

# AB'NİN AİHK'YA KATILIMININ AB DİVANİ'NİN CETA'YA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ İŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF THE EU ACCESSION TO THE ECHR IN LIGHT OF THE OPINION OF THE CJEU ON CETA

A. Füsun ARSAVA\*

**Özet:** ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) AB'nin AİHK'ya katılma anlaşmasına ilişkin 2013 tarihli olumsuz görüşü ertesinde AB-Kanada Serbest Ticaret Anlaşmasına (CETA) ilişkin olarak verdiği görüş AB'nin AİHK'ya katılma anlaşması tartışmalarına yeni bir boyut getirmiştir. ABAD'ın CETA'ya ilişkin görüşünün şimdiye dek olan içtihadı ile karşılaştırılması ABAD'ın AB'nin diğer mahkemelerin yargısal denetimine girmesiyle ilgili yeni gereklilikler öngördüğünü ortaya koymaktadır. Bununla beraber ABAD'ın CETA'ya ilişkin görüşünde ölçülülük denetiminin AB'nin kurumsal yapısı dışında bulunan mahkemeler tarafından da yapılmasına imkân tanıyan bir ifadeye yer vermesi öngörülen yeni gerekliliklerin AB'nin AİHK'ya katılmasına engel teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır. Makalede bu bağlamda yapılan tartışmalara yer verilmekte ve AB'nin AİHK'ya katılması konusunun Lizbon Anlaşması ışığında güncelliğinin korunduğuna dikkat çekilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Ölçülülük Denetimi, Co-Savunma Mekanizması, Açık İhlâl Denetimi, AB'nin Muhtar Yetkisi, Katılım Anlaşması, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu

**Abstract:** Following the unfavourable opinion of the CJEU (Court of Justice of the European Union) concerning the accession of the EU to the ECHR in 2013, its opinion on the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA) has brought a new dimension to discussions relating to the Treaty on the accession of EU to the ECHR. A comparison of CJEU's CETA opinion with its judicial opinions thus far manifests that it sets forth new requirements for the judicial review of the EU by other tribunals. Nevertheless, the statement in the opinion of the CJEU on CETA enabling proportionality review by those tribunals outside the institutional structure of the EU is interpreted as the new requirements introduced should not prevent the

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 2275-7664

EU from accessing the ECHR. In the article, discussions taking place in this regard are covered and it is pointed out that the subject of the EU accession to the ECHR continues to be relevant in light of the Treaty of Lisbon.

**Keywords:** Proportionality Review, Co-Defence Mechanism, Review of Flagrant Violation, EU's Sovereign Authority, Accession Agreement, European Convention On Human Rights

## GİRİŞ

AİHK'ya katılım AB ve selefleri tarafından yıllardır gündemde tutulan bir konudur.<sup>1</sup> ABAD 1990'li yılların ilk yarısında ilk kez konu ile iştigal etmiş ve 2/94 sayılı görüşünde AİHK'ya katılımın o dönemlerde anlaşmalarda henüz yer almayan hukuki bir dayanak gerektirdiği sonucuna varmıştır.<sup>2</sup> 01.12.2009'da yürürlüğe giren Lizbon Anlaşmasında AİHK'ya katılımı ilgili düzenlemeye yer verilmesi ile birlikte konu yeniden ABAD'ın önüne gelmiştir.<sup>3</sup> ABAD bununla beraber bu kez 2/13 sayılı görüşünde AİHK'ya katılım anlaşmasının AB primer hukuku ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır.<sup>4</sup> AİHK'ya katılımın ne şekilde şekillendirilmesi gerektiği konusunda AB İçişleri ve Adalet Bakanları Konseyi 2019 Ekim'de yıllar süren çalışmalar sonrasında AİHK'ya katılımı ilgili ilave bir müzakere yönergesi kabul etmiştir.<sup>5</sup> Bu bağlamda ABAD'nin CETA'ya ilişkin (*AB'nin ve AB üyesi devletlerin Kanada ile yaptığı kapsamlı ekonomik ve ticaret anlaşması*) 1/17 sayılı görüşü AB'nin AİHK'ya katılımı bakımından yeni bir tartışmaya yol açmıştır.<sup>6</sup> ABAD'nin CETA'ya ilişkin görüşünün farklı yorumlandığı görülmektedir. Kimi görüşler AB'nin AİHK'ye katılımı bakımından bu görüşün yeni engeller yaratmadığı yönünde ortaya çıkarken, kimi görüşler ABAD'ın CETA'ya ilişkin bu görüşünün AB'nin AİHK'ya ka-

<sup>1</sup> Birgit Daiber, "The European Court of Human Rights and the Courts of the High Contracting Parties; specifically regarding the consequences of the imminent accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", *Ritsumeikan Law Review*, 2014, No: 31 Ritsumeikan University Law Association, Kyoto, s.119-135

<sup>2</sup> EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK-Beitritt), ECLI:EU:C:1996:140, Slg.1996, I-1759, Rn.36

<sup>3</sup> AB anl. 6.md., 2.fık., 1.cümle

<sup>4</sup> EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454; A. Fusun Arsava, "Lizbon Sözleşmesi - Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, özel sayı, 2009, s. 1457-1479

<sup>5</sup> Ratsdok.12912/19, Ratsdok.12585/19

<sup>6</sup> EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:341

tılımı bakımından yeni engeller getirdiği şeklinde ortaya çıkmıştır<sup>7</sup>. Aynı paralele yine kimi görüşler CETA ile ilgili Divan görüşünde şimdiye dek mevcut olan Divan içtihadının sadece açıklığa kavuşturulduğunu ileri sürerken, diğer görüşler ABAD'ın bu görüşü ile şimdiye dek mevcut görüşünden saptığını, yeni bir yaklaşım oluşturduğunu ileri sürmektedir.<sup>8</sup> Bu bağlamda kimi hukukçular Divanın CETA görüşünü mutlak olarak sınırsız şekilde desteklerken, sonuçlarını en azından hukuk politikası muvacehesinde rasyonel bulurken<sup>9</sup> ve bu görüş ışığında AB'nin AB kurumsal yapısı dışında bulunan uluslararası bir mahkemenin yargısına tâbi olmasını Birlik hukuk düzeninin muhtariyeti bakımından bir sorun olarak görmezken, karşı görüş temsilcileri bu konuda mesafeli bir tutum sergileyerek AB'nin AIHK'ya CETA'ya ilişkin görüş esas alınarak katılımı halinde AB'nin dış politikada tasarruf alanının büyük ölçüde daralacağını, hatta ortadan kalkacağını, bu sonuçlar muvacehesinde Divanın CETA görüşünün AB'nin AIHK'ya katılımını pratikte imkânsız kıldığını ileri sürmektedir.<sup>10</sup>

## I. 1/17 SAYILI DIVAN GÖRÜŞÜ

Bu çerçevede CETA'da uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen prosedürün AB primer hukukuyla ne ölçüde bağdaştığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Divan 1/17 sayılı görüşünde Birlik Hukukunun muhtariyetini,<sup>11</sup> AB Rekabet Hukukunun ve Temel Haklar Şartı'nın etkinliğini denetim ölçütü olarak esas almıştır. Birlik

<sup>7</sup> Julia Lübke, "Investitionsabkommen in der Kompetenzordnung der Europäischen Union-zugleich zu EuGH Gutachten 1/17 (CETA)", *GPR*, 2020, Vol:17, Issue 1, s.21,29; Daniel Engel, "Europäischer Gerichtshof, 30.4.2019 - Gutachten 1/17: Wirtschafts- und Handelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) mit Unionsrecht vereinbar", *SchiedsVZ*, Cilt 17 ve 18, 2019 C. H. Beck Verlag, München

<sup>8</sup> Patricia Sarah Stöbener de Mora/Stephan Wernicke, "Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel - Das CETA Gutachten des EuGH", *EuZW* 2019, Heft 23, s.970,971; Jörg Gundel, "Das CETA-Gutachten des EuGH: Neuer Grenzen des Unionsrechts für die Unterwerfung unter "fremde Richter", *EWVS*, 2019, Heft 4, s.181,185; Wolfgang Weiss, "Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? -zum CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden Verfassungsrechtlichen Anforderung", *EuR* 2020, s.621,624 vd.

<sup>9</sup> Julia Lübke, s.28

<sup>10</sup> Heiko Sauer, "Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, Eine Rekonstruktion der Autonomie der Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH", *JZ*, Jahrgang 74 (2019), Heft 19, s.925-931

<sup>11</sup> EuGH, Gutachten 1/17 (CETA, ECLI:EU:C:2019-341, Rn.107 vd.

Hukuku'nun özelliği olarak Birlik Hukukunun muhtariyeti Birliğin kendi anayasal çerçevesini belirleme yetkisini ifade etmektedir.<sup>12</sup> Bu muhtariyet Birlik yargı sistemi dışında bulunan mahkemelerin Birlik Hukukunun yorum ve uygulanması konusunda yetkili olmaması ve Birlik organlarının Birlik anayasal çerçevesi içinde işlevlerini yerine getirmelerini engelleyen kararlar alamaması şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>13</sup> Bu yaklaşıma uygun olarak CETA'da öngörülen uyuşmazlıkların çözüm mekanizması Divan tarafından Birlik Hukukunun yorumu ve uygulanması bağlamında Birlik organlarının Birlik Hukukunun anayasal çerçevesi içinde işlevlerini yerine getirmeleri bakımından engel oluşturmaması nedeniyle ABAD tarafından Birlik Hukukunun muhtariyeti bakımından bir sorun olarak değerlendirilmemiştir;<sup>14</sup> CETA'da öngörülen mekanizma aynı şekilde AB Rekabet Hukukunun etkinliğine, AB Temel Haklar Şartı'nın 20.maddesinde yer alan ayrımcılık yasasına ve 47. maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkına ters düşmemesi nedeniyle AB primer hukuku ile uyumlu.<sup>15</sup>

## II. CETA'YA İLİŞKİN ABAD GÖRÜŞÜNÜN ABAD'IN ŞİMDİYE KADAR VERDİĞİ KARARLARA UYGUNLUĞU

### A. ABAD'ın Prensip Olarak Konuya Olumlu Yaklaşımı

ABAD şimdiye dek AB'nin yetkili olduğu konularda uluslararası anlaşmalar yapma yetkisini kabul etmiş<sup>16</sup> ve AB'nin taraf olduğu anlaşmada anlaşmaya riayeti denetleme yetkisine sahip bir mahkemenin öngörülmesi durumunda bu mahkemenin kararlarının AB'yi ve ABAD'ı bağlamasını olağan bir hukuki sonuç olarak kabul etmiştir.<sup>17</sup> Divan CETA görüşünde ifade ettiği gibi Birlik Hukukunun muhtariyeti korunduğu nispette anlaşmada öngörülen uyuşmazlıkların

<sup>12</sup> CETA görüşü, Rn.178

<sup>13</sup> CETA görüşü, Rn.119

<sup>14</sup> CETA görüşü, Rn.161

<sup>15</sup> CETA görüşü, Rn.245

<sup>16</sup> AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Sözleşme, md.216, fık.1

<sup>17</sup> EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg.1991, I-6079, Rn.40; Gutachten I/09 (Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.211, I-1137, Rn.74; Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014-2454, Rn.182; EuGH, Rs.C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn.57; EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019-341

çözüm mekanizmasını Birlik primer hukuku ile uyumlu kabul etmektedir.<sup>18</sup>

## B. ABAD'nin Yargı Yetkisinin Korunması

Birlik Hukukunun muhtariyetine ilişkin ABAD içtihatlarının analizi Divanın bu çerçevede öncelikle kendi yetkilerinden hareket ettiğini göstermektedir.

### 1. Birlik Hukukunun Yorumu

Divanın yerleşik içtihatlarına göre AB tarafından yapılan anlaşmaların Birlik Hukukunun bir parçası olması sonucu olarak ABAD'ın Birlik Hukukunu yorumlama yetkisi Birlik tarafından akdedilen anlaşmaların yorumunu da kapsamaktadır.<sup>19</sup> Bu yerleşik içtihattan ABAD'ın anlaşmaları yorumlama yetkisinin mahkeme kurulmasını öngörmeyen uluslararası anlaşmalarla sınırlı olarak kabul edildiği gibi bir sonuç çıkarılmaması gerekmektedir. Anlaşma ile kurulan mahkemelere uygulamada anlaşma konusu dışında kalan Birlik Hukukunun yorumu ve uygulanması için de yetki verilmektedir. Bu durum düzenlenen konuya bağlı olarak AB'nin veya özellikle AB'nin ve üye devletlerin anlaşma tarafı olarak karşımıza çıktığı karma anlaşmalarda söz konusu olmaktadır. Mahkemenin böyle bir durumda AB'nin ve üye devletlerin ilgili alanlardaki yetkilerini düzenleyen normları esas alarak kararının muhatabını doğru belirlemesi gerekmektedir. Anlaşma ile kurulan mahkemenin riayetini denetlemekle yetkili olduğu kurallar anlaşmada yer almadığı takdirde ABAD Birlik Hukukunun muhtariyetini temin etmek için AB Hukukunun yorumu ve uygulanması konusunda kendi yetkisini kullanmaktadır. Böyle bir durumda anlaşmada öngörülen mahkemenin anlaşma ihlâlinden kimin sorumlu olduğunu (*AB'nin mi, üye devletlerin mi yahut her ikisinin mi*), sekonder hukuk normunun AB kurucu anlaşması ile uyumlu olup olmadığını,<sup>20</sup>

<sup>18</sup> EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg.1991, I-6079, Rn.47; Gutachten 1/00 (Europäischer Luftverkehrsraum), Slg.2002, I-3493, Rn.21,26, Gutachten 1/09 (Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.211, I-1137, Rn.76

<sup>19</sup> EuGH, Rs.181/73 (Haegemann), ECLI:EU:C:1474:41, Slg.1974, 449, Rn.2,6; EuGH, Gutachten 1/17 (CETA, ECLI:EU-C:2019:341, Rn.31 vd.

<sup>20</sup> EuGH, Gutachten 21/3 (EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454

uyuşmazlık konusuna ilişkin bir içtihadın bulunup bulunmadığını saptama yetkisi kabul edilmemektedir. Anlaşma karma bir anlaşma olarak yapılmamış ise AB tereddütsüz şekilde anlaşma tarafı olarak kabul edilerek anlaşma ihlâlinden sorumlu tutulmaktadır.<sup>21</sup> Bu çerçevede anlaşmada ABAD'dan ön karar alma yönteminin benimsenmesi mümkündür.<sup>22</sup> Divan'ın CETA'ya ilişkin danışma görüşüne göre Birlik Hukuku'nun yorumu için anlaşma ile kurulan mahkemeye yetki verilmeyen durumlarda mahkemenin yaptığı yorum AB'yi ve üye devletleri bağlamamakla birlikte mahkemenin fiilen Birlik Hukukunu uygulama imkânı bulunmaktadır.

## 2. AB Hukukunun Denetimi

ABAD Birlik Hukukunun denetiminde yetkilidir. ABAD'ın yaklaşımına göre hiçbir mahkeme AB Hukukuna ilişkin olarak kendisinden daha kapsamlı bir denetim yetkisine sahip olamaz. Bu münhasır yetkinin açık şekilde vurgulanmasının nedeni ortak dış ve güvenlik politikasının günümüzde prensip olarak ABAD'ın denetim yetkisinden istisna edilmesidir.<sup>23</sup> ABAD danışma görüşünde AİHK'ya katılım bağlamında bundan bir sonuç çıkararak kendisinden başka hiçbir mahkemeye AB Hukukunu denetleme yetkisi verilemeyeceğini açık şekilde ortaya koymuştur.<sup>24</sup>

## 3. Üye Devletler Arasındaki Uyuşmazlık

Üye devletler arasında anlaşmaların yorum veya uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344. maddesine göre anlaşmada öngörülen yollar dışında başka bir yolla çözümlenmesi, bu uyuşmazlıkların Divanın yargı yetkisinin dışına çıkarılması mümkün değildir.<sup>25</sup> Birliğin yaptığı Uluslararası Hukuk anlaşmaları Birlik Hukukunun parçasıdır. ABAD görüşüne göre üye devletler AB'nin AİHK'ya katılımı ile ilgili katılım anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarını ABAD'dan başka bir diğer mahkeme-

<sup>21</sup> Ortak Avrupa hava trafik alanının yaratılması anlaşmasında olduğu gibi, bkz.: Gutachten 1/00 (Europäischer Luftverkehrsraum), Slg.2002, I-3493, Rn.21,26)

<sup>22</sup> bkz.: EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014-2454)

<sup>23</sup> AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma, md.275; AB anl. md.24, fık.1

<sup>24</sup> EuGH, Gutachten 2/13, Rn.252 vd.

<sup>25</sup> AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma, md.259

ye taşıyamazlar. AİHK'nın Birlik Hukukunda uygulanması bağlamında üye devletler arasında doğan veya üye devletlerle Birlik arasında doğan uyuşmazlıklar nedeniyle AİHK'nın 33.maddesine istinaden AİHM nezdinde başvuru yapılamaz.

Bu tablo AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344.maddesine ilişkin olarak Divanın üye devletler arasında doğan uyuşmazlıklarla ilgili içtihadının Birlik Hukukunun yorum ve uygulanmasına ilişkin içtihadından farklı olduğunu göstermektedir. Divan, uluslararası anlaşma ile kurulan mahkemenin dayanağı olan anlaşmanın yorum ve uygulanması konusunda sahip olduğu yetkiyi CETA'da yer almayan Birlik Hukuku konularıyla sınırlarken, üye devletler arasında doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344. maddesi muvacehesinde daha ileri gitmekte ve CETA'da kurulan mahkemenin yargı yetkisini kabul etmemektedir. Yapılan bu ayırım anlaşmalar hukukunun temel bir prensibi olan karşılıklılık prensibine uygun değildir.<sup>26</sup> Üçüncü devletlerin karşılıklılık prensibine uygun düşmemesi nedeniyle ABAD'ın yargı yetkisine tabi olma yaklaşımını kabul etmesi kolay gözükmemektedir.

#### 4. Ön Karar Prosedürü

AB Hukukunun yorum ve uygulanmasına ilişkin olarak Divan'ın münhasır yargı yetkisinin AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesine göre ön karar prosedürü üzerinden de korunması mümkündür. Bunun önkoşulu ulusal mahkemelerin AB Hukukunu uygulama konusunda yetkili olmalarıdır. Ulusal mahkemeler somut davada uygulamak durumunda oldukları AB Hukukunun yorum ve geçerliliği ile ilgili olarak Divana ön karar başvurusu yapabilir.<sup>27</sup> Bu bağlamda ulusal mahkemelerin yetkilerinin bir AB anlaşması ile (ortak bir patent mahkeme sisteminin oluşturulmasına ilişkin bir anlaşma yapılmasının planlanması gibi) yahut üye devletler arasında yapılan anlaşmalarla kurulan bir mahkemeye devredilmesi mümkündür.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:341, Rn.117

<sup>27</sup> EuGH, Gutachten 1/09 (Patentrecht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.2011, 1-1137, Rn.73; EuGH, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn.42 vd.

<sup>28</sup> Bilateral yatırım anlaşmalarında olduğu gibi (EuGH, Rs.C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158)

Ancak ulusal mahkemelerin yerine geçen mahkemenin ABAD'a ön karar başvurusu için yetkilendirilmesi bu bağlamda bir açılım sağlamamaktadır. Divan'ın görüşüne göre kendisine ön karar başvurusu yapan mahkeme üye devlet mahkemesi olmadığı takdirde kendisine yetki devredilen mahkemenin aldığı karar nedeniyle AB üyesi devletlerin anlaşmanın ihlâli prosedürüne göre sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bununla beraber üye devletlerin yargı sistemi dışında olan mahkemenin üye devletlerin yargı sistemine dahil edilmesi durumunda ön karar prosedürü bağlamında doğması muhtemel sorun ortadan kalkacaktır. ABAD anlaşma ile kurulan mahkemenin ulusal mahkemelerin yerine değil de ulusal mahkeme ile bağlantı içinde faaliyette bulunan bir mahkeme statüsü ile kendisine başvuru yapması halinde AB anlaşmasının Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesinde öngörülen ön karar prosedürünün by-pass edilme riskinin bulunduğunu kabul etmektedir. ABAD böyle bir durumun ulusal bir mahkemenin kendisine doğrudan başvuru yapması yerine başka bir mahkemenin başvuru yapması durumunda ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. ABAD'a göre AB'nin AİHK'ya katılması ertesi kendisine yapılacak AİHM ön karar başvurularının bu nedenle ulusal mahkemeler tarafından iletilmesi şeklinde değil, AİHK'ya ek 16 nolu protokole göre doğrudan AİHM tarafından yapılması gerekmektedir.

### C. ABAD Yargı Faaliyetinin Muhtariyeti

Uluslararası anlaşma ile bir mahkemenin kurulmasının ABAD'ın yargı yetkisine ve içtihat faaliyetine zarar vermemesi gerekmektedir.

#### 1. Anlaşma ile Oluşturulan Mahkeme ile Hiyerarşik Bir İlişki Kurulmaması

İki mahkeme arasında hiyerarşik ilişki bulunmamasından her şeyden önce anlaşma ile kurulan mahkemenin Divana bağlayıcı bir yorum veremeyeceği, Divanın anlaşma ile kurulan mahkemenin içtihadını dikkate alma mükellefiyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır;<sup>29</sup> bu durum ancak anlaşmaya riayeti denetlemek üzere oluşturulan mahkemenin yapmış olduğu anlaşma yorumunun bağlayıcılığı bakımından geçerli değildir. AB'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar-

<sup>29</sup> Jörg Gundel, s.181 vd.



da anlaşmaya riyeti temin üzere bir mahkeme oluşturulabilir. Oluşturulan bu mahkemenin kararları AB'nin kendisi ve organları için bağlayıcıdır.

Birlik Hukukunun yorumunda ABAD AB Hukukuna ilişkin içtihadını uluslararası anlaşmalar dışındaki hukuk kaynaklarına da istinat ettirme olanağına sahiptir. Bu bağlamda anlaşma ile oluşturulan mahkemenin içtihatlarının kaynak oluşturması ve Divan içtihatları ile koordinasyon sağlanması mümkündür. Uluslararası anlaşma ile kurulan mahkemenin içtihatları ve ABAD içtihatları arasında koordinasyon sağlanmak istendiği takdirde bunun sadece anlaşmada AB hukukunun içeriği ile aynı hükümlere yer verilmesi halinde değil, ABAD ve anlaşma ile kurulan mahkemenin birbirleri ile paralel hükümleri mütecanis yorumlama mükellefiyetinin kabul edilmesi ile de sağlanması mümkündür.

## **2. ABAD Yargısının Bağımsızlığı**

İçerik olarak aynı olan hükümlerin mütecanis yorumlanmasına ilişkin amaç anlaşma ile kurulan mahkeme yargıçlarının AB tarafından belirlenmesini gerektirmemektedir. ABAD anlaşma ile kurulan mahkemenin yargı faaliyetine kendisinin katkı yapması halinde AB Hukukunun yanlış yorumunun engelleyebileceği düşüncesinden hareket etmemektedir. ABAD bu çerçevede yargıçların bağımsızlığının teminini esas almakta ve içerik olarak AB Hukuku ile aynı olan düzenlemelerin yorumunda supranasyonal hukuka ters düşen bir yorumun yapılmasına karşı ön alma yöntemi uygulamaktadır.

## **3. ABAD Kararlarının Bağlayıcılığı**

ABAD'ın anlaşma ile kurulan mahkemenin dayanağı olan uluslararası anlaşmanın yorumunda yetkili kabul edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ABAD'ın yetkisi sadece AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesi muvacehesinde AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin başvuruları ile sınırlı olmayacak, uluslararası anlaşma tarafı devletlerin mahkemelerinin başvurularını da kapsayacaktır. Bu durumda ABAD kararlarının bağlayıcı karakterinin korunması için başvuru prosedüründe gerekli düzenlemelerin yapılması gereklidir.

### D. Primer Hukukun Denetim Ölçütü Olarak Kabul Edilmesi

AB'nin AİHK'ya katılımına ilişkin AB anlaşmasına ek 8 No'lu protokolde üye devletlerin AİHK çerçevesinde sahip oldukları statülerine ve AB anlaşmasının 6.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AB'nin ve AB Hukukunun özelliklerine saygı gösterilmesi kabul edilmiştir. ABAD, AİHK'ya katılım anlaşmasına ilişkin ikinci görüşünde yargı yetkisini koruma ve AB Hukukuna ilişkin içtihat faaliyetini münhasıran sürdürme yaklaşımı yanı sıra 8 No'lu Protokol paralelinde Birlik Hukukunun özelliği olarak önceliği, mütecanisliği ve etkinliği, üye devletlerin karşılıklı dayanışması prensiplerini vurgulamıştır.<sup>30</sup>

ABAD'ın CETA görüşünde AB Hukukuna uygunluk denetimi bağlamında denetim ölçütünün bir parçası olarak Birlik Hukukunun etkinliğini vurgulaması AB'nin AİHK'ya katılım anlaşmasına ilişkin 8 No'lu Protokolde benimsenen genel yaklaşımla uyumlu görülmektedir.<sup>31</sup> CETA'ya ilişkin görüşünde ABAD bunun ötesinde AB Temel Haklar Şartı'nın 20. madde ve 47.madde hükümlerine riayeti de detaylı bir şekilde değerlendirmiştir.<sup>32</sup> ABAD bu bağlamda AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının AB anlaşmalarına uygun olmasını öngören AB anlaşmasının 218. maddesi, 11. fıkrasına istinat etmiştir. AB Temel Haklar Şartı'nın AB anlaşmasının 6. madde, 1. fıkra hükmü muvacehesinde AB hukukunda primer hukuk hiyerarşisi ile geçerli olması AB Temel Haklar Şartı'nın denetim ölçütü olmasının nedenini oluşturmaktadır.

### E. Birlik Organlarının Kendi Anayasal Çerçevesi İçinde İşlevlerini Yerine Getirmesi

Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmeleri gereği ışığında ABAD'ın CETA görüşünün AB'nin muhtariyetine yeni bir boyut getirip getirmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

#### 1. İçerik

Konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle ABAD'ın Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmele-

<sup>30</sup> EuGH, Gutachten 2/13, Rn.187 vd.

<sup>31</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.178,184 vd.

<sup>32</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.171 vd, 179 vd., 189 vd.

rinden ne anladığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Divan'ın CETA görüşünde anlaşma taraflarından biri tarafından demokratik yolla alınan kararların sorgulanamayacağına ilişkin olarak yapılan vurgu bu bağlamda önem taşımaktadır.<sup>33</sup> AB kurumsal yapısında öngörülenin tersine bir uygulama Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde sahip oldukları işlevlerine zarar verir.<sup>34</sup> Bu nedenle ABAD'a göre Uluslararası Hukuk anlaşması ile oluşturulan mahkemenin aldığı kararlarla AB'nin kurumsal yapısında demokratik yolla alınan kararları geçersiz ilân etmesi, değiştirilmesini istemesi veya bu kararlar nedeniyle yaptırımlar öngörmesi AB Hukukuna uygun değildir.<sup>35</sup>

Ancak demokratik olarak alınan AB kararlarına karşı extern bir yargı denetimi bağımsızlığının kabul edilmesinin AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının Birlik organları bakımından bağlayıcı olduğunu öngören AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 216. madde, 2. fıkrasına ters düşme olasılığının bulunduğu da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.<sup>36</sup> ABAD'ın CETA görüşü sekonder hukuka karşı zorunlu bir extern yargı denetimi bağımsızlığı getirmemektedir. ABAD bu bağlamda kararların içeriğinden çok AB kurumsal yapısında kararların demokratik olarak alındığına vurgu yapmaktadır.

## 2. Değerlendirme

Birlik organlarının kendi anayasal çerçeveleri içinde işlevlerini yerine getirmeleri ile aynı zamanda AB sekonder hukukunun muhtar şekilde ihdası temin edilmiş olmaktadır. Birlik Hukukunun muhtariyetinin korunması şimdiye dek ABAD'ın yetkisinde ve onun faaliyet alanında görülmüştür. Bu bağlamda ABAD'ın CETA görüşünün Divan'ın benimsediği yaklaşıma yeni bir boyut getirdiği kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Benzer görüşün kanun sözcüsü Yves Bot'un nihai talebinde de yer aldığı görülmektedir.<sup>38</sup> ABAD'ın CETA görüşü Birlik Hukukunun diğer bir mahkeme tarafından denetiminde etkinlik ölçütünü

<sup>33</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.160

<sup>34</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.150

<sup>35</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.149 vd.

<sup>36</sup> Jörg Gundel, s.185

<sup>37</sup> Heiko Sauer, s.927; Jörg Gundel, s.185

<sup>38</sup> Kanun Sözcüsü (Advocate General) Yves Bot'un nihai talebi için bkz.: 29.01.2019 tarihli görüş 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:72

esas alması nedeni ile şimdiye dek geçerli olan içtihadına asgari ölçüde bir değişiklik getirmiştir. AB'nin AİHK'ya katılma anlaşmasına ilişkin ABAD'a ikinci görüşüne AİHM'nin ABAD'a nazaran daha kapsamlı olanaklar elde edeceği kaygısı esas olmuştur. Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerinin korunması ABAD'a denetim yetkisini kullanması ile temin edilmektedir. Literatürde de temsil edilen ağırlıklı görüşe göre AB organlarının tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetiminde ve onları geçersiz ilân etmede Divanın münhasıran yetkili olduğu kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Bunun sonucu olarak uluslararası bir mahkemenin Birlik organlarının tasarruflarının hukuka uygunluğunu karara bağlaması halinde Divan yetkisi ve buna bağlı olarak Birlik Hukukunun muhtariyeti ihlâl edilmiş olacaktır.<sup>40</sup>

Bu bağlamda temsil edilen karşı görüşte AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile kurulan bir mahkemenin AB Hukukunu denetleme yetkisini değerlendiren farklı bir ABAD içtihadına işaret edilmektedir.<sup>41</sup> Ancak atıf yapılan bu içtihat Uluslararası Hukuk anlaşması ile kurulan bir mahkemeye yetki devrine değil, ABAD'a yeni yetkiler devredilmesine ilişkindir. Divan CETA görüşünde Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmeleri bağlamında yer verdiği ölçütlere Birlik Hukukunun denetimine ilişkin Foto-Frost kararında yer vermemiştir. Heiko Sauer CETA görüşünde dile gelen ölçütlerin söz konusu içtihatla ilgili olmayıp, siyasi organların yasama prosedüründe sahip oldukları karar alma özgürlüğü ile ilgili olduğuna dikkat çekmiş ve CETA görüşünde Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmelerinde denetim ölçütü olarak esas alınan hususları AB'nin anlaşma ile kurulan mahkemelerin yargısal faaliyetlerine tâbi olması bağlamında yeni kriterler olarak değerlendirmiştir.<sup>42</sup>

## F. Ara Sonuç

BAD'ın CETA görüşü AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile kurulan mahkemeler konusunda yenilikler içermektedir.

<sup>39</sup> Daniel Engel, s.226,231

<sup>40</sup> Wolfgang Weiss, s.635

<sup>41</sup> Divanın 22.10.1984 tarihli Foto-Frost kararı için bkz.: Rs.314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Slg.1987, 4199, Rn.15 vd.

<sup>42</sup> bkz. Heiko Sauer, s.927

Anlaşma ile kurulan mahkeme yorumlarının AB'yi ve üye devletleri bağlaması mahkemenin kararlarına Birlik Hukuku denetim ölçütlerini esas aldığı nispette mümkün olacaktır. CETA görüşünde böyle bir mahkemenin ne şekilde caiz olarak kurulabileceğine ilişkin açıklamada denetim ölçütü olarak AB Temel Haklar Şartına ve Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirme gereğine işaret edilmesi AB'nin başka bir mahkemenin yargısal denetimine tâbi olmasına getirilen yeni engeller olarak nitelendirilmektedir.

### III. AB'NİN AİHK'YE KATILIM OLANAĞI - OLANAKSIZLIĞI?

Lizbon Anlaşması ile AB Anlaşması'nın 6. madde, 2.fıkrasında yapılan düzenleme ABAD'ın AB'nin AİHK'ya katılmasına ilişkin 28.03.1996 tarihli istişari mütalâasında vurgulanan yetki eksikliği engelini ortadan kaldırmıştır.<sup>43</sup> Diğer taraftan 01.06.2010'da yürürlüğe giren 14 Nolu protokolle AİHK'ya 59. madde, 2. fıkranın eklenmesi ile AİHK bakımından da AB'nin konvansiyona katılma olanağı hazırlanmıştır. Bununla beraber katılma anlaşmasına ilişkin müzakerelerde ortaya çıkan engellerin aşılması mümkün olmamıştır.

### IV. AB'NİN AİHK'YA KATILMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrası "Birlik İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu'na katılacaktır. Bu katılma Birliğin anlaşmalarda öngörülen yetkilerinde değişiklik doğurmayacaktır" hükmünü öngörmektedir. Bu ifade AB anayasa tasarısının I-9 madde, 2.fıkrasında yer alan düzenlemenin AB Anlaşması'nın 6.madde, 2.fıkrası ile üstlenildiğini göstermektedir.<sup>44</sup> Anayasa Konvansiyonu'nun AB'nin AİHK'ya katılmasına imkân veren ilk tasarısında da yer alan bu ifade ancak AB'nin AİHK'ya katılmasını hedefleyen ifadeden farklı olarak AB'nin AİHK'ya katılmasını bir yükümlülük olarak ifade etmiştir.<sup>45</sup> Bu katılmanın tek taraflı irade ile değil AİHK'nın tarafı olan tüm devletler ve AB arasında yapılacak bir Uluslararası Hukuk Anlaşması'nı gerektirmesi nedeni ile 6. madde, 2. fıkrada öngörülen yükümlülük bir

<sup>43</sup> ABAD'nin AET Anlaşması'nın 235.maddesinin AİHK'ya katılmak için yeterli bir dayanak oluşturmadığını tespit eden istişari mütalâası için bkz.: Slg.1996, I-1763, Rn.29 vd.

<sup>44</sup> ABl. 2004, Nr.6 310(1)

<sup>45</sup> 18.07.2003 tarihli Dok.CONV 850/03

taraftan AİHK'ya katılım bakımından hukuki dayanak konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmakta, diğer taraftan da katılım iradesini program hüküm olmaktan çıkarmaktadır.<sup>46</sup>

### A. AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrasına İlişkin 8 Nolu AİHK'ya Katılım Protokolü

AB'nin AİHK'ya katılımı bağlamında Birlik Hukuk düzenine ve Birliğin özelliklerine saygı gösterilmesi önem taşıyan bir konu teşkil etmektedir. Anayasa Konvansiyonu çalışmalarında Anayasa Anlaşması'na ek 32 nolu protokol bu nedenle AİHK'ya katılım anlaşmasının asgari gerekliliklerini saymış; 2 Nolu Deklarasyon da katılım anlaşmasında Birlik Hukuk düzeninin özelliklerinin korunması gerekliliğini teyit etmiştir.<sup>47</sup> Anayasa anlaşmasının başarısızlığa uğraması ile bağlantılı redaksiyonel değişiklikler dışında söz konusu Protokol ve 2 Nolu Deklarasyon Lizbon Anlaşması tarafından üstlenilmiştir.<sup>48</sup> AB Anlaşmasının 51. maddesine göre anlaşmaların ayrılmaz parçasını oluşturan ve bu nedenle primer hukuk hiyerarşisi ile geçerli olan 8 Nolu Protokolde Konvansiyona katılım anlaşmasında Birliğin ve Birlik Hukuku'nun özelliklerinin gözetilmesi, özellikle Birliğin AİHK'nın denetim mekanizmasına katılımı ve AB üyesi olmayan Konvansiyon tarafı devletler tarafından açılan davaların ve AB üyesi olmayan devletler kaynaklı bireysel başvuruların AB'ye ve üye devletlere iletilmesi için uygun mekanizmalar oluşturulması konularına vurgu yapılmıştır. Yapılacak bu düzenlemeler Birliğin ve organlarının yetkilerini etkilemeyecektir.

Tüm üye devletler tarafından imzalanmayan ve onaylanmayan AİHK'ya ek protokoller çerçevesinde kimi AB üyesi devletlerin sahip oldukları özel durumlar AB'nin AİHK'ya katılımından etkilenmeyecektir.<sup>49</sup> Aynı şekilde AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344.maddesinde AB anlaşmalarının yorum ve uygulanmasından

<sup>46</sup> Frank Schorkopf, "Art. 6 EUV, Rn.37", bkz.: Grabitz/Hilf/Nettesheim (ed.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar EL 41 (2010), C.H.Beck, München

<sup>47</sup> bkz.: ABl. 2004, Nr. L 310/378; ABl. 2004, No. L 310/420

<sup>48</sup> ABl. 2008 Nr.C 115/273; ABl. 2010 Nr.C 83/273; ABl. 2008 Nr. C 115/337; ABl. 2010 Nr.C 83/337

<sup>49</sup> AİHK'nın 15. maddesine istinaden alınan olağanüstü önlemler ve AİHK'nın 57.maddesine istinat eden çekinceler

doğın uyuşmazlıklarda bu anlaşmalarda öngörülenler dışında başka çözüm yolları aranmamasına ilişkin düzenleme de AB'nin AİHK'ya katılımından etkilenmeyecektir.

### **B. AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrasına İlişkin 2 Nolu Deklarasyon**

Bu deklarasyonda AB üyesi devlet başkanları ve hükümet başkanları Birliğin özelliklerinin korunması kaydıyla AB'nin AİHK'ya katılımı konusunda mutabık olduklarını, Birliğin AİHK'ya katılımı ile ABAD ve AİHM arasındaki mevcut diyalogun güçleneceğini umduklarını ifade etmişlerdir.

### **C. AB'nin AİHK'ya Katılım Müzakeresi**

Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinin hemen arkasından Konsey Başkanlığının teklifi üzerine Avrupa Konseyi AB Komisyonu'ndan AB'nin AİHK'ya katılımı için bir öneri hazırlaması talebi yapmıştır.<sup>50</sup> 04.06.2010'da Avrupa Konseyi AB Komisyonu'na katılım anlaşmasına ilişkin müzakere yetkisi vermiştir.<sup>51</sup> Müzakere taktiği icabı AB Komisyonu'na verilen müzakere yetkisinin içeriği açıklanmamıştır. Bununla beraber Avusturya ulusal meclisinin ve hükümetinin bilgilendirilmesi ışığında müzakere yetkisinin önemli unsurları hakkında bilgi sahibi olunmuştur.<sup>52</sup> Bunlar müzakereye esas olan prensipler olarak Birlik Hukuku'nun muhtar yorumu, AB organlarının ve Avrupa Konsey organlarının eşitliği, AB'nin tüm üye devletler tarafından onaylanan AİHK'ya ek (*mevcut ve ileride yapılacak*) protokollere katılma olanağına sahip olması; AB'nin Avrupa Konseyi organlarında (*Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde, Parlamenter Asemblisi'nde, AİHM'de*) temsil edilmesi, Konvansiyon ihlâli iddiasının Birlik Hukuku tasarruflarına istinat etmesi durumlarında AB'ye Konvansiyon üyesi devletlere uygulanan prosedürün uygulanması ve AB'nin bu prosedüre iştirak etmesi, bunun ötesinde sekonder hukukun temel haklara uygunluk denetimi bağlamında ABAD'a şimdide

<sup>50</sup> Dok. 17024/09, s.11, 02.12.2009

<sup>51</sup> Dok. 10817/10/EXT 2, s.2, 27.09.2010

<sup>52</sup> bknz.: [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/III/III\\_00050/imfname\\_1533386.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/III/III_00050/imfname_1533386.pdf) (erişim tarihi 10.12.2022)

dek sahip olduğu öncelik ışığında denetim olanağı tanınması şeklinde sıralanmıştır.

#### D. Katılım Anlaşması Tasarısı

Bu yetkilendirme çerçevesinde katılım müzakereleri AB tarafında AB Komisyonu tarafından AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 218. madde, 2. fıkrasına göre özel komite olarak kurulan "temel haklar, medeni haklar ve dolaşım özgürlüğü grubu" ile birlikte yürütülmüştür. Avrupa Konseyi tarafında ise müzakereler İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi tarafından desteklenen informel bir çalışma grubu tarafından yürütülmüştür. Bu çalışma grubu 7'si AB üyesi, 6'sı AB üyesi olmayan devletlerden gelen hükümet temsilcisi olarak kabul edilmeyen uzmandan oluşturulmuştur. Müzakerelere gözlemci olarak Avrupa Konseyi'nin Uluslararası Hukukla İstigal eden çalışma grubu (CAHDI) ve AİHM başkanı katılmıştır. 16.07.2011'de katılım anlaşması tasarısı tamamlanmıştır.<sup>53</sup> Tasarıda AB'nin AİHK'ye ve AB üyesi tüm devletlerin taraf olduğu ek protokollere katılım hakkı (*mülkiyetin korunması, eğitim ve serbest seçim hakkının düzenlenmesine ilişkin 1 nolu Protokol; ölüm cezasının yasaklanmasına ilişkin 6 Nolu Protokol*) yer almıştır. AB'nin AB üyesi devletlerin tümünün taraf olmadığı protokollere katılımı konusu tasarıda açık bırakılmıştır. Tasarıda Konvansiyona AB'nin katılımının amacı olarak insan haklarının korunmasında AİHK ve AB Hukuku arasındaki uyumun artırılması ve AB tasarruflarının, önlemlerinin ve hareketsizliklerinin AİHM'nin denetimine tabi kılınması olarak gösterilmiştir (*Katılım Anlaşması dibacesinin 2. ve 3.mülâhazası*).

Müzakere aşaması Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi'nin 12.10.2011- 14.10.2011 tarihleri arasında yaptığı olağanüstü bir toplantı ile kesilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan raporda kimi sürekli temsilcilerin 6.10.2011 tarihli toplantıda yaptıkları çekincelerle AB'nin müzakerelerde mütecanis bir görüşle temsil edilme olanağını engellediği tespit edilmiş;<sup>54</sup> "temel haklar, medeni haklar ve serbest

<sup>53</sup> Almanca tercümesi için bknz.: BR-Drs.563/11

<sup>54</sup> Xavier Groussot/Tobias Lock/Laurent Pech, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", European Issues 2011, n°218, Robert Schumann Foundation, Brussels-Paris, s.1-17



dolaşım” ile ilgili çekincelerin Birliğin kendi içinde yapacağı çalışmalar ile kaldırılması ertesinde müzakerelerin yeniden başlayacağı ifade edilmiştir. Bu çekinceler ortak dış politika ve güvenlik politikasının katılım anlaşmasına dahil edilmesi, Lizbon Anlaşması’nda vurgulanan üye devletlerin yetkileri, ortak savunma mekanizmasının uygulanma alanı, AİHM’nin AB tasarruflarını denetimi, AB’nin ve üye devletlerin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nde oy haklarını kullanması konularına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır.

## V. AİHK’YA KATILIMIN GETİRECEĞİ SORUNLAR

AB Anlaşması’nın 6.madde, 2.fıkrası ve 8 Nolu Protokolün 2.maddesi AB’nin AİHK’ya katılımının anlaşmalarda yer alan Birlik yetkilerini değiştirmeyeceğini öngörmektedir. Bu düzenlemelere göre AB AİHK’nın hiçbir hükmüne istinaden AB Hukuku’nun izin vermediği tasarruflarda bulunmak veya önlem almakla yükümlü kılınamaz. Bununla beraber AİHK’nın 59. madde, 2. fıkrasına göre AB’nin AİHK’ya katılımı ile AB, AB organları ve AB Divanı için yükümlülükler doğması kaçınılmaz bir durumdur. Bu bağlamda AB’nin ek protokollere katılma hakkının tüm üye devletler tarafından onaylanan ek protokollerle sınırlamasının gerekçesi açıklanmamıştır. Bu düzenleme ile muhtemelen AİHM’nin denetim yetkisi sınırlanmak istenmiştir. Ancak AB Temel Haklar Şartı’nın 52. madde, 3. fıkra, 1.cümlesi ve 52. madde, 7. fıkrası üzerinden AİHK’ya doğrudan yapılan atıf öngörülen bu sınırlamayı etkisizleştirmektedir; zira bu hükümler açıkça tüm AB üyesi devletler tarafından onaylanmayan, hatta imzalanmayan protokolleri de kapsamaktadır. AİHK’nın 59.madde, 2.fıkra, (a) bendi ayrıca AB’nin ileride yapılacak protokollere katılımını imkân dahiline sokmaktadır.

### A. AİHK’nın Hiyerarşisi

Birlik tarafından yapılan bir anlaşma olarak AİHK’ya katılım anlaşması AB organlarını ve üye devletleri bağlayacaktır.<sup>55</sup> AB organlarının Konvansiyonla bağlanması, AB organlarının tasarruf ihdas ederken Konvansiyonu dikkat alması gerekliliğini, dolayısıyla Konvansiyonun sekonder hukuka nazaran önceliği sonucunu doğuracaktır. AB’nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma’nın 218. madde, 11.f

<sup>55</sup> AB’nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma’nın 216.madde, 2.fıkrası

ikrasına göre AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının primer hukukla uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle uluslararası anlaşmaların onaylanmasından önce olduğu gibi AİHK'ya katılım anlaşması için de önleyici bir prosedür olarak katılım anlaşmasının primer hukuka uygunluğunun AB Divanı tarafından denetlenmesi AB primer hukukunun bir gerekliliğidir.<sup>56</sup>

Katılım anlaşması Birlik Hukuku'nun entegre bir parçası olarak primer hukuk ve sekonder hukuku arasında bir hiyerarşi elde edecektir.<sup>57</sup> Şüphesiz AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 218. madde, 8. fıkrası, 2. cümlesi AB'nin AİHK'ya katılım anlaşmasının Konsey'de oybirliği ile kabul edilmesini ve tüm üye devletlerin anayasaları muvacehesinde onaylamasını gerektirmektedir. AİHK'ya katılım anlaşmasının üye devletler tarafından onaylanması AB Hukuku'nda katılım anlaşmasının primer hukuk hiyerarşisi elde etmesine yol açacaktır. AİHK'ya Birlik temel haklar rejimi bağlamında primer hukuk normlarında yapılan atıflar AİHK'nın şimdiye dek esasen Birlik Hukuk düzeninde fiilen primer hukuk benzeri bir statü elde etmesine neden olmuştur.<sup>58</sup>

### **B. AB Üyesi Devletlerin İç Hukuklarında AİHK'nın Hiyerarşisi**

AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 216. madde, 2. fıkrasına göre AB tarafından yapılan katılım anlaşması üye devletleri de bağlayacaktır. Ancak bu sonuç AB'nin yetkileri ile sınırlı olarak Birlik Hukuku'nun ulusal hukuka nazaran önceliği muvacehesinde AİHK'nın ulusal hukukta hiyerarşisinin yükselmesi sonucunu doğuracaktır.

## **VI. ABAD VE AİHM İLİŞKİSİ**

AİHK'ya katılımdan sonra AB de bütün diğer AİHK tarafları gibi taraf olduğu hukuki uyumsuzluklarda AİHM'nin nihai kararına uy-

<sup>56</sup> BR-Drs.563/11, s.1 vd.

<sup>57</sup> Walther Michl, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK, Mohr Siebeck 2014), Tübingen, s.124 vd.

<sup>58</sup> AB anl. m.6, fık.3; AB Temel Haklar Şartı'nın 52.m., 3.fık., 53.m. ile bağlantılı olarak AB anl., m.6, fık.1

makla yükümlü olacaktır.<sup>59</sup> Bu sonuç AB organı olarak ABAD dahil olmak üzere tüm AB organları bakımından geçerlidir.<sup>60</sup> ABAD şimdiye dek artan bir eğilim içinde temel haklar konusunda AİHM'nin içtihadına atıfta bulunmuştur.<sup>61</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 52. madde, 3. fıkrası ABAD'ı AİHM'nin içtihadını dikkate almakla yükümlü kılmaktadır. AİHM Bosphorus davasında AB Hukuku'na istinat eden ve ABAD tarafından Konvansiyona uygun görülen ulusal önlemler hakkında karar vermiştir;<sup>62</sup> AİHM Bosphorus kararında Topluluk Hukuku tarafından öngörülen temel hak himayesinin şikâyetin yapıldığı tarih itibariyle Konvansiyonun koruma mekanizması ile uyumlu olması nedeni ile İrlanda'nın AT üyeliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin Konvansiyon yükümlülüklerinin ihlâline yol açmadığına hükmetmiştir. Bu varsayımın ancak somut durumun koşullarına bağlı olarak üye devletlerin temel hak düzenlemelerinin açık şekilde yetersiz olduğu durumlarda çürütülmesi mümkündür;<sup>63</sup> AİHM'nin somut durumun koşulları ışığında ulusal temel hak korumasının yetersizliğini kabul etmediği Bosphorus davasından farklı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin somut durumun koşullarının denetimini yapmaksızın AB Hukuku'ndaki temel hak korumasının genel yetersizliğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır.<sup>64</sup> AB'nin AİHK'ya katılması ertesinde ABAD kararları diğer Konvansiyon tarafı devletlerin mahkeme kararları gibi AİHM'nin denetimine tabi olacaktır.

AB'nin AİHK'ya katılım anlaşması tasarısında AB'nin taşıdığı özellikleri dikkate alan iki düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin AB üyesi olmayan diğer Konvansiyon taraflarınca kabul edilmesi olası görülmemektedir.

<sup>59</sup> AİHK, m.46, fık.1

<sup>60</sup> krş. AB anl., m.13

<sup>61</sup> Manfred A.Dauses, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, 2010, Peter Lang GmbH 2010, Bern, s.25 vd.; Benedikt Schneiders, *Die Grundrechte der EU und die EMRK*, 2010, Nomos, Baden-Baden, s.44 vd.

<sup>62</sup> EuGH, Rs.C-84/95, *Bosphorus / Minister for Transport, Energy and Communications*, Slg.1996, I-3953

<sup>63</sup> EGMR (*Bosphorus*), *Rechtssache Bosphorus Hava Yolları Turizm/İrlanda* (Beschwerde Nr.40536/98, Urt. vom 30.Juni 2005, EuGRZ 2007, 662(667), Nr.165

<sup>64</sup> bkz.: BVerfGE 73, 339-Solange II; BVerfGE 102,147-Bananenmarktordnung; BVerfGE 126,286-Honeywell

### A. Co-Savunma Mekanizması

AİHK'nın 36. maddesinde öngörülen üçüncü tarafların müdahil olmasına ilişkin düzenlemenin bir co-savunma mekanizması ile genişletilerek AB'nin gereksinimlerinin karşılanması istenmiştir. Birlikte savunma mekanizmasının (*co-savunma*) iki durumda gündeme gelmesi mümkündür. Bunlardan birincisi Bosphorus davasında söz konusu olduğu gibi Konvansiyon tarafı AB üyesi bir devlete Birlik Hukuku'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi nedeniyle AİHK'yı ihlâl iddiası yapılması ve hakkında AİHM nezdinde dava açılması durumunda olabilecektir.<sup>65</sup> Diğeri ise Matthews davasında olduğu gibi primer hukukun bir normunun AİHK'ya uygunluğu konusunda tereddüte düşülmesi ve AİHK tarafı AB üyesi devletin primer hukuku icra etmesi nedeniyle AİHM nezdinde davalı konumuna gelmesi durumunda söz konusu olabilecektir.<sup>66</sup> Co-savunma mekanizması ile AİHM nezdinde cereyan eden prosedüre AB ve sorumlu üye devletin birlikte katılımı sağlanmak istenmektedir. Bu şekilde Birlik Hukuku'nun özelliği olan AB Anlaşması'nın 5.maddesi ve AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 2-6 maddeleri muvacehesinde ABAD'a saklı tutulan yargılama yetkisi AİHM'ye aktarılması mümkün olacaktır.

Co-savunma mekanizması AB'ne veya üye devletlere yükümlülük olarak değil, sadece bir talep yapma "may become" olarak öngörülmüştür. Bununla beraber Co-savunmaya katılma yükümlülüğünün AB Hukuku muvacehesinde sadakat içinde iş birliği prensibine istinat ettirilmesi (*AB Anl., 4.md, 3.fık.*) ve konunun sekonder hukukta detaylandırılması mümkündür. AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurunun kabulünde başvuru nedeni tasarrufun Birlik Hukuku'na istinat edip etmemesinin yahut Birlik tasarrufunun primer hukuk tarafından öngörülmesinin öneminin olmaması nedeniyle co-savunma mekanizmasının bireysel başvuru hakkının kullanılmasında olumsuz bir etki yapması mümkün değildir. AİHM yaptığı değerlendirme sonucu AİHK'yı ihlâl eden tasarruftan sadece bireysel başvuru muhatabı AB üyesi devletin sorumlu olduğu sonucuna varabilir. Bu tablo

<sup>65</sup> Walter Obwexer, "Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen", *EuR* 2012, Heft 2, s.115 vd.

<sup>66</sup> EGMR (Büyük Daire), Rechtssache Denise Matthews/Vereinigtes Königreich, 18.Feb.1999 (bireysel başvuru Nr. 24833/94), *EuGRZ* 1999, s.200

co-savunma mekanizmasının AB için özel bir durum yaratmadığını ortaya koymaktadır.<sup>67</sup>

### B. ABAD Tarafından Önceden Yapılan İç Denetim

Co-savunma mekanizmasının AİHM'nin karar vermesi öncesinde Bosphorus örneğinde olduğu gibi ABAD'nin Divanı'nın Konvansiyon muvacehesinde temel denetimi yapmasını sağlayan bir düzenleme ile tamamlanması mümkündür. Böyle bir denetim yöntemi AİHM'de görülecek davanın hızlıca karara bağlanmasını temin edecektir. AİHM'nin yetkileri ABAD'ın yapacağı bu denetimden etkilenmeyecektir. Tasarrufun AİHK'ya uygun olup olmadığı konusunda nihai karar yetkisi AİHM'ye ait olması nedeniyle aksi bir uygulama AİHK'nın öngördüğü denetim sisteminin ihlâlüne yol açacaktır. Öngörülen bu prosedür AİHM ve ABAD arasında karşılıklı saygıya dayanan kooperasyona ve bunun sonucu olarak iki mahkeme arasında uyuşmazlık çıkmasını önlemeye katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda ABAD'nin AİHM öncesinde AİHK'ya uygunluk denetimiyle bağlantılı olarak ortaya çıkacak gecikmenin AİHM nezdindeki prosedürün hızlandırılarak telafi edilmesi mümkündür.<sup>68</sup>

### C. AB'nin AİHK ile İştigal Eden Organlarda Temsili

AB, Konvansiyon tarafı olarak eşit haklarla sadece AİHK'nın organı olan AİHM'de değil, aynı zamanda AİHK'yı çalışmalarına esas alan Avrupa Konseyi organlarında da Avrupa Konseyi üyesi olmaksızın temsil edilecektir. AB, AİHM'nin yargıçlarının seçimine Avrupa Parlamentosundan 18 kişilik bir delegasyonla katılacaktır.<sup>69</sup> AB, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin AİHK'ya ilişkin konularla ilgili olarak yapılan toplantılarına, örneğin AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve icrasının denetimine,<sup>70</sup> dostça çözüme ilişkin toplantılarına katılacaktır.<sup>71</sup> Bu görevin yerine getirilmesi ancak AB'nin yalnız olarak veya AB'nin ve üye devletlerden birinin yahut birçok üye devletin mahkûmiyetine

<sup>67</sup> Walter Obwexer, s.115

<sup>68</sup> Theodor Schilling, "Der Beitritt der EU zur EMRK, Verhandlungen und Modalitäten", HFR 8/2011, s.93 vd.

<sup>69</sup> Katılım Anlaşması tasarısı md.8

<sup>70</sup> AİHK 46.md.

<sup>71</sup> AİHK md.39

karar verilmesi durumlarında Birliğin ve üye devletlerin Birlik Hukuku muvacehesinde aynı yönde oy kullanma mükellefiyetleri ışığında mümkün olmayacaktır. Bu nedenle katılma anlaşması tasarısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ile ilgili olarak öngörülen düzenlemelerin değiştirilmesi gereğine işaret edilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararları ile ilgili yapılacak düzenlemeler AİHK'ya katılma bağlamında AB yetkilerinde bir değişikliğe yol açmadığı nispette Birlik Hukuku bakımından sorun teşkil etmeyecektir.<sup>72</sup>

Lizbon Anlaşması ve AİHK'nun değişikliğine ilişkin 14 Nolu Protokolle AB'nin AİHK'ya katılımına hukuki dayanak oluşturulmuştur. Katılım müzakereleri bununla beraber zorlu geçmiştir. AB üyesi olmayan Konvansiyon tarafı devletlerin katılım anlaşmasının onayında nasıl bir tutum alacakları bilinmemektedir. Bunun ötesinde AB üyesi devletler arasında da katılım anlaşmasının içeriğiyle bağlantılı bir mutabakat sağlanamamıştır. AB'de mevcut temel hak korumasının içerik olarak AİHK ile uyumlu olması nedeniyle AB'nin AİHK'ya katılımı sonucu ortaya çıkacak AİHM'nin yargısal denetim yetkisi yadırganacak kararlara yol açmayacaktır. 2012'nin ikinci yarısında yürürlüğe girmesi planlanan AİHK'ya katılım anlaşmasının gecikme nedenlerinden biri olarak katılım anlaşmasının güncel gelişmeler nedeniyle önceliğini kaybetmesi gösterilirken, diğer gecikme nedenini ABAD'dan gelen istisari görüş oluşturmuştur. Katılım Anlaşması yürürlüğe girinceye kadar AB'de temel hak koruması AB Temel Haklar Şartı ve Birlik Hukuku'nun genel hukuk ilkeleri üzerinden temin edilecektir.<sup>73</sup>

## VI. ABAD'NİN CETA GÖRÜŞÜNÜN AB'NİN AİHK'YA KATILIM ANLAŞMASINA UYGULANMASI

CETA görüşü her ne kadar AB Hukukuna uygunluk konusunda yeni denetim ölçütleri getirmiş olsa da bu yeni ölçütler yatırımla ilgili yargısal faaliyetlerle sınırlandırıldığı takdirde AB'nin AİHK'ya katılımı bakımından engel doğurmayabilir. Ancak CETA anlaşmasında bu bağlamda herhangi bir ipucu bulunmamaktadır.

<sup>72</sup> Katılma Anlaşması tasarısı md.7, Nr.2 b ve 2c

<sup>73</sup> AB anl. m.6, 1.fık. ve AB anl. m.6, 3.fık.

### A. AB Temel Haklar Şartı ile Uyum Kriteri

AB'nin AİHK'ya katılımının AB Temel Haklar Şartı'nın 20.mad-  
desinin ihlâline yol açacağına ilişkin bir ipucu bulunmamaktadır.  
AİHK'nın sunduğu temel hak korumasının AB Temel Haklar Şartı'nın  
sunduğu temel hak korumasından herhangi bir farklılığı bulunma-  
maktadır. AİHK'nın sunduğu temel hak korumasından sadece an-  
laşma tarafı devletlerin *jurisdiction'una* tâbi vatandaşları değil, Kon-  
vansiyona taraf devletlerin ülkelerinde yaşayan herkes istifade eder.<sup>74</sup>  
Bu bağlamda AİHM nezdinde açılan başvuru davalarında yargılama  
giderlerinin ve avukat ve seyahat harcamalarının adli yardım olarak  
verilmesi mümkündür.<sup>75</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 47. madde ile il-  
gili olarak AİHM yargıçlarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda  
herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Caiz olmayan müdahalele-  
ri en aza indirmek için AİHM yargıçlarının kişisel ve mesleki olarak  
yüksek standartlara sahip olması atanma kriteri olarak kabul edilmiş-  
tir.<sup>76</sup> Yargıçların görev süresi 9 yıldır. Yargıçlık için gerekli koşulların  
ortadan kalkması nedeniyle mevcut yargıçların 2/3 çoğunluğunu ge-  
rektiren kararlar yargıçlık statüsünün sona erdirilmesi mümkündür.<sup>77</sup>  
Siyasi etkileri önlemek için yargıçların yeniden seçilmesi kabul edil-  
memiştir. Yargıçların seçimleri ve maaş ödemeleri bağımsızlıklarının  
teminatı olarak Avrupa Konseyi tarafından üstlenilmiştir.

### B. Birlik Üyelerinin Kendi Anayasal Çerçevesinde İşlevlerini Yerine Getirmeleri

AİHM nezdinde yapılacak şikâyetlerin AB organlarının kendi  
anayasal çerçevesinde işlevlerini yerine getirmelerini engellememe-  
si, AB'nin AİHK'ya katılımının AB organlarının yetkilerinde değişime  
veya eksilmeye yol açmaması gerekmektedir. AB'nin AİHK'ya katılımı  
halinde AİHM'nin kararları şikâyet muhatabı AİHK tarafı devlet için  
bağlayıcı olduğu gibi AB için de bağlayıcı olacaktır. AİHM Konvan-  
siyon tarafı devletlerin Konvansiyona aykırı hukukunu ortadan kal-  
dıramaz. AİHM'nin kararları sadece tespit edici niteliktedir.<sup>78</sup> AİHM

<sup>74</sup> AİHK, m.34

<sup>75</sup> AİHM'nin, 01.01.2020 tarihli usul düzenlemesinin 105.md. vd.

<sup>76</sup> AİHK, m.21, fık.1

<sup>77</sup> AİHK, m.23, fık.4

<sup>78</sup> Kathrin.Brunozzi, Art.41 EMRK" Art.41 EMRK, Gerechte Entschädigung, Rn.4

kararlarında şikâyetçiye tazminat ödenmesini hükme bağlayabilir. Anlaşma ile kurulan mahkemenin uluslararası baskı oluşturma amaçlı olarak verdiği tazminat ödenmesi kararı ABAD'ın CETA görüşünde Birlik organlarının işlevlerini yerine getirmesi bağlamında "sorunlu" bir konu olarak nitelendirilmiştir.

Yukarıda işaret edildiği gibi danışma görüşünde ABAD tarafından Birlik Hukukunun muhtariyetinin korunması kriterlerinin yeniden vurgulanması önem taşımaktadır. ABAD'ın CETA görüşüne göre Avrupa kamu düzeninin korunmasına ilişkin esaslar prensip olarak AİHK'da öngörülmektedir. Konvansiyonda öngörülen istisnai temel hak sınırlamalarında (özellikle AİHK'nın 8-11 maddeleri) demokratik toplum bakımından gereklilik esas alınmaktadır. AİHM bu bağlamda alınacak önlem bakımından acil bir toplumsal gereklilik bulunup bulunmadığını ve alınacak önlem ve gerçekleştirilmek istenen amaç arasında ölçülülük ilişkisinin bulunup bulunmadığını (ölçülülük prensibi) ölçü almaktadır.<sup>79</sup> Divanın CETA görüşü AB sekonder hukukunun AİHM tarafından ölçülülük denetimine tâbi tutulmasının taşıdığı önemi ortaya koymaktadır. AB üyesi devletlere yönelik şikâyetler çerçevesinde AİHM Bosphorus kararında AB sekonder hukukunu AİHK muvacehesinde denetleme yetkisini Konvansiyonun açık ihlalleri ile sınırlamıştır.<sup>80</sup> AİHM'nin AB'yi diğer Konvansiyon üyelerine nazaran tercihli duruma getiren AB Hukukunu denetleme yetkisini Konvansiyonun açık ihlalleri ile sınırlı tutan bu yaklaşımını AB'nin AİHK'nın tarafı olması durumunda devam ettirip ettirmeyeceği henüz bilinmemekle beraber bu yaklaşımın AB'nin AİHK'ya katılması ertesinde yeterli bir denetim kriteri olarak devam ettirmesi olası gözükmemektedir.<sup>81</sup> ABAD'ın CETA görüşünün bu bağlamda ne şekilde anlaşılması gerektiği literatürde tartışmalıdır. Kimi hukukçular CETA görüşü muvacehesinde AİHM'nin AB sekonder hukukuna ilişkin ölçülülük denetimini reddederken,<sup>82</sup> kimileri AİHM'nin asgari

vd"., bknz.: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (ed.), Europäische Menschenrechts-konvention, Handkommentar, 4.Basi., 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, s.656-681

<sup>79</sup> Kathrin Brunozzi, Rn.32 vd.

<sup>80</sup> Birgit Daiber, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Europäischen Union", ZfRV 2018, Heft 3, s.100 vd.

<sup>81</sup> Jörg Gundel, s.185

<sup>82</sup> Jörg Gundel, s.185 vd.; Wolfgang Weiss, s.683 vd.



bir keyfilik denetimini kabul etmektedir.<sup>83</sup> Bunun dışında kimi hukukçular ABAD'ın CETA görüşünde ölçülülük prensibine uygunluk denetiminde sadece açık ihlallerin esas alındığını kabul etmektedir.<sup>84</sup> Bu görüşe göre AB sekonder hukukunun ölçülülük prensibi ışığında AİHM tarafından denetimi genel olarak reddedilmemekle beraber bu denetim yetkisi açık ihlallerle sınırlı kabul edilmektedir.<sup>85</sup> Bu ifade en azından AİHM'nin keyfilik denetimine izin vermektedir.

## SONUÇ

ABAD CETA görüşünde temel haklara istisnai olarak sınırlama getirilmesini AB Hukuku ile yaratılan objektif hukuk düzeninin korunmasına istinat ettirmiştir. CETA görüşü meşru siyasi amaçlara erişmeye matuf olarak ihdas edilen önlemleri ve AB Hukukunun muhtariyetini korumaya matuf önlemleri temel hak sınırlamasında meşru gerekçe olarak kabul etmiştir.<sup>86</sup> ABAD CETA görüşünde dolaylı şekilde AB sekonder hukukunun denetiminin anlaşma ile kurulan mahkeme tarafından yapılmasını kabul etmediğini, diğer bir ifade ile kendisi dışında başka bir mahkemenin sekonder hukukun objektif hukuk düzenine uygunluğunu denetlemesi halinde AB Hukukunun muhtariyetini kaybedeceğini vurgulamıştır. ABAD'ın CETA görüşünde anlaşma ile kurulan mahkemeye temel hak sınırlamaları bağlamında AB sekonder hukukuna ilişkin ölçülülük denetimi yapmasına izin verilmesi, ölçülülük denetiminin ABAD tarafından AB objektif hukuk düzenine uygunluk denetimine nazaran daha az önemli addedildiğini göstermektedir. Bu tablo CETA görüşünde anlaşma ile kurulan mahkemenin -AİHM dahil- AB sekonder hukuku bakımından açık ihlâl veya keyfilik tespiti ile sınırlı ölçülülük denetimi yapmasının kabul edildiğini, buna karşılık AB sekonder hukukunun geçerlilik denetiminin ABAD'a saklı tutulduğunu ortaya koymaktadır.

CETA anlaşmasında AB Hukukuna yapılan göndermeler Birlik organlarının kendi anayasal çerçevesinde işlevini yerine getirmesi ve Birlik Hukukunun muhtariyetini koruması için değil, rekabet hukuku

<sup>83</sup> Patricia Sarah Stöbener de Mora/Stephan Wernicke, s.970,971

<sup>84</sup> Heiko Sauer, s.928

<sup>85</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.157,159

<sup>86</sup> EuGH, Gutachten 1/17, Rn.154 ve EuGH, Gutachten 1/17, Rn.155

kararlarını sadece ABAD nezdinde iptal ettirebilen Birlik yurttaşları ile CETA mahkemesine iptal başvurusu yapabilen Kanada yurttaşlarının eşit muamele görmesi için yapılmıştır. CETA anlaşmasında Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmelerini temin için AB sekonder hukukunun başka bir mahkemenin geçerlilik denetimine tâbi olmasına imkân veren bir dayanağa yer verilmemiştir. AB'nin AİHK'ya katılımı bağlamında da AİHM'nin AB sekonder hukukunu AİHK'ya aykırı ilân etmesinin eşzamanlı bir AB primer hukuk ihlâli söz konusu değilse AB sekonder hukukunun geçerliliği bakımından bir sonuç doğurmayacağı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle ABAD'ın CETA görüşünde AB sekonder hukukunun anlaşma ile kurulan mahkemelerin yargısına tâbi olmasına ilişkin öngörülen kriterlerin AB'nin AİHK'ya katılmasına engel teşkil eder nitelikte yorumlanması zorlama olmaktan öteye bir anlam taşımamaktadır.

## KAYNAKÇA

### Makaleler

- Arsava A. Fusun, "Lizbon Sözleşmesi – Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, özel sayı, 2009, s. 1457-1479
- Daiber Birgit, "The European Court of Human Rights and the Courts of the High Contracting Parties; specifically regarding the consequences of the imminent accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", *Ritsumeikan Law Review*, 2014, No: 31 Ritsumeikan University Law Association, Kyoto, s.119-135
- Daiber Birgit, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Europäischen Union", *ZfRV* 2018, Heft 3, s.100 vd.
- Engel Daniel, "Europäischer Gerichtshof, 30.4.2019 – Gutachten 1/17: Wirtschafts- und Handelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) mit Unionsrecht vereinbar", *SchiedsVZ*, Cilt 17 ve 18, 2019 C.H.Beck Verlag, München
- Groussot Xavier/Lock Tobias/Pech Laurent, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", *European Issues* 2011, n°218, Robert Schumann Foundation, Brussels-Paris, s.1-17
- Gundel Jörg, "Das CETA-Gutachten des EuGH: Neuer Grenzen des Unionsrechts für die Unterwerfung unter "fremde Richter", *EWS*, 2019, Heft 4, s.181,185
- Lübke Julia, "Investitionsabkommen in der Kompetenzordnung der Europäischen Union-zugleich zu EuGH Gutachten 1/17 (CETA)", *GPR*, 2020, Vol:17, Issue 1, s.21,29

*Obwexer Walter*, "Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen", *EuR* 2012, Heft 2, s.115 vd.

Sauer Heiko, "Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, Eine Rekonstruktion der Autonomie der Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH", *JZ*, Jahrgang 74(2019), Heft 19, s.925-931

*Schilling Theodor*, "Der Beitritt der EU zur EMRK, Verhandlungen und Modalitäten", *HFR* 8/2011, s.93 vd

Stöbener de Mora Patricia Sarah/Stephan Wernicke, "Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel - Das CETA Gutachten des EuGH", *EuZW* 2019, Heft 23, s.970,971

Weiss Wolfgang, "Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? -zum CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden Verfassungsrechtlichen Anforderung", *EuR* 2020, s.621,624 vd.

#### **Kitaplar**

Dauses Manfred A, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, 2010, Peter Lang GmbH 2010, Bern, s.25 vd.

Michl Walther, *Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK*, 2014, Mohr Siebeck, Tübingen, s.124 vd.

Schneiders Benedikt, *Die Grundrechte der EU und die EMRK*, 2010, Nomos, Baden-Baden, s.44 vd.

#### **Editörlü Kitaplar**

Brunozzi Kathrin, "Art.41 EMRK, Gerechte Entschädigung, Rn.4 vd"., bknz.: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (ed.), *Europäische Menschenrechts-konvention, Handkommentar*, 4.Basi., 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, s.656-681

Schorkopf Frank, "Art. 6 EUV, Rn.37", bknz.: Grabitz/Hilf/Nettesheim (ed.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar EL 41* (2010), C.H.Beck, München