır. İlk önce bu sınırlamalar incelenecek, daha sonra da egemenliğin bir siyasal yapı içinde kendisinden başka herkesi bağımlı kılan karakteristiğindeki erozyona değinilecektir.

A) Egemenliğin Dış Görünümünün Değişmesi

⁴ Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk-Birinci Kitap*, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, 1986, s. 219 vd.

⁵ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 5. Basım, 1989, s. 59

⁶ İbid., s. 60

⁷ İbid., s. 61

1. Egemenliğin Devletler Hukuku Tarafından Sınırlanması

Her topluluk halinde yaşayış bir hukuk kuralları bütünü de beraberinde getirir. Devletler arasındaki münasebetler de nihayetinde bir topluluk yaşamı olduğundan, onun da bir hukuku olması gerekir. Aksi takdirde, Devlet bir hukuk sujesi olarak alındığında, devletin mutlak egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği bazı eylemler devletler arası düzeni bozmakta ve bu sebeple bir kaos ortamına girilmektedir. Bu durumun en belirgin örneği savaş ilan etme yetkisidir. Bu yetkiye dayanan devletler herhangi bir sınırlama olmadığı için bu yetkiyi hukuka aykırı olarak kullanmaktadırlar. Diğer bir örnek ise, yine devletler arası ilişkilerde, bir devletin temsilcisinin bir başka devlet tarafından hukuka aykırı muamelelere tabi tutulmasıdır. Daha da çoğaltılabilecek bu örnekler, devletin egemenliğine ilk sınırlamanın getirilmesine neden olmuştur.

Egemenliğin 'bağlı olmama' karakterine getirilen bu sınırlama 'barış içinde bir arada yaşama zaruretinin getirdiği sınırlamalar'⁸ kavramı altında incelenebilir. 'Bağlı olmama' kavramı bir devlet için, egemenliğin bir dış otoriteye delegasyonunu (*delegation*) önleyen bir anlam taşıyordu.⁹ Bununla birlikte devletler, devletlerarası kamu düzeninin bozulup, bir kaos yaratma pahasına egemenlik yetkisinin mutlak kullanımından vazgeçerek, egemenliklerini devletlerarası hukuk vasıtası ile sınırlandırmışlardır. Bu durum, dünya devletlerinin en yüksek katılımı ile oluşturulan Birleşmiş Milletler (BM) örgütünün kurulması ile kesinleşmiş ve BM Antlaşması madde 2/1 de açıkça ortaya konmuştur: 'BM teşkilatı bütün Üyelerinin egemen eşitliği prensibi üzerine kurulmuştur.' Bu maddenin 4. fıkrası da, daha önce devletler tarafından egemenlik yetkisine dayanan bir hak olarak kullanılan 'savaş açma' eylemini sınırlamıştır: 'Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığın karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir suretle tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.'

Kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan ve BM Antlaşmasınının 39.

⁸ Aslan Gündüz, *İktidar ve Milletlerarası Sınırları*, İstanbul Barosu Dergisi, 1990, No 1, s. 16-17,

⁹ Krasner, s. 16-37

maddesinde düzenlenen durum da, devletlerin egemenliğini sınırlayıcı bir örnek haline gelmiştir. Bu maddeye göre, barışın bozulduğu veya tehdit altında olduğu durumlarda, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için önlemler alınabilir. Bu hüküm, savaş ya da güvenliği tehdit edecek bir karışıklık hallerinde, temel hak ve özgürlüklerin ihlali veya ihlali ihtimaline binaen, ilgili devletin egemenliği gözetilmeksizin müdahale edilebilmesini imkan sağlayan uluslararası insancıl hukuk veya uluslararası insani müdahalenin yolunu açmıştır.

Yine BM Diplomatik ilişkiler ve Yargı Bağımsızlıkları Konferansını takiben 14 Nisan 1961 tarihinde benimsenen ve 24 Nisan 1964 yılında yürürlüğe giren Diplomatik ilişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi de, 29, 30 ve 31. maddelerinde yabancı devlet diplomatik misyonlarının görevde buldukları devlette yargı bağımsızlıkları olduğunu hükme bağlayarak, devletlerin yargı yetkisine önemli sınırlandırmalar getirmişlerdir.¹⁰

Yukarıda bahsedildiği gibi, evrensel egemenlik sınırlamaları devletlerin bir arada yaşamasının asgari şartını teşkil ederek, devletlerarası hukukun anayasal teamülleri olmakla kalmayıp BM Andlaşmasına da girmiş bulunmaktadır.

2. Egemen Devlet-Birey İlişkisi ve İnsan Hakları Hukukunun Egemen Devlet Üzerindeki Etkisi

Devletin egemenliğine getirilen diğer bir sınırlama, devletler hukukunun kişileri arasına devletlerin ve uluslararası kurumların yanında bireylerin de girmesi ve milletlerarası alanda korunmasıdır. Devletler hukukunun kişilerinin esas itibarıyla devletler olması, bu devletler arasında akdedilen andlaşmaların bireylere hak tanınması halinde bile, akdi tarafların devletler olması nedeniyle bireylerin doğrudan doğruya ve kendi hesaplarına talep hakları olmasını engellemekteydi. Bu genel prensibe özellikle 20.yy'dan itibaren istisnalar getirilmeye başlanmış ve giderek birey ile devletin karşılıklı hak ve sorumluluklarının olduğu yazılı hukuka dahil edilmiştir. Savaş suçları, soykırım suçu ve *apartheid* suçlarını devlet

¹⁰ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler*, Beta Yayınları, 1996, s. 592

vasıtasıyla işleyenlerin şahsi sorumlulukları olması, bireyi Devletler hukuku kişisi yapmasının yanısıra, devletin egemenliğinin sınırlanması bağlamında, en önemli gelişme insan haklarının tanımlanması ve korunması alanında meydana gelen gelişmedir. Bu anlamda egemenliği sınırlayan ve insan haklarını tanımlayıp kısmi de olsa müeyyideye bağlayan ilk uluslararası belge, ikiz sözleşmeler diye de anılan BM 1966 Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Milletlerarası Andlaşma ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Milletlerarası Andlaşma olmuştur.

Bölgesel düzeyde ise, fert lehine devletlerin egemenliğini açık ve net bir biçimde sınırlayan belge İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesidir. Bu Sözleşmenin getirdiği müeyyide ve koruma sistemi, devletlerin egemenliğine esaslı bir sınırlama getirerek, insan hak ve özgürlüklerine devletlerin yapacağı müdahalelerin bir ihlal oluşturup oluşturmadığını İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“Mahkeme”) vasıtası ile tespit etmektedir. Devletin egemenlik yetkisine getirdiği kesin sınırlama nedeniyle bu Sözleşmeyi kısaca yakından incelemeyi doğru buluyoruz.

Sözleşme'nin esas önemi devletlerin egemenliklerinin sınırlanmasına yol açan bir yargısal denetim sistemi kurmasıdır. Bu denetimi Sözleşme'nin kurduğu Mahkeme yapacaktır. Her ne kadar, 07.12.1976 tarihli Handyside¹¹ kararında Mahkeme ‘Sözleşme, düzenlediği hak ve özgürlüklerin korunmasını ilk olarak taraf devletlere bırakmıştır’ şeklinde bir ifade ile kendi yargı yetkisinin kullanılmasını ikincil bir statüye sokmuş ise de, yine aynı kararda zikrettiği gibi ‘Sözleşme organları,....., yargısal yolla ve iç hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girerler’ diyerek, Sözleşme'nin Ortak Güvence Sistemi'nin özünü ortaya koymuştur. O da, Sözleşmeyi imzalayan üye Devletlerin egemenliklerinin bir görünümü olan yargı yetkisinin sınırlandırıldığıdır.

Sözleşme ile getirilen Ortak Güvence Sisteminin bir organı olan Mahkemenin yetkileri nelerdir ve devletin egemenliğini nasıl sınırlandırır? Taraf Devletlerin vatandaşları, ilgili Devletin bir hak ihlali yaptığını Mahkeme'ye başvurarak iddia edebilir. İlgili Devletin bunu önlemesi mümkün değildir. Mahkeme geçici önlemler alma dahil (örneğin bir kararın infazını önleme) ilgili

¹¹ İHAM, Handyside v. UK, 5493/72, 07/12/1976, para. 48

başvurunun Sözleşme'ye uygunluğunu denetler ve gerekirse ilgili Devleti mahkum edebilir. Mahkeme, başvuru sürecinden sonra, bir yüksek mahkeme gibi, belge ve bilgileri inceler, kamuya açık, ve gerektiğinde sözlü yargılama yapar. Hatta Mahkeme sözlü yargılamada olay aydınlanmadığı takdirde, soruşturmayı genişletebilir, yeni kanıtlar arayabilir, tanık dinleyebilir, kendi personeli aracılığı ile olayların yerinde incelemesini yaptırabilir ve olayla ilgili olduğuna karar verdiği kişilerin ifadelerini alabilir; bu safhaların hepsinde ilgili Devlet Mahkemenin isteklerini yerine getirmek zorundadır.

Mahkemenin, eğer ilgili Devleti mahkum ederse, yaptırım gücü de vardır. Devlet mağduriyetin sonuçlarını gerek tanzim yolu ile ve gerekse normlarını değiştirerek ortadan kaldıracaktır. Aksi takdirde, Sözleşme sisteminden çıkarılmaya varan sonuçlar ile karşılaşabilir. Mahkeme'nin kararlarının, Sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuk düzeni içindeki normlarının değişmesi sonucunu doğurması, devletin egemenliğine açık bir sınırlamadır. *Incal* kararında Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakimlerin yer almasının, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹² Bunun üzerine, bu mahkemelerde askeri hakimlerin görev almasını düzenleyen Türk Anayasasının 143. maddesi, 4388 sayılı ve 18.6.1999 tarihli anayasanın bazı maddelerinde değişiklik yapan kanun ile değiştirilmiş ve askeri hakimler yerine sivil hakimlerin görev yapması sağlanmıştır.

Sözleşme için açtığımız bu parantezin nedeni, Sözleşme sisteminin Devletin egemenliğine ve klasik egemenlik kavramına indirdiği ağır darbedir. Bir Devlet bir kere Sözleşme ile bağlandığında, artık insan hakları koruması alanında egemenlik yetkisini kısıtlanmıştır; kimi zaman egemenliğinin 'bağlı olmama' karakterinin neredeyse tümüyle ortadan kalktığı söylenebilir. Örneğin, Mahkeme 29 Nisan 1988 yılında verdiği *Belilos*¹³ kararında o kadar ileri gitmiştir ki, bir devletin Sözleşmeye koyduğu 'çekince' ya da 'yorum beyanı'nın Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemiş ve Devletin o çekince ne ifade etmek istediğini değil Sözleşme anlamında ve objektif olarak, kendisi ilgili çekincenin anlamını tespit edip vakayı karara

¹² İHAM, *Incal v. Türkiye*, 41/1997, 09/06/1998, para.71-73.

¹³ İHAM, *Belilos v. Switzerland*, 10328/83, 29/04/1988, para. 16

bağlamıştır.

3. Yeni Uluslarüstü ‘Supranational’ Kurumlaşmalar ve Egemen Devlet

Devletin egemenliğinin sınırlanmasının bir diğer şekli de devletler arasında ortaya çıkan yeni kurumlaşma türleridir. Bu tür kurumlaşmaları yaratan en önemli nedenler arasında, devletlerin ihtiyaçlarını tek başlarına karşılayamamaları, teknolojik gelişmelerin ekonomiyi, siyasi hayatı ve hukuku etkilemesi, bu sebeplerle ekonomide, siyasette ve hukukta var olan yapıların ihtiyaçları karşılayamaz duruma gelmesi sayılabilir. Avrupa Topluluğu, Avrupa Serbest Ticaret Alanı, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Alanı ekonomik nedenlerle bir araya gelip kurumsallaşmış yapılardır. NATO ise askeri alanda bahsedilen kurumsallaşmaya bir örnektir.

Uluslarüstü kurumsallaşmaların nedenleri çoğu kez yukarıdakilerden oluşmaktadır ama bu tür kurumsallaşmanın genel kuramı üzerine bir hukuki izah bulmak oldukça zordur. Bu zorluğun yanında, neden bu tür kurumsallaşmalara ihtiyaç duyulduğunun izahı daha kolaydır. Bu tür kurumsallaşmaların nedeni yukarıda bahsedilen devletlerin ihtiyaçlarını tek başlarına karşılayamamalarının, insanlığın yeniden yaşamaması arzu edilen bir felaket dönemi ile son bulmasıdır. O sebeple bu tür kurumsallaşmaların kuramı üzerine yapılan çalışmalar, hemen hemen tamamen pratik ortaya çıktıktan sonra yapılmıştır.

Gerçekte, bu tür kurumsallaşmanın kuramı üzerinde dururken, yani bunların nasıl yapılar olduğu üzerinde çalışırken, hukuki bir izah bulmak için çok da başka yerlerde kavram aramak gerekmez. Bu tür kurumsallaşmaların siyasal teorisini bir kenara bırakırsak,¹⁴ hukuk açısından, anahtar kavram yine egemenlik yetkisidir. Konumuz açısından önemli olan bu kurumların, kurumları oluşturan egemen devletlerin egemenliklerine getirdikleri sınırlamalardır. Yukarıda sayılan veya

¹⁴ Bu teoriler için bkz. C. Petlant, *International Theory and European Integration*, New York, The Free Press, 1973; E.B. Haas, *Turbulent Fields and the Theory of Regional Integration*, International Organization, cilt 30, sayı 2, 1976; B.F. Nelsen & A.C.G Stubb, *The EU: Readings on the Theory and Practice of European Integration*, Londra, Lynne Rienner Publishers, 1994.

onlara benzeyen diğerkurumlar için ikili bir ayrıma gidilebilir. İlk ayrımda söz konusu uluslararası örgütler, kurumsallaşmanın egemen devletlerin egemenliklerine hemen hiç bir kısıtlama getirmeyen ve ancak bu kurumsallaşmayı oluşturan tüm devletler bir konuda oybirliğine vardığında onlar adına hareket edebilen örgütlerdir. Bunun en iyi örneği NATO'dur. AT, Dünya Bankası gibi kendisini oluşturan devletlerin egemenliğini esaslı biçimde kısıtlayan yapılar ise ikinci ayrımı oluşturur. AT zaten bu çalışmada ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Fakat bu ikinci grup kurumsallaşmayı, ki bunlara uluslarüstü yapılar diyoruz, birinci gruptan ayıran ve genelde ortak olan bazı özellikler vardır:

- Uluslarüstü organizasyonların Anayasa benzeri bir kuruluş belgeleri vardır. Bu sistemde bir normlar hiyerarşisi vardır. Bir anayasal devletin organlarına benzer organlar vardır. Değişik uyruktan fertlerin temel hak ve özgürlükleri bu sistemde bağımsız olarak korunur. Uluslararası teşkilatları kuran belgelere nazaran bu belgeler, kendi otonom 'yaşayan' hukuk sistemini kurar. *De Witte*, bu sistemin doğasını, AB hukununun *doğrudan etki ve üstünlük* prensiplerini analiz ettiği yerde şöyle belirtir:

“Bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinin ya da bir uluslararası kurumun kararlarının iç hukukta yerine getirilebilir olması, istisnai bir durum değildir. Ancak özel olan, AD'nin, AT Antlaşmasının iç hukuktaki icra kabiliyetinin yine bu Antlaşma tarafından sağlandığını hüküm altına almasıdır. İşte bu uluslararası hukuk açısından pek görülmeyen bir özelliktir...Topluluk hukununun, AD'nin ulusal yargıca görev yüklemesi anlamına gelen ön karar usulü (preliminary reference procedure)'nün de aralarında olduğu, kendini yenileme niteliklerine sahip bir hukuk düzeni olduğu tartışmasıdır”.¹⁵

- Yukarıda da bahsedilen söz konusu organlardan biri veya daha fazlası, gerektiğinde oy çokluğu ile uluslarüstü organizasyonun üye devletlerinin tümünü bağlayan kararlar alırlar ve bu kararlar icra yeteneğine sahiptir.

- Uluslarüstü organizasyonların yukarıda bahsedilen kararları sadece üyesi olan devletleri değil bu devletlerdeki tüm gerçek ve tüzel kişileri de bağlar.

¹⁵ Bruno de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, Paul Craig & Grainne de Burca (der.), *The Evolution of EU Law*, OUP, 1999 içinde, s. 209

- Ve nihayet uluslarüstü organizasyonların bir yüksek mahkeme sistemi vardır.

B) Egemenliğin İç Görünümündeki Erozyon

Egemenliğin bir görünümü de, belli bir ülke ve insan topluluğu üzerinde asli, yüce ve koşulsuz bir hukuki iktidarı kullanma gücü olarak karşımıza çıkar. Bu anlamı ile egemenlik, siyasal iktidarın en önemli enstrümanıdır. Bir ülkenin tamamında ve herkes için 'kural koyma' ve 'uygulama' yetkisini siyasal iktidara verir. Egemenliğin bu görünümü de ona bir devlet içinde sınırsız bir güç bahsetmez. Öyleyse, egemenliğin bu görünümünün kaynağı nedir? Bu anlamda birden fazla egemenlikten, yani egemenliğin sınırlanabilirliğinden ya da bölünebilirliğinden söz edebilir miyiz?

İktidarın bir kişi de ya da onun şahsında insan olmayan varlıklarda olduğu ve genelde XVII. yy öncesine tekabül eden zamanlarda egemenliğin sınırlanmasından bahsetmek neredeyse imkansızdır. Zaman içinde, ulus egemenliği ile devlet arasındaki ilişki ve tek bir kişide (monarkda) cismanileşen egemenliğin ulus denen hukusal bir kişiliğe bürünmesi, modern devlette egemenliğin halka karşılık gelen ulus kavramı ile temsil edilir hale gelmesine neden olmuştur.¹⁶ Bu gelişmenin sonucunda, siyasal iktidarın kaynağının aynı zamanda egemenliğin de kaynağı olması ve kapsamının da buna göre tayin edilmesi, tarihi gelişimi içinde, iktidarın bağdaştırıcı bir biçimde tek tek ve kollektif olarak insalara ait olduğu düşüncesi ile birlikte, egemenliği ve onun sınırlanmasını yeni bir kritere kavuşturdu: Anayasa. Böylece, bir devlette egemenliğin sahibinin ulus olduğu (örneğin T.C Anayasası m. 6) ve egemenliğin ulus adına siyasal iktidar tarafından belli esaslarla kullanılacağı (T.C Anayasası m. 6/2) anayasaların değişmez ilkeleri oldu. Egemenlik, gücünü ve kaynağını anayasadan alarak meşruluk kazandı. Bu durum kıta Avrupa'sının büyük kısmında ve dünyanın diğer bölgelerinde 'Anayasal egemenlik' kavramı olarak literatüre geçti.¹⁷

¹⁶ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1/4, 1986, s. 137-140

¹⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 1991, 2. bası, s. 117-120

Anayasaların egemenliğin kaynağı ve tek sınırlayıcı belgesi olması, egemenliğin bahsettiğimiz anlamı ile hukukileşmesini şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde sağladı. Ne varki, bu bahiste ‘bağlamaya zorlamak’ anlamında egemenliği açıklarken kullanılan kavramlar ve sözcükler, örneğin ‘ulus’, insanların üzerinde yaşadığı yer anlamında ‘ülke’, homojen bir topluluk gibi bahsedilen ‘insanlar’, giderek hukuksal ve siyasal anlamda bir değişim geçirdiler ve halen de geçirmekteler. O zaman bu kavramlara bağlı olarak tanımladığımız egemenlik kavramının da geçerli kabul edilmesi, bu kavramlardaki değişiklikler ile birlikte egemenlik kavramındaki değişikliklerin de analiz edip açıklığa kavuşturduktan sonra mümkün olabilir.

Devletin egemenlikten kaynaklanan kamu gücü ile koyduğu normlar, belirli bir coğrafyada (ülke) ve bu coğrafyada yaşayan insanlar (ulus, halk) üzerinde geçerlidir. Bir devlet ile ülke ve ulus arasındaki ilişki, egemenliğin karakterini ve netice olarak da devletin biçimini değiştirir. Bu ilişkiyi analiz ederken iki ana kavram kullanacağız: Tek siyasal merkezli devletler ve birden fazla siyasal merkezli devletler.¹⁸

1. İç Egemenliğe Birinci Darbe: Egemenliğin Kullanılmasının Fonksiyonel Temelde Bölünmesi ve Erkler Ayrılığı

Tek siyasal merkezli devlet ya da bilinen adıyla üniter devlet ile onun ülkesi ve ulusu arasındaki ilişki yalındır. Modern devletlerin ilk biçimi sayılabilecek üniter devlet, tarihsel olarak kendisinden önceki toplumsal-siyasal yaşayıştan diyalektik bir ayrılış olarak görülebilir. Bir insan topluluğunun (ulus) ve bir coğrafyanın bileşenlerini oluşturduğu ilk devletlerden önce, ülke denince, küçük iktidarların içinde çatışmalı bir şekilde barındığı, değişik şekillerde bölünmüş –örneğin dine ya da soya göre-, yersel sınırları olan, ve şimdi gümrük dediğimiz, ticari sınırların nerede ise kasaba büyüklüğünde alanları böldüğü toprak parçaları anlaşılırdı. Doğal olarak da, bu çoklu ve bölünmüş yapıda, hukuk da egemenlik de bölünmüş bir yapıda ve bugünkü anlamından uzaktı.

¹⁸ Bu kavramların ayrıntıları için ayrıca bkz. Atilla Nalbant, *Üniter Devlet*, YKY, 1997, 1.bası, s. 25 vd.

Üniter devlet bu geçmişte tepki olarak 'tek'lik kavramı üzerinde kurulmuştur. Siyasal olarak homojen bir ulus ve 'tekçi' bir organizasyona dayanır. Belli bir ülke sınırları içerisinde bir tek ulustan ve bir tek yönetim merkezinden oluşur. Üniter devlette, hukuk da egemenlik gibi tektir. Tek ve herkes için eşit uygulanır bir yasa mantığı hakimdir. Bu yasayı merkezde oluşturulan bir yasama meclisi yapar. Egemenliği, ulus adına bu meclis kullanır. Ülke içinde ulusa ait olan bu egemenliğin kullanımı başka her hangi bir kurum ya da kuruluş ile paylaşılmaz ya da onlara devredilmez. Tüm ülkede bu 'ortak yasa' aynı şekilde uygulanacağı için, üniter devletin karakteristiği ortaya çıkar: Detaylı bir merkezden yönetim. Bu merkezin ülkenin en uzak bölgelerine dek uzanan bir merkezi teşkilatı vardır. Böylece hükümet ve idari yapı da tek merkezden yönetilen bir şemaya sahiptir. Aynı şekilde yargı erki de merkeze aittir. Merkezden taşraya doğru yönelen bir yargı sistemi, hiyerarşik bir şekilde tek bir egemen merkezden kaynaklanan hukuku doğrusal biçimde uygular. Üniter devlette ifadesini bulan bu tarz egemenliği açıklarken, *Fowler&Bunck*, bu egemenliği '*yığın egemenlik ya da kütle egemenlik*' (*The Chunk Approach to Sovereignty*) şeklinde tanımlamışlar ve bu tür egemenliğe *ya tamamen sahip olunabileceğini ya da hiç sahip olunamayacağını*, bu tür egemenliğin *değiştirilmesi olanaksız, sabit ve azaltılamaz* bir yapıda olduğunu belirtmişlerdir.¹⁹

Üniter devletteki merkezin çevre organları ve yerinden yönetim organları, yersel ya da konu veya kişiye göre, merkezden ayrı bir egemenliğe, yani kamu gücüne sahip değildirler. Merkezin çevre organları, yetki genişliği prensibince merkezin birer koludurlar; yerinden yönetim organları ise yersel organlar olmakla birlikte, bir liste halinde kuruluşlarından beri ve/veya tek tek sonradan merkezin kendilerini verdiği yetkileri kullanmak suretiyle yersel ihtiyaçlara cevap verirler. Her iki mekanizmada da kendi kendilerine karar alma yani egemenliği kullanma yetkisi yoktur. Yetkilerin gerçek sahibi merkezdir.

Özetlersek, tek siyasal merkezli devletlerde yasama yetkisi merkezdeki parlamentoda, yürütme yetkisi merkezdeki Cumhurbaşkanı ve hükümettedir; yargı yetkisi de, çevreden merkeze doğru, yani ilk derece mahkemelerinden onların

¹⁹ Michael Ross Fowler & Julie Marie Bunck, *Law, Power and The Sovereign State -The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, The Pennsylvania State University Press, 1995, s. 64-65

hiyerarşik olarak bağı olduğu merkez yüksek mahkemelerindedir.

Üniter devletteki bu merkezizyetçilik, devleti oluşturan unsurların, yani ulusun ve ülkenin tekliğinden kaynaklanmaktadır. Üniter devlette ulus tektir ve ulusaltı gruplara, her ne şekilde olursa olsun, hukuki anlam yüklenmez. Devleti oluşturan ulus bir tanedir; Türk ulusu ya da Fransız veya İtalyan ulusu gibi. Öte yandan ülke de tektir. Devletin sınırları içerisinde, tek bir coğrafyaya bağılığa aykırı özellikler gösteren, diğer bölgelerden herhangi bir şekilde –siyasi ya da toplumsal veya başka nedenlerle- farklılık arz eden başka alt sınırlar ya da bölgeler yoktur. Kitadan ayrı olan adalar da ülke kavramının içindedir, hatta deniz aşırı topluluklar dahi merkeze bağıdır; Büyük Britanya Devletinde olduğu gibi.

Böylece “(E)gemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesi, sadece ulusun egemenliğin kaynağı olması; buna karşılık, ulusaltı hiçbir topluluğun, egemenliğin kaynağı niteliğine sahip olmaması anlamına gelir. Bu anlamda, ulus hukuki bir tanım olarak mevcut tek siyasal iktidarın/devletin meşruluk kaynağıdır. Bunun somut görünümü ise, siyasal yetkiler düzeyinde ulusaltı toplulukların veya devletaltı birimlerin hiçbir biçimde siyasal yetkilere sahip olmamalarıdır. Bu bağlamda ulusaltı topluluklar, egemenlikten kaynaklanan yetkiler olan yasama, yürütme ve yargı yetkilerini kullanamazlar”.²⁰

2. İç Egemenliğe İkinci Darbe: Egemenliğin Kullanılmasının Bir Başka Şekilde Bölünmesi - Topluluk veya Yer Esaslı Bölünme

Egemenliğin tek bir ulusa ait ve tek bir ülke üzerinde geçerli kamu gücü olduğu üniter devletlerde, bu egemenliğin, ancak bu ulusun ve bu tek ülkenin devletinin organları tarafından anayasal teminat altında kullanılmasının yanısıra, egemenliğin sadece fonksiyonel olarak değil, ama devlette yaşayan toplulukların (halklar) ve/veya ülkenin coğrafi parçalarının dikkate alınması suretiyle tezahür ettiği *çok merkezli* yapılar da vardır. Bu tür bir yapı gösteren devletler, kendi sistemleri içinde farklılaşmakla ve karmaşıklaşmakla birlikte, konumuz olan egemenlik açısından hemen hemen aynı prensip üzerine kurulmuşlardır. O da

²⁰ Nalbant, s. 65.

egemenliğe birden fazla siyasal merkez tarafından sahip olunmasıdır. Bir siyasal yapıda birden fazla merkezin olmasının unsurları, egemenlik kadar, bu egemenliğin üzerinde yükseldiği ülke ve halklardır da. Tabii olarak burada bahsedilen ülke ve halklar, egemen *norm* ile birlikte dikkate alınmalı ve belirli bir normatif düzeninin bir parçası olarak okunmalı; yoksa alelade insan topluluklarından veya toprak parçalarından ibaret unsurlar şeklinde değil. Bu anlamda egemenliğin sadece fonksiyonel olarak erklere ayrıldığı tek merkezli siyasal yapılarda ulus (millet) egemenliği kuramı, çok merkezli siyasal yapılarda ise halk egemenliği kuramından söz etmek mümkündür.

a) Ulus (Millet) Egemenliği ve Halk Egemenliği Kuramları

Ulusal egemenlik kuramına göre ulus, sadece tanımlandığı anda kendisini oluşturan bireylerden oluşan bir varlık değildir. Ulus, bireylerin toplamından daha fazla bir şeydir; onlardan ayrı bir *tüzel* kişiliğe sahiptir.²¹ İşte bu kişilik sebebiyle, egemenlik bireyler arasında ya da halklar temelinde karşılık bulmaz; egemenlik ulusa aittir ve kişileştirilen bu ulusa ait olan egemenlik tektir ve bölünemez.

Ulusal egemenlik kuramında yer alan ulus, egemenliğini temsilcileri vasıtası ile hayata geçirir. Yani belli bir zamanda yaşayan bir halktan değil de, soyut olarak bir ulus kavramından söz edilen ulus egemenliği kuramında, bu egemenliği hayata geçirmek, o anki halkın temsilcileri vasıtası ile olmaktadır. Bu durum kuramın önemli bir eksiği olarak ortaya çıkar. Kanaatimizce daha önemli bir eksiklik ise, soyut ve siyasal manada bir egemenden bahsetmektir; bunun yerine hukuki anlamda bir egemen, temel normu yani anayasayı ve hukuki düzeni kuran iktidardan bahsetmek daha doğrudur.²² Böyle olunca, kuran iktidar soyut bir ulus tüzel kişiliğine karşılık gelecek şekilde tanımlanamaz; çünkü söz konusu temel normu veya anayasayı ortaya çıkarıp yapan ve onaylayan o anki halk ya da halklardır.

Daha da önemlisi bizim de katıldığımız görüşe göre, egemenlik her an

²¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. baskı, Legal Yayınları, 2006, s.167.

²² Kapani, s. 62.

hukuken egemen ve üstün olan anayasadadır.²³ Kurulu iktidar yani anayasa ve hukuki düzen, kuran iktidar onu değiştirene kadar en üstün hukuki iktidara sahiptir. Bu değişiklik asli kurucu veya tali kurucu tarafından yapılabilir; ancak her iki durumda da değiştiren irade, halk veya halklardır. Bu da bizi halk egemenliği kuramına ve onun modern çok merkezli siyasal yapılardaki görünümüne götürmektedir.

Halk egemenliği kuramına göre ise, egemenliğin asli sahibi halktır. Yurttaşlar arasında paylaşılabılır bir egemenlik söz konusudur. Her yuttaş kurucu iktidarın bir parçasıdır. Aynı zamanda yasama iktidarına katılma hakkına da sahiptir.²⁴

Halk egemenliği kuramı, asli kuruculuk açısından halkoylaması (referandum) gibi vasıtalarla, karar alma süreçlerine katılma ve etkileme açısından da görevden alma/geri çağırma gibi vasıtalarla geçerliliğini sürdürmektedir. Halk egemenliği kuramı, öte yandan, egemenliğin meşru bir üstün iktidar olma, yani anayasal bir dayanağa sahip olma niteliği ile de bağdaşmaktadır. Ancak günümüz toplum hayatının hızla değişimi ve modern siyasal yapıların işleyebilmesinin gerekleri göz önüne alınarak, halk egemenliği kuramı, özellikle çok merkezli siyasal yapılarda kendisinden beklenen işlevi yerine getirmek için, bünyesinde zaten var olan bazı unsurların öne çıkartılması yolu ile geliştirilmiştir. Bu anlamda en önemli örnek, Amerikan devrimi ve onun federalizmidir; bu örnek, çoğu kez, çok merkezli siyasal sistemlerde egemenliğin anlaşılmasını kolaylaştırır.

Devrimden önce sözkonusu halk ve ülke (İngiliz Kolonileri) tek merkezli bir siyasal yapı olan İngiltere' ye bağlı idi. İngiltere ise bu dönemde, Kral, Lordlar ve İngiliz vatandaşlarının temsilcilerinden oluşan bir Parlamento üniter siyasal sistem içinde yönetiliyordu. *Johnson*'a göre, "İngilizler, soyut egemenliği, bahse konu üç unsuru içeren Parlamento'da cismanileştirmişlerdi".²⁵ Dahası, bu Parlemtentonun iradesi, yazara ve genel kabule göre, o anki halkın ve ülkenin iradesini geçmişe ve geleceğe doğru da kapsamaktaydı.

²³ Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, 3. Baskı, Naturel Yayınları, 2004, s. 43.

²⁴ Kaboğlu, s. 165.

²⁵ Samuel Johnson, *Taxation No Tyranny*, D.Green (der.), *Political Writings*, Yale of the Works of Samuel Johnson Cilt 10, 1977, içinde s. 401-403 ve <http://www.samueljohnson.com/tnt.html>.

Buna tepki olarak Amerikan kolonileri, Magna Carta'dan, yazılı olmayan temel ve 'common' hukuk geleneklerinden ve en önemlisi kendi *halk*'larının ve *ülke*'lerinin *populer egemenliğinden*²⁶ yola çıkarak, Parlemononun çıkarttığı bazı kanunları geçersiz saydılar. Parlemononun üzerinde, bu sayılan unsurlardan oluşan bir *anayasal meşruluk kuramı* meydana getirdiler. *Bailyn and Wood*, "bu anayasal kapsamın, sadece siyasal kurumların yapısı ve düzenlenişi ile ilgili olmadığını, ama aynı zamanda, egemenliğin meşru kullanımını sınırlayan bir dizi pozitif yasal prensipleri de tanımladığını"²⁷ savundu.

b) Halk Egemenliği Kuramından Çok Merkezli Siyasal Yapılara

Egemenlik açısından, ulus egemenliğine dayalı üniter yapılı tek merkezli siyasal yapılar ile halk egemenliğine dayalı çok merkezli siyasal yapılar arasında önemli farklar ortaya çıkmaktadır.

Birincisi, bu iki siyasal yapının kendisini oluşturan unsurlar arasında esaslı bir fark vardır. Örneğin, federal devlette halk çok merkezliliği yaratacak şekilde, *federe devletler halkı* ve *federasyon halkı* şeklinde ikiye ayrılırken, devleti oluşturan ülke de federe devletler ve federasyon şeklinde ikiye ayrılmıştı; oysa üniter devlette tek bir halk ve tek bir ülkeden başka alt gruplar ya da halklar veya ayrı ülke parçalarından söz etmek mümkün değildi.

İkincisi, bu iki siyasal yapı içinde egemenlik kavrayışı çok farklıdır. Çok merkezli siyasal yapılarda, örneğin, egemenlik hem federe devlet halklarında ve ülkesinde, hem de federasyonun tüm halkında ya da federal merkezi yapıdadır. Değişik çok merkezli siyasal yapılarda veya her bir çok merkezli siyasal yapının içinde değişik zamanlarda, egemen kamu gücünün, örneğin, sadece federe ülkelerin halklarında (Güney Eyaletlerinin 1861'de Amerika Birleşik Devletleri federasyonundan, egemenliğin sadece eyalet halklarında olduğu, bir Birleşik Devletler Federasyonu egemenliği olmadığı görüşü ile ayrılmaları örneğinde

²⁶ Bu kavramın oldukça doyurucu bir analizi için bkz. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, OUP, 1999, s. 128-131

²⁷ Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard College, 1990, s. 175 ; Gordon Wood, *The Creation of the American Republic*, the Omohundro Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, Virginia, 1969.

olduğu gibi) veya merkezi federal yapıda tezahür ettiği görülse de (Federal Almanya), bu durum, egemenliğin bu siyasal yapılar içinde iki farklı şekilde yer aldığı gerçeğini değiştirmez. Tek merkezli siyasal yapılardan bu farkının yanında egemenlik, çok merkezli siyasal yapılarda bir başka açıdan da farklıydı. O da egemenliğin gerçek sahibi olan halk ile onu kullananlar arasındaki ilişkinin bu ikincisinde oldukça farklı oluşudur.

Tek merkezli siyasal yapılar ile çok merkezli siyasal yapılar arasında egemenlik açısından bu üçüncü farklılık da, çok merkezli (federal) yapıların normatif hukuki düzenlerindeki iki ilkedен doğmaktadır: popüler egemenlik ilkesi (*popular sovereignty*) ve vekalet teorisi (*agency theory*).

i) Popüler Egemenlik İlkesi (Popular Sovereignty)

Buchanan'a²⁸ göre, *Hobbes*'un ve onun takipçileri olan *John Austin* veya *A.V. Dicey*'in toplum sözleşmesine göre egemenliği mutlak olarak Kraliyet kurumunun veya Parlemonun otoritesi ile kaim kılmak, egemenliğin gerçek sahibini değiştirmek demektir. Yazar, daha çok *Locke* ve takipçilerini izleyerek ve geliştirerek, egemen olanın, anayasal kurumların isteklerini ve iradelerini gerçekleştirdikleri *bireyler* olduğunu savunmuştur. Egemenlik açısından insanlar dışındaki tüm kurumlar *dışsaldır*; onlara egemenliği sadece ve sadece insanlar sunar. Tüm yetki, bu yetkiyi kullananların rıza ve iradelerinde bulunur. Bu durum iki şekilde kendini gösterir. İlk olarak, kurulu bir anayasal düzenin varlığı ve anayasanın, tüm bireylerin *her an* benimsediği, onayladığı ve gereğinde değiştirdiği bir belge niteliğinde olması, ikinci olarak da, bireylerin ya da bireylerin bir kısmının kendilerini, dini, etnik veya kültürel bir topluluktan daha ziyade, yasal ve siyasal bir topluluk haline getirme imkanını kullanabilmeleri.²⁹ Popüler egemenliğin bu iki durumuna, merkezi siyasal organlardan *özerk* olma ve merkezi siyasal yapıya *katılma* da denir.³⁰ Bu *özerklik* ve *katılma* prensipleri, çok merkezli siyasal yapılarda, halkın federe devlet halkları olarak egemenliğinden ve federal devletin

²⁸ Aktaran: Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, OUP, 1999, s.130. Sözcük olarak 'halk egemenliği' ne tam karşılık gelmemesi, hem de halk egemenliği kuramından bir ölçüde farklı olması nedeniyle, *Popular Sovereignty*'nin karşılığı olarak 'halk egemenliği'ni kullanmadık.

²⁹ *İbid.*, s. 131

³⁰ Kavramların detaylı tanımları için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. baskı, Legal Yayınları, 2006, s.149-151

tüm halkının egemenliğinden yola çıkan mekanizmalara neden olur. Bu mekanizmalardan biri, federal devletin tüm halkının iradesinin karşılık bulduğu birinci meclis ile, katılma prensibi gereği, federe devletlerin eşitlik esasına göre merkezi yönetime katıldıkları ikinci meclistir. Bu mekanizmanın esprisi, çok merkezli siyasal sistemlerde ülke halkının çoğunluğunun iradesinin karar alma sürecinde tek belirleyici güç olmaması, bunun yanında federe devletlerin halkının oluşturduğu ikinci meclisin de onayının aranmasıdır. Böylece iki ayrı egemenlik bir arada işlemektedir. Örneğin, referandum ile bir Anayasa değişikliği sözkonusu olduğunda, bu değişikliğin kabul edilmesi için sadece bütün halkın çoğunluğunun değil, tek tek federe birimlerin çoğunluğunun da olumlu yönde oy kullanması gerekir. 50 federe devletli bir federasyonda bu değişikliğin kabul edilebilmesi için federasyonun tüm halkının kabul oyu yanında, federe devletlerin yarından bir fazlasının olumlu oy vermesi gerekmektedir. Öte yandan, anayasa değişiklikleri dışında olağan yasalar açısından da federe devletlerin *katılma* prensibi gereğince ağırlığı görülür. Kongre ya da Parlemtentonun bir kararı kabul edebilmesi için tüm halkın oyları ile seçilmiş genel meclisin yanında, federe devlet temsilcilerinden oluşan ikinci meclisin de ilgili kanuna onay vermesi gerekir³¹.

Populer egemenliğin diğer görünümü ise söz konusu çok merkezli siyasal yapılarda bu merkezlerin (eyaletler veya federe devletler) *özerkliğidir*. Federal merkezden özerkliğin, aslında konumuz olan egemenliğin çok merkezli siyasal yapılarda farklı algılaşımının yanında, en önemli özelliği çok merkezli siyasal yapıları tek merkezli (üniter) siyasal yapılardan ayıran bir ilke olmasıdır. Bu ayırım da kendisini, kamu gücünün nerede veya hangi konuda, kim tarafından kullanılacağında somutlaşmaktadır. *Ana siyasal merkez*'in dışındaki merkezleri *çevre merkezler* şeklinde isimlendirecek olursak, bu çevre merkezlerin federal merkezden ayrı, özerk yapıları, fonksiyonları ve yetkileri vardır. Bunlar federasyonun anayasası ile teminat altına alınmıştır. Her devlette hukuku yapan ve değiştiren sınırsız yetkili bir egemen kanun yapıcının varlığını savunan Austin, bu düşüncesinin federal yapılardaki çevre merkezlerin egemenliğini açıklayamaması üzerine, *her çevre merkezin*³² ayrı egemenliği ve ana merkezin de ayrı egemenliği olduğunu bu egemenliklerin bir bütünleşik yapı olarak biçimlendiğini, ama bunun

³¹ Oktay Uygun, *Federal Devlet*, Çınar Yayınları, s. 132

³² Vurgu tarafımdan eklendi.

sıradan bir yasama kurumu olmadığını, aksine tüm devlet kurumlarının, vatandaşların oluşturduğu bu yapıdan (entity) sadır olduğunu ileri sürmüştür.³³ Dicey, *hukuki egemenlik* kavramını kullanmak suretiyle aynı sonuca vararak, “federal devlet hukuki egemenliğinin, federe devletlerin ayrı özerk egemenliklerinin bir bütün olarak oluştuğu bir yapıdan ortaya çıktığını” belirtmiştir.³⁴ Ancak çevre merkezlerin özerk egemenliğini, *Madison*, çok açık olarak ortaya koymuştur. Yazara göre, “federal merkezin egemenliği, tüm federal ülke vatandaşlarının egemenliği yanında, federal anayasasının teminatı altında, çevre merkezlerin özerk egemenliklerinden meydana gelir. Bu egemenlikler toplamı belli konularda federal merkeze egemenlik yetkisi verir; kalan konularda da çevre egemenlikler kendi yetki alanlarına sahiptir”.³⁵ Böylece, federe devletler siyasi merkezin kararlarında da, kendi yetki alanlarında da özerkliğe sahiptirler.³⁶ Bu özerkliğe biraz daha değinmek popüler egemenliğin bu görünümünü açıklığa kavuşturacaktır.

Çevre merkezlerin kendilerine kalan egemenlik alanları olması durumunun, çok merkezli siyasi yapıları diğerlerinden ayırmasındaki en önemli faktör, bu özerk egemenliğe karşılık gelen yetkilerin ve fonksiyonların, tek merkezli ya da bölgesel yapıları devletlerin aksine, çevre merkezlere, söz konusu yapının daha kuruluş aşamasında anayasal metinlerle verilmesidir³⁷; yoksa merkezi parlamentolar ya da meclislerce değil. Dahası bu yetkiler geri alınamaz; meğer ki, anayasa değiştirilsin. Böyle bir değişiklik tahtında da çevre merkezlerin etkisine yukarıda değinildi.

Çevre merkezlerin egemenlik alanlarında kalan yetki alanları ve yöntem itibari ile bunların bölüşümü her çok merkezli siyasi yapıda değişiklik göstermektedir. Amerikan federalizminde federe devlet yetkileri, ‘federal merkezin

³³ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, H.L.A. Hart (eds.), Weidenfeld and Nicholson, London, 1954, s. 251.

³⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan and Co., 10. baskı, 1961, s.135

³⁵ James Madison, *Works*, IV, 420-421, aktaran: Drew R. Mc Coy, *The Last of the Fathers: James Madison and the Republican Legacy*, Cambridge, 1989, s. 149-150

³⁶ Aynı yönde bkz., Akhil Reed Amar, *Sovereignty and Federalism*, YLJ, Cilt 96, 1987, s. 113; C.E. Merriam, *A History of the Theory of Sovereignty Since Rousseau*, Columbia University Press, 1900, s. 164, aktaran: Jeffrey Goldsworthy, *The American Debate About Sovereignty: A Comparative and Historical Perspective*, N. Walker (der.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003 içinde, s. 423-446.

³⁷ Örneğin, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, Madde 32,

<http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm> ; Federal Almanya Anayasası, Madde 28-30.,

<http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>; Belçika Anayasası Madde 35.,

<http://www.fed-parl.be/gwuk0003.htm#E11E3>

sayılı yetkileri dışında kalan yetkiler' şeklinde düzenlenip alabildiğine geniş tutulmuş iken, bu durum Avusturya da tam tersine bir hal arz etmektedir³⁸. Ancak özerklik açısından ne ölçüde yetki sahibi olduğunun bir önemi yoktur; önemli olan populer egemenliğin bir unsuru olan özerkliğin ilkelerine bağlı kalınmasıdır: Egemenliğin her hangi bir siyasal merkezden alınmamış, aksine anayasal varlığının olması, her hangi bir siyasal merkez tarafından geri alınabilir olmaması.

ii) Vekalet Teorisi (Agency Theory)

Çok merkezli siyasal yapıları, tek merkezli siyasal yapılardan egemenlik anlayışı açısından ayıran ilk unsur yukarıda incelenen siyasi merkezin ve çevre merkezlerin varlığı ve statüsüdür. Diğer bir ayırıcı unsur da, bu merkezler ile egemenliğin sahibi olan bireyler arasındaki ilişkidir.

Tek merkezli siyasal yapılarda egemenliği bireyler adına kullanan temsilciler, belli zaman aralıkları ve aralarındaki işbölümü ile bu egemenliği *temsili vekalet* ilkesine göre kullanırken; çok merkezli siyasal sistemlerde, egemenliğin kaynağı ve sahipliği ile ilgili yukarıda bazı örnekleri verilen düşünce ve doktrinler gereği, bu ilişki temsili bir vekalet ilişkisinden daha ziyade, her an geri alınabilir ve sınırları çok daha katı bir vekalet ilişkisidir.

Bu vekalet ilişkisinin açıkça anlaşılması için, çok merkezli siyasal sistemlerde en yakıcı konuya ama bu kez başka bir açıdan bakmak gerekmektedir. O da söz konusu vekaletin verilmesi için, önce vekalet konusundaki egemenliğin bu çok merkezli siyasal sistemde nerede bulunacağıdır. *Brandon*, aralarında Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinin imzacılarının da bulunduğu Abraham Lincoln, Jonh Adams, Daniel Webster'in düşüncelerine referans yaparak, egemenliğin sadece ve sadece tüm ulusa ait olduğunu ileri sürmüştür.³⁹ Federasyonun ayrı ayrı çevre merkezlerden oluştuğuna vurgu yapan Thomas Jefferson, ve onun gibi düşünenler ise, egemen olanın ayrı ayrı çevre merkez halkları olduğunu savunmuşlardır.⁴⁰ Buna göre çevre merkezlerin halkları kendi bölgelerinde anayasayı bile geçersiz

³⁸ Federal siyasal yapılarda anayasal yetki konusu için bkz. Dicey, s. 72 vd.

³⁹ Mark E. Brendon, *American Slavery and Constitutional Failure*, Princeton U.P., 1996, s. 164

⁴⁰ J.H. Reed, *Powers versus Liberty: Madison, Hamilton and Jefferson*, University Press of Virginia, 2000, s. 89-90.

sayabilirlerdi. *John C. Calhoun*, bu görüşün savunucularını izledi ve görüşü geliştirerek, egemenliğin kesinlikle çevre merkezin halklarında olduğunu ve onların hem ana merkezi belli sınırlı konularda vekil tayin ettiğini hem de kalan konularda da kendi çevre merkez yapısını görevlendirdiğini ileri sürdü.⁴¹ *Calhoun*'un bu görüşü ile vekalet teorisinin ilk tohumları atılmış oldu. Üçüncü olarak, *Dicey* ve onun görüşünü izleyenler çevre merkez halklarının birlikte egemen oldukları görüşünü savundular⁴². *Dicey*'in bu görüşü başta *Thayer* olmak üzere bir çok müellif tarafında eleştirildi ve etkisi sınırlı oldu. Birlikte egemenlik görüşü için ana eleştiri noktası, çok merkezli siyasal yapılarda bazı konularda anayasa değişikliğinin ekseriyet ile de mümkün olması idi.⁴³ Dördüncü grubu oluşturan görüş sahiplerine göre ise, ki öncüleri *James Madison*' dur, egemenlik, çevre merkezler ve tüm federasyon halkı arasında bölünmüştü. *Madison*, *Calhoun* ve *Webster*, anayasal çok merkezli yapının, çevre merkezlerin egemen halkları tarafından yaratıldığını, ve bu halkların, egemenlikten doğan yetkilerin bir kısmını, ana siyasal merkez vekillerine, bir kısmını da çevre merkez vekillerine bırakarak iki kademeli bir yönetime dağıttıklarını savundular.⁴⁴ Böylelikle, egemenlik, çevre merkezler ile ana siyasi merkez vekillikleri arasında bölünmüş oluyordu.

Çok merkezli siyasal yapılarda egemenliğin aidiyeti ve sınırları sorununu çözmek ile görevli organlar da, yukarıda özetlenen dört ayrı görüşten ikinci ve dördüncü görüşü birlikte değerlendirerek soruna yaklaşmışlardır. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir kararında, “ulusun egemenliğinin ulusun halkında olduğunu ve çevre merkezlerin halkının kalan egemenliklerinin de çevre merkezlerde”⁴⁵ olduğunu belirtmiş, diğer bir kararında da “egemen yetkinin ana siyasi merkez ve çevre merkezler arasında bölündüğünü ve her ikisinin de kendi üstlendikleri amaçlar ile ilgili oldukça egemen olduklarını”⁴⁶ karara bağlamıştır.

Nihai egemenliği, -tek merkezli siyasi yapılara nazaran- daha net biçimde çevre merkeze (ve haklarına) ve de ana merkeze (ve tüm ulusuna) bölerek ifadeleştiren çok merkezli siyasal sistemlerde, egemen-vekil ilişkisi kendine has bir

⁴¹ August O. Spain, *The Political Theory of John C. Calhoun*, Bookman Associates, 1951, s.188-89.

⁴² *Dicey*, s. 137 vd.

⁴³ Aktaran, Goldsworthy, s. 435, J.B. Thayer, *Legal Essays*, Boston book Co., 1908, s. 191

⁴⁴ Goldsworthy, age. s. 436-437

⁴⁵ *Chisholm v. Georgia* (1792) 2 Dallas 419, <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/72/>.

⁴⁶ *McCulloch v. Maryland* (1819) 4 Wheaton 316, <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/236/>.

yapıdadır. Bu ilişkinin en önemli unsuru, halkın her iki düzeydeki vekillerine verdikleri konusu egemenlik yetkisi olan vekaleti, her zaman geri çekme ve değiştirme şartı ile vermeleridir. Bu sebeple hiç bir zaman egemenliği vekillere bırakmamış veya onlarla paylaşmamışlardır. *Hamilton, Madison, Marshall and Iredell*, egemen yönetim (her iki düzeyde de) deyince, zorunlu olarak sınırlı bir egemenlik yetkisi vekaletinden bahsettiklerini açıkça belirtmişlerdir.⁴⁷ Vekaletin sınırlı olması ve vekalet sınırının özellikle yasal karar alma ve yürütme süreçlerinde aşılması ikili bir teminata bağlanır. Bunlardan biri, ayrı ve farklı şekillerde ve farklı zaman aralıklarında vekilliği yerine getiren üyelerden oluşan iki meclis yapısı, diğeri ise vekaletin bağımsız (mali bağımsızlığı da içerecek şekilde) ulusal yürütme ve yargı fonksiyonlarına dağıtılması.⁴⁸

Son olarak da vekalet teorisinin başta gelen savunucularından biri olan *Madison*'ın teoriyi nasıl açıkladığına bir bakalım. *Madison*, ağırlık kazanan görüşünde savunduğu gibi, iki ayrı yönetim düzeyi sebebiyle, bireylerin, ana merkezin vekalet dayanan yetkilerini sınırlandırdığını, ana merkezin bu sınırlı yetkilerinin dışında kalan tüm yetkilerin çevre merkez vekillerinde olduğunu açık bir şekilde kavramlaştırdı:⁴⁹ “Federal ve federe yönetimler bireylerin farklı vekilleridir; farklı amaçlar için farklı yetkilere sahiptirler. Kuvvetler ayrımı ilkesi ile birlikte, her iki düzeydeki vekiller, egemenliğin gerçek sahiplerinin icazetini, yekdiğerinin hata ve yanlışlarını kontrol altında tutarak ve onlarla mücadele ederek kazanır”.⁵⁰

II. Yetki Kavramı

A) Kavrama Genel Bir Bakış

Yetki kavramı tanımlanmaya çalışılırken karşılaşılan güçlük, tüm diğer temel hukuki kavramları tanımlamakta karşılaşılan güçlük ile aynıdır. Örneğin, *Hart, the Concept of Law* adlı eserinde ‘adalet’ kavramını şöyle açıklar⁵¹:

⁴⁷ Akhil Reed Amar, *Sovereignty and Federalism*, YLJ, Cilt 96, 1987, s. 9-10

⁴⁸ *İbid.*, s.11

⁴⁹ *İbid.*, s.14

⁵⁰ *İbid.*, s. 16

⁵¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1997, s. 156

“Adalet kavramı iki kısımdan oluşur: ‘benzer durumlara benzer şekilde muamele et’ şeklinde tasvir edilen ilkedeki değişmez kısım ve iki veya daha fazla durumun benzer olduğunu ortaya koyan değişken bir ölçüt. Bu sebeple adalet kavramının farklı algılanışını ortadan kaldıracak olan, tanımın değişmez kısmını herkes için ortak bir payda haline getirmek olacaktır.”

Yetki, yetki veren norm veya yetki ile geçerlilik ilişkisi gibi kavramlar da farklı insanlar tarafından, farklı durumlarda, farklı anlayışlara karşılık gelebilir; ancak, adalet kavramında olduğu gibi yetki kavramında da ‘ortak bir payda’, yani, farklı durumlarda aynı fonksiyonu gösteren bir denklem kurmanın zorunlu olduğu kanaatindeyim. Bunu yaparken bu konuda *yetkili* üç önemli hukuk filozofunun görüşlerinden faydalanılacaktır: *Hohfeld, Hart ve Ross*.

Amerikalı hukukçu *Hohfeld*’in, sekiz temel hukuki kavramın analizini yaptığı eserinde, yetki konusunu ortaya koyuşu şöyledir⁵²:

“Bir hukuki ilişkide değişikliğe iki şey sebep olabilir. Bir insanın iradi müdahalesi olmaksızın söz konusu hukuki ilişkiyi etkileyen vakıa veya vakıalar veya bir veya daha fazla insanın iradesi altında olarak söz konusu hukuki ilişkiyi etkileyen vakıa veya vakıalar. İkinci durumda, iradi kontrole sahip insan veya insanlar söz konusu hukuki ilişkiyi etkileyerek değiştiren bir yetkiye sahiptirler.”

Hohfeld bu tanımı ile doğa-fiziksel güç ile bir hukuki ilişkide hukuki bir etki ile değişiklik yapabilme gücünü birbirinden ayırır. İkinciyi hukuki güce sahip yetki olarak adlandırır. Ayrıca, bu yetkiyi izin kavramından da ayırır; ona göre bir şey yapma iznine sahip olmak her zaman yasal etkiler yapma sonucunu doğurmaz. Bahsedilen anlamda yetki için *Hohfeld*, sözleşme yapma, bir nesne üzerindeki hakkını devretme veya vezgeçme, bir ilama bağlı olarak kamu görevlisinin bir menkulu satması örneğinde olduğu gibi bir insanın satış yapmaya yetkili kılınması, örneklerini verir.⁵³

⁵² W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, YUP, 1964, s. 50

⁵³ *Ibid.*, s. 51-55

Hart ise yetki ile geçerlilik (geçersizlik) arasındaki bağıın üzerinde durur. Buna göre, yetki bir hukuki ilişkiyi değiştirirken, geçerli bir hukuki durumun ortaya çıkması için arada önemli bir aracın gözardı edilmemesi gerekir; o da yetki veren hukuk kuralıdır (acts-in-the-law).

“Yetki veren kurallar, belli şartlara bağlı olarak ve belli usuller altında, bir hukuki güç vermek suretiyle, kişilere, hukukun cebri çerçevesi içinde haklar ve görevler yaratmayı olanaklı kılarlar.”⁵⁴

Anlaşılaçağı üzere, *Hart*'a göre hukuki geçerlilik (validity) için, yetki gerekli bir koşuldur. Yetki veren kural vasıtası ile temsilci, hukuki gücü, bahse konu hukuki ilişkileri değiştirmek için kullanır.⁵⁵ Kanımca, hukuki gücü veren kural, yetki veya otorite kavramına karşılık gelir ve ilgili temsilcileri (agents) diğer bazı yasal normlar uygulamak ve yaratmak suretiyle hukuki ilişkileri etkileme olanağını sağlayan hukuki güç ile donatır.

Bununla birlikte, hukuki gücü veren kural ile aktarılan yetki belli sınırlar ile çerçevelenir; yetki sahibi belli bir kural vaz edebilir ancak bunun dışında bir kural koyamaz. Yani, yetki veren kurallar, kimin, hangi durumda, neyi, ne şekilde vaz edebileceğini gösterir.⁵⁶

Yetki sahibi olanın geçerli bir hukuki değişiklik veya yeni bir hukuki durum meydana getirmesi ile yetki kuralı arasındaki ilişkinin daha yakından bir incelemesini yapan *Ross*⁵⁷, hukuki bir statüyü ancak hukuki bir gücün meydana getirebileceğini belirtmiştir.

“Yetki, hukuk kuralları (veya hukuki etkiler) yaratmak için, hukuki olarak ve beyan (enunciation) suretiyle ihdas edilmiş güçtür. Yetkiyi somutlaştıran bu kurallara, yetki veren hukuk kuralı (act-in-the-law) veya tasarrufları (disposition) denir. Örneğin, bir vaat, bir vasiyet, bir karar, bir idari izin...Böyle bir hukuk kuralı

⁵⁴ Hart, s. 27

⁵⁵ Hart, s.29.

⁵⁶ Torben Spaak, *The Concept of Legal Competence*, An Essay in Conceptual Analysis, Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1994, s. 166.

⁵⁷ Aktaran, Spaak, s. 7

(act-in-the-law), doğal insani melekelerin gerçekleştirilmesinden farklı olan bir insani faaliyettir. Bir yetki kuralı bir diğer kuralın yaratılması için şartları içerdiğinden, bir yetki kuralının yetkinin kapsamı dışında kullanılmasına (ultra vires) teşebbüs edilmemesi gerektiği gereksiz bir tekrardan ibaret kalır. Bu durumda kastedilen yetki geçersizdir; bir yetki kuralına uygunsuzluk, geçersizlik (invalidity) ile sonuçlanır.”⁵⁸

O halde yetki kavramı ile ilgili aşağıdaki tespitler yapılabilir⁵⁹:

1- *Yetki sahibi olan, hukuki ilişkilerde değişiklik yapma olanağına sahiptir.* Bu anlamda, *Hohfeld* ve *Hart* hukuksal ilişkileri değiştirmek ve biçimlendirmek, *Ross* ise hukuksal kurallar veya hukuksal etkiler yaratmak ifadelerini kullanır.

2- *Yetki kavramı ile geçerlilik (veya geçersizlik) arasında yakın bir ilişki vardır.* Hukuki ilişkilerde değişiklik yapan yetki, geçerlilik için gerekli bir ön şarttır. Geçerlilik veya geçersizlik durumu, çoğu kez, temsilcinin yetkili olup olmadığı sorununu ortaya çıkarır.

3- *Temsilci hukuki ilişkileri özel bir tip hukuk kuralı ile değiştirir.* Bunlara yetki veren hukuk kuralı (act-in-the-law) veya yetki kullanma kuralı (competence-exercising act) denir.

Bu tespitler ışığında, yetki kavramı, *en düşük ortak payda* gözetilerek şöyle tanımlanabilir:

Yetki kavramı, yetkiye sahip olanın, bir hukuki ilişkiyi değiştirme olanağı veren bir yetki kullanma kuralını icra etmesini ifade eder.

B) Egemenlikten Doğan Yetkiler

Bir siyasal yapı içerisinde egemen olmak, yani kamu gücünü kullanmak, o siyasal yapı içindeki kişi, organ veya kurumlara, kurumsallaşmış hukuki düzenin

⁵⁸ Aktaran, Spaak, s.8

⁵⁹ Spaak, s. 9-10.

kuralları ile hareket etme olanağı verir. Bu kurumsallaşmış hukuki düzenin temel normu Anayasa, düzenlenmiş belli durumlarda, belirlenmiş yol ve yöntemleri içine alan ve söz konusu bu durum, yol ve yöntemlerle hareket etme gücü olan kişi ve kurumları gösteren yetki kuralları ve/veya yetki kullanma kuralları koyar. Öte yandan, birden fazla egemen siyasal yapıdan oluşan devletlerarası ilişkilerde de egemen güç, uluslararası hukuk düzeninin kurallarına göre yetkilerini kullanır.

Egemenliğin dış görünümü anlamında, iç egemenlik yapısı ne olursa olsun, egemenlikten doğan kamu gücüne karşılık gelen yetkiler, klasik egemenlik anlayışının -yukarıda (I.A) bahsedilen uluslararası hukukun getirdiği sınırlamalar, egemen devletin uluslararası ilişkilerde ve uluslararası hukukta baş aktör olmasının yanısıra ferdin bir hak öznesi olarak meydana çıkması ve nihayet uluslarüstü bazı kurumsallaşmalar sonucu- değişmesinden etkilenmişlerdir. Egemenliğin dış görünümü ile bu egemenlikten doğan yetki arasındaki ilişki, klasik egemenlik anlayışının dayandığı hukuk düzenine göre şekillendiği için, devletin egemenliğinden doğan yetkisi ile egemenliği arasında dolaysız bir hukuki determinizm söz konusu iken, dış egemenliğin sınırlanmasına neden olan yukarıdaki bahsi geçen unsurlar, dış egemenlik ile yetki arasında farklı bir hukuki ilişki düzeni kurmuştur. Bu anlamda, yetki, yetki kuralı ve yetkinin geçerliliği ile devlet egemenliği arasındaki doğrudan bağ kopmuş, -başta BM antlaşması olmak üzere- sınırlayıcı bir devletler hukuku, insan hakları hukuku ve uluslarüstü kurumsallaşmalardan oluşan hukuk düzeni, bu yetkinin çerçevesini, onu oluşturan kuralları ve yetkinin geçerliliğini esaslı bir şekilde değiştirmiştir. Örnek vermek gerekirse, eski düzende bir devlet (dış) egemenliğine dayanarak bağımsız bir şekilde dış ticarete hukuki düzenini oluştururken, bugün devletler bu alanda oluşturulan bir uluslarüstü kurum olan Dünya Ticaret Örgütü kurallarına göre yetkilerini kullanmaktadırlar. İnsan haklarının korunmasında da yukarıda açıklandığı gibi, dış egemenlik ile yetki arasındaki ilişki tamamen değişmiştir.

Öte yandan egemenliğin iç görünümü anlamında, egemenlikten doğan kamu gücüne karşılık gelen yetkiler, egemenliğin bu anlamda da geçirdiği değişikliklerden etkilenmişlerdir. Bir siyasal-toplumsal yapı içindeki mutlak egemenlik anlayışı içinde, egemenin -Kral veya imparator- kamu gücünü kullanmasını sağlayan yetkiler, bu kamu gücünün nasıl kullanılacağı, bir kişi veya

dar bir insan topluluğunun mutlak iradeleri ile ortaya konan kurallar ve yetkinin geçerliliği, egemenliğin bu mutlaklık özelliği nedeniyle basit bir düzen ortaya çıkarırken, egemenlik yetki ilişkisi, egemenliğin bu mutlaklıktan uzaklaşması, bir hukuki düzen içinde değişime uğraması ve bizatihi kendi anlamının çeşitli etkiler altında değişmesi nedeniyle, karmaşık bir ilişki haline gelmiştir.

Bu anlamda, yukarıda (I.B) ortaya konulduğu gibi egemenlik, bir siyasal yapı içerisinde, -mutlaklıktan uzak olarak- belli bir ülke ve insan topluluğu üzerinde asli ve üstün bir hukuki iktidar⁶⁰ ve bir anayasal egemenlik olarak karşımıza çıktığında, bu siyasal yapı içerisindeki yetkiler de farklılaşmaktadır. Ancak değişim burada durmadığı için sorun daha da karmaşık bir hal almaktadır. Devlet egemenliğinin hukukiliği, yani egemenliğin bir anayasal düzen ile kuşatılmasının dışında, her anayasal düzen içinde egemenlik anlayışı da değişme uğramıştır.

Söz konusu devlet tek merkezli bir siyasal sisteme sahip ise, o zaman egemenlik, yetkilerin yatay olarak ayrıldığı yasama, yürütme ve yargı tarafından paylaşılarak kullanılmaktadır. Merkeziyetçiliğin dereceli olarak değişmesine rağmen tek merkezli bu yapılarda, bilinen adı ile üniter devletlerde, örneğin yasama yetkisi meclisler tarafından kullanılır ve bu yetkinin sınırları anayasal sistemin tercih ettiği yönetim biçimine göre değişir. Örneğin, Fransa bir üniter devlettir ancak anayasal yönetim biçimi Türkiye'den farklı olduğu için yasama yetkisi, sınırları ve yetkinin aşıp aşılmadığı Türkiye veya başka geleneksel üniter yapılı devletlere göre farklıdır.⁶¹ Bununla birlikte, üniter devletler içinde merkeziyetçiliğin derecesi ne olursa olsun, devlet egemenliği tektir, azaltılamaz, değiştirilemez ve bölünemez⁶²; bu nedenle kullanılan yetkiler de yasama olsun, yürütme olsun, yargı olsun, bu tek egemenliğin hukuki ve anayasal şartları altında geçerlidir. Devletin herhangi bir organı yetkisini kullanırken, anayasal düzen tarafından konulan kurallar çerçevesinde bu yatay ayrıma riayet etmek zorunda olduğu gibi, her hangi

⁶⁰ J. Lafferriere, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2. Baskı, Paris, 1947, s. 357-359, aktaran: Kaboğlu, s. 73. Yazıcı egemenlik ile egemenlikten doğan yetkiler arasında bir ayrım yapmayarak 'egemenlik yetkisi' kavramını kullanmaktadır (Serap Yazıcı, *Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Egemenlik Yetkisinin Devri*, Osman Can, Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Otto Depenheuer, Michael Sachs, *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa*, Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı-Türk Alman Kamu Hukukçular Forumu Armağanı, 2006, s. 447 vd). Egemenlik asli, üstün ve anayasal meşru bir iktidarı, yetki ise bu iktidarın bir türevini oluşturduğu için, 'egemenlik yetkisi' kavramının kullanılmasını doğru bulmuyoruz.

⁶¹ Kaboğlu, s.121-124.

⁶² Michael Ross Fowler & Julie Marie Bunck, s. 65

bir kurum veya kişi (yetki sahibi) bu tek egemenliğin doğrusal olarak uygulanmasını emrettiği hukuktan (yetki veren kural) doğan yetkisini, ülkenin her yerinde bu iradeye uygun olarak kullanacaktır. Yetkiyi kullanan organ, yetkinin yerel ya da toplumsal ihtiyaçlar göz önüne alınarak daha *amaca uygun* olarak kullanılması gibi veya kaynakların dağılımı açısından daha *etkin* kullanımı gibi yetkiyi geçersiz kılacak kullanımlara sapamaz.

Eğer söz konusu devlet tek merkezli bir siyasal sisteme değil de çok merkezli bir siyasal sisteme sahip ise -iyi bilinen adı ile federalizm-, o zaman egemenliğin, yetkilerin yatay olarak ayrıldığı yasama, yürütme ve yargı tarafından paylaşılarak kullanılması ile yetinilmemiş, egemenlik, yetkilerin dikey olarak ayrılması suretiyle bölünmüştür. Yani bir anayasal sistem içinde iki ayrı egemenlik söz konusudur. Yukarıdaki (B.2) açıklamalar ışığında, bu iki ayrı egemenlik, iki düzeyde ve yan yana olan bir siyasal yapıda zuhur etmektedir. Her ne kadar, prensip olarak, “ikili anayasal düzen ve ikili yasal düzeni ifade eden iki hukuk düzeninde federal hukukun önceliği ve üstünlüğü”⁶³ söz konusu ise de, iki ayrı egemenliğin var olması nedeniyle, egemenlik yetki ilişkisi ve buna bağlı yetki çatışmaları önem kazanmaktadır. Federal ve federe yönetimlerin farklı egemenliklerinden doğan yetkileri çeşitli yöntemlerle anayasalarda ve anayasal düzenlerde ayrıştırılsalar bile⁶⁴, federal ve federe yönetimlerin farklı vekilleri, farklı amaçlar için farklı yetkilere sahip olduğundan⁶⁵ yetki çatışmaları kaçınılmazdır. Genel eğilim, yetki ayrıştırılmalarının konu (alan) ve amaç bazlı yapılması olduğundan, amacın kapsamı ve alanların sınırlarının tespitinin zorluğu nedeniyle yetki çatışmaları ortaya çıkmaktadır. Bu çatışmaların yüksek mahkemeler tarafından çözümü ise, mahkemeler önündeki olaya göre karar verdiğinden, genel bir çözüm ve istikrarlı bir yetkiler düzeni sağlayamamaktadır.

Tek merkezli siyasal bir yapı olmasına rağmen, egemenlikten doğan yetkilerin üniter ve federal yapılardan farklı olarak düzenlendiği başka bir model ise *bölgeli devlet* modelidir. Bölgeli devlet üniter devlet ile federal devlet arasında bir ara formül olarak egemenlik ve yetki paylaşımının değişik bir görünümü ile

⁶³ Kaboğlu, s. 148

⁶⁴ İbid. s. 145-147

⁶⁵ Supra. s. 31-32.

karşımıza çıkmaktadır. Bölgelere tanınan siyasal özerklik anlamında üniter devletten, bölgelerin kuruluş ve işleyişi ile yetkilerinin anayasal güvencesi açısından da federal devletten ayrılan bölgesel devletin kendine has bir yapısı vardır.⁶⁶

Bölgeli devletin *ilk* özelliği, bölgelerin özerkliğini sağlayan bölge statülerinin yerel yönetim ve meclislerce hazırlanmasıdır. Ancak bu statülerin kabul edilerek özerk bölgelerin kurulması ulusal parlamentoların onayına bağlıdır. Bir bölgesel devlet olan İtalya'da, bu statülerin anayasal denetimi de mümkündür.⁶⁷ *İkinci* önemli özellik, statülerin bölgelerin anayasası olarak oluşturulmalarıdır. Ancak bu statüler, ülkenin asli kurucu iktidarının yaptığı anayasaya aykırı olmazlar. Özerk bölgeler kurucu iktidara sahip değildirler.⁶⁸ *Üçüncü* özellik, üniter devletten farklı olarak, bölgesel devlet modelinde, bölgelerin ve devletin münhasır yetkilerinin anayasada açıkça belirtilerek sayılmasıdır.⁶⁹ *Dördüncü* özellik, yetki paylaşımı anlamında federal devlet ile benzerlik taşıyan bölgesel devletin, aslında federal devlet ile arasında temel bir farklılığın olduğunu göstermektedir ki, o da federatif yapılarda federe devletlerin merkezi meclislerde temsili söz konusu iken, bölgesel devletlerde böyle bir temsilin olmamasıdır.

Bölgeli devlet modelinde Anayasa yargısı da, saf üniter devlet modelindeki Anayasa yargısından bazı yönleri ile farklıdır. Bölgesel devlet modelinde Anayasa Mahkemeleri, bölgelerin kurulmasında bir anayasal denetim yapma işlevini gerçekleştirirken, bölgelerin birbirleri arasındaki veya bölgeler ile devletin yetkileri arasındaki çatışma durumunda da, bu çatışmayı çözücü bir işleve üstlenmektedirler. Anayasa Mahkemeleri bölgesel devlet sisteminin yetki paylaşımı özelliğinin, gerek merkez ve gerekse de bölgeler tarafından yıpratılmaması için bir çeşit anayasal hakemlik işlevini gerçekleştirmektedir.⁷⁰ Bu anlamda İtalyan Anayasa Mahkemesinin içtihatı, bir yandan merkezi siyasal iktidarın karar alma gücünü

⁶⁶ Naz Çavuşoğlu, *Bölgeli Devlet'de Egemenlik/Yetki Paylaşımı*, www. e-akademi.org., 13 Eylül 2006, para. 3 (*Ulusal Egemenlik ve Bütünleşen Avrupa* panelinde sunulan tebliğ, 17 Nisan 2002).

⁶⁷ *Ibid.* para.12.

⁶⁸ Kaboğlu, s. 144

⁶⁹ İtalyan Anayasası, devletin münhasır yetki alanına giren konuları saydıktan sonra, devlet ile bölgelerin ortaklaşa yetki alanlarını ayrıca belirtirken (İtalyan Anayasası m. 117), İspanyol Anayasasında hem özerk bölgelerin münhasır yetki alanları ve hem de devletin münhasır yetki alanları sayılmıştır (İspanyol Anayasası m. 148-149), Çavuşoğlu, para. 17-18.

⁷⁰ Kaboğlu, s. 361,

korumak yönünde iken, öte yandan devletin genel çıkarlarına aykırı olmamak koşulu ile bölge yönetimlerinin yetkilerinin genişlemesine de imkan verir niteliktedir.⁷¹

Bölegeli devlet yapısı temelde bir tek merkezli üniter yapıdır ama, yukarıda bahsedilen klasik üniter devlet yapısı dikkate alındığında, saf üniter devletlerde, asli kurucu tarafından anayasal düzen değiştirilmedikçe, bölgesel özerkliğin kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin, Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında, egemenliğin, ulus(millet) ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısını gerektirdiğini belirtirken “ ...böyle bir düzende federatif yapıya da olanak yoktur. 1982 Anayasası, bölgeler için özerklik ve özyönetim adı altında ayrılık getiren biçimlere de kapalıdır” ifadeleri ile, saf üniter bir devlette egemenliğin tekliğinin ve bölünmezliğinin bölgesel özerkliklerin kurulmasının olanaksız olduğunu belirtmiştir.⁷²

Sonuç olarak, yukarıdaki tanımlama hatırlanacak olursa⁷³, egemenlikten doğan yetkilerle yetki sahibi (devlet ya da devlet organı), hukuki ilişkiyi değiştiren yetkiyi kullanırken, yetki veren hukuk kuralının içerdiği amacı gerçekleştirir. Tek merkezli siyasal sistemlerde yetkinin kullanılmasında ciddi sorunlarla karşılaşılmazken, çok merkezli siyasal sistemlerde önemli yetki çatışmaları yaşanması her zaman olasıdır. Yetki veren hukuk kuralındaki amaç, bazı durumlarda, temsilci tarafından, tasarlanan hedeften saparak gerçekleştirilir; bazı durumlarda da temsilci tamamen amacın dışında işlem yapar. İlk durum bir yetki aşımı haline örnektir, ikinci durum ise tam bir yetkisizlik halidir. Ancak sonuç açısından her iki durumda da söz konusu hukuki ilişkideki değişiklik geçersizdir. Yetki sınırları aşılmıştır.

⁷¹ İspanya Anayasa Mahkemesinin ise, merkezi iktidarın yetkilerini koruyucu nitelikte kararlar vermektedir. Anayasa Mahkemesi yerel özerkliğin temel ilkelerini tanımlama yetkisinin ulusal parlamentoya ait olduğuna, Bölgelerin görevinin ise, kendi statülerini buna göre oluşturmak olduğuna karar vermiştir (21 Aralık 1989), Kaboğlu, 362.

⁷² E. 1993/3, K. 1994/2 sayılı ve 16.06.1994 tarihli karar. Türk Anayasası'nın ve Anayasa Mahkemesinin egemenlik anlayışı ile AB üyeliği arasındaki ilişki Bölüm 4'de incelendiği için burada konuya detay ile değinilmemiştir.

⁷³ Supra. sayfa 34-35.

III. Değerlendirme

Bugün artık egemenlik kavramı neredeyse ilk kavramsal özünden uzaklaşacak şekilde farklılaşmıştır.

Bu bölümde açıklandığı gibi, *Jean Bodin*'den bu yana egemenlik kavramı oldukça önemli sayılabilecek değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklik, hem dış egemenlik olarak da bilinen egemenliğin 'bağlı olmama' karakterinde, ve hem de iç egemenliğin 'bağlamaya zorlama' karakterinde çok net, hiç bir belirsizliğe yer bırakmayacak şekilde meydana gelmiştir.

Egemenliğin dış görünümü, yani devletin diğer devletlere karşı mutlak egemenlik sahibi olması ve hiç bir şekilde kendi hareket tarzını başka bir devlet ya da uluslararası varlığa (entite) göre belirlememe niteliği, esaslı değişikliklere uğramıştır. Dış egemenliğin bu şekilde değişime uğramasında *uluslararası hukukun* ve gelişen koruma mekanizmaları ile *temel hak ve özgürlüklerin* rolü olduğu kadar, en az bunlar kadar etkili ve önemli olan *uluslarüstü* kurumlaşmaların da belirleyici rolü olmuştur. Yani uluslararası sahada egemen devlet, klasik halinde olduğu kadar egemen değildir.

Egemenliğin diğer görünümü olan 'bağlamaya zorlama', yani, belli bir ülke ve insan topluluğu üzerinde asli, yüce ve koşulsuz bir hukuki iktidarı kullanma gücü de, en az dış görünüm kadar değişikliğe uğramıştır. Bu anlamda iç egemenlik, hem egemenliğin bu görünümünün cismanileştiği devlet organlarının arasında *kullanılabilir olma açısından* paylaşılması ve devletin hukukun üstünlüğü ve insan hakları ile çerçevesi, hem de bir devlet içindeki topluluklar ve/veya coğrafi bölgeler (eyalet –state- veya ülke –land-) arasında *esasen* paylaşılması ile, ilk kavramsal ve pratik anlamından oldukça uzaklaşarak değişmiştir. İç egemenlik, egemenliğin kaynağı olan bireylerin onu tek bir otorite sahipliğine vererek kaybetme tehlikesine karşı, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuk devleti-insan hakları ekseninde değişime uğramıştır. Dahası, çok merkezli siyasal sistemelerde de iç egemenlik, insan topluluklarına ve/veya onların çoğunlukla yasal ve siyasal bir topluluk halinde üzerinde yaşadıkları coğrafi bölgelere/ülkelere paylaştırılmıştır:

böylece, egemenliğin esas sahibi bireylerin, egemenliğin sonucu olan hukuki tasarruflara ya da daha geniş anlamda devlet faaliyetlerine, daha kolay müdahale – yukarıda açıklanan mekanizmalar sayesinde- etmelerini güvence altına alan birden fazla egemen kurum/alan/çevre yaratılmıştır.

Egemenliğin her iki görünümünde meydana gelen değişiklikler, onu nispeten belirsiz soyut kavramsal anlamından çıkartmış ve bir *eşik* kavram olarak yeniden tanımlanmasına yol açmıştır.

Bu yeniden tanımlanma, egemenliğin tek anlamlı (*univocal*) bir kavram olarak açıklanmasına karşı çıkan, onun iki anlamlı (*equivocal*) bir eşik kavram olarak açıklanmasına dayanır.⁷⁴ Egemenlik kavramında meydana gelen değişiklikler sonucu, klasik egemenlik kavramı yerine konulmak üzere yeni bir kavramsal açıklama getirmeye çalışan yazarlardan biri olan *Lee*'ye göre, egemenliğin mutlak olduğu önermesini, egemenin sınırsız bir gücü elinde tuttuğu şekilde anlamamak gerekir. Bu önerme egemenliğin bir eşik kavram olduğunu gösterir. Eşik kavramlar ise, belli değişken koşullar yerine getirildiğinde ve bu koşullar belli bir yoğunluk eşiğine ulaştığında ya yep ya hiç biçiminde uygulanan kavramlardır. Örneğin 'yetişkin olma' ve 'otonomi' kavramları ya hep ya hiç şeklinde uygulanan yasal kavramlardır. Bu anlamda çocuklar ontomoniye sahip değildirler; ama yetişkinler sahiptir. Otonomi, hareketleri esasen ihtiyari olan birisinin (yetişkinin), olgunluğun eşik seviyesine ulaştığına işaret eder. Otonominin bir eşik kavram olmadığı, 'kısmi otomoni' anlamına sahip olduğu haller de olabilir; ama o bir eşik kavram olarak önemli bir kullanıma sahiptir.⁷⁵ *Lee* şöyle devam ediyor:

“Egemenlik de bir çok şekilde kullanımı olan bir kavramdır; ama birincil kullanımı, kanımca, 'otonomi' gibi bir eşik kavram olarak tanımlanmasıdır. Otonomi kavramının arka değişkenleri olan ihtiyarilik ve olgunluk gibi, bir eşik kavram olarak egemenlik kavramının arka değişkeni de güç (yetki) kavramıdır. Bir devletin en önemli özelliği bir toplum içerisinde (*veya diğer devletlerle ilişkilerinde*) görel olarak diğerlerinden daha özgül bir gücü elinde bulduran bir kural koyucu gruba sahip olmasıdır. Egemenlik, bu özelliğin varlığını tasarlamak

⁷⁴ Steven Lee, *A Puzzle of Sovereignty*, CWILJ, Cilt 27, 1997, s.241, 251

⁷⁵ *Ibid.* s. 242

için kullandığımız bir kavramdır. Böylece, egemen devlet, diğer grup ve mekanizmalara görece olarak esaslı bir üstün güce sahip siyasal mekanizmalar gerektirir. Bir eşik kavram olarak, egemenlik ya hep ha hiçtir. Bir devlet ya esaslı üstün bir güce sahip bir kural koyucu gruba (organizasyon) sahiptir ya da değildir. Bir devletin egemen olup olmadığı kural koyucu grubun sahip olduğu görece gücün derecesine bağlıdır, ama devletin egemenliği bu görece gücün doğrusal karşılığı olan bir fonksiyon değildir. Güç (yetki) bölünebilir ama egemenlik bölünemez.”⁷⁶

Bu bölümün ana argümanı olarak belirtilmelidir ki, egemen devlet hem iç egemenlik hem dış egemenlik anlamında dikkate değer değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerin sonucu olarak, bir siyasal varlık olarak devlet ve onun egemenliğinin alanı daralmıştır. Artık devlet hem içte hem dışta yukarıda açıklanan nedenlerle, ne eskisi kadar kamu gücünü sınırsız kullanabilmektedir ne de uluslararası platformda eskisi kadar bağımsızdır. Ancak, ve bu bölümün argümanını tamamlamak amacı ile, şu nokta vurgulanmalıdır ki, devletin egemenliği ortadan kalkmamıştır. Egemenliğin alanının daralması, yani üstün anayasal bir iktidar olma ve uluslararası platformda bağımsız hareket etme kabiliyetlerinin bileşenleri olan çeşitli kamu gücü ve yetkileri kullanma olanaklarının eskiye göre azalması, basit bir doğrusal ilişki ile egemenliğinde her iki görünümü ile ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Gelişmenin bu aşamasında devlet egemenliği halen hem teoride hem pratikte varlığını sürdürmektedir; çünkü egemenliğin arka değişkenleri veya bileşenleri dediğimiz egemenlikten doğan kamu gücü ve yetkileri yeterli yoğunluk derecesinde egemenliği ve egemen devleti destekler durumdadır. Ne varki, bu yoğunluk derecesinin fonksiyonu, egemenlikten doğan yetkilerin git gide devlet tarafından kaybedilmesi sonucu aşağıya doğru (yani eksi işaretli) bir fonksiyon olmaktadır. Bu durum, çok merkezli siyasal sistemlerde (federal sistemler gibi) bahsedilen yetki çatışmalarını yaratırken, siyasal yapı ister çok merkezli olsun ister tek merkezli olsun, dış egemenliğin de yetki kaybı dolayısıyla değişikliğe uğraması, karmaşık doğal ulus-uluslarüstü yetki çatışmalarına neden olmaktadır.

Bu son haldeki çatışmaların doğası, yetki sahibi-yetki kuralı-yetki kullanımı karmaşık ilişkisini içinde barındırır ve meseleye çözüm bulmayı zorlaştıran diğer

⁷⁶ İbid. s. 243

önemli unsur da, bu ilişkinin öznelerinden birinin alışılmadık bir yeni hukuk kişisi olmasıdır: kendisi uluslararası bir varlık, üyeleri ise birer devlet olan AB, bu karmaşık yapının en belirgin örneğidir.

Bölüm 2 ADALET DİVANI VE ÜYE DEVLET MAHKEMELERİNİN İÇTİHADİ IŞIĞINDA AVRUPA BİRLİĞİ'NDE EGEMENLİK VE YETKİ

AB, devlet egemenliğini, daha doğru bir ifade ile AB'yi oluşturan devletlerin egemenlikten sadır olan kamu gücünün bir kısmını, en keskin bir biçimde daraltan ve bu alanlarda kendi egemenlik alanını oluşturan bir yapıdır. Bir çok alanda Üye Devletlerin iç veya dış egemenlikleri bir bütün olarak AB'ye devredilmiştir (*transfer of sovereignty*). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, egemenliğin işlevsel anlamından doğan yasama, yürütme ve yargı yetkileri ayırımından bakılacak olursa, AB'nin yürütme ile ilgili yetkileri -çok istisna bir kaç nokta hariç- yoktur; bu açıdan AB anayasal düzeni yürütme yetkisinden yoksun bir düzendir.¹ AB'de yürütme yetkisi Üye Devletlere aittir.

Egemen hukuki düzen ve egemenliğin kurucu ve pozitif hukuk kaynaklarında yer almasının önemi göz önünde tutulduğunda, AB kurulduğundan bu yana önemli tartışmalara ve gelişmelere konu olmuştur. Sorun, öğretisi ile AD ve Üye Devlet yüksek mahkeme kararlarının, AB'nin hukuki düzeni ve kurucu antlaşmaların ve bunların niteliğinin ne olduğuna verdiği cevaplar ve çözümlenmelerde yatmaktadır. Ancak bu cevap ve çözümlenmelerden önce, belirtilmesi gerekir ki, yukarıda egemenlik hakkında verilen tanımlar ve kavramlardan bazılarını katı bir şekilde dayanamak sureti ile bu cevap ve çözümlenmeleri yapmak veya okumak, doğru ve sağlam bir sonuca varmayı zorlaştırır. Öte yandan, egemenlik ile ilgili yukarıda sözü edilen tanım ve kavramlardan bazıları ise bu çözümlenmeye yardımcı olur.

I. Egemenlik Kavramına AB Hukuk Düzeninden Genel Bir Bakış

Egemenliğin bağlı olmama karakterini kullanarak AB'de egemenlik meselesinin çözümlenmesi, AB hukuk düzeninde, yukarıda egemenliğin bu özelliğini açıklarken kullanılan tanım ve kavramlara farklı anlamlar yüklendiği için,

¹ George Bermann and Kalypso Nicolaidis, *Basic Principles of Federal Allocation of Competence*, <http://users.ox.ac.uk/~ssfc0041/FV-Bermann-Nicolaidis.pdf>, 21.01.2005

tam manası ile yapılamaz. Bir ülke vatandaşının, yabancı bir ülkedeki statüsü bu duruma örnek olabilir. Bu kişinin, uyruğu olduğu devletin egemenliğinin ‘bağlı olmama’ karakterinin bir sonucu olarak, devletin, ceza ve medeni hukuk açısından vatandaşını koruma veya iadesini isteme gibi yetkileri vardır. Oysa, AB hukuk düzeni göz önünde tutulduğunda, ‘vatandaşlık’ statüsünün çok farklı olarak tanımlandığı ile karşılaşılır. Bir devlet ile vatandaş arasındaki hukuki ilişki ve egemenliğin bu ilişkideki yeri, -AB ile vatandaş arasında bir ‘uyruklu’ temeline dayanan vatandaşlık statüsü olmadığı için- hiç bir şekilde AB ile bir AB vatandaşı (*citizen*) arasındaki ilişki ile benzerlik taşımaz. Bu nedenle AB’de egemenliğe ‘bağlı olmama’ ve getirdiği devlet yetkileri açısından yaklaşılamaz.² Aynı sonuca, bir devletin temsilcilerinin yargı bağımsızlığı ve bunun devletin egemenliğinin ‘bağlı olmama’ karakteri ile ilişkisi açısından da varılır. AD da AB vatandaşlığının, klasik anlamda vatandaşlıktan farklı olduğunu, AB vatandaşlarının, Birlik hukuku ile bağlantısı olmayan iç işlemler ile ilgili konularda, Üye Devletlere karşı AB vatandaşlığından doğan haklarını ileri süremeyeceğini belirtmiştir.³

Egemenliğin iç görünümü de, AB hukuk düzeni ve kurumsal yapısı nedeniyle, bu düzenin ve yapının egemenliğinin çözümlenmesinde tam olarak karşılığını bulamaz. Devlet egemenliğinin ‘bağlamaya zorlama’ karakterindeki değişimde ifadesini bulan fonksiyonel anlamda kuvvetler ayrılığı, AB hukuk düzeninde klasik bir siyasal yapıdaki örneklerden farklıdır. Yasama fonksiyonunu yerine getiren kurumlardan en önemlisi olan AB Bakanlar Konseyi’nin AB’de Üye Devletlerin iktidardaki hükümetlerinin temsilcilerinden oluşması, üniter veya federal bir devlette yasama fonksiyonunu yerine getiren kurumun ise doğrudan genel seçim ile bu fonksiyonu yerine getirmesi, egemenlik ile kuvvetler ayrılığı arasındaki ilişkinin AB hukuk düzenine uygulanmasına uygun düşmez.

Öte yandan AB’nin hukuk düzeni ve kurumsal yapısı, federal devletin bazı özelliklerini gösterdiğinden, devlet egemenliğinin ‘bağlamaya zorlama’ karakterindeki diğer bir değişimde ifadesini bulan topluluk veya yer esaslı bölünme kavramına, AB hukuk düzeninde egemenliği çözümlerken referans kavram olarak başvurulabilir. Nitekim, anayasal nitelikte bir belge olan ve 2004 yılında

² Birlik vatandaşlarının statülerinin düzenleyen hükümler için, ATA m.17-22

³ Case 64 ve 65/96 Landesarbeitsgericht Hamm v. Germany [1997] E.C.R I- 3171

tamamlanan ve onaya sunulan Anayasal Antlaşma'da⁴, öğretide⁵ ve AD ve Üye Devlet yüksek mahkeme kararlarında, 'ana merkez-çevre merkez', 'ana merkezin yetkilerinin sayılarak sınırlanması ve 'kalan' yetkilerin çevre merkezlerde olması' gibi kavram ve tanımlar kullanılarak AB ve Üye Devletler arasındaki egemenlik meselesi çözümlenmeye çalışılmıştır.

AB hukuk düzenini egemenlik açısından açıklayan kavramlar, klasik anlamda devlet egemenliğinin açılımında kullanılan bahsi geçen kavram ve tanımlardan daha ziyade, AB hukuk düzenine ayırıcı niteliğini veren ulusalüstülük (*supranationality*), bütünleşme hukuku⁶ (*law of integration*), Birlik hukukunun doğrudan bağlayıcı etkisi (*direct application/direct effect*) ve üstünlük (*supremacy*) kavramları olmuştur. Bu kavramlar, öğretide, AD ve Üye Devlet yüksek mahkeme kararlarında ve henüz onaylanmamış olan Anayasal Antlaşma'nın hükümlerinde – bazıları zımnen de olsa- yer alarak tanımlanmış ve AB ile Üye Devletleri arasındaki egemenlik ilişkisi belirgin ve net bir şekilde düzenlenmeye çalışılmıştır.

II. AB Hukuk Düzeni ve Kurucu Antlaşmalarda Egemenlik Devri

AB hukuk düzeni kurallar kademelenmesinde en üst seviyede bulunan hukuk kaynakları, kurucu antlaşmalar ve onları değiştiren sonraki antlaşmalardır. İkinci seviyedeki kaynaklar ise AB yasama organlarının yasama faaliyeti ile meydana gelen, tüzükler, direktifler ve kararlardır. Söz konusu antlaşmaların egemenlik açısından iki önemli özelliği vardır. İlk özellik, bu antlaşmaların hükümlerinin, klasik üst norm ya da Anayasa dediğimiz belgelerde görülen başlangıç hükümlerinden maddelere, oradan da son hükümlere kadar, tümüyle temel bağlayıcı kural olmamalarıdır. İkinci özellikleri ise, yine klasik üst norm ya da Anayasa dediğimiz belgelerde, egemenlik konusu açık ve kesin hükümlerle ortaya konmuş iken, AB hukuk sisteminde en üst seviyede bulunan bu antlaşmalarda egemenlik konusu kesin ve açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Birinci özellikten başlayacak olursak, kurucu antlaşmalardaki hükümlerden bir çoğu, hukuki açıdan bağlayıcı olacak kadar açık ve kesin iken, başka bazıları sadece

⁴ AA, Bölüm I, Başlık III, m. I-11, 18;

⁵ Franz Mayer, *Competence- Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after New European Constitution*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-16.rtf>.

⁶ Pierre Pescatore, *International Law and Community Law- A Comparative Analysis*, CMLRev. Cilt 7, 1970, s.167

programatik, hedef gösteren veya niyet belirten hükümlerdir. Örnek vermek gerekirse, AT antlaşmasının malların serbest dolaşımını düzenleyen ATA m. 23 ve 24, gümrük duvarlarının ve miktar kısıtlamalarının kaldırıldığını hükme bağlayan ATA m. 25, 26, 28 ve 29 maddeleri açık ve kesin, bu yüzden de hukuki bağlayıcılığı olan hükümlerdir. Öte yandan, AT antlaşmasının eğitim, mesleki eğitim ve gençlik konularını düzenleyen ATA m.149, kültürel konuları düzenleyen ATA m.151 veya kamu sağlığı konusunda hükümler koyan ATA m. 152 maddeleri ise bir programı öneren, Üye Devletler arasında işbirliği olanaklarını hedefleyen veya Üye Devletlerin insiyatifinde planlamalar yapılmasını sağlayan bağlayıcı özellikleri olmayan hükümlerdir. Birinci gruptaki hükümlere doğrudan uygulanır veya doğrudan etkisi (*direct application* veya *direct effect*) olan hükümler denir ve bu hükümler, Üye Devletlerde kurallar kademelenmesinde Anayasa hükümlerinin üstünde yer alırlar- üstünlük prensibi (*supremacy*). İkinci grup hükümlerin ise bu şekilde doğrudan uygulanmaları, doğrudan etkili olmaları veya üstünlükleri hukuken kabul edilmemiştir.

AB kurucu antlaşmalarının egemenlik açısından ikinci önemli özelliğine yakından bakacak olursak, bu antlaşmalarda AB'nin egemenliği veya Üye Devletler ile AB arasındaki egemenlik ilişkisi açısından hiç bir hüküm bulunmaz. Ne AET antlaşmasında ne de sonraki dört önemli değişiklik ile meydana gelen sonraki antlaşmalarda, egemenliği düzenleyen hükümler yoktur. Bu sorun AB hukukunda AD kararları ile Üye Devlet yüksek mahkemeleri kararları arasındaki karşılıklı içtihat geliştirme ve etkileşim ve AB hukuku öğretisinde konuya belli başlı bazı yaklaşımları savunan yazarların görüşleri ile çözülmeye çalışılmıştır. Bunun dışında, AB ile Üye Ülkeleri arasındaki egemenlik paylaşımı meselesi Anayasal Antlaşma'da getirilen bazı hükümler ile -düzenlemelerin eksik olduğu eleştirisi yoğun olarak yapılmakta ise de⁷-, ancak kısmen düzenlenebilmiştir.⁸

Özetle, AB kurucu antlaşmaları açısından, egemenlik sorununa kısmen ve dolaylı olarak değinilmiştir. Sadece doğrudan etkili antlaşma maddeleri içindeki konular ile sınırlı olarak AB egemenlikten kaynaklanan yetkilerini

⁷ Mayer, s. 20 vd; Grainne De Burca, *Limiting EU Powers*, ECLR, Cilt 1, 2005, s. 94 vd.; W H Roobol, *Federalism, Sovereignty, etc.*, ECLR, Cilt 1,2005, s. 87 vd.

⁸ Roobol, s. 90-91

kullanabilmektedir. Egemenlik sorunu ile doğrudan ilgili bir normatif düzenleme ya da bir mekanizma kurucu antlaşmalarda mevcut değildir.

Genel ve normatif bir düzenleme olmakla birlikte, egemenlik meselesine doğrudan hitap etmeyen ATA m.10, Üye Devletlerin AB'nin faaliyetlerini engelleyici nitelikte tasarrufları önleme amacı güttüğünden yardımcı bir hüküm olarak nitelendirilebilir. Bu maddeye göre,

“Üye Devletler, ATA'dan veya Topluluk kurumlarının işlemlerinden doğan yükümlülüklerin kendileri tarafından yerine getirilmesini sağlayacak her türlü genel ve özel nitelikteki önlemleri almak zorundadır. Üye Devletler Topluluğun görevlerini yerine getirmesini kolaylaştırır.

Üye Devletler, ATA'nın amaçlarını tehlikeye atabilecek nitelikteki tüm girişimlerden kaçınır”.

Bu hüküm her ne kadar Üye Devletleri Topluluğun amaçlarına uygun davranma yükümlülüğü altına koyan bir hüküm olsa da, egemenlik meselesini değil daha çok egemenliğin kimde olduğunun tespitinden sonraki bir aşamayı, yani Topluluğun egemen olduğu durumda hukuki tasarruflarının, Üye Devletler tarafından engellenmemesi ve Üye Devletlerin bu tasarrufları ve uygulanmalarını hukukten tehlikeye atacak eylem ve işlemlere girmemesini teminat altına alınması şeklinde değerlendirilmelidir. Nitekim, öğretilerde bu madde dayanışma⁹ ilkesi (*solidarity*) adıyla anılmış ve Üye Devletlerin sorumluluk kapsamını belirleyen bir hüküm şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰ AD içtihatlarını farklı yönde değerlendiren azınlıkta kalan bazı görüşlere göre ise, ATA m. 10, Topluluk anayasa hukukunun en önemli ilkelerinden biri olarak görülmüştür.¹¹ AD da kararlarında, bu maddeyi, Topluluk hukukunu iç hukukunda eksik ya da hiç uygulamayan Üye Devletleri sorumluluk altına alan bir madde olarak uygulamıştır. Gümrük vergilerine eş etkili vergilerin koyulamayacağını tarım sektörü için düzenleyen 120/67 sayılı Topluluk

⁹ Bazen sadakat (*loyalty*) ilkesi şeklinde de geçmektedir.

¹⁰ Dominic Lasok, *Law & Institutionsof the European Union*, Sixth Edition, Butterworths, 1994, s. 38-40, 125; Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Third Eds., OUP, 2003, s. 257-259

¹¹ Bronitt, Burns, Kinley, *Principles of European Community Law*, LBC Casebooks, 1995, s. 106-109

Tüzüğünün ihlali ile ilgili bir davada¹², AD, Topluluk hukukunun doğrudan etki doğuran ve iç hukuklara üstün olan hükümlerine karşı iç hukuk yasama faaliyetlerinin uygulanmasının Üye Devlet üstünde sorumluluk yaratacağını karara bağlamıştır.¹³

Genel ve üstün bir düzenleme olmaması ve AB'nin bu şekilde sınırlı egemenliğine dayanarak yetkiler kullanması, hem bu yetkilerin kullanımında tartışmalar yaratmış, hem de konunun öğretisi, AD kararları ve Üye Devlet yüksek mahkeme kararları ile çözümlenmesi yolunu açmıştır.

III. Adalet Divanı Kararlarında Egemenlik

AD'nin, Topluluk hukuk düzenini ve onun egemenliğini ve üstünlüğünü kurarken, yukarıda açıklandığı gibi, egemenlik meselesinde hiç bir hüküm içermeyen kurucu antlaşmaları kullanması oldukça ironik bir hukuki durum olarak karşımıza çıkmaktadır. AD verdiği bir dizi kararda, antlaşmaları yorumlamak suretiyle hukuki niteliklerini açıklamış ve böylece onlardan kaynaklanan hukuk düzenini ve bu hukuk düzeninin egemenliğini kurmuştur.

A) Van Gend en Loos Kararı

AD, AB'nin egemen hukuk düzenini açıklarken, klasik egemenlik kavramının yanında kendi kararları ile oluşturduğu kavramları da kullanmıştır. Bu önemli kararlarından ilki *Van Gend en Loos* kararıdır. Konusu AET antlaşmasının bazı hükümlerinin değerinin tespit edilmesi olan ve bu antlaşmanın yarattığı hukuk düzeninin niteliğinin irdelendiği bu kararda, AD önemli tespitler yapmıştır.

“ AET Antlaşmasının hükümlerinin etkili olup olmadıklarını değerlendirmek, antlaşmanın bu hükümlerinin ruhununun, genel düzenlenişinin ve lafzınının dikkate alınmasını gerektirir.

AET Antlaşmasının amacının, işleyişi Topluluk içindeki tüm ilgili tarafları

¹² Case C- 34/73 Variola SPA v. Amministrazione Italiana della Finanze [1973] ECR 981, p.15

¹³ Aynı yönde, Case c-240/89, Commission v. Italy [1990] ECR 4853; Case C- 381-92, Commission v. Ireland [1994] ECR I-215

doğrudan ilgilendiren bir Ortak Pazarın kurulması oluşu, bu Antlaşmanın yalnızca taraf devletler arasında karşılıklı yükümlülükler doğuran bir antlaşmadan daha öte bir antlaşma olduğunu göstermektedir. Bu durum, Antlaşmanın sadece devletlere değil halklara da atıfta bulunan önsözünde de doğrulanmaktadır. Bu anlayış, daha açık bir biçimde, egemen yetkilerle donatılmış ve bu yetkilerin kullanılması vasıtası ile sadece Üye Devletleri değil aynı zamanda onların vatandaşlarını da etkileyen ve bağlayan organların kurulması ile de doğrulanmıştır. Dahası, Topluluk çatısı altında bir araya gelen Üye Devletlerin vatandaşlarının, bu Topluluğun işleyişinde Avrupa Parlamentosu ve Ekonomik ve Sosyal Komite vasıtası ile işbirliğine çağrıldığı da dikkat çekilmesi gereken bir noktadır.

234. maddeye göre AD'ye, antlaşmanın Üye Devletlerin mahkemelerinde aynı şekilde yorumlanmasını teminat altına almak amacı ile verilen görev de, Üye Devletlerin, Topluluk hukukunu, kendi vatandaşları tarafından ulusal mahkemelerde ileri sürülebilecek bir otorite olarak kabul ettiklerini teyit etmektedir. Buradan çıkarılacak sonuç, Topluluğun, Üye Devletlerin kendisi lehine, sınırlı alanlarda da olsa, egemen yetkilerini sınırladıkları ve sujeleri sadece Üye Devletlerden değil, aynı zamanda onların vatandaşlarından da oluşan, uluslararası hukukun içinde yeni bir hukuk düzenine varlık kazandırmış olduğudur. Bu yüzden, Üye Devletlerin hukuk mevzuatından bağımsız olan Topluluk hukuku, bireylere sadece yükümlülük getirmekle kalmaz, aynı zamanda onlara hukuki miraslarına (*legal heritage*) dahil olan haklar da tanır. Söz konusu haklar sadece Antlaşma'da bilhassa öngörülen hallerde değil, aynı zamanda Antlaşmanın Üye Devletler ve Topluluk kurumlarının yanı sıra bireyler için açıkça tanımlanmış yükümlülükler öngörmesi halinde de doğar.”¹⁴

Karar, incelenmesi gereken önemli noktalar içermektedir.

İlk olarak belirtilmesi gerekir ki, AD, AET antlaşmasını devletler arasında yükümlülükler doğuran bir antlaşmadan daha öte bir antlaşma olduğunu söylerken, antlaşmaların yarattığı hukuki düzenin de devletler arası hukuki düzenden daha başka bir hukuki düzen olduğunu belirtmiş olmaktadır. İkinci olarak ve bu tespitin gerekçelerinden biri olarak da sayabileceğimiz, AET antlaşmasının, sadece Üye

¹⁴ Case C- 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR I

Devletleri değil onların vatandaşlarını da antlaşmanın sujeleri olarak içermesidir. Üçüncü önemli nokta, egemen yetkiler ile donatılmış Topluluk organlarının yaratılmış olması ve Topluluk organlarının kararlarının hem Üye Devletleri hem de onların vatandaşlarını etkileyen ve bağlayan kararlar olmalarıdır. Dördüncü ve en önemli nokta da, hukuki temelini, AD'ye antlaşma tarafından verilen Topluluk hukukunun Üye Devletlerde bir örnek uygulanmasını sağlama görevinde bulan, Üye Devletlerin, sınırlı alanlarda da olsa egemenlik yetkilerini Topluluk lehine sınırlamalarıdır. Bu son nokta, Topluluk hukukunun sujelerinin sadece Üye Devletler değil ama aynı zamanda onların vatandaşları da olması gerçeği ile birleşince, Topluluk hukuk düzeninin 'yeni bir hukuk düzeni' olarak ortaya çıktığını göstermektedir.

AD'nin bu kararından, yeni hukuk düzeninin egemen bir hukuk düzeni olduğu ortaya çıkmaktadır. Aslında AD, antlaşmalarda öngörülme-yen bu egemenliği, antlaşmaları bahsi geçen noktalara vurgu yapmak suretiyle *anayasallaştırarak* sağlamıştır. Bu anayasallaştırmanın dayanaklarından biri olan vatandaşların da Topluluk hukuk düzeninin bir sujesi olması durumu, kararın alıntı yaptığımız kısmının son cümlesinde, AD tarafından bilinçli olarak vurgulanmıştır. Buna göre, antlaşmanın bireylere sağladığı haklar, bazen *bilhassa* antlaşmanın maddelerinde öngörülebileceği gibi, bazı durumlarda da, gerek Üye Devletler ve Topluluk kurumları için ve gerekse de bireyler için *açıkca* tanımlanmış yükümlülükler konulması şeklinde ortaya çıkar.

B) Costa – Enel ve Internationale Handelsgesellschaft Kararları

Topluluk kurucu antlaşmasının ve yeni hukuki düzeninin AD tarafından belirlenen bu anayasal niteliği bir sonraki kararda daha açık ve kesin bir şekilde ortaya konmuştur. Ortak Pazar'ın oluşturulması sürecinde, Üye Devletler arasında miktar kısıtlamalarının kaldırılması ve ticari nitelik taşıyan ulusal tekeller vasıtası ile bu anlamda ayrımcılık yapılmamasını düzenleyen AET antlaşmasının 37. maddesinin, yerleşme serbestisini düzenleyen 53. maddesinin ve devlet yardımlarının Komisyon tarafından denetim altında tutulmasını hükme bağlayan 93. maddesinin, iç hukukun bazı hükümleri ile çelişmesi üzerine İtalyan yerel mahkemesinin AET antlaşmasının 234. maddesi gereğince AD önüne getirdiği ve

Costa-Enel kararı diye anılan bu karara göre:

“Alelade uluslararası antlaşmaların aksine, AET antlaşması, yüyürlüğe girdiği andan itibaren, Üye Devletlerin hukuk düzenlerinin bir parçası olmak suretiyle onlarla bütünleşen ve Üye Devlet mahkemelerince uygulanması zorunlu olan kendi hukuk düzenini yaratmıştır.

Sınırsız bir süreyle, kendine ait kurumlara, hukuki kişiliğe, hukuki ehliyete ve uluslararası alanda temsil yeteneğine ve özellikle de Üye Devletlerin egemenlik sınırlamalarından veya yetkilerinin transferinden meydana gelen gerçek yetkilere sahip bir Topluluk kurarak Üye Devletler, belirli alanlarda da olsa, egemenlikten gelen yetkilerini sınırlamış ve kendilerini ve vatandaşlarını bağlayan bir hukuk düzeni yaratmışlardır.

Topluluk kurallarının Üye Devlet hukukları ile bütünleşmesi ve genel olarak Antlaşmanın lafzı ve ruhu, Üye Devletlerin tek taraflı olarak sonraki bir tasarrufa, karşılıklılık temelinde kabul ettikleri bir hukuk düzenine nazaran öncelik tanımlarına imkan vermez. Böyle bir tasarruf bu sebeple bu hukuk düzeni ile bağdaşmaz. Topluluk hukuku, sonraki tasarrufa riayet etme adına ve Antlaşmanın 7. maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırı olarak ve 5. maddenin 2. paragrafındaki amaçlarını başarmayı tehlikeye atarak, bir devletten diğerine değişiklik göstererek uygulanamaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, özel ve orjinal doğası gereği, bağımsız bir hukuk kaynağı olarak Antlaşmadan kaynaklanan hukuk, Topluluk hukuku karakterini kaybettirecek ve bu hukukun hukuki temelini ortadan kaldıracak şekilde, iç hukuk hükümleri tarafından geçersiz kılınmaz.

Devletlerin, Antlaşma hükümleri ile ilgili hak ve yükümlülüklerini, iç hukuk düzenlerinden Topluluk hukuk düzenine devretmeleri, Topluluk kavramı ile bağdaşmayan tek taraflı sonraki tasarrufun üstün gelmesini önleyecek şekilde, egemenlik haklarının kalıcı olarak sınırlanması sonucunu doğurur.”¹⁵

AD bu kararında amaçsal yorumun tüm sınırlarını zorlamış¹⁶ ve antlaşma metninden daha ziyade, Topluluk hukuk düzeninin egemenliğine, antlaşmanın ruhu, amacı ve hedeflerininin altını çizerek yaklaşmıştır. Kararda ilk dikkat çeken nokta

¹⁵ Case C-6/64, *Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, 593

¹⁶ Bu yöntemin kullanılmasına ilişkin eleştirileri için bkz. Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Third Eds., OUP, 2003, s. 278; Pierre Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, ELRev., Cilt 8, 1993, s. 156 vd.;

Van Gend en Loos davasındaki değerlendirmesini daha da geliştirerek, AD'nin, Topluluk hukuk düzeninin uluslararası hukuk düzeninin bir parçası olmadığı, Topluluğun kendi özgün hukuk düzeninin varlığı ile ilgili tespitidir. AD, AET antlaşmasını, Üye Devletlerin aralarında uluslararası hukuk düzeni kurallarına göre yaptıkları diğer antlaşmalardan ayırarak, bu antlaşmanın kendi yeni hukuk düzenini kurduğunu belirtmiştir. Böylece AD Topluluk hukuk düzeninin uluslararası hukuk düzeninden farklı ve bağımsız olduğunun ilk işaretlerini de vermiş olmaktadır. İkinci olarak, AD, egemenlik sınırlaması veya egemenlikten doğan yetkilerin transferinin altını çizmiş ancak bu defa daha da ileri giderek bu sınırlamanın ya da transferin *kalıcı* olduğunu vurgulamıştır.

Bu egemenlik sınırlamasının veya transferinin iki önemli yönü olduğu kanısındayım. Bunlardan biri, AD kararında açıkça görülen, transfer edilen veya sınırlanan bu egemenlik dolayısıyla artık Topluluk hukuk düzeni hükümlerinin çelişen iç hukuk hükümlerini uygulanmasını imkansız hale getirmesi ve dahası sonraki tasarrufları da hükümsüz bırakmasıdır. İkincisi ise kararda açıkça görülmese bile, zımni olarak anlaşılan, kurulan bu *üstünlük* ilkesi ile Üye Devlet anayasal düzenlerine karşı yapılan meydan okumadır. AD sözkonusu egemenlik sınırlaması veya transferi ile oluşturduğu üstünlük prensibini, Üye Devletlerin bu üstünlüğü anayasal hükümler ile tanıyıp tanımamalarına hiç atıf yapmayarak kurmuştur. Böylece, AD üstünlük ilkesi ile Üye Devletlerin anayasal tanımalarına gerek kalmaksızın kendiliğinden Üye Devletlerin egemenliğini sınırlamıştır. AD, bu zımni tespiti başka bir kararında ama bu kez açıkça ortaya koymuştur.¹⁷ Ulusal mahkemenin bir Topluluk tasarrufunun Alman anayasası hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürdüğü bu davada AD,

“Bir Topluluk tasarrufunun Üye Devletin anayasasındaki temel haklara ilişkin bir düzenlemeye veya bir ulusal anayasal yapının ilkelerine aykırı olması, bu tasarrufun Üye Devletteki geçerliliğine ya da bu ülkedeki etkisine tesir etmez.” şeklinde karar vermiştir.¹⁸

¹⁷ Case C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, [1970] ECR 1125

¹⁸ Kararın Alman yargı yerlerindeki yansıması için aşağıda IV.A.2.

C) Simmenthal ve Factortame Kararları

Topluluk hukuk düzeninin egemenliğini, AD'nin bu kararlar zinciri içinde önemli bir yeri olan *Simmenthal* kararı sağlamlaştırmıştır. Davanın konusu, Fransa'dan İtalya'ya et ithal eden bir firmanın, sınırdaki sağlık kontrolü sırasında uygulanan harcın geri ödenmesini yerel vergi mahkemesi'nden (Pretore), bu uygulamanın Topluluk hukuku ile bağdaşmaz olması nedeniyle, geri istemesidir. Firmanın talebi gibi geri ödeme kararı veren Pretore'nin kararına karşı, İtalyan üst vergi makamının, Pretore'nin Topluluk hukuku ile çatışan ulusal hukuku uygulamama yetkisi olmadığını, bu sebeple bu çatışmayı İtalyan hukukunda çözmeye yetkili olan İtalyan anayasa mahkemesine götürmesi kararı verince, Pretore davayı anayasa mahkemesi yerine, ATA m. 234 gereği, AD'na göndermiştir. Pretore, AD'den, davanın bu şartları altında, ulusal hukuku, anayasal sürece başvurmadan, dikkate alıp almaması konusunda görüş istemiştir.

AD'nin bu başvuruya üzerine verdiği kararın doğrudan aktarılması gereken önemli bölümleri burada zikredilmelidir.

“Topluluk hukukunun üstünlüğü gereği, Antlaşmanın hükümleri ve (Topluluk) kurumlarının tasarrufları, Üye Devlet iç hukukunu, sadece yürürlüğe girdikleri andan itibaren uygulanmaz kılmakla kalmaz, ama Topluluk hukuku ile bağdaşmadıkları sürece yeni yasama işlemlerinin oluşumunu da engeller.

Bu nedenle her ulusal yargı yeri, önüne gelen davada, Topluluk hukukunu bütünüyle uygulamak, Topluluk hukukunun bireylere verdiği hakları korumak ve Topluluk tasarrufundan önce veya sonra vaz edilmelerini dikakte almaksızın, ulusal hukukun hükümlerini uygulamamak zorundadır.

..., ulusal mahkeme, sonraki bir tarihte oluşturulmuş olsa da, ulusal hukukun Topluluk hukuku ile çatışan hükümlerini uygulamayı reddederek ve böyle hükümlerin ulusal hukuk içinde yasal veya anayasal yollar ile uygulanamaz kılınmasının sağlanmasını beklemeden veya talep etmeden, Topluluk hukukunun hükümlerinin uygulanması için bu hükümlere tam bir etkinlik sağlama görevi altındadır.”¹⁹

¹⁹ Case C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA [1978] ECR 629, 635-636

Kanaatimce *Simmenthal* kararı, AD'nin kurucu antlaşmaların *anayasallaştırılması* ve Topluluk hukuk düzeninin *ulusalüstü bir anayasal düzen* haline getirilerek egemenliğinin sağlanması içtihadının en önemli basamağı olmuştur.

Kararın konumuz açısından önemli yanlarını, *Karakaş*, Topluluk hukuk düzenini incelediği eserinde ayrıntılı bir şekilde analiz etmiştir²⁰:

“...Simmenthal kararının, üye devletlerin Topluluğa devrettikleri egemenlik hakları ve anayasal düzenlerin topluluk hukuk düzenine bağımlı hale gelmeleri açısından ele alınması gerekir.

Üye Devletlerin Topluluk lehine egemenlik devri sonucu, söz konusu alanlarda normatif işlem yapma iktidarı Topluluğa geçmekte ve bu işlemler iç hukuk hükümleri karşısında üstünlüğe sahip olmaktadır.”²¹

“Bu doğrultuda, doğrudan uygulanır Topluluk hukuku işlemlerine aykırı önceki iç hukuk hükümlerinin ‘uygulanmaz’ nitelikte oldukları ortaya çıkmaktadır.

Topluluk hukukuna aykırı sonraki iç hukuk hükümleri bakımından ise, uygulanmazlık değil ‘yokluk’ söz konusudur.”²²

“Topluluk hukukunun üstünlüğünün temelini oluşturan egemenlik haklarının devletten Topluluk lehine ayrılması sonucu Topluluğa geçen alan içinde devletler yasama iktidarlarını kaybetmişlerdir. ...[d]iğer bir ifade ile mutlak yetkisizlik içindedirler.”²³

“Topluluk hukukunun Simmenthal’de güçlendirilmiş üstünlüğünün çarpıcı noktası, bu hukuka aykırı yeni yasama işlemlerinin oluşmasının engelleme etkisinin ifade edilmesidir. Bu açıdan *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin²⁴ Topluluk

²⁰ Ayşe Işıl Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınları, 1993, s. 98

²¹ İbid. s. 99-100.

²² İbid. s. 100

²³ İbid. s. 101

²⁴ *Lex posterior derogat priori*, sonraki kanunun öncekini uygulanmaz kılması; *lex specialis derogat generalis*, özel kanunun genel kanunu uygulanmaz kılması anlamındadır.

hukuku açısında bir önemi yoktur.”²⁵

Simmenthal kararın en önemli unsurlarından biri, yukarıda incelenen ve önceki kararlarından biri olan *Costa*'da da vurgulanan, ulusal hukukun hükümlerinin, Topluluk hukuku hükümlerinden sonra da yürürlüğe girseler uygulanmamaları ilkesidir. Topluluk hukukunun egemenliği ve üstünlüğü ile ilgili olan bu ilke, bu kararda daha açık bir şekilde ortaya konmuştur. Egemenliğin deveredildiği alanlarda Üye Devletlerin parlamentoları yasama faaliyeti yapmamaktadır.

“Bu karar uyarınca İtalyan yargıç Anayasa Mahkemesinin içtihadını izleme zorunluluğundan kurtulmakla kalmamakta, bunu yapmaması kendisine bir zorunluluk olarak yüklenmektedir.”²⁶

“Topluluk hukukunun üstünlüğünü ve anında etkisini sağlamakla yükümlü olan ulusal yargıç anayasal ilkeleri bir yana bırakmak zorundadır. Anayasal bir kural ile Topluluk normunun karşı karşıya geldiği hallerde, hiç bir şekilde kendi anayasa düzenini üstün tutamaz.

Diğer bir ifade ile, Topluluk hukukuna aykırılığın yaptırımını kendi hukuk düzeninde doğrudan sağlama yetkisi olan yargıcın bu yetkisinin temeli, Topluluğun kurduğu düzende yer almaktadır.”²⁷

Kararın bu ikinci önemli noktası, egemen ve üstün Topluluk hukuk düzeni ile ulusal hukukun çatışan hükmü, iç hukukta ulusal hukuku gözardı etme veya uygulamama yetkisi olmayan yerel mahkemeler önüne geldiğinde, bu mahkemeye AD'nin biçtiği roldür. Davada sorun önüne gelen İtalyan mahkemesinin, iç hukuk ile Topluluk hukuku çatışmasını çözmeye yetkisinin olmaması, bu yetkinin İtalyan anayasa mahkemesinde olması, AD'nin Topluluk hukukunun egemenliği ve üstünlüğünü sağlama içtihadının önemli bir özelliğini vurgulamasına yol açmıştır. Buna göre, AD, ulusal yargıca, ulusal hukuk ile Topluluk hukukunun çatışması halinde, bu çatışmayı çözüme yetkisi olmasa bile, iç hukuktaki çatışma çözücü

²⁵ İbid. s. 102

²⁶ İbid. s. 104

²⁷ İbid. s. 104

anayasal normları bir kenara bırakarak, Topluluk hukukunu uygulama görevi vermiş, bir anlamda ulusal mahkemeyi anayasa mahkemesi, ulusal yargıcı da anayasa yargıcı haline getirmiştir.

Topluluk hukukunun bu egemen üstünlüğünden, Üye Devletlerin yargılama usulü ilkeleri de etkilenmiştir. *Factortame* (Factortame I) kararı bu durumun en somut örneğidir.²⁸

Factortame adlı şirket 1984 İngiliz Merchant Shipping Act'e göre kayıtlı balıkçı gemileri olan bir şirket olarak faaliyet gösterirken, İngiltere, eski kayıtların sona erdiğini ve tüm ticari balıkçı gemilerinin yeniden kayıt altına alınacağını hükme bağlayan yeni bir kanun çıkarmış, bu kanunda ayrıca, kayıt altına alınacak gemilerin sahipleri ya da işletenlerinin İngiliz vatandaşı olmasını hükme bağlamıştı. Etkilenen diğer şirketlerle birlikte Factortame şirketi de bu kanuna karşı İngiliz mahkemelerine başvuruda bulunmuştu. Factortame davada yeni düzenlemenin Topluluk hukukuna uygunluğunun AD'dan sorulmasını ve dava sonuçlanana kadar da yeni düzenlemenin ertelenmesini içeren bir ihtiyati tedbir (interim relief) talep etmişti. Bölge mahkemesinin talep gibi verdiği ihtiyati tedbir kararını, hükümetin temyiz etmesi üzerine temyiz mahkemesi ihtiyati tedbiri kaldırmıştı. İkinci temyizde Lordlar Kamarası konuyu ön karar usulüne göre AD önüne götürerek, *common law* kuralları uyarınca İngiliz mahkemelerinin hükümete karşı bu tür önlemleri almasının mümkün olmadığını ve aksine bir karar olmadığı takdirde İngiliz yasalarının Topluluk hukukuna uygun olduklarının dikkate alınarak, AD'ye, İngiliz mahkemelerinin, Topluluk hukuku ile çatışan iç hukuk düzenlemelerine karşı Topluluk hukukundan doğan hakları sağlamak amacı ile, bu çeşit ihtiyati tedbir kararları verip veremeyeceğini sormuştu.

AD, önceki kararlarına da atıf yaptığı bu kararında, Topluluk hukukunun üstünlüğünü -geçici olarak da olsa- önleme ihtimali olan iç hukuk tasarruflarının uygulanmaması gerektiğini belirterek,

²⁸ Case C- 213/89, R. V. Secretary of State for Transport, ex parte, Factortame Ltd. And Others [1990] ECR I 2433

“ Ulusal mahkemelerin, Topluluk hukukunun üstünlüğüne zarar verecek iç hukuk düzenlemelerinin durdurulmasını sağlayacak tedbirleri, yine iç hukuk gereğince engelleyen kuralları bir tarafa bırakması gerekir. Ulusal hakim, Topluluk hukukunun üstünlüğü nedeniyle doğan hakların garanti altına alınması için ihtiyati tedbirler almasını gerektiren durumlarda, bu tedbiri engelleyen iç hukuk kuralını uygulamamakla yükümlüdür.”²⁹

şeklinde karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Topluluk hukukunun üstünlüğünü, iç hukuk yargılaması sırasında bir geçici tedbir ile sağlamak mümkün ise, ulusal yargıç, bu tedbirin alınmasını engelleyen usul hükümlerini dahi uygulamamak durumunda kalarak³⁰, egemen devletin ona verdiği iç hukuka göre yargılama yetkisini bir kenara bırakmak ve bir Topluluk mahkemesi gibi Topluluk hukukunun üstünlüğünü ve egemenliğini tercih etmek zorundadır.

D. AD'nin Egemen Topluluk Hukuk Düzeninin Üye Devletlerce İhlali Dolayısıyla Verdiği Kararlar

AT antlaşmasının 226, 227 ve 228. maddeleri Topluluk hukuk normlarının Üye Devletlerin ulusal organları tarafından ihlal edilip edilmediğinin tespiti yetkisini AD'ye vermiştir. AD, egemen ve üstün bir hukuk düzenini ortaya koyan içtihadını, Üye Devletlerin Topluluk hukuk düzenini ihlal etmeleri veya bu ihlali çeşitli hukuki gerekçelerle savunmaya çalışmaları üzerine verdiği kararlar ile de zenginleştirmiştir.

1. Case 77/69, Komisyon v. Beçika ve Case 48/71, Komisyon v. İtalya Kararları

Ulusal vergi düzenlemelerini, Topluluk hukukuna uyumlu hale getirmek için hazırlanan vergi yasası taslağını, Belçika parlamentosunun feshedilmesi sebebiyle yasalaştıramayan Belçika hükümetine karşı, Antlaşmanın ihlal edildiği gerekçesi ile

²⁹ İbid. s. 2438

³⁰ İbid. s. 2438

Komisyon tarafından açılan davada³¹ AD, Belçika hükümetinin ‘kuvvetler ayrılığı’ prensibi gereğince, yasanın kendisi tarafından değil Parlamento tarafından çıkartılması gerektiğini, Parlemonun da feshedilmesi nedeniyle taslağın yasalaştırılmadığını, bu durumun bir *force majeure* hali olduğunu ileri sürmesini kabul etmemiştir. AD, iç hukuktan kaynaklanan nedenlerle Topluluk hukuk düzeninin üstünlüğünün ve uygulanmasının göz ardı edilemeyeceğini belirterek Belçika hükümeti aleyhine karar vermiştir. AD bir başka davada, Parlemonun yasama faaliyeti sırasındaki iç düzenlemeleri sebebiyle Topluluk normalarının üstünlüğünün ve uygulanmasının engellemesini Antlaşmanın ihlali saymış ve ‘Topluluk hukukunun, topluluk kurumları lehine iktidar devrini kapsayan, Üye Devletler aleyhine bir egemenlik sınırlamasından oluştuğunu ve bu sebeple hiç bir iç hukuk kuralının Topluluk hukukuna üstün gelemeyeceğine’³² karar vermiştir.

2. Case C- 301/81, Komisyon v. Belçika Kararı³³

Banka ve finans kurumlarının Topluluk hukukuna göre uyumlaştırılmasını öngören 77/780 sayılı Direktifin hükümlerine uygunluğu sağlayacak yasal düzenlemeleri, yasama faaliyetindeki teknik ve siyasal bazı zorluklar sebebiyle gerçekleştirmeyen ve böylece Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranan Belçika hükümeti, Komisyon’un bu konudaki dava sebeplerinin yersiz olduğu, çünkü Topluluk hukukunun üstünlüğü ve uygulanmasına kasten muhalefet etmediğini ileri sürerek davaya itiraz etmişti. Belçika hükümetinin bu savunması da AD tarafından kabul edilmemiştir. AD, Topluluk hukuk normalarının ihlalinin kasten olup olmasının ya da Üye Devletin bu konuda anlaşılabilir bir atalet göstermesinin sonucu değiştirmeyeceğini, bu durumlarda her halukarda Topluluk hukukunun Üye Devlet hukuk düzenleri üzerindeki üstünlüğünün zarar gördüğünü belirterek, Belçika hükümeti aleyhine karar vermiştir. Topluluk hukuk normlarının ‘az veya küçük’ ihlalinin de bu açıdan hiç bir önemi yoktur.³⁴

³¹ Case C- 77/69, Commission v. Belgium [1970] ECR 237;

³² Case C-48/71, Commission v. Italy [1972] ECR 529

³³ Case C-301/81, Commission v. Belgium [1983] 467

³⁴ Case C- 43/97, Commission v. Italy [1997] ECR 4671

3. Diğer Kararlar

AD, Üye Devlet makamlarının Topluluk hukuku kuralını, söz konusu kuralın Topluluk hukukunun yanlış uygulanması sureti ile meydana getirildiği ve bu sebeple bu kurala uyulmadığı def'ini de kabule şayan görmemiştir. Buna göre, AD, iç hukuk düzeninin otoritelerinin Topluluk kuralının yasallığını sorgulamaya yetkileri olmadığını ve bu gerekçe ile de Topluluk hukukunun üstünlüğünü engelleyemeyeceklerine karar vermiştir.³⁵

Ayrıca, bir Üye Devlet, bir Topluluk hukuk kuralının diğer bir Üye Devlet tarafından uygulanmadığını ileri sürerek bu kuralı uygulamaktan kaçınmaz.³⁶

IV. Üye Devlet Yüksek Mahkemelerinin Reaksiyonları³⁷

Kurucu antlaşmaların AB hukuk düzeninin egemenliğini ve üstünlüğünü açıkça ortaya koyan genel bir maddeye sahip olmaması ve her biri ulusal devletler olan bir devletler grubunun egemenliklerini ve buna bağlı yetkilerini kullanarak hareket etmesine rağmen, AB'nin açık, kesin, kolaylıkla uygulanabilir kurullarla oluşturulmuş bir egemenlik kaynağı ve yetki sistemine sahip olmaması özelliği³⁸, AD'nin bu hukuk düzeninin özgünlüğünü, egemenliğini ve üstünlüğünü kuran içtihatının son derece aktif ve dinamik bir içtihat olması sonucunu doğurmuştur. Ne varki, AT hukuk düzenine AD'nin verdiği anlamı, Üye Devletler'in yüksek mahkemeleri, zaman zaman anayasal düzenlerinden zaman zaman da kurucu antlaşmaları yorumlayışlardan dolayı, benimsemekte güçlük çekmişlerdir. Bu durum özellikle ve giderek daha da fazla bir şekilde, egemenlik sorununun, egemenlikten doğan 'yetkiler' sorununa doğru evrilmesine neden olmuştur. Bu anlamda, AD ile etkilişimleri en fazla olan ve o oranda da sorun üzerinde etkili Üye Devlet anayasa maddeleri ve yüksek mahkeme kararları önem kazanmaktadır. AB hukukuna Maastricht (AB) Antlaşmasından sonra getirilen yeni ve önceki antlaşmalardan çok farklı amaç ve konular, Üye Devlet yüksek mahkemelerinin,

³⁵ Case C- 226/87, Commission v. Greece [1988] ECR 3611; Aynı yönde, Case C- 70/72, Commission v. Germany [1973] ECR 813

³⁶ Case C- 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1

³⁷ Avrupa ülkeleri anayasalarından alıntılar www.ecln.net' den yapılmıştır.

³⁸ Pierre Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a new Phenomenon in International Relations based on the experience of the European Communities*, Leiden, A.W.Suthoff, 1974, s. 20-24, 27 vd.

egemenlik ve yetki devri konusundaki içtihadını niteliksel olarak derinleştirdiğinden, bu kararlar incelenirken böyle bir kronolojik ayırım yapılacaktır.

A) AB Antlaşması'ndan Önceki Dönem

1. Fransa

Fransa, uluslararası hukukun kabul edilmesinde diğer bazı Üye Ülkelerde olduğu gibi dualist sistemi kabul etmeyip, monist sistemi benimsediğinden AB'ye egemenlik devri ve yetki meselesi bu ülke ve Anayasa Konseyi açısından biraz farklılık gösterir. Usulüne uygun olarak onaylanıp, herhangi bir iç hukuk işlemi gerekmeksizin yayınlanıp yürürlüğe giren, uluslararası antlaşmalar, 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre, yasalardan üstündürler. Geriye ilgili antlaşmanın anayasaya uygunluğu kalmaktadır ki, bu da Anayasanın 54. maddesinde düzenlenmiş ve antlaşmaların anayasaya uygunluğu denetiminin Anayasa Konseyi tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır (Ön Denetim). Konumuz açısından bu uygunluk denetiminin özü, egemenlik devri veya sınırlaması ve bundan doğacak yetkiler meselesidir.

1958 Anayasası açıkça konuya değinmese bile, başlangıç hükümlerinde 1946 tarihli Anayasaya yaptığı açık göndermeden, Fransa'nın "karşılıklılık koşuluna bağlı olarak ve barışın sağlanması ve korunması amacı ile egemenliğini sınırlandırabileceğini" öngörmüştür.³⁹ O halde Fransa'da egemenlik devri ve yetki sorunu, antlaşmaların Anayasa Konseyince bu açıdan yapılan anayasaya uygunluk denetimi ve bu denetimin akabinde varılacak karar ile ilgilidir. Eğer Konsey antlaşmanın her hangi bir hükmünü anayasaya aykırı bulur ise, anayasa değiştirilinceye kadar antlaşma yürürlüğe girmeyecektir.

Bu anlamda Anayasa Konseyi ilgili kararlarında, egemenlik ve yetki devri kavramından daha ziyade, AB hukukunun *ulusal egemenliğin temel şartlarından doğan yetkileri* ortadan kaldıramayacağından bahisle *sınırlama* üzerinde durmuş, böyle bir durumda *egemenliğin temel şartlarından doğan yetkinin* AB tarafından

³⁹ Jean Victor Louis, *The Community Legal Order*, The European Perspectives Series, 1993, s.180

kullanması sonucunun ancak anayasanın değiştirilerek sağlanabileceği vurgulanmıştır.

Topluluğa karşı egemenlik ve yetki sınırlaması konusunda Anayasa Konseyi'nin ulusal egemenliğin esas şartlarından doğan yetkiler ilkesini ilk olarak ortaya koyduğu 19.6.1970 tarihli kararı, Topluluğun Üye Devletlerin mali katkıları yerine kendi kaynaklarına sahip olmasını düzenleyen 21 Nisan 1970 tarihli AT Komisyon Kararı⁴⁰,na karşı yapılan başvuruya karşı verdiği karardır. Anayasa Konseyi sözkonusu Topluluk işleminin Fransız kurumlarının egemenlikten doğan yetkilerine bir zarar vermediğini ve ulusal egemenliğin temel şartlarından doğan yetkileri ihlal etmediğini ifade etmiştir.⁴¹ Avrupa Parlementosunun üyelerinin doğrudan seçilmesi ile ilgili Karar'a karşı Fransa Cumhurbaşkanı'nın yaptığı anayasaya aykırılık başvurusunda da, Anayasa Konseyi 20 Aralık 1976 tarihli kararında anayasaya aykırılık bulmamakla birlikte, Topluluğun otonomiye haiz kurumlarına, ulusal egemenliğin temel şartlarından doğan önemli yetki devri yapılmasının anayasa değişikliği gerektireceğini belirtmiştir.⁴²

Anayasa Konseyi, ulusal egemenliğin temel şartları kriterini sadece AB ile ilgili kararlarında değil İHAS ile ilgili içtihadında da kullanmıştır. Esasen Konsey bu şartların nelerden ibaret olduğunu da 22.5.1985 tarihli İHAS'ın ölüm cezasını kaldırılması ile ilgili protokolüne ilişkin verdiği kararda açıklamıştır. Buna göre bu şartlar, Cumhuriyetin kurumlarına saygı, Ulusal hayatın devamlılığı ve vatandaşların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasına karşılık gelir.⁴³

2. Federal Almanya

Federal Almanya Anayasası'nın 24. maddesine göre, Almanya egemenlik haklarını uluslararası kurumlara yasama yolu ile devredebilir. Alman Anayasa Mahkemesi de anayasanın bu hükmüne uygun olarak, AB'ye egemenlik devrini kabul etmekle beraber, AD'de de görülen bazı davalarda verdiği kararlarda, bunun

⁴⁰ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law*, s. 18

⁴¹ Jean Victor Louis, 181

⁴² İbid., 182

⁴³ Jacques Ziller, *Sovereignty in France: Getting Rid of the Mal de Bodin*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 275

sınırsız bir egemenlik devri olmadığını hükme bağlamıştır. Prensip yasama yolu ile egemenlik devri olmasına rağmen, egemenlik devri yapılan kurumlarda, Alman anayasasının değiştirilemez maddelerinde belirtilen, *insan onurunun dokunulmazlığı ve korunması* ilkesi⁴⁴ ve *demokratik devlet* ilkesi⁴⁵ ile bağdaşmayan yönler olduğu takdirde ve o ölçüde egemenlik devri sınırlandırılmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi egemenlik ve buna bağlı yetki konusunda verdiği önemli kararlarını bu iki ilkenin korunması saiki altında vermiştir.

Yukarıda incelenen AD'nın 11/70 sayılı kararı⁴⁶, bu kararın verilmesi için ön karar yolunu kullanan Alman İdare Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Bu davanın konusu, tarımda ithalat ve ihracatı düzenleyen Topluluk Tüzüğü'nün, ithalat veya ihracat izni için yatırılan teminatın (*depozit*), ithalat veya ihracatın gerçekleşmemesi halinde iade edilmemesini öngörmesidir. Bunun üzerine Internationale Handelsgesellschaft mbH firmasının, bu durumun anayasada düzenlenen ekonomik ve mesleki özgürlüklere aykırılık oluşturduğu iddası ile İdare Mahkemesine başvurmuş ve İdare Mahkemesi'de Tüzüğü, geçerliliği ile ilgili olarak ön karar yolu AD'ye götürmüştür. AD'nin yukarıda belirtilen kararına rağmen İdare Mahkemesi davayı Anayasa Mahkemesine taşımıştır.

İdare Mahkemesi, davayı, Topluluğa Anayasanın 24. maddesinin ve genel olarak anayasal düzenin müsaade ettiğinden daha fazla egemenlik devri yapıldığı ve Topluluğun devam eden bütünleşme sürecinin bazı ulusal yetkileri Alman devletinden alması ve anayasanın kontrolü altında olmayan bazı kurumlara vermesi noktalarında toplanan itirazlarla Anayasa Mahkemesine götürmüştür. Anayasa Mahkemesinin *Solange I* adı ile bilinen kararının, egemenlik devri ve yetkiler ile ilgili bölümü kararda önemli bir yer tutmaktadır.

“Anayasanın 24 .maddesi uluslararası kurumlara egemenlik haklarının devri ile ilgilidir. Ama bu, anayasa değiştirilmedikçe, anayasanın temel yapısını değiştirecek bir yolu açmaz; uluslararası örgütlerin tasarrufları ile bu yol açılmaz.

⁴⁴ Federal Almanya Anayasası m. 1

⁴⁵ Federal Almanya Anayasası m. 20

⁴⁶ Supra. s. 54

Topluluk yetkili organları, Alman anayasal kurumlarının yapamayacağı ve dahası geçerli kabul edecekleri ve doğrudan uygulayacakları bir hukuk vaz edebilir. Ama 24. madde, bu imkanı, Federal Alman Cumhuriyetinin var olan anayasal yapısını, bu yapıları değiştirmek sureti ile zayıflatma sonucunu doğuracak her hangi bir Antlaşma maddesini iptal etmek suretiyle sınırlar.

Anayasanın temel haklarla ilgili bölümü, bu anayasanın *devredilemez esaslı özelliğidir*⁴⁷ ve anayasal yapıyı şekillendirir. Topluluğun şu anki bütünleşme aşaması hayati derecede önemlidir. Topluluk hala doğrudan seçilen ve yasama yetkisini kullanan demokratik meşru bir Parlamente'ye sahip değildir ve Topluluğun yasama yetkisini kullanan organlar tamamiyle politik seviyede organlardır. Topluluk özellikle de, güvenilir ve açık bir şekilde ve Alman anayasası ile aynı derecede bir insan hakları kataloğundan yoksundur.

Bu nedenle, anayasada garanti altına alınan temel haklar ile Topluluk hukuku arasında bir çatışma varsayımında, Topluluk kurumları Antlaşmadaki mekanizmalara göre sözkonusu çatışmayı kaldırmadığı sürece, anayasadaki temel hakların teminat altına alınması önceliğe sahiptir.”⁴⁸

Anayasa Mahkemesi *Solange II*⁴⁹ kararında ise üç gerekçe ile farklı bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, AD'nin iki karar arasında geçen süre içinde temel hakları koruma doktrinini geliştirmesi, Topluluk kurumlarının temel hakların korunmasını ilişkin bazı deklarasyonlar yayınlaması⁵⁰ ve İHAS'ın Üye Devletler hukuk sisteminin bir parçası olmasını dikkate alarak, “ Alman mahkemeleri ve kurumlarının işlemlerinin dayandığı Topluluk hukuku tasarruflarının geçerliliğini inceleme yetkisini kullanmayacağı”⁵¹ belirtmiştir. Bu kararında da Anayasa Mahkemesi önceki kararını yumuşatmış gözükse de, yine *as long as*⁵² yani Topluluk hukuku temel hakları koruduğu *sürece*, kendisinin müdahale etmeyeceğini ifade etmiştir.

⁴⁷ Vurgu eklendi.

⁴⁸ [1974] 2 CMLR 540, 549-550

⁴⁹ [1987] 3 CMLR 225

⁵⁰ Bu deklarasyonlar için bkz., A. Cassese, A. Clapham & J H H. Weiler, *European Union: The Human Rights Challenge*, Baden-Baden, 1991; Lammy Betten & Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, Longman, 1998.

⁵¹ [1987] 3 CMLR 265.

⁵² *solange* kelimesinin ingilizcedeki karşılığı.

3. İtalya

İtalyan Anayasa Mahkemesinin egemenlik sınırlanması ve yetki devri konusundaki içtihadı üç önemli noktaya dayanmaktadır. *Ülkeler arasındaki barışı ve adaleti temin amacı ile kurulan örgütler lehine bu amacın sağlanması için İtalya'nın egemenliğini sınırlandırılabilirliğini* ifade eden Anayasanın 11. maddesi ve bu maddeye göre yapılabilecek *yetki devrinin sınırları*, AB hukuku ile İtalyan iç hukukunun *ayrı ve özerk hukuk düzenleri* olduğuna yapılan vurgu ve bu *ayrı ve özerk hukuk düzeni arasında çatışma halinde İtalyan Anayasa Mahkemesinin son sözü söyleme hakkını saklı tutulması*.

Anayasa Mahkemesi *Frontini*⁵³ kararında, Birlik hukukunun doğrudan etkisini kabul etmiş ve Birlik antlaşmalarının onaylanmasının İtalya'nın anayasal yetkisi içinde olduğunu onaylamıştır. Bu kararında Mahkeme anayasanın 11. maddesine dayanarak karar vermiş ancak sözkonusu kabulün ve onayın şartsız ve mutlak olmadığını, Birlik kurumlarının yetkilerini kullanırken İtalyan vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini ve İtalyan anayasal düzeninin temel prensiplerini ihlal edip etmediklerini inceleyeceğini ifade etmiştir.

Granital kararında ise İtalyan Anayasa Mahkemesi, anayasanın 11. maddesine ve yukarıda bahsedilen prensiplere uygun oldukça bir Topluluk Tüzüğü ile bu Tüzükten sonraki bir tarihte çıkarılan bir yasanın çatışması halinde, basitçe sonraki yasanın Tüzüğü ortadan kaldıramayacağını ifade etmiştir. Mahkeme bu durumun gerekçesi olarak, Birlik hukuku ile iç hukukun iki ayrı ve özerk hukuk düzeni olduğunu, anayasanın 11. maddesi ile ATA m. 249⁵⁴ birlikte değerlendirildiğinde Topluluk kurumları ile ulusal yasama arasında var olan yetki bölüşümünün anayasal bir temeli olduğunu, bu yüzden bahse konu sonraki yasanın geçersizliğinden bahsedilemeyeceğini, ama çatışan ilgili mevzuat alanı Topluluk kurumlarının yetkisi içinde kaldığı için, iç hukukun ilgili yasasının (ilgili hükmünün) uygulanamaz olduğunu, ancak Topluluk kurumlarının tasarrufunun dışındaki alanlarda halen geçerli olduğu noktalarına vurgu yapmıştır.⁵⁵

⁵³ *Frontini v. Ministero delle Finanze*, [1974] 2 CMLR 372

⁵⁴ ATA m. 249: Tüzükler genel kapsamlıdır. Bütün unsurları ile bağlayıcıdır ve bütün Üye Devletlerde doğrudan uygulanır.

⁵⁵ R. Petriccione, *Italy: Supremacy of Community Law over National Law*, Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law*, OUP, 2003 içinde, s. 299

Ön karar usulü ile, AD'den, bir Topluluk önleminin geçerli olup olmadığının sorulmasının, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, İtalyan Anayasa Mahkemesine göre özel bir önemi vardır. Bu anlamda önünde bir Topluluk tasarrufu ile bir iç hukuk tasarrufunun çatışması ile ilgili bir sorun olduğunda, bir İtalyan mahkemesinin AD'den ön karar ile görüş istemesi durumunda, AD'nin Topluluk tasarrufunun geçerli dolayısı ile iç hukuk kuralının geçersiz olduğu etkisini sağlayacak kararları, anayasada koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin bir şekilde ihlali sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi *Fragd* kararında, temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olacak bu tür kararları kabul etmeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁶

Böylece, Anayasa Mahkemesi söz konusu iki hukuk düzeninin çatışması halinde ve çatışma yukarıda adı geçen konularda olursa, prensipte kabul edilen egemenlik sınırlaması ve yetki devri nedeniyle AD veya Birliğin diğer kurumları kadar, kendisinin de *çatışmayı çözme ve ilgili alanda yetkinin kimde olacağını tespit etme ile ilgili son sözü saklı tuttuğunu* belirtmiştir.

B) AB Antlaşması'ndan Sonraki Dönem

1.Fransa

AB ve AT antlaşmalarına para birliği, yerel seçimler ve Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılım ve güvenlik gibi bir çok alanda esaslı hükümler getiren Maastricht antlaşması Anayasa Konseyine önceki içtihadını pekiştirme imkanı vermiştir. Cumhurbaşkanının Maastricht anlaşmasının anayasaya aykırı hükümlerinin tespiti için yaptığı başvuruda Anayasa Konseyi 9.4.1992 tarihli Maastricht I kararı ile,

- Üye Devlet vatandaşlarının yerel seçimlerde oy hakkına sahip olmasının anayasaya aykırı olduğunu,

⁵⁶ G. Gaja, *New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law*, Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law*, OUP, 2003 içinde, s. 300

- Üye Devlet vatandaşlarının buldukları başka bir Üye Devlette Avrupa Parlamentosunun seçiminde oy hakkına sahip olmasının - Avrupa Parlamentosunun yetkilerini Fransız anayasasından değil Antlaşmalardan aldığı ve bu nedenle ulusal egemenliğin temel şartlarını ortadan kaldırılmadığı için - anayasaya aykırı olmadığını
- para birliğinin, Fransanın bu alandaki yetkisini kaybetmesine yol açacağı ve bunun ulusal egemenliğin temel şartlarından birinin ortadan kaldırılması sayılacağı için anayasaya aykırı olduğunu,
- üçüncü ülke vatandaşlarının AB sınırlarından girerken gereken vize koşullarını düzenleyen AT antlaşmasının 100c maddesi altındaki karar olma usulündeki oybirliği nisabının kaldırılmasının anayasaya aykırı olduğunu,

tespit etmiştir.⁵⁷ Bu karardan sonra Fransız Anayasasına ‘Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği’ adlı yeni bir madde eklenerek (madde 88), Cumhuriyetin bazı yetkilerini AB’ye üye diğer devletlerle birlikte *ortaklaşa* kullanacağı (88/1); parasal birliğin kurulması ve Topluluğun dış sınırlarından giriş ile ilgili kuralların belirlenmesi için gerekli olan yetki devrine rıza gösterilmesi (88/2); ve Avrupa vatandaşlarının Fransa’da seçme ve seçilme haklarına sahip olabilmesi hükmüne bağlanmıştır.⁵⁸

Anayasa Konseyi, AB hukuk düzeninde değişiklikler getiren Amsterdam antlaşmasında da, içtihadını aynı şekilde devam ettirmiştir.⁵⁹

Fransız anayasasına eklenen 88/1 maddesi ile Anayasa Konseyinin ulusal egemenliğin temel şartlarına dayanan içtihatı birlikte değerlendirildiğinde, Fransa’nın AB’ye yetki devrine müsaade ettiği, ancak bu devrin, yetkilerin ortaklaşa kullanılacağı bir devletler topluluğuna yapıldığı, dolayısıyla ortaklaşa kullanılacak yetkilerin neler olduğunun önem kazandığı, bu durumda da ulusal egemenliğin tümünden devredilmesinin değil sınırlanmasının söz konusu olduğu tespiti yapılabilir.

⁵⁷ Jens Plotner, *Report on France*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s.51

⁵⁸ Haluk Günöğür, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, EKO, üçüncü baskı, 1996, s. 86-87

⁵⁹ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law*, s. 288

Fransız anayasasının 54. maddesine göre Anayasa Konseyine yapılan son başvuru ise AB Anayasal Antlaşması'nın 29 Ekim 2004 tarihinde Fransa tarafından imzalandığı gün Cumhurbaşkanı tarafından yapılan başvurudur. Cumhurbaşkanı başvurusunda Anayasal Antlaşma'nın Fransız anayasasına aykırı olup olmadığı hakkında Anayasa Konseyi'nden talepte bulunmuştur. Konsey ulusal egemenliğin esas şartları ile ilgili aşağıdaki noktalardan Anayasal Antlaşma'nın, Fransız Anayasası değiştirilmedikçe, Fransız anayasasına aykırı olduğunu tespit etmiştir⁶⁰:

- Konsey, Anayasal Antlaşma'nın "Avrupa Kanunları" ve "Avrupa Çerçeve Kanunları"ni düzenleyen I-34. maddesi prosedürü, nitelikli oy nisabını düzenleyen I-25. maddesi, basit yasama prosedürünü düzenleyen III-396. maddesi ve bu usullerin Anayasal Antlaşma'nın üçüncü bölümünde düzenlenen faaliyet alanları - örneğin güvenlik, adalet ve özgürlük alanı- üzerinde uygulanacağını dikkate alarak, tüm bu hükümleri, Fransız devletinin onayınında gerekli olduğu bir antlaşma değişikliği ile yapılabilecek ve ulusal egemenliğin kullanılmasının esas şartlarını etkileyebilecek konularda -bu onay aranmaksızın- yetki devri sonucu doğurabileceklerini tespit ederek, Fransız anayasasına aykırı bulmuştur.⁶¹
- Anayasal Antlaşma'dan önce AB'nin var olan bazı yetki alanlarında da (cezai konularda yargısal işbirliği, Eurojust ve Europol işlemleri ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile ilgili güçlendirilmiş işbirliği) Konsey, Anayasal Antlaşma'nın nitelikli oy çokluğu ile karar alınmasını hükme bağlayan III-270-271, III-273, III-276, III-191 ve III-419 maddelerini Fransız anayasasına aykırı bulmuştur.⁶²
- Anayasal Antlaşma'nın III-269 ve I-40 maddelerinin, özellikle ortak dış politika ve güvenlik politikası ve aile hukuku konularına ilişkin konuların oybirliği ile karara bağlanması ilkesinin

⁶⁰ 19 Kasım 2004 tarih ve 2004-505 sayılı Fransız Anayasa Konseyi kararı. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/eng.htm> , 10 Mayıs 2005

⁶¹ Parag. 26

⁶² Parag. 29-30

değiştirilmesine neden olacak şekilde AB Avrupa Konseyi veya Bakanlar Konseyine oybirliğinden oyçokluğuna geçebilme imkanını tanıması Fransız anayasasına aykırı bulunmuştur.⁶³

- Nihayet Konsey, Anayasal Antlaşma'nın IV-444 maddesinde düzenlenen genel amaçlı geçit normunu anayasaya aykırı bulmuştur. Bu maddeye göre, AB Avrupa Konseyi, savunma dışındaki tüm alanlarda, Bakanlar Konseyini nitelikli oy nisabı ile karar alması için yetkilendirebilir veya özel yasama usulünün öngörüldüğü herhangi bir konuda, basit yasama usulüne geçilebilir. Konsey, bu denli geniş bir alanda karar nisabında Fransız devletinin etkisiz bırakılmasını ve ulusal anayasal onay usullerinin denetiminin saf dışı bırakılmasını Fransız anayasasına aykırı bulmuştur.⁶⁴

2. Federal Almanya

Alman Anayasa Mahkemesi, Banana kararında⁶⁵, egemenlik ve yetki devrinin temel haklar haklar açısından değerlendirilmesinde, *Solange I* ve *Solange II* kararlarının gerekçelerinin, -temel haklar korumasının Toplulukta yeterince yapıldığı sürece bu konudaki Birlik işlemlerini egemenlik devri ve yetki açısından incelememe-, Maatricht antlaşmasının kimi hükümlerinin⁶⁶ temel hakların korunmasını genel olarak Alman anayasası seviyesine çıkarttığı değerlendirmesi ile, halen ve daha kuvvetli bir şekilde geçerli olduğunu belirtmiştir. Bir Topluluk Tüzüğü⁶⁷, Topluluğa yapılan muz ithalatı ve ihracatının menşeilerinin belli bir tasnife göre yapılmasını hükme bağlaması üzerine, bundan zarar gören Alman vatandaşlarının başvurusu sonucu, durum Alman idare ve vergi mahkemeleri ile AD arasında dava konusu olmuş⁶⁸, Frankfurt idare mahkemesi de, önüne gelen davayı, mülkiyet hakkı ve ticari faaliyette bulunma hakkına orantısız müdahale ve bu müdahalenin Alman anayasasının temel hakları koruma seviyesi ile bağdaşmadığı

⁶³ Parag. 34

⁶⁴ Parag. 35-36

⁶⁵ U. Elbers ve N. Urban, *The Order of the German Federal Constitutional of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System*, EPL, Cilt 7, 2001, s. 21

⁶⁶ ABA m. 6 ve 7.

⁶⁷ 404/93 sayılı Konsey Tüzüğü,

⁶⁸ Case 280/93 Germany v. Commission [1994] ECR I-4873; Case C 465&466/93 [1995] ECR I 3761

gerekeci ile Anayasa Mahkemesine götürmüştür.⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, AB’ndeki temel hak korumasının genel seviyesinin Alman anayasasındaki koruma seviyesine yaklaştığını, özellikle bunun *Solange II* kararından sonra AD tarafından sağlanmakta olduğunu, bu nedenle, kendisine temel hakların korunması ile ilgili diğer Alman mahkemeleri tarafından getirilen davaları, temel hak koruma seviyesinin, özellikle ilgili davada, Alman anayasasının koruma seviyesinin altına düştüğü yeterli argümanlarla ileri sürülmedikçe, reddedeceğini ifade etmiştir.⁷⁰

Alman Anayasa Mahkemesi, *Solange* kararlarındaki içtihadını devam ettirmiş ve temel haklara özellikle bir aykırılık ileri sürülmedikçe, AD’nın bu korumayı yaptığını kabul etmiştir.⁷¹

Öte yandan demokratik devlet ilkesi açısından durum farklıdır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararı⁷² AB’nde egemenlik ve yetki sorununda en etkili ve çarpıcı kararlardan biridir. Davayı bir grup Alman vatandaşı, Maastricht antlaşmasının hükümlerinin anayasaya aykırılığını ileri sürerek açmıştır. Başvurunun egemenlik ve yetki ile ilgili olan temel argümanı, anayasanın 20. maddesindeki demokratik devlet ilkesidir.⁷³ Demokratik devlet ilkesi, öncelikle, Almanya ile ilgili her konunun Alman seçmenlerce seçilmiş ve onların kontrolü altında yasalar yapan Alman parlamnetosu tarafından karara bağlanacağını hükme bağlar.⁷⁴ Bu sebeple ve başvuruçulara göre Maastricht antlaşması anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, bu argümanı Topluluğa verilen yetkilerin sınırlı olduğu ve Alman Parlamentosu tarafından onaylanan antlaşmalarla vaz edildiği gerekçesi ile *kısmen* reddeder. Topluluk hukuk düzeninin Almanya’da geçerliliğinin nedeni bu düzenin antlaşmalarının Alman hukukunca onaylanmasıdır.⁷⁵ Topluluğun yetkilerindeki her artış, Alman parlamentosunun onayını gerektiren bir antlaşma

⁶⁹ M.Aziz, *Sovereignty Lost, Sovereignty Regained: European Integration Project and the BverfG*, Robert Schuman Centre Working Paper, EUI 2001/31, s.7. http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/01_31.pdf

⁷⁰ *Ibid.*, 9

⁷¹ Bu kararın detaylı bir analizi için ayrıca, U. Everling, *Will Europe Slip on Bananas? Bananas Judgement of the ECJ and National Courts*, CMLRev, Cilt 33, 1996, s. 401

⁷² Brunner v. European Union Treaty, *Bundesverfassungsgericht*, 13 Ekim 1993, [1994] 1 CMLR 57

⁷³ [1994] 1 CMLR 57, A.II.1

⁷⁴ *Ibid.*, A.II.1. (a) ve (b)

⁷⁵ *Ibid.*, para. 55.

değişikliği ile olabilir.⁷⁶ Mahkemeye göre, Topluluğun kendisine daha fazla yetkiler sağlamaya yetkisi yoktur. Topluluk *Kompetenz-Kompetenz*'e sahip değildir. Eğer Topluluk daha fazla yetki üstlenecek şekilde hareket ederse, sonradan sağlanan bu yetkilere göre yapılan işlemlerin tümü Almanya'da geçersiz sayılacaktır. Anayasa, Alman kamu otoritelerinin bu tür işlemlere hukuki değer vermesini yasaklar; Topluluk hukuki işlemlerinin Topluluğun yetkisinin ötesine geçip geçmediğinin tespitini Anayasa Mahkemesi yapacaktır.⁷⁷

Tüm bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi Topluluğa daha fazla yetki devrinin Üye Devletler ve onların parlamentolarının kontrolü altında olduğunu ve Topluluğun buna rağmen yetki aşımı yapıp yapmadığını kendisinin kontrol edebileceğini belirterek, demokratik devlet ilkesinin Maastricht antlaşması tarafından ihlal edilmediğine karar vermiştir.

3. Danimarka

Danimarka'da Maastricht antlaşmasının onaylanması sürecinde Danimarka Yüksek Mahkemesinin verdiği karar, AB'nin egemenliği ve ona devredilen yetkiler konusunda önemli bir karardır. Danimarka'da AB'ye yetki devri, anayasanın 20. maddesinde 'devlet yetkileri, bir yasa ile açıkça belirlenmiş olmak kaydı ile uluslararası otoritelere devredilebilir' hükmü ile ifade edilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin Maastricht antlaşmasına ilişkin 6 Nisan 1998 tarihli kararı da bu hükmün yorumlanması sureti ile verilmiştir; ancak hemen belirtmek gerekir ki hükmün sadece lafzından çıkan anlam dahi, açıkça tanımlanmamış ve sınırlanmamış yetki devrinin kabul edilemeyeceği yönündedir.⁷⁸

Yüksek Mahkeme davacının iddialarını kabul etmeyerek Maastricht antlaşmasının onay yasasının anayasanın 20. maddesine uygun olduğunu belirlemiştir. Bununla birlikte, kararın egemenlik ve yetki devri ile ilgili yönlerine bakıldığında iki önemli nokta göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, AB'nin Bakanlar Konseyi eli ile yasama yetkisinin kullanımının bir şekli olan ATA m.

⁷⁶ İbid., para. 33.

⁷⁷ İbid. para. 49

⁷⁸ Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999, s.158

308.' dir.⁷⁹ ATA m. 308'e göre, "ortak pazar'ın işleyişi ile ilgili olarak, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için bir girişimde bulunmak zorunlu olur da, bu Antlaşma'da söz konusu girişim için yetki öngörülmemiş ise, Konsey, Komisyonun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra gerekli düzenlemeleri oybirliği ile yapar." Danimarka Yüksek Mahkemesi, ATA'da bir yetki hükmünün olmaması durumunda AT'nin yetkilendirilmesini sağlayan bu hükmü dar bir şekilde yorumlamıştır.⁸⁰ Kararda Yüksek Mahkeme, özellikle ortak pazar ve onun işleyişinin Topluluğun diğer alanlarındaki amaçları ile ilişkilendirilmesi neticesinde ortaya çıkacak yetki devirlerinin Danimarka tarafından kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararda değinilen ikinci ve daha önemli nokta ise, AD'nin AB'nin birincil hukukunun ve yasama tasarruflarının geçerliliği konusunda verdiği kararlara ilişkin değerlendirmedir. Yüksek Mahkeme, AD'nin Topluluğun işlemlerinin geçerliliği konusundaki yargı yetkisi sonucunda verdiği kararların, Danimarka mahkemeleri ve diğer kurumlar tarafından da geçerli olduğunu, ancak genel prensip bu olmakla birlikte, anayasanın 20. maddesinin ilgili özel hükmü dikkate alındığında, Danimarka mahkemelerinin AB tasarruflarının AB'ye verilen yetkilerin ötesine gidip gitmediği konusunda karar verme yetkilerinin ortadan kalkmadığını açıkça belirtmiştir.⁸¹ Danimarka Yüksek Mahkemesi bu son nokta ile, dolaylı olarak, AD'nin yetki çatışmasını çözme (*kompetenz-kompetenz*) yetkisini kabul etmediğini ifade etmiş olmaktadır.

4. 1 Mayıs 2004 tarihinde Üye olan Ülkeler

Son genişlemede AB'ye üye olan ülkelerin egemenlik ve yetki devri tartışmasında AB hukuk düzenindeki yerleri farklılıklar taşımaktadır. Öncelikle, üyelikleri ile ilgili anayasal düzenlemelerini yaparken, bu ülkeler, uzun yıllar yaşanmış bir tecrübenin neticeleri olan AB antlaşmaları, Üye Ülke anayasal düzenleri ve AD ve yüksek mahkeme kararlarına göre düzenleme yapma olanağına sahiptiler ve yaptıkları düzenlemeler de, bu nedenle, nispeten daha açık ve kesin olmuştur. İkinci farklılık, bu ülkelerin hepsinin -"Güney Kıbrıs Rum Kesimi" hariç- uzun yıllar boyunca, egemenlik konusuna kapitalist-liberal demokratik rejimlerdeki

⁷⁹ 308. madde bir yetki maddesidir ve aşağıda ayrıca detaylı olarak incelenecektir.

⁸⁰ Trevor C. Hartley, s.158

⁸¹ İbid., 159-160

anlayışlardan farklı bir şekilde yaklaşan komünist rejimleri benimsemiş olmalarıdır. Üçüncü fark, egemenlik ve yetki devri konusunda, bu ülkelerin üyelikleri yeni olduğundan, ülke anayasaları ve anayasal düzenleri ile Birlik hukuku arasındaki çatışma ve bu çatışmalara AD ve bu ülke yüksek mahkemelerinin bakışı ile ilgili fikir verebilecek bir içtihadın henüz oluşmamasıdır.

Bu ülkelerden bazıları, AB'ne egemenlik ve yetki devrini diğerlerinden ayrılacak bir biçimde düzenlemişlerdir.⁸² Bu anlamda dört ülke burada ele alınacaktır.

a) Çek Cumhuriyeti

AB'ye üyeliğin, egemenlik ve yetki devrine ilişkin yönü, 2001 yılında Çek anayasasına yeni bir madde eklenmek sureti ile ele alınmıştır. Anayasanın bu yeni 10a maddesi 'Çek Cumhuriyetinin kurumlarının bazı yetkileri, bir uluslararası antlaşma ile, uluslararası bir organizasyona veya kuruma devredilebilir' hükmünü getirmiştir.⁸³ Tamamlayıcı bir hüküm olarak madde 87/2, Çek Anayasa Mahkemesinin, yetki devrinin anayasal düzene uygun olup olmadığı hakkında ön denetim yapmasını hükme bağlamıştır; Anayasa Mahkemesi uygun görüş vermedikçe veya uygunsuzluk görüşüne binaen anayasa değiştirilmedikçe yetki devri yapılamaz.⁸⁴ Getirilen bu usul Fransa'daki öndetimin aynısıdır.

b) Slovenya

Egemenlikten kaynaklanan tüm yetkilerin ulusa ait olduğu ve bunların devletin kurumları ile kullanıldığı prensibine göre hareket eden Slovenya meclisi, anayasaya 2003 yılında 'ulusal meclisin üçte iki çoğunluğu ile, Slovenya egemen haklarının bir kısmını kullanımını, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye ve insan

⁸² Albi, bu ayrımı eserinde, 'büyük, orta ve küçük ölçekte AB düzenlemeleri' şeklinde ifade etmiştir. Anneli Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, 2005, s. 67. Ayrıca, A. Kellerman, J. De Zwaan, J. Czuczai (der.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, 2001; Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003; Sibel İnceoğlu, *Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*, Anayasa Yargısı 22, 2005, s. 231; Bertil Emrah Oder, *AB'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye için Karşılaştırmalı Gözlemler*, Anayasa Yargısı 22, 2005, s. 168.

⁸³ Albi., s. 240

⁸⁴ İbid., s. 240

hakları ve temel özgürlüklere dayanan kurumlara devredebilir ve aynı değerlere dayanan devletlerle savunma ittifaklarına girebilir’ hükmünü eklemiştir. Bu hükmün, AB antlaşması’nın 6. maddesinde belirtilen AB’nin ‘hukukun üstünlüğüne, demokrasiye ve insan hakları ve temel özgürlüklere’ dayandığını ifadesinden esinlenerek formüle edildiği dikkat çekicidir.

Anayasanın 160/2 maddesi, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk ön denetimini sağlanmasını, 153/2 maddesi de yasaların onaylanmış uluslararası antlaşmalara uygun olması zorunluluğunu hüküm altına almıştır. Bu ikinci durum AB kurumlarının tasarruflarının, bazı uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetimi yolunu açabilme potansiyeline sahiptir.⁸⁵

c) Polonya

Polonya egemenlik ve yetki ile ilgili anayasal hükümleri, son genişlemedeki ülkeler arasında ilk olarak düzenleyen ülkedir. 1997 yılındaki yapılan yeni anayasasının 90. maddesinin ilk fıkrasına göre, Polonya, bir uluslararası antlaşma ile, belirli konularda, devlet organlarının yetkilerini uluslararası kurumlara verebilir.⁸⁶ Madde metninde *transfer* yani devir kelimesinin kullanılmaması, özellikle *delegate* yani tevkil etmek veya emanet etmek kelimesinin kullanılması dikkat çekicidir.⁸⁷ Dikkat çekici diğer bir nokta delegasyonun belli konularla sınırlı olmasıdır. Bu konuların neler olduğundan çok, belirli yani önceden tespit edilmiş olmaları önemlidir; genel anlamda bir delegasyon yapılamaz.

d) Macaristan

2002 yılında Macaristan anayasasına eklenen 2A maddesi ‘ortaklaşa yetki kullanımı’ ifadesi ile ve ‘minimalist yaklaşım’ı nedeniyle tartışma yaratan bir madde olmuştur.⁸⁸ Doğrudan AB’yi zikreden maddenin birinci fıkrasına göre, ‘Bir

⁸⁵ İnceoğlu, s. 244

⁸⁶ Albi, s. 242

⁸⁷ Bazı eserlerde delegasyon (*Delegate*) kavramı, egemenliğin devlet üstü organlarla paylaşılması ile bağlantılı olarak kullanılmaktadır (Bülent Yücel, Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak AB, AÜEHFD, Cilt 10, s. 1-2, 2006, s. 177). Delegasyon kavramının bu şekilde kullanımının doğru olmadığı düşüncesindeyim. Aynı yönde, İnceoğlu, s. 246.

⁸⁸ Albi, 117 vd.; Oder, 180.;

uluslararası antlaşma akdederek AB'ye tam üye olmak amacıyla olan Macaristan Cumhuriyeti, AB ve AT antlaşmalarından doğan hak ve yükümlülüklerinin gerektirdiği ölçüde belli anayasal yetkilerini⁸⁹ diğer Üye Devletler ile ortaklaşa kullanabilir. Bu ortak kullanım münferiden AB kurumları vasıtası ile de gerçekleştirilebilir.⁹⁰

Macaristan anayasasına eklenen bu maddedeki ortaklaşa yetki kullanımı ne 'eski' Üye Devletlerde ne de son genişleme ile üye olan ülkelerde görülen bir düzenlemedir. Ortaklaşa yetki kullanımı ve antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerin gerektirdiği kadar ve belli anayasal yetkilerin bu kullanımın kapsamına alınması prensiplerinin, AD'nin konu hakkındaki içtihadı ile birlikte değerlendirilmesinden, AB'nin egemenliği ve yetkileri açısından yeni problemlere yol açabileceği söylenebilir.

C) AD ve Üye Devlet Mahkemelerinin İçtihatları ve Çatışan Anayasal Düzenler

Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin, AB'nin ve Üye Devletlerin egemenliği konusunda benimsedikleri yaklaşımın iki taraflı olduğu gözlemlenmektedir. AD, yukarıda zikredilen kararlarından da anlaşılacağı gibi, AB hukuk düzenini ve onun egemenliğini monist bir şekilde, Birlik hukukunun üstünlüğü, ulusalüstünlüğü ve doğrudan uygulanırlığı/doğrudan etkililiği ilkeleri ışığı altında açıklarken, Üye Devletlerin hemen hemen tamamı⁹¹ AB ile Üye Devletler arasındaki egemenlik meselesini AB hukuk düzeni ve kendi anayasal düzenleri aksına oturarak, egemenliği ve onun meşruiyetini, sadece Birlik hukukunun anılan ilkeleri ile değil ama aynı zamanda kendi anayasal düzen ve ilkeleri ile açıklama yoluna gitmiştir. Bu aks boyunca, egemenliğin aidiyeti konusunda Üye Devlet mahkemeleri, AD'nin anılan ilkelerinin karşısına -ve onlarla da etkileşim içinde- kendi anayasal düzenlerinden kaynaklanan bazı sınırlamalar koymuşlardır.

⁸⁹ Vurgu tarafımdan eklendi.

⁹⁰ Albi, s.243

⁹¹ Tek farklı örnek olarak Hollanda için bkz., B. De Witte, *Do Not Mention the Word: Sovereignty in two Europhile Countries*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s.351.

AD içtihadına göre, Üye Devlet mahkemeleri, birinci derece veya üst mahkeme ayrımı olmaksızın, AB hukukunu uygulamak zorundadır. Ancak, özellikle AB antlaşmalarının ulusal onay prosedürleri tüm antlaşma hükümlerinin anayasalara uygunluğunu garanti altına alamamakta, Üye Devletlerde anayasa hükümlerini ve anayasal düzeni yorumlama tekeline sahip olan Anayasa Mahkemeleri sürece dahil olmaktadır. Bu mahkemeler, bir antlaşma hükmünün, hatta bazen Birlik kurumlarının hukuki tasarruflarının veya AB hukukunu uygulayan ulusal yasaların, anayasal geçerliliği konusunda inceleme yapmaya çağrılmaktadır.⁹² Anayasa Mahkemelerinin bu incelemesi zaman zaman AD içtihadı ile örtüşerek AB hukukunun üstünlüğü, dolayısıyla egemenliği, kabul edilmiş, yasama ve yargı yetkisinin AB'ye geçtiği ifade edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemeleri bu üstünlüğü, ya egemenlikten doğan bazı yetkiler söz konusu olduğunda kabul etmemiş ya da egemenlikten doğan bazı yetkilerin AB'ye ait olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların kapsamının ne olduğu konusunda farklı sonuçlara varmış veya yetkilerin sınırlarının aşılması gerektiğine dair prensip kararları vermiştir.

Yukarıda kararları incelenen Anayasa Mahkemeleri ekseriyetle, temel hak ve özgürlüklerin korunması, demokratik devlet ilkesi ve kendi anayasalarının değişmez bazı maddeleri ile ilgili oldukça Üye Devlet egemenliğinin devam ettiğine karar vermiş ve yetki devrini kabul etmemişlerdir. Bu noktalarda AB hukuk düzeninin yani antlaşmaların ve buna bağlı olarak AB kurumlarının hukuki tasarruflarının yetersiz olduğu gerekçesi ile yetkinin Üye Devletlere ait olduğunu ifade etmişlerdir. AB kurumlarının ve AD'nin yasama ve yargı işlemlerinde, Üye Devlet Anayasa Mahkemeleri'nin bu türden kararlarını dikkate alması ve özellikle hazırlanan ve onay sürecinde olan Anayasal Antlaşma'nın ilgili maddeleri, AB'nin *klasik* anlamda bir egemenliğe sahip olup olmadığı konusunda var olan kuşkuları devam ettirmiştir.

Anayasa Mahkemelerinin üzerinde durduğu bir diğer nokta da Avrupa bütünlüğünün dinamik doğası ile ilgilidir. Yürürlüğe girdiklerinde ve Üye

⁹² Mattias Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the ECJ*, CMLRev, Cilt 36, 1999, s. 350, 354

Devletlerin onay sürecinde herhangi bir anayasal çatışmaya konu olmayan AB yetkileri, daha sonra Birlik kurumları tarafından ikincil Birlik hukuku tasarrufları vasıtası ile, öngörülemeyen ve Üye Devletlerin anayasal değerlerine tecavüz edecek bir şekilde kullanılabilmeye müsait olduklarından, Bakanlar Konseyi'nin yasama faaliyetleri ve AD'nin içtihadı, çeşitli vasıtalar ile, kurucu antlaşmaların özgün anlamında değişiklikler yapmış ve Birlik hukukunun maddi kapsamının, antlaşmaların taraflarının kurucu iradesinden ve antlaşmaları onaylayan ulusal parlamentoların öngörebileceğinden daha fazla bir şekilde genişlemesine neden olmuştur.⁹³ Bu genişleme de egemenlik ve yetki anlamında Anayasa Mahkemeleri ile AD'yi kimi zaman ortak çözümlerde buluşturmuş, kimi zaman da, Anayasa Mahkemeleri bu durumu yetkinin sınırlarının aşılması veya yetkisizlik şeklinde tespit ederken, AD söz konusu olan genişlemenin AB hukukunun yetki alanı içinde olduğuna karar vermiştir.

AB hukuk düzeni, bu düzenin hukuksal tanımlaması ve egemenlik ve yetki sorunu hakkında bilimsel görüşler, Mahkemelerin yukarıda incelenen içtihadlarından önce de -bu hukuk düzeninin özellikle bir siyasal yapıyı da içerecek biçimde gelişmeye başladığı yıllarda- açıklanmaya başlanmış, ancak mahkemelerin kararlarının yoğunlaşmaya ve vasıflanmaya başladığı 90'lı yıllardan bu yana daha yoğun olarak işlenmiştir. Çok değişik kavramlaştırmalar ve hukuksal çerçeveler içinde konuya yaklaşılmış, bununla birlikte sorun daha çok işlendiği son yirmi yılda, iki ana açıklama tarzı ve bu iki açıklama tarzını telif edici bir üçüncü yol ile ortaya konmaya çalışılmıştır. Süreç içerisinde gelişen bu görüşler, belirtmelidir ki, hukuk disiplininin kuralları içerisinde süzülüp ortaya çıkmıştır; yoksa Avrupa bütünleşmesine, ekonomi ve politika disiplinlerinin kuralları ile yaklaşanlar oldukça farklı temellere dayanmışlardır⁹⁴.

Bir hukuk sistemini çözümlerken kullanılan temel yaklaşım, AB hukuk düzenini çözümleyenlerce de esas olarak alınmıştır. Söz konusu temel yaklaşım, bir hukuk sisteminin ne olduğu ve nasıl tanımlandığına ilişkin, bilinen ve üzerinde

⁹³ Bruno de Witte, *Community Law and National Constitutional Values*, LIEI, 1991/2, s.3.

⁹⁴ G. Schneider & M. Aspinwall, *The Rules of Integration: Institutional Approaches*, Manchester University Press, 2001; A. Moravcsik, *Preferences and Power in the EC: A Liberal Intergovernmental Approach*, 31, JCMS, 1993. Bu yaklaşımların derli toplu bir özeti için bkz. Paul Craig, *The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy*, Paul Craig & Grainne de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s. 1-50 ve yukarıda dipnot 10.

oydaşma olduğu kabul edilen yaklaşımdır.⁹⁵ Buna göre, bir hukuk sistemi, bir hukuki önermeler, kelimenin teknik anlamından daha geniş kullanım şekli ile, bir kurallar bütünüdür.⁹⁶ Bu kurallar birbirileri ile uyumlu veya tutarlı (*consistent*), birbirleri ile çelişmeyen kurallardır. Bir an için bu kurallar çelişir hale geldiğinde de, bir hukuk sistemi, bu çelişmeyi sona erdirecek bir ‘birincil veya üstün kural’ı (*super rule*) da içerir.⁹⁷ Yine bir hukuk sistemi, bir ‘sistem’ olabilmesi adına, makul derecede anlaşılır ve kavranabilir olmalıdır. Son olarak, bir hukuk sistemi, kurulmasından başlayarak uygulanageldiği an boyunca, hukukun ne olduğunu, nasıl yürütüleceğini ve nasıl değiştirileceğini belirleyecek kurumlara sahip olmalıdır.⁹⁸

Bu temel yaklaşım gereği, AB hukuk düzeni, kendisini oluşturan Üye Devletlerin hukuk sistemlerinden de, uluslararası hukuktan da ayrı ve farklı bir hukuk düzenidir. Çünkü Birlik hukuk düzeni, bir kurallar bütünüdür; bu kurallar birbirleriyle tutarlıdır ve çelişmezler. Söz konusu bu kuralların üzerinde bir ‘birincil ve üstün kural’a sahiptir (Kurucu Antlaşmalar). Bu kurallar bütünü, bir hukuk sisteminde yeterli sayılabilecek kadar anlaşılır ve kavranabilir niteliktedir. Birlik hukuk düzeni, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren kurumlara sahiptir. Birlik kurumlarının fonksiyonlarının, bilinen diğer hukuk sistemlerindeki kurumların fonksiyonları ile tıpa tıp aynı olmaması, Birliğin bir hukuk sistemine sahip olup olmadığı konusunda eleştirilere konu olsa da⁹⁹, bu kurumların fonksiyonlarını yerine getirirken, başka hukuk sistemlerinden, örneğin Üye Devlet hukuk sistemleri veya uluslararası hukuk sistemlerinden farklılıklar göstermeleri, Birliğin bir hukuk sistemi olmadığını değil, başka hukuk sistemlerden farklı bir hukuk sistemi olduğunun göstergesi olarak açıklanmıştır¹⁰⁰.

AD da, Topluluk hukuk düzeninin farklı bir hukuk düzeni olduğunu ilk kararlarından itibaren benzer gerekçelerle ortaya koymuştur.¹⁰¹ Bu hukuk düzeninin kendi kurumlarına sahip olmasını AD, Üye Devletlerden yapılan egemenlik

⁹⁵ Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty- Law, State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, 1999.

⁹⁶ *Ibid.*, s.4-7

⁹⁷ *Ibid.*, s.102

⁹⁸ Hartley, s. 126

⁹⁹ *Ibid.*, s. 127

¹⁰⁰ F.E Dorwick, *A Model Of the European Communities' Legal System*, 3 YEURL 169, 1983, aktaran: Theodor Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order*, HILJ, Cilt 37, No 2, 1996, s. 392

¹⁰¹ Özellikle Case C-13/61, De Geus en Uittenbogerd v. Bosch and others [1962] ECR 45, 49 ve Supra. III

devrinin ve bağımsız bir hukuk düzeninin en önemli kanıtı olarak görmüştür.¹⁰² Dahası, ATA m. 249/2 de AD'nin içtihadını tam olarak desteklemektedir. Buna göre “ Tüzük genel kapsamlıdır. Bütün unsurları ile bağlayıcıdır ve bütün Üye Devletler’de *doğrudan uygulanır*.”¹⁰³ Bu hüküm AB hukukunu uluslararası hukuktan farklı kılar; çünkü AB hukukunun iç hukuka geçirilmesi herhangi bir iç düzenlemeye tabi değildir.

Çözümlemenin bir sonraki aşaması, AB hukuk düzeninin, başka hukuk sistemlerinden farklı ve ayrı olmakla birlikte, söz konusu hukuk sistemlerinden bağımsız olarak mı var olduğu, daha açık bir ifade ile, AD'nin içtihatlarında vurgu yaptığı gibi, varlığının tamamen kendisinden mi kaynaklandığı, yoksa diğer hukuk sistemlerinden mi çıkıp var olduğudur. Bu noktada da, Birlik hukuk düzeninin Birliği oluşturan hukuk sistemleri, yani Üye Devlet hukuk sistemleri ve uluslararası hukuk sistemlerinden doğduğu ve fakat Birlik hukuk düzeni oluşturulduktan sonra söz konusu diğer sistemlerden bağımsızlaştığı ileri sürülmüştür. Bu görüşün önemli savunucularından *Weiler* da, AB'nin hukuksal gelişimini analiz ettiği makalesinde görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“ (Topluluğu kuran) Antlaşmalar (AD) tarafından anayasallaştırılmıştır ve Topluluk artık bir uluslararası organizasyona değil, ondan daha yoğun, daha özlü, üniter değil, ama federal bir devlet yapısına çok yakın bir varlık olmuştur. Bir uluslararası organizasyondan farklı olarak Topluluğun ‘işletim sistemine’, uluslararası kamu hukuku prensipleri değil, anayasal bir Şart¹⁰⁴ ve bir dizi anayasal prensip tarafından tanımlanan, özel olarak belirlenmiş bir devletlerarası yönetim yapısı hakim olmuştur”.¹⁰⁵

AB hukuk düzeninde egemenlik sorununu açıklayan temel iki yaklaşım bu aşamadan sonra- AD ve Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin farklı pozisyonları ile etkileşim içinde- birbirinden ayrılmaktadır. Ayrışma yaratan nokta, AB hukuk

¹⁰² Case C- 17/67, Firma Max Neumann v Hauptzollamt Hof/Saale [1968] 441, 452-453

¹⁰³ Vurgu eklendi.

¹⁰⁴ Anayasal Şart kavramı AD tarafından da kullanılmıştır, Case 294/83, Parti ecologiste 'Les Verts' v. European Parliament, [1986] E.C.R. 1339

¹⁰⁵ J.H.H Weiler, *The Transformation of Europe*, YLJ, Cilt 100, 1991, s. 2403, 2407. AB’de anayasallaşma süreci egemenlik ve yetki paylaşımını konu almakla birlikte, sürecin daha kapsayıcı bir kavramsal gelişme olarak ele alındığı bir çalışma için, bkz. Bertil Emrah Oder, *Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004.

düzeninin kendini yeniden yorumlaması ve yaratması ile ilgilidir. Daha açık bir şekilde ortaya koymak gerekir ise, mesele, farklı, ayrı ve diğer hukuk sistemlerinden bağımsızlaşan Birlik hukuk düzeninin, Üye Devlet hukuk düzenleri veya uluslararası hukuk düzenini ile çatıştığında, bu çatışmayı, egemen bir hukuk düzeni gibi kendi hukuk düzeni içinde ve kendi organlarının kararıyla çözüp çözemeyeceğidir. AB'ye anayasal otonom bir düzen atfeden görüşler ve AD kararları bunun mümkün olduğunu, Üye Devletlerin biricik meşru anayasal egemenliğe sahip olduğunu ileri süren ve bunu ulusal anayasal sistemlere ve Anayasa Mahkemeleri kararlarına dayandıran görüşler ise mümkün olmadığını ileri sürer. Telif edici görüşe göre ise, mesele, egemenlik ve yetki düzleminde, farklı, ayrı ve bağımsız anayasal düzenlerin nasıl birlikte var olacaktır.

i. AB Anayasal Düzeni

İlgili içtihadının önemli bir kısmı yukarıda ve bir kısmı da aşağıda Bölüm 3'de incelenen AD, geliştirdiği üstünlük ve doğrudan etki doktrinleri ile, aslında, temeli hukuki anlamda nihai otoriteye işaret eden bir egemenlik tezi ortaya atmıştır. Egemenliğe temel olan, başta *Costa v Enel* kararı olmak üzere, AD kararlarını ve gerekçelerini incelediği makalesinde *Lindahl*, “geliştirilen üstünlük doktrininin bir egemenlik iddiası olduğunu, AD'nin AB hukuk düzenini bağımsız ve yeni bir yasal düzen olarak ortaya koyduğunu, bu yeni hukuk düzeninin kural koyma kabiliyeti anlamında ve AB'yi egemen bir varlık yapan antlaşmaların anayasallaştırılması noktasında, AD'nin her türlü dışsal hareket noktasını reddettiğini” belirtir.¹⁰⁶ Öte yandan, AD'nin bu yöndeki kararlarının, AB hukukuna pratikte meydana gelen bir aykırılığın önlenmesi ve AB hukukuna öncelik verilmesinden daha fazla bir öneme haiz olmadığını ileri sürenlerin eleştirileri yanında¹⁰⁷, AD'nin AB hukukunun otonomisine ve bağımsızlığına yaptığı vurgu, geliştirdiği doktrinin pratik fonksiyonel bir araçtan çok normatif bir tez olarak görülmesini daha kuvvetli bir şekilde savunulur hale getirmektedir:

“Özel ve orjinal doğası gereği, bağımsız bir hukuk kaynağı olarak

¹⁰⁶ Hans Lindahl, *Sovereignty and Representation in the European Union*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, (ed.), Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 107

¹⁰⁷ Trevor C Hartley, s. 136-137, 167-168; Dieter Grimm, *Does Europe Need a Constitution?*, ELJ, Cilt 1, 1995, s. 289-291;

Antlaşmadan kaynaklanan hukuk, Topluluk hukuku karakterini kaybettirecek ve bu hukukun hukuki temelini ortadan kaldıracak şekilde, iç hukuk hükümleri tarafından geçersiz kılınmaz.”¹⁰⁸

Bu paragrafta AB hukukunun orjinal ve bağımsız karakterine yapılan vurgu, onotonomiye sahip, türev olmayan (*non-derivative*) bir hukuki varlık tezini ortaya koymaktadır.

AD'nin, Üye Devletlerden AB hukuk düzenine devredilen yetkilerin, Üye Devletlerin egemen haklarına kalıcı bir sınırlama getirdiğini belirtmesinin önemli bir sonucu olarak, otonom ve orjinal bir yapının sahip olduğu bu yetkiler, AB'nin kendisinin koyabilecekleri dışında, Üye Ülkeler tarafından her hangi bir sınırlamaya ya da sapmaya (*derogation*) bağlı değildirler.¹⁰⁹

AD'nin, AB'nin egemenliğinin bir sonucu olan üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinin fonksiyonel bir araçtan çok normatif bir egemen otonom düzen yarattığı tezini destekleyen başka argümanlar da vardır. AD'nin bu doktrinleri geliştirdiği kararlar zincirine bakıldığında bu argümanlar açıkça görülebilir. Birincisi, ilgili hemen hemen tüm kararlarda, kurucu antlaşmalarda düzenlenmiş bir amaç veya faaliyet üzerinde durulmuştur. Bu bazen ortak pazarın gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi, bazen temel haklar, bazen de vergi veya eğitim olmaktadır. Maddi (substantive) konunun/amacın yerine getirilmesinde AB'nin egemenlik ve üstünlüğüne vurgu yapılmıştır ve Üye Devletlerin egemen haklarını kaybettikleri belirtilmiştir. İkincisi, AB hukuk düzeninin egemen haklar bahsedilmiş kurumlarına vurgu yapılmıştır. Üçüncüsü ve en önemlisi AT antlaşmasının 234. (eski 177) maddesidir:

“AD:

- a) bu antlaşmanın yorumu konusunda;
- b) Topluluk kurumlarının ve AMB'nin işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda;
- c) Konsey tasarruflarıyla oluşturulan kuruluşların statülerinde öngörülmesi

¹⁰⁸ Costa v Enel, 593

¹⁰⁹ Grainne De Burca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde,s. 452

şartıyla, bu statülerin yorumu konusunda karar vermeye yetkilidir.

Bu tür bir sorun, bir Üye Devlet'in mahkemesi önüne geldiğinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa AD'dan bu konuda karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorun iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal bir mahkemede görülmekte olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme AD'na başvurmak zorundadır.”

Bu hüküm açıkça ortaya koymaktadır ki, Üye Devletler, vatandaşlarının ulusal mahkemeler önünde Topluluk hukukunun otoritesine başvurabileceklerini kabul etmiştir.

Bu madde yolu ile bir Alman Mahkemesi tarafından kendisine başvuru AD maddenin konuluş sebeplerinin altını çizerek, hem madde hakkında hem de AB hukukunun geçerliliği ve egemenliği hakkında önemli tespitler yapmıştır.¹¹⁰ Alman vergi otoritelerinin, Foto-Frost firmasının yaptığı ithalat ile ilgili harçların geri iadesi prosedürü ile ilgili 1573/80 sayılı AT Tüzüğü'nün ilgili şartlarının yerine getirilip getirilmediği konusunda şüpheye düşmesi üzerine AB Komisyonuna başvurması sonucu, Komisyon Federal Alman Cumhuriyetine hitaben yayınladığı Kararda, şartların yerine getirildiği ve firmaya ithalat harçlarının geri ödenmesine karar vermişti. Komisyonun bu kararı Alman idari otoritelerince yerine getirilmeyince, Foto-Frost firması yerel mahkemelere başvurmuş, bu mahkemelerde Komisyon kararının geçersiz olduğuna karar verince, firma davayı Federal Vergi Mahkemesine götürürerek burada, Komisyonun Kararının geçerliliği hakkında AD'ye ön karar yolu ile başvurulmasını talep etmişti. Federal Vergi Mahkemesi bu talebi kabul ederek AD'ye karar vermesi için bir dizi soru yöneltmişti. Bunlardan en önemlisi, Komisyonun ilgili Topluluk Tüzüğü'ne dayanarak verdiği bir Kararın geçerliliğinin ulusal mahkemeler tarafından incelenip incelenemeyeceğine ilişkin sorudur. AD bu soruya verdiği cevapta, “Üye Devlet mahkemeleri, Topluluk kurumlarınca alınan her hangi bir kararın geçersiz olduğuna karar vermeye yetkili değildir; Topluluk hukuku tasarrufları ile ilgili geçerlilik veya geçersizlik kararları Topluluk hukuku kurumları tarafından verilir”¹¹¹ şeklinde karar vererek, AB'nin

¹¹⁰ Case 314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199

¹¹¹ İbid. para. 15

kendisi ile ilgili konularda nihai otorite olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir.

Her üç argüman birlikte değerlendirildiğinde AB'nin yeni, bağımsız ve egemen bir hukuki düzene sahip olduğu argümanı ileri sürülebilir. Bu anlamda AB, gelişmesinin şu aşamasında, yukarıda bahsi geçen amaç ve konu spektrumunu da genişletmektedir. Kurumları çok çeşitli vasıtalar ile güçlenmektedir ve nihayet 234. madde prosedürü ulusal mahkemeler tarafından eskisinden çok daha fazla derecede benimsenip kullanılmaktadır.¹¹²

Birlik hukukunun üstünlüğünün, nihai ve kendini tanımlayan (*self defining*) bir otorite olarak egemenliğinin bir sonucu olmasının yanısıra¹¹³, bu egemenliğe ilişkin bir diğer argüman da genel bir hukuk kavramı olan hukukun üstünlüğüne (*Rule of Law*) dayanır. AB, Üye Devletleri ve daha önemlisi bireyleri bir yeni düzen içinde bütünleştirmek için tasarlanmıştır. “Böyle bir bütünleşme tarihsel olarak ulus devletlerde tecrübe edilmiş iki tehlike ile karşı karşıyadır. Bunlardan birincisi, ulus devletlerin arasındaki menfaat çatışmasından doğan tehlikeli ve kanlı çatışmalara dönüşen eğilimdir. Tutarlı ve hukukun üstünlüğüne dayanan bir otonom düzen içinde, ulusal menfaatlerin müzakere edilmesi, tanımlanması ve bağlanma ve ayrışma noktalarının tespiti uluslararası bir hukuki güvenlik altında olduğundan, bu tür eğilimlerin ortaya çıkma olasılığı oldukça azalır. İkincisi ise ulus devlet içinde demokrasinin ve temel hakların koruma altına alınması ile ilgilidir. Bir mekanizma olarak uluslararası hukuki bütünleşme ve klasik liberal hukukun üstünlüğünden uluslararası hukukun üstünlüğüne erişim, azınlık haklarına riayet etmeyen ve/veya otoriter veya totaliter yönetimlere yol açan ihtirashı siyasi gerilimler altında organize olan hareketlere karşı bağımsızlık kazandırma yeteneğine sahiptir.”¹¹⁴

AD kararları arasında AB'nin egemenliği ve Üye Devletlerin durumu ile ilgili verilen en keskin kararlardan biri de, Avrupa Topluluklarından biri olan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ile ilgili bir davada verilen karardır. AD, bir taslak nükleer enerji antlaşması ile AAET'nin bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin

¹¹² Bu konuda bkz. Damian Chalmers, *Judicial Authority and Constitutional Treaty*, IJCL, Cilt 3, No. 2, 2005, s. 448 ; Thomas De La Mare, *Article 177 in Social and Political Context*, Paul Craig & Grainne de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s. 215.

¹¹³ Grainne De Burca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine*, s. 454

¹¹⁴ Mattias Kumm, s.335

bu kararının gerekçesinde, sadece Topluluk'un otonomisi, türev bir varlık olmaması ve bağımsızlığına vurgu yapmakla kalmamış, aynı zamanda devletlerin egemen haklarını kaybettiklerine karar vermiştir:

“Topluluğa AAET antlaşması ile verilen kamu gücü ve yetkisinin boyutu ölçüsünde, Topluluk bu yetki ve kamu gücünü tam bir muhtariyet ile kullanmalıdır. Üye Devletler, gerek tek tek ve gerekse beraber hareket etmek suretiyle, Topluluğu, ona ait olan ve bu sebeple artık *Üye Devletlerin ulusal egemenlik alanı dışında*¹¹⁵ olan yetkilerin kullanımı üzerine koşullar koyacak yükümlülükler altına sokamazlar.”¹¹⁶

AB'nin egemenliğine ilişkin bu argümanlara karşılık, Üye Devlet egemenlikleri ve onların anayasa mahkemelerinin yukarıda anılan kararlarının değerlendirilmesine geçmeden önce, AB'nin egemenliğini açıklayan yukarıdaki argümanlarla ilgili önemli bir noktaya biraz daha yakından bakılabilir. O da gerek AD kararlarında ve gerekse öğretide geçen, AB'nin *sadece belirli alanlarda egemen olduğu* ve Üye Devletlerin *sadece belirli alanlarda egemenliği kaybettiği* argümanıdır. Gerçekten AD kararlarında zaman zaman açıkca ve zaman zaman da zımnen ileri sürülen bu argüman *Weiler* tarafından da çok açık bir şekilde ifade edilmiştir: “ Topluluk bir ‘atfedilen’, ‘sayılan’, ‘sınırlanan’ yetki sistemidir. Bu yüzden Topluluğun iradesi, sadece onun yetkileri içinde kaldığında üstündür. Bir yetki aşan (*ultra vires*) Topluluk tasarrufu üstün olamaz ve olmamalıdır.”¹¹⁷ Bu spesifik meseleye, daha çok AB ve Üye Devletleri arasında birden fazla egemenlik meselesini çözümlenmesinden sonraki bir aşamaya, yetkiler meselesine işaret ettğinden daha sonra değinilecek olmakla birlikte, şimdilik şu kadarı söylenebilir ki, AB'nin sayılan, sınırlı yetkilere haiz olduğu savı, belli bir yoğunluk eşiğinde egemenliğe sahip olduğu ve buna bağlı olarak da Üye Devletlerin egemenlik alanının daraldığı gerçeğini değiştirmez. Bu anlamda şimdilik şu alıntıya dikkat çekilebilir:

¹¹⁵ Vurgu tarafımdan eklendi.

¹¹⁶ Case 1/78 International Atomic Energy Agency on the Physical Protection of Nuclear Materials [1978] ECR 2151, 2153

¹¹⁷ Weiler & Haltern, s. 413. Aynı yönde, Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, OUP, 2003 s. 110; Mattias Kumm, s. 355; Koen Lenaerts, *Constitutionalism and Many Faces of Federalism*, AJ CL, Cilt 38, 1990, s. 205

“İlk olarak, politika faaliyetlerine ilişkin yetki ve alanlar, *Van Gend* kararının verildiği karardan bu yana, hızla ve büyük çapta gelişmiştir ve bunun yargısal yansıması AD kararlarında, o arada 1/91 sayılı Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması ile ilgili AD Görüş’ünde, görülebilir. Bu Görüş’de AD, Üye Devletlerin egemenliklerini sınırladıklarını ve egemen haklarını devrettiklerini tekrarlamış ama ‘sınırlı alanlarda da olsa’¹¹⁸ nitelemesini tekrarlamamıştır. İkinci olarak, söz konusu faaliyetlerin -AAET davasında bahsedilen- nihai olarak devlet otoritesine ait olan ‘ulusal egemenlik alanı içinde kaldığının’ açık ve kesin bir biçimde nitelendirilmesini yapmak gitgide zorlaşmaktadır. Artık büyük ölçüde kabul edilen, ulusal faaliyetlerin otonomluğuna yer bırakmayan ve AB hukuku tasarrufu ile kapsanmayan hiç bir ulusal faaliyetin olmadığına makul şekilde iddia edilmesine yol açan ‘enlemesine’ AB yasal yükümlülükleri ve ilkeleri vardır. Vergi politikası, sağlık politikası, kültürel politika ve eğitim politikası görünüşte Üye Devlet’in kontrolünde ve onun nihai yasal otoritesinde kalır. Ama bu ulusal faaliyet alanları, AB’nin, sektörel ve konu bazlı alanlara mutlaka değinen ilkeleri, pratikleri ve kurallarının doğrudan doğruya ve esaslı bir şekilde etkisi altındadır. Bu çepeçevre kuşatma tamamen bir yasal prensip meselesi de değildir. Topluluk hukukunun egemenliği kendisi ile çelişen ulusal hukuk ve politikalara bakılmaksızın ileri sürülür¹¹⁹ ve bir Avrupa tasarrufunun doğrudan doğruya –bazı durumlarda kısmi, isteksiz ve problemlü uyum söz konusu olmasına rağmen- bir ulusal reddin konusu olması bu anlamda çok nadir olmuştur. Eğer ulusal egemenlik kavramı, önemli ve potansiyel olarak şumullü ve her alanı kapsayıcı tahtitler bağlamında manasını koruyacak ise, egemenlik anlayışımız zorunlu olarak kendisini değiştirmek ve seyreltmek zorundadır.”¹²⁰

ii. Üye Devlet(ler) Anayasal Düzeni.

AD ve Anayasa Mahkemelerinin, AB’nin egemenliği ve Üyeleri ile arasındaki yetki paylaşımına ilişkin kararlarında farklı argümanlara dayanması, -yani AD’nin AB hukuk düzenini ve onun egemenliğini monist bir şekilde, Anayasa Mahkemelerinin ise, konuyu AB hukuk düzeni ve kendi anayasal düzenleri aksına

¹¹⁸ Vurgu tarafımdan eklendi.

¹¹⁹ Case 11/70 [1970] ECR 1125

¹²⁰ Grainne De Burca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine*, s. 457-458; Aynı yönde, Stephen Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, OUP, Oxford, 1995, s.106

oturarak, egemenliği ve yetki paylaşımını, sadece Birlik hukukuna değil, aynı zamanda kendi anayasal düzen ve ilkeleri ve uluslararası hukuk ile açıklaması- Üye Devletlerin anayasalarında ve hukuk düzenlerinde kurguladıkları egemenlik kavramının içeriğinden kaynaklanmaktadır.

Birleşik Krallık dışındaki tüm Üye Devlet anayasal sistemlerinde, egemenlik bir bütün olarak halka aittir. Bu nedenle, Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin içtihadı AB'nin egemenliğe sahip olduğu iddasını zorlaştırır. Egemenliğin halka ait olmasının temelinde yatan popüler egemenlik kavramı, öğretide zaman zaman katılım ve temsilin metafizik bir açıklama tarzı ile oluşturulan poliarşik demokratik bir egemenlik açıklamasına kadar vardırılrken¹²¹, Anayasa Mahkemeleri bu halka dayanan egemenlik anlayışının anayasalardaki kesin ifadesi nedeniyle, AD kararları ve oluşturduğu AB hukuk düzeni ile ters düşmektedir. Yukarıda görüldüğu gibi, Üye Devletlerin Avrupa bütünleşmesi ve bu hukuk düzenine katılırken anayasalarındaki maddeler, egemenliği halka dayandırmakta ve ona bölünemez ve devredilemez bir öznitelik de atfetmektedirler. Alman anayasası ve bu aynayasaya benzer ülke anayasaları bir 'atfedilen yetkiler' veya 'egemen hakların devredilmesi' formülü uygularken, Fransız-İtalyan ve benzeri ülke anayasaları da 'egemenliğin sınırlanması' formülü üzerinde durmaktadırlar. Anayasaların bu hükümleri karşısında, üyelerinin ekseriyesi egemenliğin klasik anlamına ve nihai otoritenin *pouvoir constituant* 'ta olduğu anlayışına bağlı doktrinlere sadık yargıçların¹²² oluşturduğu anayasa mahkemeleri, üye Devlet egemenliklerini sıkı bir şekilde koruma altına almaktadır.

Üye Devlet anayasalarının ilgili maddeleri ve mahkemelerinin kararları desteğinde, AB'nin egemenliğinin türev bir egemenlik olduğu sonucuna varan görüşlere göre¹²³, AB'nin egemenliği Üye Devletler tarafından ona delegasyon (delegation) yolu ile tanınmıştır. Üye Devletlerin kendilerini bağlayıcı taahhütler altında Birliğin üstünlüğu ile bağlantı kurmaları, bu taahhütlerinin kendi anayasal

¹²¹ Lindahl, s. 92

¹²² Julianne Kokott, *Report on Germany*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. 119

¹²³ Bruno de Witte, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order*, Paul Craig & Grainne de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s. 181.;

egemenliklerine karşı bir egemenlik iddiası doğurmayacağı sonucuna varır.¹²⁴ “Sınırlandırılmış devlet egemenliğinden oluşan veya egemenliğin ortak kullanımını öngören bu çeşit yapılar –sahip oldukları bu türev egemenlik, devletler tarafından sıkı bir delegasyon ile oluşturulduğu için- devletin egemenliğine hanel getirmezler.”¹²⁵ AB delegasyon ile kazandığı egemenlik ile, doğal olarak, devletin egemenliğini sınırlayabilir; “ancak onun kendi *orjinal* (vurgu eklendi) egemenliği olduğu iddiasını, delege eden devletlere karşı ileri süremez.”¹²⁶

Böylece, AB’nin egemenliği ve bundan sadır olan yetkileri, ulusal anayasal sistemlere ve onların mahkemeleri tarafından ilgili anayasalar yorumlanarak ortaya konan hudutlara kadar geçerli olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle AB bir egemenliğe sahiptir ancak onun sınırları, Anayasa Mahkemelerinin devlet anayasalarının maddelerini ve prensiplerini yorumladığı içtihatları ışığında tespit edilir. Çünkü bunu yapabilecek anayasal meşru iktidar sadece ulusal Anayasa Mahkemelerinde vardır; AB bazı anayasal özellikler gösterebilir ama ulusal anayasal otoriteye karşı ileri sürecekt nihai anayasal otoriteye sahip değildir. Çünkü AB seviyesinde bir orjinal anayasal meşru kaynak (*pouvoir constituant*) yoktur.¹²⁷

Yukarıda Üye Devlet Anayasa Mahkemeleri kararlarından da görülebileceği gibi, nihai otoritenin Üye Devlet anayasal düzenlerinde olduğu argümanı, mutlak ve tüm anayasa maddelerini kapasayıcı olmaktan ziyade, ilgili ülkenin *anayasal kimliğini* korumaya yöneliktir. Bu kimlik, daha ziyade, temel haklar, anayasaların değişmez ilkeleri ve demokratik devlet ilkesi gibi Anayasa Mahkemelerinin üzerinde hassasiyetle durduğu bileşenlerden oluşur. Bu bileşenlerin bileşkesi de egemenliğin Üye Devletlerdeki yerini gösterir: *Pouvoir Constituant*.

iii. Anayasal Çoğulculuk

Ancak buraya kadar açıkladığımız iki yaklaşım ve AD ve Anayasa Mahkemelerinin pozisyonları, nihai otorite ve AB’nin egemenliği ile ilgili var olan

¹²⁴ Miguel Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 500, 503

¹²⁵ *İbid.*, 503

¹²⁶ *İbid.*, 505

¹²⁷ *İbid.*, 506

sorunu çözmeye fazla bir katkı yapmamış ve dahası egemenlik ve yetki sorununda hukuken kabul edilemez ve hukuki kesinlikten uzak bir insicamsızlığa, yani düzensizlik ve tutarsızlığa neden olmuştur.

Bahsi geçen bu insicamsızlık (*discursiveness*) üzerine hareket eden bazı Avrupalı hukukçular¹²⁸, önce bu insicamsızlığı tanımlamışlar, sonra da egemenlik sorununu, bu insicamsızlıktan hareket ederek oluşturdukları bir anayasal çoğulculuk kavramı ile çözmeye çalışmışlardır.

Bu anlayışı, onun öncü yazarlarından ve AD savcısı *Maduro*'dan-öğretideki diğer argümanları da dikkate alarak- faydalanarak açıklamaya çalışacağım.

Yazarın konuyu etraflıca incelediği makalesinde ilk dikkat çeken nokta, Üye Devlet anayasal düzenlerinin esas alınması suretiyle, AB'nin egemenliğine karşı yapılan itirazların en önemli dayanağı olan, devlet ile anayasal egemenlik arasındaki bağlantının, *pouvoir constituant*'ın, AB seviyesinde var olmadığı itirazının zayıflığına yapılan vurgudur. Bu itirazın AD tarafından benimsenmemesi bir yana, Avrupa siyasal toplumunun ve AB hukukunun nihai otorite iddiasının boyutu ve doğası da bu itirazı boşa çıkarır. AD yukarıda incelenen ve Van Gend kararından başlayan kararlarında, Topluluk hukukunun doğrudan etkisi ve üstünlüğünü, Topluluk kuralları ile Avrupa halkları arasında var olan doğrudan bir ilişki içinde temellendirmiştir. Hem bu kararlarda belirtildiği ve hem de Avrupa'da oйдаşma ile kabul edildiği gibi, Kurucu Antlaşmalar devletler arasındaki bir alelade antlaşmadan çok daha fazla şey ifade eder: “Onlar, halklar ile AB hukuku arasında doğrudan bir

¹²⁸ Bu kavramı özellikle işleyen çalışmalar için bkz. Ingolf Pernice, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, Europe 2004 The Great Debate, J.H.H Weiler ve Michel Petite'nin katkıları ile Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen Konferansa sunulan tebliğ, Brüksel, 15-18 Ekim, 2001; Neil Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, ELJ, Cilt 4, Sayı 4, 1998, s.355; Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty, Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999; Mattias Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the ECJ*, CMLRev, Cilt 36, 1999, s. 350; Miguel Poiars Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 500; Neil Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, Neil Walker, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 3; Neil Walker, *White Paper in Constitutional Context*, Christian Hoerges, Yves Meny & J.H.H Weiler (eds), *Response to the European Commission's White Paper on Governance*, European University Institute, 2002 içinde; J.H.H Weiler, *Epilogue: The European Court of Justice: Beyond "Beyond Doctrine" or Legitimacy Crisis of European Constitutionism*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. 365

ilişki kuran, Avrupa halkları arasında yapılan bir antlaşmadır.”¹²⁹ Bu doğrudan meşruluk kaynağı, bir bağımsız normatif otorite iddiasına cevaz veren siyasal bir bağ oluşturur. Hukuki yetki (otorite), bu nedenle, bir otonom Avrupa hukuki düzeni kavramından çıkar. Bu bağımsız siyasal ve hukusal otorite iddiası AB’ye egemen haklar verilmesine karşılık gelir.¹³⁰

İkinci nokta, egemenlik ve nihai otoritenin AB anayasal düzenine ait olduğu iddiası ile ilgili eleştiridir. Buna göre, AB ile Avrupa halkları arasındaki doğrudan bağ gerçek olmakla birlikte, Üye Devletler de kendi halklarının tek tek temsilcisidir ve AB anayasal düzeninin dayandığı temel antlaşmalar bu devletler tarafından oluşturulmuştur. Devlet otoriteleri ve mahkemeler ulusal hukuku, kendi anayasalarına göre veya diğer yetki veren kurallara göre geçerli kılar ve uygular; dahası AD tarafından anayasallaştırılan egemen AB otoritesinden sadır olan hukukun da, geçerliliği ve uygulanması yalnızca ulusal anayasaların koyduğu şartların ışığı altında tanınır.¹³¹ Buna göre, Üye Devlet Anayasa Mahkemeleri, AB ile Üye Devlet ulusal düzenleri arasındaki çatışmalarda karar verme yetkisine haizdir. “Ulusal anayasalar bir yandan AB hukukunun üstünlüğü ve otoritesini garanti altına alacak şekilde yorumlanırken, öte yandan, bu üstünlüğü ve otoriteyi belli ulusal anayasal gerekliliklere şartlar ve nihai otoriteyi kendilerinde tutarlar. Bir AB tasarrufunun üstünlüğü ve uluslararası değeri, ancak ve sadece ulusal onay usullerinden geçen bir AB Antlaşmasından türemiş ise tanınır.”¹³² Anayasa hukuku teorisi açısından bu durumu çok net bir şekilde ortaya koyan İtalyan Anayasa Mahkemesi, daha erken yıllarda çoklu anayasal bir düzene girildiğinin farkında olduğunun işaretini *Fragd* kararında vermiş, kararda Mahkeme, devlet kurumlarının egemenlikten doğan yetkilerini kullanırken Anayasanın ilkelerine ve temel prensiplerine riayet etmek zorunda oldukları gibi, aynı şekilde, kendisine egemen yetkiler atfedilen AT ve onun kurumlarının da, aynı ilke ve değerlere riayet etmeleri gerektiğini belirtmiş, buna aykırı tasarrufları denetleme yetkisine sahip olduğunu (bu yetkiyi hiç bir zaman kullanmadı ise de) açıkça ortaya koymuştur.¹³³ O halde, “AT hukukunun ulusal yasal düzenler üzerindeki üstünlüğünün onun kendi

¹²⁹ Maduro, s. 504

¹³⁰ *Ibid.*, s. 505

¹³¹ Marta Cartabia, *The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate*, Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP, 2003 içinde, s. 305, 315-317

¹³² Maduro, s. 507

¹³³ Gaja, s. 94

otoritesine dayandığı fikri, Baron von Munchhausen'in, saplandığı bataklıktan, kendi botlarının kayışlarından kendini yukarıya çekerek kurtulduğu iddiası kadar mantıksızdır.”¹³⁴

Anayasal çoğulculuk anlayışının vurgu yaptığı üçüncü önemli nokta, bir hukuk düzeninde, herhangi bir çatışma halinde -egemenlik ve nihai otorite çatışması dahil- var olması gereken geçerlilik kriterleri ve bunların mahkemeler tarafından yorumlanmasının AB hukuk düzenindeki özgül niteliğidir. Bir yandan AT ve AB antlaşmalarındaki geçerlilik kriterleri ve Üye Devlet hukuk kurallarındaki geçerlilik kriterleri arasındaki farklılığın yarattığı zorluklar¹³⁵, öte yandan bu kriterlerin yorumlanmasında, yani, hukukun ‘ne’ olduğu hakkında yapılacak hukuki muhakemede (*legal reasoning*), bireysel başvuruocular, ilk derece, temyiz ve Anayasa Mahkemeleri ile AD’dan oluşan geniş bir hukuk çevresini kapsayan bir yargısal faaliyetin rol oynadığı hukuk diskuru¹³⁶, egemenlik çatışmasının çözülmesini zorlaştırmaktadır.¹³⁷ *Sunday Trading*¹³⁸, *Keck & Mithouard*¹³⁹ davalarında geçerlilik kriterlerinin değişkenliği ve mahkemelerin karşılıklı hukuki muhakemesini etkileyen faktörlerin, nihai otorite ve egemenlik meselesi üzerindeki etkisi açıkça görülür. Bu davalarda, ulusal başvuruocular, malların serbest dolaşımının ve ticaretin serbestliğinin, ulusal önlemlerle sınırlanmasını, ATA m. 30 ve 36’ya aykırı olduğunu iddia ederek, davaları AD’na taşımışlardı. Davaların ayrıntıları bir yana bırakılırsa, ilgili maddeler, bu neviden ulusal sınırlamaların, ancak ve ancak izlenen belli kamu yararı için zorunlu ve orantılı ise, konulabileceğini düzenlemektedir. AD bu davalarda, bu konu açısından geçerlilik kriterleri olan ‘zorunluluk ve orantılılık’ kriterlerini, bir yandan başvuruocuların bu kriterlerin davanın vakıaları açısından uygulanmaması ve sınırlamaların kaldırılması

¹³⁴ Supra. dipnot 123, s. 199

¹³⁵ Maduro, s. 513

¹³⁶ İbid., s.514

¹³⁷ Birden fazla hukuk sisteminden doğan geçerlilik kriterlerinin ve, daha önemlisi, onların geniş bir hukuk çevresini içine alan bir diskur tarafından yorumlanmasının yarattığı sorunların hukuk teorisi ile aşılmasındaki zorluğa ve diğer sosyal bilimlerin buradaki rolünün önemine ilişkin Weiler’in büyük oranda katıldığım görüşleri için bkz. J.H.H Weiler, *Prologue- The European Court of Justice*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. x- xiv; J.H.H Weiler, *Epilogue: The European Court of Justice: Beyond “Beyond Doctrine” or Legitimacy Crisis of European Constitutionalism*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. 384-388.

¹³⁸ Case C 169/91, Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc, [1992] ECR I 6635

¹³⁹ Case C 267 ve 268/ 91 Keck and Mithouard [1993] ECR I 6097

muhakemeleri, diğer yandan ulusal mahkemelerin kriterlerin dava vakıalarına uygun olduğu ve sınırlamaların haklı olduğu muhakemeleri ve kendi yorumları ışığında, gerekli analizin ulusal mahkemeler tarafından yapılması gerektiğine karar vermiştir. Ancak özellikle *Sunday Trading* davasında, ulusal yüksek mahkeme dahil mahkemeler, bu geçerlilik kriterinin AD tarafından yorumlanmasını ısrarla talep etmişlerdir.¹⁴⁰ Egemenlik ve yetki bağlamında, anayasal düzenler açısından, geçerlilik kriterleri ve geniş bir hukuk çevresini kapsayan bir yargısal faaliyetin rol oynadığı hukuk diskuru bir düzensizlik ve tutarsızlık meydana getirmektedir.

V. Değerlendirme

AB'nin, giderek artan faaliyet alanları, zamanla artan dış otoritesi ve antlaşmalarda tanınan hukuki kişiliğine rağmen, AB antlaşmaları AB'nin egemenliğine ilişkin açık bir ifade içermemektedir. Bu eksiklik -yukarıda da görüldüğü gibi-, kendisine, AT antlaşmasının 220 (eski 164). maddesi gereğince “ Antlaşma'nın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uygunluğun” ve 230. (eski 173) maddesi gereğince “ Avrupa Parlamentosu ile Konsey'in ortaklaşa, Konsey'in, Komisyon'un ve Avrupa Merkez Bankasının (AMB) tavsiye ve görüşleri dışında kalan tasarrufları ile Avrupa Parlamentosunun üçüncü şahıslar nezdinde hukuki etki doğuran tasarruflarının hukuka uygunluğunun” denetimi görevi verilen AD kararları ve Üye Ülke anayasal düzenleri ve çoğu defa da bu ülkelerin Anayasa Mahkemelerinin kararlarının ışığında oluşturulan doktrin ve ilkeler çerçevesinde giderilmeye çalışılmıştır. Böylece AB'nin egemenliği ve yetkileri meselesi, aynı anda var olan iki anayasal düzenin –Üye Devlet anayasal düzen(ler)i ve AB anayasal düzeni- prensipleri ve mahkeme kararları arasında çatışma meselesi olmuştur.

Anayasal çoğulculuk anlayışı yukarıdaki tespitleri yaparak tanımladığı düzensizlikler ve tutarsızlıklar içeren hukuk diskurunun, çoğulculuk yolu ile egemenlik sorununa cevap verebileceğini ileri sürer. “ ‘Kimin karar vereceğine kim karar verecek’ sorusu AB ve Üye Devlet anayasal düzenlerinde farklı cevaplarla karşılanır. AB ve ulusal hukuk düzenlerinin her ikisinin de dışında bir perspektiften

¹⁴⁰ Davaların detaylı analizi için, Maduro, s.516; Anthony Arnull, *What Shall We Do On Sunday*, ELRev, Cilt 16, 1991, s. 112; Paul Craig & Grainne De Burca, *EU Law*, s. 646-650

bakıldığında, sorunun cevabı *bir hiyerarşik yapıya ve tek ve bölünemez bir egemenlik kavramına bağlı olmayan bir hukuk anlayışıdır.*¹⁴¹ Bu anlayışı öğretide başka yazarlar da paylaşmaktadır.¹⁴²

Ortaklaşa kullanılan veya devredilmek suretiyle oluşturulan bir egemenlik anlayışından ziyade *yarışan egemenlik*¹⁴³ kavramını geliştiren anayasal çoğulculuk anlayışı, hukuki aktörlerin eşit katılımına dayanan tutarlı bir hukuki düzen ve karşılıklı uyumu garanti eden üç gerekliliği ve bu gerekliliklerin yerine getirilmesini sağlayacak ilkeleri tanımlar.

Bu gereklilikler, *a)* ulusal ve Avrupa mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçe ve müzakere kuramlarının hukuki düzenin tüm katılımcıları için evrenselleştirilmesi veya genelleştirilmesi *b)* her kuramın diğer yarışan kuram tarafından uyum sağlayabilecek şekilde kurulması, *c)* kuramların, belirli, özgül sonuçlar üzerinde bir mutabakata olanak sağlar nitelikte olmasıdır.¹⁴⁴ Yarışan egemenliğin Avrupa hukuki düzenini erozyona uğratmaması ancak bu gerekliliklerin yerine getirilmesi ile mümkün olabilir.

Bu gerekliliklerin yerine getirilmesini sağlayacak ilkelere en önemlisi *çoğulculuktur* (pluralism). Bu ilke ulusal hukuk düzenlerinin ve AB hukuk düzeninin yek diğerinin kimliğine riayet etmesi şeklinde özetlenebilir.¹⁴⁵ Her hukuk düzeni aynı kurallar dizgesi üzerinde kendi bakış açısına sahiptir ve her hukuk düzeni diğer hukuk düzeninin kurallar dizgesinde meydana gelen değişiklikleri hesaba katmak yükümlülüğündedir.¹⁴⁶ Değişikliğin yol açabileceği belirsizlik söz konusu olduğunda, çoğulculuk ilkesinin değişmezi ne olacaktır? Hukuki belirsizlik hali ancak ve ancak, benimsenen zihinsel modelin siyasal temellerine yönelen bir normatif karşı çıkış yapılmadıkça, kararlıdır, yani kalıcıdır. İkinci ilke, yatay ve

¹⁴¹ Maduro, s. 520. Vurgu tarafımdan eklendi.

¹⁴² Ayrıca, Bruno De Witte, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. 277, 302-304.

¹⁴³ Maduro, s. 521

¹⁴⁴ Maduro, s. 525; Lindahl, s. 112

¹⁴⁵ Maduro, s. 526

¹⁴⁶ Catherine Richmond, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, 1998, *Law and Philosophy* 16, s. 377

dikey *tutarlılıktır*. Her karar bir önceki karar ile tutarlı olmalıdır. AB hukuku ve AD'nin doğrudan etki doktrini, ulusal mahkemelere, AB hukukunu uygularken geniş bir takdir alanı bırakır. AB hukuku ilkelerini ulusal hukuka uyarlama rolü, ulusal mahkemelere aittir.¹⁴⁷ Mahkemeler AB hukukunu uygularken, bir yandan AB hukukunu ve ulusal anayasal değerleri hesaba katacaklar, diğer yandan da bu şekilde karar alırken, bu kararların AD kararları ile tutarlı olmasını sağlayacaklardır. Yatay tutarlılık ise, ulusal mahkemelerin kararlarının bir önceki karar ile tutarlı olması demektir. Üçüncü ilke, ulusal ve Avrupa mahkemelerinin kararlarının genelleştirilmesi yani *ortak terimleştirilmesidir*. Ulusal mahkemeler, verdikleri kararın bir çok aktör tarafından yorumlanan AB hukukunun bir parçası olduğunun farkında olmalı ve kararlarının sonuçlarını bir bütün olarak sisteme ve diğer mahkemelerin önüne gelecek olaylar için özümsecek hale getirmelidir.¹⁴⁸

Her iki hukuk düzeninin egemenlik iddalarına karşı anayasal çoğulculuk anlayışı, *yarışan egemenlik* kavramını ve onun nasıl uygulanacağını gerekliliklerini ve ilkelerini ortaya koymaktadır.

AB hukuki egemenliğe sahip midir? Bu Bölüm ve onun değerlendirmesi sonucunda kanaatimce bazı tespitler yapılabilir. Birincisi, günümüz çok merkezli siyasal yapılarında, bizim örneğimizde AB'de, klasik egemenlik anlayışına yer yoktur. Klasik egemenlik anlayışının meşruiyet temeli, yani doğrudan halka dayanmasının metafizik kabulü, sürdürülemez. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin *Bruner-Maastricht* kararında AB'de bir halk olmadığına dair tespiti, Üye Devletlerin egemenliğinin devam ettiği sonucuna götürmez. Çünkü AB bir devlet değildir ve Avrupa halkları veya Avrupa vatandaşları ile bir devlet temelinde ilişkisi yoktur; Maastricht antlaşmasında belirtildiği gibi AB'nin amacı 'Avrupa Halkları arasında bir Birlik'¹⁴⁹ oluşturmaktır. Bu Birliğin kurulması, yukarıda anılan AD kararlarında görüldüğü gibi, AB hukuk düzeninin anayasallaştırılması suretiyle, Avrupa vatandaşları ile doğrudan etkileşimin sağlanması ve buna da vatandaşlar ve geniş bir hukuk çevresi tarafından karşılık verilmesi ile sağlanmaktadır. Dahası,

¹⁴⁷ Maduro, s. 528

¹⁴⁸ İbid. s. 530

¹⁴⁹ AET ve AB Antlaşması, Önsöz.

yukarıda bahsedilen vekalet teorisi anlamında¹⁵⁰, Avrupa vatandaşları (*citizens*) ile ulusal/Avrupa kurumları ve/veya üyeleri (*agents*) arasında, asıl-vekil ilişkisi vardır. Öte yandan ve ikinci olarak, Üye Devlet hukuk düzenlerinin, AB hukuk düzeni ile ilişkisi ve onun üstünlüğünü kabul etmesi, klasik anlamda egemenliklerini ortadan kaldırmıştır; ancak bu Üye Devletlerin kamu gücünü kullanmalarını tamamen olanaksız hale getirmemiştir. Çünkü yukarıda incelenen Üye Devlet mahkeme kararlarının da açıkça ortaya koyduğu gibi, Üye Devletlerin anayasal ilkeleri ve anayasal kimlikleri hala devam etmektedir ve AD da bu konuda sessizliğini sürdürmektedir. Üçüncü olarak, denilebilir ki, AB hukuk düzeninin aktörleri klasik egemenliğin artık söz konusu olmadığını, egemenliğin *böлінdüğünü*, şu veya bu şekilde kabul etmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, egemenliğin Üye Devletler aleyhine kaybı mutlak değildir; bu anlamda egemenliğin bölünmesi de, Üye Devletleri hukuki egemenlikten yoksun bırakan bir hal olarak ortaya çıkmaz. Egemenliğin arka değişkenleri veya bileşenleri dediğimiz egemenlikten doğan kamu gücü ve yetkileri, yeterli yoğunluk derecesinde (ulusal anayasal değerler ve anayasal kimlik) bir eşik kavram¹⁵¹ olarak Üye Devlet egemenliğinin hala var olduğunu göstermektedir. Ne varki, bu yoğunluk derecesinin fonksiyonu, Üye Devletler'in egemenlikten doğan yetkileri git gide kaybetmesi nedeniyle aşağıya doğru (yani eksi işaretli) bir fonksiyon olmaktadır. Dördüncü ve nihayet son tespit olarak belirtilmesi gerekir ki, ortada kalan soru, AB ile Üyeleri arasında, bu bölünen, ortaklaşa kullanılan, devredilmek suretiyle oluşturulan veya yarışan egemenlik yapısında, yukarıda bahsi geçen bazı çatışma hallerinde egemenlik kime aittir ve buna kim karar verecektir. Bu bizi AB'de yetki sorununa ve yeniden 'kimin karar vereceğine kim karar verecek' (*kompetenz-kompetenz*) sorusuna götürmektedir.

Sonuç olarak, egemenlik bir anayasal sistemin iç işleyişinde çok fazla sorgulanmaz, ama iç hukuk düzeninin dış ilişkileri ile ilgili oldukça veya uluslararası hukukun iç hukukta etkisi söz konusu olduğunda, egemenlik bir uluslararası anayasa hukuku sorunu haline gelir. AB antlaşmalarının, devletler arası bir organizasyonun dayandığı uluslararası belgeler olarak, bu organizasyonun işlevi, faaliyetleri ve niteliği açısından bir hukuk kaynağı olması ve kendini oluşturan

¹⁵⁰ Supra. s. 30-31

¹⁵¹ Supra. s. 43-44

devletlerin hukuk kaynaklarından -kurallar kademelenmesi anlamında- üstün olması özelliği, uluslararası anayasa hukuku açısından yeni bir vakıadır. Kurucu antlaşmaların egemenlik ve yetki sorununa kapsamlı ve kesin bir cevap vermemesi nedeniyle AD'nin kurucunun eksikliğini doldurması, ancak AD'nin bu faaliyetinin vakıa temelli olması ve genel bir çözüm ve gerçek anlamda bir yetkiler kuramı ortaya çıkarmamasının,¹⁵² Üye Devlet Yüksek Mahkemelerinde yaptığı yansımalar ile birlikte, AT'nin ilk yetkilerinin *amaçsal yetki* kavramı ile açıklanması, yani bir amacı gerçekleştirmeye (Ortak Gümrük Tarifesi gibi) yönelik olması¹⁵³, ancak yönelinen amaçların daha sonra zorunlu olarak ve diğer bazı *alan yetkileri* ile doğrudan ilişkileri nedeniyle kapsamlarının genişleyerek toplum hayatının diğer alanlarına doğru (Çevre veya Rekabet hukuku) müdahale eder hale gelmesi ile birlikte, egemenlik meselesi -kısmen yukarıdaki gibi çözümlenmiş olsa da- yetki sorununu beraberinde getirmekte ve onunla birlikte ele alınmak durumundadır.

AB ile Üye Devletler arasındaki egemenliğin aidiyetinin yukarıdaki resmi, AB ile Üye Devletler arasındaki yetki paylaşımı ve bu paylaşımına göre yapılan yetki kullanımının kontrol mekanizması üzerinde hassasiyetle durulmasını gerekli kılar.

Özetle, egemenlik ve yetki ile ilgili sorunlar kristalleşmiştir. Bu sorunlar şöylece sıralanabilir:

- i. Bir yandan AB hukuk düzeni ve AD'nin, öte yandan Üye Devletler ve Yüksek Mahkemelerinin kabul ettikleri yetki devrinin kapsamı nedir?
- ii. Bu yetkiler nasıl tespit edilir?
- iii. Yetki aşımı nedir? Yetkiler nasıl sınırlandırılacaktır?
- iv. *Kompetenz-Kompetenz* kavramı ışığında, yetki konusunda hukuki denetimi hangi kurum yapacaktır?

¹⁵² Jean Paul Jacque, *Avrupa Birliği ve Üyeleri Arasında Yetkilerin Paylaşımı*, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası, TBB, 2002, s. 31

¹⁵³ Pescatore, *The Law of Integration*, s. 19-24

BÖLÜM 3 AVRUPA BİRLİĞİ İLE ÜYE DEVLETLER ARASINDA YETKİ PAYLAŞIMI

Yetki, yukarıda tespit edildiği gibi¹, ona sahip olanın, bir hukuki ilişkiyi değiştirme olanağı veren bir yetki kullanma kuralını icra etmesini ifade eder. Hukuki gücü veren kural ile aktarılan yetki, belli sınırlar ile çerçevesizdir; yetki sahibi belli bir kural vaz edebilir ancak bunun dışında bir kural koyamaz. Yani, yetki veren kurallar, kimin, hangi durumda, neyi, ne şekilde vaz edebileceğini gösterir. O halde, AB’de yetki kurallarını ortaya koymak ve AB’nin, bu yetki kuralları ile neyi, hangi sınırlar içerisinde yapabileceğinin hukuki analizi bu Bölüm’ün ilk inceleme konusu olacaktır. İkinci olarak, AB Anayasal Antlaşma’sının yetki ile ilgili yapısı incelenecek ve Anayasal Antlaşma’nın çizdiği hukusal-siyasal çerçeve tanımlanmaya çalışılacak, son olarak da aksayan noktalar değerlendirilecektir.

I. AB’nin Yetkilerinin Hukuki Analizi

AB’nin yetkilerinin hukuki analizine bazı genel-yardımcı tespitleri yaparak başlamak, kanaatimce, uygun olacaktır.

AB’nin amaçları ve faaliyetleri ATA m.3 ve ABA Başlık I m. 2, Başlık V, VI ve VII de sıralanmıştır. Bu amaç ve faaliyetler genel nitelikte olup, antlaşmaların metninde hukuki niteliğe sahip yetki kuralları haline gelirken iki farklı şekilde düzenlenmişlerdir. Doğrudan amaçlardan hareket ile meydana gelen *fonksiyonel yetkiler*, örneğin ATA m. 95 ve 308, ve amaçlarla birlikte antlaşmalardaki faaliyet alanlarından meydana gelen alan yetkileri, yani *maddi yetkiler*.² Bu son yetki kurallarının genel bir ifadesi ATA m.5’de formüle edilmiştir ancak bu alan yetkileri tek tek antlaşma metinlerinin içine dağılmıştır.

¹ Supra. s. 35

² Christian Kirchner, *Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution*, CPE, Cilt 8/1, 1997, s. 73

AB'nin bu yetki kurallarının tamamı kendisine münhasır yetki veren yetki kuralları olmayıp, aşağıda görüleceği gibi, Üye Devletleri de aynı anda yetki sahibi yapabilen kurallardır. Bu nedenle AB tipik bir çifte yetki düzenine sahiptir.³

Amerikan *dual* federalizmindeki yapının aksine, AB'de yetki kuralları sadece yasama işlevine ve bu yetki kurallarının kontrolü anlamında yargı işlevine ilişkin yetki kurallarıdır.⁴ Mevzuatın uygulanması veya politikaların yürütülmesi Üye Devletlere bırakılmıştır.

Ve nihayet AB yetkiler düzenine, ABA tarafından, ATA m.5/2, yetkinin kullanım usulüne işaret eden prosedürel bir madde eklenmiştir. Madde *subsidiarity* adı ile anılan bir ilkeyi düzenler; bu ilke münhasır olmayan yetki alanlarında yetki kullanım kuralı vazifesini gören oldukça tartışmalı bir ilkedir.

A) AB Hukukunda Yetki İlkeleri

Yetki ister fonksiyonel olsun, ister belli özel bir alan yetkisi olsun, kurucu antlaşmalar tarafından düzenlenmiş yetki kurallarına dayanmalıdır. AB'nin ancak antlaşmalar tarafından kendisine verilen yetkileri kullanabileceğini ifade eden ve 'atfedilmiş yetkiler ilkesi' olarak adlandırılan bu durumun temeli, pozitif anayasal geçerlilik ilkesine dayanır.⁵ Bu ilke gereği, AB'nin tüm tasarruflarının, ya antlaşmalarda ya da onlara dayanarak çıkartılan türev hukukta, bir yetki kuralına karşılık gelmesi gerekir. Öğretide kabul edilmesinin yanında, AD da pozitif anayasal geçerlilik ilkesini açıkça ifade etmiştir.⁶ Bununla birlikte bu durum, AB'nin amaçlarının kurucu antlaşmalarca genişlemesi yolu ile yasama kurumlarının tasarruflarının ve yorum yolu ile AD kararlarının etkisi altında, değişime uğramıştır.

³ İbid., s.74

⁴ Ingolf Pernice, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, Europe 2004 The Great Debate, J.H.H Weiler ve Michel Petite'nin katkıları ile Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen Konferansa sunulan tebliğ, Brüksel, 15-18 Ekim, 2001, s. 3

⁵ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, *The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform*, CMLRev., Cilt 39, Sayı 2, 2002, s. 230, 232

⁶ Case 294/83, Parti ecologiste 'Les Verts' v. European Parliament, [1986] E.C.R. 1339, para. 23

1. Açık Yetki

AB kurucu antlaşmalarında veya türev hukukta düzenlenmiş bir maddenin, AB'yi, bir faaliyeti gerçekleştirme konusunda açıkca yetkilendirdiği durumlarda, açık yetki (express competence) normu söz konusudur ve AB ilgili maddenin kapsamına göre yetkiyi kullanabilir. Antlaşmaların ve türev hukukun çoğu bu neviden maddelerden oluşur. Örneğin, ATA m.47'de, bireylerin mesleklerini tüm Üye Devletler'de kolayca icra edilebilmesi ve sosyal hakların sağlanması amacıyla, diplomaların karşılıklı tanınmasına ilişkin Direktifler yayınlanacağı hükme bağlanmıştır. Buna rağmen Komisyon, serbest meslek sahiplerinin emeklilik fonlarına ilişkin bir düzenlemeyi Tebliğ yolu ile yapmış ve AD yetki kuralına aykırılık gerekçesi ile tasarrufu iptal etmiştir.⁷ Bir başka örnek de AB'de çevreye zararlı atıkların ortadan kaldırılmasına ilişkin 91/156 sayılı Direktifin, Üye Devletlere, söz konusu atıkların toplanması ve ortadan kaldırılması için organizasyonlar kurma yükümlülüğü getirmesine rağmen, bu açık yükümlülüğün İtalyan devletince, ilgili organizasyonları kısmen Direktifin ilgili maddelerini kısmen de kendi iç hukukunu uygulaması nedeniyle, ihlal edilmesidir.⁸ AD, Direktifin hükümlerinin, bu konuda açıkca AB tasarruflarını yetkili kıldığı için, Üye Devletlerin yetkili olmadığını belirterek İtalyan makamlarının Direktif hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁹

Bazen yetki veren kuralın içeriğinin kapsamının ne olduğu belli olmayabilir; ancak bu durum zımni yetki ilkesi çerçevesinde değerlendirilemez. Yetki yine açıkca düzenlenmiştir; ancak çoğunlukla Üye Devletler tarafından yanlış vasıflandırılmaktadır.¹⁰ Bu durumun en belirgin örneği, çalışma saatlerini düzenleyen 93/104 sayılı Direktifin antlaşmanın hangi maddesine göre çıkartılacağına ilişkin ihtilaftır. Direktifin Konsey tarafından, antlaşmanın sosyal politika başlığı altındaki mesleki sağlık ve emniyet maddelerine, yani ATA m. 136-138'e, dayanarak çıkartılmasına (bu maddeler bir tasarrufun çoğunluk oyu ile çıkartılabilmesine olanak veriyordu) İngiltere, bu tasarrufun antlaşmanın Üye Devlet hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin 94. maddeye göre çıkartılması

⁷ Case C 57/95 France v. Commission [1997] ECR I- 1627

⁸ Case C 365/97 Commission v. Italy [1999] ECR I-7773

⁹ İbid., 7785

¹⁰ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Third Eds., OUP, 2003, s. 122

gerektiği gerekçesi ile itiraz etmiştir. Açılan iptal davasında, AD, ATA m. 94'ün iç pazarın kurulmasına ve işleyişine ilişkin bir tasarruf tahtında yetki verdiğini, çalışma sürelerinin doğrudan iç pazarla ilgili olmadığını, işçilerin mesleki sağlık ve emniyeti ile doğrudan ilişkili olan çalışma süreleri ile ilgili tasarrufların çıkartılmasına ilişkin yetki kuralının anılan 136 ve 138. maddelerde düzenlendiğini belirterek davayı bu açıdan reddetmiştir.¹¹

AB'nin dış yetkileri anlamında açık yetki ilkesinin en önemli örneği olarak ATA m . 133 (eski 113) gösterilebilir. Ortak ticaret politikasının yürütülmesinde bir ya da daha fazla devlet veya organizasyon ile antlaşma akdetme yetkisi veren bu madde, Amsterdam ve Nice antlaşması ile birlikte çok daha etkili bir 'açık dış yetki' veren madde olmuştur. Maddenin Nice değişikliğinden önceki hali şöyle idi:

“ **Madde 133** (eski 113) : 1. Ortak ticaret politikası, özellikle tarife değişiklikleri, tarife ve ticaret anlaşmalarının yapılması, liberasyon önlemlerinde yeknesaklığın sağlanması, ihracat politikası ile damping ve sübvansiyon uygulanması, ticari korunma önlemleri alınması gibi konularda ortak ilkelere dayanır.

2. Komisyon, ortak ticaret politikasının uygulanması konusunda Konsey'e öneriler sunar.

3. Bir ya da daha fazla sayıda Devlet'le ya da uluslararası örgütlerle anlaşmaların müzakere edilmesi gerektiğinde, Komisyon, gerekli müzakereleri başlatması iznini verecek olan Konsey'e tavsiyelerde bulunur.

Komisyon, bu müzakereleri, görevin yerine getirilmesinde kendisine yardımcı

olmak üzere Konsey tarafından atanan özel bir komite ile istişare halinde ve

Konsey'in kendisine yöneltebileceği yönergeler çerçevesinde yürütür. 228.

Madde'nin ilgili hükümleri uygulanır.

4. İşbu Madde ile kendisine verilen yetkileri kullanırken, Konsey nitelikli çoğunlukla karar alır.”

Komisyon, 133. maddeye dayanarak, Dünya Ticaret Örgütü'nün kuruluşunu, hizmetlere ilişkin ticaret genel antlaşmasını (GATS) ve fikri ve sınai mülkiyete

¹¹ Case 84/94 UK v. Council [1996] ECR I-5755

ilişkin ticaret genel antlaşmasını (TRIPs) da içeren bir dizi uluslararası ticaret antlaşmasını akdetme yetkisinin var olup olmadığını AD'den sorması üzerine AD, dış yetki açısından, açık yetki ilkesini anlamayı kolaylaştıran bir Görüş sunmuştur.¹² Görüşün, münhasır ve paylaşılan yetki türleri ile ilgili kısmı aşağıda incelenecektir. Ancak, açık yetki ilkesi açısından AD'nin vurguladığı önemli nokta, anılan her iki antlaşmanın konularının ortak ticaret politikasının 133. madde ile düzenlenen kapsamı içine girmediği ve bu sebeple, bu antlaşmaları akdetme yetkisinin yokluğudur. AD sadece, 133. maddenin konusunun mal ticareti olduğundan bahisle, GATS'ın, bir AB dışı ülke kaynaklı hizmet sağlayıcının, bir AB ülkesi kaynaklı hizmet alıcısına sağladığı hizmeti –mal ticaretine benzerliği sebebiyle- düzenleyen hükümlerinin kabulünün AB'nin yetkisi dahilinde olduğunu belirtmiştir.¹³

ATA. 133. (eski 113) maddesi AB'nin yetkilerinin antlaşmalarla nasıl artırıldığının en çarpıcı örneğidir. 1/94 sayılı Görüş'den sonra, Amsterdam antlaşması ile maddeye bir 5. fıkra eklenmiştir:

“**Madde 133/5:** Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra, oybirliğiyle, 1-4. paragrafların uygulanmasını, bu paragrafların kapsamında olmayan hizmetler ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası müzakereleri ve antlaşmaları kapsayacak şekilde genişletebilir.”

Öte yandan, gerek antlaşma maddelerinde ve gerekse türev hukuk tasarrufları içinde açıkça AB'ye yetki verilmeyen bazı durumlarda da AB yetki kullanabilir. Bu ilk bakışta atfedilmiş yetkiler ilkesine aykırı görülmele beraber, AD bazı yollar ve gerekçeler ile AB'nin zımni yetkiye sahip olabileceğini belirtmiştir. Zımni yetki ilkesi yasama kurumlarınca da kullanılmıştır. Bu yetki ilkesi çoğunlukla öğretide de kabul edilmiştir¹⁴; ancak bazı yazarlar atfedilmiş yetki ilkesine sıkı bir şekilde bağlı kalarak, yorum yolu ile açık yetki ilkesinin ihale edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.¹⁵

¹² Opinion 1/94 WTO Agreement [1994] ECR I-5267

¹³ Alan Daswood, *Limits of European Community Powers*, ELRev., Cilt 12, Sayı 2, 1996, s. 119

¹⁴ J.H.H Weiler, *The Transformation of Europe*, 100 YLJ 2403, 2405; Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s.233; Antonio Goucha Soares, *Pre-Emption, Conflicts of Power and Subsidiarity*, ELRev., Cilt 23, Sayı 2, 1998 s.132

¹⁵ T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, (5.ed), OUP, 1998, s. 87,150; D.Z Cass, *The Word That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and Division of Powers within the European*

2. Zımni Yetki

Zımni yetki (implied competence) ilkesi, AB kurumları tarafından, özellikle AD tarafından, açık bir yetki kuralı olmadığı durumlarda, *a*) ya, genel anlamda, AB'nin antlaşmalarda düzenlenen amaçlarını yorumlamak sureti ile (geniş anlamda zımni yetki), *b*) ya da, açık bir yetki hükmünden, bu yetkiyi gerçekleştirmek için zorunlu olan ama antlaşmada var olmayan bir başka yetki elde etmek sureti ile (dar anlamda zımni yetki), zımnem bir yetki kullanımına izin verir.¹⁶ AB antlaşmalarında böyle bir ilkedem bahsedilmez; tamamen kurumsal pratiktem ortaya çıkmıştır.

a) Geniş Anlamda Zımni Yetki

Geniş anlamda zımni yetki en açık ifadesi ile şöyle tanımlanabilir: AB antlaşmalarının bir maddesi veya maddeleri kurumlara müşahhas bir görev vermiş veya belirli bir faaliyette bulunmalarını hükme bağlamış ve fakat bunun için açık bir yetki hükmü koymamış ise, ilgili kurum, faaliyetin ve görevin gerektirdiği ölçüde bir zımni yetki kullanabilir.¹⁷ AD bu tür bir yetki ilkesini ihdas ederken, yorum yolu ile yardımcı bir kuramı da yaratmıştır. *Effet utile*, yani yararlı etki adı ile anılan bu kurama göre, antlaşmalar, pratikte uygulanabilirliklerini zenginleştirecek şekilde yorumlanmak zorundadır.¹⁸ Geniş anlamda zımni yetki ilkesinin en somut örneği, Komisyon'un ATA. m. 136 ve 140. maddelerini kullanarak aldığı karardır. Zımni yetkiyi açıkca ortaya koyabilme adına, dayanılan maddeleri buraya almak gerektiği kanısındayım.

"**Madde 136** (eski 117): Topluluk ve Üye Devletler, 18 Ekim 1961 tarihinde Torino'da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ve 1989 İşçilerin Temel Sosyal Hakları'na dair Topluluk Şartı'nda belirtilen temel sosyal haklar gibi hakları göz önünde bulundurarak, istihdamı ve ilerlemeyi korurken bunlar arasında uyumu mümkün kılacak şekilde ileri düzeyde yaşam ve çalışma koşullarının geliştirilmesi, uygun sosyal koruma, yönetim ve işgücü arasında diyalog, uzun süreli yüksek istihdamın

Community, CMLRev., Cilt 29, 1992, s. 1107; George Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, CLR., cilt 94, 1994, s. 331

¹⁶ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 235

¹⁷ Alan Daswood, *Limits of European Community Powers*, ELRev., Cilt 12, Sayı 2, 1996, s. 113, 125;

¹⁸ Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999, s.156

temini ve dışlanmayla mücadele etmek amacıyla insan kaynaklarını geliştirme hedeflerine sahiptir.

Bu amaca ulaşmak için Topluluk ve Üye Devletler, özellikle akdi ilişkiler alanındaki farklı ulusal uygulamaları ve Topluluk'taki rekabetin korunması ihtiyacını dikkate alan önlemleri yürürlüğe koyarlar.

Bu yöndeki gelişmenin, sadece sosyal sistemlerin uyumlaştırılmasını destekleyen ortak pazarın işleyişinden değil, aynı zamanda işbu Antlaşma'da yer verilen usullerden ve yasa, tüzük ve idari eylemlerin yaklaştırılması ile meydana geleceği kanaatindedirler.”

“**Madde 140** (eski 118): 136. Madde’de yer verilen amaçların gerçekleştirilmesi için ve işbu Antlaşma'nın diğer hükümlerine zarar vermeksizin, Komisyon, Üye Devletler arasındaki işbirliğini teşvik eder ve işbu kısımda yer alan bütün sosyal politika alanlarında özellikle:

- istihdam;
- iş hukuku ve çalışma koşulları;
- temel ve ileri seviyede mesleki eğitim;
- sosyal güvenlik;
- meslek hastalıklarının ve kazalarının önlenmesi;
- mesleki hijyen;
- dernek kurma ve işverenler ve işçiler arasında toplu pazarlık; konularında eylemlerinin koordinasyonunu kolaylaştırır.

Bu amaçla, Komisyon, Üye Devletler’le çalışmalar yaparak, görüşler beyan ederek ve gerek ulusal düzeydeki ve gerekse uluslararası organizasyonları ilgilendiren sorunlar hakkında istişarelerde bulunarak yakın temas halinde hareket eder.

Bu Madde’de öngörülen görüşleri bildirmeden önce Komisyon, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danışır.”

Komisyon bu maddeleri kullanarak, üçüncü ülke çalışanlarının buldukları

Üye Devlette, yukarıdaki amaçların sağlanması bağlamında uyum sağlayabilmesi adına, Üye Devletler arasında bu uyum için alınacak ortak tedbirlerin eşgüdümünü sağlamayı ve bu tedbirlerin Komisyon'a bildirimini düzenleyen bir Karar almıştı. Bir grup Üye Devlet Komisyon'a dava açarak, anılan hükümlerin Komisyon'a bu çeşit bir bağlayıcı karar alma yetkisi vermediği ve Komisyon'un, dolayısıyla AB'nin yetkisini aştığı gerekçesi ile Karar'ın iptali için dava açmıştı.¹⁹

AD iddiaları reddederek, ilgili maddelerin Komisyona böyle bir yetki verdiğini karara bağlamıştır.

“ Üye Devletler tarafından ileri sürülen iddiaların esası, üçüncü ülkeler ile ilgili göç politikasınının 118. maddenin kapsamına girmediğine veya kısmen girdiğine dayanır.

O halde, Komisyon'un istişari düzenlemeler yapmasını sağlayan 118. maddenin, ona bu amaçla düzenleme yapma yetkisi verip vermediği dikkate alınmalıdır.

Bu bağlamda, antlaşmaların bir maddesi Komisyona özel bir görev verdiğinde, zorunlu olarak ve bizatihi bu görevi gerçekleştirmek için kaçınılmaz olan yetkileri de vermiş kabul edilmek zorundadır. Buna göre 118 madde, istişari düzenlemeler yapmak için zorunlu olarak ihtiyaç duyduğu tüm yetkileri Komisyon'a verir şeklinde yorumlanmak zorundadır.”²⁰

AD bazı antlaşma maddelerininin zımni yetki verdikleri şeklindeki içtihadını çok dikkatli bir şekilde uygulamakta, zaman zaman geniş anlamda zımni yetki ilkesini sınırlayıcı kararlar vermektedir. 98/43 sayılı Konsey Direktifinin 3. maddesinin AB'de tütün ürünleri için yapılan tüm reklamlar ve sponsorluk işlemleri ile bu ürünlerin ücretsiz dağıtımını yasaklayan hükmünün iptali için açılan davada, AD zımnen yetkilerindirmeyi kabul etmemiştir.²¹ Davada ihitlaf konusu, tütün mamullerininin AB sınırları içerisinde sunulması sırasında, bu hizmete tüketici sağlığını korumak amacıyla getirilebilecek yasaklara ilişkin yetkinin hangi

¹⁹ Case 281, 283-285, 287/85, Germany, France, Netherlands, Denmark and UK v. Commission, [1987] ECR 3203

²⁰ İbid., para. 15, 27-28

²¹ Case 376/98, Germany v. Parliament and Council, [2000] ECR I-8419

maddelerde yer aldığına ilişkindir. Bir mamülün sunumunun serbestçe gerçekleşmesini düzenleyen ATA. 49-55 (eski 59-66) hükümlerinde tüketici sağlığını koruma amacıyla getirilebilecek önlemlere dayanak olacak yetki hükmü olmadığından, Konsey ATA. 95. (eski 100a) madde de belirtilen amaçtan hareketle bir zımnî yetki kullanmak yoluna gitmiştir. Maddenin dava ile alakalı bölümü şöyledir:

“**Madde 95** (eski 100a): Konsey, Ekonomik ve Sosyal Komite’ye danıştıktan sonra ve 251. Madde’de belirtilen usul uyarınca, Üye Devletler’in yasa, tüzük ve idari düzenlemelerinin yakınlaştırılması ile ilgili ve iç pazarın kuruluş ve işleyişi amacına yönelik önlemleri alır.”

Konsey, tüketicilerin korunması ile ilgili önlemlere ilişkin yetkinin, 95. maddenin ‘iç pazarın kuruluş ve amacına yönelik önlemler alma’ ifadesinden zımnîen çıkartılabileceğini ileri sürmüştür.²² Buna karşılık AD, “Üye Devletler arasında malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımındaki engellerin kaldırılmasını öngören bir iç Pazar” oluşturulmasını hükme bağlayan ATA m. 3/1 (c) (eski 3(c)) ile, iç pazarın serbest dolaşım ile kurduğu sıkı ilgiyi vurgulamıştır. Aynı zamanda AD, ATA m.14 (eski 7a)’ün “İç Pazar, içinde bu Antlaşma’nın hükümleri uyarınca malların, şahısların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının temin edildiği iç sınırların olmadığı bir alanı kapsar” ifadesinden de iç pazarın içinde sınırlamaların olmaması gerektiğine ilişkin hatırlatmayı yapmıştır.

“Bu hükümler birlikte okunduğunda²³ ..., 100a maddeye dayanarak çıkartılan tasarruflar, iç pazarın kurulmasının ve düzgün işleminin şartlarının geliştirilmesine hasredilmiştir. Bu maddeyi, iç pazarın düzenlenmesine ilişkin genel bir yetki verdiği şeklinde yorumlamak, yukarıda anılan maddelerin açık ifadesine aykırı olmakla kalmaz, ama aynı zamanda, ATA m. 3b’deki, Topluluğun yetkileri ona atfedilenler ile sınırlıdır, ilkesine de aykırılık oluşturur.”²⁴

²² İbid., para. 45-50

²³ AD, 3/1(c), 14 ve 95’i kastetmektedir.

²⁴ Case 376/98, Germany v. Parliament and Council, [2000] ECR I-8419, para. 83

AD'nın kararda bahsettiği ATA m. 5. (eski 3b), AD'nın kararda kullandığı kısmı ile şöyledir:

“**Madde 5** (eski 3b): Topluluk bu Antlaşma ile kendisine tanınan yetki ve hedeflerle sınırlı olarak faaliyet gösterir.”

Görüldüğü gibi AD, geniş anlamda zımni yetki ilkesini, genel bir yetkilendirmenin sabit uygulaması haline getirmemiştir.

b) Dar Anlamda Zımni Yetki

Dar anlamda zımni yetki ilkesi ise nispeten daha açıktır. AB'ye bir antlaşma maddesi ile açık bir yetki verildiğinde, kurumlar bu yetki dahilinde hareket ederler ve gerekli düzenlemeyi yaparlar. Ancak bazı hallerde, açık yetkiyi kullanırken, yani yasama faaliyetini gerçekleştirirken, zorunlu olarak ihtiyaç duydukları bazı yetkiler ilgili yetki kuralında düzenlenmemiş olabilir; bu durumda asıl yetkinin kullanılması için bir zımni yetki kullanımı söz konusu olur. Bu şekilde zımni yetki kullanımında AD, sadece bir koşulun yerine getirilmesine dikkat çekmektedir. O da, asıl açık yetki kuralının izlediği amacın, bu yetki kuralına dayanılarak zımnen yaratılan yetkinin kullanılması ile negatif bir şekilde sapmamasıdır.²⁵

“Yüksek Otoritenin tasarrufunun dayanaklarından biri haksız dahi olsa, ilgili tasarrufun izlediği temel amacı tehlikeye atmadıkça, tasarruf bu sebeple bir yetkinin kötüye kullanımını anlamına gelmez.”²⁶

AB'nin iç yetkisi anlamında dar anlamda zımni yetki kullanımını AT'nin ilk yıllarından beri kabul edilen ve bu sebeple üzerinde çok fazla ihtilaf olmayan bir yetki ilkesidir.²⁷ Ancak AB'nin uluslararası işlemleri söz konusu olduğunda dar anlamda zımni yetki ilkesi AD tarafından daha yoğun kullanılmıştır.²⁸ Birliğin dış

²⁵ Case 8/55, Fedechar v. High Authority, [1956] ECR 245; Case 8/57, Hauts v. High Authority, [1958] ECR 256

²⁶ Case 8/55, Fedechar v. High Authority, [1956] ECR 245, 301

²⁷ T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, s. 150; Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, s.123

²⁸ Marise Cremona, *External Relations and External Competence: The Emergence of An Integrated Policy*, Paul Craig & Grainne de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s. 137

yetkisi şeklinde de anılan bu gelişme, antlaşma değişikliklerine de yön vermiştir.

3. Zımnî Yetki ve Dış Yetki

Kurucu antlaşmalarda açık yetki ilkesi uyarınca düzenlenmiş olan kimi maddeler yolu ile uluslararası antlaşmalar akdetme ve uluslararası taahhütler altına girebilme yetkisine sahip olan AB, bu maddeler²⁹ dışında dış (zımnî) yetki kullanabilir mi?

AD, “antlaşmaların hükümlerinin gerçekleştirilmesi ve yürütülmesi dikkate alındığında, Topluluğun iç tasarruflarının dış ilişkilerinin gerektirdiği tasarruflardan ayırlamayacağını” belirtmiştir.³⁰ Bu ifadenin *Costa-Enel* kararında, AT’nin *kendi hukuki kişiliğine, kendi yasal kapasitesine ve uluslararası seviyede temsil kapasitesine* yapılan vurgu ile birlikte değerlendirilmesinden, AT’nin dış tasarruf kapasitesinin antlaşmanın tanımlanan amaçlarının tamamını kapsayacağı ve dış yetkinin sadece antlaşmada açıkça belirlenmiş maddelerin kapsamı ile sınırlanamayacağı sonucuna varılmıştır.³¹ AETR adı ile de bilinen AD’nin bu kararında, zımnî dış yetki açıkça ifade edilmiştir:

“AT’nin uluslararası antlaşmalar akdetme yetkisinin belirlenmesi için, antlaşmanın bütünündeki çerçeve, antlaşmanın belli bir maddesinden daha az göz önünde tutulmamalıdır.

Böyle bir yetki, 113. ve 228. maddeler örneğinde olduğu gibi, sadece antlaşmanın açık bir yetkilendirmesinden değil ama aynı zamanda antlaşmanın diğer maddelerinden veya bu maddeler çerçevesinde kabul edilen Topluluk kurumlarının tasarruflarından da çıkabilir.

Özellikle antlaşmada düzenlenen bir ortak politikanın yürütülmesi anlamında, AT’nin ortak kurallar kabul eden her tasarrufunda, her ne biçim altındada olurlarsa olsunlar, Üye Devletlerin, tek başlarına veya birlikte hareket etmek suretiyle, üçüncü devletlerle, bu ortak kuralları etkileyecek yükümlülükler

²⁹ ATA m. 133 (eski 113), ATA m. 300 (eski 228) ve ATA m. 310 (eski 228)

³⁰ Case 22/70, Commission v. Council, (AETR), [1971] ECR 263

³¹ İbid. para. 14

altına girme hakları yoktur.”³²

Kararda bahsedilen ortak politika ortak taşımacılık politikasıdır ve özellikle kara yolu taşımacılığı çalışanlarının sosyal haklarıdır ve sorun, ortak taşımacılık politikasında verilen iç yetkinin, bu alanda tüm diğer (üye olmayan) Avrupa ülkelerinin taraf olduğu Avrupa Karayolları Taşımacılık Antlaşmasına (AETR) AT'nin taraf olmak için yetkisinin olup olmadığıdır. Dava ile ilişkili olan ATA m. 74 ve 75 taşımacılık konusunda doğrudan doğruya AT'ye uluslararası antlaşmalar yapma yetkisi vermese de, Konsey'in, bu maddelere dayanan 543/69 sayılı Tüzüğü, bahse konu antlaşmanın konusu ile aynılık gösteren kara taşımacılığı çalışanlarının sosyal haklarına ilişkin mevzuatın Üye Devletler'de uyumlaştırılması amacıyla çıkartılmıştı. AD böyle bir iç yetkinin “zorunlu olarak AT'ye Tüzüğün kapsadığı konularda uluslararası antlaşma akdetme yetkisini”³³ zımnen verdiğini karara bağlamıştır. Böylece, bahse konu Tüzük, “ bu konuda, Üye Devletler ile Topluluk arasındaki yetkilerin dağılımında kesin bir değişikliği”³⁴ açık bir iç yetkiye dayanmak sureti ile zımnen bir dış yetki elde edilerek gerçekleştirmiştir. AD, zımnen bir dış yetkinin oluşumu için açık bir iç yetkinin veya bir ortak politikanın Topluluk tasarrufları ile niteliklendirilip açıklığa kavuşturulmasını şart koşturmaktadır. Bu anlamda AD, “AETR'nin 1962 tarihli bir versiyonunun akdedilme yetkisinin, o tarihte açık bir ortak taşımacılık politikası geliştirilmediğinden, Üye Devletler'de olduğunu”³⁵ belirtmiştir.

AD sonraki yıllarda zımni dış yetki ilkesini daha da geliştirmiştir. Bu anlamda AD, 1976 tarihli *Kramer* kararında³⁶, açık yetki kuralının hiç *kullanılmamış* olmasının zımni dış yetki oluşumuna engel olmayacağı ifade etmiştir. Üye Devletler, 2141 ve 2142/70 sayılı Tüzüklerin deniz kaynaklarının korunması amacıyla balıkçılığın sınırlanmasına ilişkin hükümlerinin getirdiği düzenin amacının ve düzgün işleyişinin –henüz düzenledikleri yetkiler kullanılmasa da³⁷

³² İbid., para. 16-18

³³ İbid., para. 28

³⁴ İbid., para. 66

³⁵ İbid., para. 82

³⁶ Case 3,4, 6/76, Kramer and others, [1976] ECR 1279

³⁷ Bu Tüzüklerin yürürlük tarihleri, çıkartılış tarihlerinden sonraki bir zamandıydı.

etkilenmesi sonucunu doğuracak uluslararası yükümlülükler giremezler.³⁸ AD, dış yetkinin, AT'nin iç yetkisinin bir ikincil tasarruf ile ortaya çıkmasından daha önce de, AT'nin bir uluslararası antlaşmayı ATA'da düzenlenen bir amacı gerçekleştirmek için zorunlu olarak akdetmesi gerektiği halde, zımnen var olduğunu belirtmiştir.³⁹

AD'nin geliştirdiği zımni yetki ilkesinin sınırsız olmadığını vurgulamak doğru olacaktır. Bu sınır aşağıda incelenen, kendini yetkilendirme ilkesinin başladığı yerdedir. AD, AT'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine taraf olmasına ilişkin Görüş'ünde zımni yetkinin sınırlarını ve ne zaman zımni yetki olmadığını ifade etmiştir:

“ Atfedilmiş yetkiler ilkesine, AT'nin hem iç tasarruflarında hem de dış tasarruflarında riayet edilmelidir.

Belirli yetkilere dayanan AT tasarrufları, mutlaka Antlaşma'nın maddelerinin açık ifadelerinden çıkmayabilir; maddelerden zımnen de çıkartılabilir.

Mahkeme, AT hukukunun, belli bir hedefe varmak amacıyla, kendi iç sistemi içinde yetkiler yarattığı her durumda, ilgili amaca varmak için açık bir dış yetkinin yokluğu halinde bile, AT'nin bu amaca ulaşmak için zorunlu olan uluslararası taahütlere girmeye yetkili olduğunu, özellikle kabul eder.

Antlaşmanın hiç bir hükmü, Topluluk kurumlarına, insan hakları ile ilgili kurallar koymak veya bu alanda uluslararası antlaşmalar akdetmek üzere, her hangi bir genel yetki vermemiştir.”⁴⁰

AT'nin zımni yetkisinin doğmasını, bu yetki ile varılması tasarlanan amacın, antlaşmada açık bir yetki kuralına irca eden bir amaç ile uygunluğunu şart koşan AD, bu şart gerçekleşmez ise, yani, “ açık veya zımni bir yetkinin yokluğu durumunda, ATA m. 308 (eski 235)'in -yetki için-⁴¹ yasal bir dayanak olup

³⁸ Case 3,4 and 6/76, para. 30-34

³⁹ Opinion 1/76, Rhine Navigation Agreement, [1977] ECR 741, para. 4; AD tıpa tıpa aynı ifadeleri AT'nin ILO sözleşmesine taraf olması ile ilgili görüşünde de kullanmıştır, Opinion 2/91, ILO Convention, [1993] ECR I-1061, para.7; Bu durum aynı zamanda *zımni münhasır yetki* olarak adlandırılır, infra. B.1.

⁴⁰ Opinion 2/94, Accession of the European Communities to the European Human Rights Convention, [1996] ECR 1759, para. 24-27

⁴¹ Tarafımdan eklendi.

olamayacağıının dikkate alınması”⁴² gerektiğini belirtmektedir.

4. AB'nin Kendini Yetkilendirmesi

AB kurumları ve AD bazı durumlarda, yukarıda yapılan ikili ayrıma göre maddi yetki anlamında bir yetkisizlik hasıl olduğunda, fonksiyonel anlamda yetki veren⁴³ antlaşma maddesini kullanarak bir çeşit boşluk doldurmaya dayanan yorum faaliyeti ile kendilerini yetkilendirme yoluna gitmektedirler. AB kendini yetkilendirebilir mi veya kendi yetkilerinin ne olduğuna karar verebilir mi sorularına yol açan bu tartışmalı yetkilendirme ilkesi, AB yetkiler düzeninin en karmaşık problemlerinden biridir. Öğretide bazı yazarlar, ATA antlaşmasının iki maddesinin, 95 ve 308. maddelerinin AB kurumlarının kendilerini yetkilendirirken dayandıkları maddeler olarak ele alırlar.⁴⁴ Ancak, kanımca, ATA 95 bir kendini yetkilendirme maddesi değildir. İlk olarak, ATA m.95, yapısı gereği daha çok Üye Devlet mevzuatlarının iç pazarın kuruluşu ve işleyişi amacının gözetilerek uyumlaştırılmasını amaçlayan tasarrufların çıkartılması için kullanılır ve nispeten daha az tartışmalıdır. İkincisi, maddenin kurumları nasıl yetkilendireceği, istisnalar, sapmalar ve uyum önlemleri ayrıntılı olarak düzenlendiği için, kurumların kendini yetkilendirmesine izin vermez. Üçüncü olarak, AB kurumları, bu maddeyi, antlaşmalarda bir yetki boşluğu olması ve bu madde ile kendilerine bir yetki yaratma amacından daha ziyade, bu madde ile karar almak için gereken oy nisabı daha kolay sağlandığı için tercih etmektedirler. ATA. m 95. eğer şartlar oluşursa, ancak geniş anlamda zımnî yetkilendirme ilkesi çerçevesinde işlev görebilir.⁴⁵

ATA antlaşmasında AB'nin kendini yetkilendirmesine müsaade eden tek madde, antlaşma değişikliğini düzenleyen ABA m. 48 bir yana bırakılırsa, 308. (eski 235) maddedir.

⁴² Opinion 2/94, para. 28

⁴³ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 240

⁴⁴ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, s.125-126

⁴⁵ AD'nın, Case 376/98'de ATA m. 95'e dayanarak zımnî yetkilendirmeyi kabul etmemesi başka bir nedene dayanır. AD'nın davayı red sebebi ATA m. 95'in zımnî yetkilendirmeye müsait olmaması değil, antlaşmalarda, geniş anlamda zımnî yetkilendirme için şart olan *amaç* kavramının, davada tüketicinin korunması amacının, bu maddenin kullanımı için uygun bulunmamış olmasıdır.

“**Madde 308** (eski 235): Ortak Pazar’ın işleyişinde, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için Topluluk tarafından bir girişimde bulunmak zorunlu olur da, bu Antlaşma’da o girişim için gerekli yetki öngörülmemiş bulunursa, Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’na danıştıktan sonra gerekli düzenlemeleri oybirliğiyle yapar.”

Madde AB’nin kendini yetkilendirebilmesi için bazı koşullar getirmiştir. İlk olarak önemli prosedürel kısıtlamalar vardır. ATA’nın bazı maddelerinin Bakanlar Konseyine verdiği tek başına işlem yapabilme imkanı bu madde de yer almaz; Konsey mutlaka Komisyon’dan gelen bir taslak üzerinde ve Avrupa parlamentosuna danışarak bir tasarrufta bulunur. Dahası bu tasarruf oybirliği nisabına bağlanmıştır.

İkinci olarak bu madde, ancak ortak pazarın işleyişi ile bağlantılı olan Topluluk amaçlarından birinin var olması ve bu amacın gerçekleştirilmesinin zorunlu olması halinde kullanılabilir. Maddenin bu yönü, AT’nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraf olabilme ile ilgili Komisyon’un AD’dan istediği Görüş’te irdelenmiştir.⁴⁶

Üçüncü ve en önemli nokta, bu madde vasıtası ile AB’nin kendini yetkilendirebilmesi için antlaşmada hiç bir yetki kuralının –açık ya da zımni- olmamasıdır.

AD kararlarında ve öğretide ATA m. 308, sürekli olarak ATA m. 5/1’in AT’nin ancak atfedilmiş yetkileri kullanabileceğine dair ifadesi ile birlikte ele alınan bir madde olmuştur. AD yukarıda dikkat çekilen üç noktadan ikisine, Topluluk amaçlarından birinin var olması ve gerçekleştirilmesinin zorunlu olması ile antlaşmada hiç bir yetkinin olmamasına özel önem vermiştir.⁴⁷

Maddenin kapsamını ayrıntılı olarak ortaya koyduğu *Erasmus*⁴⁸ kararında AD, antlaşmalarda hiç bir yetkinin olmaması gerektiği üzerinde durmuştur. Dava, Konsey’in AET antlaşmasının 128. maddesinin düzenlediği mesleki eğitim konusu,

⁴⁶ Opinion 2/94, [1996] ECR I-1759

⁴⁷ Case 45/86, Commission v. Council, [1987] ECR 1493; Case 9/74, Casagrande, [1974] ECR 773

⁴⁸ Case 242/87, Commission v. Council, [1989] ECR 1425

bilimsel araştırmayı da içerdiğinden, 327/87 sayılı Kararı alırken yasal dayanak olarak 235. maddeyi göstermesine Komisyon’un itiraz etmesi ile AD’nın önüne gelmiştir. AET antlaşmasının söz konusu 128. maddesi şöyledir:

“ Konsey, Komisyon’un hazırladığı taslak üzerine ve Ekonomik ve Sosyal Komite’ye danıştıktan sonra, ortak pazarın ve ulusal ekonomilerin uyumlu bir şekilde gelişmesine katkı sağlayan ortak bir mesleki eğitim politikasının yürütülmesi için genel ilkeler koyar.”

Bununla birlikte, Konsey, 327/87 sayılı Karar’ın gerekçesinde, ortak bir mesleki eğitim politikasının hayata geçirilmesinin kapsamı içinde ortak bilimsel araştırma yapmanın da yer aldığı, bu nedenle ve 128. maddenin böyle bir yetki vermediğini gerekçe göstererek, 308. (eski 235) maddeye göre AT’nin yetkilendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu maddeye göre yetki kullanarak tasarrufta bulunmuştur.

AD kararında, “bilimsel araştırmanın üniversitenin karakteristik faaliyetlerinden biridir ve mesleki eğitim politikası yürütmek bilimsel araştırmaların uyumlaştırılmasını da kapsar”⁴⁹ diyerek bilimsel araştırma yürütmenin Topluluğun mutlaka gerçekleştirmek zorunda olduğu bir amaç olduğunu belirtmiştir. “Ancak ne 128. madde de ne de antlaşmanın diğer maddelerinde bu konuda Topluluğa verilen bir yetki yoktur; bu nedenle 235. maddeye göre yekilendirmeye yapılan itiraz kabul edilemez.”⁵⁰

Öte yandan AD, antlaşmada yetki kuralı olması durumunda, 308. maddenin kullanılmasını hangi gerekçe ile olursa olsun kabul etmemiştir.⁵¹

Komisyon’un AT’nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraf olabilmesi konusunda AD’dan Görüş istemesi üzerine verilen karar, 308. maddede düzenlenen Topluluk amaçlarından birinin var olması ve gerçekleştirilmesinin zorunlu olması

⁴⁹ İbid. para. 34

⁵⁰ İbid. para. 39

⁵¹ Case 271/94, Parliament v.Council, [1996] ECR I-1689; Case 377/98, Netherland v. Parliament and Council, [2001] ECR 7149

şartına ilişkin ilginç bir karardır.⁵² AD kararda 308. maddenin “ AT’ye, antlaşmadaki maddelerin hiç birinde açık ya da zımni bir yetkinin verilmediği durumlarda, antlaşmada düzenlenen amaçlardan birine varılması için böyle bir yetki zorunlu ise, AT’nin bu amaçla ilgili fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için, yetki boşluğunun doldurulması için tasarlandığını”⁵³ belirtmiştir. Ancak AD kararın hemen sonraki paragrafında, insan haklarının korunmasının AT’nin amaçlarından biri olmadığı manasına gelecek bir ifade kullanmıştır:

“ Atfedilmiş yetkiler ilkesine dayanan bir kurumsal sistemin bütünleşmiş bir parçası olan bu hüküm, özellikle AT’nin eylem ve görevlerini tanımlayanlar başta olmak üzere, antlaşma hükümlerinin bir bütün olarak yarattığı genel çerçevenin ötesine geçerek AT’nin yetki alanını genişletmesine temel olamaz. 235. madde hiç bir şekilde, esasında bu amaç için konulmuş andlaşma değişikliğine olanak veren usullerin izlenmemesi etkisini doğuracak hükümlerin kabul edilmesi için temel olarak kullanılamaz.”⁵⁴

Bu değerlendirmelerin ışığı altında, AD, insan haklarına riayetin önemini vurgulayarak, bu riayetın Topluluk tasarruflarının hukukiliğinin bir şartı olduğunu ifade etmiştir.⁵⁵

“ Sözleşme’ye taraf olma, Sözleşme’nin bütün hükümlerinin AT’nin yasal düzeninin içine girmesini gerektireceği gibi, AT’nin ayrı bir uluslararası kurumsal sistemin içine girmesini de gerektirerek şu anki AT insan hakları koruma sisteminin esaslı bir değişikliğine sebep olacaktır. Üye Devletler ve AT için temel kurumsal komplikasyonları ile birlikte, AT insan hakları koruma sisteminin bu şekilde değiştirilmesinin anayasal bir anlamı olacaktır ve bu, 235. maddenin kapsamının çok ötesine geçecektir. Böyle bir değişiklik ancak Antlaşma değişikliği ile yapılabilir.”⁵⁶

Görüldüğü gibi, AD hem insan haklarının korumasını bir hukukilik denetimi

⁵² Opinion 2/94, [1996] ECR I-1759

⁵³ İbid., para. 29

⁵⁴ İbid., para. 30

⁵⁵ İbid., para. 31, 34

⁵⁶ İbid., para. 34-35

olarak görmekte ve insan hakları korumasının AT'nin gerçekleştirilmesi zorunlu amaçlarından biri olmadığını belirtmekte, hem de bu amacın olmaması sebebiyle yetkilendirmeyi uygun görmeyerek, bu yetkilendirmenin ancak antlaşma değişikliği usulu ile yapılabileceğini savunmaktadır.

B) AB Hukukunda Yetki Türleri

AB hukukunda yetki ilkeleri, yetki kurallarının niteliği ve doğası ile ilgili bir ayırım olarak karşımıza çıkarken, yetki türleri, AB ile Üye Devletler arasındaki ilişkide yetki kurallarının biçimsel görünümünü ortaya koymaktadır.

ATA m. 5, AT'nin yetkiler düzeni içinde temel bir hükümdür:

“**Madde 5** (eski 3b): Topluluk, bu Antlaşma ile kendisine tanınan yetki ve hedeflerle sınırlı olarak faaliyet gösterir. Kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Topluluk, *subsidiarity* ilkesine uygun olarak, ancak söz konusu faaliyetin hedefleri Üye Devletler tarafından tatminkar bir ölçüde gerçekleştirilemeyecek ve dolayısıyla öngörülen faaliyet boyutları ve etkileri nedeniyle Topluluk seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebilecek ise müdahalede bulunur. Topluluk faaliyeti, bu Antlaşma hedeflerine erişmek için gerekli olan sınırı aşamaz.”

ATA m. 5'in iki önemli rolü vardır. Bunlardan biri, AT'nin yetkilerini münhasır olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayırması, diğeri ise münhasır olmayan yetkilerin kullanım şeklini belirleyen⁵⁷ içeriğidir. AB anayasa hukukunun en önemli kısmı olan yetki türlerini hükme bağlayan ATA m. 5, münhasır olan ve münhasır olmayan yetkileri birbirinden ayırarak -münhasır olan yetkileri tek tek saymasa da- önemli bir açıklık getirmiştir ama, münhasır olmayan yetkilerin niteliğini ve türünü belirlemeyerek de AB anayasa hukukunun sorunlu bir alanına konu olmuştur. Bu son durum, AD ve öğretide, münhasır olmayan yetkilerin türleri ve niteliklerinin ortaya çıkarılmasına ve kullanılışlarının sınırlarını belirleyen karar ve çalışmaların artmasına yol açmıştır.

⁵⁷ *Infra. C.*

1. Múnhasır Yetkiler

AB'nin múnhasır yetkisi (exclusive competence), múnhasır yetkinin söz konusu olduğu alanlarda, Üye Devletlerin tasarruf yetkisinin olmaması demektir.⁵⁸ Antlaşmalarda böyle bir yetki bulunduğunda, ilgili alanlarda Üye Devletlerin yasama faaliyetinde bulunmaları yasaklanmıştır. AB'nin múnhasır yetkilerini antlaşmalarda tespit etmek ve bunları diğer yetki türlerinden ayırmak, antlaşmanın 3. Bölümündeki 160'ı aşan madde sayısının tek tek incelenmesi ile belki mümkün olabilir ama bu hemen hemen –antlaşmaların çok sık değiştirildiği göz önünde tutulursa- yaşam boyu bir araştırmayı gerektirir. Bunun yerine, múnhasır yetkiye ayırıcı karakterini veren özellikleri tespit ederek, bazı múnhasır yetki maddeleri ile bu tür yetkiyi ortaya koymaya çalışacağım.

Bir yetkinin múnhasır yetki olması için iki önemli ölçüt işlev görür. Bir alanda, eğer Üye Devletlerin tasarrufta bulunması AB'nin bu alanda tasarrufta bulunmasına zarar verecek ise ve her durumda bir ortak hukuki çerçeve yaratılması mutlaka zorunlu ise⁵⁹, o alan AB için múnhasır yetki alanıdır. Bu anlamda, ATA'nın bu ölçütleri karşılayan bazı maddeleri, örnek olarak, daha yakından incelenebilir.

Para politikasını düzenleyen madde tipik múnhasır yetki veren maddedir.

“**Madde 106:** 1. AMB, Topluluk dahilinde kağıt para basımına izin verme konusunda tek yetkilidir. AMB ve Ulusal Merkez Bankaları bu tür paraları basabilirler. Sadece AMB ve Ulusal Merkez Bankaları tarafından basılan kağıt paralar Topluluk dahilinde yasal olarak geçerli paradır.

2. Üye Devletler, emisyon hacmi AMB'nin iznine tabi olmak kaydı ile bozuk para basabilir. Konsey, 252. Madde'de yer verilen usul uyarınca ve AMB'ye danıştıktan sonra, dolaşımda olacak olan bütün bozuk paraların, bunların Topluluk dahilinde iyi şekilde dolaşımını sağlamak için gerekli olduğu ölçüde, birim değerlerini ve teknik özelliklerini uyumlaştırmak için önlemler alabilir.”

⁵⁸ Case 3,4 and 6/76, Kramer and others, para. 30-33

⁵⁹ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 241

Ortak bir politakanın gerçekleştirilmesi için AT kurumlarına bir alanda verilen yasama yetkisi ve bu yetki ile ilgili alanı düzenleyen tasarrufun hükümleri de AT' ye münhasır yetki verir.

“**Madde 32/1** (eski 38/1): 1. Ortak pazar, tarımı ve tarımsal ürünlerin ticaretini de kapsar. “Tarımsal ürünler”den, toprak, hayvancılık ve balıkçılık ürünleriyle, bu ürünlerle doğrudan ilişkisi olan birinci seviyede işlenmiş ürünler anlaşılır.”

“**Madde 37/2** (eski 43/2): Konsey, yapabileceği tavsiyeler saklı kalmak kaydıyla, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra, nitelikli çoğunlukla hareket ederek tüzükler ya da yönergeler çıkarır veya kararlar alır.”

Bu itibarla, AD, ATA m. 32/1 ve ATA. m. 37/2 maddelerinin AT'ye münhasır yetkiler verdiğini ve bu münhasır yetkilerere dayanarak Konsey'in tasarrufta bulunmaya yetkili olduğunu, Üye Devletlerin ise bu tasarruflara aykırı hareket edemeyeceklerini belirtmiştir.⁶⁰

Öte yandan, rekabetin korunması alanında, ATA m. 81(1) (eski 85/1)'in rekabeti yasaklayan hükümlerinin, bazı hallere uygulanmaması için Komisyon'a, dolayısı ile AT'ye, ATA m. 81(3) (eski 85/3) tarafından verilen blok muafiyetler tanımaya yönelik tasarruf yetkisi de bir münhasır yetkidir. ATA. m. 83 (1-2/b) (eski 86)' e göre, AT bu alanda münhasır yetkiye sahiptir. Bu maddenin, “[B]u Antlaşma'nın yürürlüğe girişinden itibaren üç yıl içinde, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra, 81 ve 82. Maddeler'de yer alan ilkelerin uygulanması için gerekli tüzük veya yönergeleri nitelikli çoğunlukla kabul eder. Belirtilen tüzük ve yönergelerin amacı özellikle, bir yandan etkin bir denetim yapılmasının sağlanması, diğer yandan yönetimi olabildiğince basitleştirilmesinin gereği dikkate alınarak, 81. Madde'nin 3. paragrafının uygulanmasına ilişkin ayrıntılı kuralları belirlemek[tir];” diyen hükmü, yukarıdaki ölçütler uygulandığında, AT'nin münhasır yetkisini ortaya koyar.

⁶⁰ Case 3,4 and 6/76, Kramer and others, para. 25-26

Üye devletler arasında malların serbest dolaşımını sağlamak amacıyla tüm gümrük vergilerini yasaklayan ve AT'nin üçüncü ülkelere karşı bir ortak gümrük tarifesinin kabulünü hükme bağlayan ATA m. 23 (eski 9) ve bu konuda Konsey'e yasama yetkisi veren ATA m. 26 (eski 28), AT'ye münhasır yetkiler veren antlaşma maddeleridir ve bunlara dayanarak çıkartılan mevzuata aykırı hiç bir faaliyette bulunulamaz.

Öte yandan, AT'nin açık dış yetkisine konu olan Topluluğun Ortak Ticaret Politikasını düzenleyen ATA m. 133 de AT'nin münhasır yetkiye sahip olduğu bir alandır. 1/94 sayılı Görüş'te bunun gerekçesi, ticaret alanında ortak politika yürütmenin, AT'nin özellikle malların serbest dolaşımı anlamındaki yetkileri ile birlikte değerlendirilmesinden, Üye Devletlerin söz konusu ortak ticaret politikası alanında tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı sonucunu ortaya çıkarmasıdır.⁶¹

Ancak hemen belirtilmelidir ki, AT'ye açık dış yetki verildiğinde münhasır yetkiye sahip olması durumundan farklı olarak, açık bir dış yetki olmaksızın ve bir iç yetki kuralının ikincil bir tasarruf ile benimsenmesi yoluyla antlaşmada düzenlenen bir amacı gerçekleştirmek mümkün olamıyor ise, AT bir uluslararası antlaşmayı sonuçlandırabilecek zımnî münhasır dış yetkiye de sahip olabilir.⁶²

Bunların dışında, AD ve AT İlk Derece Mahkemesi'nin yargılama usulu kuralları gibi, bazı kurumsal düzenleme alanları da, Üye Devletlerin yetkisinin olmadığı, münhasır AB yetki alanı içindedir.⁶³

ATA m.5 dikkate alındığında, münhasır yetkiler açısından iki önemli sonuca varmak mümkündür. İlk olarak üzerinde tartışma yokur ki, AB'nin münhasır yetkilerinin varlığı, AB'nin bu yetkileri kullanıp kullanmamasına bağlı değildir; münhasır yetkiler kullanılmasa da vadır.⁶⁴ AT'nin münhasır yetkisinin diğer önemli

⁶¹ Opinion 1/94, [1994] ECR I-5267; Görüş'ün bu açıdan değerlendirilmesi, Marise Cremona, *External Relations and External Competence: The Emergence of An Integrated Policy*, Paul Craig & Grainne de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999 içinde, s.154

⁶² Opinion 1/76, Rhine Navigation Agreement, [1977] ECR 741, para. 4

⁶³ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 241-242

⁶⁴ A.G. Toth, *A Legal Analysis of Subsidiarity*, Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 1999 içinde, s. 133

sonucu, bu alanda, *subsidiarity* prensibinin uygulanamayacağıdır.

2. Mühnasır Olmayan Yetkiler: Eş Zamanlı, Ortak (Paralel) ve Tamamlayıcı Yetki

AD kararlarında ve bazı yazarların eserlerinde, yetki türleri sınıflandırılırken, mühnasır yetkiler ve mühnasır olmayan diğer tüm yetkiler şeklinde yapılan ayırım açıklayıcı olmaktan uzak ve hukuki kesinlik anlamında zayıf kaldığından, mühnasır olmayan yetkilerin de kendi içinde ayırt edici özelliklerini ortaya koymak zorunludur. Bir başka deyişle, mühnasır yetkiler ile mühnasır olmayan yetkileri birbirinden ayıran yegane fark, mühnasır olmayan yetki alanlarında Üye Devletlerin ulusal yasama faaliyeti yapma yetkisi olması ancak bunun içeriğinin söz konusu mühnasır olmayan yetkiler içerisinde de farklılaşmasıdır.

a) Eş Zamanlı Yetkiler

AB'nin mühnasır yetkiye sahip olduğu alanların aksine, eş zamanlı yetki (concurrent competence) alanlarında Üye Devletler, söz konusu alanda AB yetkisini kullanmadıkça, yasama faaliyeti yapabilir.⁶⁵ Ancak AB yasama faaliyeti yaparsa, eş zamanlı yetki onun ilgili alanın tamamında düzenleme yapmasını sağlar ve Üye Devlet artık o alanda yetkili değildir. AB'nin eş zamanlı yetki alanlarında bu şekilde Üye Devletlerin yetkisini engelleme etkisine 'öncelik kuralı' (pre-emption) denir.⁶⁶

Eş zamanlı yetkinin hangi şartlar altında Üye Devletlerin yasama faaliyetini engellediğini AD, zımnî yetki ilkesinin özelliklerini belirttiği AETR kararında, konunun AT iç yetkileri içindeki yerini açıkladığı karardan on beş yıl önce şöyle ifade ediyordu:

“Antlaşmanın amaçlarına varılmasını sağlayan AT tasarruflarının yaygınlaştığı ölçüde, Üye Devletler, bu tasarrufları etkileyecek veya onların

⁶⁵ Dashwood, 126.

⁶⁶ E.D. Cross, *Pre-emption of Member State Law in the EEC: A Framework for Analysis*, CMLRev., Cilt 29, 1992, s. 447

kapsamını değiştiren yükümlülükler altına giremezler.”⁶⁷

AD, *Cerafel*⁶⁸ davasında eş zamanlı yetki alanlarında öncelik kuralını açıklamıştır.⁶⁹ Dava, tarım politikasının düzenlenmesi kapsamında, özellikle davaya konu 1035/72 sayılı Tüzüğe göre kurulan ‘meyve ve sebze pazarının ortak düzenleyici örgütlerinin’ aldığı kararların niteliğinin ve kapsamının belirlenmesine ilişkindir. Tüzük gereği oluşturulan Fransız meyve ve sebze pazarı düzenleyici komitesi (Cerafel), Tüzüğün hükümlerinin verdiği yetkinin meyve sebze tarımının tüm alanlarını kapsadığını iddia etmesine karşı, çiçek tarımı ile işgal eden davacı itiraz etmiş, yerel mahkeme de ön karar usulu ile AD’dan Tüzüğün geçerliliği ve nasıl yorumlanması gerektiği hakkında karar vermesini talep etmiştir.⁷⁰

AD, davaya ilişkin kararını verirken AB’nin eş zamanlı yetkisinin içeriğini de açıklamıştır. Buna göre AT’nin eş zamanlı yetkisinin önce gelmesi, ilgili alanın Üye Devlet yetkisine yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesinin ilgili yetki hükmünün işlev görmesi için zorunlu olmasına bağlıdır. Bu halde artık Üye Devlet’in yetkisi yoktur. Aksi durumda, düzenlemenin tüm alanı kapsayacak şekilde yapılması zorunlu değilse zorunlu değilse Üye Devlet yasama yetkisini kullanabilir.

AD, Tüzüğün hükümlerinin tarım alanında tamamen kapsayıcı düzenleme yapma yetkisinin, Tüzüğün işlevini gerçekleştirmek için şart olduğu amaçsal yorumundan hareketle, Üye Devletlerin eş zamanlı yetkisinin ortadan kalktığını belirtmiştir.⁷¹

⁶⁷ Case 22/70, *Commission v. Council*, (AETR), [1971] ECR 263, para.22

⁶⁸ Case 218/85, *Cerafel v. Le Champion*, [1986] ECR 3513.

⁶⁹ Öğretide öncelik (pre-emption) kuralının, üç ayrı durum altında incelendiği de olmuştur. Buna göre, yukarıda bahsedilen dışında, a) Üye Devlet yetkilerinin, AT tasarruflarının tasdik ettiği amaçların gerçekleşmesine mani olmasını engelleyici işlev gören ‘çatışmaya engel olan’ (obstacle conflict) öncelik ve b) bir ulusal hükmün içeriği ile bir AT tasarrufunun bir hükmü arasında *fonksiyonel* bir uyumsuzluk olduğunda, Üye Devletin yetkisini, aynı konuda oluşan bu doğrudan çatışmayı ortadan kaldıracak şekilde çözmesi şeklinde ifade edilen doğrudan çatışma (direct conflict) önceliği için bkz. Antonio Goucha Soares, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, ELRev., Cilt 23/2, 1998, s. 132. Ancak, AD’nın ve konu üzerinde çalışan diğer yazarların öncelik kuralını bu şekilde anladığı söylenemez. Kaldı ki, her iki durumun (a ve b), yetkinin en uygun seviyede kullanımı, yani subsidiarity çerçevesinin içinde kaldığı kanısındayım.

⁷⁰ İbid. para. 5-7

⁷¹ İbid. para. 13,

Böylece, Topluluk hukuku yetki kuralının fonksiyonunu tam bir şekilde yerine getirmek için, tüm faaliyet alanını kapsamı gereken her durumda Topluluğun eş zamanlı yetkisinin önce geldiği sonucuna varılır.

Her durum için bunun nasıl kararlaştırılacağı konusunda *Bogdandy/Bast* AT yasama enstrümanlarının yol gösterebileceğini, AT eğer bir Direktif ile yetki kullanırsa ulusal hukukun yarışan yetkisinin ortadan kalkmadığını ama AT bir Tüzük ile yetki kullanırsa bunun ulusal yetkinin kalkması anlamına geleceğini savunmuştur.⁷²

ATA m. 39-60 arasında düzenlenen serbest dolaşım özgürlüklerinin (malların, işçilerin, hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkı) AB'yi eş zamanlı yetkiler anlamında öncelik kuralı ile yetkilendirip yetkilendirmediği konusu öğretilerde tartışılmıştır.⁷³ Ancak AD, ATA m. 95 ile ilgili verdiği bir kararında, serbest dolaşım özgürlüklerini düzenleyen maddelerin Üye Devlet katkısı olmadan sağlanamayacağını ve bu sebeple burada Topluluk eş zamanlı yetkisinin olmadığını ve bu alanların düzenlenmesinin ancak AB'ye Üye Devlet hukuklarını uyumlaştırma yetkisi veren ATA m. 95'e göre yapılacağını belirtmiştir.⁷⁴

b) Ortak (Paralel) Yetkiler

Bu tür yetki veren ortak yetki (shared/parallel competence) kurallarını, eş zamanlı yetki veren kurallardan ayıran özellik, AB ile Üye Devletlerin aynı alanda yetkiyi beraber kullanabilmesidir. AB'nin bir alanda yetki kullanması, Üye Devletleri o alanda yasama faaliyeti yapmaktan alıkoymaz. ATA'da, bazı alanlarda bu tür paralel yetkilerin kullanılmasına mücade edilmesinin nedeni, Üye Devletlerin aynı alanda yetki kullanımının o alanlarda tasarrufların birbirini güçlendirici etkisinin olacağı gerekçesine dayanır.⁷⁵

Sanayi politikasını düzenleyen ATA m. 157, ekonomik ve sosyal bütünleşmeyi düzenleyen ATA m. 158 ve araştırma geliştirme teknolojisi alanını

⁷² Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 245

⁷³ Dashwood, s. 126-127; Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, s.701

⁷⁴ Case 376/98, *Germany v. Council*, [2000] ECR I-8419, para. 83-84

⁷⁵ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 247

düzenleyen ATA m. 163 gibi maddeler bu tür yetki veren maddeler olarak örnek gösterilebilir.

AT bu tür yetkilerini kullandığı alanlarda genelde asgari seviyede düzenleme yaparak, Üye Devletlerin daha kısıtlayıcı önlemler almasına müsaade eder. ATA m. 63'ün 3. ve 4. paragraflarında düzenlenen mülteciler ve yerlerinden edilmiş kişilerle ilgili hükümleri, AT'nin bu konuları paralel yetki kuralı gereğince asgari seviyede düzenlemesini öngörmüş ve Üye Devletlere yasama yetkisini kullanma imkanı bırakmıştır.

“**Madde 63/2:** Konsey tarafından 3 ve 4. paragraflar uyarınca kabul edilen önlemler, herhangi bir Üye Devlet'in ilgili alanlarda bu Antlaşma'yla ve uluslararası anlaşmalarla uyumlu ulusal hükümleri muhafaza etmesini veya yürürlüğe koymasını engellemez.”

AB ile aynı konuda ortak yetki kullanan Üye Devletlerin, yetkilerini söz konusu asgari standartları gözetmeksizin kullanmaları söz konusu olduğunda AD, ATA m. 10'u kullanmaktadır.

“**Madde 10** (eski 5): Üye Devletler, bu Antlaşma'dan ya da Topluluk kurumlarının tasarruflarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayacak genel ve özel nitelikteki tüm önlemleri alır. Üye Devletler, Topluğun görevini yerine getirmesini kolaylaştırır.

Üye Devletler, bu Antlaşma'nın amaçlarının gerçekleşmesini tehlikeye koyabilecek nitelikteki tüm girişimlerden kaçınır.”

İtalya'nın 987/80 sayılı Direktif altında düzenlenen işverenin iflası üzerine çalışanların korunmasına ilişkin düzenlemelere aykırı davranması üzerine açılan *Francovich* davasında⁷⁶ AD, “ Üye Devletlerin, kendi yetki alanlarında kalan tasarrufları, ATA m. 10 gereğince yerine getirme yükümlülüğü altında olduklarına” karar vermiştir.⁷⁷ Böylece, AD, ortak yetkiler söz konusu olduğunda AB'nin asgari

⁷⁶ Case 6&9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I- 5357.

⁷⁷ *Ibid.* para. 36.

düzenleme yapmasından bireylerin zarar görmesini önlemiştir.⁷⁸

c) Tamamlayıcı Yetkiler

Bu tür yetki veren kuralların (complementary competence) düzenledikleri maddeler program, tavsiye ve görüşleri içerdikleri için, AB'nin bu tür yetkileri kullanması çoğunlukla sorun olmaz. Bu alanlarda Üye Devletler yasama yetkilerini ellerinde tutarlar. Kültür ve kamu sağlığı alanlarını düzenleyen ATA m. 151 ve 152 bu tür yetki kurallarının tipik örneklerini oluşturur. Bunlar genelde proje ve program bazlı AB katkılarının düzenlendiği maddelerdir. Öte yandan, bazı ATA maddelerinin düzenledikleri alanlar esasen münhasır veya münhasır olmayan yetki türlerine girmekle birlikte, bu maddeler, ilgili alanlarda bazı gevşek mekanizmaları yürürlüğe koymak için eşgüdüm sağlayıcı tamamlayıcı yetkiler de içerirler. Üye Devlet ekonomi politikalarının yönlendirilmesini düzenleyen ATA m. 99 ve istihdam politikasında eşgüdümü geliştirmeyi içeren ATA m. 125, eşgüdüm sağlayıcı tamamlayıcı yetkilere aittir.⁷⁹

C) Yetkinin En Uygun Seviyede Kullanımı (Subsidiarity)

ATA m. 5/2'ye göre, “Kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Topluluk, *subsidiarity* ilkesine uygun olarak, ancak söz konusu faaliyetin hedefleri Üye Devletler tarafından tatminkar bir ölçüde gerçekleştirilemeyecek ve dolayısıyla öngörülen faaliyet boyutları ve etkileri nedeniyle Topluluk seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebilecek ise müdahalede bulunur.” Maddenin yetkinin yerinde kullanımı açısından incelenmesi gereken iki yönü vardır: Hükmün karmaşık ve tartışmalı kapsamının, AT'nin tasarrufları ve yetkileri ile ilişkisi göz önünde tutularak, hukuki niteliğinin tespiti (1) ve yetkinin yerinde kullanımının yargısal denetiminin yapılabilirliği (2).

⁷⁸ Aynı yönde AD kararları için bkz., Case 334/92, Wagner Miret v. Fondo de Garantia salarial [1993] ECR I-6911; Case 131/97, Carbonari v. Università Bologna, [1999] ECR I-1103

⁷⁹ Ingolf Pernice, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, s.4-5

1. Hukuki Nitelik

Yetkinin en uygun seviyeside kullanımı, AT'nin münhasır olmayan yetki türlerinde, kurumların yasama faaliyetinde bulunmaları sırasında söz konusu yetkilere göre karar alırken bazı kriterlere uygun davranıp davranmadığının kontrolünü amaçlar. Bu kontrolün başlıca nedeni, AT kurumlarının münhasır olmayan yetki alanları çerçevesinde sürekli olarak yetki aşımı iddiaları ile karşı karşıya kalmasıdır.⁸⁰

Maddenin en tartışmalı yönü, münhasır yetki türlerini, *subsidiarity* ilkesi için –bu alanların dışında uygulanması– bir ölçüt haline getirmesidir. Her ne kadar, AD kararları ve yürürlükteki mevzuat ile münhasır yetkiler belirlenebiliyor olsa da, bu ölçütün uygulanması için gerekli olan açıklık yani, yetkilerin münhasır olan ve olmayan şeklinde bir ayrımı, antlaşmalar da mevcut değildir.⁸¹ Daha da önemlisi, ortak ya da tamamlayıcı yetki türlerinin bazılarının bir çok davada veya AT ikincil tasarrufları çıkartılırken Üye Devletler tarafından kendi münhasır yetkileri içinde değerlendirilmesi, eğitim, kamu güvenliği ve sağlık gibi konuları Üye Devletlerin tasarruf yetkisi içine sokar ki, maddenin konuluş amacından anlaşılabilceği gibi, bu alanlarda da *subsidiarity* ilkesi uygulanamaz. Sonuç olarak *subsidiarity* ilkesi, hukuki bir ilke olarak, sadece AT'nin münhasır olmayan yetki alanları için düzenlenmiştir.

Subsidiarity ilkesine, karar alma sürecinin *hangi seviyede ve nasıl bir katılım* ile gerçekleştirileceğinin tespiti olarak yakşalan anlayışa göre, demokrasi ilkesi, karardan etkilenenlerin yeterince katılımının sağlanmasını gerektirir; en uygun seviyede yetki kullanımı ancak bu şekilde sağlanabilir.⁸² Ancak, ilkenin getiriliş amacının, ilkenin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin Komisyon'un çalışmalarından⁸³ karar alma sürecini demokratik hale getirmek olmadığı anlaşılabilceği gibi, madde metni de bu anlayışı destekler nitelikte değildir.

⁸⁰ N Bernard, *The Future of European Economic Law in the light of the Principle of Subsidiarity*, CMLRev., 1996, Cilt 33, s. 633.

⁸¹ A. G. Toth, *A Legal Analysis of Subsidiarity*, Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, naklen, s. 133; J. Steiner, *Subsidiarity under the Maastricht Treaty*, Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, naklen, s. 134

⁸² Grainne De Burca, *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working Paper, No: 7/99, 1999, s.3

⁸³ Communion, *Better Law Making 1998: A Shared Responsibility*, COM (98) 715.

Subsidiarity, bir seviyede alınacak kararın, yöneldiği soruna *etkili* bir şekilde hitap edip edemeyeceğinin belirlenmesidir.⁸⁴ Yetkinin en uygun seviyede kullanılıp kullanılmadığı, bu etkililiğin sağlanıp sağlanmadığına bağlıdır.

Bu anlamda hüküm, Üye Devletlerin tasarlanan amacı tek başlarına, etkili ve yeterli bir şekilde yerine getirip getiremeyeceğini, uygun seviyede yetki kullanımının ilk ve asgari şartı olarak düzenler. Eğer bu şart gerçekleşirse, yani Üye Devletlerin ilgili konuda tasarrufta bulunması soruna etkili ve yeterli bir çözüm getiriyorsa, yetki Üye Devletlerindir. Ancak bu şart gerçekleşmiyorsa, ikinci ölçüt söz konusu olur. Üye Devletlerin faaliyeti yeterli ve etkili değil ise, tasarlanan amaç, büyüklüğü ve etkililiği nedeniyle, AT seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebilecek ise, yetkinin AT seviyesinde kullanımı uygundur. Görüldüğü gibi, madde metni, *subsidiarity* ilkesinin siyasal köklerine neredeyse hiç referans yapmayarak⁸⁵, hem yetkinin mutlaka önce alt bir seviyede kullanımını karine olarak bile kabul etmemiş, hem de karar alma sürecini demokratikleştirmek⁸⁶ gibi bir fonksiyonu üstlenmemiştir.

Maddenin, bir yetkinin en uygun yerde kullanımının sağlanması açısından tartışmalı içeriği, -söz konusu ‘uygunluk’ hakkında yapılan eleştiriler⁸⁷ ve özellikle yargısal denetimin ihtiyaç duyduğu kesinliğe sahip olmaması nedeniyle- Amsterdam antlaşmasına ekli *Subsidiarity* Protokolü ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.⁸⁸

Buna göre, üç önemli noktada açıklık getirilmiştir. Protokolün 5. maddesi, bu üç önemli nokta ile, uygunluk kriterlerini daha açık hale getirmiştir.

“**Madde 5:** Topluluk eyleminin desteklenmesi için, *subsidiarity* ilkesinin her iki yönünün tatmin edilmesi gerekmektedir: Önerilen eylemin amaçları Üye Devletler’in kendi ulusal anayasal sistemleri çerçevesindeki eylemleriyle yeterli düzeyde başarılamaması ve böylece Topluluk tarafından yapılan eylemle daha iyi

⁸⁴ Grainne De Burca, *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, s.4

⁸⁵ Bu referanslar için bkz., Joshua P. Hochschild, *The Principle of Subsidiarity and the Agrarian Ideal*, <http://www.nd.edu/~ndphil/papers/Subsidiarity.html>, s. 3-6, 10 Şubat 2004

⁸⁶ İbid. s. 8-9

⁸⁷ Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, s. 86-87

⁸⁸ Kurucu antlaşmaları değiştiren Amsterdam Antlaşması'nın ekli C.2 protokolü.

başarılabilmesi.

Aşağıdaki yönlendirici ilkeler, yukarıda belirtilen koşulun yerine getirilip getirilmediğini incelemek için kullanılacaktır:

- değerlendirilen konunun, Üye Devletler'in eylemleriyle tatminkar düzeyde yönetilemeyen *uluslar ötesi* yönlerinin olması;
- Üye Devletler'in sadece kendi eylemlerinin veya Topluluk eyleminin olmayışının, Antlaşma'nın gerekleriyle *çatışması* (rekabetin bozulmasının engellenmesi gereği veya ticarete gizli sınırlamaların önlenmesi ve ekonomik ve sosyal bütünleşmenin güçlendirilmesi) veya aksi halde Üye Devletler'in çıkarlarına *ciddi zarar* vermesi;
- Topluluk seviyesinde eylemin, Üye Devletler seviyesindeki eyleme kıyasla ölçüğü veya etkisi nedeniyle daha net *faydalar* üretmesi.”⁸⁹

Özetlemek gerekirse, *subsidiarity* ilkesinin bir yetki kullanma usulü kuralı olarak en önemli hukuki niteliği, AB kurumlarını yetki kullanırken *uygunluk* gerekçeleri göstermeye zorlamasıdır. AB'nin hangi yetkileri kullanabileceğine ilişkin bir yetki kuralı değildir.

2. Adalet Divanı ve Yargısal Denetim⁹⁰

Amsterdam antlaşmasına ek Protokol'ün 3. maddesi AD'nın AT'nin yetkilerini yorumlaması ile *subsidiarity* ilkesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymuştur.

“**Madde 3:** *Subsidiarity* ilkesi, Adalet Divanı'nın yorumladığı şekliyle Antlaşma'nın Avrupa Topluluğu'na verdiği yetkileri sorgulamaz.”

Buna göre, bu hükümden sonra da AD, AT'nin yetkileri üzerinde yorum faaliyetini devam ettirecek ve *subsidiarity* ilkesini bu anlamda dikkate almayacaktır.

Protokol'ün 3. maddesinin AD'yi, yetkileri yorumlama faaliyeti sırasında *subsidiarity* ilkesinden varaste tutması, AD'nin yargı faaliyeti ile kurumların

⁸⁹ Vurgular tarafımdan eklendi.

⁹⁰ İlkenin siyasi denetimi için, *infra.* s. 147-148.

yasama yetkisine dayanan faaliyeti arasında açık bir ayırım yapıldığını gösterir.⁹¹ Bu hükmün, Protokol'ün "her kurum kendisine verilen yetkileri kullanırken, *subsidiarity* ilkesine uygunluğu temin eder" diyen 1. maddesi ile birlikte yorumlanmasından çıkartılan bu sonuç, öte yandan, AD'nin, kurumları *subsidiarity* ilkesinin her iki yönü açısından da, yani, hem münhasır olan ve olmayan yetkiler ayırımına göre, sadece münhasır olmayan yetki türleri için *subsidiarity* ilkesinin işlev görmesi ve bunun sınırları açısından, hem de uygunluk ölçütlerinin uygulanması açısından denetlemesine engel olmaz. Protokol ile AD'nin *subsidiarity* ilkesinin denetimindeki zayıf rolünü geliştiren bir yardımcı mekanizma getirilmeye çalışılmıştır.

Bu denetim iki açıdan söz konusudur. Birinci olarak AD, önüne gelen davalarda, somut durumun *subsidiarity* ilkesinin kapsamı içine girip girmediğini tespit etmek zorundadır.⁹² AD önüne gelen davalar, denetimin münhasır olan-olmayan alan ayırımına ve somut vakıanın, AT ve Üye Devletler'den her ikisinin de potansiyel olarak tasarrufta bulunabileceği münhasır olmayan alanlar içine mi, Üye Devlet yetki alanı içine mi girdiğine ilişkin davalardır. AD'nin yaptığı ikinci denetim ise uygunluk kriterlerine ilişkindir. AT kurumlarının, *subsidiarity* ilkesinin uygunluk kriterlerine yasama tasarrufları yaparken uyup uymadığı veya ne derece uyduğu bu denetimin özünü oluşturur.

Subsidiarity ilkesi yetkilerin türlerine ilişkin bir işlev görmez ama, AD önüne gelen davalarda, *subsidiarity* ilkesinin bazı yetki alanları için uygulanmasına itiraz edilmiştir. Bu itirazların temeli Üye Devletler'in bazı alanların birlikte yetki kullanılacak AT'nin münhasır olmayan yetki alanı olarak tespitine karşı çıkıp, bu alanların kendi münhasır yetkisine girdiğinden hareket ederek *subsidiarity* ilkesinin uygulanamayacağını ileri sürmeleridir. Davada *subsidiarity* ilkesi ileri sürülmedi ise de, yetki alanlarını birbirinden ayırmanın ve *subsidiarity* ilkesinin uygulanmasını bu ayırma bağlamının ne kadar zor olduğunu gösteren bir dava olan *Grogan*⁹³ davasında, AD, kürtajın anayasal bir hükümlerle yasaklandığı bir Üye Devlet'e (İrlanda), diğer bir Üye Devlet'ten (İngiltere), bu ülkede kürtaj yapılabildiğini

⁹¹ Alan Dashwood, *Human Rights Opinion of the ECJ and its Constitutional Implications*, Cambridge Center for European Legal Studies, No.1, 1996, s.1

⁹² Grainne De Burca, *Subsidiarity and The Court of Justice as Institutional Actor*, JCMS, Cilt 36/2, 1998, s. 220

⁹³ Case 159/90 SPUC v. Grogan [1991] ECR I-4685

gösteren reklam broşürlerini götüren ve onları dağıtan kişilerin, bu eylemin AT antlaşmasında düzenlenen hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamına girdiği iddialarını kabul etmemiştir. Ancak AT hukukunun burada yetkili olmamasının sebebi, hizmetlerin serbest dolaşımı vasıtası ile AT'ye eş zamanlı, paralel veya tamamlayıcı bir yetki tanınmaması değildir. AD davayı, “gebeliğin kürtaj ile sonlandırılmasının ATA m. 50 anlamında bir hizmet olduğunu ama sadece bir ülkede kürtaj yapıldığını gösteren broşürlerin dağıtılmasının AT m. 49-54 anlamında bir ‘hizmet’ olmaması nenedeniyle AT hukukuna aykırılık olmadığını”⁹⁴ ve dolayısıyla bir ifade beyanı sayılabilecek faaliyet ile AT'nin yetki ve amaçlarının bağdaşmadığını tespit etmiştir. AD'nin bu kararına göre, davada eğer broşürler, klinikleri ayrıntıları ile tarif eden, telefon numarası veren, hizmetin ticari niteliklerini ortaya koyup, açıkça muayene randevusu verebilecek nitelikte olsa idi, eylem hizmet sayılacak ve cenin'in yaşamı gibi Üye Devlet anayasasında düzenlenen ve davada Üye Devletin ulusal yetkisine girdiği ileri sürülen bir alan, AT'nin münhasır olmayan yetki alanı sayılabilecekti.

Subsidiarity ilkesinin yetki tür ve alanları ile ilişkisinin konu olduğu başka bir dava ise *Bosman*⁹⁵ davasıdır. Davada Federal Alman hükümeti, “fubolun bir ekonomik faaliyet değil bir spor olduğunu, kültür ile benzer noktalara sahip olduğunu, kültür konusunu düzenleyen ATA m. 128'in⁹⁶, Topluluğun, Üye Devletlerin kültürel kimliklerine riayet etmesi gerektiğini hükme bağladığını”⁹⁷ ifade ederek, bu alanlarda AT'nin yetkisinin tamamlayıcı nitelikte olduğunu zımnen de olsa- ileri sürmüştür. AD, bu argümana karşı “kültür ile spor alanındaki benzerlikleri öne çıkaran argüman kabul edilemez, çünkü burada bahse konu olan ihtilaf ATA m. 128. ile düzenlenen alanın AT yetkilerini sınırlayan koşulları değil, bu maddede düzenlenen AT yetkisinin, ATA m. 48⁹⁸ tarafından garanti altına alınan ve AT sistemi içinde temel bir özgürlük olan, işçilerin serbest dolaşımının kapsamına dayanabileceğidir”⁹⁹ diyerek, antlaşmalarda AT'nin yasama yetkisine getirilen sınırlamalardan hiç birinin ve o arada dava özelinde de, kültür ve spor alanında AT yasa koyucularının yetkilerinin *subsidiarity* ilkesine yapılacak

⁹⁴ İbid. para. 21, 32

⁹⁵ Case 415/93 UEFA v. Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921

⁹⁶ ATA m.151 (yeni)

⁹⁷ Case 415/93 UEFA v. Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921, para. 72

⁹⁸ ATA m. 39 (yeni)

⁹⁹ Case 415/93 UEFA v. Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921, para. 78

gönderme ile sınırlanmasının, kendisinin antlaşmanın ekonomik kurallarının alanının genişliği ile ilgili yorumunu ortadan kaldıramayacağını belirtmiştir.

AD, verdiği diğer bazı kararlarda da, Üye Devletlerin, eğitim politikası, nüfus politikası gibi alanların hiç bir şekilde AT yetkileri içine girmediği ve dolayısıyla, *subsidiarity* ilkesinin uygulanamayacağı itirazlarını, antlaşmadaki yetkilerin sınırları ve ATA'da düzenlenen amaçların ve yetkilerin niteliği üzerine yaptığı geniş yorum vasıtasıyla dikkate almamıştır.¹⁰⁰ AD'nin bu içtihadı yukarıda bahsedilen Protokol'ün 3. maddesine de uygundur.

Öte yandan, *subsidiarity* ilkesinin yetki türleri açısından uygulanıp uygulanmayacağının denetimi yanında, yukarıdaki ayırmada belirtildiği gibi, bir de *subsidiarity* ilkesinin uygunluk ölçütleri açısından denetimi söz konusudur. AD'nin, genel olarak yetki konusunda gösterdiği yoğun yargısal aktivitenin, -yani antlaşmalardaki yetki ve amaçların geniş yorumlanmasına dair hukuk mantığı (*legal reasoning*)- uygunluk ölçütlerinin objektiflikten görece uzak olduğu dönemde yerini, bu ölçütlerin neredeyse yüzeysel denetimi seviyesine indirilmesine bıraktığı gözlenir. Ama Amsterdam antlaşmasına ek Protokol'ün 5. maddesi hükmünden sonraki dönemde, uygunluk kriterlerinin denetimi biraz daha nitelikli hale gelmiştir.¹⁰¹

AD'nin, ATA m. 5/2. maddesi anlamında *etkililik* uygunluk kriterine ve Protokol'ün 5. maddesinde belirtilen etkililiğin genişletilmiş içeriğine göre yaptığı yargısal denetime üç dava örnek gösterilebilir. 19/94 sayılı Konsey Direktifi'nin, AT'deki kredi kuruluşlarının garanti fonlarına asgari seviyede katılımını zorunlu hale getiren hükmüne karşı, davacı Federal Almanya, bu katılım oranının, merkezi bir Üye Devlet'de olan kredi kuruluşunun, diğer Üye Devlet'teki şubesinin, bu Üye Devlet'teki garanti fonunun izin verdiği azami katılım payının altında kalmasını gerekçe göstererek, Direktifin iptalini dava etmişti.¹⁰² Davacı, ATA m. 5/2 dikkate alındığında, "Direktif'in gerekçe kısmının, böyle bir faaliyetin,- yani kredi kuruluşlarının garanti fonlarına katılımının zorunlu tutulmasının ve bu katılımın

¹⁰⁰ Case 9/74 Casagrande v. Landeshauptstadt München [1974] ECR 773; Case 65/81 Reina v. Landeskredit Bank Baden Württemberg [1982] ECR 33

¹⁰¹ T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, s. 87

¹⁰² Case 233/94 Germany v. Parliament and Council [1997] ECR I-2405

asgari oranının AT Direktifi ile belirlenmesinin-, AT seviyesinde gerçekleştirilmesinin nasıl daha etkili olacağına dair yetersiz”¹⁰³ kaldığını ileri sürmüştü. AD, bu argümana karşı, Üye Devletlerin bu konuda tek başlarına faaliyette bulunmasının *yetersiz* olacağına gerekçe bölümünde belirtilmesini - garanti fonuna katılım payının belirlenmesinin neden Üye Devletlerin tek başlarına etkili bir şekilde yerine getirebilecekleri bir faaliyet olmadığını ve neden böyle bir faaliyetin AT seviyesinde daha iyi bir şekilde gerçekleştirilebileceğini araştırmadan-yeterli görerek davayı reddetmiştir.¹⁰⁴ “*Subsidiarity* ilkesinin içeriğine açık bir referans gerekmez.”¹⁰⁵

Amsterdam antlaşmasına ekli Protokol’ün 5. maddesi getirilmeden önce dahi, AD’nin, *subsidiarity* ilkesinin uygunluk ölçütlerinin karşılandığının ilgili tasarrufun gerekçesinde gösterilip gösterilmediğinin denetimini yapmaması ilgi çekicidir.

Amsterdam antlaşmasının değişikliklerinin ve Protokol’ün yürürlüğe giriş tarihinden sonra görülen diğer bir davada da AD, uygunluk ölçütlerini derinlemesine incelememiştir.¹⁰⁶ Biyoteknoloji Direktifi adı ile bilenen 44/98 sayılı Konsey Direktifi, biyoteknolojik buluşların korunması alanında, iç pazarın düzenli işlev görmesini temin etmek için, Üye Devletlerin pratikleri ve mevzuatları arasındaki farkların ortadan kaldırılması amacı ile çıkartılmıştı.¹⁰⁷ Davacı Hollanda hükümeti, “ATA m. 5/2 gereğince, yasama tasarrufunun gerekçesinde yer alması gereken uygunluk kriterlerinin, söz konusu Direktifte, maddenin hukuki niteliğini karşılayacak seviyede yer almadığını”¹⁰⁸ ileri sürerek Direktifin iptalini talep etmiştir. AD’nin red kararının gerekçesi şöyledir:

“Biyoteknolojik buluşların korunması alanında, iç pazarın düzenli işlev görmesini temin etmek için, Üye Devletlerin pratikleri ve mevzuatları arasındaki farkların ortadan kaldırılmasını düzenleyen Direktif’in amacı Üye Devletler tarafından gerçekleştirilemez. Söz konusu korumanın kapsamının AT ticareti

¹⁰³ İbid. para.22

¹⁰⁴ İbid., para. 26

¹⁰⁵ İbid., para. 28

¹⁰⁶ Case 377/98 Netherlands v. Council [2001] ECR I-2079

¹⁰⁷ İbid., para.2-3

¹⁰⁸ İbid., para. 30

üzerinde yakın etkisi olduğu gibi, tasarlanan faaliyetin büyüklüğü ve etkileri dikkate alındığında, Topluluğun bu amaca daha iyi bir şekilde varacağı açıktır.

Subsidiarity ilkesine uyulduğu, Direktif'in gerekçesinin, Topluluk faaliyeti olmaksızın farklı Üye Devletlerin pratikleri ve mevzuatlarının iç pazarın düzenli işlemlerini engelleyeceğini ifade eden, beş, altı ve yedinci paragraflarından çıkarılabilir. Bu, Direktifin yeterli derecede gerekçe ifade ettiği anlamına gelir.”¹⁰⁹

Subsidiarity ilkesinin uygunluk ölçütlerinin dava konusu olduğu en yeni davalardan birinde ise AD, önceki davaların aksine, davaya konu 37/01 sayılı Konsey/Parlamento Direktifi'nin ilgili tüm gerekçe paragraflarını kararın içine alarak, karar metnine dahil etmiştir. Direktif, ATA m. 95 e göre çıkarılan bir uyumlaştırma tasarrufudur ve önceki yıllarda bir davaya konu olan¹¹⁰ tütün mamullerinin satışı, sunulması ve üretimine ilişkindir.¹¹¹ AD davanın kendisine ön karar usulüne göre gelmesinden önceki yerel dava aşamasında, davacının bu konuda Topluluğun faaliyette bulunmasının uygunluk kriterlerinin Direktifin gerekçelerinde yerine getirilmediğini, Üye Devletler seviyesinde bu konuda faaliyette bulunulmasının neden etkili olmayacağını gerekçede tartışılmadığına dair ifadelerini not etmiştir.¹¹² AD, ayrıca, davaya ön karar usulünde müdahil olan Komisyon ile birlikte dört Üye Devletin de (Belçika, Hollanda, Fransa ve İsveç) *subsidiarity* ilkesinin dikakte alındığına dair müdahalelerini de not etmiştir.¹¹³ Davanın, AD'nin *subsidiarity* ilkesinin uygunluk ölçütlerini denetlemesine ilişkin olarak dikkat çeken ilk yönü, Direktifin konu ile ilgili gerekçelerinin kararın içine dahil edilmesine rağmen, yine Üye Devlet seviyesinde etkililik veya Topluluk seviyesinde ilgili amaca daha iyi bir şekilde varılıp varılmayacağı araştırmasının yapılmamasıdır.¹¹⁴

Ancak AD bu davada, tasarlanan faaliyetin, -yani tütün ürünlerinin, satışı, sunumu ve üretimlerinin iç pazarın düzenli işleyişini bozmasına engel olunması- Üye Devletler tarafından etkili bir şekilde yerine getirilmediğine ilişkin ölçüt ile

¹⁰⁹ İbid., para. 32-33

¹¹⁰ Supra., dipnot 21.

¹¹¹ Case 491/01 The Queen v. Secretary of the State for Health and British American Tobacco [2002] ECR 137, para. 1

¹¹² İbid., para. 174

¹¹³ İbid., para. 175-176

¹¹⁴ İbid., para. 181

ilgili yeni ve alışılmadık bir argüman kullanmıştır. AD, iç pazarın –özellikle tütün konusunda- düzenli işlemesi önündeki engellerin kaldırılmasını amaçlayan her bir uyumlaştırma Direktifine karşı, Üye Devletler tarafından iptal davası açılmasının (Case C-350/92 Spain v Council [1995] ECR I-1985, para. 35; Case 376/98 Germany v. Parliament and Council [200] ECR I-8419, para.86; Case C-377/98 Netherlands v Parliament and Council [2001] ECR I-7079, para.15), tek tek Üye Devletlerin pratik ve mevzuatlarının çeşitlilik göstermesinin kanıtı olduğuna vurgu yaparak, engellerin kaldırılması amacına Üye Devletler seviyesinde etkili bir şekilde hitap edilemediği çıkarımını yapmıştır.¹¹⁵ AD buradan hareketle, amaçlanan faaliyetin ancak Topluluk seviyesinde daha iyi bir şekilde varılabileceğine karar vermiştir.

II. Anayasal Antlaşma’da Yetki

29 Ekim 2004 tarihinde Üye Devletlerin ve Türkiye’nin de içinde bulunduğu aday devletlerin Devlet ya da Hükümet Başkanları, Komisyon Başkanı ve AB Konseyi dönem başkanı tarafında imzalanan Anayasal Antlaşma¹¹⁶, halen onay sürecindedir. Yetki konusunda hükümler içeren Anayasal Antlaşma, Önsöz, dört Bölüm [Bölüm I (dokuz başlık), Bölüm II (yedi başlık), Bölüm III (yedi başlık) ve Bölüm IV (genel ve son hükümler)], Protokoller, Ekler ve Bildirgeleri içeren Son Senet’den oluşmaktadır. Yetki ile ilgili maddelerin metinde yer alış tekniği açısından önceki antlaşmalardan farklı bir yapı görülmektedir. İlk olarak AB ile yetkileri arasındaki sıkı bağı ifade eden ve AB’nin ona verilen yetkiler ile var olduğunu belirten bir hüküm Anayasa’nın birinci maddesi olarak ihdas edilmiştir. Anayasal Antlaşma’nın yetki düzeninin karakteristiğini oluşturan maddeleri ise, Bölüm I Başlık 3’ de yer almaktadır ve halen geçerli yetki düzenine bazı değişiklikler getirmektedirler. İnsan hakları konusunun yetkiler düzenindeki yeri, Anayasanın ‘Temel Haklar Şartı’ adı verilen 2. Bölümünün 7. Başlığında düzenlenmiştir.

AB’ye her bir faaliyet ya da politika için yetki veren diğer tüm Anayasa

¹¹⁵ İbid., para. 182 ve bu paragrafın atıf yaptığı para. 61

¹¹⁶ Anayasal Antlaşma 16 Aralık 2004 tarih ve C 130 sayılı AB Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır (*Official Journal C 310 of 16 December 2004*).

maddeleri ise, ATA ve ABA'nın amaç, faaliyet ve politikaları ve bunlardan bazılarının Anayasa tarafından yeniden düzenlenişini içerir ve Bölüm 3'ü oluştururlar. Anayasal Antlaşma bu bölümde, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, sadece getirdiği karakteristik özellikler ile sınırlı olarak inceleneceğinden, bahsedilen bu son kısma değinilmeyecektir.

ATA ve ABA antlaşmalarında olmayan ve Üye Devletler ile AB arasında yetki kavramı açısından hukusal-anayasal bir ilişkinin varlığını tespit eden bir hüküm, Anayasal Antlaşma ile AB yetki düzeninin bir parçası haline getirilmektedir. Bu hükme göre, "Avrupa Devletlerinin ve vatandaşlarının ortak bir gelecek kurmak isteğini yansıtan bu Anayasa, Üye Devletlerin ortak hedeflerine varması için yetkiler verdiği Avrupa Birliği'ni kurmuştur. Birlik Üye Devletlerin bu hedeflere ulaşmaya yönelik amaçlarını ifade eden politikaları koordine eder ve Üye Devletler tarafından kendisine verilen yetkileri Topluluk yöntemi ile kullanır."¹¹⁷ Hükümde 'Topluluk yöntemi' kavramının kullanılmasının nedeni, bu kavramın AB tarihi boyunca 'bütünleşme' (integration) kavramına karşılık gelmesidir.

Anayasal Antlaşma'nın Bölüm I'inin 'Birlik Yetkileri' adı verilen 3. Başlığının ilk maddesi, yetki konusunda temel ilkeleri belirler¹¹⁸. Bu temel ilkelerin getirdiği ilk yenilik, atfedilmiş yetkiler ilkesinin, verilmiş/tevdil edilmiş yetkiler ilkesi (the principle of conferral) adı ile bir anayasa hükmü haline getirilmesidir: "AB'nin yetkileri, verilmiş yetkiler ilkesinden kaynaklanır."¹¹⁹ Açıklığı sağlamak için, maddenin ikinci kısmı, ATA m. 5/1 hükmüne benzer bir hüküm ile ve verilmiş yetkiler ilkesinin tamamlanması adına "AB, bu Anayasa ile Üye Devletler tarafından verilen yetkilerin sınırları içinde tasarrufta bulunabilir"¹²⁰ ifadesini içermektedir. ATA'nın bu hükmünden farklı olarak, bu paragrafta getirilen en önemli hüküm "AB'ye bu Anayasa ile verilmemiş yetkiler Üye Devletlere aittir"¹²¹ hükmüdür.

Subsidiarity ilkesi, aynı madde içinde, ATA m. 5/2 hükmünden üç noktada

¹¹⁷ AA, m. I-1

¹¹⁸ AA, m. I-11

¹¹⁹ AA, m. I-11/1

¹²⁰ AA, m. I-11/2, c.1

¹²¹ AA, m. I-11/2, c.2

farklılaşarak yeniden düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, uygun yetki kullanma seviyesini AB ve Üye Devletler şeklinde iki seviyede düzenleyen eski hüküm yerine, Üye Devletler açısından muhtemel uygun seviyeyi ikiye ayırarak, tasarlanan faaliyetin sadece Üye Devletler tarafından değil, ama seçimlik olarak, Üye Devletlerin merkezi veya bölgesel ve yerel seviyede etkili bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine referans yapan düzenlemedir.¹²² İkinci farklılık, AB kurumlarının *subsidiarity* ilkesini, Anayasaya ekli Protokol'de¹²³ ilkenin nasıl uygulanacağına ilişkin kurallara göre uygulaması gerektiğini hükme bağlamıştır. Son olarak, “ulusal parlamentolar, ilkenin Protokol'de düzenlenen usullere uygunluğunu bir çeşit gözetim mekanizması vasıtası ile sağlayacaklardır.”¹²⁴ *Subsidiarity* ilkesinin yargısal denetimine ilişkin bir hüküm Anayasa'da yer almamaktadır.

AB'nin yetki düzeni açısından belkide en kapsamlı değişiklik, Anayasal Antlaşma'nın bir yetkiler kataloğu ihdas etmesidir. ‘Yetki kategorileri’ başlığı altındaki maddede, Anayasanın AB'ye münhasır yetki verdiği bir alanda, sadece AB'nin yasama faaliyeti ile bağlayıcı kararlar alabileceği anayasal bir hüküm haline getirilmiştir; AB'nin Üye Devletleri yetkilendirmesi veya AB tasarruflarının yürütülmesi dışında, Üye Devletlerin bu alanlarda yetkisi yoktur.¹²⁵

Anayasa, AB'ye bir alanda üye Devletler ile paylaşılan bir yetki verildiğinde, AB ve Üye Devletlerin bu alanda yasama yapabileceğini ve bağlayıcı kararlar alabileceğini ifade ettikten sonra bu paylaşımın nasıl olacağını da göstermiştir. “Paylaşılan yetki alanlarında Üye Devletler yetkilerini, ancak AB'nin bu alanlardaki yetkisini kullanmadığı ölçüde ya da kullanmaktan vazgeçtiği durumlarda, kullanabilirler.”¹²⁶ Bu hükümden hemen sonra Anayasa, Anayasanın Bölüm III'ünde yer alan düzenlemelerin, öncelik kuralına göre AB yetkisinde olması halinde, Üye Devletlerin ekonomik ve istihdam politikalarını koordine edeceğini hükme bağlamıştır.¹²⁷

¹²² AA, m. I-11/3, p.1

¹²³ Bu Protokol, yukarıda (C)'de incelenen Protokol'ün, *subsidiarity* ilkesine riayet açısından değiştirilmiş bir versiyonudur.

¹²⁴ AA, m. I-11/3, p.2

¹²⁵ AA, m. I-12/1

¹²⁶ AA, m. I-12/2

¹²⁷ AA, m. I-12/3

Anayasa geriye kalan belli alanlarda ve Anayasanın koyduğu koşullara bağlı kalarak, AB'nin, Üye Devletlerin bu alanlardaki yetkilerine halel getirmeksizin, destek sağlayıcı, koordine edici ve tamamlayıcı faaliyetlerde bulunma yetkisinin olduğunu ifade etmiştir.¹²⁸ Ayrıca, Anayasa, "AB'nin bu alanlarla ilgili Bölüm III'ü esas alarak koyacağı bağlayıcı tasarruflar, Üye Devlet mevzuatlarını *uyumlaştırıcı*¹²⁹ nitelikte olamaz"¹³⁰ hükmünü getirerek, söz konusu alanlarda AB'nin yetkisinin tamamlayıcı, destekleyici ve koordine edici özelliklerini açıklığa kavuşturmuştur. Bu maddenin son hükmünde Anayasa, "Birliğin yetkilerinin kullanımının kapsamının Bölüm III'deki her bir alanı düzenleyen hükümlere göre"¹³¹ belirleneceğini ifade etmiştir.

Anayasa bu şekilde yetki kategorilerini ve bu kategorilerdeki yetki kurallarını koyduktan sonra kategorilerin alan kapsamını da listelemiştir.

Buna göre; *gümrük birliği, iç pazarın işlemesi için gerekli rekabet kurallarının oluşturulması, Euro, ortak balıkçılık politikasının biyolojik deniz kaynaklarının korunması, ortak ticaret politikası* alanları AB'nin münhasır yetkisine giren alanlardır.¹³² Ayrıca "AB, akdedilmesi AB'nin ortak kurallarını etkilediği veya onların kapsamını değiştirdiği ölçüde veya bir yasama faaliyetinde akdedilmesi öngörülen ya da bir iç yetkinin kullanılmasının sağlanması için zorunlu olan uluslararası antlaşmaları yapmak anlamında da münhasır yetkiye sahiptir."¹³³

Anayasanın AB'ye, m. I-13 ve I-17'de düzenlenen alanlarla ilgili olmayan bir yetki verdiği durumlarda, AB bu yetkisini Üye Devletlerle paylaşır.¹³⁴ Paylaşılan yetki alanları ise şunlardır: *iç pazar*, Bölüm III'de tanımlanan şekli ile *sosyal politika, ekonomik, toplumsal ve bölgesel uyum, biyolojik deniz kaynaklarının korunması dışında kalan balıkçılık, tarım, çevre, tüketicinin korunması, ulaştırma, trans Avrupa ağlar, enerji, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı*, Bölüm III'de

¹²⁸ AA, m. I-12/5

¹²⁹ Vurgu tarafımdan eklendi

¹³⁰ AA, m. I-12/5, p.2

¹³¹ AA, m. I-12/6

¹³² AA, m. I-13/1

¹³³ AA, m. I-13/2

¹³⁴ AA, m. I-14/1

tanımlanan şekli ile, *kamu sağlığı konusu ile ilgili ortak emniyet tedbirleri*.¹³⁵ Maddenin son bölümü, tanımlanan bazı alanlarda, AB'nin ortak bir politika izlenmesi ve gerçekleştirilmesi konusunda yetkili olduğunu ancak bu yetkinin kullanımının Üye Devletlerin yetkisinin kullanımını ortadan kaldırmayacağını hükme bağlamıştır.¹³⁶ Bunlar, *araştırma, teknolojik gelişim, uzay, kalkınmada işbirliği ve insani yardım alanlarıdır*.

AB'nin yetkilerinin kategorilendirilmesinin son kısmı, destek sağlayıcı, koordine edici ve tamamlayıcı faaliyet alanlarıdır: *insan sağlığının geliştirilmesi, sanayi, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik, spor, sivil savunma, idari işbirliği*.¹³⁷

Anayasal Antlaşma ATA m. 308'deki yetkilendirme usulünü esaslı olarak değiştirmiştir. İlgili maddenin ilk bölümü şöyledir:

“Bölüm III’de tanımlanan politikalar çerçevesinde ve Anayasa’da belirlenen bir amaca varmak için, Birliğin bir faaliyeti gerçekleştirilmesinin zorunlu olması ve Anayasa’nın gereken yetkiyi sağlamamış olması durumunda, Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’na danıştıktan sonra gerekli düzenlemeleri oybirliğiyle yapar.”¹³⁸

Maddenin bu kısmında yapılan en önemli değişiklik, ‘ortak Pazar’ın işleyişinde’ ifadesi yerine, ‘Bölüm III’de tanımlanan politikalar çerçevesinde’ ifadesinin kullanılmasıdır. Öte yandan, Komisyon’a bu madde ile ilgili bir görev verilmiştir. Komisyon, bu maddenin kullanılması için bir öneri sunduğunda, m. I-11(3)’deki usulu kullanarak, ulusal parlamentoların dikkatini önerinin *subsidiarity* ilkesi ile ilişkisine çekecektir.¹³⁹ Maddeden yapılan diğer bir değişiklik ile, bu maddeye göre alınacak kararların Üye Devlet hukukları üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasa’nın Üye Devletlerin mevzuatlarının uyumlaştırılmasını yasakladığı durumlarda, bu maddeye göre çıkartılacak

¹³⁵ AA, m. I-14/2

¹³⁶ AA, m. I-14/3-4

¹³⁷ AA, m. I-17

¹³⁸ AA, m. I-18/1

¹³⁹ AA, m. I-18/2

tasarruflar Üye Devletlerin mevzuatlarını uyumlaştırmasını gerektirmeyecektir.¹⁴⁰ Anayasal Antlaşma'yı hazırlayan Konvansiyona Avrupa Parlamentosunu temsilen katılan üyeler, maddedeki oybirliği nisabının nitelikli oy çokluğuna dönüştürülmesini teklif ettilerse de, bu teklifler kabul edilmemiştir.¹⁴¹

Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında, AB'nin daha önce kabul ettiği ancak yürürlüğe girmeyen 'AB Temel Haklar Şartı' Anayasal Antlaşma'nın Bölüm II'sini oluşturmuştur. Bölüm'ün liste şeklinde içerdiği hak ve özgürlüklerin içeriğini ve hukuki değerini, Anayasal Antlaşma onaylanırsa, AD tespit edecektir.¹⁴² Bu sebeple, burada Şart'ın yetki düzeninin temel yapısı ile ilgili maddeleri incelenecektir.

Şart'ın maddelerinden önce gelen Önsöz'ünün 5. paragrafı, 'bu Şart AB'nin yetkilerine...riayet eder'¹⁴³ diyerek Şart'ın AB'ye Anayasa ile verilen yetkileri gözeteceğini ifade etmektedir.

Ancak, daha ayrıntılı ve kesin olarak AB'nin insan hakları alanında yetkisine değinen madde, Şart'ın 7. Başlığında yer alan 'uygulama alanı' maddesidir. Buna göre, Şart, *subsidiarity* ilkesine riayet doğrultusunda AB'nin kurumlarına yöneliktir; Üye Devletleri ancak AB hukukunu uygularken/yerine getirirken hukuken bağlar.¹⁴⁴ Bu çerçevede, AB kurumları ve Üye Devletler, kendi yetkilerine göre ve Anayasa'nın diğer bölümlerinde verilen yetkilerin (the principle of conferral) sınırları içerisinde, Şart'ın düzenlediği haklara riayet edeceklerdir.¹⁴⁵ Maddenin ikinci kısmı, Şart'ın sadece Birlik hukuku çerçevesinde uygulanabilirliğine ve yeni bir yetki alanı veya kategorisi yaratmadığına daha açıkça vurgu yaparak, Şart'ın AB'nin yetkileri açısından etkisini düzenler. "Bu şart, AB hukukunun uygulama alanını, AB'nin yetkilerinin dışına çıkacak şekilde genişletmez veya AB'ye yeni bir yetki veya görev vermez ya da Anayasanın diğer

¹⁴⁰ AA, m. I-18/3

¹⁴¹ Kimmo Kiljunen, *The EU Constitution*, Publications of the Parliamentary Office, Helsinki, 2004, s. 72

¹⁴² Şart'ın içeriğinin ve düzenlediği hak, özgürlük ve ilkelerin eleştirisi için, bkz. Koen Lenaerts & Eddy de Smitter, *A 'Bill of Rights' for the EU*, CMLRev., Cilt 38, 2001, s. 273; Peter Goldsmith, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, CMLRev., Cilt 38, 2001, s. 1201.; Jacqueline Dutheil de la Rochere, *The EU and individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty*, CMLRev., Cilt 41, 2004, s. 345

¹⁴³ AA, Bölüm II, Önsöz, para.5

¹⁴⁴ AA, m. II-111/1, c.1

¹⁴⁵ AA, m. II-111/1, c.2

bölümlerinde tanımlanan görev ve yetkilerini değiştirmez.”¹⁴⁶

şart’ın uygulama sırasında nasıl yorumlanacağını düzenleyen maddenin de, AB yetki düzeni üzerinde etkisi olması muhtemeldir. Bir kere, şart’ın düzenlediği hakların İHAS’da düzenlenen haklara karşılık gelmesi halinde, bu hakların kapsamı ve anlamı İHAS’da düzenlendikleri şekli ile anlaşılacaktır.¹⁴⁷ Ayrıca, şart’da düzenlenen haklar, Üye Devletlerin insan hakları konusunda var olan ortak anayasal gelenekleri ile uyumlu bir şekilde yorumlanacaktır.¹⁴⁸ şart tarafından tanınan haklar ile ilgili, Anayasanın diğer bölümlerinde de hüküm varsa, bu haklar ilgili bölümlerin koyduğu koşullar altında ve sınırlar içinde kullanılacaktır.¹⁴⁹

Anayasal Antlaşma’daki yetki ile ilgili hükümlerin düşey erkler ayrılığı açısından getirdiklerinin yanında, Anayasal Antlaşma’nın diğer bazı hükümlerinin de yatay erkler ayrılığı açısından getirdiği yenilikler¹⁵⁰, AB’nin anayasal açıdan yeniden biçimlendirildiğinin ipuçlarını vermektedir.

Bu biçimlenmenin arka planı, özellikle Amsterdam antlaşmasından bu yana, çeşitli yaklaşımlarla oluşturulmaya başlanmıştı. Bunlardan, AB’yi bir konfederasyon biçimi şeklinde açıklayan yaklaşım, AB hukukunun doğrudan uygulanır veya doğrudan etkili olması ve üstünlüğü ilkeleri dikkate alındığında savunulması zor bir yaklaşımdır. Ayrıca, bir uluslarüstü kurum olan AB Bakanlar Konseyinde kararların çoğunun nitelikli çoğunlukla alınıyor olması da, konfederasyon yaklaşımını dışlar.¹⁵¹ Öte yandan, Anayasal Antlaşma’dan önceki durum için, AB’yi bir federal yapı olarak tanımlayan yaklaşım da eksik kalmaktadır. Kurucu antlaşmalar, yukarıda analiz edilen AD’nin ortaya koyduğu doktrinlerden ve öğretilerdeki görüşlerden de anlaşılacağı gibi, maddi anlamda anayasa sayılabilir; bununla birlikte kurucu antlaşmalar biçimsel açıdan bir Anayasa sayılamazlar. Çünkü bu antlaşmalar, vatandaşların egemen iradesine dayanan bir

¹⁴⁶ AA, m. II-111/2

¹⁴⁷ AA, m. II-112/3

¹⁴⁸ AA, m. II-112/4

¹⁴⁹ AA, m. II-112/2

¹⁵⁰ Anayasal Antlaşma’nın I-22 maddesi gereğince bir AB Başkanlığı yaratılması ve I-28 maddesi gereğince bir AB Dışişleri Bakanlığı oluşturulması, bu yeniliklerin en önemlileri arasında gösterilebilir.

¹⁵¹ Karşı görüş için bkz. Oktay Uygun, *Avrupa ve Türk Anayasası: Temel İlkeler Yönünden Genel Bir Değerlendirme*, Anayasa Yargısı 22, 2005, s. 385. Yazar, AB’nin bir konfederasyon olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmekte ancak AB’nin federalist bazı özellikleri de bünyesinde taşıdığını kabul etmektedir.

siyasal yapının üstün normu değildir.¹⁵² Kurucu antlaşmaların Anayasa niteliğinde olmaması ve bu sebeple Üye Devletlerin asli unsurlar olarak kalması federalist biçim yaklaşımını da zayıflatmaktadır. AB'nin bir üniter yapı olmadığı da tartışma götürmez bir gerçektir.

Bunların dışında bazı farklı ve özgün yaklaşımlar da ileri sürülmüştür. Bunların başlıcaları, a la carte Avrupa yaklaşımı, değişken geometrili Avrupa yaklaşımı, esnek bütünleşme yaklaşımı, fonksiyonelist yaklaşım ve bağımlılık yaklaşımlarıdır.¹⁵³ Ancak bunlar, AB'nin biçimine düşey ve yatay erkler ayrılığı düzleminden bakan yaklaşımlar değildir.

Anayasal Antlaşma AB'yi bir federal yapı haline getirmekte midir? Yukarıda anlatılan yetki paylaşımının düşey erkler ayrılığı anlamındaki karşılığına dikkat edilecek olursa ve yatay erkler ayrılığının ayak seslerine kulak verildiğinde, federal bir yapıya çok yaklaşıldığı söylenebilir. Federatif yapının başka bazı özellikleri de, AB'nin hem şu anki durumu ve hem de Anayasal Antlaşma'daki düzenlemelerden çıkartılabilir:

- AT, hem uluslararası planda ve hem de Üye Devletler ile ilişkilerinde bir tüzel kişiliğe sahiptir (ATA. m. 281). AB'de Anayasal Antlaşma'ya göre bir tüzel kişiliğe sahip olacaktır (AA. M.I-7).
- AB'nin yasama gücü, hem Üye Devletleri hem de gerçek ve tüzel kişileri bağlar.
- AD, federal devletlerdeki yüksek mahkemelere benzer şekilde, hukuku yorumlama yetkisine haizdir (ATA. m. 220, 234)
- Federal devletlerde genelde görüldüğü gibi, AB'de de, AB'ye verilmeyen yetkiler (*residual competences, kalan yetkiler*) Üye Devletler'de kalmaktadır (AA. m. I-11/2)

Ancak AB'ye federal bir yapı olarak tanımlayabilmek için hala engeller vardır. Üye Devletlerin veya antlaşmaların AB'ye bir merkezi ordu veya güvenlik kuvveti kurma yetkisi vermemesi, AB'nin vergi koymak için merkezi bir otoriteye

¹⁵² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınları, 2006, s. 160

¹⁵³ Supra. s. 18, dipnot 14.

sahip olmaması gibi tipik federal yetkilerden yoksun olmasının yanında, ve onlardan dah önemli olarak, Anayasal Antlaşma'nın Avrupa halkının, yani asli kurucunun, bir ürünü olup olmadığı sorusunun cevabının Anayasal Antlaşma'da açık bir olumlu yanıtının olmaması da, AB'nin bir federal yapı olarak tespit edilmesini zorlaştırmaktadır. Şu hali ile, Üye Devletler, kurucu antlaşmaların olduğu gibi, Anayasal Antlaşma'nın da 'efendisi' olarak görünmektedirler.

AB'nin tam anlamı ile konfederal, federal ya da bölgesel bir siyasi yapı olmaktan ziyade, ne'yi şahsına münhasır bir varlık olduğu da ileri sürülmektedir. Bir yandan AB hukukunun sahip olduğu *uluslarüstü* nitelik ve AB'ye yapılan yetki devirleri¹⁵⁴, öte yandan da Anayasal Antlaşma'nın getirdiği yukarıda özellikleri sıralanan eksik federatif yapı, AB'nin kendine has (*sui generis*) yeni bir siyasal topluluk/varlık olduğu ya da kendini tanımlama çabası içinde olan dinamik bir örgütlenmek olduğu yönünde düşünceler ileri sürülmesine neden olmuştur.¹⁵⁵

III. Değerlendirme

AB yetkiler düzeninin yapılan hukuki analizi neticesinde, yetkiler düzeninin bazı aksayan noktalarının olduğu görülmektedir. AB kurumları ve Üye Devletler, bütünleşme sürecinin aşamalarında karşılaşılan ve git gide artan ve AD ile Üye Devlet mahkemelerini zaman zaman karşı karşıya getiren bu aksaklıkları gidermek çabası içinde olmuşlar, ancak yetki paylaşımı sorunu egemenlik sorunu ile de ilgili olduğundan, bütünlükçü ve tam bir çözümü içeren bir yetkiler düzeni kurmakta zorluklarla karşılaşmışlardır. Bu çabaların son örneği, 2002-2004 yılların arasında çalışmalar yapan Avrupa Konvansiyonu'nun ertesinde oluşturulan Anayasal Antlaşma'dır. Bununla birlikte, Anayasal Antlaşma'nın Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlarda onaylanmaması, yürürlüğe girip girmeyeceği sorusunun cevabını belirsiz hale getirmiştir. Bu değerlendirme bölümünde esas olarak AB yetkiler düzeninin noksanlıkları tespit edilecek, Anayasal Antlaşma'ya, bahsedilen nedenlerden dolayı, yetkiler düzeni ile ilgili getirdiği yukarıda incelenen değişikliklerin, tespit edilen noksanlıkları giderip gidermediği ya da ne kadar

¹⁵⁴ Haluk Günoğur, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, 3. baskı, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, 1996, s. 13-44

¹⁵⁵ Kaboğlu, s. 159-161; Ayşe Işıl Karakaş, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, Yenilik Basımevi, 2003, s. 135.

giderdiği ile sınırlı olarak değinilecektir.

a) AB yetkiler düzeninde aksayan noktalar

Yapılan analizdeki sıra takip edilecek olursa, şu an yürürlükteki AB yetkiler düzenindeki *ilk* eksiklik, AD'nin içtihatlarında kullandığı yorum metodları ile ortaya koyduğu ve geliştirdiği zımni yetki türünün kapsamının belirlenmesi ile ilgilidir. Bu anlamda zımni yetki türleri arasında bir ayırım yapmak doğru olacaktır. AD zımni yetkiyi dar anlamı ile yorumladığında doğrudan bir yetki maddesine dayandığı için, yetki düzeninin bu şekilde dar yorumlamadan etkilenmediği söylenebilir. Çünkü bu durumda, belli bir Topluluk amacına varmak için var olan bir yetki söz konusudur; sadece o amacı gerçekleştirirken karşılaşılan bir engel tahtında, o engeli kaldırmaksızın dayanılan yetki maddesinin amacı gerçekleştirilemeyeceğinden, zımni yetki kullanılmaktadır. Ancak AD, ATA'nın amaçlarından hareket ettiğinde ve bu şekilde geniş anlamda zımni yetkiyi AT'ye sağladığında, bu durum, izlenen amaca göre bazı hallerde açık ve atfedilmiş yetki ilkesine aykırı hale gelmektedir. ATA'da düzenlenen amaçların ucu açıktır; lafzi yoruma hiç önem vermemek ve amaçsal yorumun sınırlarını zorlamak, AT'nin her konuda yetkili kılınması sonucunu verebilir ve Üye Devletlerin tüm yetkilerinin erimesine neden olur.¹⁵⁶ Bu nedenle, geniş anlamda zımni yetkinin sınırları bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci önemli nokta, ATA'nın değiştirilen bazı maddelerinde AT'ye açık bir dış yetki verilmesinin yetki düzeni üzerindeki etkisidir. AD'nin, fikri mülkiyet alanında AT'nin uluslararası taahhütler altına girmesi açısından, ATA m. 133'ün yetki vermediğini belirten görüşünden sonra¹⁵⁷, antlaşmada yapılan ve maddenin kapsamında olmayan fikri mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası müzakereleri ve antlaşmaları yapma yetkisinin AT'ye verilmesi, AT'nin iç yetki kuralları açısından yasama yetkisine sahip olmadığı bir konuda dış yetkiye sahip olması sonucunu doğurur. Anılan Görüş'de, AD'nin, ATA'da hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili açık bir iç yetki var olmasına rağmen, bu alanda dış yetkiyi ancak kısmen kabul

¹⁵⁶ Grainne De Burca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine*, s. 457-458

¹⁵⁷ Supra. s. 100-101

etmesi karşısında¹⁵⁸, fikri haklar konusunda AT'ye dış yetki tanınması, ATA'nın amaçlarından dahi kolaylıkla çıkartılabilecek bir sonuç değildir.

ATA m. 308 vasıtası ile AT'nin kendini yetkilendirmesi mekanizması, özellikle ve yine AT'nin amaçları bağlamında *üçüncü* bir sorun olarak görülebilir. AD'nin, maddenin 'Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için Topluluk tarafından bir girişimde bulunulmasının zorunlu' olması bölümünü nasıl yorumladığı açık değildir. AD'nin, yukarıda incelenen 2/94 sayılı Görüş'te, insan haklarını korumanın, AT'nin gerçekleştirilmesi zorunlu amaçlarından biri olmadığını ifade etmesi¹⁵⁹ iki nedenle AT'nin yetki düzeni için sorun oluşturmaktadır. İlk olarak, AD'nin, yetki düzeni içinde, zımni yetki ilkesini, antlaşmayı yorumlama yetkisine¹⁶⁰ dayanarak, son derece geniş ve amaçsal bir yoruma tabi tutarken, temel hak ve özgürlüklerin, iç pazar ile olan bağlantısı ve özellikle, ABA. m 6¹⁶¹ ve 7¹⁶²,deki düzenlenişi dikkate alındığında, temel hak ve özgürlükleri amaçlardan biri olarak tespit etmemesi içtihadının, ATA m. 308'deki 'amaç ve amacın gerçekleştirilmesinde zorunluluk' ifadesi ile bağdaşır nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. İkinci olarak, AD'nin, 2/94 sayılı Görüş'ünde belirttiği gibi, temel hak ve özgürlüklere riayet, AD tarafından hukukun genel bir prensibi olarak nitelendirilmiştir. Ancak AD'nin, temel hak ve özgürlüklere riyeti temin etmeye çalıştığı davalar incelendiğinde, antlaşmalarda hiç bir şekilde yeri olmayan bazı hak ve özgürlükleri, iç pazar ve AT'nin amaçları ile olan doğrudan ya da dolaylı bağları sebebiyle koruduğu görülmektedir. AD'nin temel hak ve

¹⁵⁸ Opinion 1/94, [1994] ECR I-5267

¹⁵⁹ Opinion 2/94, [1996] ECR I-1759, para. 30

¹⁶⁰ ATA m. 220: Adalet Divanı işbu Antlaşma'nın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlar.

¹⁶¹ ABA m. 6: 1. Birlik, Üye Devletler'in ortak ilkeleri olan hürriyet, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeler, üzerine kurulmuştur. 2. Birlik, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Konvansiyonu ile garanti altına alınan ve Topluluk hukukunun genel ilkeleri şeklinde Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara saygı gösterir.

¹⁶² ABA m. 7: 1. Konsey, Devlet veya Hükümet Başkanları'nın biraraya gelmesiyle toplanarak ve Üye Devletler'in üçte birinin veya Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra oybirliği esası ile hareket ederek, ilgili Üye Devlet hükümetini gözlemlerini sunmak üzere davet ettikten sonra, Madde 6(1)'de belirtilen ilkelerin söz konusu Üye Devlet tarafından ciddi ve sürekli olarak ihlâl edildiğini tespit edebilir. 2. Böyle bir tespitte bulunulması halinde Konsey, nitelikli çoğunluk esası ile hareket ederek, Üye Devlet'in hükümet temsilcisinin Konsey'de oy kullanma hakkı dahil olmak üzere, işbu Antlaşma'nın söz konusu Üye Devlet'e uygulanmasından doğan bazı hakların askıya alınmasına karar verebilir. Bunu yaparken Konsey, askıya almanın gerçek ve tüzel kişilerin hakları ve yükümlülükleri üzerindeki olası sonuçlarını dikkate alır. İşbu Antlaşma uyarınca söz konusu Üye Devlet'in yükümlülükleri, her durumda o Devlet üzerinde bağlayıcı olmaya devam eder.

özgürlüklerin korunması ile ilgili içtihadı ayrı bir konudur¹⁶³. Ancak bir örnek vermek gerekirse, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*¹⁶⁴ davasında AD, Üye Devletlerin İHAS'a uyup uymadığını inceleme yetkisinin olduğunu, radyo televizyon yayıncılığı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile İHAS m. 10 arasında var olan doğrudan bağlantının bu incelemeye olanak verdiğini açıkça ifade etmiştir. Peki neden, AT'nin, ATA m. 308 kapsamında, bu korumanın daha geniş kapsamda yapılmasını sağlama yetkisi olmasın? Sonuç olarak, ATA m. 308'in bir yetki maddesi olarak nasıl işlev göreceği de –AT'nin gerçekleştirilmesi zorunlu amaçlarının ne olduğu anlamında- yetki düzeninin aksayan bir yönünü oluşturmaktadır.

ATA m. 5'e göre yapılan münhasır olan ve olmayan yetkiler ayrımının AT yetki düzeni üzerindeki olumsuz etkisi de *dördüncü* bir önemli eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin bu ayrımı yapmasına rağmen, bu maddede veya antlaşmanın başka bir yerinde, münhasır olan yetkilerin ve münhasır olmayan yetkilerin neler olduğunu, başka bir deyişle, hangi alanlarda AT'nin münhasır yetki sahibi olduğunu, hangi alanlarda Üye Devletlerle beraber yetki sahibi olduğunu ve nihayet hangi alanlarda AT'nin hiç yetkisinin bulunmadığının belirtilmemesi, AT kurumları ve Üye Devletler arasında yetki sınırı sorununa neden olmaktadır. AD kararlarının yanında, hukuki bağlayıcılığı olmayan bazı Komisyon tebliğlerinde ve öğretilerde, bu ayrım için oldukça fazla mürekkep harcanmıştır.¹⁶⁵ Ancak, bu ayrımın birincil hukuk olan antlaşmalarda yapılmamasının iki önemli bozucu etkisi olmaktadır. İlk olarak, kurumlar ve özellikle AD, yukarıda görüldüğü gibi, antlaşma maddelerinin yorumu, 'öncelik kuralı' ve 'yararlı etki' gibi yorum vasıtaları ile münhasır olmayan yetkiler aleyhine genişleyen bir münhasır yetki alanı yaratmaktadır. Bu yorum vasıtaları ile, AT, Üye Devletler ile birlikte kullandığı yetkileri münhasırlaştırmaktadır.¹⁶⁶ Bu hem Üye devletlerin itirazına yol açmakta

¹⁶³ Bu konudaki bazı davalar için bkz., Case 29/69 [1969] ECR 419; Case 11/70 [1970] ECR 1134; Case 4/73 [1974] ECR 491; Case 374/87 [1989] ECR 3283; Case 5/88 [1989] ECR 2633; Case 36/75 [1975] ECR 1219; Case 222/84 [1986] 1651. Ayrıca, Yıldırım Sak, *Human Rights Law and European Integration*, 2001, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü, M.Ü Kütüphanesi no. T07271

¹⁶⁴ Case 260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi* AE [1991] ECR 2925

¹⁶⁵ Ingolf Pernice, s. 4-5; Pierre Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a new Phenomenon in International Relations based on the experience of the European Communities*, s. 37-49; Anna Verges Bausch, *Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Power in the EU*, Jean Monnet Working Paper, No 9/2, NYU, NY, 2003; Theodor Schilling, *Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously*, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/95/9510ind.html>, 3 Nisan 2005, s. 6-12

¹⁶⁶ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 246

hem de, bireylerin hakları anlamında, saydamlık/şeffaflık'tan (transparency) uzak bir yetkiler düzeni yaratmaktadır. Öncelik kuralı uygulanması vasıtasıyla, eş zamanlı yetki alanlarında AT'nin tek başına yetki kullanımı ve Üye Devletlerin yetkiyi kaybetmesi, daha ziyade antlaşmanın 'ortak politika' olarak tespit ettiği konularda, ilgili politikanın yürütülmesi (gerçekleştirilmesi) amacı ile olmaktadır.¹⁶⁷ “Bu çeşit ortak kurallar söz konusu olduğunda, AT yalnız başına, Topluluk hukuki düzeninin uygulanma alanlarının tamamı ile ilgili, uluslararası taahhütler altına girme yetkisine sahiptir. ”¹⁶⁸ Bunun doğal sonucu olarak, Üye Devletlerin eş zamanlı yetkileri ortadan kalkmaktadır.¹⁶⁹ Münhasır olmayan yetkiler içerisindeki ayırım da, özellikle AD tarafından tamamlayıcı yetkilerin bazılarının iç pazar ile bağlantıları nedeniyle AT yetkisi kapsamı içine alınması örneğinde görüldüğü gibi, git gide belirsizleşmektedir.¹⁷⁰ İkinci olarak, münhasır olan ve olmayan yetkiler ayırımının antlaşmalarda olmaması sebebiyle gelişen bu aktivist tutum, *subsidiarity* ilkesinin uygulama alanının ne olduğu konusunda sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

Beşinci aksayan nokta, AB yetki düzeni içinde *subsidiarity* ilkesinin sorunlu yapısı ve işlevidir. Hem ilkenin maddi içeriği ve hem de yargı denetiminin yukarıda değinilen yetersizliği, AT ile Üye Devletler arasında, yetki aşımı sorunlarına neden olmaktadır. *Subsidiarity* ilkesinin uygunluk kriterlerinin siyasi olarak takdire oldukça açık olan yapısı, ilkenin uygulanmasında sorunlar yaratmaktadır. Ama daha da önemlisi, ATA m. 220 ve Protokol'ün 1 ve 3. maddelerinin, ilkenin AD'nin denetimine açık olduğunu hükme bağlamalarına rağmen, büyük olasılıkla uygunluk kriterlerinin siyasi takdire geniş ölçüde açık olması sebebiyle AD uygunluk ölçütlerinin denetimini yeterince yapmamakta ya da yapmamaktadır. Sonuç olarak, ATA m. 5, “karar alma yetkisinin uygun seviyesinin (AT veya Üye Devletler) tespiti için objektif bir ölçüt ve kullanılabilir bir standart temin etmemekte, *subsidiarity* ilkesinin hitap ettiği sorunlarda, hangi alanların AT'nin, hangi alanların Üye Devletlerin münhasır yetkisinde olduğunun tespiti çok zorlaşmaktadır.”¹⁷¹ Bu da *subsidiarity* ilkesinin, yetki düzenine dahil edilirken kendisinden beklenen 'yetki

¹⁶⁷ Case 22/70 Commission v. Council (AETR) [1971] ECR 263, para. 17

¹⁶⁸ İbid., para. 18

¹⁶⁹ İbid., para. 31

¹⁷⁰ Supra. C.2

¹⁷¹ Grainne De Burca, *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, s.22

sorunlarını çözme kapasitesini' yerine getirememesine neden olmaktadır.¹⁷²

AB'de yetkiler düzeninin, antlaşmalarda, yani birincil hukukta düzenlenişinden, kurumların antlaşmalara dayanan ikincil tasarruflarından ve ulusal organların anayasal düzenlerinin ilke ve kimliklerine atıf yaparak oluşturdukları karar ve işlemlerinden kaynaklanan sorunları, yetkiler düzeninin içinde yer alan tarafların yani Üye Devletlerin, bireylerin ve AB kurumlarının, kısaca yetki aşımı ve yetkinin sınırları olarak ifade edebileceğimiz temel aksama noktası ile karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Çünkü ve oysa ki, yukarıda açıklandığı gibi, yetki sahibi [AB veya kurumları] hukuki ilişkiyi değiştirirken, yetki veren hukuk kuralının içerdiği amacı gerçekleştirir; bu amacın gerektirdiği hedeften sapılması veya tamamen amacın dışına çıkılması, yetki veren hukuk kurallarının kaynak iradesi [Üye Devletler] ile çatışma yaratır.¹⁷³ Yukarıda incelenen, Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin, özellikle Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin, Fransa Anayasa Konseyinin ve Danimarka Yüksek Mahkemesinin kararları, yetki aşımının ne olduğu ve AT kurumlarının yetki sınırlarının nerede bittiği, yetki aşımı ve sınırın ihlali sonucunu verecek yasama ve yargı tasarrufları ile ilgili bu çatışmayı ortaya çıkarmaktadır.¹⁷⁴ Dahası, bu kararlar söz konusu çatışmayı çözme yetkisinin Üye Devletler'in ve aslında ulusal anayasa mahkemelerinin yetkisinde olduğunu, kimi zaman açıkça kimi zaman zımnen ileri sürmektedir. Bu çatışmayı hangi kurumun çözeceği konusundaki belirsizlik, yani AB'nin ya da daha açıkça AD'nin kendi yetkisi konusunda karar verme yetkisinin olup olmadığı (*kompetenz-kompetenz*), AB yetkiler düzeninin *altıncı* aksayan noktasını oluşturmaktadır.

b) Anayasal Antlaşma'nın çözümleri

Anayasal Antlaşma, AB yetkiler düzenindeki aksayan noktaların bazılarını çözüm olacak nitelikte hükümler içerirken, bazıları ile ilgili hiç hüküm getirmemiştir. Öte yandan, Anayasal Antlaşma kimi hükümler ile yeni sorunlara yol açacak niteliktedir.

¹⁷² Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 251-253

¹⁷³ Supra. s. 41

¹⁷⁴ Supra. s. 61-76

i) Genel olarak çözümler

Anayasal Antlaşma'da, AB'nin tevdi edilen/verilen yetkiler ilkesi gereğince hareket edebileceği ve bu ilke ışığında Anayasal Antlaşma'da verilen yetkilerin sınırlarının dışına çıkamayacağı hükme bağlanmıştır. Dahası, bu ilke gereğince AB'ye verilmeyen tüm yetkilerin Üye Devletler'de kaldığı ifade edilmiştir. Bu hükümle beraber bir yetki kategorilendirmesinin de Anayasa'da yer almasının en önemli sonucu, AB kurumlarının ve özellikle AD'nin, geniş anlamda zımni yetki doktrinini kullanma imkanının oldukça azalmasıdır. Anayasal Antlaşma'nın yetkiler arasında bir kategorilendirme yapması ve münhasır yetki alanlarında sadece AB'nin yetkili olduğunu ifade etmesi ve bu alanlarda Üye Devletlerin hiç bir yetkisinin kalmadığını hükme bağlaması, bu alanlar ile diğer alanlar arasındaki yetki sınırının açıkça ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Paylaşılan yetkiler kategorisinin getirilmesi ile de, hangi alanların paylaşılan yetki alanları olduğu belirtilmiştir. Paylaşılan yetkiler alanında AB ve Üye Devletlerin beraberce tasarıfta bulunacakları belirtilmiş ancak daha önemlisi bu paylaşımın nasıl olacağına hükme bağlanması önemli bir sorunu daha kısmen de olsa çözmüştür. Öncelik kuralının anayasal hüküm haline getirilmesi ve paylaşılan yetkiler söz konusu olduğunda Üye Devletlerin ancak AB bu kategoride yetki kullanmaz ise ya da yetki kullanmaktan vazgeçtiği ölçüde yetki kullanabileceğinin hükme bağlanması, bu tür yetkinin, AD kararları ile kullanılmasının ortaya çıkarttığı sakıncaları kısmen bertaraf edecektir. Bununla birlikte hükmün uygulamada yine yargı kararlarına konu olacağı ve tartışılacağı kanaatindeyiz. Çünkü, paylaşılan yetkileri ve öncelik kuralını açıkça belirten hükmü takiben, bazı alanlarda (araştırma, teknolojik gelişim, uzay, kalkınmada işbirliği ve insani yardım) AB'nin paylaşılan yetkinin genel düzenlemesi yolu ile yetkili olduğu, ancak bu yetkinin kullanımının Üye Devletlerin yetkisini ortadan kaldırmayacağını ifade edilmesi 'öncelik kuralı'nın bir istisnası olarak düzenlenmiştir.¹⁷⁵ Ancak bu alanları AD'nin amaçsal yorum vasıta ile yetki kapsamına aldığı görülmektedir.¹⁷⁶ Öte yandan AB kurumlarının, söz konusu paylaşılan yetki kategorisinde, AT'nin

¹⁷⁵ AA, m. I-14/3-4

¹⁷⁶ Surpa. s.111, Case 242/87 Commission v. Council, [1989] ECR 1425

kuruluşundan bu yana gösterdikleri eğilime uygun olarak, sürekli ve yoğun bir şekilde paylaşılan yetki alanını çerçeveleme eğiliminde olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu anlamda, Anayasa'nın, Bölüm III'de yer alan düzenlemelerin öncelik kuralına göre AB yetkisinde olması halinde, Üye Devletlerin ekonomik ve istihdam politikalarını koordine edeceğini ifade eden hükmünün¹⁷⁷, Üye Devletlere sağlayacağı hareket alanı giderek daralacaktır.

Ancak, Anayasa'nın münhasır ve paylaşılan yetki alanları dışında kalan alanları destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki kategorisine sokarak, AB'nin bu yetki kategorisinde ancak Üye Devletlerin bu alanlardaki yetkilerine halel getirmeksizin faaliyette bulunacağı hükmünü getirmesi karşısında, insan sağlığının geliştirilmesi, sanayi, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik, spor, sivil savunma, idari işbirliğini içeren alanlarda AB kurumlarının hiç bir şekilde tamamlayıcı faaliyetin dışına çıkamayacağı açıktır.¹⁷⁸

Anayasal Antlaşma'da, AB'nin dış münhasır yetkisi için konulan hükmün sorunlu olduğu kanaatindeyiz. Hükmün, dış münhasır yetkiyi bağladığı koşullar açık değildir. Hükmün, bir uluslararası antlaşmanın akdedilmesinin AB'nin münhasır yetkisine girmesi için, antlaşmanın, AB'nin ortak kurallarını *etkilediği* veya onların kapsamını *değiştirdiği* veya bir iç yetkinin kullanılmasının sağlanması için *zorunlu* olması koşullarından birinin sağlanması gerektiğini belirtir. Bu etkilemenin, değiştirmenin ve zorunluluğun anlamı ve tespiti Üye Devletler ve AB kurumları ve AD tarafından farklı yorumlanabilir.

Anayasa'nın, ATA m. 308'i yeniden düzenlediği esneklik maddesinde, şu an geçerli olan hükmün kapsamı oldukça genişletilmiştir. ATA m. 308'in 'ortak pazar' ile sınırlı olan uygulama alanı, bu madede Anayasa'nın III. Bölüm'ünü tamamen kapsar niteliktedir. Bunun sonucu olarak, AB'nin çok daha fazla alanda kendini yetkilendirme olanağı bulacağı açıktır. Ayrıca, hükmün eski halinde var olan 'gerçekleştirilmesi zorunlu amaçlar' ifadesi korunduğu için, bu ifadenin şu anki problemleri uygulaması artarak -hükmün kapsamı genişlediği için- devam edecektir.

¹⁷⁷ AA, m. I-12/3

¹⁷⁸ Bu sonuç, Anayasa'nın, AB'nin bu alanlarla ilgili, Bölüm III'ü esas alarak koyacağı bağlayıcı tasarrufların, Üye Devlet mevzuatlarını uyumlaştırıcı nitelikte olamayacağını ifade etmesinden de açıkça ortaya çıkmaktadır (AA, m. I-12/5, p.2).

Ancak söz konusu geniş kapsama dayanarak AB'nin yetkilerini genişletme imkanının sınırlanması amacı ile konulduğu anlaşılan maddenin son hükmüne göre, Anayasa'nın Üye Devlet mevzuatlarını uyumlaştırılmasını yasakladığı hal ve durumlarda, esneklik hükmüne göre çıkartılacak tasarruflar da uyumlaştırıcı nitelikte olmayacaktır. Böyle geniş bir alanda AB'nin fonksiyonel bir yetkilendirme imkanını sınırsız bir şekilde kullanmasının önüne geçilmesinin yetki düzenin düzgün işlemesi açısından kabul edilebilirliği yanında, bu sınırlamanın uyumlaştırmaya bağlanmasının saydam/şeffaf yasama ve yönetim faaliyetine aykırı olduğu kanısındayız. Bireyler, Anayasa'nın III. Bölüm'ünü bir bütün olarak algılayabilir ve bununla ilgili meşru beklenti sahibi olmaya hakları vardır ama gerçek ve tüzel kişilerin ve hatta kimi zaman devletlerin bazı organlarının uyumlaştırma gibi teknik-hukuk ile ilgili bir ölçütü ayırt etmeleri ve buna göre hareket etmeleri beklenemez.

Subsidiarity ilkesine ilişkin iki temel soruna (ilkenin uygulanabilirlik kriterleri ve yargı denetimi) ise kurumsal bir çözüm getirme yolu tercih edilmiştir. *subsidiarity* ilkesine ilişkin protokol geliştirilerek Anayasa'ya eklenmiştir. Bununla bağlantılı olarak getirilen kurumsal çözüm, ulusal parlamentolara, bir çeşit danışma usulü içinde *subsidiarity* ilkesinin gözetilmesi rolünün verilmesidir. Bir Avrupa yasama tasarrufu taslağı ilgili kurumlarda hazırlandığında, hazırlayan kurum, söz konusu taslağı *subsidiarity* ilkesine ilişkin protokoldeki hükümlere uygunluğun gözetilmesi amacı ile tüm ulusal parlamentolara gönderecektir.¹⁷⁹ Ulusal parlamentolar, söz konusu taslakda *subsidiarity* ilkesine uyulup uyulmadığına ilişkin gerekçeli görüşünü Komisyon'a ve Konsey'e gönderir.¹⁸⁰ Bu aşamada taslak, değiştirilebilir, geri çekilebilir ya da ilk hali ile yasalaştırılabilir. Parlamentolara ulaşmasının üzerinden altı hafta geçmedikçe, taslak yasalaştırılmaz.¹⁸¹ Anayasa'nın *subsidiarity* ilkesinin yargısal denetimi ve bu denetimin yapılabilirliği ile ilgili bir hüküm getirmemesi, ilkenin yetki aşımı ve yetki sınırı ihlallerinin çözümündeki tartışmalı konumuna olumlu bir katkı yapmamıştır. Bilakis ihdas edilen gözetim usulü yeni yetki tartışmalarına yol açacak

¹⁷⁹ AB'de Ulusal Parlamentoların Rolüne ilişkin Protokol, m.2

¹⁸⁰ AB'de Ulusal Parlamentoların Rolüne ilişkin Protokol, m.3

¹⁸¹ AB'de Ulusal Parlamentoların Rolüne ilişkin Protokol, m.4

niteliktedir. Öncelikle ulusal parlamentolara yasama sürecini bloke etme yetkisi verilmemiştir. Ulusal parlamentolara taslak üzerinde görüş beyan etmesi için verilen süre kısadır. Dahası ve en önemlisi, getirilen gözetim usulünün siyasal olması bizatihi etkisiz olması sonucunu doğurur. Ulusal parlamentolarda, AB’de yasama faaliyetinin en etkin unsuru olan Üye Devlet hükümetlerinin çoğunluğa sahip olduğu dikkate alınır, bu parlamentoların hükümetlerinin aldığı pozisyonlardan farklı bir pozisyon almalarını beklemek zordur. Anayasa’nın *subsidiarity* ilkesinin düzenlendiği maddede, bölgesel ve yerel düzeydeki parlamentoların gözetim prosedürüne katıldığı dikkate alındığında, iç siyasal çekişmelerin AB düzeyine bu yolla taşınacağı açıktır. *Subsidiarity* ilkesi açısından tek olumlu düzenleme, münhasır yetki alanlarını, paylaşılan yetki alanlarından kesin bir şekilde ayıran Anayasa hükümleridir.

ii) Temel hak ve özgürlükler

Anayasal Antlaşma’nın bir parçası olan Temel Haklar Şartı’nın yetki düzeni üzerindeki etkisi, Anayasal Antlaşma’nın II-111 maddesinde ifade edilen ve Temel Haklar Şartı’nın AB’nin yetkileri ile ilişkisini ortaya koyan resmin, kurumlar ve özellikle AD tarafından nasıl görüleceğine bağlıdır. Çünkü bazen kurumlar ve çoğu zaman AD, Üye Devletler ve onların kurumlarının tasarruflarına karşı aktif bir temel haklar korumasını üstlenmiştir. AD bu korumayı, temel hakların, hukukun genel bir prensibi olduğunu gerekçe göstererek, yazılı olmayan bir temel haklar kataloğu üzerinden yapmıştır.¹⁸² Bu nedenle, *Üye Devletlerin düzenlenen haklara, ancak AB hukukunu uygularken/yerine getirirken riayet edeceği ve böylece ‘iç hukuk’un bu anlamda bir otonomiye sahip olduğu ve Şart’ın, AB hukukunun uygulama alanını, AB’nin yetkilerinin dışına çıkacak şekilde genişletmeyeceği veya AB’ye yeni bir yetki veya görev veremeyeceği* hükümlerini koyan m. II-111’i, AD, önceki aktif temel haklar koruma içtihadı çerçevesinde değerlendirecektir. AB kurumları, yazılı olmayan bir temel haklar kataloğuna dayandıkları dönemde, temel hakları garanti altına almak için çıkarttıkları kimi hükümler için kullandıkları takdiri, böyle bir kataloğun bir anayasal belgede içerilmesi durumunda öncelikle kullanacaklardır. Bu durumda, Üye Devletlerin madde II-111’e dayanan itirazlarını

¹⁸² Supra. Dipnot 163. Ayrıca, Rodriguez Iglesias, *The Protection of Fundamental Rights in the case law of the Court of Justice*, CJEL, Cilt 1, 1995, s. 169

AD önüne getirmesi beklenmelidir. Peki AD önceki aktif tutumunu madde II-111'ye rağmen devam ettirebilir mi?

AD'nin *yetki açısından* temel haklar koruması içtihatındaki temel nokta, ilgili kararlarda, Üye Devlet'in ihlal ettiği temel hakkın, AB hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini veya iç pazar ile doğrudan bağının veya gerçek bir ilişkisinin olup olmadığını arayıp aramamasında yatmaktadır.

Üye Devlet'in ihlalinin konusu olan hakkın korunduğu AB kuralında yetki dayanağı açısından sorun varsa, bir başka deyişle, yetki için dayanılan antlaşma maddesinin ya da dayanılan ikincil tasarrufun tanıdığı yetki sınırları içinde kalmadığı iddia ediliyor ise, bu durumda, o tasarruf vasıtası ile ileri sürülen hakkın, AB hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya iç pazar ile doğrudan bağının veya gerçek bir ilişkisinin olup olmadığının araştırılması gerekir.¹⁸³

Öte yandan, bir temel hakkın Üye Devlet tarafından ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü durumda, hakkı koruyan AB kuralı ya da tasarrufunda hukuki yetki dayanağı açısından tartışmalı bir yön yok ise, ihlal edildiği ileri sürülen hak, kapsam, doğrudan bağ ya da gerçek bir ilişki araştırılmaksızın, korunur.¹⁸⁴ Kişisel bilgilerin kullanılması işlemlerinde, Üye Devletleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini, ve özellikle özel hayatın gizliliği hakkını koruma yükümlülüğü altına sokan ve *dayandığı hukuki yetki kuralı konusunda üzerinde ihtilaf olmayan* 46/95 sayılı Direktif'e, Avusturya Sayıştay'ının, kişisel bilgileri kamuya açıklamak suretiyle aykırı davrandığının ve bu sebeple temel hak ihlali yaptığının ileri sürülmesi üzerine AD, dava tarafının ve AD savcısının, ihlal edildiği öne sürülen hak ile iç pazar arasında doğrudan bağ veya gerçek bir ilişki olması gerektiğine dair savlarını kabul etmemiş ve Direktif'in uygulanması gerektiğini ve bu sebeple davacının özel hayatının gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁵ Çünkü, Direktif'in yetki dayanağı sorunu yoktur. Ayrıca, AD, Üye Devlet'in -ilgili kurumun (Sayıştay)- dava konusu işlemi yaparken herhangi bir AB mevzuatını, o

¹⁸³ Case 376/98, Germany v. Parliament and Council, [2000] ECR I-8419, para 83

¹⁸⁴ Case 465/00, Österreichischer Rundfunk [2003] ECR I-4989; Case 101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971

¹⁸⁵ Case 465/00, 138/01 & 139/01 Österreichischer Rundfunk [2003] ECR I-4989, para. 41-43

arada anılan Direktif'i uygulamadığı, bu sebeple de, temel hak iddiasının ileri sürülemeyeceği savını da reddetmiştir.¹⁸⁶

Anayasal Antlaşma'nın, düzenlenen hakların AB'nin yetkilerini genişletemeyeceği ve Üye Devletleri sadece AB hukukunu uygularken bağlayacağını ifade eden ve böylece Anayasal Antlaşma'nın yukarıda incelenen AB yetki düzeninde temel haklar vasıtası ile bir değişiklik yapılmasını önlemek amacı ile getirilen II-111. maddesinin etkisinin, AD'nin yerleşik içtihadı ve anılan daha yeni iki kararı dikkate alındığında, sınırlı olacağı açıktır. Bir başka deyişle, yetki düzeni üzerinde hiç bir etkisi olmaması tasarlanan ve öylece Anayasal Antlaşma'ya dahil edilen Temel Haklar Şartı'nın AD'nin bu içtihadı karşısında yetki düzeni üzerinde yoğun etkisi olacaktır. Çünkü, kurumların yetki açısından doğru dayanak bulmaları durumunda¹⁸⁷, AD başka bir ölçüt aramadan temel hakları koruyacaktır. Bu durumda özellikle Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin yetki itirazları, temel haklar konusunu da bir yetki çatışması konusu haline getirecektir.

Sonuç olarak, Anayasal Antlaşma'nın hükümlerinin, bu Değerlendirme bölümünün başında sıralanan ve yetki konusunda sorunlara neden olan altı aksayan nokta hakkında getirdiği en net çözüm tamamlayıcı yetki kategorilerinde AB'yi kesin ve açık bir şekilde sınırlamasıdır. Verilen yetkiler ilkesi, Üye Devletler ile AB arasında alan bazlı bir yetki ayırımına yol açmış ve yetkiler kategorilendirilerek *subsidiarity* ilkesinin uygulama alanı açıklığa kavuşturulmuştur ama, bu yolla, zımnî yetki ilkesinin büsbütün etkisiz kılındığı söylenemeyeceği gibi, paylaşılan yetki alanında öncelik kuralının uygulamadaki yorumu açıklığının ve AB kurumlarının paylaşılan yetki alanını çerçeveleme eğiliminin (AA, m. I-12/3'ün sağladığı imkan ile) önüne geçildiği söylenemez.

Öte yandan,

- i) açık bir iç yetki (hatta hedef) olmaksızın AB'ye bir dış yetki verilmesi,
- ii) AB'nin dış münhasır yetkisinin bağlandığı koşullar,
- iii) AA. I-18 (ATA m. 308)'in genişletilen kapsamının sınırları ve

¹⁸⁶ İbid. para. 93

¹⁸⁷ Grainne De Burca, *Human Rights: The Charter and Beyond*, Jean Monnet Working Paper, No 10/01 <http://jeanmonnetprogram.org/papers/papers001.html>, 11.02.2003.

maddenin içerdığı 'gerçekleştirilmesi zorunlu amaç' kavramı

iv) II- 111'in temel haklar anlamında yetki genişlemesi sonucunu verip vermeyeceği (yargısal yoruma son derece açık olması nedeniyle),

ile ilgili, AB kurumları -özellikle AD- ile Üye Devlet kurum ve mahkemelerinin vereceği kararların farklılaşması kaçınılmazdır. *Subsidiarity* ilkesinin hem şu anki hem de Anayasal Antlaşma'da öngörülen rolü ise, ilkenin yetki çatışmalarını çözme kapasitesinden ziyade yetki çatışması yaratma potansiyeli olduğunu göstermektedir.

Anayasal Antlaşma'nın getirdiği değişikliklerin yetki düzeni açısından tam bir çözüm olamamasının nedeni, Anayasal Antlaşma'nın yolunu ve yöntemini izleyerek ileride getirilecek muhtemel diğer başka değişiklikler veya önerilerin de, yetki düzenine, paylaşımına ve sınırlarına mükemmel bir çözüm getiremeyecek olmasının nedeni ile aynıdır: Yetki düzeninin aksayan noktalarının, *yalnızca* normatif çözümlerle, yetki sınırları koyarak, yetkileri kategorilendirerek, yargı denetimine konu olduğunda yoruma açık ilkeler getirerek, özetle AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki paylaşımını statik metinlerin yaratılmasına bağlayarak çözülmeye çalışılması; ama bunun yanında AB ekonomik, siyasal ve hukusal olarak geliştikçe değişime uğraması kesin olan ve bu değişim sebebiyle sınırlarının birbirine karıştığı bir yetki düzeninin yarattığı çatışmaları -Üye Devlet mahkemeleri ve AD'nin karşı karşıya gelmesine sebep olarak- nihai olarak çözecek bir kurumun oluşturulamaması.

Bu tespit, AB yetki düzeninin sorunlarından en önemlisine, yetki çatışmasını hangi kurumun çözeceği konusundaki belirsizliğe işaret eder. Sayılan aksaklıkların çözülebilmemesinin yolu yetki konusunda yargı denetiminin tam olarak sağlanmasıdır. Yargı denetiminin eksikliğinin sayılan aksaklıklar içinde bariz olarak görüldüğü *subsidiarity* ilkesinin işlevsizliği, yargısal denetimin ciddiye alınması gerektiğinin en önemli kanıtıdır. AD bu denetimi belli ölçüde yapmaktadır. Ama bu denetim yetersizdir. Antlaşmalarda ve diğer mevzuatta, AD'nin bir yetki mahkemesi gibi işlev görmesini sağlayacak düzenlemeler yoktur. Ayrıca bir yetki mahkemesi şeklinde işlev görece niteliklere sahip değildir ve yetki çatışması anlamında Üye Devlet Anayasa Mahkemeleri karşısındaki konumu açık değildir.

BÖLÜM 4 EGEMENLİK VE YETKİ AÇISINDAN TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NIN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUK DÜZENİNE UYUMU

AB ile Türkiye arasındaki hukuki ilişkiler 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan Türkiye-AET Ortaklık (Ankara) Antlaşması ile başlamıştır.¹ Bu tarihten beri Türkiye'nin hukuk düzeninin AB hukukuna uyumu hiç gündemden düşmemiş ve bu anlamda, AB'ye üyelik söz konusu olduğunda ulusal egemenlik sorunu AB ile ilişkilerimizin ve anayasal düzenimizin en önemli tartışma konusu haline gelmiştir. Tez boyunca yapılan analiz göstermektedir ki, AB bir egemenlik ve yetki paylaşımı sorunu ile karşı karşıyadır; ancak bu, AB hukuk düzeninin, Üye Devletlerden veya üye olmak isteyen devletlerden kaynaklanan bir egemenlik devrine dayandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenle Türkiye de, 1982 Anayasası'nın egemenlik ile ilgili hükümlerini gözden geçirmelidir. Çünkü bu hükümler AB'ye üyelik için gereken egemenlik devrinin yapılmasına veya egemenliğin AB ile ortaklaşa kullanılmasına kesinlikle izin vermezler. Bu hükümlerin egemenlik devrini sağlayacak şekilde değiştirilmesine, AB hukukunun üstünlüğünün 1982 Anayasasında tanınmasına ve bu değişiklikler yapılırken de AB kurumlarının yetki aşan (ultra vires) tasarruflarının nasıl denetleneceğine ilişkin incelemenin, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlamış bir ülke için, ertelenemez bir gereklilik olduğu kannatındeyiz. Öte yandan biz, kuruluşundan bu yana AB ile Türkiye arasındaki ilişkinin üstüne bina edilen zeminin, egemenlik söz konusu olduğunda Türk anayasal düzeni açısından oldukça tartışmalı olduğu kannatındeyiz; açıkça söylemek gerekirse, yapılan bazı işlemler sakattır, hatta bazıları yok hükmündedir.

İncelememizi iki nedenle iki ayrı başlığa ayırarak yapacağız. Birinci başlıkta Ortaklık Antlaşmasının imzalanması ile tam üyelik müzakerelerine başlanması kararının alınması arasındaki dönem ele alınacak, ikinci başlık da ise tam üyelik müzakerelerinin başlaması kararı ile Anayasal Antlaşma'nın yapılışı arasındaki dönem ele alınacaktır. Bu ayrımı yapmamızdaki birinci neden, yukarıda açıklandığı gibi, ilişkilerin geçmiş dönemindeki bazı hassas noktalara ışık tutmaktır. İkinci neden ise, ilişkilerin çok uzun bir zaman aralığına yayılmasının yarattığı zorunluluktur. Türkiye ile AB arasındaki ilişki o kadar uzun bir döneme dayanmaktadır ki, Türkiye'nin muhatabı, Ortaklık Antlaşması ile onun eki sayılabilecek

¹ Türkiye-AB ilişkilerinin dayandığı hukuki metinler için bkz., Engin Nomer & Özer Eskiuyurt, *Avrupa Sözleşmeleri*, Fakülter Matbaası, 1975; Haluk Günöğür, *Türkiye AB İlişkileri-Antlaşmalar, Kararlar, Belgeler, Uyum Yasaları*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, 2003.

Katma Protokol yapılırken AET tüzel kişiliği, Gümrük Birliği gerçekleştiğinde AT tüzel kişiliği ve nihayet 17 Aralık 2004 tarihinde tam üyelik müzakerelerinin başlatılması kararı alınırken de AB tüzel kişiliğidir; Anayasal Antlaşma yürürlüğe girdiğinde ise Türkiye, tam üyelik antlaşmasını, belki de, farklı bir tüzel kişilik ile imzalayacaktır.

Türkiye'nin AB'ye üye olma zamanı geldiğinde, 1982 Anayasasında egemenlik ve bağlı bazı konularda yapılması gereken değişikliklere de ışık tutacağını düşünerek, Türkiye ile AB arasındaki hukuki ilişkinin temel belgesi Ortaklık Antlaşmasının ve onun ürünü olan 1/95 sayılı Türkiye- AT Ortaklık Konseyi Kararının yakından incelenmesi doğru olacaktır. Bu nedenle, ilk başlığın bu inceleme ile başlamasını doğru bulduk.

a) Ortaklık Antlaşması'ndan tam üyelik müzakerelerine

1961 Anayasası, uluslararası kurumlara egemenlik devri açısından, 1982 Anayasası ile aynı hükümleri getirdiğinden, yani hiçbir hüküm getirmediğinden, Ortaklık Antlaşması'nın Türk anayasa düzeni açısından hukuki değerinin tartışmalı olduğu düşüncesindeyiz. Ortaklık Antlaşması, 1961 Anayasasının, 1982 Anayasasının 90. maddesine benzeyen 'Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma' başlıklı 65. maddesine göre, TBMM tarafından onaylanarak hukuk sistemimize dahil edilmiştir. Ancak Ortaklık Antlaşması'nın içeriği, amacı ve etkisi dikkate alındığında, bir egemenlik devri gerektirdiği çok açıktır. Antlaşma'nın 2, 3, 4, 5 ve 10. maddeleri, antlaşmanın amacının Türkiye ile AET ülkeleri arasında aşamalı olarak, gümrük vergilerini, ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamalarını (kota) veya eş etkili tüm uygulamaları kaldırmak olduğunu hükme bağlamıştır. Dahası, bu antlaşmaya göre, Türkiye üçüncü ülkelere de, oluşturulmasında hiçbir katkısı olmadığı AET Ortak Gümrük Tarifesini uygulayacaktır. Vergi almak her halde egemenliğin en önemli göstergelerinden biridir. Bu sebeple, anayasal bir hüküm olmaksızın, egemenlikten kaynaklanan yetkinin devrini içeren böyle bir antlaşmanın akdedilmemesi gerekirdi. Böyle bir egemenlik devri 1961 Anayasasında öngörülmemiştir. Hatta bir 'devir yasağı'ndan da bahsetmek mümkündür.² Bu devir yasağı, yürürlükteki anayasa açısından da söz konusudur.

² İzzettin Doğan, *Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu*, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 226

Öte yandan, Ortaklık Antlaşması'nın kurumsal ilişkiler ve ortaklığın işleyişini düzenleyen bazı maddeleri de egemenlik devri yapılmadan işlevini yerine getiremeyecek niteliktedir. Bunlardan biri ve muhtemelen en önemlisi olan Ortaklık Antlaşması'nın 22/3. maddesi, antlaşmanın Türk anayasal düzeninin kabul etmediği bir egemenlik devrine dayandığının başka bir göstergesidir. Egemenlik ve yetki konusunda Üye Devletler ile AB arasındaki yetki çatışmalarından en önemlisini yaratan ATA m. 308 ile hemen hemen aynı nitelikte bir madde³ olan 22/3, Ortaklık Antlaşması ile kurulan Ortaklık Konseyi'ne, yasama yetkisinin devri sayılabilecek yetkiler ihdas etmiştir. AB'ye Üye Devletlerin bile zaman içinde, ATA m. 308 anlamında bir yetkilendirmeye itirazda buldukları dikkate alındığında, 22. madde gibi yasama yetkisinin devri sonucunu doğurabilecek bir maddeyi içeren Ortaklık Antlaşması'nın Türk anayasal düzeni ile bağdaşır olmadığı açıktır.

Türkiye, AB'ye üye olması durumunda dahi şu an geçerli anayasal düzenine göre yapamayacağı bir egemenlik devrini, daha üye olmamışken sanki böyle bir devir yapılmışcasına davranmasının çok ağır ekonomik faturasını, söz konusu sakat hukuki çatı altında alınan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile ödemiştir. Gümrük Birliği kararı diye bilinen bu belge ile Türkiye, 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren AB'ye Üye Devletlere karşı uyguladığı gümrük vergisini kaldırmış ve üçüncü ülkelerle olan ticaretinde de AT Ortak Gümrük Tarifelerini uygulamaya başlamıştır. Ortaklık Antlaşmasının ilgili hükümleri ve onlara dayanılarak çıkartılan 1/95 sayılı karar, egemenlik devri yasağını çığnemekle kalmamış, Türk hukuk mevzuatını esaslı olarak değiştirmesine rağmen, 1982 Anayasasının 90/4 hükmü gereğince TBMM onayına sunulması gerekirken sunulmamış veya 90/3 hükmü gereğince resmi gazetede bile yayınlanmamıştır. Bu son nokta ile ilgili olarak, Kararın bir antlaşma veya bir uygulama antlaşması olmadığından⁴ hareketle Anayasa'nın anılan hükümlerinin uygulanmasına gerek olmadığı sonucuna varılması yanlıştır. Ortaklık Konseyi'nin, bir tarafta Türkiye, karşı tarafta da tüm AB'ye Üye Devletlerin o devletleri temsil ettikleri bir uluslararası hukuki münasebet zemininde yer aldığı açık iken, bu organın (Ortaklık Konseyi) işlemine, kendisi tarafından veya başkalarınca 'karar' adı verilmesi, bu işlemin devletler arasında yazılı olarak akdedilmiş bir uluslararası antlaşma olduğu gerçeğini değiştirmez.⁵ Anayasa'nın 90.

³ Ortaklık Antlaşması m. 22/3: Ortaklık rejiminin gerçekleşmesi yolunda, Antlaşma amaçlarından birine ulaşmak için, Akit tarafların bir ortak davranışı gerekli görüldüğü takdirde, Antlaşma bunun için gerekli yetkiyi öngörmese bile, Ortaklık Konseyi uygun kararları alır.

⁴ Harun Gümrükçü, *Küreselleşme ve Türkiye*, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Konrad Adenauer, Hamburg-İstanbul, 2003, s. 57; Ünal Tekinalp, *Gümrük Birliği'nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, No 1-2, 1996, s. 27

⁵ 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2/1. maddesi de bu durumu açıkça düzenlemiştir.

maddesi de antlaşmaların nasıl yürürlüğe gireceğini ve nasıl bağlayıcı olacağını düzenlediğine göre, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı bu madde anlamında yürürlükte bile değildir.⁶

Örneklendirilen bu hukuken ‘garabet’ sayılabilecek vakıalara sebebiyet veren en önemli iki unsurdan biri, hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası açısından egemenlik devrine mücadele edilmemesinin açık bir anayasal hüküm olmasına karşın, Ortaklık Antlaşmasının onaylanması ve 1/95 sayılı kararın imzalanması ise, diğeri yine her iki anayasa döneminde de ortak olan bir eksikliktir: Uluslararası antlaşmaların anayasal denetiminin olmaması ve dahası uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi.

AB ile Türkiye arasında yaşanan bu tecrübeler, Türkiye’nin AB’ye olası üyeliği durumunda, AB hukuk düzeni ile Türk anayasal düzeninin egemenlik ve yetki konularında karşılaşacağı sorunların çözümünde izlenecek yolun ne olması gerektiğine ışık tutacak niteliktedir. AB hukuk düzeninin uluslararası karakteri dikkate alındığında, egemenlik devrinin yapılabileceği veya nasıl yapılacağı ya da AB hukukunun üstünlüğünün nasıl sağlanacağı anayasal düzeyde cevap bekleyen sorulardır. Ancak bu iki durumun anayasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulmasının AB hukuk düzeni ile Türk hukuk düzeninin bütünleşmesini sağlayacak olması, Türk hukuk düzeni açısından -AB’ye üye diğer devletlerin de uyum sürecinde kendi hukuk düzenleri açısından- var olan diğer bir sorunu ortadan kaldırmamakta, bilakis bu soruna neden olmaktadır. Bu sorun, bir defa egemenlik devri ve AB hukukunun üstünlüğü sağlanınca, AB hukuk düzeninin tüm tasarruflarının iç hukuk açısından her zaman ve koşulsuz olarak üstün mü olacağı, yoksa ulusal hukuk içinde yargısal bir denetime belli koşullar altında yer verilip verilmeyeceğine ilişkindir.

1982 Anayasasının egemenlik ile ilgili maddeleri Türkiye’nin AB hukuk düzenine katılmasına engel olacak niteliktedir. Türkiye Cumhuriyeti, halk egemenliği–millet egemenliği ayrımında egemenliğin millete ait olduğunu tespit eden, millet egemenliği anlayışı grubuna girmektedir.⁷ ‘Egemenlik’ başlığını taşıyan Anayasa’nın 6. maddesi egemenliğin ne

⁶ Belirtmek isteriz ki, Gümrük Birliğini belgesinin, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol’ün hükümlerinin uygulanması niteliğinde olduğu ve bu sebeple Anayasa’nın 90. maddesinin, meclis onayını gerektirmeyen 3. fıkrasına tabi olduğu haklı olarak ileri sürülebilir. Ancak bu halde dahi, 1/95 sayılı Türkiye ile AET arasında Gümrük Birliğini gerçekleştiren Ortaklık Konseyi işlemi hakkında vardığımız sonuç hukuken değişmez. Çünkü m. 90/3’ün ‘yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz’ hükmü yerine getirilmemiştir. (Detaylı bir analiz için bkz. Sevin Toluner, *6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından bir Değerlendirme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 55/1-2, 1995-1996, s.3).

⁷ Bülent Tanör&Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, YKY, 2. baskı, 2001, s. 109

olduğunu tanımlamamış, sadece aidiyetine yer vermiştir: “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.” Böylece egemenliğin kaynağı millet olmaktadır. Millet ile egemenliği arasındaki ilişki doğrudan ve pürüzsüzdür.⁸ Maddenin ikinci fıkrasına göre “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.” Buradan çıkan sonuç egemenliğin kendisinin yetkili organlara bile devredilmediğidir. Sadece ‘kullanımı’ anayasada belirtilen organlara bırakılmıştır. Asli kurucu iktidarın, egemenliğe ilişkin hükümleri koyarken oldukça kıskanç davranması ve sadece ulusal organlara referans yapması ulus devlet modeli tasarımının en belirgin yansımasıdır.

Bu hükümlerin açık ifadesine göre, organlar bu egemenliği AB’ye devredemezler. Çünkü organlar egemenliğin sahibi değildir; onu millet adına anayasal sınırlar içinde kullanmaktadırlar. Bir kişi ya da organın sahip olduğu haklardan fazlasını başkasına devredememesi hukukun genel ilkelerinden biridir (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Sonuç olarak, gerekli egemenlik devri anayasal düzenimizin şu an geçerli hali ile mümkün değildir.

Yasama, yürütme ve yargı yetkisini kullanacak organları ve yetkilerini düzenleyen Anayasa’nın 7, 8 ve 9. maddeleri de AB üyeliği için engel teşkil etmektedir. Ancak egemenlik devrinin mümkün olmadığını belirten Anayasa’nın 6. maddesinin düzenlemesi karşısında, artık 7, 8 ve 9. maddelere, yani, yasama, yürütme ve yargı yetkilerini düzenleyen maddelere değinilmesi yersizdir; egemenlik devredilemiyor iken ona dayanılarak kullanılan yetkiler hiç bir şekilde devredilemez.⁹ Ancak belirtmeliyim ki, özellikle yasama ve yargı yetkisinin bu denli açık ifadeler ile ulusal organların tekeline verilmesi, AB’nin egemenliğin ortaklaşa kullanımına veya sınırlı egemenlik devrine dayanan yetki kullanımı sistemine tam anlamıyla ters düşmektedir.

AB üyeliği önündeki egemenlik ile ilgili bu engeli kaldırmak için anayasada değişiklik yapılması gerekmektedir. Ancak bu değişiklik yapılırken, AB Üye Devletlerinin söz konusu değişiklikleri kendi anayasalarında gerçekleştirirken bir yeknasak uygulama içinde

⁸ Doğan, s. 192

⁹ Bu konuda öğretilerde değişik görüşler ileri sürülmektedir. *Yüzbaşıoğlu*, 6. ve 7. maddelerin yeniden düzenlenmesini savunmaktadır (Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme*, Anayasa Yargısı, Cilt 22, 2005, s.349). *İnceoğlu* da aynı görüştedir (Sibel İnceoğlu, *Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*, Anayasa Yargısı, Cilt 22, 2005, s. 247 ve 250). Ancak *Karakaş*, Anayasa’nın 8, 9 ve 138. maddelerinin de değişmesi gerektiğini savunmuştur (Ayşe Işıl Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınları, 1993, s. 223-226).

olmadıklarının gözden uzak tutulmaması gerekir.¹⁰ Kimi üyeler ilgili maddelerde egemenlik devri ifadesini kullanırken, kimileri ortaklaşa kullanım, kimileri de delegasyon ifadesini kullanmıştır. Öte yandan, egemenlik ile ilgili maddelerde kimi ülkeler açıkça AT-AB'ye atıf yaparken, kimi ülkelerde sadece uluslararası kuruluşlara atıf yapmaktadır. Ve nihayet, Üye Devletlerden bazıları bu değişiklikleri halk oyuna sunarken, bazıları sunmamaktadır.

Türkiye'de anayasal gelenek 1921 Anayasasından beri, egemenliğin kayıtsız şartsız milletle olduğu yönünde geliştiği için ve bu durum anayasalarda yukarıda görüldüğü gibi açıkça belirtildiği için, yapılacak değişiklikde devir ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Bazı Üye Devletlerin, 'egemenliğin delegasyonu' gibi anayasa hukuku anlamında bir üst kurumun alt kurumu sonradan yetkinin geri alınabilmesi sonucunu doğuracak şekilde yetkilendirmesi anlamına gelecek ifadeleri kullanmış olması karşısında, devir ifadesinin kullanılması isabetli olmaz.

Egemenlik ile ilgili madde metninde AB'ye atıf yapılması yerinde olacaktır. Genel olarak uluslararası kuruluşlara atıf yapmak, böyle bir amaç yok ise, anayasal düzeni şimdiden bilinemeyecek bazı müdahalelere açık hale getirir ki, bu ulusal egemenliğe aykırıdır.

Egemenlik konusunda yapılacak değişikliklerin halkoyuna sunulması meselesi, kanımca, konunun en hassas noktalarından biridir. Öğretide, TBMM'nin bu değişikliği halk oyu gerekmeden yapabileceği çünkü 1982 Anayasasında buna ilişkin bir yasak olmadığı ve TBMM'nin yetkilerinin genelliği ilkesinin buna müsaade edeceği savunulmuştur.¹¹ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Egemenliğin doğrudan millette oluşunun ve organların sadece egemenliğin 'kullanımı' anlamında temsilci sıfatı taşımasının 1982 Anayasasındaki açık düzenlenişi karşısında¹², egemenliğin normatif olarak 'asli' sahibinin onayı olmadan temsilcinin egemenlik üzerinde son derece önemli böyle bir tasarrufta bulunması asil-temsilci ilişkisi ile ve asli kurucu iktidar kavramı ile bağdaşmaz.

¹⁰ Ayşe Saadet Arıkan, *Avrupa İçin Anayasa Andlaşması ve Türkiye: Avrupa Birliği Hukuku ve Ulusal Hukuk İlişkisi*, Anayasa Yargısı, Cilt 22, 2005, s. 102-105.

¹¹ Kemal Başlar, *Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu*, <http://www.turkishweekly.net/turkce/makale/>, 12 Şubat 2006.

¹² Anayasa Mahkemesi de, bu anlamdaki egemenlik anlayışına atıf yapmaktadır: " 'Egemenlik' başlıklı bu maddenin üçüncü fıkrasında, hiçbir kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa'da nalmayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı öngörülmektedir. Anayasa, kendisi düzenlemedikçe, açıkça olur vermedikçe ya da bir yasa ile düzenlenebileceğini belirterek bu yolla kullanılacağını bildirmedikçe, bir organ ya da kişi bir devlet yetkisini kullanamaz. Anayasa'ya dayanmayan, Anayasa'dan kaynaklanmayan Devlete ilişkin yetki söz konusu olamayacağından, böyle bir yetkinin kullanılması da düşünülemez. Anayasal dayanak, geçerlilik koşuludur." (E. 1990/2, k. 1990/10 sayılı ve 30.5.1990 tarihli karar).

Bu değerlendirmeler ışığında Anayasa'nın 6. maddesinin sonuna bir özel hüküm eklenmelidir:

“Türk milleti egemenliğini, karşılıklılık koşuluyla ve diğer Üye Devletlerle ortaklaşa olarak, AB'nin yetkili kurumları vasıtası ile de kullanabilir. Bu kullanımın sağlanması için akdedilmesi gereken Üyelik Antlaşması veya üyelikten sonra AB birincil hukukunu değiştirecek diğer tüm antlaşmalar ancak halk oyu ile kabul edildikten sonra onaylanıp yürürlüğe girebilir.”

Hükümün ikinci cümlesi sayesinde, AB'nin gelecekte alacağı şeklin, Türk milletinin egemenliği üzerindeki etkisi ve dolasıyla Türk anayasal düzeni üzerinde yapacağı etki konusunda verilecek kararda, millet, halk oyu vasıtası ile söz sahibi olacaktır.

Bu şekilde bir düzenleme, AB'ye Üye Devletlerin, tüm egemenlik sınırlamaları ve yetki devirlerine rağmen, AB'nin birincil hukuk kaynaklarının oluşturulması ve değiştirilmesinde veya belli başlı hassas konularda AB kurumlarında karar alınmasında, belirleyici siyasi rollerini devam ettiren eğilimlerine de paralellik arz etmektedir.

AB hukuk düzeninin bu tezde incelenen doğası ve Üye Devlet egemenliklerine yaptığı etki ve kullandığı yetkiler, bir aday ülkeninin sadece üye olurken anayasasını bu şekilde değiştirmesi ve halk oyuna sunması ve hatta her birincil hukuk değişikliğini de halk oyu şartına bağlamak suretiyle AB hukukunun üstünlüğünü kendi iç hukuk düzeninde tanımış olmasını yetersiz kılmaktadır. AB hukukuna, bir bütün olarak, birincil hukukun yanında ikincil hukuk ve AD kararlarını da içerecek şekilde bir üstünlük verilmesi gerektiği, AB hukuk düzeninin doğası gereğidir. Bu sebeple, tüm AB tasarruflarının iç hukuk ile çatıştıklarında üstünlüklerini sağlayan ve bu tasarrufların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yerini belirleyen bir hükme de ihtiyaç vardır.

1982 Anayasası'nın 'Milleterarası andlaşmaları uygun bulma' başlıklı 90/5. maddesi, uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkilerini düzenlemektedir ama, bu maddenin Türkiye'nin AB'ye üyeliği söz konusu olduğunda yeterli olmayacağı açıktır. Bu hüküm üç nedenle yetersizdir. Birincisi hüküm bir çatışma hükmü niteliği taşımamaktadır. Oysa ki, AB Üye Devletlerinin anayasalarının ilgili hükümleri AB hukukuna üstünlük tanıyan çatışma çözücü

bir karaktere sahiptir. İkincisi, yürürlükteki AB antlaşmaları ulusal anayasal hukuk düzeni penceresinden birer uluslararası antlaşma olarak görülse de, bu durum, AB hukuk düzeni sadece antlaşmalardan oluşmadığı için ve hatta muhtemelen artık antlaşmalar da bir Anayasaya dönüşeceği için, yanıltıcı olabilir. O halde, hükümdeki ‘uluslararası andlaşmalar’ ifadesi de diğer bir sorunu oluşturmaktadır. Üçüncü olarak, hüküm, uluslararası andlaşmaların iç hukuk kurallar kademelenmesinde kanunlara denk olduğu sonucuna varacak şekilde anlaşılmaktadır.¹³ Anayasa Mahkemesi de uluslararası antlaşmaları kanunlarla eş değer olarak nitelendirmektedir.¹⁴ Ancak AD kararlarından da anlaşılacağı gibi, AB hukuku belli koşullar altında anayasaların dahi üstünde yer alabilmektedir.

Bu nedenlerle Anayasa’nın 90/5. hükmüne dokunmaksızın yeni bir hüküm getirilmelidir. Bu hem Anayasa’nın 90/5. maddesininin ulaşmak istediği amaca bozucu bir etki yapmanın önlenmesini sağlayacak, hem de, genel değil AB’ye özgü anayasal hüküm ihdas etmenin tercih edildiği egemenlik ile ilgili hüküm ile de tutarlılık arz edecektir.

Sadece AB ile ilgili antlaşmaları değil ama, tüm uluslararası andlaşmaları konu alan bir yeni hüküm 2001 yılındaki Anayasa değişikliği paketinde yer almıştı. Söz konusu Anayasa değişikliklerini içeren yasa önerisinin bir maddesi ile 90. maddenin son fıkrasına ‘kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde, milletlerarası andlaşmalar esas alınır’ şeklinde bir madde eklenmesi teklif edilmişti.¹⁵ Ancak bu madde yasa önerisinden çıkartıldı. 5170 sayılı yasa ile 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde ise, sadece temel hak ve özgürlükleri konu alan andlaşmalara ilişkin olarak bir çatışma kuralı 90. maddenin sonuna eklendi. Buna göre, ‘usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşmalar esas alınır’.

Yapılan bu değişiklik AB hukukunun üstünlüğünü sağlayıcı nitelikte değildir. Konu olarak sadece temel hak ve özgürlükleri kapsamı nedeniyle yetersiz olduğu gibi, AB hukukunun, Üye Devlet anayasalarının hükümlerini de –koşulları varsa- etkisiz bırakan

¹³ Hükümün bu şekilde nitelendirilmesi yanlıştır. Bu hükümün, uluslararası antlaşmaların kurallar kademesindeki yeri ile ilgili olmadığına dair ayrıntılı ve açık bir değerlendirme için, bkz. *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, sayı 75, 2004, s. 38’deki Mesut Gülmez’in tebliği(sayfa 44-50).

¹⁴ E. 1996/55, K. 1997/33, T. 27.02.1997.

¹⁵ Gülmez, s. 58

özelliği ile de bağdaşmamaktadır. *Anayasaların uluslararasılaşması*¹⁶ çerçevesinde, Anayasanın, AB hukuku ile ilişkileri düzenleyen maddesinin daha elverişli olması gerekmektedir. Bu haliyle 90. madde, egemenlikten doğan yetkileri kullanan uluslararası yapılanmaların hukukunun üstünlüğünü sağlayamamakta ve AB özelinde de AB hukuku ile Türk hukuku arasındaki kurallar kademelenmesi sorununu çözmemektedir.¹⁷

90. maddede yapılan son değişiklik, Türkiye’den İHAS organlarına doğrudan ve açık bir egemenlik devri sayılmayabilir. Ancak yapılan değişiklik “zımnem de olsa kısmi bir egemenlik sınırlamasıdır”.¹⁸ Öyleyse Türkiye, İHAS için gösterdiği hassasiyeti AB hukukunun üstünlüğü için de göstermelidir.

Bu anlamda, Anayasanın 90. maddesinin sonuna eklenebilecek hüküm şöyle olabilir: “AB hukuku iç hukuk kurallar kademelenmesinde Anayasa hükmü değerindedir. AB hukuku ile iç hukuk mevzuatının çatışması halinde çatışan iç mevzuatın ilgili hükmü uygulanmaz.”

Arıkan, AB hukukunun üstünlüğü ile ilgili olarak, Anayasa’nın iki maddesinde değişiklik önermektedir. Bu değişikliklerden birincisi, 90. maddenin sonuna ‘AB mevzuatı ulusal mevzuatın üzerindedir’ şeklinde bir hüküm eklenmesidir. İkincisi ise, ‘hakimler....., Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler’ hükmünü içeren 138. maddeye ‘AB müktesebatı dahil’ ifadesini eklenmesidir.¹⁹ Önerilerden ikincisi önemli bir eksikliğe işaret etmekte ve bu eksikliği isabetli bir şekilde gidermektedir. Ancak AB mevzuatının ulusal mevzuatın üzerinde olması önerisini yerinde bulmuyoruz. AD’nin kararları ile Üye Devletlerin Anayasalarının hükümlerine de meydan okuduğu bir gerçektir. Ancak buna rağmen Üye Devletlerin hiç biri anayasalarında, AB mevzuatına tüm ulusal mevzuatın üzerinde bir değer vermemiştir.

Türkiye’nin AB üyeliği için anayasal egemenlik ve üstünlük konusunda son ve fakat en can alıcı nokta, bu değişiklikler yapıp üyelik sağlandıktan sonra, Anayasa’da değişiklik öneren bahsi geçen hükümlerin bazı muhtemel AB tasarrufları karşısındaki pozisyonunun ne olacağıdır. Örneğin, yapılan egemenlik devrinin veya ortaklaşa egemenlik kullanımının

¹⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınları, 2006, s. 400

¹⁷ Farklı öneriler için bkz., Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasası’nın Avrupa Anayasası’na Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme*, Anayasa Yargısı, Cilt 22, 2005, s. 341,348

¹⁸ Sibel İnceoğlu, *Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*, Anayasa Yargısı, Cilt 22, 2005, s. 231, 251

¹⁹ Arıkan, s. 74, 107-108

sınırlarının ne olduğu, bu sınırların denetimi önemli bir sorundur. AB'ye Üye Devletlerin Anayasa Mahkemeleri, anayasalarda AB'ye egemenlik devrine ilişkin veya ortaklaşa egemenlik kullanımına ilişkin değışiklikler yapılmasına rağmen, devredilen egemenliğin sınırları ve bu devre dayanan yetkinin aşılp aşılmadığı konusunda denetim yapmaktadır. Öte yandan, AB hukukunun üstünlüğünün sağlanmasından sonra bu üstünlüğün her durumda – örneğin, AB kurumlarının yetkilerini aşıp aşmadığının (ultra vires) denetimi- tanınıp tanınmayacağı da bir sorundur. AB kurumlarının bazı tasarrufları, AB'nin kullanabileceği yetki sınırlarını ihlal etmekte veya aşırı yetki kullanılması sonucunu vermektedir. Bu tür tasarrufların üstünlüğünün denetlenmesi ve yapılan denetime göre üstünlüğün tanınıp tanınmayacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

Ancak Anayasa'nın 90/5 maddesinin ikinci cümlesinin uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini engelleyen hükmü karşısında, böyle bir denetimin yapıma imkanı yoktur. Bu hüküm hem Üyelik Antlaşmasının hem de sonraki antlaşmaların denetimini engeller niteliktedir.

Öte yandan, birincil hukukun dışında kalan AB mevzuatı açısından da bir denetim eksikliği söz konusudur. AB hukukuna, üstünlüğü sağlamak amacı ile iç hukukta anayasal hüküm değerinin verilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin AB tasarrufları üzerinde somut veya soyut norm denetimi yapması imkanını ortadan kaldırır. Böyle bir durum, bazı AB tasarruflarının ya devredilmeyen bir egemenlik alanı ile ilgi oldukları ölçüde iç hukuku korumasız bırakır, ya da egemenlik devri sınırları içerisinde bile olsa bir yetki aşımı ihtimalinin denetimsiz kalması sonucunu doğurur.

Her iki durum açısından da bir anayasal yargı denetiminin şart olduğu düşüncesindeyiz.

Bunun birinci ve en önemli nedeni, yukarıda bahsettiğim egemenlik devrinin anayasada kabulüne rağmen bu devrin ve ona dayanarak AB kurumları tarafından kullanılacak yetkinin sınırlarının tespitinde, egemenlik ve millet arasındaki doğrudan ve pürüzsüz bağın kopmaması açısından anayasal yargı denetimine olan ihtiyaçtır. Türkiye'nin AB'ye üye olmadan egemenlik devri sonucunu verecek hukuki tasarruflara angaje olmaya müsait siyasal atmosferi, böyle bir anayasal yargı denetimini zorunlu kılar. Bu siyasal atmosferin sadece yukarıda örnekleri verilen nispeten uzak bir geçmişte var olmadığı ama çok

yakın geçmişimizde de bu tür bir eğilimin ‘uyum paketleri’ vasıtası ile açıkca ortaya çıktığı görülmektedir. Bu uyum paketlerinde, ulusal egemenliği ve Anayasaya gerekli riayeti göstermek yerine, Katılım Ortaklığı Belgelerine, uyulması mutlaka zorunlu kurallar veya anayasal düzenimize usulüne uygun olarak geçirilmiş metinler gibi sıkı bir bağlılık gösterilmiştir.²⁰

İkinci olarak, AB’ye Üye Devletlerin hepsinde değişik şekillerde de olsa bu denetimi sağlayan bir anayasal mekanizma vardır. 1982 Anayasasında ise böyle bir denetim olmadığı gibi Anayasa’nın 90/5 maddesinin ikinci cümlesi böyle bir denetimin önünü açıkca kapamıştır.

Üçüncüsü, böyle bir denetim, AB hukukunun uygulanması sırasında, AD ve Üye Devlet yüksek mahkemeleri arasındaki diyalog ve karşılıklı etkileşimin sağlanması amacına da hizmet edecektir. Bu diyalog ve etkileşimin yargı yolu ile açık tutulması, AB hukukunun Türkiye’de düzgün ve uyumlu bir şekilde işlenmesini sağlayacağı gibi, bu yargısal aktivite AB hukukunda gelişimine katkıda bulunacaktır.

Bu denetimi sağlayacak madde şöyle olabilir ve Anayasaya 6a maddesi olarak eklenebileceği gibi, Anayasa’nın 90, 148 veya 150. maddelerine de eklenebilir:

“Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte birine karşılık gelen sayıdaki üyeleri, AB’ye katılım için akdedilen Üyelik Antlaşmasına göre yapılan ya da ileride gerçekleşecek antlaşma değişikliklerine binaen yapılacak egemenlik devrinin, Anayasa’nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmü, 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen hükmü ve 3. madde hükmü ile aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin olarak, antlaşmanın imzalanmasını takip eden 30 gün içerisinde Anayasa Mahkemesi’nden bir karar vermesini talep edebilir. Anayasa Mahkemesinin aykırılık olmadığına ilişkin kararından önce veya kararında tesbit edilen aykırılık giderilmedikçe antlaşma onaylanamaz.

²⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, *2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye*, Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002, s. 105, 110

Anayasa'nın yukarıda sayılan hükümlerine dayanan bir Anayasaya aykırılık iddiası, AB hukukunun bağlayıcı etkisi olan mevzuatına ilişkin bir tasarrufun, bir mahkeme önünde dava konusu olması durumunda da, mahkeme tarafından veya mahkemenin iddaaları ciddi bulması halinde taraflarca ileri sürülebilir. Ayrıca her Türk vatandaşı, böyle bir tasarrufun ilgili hükümlere aykırılığında doğrudan doğruya etkilendiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

Türkiye'nin AB'ye üyeliğinin anayasal açıdan bir uyuma ihtiyaç duyduğu açıktır. Ancak altını çizerek vurgulamak isterim ki, bu uyum AB'ye üyeliğin anayasal meşruiyetini sağlamak, AB kurucu antlaşmalarının veya AB hukuku mevzuatının iç hukukumuzdaki yerini tesbit etmek ile sınırlı kalmaz. Dinamik bir uluslarüstü hukuki düzenin zaman zaman bilinçli olarak zaman zaman da zorunlu olarak ortaya koyduğu çatışma yaratıcı ortamın, bu düzeni oluşturan ulusal hukuk düzenlerini bir türbülans içine alarak, uluslarüstü hukuk düzeni tarafından vakumlanması sonucunu yaratabileceği hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır. Bu türbülans alanı Türkiye için şu an iki farklı Anayasa Yargısı denetimindedir ama AB üyeliği gerçekleştiğinde bu 'bermuda şeytan üçgeni türbülans alanı'²¹ haline gelecektir. Bu alanda Türkiye anayasal düzenini ve Anayasa Mahkemesini savunmasız bırakmamalıdır.

b) Tam üyelik müzakerelerinin başlaması ve Anayasal Antlaşma

AB, egemenlik sınırlarını tehdit eden ve yetki aşan tasarrufların her zaman iç hukuk sistemleri için sorun olması sonucunu doğuran, yaşayan ve sürekli gelişen bir hukuk düzenidir. Bu nedendir ki, Üye Devletlerin egemenliğin ortaklaşa kullanımını kabul etmeleri veya egemenliklerini sınırlamaları ve böylece AB'ye önemli yetkiler tanınmaları, onların birer ulus devlet olarak siyasi belirleyici rollerini muhafaza etmelerini önlememiştir; AB'nin geleceğinin kontrolünün nasıl Üye Devletlerin ulusal iradelerine bağlı olduğunu son Anayasal Antlaşma süreci açık olarak göstermiştir.

Bu yaşayan ve sürekli gelişen hukuk düzeni, Türkiye'nin tam üyelik müzakerelerine başlaması kararının verildiği 2004 yılında, Anayasal Antlaşma'nın yapılması ile yeni bir evreye ulaşmıştır. Bu evrede Türkiye, müzakere başlıkları dikkate alındığında, önceki uyum

²¹ Bakır Çağlar, *Farklı Bir Zamanda Farklı Bir Mekanda Anayasa Yargısı*, Anayasa Yargısı, Cilt 12, 1995, s. 311, 317

paketleri ile kıyaslanamayacak ve daha da önemlisi şimdiden öngörülemezlikler değişiklikleri yapmak durumunda kalacaktır.

Öte yandan, yukarıda Bölüm 3, II ve III’de görüldüğü gibi, AB Anayasal Antlaşma ile federatif nitelikleri ağır basan bir siyasal varlık haline gelme yolundadır. Anayasal Antlaşma’nın bu hali ile veya bazı değişiklikler ile onaylanması halinde, Türkiye’nin ilerde tam üye olacağı AB, federal nitelikli ya da en azından federatif yönleri ağır basan bir Birlik olacaktır.

Bu durumda, egemenlik ve yetki açısından, Türkiye’nin böyle bir Birliğe üyeliği yukarıdaki değişikliklerin yapılması durumunda bile, tartışmaya açık kalabilir. Özellikle bizim önerdiğimiz egemenlik ile ilgili maddenin, anayasal düzenimizin ve Anayasa Mahkememizin ‘bölünmez’ egemenlik anlayışı nedeniyle, bir egemenlik devrini içermemesi, bunun yerine, egemenliğin AB’nin yetkili kurumları vasıtası ile ortaklaşa kullanımını düzenlemesi, federatif yönü ağır basan bir AB ve yetkilerin paylaşımını oldukça kesin çizgilerle ayıran bir Anayasal Antlaşma tahtında, tam üyelik için yeterli olmayabilir. Anayasa Mahkememizin, yukarıda zikredilen²² ve “Devlet yapısında ‘bölünmez bütünlük’ ilkesi; egemenliğin, ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünlüşmesini gerektirir. Ulusal devlet ilkesi çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi, böyle düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil devlet sisteminde ise birden çok egemenlik yoktur” diyen kararındaki egemenlik anlayışı dikkate alındığında, anayasamızda daha köklü bir değişiklik yapma ihtiyacı doğacaktır. *Soysal* da, “Bölünmezlik ilkesinin devlet yapısı bakımından hukuksal sonucu, tek olan egemenliğin yine ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünlüşmesidir...(Federal devlette) konulara göre, ya ayrı ayrı federe devletler tarafından ya da federal devlet tarafından kullanılabilir değişik ‘egemenlikler’ söz konusudur. Bölünmezlik ilkesi, devletin kendi iç yapısında böyle birden çok egemenliğin yanyana bulunmasını olanaksızlaştırdığı gibi, devletin, bütünüyle, kendinden daha yukarıda bir federatif yapıda yer almasını, yani bir federasyonun federe devleti durumuna gelmesini

²² Bölüm 1, dipnot 72.

önler” diyerek²³, anayasamızda geçerli olan egemenlik anlayışının, federal bir yapıya katılmaya elverişli olmadığını belirtmiştir.

Bu nedenlerle, Türkiye’nin federatif bir yapıya doğru ilerleyen AB’ye üye olabilmesi için egemenlik anlayışını değiştirmesi ve hem daha çağdaş hem de AB üyeliğine daha uygun bir egemenlik anlayışı benimsemesi gerekmektedir. Türkiye, diğer üye devletler gibi, AB’nin yetki kullanımını sağlayacak şekilde anayasasını uyumlaştırmalı ancak iç hukukunu uyumlaştırma adına, -hangi hukuki biçim ve çerçeve içerisinde olurlarsa olsunlar- AB’nin yetkisini aşan hukuki tasarruflarının etkilerine karşı açık ve korumasız hale gelecek bir anayasa düzeni oluşturmaktan kaçınmalıdır.

²³ Mümtaz Sosyal, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 1986, s. 181-182, aktaran: Naz Çavuşoğlu, *Bölge Devlet’de Egemenlik/Yetki Paylaşımı*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Ulusal Egemenlik ve Bütünleşen Avrupa* panelinde sunulan tebliğ, 17 Nisan 2002, dipnot 1.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1980'lerin ortalarından itibaren ve daha ziyade gelişmiş liberal ekonomilere sahip devletlerin ağırlıklı olarak etkili olduğu uluslararasılaşan veya küreselleşen bir yönetim arayışının, uluslararası ve uluslararası kurumların artan otorite sorunlarına paralel olarak, günümüz dünyasına hakim olduğu görülmektedir. Çoğunlukla bu arayış kökünü, ulus devletinin bazı sorunlara, özellikle ekonomik veya ekonomik olsun ya da olmasın büyük ölçekli etkisi ulus devletlerin sınırlarını aşan ve verimliliğin öne çıktığı faaliyetlere, cevap veremediği argümanında bulur.

Öte yandan, doğrudan demokratik katılım ve yakın temsil siyasal kuramının etkisi ile, bir yerselleşme ve bölgeselleşme eğiliminin de bu arayış ile hemen hemen aynı tarih diliminde yol aldığı görülmektedir.

Birinin yekdiğerinden aksi yöne doğru ivmelendiği görülen bu vektörlerin, ayrı yönde ve birbirlerine karşıt olarak ilerlemeleri üzerinde çok fazla düşünülmezken, ortak yönleri olan, 'ulus devletinin karşısında pozisyon alma'nın üzerinde alabildiğine çok düşünce geliştirilmesi ve siyasal kuramlar oluşturulması dikkat çekicidir. Bu karşı pozisyon alış üzerine yoğun düşünsel faaliyetler iki noktaya odaklanmaktadır: Karar alma yetkisinin en uygun seviyesinin ulus devlet olduğuna ilişkin yerleşik düşünceye karşıtlık ve ulusal demokratik süreçlerdeki çözümlerin kötü tecrübelerle sonuçlanmasına ve ulus devletindeki siyasal otoritenin parçalanarak dağılmasına yapılan vurgu.

AB'ye üye ulus devletleri arasında egemenliğin yapısı, üniter devletten federal devlete uzanan bir çerçevede değişmekle kalmayıp, bazı devletler açısından, dikey düzlemde ulus devletinin altında bölgeler içeren, üniter devlet ile federal devlet arasında bir biçim olan bölgesel devlete kadar uzanırken¹, söz konusu bu devletler bir yandan da, egemenliğin yapısını karar alma yetkisini dikey düzlemde ulus devletinin üstünde, uluslararası niteliği olan AB'ye kaydırarak değiştirmektedirler. AB için egemenlik ve egemenlik devrine dayanan yetki düzeni ile ilgili sorunlar, sözü edilen küreselleşme ve bölgeselleşme eğilimlerinin odaklandığı iki noktadan biri olan

¹ Bu tip devletlere İtalya ve İspanya örnek gösterilmektedir; bölgesel devlette egemenlik konusunda bkz., Naz Çavuşoğlu, *Bölgeli Devlet'te Egemenlik/Yetki Paylaşımı*, www. e-akademi.org., 13 Eylül 2006.

karar alma yetkisinin en uygun seviyesinin ulus devlet olmadığının, bazı alanlarda egemenlik devrine dayanan yetkinin uluslarüstü bir yapıya ve onun kurumlarına ait olduğunun tespitine karşılık gelir. 80'lerden önce bu alanlar, Üye Devletlerin, egemenlik ve egemenlik devrine dayanan yetkinin AB'ye ait olmasına esaslı itirazlarının olmadığı alanlar olmuştur. Bu nedenle, itirazın olmadığı yerde, bu egemenlik devrinin ve ona dayanan yetki düzeninin hukuksal tespiti ve hukuki meşruiyetinin kaynağı sorunu, egemenlik devrinin ve ona dayanan yetki düzeninin sorun olacağı alanların ortaya çıkmaya başladığı zamanlara, sırasıyla, Avrupa Tek Senedi, Maastricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması ve Nice Antlaşmasının yürürlüğe girmeye başladığı zamanlara ertelenmiştir. Ama egemenlik devri, ne bu antlaşmalarda, ne de ilk kurucu antlaşmalar olan AET, AKÇT ve AAET antlaşmalarında düzenlenmiştir.

Egemenlik devrinin antlaşmalarda açıkça düzenlenmemiş oluşu, antlaşmaların bazı hükümlerinin (ATA m. 95, 249/2, 251 ve 308 gibi) bu devrin yapıldığı sonucuna varılmasını engelleyemediği gibi, AD'nin, antlaşmaların diğer bazı hükümlerini (ATA m. 249/3) yorumlayarak ve spesifik bir maddeye dayanmaksızın, antlaşmaların uluslarüstü niteliğini vurguladığı AB hukukunun üstünlüğü gibi doktrinlerle, egemenlik devrinin yapıldığı sonucuna varmasını da önleyememiştir.

Antlaşmalardan bu sonuçların çıkartılması, AB bütünleşme sürecinin kritik bir safhaya, AB ile Üye Devletler arasında egemenlik devrinin niteliğinin ve bu devre dayanan yetki düzeninin hukuki ve meşru olup olmadığının tartışıldığı safhaya girmesine yol açmıştır. AB kurumlarının, ekonomi ile ilgili alanların dışında veya ekonomi ile ilgili alanları kullanmak sureti ile başka alanlarda yetki kullanarak tasarruf etmeyi yapılan egemenlik devrine bağlamaya başlayan bütünleşmecî (integrationist) aktivitesi, Üye Devletlerin reaksiyonuna neden olmuştur.

Üye Devlet mahkemeleri, özellikle Anayasa Mahkemeleri, antlaşmalardan açıkça veya yorum yolu ile çıkartılan egemenlik devrinin, ulusal anayasal kimlik ve ulusal anayasal ilkelere konu olan bazı hassas alanlarda hukuki ve meşru olmadığını ileri sürmüş ve AB'nin hukuki ve meşru olmayan bir egemenlik devrine dayanan

kontROLSÜZ bir yetkiye sahip olmasını önleyici anayasal bir koruma yaratmıştır.²

Çalışmamızın AB’de egemenlik ve yetki paylaşımı ve bu paylaşımın kontrolü açısından vardığı sonuca, dört tespit ışığında yaklaşacağız.

i) İlk tespit olarak denilebilir ki, AB’nin egemenliği sınırlı bir egemenliktir ve bu sınırlı egemenliğine dayalı bir yetki düzeni vardır.

Üye Devletlerin anayasal düzenleri ve Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin ulusal anayasal kimlik ve ulusal anayasal ilkelere dayanan içtihadı, bazı hallerde, egemenlik devri ve AB’nin buna dayanan yetki düzeninin hukuki meşruluğunun belirsizleşmesine sebep olmaktadır. Kesin, belirlenmiş ve düzgün işleyen bir yetkiler düzeninin olmaması, bu düzeninin aksaklıklarının neden olduğu zararların bireyler üzerinde doğması sonucunu vermektedir ki Anayasa Mahkemeleri buna izin vermemektedir. Bu anlamda AB’nin, sınırlı egemenliğine dayanan münhasır yetki kullanımının bu sınırı aşan tasarrufları ve münhasır yetkilerin dışında kalan diğer tüm yetki kullanım kurallarına dayanan tasarrufları, Üye Devlet Anayasa Mahkemeleri tarafından, ulusal anayasal kimlik ve ulusal anayasal ilkelere karşılık gelen ve egemenlik devrini kabul etmedikleri, temel hak ve özgürlüklerin korunması, demokratik devlet ilkesi ve kendi anayasalarının değişmez bazı maddeleri ile ilgili oldukları sürece, yetkinin hukuk dışı ve meşru olmayan bir kullanımı olarak tespit edilmektedir.

ii) Böylece ikinci tespit olarak denilebilir ki, Üye Devletler bazı hassas konulara referans yaparak AB’nin sınırlı egemenliğinin sınırlarını çizmekte ve bu sınırların dışında kalan yetki kullanımını kabul etmemektedir.

Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin bu hassasiyetlerine, AB seviyesinde, kurucu antlaşma değişiklikleri ve AD kararları ile karşılık verilerek yetki çatışmaları önlenmeye ve hukuki meşruiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Verilen bu karşılığın siyasal kapsamını ve yapılan hukuki düzenlemeler üzerindeki siyasal etkileri bir yana bırakacak olursak, AB yetki düzeninin hukuken meşru hale gelmesi

² Christian Kirchner, *Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution*, CPE, Cilt 8/1, 1997, s. 71

için iki önemli hukuki araç söz konusudur: Üye Devletlerin iradesinin açıkça arandığı bir usul olan antlaşma değişikliği ile AB'nin yetkilerinin normatif olarak düzenlenmesi ve AD'nin bu yetki düzeni üzerindeki yargısal denetimi.

AB yetki düzeninin Üye Devlet yetkileri karşısında hukuki meşruiyetini sağlamak ve yetki çatışmalarını çözmek, AB kurumlarının yetki sahibi olarak kullanacağı çeşitli yetki kurallarını antlaşmalarda düzenlemek yolu ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Yapılan analizden görüleceği gibi bu yetki kullanım kurallarının niteliği değişmektedir.³ AET antlaşmasının, Avrupa Tek senedi ile değişime uğramaya başlamadan önceki halinde, yetki kullanımı daha çok antlaşmadaki amaçlar veya fonksiyonel yetki kuralları vasıtası ile gerçekleştiriliyordu. Yetki düzeninin sorun olmadığı bu dönemden sonra ardı ardına gelen değişiklikler ile AB yetki düzeni, sınırlı yetki, münhasır yetki- münhasır olmayan yetki, alan yetkileri, *subsidiarity* ilkesi, yeni veya içeriği değiştirilen fonksiyonel yetki ve nihayet verilmiş yetkiler ilkesi ve kategorikleştirilmiş yetkilerden oluşan, çeşitli yetki *ilke ve türlerini* içeren bir yetki kuralları bütünü haline gelmiştir. Bu yoğun düzenleme, Üye Devletler ile yetki paylaşımının her antlaşma değişikliği sonrasında yeniden gündeme gelmesini önleyememiştir.

Üye Devletler'in kurumları ve özellikle Anayasa Mahkemelerinin, yetki düzeninin sürekli geliştirilmesi karşısında, bahsi geçen konularda hukuki ve meşru yetki kullanımına ilişkin hassasiyetlerinden vazgeçmemelerinin nedenleri, kanımca, üç başlık altında toplanabilir.

a) AB yetki düzeninin yetki kullanım kuralları vasıtası ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin hukuki meşruluğu sağlayamamasının *birinci* nedeni, bazı yetki kullanım kurallarının sorunlu bir şekilde düzenlenmesinin yetki çatışmasına yol açmasıdır. Bu tip sorunlu düzenlenişlerin neticesinde, yetkinin AB ve Üye Devletleri arasındaki paylaşımı konusunda mahkemeler farklı kararlar vermekte ve kararlar arasında çatışma meydana gelmektedir.

Bu tip düzenlemelere örnek olarak, yetki düzeni içinde kendisinden önemli

³ Supra. s. 97-138

bir işlevi yerine getirmesi beklenen, *subsidiarity* ilkesi gösterilebilir. İlkenin yapılan analizinde görülmüştü ki, münhasır yetki alanları dışındaki alanlarda söz konusu olan *subsidiarity* ilkesinin uygunluk ölçütü, alınacak kararın, hakkında karar alınacak *konuya* etkili ve geçerli bir şekilde hitap edecek bir seviyede alınıp alınmayacağına tespitine yöneliktir. Düzenlemenin sorunlu oluşu da burada başlamaktadır. Uygunluk ölçütünün hukuken uygulanabilir olması için, hakkında karar alınacak *konunun* kesin ve açık bir şekilde belirtilmesi gerekir; konu paylaşılan yetkiler gibi geniş ve genel bir şekilde tanımlandığında, en uygun seviyenin bulunması zorlaşır ve ölçüt takdire son derece açık bir hale gelir.

Bir diğer örnek de, ATA m. 308'in 'gerçekleştirilmesi zorunlu amaçlar' ifadesidir. AB'nin antlaşmalarda herhangi bir yetki olmaması durumunda antlaşmalardan kaynaklanan amaçlardan birini gerçekleştirmesinin zorunlu olması halinde kendini yetkilendirebileceğini düzenleyen bu madde, AB kurumları ve Üye Devlet kurumlarının, antlaşmalardaki amaçların neler olduğu ve ilgili amacın gerçekleştirilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda farklı değerlendirmeler yapmasına neden olmakta, bu farklı değerlendirmeler de yetki çatışması yaratmaktadır.

Ve nihayet geniş anlamda zımni yetki ilkesi de, yetki kullanım kurallarının düzenleniş biçimi nedeniyle oluşan yetki çatışmasına bir örnek olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda, AD'nin ATA'nın amaçlarından hareket ederek AT'nin zımnen yetki kullanımına izin vermesi, Üye Devletlerin açık ve atfedilmiş yetki ilkesine aykırılık itirazlarına sebep olmaktadır. Üye Devlet mahkemeleri, AD'nin zımni yetki için referans yaptığı amaçların zımnen yetkilendirme için yeterli olmadığı yorumunu yapmakta ve bu durumu yetki aşımı olarak nitelendirmektedir.

b) AB yetki düzeninin yetki kullanım kuralları vasıtası ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin hukuki meşruluğu sağlayamamasının *ikinci* nedeni, egemenlik devrinin ve buna dayanan bir yetki kuralının hiç bir şekilde söz konusu olmadığı AB faaliyetlerinin, bu faaliyetler için düzenlenmiş istisnai *bağlantı hükümleri* ile yetki kuralları arasında bağlantı sağlanarak gerçekleştirilmesidir. Şu an yürürlükteki antlaşmalarda egemenlik devrinin ve buna dayanan bir yetki kuralının söz konusu olmadığı bu faaliyetlerin en önemli örneği, Üye Devletlerin,

ABA ile getirilen ve tamamen Üye Devletlerin olağan uluslararası ilişkilerine karşılık gelen hükümetlerarası diyalog ve oybirliğine dayanan Ortak Güvenlik ve Dış Politaka (Common Foreign and Security Policy)'dır (OGDP-CFSP). Topluluk hukukunun, üstünlük, doğrudan etki veya uluslarüstü karakterinin geçerli olmadığı bu alanlarda AB, Üye Devletlerin tam bir hakimiyeti ve kontrolü altında OGDP'nin yürütülmesi için bazı ortak tutumlar alır ve eylemler gerçekleştirir.⁴ Ancak bu tutum ve eylemleri gerçekleştirirken AB egemenlik devrine dayanan bir yetki kullanımına değil, Üye Devletlerin tam bir egemenliğe sahip olduğu ve oybirliği usulüne dayanan tasarruflarda bulunur. Bununla birlikte, AB OGDP gereği bir ortak tutum ve eylem benimsediğinde, bu eylem ve tutum bir ya da birden çok üçüncü ülke ile ekonomik ilişkileri tamamen ya da kısmen kesmeyi veya azaltmayı gerektiren bir önlem öngörür ise, söz konusu önlem ekonomik bir önlem olduğu için, AB'nin bu önlemi bir *bağlantı hükmü* vasıtası ile Topluluk eylemi olarak alması hükme bağlanmıştır.⁵ Buna göre böyle bir durumda Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine, nitelikli çoğunluk oy nisabı ile gerekli acil önlemleri alır.

Ancak bu önlemlerin yetki düzeninin kapsamı içinde olup olmadığı ve bu anlamda hukuken meşru olup olmadığı bir davada tartışma konusu olmuştur.⁶ Bu tartışmanın en önemli yönü, OGDP gereği alınan bir ortak tutumun veya eylemin, Topluluk düzeyinde bir tasarruf ile düzenlenmesini öngören ATA m. 301'e dayanılarak alınacak önlemin kapsamının ATA m. 308 ile irtibatlandırılmasıdır.

BM Güvenlik Konseyi'nin, " BM üyesi Devletler'in Taliban ve onun kontrolü altındaki topraklarda barınan Usame Bin Laden ve örgütü ile doğrudan veya dolaylı alakası olan kimselerin malvarlıklarının dondurması' hükmünü içeren Kararı üzerine⁷, AB Üye Devletleri OGDP kapsamında ve BM Güvenlik Konseyi'nin Kararının koşullarına uygun olarak, Usame Bin Laden, EL Kaide üyeleri, Taliban ve bunlarla ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin malvarlıklarının dondurulmasının şartlarını tanımlayan bir ortak tutum almıştı.⁸ AB Bakanlar

⁴ ABA m. 13-15, 23

⁵ ATA m. 301

⁶ Dava ilk önce CFI'da (AT İlk Derece Mahkemesi) karara bağlanmış (21 Eylül 2005 tarih ve T 306/01 sayılı karar) ve akabinde temyiz edilmiştir. Şu an, AD önünde derdesttir, Case 415/05, Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission.

⁷ BM Güvenlik Konseyi'nin 15 Ekim 1999 tarih ve 1267 sayılı Kararı.

⁸ 2002/402/CFSP sayılı Ortak Tutum.

Konseyi'nin bu ortak tutumu takiben, ATA m. 301 ve 308'e dayanarak, ortak tutuma göre belirlenen kişilerin malvarlıklarına karşı özel sınırlayıcı önlemler alması üzerine⁹, malvarlıklarına sınırlama getirilen kişiler, mülkiyet haklarını ve AB'nin yetkisizliğini ileri sürerek dava açmışlardır.

Derdest olan davanın -diğer yönlerini bir kenara bırakırsak- en önemli yönü, tamamen Üye Devletlerin egemenliğinde kalan bir konuda, ATA m. 301 bağlantı hükmü kullanılarak, bir AB yetki alanı olan sermayenin sebest dolaşımı alanına ATA m. 308 vasıtası ile geçilmesi ve bunun AB yetki düzeninin hukuki meşruluğu üzerindeki etkisidir.¹⁰ AB'nin sınırlı egemenliğine ve buna dayanan yetki kurallarına tamamen yabancı konuların yetki düzeni üzerindeki bu etkisi, AB yetki düzeninin yetki kullanım kuralları vasıtası ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin hukuki meşruluğu sağlayamayacağına önemli bir göstergesi olarak karşımıza çıkar. Ayrıca belirtmeliyim ki OGDG sadece bir örnektir; başka konularda da aynı sorunla karşılaşmaya başlanmıştır.¹¹

c) AB yetki düzeninin yetki kullanım kuralları vasıtası ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin hukuki meşruluğu sağlayamamasının *üçüncü* nedeni, AB gibi çok merkezli siyasal sistemlerde, yetki düzeninin yetki kullanım kuralları vasıtası ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin yetki düzeninin hukuken meşru olması için gerek şart olması ama yeter şart olmamasıdır.¹² Yasama faaliyeti için, yetki veren bir kuralın gerekliliği bir olmazsa olmaz koşul olduğundan, bir mahkemenin hukuki denetimi zorunludur. AB gibi çok merkezli siyasal sistemlerde bu yetki kurallarının normatif şekilde düzenlenmesi, hem çok merkezliliğin çatışma yaratıcı karakteri nedeniyle¹³ ve hem de bu tür ayrıntılı düzenlemelerin yukarıda bahsedilen sorunları yaratması nedeniyle, hukuki meşruluğu sağlamak için yeterli olmaz. Yeter şart, normatif düzenlemenin bir yargısal denetiminin de olmasıdır.

⁹ 27 Mayıs 2002 tarih ve 467/2001 sayılı Konsey Tüzüğü

¹⁰ Konunun niteliği sebebiyle, Üye Devletlerden bir yetkilendirme kuralı olan ATA m. 308'in bu amaçla, yani OGDG'nin gereklerine binaen iç pazarın işleyişinin bozulmaması amacıyla, kullanılmasına itiraz gelmemiştir. Ancak bu yol açılınca AB yasama kurumlarının ATA m. 301 ve 308'i kullanarak aktif bir tutum alacağı beklenmelidir ve bir gün konunun *niteliği* üzerinde Üye Devletler arasında bu denli bir oйдаşma olmayabilir.

¹¹ Açıktır ki, AB ceza hukukunda yetkisizdir. Bununla birlikte ceza hukuku alanında benzer bir sorunun ortaya çıktığı bir dava için bkz., Case 176/03 Commission v. Council [2005] ECR-I 7879.

¹² Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Third Eds., OUP, 2003, s. 138, para. 2

¹³ *Supra*. s. 43-44 ve 95-96

iii) Böylece, AB'nin sınırlı egemenliğinin ve buna dayanan AB yetki düzeninin, AB kurumları yanında Üye Devletlerin iradesinin de açıkça arandığı antlaşma değişikliği yolu ile normatif bir şekilde düzenlenmesinin, tek başına hukuki meşruluğu sağlayamayacağı üçüncü bir tespit olarak yapılabilir.

Bu tespit bizi AB yetki düzeninin hukuki meşruluğunu sağlamak için gerekli olan ikinci araca, bu yetki düzeninin bir mahkeme ile yargısal denetiminin sağlanmasına götürmektedir.

ATA m. 220/1'e göre, antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uygunluk denetimini AD yapar. Bu hüküm gereği ve bu hükmü takiben, bu denetimin nasıl yapılacağına ilişkin, dava çeşitleri, dava sebepleri ve kimlerin taraf olabileceği gibi bir dizi düzenleme de antlaşmalarda yer almıştır.¹⁴

AD'nin AB hukuk düzeninde genel olarak yargı denetimi yapabileceği açıktır; öğretilerde aralarında *Bogdandy*'nin de olduğu bazı yazarlar, bu genel yargı denetiminin AD'ye yetki çatışması anlamında da yetki verdiğini ileri sürmekte ise de¹⁵, yetki düzeninden kaynaklanan yetki çatışmalarının çözülebilmesi özellik arz eden bir yargısal denetim gerektirdiğinden, AD'nin bunu yapmasının aşağıdaki nedenlerle mümkün olmadığı kanaatindeyim.

a) İlk olarak, antlaşmaların bireylere yargısal olarak etkili bir biçimde ileri sürülebilen haklar ve yükümlülükleri veren bir dizi hukuki düzenlemeyi egemen devletleri bağlayıcı şekilde düzenlemesine¹⁶ karşın, bunların yaratacağı yetki çatışmalarının AD tarafından çözüleceğini içeren bir düzenleme yapmaması, AD'nin yetki çatışmalarında yargısal denetim yapamayacağını en önemli göstergesidir.

b) İkinci olarak, buraya kadar yaptığımız tüm inceleme göstermektedir ki, kurucu antlaşmalar ve onları değiştiren sonraki antlaşmalar, AB'nin yetki düzenini

¹⁴ ATA m. 226-244

¹⁵ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, *The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform*, CMLRev., Cilt 39, Sayı 2, 2002, s. 256

¹⁶ Alec Stone Sweet, *Constitutional Dialogus in the European Community*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998 içinde, s. 306

yoğun bir şekilde ve ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Buna karşın, antlaşmaların hiçbir yerinde, yetki düzeninden kaynaklanan çatışmaların yargısal denetiminin AD tarafından yapılacağına ilişkin bir yetki çatışması hükmü yoktur.¹⁷ Antlaşmalara ek bazı protokoller ile getirilen etkisi sınırlı hükümlerin bu nitelikte olmadığı açıktır.

c) Üçüncü olarak ve içtihat hukuku anlamında, Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin, yukarıda bahsi geçen bazı hassas konulara ilişkin yetki çatışmalarında, yetkinin tespitinde kendilerini yetkili görmelerine ilişkin kararları da AD'nin yetki çatışmalarında yargısal bir denetim yapmasına engel teşkil edici niteliğe sahiptir. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin ve Danimarka Yüksek Mahkemesinin Maastricht kararı ve Fransız Anayasa Konseyinin Maastricht ve AB Anayasal Antlaşmasına ilişkin kararlarından açıkça anlaşılmaktadır ki, bu mahkemeler geçerli gerekçelere dayanarak yetki çatışmalarının çözülmesinde kendilerini yetkili saymaktadır. Anayasal egemenliğe sahip devletler olmaları, Üye Devlet mahkemelerinin bu yetkiyi kendilerinde görmelerinin en geçerli gerekçesidir. Üye Devlet mahkemelerinin sadece bu içtihadının AD'yi yetki çatışmalarında yargı denetimi dışına çıkarmayacağı ileri sürülebilir. Ancak, sayılan diğer iki neden ile beraber değerlendirildiğinde, AD ve Üye Devlet mahkemelerinin *Kompetenz- Kompetenz* içtihatlarındaki farklılık¹⁸, AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki düzeninin hukuki meşruluğunun sağlanmasını mümkün kılmamaktadır.

iv) *Bu sebeple dördüncü tespit olarak denilebilir ki, AB yetki düzeninin hukuki meşruluğunu sağlamak için gereken yargısal denetim, yürürlükteki AB hukuku dikkate alındığında, AD tarafından yapılamaz.*

Bu denetimin nasıl yapılacağına ilişkin -özellikle Anayasal Antlaşma için toplanan Konvansiyon sırasında- öğretilerde bazı öneriler yapılmıştır¹⁹; ancak

¹⁷ AB kurumlarının tasarruflarının yetki yokluğu sebebiyle iptal edilmesine olanak sağlayan ATA m. 230 hükmünün bu fonksiyonu yerine getirmesi mümkün değildir. Söz konusu hüküm, AD'nin, kurumların antlaşmanın bir yetki hükmüne dayanmaması veya doğru bir yetki hükmüne dayanmaması halinde tasarrufu iptal etmesini sağlar; AB kurumları ve özellikle AD ile Üye Devlet mahkemeleri arasında yetki aşımına ilişkin bir çatışmayı çözme yetkisini AD vermez.

¹⁸ Supra. s. 76-92.

¹⁹ Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization*, IJCL, Cilt 2, No 1, 2004, s. 461; Damian Chalmers, *Judicial Authority and the Constitutional Treaty*, IJCL, Cilt 3, No 2-3, özel sayı, 2005, s. 448; Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 257-263

bunlardan hiçbiri üzerinde bir oydaşma sağlanamamıştır.

Statükonun korunması ve AD'nin –usuli ve kurumsal bazı düzenlemeler desteğinde- yetki çatışmalarında şu anki pozisyonu itibari ile yargısal denetimi yapmasına ilişkin öneriler²⁰ yukarıda açıklanan nedenlerle kabul edilemez. Bu önerinin farklı bir versiyonu ise, AD'nin hukuki muhakeme ve gerekçelendirme vasıfları üzerinde durmaktadır.²¹ Buna göre, AD'nin, “yargısal uyuşmazlıkları tespit ederken bile, farklı menfaatleri azami derecede içerecek bir hukuki muhakeme ile kararlarının meşruluğunu ve otoritesini daha iyi sağlaması ve yorumda tercih ettiği seçeneği, bunun diğer seviyelerdeki kişi ve kurumları nasıl etkileyeceğini hesaba katarak, kararlarında daha açık bir şekilde içermesi ve gerekçelendirmesi gerektiği”²² ileri sürülmüştür. Kanımca, AD'nin bir yasama kurumu gibi muhakeme yapmasını beklemek doğru değildir. Kaldı ki bu eğilim belli ölçüde AD'de vardır ancak bu onu yetki çatışmasını çözen bir mahkeme değil, yetki çatışmasının tarafı bir mahkeme yapar hale gelmiştir.

Bir diğer öneri, AD'na alternatif olarak, yargısal ya da yarı-yargısal bir yeni kurum ihdas etmektir. Bu önerinin en önemli argümanı, yetki çatışmasında AD'ye son kararı verme yetkisinin tanınmasının, AB ile Üye Devletler arasındaki yetki düzeninin siyasal niteliğini giderek daha fazla öne çıkaracağıdır.²³ AD'nin kullandığı, yorumsal muhakeme, mantıksal indirgeme ve sıkı hukuki biçimciliğin, siyasal tartışmalara açık bir niteliği olan yetki çatışmalarının çözümüne yardımcı olmayacağı öne sürülmüştür.²⁴ Böylece, yetki çatışması sorunu, giderek siyasal düzlemlere kayacaktır. Ancak AD yerine, AD ve ulusal anayasa mahkemeleri yargıçlarından oluşacak Fransız Anayasa Konseyi gibi bir kurumun oluşturulması önerisinin kabulünün²⁵, bu siyasallaşmayı nasıl önleyeceği açık değildir.²⁶

Sonuç olarak, AB ile Üye Devletleri arasındaki yetki düzeni ve bu

²⁰ Bu önerilerin içeriği için bkz., Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s.258-259

²¹ Grainne de Burca, *The principle of Subsidiarity and the Court of Justice as Institutional Actor*, JCMS, Cilt 36/2, 1998, s. 217

²² İbid. s. 233

²³ J.H.H. Weiler, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, ELR, Cilt 22, 1997, s. 150

²⁴ İbid. s. 155

²⁵ J.H.H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, JCMS, Cilt 35, No 1, 1997, s. 97

²⁶ Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, s. 257

düzenden kaynaklanan yetki çatışmalarına hukuki ve meşru bir zeminin nasıl sağlanabileceğinin, bu tez boyunca yapılan analiz ve burada kristalleşen *dört* tespitinin de ışığında, Üye Devletler'in kararına bağlı olduğu kanaatindeyim.

Üye Devletlerin, yetki konusunda yargı denetimini -ulusal parlamentolar ve hükümetlerin başını çektiği bir siyasal arena içinde oluşturulan bir yetki düzeni içinde- etkilemeye devam etmeyi, yani statükoyu sürdürmeyi tercih etmeleri durumunda, yetki konusunda kim karar verecek problemi –problemin değişkenleri siyasal aktörlerin elinde kaldığı için- hukuken tartışılır halde kalmaya devam edecek ve meşruluğu sorgulanacaktır. Üye Devletler bu tercihi yaptığı sürece, AD hakiminin kararlarının “gemi ve tankerlere ilişkin düzenleyici bir kuralı yorumlarken, filika olarak uçan bir bot kullanılabileceğine ilişkin yargısal takdir içeren yorumlarının, filika olarak bir otomobil kullanılabileceğine dair yargısal aşırılık içeren bir yoruma doğru”²⁷ varabileceğinin siyasal arenada sürekli düşünülmesi ve tartışılması, hukuki meşruluk üzerinde belirsizliğe neden olacaktır.

Öte yandan, Üye Devletler, yetki düzenini ve yargısal denetimini, kontrollerinde tuttıkları siyasal arenanın konusu olmaktan çıkartıp, onun hukuken meşru hale getirilmesini sağlayacak bir tercih de yapabilirler. Bu seçenek şu anda geçerli yetki düzeninde yapılacak iki değişiklik ile mümkün olabilir.

İlk olarak, Anayasal Antlaşma'dan önce de kabul edilen ve Anayasal Antlaşma'da “AB, bu Anayasa ile Üye Devletler tarafından verilen yetkilerin sınırları içinde tasarrufta bulunabilir” şeklinde yer alan atfedilmiş/tevidi edilmiş yetkiler ilkesini düzenleyen hükümden, ‘Üye Devletler’ ibaresi çıkartılarak, “AB, bu Anayasa'da kendisine verilen yetkilerin sınırları içinde tasarrufta bulunabilir” şeklinde bir hüküm getirilebilir. Böylece AB yetki düzeni, Üye Devletler siyasal ve anayasal düzenlerinden tamamen bağımsızlaştırılıp, hukuki meşruluğu sadece kendi *temel* yasasından alır hale gelir.²⁸

²⁷ Glanville Williams, *Language and the Law*, LQR, Cilt 61, 1945, s. 303, aktaran: Gunnar Beck, *The Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict Between Right And Right In Which There Is No Praetor*, ELR, Cilt 30/1, 2005, s.9.

²⁸ Anayasal Antlaşma'yı hazırlayan Konvansiyonun maddeye ilişkin üzerinde mutabık kalınan orjinal teklifi de benzer ifadeleri içeriyordu; ancak Konvansiyona, Üye Devlet hükümetlerini temsilen katılan üyeler ve özellikle de İngiliz hükümeti temsilcilerinin şiddetli karşı çıkışları, maddenin bu şekilde çıkmasını önlemiştir. Bu konuda bkz., Kimmo Kiljunen, *The EU Constitution*, Publications of the Parliamentary Office, Helsinki, 2004, s. 70

AB'nin, Üye Devletlerden değil, ama onların ulusal anayasal usullerine göre onayladığı bir Anayasa'nın oluşturduğu normatif yetki düzenine dayanmasının hukuki meşruluğu sağlaması için, ikinci olarak, "AD, bu Anayasaya'da kurulan yetki düzeninden kaynaklanan yetki çatışmalarında yargısal denetimi yapmaya yetkilidir" hükmü getirilebilir. Yapılacak ilk değişiklik ile beraber bu değişiklik AD'ye, bir mahkemenin meşruluğu için gereken nitelikleri, otonomiye sahip olma, tarafsız olma ve ehil olma niteliklerini sağlar.

Böyle bir tercih doğrultusunda karar vermek, AB'yi, hukukiliği ve meşruluğu tartışılmayan bir federal devlet, Üye devletleri de federe devlet haline getirebilir; aksi halde Üye Devletler birer devlet, AB ise, yetki düzeninin hukuken meşruluğu tartışma konusu olan bir 'şey' halinde kalmaya devam eder.

Bibliyografya

Kitaplar

Albi, Anneli, (2005), “EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe”, Cambridge University Press.

Bailyn, Bernard, (1990), “The Ideological Origin of the American Revolution”, Harvard College Press.

Baykal, Sanem, (2002), “AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar”, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi.

Betten, Lammy & Grief, Nicholas, (1998), “EU Law and Human Rights”, Longman.

Bronitt, Simon, Burns, Fiona & Kinley, David, (1995), “Principles of European Community Law”, LBC Casebooks.

Buergenthal, Thomas & /Maier, G. Harold, (1990), “Public International Law”, 2. baskı, Nutshell Series.

Cassese, A., Clapham A. & Weiler J. H. H., (1991), “European Union: The Human Rights Challenge”, Baden-Baden.

Craig, Paul & De Burca Grainne, (1999), “The Evolution of EU Law”, Oxford University Press.

Craig, Paul & De Burca, Grainne, (2003), “EU Law-Text, Cases and Materials”, 3. Bası, Oxford University Press.

Çelik, Edip, (1986), “Milletlerarası Hukuk-Brinci Kitap”, Filiz Kitabevi.

Dehousse, Renaud, (1994), “Europe After Maastricht: An Ever Closer Union”, Munchen Law Books.

Dicey, Albert Venn, (1961), “Introduction to the Study of th Law of Constitution”, 10. bası, Macmillian and Co.

Doğan, İzzettin, (1979), “Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu”, Fakülteler Matbaası.

Evans, D. Malcolm, (2003), “International Law”, Oxford University Press.

Farnsworth, E. Allan, (1996), “An Introduction to the Legal System of the United States”, 3. Bası, Oceana Publications Inc.

Fischer, Thomas & Schley, Nicole, (2000), “Organizing a Federal Structure for Europe- An EU Catalogue of Competencies”, Bertelsmann Foundation Publishers.

Fowler, Michael Ross & Bunck, Julie Marie, (1995), “Law, Power and the Sovereign State- The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty”, Penn State University Press.

Gümrükçü, Harun, (2003), “Küreselleşme ve Türkiye”, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü.

Gündüz, Aslan, (1996), “Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar hakkında Temel Metinler”, Beta Yayınları.

Günuğur, Haluk, (1996), “Avrupa Topluluğu Hukuku”, 3. Baskı, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi.

Günuğur, Haluk, (2003), “Türkiye AB İlişkileri - Antlaşmalar, Kararlar, Belgeler, Uyum Yasaları”, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını.

Hart, H.L.A., (1997), “The Concept of Law”, Oxford.

Hartley, Trevor C., (2003), “The Foundations of European Community Law”, OUP.

Hartley, C. Trevor, (1999), “Constitutional Problems of the European Union”, Hart Publishing.

Hohfeld, W.N., (1964), “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, Yale University Press.

Kaboğlu, İbrahim Ö., (2006), “Anayasa Hukuku Dersleri”, 3. Baskı, Legal Yayınları.

Kapani, Münci, (1989), “Politika Bilimine Giriş”, 5. Basım, Bilgi Yayınevi.

Karakaş, Ayşe Işıl, (1993), “Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği”, Der Yayınları.

Karakaş, Işıl, (2003), “Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler”, Yenilik Basımevi.

Krasner, Stephen, (1999), “Sovereignty: Organized Hypocrisy”, Princeton University Press.

Kellerman, A., De Zwaan, J. & Czuczai J., (Eds.), (2001), “EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level”, Asser Press.

Kiljunen, Kimmo, (2004), “The EU Constitution”, Publications of the Parliamentary Office.

Lasoc, Dominic & Bridge, J.V, (1994), “Law & Institutions of the EU”, Butterworths.

Louis, Jean Victor, (1993), “The Community Legal Order”, The European Perspectives Series.

Lütem, İlhan, (1947), “Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk”, Sakarya Basımevi.

MacCormick, Neil, (1999) “Questioning Sovereignty- Law, State, and Nation in the European Commonwealth”, Oxford University Press.

Mc Coy Drew R., (1989), “The Last of the Fathers: James Madison and the Republican Legacy”, Cambridge.

Nalbant, Atilla, (1997), “Üniter Devlet- Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye”, Yapı Kredi Yayınları.

Nelsen, A.F. & Stubb, A.C.G., (1994), “The EU: Readings on the Theory and Practice of European Integration”, Lynne Rienner Publishers.

Nomer, E. & Eskiurt Ö., (1975), “Avrupa Sözleşmeleri”, Fakülteler Matbaası.

Oder, B. Emrah, (2004), “Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık”, Anahtar Kitaplar Yayınevi.

Petlant, C., (1973), “International Theory and European Integration”, The Free Press.

Pescatore, Pierre, (1974), “The Law of Integration: Emergence o a new Phenomenon in International Relations based on the experience of the European Communities”, Leiden, A.W.Sijthoff.

Reed, J.H., (2000), “Powers versus Liberty: Madison, Hamilton and Jefferson”, University Press of Virginia.

Spaak, Torben, (1994), “The Concept of Legal Competence, An essay in Conceptual Analysis”, Dartmouth Press..

Schneider, G., & Aspinwall M., (2001), “The Rules of Integration: Institutional Approaches”, Manchester University Press.

Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J. H. H. (eds), (1998), “The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence”, Hart Publishing.

Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, (2001), “1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku”, Yapı ve Kredi Yayınları, 2. baskı, 2001.

Uygun, Oktay, (1996), “Federal Devlet- Temel İlkeler, Kurumlar ve Uygulama”, Çınar Yayınları.

Walker, Neil, (eds), “Sovereignty in Transition”, 2003, Hart Publishing.

Weatherill, Stephen/Beaumont, Paul, (1999), “EU Law”, 3. Baskı, Penguin Books

Wood, Gordon, (1969), “The Creation of the American Republic”, The Omohundro Institute of Early American History and Culture.

Teziç, Erdoğan, (1991), “Anayasa Hukuku”, 2. bası, Beta Yayınları.

Makaleler

Ağaoğulları, Mehmet Ali, (1986), “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 41, Sayı 1/4.

Amar, Akhil Reed, (1987), “Sovereignty and Federalism”, *Yale Law Journal*, Cilt 96.

Aziz, Miriam., (2001), “Sovereignty Lost, Sovereignty Regained: European Integration Project and the BverfG”, *Robert Schuman Centre Working Paper*, EUI 2001/31, http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/01_31.pdf, 15 Haziran 2003.

Başlar, Kemal, (2004), “Gümrük Birliği “Anlaşması”nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın) Hukuksal Niteliği”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 4/1,

Başlar, Kemal, (2005), “Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, <http://www.turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51>, 12.02.2006

Bausch, Anna Verges, (2003), “Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Power in the EU”, *Jean Monnet Working Paper*, No 9/2.

Beck, Gunnar, (2005), “The Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict Between Right and Right in Which There Is No Praetor”, *European Law Review*, Cilt 30/1.

Bellamy, Richard & Castiglione, Dario, (1997), “Building the Union: The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe”, *Law and Philosophy*, Cilt 16.

Bermann, George and Nicolaidis, Kalypso, (2005), “Basic Principles of Federal Allocation of Competence”,
<http://users.ox.ac.uk/~ssfc0041/FV-Bermann-Nicolaidis.pdf>,
21.01.2005

Bermann, George, (1994), “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, *Columbia Law Rev.*, Cilt 94.

Bernard, N., (1996), “The Future of European Economic Law in the light of the Principle of Subsidiarity”, *Common Market Law Review*, Cilt 33.

Bogdandy, Armin Von & Bast, Jurgen, (2002), “The EU’s Vertical Order of Competences: The Current Law and proposals for Its Reform”, *Common Market Law Review.*, Cilt 39, No 2.

Birkinshaw, Patrick, (2005), “Constitutions, Constitutionalism and State”, *European Public Law*, Cilt 11, No 1.

Cartabia, Marta, (2003), “The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate”, Walker, Neil, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & Oxford University Press.

Cass, D.Z, (1992), “The Word That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and Division of Powers within the European Community”, *Common Market Law Review*, Cilt 29.

Chalmers, Damian, (2005), “Judicial Authority and Constitutional Treaty”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 3/2-3

Comella, Victor Ferreres, (2005), “The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 2/1,

Craig, Paul, (1999), “The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy”, Craig, Paul & De Burca Grainne (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

Craig, Paul, (2001), “Constitution, Constitutionalism and the EU”, *European Law Journal*, Cilt 7, No 2

Cremona, Marise, (1999), “External Relations and External Competence: The Emergence of An Integrated Policy”, Craig, Paul & De Burca Grainne, (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

Cross, E.D., (1992), “Pre-emption of Member State Law in the EEC: A Framework for Analysis”, *Common Market Law Review*, Cilt 29.

Çağlar, Bakır, (1995), “Farklı Bir Zamanda Farklı Bir Mekanda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 12.

Çavuşoğlu, Naz, (2002), “Bölgeci Devlet’de Egemenlik/Yetki Paylaşımı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Ulusal Egemenlik ve Bütünleşen Avrupa* panelinde sunulan tebliğ, 17 Nisan 2002.

Daswood, Alan, (1996), “Limits of European Community Powers”, *European Law Review*, Cilt 12/2.

Dashwood, Alan, (1996), “Human Rights Opinion of the ECJ and its Constitutional Implications”, *Cambridge Center for European Legal Studies*, No.1.

De Burca, Grainne, (1998), “Subsidiarity and The Court of Justice as Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 36/2.

De Burca, Grainne, (1999), “Reappraising Subsidiarity’s Significance After Amsterdam”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, No: 7/99.

De Burca, Grainne, (1999) “The Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis”, Paul Craig & Grainne De Burca (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

De Burca, Grainne, (2001), “Human Rights: The Charter and Beyond”, *Jean Monnet Working Paper*, No. 10/01, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/papers001.html>, 11.02.2003.

De Burca, Grainne, (2003), “Sovereignty and the Supremacy Doctrine”, Walker, Neil, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & Oxford University Press.

De Burca, Grainne, (2005), “Limiting EU Powers”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 1.

De Witte, Bruno, (1998), “Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition”, Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

De Witte, Bruno, (1999), “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, Paul Craig & Grainne de Burca (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

De Witte, Bruno, (2001), “Clarifying The Delimitation of Powers”, ‘*Europe 2004 Le Grand Debate*’ konferansında sunulan tebliğ.

De Witte, Bruno., (2003), “Do Not Mention the Word: Sovereignty in two Europhile Countries”, Walker, Neil, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & OUP.

De Witte, Bruno, (1991), “Community Law and National Constitutional Values”, *Legal Issues of European Integration*, Cilt 2.

Dorwick, F.E. (1983), “A Model Of the European Communities’ Legal System”, *Yearbook of European Law*, Cilt 3.

Elbers, U., ve Urban, N., (2001), “The Order of the German Federal Constitutional of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System”, *European Public Law*, Cilt 7.

Everling, U., (1996), “Will Europe Slip on Bananas? Bananas Judgement of the ECJ and National Courts”, *Common Market Law Review*, Cilt 33.

Gaja G., (2003), “New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law”, Craig, Paul & De Burca, Grainne, *EU Law*, Oxford University Press.

Grimm, Dieter, (1995), “Does Europe Need a Constitution?”, *European Law Journal*, Cilt 1.

Goldsmith, Peter, (2001), “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, *Common Market Law Review*, Cilt 38.

Goldsworthy, Jeffrey, (2003), “The Debate About Sovereignty in United State: A Comparative and Historical Percpective”, Walker, Neil, (eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing.

Gündüz, Aslan, (1990), “İktidar ve Milletlerarası Sınırları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, No1.

Haas, E.B., (1976), “Turbulent Fields and the Theory of Regional Integration”, *International Organization*, Cilt 30, No 2.

Habermas, Jürgen, (2001), “Why Europe Needs a Constitution”, *New Left Review*, Cilt 11, 2001.

Hochschild, Joshua P., “The Principle of Subsidiarity and the Agrarian Ideal”, <http://www.nd.edu/~ndphilo/papers/Subsidiarity.html>, 10 Şubat 2004

Iglesias, Rodriguez, (1995), “The Protection of Fundamental Rights in the case law of the Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, Cilt 1.

İnceoğlu, Sibel, (2005), “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 22.

Jacque, Jean Paul, (2002), “Avrupa Birliği ve Üyeleri Arasında Yetkilerin Paylaşımı”, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, *Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası*, TBB.

Johnson, Samuel, (1977), “Taxation No Tyranny”, D.Green (Eds.), *Political Writings*, Yale of the Works of Samuel Johnson, Cilt X, <http://www.samualjohnson.com/tnt.html> , 21.02.2005

Kaboğlu, İbrahim Ö., (2002), “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 19.

Kokott, Julianne, (1998), “Report on Germany”, Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Kumm, Mattias, (1999), “Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the ECJ”, *Common Market Law Review*, Cilt 36.

Lee, Steven, (1997), “A Puzzle of Sovereignty”, *California Western International Law Journal*, Cilt 27.

Lenaerts, Koen, (1990), “Constitutionalism and Many Faces of Federalism”, *American Journal of Comparative Law*, Cilt 38.

Lenaerts Koen & De Smitter Eddy, (2001), “A ‘Bill of Rights’ for the EU”, *Common Market Law Review*, Cilt 38.

Leipsus, Rainer, (2001), “The EU as a Sovereignty Association of a Special Nature”, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EUI-Florance & Harward Law School-Cambridge.

Lindahl, Hans, (2001), “Sovereignty and the Institutionalization of Normative Order”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, Cilt 21, No.1.

Lindahl, Hans, (2003), “Sovereignty and the Representation in the EU”, Walker, Neil, (eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing.

Maduro, Miguel Poiares, (2003), “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, Walker, Neil, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & Oxford University Press.

Mare, Thomas De La, (1999), “Article 177 in Social and Political Context”, Craig, Paul & De Burca, Grainne (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

Mayer, Franz, (2004), “Competence- Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after New European Constitution”, *Jean Monnet Working Paper*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-16.rtf>., 12 Aralık 2004.

Moravcsik, A., (1993), “Preferences and Power in the EC: A Liberal Intergovernmental Approaches”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 31.

Oder, Bertil Emrah, (2005), “AB’de Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye için Karşılaştırmalı Gözlemler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 22.

Pernice, Ingolf, (2001), “Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union”, *Europe 2004 The Great Debate*, J.H.H Weiler ve Michel Petite’nin katkıları ile Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen Konferansa sunulan tebliğ, Brüksel.

Pescatore, Pierre, (1970), “International Law and Community Law- A Comparative Analysis”, *Common Market Law Review*, Cilt 7.

Pescatore, Pierre, (1993), “The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law”, *European Law Review*, Cilt 8.

Petriccione R., (2003), “Italy: Supremacy of Community Law over National Law”, Craig, Paul & De Burca, Grainne, *EU Law*, Oxford University Press.

Plotner, Jens, (1998), “Report on France”, Slaughter, Anne-Marie, Stone Sweet, Alec, Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Rochere, Jacqueline Dutheil & Pernice, Ingolf, (2002), “European Union Law and National Constitutions”, *General Reports to FIDE XX Congress in London* (XX. FIDE Kongresi Sonuç Raporuna Sunulan Tebliğ).

Rochere, Jacqueline Dutheil, (2004), “The EU and individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty”, *Common Market Law Review*, Cilt 41.

Roobol, W.H., (2005), “Federalism, Sovereignty etc.”, *European Constitutional Law Review*, Cilt1.

Schilling, Theodor, (1996), “The Autonomy of the Community Legal Order”, *Harvard International Law Review*, Cilt 37/2.

Schilling, Theodor, (1995), Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously, *Jean Monnet Working Papers*, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/95/9510ind.html>., 3 Nisan 2005.

Scott, Douglas Sionaidh, (2001), “A Constitution for Europe: In Defence of Public Reason”, Francisco Lucas Pires Working Papers, Sayı 4, 2001.

Soares, Antonio Goucha, (1998), “Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity”, *European Law Review*, Cilt 23, No.2.

Sweet, Alec Stone, (1998), “Constitutional Dialogus in the European Community”, Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Toluner, Sevin, (1995-1996) “6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı: 55/1-2.

Von Beyme, Klaus, (2001), “Fischer’s Move Towards A European Constitution”, Christian Joerges, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EU-Florance & Harvard Law School-Cambridge.

Wallace, William, (1999), “The Sharing of Sovereignty: the European Paradox”, *Political Studies*, Cilt 47.

Walker, Neil, (1998), “Sovereignty and Differentiated Integration in the EU”, *European Law Journal*, Cilt 4, No.4.

Walker, Neil, (2003), “Late Sovereignty in the European Union”, Walker, Neil, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing & Oxford University Press.

Walker, Neil, (2002), “White Paper in Constitutional Context”, Hoerges, Christian, Meny, Yves & Weiler, J.H.H (eds), *Response to the European Commission’s White Paper on Governance*, European University Institute.

Weiler, J.H.H., (1991), “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, Cilt 100.

Weiler, J.H.H., (1997), “The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposal”, *European Law Review*, Cilt 22.

Weiler, J.H.H., (1997), “The Reformation of European Constitutionalism”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 35/1.

Weiler, J.H.H., (1998), “Epilogue: The European Court of Justice: Beyond “Beyond Doctrine” or Legitimacy Crisis of European Constitutionism”, Slaughter, Anne-Marie, Stone Sweet, Alec & Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Weiler, J.H.H., (1998), “Prologue- The European Court of Justice”, Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J. H. H. (eds), *The European Courts and National Courts –Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing.

Weiler J.H.H., (1999), “The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movements of Goods”, Paul Craig & Grainne De Burca (Eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford.

Weiler, J.H.H., (2001), “Epilogue, Fischer: The Dark Side”, Yves Meny & J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for What Kind of Polity*, The Robert Schuman Centre for Advanced Studies at The EUI-Florance & Harward Law School-Cambridge.

Yazıcı, Serap, (2006), “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Egemenlik Yetkisinin Devri”, Osman Can, Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Otto Depenheuer, Michael Sachs, *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam 65. yaş armağanı*, Türk Alman Kamu Hukukçular Yayını.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, (2005), “Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 22.

Ziller, Jacques, (2003), “Sovereignty in France: Getting Rid of the Mal de Bodin”, Neil Walker, (Eds), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing.

Diğer (Bildirgeler, Bültenler, Dergiler, Web Sayfaları)

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi,
<http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm>

Bulletin of the European Communities. Şubat 1984, No 2, p. 8.

Official Journal of The EU

<http://www.curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

<http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>,
Almanya Anayasası

Federal

<http://www.fed-parl.be/gwuk0003.htm#E11E3>, Belçika Anayasası

<http://www.oyez.org/oyez/resource/case/72/>, Chisholm v. Georgia (1792) 2 Dallas 419, Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararı

<http://www.oyez.org/oyez/resource/case/236/>, McCulloch v. Maryland (1819) 4 Wheaton 316, Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararı

Davalar Dizini

[Dizin mahkeme kararlarının tarih ve sıra numaraları dikkate alınarak yapılmıştır.]

Sayfa No.

AB Adalet Divanı

Case 8/55 Fedechar v. High Authority [1956] ECR 245	106
Case 8/57 Hauts v. High Authority [1958] ECR 256	106
Case 13/61, De Geus en Uitdenbogerd v. Bosch and others [1962] ECR 45.....	79
Case 26/62 Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1	51, 61
Case 6/64 Flaminio Costa v. ENEL [1964] ECR 585	53, 82
Case 17/67 Firma Max Neumann v Hauptzollamt Hof/Saale [1968] 441	80
Case 29/69 Stauder [1969] ECR 419	142
Case 77/69 Commission v. Belgium [1970] ECR 237	59
Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125	54, 64, 86, 142
Case 22/70 Commission v. Council, (AETR), [1971] ECR 263	107, 119, 143
Case 48/71 Commission v. Italy [1972] ECR 529.....	60

Case 70/72 Commission v. Germany [1973] ECR 813	61
Case 4/73 Nold v. Commission[1974] ECR 491	142
Case 34/73 Variola SPA v. Amministrazione Italiana della Finanze [1973] ECR 981.....	50
Case 9/74 Casagrande v. Landeshauptstadt München [1974] ECR 773	111, 128
Case 3,4&6/76 Kramer and others [1976] ECR 1279	108, 115, 116
Case 36/75 Rutilli [1975] ECR 1219.....	142
Opinion 1/76 Rhine Navigation Agreement [1977] ECR 741	109, 117
Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA [1978] ECR 629	55
Case 1/78 International Atomic Energy Agency on the Physical Protection of Nuclear Materials [1978] ECR 2151	85
Case 65/81 Reina v. Landeskredit Bank Baden Württemberg [1982] ECR 33.....	128
Case 301/81 Commission v. Belgium [1983] 467	60
Case 294/83 Parti ecologiste 'Les Verts' v. European Parliament, [1986] E.C.R. 1339	80, 98
Case 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] 1651	142
Case 218/85 Cerafel v. Le Champion [1986] ECR 3513.....	119
Case 281, 283-285, 287/85 Germany, France, Netherlands, Denmark and UK v. Commission [1987] ECR 3203	104
Case 314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199	83
Case 45/86 Commission v. Council [1987] ECR 1493	111

Case 226/87 Commission v. Greece [1988] ECR 3611.....	61
Case 242/87 Commission v. Council [1989] ECR 1425	111, 145
Case 374/87 Orkem v. Commission [1989] ECR 3283	142
Case 5/88 Wachauf [1989] ECR 2633.....	142
Case 213/89 R. V. Secretary of State for Transport, ex parte, Factortame Ltd. And Others [1990] ECR I 2433	58
Case 240/89 Commission v. Italy [1990] ECR 4853.....	50
Case 260/89 Elliniki Radiophonia Tileorassi AE [1991] ECR 2925.....	142
Case 6&9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I- 5357.....	121
Case 159/90 SPUC v. Grogan [1991] ECR I-4685.....	126
Opinion 2/91 ILO Convention [1993] ECR I-1061	109
Case 169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc, [1992] ECR I 6635.....	91
Case 267 ve 268/ 91 Keck and Mithouard [1993] ECR I 6097	91
Case 334/92 Wagner Miret v. Fondo de Garantia salarial [1993] ECR I-6911	122
Case C- 381-92 Commission v. Ireland [1994] ECR I-215.....	50
Case 415/93 UEFA v. Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921	127
Opinion 1/94 WTO Agreement [1994] ECR I-5267	101, 112,117,141
Opinion 2/94 Accession of the European Communities to the European Human Rights Convention, [1996] ECR 1759.....	109,110,111,113,141
Case 84/94 UK v. Council [1996] ECR I-5755	100
Case 233/94 Germany v. Parliament and Council [1997] ECR I-2405	128
Case 271/94 Parliament v.Council [1996] ECR I-1689.....	112

Case 57/95 France v. Commission [1997] ECR I- 1627	99
Case 64&65/96 Landesarbeitsgericht Hamm v. Germany [1997] ECR I- 3171.....	45
Case 43/97 Commission v. Italy [1997] ECR 4671.....	60
Case 131/97 Carbonari v. Universita Bologna, [1999}] ECR I-1103.....	122
Case 365/97 Commission v. Italy [1999] ECR I-7773	99
Case 376/98 Germany v. Parliament and Council [2000] ECR I-8419	104, 105, 110, 120, 149
Case 377/98 Netherland v. Parliament and Council [2001] ECR 7149.....	112, 129
Case 465/00 Österreichischer Rundfunk [2003] ECR I-4989	149
Case 101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971	149
Case 491/01 The Queen v.Secretary of the State for Health and British American Tobacco [2002] ECR 137	130
Case 176/03 Commission v. Council [2005] ECR-I 7879.....	172
Case 415/05 Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council &Commission	171

Fransa Anayasa Konseyi

Karar 70-39, 19.06.1970, ‘Topluluk Kaynakları’	63
Karar 76-71, 20.12.1976, ‘Avrupa Parlemtosu Seçimi’	63
Karar 92/308, 09.04.1992, ‘Maastricht I’	67
Karar 97/394, 31.12.1997, ‘Amsterdam’.....	68
Karar 04-50, 19.11. 2004, ‘Anayasal Antlaşma’	69

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi

Karar 52/71, 29.5.1974, ‘Solange I’	64
Karar 197/83, 22.10.1986, ‘Solange II’	65
Karar 2134/92, 22.10.1992, ‘Brunner’	71
Karar 1/97, 07.06.2000, ‘Banana’	70

İtalya Anayasa Mahkemesi

Karar 183/73, 27.12.1974, ‘Frontini’	66
Karar 170, 08.06.1984, ‘Granital’	66
Karar 232, 21.04.1989, ‘Fragd’	67

Danimarka Yüksek Mahkemesi

Karar 361/1997, 08.04.1998, ‘Maastricht’	72
------------------------------------------------	----

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Karar 5493/72, 07.12.1976, ‘Handyside v. UK’	16
Karar 10328/83, 29.04.1988, ‘Belilos v. Switzerland’	17
Karar 41/1997, 09/06/1998, ‘Incal v. Türkiye’	17

Amerikan Federal Mahkemesi

Chisholm v. Georgia (1792) 2 Dallas 419	31
McCulloch v. Maryland (1819) 4 Wheaton 316	31