

T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI GÜVENLİK ANABİLİM DALI

AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANININ AVRUPA
TOPLULUĞUNU KURAN ANTLAŞMANIN IV. BAŞLIĞINDA
YER ALAN KONULARDAKİ YARGI YETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ozan YORULMAZ

Danışman
Doç. Dr. Mehmet ÖZCAN

Ankara – 2009

T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI GÜVENLİK ANABİLİM DALI

**AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANININ AVRUPA
TOPLULUĞUNU KURAN ANTLAŞMANIN IV. BAŞLIĞINDA
YER ALAN KONULARDAKİ YARGI YETKİSİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ozan YORULMAZ

Bu tez 02/10/2009 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Oybirliği/Oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Jüri Başkanı:

Danışman Doç. Dr. Mehmet ÖZCAN

Üye: Prof. Dr. Halil İbrahim BAHAR

Üye:

Prof. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ

İmza

.....
.....
.....

T.C.
POLİS AKADEMİSİ BAŞKANLIĞI
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlardan her seferinde yollama yaparak yararlandığımı belirtir; bunu şerefimle beyan ederim.

Enstitü veya başka herhangi bir mercii tarafından belli bir zamana bağlı kalmaksızın, tezimle ilgili bu beyana aykırı bir durumun tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Ozan YORLUMAZ

ÖNSÖZ

Avrupa Birliğinin siyasi entegrasyon çalışmaları kapsamında oldukça yeni bir alan olarak karşımıza çıkan özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmaya yönelik politikalar, özellikle genişleme ve derinleşme süreçleriyle birlikte yeni boyutlar kazanmaktadır. Diğer taraftan Birliğin yegâne yargı organı olan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Topluluk politikalarını yorumlamak suretiyle AB'nin işleyişine yönelik önemli bir misyonu yerine getirmektedir. Bu çalışmada bir yanda özgürlük, güvenlik ve adalet alanına yönelik politikalar, diğer yanda da Adalet Divanının yapısı ve fonksiyonu incelenerek Divanın bu politik alana yönelik yaklaşımları incelenmektedir.

AB'nin adalet ve içişleri politikasına yönelik incelemelerde, söz konusu alana yönelik ye devletlerin özel bir ilgi göstermesi nedeniyle yapılan çalışmaların çok dinamik olduğu görülmektedir. Bir yanda AB'nin yetki alanıyla ilgili ulusal egemenlik kaygıları yaşanırken diğer yanda küresel politikanın gerçekleri çerçevesinde Birlik düzeyinde işbirliği yapılmasının kaçınılmaz olması, AB arenasında ve ye devletlerin iç politikalarında önemli tartişmaların olmasına neden olmaktadır. Bu dinamizm ışığında özellikle Lizbon Antlaşması'nın AB gündemine gelmesiyle birlikte, çalışma taslağıyla ilgili daha önceden hazırlığını yaptığım birçok konuda güncelleme yapma gereği duydum. Diğer taraftan, hiç şüphesiz bu çalışmanın yayımlanmasının üzerinden çok geçmeden AB'de adalet ve içişleri alanında yeni düzenlemeler ve yeni tartişmalar ortaya çıkacaktır.

AB'nin adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili bir çalışma yapmamın en büyük nedeni, danışmanım Doç. Dr. Mehmet zcan hocamın yönlendirme ve destekleridir. Kendisine beni bu alanda çalışmaya yönlendirdiği için çok teşekkür ediyorum. Diğer taraftan, bu çalışma için aile ve işyeri desteğini de tam olarak hissetmekten dolayı mutluyum. Bu çerçevede, eşim Dr. Hülya Yorulmaz'a ve mesai arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim. Ülkemizde AB'nin ekonomiyle bağlantılı politik alanlarında pek çok çalışmaya rastlanılmasına rağmen özellikle adalet ve içişleri alanındaki literatür oldukça az bulunmaktadır. Umarım gelecekte bu alanda yapılan akademik çalışmalar artar ve bu çalışma, gelecekte yapılacak olan çalışmalara yardımcı olur.

ÖZET

Yorulmaz, Ozan, (2009), Avrupa Topluluğu Adalet Divanının Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın IV. Başlığında Yer Alan Konulardaki Yargı Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Mehmet ÖZCAN, 144 sayfa.

Avrupa Birliği hukukunun işleyişinde önemli konumu ve fonksiyonu olan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Birlik hukukundan doğan hak ve yükümlülükleri gerek pozitif hukuk, gerekse hukukunun genel ilkeleri ve temel haklar çerçevesinde koruyan ve denetleyen, Birliğin yegâne yargı organıdır. AB’de ekonomik entegrasyonun oluşturduğu tek pazar hedefine yönelik çalışmalar, zaman içerisinde siyasi entegrasyonu da gerektirmiş ve bu amaç doğrultusunda Birliğin yetki alanında adalet ve içişleri politikalarına yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Adalet ve içişleri politikalarına yönelik en köklü değişikliklerden biri Amsterdam Antlaşması ile birlikte yapılarak bu antlaşmayla, AB’de bir özgürlük güvenlik ve adalet alanının ihdas edilmesi çerçevesinde somut hedefler ve yeni düzenlemeler getirilmiştir. Öngörülen bu düzenlemelerle birlikte Birliğin adalet ve içişleri politikasıyla ilgili konulardan iç pazar hedeflerini doğrudan etkileyecek konu başlıkları, Topluluk yetki alanı kapsamına alınmış ve böylece Topluluk hukukunun adalet ve içişleri politikalarındaki yetkisi genişletilmiştir. Diğer taraftan, söz konusu yetki genişlemesiyle birlikte Adalet Divanınca sağlanacak adli himayenin nasıl şekillendiği de önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaların çıkmasına en büyük neden, Amsterdam Antlaşması’yla “Topluluklaştırılan” bir kısım adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili Divanın yargı yetkisinin, Topluluk hukukunun olağan yargı işleyişinden farklılaşmasıdır. Aslında, Adalet Divanının Topluluk hukukundaki statüsü ve yargı yetkisine dair yapılan eleştiriler, sadece adalet ve içişleri politikalarıyla sınırlı kalmamakta olup Topluluk hukukunun diğer faaliyet alanlarında da Divanın yargı yetkisi ve fonksiyonuna dair eleştirilerle karşılaşmaktadır. Bu çalışmada ilk olarak Adalet Divanının AB’deki genel statüsü fonksiyonu ve bu fonksiyonuna dair yapılan eleştiriler incelenmektedir. Bunun ardından, mevcut kurucu antlaşmalar ve öngörülen yeni düzenlemeler çerçevesinde şekillenen AB adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili Divanın yargı yetkisi dava örnekleriyle birlikte incelenerek Divanının, ATA IV. Başlık konuları başta olmak üzere adalet ve içişleri politikaları üzerindeki etkisi tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Yargı Yetkisi, Özgürlük Güvenlik ve Adalet Alanı, ATA IV. Başlık, Lizbon Antlaşması

ABSTRACT

Yorulmaz, Ozan, (2009), The jurisdiction of The European Court of Justice in the Title IV of Treaty on EC, MA Dissertation, Supervisor: Ph.D. Mehmet ÖZCAN, 144 pages.

The European Court of Justice (ECJ) which has an important role and function in the implementation of the Union Law is the only judgement body ensuring and protecting rights and liabilities stated in the context of both positive law and general principles of law and fundamental rights. Within the objective of creating single market over the Union, the progression of political integration has also been required and to this end, some initiatives to create the area of freedom security and justice has been started. The Amsterdam Treaty which has involved one of the most fundamental amendments, has ever been made over the Union's justice and home affairs policy, has set up concrete objectives and new arrangements in order to create so-called the area of freedom, security and justice. To this end, some issues in the justice and home affairs policy which affects objectives of single market has been transferred to the Community domains, which means that Community domains over the justice and home affairs policy has been expanded. On the other hand, by this expansion some arguments has been appeared on how to provide and form judicial protection on the new political domains. The core problem is about the limitation of the ECJ's jurisdiction on the area of freedom, security and justice which has differentiated from the regular procedure of the Community process. In fact, not only criticisms of the role and the function of ECJ is limited with the justice and home affairs policy but also the whole policies of EU. In this study, in the context of EU Law, first of all, the functions and the status of the ECJ has been analysed, generally. Following this, in the light of current treaties in force and foreseen amendments of the treaties, some cases concerning justices and home affairs issues has been analysed and discussed on the status, functions and jurisdiction of the ECJ on the area of freedom, security and justice including the Title IV of Treaty on EC.

Key Words: ECJ, Jurisdiction, Area of Freedom Security and Justice, The Title IV of The Treaty on EC, Lisbon Treaty

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖNSÖZ.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ADALET DİVANININ YERİ, GÖREV ALANI VE ÇALIŞMA YAPISI

1.1. AB/AT HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ VE ÖZELLİKLERİ.....	3
1.1.1. Birlik/Topluluk Hukukunun Üstünlüğü ve Anayasal Karakteri...	3
1.1.2. Temel İlkeler: Topluluk Hukukunun Önceliği ve Doğrudan Etki ve Uygulanabilirliği.....	6
1.2. ATAD’NIN GÖREV ALANI VE ÇALIŞMA YAPISI.....	8
1.2.1. ATAD’nın Görev Alanı.....	11
1.2.2. ATAD’nın Mecburi Yetkileri ve İhtiyari Yetkileri.....	12
1.2.3. ATAD’nın Görev Alanına Giren Davalar.....	12
1.2.3.1. ATAD’nın Görev Alanındaki Dava Çeşitleri.....	13
1.3. BİRLİĞİN ENTEGRASYON SÜRECİNDE ATAD’NIN YAPISI.....	14
1.3.1. AA’da Belirlenen ATAD’nın Yapısı ve İşleyişi.....	14
1.3.1.1. Divan Üyelerinin Seçimi ve Görev Süreleri: Jüri Heyetinin Kurulması.....	18
1.3.1.2. LA’da Belirlenen ATAD’nın Yapısı ve İşleyişi.....	19
1.4. ATAD’NIN AB HUKUKUNDAKİ ROLÜ.....	20
1.4.1. Ön Karar Usulü ve Özellikleri.....	22
1.4.1.1. AA’da ve LA’da Ön Karar Usulü.....	23

1.4.1.2. <i>Ön Karar Usulünün Birlik Hukukuna Etkileri</i>	24
1.4.2. ATAD Kurucu Antlaşmaların Efendisi mi Bekçisi mi ? :Üye Devlet-Divan İlişkileri.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

AB'DE ÖZGÜRLÜK GÜVENLİK VE ADALET ALANININ OLUŞUMU

2.1. AB'DE ADALET VE İÇİŞLERİ POLİTİKASININ ORTAYA ÇIKIŞI..	31
2.1.1. Maastricht Antlaşması ile Oluşturulan Adalet ve İçişleri Yapısı ve ATAD'nın Yetkileri.....	32
2.1.2. Amsterdam Antlaşması'yla Geliştirilen Düzenlemeler.....	34
2.1.3. ÖGA Alanının Kurumsal ve Hukuki Yapısında Yapılan Yenilikler ve Gelişmeler.....	35
2.2.AMSTERDAM'DAN LİZBON'A BİRLİĞİN ÖGA ALANININ İHDASINA YÖNELİK ÇALIŞMALAR.....	39
2.2.1. Amsterdam Sonrası: AA'ya Giden Yol.....	40
2.2.2. AA ve LA Süreci.....	42
2.2.2.1. AA Süreci.....	42
2.2.2.2. Lizbon Süreci.....	43
2.2.3. Çok Yıllı Programlar: Tampere, Lahey ve Stockholm Programı ve Öncelikleri.....	45
2.2.3.1. Tampere ve Lahey Programları.....	45
2.2.3.2.Stockholm Programı.....	48
2.2.3.2.1. Stockholm Programı ve Adalet Divanı.....	51
2.3.AB'DE ÖGA ALANI OLUŞTURMAYA YÖNELİK POLİTİKALARIN İŞLEYİŞİNE ETKİ EDEN UNSURLAR.....	52
2.3.1. Yetki Kullanımı Alanındaki Tartışmalar, Katmanlı Yetki (Subsidiarite) ve Orantılılık İlkesi.....	53
2.3.1.1. Amsterdam Antlaşmasından Lizbon Antlaşmasına Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkesi.....	57
2.3.2. ÖGA Alanında Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler.....	60
2.3.2.1. Mevcut ATA IV.Başlık ve ABA VI. Başlık Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler.....	60
2.3.2.1.1. Karar Alma Usulleri.....	61

2.3.2.1.2. Yasal Düzenlemeler.....	63
2.3.2.1.2.1. <i>III.Sütundan I. Sütuna Transfer:</i>	
ABA 42. Madde Bir Çözüm Olabilir mi?.....	65
2.3.2.2. AA'da Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler.....	66
2.3.2.3. LA'da Belirtilen Karar Alma Usulü ve	
Yasal Düzenlemeler.....	67
2.3.2.3.1. Lizbon Anlaşması: ÖGA Politikalarına	
Genel Bir Bakış.....	67
2.3.2.3.2. Lizbon Antlaşması: Karar Alma Usulü.....	72
2.3.2.3.3. Lizbon Antlaşması: Yasal Düzenlemeler.....	74
2.3.3. ÖGA Alanındaki Asimetrik Coğrafya.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ATAD'NIN ÖGA ALANI ÜZERİNDEKİ YARGI YETKİSİ VE ÖRNEK

DAVALAR

3.1. GENEL ÇERÇEVE.....	81
3.1.1. ABA VI. Başlık ve ATAD'nın Yetkileri.....	82
3.1.1.1. <i>“III. Sütun Kurumları”nın Parlamenter Denetimi</i>	
ve ATAD'nın Yargısal Denetimi.....	85
3.1.2. ATA IV. Başlık ve ATAD'nın Yetkileri.....	87
3.1.2.1. <i>Ön Karar Başvurusuna Getirilen Kısıtlama.....</i>	87
3.1.2.2. <i>İç Güvenliğin Sağlanması ve İç Güvenlik Kurumlarının</i>	
Yargısal Denetimindeki Kısıtlamalar.....	94
3.1.3. Temel Hakların ATAD'nın Yargı Yetkisine Etkileri.....	96
3.1.3.1. <i>AA ve LA'da Temel Haklar Şartı ve ATAD.....</i>	99
3.2. DAVA ÖRNEKLERİ VE ATAD'NIN YAKLAŞIMLARI.....	101
3.2.1. ÖGA Alanı-Birlik Vatandaşlığı İlişkisi ve ATAD.....	102
3.2.2. Birinci Sütunda Ceza Hukuku Düzenlenebilir mi?.....	104
3.2.3. Hava Transit Vizesi Davası: III. Sütun mu I. Sütun mu?.....	105
3.2.4. III. Sütun Düzenlemeleri Doğrudan Etki Doğurur mu?.....	107
3.2.5. Yolcu İsim Kayıtları Davası: Ulaştırma Politikasının ÖGA	
Politikasıyla Bağlantısı.....	108
3.2.6. Komisyonun I. Sütundaki Komitoloji Kararının Uygulanmasına	

Dair İtirazı.....	111
3.2.7. Üye Devlet-Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Evliliği ve Schengen Alanına Giriş/İkamet: Komisyon v. İspanya Davası.....	114
3.2.8. Üye Devlet-Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Evliliği ve Schengen Alanına Giriş/İkamet: MRAX v. Belçika Davası.....	116
3.2.9. Kısa Dönem İkamet ve Schengen Alanına Giriş: N. Bot Davası....	117
3.2.10. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Hakları: Aile Birleşimi.....	119
3.2.11. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Hakları: Uzun Dönem İkamet ve Vatandaşlık.....	122
3.2.12. III. Sütun Davası: <i>Nebis in Idem</i> İlkesi ve <i>Gözütok ve Brügge</i> Davası.....	124
3.2.13. Türkiye ile AB'nin İmzaladığı Katma Protokol Hükümleri ATA IV. BağılıkKapsamında Değerlendirilebilir mi?.....	127
SONUÇ.....	130
KAYNAKÇA.....	136

KISALTMALAR

AA	: Avrupa Anayasası (Anayasal Antlaşma)
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMB	: Avrupa Merkez Bankası
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BM	: Birleşmiş Milletler
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Konsey	: Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi
LA	: Lizbon Antlaşması
ODGP	: Ortak Dış ve Güvenlik Politikası
ÖGA	: Özgürlük Güvenlik ve Adalet
SAUS	: Schengen Anlaşması Uygulama Sözleşmesi
THŞ	: Temel Haklar Şartı

GİRİŞ

Ekonomik entegrasyonla başlayan Avrupalılaşma hareketi, Avrupa Birliğinde (AB) ortaya çıkan iç pazar hedeflerine erişilebilmesi için siyasi entegrasyonun da yapılandırılmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede, 1990 sonrası Birliğin sütunlu yapısında kendine yer bulan adalet ve içişleri politikaları, ilerleyen yıllarda Amsterdam Antlaşmasıyla kısmen Topluluk politikası haline getirilmiştir. Amsterdam Antlaşmasıyla Birliğin üzerinde bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturulması öncelikli hedefler arasına girmiş ve böylece salt ekonomik entegrasyon hedeflerinin yanında AB vatandaşlığı, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle de bağlantılı olarak dış sınırların kontrolü, iltica, göç ve Birliğe yönelik tehditlere karşı ortak mücadele bağlamında cezai konularda polis ve adli işbirliği vasıtalarının geliştirilmesi öngörülmüştür.

Siyasi entegrasyon çalışmaları kapsamında Birlik hukukuna yeni alanlar kazandırılarak bu alanlarda düzenlenen normlar sayesinde Birlik kurumlarına, üye devlet hükümetlerine ve bireylere yeni hak ve yükümlölükler getirilmiştir. Birlik hukukunun geliştirilmesinde ve işleyişinde önemli fonksiyonları icra eden Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), söz konusu hak ve yükümlölükleri gerek pozitif hukuk, gerekse hukukun genel ilkeleri ve temel haklar çerçevesinde koruyan ve denetleyen Birliğin yegâne yargı organıdır. Birlik mevzuatının yorumlanmasında münhasır yetkiye sahip olan Divan, baktığı davalarda verdiği hükümler sayesinde zamanla Birliğin kurucu içtihatlarını oluştururken diğer taraftan da Birliğin yetki alanları çerçevesinde yapılan düzenlemelerin, Birliğin dayandığı temel ilkelere, diğer hukuk kaynaklarına ve kurucu antlaşmalara uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim etkin bir hukuk sisteminden söz edilebilmesi için otoritenin kuralara bağlı kalmasının denetlenebilmesi ve sşjelerin hukuk sisteminden doğan haklarını mahkemeler önünde arayabilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Birlik kurumlarının, üye devlet hükümetlerinin ve Avrupa halklarının algılamaları, beklentileri, arzu ve endişeleri çerçevesinde yürütölen adalet ve içişleri politikaları, ihtiva ettiğı konular bakımından birey haklarıyla doğrudan ilgili düzenlemeler içermektedir. 1990'lardan günümüze gelene kadar özgürlük, güvenlik ve adalet (ÖGA) alanının ihdas edilmesi amacıyla şekillenen adalet ve içişleri politikalarının yargısal denetiminin ne derecede etkin olduğı ve bireylerin söz konusu politikalarla sağlanan haklarının ne ölçüde korunabildiğı ve adli himayenin nasıl şekillendiğı önemli bir tartışma konusu olmuştur.

Bu çalışmada adalet ve içişleri politikaları ile ATAD'nın yargı yetkisindeki kesişim noktasında, Divanın fonksiyonunun nasıl şekillendiği ve önümüzdeki entegrasyon süreci olan Lizbon Antlaşması (LA)'da nasıl şekillenebileceği tartışılacaktır. Bu bağlamda çalışmanın I. Bölümünde AB Hukuku'nun genel özellikleri, dayandığı ilkeler ve Divanın genel olarak AB Hukukundaki yeri, fonksiyonları ve Divanın yargı yetkisini açıklayan genel yaklaşımlar üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın II. Bölümünde, AB'de ÖGA alanı gelişiminin genel seyri ve bu alanın ihdasına etki eden unsurlar üzerinde durulacaktır. Çalışmanın III. Bölümünde ise diğer iki bölümde ifade edilen AB hukukunun genel yapısı, Divanın fonksiyonu ve bunun yanında ÖGA alanının genel yapısı ışığında Adalet Divanının yargı yetkisi ve Birliğin adalet ve içişleri politikalarıyla bağlantılı bazı dava örnekleri incelenecektir. Çalışmanın Sonuç bölümünde ise yasal düzenlemeler ve incelenen dava örnekleri çerçevesinde Divanın ÖGA alanındaki yargı yetkisine yönelik genel çıkarımlar yapılacaktır.

Her ne kadar çalışmanın başlığında Divanın ATA IV. Başlığındaki (I. sütun alanı) yargı yetkisi olarak sınırlandırma yapılmış olsa da adalet ve içişleri politikalarının I. sütun alanı ile III. sütun alanlarının birbirlerinin tamamlayıcısı olmasından dolayı bu çalışmada III. sütun alanı ve Divanın bu alandaki yargı yetkisini açıklayacak dava örneklerine de geniş yer verilmiştir. Kaldı ki entegrasyon çalışmalarının başarılı olması durumunda bu ayırım da ortadan kaldırılarak ÖGA alanında tek bir kurumsal yapıdan bahsedilebilecektir.

Bu çalışma, literatür taraması çerçevesinde daha önceden yapılan çalışmaların, yayımlanan makalelerin, Komisyon Bildirilerinin, LA ve Anayasal Antlaşma (AA) da dâhil olmak üzere Birlik mevzuatının ve Adalet Divanının internet sitesinde yayımlanan dava kararlarının incelenmesi yoluyla yapılmıştır. Çalışmada yer alan konu başlıklarında mevcut Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma (ATA) ve Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) düzenlemeleri, yürürlüğe giremeyen AA'da yer alan düzenlemeler ve LA'da öngörülen düzenlemeler karşılaştırmalı olarak verilmiştir. Böylelikle Divanın yargı yetkisi ve adalet ve içişleri politikalarının genel seyri ifade edilirken, bir karşılaştırma yapma imkanına ve Divanın yargı yetkisinin gelecekte nasıl şekillenebileceğine dair yorum yapma şansına sahip olunmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ADALET DİVANININ YERİ, GÖREV ALANI VE ÇALIŞMA YAPISI

1.5. AB/AT HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ VE ÖZELLİKLERİ

1.5.1. Birlik/Topluluk Hukukunun Üstünlüğü ve Anayasal Karakteri

Hayek hukukun üstünlüğü kavramını “otoritenin tüm faaliyetlerinde sabit kurallara bağlı olmasını peşinen kabul ettiği -otoritenin şartlara bağlı olarak kullanacağı zorlayıcı yetkiyi adil bir katiyetle nasıl kullanacağını öngören ve bu anlayış çerçevesinde planlanan-kurallar” olarak nitelendirmektedir.¹ Hukukun üstünlüğü, bir yanda otoritenin tabi olduğu sabit kuralları ifade ederken diğer yandan da otoritenin tasarrufları karşısında yargısal denetim ve mahkemede hak arama özgürlüğüdür.

Sui generis olarak, devletlerarası ve çok uluslu bir yapıda olan AB kendi oluşumunu hukukun üstünlüğü ilkesinin üzerinde oturtmuştur. Nitekim ABA 6. maddede özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarına ve temel haklara saygı gibi Birliğin temel değerleri sayılmaktadır. Hukukun üstünlüğü, AB’nin, gerek iç işleyişi, gerekse dış ilişkilerindeki temel değerleri göstermektedir. Birliğin gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerde hukukun üstünlüğü, vatandaşların kendi haklarını savunmasına verilen izin, insan hakları ve temel özgürlüklere tam teşrii olarak yargısal gücün verilmesi, adil ve bağımsız bir yargı sisteminin gerekliliği kapsamında ifade edilmektedir.²

Birlik çatısı altındaki hukuk düzeni, geleneksel uluslararası örgütlerden farklı ve daha fazla yetkilerle donatılan ve supranasyonel³ hukuk çerçevesinde yürütülen Topluluk

¹ Hayek, F.A., *The Road to Serfdom* (Chicago, Chicago University Press, 1994), s.80’den aktaran Jorrit J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), “The Extra Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *EUI Working Papers European University Institute Department of Law*, 2007/01, ss.1-24, s.3

² Jorrit J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), a.g.m., s.5

³ Supranasyonalizm, çok uluslu siyasi bir topluluğa üye olan devlet hükümetlerinin belirtilen alanlardaki yetkilerinin söz konusu siyasi topluluğun ilgili kurumuna transfer edilmesi suretiyle oluşturulan karar alma mekanizmasıdır. Karar alma usullerinin özelliklerine göre (oy birliği yada nitelikli oy çokluğu) her üye devlet toplulukta alınan kararlara uymak zorundadır. Federalizmden farklı olarak, supranasyonel yapıda üye devletler, bazı alanlarda egemenlik haklarını supranasyonel topluluk ile paylaşmakta olsa bile, kendi egemenliklerini devam ettirir. Supranasyonel kurumların üye

düzeninin yansıması, belirlenen bazı politika alanlarında klasik uluslararası hukuk düzeni özelliklerini de barındırmaktadır. Bu çerçevede, bir yanda supranasyonel, diğer yanda da hükümetlerarası işleyişin bir arada yürütüldüğü bir yapıdan söz edilebilir.

Topluluk hukuk düzenini sağlayan kurucu antlaşma, bağımsız devletlerarasında imzalanmış bir uluslararası antlaşma⁴ olmasına rağmen ortaya koyduğu supranasyonel özellikler sayesinde anayasal bir şart oluşturmaktadır. Bu durum, Topluluğun mahkemesi olan ATAD tarafından da ifade edilmiştir.⁵ Divanın *Les Verts*⁶ kararında Topluluk hukukunun üstünlüğüne dayalı olarak, üye devletlerin ve Topluluk kurumlarının, yapılan tasarrufların anayasa şart taşıyan kurucu antlaşmaya uygunluk denetiminden sakınamayacakları ifade edilmiştir. Hukuk kaynaklarının anayasa ile ilgili yaptığı tanımlara baktığımızda şu özellikler karşımıza çıkar:

Anayasa;

- Devletin yapısını, kuruluşunu ve örgütlenişini düzenler,
- Egemen yetkilerin kapsam ve kullanımını belirler,
- Devlet tasarruflarının geçerliliğinin ölçüsünü belirler,
- Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan düzenlemeleri içerir,
- Gücünü ve bağlayıcılığını halkın onayından alır,
- Temel hukuk kaynağını oluşturur.⁷

Bu çerçevede Topluluk hukuk düzeninin geleneksel uluslararası hukuktan ayrılan şu temel özellikleri bulunmaktadır:

- Topluluk kurumlarının üye devletlerin ulusal kurumlarından kendilerine geçen devlet yetkilerine benzer yetkileri kullanmak üzere kurulan bağımsız ve özerk yasama, yürütme ve yargı organlarının bulunması,
- Topluluk düzeyinde yapılan düzenlemenin kendine özgü bir normlar hiyerarşisinin olması ve kurucu antlaşmanın temel hukuk kaynağını oluşturması,

devletlere karşı bağımsızlığı bulunmaktadır. Kaynak: <http://en.wikipedia.org/wiki/Supranationalism> (Er. Tar.: 01.07.2009)

⁴ Ercüment Tezcan, (2005), *Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku*, Ankara: Usak Yay., s.1.

⁵ Jean Claude Piriş, (2000), "Does The European Union Have a Constitution? Does It Need One?", *Harvard Law School Jean Monnet Working Paper Cambridge*, 5/00, ss.1-63, s.1; Lars Chr. Blichner ve Anders Molander, (2005), "What is Juridification", *Centre for European Studies University of Oslo, Arena Working Paper*, No, s.1-41, s.8

⁶ Dava C-294/83, (1983), "*Les Verts*" v. *European Parliament*

⁷ Jean Claude Piriş, (2000), a.g.m., s.3

- Bireylerin, üye devletlerle birlikte bu yeni hukuk düzeninin süjeleri konumuna yükseltilmesi.

Söz konusu temel unsurların yanında Birliğin kurucu antlaşmalarında tıpkı ulusal anayasalarda olduğu gibi oluşturulan siyasi ve hukuki yapının nitelikleri belirtilmekte ve bununla birlikte özgürlük, demokrasi, insan hakları, temel zgrlklere saygı ve hukukun stnlğu ilkelerine de atıf yapılmaktadır. Tüm bu unsurlar Topluluk kurucu antlaşmasının anayasal niteliğini göstermektedir. Bu çerçevede kurucu antlaşma ve revizyonları, geleneksel uluslararası hukukun ngrdğu yazılı metinler olmanın ötesine geçerek, Avrupa bütünleşmesi sürecinin temel kurucu belgeleri olarak anayasal bir nitelik kazandığı değerlendirilmektedir.⁸ Böylelikle Topluluk sınırları dâhilinde hakların ve yükümlülüklerin düzenlendiği bir hukuk düzeni oluşturularak Topluluk tasarrufları iç hukuka aktarılmakta ve ye devletlerin erkleri aracılıyla ulusal hukuk gibi uygulanmaktadır.

Diğer taraftan, Topluluk kurumlarının tasarruflarıyla oluşan hukuk düzeni içinde ATAD, Birliğin amaç ve hedeflerine uygun olarak kurucu antlaşmalarda ve Topluluk tasarruflarında doğrudan belirtilmeyen, ancak kurucu antlaşmaların ve Topluluk tasarruflarının yorumlarından ortaya çıkabilecek bağlayıcı nitelik taşıyan kararlar alabilmektedir. Konseyin, Topluluk hukukunun stnlğu ifadesini ATA'na almasına (pozitif hukuk hale getirmesine) ve ulusal mahkemelerin AT hukukuna bağlı olmasına dair antlaşma metninde bir ifadede bulunma girişimlerini reddetmesine raęmen⁹ AT hukukunun stnlğu ilkesi temel bir ilke olarak kabul görmüştür.

Her ne kadar ATAD tarafından en üst hukuk kaynağı olarak kabul edilen kurucu antlaşmalar ve buna bağlı Topluluk tasarrufları ile ilgili zaman içinde yapılan yorumların ve bu yorumlar çerçevesinde verilen kararların Topluluk hukukuna yeni bakış açıları ve bir dinamizm getirdiği şeklindeki değerlendirmeler yapılmasının yanı sıra Divanın Birlik hukuku üzerinde yargısal aktivizm ve jristokrasiye neden olduğuna yönelik ciddi eleştiriler de yapılmaktadır. Ancak sonuç olarak, Topluluk hukukunun stnlğu, nceliği

⁸ Sanem Baykal (2004a), "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Meşruiyet Sorunu, Anayasallaşma Süreci ve Bütünleşmenin Nihai Hedefi zerine", *Uluslararası Akademik Dergi*, Cilt:1, Sayı:1, (Bahar 2004), ss.119-153, s.124

⁹ Karen J. Alter, (1998), "Who are the "Masters of the Treaty ": European Governments and The European Court of Justice", *The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology*, S.52, ss.121-147, s.128.

Her ne kadar ABA 6. maddede Birliğin hukukun stnlğu ilkesi üzerinde kurulduğu ifade edilse de bu maddede doğrudan Topluluk hukukunun stnlğu şekilde bir ifade yer almamaktadır. Aynı şekilde LA 1a. maddede de Birliğin, insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun stnlğu ve azınlık hakları da dahil insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulduğu ifade edilmiştir.

ve doğrudan etkisi gibi ilkeler, açık bir şekilde kurucu antlaşmalarda ifade edilmese de ATAD'nın, yıllar içerisinde çeşitli yargılamalarla vermiş olduğu kararlar neticesinde Topluluğun söz konusu temel hukuk ilkelerini belirginleştiren hukuk doktrinlerini oluşturmuştur.

1.5.2. Temel İlkeler: Topluluk Hukukunun Önceliği ve Doğrudan Etki ve Uygulanabilirliği

Topluluk hukuk düzeninin supranasyonal karakterini ve özerk yapısını gösteren ilkeler olarak; doğrudan uygulanabilirlik, doğrudan etki¹⁰ ve bazı tartışmalı yönleriyle öncelik ilkeleri ele alınmaktadır. Doğrudan etki ilkesi, Topluluk hukuku normunun özel ve tüzel kişiler üzerinde haklar doğurması ve bu hakların ulusal yargı organları önünde hak sahipleri tarafından doğrudan ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir. Akademik çevrelerce Topluluk hukukunun bağlayıcılığı ve doğrudan etki ilkesi için Adalet Divanının 1962'deki *Van Gend en Loos* kararı örnek gösterilir. Bu kararda, Topluluk hukuk düzeninin, uluslararası antlaşmalar aracılığıyla kurulmuş olmasına ve bu nedenle taraf devletler arasında hak ve yükümlülükler öngörmesine karşılık, üye devletler arasında geleneksel bir işbirliği ilişkisini tesis etmenin ötesinde unsur ve amaçlar taşıdığı ifade edilmiş olup Divanın ilgili yargı kararında şöyle bildirilmektedir:

“..... Topluluk, üye devletlerin kendisi yararına belli alanlarla sınırlı da olsa, egemen yetkilerini sınırladıkları ve süjeleri sadece üye devletlerden değil, aynı zamanda onların vatandaşlarından da oluşan yeni bir hukuk düzeni teşkil etmektedir. Dolayısıyla, Topluluk Hukuku, üye devletlerin yasalarından bağımsız olarak bireylere sadece yükümlülük öngörmekle kalmaz, aynı zamanda, onlara, hukuki statülerinin bir parçası haline gelen haklar da tanır. Söz konusu haklar ise, sadece Antlaşma tarafından açıkça görülen hallerde değil, aynı zamanda Antlaşmanın üye devletler ve Topluluk kurumlarının yanı sıra, bireyler için açıkça belirlenmiş yükümlülükler öngörmesi halinde de doğar.”¹¹

Bu ifadelere göre ATA'da belirtilen; (a) hükümlerin içerdiği yükümlülüklerin açık ve eksiksiz olması, (b) hükümlerin uygulanmasında Topluluk kurumları veya üye devletlerin takdir yetkisinin bulunmaması (c) hükümlerde belirtilen yükümlülüklerin koşulsuz olması sonuçlarından, kurucu antlaşma hükümlerinin doğrudan etkiye sahip olduğuna karar verilmiştir.¹²

¹⁰ Umut Doğu, (t.y.), “Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulama Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi”, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm#_ftnef32 (Er.Tar.: 23.07.2009)

¹¹ Dava C-26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*

¹² Sinan Ülgen, (2004), “Kalıcı Anlaşmanın Şartları”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=109701> (Er.Tar.:05.07.2009)

Doğrudan uygulanabilirlik ise Topluluk hukuku normunun üye devletlerin iç hukuka dâhil olabilmesi ve iç hukukta uygulanabilmesi bakımından herhangi tamamlayıcı ulusal norma ihtiyaç duymaması anlamına gelmektedir. Ancak bu durum, hukuki tasarrufun özelliğine göre değişik usul ve metotları gerektirebilmektedir.

Topluluk hukukunun önceliği ile ilgili olarak *Costa v. Enel*¹³ davası örnek gösterilmektedir. Bu davada Divan, Topluluk tasarruflarının veya bunların üye devletlerdeki etkisinin geçerliliğinin üye devletin ulusal düzenlemelerine veya anayasal yapısına aykırılığının iddia edilemeyeceğini belirtmiştir. Günümüze varana kadar ATAD'nın ATA 234. madde çerçevesinde verdiği bir çok ön karar hükmünde, Topluluk hukukunun üstünlüğü vurgulanmıştır.¹⁴

Topluluk hukukunun ulusal hukuka göre önceliği de günümüzde kabul gören bir ilkedir. Hatta yürürlüğe giremeyen AA I.6. maddesinde anayasa ve üye devletlere verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik tarafından kabul edilen hukukun üye devlerin yasaları karşısında önceliği olacağı açıkça ifade edilmişti.

Ancak günümüzde söz konusu ilke, basit kanunlar için tartışmasız olsa da ulusal anayasalar bakımından tartışmalı ve tekdüze şekillenmediği görülmektedir. *Arsava*, Topluluk hukukunun önceliğinin üye devletlerde nasıl ele alındığına dair yaptığı incelemede, Hollanda'yı örnek vererek bazı üye devletlerin söz konusu önceliği anayasa hukuku bakımından da tartışmasız kabul ettiğini, bazı üye devletlerin ise önceliği mutlak olarak kabul etmeyip çeşitli şartlar altında tanıdıklarını, bazılarının ise tam tersi Anayasa hukukunun Topluluk hukukuna göre önceliğinin ilke olarak kabul ettiklerini ifade etmiştir.¹⁵ Topluluk hukukunun üye devlet anayasasına göre sınırlı önceliğini kabul eden ve sayıları oldukça fazla olan bazı üye devletler (örneğin Almanya, Danimarka, Belçika) ulusal anayasa mahkemelerinin baktıkları çeşitli davalarda öncelik ilkesinin sınırlarını belirleyen çeşitli hükümler verilmişlerdir. Diğer taraftan anayasa hukukunun Topluluk hukukuna göre önceliğini kabul eden üçüncü grupta ise (örneğin Fransa ve Yunanistan), Topluluk hukukunun anayasanın altında ancak kanunların üstünde bir hiyerarşiye sahip olması gerektiği değerlendirilmektedir.

¹³ Dava C-6/64, (1964), *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*

¹⁴ Jean Claude Piris, (2000), a.g.m., s.7.

¹⁵ Fusun Arsava, (2004), "Birlik Hukuku ve Anayasa Arasındaki İlişki", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 4. No:1, (Güz: 2004), s-99-120, s. 101-105

Genel olarak Topluluk hukukunun sınırlandırılması gerektiği konusunda yapılan değerlendirmelerde, Birlik entegrasyonun ileriye götürülmesi ile ulusal egemenlik anlayışında değişikliklerin olacağı kaygısı bulunmaktadır. Diğer taraftan, Topluluk hukukunun yapısının klasik devletlerarası hukuk yapısından farkları üye devletlerin geleneksel anayasa normlarında ayrıca belirtilmediğinden Avrupa entegrasyonu sürecinde egemenlik devirleri konusunda geleneksel anayasa normlarının yetersiz kaldığı gözlemlenmiştir. Nitekim egemenlik haklarının devrini düzenleyen bir çok anayasa hükümleri bu devrin sınırlarını da çizmekte olduğundan Topluluk hukukunun önceliği anayasa hukukunun sınırlandırmasına takılmaktadır.¹⁶

Yukarıda ifade edilen ilkelerin haricinde AT hukukunun temel ilkeleri arasında katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesi de sayılabilir. Birlik kurumları-üye devletler arasındaki yetki kriterlerini belirleyen katmanlı yetki ilkesi, diğer ilkelerde olduğu gibi Adalet Divanının içtihatlarından değil, üye devletlerin iradeleri doğrultusunda Topluluk hukukuna dahil edilmiştir.¹⁷

1.6. ATAD’NİN GÖREV ALANI VE ÇALIŞMA YAPISI

1952 yılında kurulan ATAD, Birlik mevzuatının tüm üye devletlerde aynı şekilde yürütülmesini sağlayan Birliğin temel yargı organıdır. Merkezi Lüksemburg’da bulunur. ATAD’nın 3 temel fonksiyonu bulunmaktadır:

- AB kurumlarınca yapılan tasarrufların meşruiyetini denetlemek,
- Üye devletlerin, Topluluk hukuku kapsamındaki yükümlülüklerinin uygunluğunu sağlamak,
- Ulusal mahkemelerin talebi üzerine Topluluk hukukunun yorumunu yapmak.¹⁸

Söz konusu görevleri ATAD, 1988 tarihinde Divana bağlı olarak kurulan İlk Derece Mahkemesi ve 2004 yılında kurulan İdari Mahkeme ile birlikte yürütür. Divan, Birlik organları, üye devletler ve gerçek ve tüzel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesi yetkisine sahiptir. Topluluğun kendi bünyesinde bağımsız bir yargı teşkilatı kurulmasının uygun görülmesi sonucu olarak kurulan ATAD¹⁹, böylelikle kurucu antlaşmalar aracılığıyla Topluluk hukukunun yorumlanması ve (sınırlı yetkilerle)

¹⁶ Füsün Arsava, (2004), a.g.m., s.105-109

¹⁷ Katmanlı yetki ilkesi II. Bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağından burada tekrar edilmeyecektir.

¹⁸ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999 (Er.Tar.:05.07.2009)

¹⁹ Haluk Günöğür, (1996), *Avrupa Toplulukları Hukuku*, Ankara: Gazi kitapevi, s.265

uygulanması alanlarında yargılama yapmakla görevlendirilmiştir.²⁰ Nitekim ATAD'nın kuruluş amacı aslında Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nun bir parçası olarak üye devletleri, supranasyonel otoriteler karşısında korumaktır. Bu çerçevede hükümetin yaptığı tasarruflarda hakkın kötüye kullanımını kontrol eden Fransız *Conseil d'Etat*²¹ model alınarak oluşturulmuştur.²² AB kurulduktan sonra ise Divanın fonksiyonlarında bir takım değişiklikler olsa da Komisyon ve Konseyin kontrolü ile ilgili birincil görevi devam etmiştir.

ATAD, kendisine verilen yargı yetkisini kurucu antlaşmalar tarafından münhasıran kendisine ait olduğu belirtilen alanlarda kullanır. ATA 292. maddesine göre üye devletlerin Antlaşmanın uygulama ve yorumlanmasıyla ilgili Antlaşmanın öngördüğü yöntemler dışında başka herhangi bir yönteme başvuramazlar. Bu hükümle kurucu antlaşmanın yorumlanması hususunda Adalet Divanına “münhasır yetki” sağlanmıştır.

Divanın bir konuda yetkili olduğunu kabul edebilmek için yetkinin varlığının Antlaşmalarda belirtilmiş olması gerekmektedir.²³ Bunun dışındaki alanlarda, Topluluk hukukunun uygulanmasından kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar üye devlet yargı organlarının yetkisine girmektedir ve bu durum, ATA 240. maddesinde ifade edilmektedir.²⁴

Diğer bir ifadeyle Adalet Divanı, Topluluk mevzuatını yorumlarken sadece kurucu antlaşmaların öngördüğü konularda ve kapsamda işlevini yerine getirir. Divana tanınan bu yetkiler belirli konularda ve alanlarda olduğundan görev alanı “sınırlı yetki ilkesi” çerçevesinde ele alınmaktadır.²⁵

Bu sınırlılık kapsamında ATAD, milli hukuk düzenlerine ait ve onların görev alanlarına giren sorunları, ihtilafları çözme yetkisine sahip değildir. Divan, üye devletlerin antlaşma hükümlerini yerine getirip getirmediği konusunda nihai karar verme yetkisine

²⁰ ATA 7. ve 220-254. maddelerinde ATAD'nın yapısı ve işleyişinden bahsedilmektedir.

²¹ Conseil d'État (Fransız Danıştay), temel hak ve özgürlükleri, insanların menfaatlerini korumak ve kamu yönetiminin işleyişini denetlemek amacıyla kurulmuştur. Kaynak: <http://www.conseil-etat.fr/cde/> (Er.Tar.:01.07.2009)

²² Kari 1979, chap. III; Rasmussen 1986, 201–12; and Robertson 1966, 150–80.' dan aktaran Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s.124

²³ Tuğrul Arat, (1989), *Toplulukların Yargı Denetimi AT Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Danıştay yay., s.34

²⁴ ATA 240. madde: Bu Antlaşma ile Adalet Divanına verilen yetkiler saklı kalmak kaydıyla, Topluluğun taraf olduğu uyuşmazlıklar, bu nedenle ulusal mahkemelerin yargı yetkisini ortadan kaldırmaz.; John Temple Lang, (1997), “The Duties of National Courts Under Community Constitutional Law”, *European Law Review*, Cilt: 22, ss.3-18, s.4

²⁵ Haluk Günöğür, (2006), a.g.e., s.267

sahiptir. Topluluk kurumlarının bir konuda tasarrufta bulunabilmeleri için o konu hakkında antlaşmalarda ilgili kuruma yetki verilmiş olması gereklidir. ATA 7. maddesinde her kurumun kendisine söz konusu antlaşmalarda tanınan yetkiler çerçevesinde hareket edebileceği belirtilmiş ve Topluluğun bir kurumu olarak ATAD'nın yetkileri de bu kapsama dahil edilmiştir.

Divan, her üye devletten birer tane hakim (halen 27 hakim görev yapmaktadır) ve 8 hukuk sözcüsünden²⁶ meydana gelmektedir. Hakimler ve hukuk sözcüleri, ulusal yüksek mahkeme eski üyeleri veya konusunda yetkin avukatlar arasından üye devletlerin ortak kararı ile atanır²⁷ ve üye ülkeler tarafından, bağımsızlığı hakkında tam bir güven veren ve kendi ülkelerinde en yüksek yargısal görevlerin yerine getirilmesi için gereken koşullara haiz veya hukuk alanında görüşleri ile yeteneklerini kabul ettirmiş kişiler arasından, ittifakla, uzatılabilir altı yıllık dönem için seçilirler. Adalet Divanı Başkanı, Divanın işleyişini ve personelini yönetir, Divanın genel kurul olarak toplandığı celse ve incelemelerde başkanlık eder.

Hakimler, Topluluğun hakimi olarak, ulusal hükümetlerinden tümüyle bağımsızdırlar. Hakimlerin bağımsızlıkları güvence altındadır. Hukuk sözcüleri ise ne Topluluğu ne de üye devletleri temsil ederler. Yalnızca Divanda açılan davalarda bağlayıcı olmayan görüşler bildirerek kamu menfaati namına hareket ederler. Adalet Divanı, 13 hakimden oluşan Büyük Daire, 3 hakimden oluşan Daire, 5 hakimden oluşan Daire veya Divan tüzüğünde belirtilen şartlar çerçevesinde Genel Kurul şeklinde toplanabilir. Ancak bu durum kararın gücüne ve bağlayıcılığına hanel getirmez. Şayet, Divanda görülen davanın taraflarından biri, herhangi bir Birlik kurumu veya üye devletlerden birisi ise veya dava önemli bir konuyu içermekte ise bu durumda Divan, Büyük Daire şeklinde toplamak zorundadır.²⁸

Adalet Divanında müzakereler gizli yapılır. Dili Fransızca olan Divanın kararlarını raportör olan hakim yazar ve basit çoğunlukla karar alınır. Adalet Divanı, içtihat

²⁶ Bazı kaynaklarda savcı olarak da kullanılmaktadır.

²⁷ ATA 223. madde

²⁸ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#composition (Er. Tar. 07.09.2009); 2004-2008 yılları arasında Adalet Divanının yargı faaliyetlerini belirten 2008 Yıllık Raporundan, Divanın söz konusu 4 yıllık dönem içinde en çoktan aza doğru sırasıyla 5 hakimli Daire (%58), 3 hakimli Daire (%26,44), Büyük Daire (%14,07) olarak toplandığı, 2007-2008 yıllarında ise Genel Kurul olarak hiç toplanmadığı anlaşılmaktadır.

Court of Justice, (2009), *Statistics Concerning The Judicial Activity of The Court of Justice*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_en_cj_stat.pdf (Er.Tar.:03.07.2009)

hukukunun yoğun olarak başvurulduğu bir yargı merciidir. Ancak Divan önceki içtihatları ile mutlak anlamda bağlı değildir. Bazen önceki içtihatlarla bağlı kalmayarak aynı nitelikli iki davada farklı kararlar alabilmektedir. Bu çalışmada verilen dava örneklerinde Divanın zaman içerisinde getirdiği hükümlerin nasıl değiştiği görülecektir.²⁹

1.6.1. ATAD'nın Görev Alanı

Adalet Divanı, bazı yönlerden bir anayasa mahkemesine benzer görev ve yetkilerle donatılmış konumdadır. Divanın yetkili olduğu alanlar ABA 46. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre Divanın yetkileri şu şekilde sınıflandırılabilir:

Adalet Divanı;

- Topluluğun kurucu antlaşmaları çerçevesinde yetkilere sahiptir.³⁰ Topluluk mevzuatının (ve dolaylı yollardan üye devletlerin ulusal mevzuatlarının) kurucu antlaşmalara uygunluk denetimini gerçekleştirme yetkisi bulunmaktadır. Topluluk kurumları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme bağlama yetkisine sahiptir. Üye devletler ile Topluluk arasındaki yetki paylaşımı ve dağılımı üzerinde karar verme yetkisi de büyük ölçüde Divana aittir.³¹

- ABA VI. Başlık (III. sütun) çerçevesinde daha kısıtlı yetkilere sahiptir.³²

- ATA 11. madde ve ABA 40. maddede öngörülen koşullar altında güçlendirilmiş işbirliğine dair hükümler çerçevesinde yetkiye sahiptir.³³

- Topluluk kurumlarının temel haklara uyup uymadıkları konusunda yetkiye sahiptir.³⁴

²⁹ Örneğin iç pazarın geliştirilmesine yönelik yeni düzenlemeler yapıldıkça, Divanın zaman içerisinde Birlik vatandaşlığı kavramına olan yaklaşımında da değişiklikler görülmüştür. Bknz. III. Bölüm ÖGA Alanı-Birlik Vatandaşlığı İlişkisi ve ATAD

³⁰ ABA 46(a). madde

³¹ Divana hangi konuların Topluluk hukukunun, hangilerinin ulusal hukukun yetki alanına girdiğinin tespiti konusunda Antlaşmalar tarafından yetki tanınıp tanınmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki ihtilaf “Maastricht (Brunner) “*Bruner v. European Union Treaty (1994) 1 CMLR 57*” kararında görülebilir. Burada ABA ile AB’ne verilen egemenlik yetkilerinin genişlediği ve bu çerçevede Avrupa bütünleşmesinde yaşanan demokrasi boşluğu karşısında böyle bir egemenlik devrinin Alman Anayasasında vatandaşlara tanınan oy hakkı ile bağdaşmayacağına dair itiraz yapılmıştır. [Sanem Baykal, (2004b), “Avrupa Birliği Anayasallaşma Sürecinde Adalet Divanının Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz,”*Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:4, No:1, (Güz 2004), ss.121-149, s.135]

³² ABA 46(b). madde, Bu kısıtlılığın nedeni ileriki bölümlerde açıklanacak ve III.sütun yetki alanındaki yargılamaların özellikleri incelenecektir.

³³ ABA 46(c). madde

³⁴ ABA 46(d). madde

- ABA 46 ila 53. maddeleri çerçevesinde (ABA Son Hükümler) yetkiye sahiptir.

1.6.2. ATAD'nın Mecburi Yetkileri ve İhtiyari Yetkileri

Adalet Divanının yargı yetkisi, kurucu antlaşmalar çerçevesinde mecburidir. Aksine karar verilmedikçe Divanın, kendi yetkisine girdiği tespit edilen alanlarda karşı tarafın rızasına bakmadan davayı inceler ve karar verir. Bu özellik hiçbir uluslararası mahkemede bulunmaz. Ancak bazı durumlarda Adalet Divanının ihtiyari olarak yetkili olduğu durumlar da bulunmaktadır. Bu durumlar şunlardır:

a) Üye Devletlerarasında Kurucu Antlaşmanın Konusuna İlişkin İhtilaflar:

ATA 239. madde gereği Divan, üye devletlerarasında ATA'nın konusuyla bağlantılı çıkacak ihtilaflarda, bu ihtilafı bir tahkimname ile kendisine sunulması şartıyla yetkili kılınmıştır.³⁵ Ancak burada ihtilafın niteliği ve tahkimnamenin yapılıp yapılmadığı önem arz etmektedir.

b) Divanın Tahkim Şartı Uyarınca Yetkili Kılınması: ATA 238. madde gereğince

Divan, Topluluk tarafından ya da onun adına yapılan bir kamu hukuku veya özel hukuk sözleşmesinde yer alan tahkim koşulu gereğince yargı yetkisine sahiptir. Şayet bu tür anlaşmalarda taraflar arasında çıkabilecek ihtilafların Divana götürülebileceği belirtilmişse Divan bu ihtilafa bakabilir. Aynı şekilde ATA 239. madde uyarınca üye devletlerarasında yapılan sözleşmelerin yorumu konusunda Adalet Divanına yetki tanınabilir.

1.6.3. ATAD'nın Görev Alanına Giren Davalar

Adalet Divanı, kurucu antlaşmalarla sağlanan yetkisi çerçevesinde çeşitli davalara bakmaktadır. Bu davalar: ihlal davası, tam yargı davası, hareketsizlik davası, tazminat davası, personel davası, Konsey tüzüklerinin cezai hükümlerinin uygulanması konusunda açılan davalar, Avrupa Yatırım Bankasını ilgilendiren bazı ihtilaflar, ön karar usulü ile Topluluk tasarruflarının yorumu ve geçerliliklerinin tespitini yapan davalardır. Bu davalar sonucunda aşağıdaki yetkilere sahiptir:

a) Tam Yargı Yetkisi: ATA 229. maddesi gereğince Konsey veya Konsey ile

Parlamento tarafından çıkarılan tüzüklerde öngörülen yaptırımlarla ilgili olarak Adalet Divanına tam yargı yetkisi verilebilir. Bu tür davalarda davaya konu olan para cezaları kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

³⁵Tuğrul Arat, (1998), *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara:Ataum Yay., s.37

b) Yürütmeyi Durdurma ve Geçici Önlemlere Karar Verme Yetkisi: ATA 242. maddede Adalet Divanının normalde böyle bir yetkisinin olmadığı ancak şartların gerektiği kanısına varırsa yürütülen işlemin durdurulmasına karar verebileceğinden bahsedilmektedir. Ayrıca ATA 243. maddesine göre de Adalet Divanı ihtiyati tedbir kararı almaya yetkilidir. Bu madde ihlal davalarında ve ön karar usulü çerçevesinde, ulusal hukuk kurallarının uygulanmasını geçici bir süre durdurucu etki yapması nedeniyle önemlidir.³⁶

c) Diğer Yetkiler: Divan, cebri icra kararlarının durdurulması (ATA 256), yargılama usulü ile ilgili kuralların düzenlenmesi (ATA 245), Komisyon üyelerinin görevlerine son verilmesi (ATA 216) ve Topluluk malları üzerinde cebri icra uygulanmasına izin verilmesi gibi yetkilere sahiptir.

1.6.3.1. ATAD'nın Görev Alanındaki Dava Çeşitleri

ATAD'ın baktığı dava çeşitleri şunlardır:

a) İhlal Davası: Üye devletlerin Topluluğun müktesebatından kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmesi gereklidir ve bunun denetimi Komisyon tarafından gerçekleştirilir. ATA 226. ve 227. madde çerçevesinde Komisyona veya bir üye devlete, başka bir üye devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda Adalet Divanına ihlal davası açma yetkisi tanınmıştır. Adalet Divanının bu tür davalarda verdiği karar “tespit” yönündedir. Bununla birlikte Divan kararının uygulanmaması durumunda ATA 228. madde gereğince para cezası uygulanabilir.³⁷

b) İptal Davası: İptal davaları Topluluk kurumları tarafından çıkarılan uyulması zorunlu olan ikincil hukuk normları denilen tüzük, direktif ve kararlara karşı açılmaktadır. Adalet Divanı, iptal davasına bakma yetkisini ATA 230. maddeden alır. Bu tür davaları üye devletler ve Topluluk kurumları açabileceği gibi düzenlen hükümlerden etkilenen özel-tüzel kişiler de açabilir. Ancak Topluluk organlarının tavsiye veya görüşlerine veya ulusal makamların yapmış oldukları karar ve eylemlere karşı iptal davası açamaz. İptal davasının konusu olan işlem Topluluk kurumlarının idari olarak aldığı icrai bir niteliği olan işlemlerdir. Bunun dışında III. sütun çerçevesinde Adalet Divanı, Komisyon veya bir üye

³⁶ Ercüment Tezcan, (2005), a.g.e., s.90

³⁷ Arif Köktaş, Mehmet Özcan, Enver Bozkurt, (2001), *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara: Nobel yayınevi, s.194

devlet tarafından açılan davalarda çerçeve karar ve kararların hukuka uygunluğunu denetlemeye de yetkilidir.³⁸

İptal davası, ihlal davasında olduğu gibi tespit niteliği taşımaz, yenilik doğurucu ve var olan hukuki durumu geriye etkili olacak şekilde ortadan kaldırır.

c) Hareketsizlik Davası: Hareketsizlik davası Topluluk kurumlarının tasarrufta bulunma yükümlülüğü olmasına rağmen, tasarrufta bulunmamaları durumunda açılır. Bu davalarda kurum önce harekete geçmeye davet edilir, ilgili kurum 2 ay içinde her hangi bir eylemde bulunmazsa dava açılır.³⁹ Divanın bu dava sonucunda vermiş olduğu karar, ilgili kurumun hareketsiz kaldığına dair tespit kararıdır ve ATA 233. maddesi gereğince Divan gerekli önlemleri alır ve Divanın vermiş olduğu kararlar uygulanmak zorundadır.

d) Tazminat Davası: ATA 235. madde uyarınca, Topluluğun sözleşme dışı sorumluluğu çerçevesinde meydana gelen zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili olan davalardır.

e) Personel Davası: ATA 236. madde uyarınca Toplulukta çalışan görevliler arasında göreve ilişkin konularda açılan davalardır.

f) Ön Karar Usulü Çerçevesinde Bakılan Davalar: Topluluk hukukuna yönelik dönüştürücü etkileri olan ön karar usulü ve Divanın bu yetkisi çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalar, ilerleyen kısımda açıklanacaktır.

1.7. BİRLİĞİN ENTEGRASYON SÜRECİNDE ATAD’NIN YAPISI

Avrupa entegrasyonu çalışmaları kapsamında ÖGA alanı ve Divanın bu alandaki yargı yetkileriyle ilgili ile çalışmalar II. ve III. Bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olup bu kısımda ATAD hakkında yürürlüğe giremeyen AA’da ve önümüzdeki günlerde yürürlüğe girmesi düşünülen Lizbon Antlaşmasındaki öngörülen Adalet Divanının yapısı ve çalışma şekillerinden bahsedilecektir.

1.7.1. AA’da Belirlenen ATAD’nın Yapısı ve İşleyişi

Bilindiği üzere 1957’den bu yana AB’de entegrasyon çalışmaları kapsamında çeşitli düzenlemeler ve kurucu antlaşmalarda tadiller yapılmıştır. Fransa ve Hollanda’daki referandumların başarısızlıkla sonuçlanması neticesinde yürürlüğe girmeyen AA da bu

³⁸ ABA 35(6). madde

³⁹ ATA 232. madde

Çalışmalardan bir tanesidir. AB'nin şu anki gündeminde AA metninden daha ziyade Lizbon Antlaşması bulunmaktadır. Ancak, Birliğin hukuk yapısının vizyonuna açıklık getirilmesi, ATAD'nın çalışma yapısına ve yetkilerine yönelik hangi yenilikleri kazandırabileceğinin tartişılması ve mevcut yapı ile Birliğin geleceğine yönelik öngörülen yapı arasında karşılaştırma yapılabilmesi açısından AA hükümlerinin de incelenmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

AA kapsamında Avrupa Konvansiyonunun⁴⁰ alışmalarında Birliğin yargı sisteminin rolü, işlevi ve ATAD'nın geleceği açık bir şekilde belirtilmemişti. 14-15 Aralık 2001'de Belçika Leaken'de toplanan Avrupa Konseyi, Avrupa'nın Geleceği ile ilgili Avrupa Konvansiyonunu toplantıya çağırmış ve Konvansiyon tarafından şu belirlenen üç konu ile ilgili teklif hazırlanmasını istemişti:

- Vatandaşlarla Avrupa Kurumlarını yakınlaştırma yolları,
- Genişleyen AB'de izlemesi gereken siyaset,
- Birliğin, dünya siyasi düzeninin dengeleyici faktörü olması için gerekli olan ilerlemeler.

Ancak Anayasa Konvansiyonun Leaken deklarasyonuna verdiği cevapta AA ile ilgili yapılan çalışmada, Birliğin kurumsal fonksiyonu ile ilgili düzenlemeler ve genişlemenin sonucu olarak alınması gereken tedbirler üzerinde durulmuştu.⁴¹ Diğer bir ifadeyle, Leaken deklarasyonunun sonucu olarak hazırlanan çalışma daha çok AB'nin siyasi kurumları üzerinde yoğunlaşmıştı.

Öte yandan, ATAD'nın işleyişi ve yargı işleyişinin yapısına yönelik çalışmalar daha önce Nice Antlaşmasına yol açan hükümetlerarası konferansta ele alındığından, bu nedenle konunun tekrar gündeme getirilmesinin gerek olmadığının d ş n lm ş olabileceği tahmin edilmektedir.⁴²

Anayasa Konvansiyonu Başkanlık Heyetinin şubat 2003'deki toplantısında AA'nın bir parçası olarak adli himaye sisteminde yapılması gereken muhtemel değişikliklerle ilgili

⁴⁰ Bazı eserlerde "Kurultay" anlamında da kullanılan "Convention" kelimesi için bu çalışmada Konvansiyon ifadesi kullanılmıştır.

⁴¹ Konvansiyonun söz konusu çalışması ile Taslak AA'nın I. ve II. Bölümleri 20 Haziran 2003 Selanik Zirvesinde sunuldu. The European Convention, (2003), *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, 18 July 2003 (CONV 850/03). Brussels

⁴² Takis Tridimas, (2004), "The ECJ and The Draft Constitution: A Supreme Court for The Union?", *The Federal Trust for Education and Reseach*, 05/04, (March), ss.1-13, s.3

bir Tartışma heyeti⁴³ oluşturuldu.⁴⁴ Söz konusu tartışma heyeti yöneltilen 5 spesifik konu başlığında çalışmalarını yapmıştır:

- ATAD ve İlk Derece Mahkemesi üyelerinin atanması,
- ATAD ve İlk Derece Mahkemesinin usul kurallarının değiştirilme usulü,
- ATAD ve İlk Derece Mahkemesinin isimleri,
- ATA 230(4). maddeye⁴⁵ göre bireylerin davada bulunma hakkı (*locus standi*),
- Yargılama sonucu haksız bulunanlara yönelik cezalar.

Bu konuların heyete tevdi edilmesi AA çalışmaları çerçevesinde yapısal olarak önem arz etse de heyetin tartışma alanı sınırlı bırakılmıştı. Diğer bir ifadeyle heyete hukuksal yapının tekrar ele alınması ve yeniden biçimlendirilmesinden ziyade, etrafı çizilen konularla ilgili sınırlı tekliflerin yapılabilmesine imkan tanındı. Örneğin ATAD ile İlk Derece Mahkemesinin yargı yetkisi ayırımı yada ön karar usulünün geleceği sorulmadı. Yukarıda belirtilen söz konusu sorularla bile heyetin görevi, geniş kapsamlı tartışmaların yapılabilmesini sağlamak değil, alternatif politikaları sınırlı zaman içerisinde incelemektir.⁴⁶

Diğer taraftan bu çalışma, sınırları çizili bir alanda çalışma yapılmış olsa bile getirilmek istenen hükümlerin doğrudan yargı yetkisine etkileri doğuracak niteliği bulunmaktaydı. Bu çerçevede AA'da yapılan düzenlemelerin ATAD'nın yargı yetkisine ne gibi etkiler doğurabileceğini inceleyecek olursak;

1. ATAD'nın AA'nın I. Bölümündeki yeni hükümlerini yorumlamak suretiyle Birlik-üye devlet arasındaki yetki paylaşımı, kurumlar arası ilişkiler ve katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesinin uygulamasını denetleyebileceği öngörülmekteydi.⁴⁷

2. Temel Haklar Şartı (THŞ)'nin AA ile birleştirilmesi sayesinde insan hakları ile ilgili uygulamaların hukuki denetiminin güçlendirilmesi öngörülmekteydi. Hukuki bağlayıcılığı güçlendirilen THŞ metni çerçevesinde ATAD'nın baktığı davalarda, THŞ'na

⁴³ "Discussion Circle" olan ifade Tartışma heyeti olarak çevrilmiştir.

⁴⁴ Tartışma Heyetinin nihai raporu için: The European Convention, (2003), *Final report of the discussion circle on the Court of Justice*, 25 March 2003.Brussels

⁴⁵ ATA 230(4). madde: Her gerçek veya tüzel kişi, aynı koşullar altında, muhatabı olduğu kararlara ve bir tüzük yada başka bir kişiye karşı yöneltilmiş bir karar da olsa kendisini doğrudan ve şahsen ilgilendiren tasarruflara karşı dava açabilir.

⁴⁶ Takis Tridimas, (2004), a.g.m., s.3

⁴⁷ Katmanlı yetki ilkesi üzerinde gerek AA ile gerekse daha sonra LA ile bir takım düzenlemeler yapılarak sistematikleştirilmiştir. Her iki metinde yapılan düzenlemeler, gerek Birliğin kurumsal yapısına gerekse ATAD'nın yargı yetkisine bir takım etkileri olmuştur. Bu çerçevede yapılan inceleme, çalışmanın II. Bölümünde ele alındığından burada tekrar edilmeyecektir.

yapılacak atıflarla gerçekleştirilecek yorumlamaların, Birliğin hukuk düzenine yeni bir boyut kazandırabileceği değerlendirilmekteydi.⁴⁸

3. Divana, AA ile Birliğin yasal düzenlemelerinin anayasaya uygunluk denetiminin yapabilmesi yetkisi güçlendirilmişti. Diğer bir ifadeyle Divana, teşrii tasarrufların (legislative acts) iptali ile ilgili yargı yetkisi verilmiştir. Divanın tüzükler ve direktifler gibi genel düzenlemelerle ilgili mevcut durumda zaten yargı yetkisinin bulunmasına rağmen AA ile önemli bir ölçüde değişiklik yapılarak, teşrii ve teşrii olmayan tasarruflar arasındaki fark önemi ölçüde ortaya konularak normlar hiyerarşisine vurgu yapılmıştır. Ortak karar usulünün genişletilmesiyle birlikte, tasarruflarla ilgili demokratik girdilerin arttırılmış olmasının yanında buradan çıkarılan teşrii tasarruflar da ATAD'nın denetiminde bırakılmıştı.⁴⁹ Bu durumda Divan, bir anlamda Birliğin bir anayasa mahkemesi olma konumunu güçlendirmişti.

AA'nın I. Bölümünde Birliğin kurumsal yapısında köklü değişiklikleri öngörmekteydi. Bu kısım, AT kurumlarının yetkisini düzenleyen mevcut ATA 7. maddesindeki gibi temel olarak derinlemesine ele alınmıştı. AA'nın I-29. maddesinde yeni adıyla "Avrupa Birliği Adalet Divanı"nın işlevi anlatılmakta, III. Bölüm III-353 ila 381. maddeler arasında ise detaylı hükümlerle sağlanan yargı yetkisi ve oluşumu ifade edilmekteydi. AA I-29(1). maddede göre Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve Özel Mahkemeleri içermekteydi. Böylelikle İlk Derece Mahkemesi adı kaldırılarak Genel Mahkeme ve ATA 225(a)'da belirtilen konularla ilgili "Özel Mahkeme" tanımlamalarına yer verilmiş ve Özel Mahkemenin bazı davalara nihai mahkeme olarak bakması hükmedilmişti.

AA I-29(1). maddede Adalet Divanının Anayasanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uygun hareket edilmesini sağladığı ifade edilmekteydi. Bu maddenin ATA'daki karşılığı 220. maddedir. Bu madde çerçevesinde Divan, hukukun üstünlüğünü ve sütunlu yapı kapsamındaki yetki dağılımı ilkesini düzenlemekte olup maddenin kapsamı, 1957'deki Avrupa Ekonomik Topluluğunun hükümetlerarası yapıdan supranasyonal yapıya geçiş sürecini kolaylaştırmak ve ATAD'nın hukuk oluşumunu sağlamaya dayanmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ Çalışmada, THŞ'nin ÖGA alanındaki etkileri ile ilgili 2. Bölümde inceleme yapıldığından burada tekrar edilmeyecektir.

⁴⁹ Takis Tridimas, (2004), a.g.m., s.3

⁵⁰ Takis Tridimas, (2004), a.g.m., s.4

AA I-29(1). maddenin ikinci bendinde üye devletlerin, Birlik Hukuku alanında etkin adli himayenin sağlanması için yeterli yasal çarelerin teminini sağlayacağı hükmedilmişti. AA I-29. maddenin diğer hükümleri Adalet Divanına görev verirken bu hükümde üye devletlere görev verilmiştir. Bu hükmün iki amacı bulunmaktaydı. Birincisi ulusal mahkemelerin Birlik haklarının uygulanmasında önemli bir yer teşkil ettiğini vurgulamak ikincisi ise ATA 230(4). madde çerçevesindeki bireylerin dava açma hakkı sınırlamasını dengelemektir. Doğrudan sıkı yorum yapmak suretiyle üye devletlerin iyileştirici boşlukları doldurması zorunlu kılınmıştır. Böylelikle AA I-29(1). madde, yargı yetkisinin dağıtılması modelini benimsemiştir.

1.7.1.1. Divan Üyelerinin Seçimi ve Görev Süreleri: Jüri Heyetinin Kurulması

AA III-355. maddede Divan üyelerinin seçiminde kısmi olarak daha demokratik hükümler getirilmişti. Söz konusu maddede, Divan üyelerinin seçimi için AA III-357. maddede belirtilen Jüri heyetine⁵¹ danışılması işlemi getirilmişti. Biri Avrupa Parlamentosunca aday gösterilen yedi üyeden oluşan Jüri heyetini, Divanın eski üyeleri ve tanınmış avukatların oluşması öngörülmekteydi. Jüri heyeti, Divan üyesi olacak adaylar hakkında görüşlerini bildirmesine rağmen Jüri'nin görüşleri tavsiye niteliğinde olduğundan üye devletler için bağlayıcı değildi. Böylelikle Divan üyelerinin seçiminde nihai olarak ATA'da olduğu gibi ortak mutabakat şartı aranmaktaydı.

Bu yönüyle, Jüri heyetinin etkinliği daraltılarak bağlayıcı olmayan tavsiye görüşleri veren bir yapıya büründürülmüş olsa da Divan üyelerinin seçiminde önemli bir yeniliğin öngörülmüş olduğu not edilebilir. Diğer taraftan, Avrupa Parlamentosunun da Jüri heyetinin seçiminde bulunmasıyla ilk kez Parlamentonun sınırlı da olsa Divan üyelerini seçme konusunda dolaylı olarak yetkilendirilmesi söz konusu olmuştu. Parlamentonun, Divan üyelerini atamada mesafeli tutulmasının gerekçesinin yargının siyasallaştırılması riskinden endişe edilmesi olarak anlaşılabilir. *Tridimas*, Jüri heyetinin oluşturulmasının nedenini, ulus devletin mahkeme üyelerini atama ile ilgili ısrarını dengelemek üzere konulan bir tedbir olarak ifade ederek bu modelin federalist modelden ziyade hükümetlerarası model olduğunu vurgulamıştır.⁵²

Diğer taraftan, Anayasa Konvansiyonunca oluşturulan Tartışma heyeti, Divan üyelerinin çalışma sürelerinde değişikliğe gidilmesini tavsiye etmişti. Buna göre Tartışma

⁵¹ Bazı kaynaklarda “Advisory Panel” yada “Panel” olarak ifade edilen bu oluşum için “Jüri heyeti” ifadesi kullanılmıştır

⁵² Takis Tridimas, (2004), a.g.m., s.4

heyeti tarafından yapılan tavsiyede İlk Derece Mahkemesi üyelerinin 6 yıllık çalışma süresi mevcut düzenlemede olduğu gibi yenilenebilir ancak ATAD üyelerinin çalışma süresi 12 yıl üzerinden yenilemez olmasını öngörülmüştü. Ancak Anayasa Konvansiyonu, söz konusu görüşü kabul etmeyerek gerek ATAD gerekse İlk Derece Mahkemesinin mevcut yenilenebilir 6 yıllık çalışma süresinin devamına karar vermiştir. Divan üyelerinin görev süresinin yenilenemez olması Divanın daha bağımsız olarak çalışmasına ve üyelerin tekrar seçilme kaygısıyla üye devletlerden olumsuz etkilenmesini önlemek amacıyla teklif edilmişti. Nitekim ATAD, uzun süreli ve yenilenemez üyeliğin yargı bağımsızlığını garanti altına alacağını ifade etmiştir.⁵³

1.7.1.2. LA’da Belirlenen ATAD’nın Yapısı ve İşleyişi

LA’da öngörülen Divanın yapısı ile ilgili düzenlemeler AA’daki düzenlemelerle önemli benzerlikler taşımaktadır. Bir anlamda, Divanın yapısına yönelik AA ile yürürlüğe giremeyen düzenlemelerin LA ile tekrar gündeme getirildiği değerlendirilmektedir. LA’da öncelikle, sütunlu yapının kaldırılmasına bağlı olarak Divanın resmi adı tıpkı AA’da olduğu gibi “Avrupa Birliği Adalet Divanı” olmuştur. LA 9 F. maddesine göre Adalet Divanı, (İlk Derece Mahkemesinin yerine) Genel Mahkeme ve İhtisas Mahkemelerinden oluşmaktadır. Buna göre Divan, Antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukukun gözetilmesini sağlar. LA 9F. maddesi getirdiği düzenlemeler olarak AA I-29. maddenin bir benzeridir. Nitekim söz konusu düzenlemede de üye devletlere yükümlülük verilerek Birlik hukuku kapsamındaki alanlarda adli himayenin etkili bir şekilde sağlanması için tatminkar çareleri sağlamaları istenmiştir. Diğer taraftan Divan üyelerinin görev süresi ve atamalarıyla ilgili düzenlemeler de AA metninin aynısıdır. Divana her üye devletten bir hakim seçilir. Hukuk sözcüsü sayısı 8’den 11’e çıkarılmıştır. Üyelerin görev süresi yenilenebilir altı yıldır.

Divan üyelerinin atama işlemlerine AA ile getirilen Jüri heyeti de aynen korunmuştur. LA 224a. maddesinde düzenlenen getirilen Jüri heyeti, Divan üyelerinin (Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve Hukuk sözcüleri) atama işlemleri ilgili adaylar hakkında görüş bildirmek için kurulur. Bu heyet de yine biri Avrupa Parlamentosunca aday gösterilen yedi kişiden oluşur. LA 225a. maddesi gereği ayrıca Parlamento kararıyla patent

⁵³ Report (1995), *Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on European Union*, (May 1995). Luxembourg, 17. bent

hukuku yada başka uzmanlık gerektiren alanlarda Genel Mahkemeye bağlı ihtisas mahkemeleri kurulabilir. Bunun haricinde, üye devletlerin, LA 228(2-3)'e göre AB hukuku ihlallerine karşı verilecek cezalarla ilgili Komisyonun ve Divanın yetkisinin arttırılmasına yönelik gerekli tedbirlerin konulduğu tespit edilmiştir.

1.8. ATAD’NIN AB HUKUKUNDAKİ ROLÜ

AB’de ÖGA alanının oluşumuna ve Divanın yargı yetkilerine geçmeden önce Divanın AB hukukundaki konumundan ve bu konuyla ilgili yapılan eleştirilerden bahsetmekte yarar vardır. Bu bölümün başında hukukun üstünlüğü ilkesini açıklanırken bu ilkenin nitelikleri olarak otoritenin sabit kurallara bağlı olmasını peşinen kabul etmesi ve adil ve bağımsız yargı sisteminin gerekliliğinden söz edilerek, Birliğin yargı organı olan ATAD’nın kurucu antlaşmalarda öngörülen çalışma yapısından bahsedilmiştir. Özetle ATAD’nın Birlik hukukundaki fonksiyonu (a) Konsey ve Komisyonun yetkilerinin denetlenmesi, (b) dava hükümleriyle AT hukukunun belirsiz alanlarının doldurulması, (c) Komisyon yada üye devlet tarafından yapılan riayetsizliklerin cezalandırılmasına karar verme şeklinde sınıflanabilir.

ATAD, kurucu antlaşmalar doğrultusunda Birlik hukukunun yorumlanması görevini üstlenirken, kaynak olarak Birlik mevzuatının yanı sıra, Birlik hukukunun dayandığı temel ilkeler, üye devletlerde müşterek olan anayasal gelenekleri ve bunun yanında üye devletlerin dahil olduğu AİHS hükümlerini kullanmaktadır. Ancak Divan, yetkisini münhasıran kendisine ait olduğu belirlenen alanlarda kullanmakta olup bunun haricindeki, Topluluk hukukunun uygulanmasından kaynaklanan hukuki uyumsuzluklar ise üye devlet yargı organlarının yetkisinde kullanılmaktadır.

ATAD, kuruluşundan bu yana belirlenen yetkilerini sürekli bir biçimde Topluluk hukukunun kendine özgü ve bağımsız bir karakter kazanması ve üye devletlerin iç hukuklarında tam ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlama yönünde kullanmaktadır. Divan bu çabayı sarf ederken hem Topluluk hukukunun meşruiyet ve etkisinin sağlanması amacı güderken diğer yanda Topluluk hukuk düzenini olumsuz etkileyebileceği endişesiyle mümkün olduğunca ulusal hukuk düzeni ve mahkemeleri ile çatışmaktan uzak durmaya çalışmaktadır.⁵⁴

⁵⁴ Sanem Baykal, (2004b), a.g.m., s.123

Divanın Topluluk hukukunun yorumlaması işlevinde, hukuk doktrinlerine geçen, Topluluk hukukunun gerek uluslararası hukuk, gerekse üye devletlerin ulusal hukuklarından bağımsız, kendine özgü bir hukuk düzeni oluşumuna yönelik çabaları görülmektedir. Bu kapsamda, çalışmanın başında ifade edilen Topluluk hukukunun üstünlüğü, önceliği ve doğrudan etkisi ilkeleri Divanın verdiği yargı kararlarıyla ortaya çıkmış ve neticede Topluluk hukukunun supranasyonel, kendine özgü şekil kazanmasını sağlamıştır.⁵⁵ *Jo Hunt*'a göre günümüzdeki anayasallaşma süreci, eskiden Divanın hukuk doktrininde mevcut olan ve şu ana kadar üye devlet hükümetlerince ret yada kabul edilme tespiti yapılmamış olan bazı anayasal doktrinlerin biçimlenmesi ve somutlaşması çalışmalarıdır.⁵⁶

Diğer taraftan, üye devletlerin menfaat ve ideolojilerin çeşitliliğinden kaynaklanan karar alma mekanizmalarındaki tıkanıklıktan kaynaklanan sakıncaları gidermek üzere Adalet Divanı'nın devreye girdiği görülmektedir. Buna örnek olarak Topluluk yetkilerini genişleten *ERTA*⁵⁷ yada tek pazarın gerçekleşmesinde itici güç oluşturan *Cassis de Dijon*⁵⁸ kararları gösterilebilir. *Maduro*'nun da belirttiği üzere siyasi alanda yaşanan uyumsuzluklar hukuk alanına transfer edilerek Topluluk hukukunu tesis edici kararların alınması sağlanmaktadır.⁵⁹

Ancak, Adalet Divanının, hukuki boşlukları doldurma amacıyla yada Birlik mevzuatının somut olaylar çerçevesinde yorumlanması amacıyla verdiği kararların, Birliğin hukuk yapısına dinamizm getirdiği değerlendirmesinin yanında, söz konusu işlevin, gerek bazı üye devletlerce gerek akademik/siyasi çevrelerce ciddi eleştirilere tabi tutulduğu ve bunun sonucu olarak özellikle ÖGA gibi hassas konuları içeren bir alanda ciddi koruma tedbirlerinin geliştirildiği görülmektedir. Bu eleştirilere geçmeden önce üye

⁵⁵ *Vand Gend en Loos* ve *Costa v. Enel* kararlarıyla Topluluk Hukuku'nun üstünlüğü ve önceliği ile ilgili içtihatlar AA'da pozitif hukuk düzenlemesi olarak ortaya çıktığı ifade edilmişti. Söz konusu öncelik, federal devletlerdeki geçerlilik önceliğine nazaran zayıf bir nitelik taşısa da Birlik Hukukuna ters düşen ulusal hukukun uyumlaştırılmasını öngören Devletler Hukuku yükümlüğüne nazaran daha güçlü bir karakterdedir. [Fusun Arsava, (2006), "AB'nin Anayasa Tasarısı Işığında Federal Yapısı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:5 No:3, (Bahar 2006), ss.1-12, s.4]

⁵⁶ Hunt, J., "Legal developments", in *Journal of Common Market Studies*, Sayı 41 (2003), ss-79-95'dan aktaran Lars Chr. Blichner ve Anders Molander, (2005), a.g.m., s.9

⁵⁷ Dava C-22/70, (1971), *Commission v. Council (ERTA)*, (ECR 26)

⁵⁸ Dava C-120/78, (1979), *Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, (ECR 649)

⁵⁹ Miguel Poirares Maduro, *We the Court: The ECJ and The European Economic Constitution: A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishers, Oxford, 1998 s.18'den aktaran Sanem Baykal, (2004b), a.g.m., s.125

devlet, ulusal mahkemeler ve Adalet Divanı ilişkilerinin belirgin bir şekilde ortaya çıkaran ön karar usulünün açıklanmasında yarar vardır.

1.8.1. Ön Karar Usulü ve Özellikleri

Ön karar usulü, ATA 234. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ön karar usulü, Topluluk tarafından yapılan bir hukuki düzenlemenin üye devlet mahkemelerinin önüne getirilmesi ve söz konusu mahkemelerin, önlerine gelen davayla ilgili ATAD'dan Topluluk hukukunun yorumlanmasını talep etmesiyle oluşur. Şayet, Topluluk hukukunun yorumlanması konusu, iç hukuka göre yargı yolu kapalı olan bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada meydana gelmiş ise bu mahkeme, konuyla ilgili Adalet Divanına başvurmakla yükümlüdür.⁶⁰ Ön karar usulüyle Topluluk mahkemesine gönderilecek konuları şu başlıklar altında toplayabiliriz⁶¹:

1. Anlaşmalar (kurucu antlaşmalar, bunlarda yapılan tadiller, yeni devletlerin Topluluğa katılmasına ilişkin anlaşmalar, ATA 239. madde kapsamında bütün ek protokoller)

2. Hukukun genel ilkeleri

3. Topluluk kurumlarının tasarrufları (tarafların birinin hukuki durumunda değişiklik meydana getiren topluluk organlarının tüzük, direktif..vs. düzenlemeleri)⁶²

4. Üçüncü devletlerle yapılan antlaşmalar⁶³

Adalet Divanının ön karar usulündeki kararı bildirici ve bağlayıcı nitelik taşır. Başvuruda bulunan ulusal mahkeme Adalet Divanının yapmış olduğu yorum çerçevesinde kendi kararını vermektedir. Divanın konuyla ilgili yapmış olduğu yorum, aynı sorun ile karşılaşan diğer mahkemeleri de bağlayıcı nitelik taşır.⁶⁴

⁶⁰ Diğer taraftan ön karar usulünün ÖGA alanına tatbiki ile ilgili ciddi koruma tedbirleri olup bu konudaki inceleme Çalışmanın II. Bölümünde incelenecektir.

⁶¹ Fusun ARSAVA, (2000), *Amsterdam Antlaşmasının AB Hukukuna Katkıları*, Ankara: SBF Yay., s.361

⁶² Ulusal mahkeme önünde davacı kişi, yapılmakta olan işin bu tasarruflardan birine aykırı olduğunu veya yürürlükte olan bir tasarrufun kurucu antlaşmalara aykırı olduğu iddiasında bulunursa ulusal mahkeme bunu bekletici bir neden olarak kabul eder ve sorunu Topluluk mahkemesine gönderir.

⁶³ Adalet Divanı örneğin Türkiye-AT ortaklık konseyi kararlarını yorumlayabilir. Ancak Divan, üye devletlerin imzaladıkları uluslararası antlaşmaları ve ulusal hukuklar hakkında yorumlama yetkisi yoktur. Bu çalışmanın III. Bölümünde Divanın Türk vatandaşları ile ilgili olarak katma protokolün yorumuyla verdiği bir karar incelenecektir.

⁶⁴ Gülören Tekinalp, (1997), *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul: Beta Yay, s.216

1.8.1.1. AA'da ve LA'da Ön Karar Usulü

Mevcut haliyle ATA 234. maddede düzenlenen ön karar usulü, AA'da III-369. maddede mevcut uygulama üzerinde bazı ufak değişiklikler yapılarak düzenlenmişti. Yürürlükte olan ATA-234. maddede ön karar usulü ile ilgili genel olarak (a) antlaşmaların yorumu (b) Topluluk kurumlarının ve Avrupa Merkez Bankası (AMB)'nin işlemlerinin geçerliliği ve yorumu (c) Konsey tasarruflarıyla oluşturulan kuruluşların statülerinde öngörülmesi şartıyla, bu statülerin yorumu konularında ATAD'na başvuru yapılabileceği belirtilirken, AA III-369'da ise (a) Anayasa'nın yorumlanması (b) Birlik kurumlarının, organlarının, ofislerinin ve dairelerinin tasarruflarının geçerliliği ve yorumlanması konusunda ATAD'nın ön karar usulü çerçevesinde hüküm vereceğini düzenlemektedir. İki düzenleme arasındaki farklar olarak,

1. AA'da AMB'nin mevcut düzenlemeden farklı olarak Birliğin kurumları arasında sayılmamasından dolayı ön karar usulü ile ilgili düzenlemelerden hariç tutulduğu değerlendirilmektedir.

2. (c) bendinin AA'da bulunmamaktaydı. Çünkü (c) bendi, (b) bendinin kapsamını sınırlamaktadır. (c) Bendinin altında ATAD'nın ön karar usulü ile Konseyin tasarrufla kurulan organların statüsü ile ilgili sadece yorumlama konusunda ve söz konusu statülerin verilmesi halinde yargı yetkisine sahiptir ancak statülerin geçerliliği değildir. (c) Bendinin yokluğunda, (b) bendi ile belirlenen söz konusu statülerle ilgili kurumların tüm faaliyetleri ATAD'nın yargı yetkisinin içindedir. Bu değişiklik yargı uygulamalarını güçlendirse de pratikteki önemi pek fazla olmayacağı değerlendirilmektedir.⁶⁵

Diğer taraftan, AA III-369. maddesinin son bendine göre *“bir üye devletin mahkemesinde veya hakimliğine derdest olan bir davada, tutuklu bir kişi hakkında bu tür bir soru öne sürülürse, Divan gecikmeden harekete geçer”* şeklinde hükmedilmektedir. Bu ifadelerden ÖGA alanı ile ilgili AA'da güçlendirilmek istenen bir yapının olduğu anlaşılmaktadır.

AA'da III-369. maddede düzenlenen ön karar usulü ile ilgili değişikliklerin LA'da aynen tekrar öngörüldüğü anlaşılmıştır. Nitekim LA 234. maddesinde kurucu antlaşmadaki AMB ifadesi silinmiş ve AA III-369. maddesinin son bendindeki ifade (bir kişinin tutukluluğunun söz konusu olması durumunda Divanın gecikmeden hareket edeceği) tekrar

⁶⁵ Takis Tridimas, (2004), a.g.m., s.8

edilerek ÖGA alanındaki Divanın rolünün ön karar usulü çerçevesinde tekrar değerlendirilmesinin istendiği değerlendirilmiştir.

1.8.1.2. Ön Karar Usulünün Birlik Hukukuna Etkileri

Topluluk hukukunun üye devlerin iç hukukunda etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayan unsur, bireylerin ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar verilmesi ve bu hakkın korunması için bireylere başvurabilecekleri yargı mekanizmasının sağlanmasıdır.⁶⁶ Nitekim etkin bir yargı mekanizmasının varlığı, hukukun üstünlüğünün garantisi oluşturmaktadır. Ancak söz konusu sistemin çalışabilmesi için zorunlu unsur, ulusal mahkemelerin katılımıdır.

1965'den beri antlaşmaların ihlaline yönelik olarak uygulanan ön karar usulü, Topluluk hukuku alanında egemenliğini sürdürmektedir. Bu durum ATAD'nın Avrupa hukuk düzenini aralıksız olarak genişlettiğine dair açık bir delil oluşturmaktadır. Bununla birlikte yıllara göre ön karar başvurusunun da arttığı görülmektedir. 1960'larda ulusal mahkemelerin çok az olan başvuru sayısı 1970'lerde yıllık ortalama elliye, 1980'lerde yüzü ve 1990'larda yüz elliye bulmuştur. ATAD'nın son istatistik bilgilerine göre ön karar başvurusu 2008 yılında 288'e ulaşmıştır. Diğer yandan, Divanın 2008 yılında sonuçlandığı davaların en çoğu 238 dava ile (toplam davaların %47,89'u) ön karar davalarıdır⁶⁷. Önümüzdeki yıllarda Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle ATA IV. Başlık alanında yargı kısıtlamalarının kaldırılması sayesinde bu sayının daha da artacağı tahmin edilmektedir.

ATAD'nın ön karar hükümleri ulusal mahkemelerin yargısal sorumluluğunu hafifletmemekle birlikte bu hükümler, ulusal mahkemelerin yargı yetkilerinde uymak zorunda oldukları esasları oluşturmaktadır. Ancak diğer taraftan ATAD yargıci *Federico Mancini* şöyle bir itirafta bulunmuştur:

“177. Madde (ATA 234. Madde [ön karar usulü]) ulusal yargıçların ATAD'dan Topluluk tedbirlerinin sadece yorumlanmasını talep edebileceğini söylemektedir. Divan bu mahkemelere hiçbir zaman sınırları aşma yetkilerinin olduğunu söylemez: aslında, böyle yaptıklarında-örneğin ulusal A kuralının Topluluğun B tüzüğüne yada C direktifine aykırı olup olmadığını sorduklarında Divan B veya C'nin gerçekte ne anlama geldiğini açıklar. Ancak kurucu antlaşma lisanına yapmacık bağlılığını ifade ettikten ve ilgili Topluluk tedbirini açıkladıktan sonra Divan bu tedbirle uyumlu kabul

⁶⁶ Sanem Baykal, (2004b), a.g.m., s.127

⁶⁷ Court of Justice, (2008), *Statistics Concerning The Judicial Activity of The Court of Justice*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_en_cj_stat.pdf (Er.Tar.:03.07.2009)

edilebilecek ulusal mevzuatın hangi sınırlarda olabileceğini işaret etmekle devam eder. Divan, ulusal hakimini elini tutarak kapıya kadar görüp kendi görev alanı eşige bırakır bundan sonraki iş zaten çocuk oyuncağıdır.⁶⁸

Bu beyandan Divanın bir yönüyle ulusal mahkemenin görev alanına karıştığı yorumu çıkabilir. Diğer taraftan, alt dereceli mahkemelerin ATAD ile doğrudan diyaloga geçmesi ve üst dereceli ulusal mahkemelere gitmek zorunda olmamalarının önemli etkileri bulunmaktadır. Ön karar usulünün bu etkisiyle, alt derece mahkemesi doğrudan ATAD ile diyaloga geçerek, kendi yetkilerini bir açıdan ulusal üst derece mahkemesine kıyasla arttırmaktadır.

Weiler'e göre ön karar usulü ile ulusal yargı oranlarının Topluluk hukukunun uygulamalarına katılması koruyucu bir ilaç görevi görmekle birlikte bu durum, ulusal mahkemelerin Topluluk hukukunu ulusal hukukun bir parçası şeklinde algılamalarına vesile olmaktadır. Bu durum doktrinsel açıklamalardan daha fazla hizmet etmektedir.⁶⁹

ATAD, münferiden AB hukukunu yorumlamakla sorumlu olduğundan ulusal alt derece mahkemesinin Divana ön karar başvurusu yapması halinde ulusal üst derece mahkemeleri by-pass edilmiş olmaktadır. Bu duruma şiddetli eleştiriler getirilse de, söz konusu düzenleme Topluluk hukukuyla ilgili tektip yorum yapılmasını garanti altına almaktadır. Adalet Divanı, Topluluk düzenlemelerinin iç hukukta uygulanmasının anayasal geçerliliğine dair denetimin münhasıran kendisine ait olduğunu *Foto-Frost*⁷⁰ kararında belirterek Topluluk hukuku alanındaki yetkisini pekiştirmiştir.

Diğer taraftan ulusal mahkemelerin önüne gelen dava ile ilgili ATAD'ın içtihadında emsal kararların bulunması halinde ulusal mahkemeler yeni bir ön karar talebinde bulunmaksızın hüküm verebilme yetisini kazanmaktadır.⁷¹ Nitekim Divanın *CILFIT*⁷² kararında *acte clair* doktrini çerçevesinde Topluluk hukukunun makul bir tereddüde yer

⁶⁸ Federico Mancini, (1989), "*The Making of Constitution for Europe*", *Common Market Law Review* 24: ss.595-614, s.606'dan aktaran Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s.127

⁶⁹ J.H.H. Weiler, "*A quiet Revolution, The European Court of Justice and Its interlocutors*", *Comparative Political Studies*, Cilt:27, s.519-520'den aktaran Sanem Baykal, (2004b), a.g.m., s.130

⁷⁰ Dava C-314/85, (1987), *Foto-Frost*, (ECR 4199)

⁷¹ Richard Münch, (2008), "Constructing a European Society by Jurisdiction", *European Law Journal*, Vol:14, No:5, September 2008, ss.519-541, s.525

⁷² Dava C-283/81, (1982), *CILFIT*, (ECR 3415)

birakmayacak derecede açık olması durumunda ön karar talep edilmesine gerek bulunmayacağını belirtmektedir.⁷³

Ön karar usulü kapsamında ulusal mahkemelerin Avrupa hukukunun uygulanmasına dair Divana yaptığı başvuruların Divanın, Birliğin hukuk düzeni üzerindeki sağlam konumunu, Topluluk hukuku üzerindeki dönüştürücü rolünü işaret ettiği değerlendirilmektedir. Ancak diğer taraftan, Divanın söz konusu dönüştürücü rolü ve Divanın Topluluk hukukunun uygulanmasına dair üye devletler üzerindeki etkinliğinin, üye devletlerce ne derecede kabul gördüğü sorusu da akla gelmektedir.

1.8.2. ATAD Kurucu Antlaşmaların Efendisi mi Bekçisi mi ?: Üye Devlet-Divan İlişkileri

AB’de genişleme ve derinleşmenin oluşturduğu dinamik bir entegrasyon süreciyle birlikte, siyaset ve hukukun iç içe geçtiği yeni Birlik politikalarıyla varlığını sürdürmektedir. Siyaset ve hukukun içi içe geçmesi, bu ilişkilerin odak noktası olan ATAD’nın işlevi ile ilgili tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Özellikle, ATAD’nın siyasi gündem oluşturma ile ilgili meşruiyetinin olup olmadığı konusu hararetli tartışmaların ana gündemini oluşturmaktadır.⁷⁴

Söz konusu tartışmalar özellikle Birliğin genişleme, derinleşme ve entegrasyon sürecine bağlı olarak şiddetini arttırmıştır. Adalet Divanının, Topluluk hukukunun boşluğunu doldurucu ve dönüştürücü rolü özellikle 1990’lardan sonra önemli bir direnç noktasına ulaşmış olup⁷⁵, bu dönemden itibaren üye devlet-Divan ilişkilerini gerginleştiren ve Topluluk hukukunun önceliği ilkesini sorgulatan çeşitli kararların alındığı görülmüştür.⁷⁶ Bu dönemin özellikle Birliğin entegrasyon süreci kapsamında Maastricht Antlaşması sonrası döneme rast geldiği ve AB’de ODGP ve adalet ve içişleri politikalarının AB politikalarına dahil olduğu da göz önünde bulundurulursa, üye devletlerin ulusal egemenlik kaygılarıyla Divanın dönüştürücü politikalarına neden karşı

⁷³ Hakan Taşdemir ve Pınar Girgin, (2007), “Da Costa ve CILFIT Kararlarından Sonra Ön Karar Prosedürü Çerçevesinde Başvuru Zorunluluğunun Kapsamı”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt:3 Sayı:12, ss.53-64, s.59

⁷⁴ Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), “Pre-Emptying the Court: Member State Expectations, Political Oversight and Nexus of Law and Politics in the EU”, *EUSA Biennial Conference*, 17-19 May 2007, Montreal, ss.1-26, s.1

⁷⁵ Karen J. Alter, (1996), “The European Court’s Political Power”, *West European Politics*, Cilt:19 Sayı:3, ss. 458-487, s.475

⁷⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 1993 tarihli Maastricht kararında Topluluk tasarruflarını Topluluk hukukunun yetki sınırları dahilinde kalıp kalmadığı konusunda denetleme yetkisini saklı tutmuştur. [Füsün Arsava, (2004), a.g.m., s.102]

çıkıldığı ve adalet ve içişleri politikalarında ön karar usulünün neden kısıtlandığı daha iyi anlaşılır.

Bu doğrultuda üye devletlerin politikacıları Divanın üstün rolü hakkında kaygılarını dile getirmektedir. Birleşik Krallık Lordlar Kamarası üyeliği yapmış olan *Alfred Denning* 1990’da yaptığı bir konuşmada ülke egemenliklerinin ATAD tarafından alındığını, İngiliz mahkemelerinin artık İngiliz hukukunu uygulayamadıklarını ve Topluluk hukukunu uygulamak zorunda kaldığından şikayet etmiştir.⁷⁷

Danimarka başbakanı (2006) *Fogh Rasmussen*, Divan vesayetinin tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁸ Avusturya eski başbakanı *Wolfgang Schussel* de Divanın son yıllardaki norm koyucu yaklaşımının sistematik olarak Avrupa Birliği yetki alanını genişlettiğini hatta söz konusu alanın Topluluk hukuku kapsamında düzenlenmeyen alanları dahi kapsamaya başladığını belirtmiştir.⁷⁹

Bireylere ön karar usulü sayesinde tanınan “mücadele etme hakkı”, üye devletlerin iç politika alanında ciddi eleştiri konusu olmaktadır. Üye devlet politikacıları, ön karar usulü ile verilen kararlar yüzünden ulusal hükümetlerin kendi kontrolünde bulundurdıkları düzenlemelerin değiştirilmesinin yada kaldırılmasının gündeme gelmesinden yakınmaktadırlar.

Bu çerçevede üye devletlerin iç politikalarında bireylerin, hükümetlerin özellikle kendi yetki alanında münhasır gördükleri yada uygulanması yasak konular ve politikalar hakkındaki davaları ATAD’na taşınmasına yol açmasından rahatsızlık duydukları ve ATAD’nın “hoş karşılanmayan” kararlar vermek suretiyle iç politik dengelere zarar verdiği yönünde eleştirilerin yapıldığı gözlemlenmektedir. Bu davalar, Topluluk politikalarıyla ilgili olmasına rağmen üye devletlerin “kırmızı çizgi”lerini geçen konuları (mesela vatandaş olmayanların eğitim görme şansı, yeni özelleştirilen firmaların işçi çıkarma yolları, İrlandalı bir vatandaşın Britanya’da kürtaj yaptırma yolları⁸⁰) içerebilmektedir. Kaldı ki adalet ve içişleri politikaları üye devletler için temel bir “kırmızı çizgi” alanı oluşturmaktadır.

⁷⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Alfred_Denning,_Baron_Denning (Er.Tar.:0107.2009)

⁷⁸ Fogh: EF-Domstolens Rolle Bor Overvejes, DR Nyheder, 11.01.2006’den aktaran Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), a.g.m., s.7.

⁷⁹ Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), a.g.m., s.7.

⁸⁰ Karen J. Alter, (1996), a.g.m., s.458

Bu doğrultuda, Topluluk hükümlerinin doğrudan etki yoluyla genişletilmesi, iç pazar hükümlerinin ayrı bir uygulama mevzuatı olmaksın Birlik çapında işletilmesine neden olmakta ve bu durum üye devletlerin doğrudan öngörmediği alanlara da sıçrayabilmektedir. Diğer bir ifadeyle ön karar davaları vasıtasıyla Divan, üye devlet uygulamalarını denetleyerek yargı eliyle norm koyucu içtihatlar oluşturabilmektedir.

Üye devletler (daha doğrusu ulusal politikacılar) ve ATAD hakimlerinin arasındaki “siyasi kaygı” farklılıkları, Divanın verdiği kararlarla ilgili üye devletlerde hoşnutsuzluğun doğmasına neden olmaktadır. Bu farklılıklar Divanın geleneksel olmayan müdahaleci hukuk doktrinleri oluşturmaya fırsat verirken siyasiler koltuklarında kalabilmek ve seçmeni memnun etmek için siyasi parametreleri göz önünde bulundurmamak durumunda kalmaktadır.⁸¹

Üye devlet-ATAD çatışmasına neden olan diğer bir etken de zaman sınırlaması konusunda kendini göstermektedir. Siyasiler kısa zamanda çıkarılması için çaba gösterdiği düzenlemelerle ilgili gözden kaçırdıkları ve doğal olarak hukuki boşluk oluşan alanlar ortaya çıkabilmektedir. Ancak diğer taraftan Divanın söz konusu zaman sınırlaması olmadığından önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili daha rahat hareket edebilmektedir. Aynı rahatlık ulusal mahkemeler için de geçerlidir. Ulusal mahkemeler, AT hukukunu kendi hükümetlerinin görüşleri aleyhine kullanabilmektedirler. Ulusal mahkemeler ATAD’nın hukuk doktrini koruması altında olduklarından ulusal hükümetlere Topluluk hukukunun uygulanması çerçevesinde yaptırımcı olabilmektedir.⁸²

Weiler’a göre üye devletlerin kendi ulusal mahkemelerinin ATAD’na ön karar usulü ile müracaat etmesi yoluyla hükümetler, taşıdıkları iddiaları, hukuksal arenada üstün olan ATAD’nın yorumları çerçevesinde değiştirerek hukuksallaştırmaya zorlanmaktadır. Bu durumda hükümetler, Divan’a çağrılıp iddialarını açıklamak, doğrulamak ve savunmak durumunda bulunduklarında; diplomatik serbestiyetin kısıtlandığı, iyi niyetin varsayım ilkesi olduğu ve devletlerin kendi beyanlarına bağlı olduğu bir platformda bulunmak durumunda kalmaktadırlar.⁸³

Politikacıların yanı sıra bazı akademisyenlerce de Adalet Divanı’nın Topluluk hukukunu yorumlamak suretiyle özellikle ön karar usulü çerçevesinde ulusal yargı

⁸¹ Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s .130

⁸² Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s.133

⁸³ J.H.H. Weiler, (1994), “A quiet Revolution: The European Court of Justice and Its interlocutors”, *Comperative Political Studies*, Cilt:26, ss. 510-534, s.519

sistemine müdahilliği rolüne yapılan eleştirel yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlardan bir tanesi de yargısal aktivizm teorisidir.

Yargısal aktivizm teorisi, *Rasmussen* tarafından geliştirilen, Divanın siyasi gündem oluşturma isteği çerçevesinde, kurucu antlaşmalarla bağdaşmayan bir şekilde yetkiyi zorlaması ve federalist gündem takip etmekte olduğu iddiasıdır. Buna göre Divan, yorum yapma ve müktesebatların uygulanması görevlerinden daha çok norm oluşturma gücünü kullanmaktadır. *Rasmussen* özellikle Divanın işlevine dikkat çekerek, üye devletlerin, Birliğin yargı oranını oluştururken ulusal egemenliğe zarar vermeyen bir yapıda işlemesi için çaba göstermiş olmalarına rağmen, ATAD'nın şu andaki işleyişinin AB hukuk sistemini değiştirici etkide ve üye devletlerin Divan üzerindeki kontrolünü engelleyen bir yapıda olduğuna dikkat çekmiş ve ATAD'nın dönüştürücü rolünün, ön karar usulü sayesinde bireylere AT hukuku alanında mücadele etme fırsatının verilmesiyle gerçekleştiğine dikkat çekmiştir.⁸⁴ Nitekim daha önce ifade edildiği üzere Divan, doğrudan etki doktrini çerçevesinde AT hukukunda bireylerin kendi haklarını doğrudan tasarruf ederek bu haklarla ilgili ulusal mahkemelerde ulusal uygulamalar karşısında mücadele edebilmesine fırsat vermektedir.

Diğer yandan, yargısal aktivizm teorisine karşı çıkan bazı akademisyenler Divanın norm oluşturuucu etkisinin anayasal hukukun doğasındaki gelişimden kaynaklandığını ve bunun yasama gücünün yerini alma anlamına gelmediğini iddia ederken bazıları da yasal belirsizliğin kanunların genel karakteristiğini oluşturduğunu ve dolayısıyla yorumlayıcı tedbirler alınması gerektiğini iddia etmişlerdir.⁸⁵ Aslında, kurucu antlaşmaların farklı ve geniş bir biçimde yorumlanmaya müsait hükümler içermesi, Divanın bir anlamda müdahaleci bir tutum sergilemesine izin verir niteliktedir. Adalet Divanı da bu serbestiyet karşısında Topluluk yasama organlarının sınırlı bir politika alanında etki göstermesine karşın yaptığı yorumlar vasıtasıyla daha geniş ilkeler koyabilmekte ve böylece üye devletlerin yargı organlarının Topluluk tasarruflarıyla ilgili algı ve anlayışlarında değişiklik meydana getirebilmektedir.⁸⁶

Üye devlet-ATAD ilişkilerini açıklayan bir teori de müvekkil-vekil teorisidir (principal/agent theory). Bu teoriye göre müvekkillerin (üye devletlerin), vekili (ATAD)

⁸⁴ Hjalte Rasmussen, (1986). *On Law and Policy in the European Court of Justice*. Dordrecht: Martinus'den aktaran, Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s.122

⁸⁵ Mauro Cappelletti (1987), 'Is the European Court of Justice Running Wild?', *European Law Review* 12:3, s. 3-17, 'den aktaran Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), a.g.m., s.3-4

⁸⁶ Sanem Bayal, (2004b), a.g.m., s.125-126

kontrol etme isteği bulunmasına karşın vekil, müvekkilden daha fazla otonomi ve otorite istemektedir.⁸⁷ ATAD'nın ön karar davalarıyla hukuk sisteminde oluşturduğu dönüştürücü etkisi çerçevede, ATAD söz konusu dönüşümü arzu ederken aynı sonucu üye devletler ulusal egemenliklerini kaybetme endişesiyle istememektedir.

Ancak, *Stone Sweet ve Caporaso*'ya göre Divanın kural oluşturmaları, daha fazla otonomi istemekten ziyade üye devlet hükümetlerini tek tek ve topluca etkin bir şekilde Topluluk hukuku normlarını uygulamaya zorlamak istemesindendir. Bu açıdan, üye devlet-Divan ilişkilerinin müvekkil/vekil teorisi ile açıklanması söz konusu dinamiği kaçırmaktadır.⁸⁸ Bu doğrultuda *Majone*, AB hukuku bağlamında müvekkil/vekil teorisine karşı çıkarak “güvene dayanan görevlendirme” teorisini geliştirmiştir. Bu teoriye göre vekil bir yediemindir. Yedieminin güvene dayanan görevi kişisel bir yükümlülük olmakla birlikte bir “güven” mülkiyetine dayalıdır. Yedieminin görevlendirilme amacı, üye devletler tarafından yapılan taahhütlerin güvenilirliğini arttırmaktır. Bu durum AT Antlaşmasının yapısını norm oluşturu bir antlaşma olmasından ziyade, çerçeve antlaşma şeklinde ele alınmasını sağlamaktadır.⁸⁹

Hiç şüphesiz Birliğin entegrasyonu alanında ATAD oldukça aktif bir konumda yer almaktadır. Aslında Divanın özellikle doğrudan etki doktrini çerçevesinde yenilikçi içtihatlarının varlığı, AB rejiminin sıradan uluslararası kuruluşlardan farkını gözler önüne sermektedir. Ancak bu farklılık üye devletlerce ne ölçüde ve hangi sınıra kadar istenmektedir?

Sonuç olarak “Lüksemburg’un yetkisi hakkında çıkan tartışmaların altında ulusal egemenlik kaygıları ve bu kaygılara bağlı diğer parametreler yatmaktadır” şeklinde özet bir cümle kurabiliriz. Bu çalışmanın asıl amacı Divanın ÖGA politikalarındaki yargı yetkisini incelemek olduğundan II. ve III. Bölümde Brüksel’in ÖGA politikalarının nasıl geliştiği, ÖGA alanıyla ilgili davalara bakış açısı incelenerek Divanın ATA IV. Başlık ve ÖGA alanının genelindeki yargı yetkisi hakkında tespitler yapılacaktır.

⁸⁷ Pierson, Paul. 1996. The Path to European Integration: A Historical Institutional Perspective. *Comparative Political Studies* 29 (2):123–63. 'den aktaran Karen J. Alter, (1998), a.g.m., s.129

⁸⁸ Stone Sweet ve Caporaso, 'From Free Trade', s. 129'dan aktaran Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), a.g.m., s.8

⁸⁹ Majone, 'Two Logics of Delegation', p. 104.'den aktaran Stine Andersen ve Andrew Glescross, (2007), a.g.m., s.8

İKİNCİ BÖLÜM

AB'DE ÖZGÜRLÜK GÜVENLİK VE ADALET ALANININ OLUŞUMU

2.1. AB'DE ADALET VE İÇİŞLERİ POLİTİKASININ ORTAYA ÇIKIŞI

AB'de ÖGA alanının ihdasına yönelik politikalarının oluşumu, Topluluk yapısı içinde adalet ve içişleri alanlarındaki işbirliğine yönelik çalışmalarla kendini göstermiştir. Supranasyonel yapı üzerinde 1957 yılında kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu, ekonomik hedefler ve amaçlar doğrultusunda, Roma Antlaşması ile hayata geçirilmiştir. Topluluk çerçevesinde oluşturulan söz konusu alanla ilgili ekonomi enstrümanları ve düzenlemeleri ihdas edilmiş olmasına rağmen bu alana ileride tehdit oluşturacak sınır aşan suçlar, yasadışı göç, terörizm olgusuna yönelik tedbirler ise başlangıçta öngörülmemiştir.

Ancak 1970'li yıllarla birlikte Avrupa Ekonomik Topluluğunun bireylere getirdiği özgürlükten daha fazla kişinin yararlanmak istemeye başlaması ve ayrıca suç olgusunun Topluluğun menfaatlerine tehdit oluşturduğunun farkına varılmasıyla, Topluluk çerçevesinde adalet ve içişleri alanları ile ilgili düzenleme yapılması gerektiğini daha belirgin bir şekilde ortaya çıkardı.

Bu kapsamda, Toplulukta 1970'li yıllardaki TREVI⁹⁰ çalışmalarıyla adalet ve içişleri politikalarını ilgilendiren çalışmalar başlatıldı. 1987 yılına gelindiğinde, Toplulukta yeni bir entegrasyon adımı oluşturularak Avrupa Tek Senedi yürürlüğe konuldu ve üye devletler arasında iç sınır kontrollerinin olmadığı, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşımının sağlandığı bir iç pazarın 31 Aralık 1992 tarihinden önce kurulması öngörülmüştür.⁹¹ Bu düzenlemeyle konulan hedeflerle ulaşabilmek için adalet ve içişleri konusunda daha etkin bir işbirliği yapılması gündeme gelmiş ve Avrupa Tek Senedi'yle kazanılan entegrasyonun içinde savunma ve güvenlik konularının da dahil edilmesi gerektiği, aksi takdirde entegrasyonun eksik kalacağı ifade edilmiştir.

⁹⁰ TREVI, *Terörizm, Radikalizm, Aşırıılık, Uluslararası Şiddet (Terrorismé, Radicalisme Extrémisme Violence et Internationale)* kelimelerinin baş harflerinden oluşmakta olan bu forumun amacı üye ülkelerin içişleri ve adalet bakanları ile polis veya diğer kamu yöneticilerinin bir araya geldiği, genel kamu düzenini sağlamak ve terörist eylemleri önlemektir.

⁹¹ Mehmet Özcan, (2005), *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku*, Ankara: Usak Yay., s.29

Bununla birlikte özellikle kişilerin serbest dolaşımı için gerekli güvenlik şartlarının oluşması, üye devletlerin üçüncü ülkelerle olan sınırların kontrolü, yasadışı göç, iltica başvurularının değerlendirilmesi ve suçla mücadele konularındaki gibi yasal düzenlemelerin ve üye devlet politikalarının yakınlaştırılması veya uyumlaştırılması konuları tartışılmıştır.⁹²

Ancak, Tek Senetle birlikte göç, serbest dolaşım ve uyuşturucuyla mücadele konularıyla ilgili çeşitli komiteler kurulsa da yapılan çalışmalar hükümetlerarası işbirliğinden ve buna uygun sözleşme ve tavsiye kararından öteye gitmemiştir. Dolayısıyla bu dönemde Topluluk kurumlarının ve Adalet Divanı'nın adalet ve içişleri politikalarındaki etkinliğinden ve ÖGA alanının ihdasından söz edemeyiz.

2.1.1. Maastricht Antlaşması ile Oluşturulan Adalet ve İçişleri Yapısı ve ATAD'nın Yetkileri

Aralık 1990'da toplanan hükümetlerarası konferans, siyasal birlik tartışmalarıyla Topluluk antlaşmaları üzerinde değişiklikler yapılmasını amaçlamaktaydı. Bu tartışmaların ışığında, 9–10 Aralık 1991'de Maastricht'de toplanan Konsey, Avrupa Birliği Hakkındaki Antlaşma'yı kabul etmiştir. 1992'de imzalanan söz konusu antlaşma, üye ülkelerde zorlu bir onay sürecinden sonra 1 Kasım 1993'den itibaren yürürlüğe girmiştir.⁹³ Böylelikle Avrupa Birliği kurularak uzun yıllardır ekonomik bir topluluk olarak süregelen Avrupa Topluluğu, aynı zamanda yeni oluşturulan Avrupa Birliği ile siyasal birliğe dönüşmüştür. Maastricht Antlaşması, (diğer adıyla Avrupa Birliği Antlaşması ile) Birlik artık üç farklı sütunda yürütülen politikalardan oluşan siyasal bir birlik haline gelmiştir. Bu yapıda, I. sütunu supranasyonel hukuk düzeninin işletildiği Avrupa Topluluğu ve ilgili mevzuatları, II. sütunu hükümetler arası modelde yürütülen ODGP, III. sütunu ise yine hükümetlerarası modelde yürütülen adalet ve içişleri politikası oluşturmuştur.

Ekonomik Topluluktan siyasal birliğe giden süreçte, ekonomik entegrasyon büyük ölçüde tamamlandığından dolayı siyasal entegrasyon kaçınılmaz olmuştur. Böylelikle yaklaşık 40 yıl sonra Maastricht Antlaşması ile gerçekleşen siyasal birlik rüyası somut adımlarla ortaya çıkmıştı⁹⁴. Ancak diğer taraftan, Maastricht Antlaşması'nın K. maddesi ile

⁹² Ercüment Tezcan, (2002), *Avrupa Birliği Hukukunda Birey*, İstanbul: İletişim Yay., s.273

⁹³ Mehmet Özcan, (2005), a.g.e.,s.112-122; Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e. s.275-304

⁹⁴ Nicholas Moussis, (2004), *Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi*, (çev. Ahmet Fethi), İstanbul: Mega Press Yay., s.160.

kurulan III. sütunun Avrupa entegrasyonu dışında tutulması söz konusu politikaların zayıf karakterli işlemesine neden olmaktaydı. Bu doğrultuda adalet ve içişleri yapısında bir takım revizyonlar yapılması gündeme getirilmiş ve özellikle bu başlığının niteliği konusunda farklı görüşler oluşmuştu. Tartışmaların nedeni, ortak pazar kavramının beraberinde getirdiği iç güvenlik ve buna bağlı kişilerin serbest dolaşımı, göç, sığınma, polis işbirliği ve ortak dış ve güvenlik politikalarının Birliğin yetki alanında mı (III.sütun) yoksa Topluluk yetki alanında mı (I.sütun) bulunacağı konusu üzerineydi.⁹⁵

Sonuçta adalet ve içişleri alanlarındaki işbirliği politikasının önemli ölçüde III. sütun yetki alanına alınarak hükümetler arası düzeyde yürütülmesine karar verilmiş ve böylece söz konusu politikalarla ilgili işbirliğinin kurumsallaştırılmasının önü açılmış oldu. Diğer taraftan, Topluluğun adalet ve içişleri politikalarının bazı alanlarında yetkili olmasını isteyen üye devletlerin girişimleriyle iki konunun Topluluk yetki alanında düzenlenmesi sağlanmıştır.

Bu konulardan birincisi, üçüncü ülke vatandaşlarına uygulanacak vize konusunda Topluluğun kısmi olarak yetkilendirilmesidir.⁹⁶ İkincisi ise gelecekte adalet ve içişleri alanında, Maastricht Antlaşması'nın K.9. maddesinde yer alan konularda Topluluğun yetkili kılınmasını sağlayacak bir geçiş prosedürünün kabul edilmesidir.⁹⁷

Maastricht Antlaşması'yla oluşturulan adalet ve içişleri yapısına baktığımızda önemli yapısal değişikliklerin gerçekleştirildiği görülse de ilerleyen yıllarda bazı konularda ciddi yetersizliklerin bulunduğu ortaya çıkmasıyla Birlik çatısı altında yeniden bir düzenleme yapılması gündeme gelmiştir.

Bu çerçevede tespit edilen yetersizliklerden birincisi, adalet ve içişleri alanındaki karar alma usulleri ile ilgilidir. Maastricht'le birlikte, Birliğin ortak menfaati kapsamına giren 9 alan⁹⁸ sistematik ve düzenli hale getirilmiş ve adalet ve içişleri alanında Birliğin tek

⁹⁵ Almanya'nın görüşü sığınma, üçüncü ülke vatandaşlarının Topluluğa girişi, dolaşımı ve vize konularının Topluluk çerçevesinde değerlendirilmesi yönündeydi. Öte yandan İngiltere'nin başını çektiği grup bu konuların Topluluk düzeyinde ele alınmasına karşıydı ve hükümetlerarası düzeyin korunmasını savunmaktaydılar. Mehmet Özcan, (2005), a.g.e., s.82-83

⁹⁶ Tektip vize konusunda Topluluk yetkili olacaktır. Mehmet Özcan, (2005), a.g.e.;s.83-84 ve Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e s.276

⁹⁷ Geçiş prosedüründe üye devletin ya da Komisyonun inisiyatifi üzerine üçüncü sütunda yer alan birtakım konularla ilgili AT Antlaşmasının 100C maddesinin uygulanabileceğine Konsey karar verebilecektir. Ancak Konseyin oybirliğiyle karar alacak olması üye devletlerin kararları iç hukuka transfer etmeleri gibi bir takım zor aşamalar takdir edilmiştir. Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e., s.276

⁹⁸ İltica-göç-üçüncü ülkelerden Topluluğa giriş-uyuşturucuyla mücadele-medeni hukuk alanında işbirliği-ceza hukuku alanında işbirliği-gümrük alanında işbirliği-Emniyet alanında işbirliği

bir kurumsal çerçevesi gerçekleştirilmişti. Böylelikle hükümetlerarası işbirliği modelinde yürütülen politikalar, Birliğin tek bir çatısı altında toplanmış ve kurumsal reformla birlikte bu politikalardaki çalışmalar için Konseyin daimi temsilcisi (COREPER)'e bağlı K-4 Komitesi görevlendirilmişti. Ancak bütün bunlar, Topluluk kurumlarının III. sütunda etkin olabilecek düzenlemelerin çıkartmasını sağlayamamıştı. Yapılacak düzenlemelerle ilgili Komisyon'un yasa teklifinde bulunma hakkının üye devletlerle paylaşılması, Parlamento'nun karar alma süreçlerinden dışlanması, Konsey'de oybirliği esasının geçerli olması, düzenlemelerin etkin olmaktan uzak bir hal almasına neden olmuştur.

Maastricht ile oluşturulan adalet ve içişleri politikalarındaki ikinci görülen eksiklik ise hukuki alanda ve Adalet Divanının yetkilerinde görülen eksikliktir. Birliğin içinde oluşturulan bu yeni işbirliği alanında, yasal araçlara sözleşmelerle birlikte ortak tutum ve ortak eylemler de eklendi. Ancak bu araçların bağlayıcılığı konusu net değildi. Bunun dışında III. sütun çerçevesinde alınan tavsiye, karar, sonuç bildirgesi gibi düzenlemeler de bağlayıcı olmaktan uzaktı.

2.1.2. Amsterdam Antlaşması'yla Geliştirilen Düzenlemeler

Maastricht Antlaşması'yla kazandırılan adalet ve içişleri yapısında yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı oluşan hukuki eksiklik ve karar alma süreçlerinde kurumsal yapının yetersiz kalması, Birlik içinde yeni düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur. Özellikle serbest dolaşımın tam olarak gerçekleştirilmesi için iltica, göç ve uluslararası suç konularında daha etkin mücadele edilmesi gerekiyordu ve mevcut çerçeve bu mücadele için yeterli gözükmemekteydi.

Bütün bunlar, Avrupa Birliği içinde oluşturulmak istenen ÖGA alanının oluşması için Birliği çözüm arayışlarına sokmuş ve 1997 yılında Amsterdam Antlaşması'yla sonuçlanan süreç öncesinde özellikle çeşitli fikir topluluklarının yaptığı önerilerde, 1996 yılında toplanan Hükümetlerarası konferansta, İrlanda ve Hollanda'nın dönem başkanlığındaki Zirve görüşmelerinde bu konuyla ilgili çeşitli çözüm önerileri ortaya çıkmış ve sonuçta bir uzlaşmaya varılarak ÖGA alanı politikaları belirlenmiştir.⁹⁹ Amsterdam Antlaşması Birliğin ÖGA alanıyla ilgili bir "Avrupalılaştırma" projesiydi.¹⁰⁰ Bu

⁹⁹ Mehmet Özcan (2005), a.g.e.,s.122-144 ve Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e.,s. 304-325

¹⁰⁰ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), "No Constitutional Treaty?Implications for The Area of Freedom, Security and Justice", *Centre for European Police Studies Working Document*, No:231, (October 2005), ss.1-20, s.1.

sayede ABA'nın 2.maddesine yeni bir amaç eklenerek Birliğin ÖGA alanına yönelik amacı eklenmiştir¹⁰¹.

2.1.3. ÖGA Alanının Kurumsal ve Hukuki Yapısında Yapılan Yenilikler ve Gelişmeler

Amsterdam Antlaşması ile oluşturulan ÖGA Alanı Topluluk ve Birlik yetki alanına şu yenilikleri getirmiştir:

1. Maastricht'le oluşturulan ve neredeyse tamamen (vize konusu kısmen hariç) Birliğin yetki alanındaki yasal düzenlemeler ve karar alma mekanizmaları ile yürütülen adalet ve içişleri konuları bilindiği üzere III. sütunu oluşturmaktaydı. Amsterdam'da yapılan düzenleme ile III. sütunun serbest dolaşımı doğrudan etkileyen politikaları, Topluluk yetki alanına (dolayısıyla Topluluk yetki alanındaki yasal düzenlemelere) transfer edilmiştir. Diğer bir ifadeyle ÖGA alanını oluşturan Birliğin bazı politikaları, III. sütundan I. sütuna aktarılmıştır. Söz konusu aktarılan politikalarla ilgili ATA'na yeni bir başlık eklenerek (IV. Başlık) “vize, göç ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin diğer politikalar” adında yeni bir politika eklenmiş oldu.

Bu politikalar Maastricht Antlaşmasında belirlenen dokuz alandan altısını oluşturmakta¹⁰² olup özetle, Topluluğun dış sınırından geçiş, iltica, göç ve üçüncü ülke vatandaşlarıyla ilgili politikalarındaki işbirliğine ve medeni hukuk alanındaki yargısal işbirliğine ilişkin hükümlerini düzenlemektedir. Ancak söz konusu Başlık alanına getirilen bir takım kısıtlamalarla, Topluluğun I.sütun alanındaki normal yasama usullerinden farklı usullerin yürütülmesine neden olmuştur.

2. Bunun yanı sıra, daha çok güvenlik konularıyla ilgili olan ve Maastricht Antlaşması ile AB'nin yetki alanında bırakılan politikalar ise “Ceza Hukuku Alanında Adli ve Polis İşbirliği” adıyla III. sütun kapsamında devam etmiştir. Söz konusu düzenlemeler ABA'nın VI. Başlığını oluşturmaktadır. ABA Antlaşmasının 29. maddesinde Birliğin vatandaşları korumak üzere cezai konularda polis ve adli işbirliği, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı konularında ortak eylem planları geliştireceği belirtilmiştir.

¹⁰¹ ABA 2. madde 3.bent: Birliğin amaçları.....Birliğin içinde kişilerin serbest dolaşımının, dış hudutların kontrolüne, sığınma, göç ve suçu önleme mücadelesine ilişkin uygun önlemler ile birlikte temin edildiği, bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak korumak ve geliştirmek.

3. İngiltere, İrlanda ve Danimarka için belirlenen istisnalar haricinde Schengen müktesebatı, Amsterdam Antlaşması'na ekli bir protokolle AB hukuku kapsamına alınmış ve müktesebatın ATA ve ABA arasında paylaştırılmasına karar verilmiştir. Ancak bu konudaki belirsizlik ve istisnalar, ÖGA politikalarının, Birliğin farklı noktalarında farklı hükümler çerçevesinde uygulanması sonucunu doğurduğundan bir karmaşıklığa neden olmuştur. Schengen sistemine katılmayan İngiltere ve İrlanda, ATA IV. Başlığındaki Schengen sistemine bağlı düzenlemelere de katılmayacağını belirtmiş ve bu durum ATA 69. maddede hükmedilmiştir.¹⁰³

Bununla birlikte Danimarka da açılan yeni başlığa katılmayacağını ifade etmiş, ancak istisnai olarak vatandaşları vizeye tabi olan üçüncü ülkelerin belirlenmesi ve tektip vize tipinin oluşturulmasıyla ilgili önlemlerin alınmasına katılacağını belirtmiştir. Adalet Divanının yetkisi açısından konuya baktığımızda bu çerçevenin dışında yer almaları söz konusudur.¹⁰⁴

Sonuç olarak, Amsterdam Antlaşması ile birlikte, ÖGA alanın bundan böyle hem I. sütun hem de III. sütun kapsamında ele alındığı söylenebilir. İç pazarın oluşumuyla doğrudan ilgili olan ve ATA IV. Başlığında bulunan vize, göç, iltica ve kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili diğer politikalar, dış sınır kontrolleri ve medeni hukuk konuları Avrupa Topluluğu yetki alanına girmiştir. Bu alandaki yasal düzenlemeler, tüzük (regulation), direktif (directive), karar (decision) gibi Topluluğa ait yasal düzenlemelerle yapıldığından doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki unsurlarına sahiptir.

Ancak I. sütunda yürütülen Topluluk yetki alanındaki normal supranasyonal hukuk düzeni, ATA IV. Başlığa getirilen bir takım kısıtlamalar nedeniyle hükümetlerarası modelin güçlü etkileri çerçevesinde yürütülmektedir. Bu etkiler, özellikle oybirliği usulünün üstünlüğü, Avrupa Komisyonunun yasa teklifinde bulunma hakkının münhasırlığı, Avrupa Parlamentosunun sınırlı rolü ve Adalet Divanının yetkilerine getirilen sınırlamalarda görülmektedir.¹⁰⁵

AB'nin III. sütununu oluşturan ÖGA alanının diğer bölümünü ise ABA VI. Başlığında düzenlediğini belirtmiştik. Cezai konularda polis ve adli işbirliği başlığı ile ifade edilen söz konusu düzenlemeler, hükümetlerarası modelde yürütülmektedir. Bu

¹⁰³ ATA 69. madde: Bu Başlığın uygulanması Birleşik Krallık ve İrlanda'nın durumuna dair Protokol ile Danimarka'nın durumuna ilişkin Protokol hükümlerine tabidir ve ATA'nın 14. maddesinin belirli yönlerinin Birleşik Krallığa ve İrlanda'ya uygulanmasına dair Protokolün hükümlerine hâlel getirmez.

¹⁰⁴ Bu konuyu daha sonra ÖGA alanının asimetrisini ifade ederken tekrar ele alacağız

¹⁰⁵ Jörg Monar, (2001), "The Dynamics of Justice and Home Affairs: Laboratories, Driving Factors and Costs", *Journal of Common Market Studies*, Volume:39, Issue:4, ss.747-764, s.763

alandaki yasal düzenlemeler, hükümetlerarası boyuta haiz olan, Topluluğun bir konuya yaklaşımını belirlemek üzere oluşturulan ortak tutum, üye devletlerin yasa ve düzenlemelerini yakınlaştırmak için alınan çerçeve karar, Başlığın hedefleri doğrultusunda alınan karar ve üye devletlere kendi anayasal usullerine göre kabul etmeleri önerilecek konvansiyonlardır.¹⁰⁶ Ancak bu alan kapsamında Adalet Divanına çeşitli şartlar altında yetki verilmesi, Avrupa Parlamentosuna danışma zorunluluğu ve bu alanın ATA IV. Başlık ile güçlü siyasi bağların olması, Topluluğa ait yasal düzenlemelerin de bir bakıma etkili olduğu söylenebilir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ABA 34. madde

¹⁰⁷ Dagmara Kornobis-Romanowska, (2005), “Developments in The Area of Freedom, Security and Justice Brought About by the Constitutional Treaty”, *German Law Journal*, No.11 (1 November 2005), http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=660#_ftn4 (Er.Tar.:05.02.2009)

Aşağıdaki Tablo 1’de ÖGA alanındaki I. sütun ve III. sütun arasındaki farklılıkları çeşitli açılardan karşılaştırılmaktadır.¹⁰⁸

Tablo 1: AB’de Adalet ve İçişleri Politikalarının Özellikleri

	I.SÜTUN	III. SÜTUN
Yasal Çerçeve	ATA IV. Başlık “ <i>Vize, İltica, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımıyla ilgili Diğer Politikalar</i> ” ATA 61 ila 69. maddeler	ABA VI. Başlık “ <i>Cezai Konularda Polis ve Adli İşbirliği Hükümleri</i> ” 29 ila 42. maddeler
Metot	Avrupa Topluluğu yetki alanında bulunan Topluluk Metodu uygulanmaktadır.	Ulusal egemenliğin korunduğu hükümetlerarası metot uygulanmaktadır. Cezai konularda polis ve adli işbirliği alanındaki ortak faaliyetlerin geliştirilmesiyle vatandaşlara yüksek seviyede güvenlik sunulması amaçlanmaktadır.
Yasal Düzenlemeler	ATA 229. maddede belirtilen Tüzük, Direktif, Karar, Tavsiye ve Görüşler	ABA 34. maddede belirtilen Çerçeve karar, Ortak tutum, Uluslararası Konvansiyonlar vs.
Kurumsal Düzenlemeler ve Karar Alma Usulleri	Bu alandaki ana karar alma yetkisi Avrupa Birliği kurumlarının elindedir (Komisyon, Konsey ve Avrupa Parlamentosu) ATA 67. maddede Konseyin oybirliği ile Komisyonun teklifi ya da bir üye devletin girişimi ile Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra karar alacağı ifade edilmektedir. Bazı istisnalarla birlikte, 22 Aralık 2004’de yapılan değişiklikle, Konsey, 1 Ocak 2005 tarihi itibarıyla ortak karar usulü ve nitelikli oy çokluğu yöntemini kabul etmiştir. 2004/927/EC sayılı ve 22 Aralık 2004 tarihli Konsey Kararı (Resmi Gazete, OJ,L 396/45)	Bu alandaki karar alma yetkisi üye devletlerin adalet ve içişleri bakanlıklarındadır. ABA 34. madde çerçevesinde yapılacak düzenlemelerde Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentolar tali olarak rol alır. Bu güne kadar söz konusu alandaki karar alma usulü sadece hükümetlerarası modelde yürütülmekte olup üye devletler yasa girişiminde bulunma hakkını münhasıran ellerinde tutmaktadırlar. Bütün bu faktörler, meşruiyet, şeffaflık, demokratik ve yargısal eksikliğe neden olunmasından dolayı eleştirilmektedir.

¹⁰⁸ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.16

2.2. AMSTERDAM'DAN LİZBON'A BİRLİĞİN ÖGA ALANININ İHDASINA YÖNELİK ÇALIŞMALAR

ÖGA alanının ihdasının ilk somut başlangıcı olarak 1999 yılını kabul edersek, aradan 10 yıl geçmiş olmasına karşın Birliğin ÖGA ortak alanını sağlıklı bir şekilde oluşturup oluşturamadığı bir tartışma konusudur. Bu zamanda kadar geçen süre içinde yürürlüğe girmesinde başarısız kalınmış bir kurucu antlaşma (AA), 1999-2004 arası I.'si biten (Tampere) ve II.'si bu yılın sonunda bitecek olan (Lahey Programı) çok yıllık programlar çerçevesinde Birlik üzerinde ÖGA alanının ihdasının gelişimiyle ilgili çalışmalar yapılmıştır. Önümüzde AB'de köklü değişiklikler yapacak olan Lizbon Antlaşması ve bu yılın sonunda başlayacak olan III. çok yıllık program olan Stockholm Programı bulunmaktadır. Lizbon Antlaşması'yla birlikte ÖGA politikalarında ne gibi değişiklikler olacağı, üye devletlerin bu değişiklikleri nasıl karşılayacağı ve çalışmamızla paralel olarak ATAD'nın ÖGA üzerindeki genişleyen yargı yetkilerini hangi çerçevede kullanacağı büyük bir merak konusudur.

Nitekim ÖGA alanıyla ilgili politikalarının gelişimi ile ilgili olarak günümüze kadar geçen süre içinde bir takım hayal kırıklıkları yaşanmış olup söz konusu politikalar üzerinde üye devletler arasındaki algı farklılıkları yüzünden, alanın gelişimine engel teşkil edici olan Birliğin diğer politikalarında farklı usul ve yöntemlerin kabul edilmesine karar verilmiştir.

Birliğin yürürlükteki mevcut hükümleriyle Birlik kurumlarına ÖGA alanıyla ilgili yeterince yetki verilmemektedir. Diğer taraftan, sınır aşan suçlar ve terörizm gibi uluslararası suçlarla ilgili daha fazla düzenleme yapılması gerektiği şüphesizdir. Bu kapsamda da Birliğin, vize, sığınma, göç konuları ve kişilerin ve malların serbest dolaşım hakkıyla artan sınır aşan faktörlerle ilgili adli sistemindeki reformları öncelikli olarak düzenlemesi gerekmektedir.

Söz konusu politikaların herhangi bir üye devletin bireysel yetilerinin oldukça ötesinde olduğu açıktır. Birlik liderleri de bu durumu itiraf etmiş olmalarına rağmen birçok ulusal devlet, adalet ve içişleri konularındaki egemenlik haklarını AB çatısına taşıma konusunda isteksizdir.¹⁰⁹ Avrupalı politikacıların Birliğin etkisizliği ve güçsüzlüğü konusunda şikâyetlerine rağmen üye devletler, AA'nın onaylanması konusunda başarısız olmuşlardır. Bu durum Birliğin geleceği ve ÖGA alanının ihdası ile ilgili ciddi bir paradoks oluşmaktadır. Bu kısımda, ulusal egemenliklerinden vazgeçmek istemeyen Birlik

¹⁰⁹ Adam Townsend, (2003), "Can The EU Deliver The Area of Freedom, Security and Justice", *Epin Working Paper*, No:9, (September), ss.1-12, s.2

üyelerinin, diğer yanda Birliğe karşı oluşan dış tehditlerin artmasıyla ortak politikaları hayata geçirmede ne derecede başarılı oldukları değerlendirilecektir.

2.2.1. Amsterdam Sonrası: AA'ya Giden Yol

Amsterdam Antlaşması AB'nin işleyişine etki edecek önemli politika değişiklikleri sağlamış olsa da Birliğin genişleme ve derinleşme süreci içinde daha etkin karar alma mekanizmalarının geliştirilmesi ve Birliğin hedef ve amaçlarına daha etkin bir şekilde ulaşabilmesi bir takım kurumsal değişikliklerin yapılması ihtiyaç olmuştur. Amsterdam'da kabul edilen yeni politikalarla birlikte tüm üyeler tarafından kabul edilebilecek yeni uzlaşılarda zorlaşacağı öngörüldüğünden kurucu antlaşmalarda Birlik kurumlarının konumu ve fonksiyonu, karar alma mekanizmaları ve bunlarla bağlı diğer konularla ilgili tadiller 26 Şubat 2001 yılında imzalanan Nice Antlaşması'yla sağlanmıştır.

Nice Antlaşması, Amsterdam içinde açık bırakılan kimi soruları cevaplamış ancak bulunan çözümlerin niteliğinin nasıl olacağı önem kazanmıştır. Nice Antlaşması ile yapılan reformla birlikte en karlı çıkan kurum ATAD, İlk Derece Mahkemesi ve Parlamento olmuştur.¹¹⁰ Bu Antlaşma ile birlikte Birliğin yargı kurumlarının oluşumu, yargı yetkileri tekrar düzenlenmiştir.¹¹¹ Bunun yanı sıra, III. sütuna getirilen bir yenilik olarak güçlendirilmiş işbirliği metodunun genişletilmesi ve kolaylaştırılmasına dair bir takım tedbirler kabul edilmesi ve Birlik vatandaşlarının haklarını doğrudan etkileyen THŞ kabul edilmesi önemli gelişmeler olarak not edilebilir.¹¹²

Amsterdam Antlaşması'yla başlayan süreçle birlikte AB'ne getirilen yeni yetki alanı çerçevesinde ÖGA alanının geliştirilmesi için Birliğin aşağıdaki konularda somut adımlar atmasının gerekli olduğu düşünülmüştü:

- Üye devletlerinin ulusal ceza hukuklarının birbirine yakınlaştırılması,
- Polis birimlerinin ve savcılarının işbirliği,
- Ortak ve entegre sınır güvenliği sisteminin oluşturulması,
- Ortak sığınma politikasının oluşturulması,

¹¹⁰ Füsün Arsava, (2002), "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, (Bahar 2002), ss.1-30, s.29

¹¹¹ Nice Antlaşması ile birlikte İlk Derece Mahkemesine ön karar davalarına bakma yetkisi verilmesinin yanında Divana ABA 46(e). maddesinde belirtilen ABA 7. maddesinin usul işlemlerine ilişkin ilgili devletin talebi üzerine Konseyin yaptığı saptamadan sonra bir ay içinde karar vermesi hükmedilmiştir.

¹¹² THŞ ve İnsan Hakları konusu ilerleyen kısımlarda açıklanacaktır.

- AB mahkemelerinin etkinliğinin artırılması,
- Kişi haklarının güvence altına alınması ve AB kurumlarının eylemlerinden sorumlu tutulması.¹¹³

Belirtilen bu öncelik alanları çerçevesinde Amsterdam Antlaşması ile yürürlüğe giren politikalar, Birliğin tarihindeki o zamana kadar atılan olan en somut adımdı. Nitekim söz konusu Antlaşma ile birlikte, Konseyin yetkileriyle ilgili olarak, Birliğin dış sınırlarından gelen kişilerin kontrolü konusunda üye devletlerin uyması gereken normları belirleme ve AB sınırları dâhilinde iç sınır kontrollerini kaldıracak önlemler almasını sağlayacak düzenlemeler yapması sağlanmıştır.¹¹⁴ Ayrıca, vize yükümlülüğüne tabi olan üçüncü ülkelerin belirlenmesi, vize verme şartları ve usulleri, tektip vize modeli ve bu konudaki kuralları belirleme yetkisi, serbest dolaşıma ilişkin kuralları belirleme yetkisi, göç ve sığınma konularında kısmi düzeyde karar alma yetkisi Konseye tanınmıştır.

Komisyonun ise Birlik üzerindeki oluşan bu atmosfer doğrultusunda “Avrupalılaşmayı” geliştirmek üzere üye devletlerin egemenlik haklarıyla büyük ölçüde birbirine geçmiş sınır yönetimi, göç, iltica, cezai konularda adli ve polis işbirliği gibi konularını geliştirme çabalarının, karşılaşılan engelleri aşması oldukça güç görünmüştür.¹¹⁵

Bununla birlikte, kurucu antlaşmalarda yapılan yeni düzenlemelere Birlik kurumlarının ve üye devletlerin ÖGA alanının ihdasıyla ilgili siyasi oryantasyonda ne derece başarılı olacakları önemli bir soru işareti olmuştu. Bu soru işaretinin çıkmasına en büyük neden ise ÖGA alanındaki karar alma mekanizmalarına getirilen kısıtlamalardır.

1999’daki Tampere Avrupa Konseyi Zirvesinde, Birliğin adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili ilk çok yıllık program (5 yıllık) kabul edilerek söz konusu politikaların Avrupa entegrasyona dahil edilmesi için çalışmaların başlatılmış ve bu sürenin bitiminde müteakiben 2004 yılında Lahey Programı kabul edilmiştir.

Ancak, çok yıllık programları açıklamaya geçmeden önce Birliğin işleyişinde köklü değişiklikleri getirmeye aday olan fakat yürürlüğe girmesi için referandum şartı getirilip bu noktada başarısızlığa uğrayan AA çalışmaları ve sonrasındaki süreçten bahsetmek gerekir.

¹¹³ Adam Townsend, (2003), a.g.m. , s1-2

¹¹⁴ ATA 62(1). madde

¹¹⁵ Elspeth Guild, Sergio Carrera ve Anaïs Faure Atger, (2009), “Challenges and Prospects for the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: Recommendations to the European Commission for the Stockholm Programme”, *CEPS Working Document*, No. 313/April 2009, ss.1-26, s.1

2.2.2. AA ve LA Süreci

Bu başlıkta entegrasyon sürecinin işleyişinden kısaca bahsedilecektir. ÖGA alanına ve Divanın yargı yetkilerine getirilen yenilikler ise diğer konu başlığında karşılaştırmalı olarak açıklanacaktır.

2.2.2.1. AA Süreci

AB'nin yeni bir yapılanmaya girmesi yönündeki ilk adımlar 2000 yılında düzenlenen hükümetlerarası konferansta gündeme gelmiştir. Bu çerçevede Nice Zirvesinde yapılması gereken değişiklikler tartışılmış ve kurumsal reformlara yönelik çeşitli adımlar atılmış ve çözüme kavuşmayan konular 2004 yılında gerçekleştirilecek olan hükümetlerarası konferansa ertelenmiştir.¹¹⁶

Nice Zirvesinde AB'nin geleceğine yönelik tartışma ve değerlendirme sürecine başlanmıştır. 14-15 Aralık 2001 tarihinde gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Leaken Zirvesinde açıklanan Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Bildiri'de, Avrupa Birliği hükümet başkanları, Birliğin hedef ve amaçları doğrultusunda AB'nin mevcut (sütunlu) “yamalı” işleyişini değiştirmek ve Birlik kurumları ve üye devletler arasındaki yetki dağılımını tekrar düzenlemek için AA hazırlanmasını sağlamak üzere bir Anayasa Konvansiyonunun oluşturulmasına karar verdiler. Bu bağlamda özellikle söz konusu bildiride Birlik kurumları ve üye devletler arasında katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesi¹¹⁷ uyarınca daha keskin bir şekilde güç paylaşımının ve sınırlamasının belirlenmesi, kabul edilen THŞ' nın sadeleştirilmesi ve kurucu antlaşma içine dahil edilmesi, AB içinde ulusal parlamentoların rolleri konusunun üzerinde durulması gerektiği belirtilmiştir.

Bu kararlar birlikte, demokratik meşruiyet ve mevcut kurumların şeffaflığını artırmaya yönelik olarak kurucu antlaşmaların basitleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi çerçevesinde AB Anayasası'nın oluşturulması yönünde geniş katılımlı bir tartışma açılmıştır. Hatta bu tartışmaya Birliğe aday ülkeler bile davet edilmiştir.¹¹⁸

Diğer taraftan söz konusu Konvansiyonun oluşturulması, aslında Birlik kurumlarının ÖGA alanındaki gücünün arttırılması ve bu alanda geniş kapsamlı bir reform yapılmasına yönelik de bir fırsatı ortaya çıkarmıştı. Konvansiyon, 2001 yılının Temmuz ayında taslak metni oluşturarak hükümetlerarası konferansta, AA'nın son şeklini vermek üzere hükümet

¹¹⁶ Zeynep Özler ve Can Mindek,(2008), *AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması*, İstanbul:İKV Yay., s.10

¹¹⁷ Katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesinin ÖGA politikalarına bakan yönü ilerleyen kısımlarda açıklanacaktır.

¹¹⁸ <http://www.ikv.org.tr/sozluk2.php?ID=1196> (Er.Tar.:03.07.2009)

başkanlarının imzasına 2004 yılından itibaren sunulmak üzere müzakere edildi. Uzunca yapılan çalışmalardan sonra yürürlüğe giriş tarihi olarak 1 Kasım 2006 tarihi belirlendi. Ancak AA'nın yürürlüğe girmesi için tüm üye devletler tarafından onaylanması gerekmektedir. Onay süreci her üye devletin kendi anayasası tarafından belirlenen sisteme göre -ulusal parlamentolarda yada referandum kanalıyla- işleyecekti.

AB 25 devlet başkanları, söz konusu tarihe kadar üye devletlerin beşte dördünün Antlaşmayı onaylaması durumunda sürece ilişkin diğer konuların AB Konseyinde çözümlenmesi yolunda siyasi taahhütte bulunmuştu. Ancak Eurobarometre'nin araştırmaları Birlik vatandaşlarının Anayasa'ya karşı olduğuna dair sinyaller vermektedir.¹¹⁹

Sonuç olarak Fransa'da ve Hollanda'daki referandumlarda AA çalışmalarının “tepeden inme” bir girişim algısıyla ret cevabı gelmiş ve daha sonraki tarihlerde Birliğin entegrasyon sürecini devam ettirmek için yeni sürecin başlamasına karar verilmiştir.

2.2.2.2. Lizbon Süreci

AA'nın Fransa ve Hollanda'daki referandumlarda reddedilmesi Birliği siyasi bir krize sürüklemiştir. Söz konusu sonuçların Birlik üzerinde bir domino etkisi yaratmasını önlemek için 16-17 Haziran 2005'de Brüksel'de düzenlenen AB Hükümet ve devlet başkanları Zirvesinde AB Anayasası onay sürecine bir yıl ara verilmesi kararlaştırılmıştır. AB Konseyi Başkanı *Jean-Claude Juncker*, 16 Haziran 2005 tarihinde yaptığı açıklamada, “B planı” olmamasından ötürü Anayasa'nın yeniden müzakere edilmesinin söz konusu olmadığını kaydetmiştir. AA'nın geleceği ile ilgili Birliğe yeni bir vizyon oluşturulması, üye devletlerde düşünme değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.¹²⁰

Bu kapsamda 10 Mayıs 2006 tarihinde Komisyon, “D Planı ve Değerlendirme Sürecine İlişkin Bildiri”yi (Communication on plan D and the period of reflection) kabul etmiştir.¹²¹ Bu çerçevede tek pazarın tamamlanmasına karşı olan engeller kaldırılması, Topluluk yöntemine ilişkin mevcut Antlaşma hükümlerinin, özellikle organize suçlar, terörizm, insan kaçakçılığı ve adli işbirliği alanında daha çok kullanılarak karar alma

¹¹⁹ AB geneline bakıldığında, ulusal egemenliğin kaybedilmesi endişesi (%37), AB'ne karşı olunması (%20), Anayasa'da olumlu bir şey bulunamaması (%22), bilgi eksikliği (%11) oluşturmaktaydı. Türkiye'nin üyeliği ise %11 ile gerekçeler arasında 7. Sıradaydı (Avusturya'da ikinci, Almanya ve Fransa'da ise 3. Sıradaydı) Zeynep Özler ve Can Mindek, (2008), a.g.e., s.16-17

¹²⁰ Zeynep Özler ve Can Mindek, (2008), a.g.e., s.33

¹²¹ Communication from the Commission to the European Council, (2004), *The Period of Reflection and Plan D*, COM (2006) 212, 10.05.2006. Brussels

mekanizmalarının geliştirilmesi, Birliğin genişlemesi ile ilgili Komisyonun bir genişleme stratejisi raporu hazırlaması, Avrupa'nın dünyadaki rolüne ilişkin somut fikirler içeren bir strateji oluşturulması, kurumsal sorunların aşamalı bir yaklaşımla çözümüne ilişkin bir takvim önerilmesi öngörülmekteydi. D planı, AA'yı kurtarma operasyonu veya kısıtlı zaman içerisinde tekrar düşünme süreci olarak değil, uzun süreli bir demokratik reform sürecinin başlangıç noktası olarak, AB vatandaşlarının Birliğin politikalarına sahip çıkması ve politikaları güncel ve anlaşılabilir kılmak şeklinde ele alınmıştır.¹²²

Bu çerçevede 19 Ekim 2007'de "Lizbon Antlaşması" olarak adlandırılan antlaşma kabul edilip üye devletlerdeki onay sürecine müteakiben en erken 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmişti.¹²³ Ancak Avrupa kamuoyundaki çalkantılı onay süreci, sürecin sekteye girmesine neden olmuştur.

Antlaşma'nın yürürlüğe girmesine yönelik en ciddi sıkıntı İrlanda, Polonya, Almanya ve Çek Cumhuriyetinden gelmiştir. İrlanda, tıpkı AA sürecinde olduğu gibi LA'nın kabulü için referandum yapılmasına karar vermiş ve 12 Haziran 2009'da İrlanda'da yapılan referandum sonucu Fransa ve Hollanda'daki AA'ya dair referandumlar gibi "hayır" çıkmıştı.¹²⁴ Ancak 2 Ekim 2009'da ikincisi yapılan referandumda %67 gibi yüksek bir oranda LA'na "evet" oyu alınmış ve durum antlaşmanın akıbetini rahatlatmıştır. Almanya'da Alman Anayasa Mahkemesinin Birlik-üye devlet arasındaki yetki tartışmaları ile ilgili sürecin önünü açacak yorumda bulunuş olması ve diğer taraftan Antlaşmaya muhalefet eden Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nin, Avrupa kamuoyunca yapılan siyasi baskıların sonucunda ikna edilmiş olmasıyla Lizbon Antlaşması'nın 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Lizbon Antlaşması'nın akıbeti ile ilgili tartışmaları bir kenara bırakarak Antlaşma'nın neler getireceği incelenecek olursa, bu Antlaşmayla kazandırılan en önemli yeniliğin, Birliğin güçlendirilmiş karar alma mekanizması konusunda olduğu anlaşılmaktadır. Bu sayede Birlik, iklim değişiklikleri, enerji güvenliği uluslararası terörizm, sınır aşan suçlar, göç ve iltica gibi yeni küresel tehditlerle mücadelenin etkinleştirilmesini amaçlamaktadır.¹²⁵ Lizbon Antlaşması, Birliğin demokratik yapısını ve Avrupa Parlamentosunun karar alma mekanizmasındaki etkinliğini arttırarak, THŞ'nı ve

¹²² Zeynep Özler ve Can Midek, (2008), a.g.e., s.33

¹²³ http://www.bbc.co.uk/turkish/indepth/story/2007/12/071205_lisbon_treaty.shtml (Er.Tar.01.08.2009)

¹²⁴ <http://dw-world.de/dw/article/0,,3410204,00.html> (Er.Tar.:01.08.2009)

¹²⁵ Andrew Duff, (t.y.), "The True Guide to Treaty of Lisbon", *Alliance of Liberals and Democrats for Europe*, http://17.europe.bg/upload/docs/treaty_2.pdf (Er.Tar.:24.07.2009), ss.1-13 s.3

hukukun üstünlüğünü güçlendirmeyi ve geliştirmeyi amaçlamaktadır. Monar, yürürlüğe giremeyen AA'nın Birliğe, tek yasal çerçeve kapsamında dâhilde ve hariçte tek aktör olarak düzenleme yapmasıyla Lizbon Antlaşması'nın temelini oluşturduğunu iddia etmektedir.¹²⁶

Lizbon Antlaşması ABA ve ATA'yı tadil ederek ABA'nı "Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma" (ABİA) adıyla yeniden adlandırmaktır. Her iki antlaşmanın da aynı seviyede olması öngörülmüştür (ATA ve ABİA).¹²⁷ Bu durum AA'dan ayrılan en belirgin özelliğidir. Diğer bir ifadeyle AA tüm AT/AB Antlaşmalarını tek bir metinde toplamayı amaç edinirken Lizbon Antlaşması ABA ve ATA'da tadiller yapmayı amaçlamaktadır. Böylelikle AT'nun yasal varlığı sona erecek olup, kurucu antlaşmadaki tüm yetkiler tüzel kişiliğinin kurulmasına karar verilen AB üzerinden yürütülecektir.¹²⁸ Mevcut sistemde ABA 47. maddesi uyarınca ABA Topluluk müktesebatı dışında bırakılmakta olduğundan her iki Antlaşma'nın eşit şekilde uygulanmasıyla hukuki zemin olarak sütun ayrımı ortadan kalkmaktadır.

Lizbon Antlaşması açık bir şekilde anayasal bir anlaşma olmasa da 2004 yılında kabul edilen ancak onaylanmayan AA'nın kazanımlarını korumayı amaçlamaktadır. Nitekim bu amaç, ÖGA alanının işleyişine etki eden unsurlar ve Divanın yetkileri kapsamında bu çalışmada yapılan incelemede daha net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Lizbon Antlaşması'yla getirilen yeniliklerin yanında Birliğin ÖGA politikalarının gelişimine yön veren çok yıllık programların genel seyrini ve ortaya çıkan sonuçların incelenmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda aşağıda çok yıllık programların genel seyri incelenmiştir.

2.2.3. Çok Yıllı Programlar: Tampere, Lahey ve Stockholm Programı ve Öncelikleri

2.2.3.1. Tampere ve Lahey Programları

1999'da Tampere'de üye devletlerin hükümet başkanları ÖGA alanın ihdası için yapılması gerekenleri tartışmışlardır. Tampere'in ÖGA alanının ihdası çerçevesindeki hedefleri ve bu

¹²⁶ Jörg Monar, (2008) "The reforms in the justice and home affairs domain: the end of the third pillar?" Finn Lausen, (Der), *The Rise and Fall of EU's Constitutional Treaty*, Netherlands: Brill Academic Publ., ss.79-105, s.80

¹²⁷ Ester Herlin Karnell, (2008), "The Lisbon Treaty and The Area of Criminal Law and Justice", *Sweedish Institute for European Policy Studies*, S.3 (April 2008), ss.1-10, s.1

¹²⁸ House of Lords Constituion Committee, (2008), *European Union (Amnedment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications fort he UK Constitution Report with Evidence*, (6th Report of Session 2007-08). London, ss.1-83, s.7

hedeflerin uygulamaya geçmesi için özellikle ATA IV. Başlık alanındaki karar alma sürecini ve Divanın yargı yetkisini normalleştirmek üzere zaman müddetleri tayin edilmişti. Ancak söz konusu zaman müddetlerinin 1 Mayıs 2004’de dolmuş olmasına rağmen (bu hedefler daha sonra kısmen başarılmış olsa da) Tampere kapsamında ele alınan konularda bu zamana kadar kaydedilen gelişmeler yetersiz ve eksik kalmıştı.¹²⁹

Öte yandan 2004 yılında Komisyon tarafından Konseye ve Avrupa Parlamentosuna bir bildiri yayımlanarak söz konusu ilk 5 yıllık programın değerlendirmesi (1999-2004 Tampere Programı) ve ÖGA alanı ile ilgili gelecekte yapılacak hedefler ele alındı. Bu belgede Birliğin önemli ilerlemeleri kaydettiği ancak pek çok düzenlemenin yapılması gerektiği ifade edildi.¹³⁰

Komisyon özellikle Tampere Programı’nın sonuç değerlendirmesi ile ilgili Bildirisinde yeni Antlaşmanın (AA) şeffaflık ve demokratik eksiklik gibi Birliğin işleyişi hakkında yapılan eleştirilere demokratik bir çözüm getirecek olmasından dolayı bir an önce kabul edilip yürürlüğe girmesi gerektiğini ifade etmişti. Bu amacı gerçekleştirmek üzere Birliğin iç pazarın oluşumunda gösterdiği gayretin aynısı gerçekleştirmesi ve planlanan düzenlemelerin ön görülen çok yıllık program kapsamında devam etmesi gerektiği vurgulandı.¹³¹

2004 yılına gelindiğinde ise 2004-2009 yılları arasındaki faaliyetlerin planlaması yapılarak “Lahey Programı” olarak bilinen ÖGA alanındaki ikinci çok yıllık program kabul edildi. Bu beş yıllık program, AB’deki adalet ve içişleri konularındaki müteakip yıllardaki gelişimini öngörmekte ve genişleyen Birliğin ortak iltica ve göç politikalarının ihdasına çalışmaktadır. Güvenlik ve adalet konularında Lahey programı Europol ve Eurojust’ın konumu ve adli işbirliği ve karşılıklı tanıma prensibi çerçevesindeki uygulamaları gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.¹³²

Avrupa Konseyi böylelikle, ÖGA alanındaki önceliklerin ve ana politikaların belirlenmesiyle oluşan eylem planı ve pratikteki uygulamaları ile ilgili Komisyon Bildirisi tarafından eşlik edilen yol haritasını onaylamıştır. 31 Aralık 2009’da bitecek olan Lahey programına ait söz konusu Bildiride belirtilen 10 öncelik alanları ve açıklamaları şöyledir:

¹²⁹ Adam Townsend, (2003), a.g.m.,s.3

¹³⁰ Dagmara Kornobis-Romanowska, (2005), a.g.m.

¹³¹ Communication from The Commission to The Council, (2004), *Area of Freedom, Security and Justice: Assessment of the Tampere Programme and Future Orientations*, (COM(2004) 4002 final 2.06.2004), ss.1-16

¹³² Dagmara Kornobis-Romanowska, (2005), a.g.m.

1. Temel haklar ve vatandaşlığın güçlendirilmesi: Birliğin temel hakların güçlendirilmesine düzenlemeler alması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler arasında hassas grupların (azınlıklar, çocuklar, kadınlar gibi) haklarının korunması AB vatandaşlarının serbest dolaşımı ve seçim hakları gibi konu başlıkları yer almaktadır.

2. Terörizmle mücadele tedbirleri: Terörizmin önlenmesi hususunda Birlik nezdinde ortak politikalar geliştirmesinin gerekliliğe vurgu yapılmıştır.

3. Göçe ilişkin dengeli bir yaklaşımın belirlenmesi: Etkin göç yönetimi açısından önem arz eden yasal göç-yasadişı göç konularında düzenleyici tedbirler öngörülmüştür.

4. AB'nin dış sınırlarının entegre yönetimini geliştirmek: Birlik içinde iç sınırların kaldırılması neticesinde yasadışı faaliyetlerin önlenmesi açısından dış sınırların güçlendirilmesine duyulan ihtiyaç arttığından entegre sınır yönetimine yönelik tedbirlerin alınması öngörülmüştür.

5. Uyumlu ve etkin bir iltica prosedürünün benimsenmesi: Mültecilerin kabulüne ilişkin prosedürlerin benimsenmesi amaçlanmıştır.

6. Göçün olumlu etkilerini artırmak: Göçmenlerin entegrasyonuna ilişkin tedbirler öngörülmüştür.

7. Bilgi paylaşımında özel hayatın korunması ve güvenlik arasındaki dengenin gözetilmesi: Sınıraşan suçla mücadelede yasa uygulayıcı birimler bilgi paylaşabilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bunun yanında bilgi paylaşımı sırasında kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hususlarının gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

8. Organize suçlarla mücadelede stratejik bir konsept geliştirilmesi: Üye devletlerin kanun uygulayıcı birimleri arasında organize suçlarla mücadeleye dönük işbirliğinin geliştirilmesi öngörülmüştür.

9. Gerçek bir Avrupa adalet alanı: Adalet erişimi, savunma hakkı, hükümlerin karşılıklı tanınması, yasaların uyumlaştırılması, Birliğin mali çıkarlarının korunması, adli kurumlar arasında işbirliği ağının kurulması gibi hususlardaki öncelikler belirlenmiştir.

10. Sorumluluğun paylaşılması ve dayanışma: ÖGA bağlamındaki önceliklerin hayata geçirilmesi açısından mali gerekliliklerin öneminden bahsedilmiştir.

Diğer taraftan Komisyon, söz konusu Bildiride, 2 Haziran 2004'deki Tampere Programının değerlendirmesi ve tavsiyeleri doğrultusunda ATA IV. Başlık alanı kapsamında ortak karar usulüne geçişle ilgili düzenlemelerin dikkate alındığını ve Konseyin bu siyasi dürtü ile 22 Aralık 2004'de aldığı kararla birlikte 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren yasal göç konusu istisna olmakla birlikte ortak karar usulüne

geçilmesinden memnuiyet duyulduğunu ifade ederek bu durumun Lahey Programı'nın başarısı olarak belirtmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte Avrupa Parlamentosunun ATA IV. Başlık konularıyla ilgili karar alma mekanizmalarında güçlendiği değerlendirilmiştir.

Ancak diğer taraftan, ATAD'nın yargı yetkisi ile ilgili ATA 67. madde çerçevesinde herhangi bir düzenleme yapılmadığı halbuki bu düzenlemenin bireylerin Divana erişimi açısından hayati önem taşıdığı bu doğrultuda AA III.369. maddesinde (ön karar usulü) Divanın gecikmeden hareket edeceğinin ifade edildiği hatırlatılmıştır.¹³³

2.2.3.2. Stockholm Programı

Lahey Programı'nın süresi 31 Aralık 2009 tarihi itibari ile sona erecek olup bu programdan sonra "Stockholm Programı" olarak adlandırılan ÖGA alanıyla ilgili III. Çok Yıllı Program kabul edilecektir (2009-2014). Bu programa ilişkin Komisyon Bildirisi'nde 4 öncelikli alan belirlenmiştir.

Söz konusu Bildiri'nin giriş kısmında, Lahey Programı'nın uygulama sürecinde elde edilen başarılar ve yine aynı süreçte ilerleme sağlanamayan konular ve eksiklikler özetlenmekte ve daha sonra söz konusu öncelikler hakkında ayrıntılı bilgi verilmektedir.

Bu çerçevede, söz konusu önceliklerin uygulamasının aşağıdaki beş unsura dayanması gerektiğinin altı çizilmektedir:

1. Zaman içinde, adalet ve içişleri politikaları Birliğin diğer politikaları ile uyumlu olmalıdır,
2. AB seviyesinde onaylanan politikaların üye devletlerde uygulanması daha yakından takip edilmelidir,
3. Herhangi bir yasal düzenleme ilk aşamadan itibaren, AB vatandaşlarına ve onların temel haklarına, ekonomiye ve çevreye etkileri göz önünde bulundurularak hazırlanmalı, bu çerçevede AB mevzuatının kalitesi artırılmalıdır.
4. Kurulan ajansların ve oluşturulan mekanizmaların somut sonuçlar ortaya koymasına dönük iyileştirmeye gidilmelidir,
5. Yeni politikaların iddiası, söz konusu politikalar için ilerde ayrılabilir bütçe kaynaklarıyla uyumlu olmalıdır.

¹³³ Communication from The Commission to The Council and The European Parliament, (2005), *The Hague Programme: Ten priorities for the next five years*, (COM(2005)184 final). Brussels. Divanın yargı yetkisi ile ilgili ileriki kısımda daha ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

Bu kapsamda söz konusu Bildiride Stockholm Programı ile ilgili aşağıdaki 4 öncelikli politikalara yer verilmiştir:

1. Birlik Vatandaşlarının Haklarının Geliştirilmesi: Bu çerçevede serbest dolaşım hakkının herhangi bir engele maruz bırakılmadan uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Direktif'in bir öncelik olarak belirlendiği, Komisyonun söz konusu Direktifin üye devletlerde uygulanmasını destekleyeceği bildirilmekte, aynı zamanda anılan Direktif'ten faydalanılırken doğabilecek suiistimallerin önlenmesi konusunda üye devletlere yardımcı olacağı, bu çerçevede kişilerin serbest dolaşımının uygulanması konusunda bir "rehber" (guidelines) hazırlayacağı ifade edilmiştir.

Bunun dışında, Birlik vatandaşlarının haklarını geliştirici bağlantılı diğer politikalara yer verilmiştir.

2. Yaşamın Daha Kolay Hale Getirilmesi (Avrupa Hukuku ve Adaleti): “Karşılıklı tanıma prensibinin daha iyi hayata geçirilmesi” alt başlığında Tanıma Belgesi (exequatur) usulünün genel olarak terk edilmesi gerektiği, karşılıklı tanımanın günlük yaşam için çok önemli olan ancak bugüne kadar dışarıda tutulan alanlara genişletilmesinin lazım geldiği belirtilmekte birlikte cezai konularda ise, verilen cezaların karşılıklı tanınması konusunda önemli ilerleme kaydedildiği, ancak karşılıklı tanıma usulünün, üye devletlere göre değişen ve bu çerçevede cezai yada idari olabilen diğer yargı kararlarını da kapsamı gerektiği ifade edilmiştir.

“Karşılıklı güvenin artırılması” alt başlığında adalet sisteminde çalışanların birbirleriyle bilgi alışverişinde bulunması imkanlarının geliştirilmesine yönelik tavsiyeler bulunmaktadır. “Ortak standartlar merkezi oluşturulması” alt başlığında üye devletlerin sınır ötesi özelliğe sahip “ciddi” suçlarla ilgili hukuki mevzuatının uyumlaştırılmasının, bu alanda ortak tanımlar ve cezalar getirilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.

“Avrupa yargı alanının vatandaşlar için faydaları” alt başlığında özellikle sınır aşan davalarda adalete erişimin kolaylaştırılmasının, bu çerçevede lisan engelinin aşılmasını teminen vatandaşa yardımcı olunmasının, e-adalet sisteminden daha etkin faydalanılmasının, üye ülkeler arasında belgelerin onaylanmasına ilişkin kırtasiyeciliğin kaldırılmasının düşünüldüğünün gerektiği ifade edilmiştir. “AB'nin uluslararası yargı alanında varlığının artırılması” alt başlığında ceza hukuku alanında, karşılıklı yardım ve suçluların iadesi anlaşmalarının müzakere edilmesine yönelik önceliklerin belirlenmesinin önemli olduğu belirtilmiştir.

3. Vatandaşların Korunması: AB'nin temel haklara saygı gösteren ve AB'nin dış güvenlik stratejisi ile uyumlu bir "iç güvenlik stratejisi" kabul etmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede ulusal kolluk kuvvetlerine yönelik polis işbirliğini geliştirici tedbirler öngörülmüştür. "AB topraklarına daha güvenli erişim" bu başlı altındaki eylem sahası kapsamında, sınırların kontrolü ve denetlenmesi, bilgi sistemleri ve vize politikası konularında atılması gereken adımlar izah edilmektedir.

4. Vatandaşlar için Daha Uyumlu Bir Toplum: Bu öncelik başlığında göç politikasının AB dış politikasının ayrılmaz parçalarından olması gerektiği, AB dışındaki ülkelerle diyalog ve ortaklığın geliştirilmesinin, "hareketlilik için ortaklık" (partnership for mobility) olgusunun güçlendirilmesinin, göç güzergahlarına dair bilgilerin geliştirilmesinin, sınır denetimlerinin etkinleştirilmesinin ve geri kabulün geri dönüşü özendirecek tedbirlerle desteklenmesinin, göçmen toplulukların geldikleri ülkelerin kalkınma sürecine dahil edilmelerinin, AB dışındaki ülkelerin göçle ilgili konuları yeterince yönetebilmeleri için Birliğin araçlarının devreye sokulmasının gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede ekonomik amaçlı göçün üye ülkelerin işgücü piyasalarının ihtiyaçlarıyla daha iyi örtüşmesinin sağlanması, arz ve talebin eşleştirmesinin yapılabilmesi için bir Avrupa Diyalog Platformu'nun kurulması, yasal göçmenlere Birlik vatandaşlarıyla kıyaslanabilir seviyede haklar tanınabilmesini teminen bir Göç Yasası (Immigration Code) kabul edilmesi gerektiği, aile birleşiminin yasadışı göçün önemli bir kısmını teşkil etmesi nedeniyle konu hakkındaki Direktif'in gözden geçirildikten sonra sunulabileceği, uyum alanında ise, hazırlık ve dil dersleri gibi araçlarla uyum sürecinin kolaylaştırılabileceği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, yasadışı konumdaki göçmenlerin istihdamına ilişkin Direktif'in uygulanmasının titizlikle takip edilmesinin, geri gönderme politikasının yasalar ve insan onuruna saygı ile uyumlu şekilde işletilmesinin, gönüllü geri dönüşe öncelik tanınmasının lazım geldiği bildirilmekte; sınır dışı edilemeyen yasadışı göçmenlerin durumunun düzenlenmesine ilişkin olarak üye devletler için bir rehber hazırlanabileceği kaydedilmiştir.

İltica alanındaki ikinci yasal düzenleme paketinin, 2012 yılından önce tektip bir iltica usulü ve tek bir uluslararası koruma statüsü oluşturulmasını teminen en kısa sürede kabul edilmesine ihtiyaç duyulduğu, AB İltica Destek Ofisine görevini yapabilmesi için gerekli imkanların sağlanmasının, 2014 yılına kadar, koruma statüsü sağlayan tüm

kararların karşılıklı olarak tanınması hususunun AB tarafından resmen benimsenmesinin, iltica konusunda Birlik içi mali dayanışmanın gözden geçirilmesinin, AB dışı ülkelere kendi iltica ve koruma sistemlerini oluşturabilmelerini teminen kapasite geliştirme yardımı sağlanmasının ve mültecilerin sorunlarına geçici olmayan çözümler bulunabilmesi için “yeniden yerleştirme” çalışmalarına hız verilmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir.¹³⁴

2.2.3.2.1. Stockholm Programı ve Adalet Divanı

Stockholm Programındaki öncelikler genel olarak incelendiğinde, Adalet Divanının bu zamana kadar ÖGA alanında yaptığı ve yapacağı içtihatlarla özel önem verildiği görülmektedir. Bu çerçevede söz konusu programda Adalet Divanı’nı doğrudan ilgilendiren değerlendirmeler şöyledir:

4. Ceza Hukuku Alanı: Adalet Divanının konumu ile ilgili olarak Maastricht Antlaşması’ndan bu yana gerek Avrupa Parlamentosunun gerekse ATAD’nın ÖGA entegrasyonu kapsamında rollerinin giderek artırıldığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan ceza hukuku alanındaki (III. sütun yetki alanı) ATAD’nın yargı yetkisindeki kısıtlamalardan dolayı Komisyonun ihlal usulünü işletemediği ve bu durumun hayati önem taşıyan konularda AB mevzuatının ulusal seviyedeki aktarımında gecikmelerin yaşanmasına neden olduğu ifade edilmiştir.¹³⁵

ATAD’nın yargı içtihatlarına paralel olarak çevre ve ulaştırma politikasında yapıldığı gibi ceza hukuku alanında da (III. sütun alanı) ortak suç ve ceza tanımlarının geliştirilebileceği ifade edilmiştir.¹³⁶

Sınır aşan suçlarla mücadele kapsamında ATAD içtihatları doğrultusunda üye devletlerin mevzuatlarında ortak standartların belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.¹³⁷

5. Medeni Hukuk Alanı: Medeni hukuk alanındaki işbirliğin geliştirmek üzere üye devlet mahkemelerinin özellikle ebeveyn sorumluluğu ile ilgili karşılıklı tanıma çerçevesinde asgari standartların konulması gerektiği ifade edilmiştir.

6. Temel Haklar ve Bireylerin Mahkemeye Erişimi: Avrupa adalet alanındaki parçalanmışlığın konsolide edilmesi gerektiği ve bu amaçla kişilerin mahkemeye erişimini

¹³⁴ Communication From The Commission to The European Parliament and The Council, (2009), An Area of Freedom, Security and Justice Serving The citizen, (COM (2009)262/4). Brussels

¹³⁵ *ibid*, s.3

¹³⁶ *ibid*, s.12

¹³⁷ *ibid*, s.30

kolaylaştıracak önlemlerin alınması gerektiği tavsiye edilmiştir.¹³⁸ Güçlü bir siyasi sembol olarak Birliğin (tüzel kişiliğe kavuşması sayesinde) AİHS'ne katılımıyla ATAD'nın ve AİHM'nin söz konusu hakları koruyucu yargı içtihatlarını geliştirebileceği öngörülmüştür.¹³⁹

2.3. AB'DE ÖGA ALANI OLUŞTURMAYA YÖNELİK POLİTİKALARIN İŞLEYİŞİNE ETKİ EDEN UNSURLAR

Bu kısımda AB'nin adalet ve içişleri politikasının yapısından bahsedilecektir. 1999'da başlatılan ÖGA alanındaki entegrasyon sürecine hangi unsurların etki ettiği belli başlıklar altında incelenerek günümüze kadar geçen süre içindeki başarılar ve başarısızlıklar ATA, AA ve LA kapsamındaki düzenlemeler çerçevesinde tartışılacaktır. Çalışmanın III. Bölümünde ise öngörülen düzenlemeler çerçevesinde Divanın yargı yetkisi, ÖGA alanında verdiği yargı kararlar üzerinden incelenecektir.

Adalet ve içişleri politikaları başta olmak üzere egemenlik haklarının Brüksel'e ve yargı yetkisi açısından Lüksemburg'a devri yönündeki üye devletlerin endişelerinin bulunduğunu ifade etmiştik. Bu endişenin kaynağı şöyle sıralanabilir:

1. Siyasi Nedenler: Kolluk uygulamaları, ceza hukuku, insan hakları ve adli yönetim sistemi siyasi olarak çok hassas konular olduğundan politikacıların bu alanda herhangi bir reform gerçekleştirmek konusunda isteksiz olduğu söylenebilir. Üye devletlerin milli kurumları ve lobi gruplarının direniş gücü ve “Ortak Avrupa Kültürü”ne karşı mesafeli bir duruşta bulunmaktadır. Çalışmanın I. Bölümünde Divanın AB hukukundaki yerini incelerken de aynı kaygılardan dolayı ulusal politikacıların Divanın dönüştürücü ve reformist kararlarına karşı bir duruş sergilediklerinden ve özellikle söz konusu direncin 1990 sonrası arttığından bahsetmiştik. Diğer taraftan ÖGA alanındaki müşterek politikalarla ilgili muhafazakâr ve “devletçi” görüş yapısıyla bilinen İçişleri ve Adalet Bakanlıkları, bu Bakanlıklara bağlı kurumlar ve hâkim/savcılar ülke içinde önemli bir etkiye sahiptir.¹⁴⁰ Bu etki, söz konusu ulusal otoritelerin egemenliklerin devri ve bilgi paylaşımı hakkında ne derece istekli yada isteksiz olmalarına bağlı olarak Birlik politikalarına doğrudan yön veren unsurları içermektedir.

¹³⁸ *ibid*, s.5

¹³⁹ *ibid*, s.7

¹⁴⁰ Adam Townsend, (2003),a.g.m., s.2

Bununla birlikte siyasi olarak, Almanya ve Fransa başta olmak üzere üye devletlerde sağ ve muhafazakar eğilimlerde son zamanlarda artış olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Haziran 2009 Avrupa Parlamentosu seçimlerinde merkez sağ partileri ağırlıklı oy kazansa da aşırı sağ ve göçmen karşıtları partiler de önemli kazanımlar sağladığı öte yandan sol ve sosyal demokratların ciddi oy kaybına uğradığı ortaya çıkmıştır.¹⁴¹ Bunun yanında AA'nın kabul sürecindeki referandumlarda yaşanan olumsuzlukları ve Lizbon Antlaşması'nın kabulüyle ilgili endişeleri de not etmek gerekir. ÖGA politikaları dahil olmak üzere Birliğin tüm siyasi entegrasyon projeleri, siyasi konjoktüre bağlı olarak Brüksel bürokratlarının haricinde ulusal hükümetlerin, siyasetçilerin ve halkın ne derece istekli olduğuna bağlı olarak ilerleyecek yada yerinde duracaktır.

2. Ceza Adalet Sistemindeki Farklılıklar: Her üye devletin farklı usul hukuku, ceza hukuku ve ceza adalet sistemi bulunmaktadır. Bu durum da Birlik içerisinde yeknesak bir uygulamayı, kolluk ve savcılıklar için gerekli olacak bilgi alışverişini zorlaştırmakta ve bunun yanında aynı suçtan dolayı üye devletlerde farklı farklı cezaların uygulanması problemiyle karşılaşmaktadır.¹⁴² Birlik içinde ceza yasalarının uyumu ve Avrupa Yakalama müzekkeresi gibi bir takım çalışmalar yapılsa da bu çalışmaların geliştirilmesi ve söz konusu uyumun en azından asgari standartlarda yakalanması gerekmektedir.¹⁴³

2.3.4. Yetki Kullanımı Alanındaki Tartışmalar, Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkesi

Üye devletlerin egemenlik kaygılarıyla ilgili endişelerine rağmen Birlik/Topluluk düzeyinde kullanabilecek yetkiler sınırlıdır. Birlik tarafından kullanılan her türlü yetkinin, kurucu antlaşma yada ikincil mevzuatta bir hukuki zemine dayanması zorunluluğu bulunmaktadır.

ABA 5. maddesinde Topluluğun, bu Antlaşmayla kendisine verilen yetkilerin ve amaçların sınırları içinde icraatta bulunacağı ifade edilmiştir. Diğer taraftan ATA 7. maddesinde Topluluk kurumları sayılarak bu kurumların bu Antlaşma ile kendilerine tanınan yetkilerle sınırlı olarak faaliyet göstereceği belirtilmiştir. Bu ifadeler, Topluluk

¹⁴¹[http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetay&Date\)09.06.2009&ArticleID=939769](http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetay&Date)09.06.2009&ArticleID=939769) (Er.Tar.:07.01.2009)

¹⁴² Maria Fletcher, (2007), "The European Court of Justice: Carving itself an influential role in the EU's Third Pillar", *EUSA 10th Biennial International Conference*, Montreal, ss.1-60, s.30

¹⁴³ Ceza adalet sisteminin farklılığından kaynaklanan bir III. sütun davası olan *Gözütok* davasının III. Bölümde bir incelemesi yapılacaktır.

yetkilerine ilişkin temel ilke olan “sınırlı yetki ilkesini” ortaya koyar. Bu ilke uyarınca, Topluluk, konu bakımından sınırsız veya genel bir düzenleme yetkisine sahip değildir. Yetkinin kullanılabilmesi için hukuki dayanaklarının sağlam ve belirlenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde Toplulukça yapılan düzenlemenin iptaline yönelik iddialar gündeme getirilebilir.¹⁴⁴

Topluluğun kullandığı yetkiler, hukuki dayanaklarına göre mutlak yetki alanı, koordineli yetki alanı, paylaşımlı yetki alanı ve mahfuz yetki alanı olarak ayrılabilir. Bu yetki alanları çerçevesinde Topluluk, yetkilerini açık ve ayrıntılı olarak yetkileri düzenleyen Kurucu Antlaşma ve ikincil mevzuatlardan çıkartır.

Topluluğun mutlak yetki alanı içinde tarım, balıkçılık, taşıma, dış ticaret politikaları gibi “ortak politikalar” olarak adlandırılan konular girmekle birlikte bu alanlarda üye devletlerin irade belirtmeleri mümkün değildir ve alınan Topluluk kararlar doğrudan uygulanır.

Koordineli yetki alanı olarak tanımlanan alana giren konular ise Topluluğun doğrudan tasarrufta bulunmadığı, direktiflerle üye devlet uygulamalarının birbirine yaklaştırılmasının hedeflendiği yetki türüdür. Bu alanda yetki üye devletlere ait olmasına rağmen uygulamanın nasıl yapılacağı Topluluk tarafından belirlenir.

Mahfuz yetki alanı, Topluluğun bir yetkisi olmayıp üye devletlerin münhasıran yetkili olduğu durumları ifade eder.

Paylaşımlı yetki alanında ise bir konu ile ilgili yetki, Avrupa Topluluğu ile üye devlet arasında paylaşılmıştır. Yetki paylaşımı, ilişkilerin ve konunun Topluluk boyutunda mı yoksa ulusal boyutta mı olduğuna göre ayrılmaktadır.¹⁴⁵ Bu kapsamda I.sütun adalet ve içişleri politikaları (ATA IV. Başlık) altındaki Topluluk yetkisindeki tasarrufların bulunması bir anlamda söz konusu alanda bulunan konuların tamamen üye devletlerden Topluluğa geçmesi anlamına gelmediği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim bu yetkiler, aynı zamanda üye devletlerin elinde de mevcuttur. Ancak, Topluluğun IV. Başlıkla ilgili bir konuda tasarrufta bulunması halinde Topluluk yetkisi, üye devletlerin yetkisinin yerini alır ve söz konusu paylaşımlı yetki, tasarrufta bulunan alanlarla ilgili

¹⁴⁴ Arif Köktaş, (2005), “Topluluk/Birlik ile Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:54, Sayı:2, ss.219-247, s.220-222

¹⁴⁵ Tuğrul Arat (2005), “Avrupa Birliği’nin Kurumsal Yapısı”, *Ankara Üniversitesi AB Hukuku Sertifika Programı*, ss.1-30, s.5

Topluluk lehine münhasırlaşır. Mesela ATA 62(2)(b). madde çerçevesinde alınan kısa dönem vize uygulaması bunun bir örneğidir.¹⁴⁶

Yetkinin Topluluk elinde mi yoksa üye devletlerin elinde mi olacağı konusu ile ilgili olarak katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesi devreye girer. Söz konusu ilke, Topluluk hukukunun önceliği, doğrudan etkisi ve doğrudan uygulanabilirliği ilkelerinde olduğu ATAD'nın içtihatları neticesinde değil, üye devletlerin iradeleri doğrultusunda Topluluk hukukuna dahil edilmiştir.¹⁴⁷

Kavram olarak subsidiarite, “yerellik”, “ikincil durumda bulunma”, “yardımcılık” sıfatlarıyla açıklanıp, bir eylemi, bir davranışı, bir kişiyi ya da bir kurumu güçlendirmeye yarayan, onlara destek ve yardımcı olan, yedek ve ikincil kavramlarıyla özdeşdir. Türkçeye yetki ikamesi olarak da çevrilebilecek bu terim, AB hukuku açısından son zamanlarda “katmanlı yetki” ifadesiyle açıklanmaktadır. Katmanlı yetki kavramı, AB ve üye devletler arasındaki yetki dağılımında hem yukarıdan aşağıya doğru (Topluluk kurumlarının lehine merkezden yerel yönetimlere doğru) hem de aşağıdan yukarıya doğru (yerel yönetimlerce merkezin ikame edilmesiyle) bir katmanlaşmanın sonucu olarak, katmanlar arasında yetki dağılımını ifade etmektedir.¹⁴⁸ Buna göre yapılacak olan herhangi bir düzenleme, ancak Topluluk bazında yapılması halinde hedefe daha iyi ulaşılabilceği durumlarda Topluluk organları tarafından yapılması, ulusal düzeyde yapılması halinde hedefe daha iyi ulaşılabilceği durumlarda düzenlemenin üye devletlere bırakılması prensibidir.¹⁴⁹

Topluluk, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, katmanlı yetki ilkesine uygun olarak, yalnızca teklif edilen tasarrufun amaçları üye devletler tarafından yeterince gerçekleştirilemediği ve dolayısıyla teklif edilen tasarruf boyut ve etkileri bakımından Topluluk tarafından daha iyi gerçekleştirilebileceği takdirde ve oranda tasarrufta bulunur.¹⁵⁰ Ancak Topluluk organları tarafından kullanılan yetkilerin sınırları çok açık olmadığı için Topluluk ile üye devletlerin sahip olduğu yetkilerin sınırlarının ortaya konulmasında zorlukların yaşandığı bilinmektedir.

¹⁴⁶ Jorrit J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), a.g.m., s.10

¹⁴⁷ T.C. Hartley, The Foundations of European Community Law, New York, Oxford University Press, 1994, s.161'den aktaran Mehmet Özcan ve Ceren Mutuş, (2009), “Katmanlı Yetki (Subsidiarite) İlkesinin Avrupa Birliği'nde Uygulanması”, Veysel K. Bilgiç (Der.), *Değişik Yönleriyle Yerelleşme*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss.69-92

¹⁴⁸ Mehmet Özcan ve Ceren Mutuş, (2009), a.g.e., s.71

¹⁴⁹ Mehmet Özcan, (2004), “Subsidiarite İlkesinin Avrupa Birliğinde Uygulanması ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, <http://www.turkishweekly.net/tukce/makale.php?id=22>. (Er.Tar.:03.02.2007)

¹⁵⁰ Mehmet Özcan, (2004), a.g.m.

Yetkinin AT/AB eliyle mi yoksa üye devletler eliyle mi kullanılması konusunda yaşanan söz konusu zorluklar, özellikle 1990’larda Doğu Bloku’nun çözülmesi ve AB’nin “ekonomik” birlikten “siyasi” birliğe dönüşümü sürecinde daha yoğun olarak yaşanmıştır. Buna paralel olarak ÖGA alanı gibi hassas konuları ihtiva eden konularda ulusal hükümetlerin Topluluk düzenlemelerine karşı direndikleri görülmektedir. Üye devletler, ÖGA alanındaki düzenlemelerin Topluluk yetki alanından daha çok III. sütun kapsamında hükümetlerarası çerçevede yürütülen güçlendirilmiş işbirliği modelinde yürütülmesini tercih etmektedir. Bu doğrultuda katmanlı yetki ilkesi ÖGA alanındaki politikalarda genellikle üye devletler lehine yorumlanarak güçlendirilmiş işbirliği modelinde yürütülmesi benimsenmekte ve ortak Avrupa politikalarının gelişimine karşı direnç gösterilmektedir. Bu duruma karşın Avrupa Komisyonu, etkin bir rol oynamaya çalışarak, ÖGA alanını AB’nin yasal çerçevesini zenginleştiren politikalar ve kurumsal mekanizmalar ile oluşturmaya gayet göstermektedir.¹⁵¹

Katmanlı yetki ilkesi aslında, Avrupa’nın siyasi birliğine doğru gidişini işaret ederek Birlik ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımı açısından bir sınır çizmeyi amaçlamaktadır. Ancak Topluluk entegrasyonunun artmasını isteyenler merkezi düzenlemenin daha iyi sonuçlar doğuracağını ifade ederek yetkilerin kullanımını Birliğe yani merkeze bırakmak isteyebilir. Öte yandan, bireyin ve bölgenin özgürlüğünü savunanlar, yerel yönetimlerin daha iyi cevap olacağını ifade ederek yetkilerin üye devletlere ve federatif bölgelere bırakılması yönünde ilkeyi okuyabilir. Bu yönüyle katmanlı yetki ilkesinin uygulaması yönünde bir muğlaklık oluşmakta¹⁵² ve “hassas” ÖGA alanında bu husus, düzenlemelerin üye devletlerce yapılması yönünde okunmaktadır.

Diğer taraftan, AB’deki yetki kullanımı kavramını açıklamak için bir diğer ilke olan orantılılık ilkesinden de bahsetmek gereklidir. ATA 5(3). maddede yer alan ve Topluluğun hiç bir tasarrufunun, bu Antlaşma hedeflerine erişmek için gerekli olan sınırı aşamayacağını ortaya koyan orantılılık ilkesi, yetki ve görevin tahsis edilmesi tartışmalarında katmanlı yetki ilkesi ile çok yakından bağlantılıdır.

Bununla beraber, iki ilke arasında önemli iki fark vardır. Birincisi, katmanlı yetki ilkesi, Topluluğun münhasır yetki alanı bakımından hüküm ifade etmemesine rağmen, orantılılık ilkesinin Topluluğun her türlü yetkisi bakımından uygulanmaktadır. İkinci fark

¹⁵¹ Elspeth Guild, Sergio Carrera ve Anaïs Faure Atger, (2009), a.g.m., s.1

¹⁵² Emin Barlas ve Berkan Karagöz, (2007), “Subsidiarite İlkesi: Kavramsal Bir Çerçeve”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 1/2007, ss. 155-174, s.159-160

ise, katmanlı yetki ilkesi, Topluluğun bir alanda yetki kullanmasına yer olup olmadığını incelerken, orantılılık ilkesi bu yetkinin nasıl kullanılması gerektiği sorusuna cevap arar.

Genel bir ifadeyle bu ilke, bir amaç ile onun gerçekleştirilmesinde kullanılacak belirli yasal yada idari düzenleme araç arasında makul bir ilişkinin var olmasını şart koşar. Bu çerçevede orantılılık ilkesi, devletin gereksiz müdahalelerine karşı bireyi korumanın bir aracı olarak geliştirilmiştir.

ATAD, şöyle ifade etmiştir: “*Orantılılık ilkesi, Topluluk organları tarafından benimsenen düzenlemelerin, söz konusu düzenleme ile izlenen hukuki amacın gerçekleştirilmesi için uygun ve zorunlu olan sınırları aşmamasıdır.*”¹⁵³ Bu çerçevede orantılılık ilkesi, Topluluk çapında yapılan düzenleme ile elde edilmek istenen amacın dengesini ifade eder.

2.3.4.1. Amsterdam Antlaşmasından Lizbon Antlaşmasına Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkesi

Yukarıda ifade edildiği üzere katmanlı yetki, ATA 5. madde kapsamında düzenlenmektedir. Diğer taraftan, katmanlı yetki ilkesinin bugün meşru temelini oluşturan hukuki metinler Maastricht Antlaşması ve Amsterdam Antlaşması’nın ekinde yer alan “Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol” ile düzenlenmiştir.¹⁵⁴ Söz konusu protokolde, her kurumun kendisine verilen yetkileri kullanırken söz konusu ilkelere uyulduğunu temin etmesi, Antlaşma’nın genel hükümlerine ve amaçlarına saygılı olunması ifade edilmektedir. Ayrıca söz konusu ilkelerin Adalet Divanınca geliştirilen ulusal hukuk ile Topluluk hukuku arasındaki ilişkiye dair ilkeleri etkilemeyeceği ve ABA 6(4). maddede belirtildiği üzere Birlik çerçevesindeki hedeflere ulaşmak üzere gerekli görülen araçların oluşumunun yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yine söz konusu Protokol’e göre Topluluk düzenlemeleri çerçevesinde önerilecek bir eylemin şu özellikleri olması gerekmektedir: (a) Düzenlenecek konunun üye devletlerin bireysel eylemleri kapsamında yeterince yönetilemeyecek olan uluslar ötesi yönlerinin olması (b) Düzenlemenin sadece üye devletler kapsamında gerçekleştirilmesi durumunda kurucu antlaşmanın gerekleriyle çatışması (c) Düzenlemenin Topluluk seviyesinde yapılması halinde daha net faydalar üretilmesi.

¹⁵³ Arif Köktaş, (2005), a.g.m., s.235-236

¹⁵⁴ Mehmet Özcan ve Ceren Mutuş, (2009), a.g.e., s.78

Komisyon, teklifin ATA 5. maddeye uyumunu değerlendirerek, söz konusu kriterleri göz önünde bulundurur ve gerekli hallerde teklif edilen düzenlemenin katmanlı yetki ve orantılık ilkesi çerçevesinde nasıl ele alındığına dair açıklayıcı bilgi notlarını sunar. Bu çerçevede Topluluğun karar alma mekanizması işlerken Konsey, söz konusu teklifin kısmen yada tamamen ATA 5. madde ile uyumsuz olduğunu değerlendirirse bunun sebeplerini ayrıca Avrupa Parlamentosuna da bildirir.¹⁵⁵

Yürürlüğe giremeyen AA'da katmanlı yetki ilkesi güçlendirilmiş olup ulusal parlamentolar için siyasi erken uyarı sisteminin ve dava hakkının öngörülmesi sağlanarak¹⁵⁶ bu ilkenin uygulanmasında ilk kez ulusal parlamentolara yetkiler verilmişti. AA I-11. madde “Katmanlı yetki ve Orantılılık İlkesinin Uygulanmasına Dair Protokol” çerçevesinde hareket edileceği bildirilmekteydi. AA'nın ÖGA alanı ile ilgili hükümleri içeren IV. Kısımın Genel Hükümleri içeren 1.Bölüm III-259. Maddesinde, ÖGA alanındaki düzenlemelerle ilgili ulusal parlamentoların konumuna ayrı bir vurgu yapılarak, üye devletlerin ulusal parlamentolarının Katmanlı yetki ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanması Hakkındaki Protokol'deki düzenlenmemelere göre ÖGA alanındaki tekliflerin katmanlı yetki ilkesine uygun olmasını sağlayacağı ifade edilmişti.

AA'nın yürürlüğe girememesinden dolayı Lizbon Antlaşması'nda bu düzenlemenin tekrar kaleme alınması gerekmiştir. Tıpkı AA metninde olduğu gibi Lizbon Antlaşması'nda da katmanlı yetki ilkesi ile ilgili Antlaşma metnine bir protokol eklenmiştir. Bu sayede katmanlı yetki ilkesinin uygulanmasındaki mevcut muğlaklığın giderebileceği değerlendirilmektedir. Böylelikle halen katmanlı yetki ilkesiyle ilgili yetki katalogunun bulunmamasından kaynaklanan yetki kullanımıyla ilgili tartışmaların sona ereceği tahmin edilmektedir. LA'na ekli Protokol'de ABA 5. maddede belirtilen koşulları oluşturmaya ve bu ilkelerin uygulanmasının izlenmesi için etkin bir sistem oluşturulacağı ifade edilmektedir. Ulusal parlamentoların rolünün arttığı ve literatürdeki terimle ulusal parlamentolara sarı kart ve turuncu kart göstermek suretiyle erken uyarı sisteminin ihdas edildiği¹⁵⁷ söz konusu sistem şöyle işlemektedir:

Yasama girişimini başlatan Komisyon, düzenlemelerden önce geniş çaplı istişarede bulunur ve oluşturulan “taslak karar”¹⁵⁸ Birliğin yasa koyucusu (Avrupa Parlamentosu ve

¹⁵⁵ Amsterdam Antlaşması ile eklenen Katmanlı yetki ve Orantılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol 1. ve 2. maddeler

¹⁵⁶ Füsün Arsava, (2006), a.g.m., s.7

¹⁵⁷ House of Lords Constitution Committee, (2008), a.g.m., s.25

¹⁵⁸ Lizbon Antlaşması Katmanlı yetki ve Orantılık İlkelerinin Uygulanması Hakkında Protokol'ün 3. maddesine göre taslak karar; Komisyon önerilerini, bir grup üye devletin/Avrupa Parlamentosunun

Konsey) ile birlikte aynı zamanda ulusal parlamentolara gönderilir. Ulusal parlamentolara aynı zamanda Avrupa Parlamentosunun, Konseyin, bir grup üye devletin, Adalet Divanının, Avrupa Merkez Bankasının yada Avrupa Yatırım Bankasının taslak kararları da ulusal parlamentolara iletilir. Anılan Protokol'ün 5. maddesine göre bu taslak kararlarda katmanlı yetki ve orantılılık ilkeleriyle uyumunu değerlendirmeyi mümkün kılacak ayrıntılı açıklamalar içermelidir.

Ulusal parlamento kendisine taslak yasama kararının iletilmesinden itibaren sekiz hafta içinde taslağın katmanlı yetki ilkesi ile uyumlu olup olmadığına dair gerekçeli bir düşüncüyü Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyona gönderir. Taslağın bir grup üye devlet, Adalet Divanı, Avrupa Merkez Bankası yada Avrupa Yatırım Bankası tarafından hazırlanması durumunda ulusal parlamentoların görüşleri Birlik kurumlarının yanında söz konusu kurumlara yada üye devlet grubuna iletilir.

Bu gerekçeli görüşlerin Birlik kurumlarına iletilmesinden sonra söz konusu Protokol'ün 7(2). maddesine göre ulusal parlamentolara ayrılan oyların¹⁵⁹ üçte biri, taslak kararın katmanlı yetki ilkesine uyumlu olmadığı hakkında gerekçeli görüş bildirmeleri halinde taslağın tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, söz konusu konulan baraj, ÖGA alanındaki taslak kararlar ilgili süreçte değişiklik göstererek daha alt sınıra çekilmiştir. Buna göre taslak kararın ÖGA alanında Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 61-I. maddesi çerçevesinde sunulması durumunda, taslağın ulusal parlamentoların dörtte biri tarafından katmanlı yetki ilkesine uygun olmadığı hakkında görüşünün ortaya çıkması durumunda taslak tekrar gözden geçirilecektir. Bu durum, ÖGA alanı ile ilgili yapılacak yasama faaliyetlerindeki "hassaslığın" sonucu olarak Lizbon Antlaşması'nda da bir tedbir konulduğunu göstermektedir.

Söz konusu itiraz yapıldıktan sonra yasa teklifinde bulunan Kurum, taslağı korumaya, tadil etmeye yada geri çekmeye karar verebilmektedir. Ulusal parlamentolarca taslağın katmanlı ilkesine uymadığı konusunda yapılan itiraz en azından basit çoğunluğu temsil ediyorsa bu durumda taslak tekrar gözden geçirilir ve bunun sonunda Komisyon söz konusu taslağı korumaya, tadil etmeye yada geri çekmeye karar verebilir. Komisyon

girişimini, Adalet Divanının taleplerini/ Avrupa Merkez Bankasının önerilerini/Avrupa Yatırım Bankasının taleplerini ifade eder.

¹⁵⁹ Söz konusu Protokolün 7(1). maddesine göre her ulusal parlamentonun, ulusal Parlamenter sistem temelinde paylaşılacak iki oyu vardır. İki kamaralı bir Parlamenter sistemde, her iki kamaranın birer oyu vardır.

taslağı korumaya karar verirse (diğer bir ifadeyle taslağın katmanlı yetki ilkesine uygun olduğunu değerlendirirse);

Taslağın neden korunduğunu gerekçelendirir ve ulusal parlamentoların karşı gerekçeleriyle birlikte Birliğin yasa koyucusu olan Avrupa Parlamentosu ve Konseye gönderir. Yasa koyucular her iki tarafın gerekçesini inceleyip yasa önerisinin katmanlı yetki ilkesine uygun olup olmadığına karar verir. Şayet Konsey üyelerinin %55'i veya Avrupa Parlamentosundaki oy çokluğu kararı ile taslağın katmanlı ilkesine uygun olmadığı kararı olursa yasa taslağı artık değerlendirilmez.

Lizbon Antlaşması ile ATAD'nın katmanlı yetki ilkesi konusunda da yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede söz konusu Protokol'ün 8. maddesinde ATAD'nın, Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 230. maddesi¹⁶⁰ uyarınca, üye devletlerce, bir yasama kararında katmanlı yetki ilkesinin ihlal edildiği dair açılacak davalarda yargılama yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu konuda ATAD'nın katmanlı yetki ilkesinin yargısal denetimini hangi çerçevede ele alacağı önemlidir. Divanın yargı içtihatlarına bakıldığında katmanlı yetki ilkesini daha çok Topluluğun faaliyetlerine meşruiyet sağlama amacıyla uygulanmakta olduğu görülmüştür.¹⁶¹ Bu çerçevede, Lizbon Antlaşmasıyla birlikte Divanın aynı anlayışı devam ettirerek Avrupa bütünleşmesini ve Birlik politikalarını geliştirmeyi göz önüne alacağı değerlendirilmektedir.

2.3.5. ÖGA Alanında Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler

2.3.5.1. Mevcut ATA IV. Başlık ve ABA VI. Başlık Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler

Birliğin ÖGA politikaları mevcut haliyle iki sütun üzerinden yürütülmektedir. ÖGA alanındaki hararetli tartışmalar I. sütun (ATA IV. Başlık) ve III. sütun (ABA VI. Başlık Konuları) arasındaki belirgin kurumsal karar alma mekanizmasındaki farklılıklardan ve yasal karmaşıklıktan meydana gelmektedir. Amsterdam Antlaşması'yla bu ayrım yapılırken ortak pazar işleyişini ve Birlik vatandaşlığını doğrudan etkileyenler I. sütuna, diğer adalet ve içişleri politikaları ise III. sütunda bırakılmıştı.

¹⁶⁰ AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 230. maddesi dava açma koşullarını açıklamaktadır. Buna göre her gerçek veya tüzel kişi, kendisine yönelik veya kendisini doğrudan ilgilendiren bir karara veya yürütme önlemleri gerektirmeyen ve kendilerini doğrudan ilgilendiren bir düzenleyici işleme karşı dava açabilir.

¹⁶¹ Mehmet Özcan ve Ceren Mutuş, (2009), a.g.e., s.92

Ancak her ne var ki söz konusu ayrımın yapılmasının Birliğin ÖGA politikaları üzerine önemli olumsuzlukları bulunduğu görülmüştür. Bu doğrultuda kurumsal düzenlemelerde ve usul düzenlemelerinde demokratik ve yargısal hesap verilebilirlikle ilgili eksikliklerden ve hukuki boyuta çift başlılıktan dolayı önemli ölçüde yetersizlikler gözlemlenmektedir.

2.3.5.1.1. Karar Alma Usulleri

Halen ATA IV. Başlık altındaki bir çok konuda (yasal göç hariç) nitelikli oy çokluğu ve ortak karar usulü uygulanmakta¹⁶² olsa da ÖGA alanın büyük bir çoğunluğunda oybirliği ve danışma usulleri geçerliliğini korumaktadır.¹⁶³ Oybirliği usulünün adalet ve içişleri politikalarında egemen olması, Avrupa Parlamentosunun karar alma sürecinde devre dışı bırakılmış olduğunu ve bu nedenle söz konusu politikaların demokrasi ve şeffaflık konularında ciddi eksiklikleri bulunduğunu işaret etmektedir.

I. Sütunla ilgili olarak ATA, IV. Başlık alanında Topluluk karar alma usullerinde ATA 67. madde¹⁶⁴ kapsamında tanınan istisnalarla özel usuller belirlenmiştir. Bu Başlık altındaki karar alma işlemlerinde, Komisyonun münhasıran yürüttüğü yasa girişiminde bulunma hakkını üye devletlerle paylaşması ve teklifin, Parlamenta danışma usulü çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür.¹⁶⁵ Önceden de ifade edildiği üzere Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık geçiş süreci içinde Topluluk organlarının karar alma süreciyle ilgili Konseyin oybirliğinden nitelikli oyçokluğuna geçişi, danışma usulünden ortak karar usulüne geçişi, Komisyonla üye devletlerin yasa teklifini başlatma yetkisindeki eşitliliğin sağlanması öngörülmüştü.

Nitekim ATA IV. Başlık kapsamındaki en somut gelişme Konseyin 22.12.2004 tarihinde alınan kararda görülmüştür. Buna göre ATA 67(2) 2. maddede belirtilen

¹⁶² Yukarıda da belirtildiği üzere 2004 yılına kadar IV. Başlıkta oybirliği ve danışma usulü uygulanmaktaydı.

¹⁶³ European Council Decision, (2004), Providing For Certain Areas Covered By Title IV of Part Three of The EC Treaty To Be Governed by Art. 251 TEC, (22.12.2004, OJ L 396/45, 31.12.2004)

¹⁶⁴ ATA 67. madde (Nice Antlaşmasında değiştirilmiş şekliyle): (1) Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girişini takip eden beş yıllık geçiş süreci zarfında, Konsey, Komisyonun önerisi veya Bir üye devletin girişimi üzerine ve Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra oybirliği ile karar alır. (2) Bu beş yıllık süre bitiminden sonra: 1. Konsey, Komisyonun önerileri üzerine hareket eder, Komisyon, bir üye devletin Konseye öneri sunması yönündeki bir talebini inceler, 2. Konsey, Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra oybirliği ile hareket ederek, bu Başlığın kapsadığı alanların tamamının veya bazı bölümlerinin 251. maddede belirtilen usul çerçevesinde uygulanmasına ve Adalet Divanının yetkilerine ilişkin hükümlerin uyumlaştırılmasına yönelik bir karar alır.

¹⁶⁵ Malcolm Anderson ve Joanna Apap, (2002), *Striking Balance Between Freedom Security and Justice in an Enlarged European Union*, Centre European Policy Studies, Brussels, s.56

hususlarla ilgili ATA 62 ve 63. maddeyle ilgili, ortak karar usulüne geçilmesi öngörülmüştür. Buna göre ATA 62. maddedeki hüküm şöyledir: “1 Ocak 2005’den itibaren İngiltere, İrlanda dâhil, Danimarka hariç olmak üzere 62(2a) ve 62 (3)’e ilişkin (sınır geçişlerini ve vize hükümlerini içeren maddeler) hükümlerde ortak karar usulü uygulanacaktır”.

Diğer taraftan ATA 63. maddedeki hüküm şöyle değiştirilmiştir: “63(2b), 63(3b) ile ilgili (yasadışı göç ve sığınma konuları) ATA 251. madde ortak karar usulü uygulanacaktır” Ancak söz konusu düzenlemeler yapılırken Birliğin “yasal göç” ile ilgili düzenlemelerine istisna getirilmiş olup bu alanla ilgili düzenlemelerde oybirliği usulünün devamına karar verilmişti.

I. Sütun yetki alanında bu gelişmeler olurken diğer taraftan “kapalı kapılar ardında” yürütülen III. Sütun politikalarının karar alma metodu sönük kalmıştır. AB’nin III. sütununda yürütülen politikalar, “hükümetlerarası metot” olarak bilinen oldukça serbest bir yasal çerçevede yürütülmektedir. Söz konusu serbestiyet, III. sütun politikalarının yasal kesinlikten mahrum olmasına neden olmaktadır.¹⁶⁶ Demokratik meşruiyet sorununun olduğu görülen bu alanda siyasi uzlaşların büyük ölçüde üye ülkelerin devlet memurları düzeyinde toplanan komitelerde ortaya çıkması ve bakanların bu uzlaşları onaylamaktan başka bir fonksiyonunun genellikle bulunmaması, karar usullerinin çeşitliği ve karmaşıklığı üzerinde durulması gereken bir noktadır.¹⁶⁷ Bu durum III. sütun alanında olan ceza hukuku alanındaki işbirliği, polis işbirliği, Avrupa Yakalama Müzekkeresi, Avrupa Savcılığı, Europol ve Eurojust gibi kurum ve politikaların etkinliğini zayıflatıcı önemli bir unsurdur.

ÖGA alanındaki düzenlemelerle ilgili üye devletler I. sütun düzenlemeleri gibi yasal bağlayıcılığı ağır olan konuları genişletmektense III. sütun çerçevesinde dar kapsamlı siyasi tedbirleri almayı tercih etmektedirler.¹⁶⁸ Günümüzde olduğu gibi ÖGA politikalarından bir bölümü III. sütunda kaldığı sürece Avrupa Parlamentosu ortak karar usulü ile karar alma sürecine dahil olmayacaktır.

¹⁶⁶ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m.,s.5

¹⁶⁷ Sanem Baykal (2004a), a.g.m., s.133

¹⁶⁸ Susie Alegre ve Marisa Leaf, (2004), “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, Sayı. 10, No. 2, March 2004, ss. 200-217, s. 201-202

Söz konusu eksiklikler göz önünde bulundurularak entegrasyon çalışmaları çerçevesinde söz konusu sütunlu yapının devam ettirilmemesi gerektiği değerlendirilmiş ve AA ve LA'da Birliğin yapısının yenilenmesine karar verilmiştir.

AA ile Avrupa Parlamentosunun, III. sütun kapsamındaki konularla ilgili karar alma sürecinde daha aktif rol oynaması öngörülmüştü. Halen Avrupa Parlamentosu, AB içindeki bireylerin günlük yaşamına doğrudan önemli etkileri olan III. sütun konularıyla ilgili karar alma sürecine yeterince dahil olamamaktadır.¹⁶⁹

2.3.5.1.2. Yasal Düzenlemeler

ATA IV. Başlık kapsamındaki yapılan düzenlemeler I. sütunda öngörülen yasal düzenleme (karar, tüzük, direktif) olduklarından bağlayıcılığı yasal kesinlikleri belirgindir. ATA 249. maddede yasal düzenlemeler sayılmıştır. Buna göre kararlar, muhatap aldıkları süjeler bakımından (bireyler yada devletler olabilir) bütün hükümleri itibarıyla bağlayıcıdır ve doğrudan etkisi bulunmaktadır. Tüzükler ise muhatapları ulusal merciler olmakla birlikte potansiyel olarak özel kişiler de olabilir ve doğrudan etkiye sahiptir.

Direktiflerin ise muhatabı sadece üye devletler olmakla birlikte amaç bakımından bağlayıcı olmakla beraber bu amacın gerçekleştirilme şekil ve aracı üye devletlere bırakılmıştır. Hukuku uyumlaştırma amacı ve ulusal yasama faaliyetlerine kılavuzluk etme amacı güden direktifler, tüm üye devletlere ihdas edilmektedir. Direktiflerin doğrudan etkisi şarta bağlıdır. ATAD verdiği içtihatlarda, Topluluk hukukunun önceliği ve doğrudan etki ilkesi ışığında direktiflerin doğrudan etki imkanını kabul etmiştir. Ancak bunun için ulusal hukukta düzenleme yapma süresinin geçmiş olması, Topluluk düzenlemesinin yeterince açık, koşulsuz ve ulusal hukukta düzenleme gereğinin olmaması gerekir.¹⁷⁰

Topluluk hukuku alanındaki söz konusu düzenlemelerin yasal kesinliği ve hukuki bağlayıcılığı tartışma olmamasına rağmen aynı durum III. sütun için geçerli değildir. Uluslararası ilişkilerin ağır bastığı III. sütundaki yasal düzenlemeler ABA 34(2). maddede ifade edilmiştir. Bu maddede sayılan yasal araçlar arasındaki “ortak tutumlar”, Topluluğun bir konuya yaklaşımını belirlediği ifade edilse de yasal etki ve kesinliği muğlaktır. I. Sütun direktifleriyle mukayese edilen “çerçeve kararlar” üye devletlerin yasa ve düzenlemelerini

¹⁶⁹ J. Apap ve Sergio Carrera, “Progress and Obstacles in the Area of Justice and Home Affairs in an Enlarging Europe”, J. Apap (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU: Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham: Edward Elgar, 2004, s.. 1-24'den aktaran Guild, Elspeth ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.3

¹⁷⁰ Füsun Arsava, (2005), “Supranasyonel Bir Tasarruf Şekli Olarak Devletlere Yönelik Kararlar”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:4, No:2 (Bahar 2005), ss.1-13, s.11

yakınlaştırmayı amaçlamaktadır. Ancak ABA 34(2)(b). madde hükmünde bu düzenlemenin üye devletleri ulaşılması gereken sonuçlar açısından bağladığı, ancak şekil ve yöntemin ulusal makamlara bırakıldığı ve doğrudan etkiye sahip olmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

ATA 249. maddedeki direktif tanımı bu kadar açık yapılmamasına rağmen III. sütundaki karşılığı olan çerçeve kararlar için daha tanımlayıcı ve sınırlayıcı ifadelerin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bunlar haricinde ABA 34(2). maddede III. sütun kapsamında hukuku uyumlaştırma amacından farklı olarak bağlayıcı olan ancak doğrudan etkiye sahip olmayan “kararlar” ve “sözleşmeler”in (konvansiyonların) kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

ABA 34(2). maddede belirtilen düzenlemeler arasında dar manada bireylere haklar ve yükümlülükler doğurması açısından en etkili araç olarak çerçeve kararlar sayılabilir.¹⁷¹ ATAD’nın adalet ve içişleri alanındaki yargı yetkisinde daha ayrıntılı açıklanacağı üzere bireylerin üzerinde haklar ve yükümlülükler doğuran III. sütun düzenlemelerin yasal kesinliği açısından ATAD’nın yorumuna ihtiyaç duymaktadır. Nitekim bu kapsamda ATAD tarafından yapılan bir yorumda III. sütun çerçeve kararının doğrudan etkisinin olup olmadığı özellikle *Pupino* davasında verilen hükümde tartışılmıştır.¹⁷² Konseyin III. sütun çerçeve kararlarına “gerçek hukuk”tan ziyade kapalı kapılar ardındaki “beyefendilerin anlaşması” şeklinde olan bakış açısı değişebilse bile halen üye devletler, çerçeve kararların doğrudan etkisinin olmadığı şeklindeki anlayış doğrultusunda müzakere etmektedirler.¹⁷³

Diğer taraftan gerek ÖGA alanının gerek I. sütun gerekse III. sütun yetki alanlarındaki politikaları birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisinde. Nitekim III. sütunun Amsterdam Antlaşması’yla parçalanarak bir bölümünün “Topluluklaştırılması” ÖGA alanında “ikiz” düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur. Örneğin “yetkisiz girişleri kolaylaştırmanın belirlenmesi” ile ilgili 2002/946/JHA sayılı direktif, söz konusu direktife muhalif hareketlere yönelik müeyyideleri düzenleyen çerçeve kararın tamamlayıcısıdır. Aynı şekilde I. sütunda 2001/866/EC sayılı tüzükle düzenlenen Schengen Bilgi Sistemi-II ile ilgili gelişmeler de 2001/866/JHA sayılı III. sütun çerçeve kararının tamamlayıcısıdır.¹⁷⁴

¹⁷¹ Alicia Hinarejos, (2008), “On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly applicable, directly effective, self-executing, supreme?”, *European Law Journal*, Cilt 14, No:5, (September 2008), ss :620-634, s.629

¹⁷² Çalışmadaki dava incelemelerinde söz konusu davaya yer verilmiştir.

¹⁷³ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.2-3

¹⁷⁴ Vassilis, Hatzopoulos, (2007), “With or Without you... Judging Politically in The Field of Area of Freedom Security and Justice?”, *Research Papers in Law, European Legal Studies*, No:3, (May), ss.1-19, s.7

Buradan şöyle bir paradoks ortaya çıkmaktadır: Aynı politikayla ilgili IV. Başlıkta yapılan bir tüzüğün yasal kesinliği ve doğrudan etkisi kabul edilirken, söz konusu düzenlemeyle bağlantılı III. sütun düzenlemesinin doğrudan etkisi ve yasal kesinliği tartışmalı olabilmektedir.

2.3.5.1.2.1. III. Sütundan I. Sütuna Transfer: ABA 42. Madde Bir Çözüm Olabilir mi?

ABA 42. maddesi “*Konsey, Komisyon’un veya bir üye devletin girişimi üzerine oybirliğiyle hareket ederek Avrupa Parlamentosu’na danıştıktan sonra, 29.maddede belirtilen alanlardaki faaliyetlerin (cezai konularda polis ve adli işbirliği) Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma’nın IV. Başlığı’nın kapsamına gireceğine karar verebilir ve aynı zamanda bununla ilgili oylama koşullarını kararlaştırır. Konsey, üye devletlere kendi anayasal usullerine göre bu kararı uygulamaları için tavsiyede bulunur*” şeklinde hükmetmektedir.

Söz konusu düzenleme III. sütundaki belirlenen ÖGA politikalarının I. sütuna transfer edilerek “Topluluklaştırma” şansından bahsetmektedir. Bu maddeye göre ifade edilen süreç, Komisyonun veya bir üye devletin girişimiyle başlatılarak Konseyin oybirliği ile kabul edilebilir. Ancak, III. sütundan I. sütuna transfer için Komisyon ve Konseyin düzenlemeler konusunda mutabık kalması da meseleyi çözmeye yetmemekte olup bunun yanında, Konseyin, üye devletlere kendi anayasal usullerine göre söz konusu kararı uygulamaları için tavsiyede bulunması gerekmektedir.

Bunun anlamı, üye devletlerin transfer edilmesi teklif edilen düzenleme ile ilgili olarak, şayet teklif edilen düzenleme, ulusal düzenleme ile çatışıyorsa devletlerin önce kendi anayasal değişikliklerini yapmaları ve daha sonra (Topluluk yetki alanı genişlediğinden dolayı) kendi anayasal usulleri çerçevesinde onaylama sürecine (referandum yada parlamento onayı) girmelerini gerektirmektedir.¹⁷⁵ Onaylama süreci bazı devletler için tıpkı günümüzdeki İrlanda örneğinde olduğu gibi referanduma gidilmesini gerektirebileceği de göz önünde bulundurulsa ABA 42. madde kapsamında yapılacak düzenleme ile yeni bir Antlaşma çıkarma arasında aslında pek bir fark olmayacağı ortaya çıkacaktır. Diğer bir ifadeyle AB hukukunda bir III. sütun politikasının I.sütuna transferi teorik olarak mümkün olsa da böyle bir çalışma yapmakla kurucu antlaşmayı tadil etme arasında izlenecek usul olarak bir fark olmadığından pratikte çok kullanılabilir metot olarak gözükmemektedir.

¹⁷⁵ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.8-9

2.3.5.2. AA'da Karar Alma Usulleri ve Yasal Düzenlemeler

AA söz konusu ayrımı gidermek üzere AB III. sütun kapsamındaki politikaları AA IV. Bölüm “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı” altında tek çerçevede toplamayı öngörmüştü (AA III-257-277 arası). Bu konsolidasyon, daha entegre, meşru ve tutarlı politikaların geliştirilmesine önemli ölçüde katkıda bulunmayı hedeflemekteydi. ÖGA alanındaki heterojenliği kaldırmak üzere Birliğin sütunlu yapısının kaldırılması planlanmıştı. Böylelikle Topluluk ve hükümetlerarası yapı ayrımı ortadan kaldırılarak kavram birliğine kavuşulmuş olacaktı.

ÖGA alanına etkileri açısından konuyu ele alacak olursak ÖGA alanının karar alma süreçleri ve hukuksal etkileri bakımından diğer Avrupa politikalarının ilkelerine kavuşacağı görülecektir. AA I-42. maddesinde ABA VI. Başlığın ilgili bölümleri ve ATA IV Başlığın III. Bölümü özetlenerek ÖGA alanındaki yeni faaliyet çerçevesi belirlenmiş ve bu çerçevede III. sütunda hükümetlerarası modelde yürütülen faaliyetler, üye devletlerin Topluluk usullerini uygulayacağı alana taşınmıştı.¹⁷⁶

Diğer taraftan, söz konusu politikalar, “sınırlı yetki ilkesi” doğrultusunda Birliğin hukuki düzenlemelerinin üye devletler ve Birlik kurumları arasında yetki paylaşımı kriterlerine uygun bir şekilde yürütülmesi öngörülmüştür. Böylelikle katmanlı yetki ilkesi doğrultusunda Birliğe verilmeyen yetkilerle ilgili düzenleme yapma yetkisi üye devletlerde kalmıştı. Bu durum ÖGA politikalarıyla ilgili “federalleşmeye” gidilmediği, diğer bir ifadeyle tarım politikasına benzer bir şekilde yetkilerin münhasıran Birlik kurumlarına bırakılmadığı sonucunu çıkartmıştı. Buna göre ÖGA alanının işlevi Birliğin politikacılarının ne derece uzlaşacağı ile doğrudan bağlantılı olacaktı. Söz konusu yapı ÖGA alanında ortak, supranasyonal bir yapı oluşturmak yerine üye devletlerarasında yatay işbirliği güçlendirilmeye yönelik olduğu değerlendirilmektedir.¹⁷⁷

AA'da düzenlenen karar alma mekanizmasında AA I-34. maddesi uyarınca ortak karar usulü, olağan usul olarak belirlenmişti. Bu usul çerçevesinde Avrupa Parlamentosu ve Konsey ortak yasamacı (kanun koyucu) olarak tanımlanmış ve kanunların kabulü için mutabakat şartı aranmıştır. Komisyon “normal olarak” yasa teklifinde bulunan bir kurumdur ve üye devletler ve Konsey, teklif edilen yasa kapsamında Avrupa Parlamentosu ile işbirliği halindeydi. Böylelikle Avrupa Parlamentosu'nun rolü genişletilmişti. Daha önceden de ifade edildiği gibi Parlamento'ya, ÖGA alanı ile ilgili yasa tekliflerinin

¹⁷⁶ Dagmara Kornobis-Romanowska, (2005), a.g.m.

¹⁷⁷ Mehmet Özcan, (2008), “Avrupa Birliği Anayasası”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=100> (Er.Tar.:02.04.2008)

subsidiarite ve orantılılık ilkelerine uygunluğunu garanti altına almak üzere bir görev verilmişti. Böylelikle teklif edilen düzenlemeyle ilgili Parlamento, Birlik-üye devlet arasındaki yetkinin nasıl paylaştırılacağı konusunda söz sahibi olacaktı. Bu düzenlemeyle birlikte, ÖGA alanı gibi büyük hassasiyete sahip düzenlemelerin tabi olduğu yasama sistemi için Avrupa vatandaşlarının yüksek temsille katılımı sağlanmış olacaktı. Böylelikle ulusal parlamentolarca karar alma sürecine daha etkin olarak gerçekleştirilen katılım, Birliğin demokratik yapısını güçlendirmeye katkıda bulunabilirdi.¹⁷⁸

Diğer taraftan, ÖGA alanıyla ilgili oylama usulü olarak Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasında nitelikli oy çokluğu usulü olağan usul olarak kabul edilmişti. Bu usulün iltica, göç ve cezai konularda polis ve adli işbirliği de dahil olmak üzere ÖGA politikalarının çoğunluğunda uygulanması öngörülmüştü.

Bununla birlikte bazı istisnai konularda nitelikli oy çokluğu yerine oybirliği şartı ve ortak karar usulü yerine danışma usulü benimsenmişti. Karar alma usulünü zorlaştıracak olan bu istisnaların, sınıraşan boyuttaki aile hukuku, Birliğin ceza yasası, ceza usulü veya kanun icra eden birimler operasyonel koordinasyon ile ilgili yasa yapma yetkilerinde uygulanması öngörülmüştü.¹⁷⁹

Bunun yanı sıra AA, ÖGA alanıyla ilgili hukuki tasarruf paketini uyumlaştırmayı amaçlamaktaydı. Buna göre I. sütun ve III. sütun için sayılan mevcut yasal düzenlemelerin yerine AA I-33. maddesinde belirtilen yeni adlandırmalarla Avrupa yasaları (geleneksel tüzüklerle aynı etkiye sahip), Avrupa çerçeve yasaları (direktiflerin karşılığı), Avrupa tüzükleri, Avrupa kararları ve tavsiyeleri bulunmaktaydı. Söz konusu tektip yasal düzenlemeler, tüm hukuk sisteminin yasal kesinliğini önemli ölçüde sağlayabilirdi.

2.3.5.3. LA'da Belirtilen Karar Alma Usulü ve Yasal Düzenlemeler

2.3.5.3.1. Lizbon Anlaşması: ÖGA Politikalarına Genel Bir Bakış

Lizbon'da düzenlenen karar alma süreci ve yasal düzenlemelere geçmeden önce Lizbon'da düzenlenen ÖGA politikalarının genel anlamda incelenmesinde fayda vardır. Öncelikle Lizbon Antlaşması, tüm yetki alanını ifade etmek için Topluluk yerine Birlik kelimesini kullanmıştır. Birliğin, Avrupa Topluluğu'nun halefi olduğu ifade edilerek bundan sonra tek bir tüzel kişiliğin olduğu ve Birliğin bu Antlaşma ile tadil edilmiş iki Antlaşma (ABA ve

¹⁷⁸ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.12

¹⁷⁹ Dagmara Kornobis-Romanowska, (2005), a.g.m.

ABİA) üzerine kurulu olduğu vurgulanmıştır.¹⁸⁰ Lizbon Antlaşması ile adalet ve içişleri alanında yapılan en köklü değişiklik, mevcut sütunlu yapının ortadan kaldırılmasıyla tek bir yasal çerçevenin oluşturulmasıdır. Bu tekil yasal çerçeve içinde ÖGA alanı altındaki tüm politikaların 5 kısım altında incelendiği görülmüştür. Böylelikle ÖGA alanının mevcut “yamalı” işleyişine son verilerek tek bir başlık altında toplanması başarılmıştır. Antlaşmaya genel olarak bakıldığında ATA’dan daha geniş konuları kapsadığı görülmüştür. Yeni ÖGA politikaları Birlik çapında üçünü ülke vatandaşlarının iltica durumlarını ve üye devletlerde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının hakları ile ilgili geçerli olacak tektip bir statü kazandırdığı görülmektedir. Lizbon’da düzenlenen ÖGA politikaları şöyledir:

1. Kısım Genel Hükümler: Temel Haklar ve farklı yasal sistemlere saygı gösteren bir ÖGA alanın oluşturulmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Bu alandaki yasal düzenlemelerin subsidiarite ve orantılılık ilkesine uygun usullerle çıkarılacağı ifade edilmiştir.¹⁸¹

2. Kısım Sınır Kontrolleri İltica ve Göçe İlişkin Politikalar: Lizbon Antlaşması sınır kontrolleri iltica ve göç politikası alanında ATA IV. Başlık alanından daha etkin politikalar kurmayı amaçlamaktadır. ATA IV. Başlık alanında Konseyin alacağı önlemlerin daha yüzeysel bir şekilde anlatıldığı görülmektedir. LA ise özellikle mevcut IV. Başlık alanının etkinleştirilmesine yönelik politikalar ve içerikleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Bu çerçevede öngörülen mevcut IV. Başlık politikalarına bakacak olursak;

• **Vize ve Sınır Kontrolleri:** LA 62. maddede AA III-265. maddeye paralel bir şekilde, iç sınır geçişlerinde gerek uyrukluk gözetilmeksizin sınır kontrollerinin kaldırılmasına yönelik tedbirler ve ortak vize politikalarıyla ilgili daha mevcut ATA IV. Başlıktan daha ayrıntılı bir anlayış getirmektedir. Diğer taraftan LA 62(1)(c). maddesi ile dış sınır kontrollerini düzenlemek üzere “Entegre Sınır Yönetimi Sistemi”nin ihdası yeni bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

Birliğin dahili sınır geçişlerinde kişilerin uyrukluğuna bakılarak kontrol yapılmaması özellikle bir üye devlete girmeye hak kazanan üçüncü ülke vatandaşlarının kişilerin serbest dolaşımı kapsamındaki hükümlerinden yararlanabilmesini sağlayacaktır. Ancak diğer

¹⁸⁰ Emre Topal, (2008), “Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış”, *Yasama Dergisi*, Sayı:9 ss.1-33, s.19

¹⁸¹ LA 61B. madde

taraftan, AB'ne giriş yapan yada bir üye devlette yaşayan üçüncü ülke vatandaşlarının Birlik içindeki seyahat imkanlarını kolaylaştırırken bunun yanında yasadışı göçmenlerin hareketlerinin de kolaylaşacaktır. Nitekim aşağıda bahsedilecek olan ortak göç politikasında bu yan etkiyle mücadele etmek için insan kaçakçılığının polis işbirliğinde değil ortak göç politikası çerçevesinde ele alındığı görülmektedir.

Ancak üçüncü ülke vatandaşlarının serbest dolaşımıyla ilgili Schengen alanının coğrafi asimetrisi devam etmekte olmasına rağmen LA dahili sınırlardan bahsetmektedir ki bu hükümden, Schengen dahili sınırları değil, Birliğin dahili sınırları anlaşılmaktadır. Ancak diğer taraftan mevcut Kurucu Antlaşma'da olduğu gibi Schengen müktesebatı ile ilgili protokol Lizbon Antlaşması'na da eklenerek Birlik içinde kişilerin serbest dolaşımının hangi kapsamda olduğu belirtilmiştir.

• **Ortak Göç Politikası:** Lizbon Antlaşması, göç politikası alanında daha etkin politikalar kurmayı amaçlamaktadır. Birliğin ortak göç politikası geliştirmesine yönelik tedbirler alınacağına vurgu yapılmıştır. Bu çerçevede Birlik, göç akışının etkin yönetimi, “üçüncü ülke vatandaşlarının yasal ikameti ile ilgili “adil muamele”, insan kaçakçılığı ve yasadışı göçle ilgili güçlendirilmiş önlemler alır.¹⁸²

Söz konusu düzenlemelerin ATA'dan daha geniş bir perspektifte ele alınıp Konseyin tedbir alacağı konu listesinin belirlendiği görülmektedir. Bu çerçevede ATA 63. maddede Konsey'in göç ve iltica ile ilgili genel ifadeler kullanılmıştı. Diğer taraftan ATA ile karşılaştırıldığında Lizbon'da üçüncü ülke ile geri-kabul anlaşmasının sonuçları ile ilgili yasadışı göçe karşı önlemler çerçevesinde hükümler bulunmaktadır. Bu durum ÖGA alanının bölge dışılığını (extra-territorialisation) gösteren bir unsurdur. Adalet ve içişleri politikalarının dış boyutunun geliştirilmesi kendi başına bir hedef değil ancak, Birliğin ÖGA alanının ihdası ile ilgili birincil bir önceliğidir. Diğer bir ifadeyle bu amaç, Birliğin dış politikasını belirlemeyi içermeyi amaçlamamakla birlikte ÖGA alanının dış boyutu ile olarak dış ilişkilerin birincil öncelikte yer alması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁸³

Diğer taraftan insan kaçakçılığı ile ilgili tedbirler halen III. sütun kapsamındaki cezai konularda polis ve adli işbirliği çerçevesindeki ABA 29. maddede düzenlenmektedir. Lizbon Antlaşması ise oluşturulmak istenen ortak göç politikası çerçevesinde insan kaçakçılığı konusunu LA 63(a)1. maddeye taşımaktadır. Buna göre Lizbon'da insan

¹⁸² LA 63a. madde

¹⁸³ J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), a.g.m, s.2-3

kaçakçılığı konusu 5. Kısımda (Polis İşbirliği) değil, ortak göç politikası kapsamında değerlendirilecektir.

Lizbon Antlaşması bunun yanında yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarına adil muamele hükümlerini de vurgulamaktadır¹⁸⁴. Adil muamele ile ilgili ATA'da bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun haricinde, ATA IV. Başlık kapsamındaki mevcut bazı ikincil mevzuatların Lizbon Antlaşması'yla kurucu antlaşmaya dahil edildiği görülmüştür. Bu çerçevede örneğin yasadışı göçle ilgili sınır dışı edilme kararlarının tanınması, ülkeye etkilendirilmemiş giriş ve ikamet, taşıyıcı ve yükümlülükleri, insan kaçakçılığı mağdurları, taşıyıcı izinleri, göçmenlerin geri dönüşü ve işverenle ilgili izinleri hakkındaki mevcut Direktifler artık doğrudan kurucu antlaşmaya atıf yapılabilecektir.

Diğer taraftan, Lizbon Antlaşması'nda Birliğe kabul edilebilecek insan sayısı ile ilgili AB'nin yetkilerine şart getirildiği görülmüştür. LA 63a(5). maddede yasal göç ile ilgili düzenlemelerin, üye devletlerin üçüncü ülkelerden kendi ülkelerine iş arama amacıyla gelen üçüncü ülke vatandaşlarının ülkeye giriş izni verilme miktarını belirleme hakkını etkilemeyeceği ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle üye devletlerin, kendi ülkelerine gelmek isteyen göçmenlerin miktarını belirleme haklarının olduğu vurgulanmaktadır.

Ancak bu durumun pratikte çok da yararı bulunmamaktadır. Çünkü bir üye devlete göçmen olarak kabul edilmeyen bir üçüncü ülke vatandaşı farklı bir üye devletten giriş yapıp serbest dolaşım imkanlarından yararlanıp kabul edilmediği ülkede kaçak olarak çalışabilme imkanı bulmaktadır.

• **Ortak İltica Politikası:** LA 63. madde, Birliğin ortak iltica politikalarını düzenlemektedir. Göç politikasına getirilen değişiklikler gibi LA'da da mevcut ATA 63. madde düzenlemelerinden daha geniş ve ayrıntılı bir perspektifin alındığı görülmektedir. Söz konusu maddede Birliğin 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Mültecilerin Statüsü hakkında Protokol'e uygun ortak bir politika geliştirileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede;

- Üçüncü ülke vatandaşları ile ilgili tektip iltica statüsü,
- Üçüncü ülke vatandaşları ile ilgili tektip ikincil koruma statüsü,
- Büyük göç akınları durumunda sınır dışı edilen kişilerin geçici korumasıyla ilgili ortak sistem,
- Ortak, tektip iltica veya ikincil koruma statüsünün kazanımı ve geri alınma usulü,

¹⁸⁴ LA 63a(1). madde

- İltica veya ikincil koruma başvurularını almaktan sorumlu üye devletin belirlenmesi kriterleri ve mekanizması,
- İltica veya ikincil koruma başvurusun kabulü ile ilgili şartların standartları konusunda ortak iltica politikası gerçekleştirilecektir.

İltica, ikincil koruma yada geçici koruma başvurusunda bulunan insanların göç akışını yönetme amacıyla üçüncü ülkelerle ortaklık ve işbirliği¹⁸⁵ politikaları geliştirilecektir. Genel olarak söz konusu madde hükümlerine baktığımızda ortak göç politikasına benzer bir şekilde tektip iltica, ikincil koruma politikaları ile ilgili daha önceden Birlik hukukunun ikincil mevzuatı çerçevesinde Konsey kararı ve tüzük olarak hazırlanan konularla ilgili kurucu antlaşma metninde doğrudan atıf yapılarak güçlendirilmiştir.

3. Kısım Medeni Konularda İşbirliği: Bu alanda belirtilen konular açısından ATA'dan çok büyük fark bulunmamaktadır. Ancak aşağıda belirtilecek olan karar alma mekanizmasına farklılıklar bulunmaktadır.

4. (4. ve 5. Kısım) Mevcut III. Sütun Politikaları: Lizbon Antlaşması'nda düzenlenen ÖGA alanıyla ilgili olarak yukarıda ifade edilen politikaların haricinde, halen (ABA VI. Başlık) III. sütun alanı olarak bulunan cezai konularda adli ve polis işbirliği politikaları ayrı ayrı olarak "4. Kısım Cezai konularda İşbirliği" ve "5.Kısım Polis İşbirliği" olarak düzenlenmiştir. LA' nın şu anda polis işbirliği kapsamında olan yasadışı göçle mücadele politikasını ortak göç politikası kapsamına aldığını ifade etmiştik.

Bunun dışındaki III. sütun işbirliği alanlarında da ortak politikalara geçilmesi için bir zemin oluşturulmuştur. Buna göre LA 69 B. maddesinde de ifade edildiği üzere yasa koyucular (Avrupa Parlamentosu ve Konsey) olağan yasama usulü çerçevesinde kabul edilecek direktiflerle cezai suçların tanımına ve bu tür suçların doğası ve etkileri gereği sınıraşan boyutu olan ciddi suçlar veya özel olarak ortak bir temelde bu tür suçlarla mücadele etme ihtiyacından ötürü, bu alanlardaki yaptırımlara ilişkin asgari kuralları belirler. Bu suç alanları: terörizm, insan ticareti, kadınların ve çocukların cinsel istismarı, yasadışı uyuşturucu ticareti, yasadışı silah ticareti, kara para aklama, yolsuzluk, sahtecilik, bilişim suçları ve organize suçlardır. Söz konusu suç alanları Avrupa Parlamentosunun onayı ve oybirliği ile daha sonra arttırılabilir. Bununla birlikte, bahse konu suç alanlarıyla mücadelenin Birlik politikaları için önem arz etmesi durumunda üye devletlerdeki uyumu

¹⁸⁵ LA 63(2). madde

sağlamak üzere asgari kurallar çerçevesinde gerekli düzenlemelerin yapılabileceğinden bahsedilmektedir. Söz konusu düzenlemeyle, gelecekte belirtilen suç alanlarıyla ilgili ortak politikalara geçilebilme ihtimalini mümkün kılınmış ve Birliğin yetki alanının genişletilebilmesi için uygun bir zemin hazırlanmıştır.

2.3.5.3.2. Lizbon Antlaşması: Karar Alma Usulü

Lizbon Antlaşması, karar alma mekanizmasına bazı değişiklikler getirmiştir. LA 249 A. maddesinde düzenlenen karar alma usulleri olağan yasama usulü ve özel yasama usulü olarak iki farklı yasama usulünde uygulanmaktadır.

Olağan yasama usulü, Birliğin temel yasama usulüdür. LA 251. madde çerçevesinde Konsey ve Avrupa Parlamentosu'nun ortaklaşa karar aldığı, nitelikli oy çokluğunun kullanıldığı¹⁸⁶ tüzük, direktif veya kararın kabulüne yönelik yapılan yasama işlemidir. Özel yasama usulü ise antlaşmalarda belirtilen özel durumlara yönelik tüzük, direktif veya kararın kabulüne yönelik, oybirliği ilkesi aranan yasama işlemidir.

Söz konusu düzenlemelerin adalet ve içişleri politikalarına bakan yönü ise şöyledir:

1. Adalet ve içişleri politikalarında genelde olağan yasama usulünün (ortak karar usulü) uygulanması öngörülse de bazı politikalar özel yasama usulüne tabidir. Olağan yasama usulü sayesinde Konseyin ve Parlamentonun ortak katılım sağladığı bir karar alma usulüne kavuşulmuş olacaktır. Böylelikle halen III. sütun karar alma sürecinden mahrum bırakılan Avrupa Parlamentosu, bazı III. sütun politikalarıyla da tanışmış olacaktır. Bunun yanında halen gerek I. sütunda gerekse III. sütunda bulunan politikaların çoğunluğu oybirliğinden oy çokluğuna geçirilmesi öngörülmüştür. Adalet ve içişleri politikalarına getirilen söz konusu yeniliğin karar alma mekanizmalarındaki mevcut karmaşıklığı gidermesi değerlendirilmektedir.

2. LA ile mevcut III. sütun politikalarının (şimdiki terminoloji ile) Topluluklaştırılması yada Topluluklaştırılmaması (ortak politika haline getirilip getirilmemesi) üye devletlerin uzlaşısına bırakılmıştır. Bu mekanizma bir yönüyle ABA 42. maddedeki yetki alanı transferine benzer. LA 69 A(3). maddeye göre üye devletler hayati ulusal menfaatlerini korumak adına adalet ve içişleri ile ilgili planlanan

¹⁸⁶ Konseydeki oylama usulü LA 205. maddeye göre nitelikli oy çokluğu ilkesi genel ilke olarak kabul edilmiştir. Sadece çok hassas görülen vergi, sosyal güvenlik, vatandaş hakları, lisan, kurumların çalışma yeri ve ortak dış güvenlik ve savunma politikasının ana çerçevesi gibi konular oybirliği ilkesinde bırakılmıştır. Ancak diğer taraftan söz konusu düzenleme 2014'e kadar yürürlüğe girmeyecek ve 2017'ye kadar Nice Antlaşması'nın oylama kuralı usulünce engellenecektir.

düzenlemeleri Avrupa Konseyine taşımaları için “acil frenini kullanma” imkanı bulmaktadır. Bu mekanizma sayesinde bir üye devlet olağan yasama usulünü askıya alarak konuyu Avrupa Konseyi seviyesine taşıyabilir. Konseyde askıya alınan taslak düzenleme ile ilgili uzlaşma imkanı aranır. Uzlaşma sağlanırsa askıya alınan düzenleme tekrar işleme konulur. Ancak uzlaşma sağlanamaması durumunda taslak, III. sütunun karakteristiğine benzer bir şekilde, güçlendirilmiş işbirliği şeklinde çıkabilir.

3. LA 62(2). maddede belirtilen vize ve kısa dönem ikametle ilgili ortak politikalar, dış sınır kontrolleri ve entegre sınır yönetimi politikalarında olağan yasama usulü uygulanacaktır. Ancak diğer taraftan, LA 62(3). maddesi uyarınca özel yasama usulü çerçevesinde, Konsey Avrupa Parlamentosuna danışarak oybirliği ile pasaport, kimlik kartı, ikamet izni gibi belgelerle ilgili hükümleri kabul edebilir. Bu gelişmeler Birlik vatandaşlarının sınır geçişlerinde devlet görevlileri tarafından daha iyi tanınmaları amacıyladır.

4. LA 63. maddede düzenlenen iltica politikaları olağan yasama usulünde düzenlenmektedir. Bununla birlikte LA 63(3). maddesi uyarınca bir yada daha fazla üye devletin üçüncü ülke vatandaşlarının ani göç akımıyla karşılaşması durumuyla ifade edilen acil durumlarla karşılaşması halindeki karar alma mekanizmasını da öngörmektedir. Böyle bir durumda, Konsey ilgili üye devletin yararına geçici tedbirleri alma yetkisine sahiptir. Söz konusu tedbirle ilgili teklif Komisyondan gelir ve Parlamenteoya danışılır.

5. LA 63A. maddesi uyarınca giriş ve ikamet etme koşulları, uzun dönem vize, oturma izni, üye devletlerde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının hakları, yasadışı göç ve insan ticareti, üye devletlerde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının entegrasyonu gibi politikaların olağan yasama usulünde düzenlenmesi öngörülmüştür. Daha önce de ifade edildiği gibi 2005 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle yasal göç hariç olmak üzere iltica ve göç politikalarında ortak karar usulünde karar alınması öngörülmüştü. LA ile yasal göç konularının da olağan yasama usulünde düzenlenmesi öngörülmüştür.

6. LA 65. maddede düzenlenen aile birleşimi politikalarındaki karar alma mekanizmasında bir değişiklik yapılmayıp oybirliği ve danışma usulünün devamına karar verilmiştir. Diğer taraftan söz konusu politika kapsamındaki yapılacak düzenlemeler için ulusal parlamentoların muhalefet etmemeleri şartı konulmuştur.

7. Halen III. sütun alanında bulunan konuların bazılarında olağan bazılarında ise özel yasama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. *Monar* bu şekilde sütun ayrımının gizli

olarak devam etmesinin farklı usuller, oylama ihtiyaçları ve Parlamentonun farklı katılım şekilleri nedeniyle derinlemesine alınacak tedbir paketlerinde yaşanan problemlerin devam edeceğini iddia etmektedir.¹⁸⁷

8. Lizbon Antlaşması'nda öngörülen katmanlı yetki ilkesinin işleyişi çerçevesinde ulusal parlamentoların da karar alma sürecine dahil edildiği görülmüştür. Bu durum genişleyen Avrupa'da demokrasinin yerleşmesi ve Brüksel politikalarına halkın katılımı için oldukça önemlidir.

2.3.5.3.3. Lizbon Antlaşması: Yasal Düzenlemeler

Topluluğun mevcut düzenlemeleri tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiye ve görüşler olarak ifade etmektedir. Böylelikle AA'da olduğu gibi Avrupa çerçeve yasası yada çerçeve yasa gibi terimler Lizbon'da tekrar edilmemiştir. Lizbon'da belirtilen yasal düzenlemeler bu haliyle ATA 249. maddeye benzese de LA 249 B. maddesi Komitoloji usulüyle ilgili bir takım yenilikleri de ortaya getirerek yasal düzenlemelerde yeni bir tanımlamaya gitmiş ve böylelikle yasama delegasyonu ile uygulama delegasyonu terimleri birbirinden ayrılmıştır.

Mevcut ATA'da bunların ikisi arasında ayırım yapılmayıp her ikisi de Komitoloji usulüne tabi tutulmaktadır. Komitoloji usulü, Komisyonun Konsey kararlarını uygulamak için kendisine verilen yetkileri, çeşitli komiteler kurmak suretiyle kullanması sürecidir. Bir Konsey kararı Komisyonun uygulamaya yönelik tedbirler almasını gerektiriyorsa Komisyonun bu yöndeki çalışmalarına yardımcı olmak üzere bir komite kurulur. Üye devlet temsilcilerinden oluşan ve Komisyonun başkanlık ettiği bu komiteler, düzenleyici, idari ve danışman olmak üzere üç ayrı statüde kurulabilir. Böylelikle Konsey teknik ayrıntılarla ilgilenmeyip karar alma süreci etkinleştirilmiş olur.¹⁸⁸

Lizbon Antlaşması yeni bir yol çizerek yetkilendirilmiş/devredilmiş (delegated) işlemler ve uygulama işlemleri olarak iki ayrı usul belirlemiştir. Bu sistemde 3 farklı yasal durum bulunmaktadır:

- a) Yasa koyucunun yetki alanında bulunan durumlar (yani yasalar)
- b) Yürütme işlemlerinin yetki alanında bulunan durumlar (yürütme işlemleri veya bakanlık kararları)

¹⁸⁷ Jörg Monar, (2008), a.g.e., s.80-82

¹⁸⁸ <http://www.ikv.org.tr/sozluk2.php?ID=1173> (Er.Tar.:02.07.2009)

c) Yürütme işlemlerinin yasa koyucunun yetki sahasında bulunan durumlar (açık delegasyon yetkisiyle yada kendi girişimleriyle)

AB hukuk sisteminde Komisyonun kendi yetkisinde bulunan bir alanda kabul ettiği işlemler ile (yürütme işlemleri), Komisyonun yasa koyucunun (Avrupa Parlamentosu ve Konsey) yetki alanında kabul ettiği işlemlerin ayrılması gerekmektedir (devredilmiş işlemler). Yeni düzenleme ile Komitoloji sisteminin yerine Komisyonun “devredilmiş işlemler” (delegated acts) kapsamında yürüttüğü işlemlerde, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin düzenlemeye karşı çıkma veya delegasyonu iptal etme seçenekleri ile doğrudan kontrole tabi olması kazandırılmıştır.

Uzun zamandır Konsey, kurucu antlaşmadaki yorumlar çerçevesinde devredilmiş işlemlerle ilgili Avrupa Parlamentosu’nun yetkisini, yürütmenin üye devletler ve Komisyon’a ait olduğu gerekçesiyle geri çekmekteydi.¹⁸⁹ Bu yeni sistemle devredilmiş işlemler ilgili Komisyonun her iki yasa koyucuya karşı (Konsey ve Avrupa Parlamentosu) sorumlu olmasını ve bunun yanında her iki kurumun Komisyon’un oluşturduğu delegasyonun kaldırılabilmesini ve delegasyon kararına karşı çıkabilmesini kazandırmıştır. Diğer taraftan, normlar hiyerarşisinde de ayırım yapılarak Konseyin hangi yasal durumdan hareket ettiğini göstermesi açısından bu tür işlemlerin başına devredilmiş/yetkilendirmiş (delegated)¹⁹⁰ yada uygulama (implementing)¹⁹¹ ibareleri eklenecektir.

2.3.6. ÖGA Alanındaki Asimetrik Coğrafya

Adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili olarak karar alma mekanizmalarındaki ve yetki alanındaki I. sütun-III. sütun ayrışımının yanı sıra, söz konusu politikaları doğrudan etkileyen coğrafi ayırma tabi olarak değişkenlik gösteren farklı hukuk alanlarının bulunmasının, Birliğin ÖGA politikaları ve dolayısıyla ATAD’nın yargı yetki alanı üzerinde doğrudan etkisi mevcuttur.

1980’lerde Avrupa Tek Senedi’nde hedef konulan tek pazarın oluşturulması doğrultusunda kişilerin serbest dolaşımının sağlanması gündeme gelmişti. Tek pazar hedefi

¹⁸⁹ Ponzano Primo, (2008), “Executive and delegated acts: situation after the Lisbon Treaty”, Griler, Jacques Ziller (Ed.), *The Lisbon Treaty EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Vienna: Springer, ss.135-141 s.135-136

¹⁹⁰ LA 249B. maddesi

¹⁹¹ LA 249C. maddesi

doğrultusunda başlayan süreçle birlikte 14 Haziran 1985’de Lüksemburg’un küçük bir kasabası olan Schengen’de kişilerin serbest dolaşımına imkan veren tedrici olarak iç sınırların kaldırılmasına yönelik hükümetlerarası antlaşma imzalandı. Topluluk içinde başlatılan bu girişim, 19 Haziran 1990’da Schengen Uygulama Sözleşmesi’ne dönüştürülerek kişilerin serbest dolaşımına bağlı vize politikalarında yakın işbirliği, dış sınırların korunması, iç sınırların tedrici olarak kaldırılması, anlaşmaya akit devletlerarası bilgi sisteminin oluşturulması gibi güvenlikle bağlantılı politikalarda bir işbirliği platformu oluşturdu.¹⁹²Zaman içerisinde söz konusu sözleşmeye bağlı olarak kurulan icra komitesi, bu alanda aldığı kararlarla Schengen müktesebatını oluşturdu.¹⁹³

Hükümetlerarası anlaşma modelinde başlayan Schengen Anlaşması ve Schengen Uygulama Sözleşmesi, 1 Mayıs 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması’yla birlikte Topluluk müktesebatına dönüştürülerek ATA IV. Başlık alanıyla bağlantılı konuları oluştururken diğer yanda Amsterdam Antlaşması’na eklenen “Schengen Müktesebatını Avrupa Birliği Çerçevesiyle Bütünleştiren Protokol” ile söz konusu müktesebatın ATA ve ABA’nın ilgili hükümlerinin gözetilerek yürütüleceğini ifade edilmiştir.¹⁹⁴

Ancak diğer taraftan, Schengen alanının ihdasıyla, Birliğin ekonomik hedeflerinin geliştirilmesi doğrultusunda önemli avantajları sağlamasının yanında organize suç çeteleri ve teröristlerin bu alan içindeki hareket kabiliyetlerinin de arttığı gözlemlenmiştir. Kişilerin serbest dolaşımına getirilen kolaylıklar neticesinde Schengen alanına dahil devletlerce iç sınır kontrolünü kaldırılmasıyla oluşturulan bu alanda yürütülen kolluk sisteminde zaman içerisinde ciddi eksiklikler tespit edilmiş ve Schengen hükümlerinin Birliğin müktesebatına tam olarak tevdi edilmemesinden dolayı Birliğe yönelik tehditlerin önlenmesinde bir takım zafiyetlerin olduğu özellikle 11 Eylül sürecinde bir kez daha anlaşılmıştır.

¹⁹² Stefano Bertozzi, (2008), “*Schengen: Achievements and Challenges in Managing an Area Encompassing 3.6 Million km²*”, Centre For European Policy Studies, (Doc.No.284/Feb. 2008), ss.1-29, s.3-5

¹⁹³ Marek Kupszewski, (2003), “Consequences of EU Enlargement For Freedom of Movement Between Council of Europe Member States”, *Cenral European Forum For Migration Research Working Paper*, (1/2003), ss.1-11, s.3

¹⁹⁴ İlgili Protokol 1.madde

Batılı istihbarat kaynakları, *El-Kaide* üyesi olan *Ebu Dahdah*'ın¹⁹⁵ Hamburg'da bulunduğu esnada 11 Eylül saldırılarını desteklediğini ve saldırı sonrasında Avrupa'da geniş bir alan içerisinde seyahat ederek örgüt üyeleriyle bağlantı kurduğunu doğrulamaktadırlar. Nitekim saldırı sonrasında Polis, örgütün İtalya, Belçika, İspanya ve Fransa bağlantılı hücrelerine baskın yapmıştır. Bu durum Schengen alanındaki sınır kontrolleri eksikliklerini *El-Kaide* üyelerinin nasıl avantaja çevirdiğini açık bir şekilde gösteren bir örnek oluşturmuştur. Bunun yanında göç olgusunun etkilerinin günümüzdeki Avrupa toplumunun yapısını geçmiş yıllara nazaran daha fazla etkilediğini Birliğin mevcut mevzuat ve uygulamalar çerçevesinde ihdas ettiği “yumuşak güvenlik” anlayışının Batı toplumuna yönelik giderek artan organize suçlar ve uluslararası terörizme karşı yeterli önlemlerin alınmasını sağlayamamakta olduğu ortaya çıkmıştır.¹⁹⁶ Bütün bu nedenler, Schengen ülkelerinin dâhili sınırlarının kaldırılması bu devletlerin dış sınırlarının güçlendirmesi, kontrol işlemlerinin ve sınır güvenliği vize politikalarında daha etkin politikaların geliştirilmesini gerektirmiştir.

Birlik üzerinde serbest dolaşım ile bağlantılı olarak 1985'den bu yana başlatılan Schengen uygulaması, özellikle 11 Eylül olayları sonrası göç, sınır kontrolleri, vize, yasadışı göç ve insan kaçakçılığı ile mücadele kapsamında Akit devletlerin topraklarında daha etkin politikaların geliştirilmesine zorlamıştır. Ancak diğer taraftan, Schengen'in Topluluk müktesebatına dahil olması beraberinde ÖGA alanı üzerinde bir takım ayrışma ve farklılaşmalar da yaşanmıştır. Bu ayrışmalar şöyledir:

1. Birleşik Krallık ve İrlanda, Amsterdam Antlaşması'na ekli “Birleşik Krallık ve İrlanda'nın Durumuna İlişkin Protokol” kapsamında ATA IV. Başlık politikalarından çekilmişlerdir. Söz konusu Başlıkta bulunan düzenlemelerle ilgili Konseyde yapılacak oylamalara katılmayacaklardır.¹⁹⁷ Diğer taraftan bu ülkeler ATA IV. Başlık uygulamalarına katılmak istediklerine dair Konseye talepte bulunmaları durumunda I. sütun tedbirlerine müdahil olma ihtimalleri de bulunmaktadır.¹⁹⁸ Birleşik Krallık ve İrlanda Schengen alanına ve IV. Başlık politikalarına dahil olmamakla birlikte ortak dış sınır tedbirlerine katılmayı

¹⁹⁵ *Ebu Dahdah* olarak bilinen *Imad Eddin Barakat Yarkas*, Suriye doğumlu İspanyol vatandaşıdır. 11 Eylül saldırılarıyla ilgili olarak *El-Kaide* üyeliği ve örgütün üst dereceli Madrid sorumlusu olmak suçundan İspanya'da hapis cezasına çarptırılmış, ayrıca 2004 Madrid tren saldırısıyla ilgili örgüt üyelerine cezaevinden talimat vermekle suçlanmıştır.

Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/Abu_Dahdah Er. Tar.: 12.03.2009

¹⁹⁶ Adam Townsend, (2003), a.g.m.,s.2-3

¹⁹⁷ Birleşik Krallık ve İrlanda'nın Durumuna İlişkin Protokol 1.madde

¹⁹⁸ Birleşik Krallık ve İrlanda'nın Durumuna İlişkin Protokol 2. madde

da planlamamaktadır. Bu iki devlet III. sütun politikası kapsamında Schengen müktesebatının sadece polis işbirliği unsurlarında faaliyet göstermektedir.

Diğer taraftan Lizbon Antlaşmasına ekli “Birleşik Krallık ve İrlanda’nın ÖGA Alanına İlişkin Tutumları Hakkında Protokol” hükümleri Birleşik Krallık ve İrlanda, Schengen ve ÖGA alanıyla ilgili AB ortak politikaları konusunda ve “Lizbon Antlaşması’nın Yürürlüğe Girmesinden Önce Avrupa Birliği Antlaşması’nın V. ve VI. Başlıkları Temelinde Kabul Edilen Kararlara İlişkin Geçici Hükümler”¹⁹⁹ doğrultusunda Komisyon, Parlamento ve Divanın yetkileriyle ilgili olarak kapsam içi yada kapsam dışı kalmalarına imkan tanıyan özel protokole sahiptir. Ancak bu istisnalar, Birlik içerisindeki işbirlik ve uyumu genişletmeye çalışan Konsey ve Komisyon tarafından her konuyla ilgili şartlar, durumlar ve protokollerde belirtilen zaman çizelgesine bağlı olarak işletilebilir. Ancak diğer taraftan Lizbon Antlaşması ile ilgili yapılan müzakerelerde Birleşik Krallık aşağıdaki politikalarla ilgili müzakerelere yanaşmayıp “kırmızı çizgi” olarak kabul etmiştir:

- İş mevzuatı ve sosyal mevzuat,
- Dış ve güvenlik politikası,
- Polis ve adli işlemler,
- Vergi ve sosyal güvenlik sistemi,
- Ulusal güvenlik²⁰⁰

Birleşik Krallığın bu tutumu göz önüne alınırsa protokollerle verilen zaman çizelgeleri sonunda müktesebata dahil olma konusunda bir girişimde bulunmasına pek ihtimal verilmemektedir.

2. Birleşik Krallığın Schengen Topluluk müktesebatına getirdiği istisna hükümlerinin haricinde Polonya ile birlikte THŞ’nin iç hukukta uygulanması hakkında da “AB THŞ’nin Polonya ve Birleşik Krallığa Uygulanması Hakkında Protokol” çerçevesinde getirilen istisnalar mevcuttur.²⁰¹

3. Diğer taraftan Danimarka da Amsterdam Antlaşmasına ekli “Danimarka’nın Durumuna İlişkin Protokol”’de belirtilen hükümler çerçevesinde Schengen alanına dahildir. Söz konusu protokolde, Danimarka için ÖGA alanına özel bir statü verilerek bu

¹⁹⁹ Söz konusu geçici hükümlere göre Adalet Divanının yargı yetkisinin genişletilmesi ile ilgili LA’nın yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl sonra kısıtlamalar kaldırılacaktır. Konunun ayrıntısı bir sonraki kısımda açıklanacaktır.

²⁰⁰ House of Lords Constituion Committee, (2008), a.g.e., s.16

²⁰¹ THŞ’nin gelişimi Divanın yetkileri kapsamında bir sonraki kısımda açıklanacaktır.

alanın Topluluk hukuku kapsamında değil, geleneksel uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilmesi kararlaştırılmıştır. Bunun anlamı ÖGA alanının supranasyonel kısmındaki usulleri (ATA IV. Başlık ve yükümlülükleri) Danimarka uluslararası hukuk kapsamında değerlendirmektedir. Danimarka bu kapsamda ATA IV. Başlıktaki zorunlu vize ülkeleri, Dublin II Tüzüğü gibi düzenlemelere katılmıştır.

4. Birliğe yeni üye devletlerin ve aday devletlerin, Schengen Müktesebatını AB Çerçevesiyle Bütünleştiren Protokol'ün 8. maddesine göre Schengen müktesebatı kapsamındaki şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durumda yeni üyelerin ve bundan sonra üye olacak devletlerin Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka örneğinde olduğu gibi ATA IV. Başlıktan bir protokolle hariç tutulmaları yada istisna hükümlerine tabi olmaları söz konusu olamaz. 2004 yılındaki 10 yeni katılım (Kıbrıs RK, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Litvanya, Letonya, Malta, Polonya, Slovakya ve Slovenya) ve 2007 yılındaki 2 yeni katılım (Bulgaristan ve Romanya) sağlayan ülkeler vize politikalarını “eski” üyelerin politikalarına göre yeniden düzenlemiştir.

Ancak katılıma bağlı olarak yeni üyelerin sınır kontrolleri hemen kaldırılmamakta ve yeni üyelerce verilen vizeler Schengen vizesi değil ulusal vize olmaktadır. Eski üyelerle yeni üyeler arasındaki iç sınırların kaldırılması için ayrı bir Konsey Kararı gerekmekte olup bunun için her ülkenin bağımsız olarak yeni üye devletin böyle bir karar için uygun olup olmadığını incelemesine tabidir.²⁰² Getirilen bu düzenlemelerle Schengen müktesebatı için “eski üye” “yeni üye” ayrımının yapıldığı anlaşılmaktadır.

5. Schengen müktesebatı ile getirilen cezai konularda polis ve adli işbirliği, üçüncü ülke ilişkileri kapsamında da yürütülerek bu çerçevede AB üyesi olmayan İzlanda, Norveç ve İsviçre'nin de Schengen'e katılımcı olması mümkün olmuştur. Söz konusu ülkeler aynı zamanda Birlikle olan bağları ilerleterek AB'nin iltica politikasıyla ilgili işbirliğini de geliştirmişlerdir.²⁰³

Sonuçta, AB'de ÖGA alanı ile ilgili olarak,

- Birlik üzerindeki Schengen Topluluk müktesebatına dahil olanlar/olmayanlar,
- Schengen'i sadece uluslararası hukuk kapsamında kabul edenler/etmeyenler,

²⁰² Stefano Bertozzi, (2008), a.g.m., s.22

²⁰³ İzlanda ve Norveç ile üye devletlere yapılacak iltica başvurularının incelenmesiyle ilgili devlet sorumluluğunu kuran mekanizma ve inceleme kriterleriyle ilgili anlaşma OJ 2001, L93/40 sayılı resmi gazetede belirtilmiştir. Aynı kapsamda İsviçre ile yapılan anlaşma ise 26 Ekim 2004 tarihinde imzalanmıştır.

- Birliğin Schengen politikalarıyla ilgili bölge dışı üçüncü ülke ilişkisi kurulanlar/kurulmayanlar,

- (Schengen'in yanı sıra) THŞ'nı iç hukukta bağlayıcı olarak kabul edenler/etmeyenler;

şeklinde ayrımlar bulunmaktadır. Bu ayrımlar, ÖGA politikalarının yeknesak olarak uygulanmasına engel teşkil etmesinin yanında coğrafi alana bağlı olarak Adalet Divanı'nın gerek ATA IV. Başlık gerekse ATA VI. Başlık kapsamındaki yargı yetkisinin de bir takım farklılıklar meydana getirmektedir. Adalet Divanı'nın bu alandaki yetkileri de ÖGA politikalarının gelişimine bağlı olarak değişiklikler göstermiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ATAD’NIN ÖGA ALANI ÜZERİNDEKİ YARGI YETKİSİ VE ÖRNEK DAVALAR

3.1. GENEL ÇERÇEVE

Entegrasyon sürecindeki gelişmeler ve bu gelişmelerin ÖGA alanının işleyişine etkileriyle birlikte Divanın gerek ATA IV. Başlık gerekse ABA VI. Başlık çerçevesindeki yargı yetkilerinde de yıllar içinde değişiklikler meydana gelmiştir. Kurucu antlaşmalar ışığındaki Divanın yargı yetkisi kapsamında verdiği kararlar, ÖGA alanının gelişimine yol gösteren belki de en önemli unsurdur. Nitekim somut olaylar ışığında Birlik mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili yegane hakka sahip olan Divan, Birliğin diğer politikalarında olduğu gibi ÖGA alanında da yaptığı içtihatlar sayesinde çok önemli bir konuma sahiptir. Özellikle bireylerin ulusal mahkemelerde Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarını ulusal mahkemelerde araması suretiyle başlatılan ön karar usulü, Topluluk hukukunun geleneksel uluslararası hukuk modelinden farklı bir şekilde oluşmasına neden olmaktadır.²⁰⁴

Çalışmanın I. Bölümünde daha ayrıntılı açıklandığı üzere kimi eleştirilere göre Divan, yargılama görevi esansında aktivist bir tutum sergileyerek Birlik müktesebatının doğrudan düzenleme yapmadığı alanlarda geniş yorumlamalar üzerinden üye devletlerin iç hukukuna “fazlaca” müdahale etmekte, kimi eleştirilere göre ise Divan, yaptığı yorumlamalarla yargı kararlarının dönüştürücü rolü sayesinde Birlik entegrasyonun geliştirilmesine önemli katkılarda bulunmaktadır.

Birlik hukukunun dayandığı ilkelerinin benimsenmesinde önemli etkileri olan ATAD’nın özellikle 1990’lı yıllara kadar üye devletlerle olan ilişkilerindeki yol gösterici konumu pek sorgulanmazken sonra özellikle siyasi entegrasyon konularının da müktesebata dahil olmasıyla 1990’ların ikinci yarısından itibaren üye devletlerden çeşitli itirazlar gelmiştir. Nitekim Divanın *Steen Neerings*²⁰⁵, *Johnson*²⁰⁶, *Keck*²⁰⁷ ve *Meng*²⁰⁸ gibi davaların yargı kararında bir geri çekiliş eğilimine yöneldiği söylenebilir.²⁰⁹

²⁰⁴ Richard Münch, (2008), a.g.m., s. 527

²⁰⁵ Dava C-338/91, (1993), *Steenhorst Neerings*, (ECR I-6097)

²⁰⁶ Dava C-410/02, (1994), *Johnson*, (ECR I-6097)

²⁰⁷ Dava C-267 ve 268/91, (1993), *Keck ve Mithouard*, (ECR I-6097)

²⁰⁸ Dava C-2/91, (1993), *Meng*, (ECR I-5751)

²⁰⁹ Sanem Baykal, (2004b), a.g.m., s.147

1990'lardaki oluşan bu siyasi atmosfer, Divanın yetkilerine getirilen sınırlamalarla da kendini göstermişti. Maastricht Antlaşmasıyla sütunlu yapıya kavuşan ve o tarihte III. sütunda yer alan adalet ve içişleri politikalarıyla ilgili olarak Adalet Divanına, sadece Avrupa Birliği Antlaşması L maddesine göre sadece K 3(2)'de düzenlenen sözleşmelerin yorumlanması ve uygulanması konusunda yetki verilmişti. Ancak bu düzenlemeye göre üye devletler yaptıkları sözleşmelerde Adalet Divanına yetki verip vermeme konusunda serbest bırakılmışlardı. Diğer taraftan ATA'da Adalet Divanının yetkilerinin düzenlendiği 164 ila 188. maddelerinin III. sütunda uygulanamayacağı belirtilmişti.²¹⁰ Bunun yanı sıra III. sütun konularıyla ilgili Adalet Divanında bireysel dava açma hakkı tanınmaması, iptal ve hareketsizlik davaları açılabilmesi hukuki düzenleme ve denetim konusunda ciddi eksikliklerin olduğunu ortaya çıkarmıştı.

Amsterdam Antlaşmasında serbest dolaşımın doğrudan ilgili olan bazı politikaların Topluluk yetki alanına transferiyle (ATA IV. Başlık) birlikte ATAD'nın yargı yetkilerinde de I. sütun III. sütun ayrımı olmuştur. Halen söz konusu yargı sistemi de bu ayrıma paralel olarak işlemektedir.

3.1.1. ABA VI. Başlık ve ATAD'nın Yetkileri

Divanın ABA VI. Başlık yetkileri ABA 35. maddede²¹¹ belirtilmiştir. Buna göre üye devletler, ATAD'nın III. sütun düzenlemeleri ile ilgili yargı yetkisini hangi çerçevede

²¹⁰ Maastricht Antlaşması K 8. maddesi

²¹¹ ABA 35. madde: **1.** ATAD, bu maddede belirtilen koşullara bağlı olarak, çerçeve kararların ve bu Başlık altında kurulan (VI.Başlık) sözleşmelerin yorumlanmasına dair kararların geçerliliğine ve yorumlanmasına ve onları yürürlüğe koyan önlemlerin geçerliliği ve yorumlanmasına dair ön karar vermeye yetkilidir. **2.** Amsterdam Antlaşması'nın imza edilme aşamasında veya daha sonra herhangi bir zamanda yapılan bir beyanla, her üye devlet, 1.paragrafta yer alan Adalet Divanının ön karar verme yetkisini kabul ederler. **3.** 2. Paragraf uyarınca beyanda bulunan bir üye devlet: **a)** ulusal hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan söz konusu devletin herhangi bir mahkemesinin, görmekte olduğu davada, birinci paragrafta belirtilen bir tasarrufun geçerliliği veya yorumlanması ile ilgili olarak bir sorun ileri sürülmesi halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için bir karara gerek duyarsa Adalet Divanından bu konuda ön karar vermesini talep edebileceğini, veya: **b)** bu devletin herhangi bir mahkemesinin, görmekte olduğu bir davada, birinci paragrafta belirtilen bir tasarrufun geçerliliği veya yorumlanması ile ilgili olarak bir sorun ileri sürülmesi halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanından bu konuda ön karar vermesini talep edebileceğini, bir beyanla belirtir. **4.** 2.paragraf uyarınca bir beyanda bulunan veya bulunmayan her üye devlet 1.paragraftaki durumlarda, Mahkemeye dava beyanlarını veya yapılabilecek gözlemlerini sunma hakkına sahiptir **5.** Adalet Divanı bir üye devletin polisi veya diğer kolluk güçleri tarafından yürütülen faaliyetlerin geçerliliğini veya orantılılığını veya hukukun ve düzenin muhafaza edilmesine ve iç güvenliğin korunmasına ilişkin üye devletlerin üzerlerine düşen sorumluluklarına ilişkin faaliyetlerini denetleme yetkisine sahip değildir **6.** Adalet Divanı, bir üye devlet veya Komisyon tarafından yetkisizlik, temel usul kurallarının ihlali, bu Antlaşmanın veya onun uygulanması ile ilgili herhangi bir hukuk kuralının ihlali veya yetkisinin kötüye kullanılması iddiasıyla, çerçeve kararlara karşı açılan davalarda, bunların hukuka uygunluğunu denetlemeye yetkilidir. **7.** Adalet Divanı, 34(2). maddesi çerçevesinde yapılan düzenlemelerin yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin olarak üye devletler

tanıdıklarını, hangi şartlar çerçevesinde ulusal mahkemelerin ön karar usulüyle Divana başvurabileceklerini beyan ederler. Bu seçimlik hakkı devletlerin takdirine bağlıdır ve üye devletlere göre değişkenlik göstermektedir.

ATAD'na ulusal mahkemelerin ön karar usulüyle başvuru hakkı, 35(3)(a). maddeye göre kararına karşı yargı yolunun kapalı olduğu ulusal mahkemeye (bu durumda dava süreci ciddi bir şekilde uzar) ya da 35(3)(b). maddeye göre tüm ulusal mahkemelere (bu durumda dava süreci hızlı işletilebilir) verilebilir. ABA 35.madde kapsamında ATAD'nın yargı yetkisini hangi şartlarda kabul ettiğine dair üye devlet deklarasyonları şöyledir:

1. Grup: Almanya, Avusturya, Belçika, Yunanistan, Lüksemburg, İtalya, Fransa ve Çek Cumhuriyeti, ABA 35(2). maddeyi (III. sütun kararları, çerçeve kararları ve sözleşmelerin geçerliliğinin yorumlanmasına dair Divanın ön karar verebilme yetkisi) ve ABA 35(3)(b). maddeyi (tüm ulusal mahkemelerin Divandan ön karar talep edebilmesi) kabul etmiş ancak bunun yanında ulusal mevzuatlarında söz konusu ön karara başvurma hakkını sadece ulusal hukukta yargı yolu kapalı olan yüksek mahkemelere tanıma haklarını da saklı tutmuşlardır.

2. Grup: İsveç, Finlandiya, Portekiz ise 35(2). ve 35(3)(b). maddesini saklı tuttıkları bir hüküm bulunmadan kabul etmişlerdir. Buna göre tüm ulusal mahkemeler III. sütun düzenlemelerinin geçerliliği ve ön karar yoluyla Divan'a başvurabilir.

3. Grup: İspanya ve Macaristan ise 35(2). ve 35(3)(a). maddeleri kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Bu durumda söz konusu ülkelerde III. sütun düzenlemesiyle ilgili ön karara başvurma hakkı sadece yüksek mahkemelere tanınmıştır.

Hollanda ise sadece 35(2). maddeyi kabul etmesine karşın 02.10.1997 tarihinde Hollanda hükümeti 35(3). madde kapsamındaki yetkinin yargı yolu kapalı olan mahkemeden ziyade her mahkemeye verilebilip verilemeyeceğini araştırmaktaydı.²¹²

Divanın III. sütun yetkileriyle ilgili olarak İrlanda, Danimarka ve Birleşik Krallık gibi ÖGA alanına istisnalar koyan devletler hariç olmak üzere, genel itibariyle ATAD'nın yargı yetkisinin belli kısıtlamalarla kabul edildiği gözlemlenmektedir. Ancak ATA IV. Başlıkla ilgili olarak Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka hariç olmak üzere üye

arasındaki herhangi bir anlaşmazlık hakkında anlaşmazlığın üyelerden biri tarafından Konseye iletilmesini izleyen 6 aylık bir süre içinde Konsey tarafından çözülmediği takdirde, karar vermeye yetkilidir.

²¹² Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.11-12; Vassilis, Hatzopoulos, (2007), a.g.m., s.3-4. Hatzopoulos'un makalesinde yukarıda sayılan devletlerin haricinde Slovenya'nın da ABA 35(3). maddeyi tanıdığı belirtilmiştir. Yukarıda ismi geçen devletler 2007 yılı itibariyle deklarasyonda bulunan devletlerin listesidir.

devletlerin ATAD'nın yetkilerini hangi çerçevede kabul ettiklerine dair deklarasyonda bulunmaları söz konusu değildir. Kaldı ki Divanın ATA IV. Başlık yetkileri kurucu antlaşmada da belirtildiği üzere peşinen kısıtlanmıştır.

Öte yandan, hükümetlerarası modelin ağır bastığı III. sütun politikalarının yasal kesinliğinin ve üye devletler üzerinde bağlayıcılığının belirsiz bir yapıda olması söz konusu alanla ilgili olarak yargı denetiminin de yetersiz kalmasına neden olmaktadır. Yargılamanın ve yargı kararlarının karşılıklı tanınmasına dair oluşturulan zayıf yapı, cezai konularda polis ve adli işbirliği alanında politikaların ilerletilmesine engel teşkil etmektedir. Nitekim ceza adalet sistemindeki uyumlaştırma çalışmaları kapsamındaki Avrupa Yakalama Müzekkeresi'nde belirtilen suçluların iadesi ve suç tanımlarındaki uyumla ilgili uygulamalarında üye devletlerarasında farklılıklar meydana geldiğinden geniş kapsamlı bir mutabakatın sağlandığı söylenememektedir.²¹³ Bu konuda bazı üye devletler Avrupa Yakalama Müzekkeresi'nin ulusal ceza hukuku düzenlemeleriyle çeliştiği konusunda itirazlarda bulunmuşlardır.

Halen Schengen alanında üye devletlerin kolluk birimleri suç araştırması esnasında suç çeteleri kadar Birliğin içinde hızlı bir şekilde devlet sınırlarını aşmamaktadır. Adli ve kolluk birimlerinin sınıraşan suçlarla ilgili şüphelilere yönelik delil toplama, suç tanımlama ve farklı üye devletlerden tanık bulma usulleri karmaşık ve zaman alıcıdır.

III. sütun politikalarında oluşan koordinasyonsuzluk yüzünden 2000 yılında Strazburg'da Noel pazarını bombalamayı planlayan 4 teröristle ilgili Alman savcılar, Fransa'dan delil ve tanık tedarikinde güçlük yaşadıklarından bazı suç iddialarını hariç tutmak zorunda kalmışlardır. Ayrıca Schengen alanı içinde aynı sınır aşan suç şebekesine bağlı olan ve aynı suçu işleyen ancak farklı ülkelerde bulunan örgüt üyelerine farklı tip suçlar isnat edilmesi ve farklı cezalara çarptırılmasına neden olmaktadır. Bir İtalyan savcısı bu durumu “yargılama yetkisinin suçluluğun altında kalması” olarak nitelendirmektedir.²¹⁴

Bu örneklerle benzer olarak, III. sütunda uyum ve mutabakatın sınırlı olarak sağlandığı bir çok politika bulunmakla birlikte söz konusu bağlayıcılığı ve yasal kesinliği tartışmalı olan politikalar üzerinde Divanın yargı yetkisinin etkisi de zayıflamaktadır.

Meydana gelen bu olumsuzluğu gidermek ve ortak politikaları ve uyumlaştırmayı geliştirmek üzere son zamanlarda ortaya konulan LA ile önemli düzenlemelerin hayata geçirilmesi beklenmektedir. LA' nın sütunlu yapıyı ortadan kaldırıp Birlik politikalarını

²¹³ Joanna Apap ve Sergio Carrera, (2004), “The European Arrest Warrant: A Good Testing Ground for Mutual Recognition in the Enlarged EU?”, *CEPS Policy Brief*, No. 46, ss.1-22, s.20-22

²¹⁴ Adam Townsend, (2003), a.g.m., s.3

tek bir kurumsal çerçevede yürütecek olmasıyla Divanın yargı yetki alanını da doğrudan genişletecektir. Ancak diğer taraftan, cezai konularda polis ve adli işbirliği politikalarıyla ilgili Divanın yargı yetkisi için geçici önlemler alınması öngörülmüştür.

• **LA'daki Geçici Hükümler**²¹⁵: LA'da kabul edilen geçici hükümlere göre ATAD'nın cezai konularda polis ve adli işbirliği politikaları üzerindeki yargı yetkisinde LA'nın yürürlüğe girmesinden itibaren bir değişiklik olmayacaktır.²¹⁶ Ancak, söz konusu geçici önlem LA yürürlüğe girmesinden 5 yıl sonra yürürlükten kalkacak²¹⁷ ve bu durumda halen karar alma mekanizmalarında, yasal düzenlemelerde ve buna bağlı olarak Divanın yargı yetkilerinde devam eden I.sütun - III. sütun ayrımı ortadan kalkarak Divanın yargı yetkisi “normalleşecektir”. Kanımızca bu konu, AB'nin ÖGA entegrasyonunu yakın gelecekte ne derecede başarabileceği ile doğru orantılıdır. Kurucu antlaşmada yürürlüğe girdikten 5 yıl sonrası için böyle bir perspektif konulmuş olmasına rağmen normalleşme sürecinde, cezai konularda polis ve adli işbirliği politikalarının “hassas” kısımlarına yönelik Divanın yargı yetkisiyle ilgili özel hükümler getirilebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim bunun gerekçesi olarak da ATA IV. Başlık yargı yetkisi konusunun içinde açıkladığımız iç güvenliğin sağlanmasına yönelik Divanın yargı yetkisi sınırlamalarına benzer gerekçeler gösterilebilir.

3.1.1.1. “III. Sütun Kurumları”nın Parlamenter Denetimi ve ATAD'nın Yargısal Denetimi

Birliğin ÖGA alanındaki işbirliğini ve yönetimini geliştirmek üzere faaliyet gösteren, Europol²¹⁸, Eurojust²¹⁹, CEPOL (Avrupa Polis Koleji), EBA (Avrupa Sınır Dairesi), FRA (Temel Haklar Dairesi) gibi ofisler, “III. sütun kurumları” olarak tanımlanabilir. Söz konusu kurumlar eliyle gerçekleştirilen tasarrufların prensipte bağlayıcılığı olmamakla birlikte Birlik kurumlarının denetimine tabi bulunmaktadır. İstisnalarla birlikte söz konusu denetim “dolaylı olarak”, kurum üyelerinin, yönetim kurulunun görevlendirilmesi

²¹⁵ Tam ismi “LA'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce ABA V. ve VI. Başlık Temelinde Kabul Edilen Kararlara İlişkin Geçici Hükümler” olarak geçmektedir.

²¹⁶ Geçici Hükümler 10(1). madde

²¹⁷ Geçici Hükümler 10(3). madde

²¹⁸ Europol suçla mücadele kapsamında kurulan AB kanun uygulayıcısı bir kurumdur. Uluslararası ciddi suçlar, organize suç ve terörizmle mücadele kapsamında üye devletlerin yetkili makamlarıyla işbirliğini geliştirmeyi amaçlamaktadır. Europol'ün amacı, organize suç ve terörizmle mücadele kapsamında AB'nin kanun uygulamalarına destek vermektir.

Kaynak: <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=faq> (Er.Tar.:03.05.2008)

²¹⁹ 2002'de kurulan Eurojust, üye devletlerin ciddi sınıraşan suçlar ve organize suçlarla ilgili ceza kovuşturması yapan yetkili makamların etkinliğini geliştirmek üzere kurulan bir kuruluştur. Kaynak: <http://www.eurojust.europa.eu/index.htm> (Er.Tar.:03.05.2008)

yada görevden alınmasıyla; kurum harcamalarının denetlenmesiyle; yıllık faaliyet raporlarının verilmesi şeklinde gerçekleştirmektedir.²²⁰

Yürürlüğe giremeyen AA'da ise Eurojust için III-273(2). maddesi ve Europol için III-276 (2) (b). maddesi, Avrupa yasalarının aynı zamanda Avrupa Parlamentosu ile üye devletlerin ulusal parlamentolarının, söz konusu kurumların faaliyetlerinin değerlendirilmesinde yer alması yönündeki düzenlemeleri belirteceği ifade edilmişti.

Lizbon Antlaşması'nda ise aynı kapsamda Eurojust için 69 D. ve Europol için 69 G. maddelerde söz konusu kurumların faaliyetlerinin ulusal parlamentolarla birlikte Avrupa Parlamentosu tarafından yapılacağı bildirilmektedir. Ulusal parlamentoların da denetim mekanizmasına alınmasının Birlik kurumlarına bağlı çalışan söz konusu ofislerin denetimi açısından önemli bir gelişme olduğu değerlendirilmektedir.

Adalet Divanının yargısal denetimi çerçevesinde III. sütun kurumlarının durumunu incelenecek olursa, mevcut Kurucu antlaşmalarda herhangi bir denetim yetkisinin verilmediği görülmektedir. ATA 230. maddede Avrupa Parlamentosunun üçüncü şahıslara doğrudan hukuki etki doğuran tasarrufları, Konsey ve Komisyon'un tavsiye ve görüş haricinde kalan tasarrufları ile ilgili Adalet Divanının hukuka uygunluk denetmesini yapacağı belirtilmiş ancak söz konusu III. sütun kurumlarının denetimine yönelik bir ifade yer almamıştır. Bu kapsamda örneğin Europol tarafından gerçekleştirilebilecek temel hakların ihlalleri ATAD tarafından incelenmemektedir. Söz konusu denetleme mekanizması Europol sistemi içerisinde oluşturulmuş olan "Ortak Denetleme Kurulu" vasıtasıyla yapılır. Bu birim Europol faaliyetlerini inceleme ve bireysel başvuruları değerlendirme yetki ve sorumluluğundadır.²²¹

Birliğin demokratik ve yargısal denetim eksikliğine çare olması amacıyla hazırlanan AA'nın III-365. maddesi ise ATA 230. maddeye benzer bir şekilde ATAD'nın Birlik kurumlarından çıkan tasarrufların yasaya uygunluk denetimi yapacağı ifade edilmiştir. Ancak ATA'dan farklı olarak AA III-365. maddesinde çalışmada III. sütun kurumları olarak bahsedilen Birlik ofisleri de Divanın yargı denetimi kapsamına girmesi öngörülmüyordu. Böylelikle AA yürürlüğe girmiş olsaydı Europol gibi bir kurumun yaptığı tasarruflar ve bu tasarruflara karşı yapılan başvurular incelenebilmiş olacaktı. Söz konusu yargısal denetim fırsatı Lizbon Antlaşmasında tekrar karşımıza gelmiştir.

²²⁰ Vassilis Hatzopoulos, (2007), a.g.m., s.6

²²¹Wagner Wolfgang, (2006), "Guarding the Guards: The European Convention and Then Communitization of Police Cooperation", *Journal of European Public Policy* 13:8,,s.1231'den aktaran Serkan Yardımcı, (2008), "*Uluslararası Polis İşbirliği: Avrupa Polis İşbirliği Modeli*", Polis Akademisi GBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Lizbon Antlaşması, mevcut ATA 230. maddeyi tadil edilerek Birlik kurumlarının yasal düzenlemelerinin²²² yanı sıra ofis, ajansların ve üçüncü kişilerde hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte kararların hukuki geçerliliğini inceleyebileceğini hükmetmiştir.

3.1.2. ATA IV. Başlık ve ATAD'nın Yetkileri

Adalet Divanı'nın, halen ATA IV. Başlık kapsamındaki yargı yetkisinde ciddi sınırlamalar bulunmaktadır. Divanın bu alandaki yargı yetkisi, genel AT Anlaşmasındaki usullerden farklılık gösteren 2 istisnaya tabi tutulmuştur. Bu istisnalar aşağıda incelenmektedir.

3.1.2.1. Ön Karar Başvurusuna Getirilen Kısıtlama

I. sütunda ön karar başvurusu III. sütunda olduğu gibi üye devletlerin söz konusu yetkiyi tanıdıklarına dair deklarasyona tabi tutulmayıp (Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka hariç) her üye için zorunludur. Diğer taraftan, ATA 68. maddede getirilen düzenleme, ATA IV. Başlıktaki ATA 234. maddesinin (ön karar usulü başvurusu) diğer I. sütun politikalarından farklı seyretmesine neden olmuştur:

Söz konusu maddede şöyle hükmedilmiştir;

“Bu bölümün yorumlanması (IV. başlık) veya bu bölüme dayanılarak Topluluk kurumları tarafından çıkarılan tasarrufların geçerliliği veya yorumuna ilişkin bir sorun, ulusal hukuka göre kararlarına karşı yolun kapalı olan bir üye devlet mahkemesinde ileri sürüldüğünde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa, Adalet Divanından bu konuda karar vermesini talep eder.”²²³

Bu hükme göre şayet üst yargı mercii, kararını vermesi için bir ön kararın gerekli olduğu kanısına varırsa (“gerek duyarsa” ifadesi bir taktir hakkını ortaya koymakta) Adalet Divanına başvuracaktır. Buradaki düzenlemeye göre, alt derece mahkemelerinin diğer AT Antlaşmalarında olduğu gibi ön karar usulünü kullanmalarına hak tanınmamıştır. Bu düzenlemenin belki de alt derece mahkemelerinden Adalet Divanına çok sayıda davanın gelmesini önlemek için konulduğu için konulmuş olabileceği ihtimali de değerlendirilmekle birlikte²²⁴ AB'deki ÖGA politikalarının gelişimindeki genel seyir ve 1990 sonrası Divanın kararlarına karşı gösterilen dirençler de göz önünde bulundurulursa açık bir şekilde kurucu antlaşmayı düzenleyenlerin egemenlik kaygılarından ötürü böyle bir sınırlayıcı yaklaşım içinde bulundukları söylenebilir.

²²² Lizbon Antlaşması tasarruf ifadesi yerine yasal düzenleme ifadesine yer vermiştir.

²²³ ATA 68(1). madde

²²⁴ Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e., s.320

Alt derece mahkemelerinin ön karar başvurusu kısıtlaması yüzünden üye devletler arası uyumlaştırmayı sağlamanın çok daha zor olacağı düşünülmektedir.²²⁵ Nitekim alt derece mahkemelerinin kendi kendine yorumlamak durumunda kalacağı davalar neticesinde üye devlet mahkemelerinin Birlik içinde birbirleriyle çelişen içtihatlarının olacağı, Topluluk içinde ikincil normların uygulamasında farklılıklar ortaya çıkacağı ve Topluluk hukukunun da bundan zarar göreceği aşîkârdır.²²⁶ Diğer yandan, üye devletlerin alt derece mahkemelerine getirilen bu kısıtlamayı dengelemek üzere Kurucu Antlaşmaya şöyle bir hüküm eklenmiştir: “Konsey, Komisyon veya bir üye devlet, Adalet Divanından bu bölümün veya bu bölüme dayanılarak Topluluk kurumları tarafından çıkarılan tasarruflara ilişkin yorum konuları üzerine karar vermesini talep edebilir. Böyle bir talep üzerine Adalet Divanı tarafından verilen karar, üye devlet mahkemelerince verilmiş olan ve kesin hüküm teşkil eden kararlara uygulanmaz.”²²⁷

Burada bazı konular dikkat çekmektedir. Konsey, Komisyon ve bir üye devlet, Divana sadece yorum konusunda talepte bulunabilir. Ayrıca bu yorum hakkından Avrupa Parlamentosunun dışlanmış olması da ilginçtir. Burada Konseyin, Avrupa Parlamentosunun “hassas konularla ilgili” Divandan yorum talep etmesinden çekindiği söylenebilir.²²⁸ Diğer taraftan, ATA 67(2). maddesinin ikinci bendi Konseyin Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden sonraki 5 yıllık geçiş süreci sonuna ATA 68. maddenin uyumlaştırılmasıyla ilgili karar alacağı belirtilmiştir. Söz konusu sürenin 1 Mayıs 2004’de sona ermesine rağmen Konsey bu yönde bir karar almamıştır.²²⁹

Komisyon, söz konusu hüküm çerçevesinde bir Bildiri²³⁰ hazırlayarak maddenin kaldırılmasına yönelik taslak Konsey kararını sunmuş ve şunları ifade etmiştir:

“Bireylerin, Topluluk hukukuyla kazandıkları hakların, etkin bir şekilde adli himayede olması gerekmektedir²³¹. Bu amaçla, ATA, Adalet Divanı ile ulusal mahkemelerin yakın işbirliğini öngören, ön karar usulü çerçevesinde kapsamlı

²²⁵ Mehmet Özcan, (2005), a.g.e., s.132

²²⁶ Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e., s.322

²²⁷ ATA 68(3). madde

²²⁸ Mehmet Özcan, (2005), a.g.e., s.133

²²⁹ Daha önceden de bahsedildiği üzere Konsey aynı geçiş süresi sonunda bazı IV. Başlık politikalarındaki karar alma usulünü oybirliğinden nitelikli oyçokluğuna geçirmişti. Ancak Divanın yargı yetkisine dair getirilen ön karar kısıtlamasında bir değişiklik yapılmamıştır.

²³⁰ Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of The Regions and The Court of Justice of The European Communities, (2006), *Adaptation of The Provisions of Title IV of the Treaty Establishing The European Community Relating to The Jurisdiction of The Court of Justice With a View to Ensuring More Effective Judicial Protection*, (COM (2006)346 final, 28.06.2006). Brussels

²³¹ Dava C-294/83, (1983), *Greens v. Parliament*, (ECR 1339)

dava şekilleri ve usulleri ihdas etmektedir... Temel haklar ve özellikle insanlara sağlanan etkili adli himaye çerçevesinde, ÖGA alanındaki gelişmeler, çok önemli bir yere sahip olmalıdır. ATA 67(2). maddesine göre Konsey, Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıllık geçiş süresinin sonunda, Adalet Divanı'nın yargı yetkisi ile ilgili hükümlerin (ATA 68. Madde) iktibas çerçevesinde karar alması hükmedilmiştir. Ancak Komisyon, geçiş sürecinin 1 Mayıs 2004 tarihi itibari ile sona erdiğini ve Konseyin bu yasal yükümlülüğünü yerine getirmediğini hatırlatır.²³²

Söz konusu Bildiride Komisyon, Divanın ATA IV. Başlık yetkileriyle ilgili olarak ATA 234. madde usulü çerçevesinde verilen ön karar başvuru hakkının tüm ulusal mahkemelere açık olmasını ve (aşağıda açıklanan ikinci istisna kapsamında) iç güvenliğin sağlanması gerekçesiyle Divanın yetkilerine getirilen kısıtlamalarla ilgili bazı hükümlerin kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede, ATA IV. Başlıktaki Divanın yargı yetkisinin normalleşmesine yönelik Komisyonun taslak düzenlemesinde 1 Ocak 2007'den geçerli olmak üzere aşağıdaki değişikliklerin yapılması teklif edilmiştir:

TEK MADDE

- 1.) 1 Ocak 2007'den itibaren geçerli olmak üzere, ATA 234. madde hükmü, ATA IV. Başlıkla ilgili yada bu Başlık kapsamındaki Topluluk Kurumlarının faaliyetlerinin yorumlanması ve geçerliği ile ilgili ulusal mahkemelerin tüm taleplerine, 1 Ocak 2007'den önce yapılan ve halen ATAD'ın hükmetmediği davalar da dahil olmak üzere, uygulanacaktır.
- 2.) 1 Ocak 2007'den itibaren geçerli olmak üzere, Schengen Müktesebatını Avrupa Birliği Çerçevesinde Bütünleştiren Protokol'ün 2(1). maddenin üçüncü bendinin ikinci cümlesi, Topluluk hukukunun uygulamalarında devam etmeyecektir.²³³
- 3.) 1 Ocak 2007'den itibaren ATA 68. maddesi uygulanmaya devam etmeyecektir.

Ancak söz konusu taslak değişiklikle ilgili nihai Konsey Kararı üzerinde bazı üye devletlerin itirazlarından dolayı mutabakata varılıp kabul edilemediğinden Divanın yargı yetkisindeki bu köklü değişiklik yapılamayarak, bu alandaki beklentiler LA'na bırakılmıştır. Diğer taraftan, söz konusu ATA 67(2). maddesi çerçevesinde Divanın yargı

²³² Konsey ATA 67(2). maddesine dayanarak ortak karar usulünün uygulamalarının genişletilmesine karar vermiştir, 22 Aralık 2004 tarihli (2004/927/EC), OJ L 396, 31.12.2004, s.45. sayılı karara bakınız. Komisyon, Konsey zabıtlarına şu ifadeleri geçmiştir: *Komisyon, 67(2). madde Konseyin ortak karar usulü ile yürütülen alanlar ile ilgili karar öngörmesinin yanında ATAD'nın yetkileri ile ilgili hükümlerin iktibasını da öngördüğünü hatırlatmak ister. IV. Başlık alanının çoğunluğunun ortak karar usulüne geçişi bu başlık altında kabul edilen demokratik meşruiyet vasıtalarının artmasında küçümsenmeyecek bir katkı sağlamaktadır ve Komisyon, bu genişletme ile verilen kararı memnuniyetle karşılamaktadır. Ancak, Divana başvurunun sınırlı bir şekilde sürdürülerek Divanın yetkisine yönelik bir iktibasın yapılmaması kabul edilemezdir. Komisyon, bireysel haklara yakın bir şekilde değinen bu alanla ilgili Divana adil bir şekilde başvurunun kolaylaştırılması meşruiyet açısından oldukça önemli olduğunu değerlendirmektedir.*

²³³ Bu hüküm Divanın yargı yetkisine getirilen ikinci istisnanın kaldırılmasıyla ilgili olup bir sonraki konu başlığında açıklanmıştır.

yetkisine getirilen kısıtlamaların kaldırılması çalışmalarıyla ilgili olarak Komisyonun Konseyi neden daha önce hareket etmeye davet etmediği ve ATAD huzurunda Konseye karşı ilk adımı atmakta başarısız kaldığı da merak edilmektedir.²³⁴Nitekim ATA 232. maddesi ATA'nın ihlali anlamında Konseyin karar almaması halinde, Komisyonun, bu ihlalin saptanması amacıyla Adalet Divanına dava açabilmesine cevaz vermektedir. Komisyon ise 1 Mayıs 2004'de yürürlüğe girmesi gereken bir düzenleme hakkında Konsey aleyhine ihlal davası açmak yerine 2006 yılında belirtilen taslak karar bildiri yayımlamayı tercih etmiştir.

ATAD'nın ATA IV. Başlıktaki yargı yetkisi kapsamında ulusal ilk derece mahkemelerinin Topluluk hukukunun yorumuna dair ATA 234. maddesi çerçevesinde ön karar usulüne başvurma hakkının olmayıp, bu hakkın sadece ulusal nihai mahkemelere verilmesi, AT Komisyonunun 2006 tarihli Bildirisinde²³⁵de belirtildiği üzere Topluluk politikalarının ilkelerine ve AT hukuk sisteminin ihdas ettiği adli himaye hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Bu çerçevede, Divanın ATA IV. Başlık alanındaki yargı yetkisine getirilen ön karar kısıtlaması ile ilgili şu tespitler yapılabilir:

- **Geciken Adalet Adalet Değildir ‘Justice delayed is justice denied’:** ATA 234. madde usulünün sadece ulusal nihai mahkemelere verilmesiyle ATA IV. Başlığı ilgilendiren bir davanın ATAD'na yorumlanmak üzere gelebilmesi için davacının iç hukuktaki tüm yollarını tamamen tüketmesi gerekmektedir. Nitekim bu durumda ön kararın ATAD'nın önünde gelmesi için oldukça uzun bir zaman geçecektir ki halen IV. Başlık alanındaki pek çok dava daha ATAD'na ulaşamamıştır.

Ulusal mahkemelerce ön karar usulü ile tevdi edilen dava konusu ile ilgili karar verilmesi yaklaşık 2 yıl sürmektedir.²³⁶Söz konusu ulusal mahkeme ATA 68. maddeye göre nihai dereceli mahkeme olması gerektiğinden bu 2 yılın öncesinde davacının iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekmektedir. Bu gecikme de adaletin zamanında tecelli etmesine büyük bir engel olarak görülmektedir.

- **Topluluk Hukukunun Tektip Yorumunun Sağlanması:** ÖGA alanında Amsterdam Antlaşması'yla başlayan ve Tampere, Lahey ve önümüzdeki Stockholm Programları'na devam eden süreçle birlikte, medeni konularda işbirliği, iltica, göç, vize ve kişilerin serbest dolaşımı ve üçüncü ülke vatandaşlarının hakları konusunda yasamaya

²³⁴ Jorrit J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), a.g.m., s.7

²³⁵ *Ibid*, (COM (2006) 346 final)

²³⁶ Adam Townsend, (2003), a.g.m.,s.7

ilişkin büyük çaplı programlar işletilmeye başlanmıştır. Komisyon, Topluluk hukuku kapsamında oluşturulan mevzuat manzumesinin, Topluluk hukukunun diğer bölümde olduğu gibi, yorumlanma ve Birliğin bütününe uygulanma ihtiyacı duyulduğunu hatırlatarak ve bunun garantörünün de Adalet Divanı olduğunu ve bu kapsamda ATA IV. Başlık içindeki hükümlerin gerek nicelik bakımından gerekse tevdi edilen hakların önemi bakımından Birliğin bütününe aynı şekilde uygulanmasının son derece önemli olduğunu ifade etmiştir.²³⁷

Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğünün Divan tarafından garantiye alınmasını sağlamanın en iyi yolu, hiç şüphesiz Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasında yakın işbirliğini kuran ön karar usulüdür. Komisyon'un da ifade ettiği üzere ön karar usulünün en önemli unsuru, tüm ulusal mahkemelerin Adalet Divanı ile irtibata geçebilmesinin sağlanmasıdır.

Ancak ön karar usulünün özel hükümlere tabi tutulması, Adalet Divanının Topluluk hukukunun birliğini sağlama misyonunu takip etmekten mahrum etmekte ve bu nedenle kişilerin serbest dolaşımı, göç, iltica, aile birleşimi ve üçüncü ülke vatandaşlarının hakları konusunda diğer Topluluk hukuk alanlarındaki gibi Birliğin tümünde tektip uygulamanın ihdas edilmesi zorlaşmaktadır. 1995 yılında Adalet Divanı şu ifadelerde bulunmuştur:

Divana müracaatın sınırlandırılması Birlik çapında Topluluk hukukunun tektip yorumunu ve icrasını tehlikeye atabilecek bir etki oluşturabilir ve bireylerin etkin adli himayeden mahrum bırakılmasına ve içtihat hukukunun birliğinin zarara uğramasına neden olabilir... Ön karar usulü antlaşmalarla sağlanan ve Avrupa Birliğine tüm üye devletlerde aynı etkiyi doğurmayı garanti eden hukuk düzenini sağlamakta temel bir rol oynadığından iç pazarın yürütülmesi için son derece önemlidir... Adalet Divanının en önemli görevlerinden biri de ulusal mahkemelerce öne sürülen soruları cevaplamak suretiyle söz konusu tektip yorumlamayı sağlamaktır.²³⁸

Divanın IV. Başlık uygulamalarının yeknesaklığına ve tutarlılığına dair duyduğu kaygılar hiç de haksız değildir. Aynı paralellikte Komisyon, 2006 tarihli söz konusu bildiride, göç ve iltica kazanımı ile ilgili homojen başvuru şartlarının oluşturulmasıyla, devletlerin takdir yetkisine sınırlamalar getirilmesinin, Topluluk hukukunun tektip uygulanması sayesinde olduğunu, ancak bunun yanında IV. Başlık alanındaki ikincil mevzuatla ilgili üye devletlerde oluşan yorum farklılıkları nedeniyle Topluluk hukukunun tektip yorumunun sağlanamamasından dolayı endişelerini dile getirmiştir. Komisyon bu

²³⁷ *Ibid*, (COM (2006) 346final)

²³⁸ Report (1995), *Report of the Court of Justice on Certain Aspects of The Application of The Treaty on European Union*, (May 1995). Luxembourg

çerçevede medeni konulardaki işbirliği alanında oluşan paradoksal bir duruma örnek vererek IV. Başlık yargılamasının bir an önce normalleşmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.²³⁹

Bununla beraber diğer bir paradoksal duruma örnek de Divanın ABA VI. Başlık yargılama yetkisiyle ATA IV. Başlık yargılama yetkisi arasında yaşanmaktadır. Önceden de ifade edildiği üzere Divanın ABA VI. Başlık yargı yetkisi üye devletlerin seçimine bırakılmıştır. Bazı üye devletler bu seçimle ilgili olarak ABA 35(3)(b). maddesini kabul ettiğini bir deklarasyonla bildirerek tüm ulusal mahkemelerin Divandan ön karar talep edebilmesinin önünü açmıştır. Halbuki Topluluk yetki alanında bulunan ve üye devletlerarası uyumun daha önemli olması gerektiği düşünülen ATA IV. Başlık politikalarında ise söz konusu ön karar başvuru kısıtlaması getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle Divanın seçimlik yargı yetkisini tanıyan bazı üye devletlerde ABA VI. Başlık ÖGA politikalarıyla ilgili ulusal mahkemelere sınırlama getirilmezken Divanın ATA IV. Başlık yetkisine seçimlik hakkı getirilmemesine rağmen ulusal mahkemelere ön karar başvurusu için nihai yargı mercii olma şartı getirilmiştir.

- **AA / LA’da Yapılan Değişiklik ve Divanın Öngörülen İş Yükü:** AA ve daha sonrasında LA mevcut IV. Başlık politikalarıyla ilgili ulusal mahkemelere getirilen ön karar kısıtlamaların kaldırılması öngörülerek ulusal mahkemenin (ilk yada nihai) derecesine bakılmaksızın Divana başvurma hakkı sağlanmıştır. Bununla birlikte, önceden de ifade edildiği üzere LA 234. maddesinde bir kişinin tutukluluğunun söz konusu olması durumunda Divanın gecikmeden hareket edeceği belirtilerek Divanın kısıtlamaları kaldırılmış olan ön karar usulüyle ilgili vereceği hükmün ivedilikle verilmesi gerektiği özellikle ifade edilmiştir.

Townsend’in AA çerçevesinde Divanın ÖGA alanı kapsamında iş yükünün bir takım faktörlerden dolayı artacağı yönündeki değerlendirmesinin²⁴⁰ LA için de geçerli olduğu düşünülmektedir. Buna göre LA’ nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ATA 68. madde ile

²³⁹ *İbid*, (COM (2006)346final), s.4-5; *İbid* (Report(1995)), s..5-6.

Komisyon, COM(2006)346final no lu Bildiride ilginç bir tespitte bulunmuştur: Medeni ve ticari konularla ilgili düzenlen 1968 tarihli “Brüksel I” olarak adlandırılan sözleşmeyle ilgili Divanın 1971’den beri ön karar usulü çerçevesinde kararlar verdiği, buradaki düzenlemeye göre Divana ön karar başvurusunda bulunma hakkının en üst dereceli ulusal mahkemenin yanı sıra ulusal istinaf mahkemelerine de verildiği ifade edilmiştir. Ancak Amsterdam Antlaşmasıyla birlikte söz konusu sözleşme Topluluk tüzüğü haline getirilip ATA IV. Başlık politikasının içine alınmıştır. Bu durumda eskiden ulusal istinaf mahkemelerinin de yararlandığı ön karara başvuru hakkından, söz konusu politikanın IV. Başlığa alınmasıyla birlikte sadece nihai yargı merciiin yararlanabilmesine izin verilmiş oldu. *İbid*, (COM (2006)346final), s.7-8

²⁴⁰ Adam Townsend, (2003), a.g.m., s.6-9.

getirilen ön karar kısıtlamaları kaldırıldığında aşağıdaki nedenlerden dolayı Divanın iş yükünde artış yaşanabilir:

- Adalet Divanının ÖGA alanı ile ilgili davalarda yapacağı değerlendirmelerde referans alacağı THŞ'nin bağlayıcı bir hal alması²⁴¹ ve Birliğin AIHS'ne katılımının yasal çerçevesinin sağlanmış olması LA ile getirilen önemli bir yeniliktir. Birliğin bireylere gerek AB gerekse üçüncü ülke vatandaşlığı kapsamında getirdiği haklar ve bu hakların THŞ ile zenginleştirilmesi, söz konusu hakların sınırını ve anlamını "test etmek" isteyen davacıların mahkemelere yapacağı başvuruların artmasına neden olacağı ve bu kapsamda Divana yapılan ön karar başvuruların da artacağı değerlendirilmektedir.

- AB yargı sistemi ile mücadele eden üçüncü ülke vatandaşları yüzünden de Divanın olağan iş yükü artabilir. Bunun yanında Komisyon, yeni üye devlerin müktesebata uyumluluk konusunda çözümü gereken sorunlarla ilgili mücadele etmeye zorlayabilir. Nitekim yeni üyelerin AB hukuku konusunda daha az tecrübeli olmasından dolayı AB mahkemelerine ön karar talebi daha fazla olabilir.

- Ön karar usulünün normalleşmesi nedeniyle dava sayısında artış görülecek olmasının yanı sıra LA ile birlikte ÖGA alanındaki ortak politikaların genişlemesiyle birlikte Divanın iş yükünde de artış gözlemlenebilir. Söz konusu genişlemeyle birlikte Birliğin ÖGA alanıyla ilgili hukuk sisteminde bir süreliğine belirsizliğin hâkim olacağı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda katmanlı yetki ilkesi doğrultusunda paylaşımlı yetkinin ne şekilde düzenleneceğine dair ihtilafların çıkması muhtemeldir. LA'nın Katmanlı yetki ve Orantılılık İlkesinin Uygulanmasına Dair Protokol'ün 8. maddesinde Avrupa Birliği Adalet Divanının, kurucu antlaşmada öngörülen kurallar uyarınca yapılan yasama kararı ile ilgili olarak, subsidiarite ilkesinin ihlal edildiğine dair eylemlerle ilgili yargılama yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede Divan, ÖGA alanıyla ilgili düzenlemenin kurucu antlaşmadaki hükümler çerçevesinde Birlik kurumlarınca mı yoksa üye devletlerce mi yapılacağına dair ihtilafları çözümleyecek olması Divanın olağan iş yükünü arttıracaktır.

- Diğer bir konu da iltica politikasıyla ilgilidir. ATA 63(1). madde ile ATAD'nın, AB hukukunun uygulanması konusunda üye devletlerin mevzuatlarının 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi) 1967 tarihli Protokol ile ilgili uluslararası anlaşmalara uyumluluğunu denetleme yetkisi sağlanmıştır. ATAD'na göç ve iltica konularıyla ilgili bireysel başvuru mümkün

²⁴¹ THŞ'nin Birlik Hukuk yapısındaki etkilerinden ayrıca bahsedilecektir.

olmadığından, bireyler üye devlet mahkemelerinde koruma tedbirlerini aramaya ihtiyaç duymaktadır. ATA 68. madde ön karar usulü kapsamında değerlendirildiğinde, ulusal mahkemelerin ATA'nın yorumlanmasını talep edebileceği anlaşılmaktadır. Bu durum Cenevre Sözleşmesi ve diğer ilgili anlaşmalarla uyumlu ihtiyaçlar için de geçerlidir. Bu çerçevede, anlaşmalarda bireysel vakalarla ilgili Sözleşme'nin uygulanmasını işaret eden bir izleme organı bulunmaması yüzünden, ATAD'nın özellikle Cenevre Sözleşmesi konusunda ilgili uluslararası hukuk düzenlemelerin uygulanmasını ve yorumlanmasını gözetleyebileceği değerlendirilmektedir.²⁴²

Bununla birlikte ATA 63(1). maddede, Konseyin göçmenlerin statüsüne ilişkin 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokol ve diğer ilgili antlaşmalara uygun olarak alınacak tedbirleri kabul edeceği ifade edilmektedir. Ancak, üye devletlerin tasarruflarına karşı yapılacak denetim Topluluk hukuku faaliyet alanıyla sınırlandırılmıştır. Bu durumda IV. Başlık kapsamında AB tarafından alınan ikincil mevzuat bu kapsama girmektedir. Şayet bir üye devlet Cenevre Sözleşmesi'ne uymayan bir koruma standardı alırsa ATAD, ön karar yoluyla ulusal hukukun Topluluk mevzuatının yorumuyla bağdaşmadığına hüküm verebilir.

LA'da ise ATAD'nın ön karar kısıtlaması kaldırıldığından, durum gayet tabi ATAD'nın göç ve iltica ile ilgili yargı yükünü attıracaktır ancak, söz konusu anormal durum da üye devletlerdeki AB mevzuatı uygulamalarının hukuk alanında en yetkili kurum olan ATAD ile çakışmaması halinde giderek normalleşecektir.

3.1.2.2. İç Güvenliğin Sağlanması ve İç Güvenlik Kurumlarının Yargısal Denetimdeki Kısıtlamalar

ATA kapsamında Adalet Divanının IV. Başlık (aynı zamanda ABA VI. Başlık) yargı yetkisine getirilen ikinci istisna ise “*Adalet Divanı hiçbir halde hukukun ve düzenin korunmasına ve iç güvenliğin sağlanmasına ilişkin olarak 62(1).madde²⁴³ uyarınca alınan önlem veya kararlar hakkında karar vermeye yetkili değildir*”²⁴⁴ hükmüyle getirilmiştir. Aynı konuyla paralel olarak ABA VI. Başlık 35(5). maddesinde de Divanın bir üye devletin polisi ve diğer kolluk güçleri tarafından yürütülen faaliyetlerin geçerliliğini veya orantılılığını veya hukukun ve düzenin muhafaza edilmesine ve iç güvenliğin korunmasına

²⁴² Jörg Monar, (2008), a.g.e., s.85

²⁴³ Kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili denetim yapılmamasını öngören düzenleme.

²⁴⁴ ATA 68(2). madde

ilişkin üye devletlerin üzerlerine düşen sorumluluklarına ilişkin faaliyetlerini denetleme yetkisine sahip olmadığı ifade edilmektedir.

Bu hükümlere göre kurucu antlaşmalarda ÖGA alanıyla ilgili olarak iç güvenliğin sağlanması amacıyla alınan önlemlerin ve iç güvenlik kurumlarının Adalet Divanınca yargısal denetimini gerek I. sütunda gerekse III. sütunda kesin olarak kapsam dışında bırakıldığı söylenebilir. Divanın yargı yetkisine düzenlemeyle getirilen kısıtlama, ihlal davaları neticesinde üye devletler lehine avantajlar sağlayabilecek niteliktedir. Böylelikle aleyhine ihlal davası açılan üye devletler, iç güvenlik ve kamu düzeninin korunmasını mazeret olarak gösterebilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Komisyonun (askıya alınan) 2006 tarihli taslak düzenlemesinin ikinci bendinde şu hüküm bulunmaktaydı: “1 Ocak 2007’den itibaren geçerli olmak üzere, Schengen Müktesebatını Avrupa Birliği Çerçevesinde Bütünleştiren Protokol’ün 2(1). maddesinin üçüncü bendinin ikinci cümlesi²⁴⁵, Topluluk hukukunun uygulamalarında devam etmeyecektir” Bu hüküm ile Komisyonun taslak düzenlemede iç güvenliğe ilişkin önlemler ve kararlar doğrultusunda Divanın yargılama yetkisine getirilen sınırlamanın kaldırılması öngörülmüştü.

• **AA ve LA’daki Düzenlemeler:** Gerek AA’da gerekse LA’da iç güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına dair kısıtlamaların korunduğu görülmektedir. AA’da ÖGA alanı ile ilgili ATAD yargı yetkisinin I. sütun ön karar başvuru kısıtlamaları kaldırıldığı ifade edilmişti. Ancak AA’da ABA 35(5). madde hükümlerine benzer bir şekilde sütunlu yapının kaldırılması öngörülmüş olmasına rağmen, iç güvenlik kurumlarına getirilen Divan yargı denetimi kısıtlaması varlığını yine korumuştur. Nitekim AA III-377. maddesinde Adalet Divanının, ÖGA alanını içeren III. Başlık IV. Kısım IV. ve V. Bölüm hükümlerine ilişkin yetkilerini kullanırken, bir üye devletin polis teşkilatı veya diğer kanun uygulayıcı birimlerince yürütülen operasyonların geçerliliğini veya orantılılığını yada yasa ve düzenin sürdürülmesi ve iç güvenliğin korunmasına ilişkin üye devletlerin yükümlü oldukları sorumlulukların uygulanmasını inceleme konusunda yargılama yetkisine sahip olmadığı ifade edilmişti. *Monar*, AA I-5(1). maddede²⁴⁶ belirtildiği üzere, hukuk düzeni sağlama ve

²⁴⁵ Bu hükümlere ve Kararlara İlişkin olarak bu belirleme uyarınca ATAD, Antlaşmaların ilgili uygulanabilir hükümlerince kendisine verilen yetkileri kullanır. **İkinci Cümle:** ATAD, hukuk düzeninin ve iç güvenliğin korunmasına ilişkin önlemler ve kararlar hakkında hiçbir durumda karar verme yetkisine sahip değildir.

²⁴⁶ ATA I-5. madde: Birlik,...üye devletlerin siyasi ve anayasal ve siyasal temel yapılarının özünde var olan ulusal kimliklerine ve Anayasa karşısında üye devletlerin eşit olduğuna saygı gösterir.

iç güvenliği koruma çerçevesinde devletin temel fonksiyonlarına saygı ilkesiyle söz konusu sınırlamanın uyumlu olduğunu iddia etmektedir.²⁴⁷

Nitekim bu anlayış LA’da da devam etmiştir. LA 240 B. maddesinde Avrupa Birliği Adalet Divanının ÖGA alanında, III. Bölüm IV. Başlık IV. ve V. Kesim hükümlerine ilişkin yetkilerini icra ederken polis güçleri yada üye devletlerin diğer kolluk güçleri tarafından veya üye devletlerin asayiş ile düzenin sağlanması ve iç güvenliğin korunmasına ilişkin üstlendikleri yükümlülüklerin uygulanması çerçevesinde gerçekleştirilen operasyonların geçerliliklerini yada orantılılıklarını incelemeye yetkili olmadığı ifade edilmiştir.

3.1.3. Temel Hakların ATAD’nın Yargı Yetkisine Etkileri

Avrupa entegrasyon hareketinin başından itibaren demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarına saygının teşviki amaç olarak belirtilmiştir. ÖGA alanın ihdası için de temel haklar ve hukukun üstünlüğü ilkeleri temel teşkil etmektedir. Bu doğrultuda ABA 6. maddesinde Birliğin, üye devletlerin ortak ilkeleri olan hürriyet, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerinde kurulduğu ifade edilmiştir.

Topluluk hukuk düzeninin koruyucu olan ATAD, yargı kararlarında Birlik mevzuatının yanı sıra bireylerin temel hakları konusunda önemli bir yeri olan AİHS’ne ve AİHM kararlarına atıfta bulunmuş ve bulunmaktadır. Bu açıdan AİHS’nin Birlik hukukunda önemli bir yeri mevcuttur. Divan, Topluluk hukukunun bir kaynağı olarak AİHS’ne ilk özel atfını *Rutili*²⁴⁸ davasında yapmış ve burada, Topluluk hukukunun açık hükümlerinin AİHS’nin içerdiği genel ilkelerde temelini bulabileceğine karar vermiştir.²⁴⁹ Diğer taraftan Adalet Divanı baktığı davalarda verdiği karar çerçevesinde de bir çeşit temel haklar katalogu oluşturmuştur. Söz konusu katalogda yer alan hakları inceleyecek olursak; insan onuruna yakışır muamele, eşitlik ilkesi, ayırım yapmama ve eşit muamele ilkesi, mülkiyet hakkı, serbest dolaşım hakkı, dernek kurma hakkı, din ve inanç

Ülkenin toprak bütünlüğünün garanti altına alınması ile hukuk ve düzenin korunması ve iç güvenliğin sağlanmasını da içeren temel ülke işlevlerine saygı gösterir.

²⁴⁷ Jörg Monar, ‘A New “Area of Freedom, Security and Justice” for the Enlarged EU? The Results of the European Convention’, in: Henderson, K., *The Area of Freedom, Security and Justice in the Enlarged Europe*, (Hampshire, Palgrave MacMillan, 2005)s.129’dan aktaran Jorrit J. Rijpma ve Marise Cremona, (2007), a.g.m., s.7

²⁴⁸ Dava C-36/75, (1975), *Rutili v. Minister for the Interior*, (1975 ECR 1219)

²⁴⁹ Divanın verdiği dava kararlarında pek çok kez AİHS’ne atıf yapmıştır. Çalışmada incelenen davalardan birinde de yapılan bu atıf hakkında tartışılacaktır.

özgürlüğü, özel hayatın korunması, aile hayatının korunması, adil yargılama ve etkin adli himaye hakkı, savunma hakkı, ceza hükümlerinin geriye yürümezliği ilkesi, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, mesken dokunulmazlığı, fikir ve yayın özgürlüğü, tıbbi sırların korunması, meslek seçme özgürlüğü, ticaret özgürlüğü, rekabet özgürlüğü, hukuksal güvenlik ilkesi gibi temel haklar olarak sayılabilecek hakların yanı sıra sosyal haklarla ilgili konulara da atıf yapıldığı görülmüştür.²⁵⁰

İlerleyen yıllar içinde temel haklarla ilgili Birlik hukukundaki eksikliği gidermek üzere Birliğin AİHS'ne taraf olup olamayacağı gündeme gelmiş ve bu Sözleşmeye taraf olmanın Kurucu Antlaşmaya uygun olup olmayacağı konusunda Divandan görüş talebinde bulunulmuş ancak Divan, 1996 tarihli 2/94 sayılı cevabi kararında AB'nin bu çerçevede adım atma yetkisinin bulunmadığı ifade etmiştir.²⁵¹

Diğer taraftan, Birliğin AİHS'ne taraf olmaması ve Birlik düzenlemelerinde temel hakların başlı başına kodifiye edilmemesi Birlik hukukunda temel haklarla ilgili düzenlemenin var olmadığını da aslında göstermemektedir. Nitekim kurucu antlaşmalarda temel haklarla doğrudan ilgili olan düzenlemelerin yer alması, ATAD'nın verdiği yargı kararı sonucunda kendi temel haklar katalogunu oluşturması, Divanın AİHS'ne atıf yaptığı yargı kararlarının bulunması ve bununla birlikte Maastricht Antlaşması ile tesis edilen Birlik vatandaşlığı kavramıyla ilgili temel hakları çerçeveleyen düzenlemelerin yapılması Birliğin pozitif hukukunda zaten temel hakların olduğunu göstermektedir.

AB'de THŞ ile ilgili ilk somut çalışmalar 1999 yılında başlamış olup ayın yıl Avrupa Konseyi Köln Zirvesi'nde geniş bir katılımı ile oluşturulan bir heyet 2000 yılının sonuna kadar THŞ'nı oluşturmak üzere görevlendirilmiştir.²⁵² Söz konusu heyetin çalışmaları bittikten sonra Aralık 2000'de Nice'de THŞ kabul edilmiştir. Böylelikle AB'nin kendi THŞ vasıtasıyla objektif bir Avrupa değerler düzeninin mevcudiyeti sağlanmıştır. Birliğin kabul ettiği THŞ, AİHS'de yer alan haklara ilave olarak, medeni ve siyasi hakların yanı sıra, sosyal ve ekonomik hakları da içermektedir.²⁵³ Bu yönüyle daha geniş kapsamlı hakları ihtiva ettiği söylenebilir. THŞ'nın kodifiye edilmesiyle AB vatandaşlarına (ve yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarına) Brüksel kararına karşı kendilerini koruma şansı tanınmıştır.

²⁵⁰ Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e., s.205-207

²⁵¹ Ercüment Tezcan, (2002), a.g.e., s.240-242

²⁵² Aynı usul daha sonra AA hazırlama çalışmalarında da denenmiştir.

²⁵³ Füsün Arsava, (2003), "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:3 No:1 ss.1-17, s.3-5

Ancak diğer taraftan THŞ'nin hukuki statüsü ile ilgili metnin hazırlanış aşamasından kabulünde ve daha sonrasında politik bir bildiri mi yoksa bağlayıcı bir doküman mı olduğu tartışma konusu olmuştur. Tartışmalar özellikle işletme özgürlüğünün tanınması, mülkiyet hakkı, sığınma hakkı (bu hak tüm üye devletlerin iradesine uygun olarak formüle edişine göre AB'de bireysel sığınma hakkına yol açmayacaktır), kanun önünde eşitlik, işletmelerde işçilerin bilgilendirilme ve dinlenme hakkı, grev hakkı, çalışma hakkı gibi konu başlıklarında yoğunlaşmıştı.²⁵⁴

THŞ'nin bağlayıcılığı konusunda ulusal egemenlik hakkının AB'ne tevdi edilmesine karşı en şiddetli duruşu gösteren Birleşik Krallık'da, AA'nın içinde yer alan THŞ ile ilgili ciddi tartışmalar yapılmıştır. Nitekim Birleşik Krallık'da yapılan değerlendirmelerde THŞ'nin, Brüksel'e yeni yetki tevdi edilmesi anlamına gelmediği ve ATAD'nın karar alma esnasında THŞ'na atıfta bulunmasının İngiliz mahkemelerini nakzetsmeyeceği görüşü desteklenmiştir. İlk zamanlarda İngiliz politikacılarca THŞ, politik bir beyan olarak mevcut hakların “makyajlanması” çerçevesinde değerlendirilmiştir. İngiliz hükümetince muhalif çerçevelerin baskısı sonucunda THŞ'nin, ulusal mahkemeleri bağlamasına yönelik olarak yapılacak bir düzenlemenin Birliğin tüm üyelerinin oybirliği ile geçmesi gerektiğinden, Aralık 2001'de yapılacak Nice Zirvesinde şartın veto edilebileceği dönemin hükümet sözcüsü *Campell* tarafından ifade etmiştir.²⁵⁵ Bu tartışmalar ışığında 2000 yılında THŞ bağlayıcı bir metin olmaksızın kabul edilmiştir.

İlerleyen yıllarda AA hazırlama çalışmalarında THŞ'nin hukuki statüsünün nasıl düzenleneceği ve ne ölçüde bağlayıcı olacağı tekrar gündeme geldi. Dönemin Avrupa Parlamentosu başkanı *Nicole Fontaine*, söz konusu THŞ'nin yasal durumunun tanımlanması gerektiğini ve Birlik kurumlarının çok fazla yetki kazanmasından endişelenenlere güvence vermek için bundan daha iyi bir hesabın yapılamayacağını ifade etmiştir.

Nitekim AA'yı düzenleyen Anayasa Kovansiyonu THŞ metnini “bağlayıcı” olarak ele almıştı. Avrupa Komisyonu Başkanı *Romano Prodi* de BBC radyo'da katıldığı programda Konvansiyonun yaptığı çalışmalara işaret ederek THŞ ile ilgili gelen soru üzerine “sanırım bağlayıcı olacak” şeklinde cevap vermiştir.

Tıpkı Birleşik Krallıktaki hükümet muhaliflerinin şiddetli eleştirilerde bulunması gibi Danimarka ve İrlanda'da muhalefet liderleri THŞ'nin ulusal egemenliğin gizlice

²⁵⁴ Füsün Arsava, (2003), a.g.m., s.10

²⁵⁵ <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1370340/European-summit-Charter-on-rights-no-more-binding-than-the-Beano.html> (Er.Tar.:02.07.2009)

Brüksel'e geçirilme çabası şeklinde yorumlamışlardır. Nitekim Avrupa'da muhalif kamuoyunca "Truva atı" olarak değerlendirilen THŞ ile ilgili toplumsal mutabakat eksikliği²⁵⁶ hiç şüphesiz AA'nın yürürlüğe girememesinin en önemli nedenlerinden biridir.

3.1.3.1. AA ve LA'da Temel Haklar Şartı ve ATAD

AA'nın II. Bölümünde ele alınan THŞ'nin kurucu antlaşmaya dahil olmasıyla ve bunun yanında AA I-9.maddesiyle Birliğin AİHS'ne dahil olmasının önü açılmasıyla AB çatısı altında temel haklarla ilgili üye devletlerin ve Birlik kurumlarının yasal yükümlülükleri ve taahhütleri daha açık bir hale getirilmişti.

AA metni, AB kurumsal yapısının "haklar" üzerinde önemle durmasını sağlamış olmasına rağmen bazı üye devletlerin taslak metinde değişikliğe gidilmesiyle yaptıkları ısrar sonucu nihai metnin, Antlaşma'nın yürürlüğe girmesinden sonra bazı noktaların belirsiz kalmasına neden olmuştur. Bu belirsizlik, özellikle AA'da yer alan "hakların" nasıl yorumlanacağını daha da önemli hale getirmişti. Bu durum özellikle, hukuki anlaşmazlıklarda su yüzüne çıkacağından ATAD'nın "hakları" nasıl yorumlayacağı merak konusu olmuştu.²⁵⁷

Diğer taraftan, AA ile ÖGA alanında THŞ'nin bağlayıcı bir metne dönüşmesinin ayrı bir önemi vardı. Nitekim THŞ kabul edilmeksizin AB'de yürürlükteki bir takım düzenlemeler ve Divanın yargı kararları neticesinde kodifiye edilmemiş temel haklar mevcut olmasına rağmen, ÖGA alanında yapılacak düzenlemelerin uygunluğunun denetlenmesi açısından bağlayıcı olmayan bir metnin bulunması hukuki açıdan yetersizlikler göstermekteydi. Mesela, AA'da göç ve iltica politikasında çok büyük değişiklikler yapılmamasına rağmen, Adalet Divanının ÖGA politikalarını THŞ kapsamında değerlendirecek olması ve haklarla ilgili yapacağı yorumlamalar yapabilecek olması, dikkatleri tekrar THŞ'nin hukuki statüsüne çekmiş olup beraberinde önemli bir tartışma konusu olmuştu.²⁵⁸

Nitekim THŞ daha bağlayıcı olmadan, göç ve iltica konusunda Topluluk düzenlemeleri çerçevesinde kabul edilen temel haklarla ilgili ilkelerin uygulanması, ATA IV. Başlık alanında bir takım davaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Örneğin, Avrupa Parlamentosu ATA'DA AİHS 8. maddede bulunan aile hayatına saygı ilkesi ile aykırı

²⁵⁶ <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1230340/European-summit-Charter-on-rights-no-more-bin-fing-than-the-Beano.html> (Er.Tar.:02.07.2009)

²⁵⁷ Adam Townsend, (2003),a.g.m.,s.4

²⁵⁸ Elspeth Guild, (2004), "The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 6, No. 4, ss.381-395

olduğu düşünölen aile birleşimi direktifi hükümlerini zayıflatmak üzere dava açmıştır. Söz konusu dava ve Divanın konuya yaklaşımı bir sonraki kısımda ayrıntılarıyla incelenecektir.

Diğer taraftan, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, mülteciler için yargılama yöntemine ait standartların asgari yeterliliği hakkındaki direktif teklifinin, 1951 tarihli Mültecilerin Statüsü Hakkındaki BM Sözleşmesi ve 1967 tarihli ilgili protokol ile sağlanan hükümlerin asgari şartları karşılamadığı gerekçesiyle acilen geri çekilmesini istemiştir.²⁵⁹

Hiç şüphesiz, AA'nın kabul edilmemesinin önemli sonuçlarından biri olarak Divan, THŞ'na bağılı yargılama yetkisini kaybetmişti. ÖGA alanının kapsadığı hassas konuların Avrupa normu olarak THŞ ile birleştirilmiş güçlü bir yasal çerçeveye oturtulması bireylere verilen haklar çevresinde büyük bir önem arz etmektedir.

Nitekim 2.Dünya Savaşından bu yana Avrupa'da bireylerin mahkeme önünde temel haklarının sağlanması temelindeki sistemin gelişimi, merkezi demokrasi ve istikrarı sağlamaktadır. Üye devletlerin anayasa geleneğinin temel ögesi olarak vatandaşların adli himaye altına alınması, özgürlöklere ve haklara yönelik ihlallere karşı en alınacak önemli tedbirdir.²⁶⁰

ATA 234. Madde usulünün ATA IV. Başlıkta normalleşmesi için 2006 yılında ATA'da tadil yapılmasını teklif Komisyon şu noktaların altını çizmiştir²⁶¹:

AT Antlaşmasının 68.maddesinde uyumun gerçekleşmemesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili muhtemel sonuçları merak edilmektedir. Öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, üye devletleri, direkt olarak Sözleşmenin, Topluluğun birincil mevzuatından kaynaklanan herhangi bir ihlali durumunda müşterek sorumluluğunu kontrol altında tutmaktadır.²⁶²

Bunun yanında, AİHM, Birlik Kurumların eylemleri bakımından Sözleşme mekanizmasıyla sağlanan tedbirlere “eşdeğer” olan Topluluk hukuku tarafından takdim edilen temel hakların korunmasını göz önüne almıştır, ancak bu eşitlik, Adalet Divanının yargı yetkisinin Kurucu Antlaşmanın olağan hükümlerine dönüştürölmesi şartıyla sağlanabilir.²⁶³

Bu ifadelerden AİHM'nin, AİHS ile sağlanan temel haklar çerçevesindeki adli himayenin Birlik hukukunda öngörölün temel haklarla “eşdeğer” etkiye sahip olabilmesi için, öncelikle Adalet Divanı'nın ATA IV. Başlık altındaki yargı yetkisi kısıtlamalarının kaldırılması gerektiğini değerlendirdiği anlaşılmıştır.

²⁵⁹ Council of the European Union, (2004), *Amended Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in the Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, (2000/0238 (CNS), 14203/04, Asile 64, 09.11.2004). Brussels.

²⁶⁰ Elspeth Guild ve Sergio Carrera, (2005), a.g.m., s.8

²⁶¹ COM (2006)346final, s.6-7

²⁶² *Ibid*, 18.02.1999 Matthews v. United Kingdom (Başvuru No 24833/94).

²⁶³ *Ibid*, 30.06.2005 *Bosphorus v. Ireland* (Başvuru No 45036/98), 96–99. ve 160–165. bent

LA'daki THŞ ile ilgili düzenlemelere bakacak olursak, THŞ metninin AA'da olduğu gibi kurucu antlaşmanın içinde olmasa da kurucu antlaşma ile aynı yasal bir statüyü kazanmış ve Adalet Divanı'nın THŞ'nı yorumlama sınırları belirlenmiş olduğu anlaşılabacaktır²⁶⁴. Belirlenen bu sınıra göre THŞ, subsidiarite ilkesi çerçevesinde üye devletlerin ve Birlik kurumlarının yalnızca Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneliktir.²⁶⁵Bununla birlikte LA'na ekli "ABA 6(2). Madde Bağlamında Birliğin İnsan Haklarının Korunması ve AİHS'ne Katılımı Hakkında Protokol" ile Birliğin Sözleşmeye taraf olmasının önü açılmıştır.

Ancak diğer taraftan, THŞ'nın Birliğin siyasi gündeminde ilk konuşulduğu ve daha sonrasında AA içinde yer almasından dolayı yoğun tartışmaların yaşandığı Birleşik Krallık ve 2004 sonrası üye olan Polonya, THŞ'na çekince koyarak tıpkı Schengen müktesebatı gibi THŞ alanında da AB'nin içinde asimetrinin oluşmasına neden olmuşlardır. LA'na ekli "THŞ'nın Polonya ve Birleşik Krallığa Uygulanması Hakkındaki Protokol"'e göre Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, söz konusu devletlerin mahkemelerinin yetkilerini, yasalarını, faaliyetlerini, temel haklar özgürlükler ve ilkeler ile tutarsız olduğunu tespit edecek şekilde yorumlayamayacağı ve THŞ'nın özellikle IV. Başlığının (Dayanışma başlığı altında işçi hakları ifade edilmektedir) bu devletlerin iç hukukunda öngörülmeleyen bir şekilde hiçbir hak oluşturmayaacağı ifade edilmiştir. Birleşik Krallığın THŞ ile ilgili geçmişten gelen iç politika tartışmaları da göz önünde bulundurulursa LA'da böyle bir protokolün olması hiç de sürpriz olmamıştır.

Sonuç olarak, LA ile THŞ'nın bağlayıcılık kazanması ve Birliğin AİHS'ne katılımı oldukça müspet bir gelişmedir. Bu yeniliklerin Divanın ÖGA alanındaki yargılamalarında nasıl bir yorum doğuracağı da ileride ortaya çıkacaktır.

3.2. DAVA ÖRNEKLERİ VE ATAD'NIN YAKLAŞIMLARI

Bu kısımda Adalet Divanının yargılamalarına örnekler verilerek Divanın ÖGA alanındaki politikalara yaklaşımının nasıl olduğu ve LA' nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ÖGA alanı politikalarıyla ilgili yaklaşımda nelerin değişebileceği tartışılacaktır. Verilen dava örneklerinin bazıları Birliğin diğer politikalarıyla ilgili olsa da bazen tarafların iddiasında

²⁶⁴ LA ile konsolide edilen ABA'da şöyle hükmedilmektedir: 12 Aralık 2007'da Strazburg'da kabul edildiği biçimiyle Birlik, 07.12.2000 tarihli THŞ'da belirtilen haklar, özgürlükler ve ilkeleri Kurucu Antlaşma ile aynı hukuki etki doğuracak şekilde tanır. THŞ hükümleri kurucu antlaşmada öngörülen alanların dışına genişletilerek yorumlanamaz. THŞ'da ifade edilen haklar, özgürlükler ve ilkeler Şartın VII. Bölümündeki Genel İlkelerle uygun olarak yorumlanacaktır.

²⁶⁵ AB THŞ VII. Bölüm Genel Hükümler Kapsam

bazen de Divanın ilgili hükümlerinde ÖGA alanıyla olan ilişkiler tespit edilmiş olduğundan dava incelemeleri geniş kapsamda tutularak Divanın ATA IV. Başlık ve ÖGA alanının geneliyle ilgili tutumu değerlendirilecektir.

3.2.1. ÖGA Alanı-Birlik Vatandaşlığı İlişkisi ve ATAD

ATAD, iç pazar ve Birlik vatandaşlığının ÖGA alanı politikalarıyla olan bağlantılarını kurarak AT hedeflerinin gerçekleştirilmesine ışık tutmaktadır. C-378/97 no lu *Wijzenbeek*²⁶⁶ davasında söz konusu bağlantıyı vurgulamıştır. Bir Hollanda vatandaşı (aynı zamanda Avrupa Parlamentosu üyesi olan) ile ilgili bu davada söz konusu şahıs, iç pazarın teorik olarak tamamlanmasından ve Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra Strazburg'dan Hollanda'ya girişte seyahat belgesi göstermeyi reddetmiştir. Wijzenbeek, ATA-14. madde (iddia edilen tarihteki Antlaşma numarasıyla 7a) çerçevesinde iç pazar kurulumunun tamamlandığını ve ATA- 18. maddeyle²⁶⁷ (iddia edilen tarihteki Antlaşma numarasıyla 8a) kurulan Birlik vatandaşlığının böyle bir belgenin taşınmasını reddettiğini iddia etmiştir. Bu çerçevede ilgili Hollanda mahkemesi tarafından Divan'a söz konusu antlaşma hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olup olmadığı ve üye devletlerarası bir uyumlaştırma düzenlemesine ihtiyaç duyulup duyulmadığı konusunda ön karar usulü ile başvuruda bulunmuştur. Divan ise şu tespitlerde bulunmuştur:

Dava konusunun olduğu tarihte üye devletlerin Topluluk dış sınır geçişleri, göç, vize verme, iltica ve bu çerçevedeki bilgi paylaşımıyla ilgili konuları hükmeden ulusal yasalarının uyumlaştırılmış düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle Topluluğun dış sınırlarındaki kontrollerle ilgili Topluluk hükümleri kabul edilmedikçe Üye Devletler, Topluluğun iç sınırlarında da dahil olmak üzere kişilerin kimlik ve seyahat belgelerini kontrol etme hakkını bulunduracaklardır.²⁶⁸

Diğer taraftan, ÖGA alanının ihdasına yönelik müteakip çalışmalar ve temel bağlayıcı yasal metinlerin tedrici olarak kabul edilmesinden sonra ATAD'nın söz konusu yargı kararının tersine kararlar verdiği de görülmüştür. Son zamanlardaki yargı kararlarında Adalet Divanı “Birlik vatandaşlığının üye devletlerin vatandaşlarının temel statüsü olarak tahsis edildiğini” vurgulamakta ve söz konusu otonom hakkın doğrudan vatandaşlık yoluyla çıktığını belirtmektedir.

²⁶⁶ Dava C-378/97, (1999), *Florus Ariël Wijzenbeek*

²⁶⁷ ATA 18. madde: Bütün Birlik vatandaşları, bu Antlaşmada ve uygulanması ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlamalar ve koşullar saklı kalmak kaydı ile, üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşmak ve ikamet etmek hakkına sahiptir.

²⁶⁸ Dava C-378/97, 43. bent

ATA 17(1). maddede AB vatandaşlığının tamamlayıcı olduğu ifadesi, AB vatandaşlığının yasal statüsünün türetilmiş bir yapıda olduğunu göstermektedir. AB vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığın yerine geçmemekle birlikte ulusal vatandaşlığı tamamlar. AB vatandaşlığı ile oluşturulan yasal statü, uyrukluğun geleneksel gelişiminin ötesinde, sınır aşan bir formatta gelişmesine neden olmaktadır. Birlik içindeki hareketlilik kazanımı, süjelere Avrupa vatandaşlığı çerçevesinde haklar ve özgürlükler kazandıran bağlayıcı bir unsur oluşturur. ATAD, Avrupa vatandaşlığının ihdası açısından AB vatandaşlığı statüsünü *ratione materiae* (konu yönünden inceleme yetkisi) ve *ratione personae* (şahıs yönünden inceleme yetkisi) olarak ele almış ve önemli müdahaleler ve proaktif yorumlarda bulunmuştur. Bu çerçevede AB vatandaşlığının yargı yetkisi kapsamındaki statüsü ve kurucu antlaşmalarla sağlanan özgürlük ve haklar tedrici olarak Avrupa vatandaşlığının sınırlarını genişletmektedir.²⁶⁹

Bu kapsamda Divan, üye devletlerin münhasır yetkileri altında bulunan uyruklukla ilgili konular hakkındaki klasik tanımlarla da mücadele etmiştir. Divanın çeşitli davalarda verdiği hükümlerde uyrukluk ve vatandaşlık tanımlamalarıyla ilgili ulus devlet otonomisi ile mücadele ettiği ve bu otonomiye tedrici olarak aşındırdığı gözlemlenmektedir. ATAD vatandaşlık ile ilgili davalarda Topluluk hukukuna uygunluğun ve eşit muamele ilkelerine vurgu yapmıştır. Ulusal vatandaşlık hukukunda “Topluluk hukukunun önceliği” ilkesi çalışmamızın I. Bölümünde de ifade edilen nedenlerden dolayı sınırlı kalsa da, ulusal mahkemelerin Topluluk mahkemeleri ile ilişkileri ve Avrupa vatandaşlığı ile verilen haklar, ulusal mahkemelerin geleneksel gücünü sınırlamaktadır.²⁷⁰ Bu çerçevede AB hukukunun temel prensipleri, temel dayanak noktası olarak önem kazanmaktadır. Diğer taraftan Birliğin ikincil mevzuatlarında hazırlanan düzenlemeler, Birliğin geleneksel supranasyonel salt ekonomik pazar eksenli işleyişten çıkmasına neden olmaktadır.

Nitekim Divanın ilerleyen yıllarda verdiği *Outlane*²⁷¹ davasında AB vatandaşlığı konusuyla paralel olarak, iç pazarın gelişimiyle ilgili ilerleyen aşamalar sayesinde, Birlik vatandaşının geçerli pasaport yada kimlik kartının sunulmasına bağlı olmayarak, ilgili

²⁶⁹ Sergio Carrera ve Massimo Merlino, (2009), “State of the Art on the Eutopean Court of Justice and Enacting Citizenship”, *Centre for European Policy Studies*, April 2009, ss.1-96, s.2-5

²⁷⁰ De Groot, G.R. (2003), ‘Loss of Nationality. A Critical Inventory’, in D. A. Martin and K.Hailbronner(eds), *Rights and Duties of Dual Nationals. Evolution and Prospects*, Kluwer Law International: The Hague, pp. 201-299’den aktaran Sergio Carrera ve Massimo Merlino, (2009), a.g.m., s.6

²⁷¹ Dava C-215/03, (2005), *Oulane*

şahsın kimliğinin başka vasıtalarla kanıtlanabilmesi durumunda, başka bir üye devlette geçerli olduğunu değerlendirmiştir.²⁷²

LA 2(2). maddede Birliğin iç pazar kuracağı işaret edilmekte ve bu alanda dahili sınırların olmaması ve kişilerin serbest dolaşımının sağlanması öngörülmektedir. Tabii ki söz konusu hakların sağlanması için sınır kontrolleri, iltica, göç ve suçla mücadele tedbirlerinin alınması gerekmektedir. Nitekim ÖGA alanındaki işbirliği ve ortak politikaların hayata geçirilmesinden sonra Birlikte bir iç pazar oluşumundan söz edilebildiğinden iç pazar hedefi ve Birlik vatandaşlığına verilen haklar, adalet ve içişleri politikalarının oluşumunda doğrudan etki eden unsurlardır. Adalet Divanı da bu söz konusu politikaların gelişimine göre yargı kararlarını şekillendirmektedir.

3.2.2. Birinci Sütunda Ceza Hukuku Düzenlenebilir mi?

Komisyonun Konseye karşı açtığı *Çevre ile ilgili müeyyideler*²⁷³ davasında Komisyon, ABA VI. Başlık kapsamında düzenlenen 2003/80 sayılı ceza hukuku yoluyla çevrenin korunması hakkındaki çerçeve kararın, Topluluğa verilen ATA 175. maddeye (Çevre politikası) dayalı yetkiye zarar verdiğini iddia etmiştir. Buna göre, söz konusu çerçeve kararın hükümleri bölünemediğinden, ABA 47. madde ihlal edilmektedir. Bu kapsamda, çevrenin korunması için yetkili ulusal makamlar tarafından etkin, orantılı ve caydırıcı cezaların uygulanmasına yönelik kuralları sağlamak üzere üye devletlerin ceza yasalarıyla ilgili yapılan söz konusu düzenleme, Topluluk yetki alanına girmemektedir. Nitekim ATA 135. maddede düzenlenen gümrük işbirliği ve ATA 280(4) maddede düzenlenen Topluluğun mali menfaatlerinin korunması üye devletlere saklı tutulmuştur. Söz konusu Antlaşma maddelerinin sonunda “...*Bu önlemler ulusa ceza hukuku veya ulusal adliye yöntemleriyle ilgili olamaz*” ifadesi yer almıştır.

Ancak Divan, verdiği hükümde, müdahil devletlerin görüşünün de aksine (Bu davaya Danimarka, Almanya, Yunanistan, İspanya, Fransa, İrlanda, Hollanda, Portekiz, Finlandiya, İsveç, Birleşik Krallık olmak üzere 11 Üye Devlet müdahil olmuştu)

²⁷² V. Hatzopoulos ‘A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon’ (2005) CMLrev 1599-1635’den aktaran Vassilis, Hatzopoulos, (2007), a.g.m., s.3

²⁷³ Dava C-176/03, (2005), *Commission v. Council*

Antlaşmanın amaçlarına ulaşılabilmesi için ceza yasasının sınırlı olarak uyumlaştırılmasının I. sütun tasarrufu olarak düzenlenebileceğine hükmetmiştir.²⁷⁴

Aslında söz konusu yargılamanın ÖGA alanıyla doğrudan bir bağlantısı yoktur. Ancak bu yargılamayla verilen kararlar ceza yasalarıyla ilgili doğrudan I.sütun düzenlemesinin de yer alabileceği anlamı çıkmaktadır. Diğer taraftan Divana gelen dava konusu, çevre ile ilgili müeyyideler olmayıp da klasik ceza hukukunu ilgilendiren bir konu olsaydı Divanın, böyle bir düzenlemenin Topluluk politikalarıyla uygun olduğunu ifade etmesinin daha güç olacağı değerlendirilmektedir.

Öte yandan, LA ile birlikte oluşturulan ortak göç politikası çerçevesinde insan kaçakçılığı konusu LA 63(a)1. maddeye taşındığını ifade etmiştik. Buna göre Lizbon'da insan kaçakçılığı konusu 5. Kısımda (Polis İşbirliği) değil, ortak göç politikası kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumunda (şu andaki terminoloji ile) Divanın III. sütun yetki alanının, geçici hükümlerde ön görülen 5 yıllık süre sonunda ileride katmanlı yetki ilkesi kapsamında Birlik yetki alanına aktarıldığı ölçüde Divanın yargı yetkisinin de insan kaçakçılığı konusunda ceza hukuku alanındaki uyum çerçevesinde genişleyebileceği düşünülebilir.

3.2.3. Havalimanı Transit Vizesi Davası: III. Sütun mu I.Sütun mu?

Yukarıda belirtilen *Çevre ile ilgili müeyyideler* davasında Divan, III. sütun ile bağlantılı bir düzenleme yapılmaksızın I. sütun düzenlemelerinin ceza hukuku düzenlemelerini içerebileceğini değerlendirmişti. Bu davada ise Divanın bir anlamda III. sütun alanını I.sütunu dikkate almadan genişleten bir önceki davada verdiği kararın tersine aldığı bir karar olarak değerlendirilmektedir.

*Komisyon v. Konsey, Havalimanı transit vizesi*²⁷⁵ davasında Komisyon, Konseyin hava transit vizesi ile ilgili olarak kabul ettiği 96/197/JHA sayılı ortak eyleme iptal davası açmıştır. Bu davada Avrupa Parlamentosu, davacı olan Komisyona müdahil olmuş davalı Konseye ise Danimarka, Fransa, Birleşik Krallık müdahil olmuştur. Konseyin söz konusu düzenlemenin III. sütun düzenlemesi olarak değil I. sütunda düzenlenmesi gerektiğini ifade eden Komisyon, ilgili yargı kararında şöyle beyanda bulunmuştur: “*Komisyonca*

²⁷⁴ Dava C-176/03, (2005), *Commission v. Council*, 52. bent

²⁷⁵ Dava C-170/96, (1998), *Commission v. Council*

*Mahkemeye yapılan söz konusu müracaat kapsamında, itiraz edilen düzenlemenin Konsey tarafından ABA (eski madde) K.3(2)(b) çerçevesinde kabul edilmesi, (eski madde) ATA 100c. maddesini ihlal etmektedir.*²⁷⁶ ATA 100c. maddesi şöyledir:

1.) Konsey, Komisyon'un teklifiyle Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra oybirliği ile üye devletlerin dış sınırlarından geçişte hangi üçüncü ülkelerin vatandaşlarının vizeye tabi olduğunu belirler.

...

3.) 1 Ocak 1996'dan itibaren Konsey 1. bentte ifade edilen kararları, Komisyonun teklifi üzerine Parlamento'ya danışarak nitelikli oy çokluğu ile alır, tektip vize formatı ile ilgili tedbirleri kabul eder.

Komisyon söz konusu düzenlemenin kişilerin serbest dolaşımıyla doğrudan ilgili olduğunu iddia ederek bu düzenlemenin Topluluk alanında düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁷ Divan, ilgili yargı kararının 30 ila 33. bendinde hava alanı transit vizesinin, üçüncü ülkeden uçakla gelip üye devletlerin hava alanında başka üçüncü ülkeye gitmek üzere bekleyen belirli yolcular için düzenlendiği ifade edilmektedir. Buna göre söz konusu şart, 96/197/JHA sayılı ortak eylemin 1. maddesinde belirtilen uluslararası antlaşma Chicago Uluslararası Havacılık Sözleşmesi'nin Ek-9. maddesinde belirtilen istisnalar doğrultusunda uluslararası alanda kalıp üye devlet toprağına giriş yetkisi verilmeyecek olan kişiler için geçerlidir.²⁷⁸ Bu çerçevede Divan, hava alanı transit bölgelerinin üçüncü ülke vatandaşlarına üye devletlerin dış sınırından girişlerine izin yetkisi vermediğinden, bu düzenlemenin Topluluk düzenlemesi olarak yapılması gerekliliğinin bulunmadığını iddia etmiş ve Komisyonun iddiasını böylelikle reddetmiştir.

Ancak daha sonraki yıllarda hava alanı transit vizesi ile ilgili Topluluk yetki alanında da düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu ortak eylemden daha sonra çıkarılan ve bir Topluluk Tüzüğü olan "Konsolosluk ve Diplomatik Temsilcilikler İçin Ortak Konsolosluk Talimatları"nın 2.1.1. Maddesinde Hava alanı transit vize için: *"Bu vize, hamili olan yabancılara gerçek anlamda ülke topraklarına giriş sayılmayan iki uluslararası uçuş arasındaki kısa süreli bekleme süresi boyunca havaalanların transit alanından geçiş hakkını sağlar. Bu vize şartı... transit alandan vizesiz geçişin bir istisnasıdır. Ek-3'de listelenen ülkelerin vatandaşları"*²⁷⁹ ve bu ülkelerin gerçekte vatandaşı olmayan ancak bu

²⁷⁶ *Ibid*, 9. bent

²⁷⁷ *Ibid*, 19. bent

²⁷⁸ 96/197/JHA Sayılı Ortak Eylemin ekinde hava alanı transit vize şartı koşulan ülkeler Afganistan, Etiyopya, Eritre, Gana, Irak, İran, Nijerya, Somali, Sri Lanka ve Zaire olarak belirtilmiştir.

²⁷⁹ 2002/C/313/01 Sayılı Konsolosluk ve Diplomatik Temsilcilikler İçin Ortak Konsolosluk Talimatları Tüzüğü'nün Ek-3'ünde belirtilen hava alanı vize şartı koşulan ülkeler; Afganistan, Bangladeş, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Eritre, Gana, İran, Irak, Nijerya, Pakistan, Somali ve Sri Lanka olarak belirtilmiştir.

ülkelerin yetkililerince verilen seyahat belgelerine sahip olan şahıslardan bu tür vize alma şartı koşulur” şeklinde bir tarif yapılmıştır. Böylelikle Adalet Divanı’nın bundan sonra yapacağı yorumlarda, hava alanı uluslararası transit bölgenin Topluluk yetki alanına girmediğinden hareketle bir sonuç ortaya çıkarılmayacaktır.

3.2.4. III. Sütun Düzenlemeleri Doğrudan Etki Doğurur mu?

Literatürde III. sütun çerçeve kararının doğrudan etkisi olmamasının istisnası ile ilgili *Puppino*²⁸⁰ davasına atıf yapıldığı görülmüştür. Bu yüzden söz konusu dava, çerçeve kararların üye devletlerin iç hukuka aktarımının hukuki etkisi bakımından somut bulgular ortaya çıkardığından önem arz etmektedir. Söz konusu davada ulusal ceza hukuku-AB çerçeve kararı uyumsuzluğu üzerine İtalyan Mahkemesinin (Tribunale di Firenze) ön karar başvurusuyla Divan tarafından inceleme başlatılmış olup davaya, Birlik kurumlarının haricinde 7 üye devlet de müdahil olmuştur.

Davaya konu olan ve kreş öğretmeni olarak çalışan Bayan *Puppino*, sorumluluğundaki 5 yaşından küçük çocuklara İtalyan Ceza yasalarına göre suç teşkil eden kötü muamelelerde²⁸¹ bulunduğu tespit edilmiştir. Davada, belirtilen 15 Mart 2001 tarihli 2001/220/JHA çerçeve kararda, savunmasız suç mağdurlarının ceza usullündeki korunma hükümleri ihtiva etmektedir.²⁸² Savunmasız suç mağdurlarının korunmasına dair benzer hükümler İtalyan Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’nda (Codice di procedura 392. ve 398. maddeler) da bulunmasına rağmen söz konusu çerçeve karara nazaran daha sınırlayıcı ve dava konusu duruma uygun düşmemektedir. 2001/220/JHA sayılı çerçeve karar savunmasız suç mağdurlarını geniş kapsamda değerlendirmesine rağmen İtalyan Ceza Muhakemesi Usul Kanunu, savunmasız suç mağdurlarını tarif ederken, çok küçük yaştaki çocukları tanımlamamakta olup daha çok, mağdurun mahkemeye çıkmasına engel teşkil edecek şekilde hastalıklı olması veya engelli olması, tehdit altında olması yada çeşitli şartlar altında cinsel saldırıya maruz kalmış olması gibi durumları ifade etmiştir.

Burada İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yorumunun çerçeve karara uygun düşmesi için genişletilip genişletilemeyeceği Divan’a sorulmuştur. Kaldı ki ABA 34(b). maddesine göre çerçeve kararların doğrudan etkisi bulunamamaktadır. Ancak Divan, bu

²⁸⁰ Dava C-105/03, (2005), *Maria Pupino*

²⁸¹ Çocuklara yatıştırıcı ilaç verip ağızlarını bantlama, dövme, tuvalet ihtiyacına göndermeme vs.

²⁸² Divanın ilgili hükmünde ilgili çerçeve kararın 2., 3., 8. ve 17. maddelerine atıf yapılmıştır.

kararda III. sütun çerçeve kararlarının I. sütun direktifleri gibi üye devletler için bağlayıcı olduğunu ve bu nedenle ulusal hukukun uyum kapsamında yorumlanma yükümlülüğünün bulunduğunu hükmetmiştir. Ancak bu kapsamdaki yorum kesinleşmiş, geniş kapsamlı ve ulusal hukuka bağdaşmayan (*Contra legem*) bir şekilde yapılamayacağı da eklenmiştir. Bu çerçevede davaya bakan hukuk sözcüsü de bu davada ulusal hukukun yorumunun çerçeve karara uygun bir şekilde yapılmasının imkansızlığının söylenemeyeceğini ifade etmiştir.²⁸³

Diğer taraftan *Pupino* kararının 36. bendinde Divan, ABA 1(2). maddeye göre vatandaşların Birliğe yakınlaştırılması çerçevesinde Amsterdam Antlaşması'nda düşünülen entegrasyon derecesine bakılmaksızın, AB Antlaşması'nın kurucularınca, VI. Başlık kapsamındaki düzenlemelerin Birliğin hedeflerini takip etmek için AT Antlaşmalarına benzer etkiler sağlaması yönünde kullanılmasını göz önünde bulundurmuş olduğunu ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle Divan, üye devletlerin kurucu antlaşmaları nasıl yaptığından ziyade, entegrasyon projesinin etkinliğine yönelik AB'nin kapsayıcı fonksiyonunun işletilmesinin önemli olduğunu vurgulamıştır.

3.2.5. Yolcu İsim Kayıtları Davası: Ulaştırma Politikasının ÖGA Politikasıyla Bağlantısı

*Avrupa Parlamentosu v. Konsey/Komisyon, Yolcu İsimleri Kayıtları*²⁸⁴ (ortak davalar) davasında ATAD, AB (Avrupa Komisyonu) ile ABD arasında yapılan yolcu isim kayıtları anlaşmasıyla ABD'ye uçan hava yolu şirketlerince kişisel yolcu bilgilerinin ABD'ye transfer edilmesi düzenlemesini kanun dışı bulmuş ve bu çerçevede öngörülen 17 Mayıs tarih 2004/496/EC sayılı Konsey kararını ve 2004/535/EC sayılı²⁸⁵ Komisyon Kararını iptal etmiştir.²⁸⁶ İptal edilen söz konusu düzenlemelere göre AB'den ABD'ye giden uçaklardaki yolcu kayıtları uçak havalandıktan 15 dakika sonra Amerikalı yetkililere verilmesi öngörülmekteydi.

Divanın bu kararına, özellikle ABD içinden büyük eleştiriler gelmiştir. 10 Temmuz 2006'da New York Polis Teşkilatı (New York Police Department) Terörizm Dairesi

²⁸³ Dava C-105/03, (2005), *Maria Pupino*, 47-48. bent

²⁸⁴ Dava C-317 ve 318/04, (2006), *Joined Cases Parliament v. Council and Commission*

²⁸⁵ Divan, bu Kararın 30 Eylül 2006 tarihine kadar yürütülmesine ancak daha sonra yürürlükten kaldırılmasına karar vermiştir.

²⁸⁶ *Ibid*, 75. bent

Başkan Yardımcılığına atanan²⁸⁷ *Richard A. Falkenrath*'ın 1 Temmuz 2006 tarihli yazısında²⁸⁸ şunlar ifade edilmektedir:

Hollanda vatandaşı bir terörist düşünün, Amsterdam'a gelerek Schiphol Hava alanında KLM Havayollarından New York'a tek gidişlik bir uçak bileti alıyor. 11 Eylül 2001 korsanları gibi gerçek ismiyle seyahat ediyor. ABD yetkilileri kimliğini açığa çıkarıyor ve onu terörist takip listesine alıyor. Soru şu: O şahıs yakalanacak mı? eğer öyleyse ne zaman?

Halen, mevcut uygulamada ABD yetkilileri Hollandalı yada Avrupalı yetkililerden söz konusu teröristin adını almış olsalar bile, gerek bu teröristin (Avrupa'da) uçak bileti alması esnasında, gerekse Hollanda (Avrupa) sınır kontrolünden transit geçmesi esnasında onu tanımlayan bir yetki alanını oluşturan bir takip sistemi bulunmamaktadır... Hollanda vatandaşları ABD'ne vizesiz girebildiğinden, bu şahıs Avrupa'dan kontrol edilmeksizin ABD'ne gelmiş olacaktır.

Bu durumun AB'deki aşağıda bahsedilecek olan "yetki alanı" sorunlarından kaynaklandığını iddia eden *Falkenrath*, ABD'nin, Avrupa Parlamentosu'nun Komisyon aleyhine dava açma nedenindeki etkisini görmezlikten gelmiştir. Nitekim bu davanın açılmasının asıl nedeni, ABD'nin AB tarafından gönderilecek bilgilere bazı şartlar getirilmesini reddetmesidir. AB, ABD'ne göndereceği kişisel bilgilerle ilgili şu maddeleri şart koşmuştu:

Verilecek kişisel bilgilerin;

- Terörizmle mücadele amacı dışında kullanılmaması,
- Gerektiğinden fazla tutulmaması,
- ABD'deki başka kamu kurumlarıyla paylaşmaması²⁸⁹,
- Yanlışlıkla terörist listesinde alınan kişilere bu bilgiyi düzeltmek için söz konusu şahıslarla (irtibat kurularak) yardım edilmemesi ve veri koruma mevzuatı dışında tutulması.

Avrupa Parlamentosu, Komisyon ile söz konusu düzenlemenin mevcut AB hukuku normlarında çözüme kavuşması için müzakere etmeye çalışmış olsa da ABD'den

²⁸⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Richard_A._Falkenrath (Er.Tar.:01.07.2009)

²⁸⁸ Richard A. Falkenrath, (2006), "A Privacy Fiasco That Needlessly Undermines Security", http://www.brookings.edu/opinions/2006/0601defense_falkenrath.aspx (Er.Tar.:01.07.2009)

²⁸⁹ Mahkemece iptal edilen söz konusu düzenlemelerde verilecek kişisel bilgilerin sadece Amerika Birleşik devletleri İç Güvenlik Bakanlığı Gümrük ve Sınır Koruma Bürosuna verilmesi öngörülmekteydi.

Komisyon’a gelen baskılar sonucunda dava konusu olan düzenlemelerde değişikliğe gidilememiştir.²⁹⁰

ATA’da görülen söz konusu yargılama bazı ilginç özellikler taşımıştır. Mesela söz konusu yargılama kararının daha 3. bendinde AİHS’ne atıfta bulunulmuş ve AİHS 8. maddesi ile ilgili (özel hayatın ve aile hayatının korunması) *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”* hükümlerine yer verilmiştir.

Böylelikle ilk kez yargı hükmünün yasal çerçevesini çizerken bir AB hukukuyla değil, Birliğin kurumsal olarak taraf olmadığı bir uluslararası antlaşma hükümleriyle söze başlamıştır.²⁹¹ Bu çerçevede asıl merak edilen Divanın daha önce yapmadığı bir şekilde kişisel bilgilerin korunması çerçevesinde özel hayata dokunulmazlıkla ilgili AİHS’ne neden atıfta bulunduğudur.²⁹²

Divan, söz konusu düzenlemelerin yasal çerçevesinin I. sütun yetki alanı olan Ulaştırma Politikası ile uyumlu olmadığına karar vermiştir. Çünkü AB-ABD anlaşmasını düzenleyen söz konusu kararın önsözünde şu amaçlar belirtilmekteydi:

- Güvenliği güçlendirme,
- Terörizmle mücadele,
- Terörizm, organize suçlar ve bunlarla ilgili diğer suçlarla mücadele,
- Uçuş güvenliğini bu suçlardan koruma

Bu kapsamda Divan, AB-ABD arasındaki anlaşmanın kamu güvenliği ve ülkelerin ceza yasalarını ilgilendirdiğini değerlendirmiştir. Bu durumda söz konusu düzenlemelerin

²⁹⁰ Dorothee Heisenberg, (2006), “US intransigence the true culprit behind the ECJ’s decision to annul passenger name record agreement”, <http://news.ft.com/cms/s/57c87874-f4f9-11da-86f6-0000779e2340.html>, (Er.Tar.:01.07.2009)

²⁹¹ Bununla birlikte ilgili yargı kararında Mahkeme 62. bentteki Avrupa Parlamentosunun atıf yaptığı düzenlemelerde AİHS 8. maddeden tekrar söz etmiş metinde ancak başka bir yerde kullanmamıştır.

²⁹² Elspeth Guild ve Evelien Brouwer, (2006), “The Political Life of Data The ECJ Decision on the PNR Agreement between the EU and the US”, *Centre for European Policy Studies*, No. 109 (July 2006), ss.1-6, s.1.

LA ile THŞ’nın bağlayıcı bir konuma gelmesi ve Birliğin AİHS’ne taraf olmasıyla Divanın söz konusu atıflara daha çok yer vereceği öngörülmektedir.

kişisel verilerin korunması ile ilgili 95/46/EC sayılı Direktifin 3(2). Maddesine²⁹³ aykırı olduğunu bildirmiştir. Diğer taraftan bilgi transferi tek yönlü olarak AB'den ABD'ye olmasının AB yetki alanında bir gerekçe bulmasını zorlaştırmış ve bu durumda Birliğin haklarını savunacak tek yer olarak ATAD bulunmuştur.

Böylelikle ATAD söz konusu düzenlemelerin ulaştırma politikası çerçevesindeki I. sütun yetki alanında olmadığına ancak Birliğin yapısal düzeninde başka bir alanda bulunması gerektiğine karar vererek iptallerine karar vermiştir. Bu çerçevede 6 Ekim 2006 tarih ve 13668/06 sayılı Konsey Kararı ile ABD'ne verilecek yolcu isim kayıtları ile ilgili ABA 38. maddeye²⁹⁴ dayalı olarak ABA 24. madde çerçevesinde (II. ve III. sütun) yeni bir düzenleme kabul edilmiştir. Söz konusu Konsey Kararı yolcu isim kayıtlarının verilmesini (ABD İç Güvenlik Bakanlığınca) ABD iç hukukunda ilgili kanun değişikliklerinin yapmasına bağlı kılmıştır.²⁹⁵

Bu davanın temel hakların korunması bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. LA' nın yürürlüğe girmesiyle Birliğin temel haklarla ilgili birincil hukuk etkisine sahip bir düzenlemeye kavuşması (THŞ) ve Birliğin AİHS'ne taraf olması Divanın belirtilen haklarla ilgili daha rahat hüküm verebileceği öngörülse de söz konusu düzenlemeler kabul edilmemiş bile olsa Divanın Birlik hukukunu temel haklar çerçevesinde yorumlayabileceği ortaya çıkmıştır.

3.2.6. Komisyonun I. Sütundaki Komitoloji Kararının Uygulanmamasına Dair İtirazı

C-257/01 sayılı *Komisyon v. Konsey* davasında Komisyon, ATA IV. Başlık politikası çerçevesinde kabul edilen Birliğin vize uygulaması, sınır kontrolleri ve denetimiyle ilgili bir takım detaylı hükümleri Konsey'e uygulama yetkisi olarak veren EC/789/2001 ve EC 790/2001 sayılı tüzüklerin iptalini istemek üzere ATAD'na başvuruda bulunmuştur. Adalet Divanı, söz konusu davada yasal çerçeve olarak ATA, Schengen Anlaşması Uygulanması

²⁹³ Söz konusu madde, Direktifin Topluluk yetki alanı dışında kalan ABA V. Başlık ve VI. Başlık (II. ve III. sütun) hükümleri çerçevesindeki tasarruflarda, devletlerin yetki alanında bulunan ceza hukuku, kamu güvenliği uygulamaları ve savunma alanlarındaki kişisel veri işlemlerine uygulanamayacağını belirlemektedir.

²⁹⁴ ABA 38. madde: ABA 24. maddesinde (ODGP) belirtilen anlaşmalar, Bu başlığa giren konuları kapsayabilir.

²⁹⁵ Statewatch.org, (2006), "EU-USA PNR agreement renegotiated to meet US demands", (<http://www.statewatch.org/news/2006/oct/05eu-us-pnr-oct-06.htm>, Er.Tar.:01.07.2009)

Sözleşmesi (SAUS), Ortak Kılavuz (Common Manual “Konsey Kararı” olarak düzenlenmiştir), Ortak Konsolosluk Talimatları (Common Consular Instructions “Tüzük” olarak düzenlenmiştir), 1999/468/EC Sayılı Konsey Kararı ve iptali talep edilen 789/2001 ve 790/2001 sayılı tüzüklerin ilgili maddelerini ele almıştır.

Diğer taraftan, ATA 202. madde, ATA’da belirtilen amaçlara ulaşılmasını teminen Konsey’in kabul ettiği kararlar içinde yer alan kuralların uygulanması için Komisyona yetki vereceğinden ve bu yetkilerin kullanımını bazı koşullara bağlayabileceğinden bahsedilmektedir. Daha önceden de ifade edildiği gibi bu karara “Komitoloji kararı” denilmektedir. Nitekim söz konusu Antlaşma hükmü çerçevesinde çıkarılan 1999/568/EC sayılı İkinci Komitoloji Kararında Konseyin doğrudan uygulayacağı özel durumlar haricinde uygulama yetkisinin Komisyona verilebileceği ifade edilmektedir. Ancak diğer taraftan, ATA 202. maddenin devamında Konsey’in bazı durumlarda bu yetkiyi kendinde saklı tutabileceği de ifade edilmiştir.

Komisyon, söz konusu tüzüklerin iptali ile ilgili yaptığı talepte iki iddia ortaya koymuştur:

Birinci iddiasında ATA 202. madde ve 1999/568/EC sayılı İkinci Komitoloji Kararı hükümlerine göre Konsey’in uygun olmayan bir şekilde yeterli neden göstermeksizin kendisindeki icra yetkisini saklı tutmasıyla söz konusu tüzüklerin bağdaşmadığını ifade etmiştir. Nitekim Komisyon’a göre Konsey, icra yetkisine dayandırılarak iptali istenilen tüzüklerin spesifik durumuna ilişkin icra yetkisini kullanması gerekirdi. Diğer taraftan Ortak Konsolosluk Talimatları’nda ya da Ortak Kılavuz’da, Konseyin vize politikası ve sınır kontrolleriyle ilgili olarak münhasır icra yetkisinin gerekli olduğu tanımlanmadığını iddia etmiştir.

Komisyona göre ATA IV. Başlığın “hassas” içeriği gerekçe gösterilerek, Konseyin söz konusu tüzüklerle karşılanması gereken icra yetkisini kendisinde saklı tutması ve ATA 202. maddede belirtilen Komitoloji usulünün istisna kapsamında yürütülmesini haklı göstermez. Diğer taraftan, sınır denetimleri ve vize düzenlemesiyle ilgili alanlar “hassas” olarak nitelense bile Komisyon, vize ve sınır geçişleriyle ilgili düzenleme yapabilme yeteneğinde olduğunu, zaten Komitoloji usulü kapsamında üye devletleri ihtiva etmeksizin işlem yapmayacağını iddia etmektedir.²⁹⁶

²⁹⁶ Dava C-257/01, (2005), *Commission v. Council*, 34.-48. bentler

Adalet Divanının tetkikine göre birinci iddiayla ilgili olarak, “Konsey icra hakkını sadece spesifik durumlarda saklı tutar ve mesnedini detaylandırır” hükmüne göre kararını almıştır. İtiraz edilen tüzüklerin 1. maddesinde listelenen ayrıntılı hükümler açıkça sınırlandırılmış konularla ilgilidir ve buradaki hükümler Ortak Konsolosluk Talimatları ve Ortak Kılavuz’un temel bölümlerini ihtiva etse de, bunlar vize ve dış sınır kontrollerinin bütün yönlerine temas etmezler. İptali talep edilen tüzüklerin önsözlerinde/gerekçelerinde, Konseyin kendisini tüzüklerde belirtilen spesifik durumlarla ilgili göz önünde bulundurması ve geçiş süreci temelinde (Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıllık süre kastediliyor), Ortak Konsolosluk Talimatları ve Ortak Kılavuz’da listelenen ayrıntılı hükümler serisini uygulama yetkisini kendisinde saklı tutması kararı bulunduğu ve bu çerçevede (geçiş süresi düşünülerek) tüzüklerde yapılan bu gerekçelendirmenin AB hukukuna uygun olduğu, bu nedenle de iptale yer olmadığına karar vermiştir.²⁹⁷

Komisyonun ikinci iddiasında ise iptalini talep ettiği tüzüklerdeki, üye devletlere verilen Ortak Konsolosluk Talimatları ve Ortak Kılavuz’u tadil etme ve güncelleme usullerinin ATA 202. maddesine aykırı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, Topluluk yetki alanında çıkmış bir düzenlemeyle ilgili üye devletlerin tadil etme ve güncelleme yetkisi olmaması gerekmekte ve bu hak, Topluluğun normal geleneksel/kurumsal kurallarına bağlı olarak ATA 202. madde çerçevesindeki Komitoloji usulüne bağlı olarak Komisyonda olması gerekirdi. Konsey ise yaptığı savunmada söz konusu tadillerin veya güncellemelerin “icra tedbirleri” olarak sınıflandırılmayacağı ancak, bilgi değişimi mekanizması çerçevesindeki bir takım tedbirler olarak tanımlanabileceğini ifade ederek söz konusu düzenlemenin Komitoloji usulü ile bir bağının olmadığını iddia etmiştir.²⁹⁸

Adalet Divanı ise söz konusu tüzüklerin üye devletlere tadil yapma hakkı verdiğine hükmetmiştir. Divana göre iptali istenen tüzüklerle getirilen düzenleme, Komitoloji usulü ile paralel değildir. Divan diğer taraftan, Ortak Konsolosluk Talimatları ve Ortak Kılavuz’un İcra Komitesi tarafından kabul edildiğinde söz konusu alanın hükümetlerarası işbirliği usulünde olduğunu ve bunların AB çerçevesinde Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle Birlikteki entegrasyonu, üye devletlerin hususi uygulamalar sağlamak üzere bu unsurlar altındaki icra yetkilerini derhal ellerinden bırakmaları sonucunu doğurmadığını belirtmiştir. Divan bununla birlikte, Ortak Konsolosluk Talimatları ve

²⁹⁷ *Ibid*, 49.-61. bentler

²⁹⁸ *Ibid*, 62.-64. bentler

Ortak Kılavuz'da belirtilen uygulamaları sayarak, Komisyonun burada belirtilen vize konusundaki uygulamalar için yeknesaklığın neden gerekli olduğunu yeterince kanıtlamamış ve bununla ilgili bir girişimde bulunmadığını belirtmiştir. Buna göre Komisyon'un başvurusundaki ikinci öne sürülen iddia da reddedilmiştir.²⁹⁹

Bu davadan anlaşıldığı üzere ATA IV. bağlı çıkarılan ikincil mevzuatlar “hassas” konular içerdiğinden Divan konuyla ilgili Konseyi ve üye devleri “zorlayacak” karar vermekten kaçınmakta ve özellikle burada geçiş süresi gerekçe gösterilerek diğer Topluluk müktesebatında gösterilen Komitoloji yaklaşımı ATA IV. Başlık bağlı uygulamalarda gösterilmemektedir. Diğer taraftan, Divanın sunduğu bu oldukça tartışmalı olan çözüme Hukuk sözcüsü Léger'in görüşünde Komisyonun iddiaları haklı görülerek söz konusu tüzüklerin iptal edilmesi şeklinde bir görüş verilmişti.³⁰⁰

Önceden de ifade edildiği üzere LA Komitoloji usulüne açıklık getirerek devredilmiş/devredilmiş işlemler ile uygulama işlemleri olarak iki ayrı usul belirtilmiştir. Buna göre yürütme işlemlerinin yasa koyucunun (Avrupa Parlamentosu ve Konsey) yetki sahasında bulunan alanlar, yasa koyucunun kendi girişimleriyle yada delegasyon yetkisiyle gerçekleştirilecektir. Buna göre Konseyin hangi yasal durumdan hareket ettiğini göstermesi açısından bu tür işlemlerin başına devredilmiş/yetkilendirmiş “*delegated*” yada uygulama “*implementing*” ibareleri eklenecektir. Böylelikle söz konusu davada ortaya çıktığı gibi Komitoloji usulünün ihlal edilip edilmediğine dair daha net tespitler yapılabilecektir.

3.2.7. Üye Devlet-Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Evliliği ve Schengen Alanına Giriş/İkamet: Komisyon v. İspanya Davası

C-503/03 sayılı *Komisyon v. İspanya* davasında ilgili İspanyol makamının bir üye devlet vatandaşı ile evli olan bir üçüncü devlet vatandaşının 64/221 sayılı Direktif³⁰¹ kapsamındaki Schengen alanına giriş talebini, söz konusu şahsın Schengen Bilgi Sistemindeki (Schengen Information System) uyarı listesinde adının bulunması nedeniyle reddetmesi nedeniyle açılmıştır.³⁰²

Adalet Divanı ilgili yargı kararında Schengen Anlaşması Uygulanması Sözleşmesi (SAUS) hükümlerine uygunluğun, yetkili ulusal makamca yapılan işlemlerle kişilerin

²⁹⁹ *Ibid*, 65.-85. Bentler

³⁰⁰ Opinion of Advocate General Léger delivered on 27 April 2004

³⁰¹ Halen, 25 Nisan 1964 tarih ve 64/221/EEC sayılı Direktifin yerini Avrupa Vatandaşlığı ile ilgili 2004/38/EC sayılı Direktif almıştır.

³⁰² C-503/03, (2006), “Summary of the Judgement”, *Commission v. Spain*, 2. bent

serbest dolaşımını düzenleyen Topluluk kuralları çerçevesindeki ilgili hükümlerin doğru olarak uygulanmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir.³⁰³

Buna göre, yegane gerekçe olarak Schengen Bilgi Sistemindeki uyarı listesinde bulunmasından dolayı bir üye devlet vatandaşı ile evli olan bir üçüncü devlet vatandaşının Schengen alanına girmesi için vize vermeyi, bu şahsın Schengen Anlaşması'na taraf devletlerin topraklarına giriş yapmasını reddeden bir üye devlet, söz konusu uyarı listesinin ilk doğrulamasını yapmadan, şahsın gerçekten, mevcut durumda ve yeterli deliller çerçevesinde toplumun temel menfaatlerine ciddi tehdit oluşturup oluşturmadığını incelemeyeceği takdirde 64/221 sayılı direktifin 1 ila 3. maddesinde belirtilen kamu politikası, kamu güvenliği ve sağlığı gerekçeleriyle yabancı uyrukluların dolaşımı ve ikameti ile ilgili özel koordinasyon tedbirlerinin gereklerini yerine getirmemiş olacağı değerlendirilmiştir.

Diğer taraftan, bir üye devlet vatandaşı ile evli olan üçüncü devlet vatandaşının Schengen Bilgi Sistemi'nin uyarı listesinde bulunması, söz konusu şahsın Schengen alanına girmesinin reddedilmesine yönelik gerekçelerin araştırılmasını şart koştuğu belirtilmiştir. Bu çerçevede şahsın giriş yapacağı üye devletin, bu giriş işlemini reddetmeden önce, söz konusu şahısla ilgili tehdidin varlığı ve tehdidin ciddiyeti ile ilgili Schengen Bilgi Sistemi'ndeki uyarı listesine bu şahısla ilgili kayıt yapan üye devlet/devletlere danışmasını gerektirdiği vurgulanmıştır. Ayrıca vakaların kendi şartlarına göre (vize başvurusu yada sınırdan giriş) söz konusu danışma kapsamında beklenen cevaplama süresi de makul süreleri aşamayacağı ifade edilmiştir.³⁰⁴

Bu davadan aşağıdaki sonuçlar çıkartılabilir;

- Üye devletler Schengen alanına giriş yapacak üçüncü ülke vatandaşlarının SAUS şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmelerinin yanında bu şahısların toplumun menfaatlerine tehdit oluşturup oluşturmadığının kontrol etmelidir.

- Schengen alanına girmek isteyen üçüncü ülke vatandaşları salt olarak adlarının Schengen Bilgi Sistemi'ndeki uyarı listesinde bulunması gerekçesiyle reddedilemezler. Söz konusu gerekçenin doğrulanması gerekmektedir.

³⁰³ *Ibid*, 35. bent

³⁰⁴ *Ibid*, 53, 55,56, 58 ila 59. bentler

- Schengen alanına girmek isteyen üçüncü ülke vatandaşlarının Schengen Bilgi Sistemi'nin uyarı listesinde bulunmasından dolayı yapılacak tahkikatın makul süre içinde cevaplandırılması gerekmektedir.

Divanın bu davadan çıkarttığı sonuçlar göz önüne alınırsa, Schengen Bilgi Sistemi'nin uyarı listesinde bulunan üçüncü ülke vatandaşlarına yönelik tahkikat için III. sütun kapsamındaki işbirliğinin ne derece önemli olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

3.2.8. Üye Devlet-Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Evliliği ve Schengen Alanına Giriş/İkamet: MRAX v. Belçika Davası

C-459/99, *İrkçılığa, Anti-Semitizme ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Hareket (MRAX) v. Belçika* davasında MRAX, Belçika İçişleri ve Adalet Bakanlığının 28 Ağustos 1997 tarihli bir genelgesine karşı çıkmıştır. Söz konusu genelgede, evlilik ilanı prosedürleri ve yurt dışında yapılmış evliliğe dayanan aile birleşimi amaçlı vize edinmek için hazırlanması gerekli olan belge prosedürleri belirtilmektedir. Bu genelgeye, Topluluk Hukuku tarafından korunan dolaşım hakkı ve aile hayatına saygı hakkı ilkesi ile ilgili Topluluk direktiflerini ihlal ettiği iddiasıyla itirazda bulunulmuştur.

Divanın söz konusu dava ile ilgili verdiği yargı kararında, Belçika Devleti'nin öngördüğü söz konusu uygulamanın orantısız ve Topluluk hukukuna aykırı olduğunu işaret etmiştir. Söz konusu yargı kararının 61. bendinde bu durumun her haliyle orantısız olduğu belirtilmiştir. Kararda, üye devlet vatandaşı ile evli olup kimliğini ve evlilik bağına kanıtlayan ve kamu güvenliğine, kamu sağlığına risk oluşturduğuna yönelik kanıtlar olmayan üçüncü ülke vatandaşının geri gönderilmesinin yasak olduğu ifade edilmektedir.

Bununla birlikte aynı durum için kimliğini kanıtlayamayan ancak üye devlet vatandaşı ile evlilik bağına kanıtlayan ve şahsıyla bağlantılı kamu güvenliği ve kamu sağlığına tehdit oluşturduğuna dair kanıt bulunmayan üçüncü ülke vatandaşlarının da orantılık ilkesi kapsamında geri gönderilemeyeceği yine ATAD tarafından ifade edilmiştir. Ayrıca ilgili yargı kararının 91. bendinde üye devletlerin, yasal olarak ülkeye giriş yapan ve bir üye devlet vatandaşı ile evli olan üçüncü ülke vatandaşının oturum iznini reddetmeye ve salt olarak, bu kapsama giren üçüncü ülke vatandaşının başvurusunun, kendisine verilen vize süresinin dolmuş olması nedeniyle reddetmeye haklarının olmadığı ifade edilmiştir.

Son olarak ATAD, bir üye devlet vatandaşı ile evli olan yabancıların, ilk oturum izni talebinin reddine, kendisine verilen izinden önceki sınır dışı edilme kararına yada vize yükümlülüğü ile ilgili geçerli belgeye sahip olmadığı gerekçesiyle yaptığı başvurunun reddine karşı ile ilgili üye devletin yetkili makamlarına başvurma hakkı bulunduğunu belirtmiştir.

3.2.9. Kısa Dönem İkamet ve Schengen Alanına Giriş: *Nicolea Bot* davası

C-241/05 *Nicolea Bot* davası, üçüncü ülke vatandaşlarının kısa dönem Schengen alanına giriş yapma hususunu etkileyen bir davadır. Romanya'nın AB'ne katılımı öncesinde, üçüncü ülke vatandaşı kapsamında değerlendirilen bir Romen vatandaşı olan *Bay Bot* 15 Ağustos 2002 - 02 Kasım 2002 tarihleri ve sonra Kasım'ın sonundan Şubat 2003'ün sonuna kadar Fransa'da bulunur. En son gelişinde 23 Şubat 2003'de Macaristan, Avusturya ve Almanya üzerinden Fransa'ya döner ve 25 Mart 2003 tarihinde Fransız makamlarınca durdurulup sorgulanır ve ertesi gün sınır dışı edilir. Bunun üzerine *Bay Bot*, Fransız mahkemelerinde sınır dışı edilme kararının iptali için dava açar.

Söz konusu dava ATAD tarafından Fransız *Conseil d'État*³⁰⁵ (Danıştay)'ın ön karar usulü ile yaptığı başvuruya incelenmiştir. Romanya'nın Birliğe katılımı öncesinde Romen vatandaşlar vize şartından hariç tutulmuştu. Vize şartı aranmayan üçüncü ülke vatandaşları ile ilgili SAUS 20(1). maddede söz konusu yabancıların Schengen Anlaşmasına Akit Tarafların topraklarında, alana ilk giriş tarihinden itibaren altı ay boyunca üç ayı geçmeyen serbest dolaşım hakkı verdiği ifade edilmektedir.³⁰⁶

Bu davada Schengen alanında üçüncü ülke vatandaşlarının bulunma süresi ile ilgili sürenin başlangıç ve bitiş tarihleri hakkında esas olan “ilk giriş” teriminden ne anlaşılması

³⁰⁵ Conseil d'État (Fransız Danıştay) temel hak ve özgürlükleri, insanların menfaatlerini korumak ve kamu yönetiminin işleyişini denetlemek amacıyla kurulmuş olduğunu ifade etmiştik. Türk yargı sisteminin Fransa modelinden benimsendiği göz önünde bulundurarak, söz konusu mahkemenin de tıpkı Türkiye'deki gibi idari yargılama konusunda en üst dereceli mahkeme olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Nitekim bu davada Fransız Mahkemesinin, ATA 68. madde gereği IV. Başlık alanına giren bir konuyu ATAD'na ön karar usulü ile sevk etme kapsamındaki kendisine tanınan münhasır yetkiyi kullanmış olduğunu görmekteyiz.

³⁰⁶ Bu hak tıpkı 2002/C/313/01 sayılı Konsolosluk ve Diplomatik Temsilcilikler İçin Ortak Konsolosluk Talimatları Tüzüğü'nün 2(1)(3). maddesinde ifade edilen “Kısa dönem yada Seyahat vizesi: Çoklu Giriş Vizesi” hükümlerine benzemektedir. Söz konusu maddede “Bu vize, akit devletin topraklarına göçten farklı bir nedenle girmek isteyen ve ziyaret süresi ilk giriş tarihinden itibaren yarıyılın üç ayını geçmeyecek olan yabancılara müteselsil giriş imkânı verir. Yabancıların iş nedeni gibi nedenlerden dolayı bir ya da birkaç Schengen devletine sıklıkla seyahat etmesi gerektiğinde, kısa dönem vizesi, ziyaretlerin toplam uzunluğu yarıyılın üç ayını geçmemesi şartıyla birkaç ziyaret için verilebilir. Bu çoklu giriş vizesi, bir yılına geçerli olabilir, bazı istisnai durumlarda, bazı kategorideki kişiler için bir yıldan fazla geçerli olabilir” şeklinde hükmetmektedir.

gerektiği konusunda Divanın yorum yapması talep edilmiştir.³⁰⁷ Bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır. Komisyon ve Finlandiya Hükümeti'ne göre yabancılara verilen periyodik ikamette fark gözetilen bir ayrımın yapılması gerekmekte olduğunu ve her çeşit “ilk giriş”in kanuni olarak bir öncekinden itibaren en az üç ay sonra dolması gerektiği savunmuşlardır.³⁰⁸ Fransa Çek ve Slovak Hükümetleri ise altı ay içinde üç aylık ikametinin sonunda yabancının Schengen alanından çıkmasının ve müteakip altı aylık yararlanma süresi içinde tekrar giriş yapması durumunda yeni bir “ilk giriş” sürecinin (altı aylık sürecin üç ayının tekrar başlaması) başlaması gerektiğini iddia etmiştir.³⁰⁹ Bu iddiaları toparlayacak olursak yabancılar için bir yılda (12 ayda) iki adet üç aylık dolaşım izni ile ilgili süre zincirleme olarak birleştirilebilir mi yoksa her iki adet üç aylık sürenin arasında üç aylık aranın olması mı gerekir sorusunun cevabı aranmaktadır.

Divan bu davada lafzi yoruma bağlı kalarak Fransa'nın iddiası çerçevesinde, SAUS 20(1). madde belirtilen “ilk giriş” teriminden, Akit Devletin topraklarına yapılan ilk girişin yanı sıra, bu ilk girişten itibaren altı aylık yararlanma süresinin başladığının (altı ayın üç ayı yararlanabilir) ve ayrıca altı aylık yararlanma süresinden sonraki müteakip altı aylık yararlanma süresi için “ilk giriş”in tekrar başlayacağını anlaşılmaması gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte Divan, “ilk giriş” teriminin, yetkili ulusal makamların cezalandırma yetkisine, Topluluk hukuku çerçevesinde, aşağıdaki şartlarda halel getirmeyeceğini ifade etmiştir:

- Üçüncü ülke vatandaşlarının Schengen alanındaki en erken altı aylık dönem içindeki azami üç aylık süreyi aşması,
- Üçüncü ülke vatandaşlarının, üç aylık süresi aşmış olmasa bile, şahısların en yeni ilk giriş tarihinden dolayı tabi oldukları kontrol tarihinin geçmiş olması.³¹⁰

Divanın değerlendirdiği bu davada Komisyon'un ve Finlandiya'nın Schengen alanında üçüncü ülke vatandaşlarının kısa dönem ikameti ile ilgili SAUS düzenlemesini bu haktan yararlananların lehine yorum yapmalarına karşın Divanın Fransa ve diğer müdahillerin görüşlerine katılarak SAUS' nın lafzi yorumuna bağlı kaldığı ve Schengen alanına girişle ilgili üçüncü ülke vatandaşları lehine bu hakkı genişletmediği görülmektedir.

³⁰⁷ Dava C-241/05, (2006), 20. bent. Bu davada Fransa'nın haricinde Komisyon, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti ve Finlandiya da müdahil olarak bulunmuştur.

³⁰⁸ *Ibid*, 32-36. bentler

³⁰⁹ *Ibid*, 29. bent

³¹⁰ *Ibid* 41.-44. bentler

3.2.10. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Hakları: Aile Birleşimi

C-540/03 *Avrupa Parlamentosu v. Avrupa Konseyi* davasında Adalet Divanı aile birleşimi ile ilgili verdiği karar yine üçüncü ülke vatandaşlarının aleyhine olacak şekildedir. Yukarıda bahsedilen diğer davalarda görüldüğü gibi Birlik vatandaşlığı ve Birlik vatandaşlarının üçüncü ülke vatandaşlarıyla olan evliliği neticesinde üçüncü ülke vatandaşlarının kazandığı haklar konusunda Divanın bireylerin özgürlüklerini haklarını genişletici bir çerçevede hüküm vermesine rağmen, konu üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşimine geldiğinde Divanın hukuki değil siyasi kararlar aldığı görülmektedir. Nitekim Birliğin ortak politikaları da yasal göç konusuna temkinli davranmakta olup bu konuda LA'da yasal göç düzenlemelerinin nitelikli oy çokluğuna (olağan yasama usulü) dönüştürülmesine rağmen üye devletlerin ulusal yasalarının ülkeye kabul kapasitesini dikkate alınması gibi istisna hükümleri de beraberinde getirilmektedir. Oluşan bu siyasi atmosfer çerçevesinde Divanın da yasal göç konusunda dönüştürücü hükümlere imza atması da pek mümkün gözükmemektedir.

C-540/03 *Avrupa Parlamentosu v. Avrupa Konseyi* davasında Avrupa Parlamentosu, Adalet Divanından, 22 Eylül 2003 tarih ve 2003/86/EC sayılı Aile Birleşimi Hakkı ile ilgili Konsey Direktifinin 4(1). Maddesinin son alt bendi, 4(6). ve 8. Maddelerinin iptalini talep etmiş ve söz konusu davaya Avrupa Konseyi lehine Avrupa Komisyonu ve Almanya müdahil olmuştur.

ATA 63(3). madde çerçevesinde üye devletlerde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarınca kullanılacak aile birleşimi hakkının uygulanma şartlarını belirleyen söz konusu direktif, Konseyde ATA IV. Başlığın genel karakteristiğine uygun olarak oybirliği ile kabul edilmişti. (Önceden de ifade edildiği üzere yasal göç politikasının LA'da oybirliğinden nitelikli oy çokluğu sistemine geçirilmesi öngörülmektedir.³¹¹)

Avrupa Parlamentosunun itiraz ettiği direktif maddeleri bu direktifle sağlanan haklara istisna hükümleri oluşturmaktadır. Parlamento, bu istisna durumun temel hakları ve ayırım gözetmeme ilkesi çerçevesindeki aile haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.³¹²

³¹¹ LA 63a(5). maddede yasal göç ile ilgili düzenlemelerin, üye devletlerin üçüncü ülkelerden kendi ülkelerine iş arama amacıyla gelen üçüncü ülke vatandaşlarının ülkeye giriş izni verilme miktarını belirleme hakkını etkilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak Aile Birleşimi amacı burada zikredilmemiştir.

³¹² Dava C-540/03, (2006), *Parliament v. Council*, 30.-34. bentler

ATAD, yaptığı incelemede elde ettiği bulgularla Avrupa Parlamentosu aleyhine hüküm vermiştir. Buna göre:

- 2003/86 sayılı aile birleşimi ile ilgili direktifin 4(1). maddesinin üye devletlere, açık bir şekilde, tanımlanan bireysel haklarla uyumlu olan pozitif yükümlülükler yüklediğini belirtmiştir. Direktif kapsamına uyan durumlar için, üye devletler, ilgili sponsor (himaye eden, finanse eden) ailenin birleşimi konusunda, hiçbir takdir yetkisi bırakılmadan görevlendirilmiştir.

Direktifin 4(1). maddesinin son bendinde getirilen istisna hükmü ile üye devletlere bazı şartlar altında takdir yetkisi bırakılmaktadır. Bu şart şöyle işlemektedir; üye devlete, ailenin geri kalanından bağımsız olarak, ailenin 12 yaşın üzerindeki mensubunun ülkeye giriş ve ikamet izninden önce direktifin uygulandığı tarihte yürürlükte olan ulusal mevzuat çerçevesinde aile mensubunun entegrasyon şartlarını sağlayıp sağlamadığı konusunu soruşturma yetkisi verilmiştir.

Dava hakkında verilen yargı kararının 62. bendinde ATAD, ilgili direktifin 4(1). maddesinin aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Üye devletlere pozitif yükümlülükler yükleyen direktif kapsamında, üye devletlere tanınan bu sınırlı takdir yetkisinin, AİHM'nin benzer durumlarda verdiği içtihatlarla bağdaştığı ifade edilmiştir.

Bunun yanında ilgili direktifin 4(6). maddesi istisna hükmü olarak, üye devletlerin, direktifin yürürlükte olduğu tarihteki mevcut ulusal mevzuatları çerçevesinde küçük çocukların aile birleşimi ile ilgili yapılan başvuruların 15 yaşından önce yapılmasını isteyebileceğini belirtmektedir. Başvurunun 15 yaşından sonra yapılması durumunda bu istisnayı uygulamaya karar veren üye devletlerin söz konusu çocukların giriş ve ikamet iznini aile birleşiminden farklı bir gerekçeyle verebileceği ifade edilmektedir.

Bu konuda ilgili yargı kararının 85. bendindeki Divanın yorumuna göre, söz konusu itiraz edilen hükmün, AİHM'ce yorumlanan AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Nitekim bu hükmün üye devletlerin 15 yaş üstü çocukların başvurusunu yasaklaması ve ülkeye giriş ve ikamet izni vermemesi şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.

Ayrıca ilgili yargı kararının 88. bendinde, direktifin 4(6). maddesinin üye devletlere, 15 yaş üzerindeki çocukların başvurusunun 4(1). maddede belirtilen genel koşullar altında

değerlendirmeme yetkisi verilse de üye devletlere yine de başvuruyu çocuğun aile hayatını devam ettirmesi menfaatine incelemesi yükümlülüğünün getirildiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, ayrımcılık yapıldığı iddiası yargı kararının 89. Bendinde değerlendirilmiştir. Buna göre 15 yaş sınırının getirilmesi, yaşa bağlı olarak ayrımcılık yapıldığı ve ayırım gözetmeme ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir.

- Diğer bir konu ise, ilgili direktifin 8. maddesine göre sponsor ailenin dışarıda olan aile mensubu ile birleşimi için üye devletler, sponsor aileden en fazla 2 yıl yasal olarak üye ülkede ikamet etme şartını istemesi ile ilgilidir. Ayrıca, bu hükme istisna olarak bu kararın yanında üye devletin ulusal yasalarının ülkeye kabul kapasitesini dikkate alması durumunda, üye devletin, aile birleşimi ve bu kapsamdaki haklarla ilgili müracaatları kabul etmek için bekleme süresini 3 yıla çıkartabileceği belirtilmektedir.

İlgili yargı kararının 98. bendinde Divan tarafından, bu hükmün aile hayatına saygı hakkına aykırı olmadığını değerlendirmiştir. Nitekim bu hükmün aile birleşiminin engellenmesine etkisi olmamakla birlikte, üye devlete verilen sınırlı takdir yetkisiyle sponsor ailenin ikamet edilen üye devlete tam şekliyle yerleşimini sağlamış ve aile üyelerinin belli bir entegrasyon seviyesini ulaşmış olması suretiyle aile birleşimi olayının daha sağlıklı olarak gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

- Son olarak ilgili yargı kararının 106. bendinde Adalet Divanı, ulusal mahkemelere yol gösterici bir yorum yaparak şöyle bir ifadede bulunmuştur:

Söz konusu Direktifin 18. maddesi direktifin uygulanmasının ulusal mahkemelerinin denetimine tabi olduğunu göstererek ‘üye devletler, küçüğün sponsor ve/veya aile üyelerinin, aile birleşimi başvurularının reddedilmesine ya da ikamet izinlerinin yenilenmemesine, geri alınmasına ya da kaldırılmasına karar verilmesi halinde yasal yollara başvurabilmelerini sağlar’ hükmüne yer vermiştir. Şayet söz konusu mahkeme direktifin geçerliliği ile ilgili yorum yapmakta güçlük çekerse ulusal mahkemeler ATA 68. Madde ve ATA 234. Madde uyarınca ATAD’na ön karar başvurusunda bulunmakla sorumludur.

Bu kapsamda Adalet Divanı, söz konusu direktifle ilgili olarak, direktifin her ayrı üye devletteki ulusal hukuka aktarım şekline bağlı olmak üzere ön karar usulü ile uygulanabilirliğini yargılama yetkisini saklı tutmuştur.

Adalet Divanının söz konusu çözümleri siyasi nedenlerle gerekçelendirilebilmesine karşın hukuki kesinliğe uymadığı değerlendirilmektedir. 8 Eylül 2005 tarihli Hukuk Sözcüsü Kokott’un hazırladığı görüşte şunlar ifade edilmiştir: “Özet olarak, Parlamento’nun söz konusu itiraz ettiği hükümler (Direktifin kalanından) ayrı tutulamadığı için başvuru kabul edilebilir değildir. Ancak diğer taraftan, ATAD (Konseyce)

Parlamentoya danışılmadığı için 4(6). maddenin (15 yaş üstü çocuğun başvuruyla ilgili getirilen sınırlamalar) ve aile hayatının korunması ile ilgili insan haklarını ihlal etmesi açısından 8. maddenin (sponsor ailenin 2 yıl ve Üye Devletlerin kabul kapasitesine göre 3 yıl ikamet etme şartı) nedeniyle davayı esastan incelemelidir.”³¹³

Halen IV. Başlık alanında uygulanan Avrupa Parlamentosuna danışma usulü, karar alma mekanizmalarında pratikte Avrupa Parlamentosuna hiçbir etkinlik sağlamamasına rağmen usul gereği uygulanması gereklidir. Diğer taraftan ülkeye kabul kapasitesi şartının getirilmesinin de insan haklarıyla bağdaşan bir yanı yoktur. Tüm bunlara rağmen ATAD’nın Hukuk Sözcüsü’nün görüşlerini de değerlendirmeyip davanın reddine karar vermesinde neden olan faktörün sorgulanması gerekir.

ATAD’nın verdiği söz konusu yargı kararı sonuç olarak hukuki değil, siyasi bir karardır.³¹⁴ Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle IV. Başlık karar alma mekanizması tümden nitelikli oy çokluğuna geçmesi beklenmektedir. Ancak gerek bu çalışmanın hazırlandığı tarihte gerekse ilgili hükmün verildiği tarihte aile birleşimi ile ilgili karar alma usulü için Konseyde oybirliği şartının aranmakta olmasını Divanın verdiği bu karar için göz önünde bulundurmamış olması ihtimali pek gözükmemektedir. Nitekim söz konusu direktifin kabulü esnasında Konsey’deki hararetli tartışmalar, Divanın olası ret kararıyla tekrar başlayacak ve bu durumda söz konusu direktifin yeniden kabulü güçleşecekti.

3.2.11. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Hakları: Uzun Dönem İkamet ve Vatandaşlık

C-200/02 sayılı *Zhu ve Chen v. İçişleri Bakanlığı* davası bir üçüncü ülke vatandaşının uzun dönem ikameti konusuna açıklık getirmiştir. Çin vatandaşı olan *Bayan Chen* ve kocası, Çin’de kurulmuş Çinli bir yüklenicide çalışmaktadır. *Bayan Chen*’in kocası iş nedeniyle sıklıkla üye devletlere özellikle Birleşik Krallığa seyahat etmektedir. *Bayan Chen*, Birleşik Krallık’a 6 aylık hamileyken giriş yapmıştır. Daha sonra, Belfast’ta iken *Catherine Zhu* isimli bir kız çocuğu doğurmuştur. İrlanda vatandaşlık yasası, İrlanda Adası’nda doğmuş olan bir kişiye başka bir ülkenin vatandaşlığına hak kazanmaması durumunda vatandaşlık hakkı vermektedir. *Catherine Zhu*, ne İngiliz vatandaşlığı ne de Çin vatandaşlığı almıştır. Daha sonra *Bayan Chen* ve kızı Birleşik Krallığa taşınmıştır. Bu şahıslar, Birleşik

³¹³ *Ibid*, *Opinion of Advocate General Kokott*, 127. bent

³¹⁴ Vassilis Hatzopoulos, (2007), a.g.e., s.14

Krallık'da kamu fonlarına bağılı olmayıp kendi sağıık sigortaları bulunmaktadır. Burada uzun dönem ikamet izinleri reddedilince, *Bayan Chen* ve kızı ulusal mahkemeye başvurmuştur.

Birleşik Krallık İltica ve Göç Mahkemesi ön karar ile ATAD'dan Topluluk Hukukunun söz konusu anne ve kızının Birleşik Krallık'ta ikamet hakkının bulunup bulunmadığı konusunda karar vermesini talep etmiştir.³¹⁵ Bu dava ile ilgili yargı kararında ATAD, anne *Bayan Chen*'in üçüncü ülke vatandaşı olarak Birleşik Krallık'taki ikamet hakkının korunması amacıyla verilmiş olmasına rağmen, Birleşik Krallığın, *Catherine Zhu* isimli küçüğün üye devlet vatandaşlığını tanıma yükümlüğünü hükmetmiştir.

ATAD bununla birlikte, ATA'da sağlanan temel özgürlüklerin kullanılması açısından, vatandaşlık için ek kabul şartları yüklemek suretiyle bir üye devletin başka bir üye devletin vatandaşlığını veren etkileri kısıtlamasının kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. *Catherine Zhu*, toprak prensibine göre kurulan İrlanda vatandaşlık yasası kapsamında yasal olarak İrlanda vatandaşlığını kazanmış olduğundan ve 90/364 sayılı Direktifin 1(1). maddesine uygun bir şekilde her iki şahsın anne tarafından sağlanan sağıık sigortası ve geçinme imkanıyla şartlar ve sınırlamaların yerine getirilmiş olmasından dolayı, küçüğün sınırsız olarak Birleşik Krallık'ta ikamet etme hakkını kazanmış olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde küçüğün birincil bakıcısı ve yakını olan anne *Bayan Chen* de çocuğunun yanında ikamet etme hakkını kazanmıştır.

ATAD bu hakkın ATA'nın açık hükümleriyle Birliğin bütün vatandaşlarına doğrudan sağlandığını değerlendirmiştir. Bu çerçevede *Catherine Zhu*, bir üye devlet vatandaşı olarak ATA 18(1). maddesi³¹⁶ kapsamına girmektedir.³¹⁷ Sonuçta davanın seyri salt olarak üçüncü ülke vatandaşlarının haklarından ziyade bir üye devlet vatandaşı olarak kabul edilen küçük ile bakıcısının (annesinin) küçükle olan bağından dolayı kazandığı ikamet hakkına dönüştüğü söylenebilir.

³¹⁵ Dava C-200/02, (2004), 7.-15. bentler

³¹⁶ ATA 18(1). madde: _Bütün Birlik vatandaşları, bu Antlaşmada ve uygulanması ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlamalar ve koşullar saklı kalmak kaydı ile, üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşmak ve ikamet etmek hakkına sahiptir.

³¹⁷ *Ibid*, Summary of The Judgement

3.2.12. III. Sütun Davası: *Nebis in Idem* İlkesi ve *Gözütok ve Brügge* Davası

Şu ana kadar ATAD'nın III. sütun kapsamındaki devam eden ve hüküm verilen yargılamaların birçoğu özellikle SAUS 54 ila 58. Maddelerle ilgili *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş ve değerlendirilmektedir. Söz konusu ilkenin çıkışı AB çerçevesi dışında olsa da Amsterdam Antlaşmasıyla birlikte Birliğin bir parçası haline gelmiştir. SAUS 54 ila 58. maddelerde bulunan *ne bis in idem* ilkesi bu anlamda yargılama yetkisine yönelik Birlik içinde bir ortak yaklaşımın yokluğu da göz önünde bulundurulursa önemli bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır.³¹⁸ Bu çerçevede Divanın SAUS ilkeleri çerçevesinde oluşturduğu hukuk doktrini AB'nin ÖGA politikaları için büyük önem arz etmektedir.

Bunun yanında, bilindiği üzere üye devletlerin ceza hukuku alanındaki hassasiyetleri ve bu alanı kendi kontrollerinde tutma istekleri göz önünde bulundurulduğunda, ATAD'nın söz konusu III. sütun kapsamında AB sınırları içerisinde ceza hukukuna dair yorumda bulunması ilginç bir gelişme ve cesur bir yaklaşım olarak literatürde yerini almıştır.³¹⁹

Ortak Davalar olan C-187 ve 385/01 sayılı *Gözütok ve Brügge* yargılamasında belirtilen her iki dava, olayların benzerliği ve ulusal mahkemelerin ön karar yoluyla sordukları konulardaki benzerlikten dolayı ATAD'da birleştirilmiştir. *Gözütok ve Brügge* davaları ön karar usulü ile ATAD'nın SAUS'nin yorumlamaya fırsat bulduğu ilk dava olarak büyük bir önem arz etmektedir.³²⁰ Kısaca *Gözütok* davasının konusu şöyledir:

Hollanda'da ikamet eden *Hüseyin Gözütok*'un işletmesinde, Hollanda yasalarına göre izin verilenden daha fazla miktarda uyuşturucu madde bulunmuş ve hakkında ceza kovuşturması başlatılmıştır. Ancak savcılığın, Hollanda yasaları çerçevesinde, *Gözütok*'a belli bir miktar ödemesi halinde ceza muhakemesini sonlandırma teklifini söz konusu şahıs kabul etmiş ve böylece ceza muhakemesi işlemleri Hollanda'da sonlandırılmıştır. Ancak aynı suçla paralel olarak *Gözütok*'un Almanya'daki banka hesaplarından şüphelenen Alman makamları *Gözütok*'u Almanya'da hapis cezasına mahkum etmiştir. Bu karar üzerine savcılığın ve *Gözütok*'un, SAUS 54. maddesi uyarınca aynı suçla ilgili olarak Alman mahkemelerinin Hollanda'daki karara bağlı olunması gerektiği iddiasıyla bölge

³¹⁸ Maria Fletcher, (2007), a.g.m., s.23

³¹⁹ Hakan Taşdemir ve Pınar Girgin, (2008), "III. Sütuna İlişkin İlk Ön Karar Davası-Gözütok ve Brügge Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, 9(1),2008, ss.77-88, s.85

³²⁰ Maria Fletcher, (2007), a.g.m., s. 24

yüksek mahkemesine yaptığı itirazı ilgili mahkeme, ATAD’na ön karar başvurusunda bulunma kararı almıştır. Bu çerçevede Alman Yüksek Mahkemesi Hollanda yasalarına göre kovuşturmaya devam etmeme kararının alınmasının, SAUS 54. maddesi uyarınca aynı olaylar bakımından Almanya’da da kovuşturmanın yürütülmesin oluşturup oluşturmayacağı konusunun cevabını aramıştır. Diğer taraftan Belçika ve Almanya ceza mahkemelerini ilgilendiren *Brügge* davası da kapsam bakımından aynı özellikleri taşıdığından ATAD her iki davayı birleştirerek iletilen soruları ortak cevaplamıştır.

Divan, ilgili davaları *ne bis in idem* ilkesi çerçevesindeki SAUS 54 ila 58. maddeleri yorumlayarak açıklamıştır. SAUS 54. maddede ifade edilen “*Taraf devletlerden birinde yargılaması nihai olarak sona erdirilmiş olan bir kişi, bir cezaya hükmedilmiş olması, söz konusu cezanın infaz edilmiş olması, infaz edilmek üzere olması ya da hükmü veren taraf devletin hukuk sistemine göre artık infazının mümkün olmaması halinde, diğer bir taraf devletin ülkesinde aynı olaylara ilişkin olarak kovuşturulamayacaktır*” hükmüne yer vermiştir. Söz konusu hüküm, *ne bis in idem* ilkesi çerçevesindeki uygulamayı ulusal kapsamdan Schengen alanına genişletmesi açısından önemlidir. Bu hüküm, bir üye devlet ceza mahkemesinin usul veya esastan verdiği yargı kararının aynı dava konusu için diğer Üye Devletlerin tanınmasını şart koşturmuştur.³²¹

Bu çerçevede ilgili yargı kararında ATAD, ABA VI. Başlığın cezai konularda polis ve adli işbirliği konuları (SAUS 54 ila 58. maddelere yasal dayanak olan ABA 34. ve 31. maddeler), Schengen Anlaşması ve SAUS, üye devletlerin söz konusu usullerle ilgili olarak kovuşturmanın sürdürülmesini yasaklayan ceza yasalarında şartlı uyumu, yada asgari yakınlaşmayı şart koşulduğunu³²² ifade etmiştir. Bununla birlikte üye devletler, kendi ulusal hukuk sistemlerindeki ceza soruşturmasını SAUS 54. maddesi gereği “kovuşturulmama” kararını ancak bir mahkemenin katılımıyla alınmasının mümkün olduğu gerekçesi ile itiraz edemeyecektir³²³.

Diğer taraftan Divan, SAUS 54. maddeyle getirilen *ne bis in idem* çerçevesinde kovuşturmanın ilerletilmesinin yasaklanması için üye devletler arasında ceza adalet sisteminin karşılıklı güven ve tanıma sisteminin yürürlükte olması gerektiğini ifade etmiştir³²⁴. ATAD, söz konusu karşılıklı güvenin, aynı olaylara ilişkin olarak ulusal ceza

³²¹ Vassilis Hatzopoulos, (2007), s.12-13

³²² Dava C-187/01 ve C-385/01, (2003), *Hüseyin Gözütok ve Klaus Brügge*, 32. bent

³²³ *Ibid*, 38. bent

³²⁴ *Ibid*, 33. bent

hukukunun uygulanması halinde bile bir diğer üye devletin ceza hukukunun tanınmasını şart koştuğunu ifade etmekle, özellikle malların serbest dolaşımını hayata geçirmek için başvurduğu iki kavram olan karşılıklı güven ve karşılıklı tanıma ilkelerinden bu defa ceza hukuku alanında yararlanma fırsatı bulmuştur. Bu durum, ATAD'nın üye devletlerdeki ceza hukuku sistemlerini uyumlaştırmak konusunda dolaylı bir desteğinin olduğu şeklinde de değerlendirilebilir.³²⁵

Bu noktada ATAD'nın üye devletlerin ceza hukukundaki minimum standartları ve kısmi uyumlaştırma konusunda ne ölçüde tetikleyici olacağı konusunda ve tıpkı I. sütun yetki alanındaki gerçekleştirdiği dönüştürücü yargı içtihatlarında olduğu gibi ne derece etkin olabileceği hususu gündeme gelmektedir. Konuya Divanın dönüştürücü rolü çerçevesinde, üye devletlerarası işbirliğinin ve ulusal ceza hukukları alanındaki kısmi uyumun önemi gözüyle bakanlar olduğu gibi hükümetlerarası yapıda yürütülen ceza alanındaki işbirliği alanında Divanın daha temkinli bir yorum anlayışını benimsemesi gerektiği iddialarını benimseyenler de bulunmaktadır.³²⁶

Sonuç olarak, ATAD'nın ÖGA alanına yaklaşımı ve diğer taraftan temel haklar üzerindeki etkileri de göz önünde bulundurulursa ATAD'nın daha bir etkin rol oynamak istediği ve III. sütunda dönüştürücü etkide bulunmak istediği anlaşılır. Ancak halen III. sütun alanında bulunan gerek yargı kısıtlamaları, gerekse hükümetlerarası modelin getirdiği kurumsal kısıtlamalar çerçevesinde Adalet Divanı'nın, ÖGA alanının ve temel hakların gerekleri ile üye devletlerin ulusal menfaatleri arasında nasıl bir denge ve uyumu sağlayacağı ve sözü edilen dönüştürücülüğü nasıl sağlayacağı özellikle Lizbon Antlaşması'nın tüm üye devletlerce kabul edilip uygulamaya geçilmesiyle daha net bir şekilde anlaşılacaktır.

³²⁵ Nadine Thwaites, (2003), "Mutual trust in criminal matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement", *German Law Journal*, Cilt 4, No. 3, ss.252-262.

³²⁶ Hakan Taşdemir ve Pınar Girgin, (2008), a.g.e., s.86-87

3.2.13. Türkiye ile AB'nin İmzaladığı Katma Protokol Hükümleri ATA IV. Başlık Kapsamında Değerlendirilebilir mi?

C-228/06 *Mehmet Soysal, İbrahim Savatlı v. Bundesrepublik Deutschland* Davasında ATAD tarafından verilen hüküm, Türk vatandaşları için ciddi etkileri olmakla birlikte AT hukukunda içtihat zinciri oluşturacak niteliktedir.³²⁷ Davaya konu olan Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşları *Mehmet Soysal* ve *İbrahim Savatlı* bir Alman firmasına ait Türkiye-Almanya arasında nakliye işi yapan bir şirkette tır şoförü olarak çalışmakta olup vize şartına tabidirler. Söz konusu şahısların 2000 yılından sonra yaptıkları vize başvuruları Alman Konsolosluğunca reddedilmeye başlanmıştır. Gerekçe olarak söz konusu şahısların daha önceden Türkiye tescilli tırları kullanırken artık Almanya tescilli tırları kullanmaları gösterilmiştir. Söz konusu şahıslar bu durumla ilgili Belin İdare Mahkemesine dava açmış olup davalar reddedilince Berlin Eyalet Mahkemesine temyize başvurmuşlardır. Berlin Eyalet Mahkemesi ise ön karar başvurusu kapsamında ATAD’dan dava konusu uyuşmazlıkla ilgili sorulan sorular kapsamında yorum yapılmasını talep etmiştir. Davayı ciddiyle takip eden üye devletler, tıpkı IV. Başlık davalarında gördüğümüz gibi davanın “çok müdahilli” olarak seyir etmesine neden olmuş ve bu çerçevede tarafların haricinde, Danimarka, Yunanistan, Slovenya, Komisyonu davaya müdahil olarak katılmıştır.

Söz konusu müdahil üye devletler, duruşmada, Türk vatandaşlarına uygulanan vizenin kalkması halinde, bütün uyuşturucu kaçakçılarının ve teröristlerin Avrupa’ya dolacağını iddia etmişlerdir. Komisyon’un davadaki tutumu ise ilginçtir. Komisyon başlangıçta davacılar lehinde görüş belirtirken Fransa’nın dönem başkanlığına denk gelen 2 Eylül 2008’de bu görüşünü değiştirmiş ve bu görüş değişikliği görüş değişikliği Divan Başkanından sert bir biçimde eleştirilmiştir.³²⁸

Tekrar davaya dönecek olursak, Eyalet Mahkemesince ATAD’na yöneltilen sorular şunlardır:

- 23 Kasım 1970 tarihli AET ile Türkiye arasında Ortaklık İlişkisi Kurulmasına Dair Katma Protokol’ün 41(1). maddesi³²⁹, yürürlüğe giren söz konusu Protokol, o tarihte Türk vatandaşlarının Federal Almanya Cumhuriyeti’ne vizesiz girmesine izin vermesine

³²⁷ Mehmet Özcan, (2009), *Mehmet Soysal Kararı Sadece Vizeyi mi İlgilendiriyor?*, <http://www.usakgundem.com/yazar/1133/mehmet-soysal-karari-sadece-vizeyi-mi-ilgilendiriyor.html> (Er.Tar.:01.07.2009)

³²⁸ Ercüment Tezcan, (2009), “*Soysal Kararı:Avrupa Adalet Divanı’ndan üye devletlere Standstill Dersi*”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=907> (Er.Tar.:01.07.2009)

³²⁹ Katma Protokol 41(1). madde: Akit taraflar, aralarında, yerleşme hakkı hizmetlerin serbest edinimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.

rağmen, Alman yasaları ve 539/2001 sayılı AT Tüzüğü çerçevesinde Almanya'ya giriş yapmak üzere Schengen vizesine tabi olan Türk vatandaşının, Almanya tescilli tırların şoförü olarak Türk yüklenici adına uluslararası nakliye işinde çalışması, hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında bir sınırlama getirilmesini oluşturduğu şeklinde yorumlanabilir mi?

- Şayet bu cevap olumluysa, söz konusu Katma Protokol maddesi bahse konu Türk vatandaşlarının Almanya'ya girişi için vize şartına tabi olmadıkları şeklinde yorumlanabilir mi?³³⁰

Türk işçiler, günümüzdeki Katma Protokol'ün 41(1). maddesine getirilen askıya alma “standstill” şartlarının, 1973'deki Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihindeki şartlardan daha az elverişli olduğunu kaldı ki o tarihte vize şartı aranmamasına rağmen bu şartın 1980'de getirildiğini iddia etmiştir.³³¹

Alman hükümetinin iddiasına göre söz konusu ön karar başvurusu kabul edilmezdir. Bunun nedeni, 539/2001 sayılı davada atıfta bulunulan tüzüğün ATA IV. Başlık alanına girmesidir. Dolayısıyla davanın konusu hizmetlerin serbest dolaşımından ziyade ÖGA alanıdır. Bu durumda ön karar usulünün ATA IV. Başlık 68. madde gereği kararlarına karşı temyiz mercii olmayan bir mahkeme tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak başvuruya konu olan mahkemenin böyle bir statüsü bulunmamaktadır.³³²

Ancak ATAD, bu iddianın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Nitekim davanın konusu Alman Mahkemesi'nin ön karar başvurusunda da olduğu üzere AET-Türkiye ortaklık ilişkisi Katma Protokol'ün 41(1). madde yorumu ile ilgilidir. Bu durumda ATAD'na göre dava, ATA 68. madde hükümlerine göre yürütülmez.³³³

Diğer taraftan ATAD, söz konusu dava hakkında verdiği yargı kararında yürürlüğe Protokolün 41(1). bendinin yürürlüğe girdiği tarihte vize yükümlülüğü olmadığı için, Türkiye'de kurulu şirketlerde çalışan Türk vatandaşlarına hizmet sunumu için AB üyesi ülkelere girişlerinde vize şartı getirilemeyeceği yorumunu benimsemiştir.³³⁴ Daha önceki kararlar dizisinin devamı olarak ele alınması gereken bu karar sonucunda serbest meslek sahibi Türk vatandaşları hizmet üretmek amacıyla AB ülkelerine vizesiz olarak gidebileceklerdir.³³⁵

³³⁰ Dava C-228/06,(2009), *Soysal ve Savatlı v. Bundesrepublik Deutschland*, Questions Referred

³³¹ *Ibid*, 29. bent

³³² *Ibid*, 38. bent

³³³ *Ibid*, 41. bent

³³⁴ *Ibid*, 63. bent

³³⁵ Mehmet Özcan, (2009), a.g.m.

Bu davanın Türk vatandaşlarına sağladığı yararları bir kenara, davanın geniş yorumla ATA IV. Başlık davası olarak ele alınmasının Divan tarafından reddedilerek Protokol hükümleri çerçevesinde yorumlanması önemli bir gelişmedir. Ancak diğer taraftan ATAD kararlarının diğer üye devletlerde AT hukukunun üstünlüğü ilkesine uyularak ne derecede uygulanabilir olacağı merak konusudur. Nitekim ATAD kararlarına karşı milli menfaatlerin gerekçe gösterilerek üye devletlerde dirençle karşılaşılmasının birçok örneği bulunmaktadır. Bu durum karşısında *Tezcan*'a göre önce diplomasi kullanılarak çözüm yolları aranmalı bu çabalar yetersiz olursa Avrupa Parlamentosuna şikayet, Üye Devlet ulusal mahkemesinde ATAD kararına atıfta bulunularak dava açma yolları uygulanabilir.³³⁶

³³⁶ Ercüment Tezcan,(2009), a.g.m.

SONUÇ

Adalet Divanının kurucu antlaşmalar, bağlı protokoller, anlaşmalar ve ikincil mevzuat çerçevesinde oluşan Birlik mevzuatını, söz konusu yazılı hukuk kaynakları, hukukun genel ilkeleri, Birlik üyelerinin hukuk gelenekleri, temel haklar ve AİHS çerçevesinde münhasıran yürüttüğü yorumlama yetkisinin anayasal özellikler taşıyan AB hukukunda çok önemli fonksiyonları bulunmaktadır.

Adalet Divanı, Topluluk hukukunun üstünlüğü, önceliği, doğrudan etki ve doğrudan uygulanabilirliği konusunda yapmış olduğu içtihatlar sayesinde, Topluluk hukukunun anayasal karakter taşımasına katkı yaparak Birliğin yürüttüğü entegrasyon çalışmalarına yönelik dönüştürücü etkilerde bulunmuştur. Söz konusu etkiler sayesinde Topluluk hukukunun süjeleri (özellikle bireyler) otoritenin yürüttüğü eylemlere yönelik Divan önünde haklarını arama fırsatı kazanmışlardır. Birliğin entegrasyon çalışmaları sayesinde iç pazarın gelişimine yönelik bireylere tanınan haklar günümüzde oldukça gelişerek Birliğin geleneksel salt supranasyonel ekonomik pazar eksenli işleyişten çıkmasına ve bu çerçevede AB’de ÖGA alanının ihdasına yönelik çalışmaların gelişmesine vesile olmuştur.

Ancak ÖGA alanının oluşuma yönelik adalet ve içişleri politikaları, üye devletlerin egemenlik alanıyla iç içe bulunduğundan söz konusu alanın ihdası ile ilgili ciddi engellerle karşılaşmıştır. Amsterdam Antlaşmasından Lizbon Antlaşmasına kadar geçen süreç içinde adalet ve içişleri politikalarında önemli başarılar elde edilmiş olsa da ÖGA alanının ihdasına yönelik önemli katkıları olabilecek AA onay sürecinden geçememesi bir başarısızlık olarak not edilmiş ve günümüzde bu alanın iyileştirilmesine yönelik umutlar Lizbon Antlaşmasına bağlanmıştır. Bu bağlamda, LA’da adalet ve içişleri politikalarının odağında şeffaflık ve demokrasi açığını gidermek üzere Birlik kurumlarının -özellikle de Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentoların- yetki alanlarında bir takım genişlemeler kazandırılmasının yanında bireylere etkin adli himaye sağlamak üzere Adalet Divanının yargı yetkisinde de bir takım yenilikler getirilmiştir.

Adalet Divanının adalet ve içişleri ve özellikle de ATA IV. Başlık politikalarıyla ilgili yargı yetkisine neden kısıtlama getirilmiş olduğu, LA ile Divanın yargı yetkisinde ne gibi iyileşmeler ve gelişmeler olabileceği ve Birliğin entegrasyon çalışmaları çerçevesinde Divanın ÖGA politikalarına yönelik tutumuyla ilgili bir değerlendirme yapacak olursak şu hususlar karşımıza çıkmaktadır:

- ATAD'nın 1990'ların ikinci yarısına kadar AT hukukun ihdasına yönelik kurucu antlaşmalarda doğrudan doğruya düzenlenmeyen ancak içtihatlar vasıtasıyla elde edilebilecek norm oluşturucu, AT hukukunun yapısı ve dayandığı ilkeleri açıklayıcı kararlara imza atmıştır. Ancak bu tarihten sonra ekonomik entegrasyon tabanlı oluşan Toplulukta siyasi entegrasyon çalışmalarının başlamasıyla birlikte Divanın verdiği kararlar ve Divanın konumu sorgulanmaya başlanmış olup yargısal aktivizm ve müvekkil-vekil teorileri çerçevesinde bazı akademisyenler ve ulusal politikacılar tarafından çeşitli eleştirilerin yapıldığı görülmüştür. Aynı paralellikte üye devletlerin egemenlik haklarıyla iç içe geçen adalet ve içişleri politikalarındaki entegrasyon seviyesi de düşük oranlarda tutularak adalet ve içişleri politikalarının üye devletlerin egemenlik kontrolünü ellerinde tutmalarına imkan veren bir platformda yürütülmesi sağlanmıştır.

Üye devletlerin ulusal egemenliği kaybetmeme mücadelesi çerçevesinde; bireylerin otoriteye karşı haklarını aramasına imkan veren ön karar usulü sayesinde Divanın olası dönüştürücü kararlar vermesinden duyulan endişeler, adalet ve içişleri politikasındaki entegrasyonun ilerletilmesinden duyulan rahatsızlarla da birleşince karşımıza, ulusal mahkemelerin (ve dolayısıyla bireylerin) Divana erişiminin kısıtlandığı bir yargı yetkisi karşımıza çıkmıştır. Böylelikle, ÖGA alanındaki “yamalı” işleyiş çerçevesinde Divanın ATA IV. Başlık alanındaki yargı yetkisine önemli bir istisna hükmü getirilerek ulusal mahkemelerce ön karar usulü çerçevesinde Adalet Divanına başvurulabilme hakkı sadece kararlarına karşı yargı yolu kapalı olan mahkemelere verilmiştir. Bununla birlikte Divanın ABA VI. Başlık çerçevesindeki yargı yetkisinin ise üye devletlerce tanınıp tanınmaması ve tanınma şekli (tüm ulusal mahkemelerin ön kararla başvurulabilmesi yada sadece kararlarına karşı yargı yolu kapalı olan mahkemelerin başvurulabilme hakkı) üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Divanın yargı yetkisine getirilen diğer bir istisna konusu da iç güvenliğin sağlanması konusundadır. Kurucu antlaşmalarda Divanın gerek ATA IV. Başlık gerekse ABA VI. Başlık politikaları üzerindeki yargı yetkisinin iç güvenlik ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olamayacağı ifade edilerek Divanın yargı yetkisi alanına sınırlama getirilmiş ve söz konusu sınırlamalar LA'da tekrarlanmıştır.

Divanın yargı yetkisine getirilen sınırlamalar, bireylere sağlanan adli himaye konusunda Birlik politikalarında ciddi eksiklikler doğurmakta olup bu durum, Birlik hukukunun temellerini oluşturan hiçbir ilkeyle bağdaşmamaktadır. Söz konusu olumsuzluğu düzeltmek üzere Birliğin son entegrasyon çalışması olan LA' nın getirdiği bir

takım iyileştirmeler bireylerin etkin adli himaye altında olmasını sağlamaya yönelik önemli reformları ihtiva etmektedir.

- LA ile Adalet Divanının adalet ve içişleri politikasındaki yargı yetkisine getirilecek yenilikler, Birliğin ÖGA alanının ihdasına yönelik somut gelişmelerin gerçekleşmesine yardımcı olabilecek niteliktedir. Bu bağlamda aşağıda sayılan yenilikler pozitif bir ilerleme olarak göz önünde bulundurulabilir:

- ATA IV. Başlık alanındaki ön karar usulü normalleşerek tüm ulusal mahkemelerin Adalet Divanına erişimi sağlanacaktır. Böylelikle halen Topluluk politikası olan konu başlıklarında bireyler iç hukuk yollarını tüketmek için zaman kaybetmeyecek ve adalet daha erken bir şekilde tecelli edecektir. Bununla birlikte LA ile getirilen ön karar usulünde bir kişinin tutukluluğunun söz konusu olması durumunda Divanın gecikmeden hareket edeceği belirtilerek ÖGA alanında verilecek hükümlerin hızlandırılması öngörülmüştür.

- LA' nın yürürlüğe girmesinden 5 yıl sonra halen III. sütun kapsamında yürütülen polis ve adli işbirliği alanındaki Divanın yargı yetkileri de normalleşecektir. Böylelikle üye devletlerin Divanın yargı yetkisine getirdikleri seçimlik hakkı sona ererek zorunlu hale getirilecektir.

- LA ile Birlik kurumlarının yasal düzenlemelerinin yanı sıra ofis, ajansların ve üçüncü kişilerde hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte kararların hukuki geçerliliğini inceleyebileceğini hükmetmiştir. Böylelikle halen yargısal denetim yapılamayan Europol, Eurojust gibi III. sütun kurumlarının tasarrufları da ATAD'nın yargı yetki alanına taşınacaktır.

- LA ile katmanlı yetki ilkesinin yargısal denetimi için izlenecek usul ve yöntemler netleştirilmiştir. Bu sayede üye devletlerce, ÖGA alanını ilgilendiren bir yasama kararında katmanlı yetki ilkesinin ihlal edildiği dair açılacak davalarda ATAD, yetkinin hangi katmanda olması gerektiği konusunda yol gösterici olacaktır.

- LA ile THŞ'nın bağlayıcılık kazanması ve Birliğin AİHS'ne taraf olmasının yolunun açılması, ATAD'nın vereceği yargı kararlarında söz konusu temel metinlere daha keskin atıflar yapabileceğini düşündürmektedir.

- Komisyonun Stockholm programıyla ilgili Bildirisinde de belirtildiği üzere yeni dönemde Divanın ceza hukuku alanında da ortak suç ve ceza tanımlarını geliştirerek ceza hukuku alanında üye devletlerarası uyumu geliştirebileceği öngörülmektedir. Nitekim bunun en güzel örneği *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde verilen *Gözütok ve Brügge*

yargılamasında verilmiştir. Bununla birlikte aynı bildiride sınıraşan suçlarla mücadele kapsamında ATAD içtihatları doğrultusunda üye devletlerin mevzuatlarında ortak standartların belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmiş olup diğer yandan, medeni hukuk alanındaki işbirliğinin geliştirmek üzere üye devlet mahkemelerinin özellikle ebeveyn sorumluluğu ile ilgili karşılıklı tanıma çerçevesinde asgari standartların konulması gerektiği ifade edilmiştir.

- Her ne kadar getirilecek olan bu yenilikler Adalet Divanının adalet ve içişleri politikalarındaki konumunu güçlendirecek olsa da Divanın bu zamana kadar özellikle ATA IV. Başlık alanında verdiği hukuksal nitelikten ziyade siyasi nitelik taşıyan kararlar, Divanın adalet ve içişleri politikalarındaki işlevi hakkında temkinli bir iyimserlikte olunmasını gerektirecek niteliktedir. Çalışmamızda incelenen dava örneklerini göz önünde bulundurarak Divanın ATA IV. Başlık ve ABA VI. Başlıkta gösterdiği tutumla ilgili bazı yargılara varılmıştır.

1. ABA VI. Başlık ve Divanın Yaklaşımı: III. sütun politikalarındaki ciddi hukuksal etki eksikliğine ve Divanın yargılama yetkisinin üye devletlerin deklarasyon şartına bağlanmasına rağmen ATAD'nın üye devletlerarasında ceza hukuku uyumunu sağlamak için önemli adımlar attığı söylenebilir. Bu kapsamda Divan, sınırlı etki alanı olan III. sütun politikalarıyla ilgili olarak doğrudan etki ve ceza hukuku uyumu çerçevesinde önemli adımlar atmış ve bu alandaki hedefini iç pazar oluşumunu tehdit eden unsurlara karşı ortak mücadele etme doğrultusunda olduğunu göstermiştir. Divana göre söz konusu hedef doğrultusunda yapılan düzenlemelerin ATA IV. Başlıkta yada III. sütunda veyahut ulaştırma politikasında yada çevre politikasında olmasından ziyade üye devletlerarasında uyumun gerçekleştirilmesinin önemsendiği anlaşılmaktadır.

2. ATA IV. Başlık ve Divanın Yaklaşımı: Her ne kadar ATA IV. Başlık alanı Topluluk politikası olarak benimsenmiş olsa da bu alanın hassas içeriğinden dolayı getirilen her düzenleme büyük bir titizlikle incelenmektedir. Bu bağlamda doğrudan yada dolaylı olarak özellikle ATA IV. Başlıkla bağlantılı olan davalara üye devletler büyük bir ilgi göstermekte ve bunun sonucu olarak davalara çoklu üye devlet müdahilliği sağlanmaktadır. Diğer taraftan Divanda söz konusu davalar için genellikle *Grand Chamber* şeklinde geniş bir katılımıla toplanmaktadır. Divan ATA IV. Başlık yargı yetkisini oldukça dar kapsamda kullanmakta ve düzenlemelerin lafzi yorumlarına bağlı kalmaktadır. Hatta bu kapsamda hukuk sözcülerinin karşı görüşlerine de bazen uymadığı gözlemlenmiştir. Bu durumun olası nedeni, IV. Başlık yasal düzenlemelerinin yapılması için çok zor ve çetin mutabakat

şartlarının yerine getirilmesinin gerekliliğinin dikkate alınmasıdır. Bu çetin yasama şartlarını göz önünde bulunduran Divan, söz konusu yasal düzenlemelere halel gelmesini arzu etmemektedir. Aksi halde üye devletlerin mutabakatını gerektirecek yeni bir yasal düzenleme yapmak gerekecektir.

Üye devletlerin egemenlik kaygılarının özellikle IV. Başlık alanında fazla olmasından dolayı Divan, kendi önüne gelmeden önce zor bir süreçten geçmiş olan düzenlemelerle ilgili ön karar davalarına yönelik yada iptal davalarına yönelik dönüştürücü/yenilikçi bir yorum getirmek istememekte ve bu nedenle tartışma oluşturan siyasi kararlar verebilmektedir. Bu açıdan Divanın Birlik vatandaşlığına yönelik yada üye devlet vatandaşıyla evli olan üçüncü ülke vatandaşının haklarına yönelik gösterdiği özgürlükçü yaklaşımı üçüncü ülke vatandaşlarının haklarına yönelik diğer konularda göstermediği söylenebilir. Çalışmamızda yasal göç kapsamındaki aile birleşimi konusunda ilgili direktife getirilen ve Birliğin hiçbir hukuk ilkesine dayanmadığı açık olan istisna hükümleri konusunda Divanın pasif yaklaşımı tartışılmıştı.

Diğer taraftan vize ve sınır kontrolleriyle ilgili Komitoloji kararının uygulanmasına yönelik açılan C-257/01 sayılı *Komisyon v. Konsey* davasında da incelendiği üzere Komisyonun IV. Başlık alanında yetkilendirilmesine yönelik bir girişime izin vermediği açıklanmıştı. Çalışmamızın I. Bölümünde açıklandığı üzere Topluluk hukukunun önceliği ilkesinin bile tartışılabilir olduğu bir siyasi atmosferde Divanın ATA IV. Başlık alanında yenilikçi bir yaklaşım göstermesi beklenemez. Bu açıdan LA çerçevesinde getirilen yenilikler ne olursa olsun siyasi denge unsurlarının Divanın yaklaşımının yönlenmesinde belirleyici olduğu değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda katmanlı yetki ilkesi çerçevesinde üye devlet-Birlik kurumları arasındaki yetki paylaşımının, diğer bir ifadeyle egemenlik dengesinin nasıl algılandığı oldukça önemlidir. Bu ilişkinin müvekkil-vekil teorisi çerçevesinde açılması yada Divanın yargısal aktivizm gerçekleştirdiği algısı, Birliğin entegrasyon seviyesinin geliştirilmesine engel olacaktır. Bu nedenle Avrupa kamuoyuna yön veren politikacılara ve Avrupa halkına önemli görevler düşmektedir. Nitekim LA ile gerek Avrupa Parlamentosunun gerekse ulusal parlamentoların rolünün güçlendirilmesi Birlik politikalarıyla ilgili Brüksel bürokratlarının bir anlamda tekeline kırıp daha geniş tabana yayılmasına öncü olabileceği değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan, Birliğin ÖGA alanındaki öncelikli hedefinin iç pazara yönelik tehditleri kaldırmak ve bununla bağlantılı olarak Birlik vatandaşlarının haklarını geliştirmek olduğu unutulmamalıdır. Her ne kadar LA ile üçüncü ülke vatandaşlarının haklarına yönelik bir takım iyileştirmeler öngörülse de Birlik politikalarının çok yenilikçi bir yaklaşımda bulunulmasını beklemek pek mümkün değildir. Dolayısıyla Adalet Divanının bu gruba yönelik davalarda Birlik vatandaşlığı ile (örneğin bir üye devlet vatandaşı ile evli olma durumu gibi) bir bağlantı tespit edememesi durumunda özgürlükleri genişleten bir yaklaşımda bulunmayacağı ve mevzuatın lafzi yorumlarına bağlı kalacağı öngörülmektedir.

Özetle, Divanın adalet ve içişleri politikalarındaki yargı yetkisi ile ilgili önümüzdeki süreç için şu sonuca varılabilir: Halen III. sütun olarak değerlendirilen politikalardaki yargı yetkisinin normalleşmesi çerçevesinde 5 yıllık projeksiyon verilmesi, AB'nin ÖGA alanının ihdasına yönelik üye devletlerin ceza hukukunu uyumlaştırma çabalarını oldukça önemsedğine işaret etmektedir. Bu çerçevede Divan, önümüzdeki yıllarda üye devletlerin ve Birlik düzenlemelerinin izin verdiği ölçüde ceza hukukunun uyumlaştırılmasına yönelik etkin bir rol üstlenebilir. Diğer taraftan üye devletlerin hassas politikalar olarak belirlediği ATA IV. Başlık politikalarıyla ilgili ön karar kısıtlamasının kaldırılmış olması, THŞ'nin bağlayıcılık kazanması ve Birliğin AHİS'ne taraf olmasıyla hukukun temel ilkeleri çerçevesinde bireylere adli himaye sağlanması açısından olumlu bir gelişme olarak not edilebilir. Ne var ki tüm bu gelişmelere rağmen önümüzdeki süreçte Divanın özellikle ATA IV. Başlık alanındaki yargı yetkisi çerçevesinde, üye devletlerin kabulünü zora sokan kırmızı çizgilerle belirlenmiş alanlarda ikincil mevzuatları ve üye devlet uygulamalarını kurucu antlaşma ve temel haklar çerçevesinde dönüştürücü/yenilikçi yorumlamalarla değerlendirmesini de beklememek gerekir.

KAYNAKÇA

- Alegre, Susie ve Leaf, Marisa, (2004), “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, S.10, No.2, March 2004, ss. 200-217.
- Alter, Karen J., (1996), “The European Court’s Political Power”, *West European Politics*, C.19 S.3, ss. 458-487.
- Alter, Karen J., (1998), “Who are the “Masters of the Treaty ? : European Governments and The European Court of Justice”, *The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology*, S.52, ss.121-147.
- Andersen, Stine ve Glescross, Andrew, (2007), “Pre-Emptying the Court: Member State Expectations, Political Oversight and Nexus of Law and Politics in the EU”, *EUSA Biennial Conferance*, 17-19 May 2007, Montreal, ss.1-26.
- Anderson, Malcolm ve Apap, Joanna, (2002), *Striking Balance Between Freedom Security and Justice in an Enlarged European Union*, Brussels: CEPS.
- Apap, Joanna ve Carrera, Sergio, (2004), “The European Arrest Warrant: A Good Testing Ground for Mutual Recognition in the Enlarged EU?”, *CEPS Policy Brief*, No.46, ss.1-22.
- Arat, Tuğrul, (1989), *Toplulukların Yargı Denetimi AT Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Danıştay Yay.
- Arat, Tuğrul, (1998), *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara: Ataum Yay.
- Arat, Tuğrul, (2005), “Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı”, *Ankara Üniversitesi AB Hukuku Sertifika Programı*, ss.1-30.
- Arsava, Füsün, (2000), *Amsterdam Antlaşmasının AB Hukukuna Katkıları*, Ankara: SBF Yay.
- Arsava, Füsün, (2002), “Nice Antlaşmasının Getirdikleri”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.1, S.2 (Bahar 2002), ss.1-30.
- Arsava, Füsün, (2003), “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.3 No.1, ss.1-17.

- Arsava, Füsün, (2004), “Birlik Hukuku ve Anayasa Arasındaki İlişki”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.4, No.1, (Güz: 2004), s-99-120.
- Arsava, Füsün, (2005), “Supranasyonel Bir Tasarruf Şekli Olarak Devletlere Yönelik Kararlar”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.4, No.2 (Bahar 2005), ss.1-13.
- Arsava, Füsün, (2006), “AB’nin Anayasa Tasarısı Işığında Federal Yapısı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt.5, No.3, (Bahar 2006), ss.1-12.
- Avrupa Topluluğu (Birliği) Adalet Divanı, (<http://curia.europa.eu>, Er.Tar.: 03.07.2009)
- Barlas, Emin ve Karagöz, Berkan, (2007), “Subsidiarite İlkesi: Kavramsal Bir Çerçeve”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, S.1/2007, ss. 155-174.
- Baykal, Sanem, (2004a), “Avrupa Birliği’nin Geleceği: Meşruiyet Sorunu, Anayasallaşma Süreci ve Bütünleşmenin Nihai Hedefi Üzerine”, *Uluslararası Akademik Dergi*, C.1, S.1, (Bahar 2004), ss.119-153.
- Baykal, Sanem, (2004b), “Avrupa Birliği Anayasallaşma Sürecinde Adalet Divanı’nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 4, No. 1, (Güz 2004), ss.121-149.
- Bbc.co.uk, (2007), “Sorularla AB Lizbon Antlaşması”, (http://www.bbc.co.uk/turkish/indepth/story/2007/12/071205_lisbon_treaty.shtml, Er.Tar.: 01.08.2009)
- Bertozi, Stefano, (2008), “Schengen: Achievements and Challenges in Managing an Area Encompassing 3.6 Million km²”, *Centre For European Policy Studies*, (Doc. No.284/Feb. 2008), ss.1-29.
- Blichner, Lars Chr. ve Molander, Anders, (2005), “What is Juridification”, *Centre for European Studies University of Oslo, Arena Working Paper*, No.14, ss.1-41.
- Bozkurt Enver, Özcan, Mehmet ve Arif Köktaş, (2005), *Avrupa Birliği Temel Mevzuatı*, Ankara: Asil Yay.
- Carera, Sergio ve Merlino, Massimo, (2009), “State of the Art on the European Court of Justice and Enacting Citizenship”, *Centre for European Policy Studies*, April 2009, ss.1-96.

- Communication from the Commission to European Council, (2006), *The Period of Reflection and Plan D*, (COM (2006)212, 10.05.2006). Brussels
- Communication from The Commission to The Council and The European Parliament, (2005), *The Hague Programme: Ten priorities for the next five years*, (COM(2005)184 final). Brussels
- Communication from The Commission to The Council, (2004), *Area of Freedom, Security and Justice: Assessment of the Tampere Programme and Future Orientations* (COM(2004) 4002 final, 2.06.2004)
- Communication From The Commission to The European Parliament and The Council, (2009), *An Area of Freedom, Security and Justice Serving The citizen*, (COM (2009)262/4). Brussels
- Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of The Regions and The Court of Justice of The European Communities, (2006), *Adaptation of The Provisions of Title IV of the Treaty Establishing The European Community Relating to The Jurisdiction of The Court of Justice With a View to Ensuring More Effective Judicial Protection*, (COM (2006)346 final, 28.06.2006). Brussels
- Conseil d'État, (<http://www.conseil-etat.fr/cde>, Er.Tar.:01.07.2009)
- Council of the European Union, (2004), *Amended Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in the Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, (2000/0238 (CNS), 14203/04, Asile 64, 09.11.2004). Brussels.
- Court of Justice, (2008), *Statistics Concerning The Judicial Activity of The Court of Justice*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/200903/ra08_en_cj_stat.pdf (Er.Tar.:03.07.2009)
- Doğu, Umut, (t.y.), “Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulama Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi”, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm#_ftnef32 (Er.Tar.: 23.07.2009)

- Duff, Andrew, (t.y.), “The True Guide to Treaty of Lisbon”, *Alliance of Liberals and Democrats for Europe*, ss.1-13, http://17.europe.bg/upload/docs/treaty_2.pdf (Er.Tar.:24.07.2009)
- Dw-world.de, (2009), (<http://dw-world.de>, Er.Tar.: 01.08.2009)
- Eurojust, (<http://www.eurojust.europa.eu>, Er.Tar.:03.05.2008)
- European Council Decision, (2004), *Providing For Certain Areas Covered By Title IV of Part Three of The EC Treaty To Be Governed by Art. 251 TEC*, (22.12.2004, OJ L 396/45, 31.12.2004)
- European Union Law, (<http://eur-lex.europa.eu>, Er.Tar.: 01.03.2008)
- Europol, (<http://www.europol.europa.eu>, Er.Tar.:03.05.2008)
- Falkenrath, Richard A., (2006), “A Privacy Fiasco That Needlessly Undermines Security”, http://www.brookings.edu/opinions/2006/0601defense_falkenrath.aspx (Er.Tar.:22.07.2009)
- Fletcher, Maria, (2007), “The European Court of Justice: Carving itself an influential role in the EU’s Third Pillar”, *EUSA 10th Biennial International Conference*, Montreal, ss.1-60.
- Guild, Elspeth ve Brouwer, Evelien, (2006), “The Political Life of Data The ECJ Decision on the PNR Agreement between the EU and the US”, *Centre for European Policy Studies*, No. 109 (July 2006) , ss.1-6.
- Guild, Elspeth ve Carrera, Sergio, (2005), “No Constitutional Treaty? Implications for The Area of Freedom, Security and Justice”, *Centre for European Police Studies Working Document*, No.231, (October 2005), ss.1-20.
- Guild, Elspeth, (2004), “The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, S. 6, No. 4, ss.381-395.
- Guild, Elspeth, Carrera, Sergio ve Anaïs Faure Atger, (2009), “Challenges and Prospects for the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: Recommendations to the European Commission for the Stockholm Programme”, *CEPS Working Document* No. 313, (April 2009), ss.1-2.
- Günoğur, Haluk, (1996), *Avrupa Toplulukları Hukuku*, Ankara: Gazi kitapevi.

- Hatzopoulos, Vassilis, (2007), "With or Without you...Judging Politically in The Field of Area of Freedom Security and Justice?", *Research Papers in Law, European Legal Studies*, No.3, (May), ss.1-19.
- Heisenberg, Dorothee, (2006), "US intransigence the true culprit behind the ECJ's decision to annul passenger name record agreement", <http://news.ft.com/cms/s/57c87874-f4f9-11da-86f6-0000779e2340.html>, (Er. Tar.:01.07.2009)
- Hinarejos, Alicia, (2008), "On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly applicable,directly effective,self-executing,supreme?",*European Law Journal* ,C.14, No.5, (September 2008), ss. :620-634.
- House of Lords Constituion Committee, (2008), *European Union (Amnedment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications fort he UK Constitution Report with Evidence*, (6th Report of Session 2007-08). London, ss.1-83
- İktisadi Kalkınma Vakfı, (<http://www.ikv.org.tr>, Er.Tar.: 03.07.2009)
- Karnell, Ester Herlin, (2008), "The Lisbon Treaty and The Area of Criminal Law and Justice", *Sweedish Institute for European Policy Studies*, S.3., (April 2008), ss.1-10
- Köktaş, Arif, (2005), "Topluluk/Birlik İle Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss.219-247.
- Köktaş, Arif, Özcan, Mehmet ve Enver Bozkurt, (2001), *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara: Nobel Yay.
- Kupszewski, Marek, (2003), "Consequences of EU Enlargement For Freedom of Movement Between Council of Europe Member States", *Central European Forum For Migration Research Working Paper*, (1/2003), ss.1-11.
- Lang, John Temple, (1997), "The Duties of National Courts Under Community Constitutional Law", *European Law Review*, C. 22, ss.3-18.
- Monar, Jörg, (2001), "The Dynamics of Justice and Home Affairs:Laboratories, Driving Factors and Costs", *.Journal of Common Market Studies*, S. 39, I. 4, ss.747-764.
- Monar, Jörg, , (2008), "The reforms in the justice and home affairs domain: the end of the third pillar?", Finn Lausen (Der), *The Rise and Fall of EU's Constitutional Treaty*, Netherlands: Brill Academic Publ., ss.79-105

- Moussis, Nicholas, (2004), *Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi* (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul: Mega Press Yay.
- Münch, Richard (2008), “Constucting a European Society by Jurisdiction”, *European Law Journal*, S.14, No:5, (September 2008), ss.519-541.
- Özcan, Mehmet ve Mutuş, Ceren, (2009), “Katmanlı Yetki (Subsidiarite) İlkesinin Avrupa Birliği’nde Uygulanması”, Veysel K. Bilgiç (Der.), *Değişik Yönleriyle Yerelleşme*, Ankara: Seçkin Yay.
- Özcan, Mehmet, (2004), “Subsidiarite İlkesinin Avrupa Birliğinde Uygulanması ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, <http://www.tukishweekly.net/tukce/makale.php?id=22>, (Er.Tar.: 03.07.2007)
- Özcan, Mehmet, (2005), *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku*, Ankara: Usak Yay.
- Özcan, Mehmet, (2008), “Avrupa Birliği Anayasası”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=100>, (Er.Tar.: 02.04.2008)
- Özcan, Mehmet, (2009), *Mehmet Soysal Kararı Sadece Vizeyi mi İlgilendiriyor?*, <http://www.usakgundem.com/yazar/1133/mehmet-soysal-karari-sadece-vizeyi-mi-ilgilendiriyor.html>, (Er.Tar.: 01.07.2009)
- Özler, Zeynep ve Mindek, Can, (2008), *AB’de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması*, İstanbul: İKV Yay.
- Özler, Zeynep, Mindek, Can ve Fulya Batur, (2008), *Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Topluluğu’nu Kuran Antlaşma’yı Tadil Eden Lizbon Antlaşması*, İstanbul: İKV Yay.
- Piris, Jean Claude, (2000), “Does The European Union Have a Constitution? Does It Need One?”, *Hardvard Law School Jean Monnet Working Paper*, 5/00, ss.1-63.
- Primo, Ponzano, (2008), “Executive and delegated acts: situation after the Lisbon Treaty”, Griller, Jacques Ziller (Ed.), *The Lisbon Treaty EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Vienna: Springer, ss.135-141.
- Report (1995), *Report of the Court of Justice on Certain Aspects of The Application of The Treaty on European Union*, (May 1995). Luxembourg

- Rijpma, Jorrit J. ve Cremona, Marise, (2007), “The Extra Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *EUI Working Papers European University Institute Department of Law*, 2007/01, ss.1-24.
- Romanowska, Dagmara Kornobis, (2005), “Developments in The Area of Freedom, Security and Justice Brought About by the Constitutional Treaty”, *German Law Journal*, No.11 (1st November 2005), http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=660#_ftn4, (Er.Tar.:05.02.2009)
- Statewatch.org, (2006), “EU-USA PNR agreement renegotiated to meet US demands”, (<http://www.statewatch.org/news/2006/oct/05eu-us-pnr-oct-06.htm>, Er.Tar.:01.07.2009)
- Taşdemir, Hakan ve Girgin, Pınar, (2007), “Da Costa ve CILFIT Kararlarından Sonra Ön Karar Prosedürü Çerçevesinde Başvuru Zorunluluğunun Kapsamı”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, C.3 Sayı:12, ss.53-64.
- Taşdemir, Hakan ve Girgin, Pınar, (2008), “III. Sütuna İlişkin İlk Ön Karar Davası- Gözütok ve Brügge Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, 9(1), ss.77-88.
- Tekinalp, Gülören, (1997), *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul: Beta Yay.
- Telegraph.co.uk, (2000), “European summit Charter on rights 'no more binding than the Beano’”(<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1370340/European-summitCharter-on-rights-no-more-binding-than-the-Beano.html>, Er.Tar.:02.07.2009)
- Tezcan,ERCÜMENT, (2002), *Avrupa Birliği Hukukunda Birey*, İstanbul: İletişim Yay.
- Tezcan,ERCÜMENT, (2005), *Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku*, Ankara: Usak Yay.
- Tezcan,ERCÜMENT, (2009),“Soysal Kararı:Avrupa Adalet Divanı’ndan Üye Devletlere Standstill Dersi”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=907>, (Er.Tar.:01.07.2009)
- The European Convention, (2003), *Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, 18 July 2003 (CONV 850/03). Brussels
- The European Convention, (2003), *Final Report of The Discussion Circle on The Court of Justice*, 25 March 2003. Brussels
- The European Union, (<http://www.eu.int>, Er.Tar.:01.06.2008)

- Thwaites, Nadine (2003), “Mutual trust in criminal matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement”, *German Law Journal*, C. 4, No. 3, ss.252-262.
- Topal, Emre, (2008), “Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış”, *Yasama Dergisi*, S. 9, ss.1-33.
- Townsend, Adam, (2003), “*Can The EU Deliver The Area of Freedom, Security and Justice*”, *Epin Working Paper*, No.9, (Eylöl), ss.1-12.
- Tridimas, Takis, (2004), “*The ECJ and The Draft Constitution: A Supreme Court for The Union?*”, *The Federal Trust for Education and Reseach*, 05/04, (March), ss.1-13.
- Ülgen,Sinan, (2004), “Kalıcı Anlaşmanın Şartları”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=109701>, (Er.Tar.: 05.07.2009)
- Weiler, Joseph H.H., (1994), “A quiet Revolution: The European Court of Justice and Its interlocutors”, *Comperative Political Studies*, C. :26, ss. 510-53.
- Wikipedia.org, (<http://www.wikipedia.org>, Er.Tar.: 01.07.2009)
- Yardımcı, Serkan, (2008), “*Uluslararası Polis İşbirliği: Avrupa Polis İşbirliği Modeli*”, Polis Akademisi GBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

DAVA LİSTESİ

- Dava C-176/03, (2005), *Commission v. Council*, (ECR I-07879)
- Dava C-105/03, (2005), *Maria Pupino*,(ECR I-05285)
- Dava C-120/78, (1979), *Rewe Zenral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Casis de Dijon)*, (ECR 649)
- Dava C-170/96, (1998), *Commission v. Council*,(ECR I-02763)
- Dava C-187/01 ve C-385/01, (2003), *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*,(ECR I-01345)
- Dava C-2/91, (1993), *Meng*, (ECR I-5751)
- Dava C-200/02, (2004), *Zhu ve Chen v. Secretary of the State for the Home Department*, (ECR I-09925)

Dava C-215/03, (2005), *Oulane*, (ECR I-01215)

Dava C-22/70, (1971), *Comission v. Council (ERTA)*, (ECR 26)

Dava C-228/06, (2009), *Soysal ve Savatlı v. Bundesrepublik Deutschland*, (ECR I-01031)

Dava C-241/05, (2006), *Nicolae Bot v. Préfet du Val-de-Marne*, (ECR I-09627)

Dava C-257/01, (2005), *Commission v. Council*, (ECR I-00345)

Dava C-26/62, (1963), *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, (ECR 1)

Dava C-267 ve 268/91, (1993), *Keck ve Mithouard* (ECR I-6097)

Dava C-283/81, (1982), *CILFIT*, (ECR 3415)

Dava C-294/83, (1983), *Greens v. Parliament*, (ECR 1339)

Dava C-294/83, (1986), *"Les Verts" v. European Parliament*, (ECR 01339)

Dava C-314/85, (1987), *Foto-Frost*, (ECR 4199)

Dava C-317 ve 318/04, (2006), *Joined Cases Parliament v. Council and Commission*

Dava C-338/91, (1993), *Steenhorst Neerings*, (ECR I-6097)

Dava C-36/75, (1975), *Rutili v. Minister for the Interior*, (ECR 1219)

Dava C-378/97, (1999), *Florus Ariël Wijzenbeek*, (ECR I-06207)

Dava C-410/02, (1994), *Johnson*, (ECR I-6097)

Dava C-503/03, (2006), *Commission v. Spain*, (ECR I-01097)

Dava C-540/03, (2006), *Parliament v. Council*, (ECR I-05769)

Dava C-6/64, (1964), *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, (ECR 585)