**Avrupa Birliği’nin AİHS’ye Taraf Olması**

17 Mayıs 2005'te, Varşova'da toplanan Avrupa Konseyi üye devletlerinin devlet ve hükümet başkanlarının isteği üzerine, Avrupa Konseyi ile AB yeni bir işbirliği çerçevesi üzerinde anlaştılar ve iki örgütün tarihinde ilk kez, bu çerçeve, üzerinde uzlaştıkları bir *memorandum of understanding* ile somutlaştı.

Bu iki örgüt arasındaki ilişkilerden bahsedilince, doğal olarak akla öncelikle ABAD ve AİHM arasındaki ilişki gelmektedir. Bu katılmanın önemi, bundan böyle AB işlemlerinin insan haklarına saygı açısından AİHM denetimine açılacak olmasıdır. Bu zamana kadar AİHM Topluluk organlarına karşı yapılan başvuruları kabul etmemiş, ancak üye devletlere karşı açılan davaları, AB sistemi içinde başvuru yolu olmaması durumunda kabul etmiştir. Katılmadan sonra, AB organlarının işlemleri de bu denetime açılacaktır.

AB'nin AİHS'ye taraf olması yönündeki görüşler, özellikle Amsterdam Antlaşması'yla birlikte örgütün yetkilerinin genişletilmesinden sonra yoğunluk kazanmıştır. Bu görüşlere göre, taraf olma vatandaşların temel haklarını ilerletecek, tüm Avrupa'da insan haklarının korunması için tutarlı bir sistem yaratacaktı. AB'nin kendisi ve işlemleri AİHS denetimi kapsamı dışındayken, örgüte üye olmak isteyen devletlere AİHS'nin onaylanmasını koşul olarak koyması da bir tutarsızlık olarak görülüyordu. Bunu talep eden AB'den beklenen, bu koşuldan vazgeçmesi değil, örgüt organlarını da aynı denetime açmasıydı.

Her ne kadar tüm üye devletler AİHS'ye tarafsa da, bu durum AB'nin bir politikası sonucunda değil, üye devletlerin herbirinin kendi ulusal sistemleri içinde verdikleri kararlarla, AB'nin elinde bulduğu bir olgu olarak ortaya çıkmıştır. Yani AB'nin kurum olarak bir etkisi olmamıştır. Bu durum, katılma için yapılan görüşmelerde, tüm üye devletlerin taraf olmadığı ek protokollerin kapsam dışı bırakılmasından da anlaşılmaktadır. Taraf olunmayan protokollerin bir kısmında Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklar bulunduğuna göre, AB'nin üye devletlerin bu protokollere de taraf olması yönünde tutum alması beklenirdi. Oysa aksine, bu protokoller katılma kapsamı dışında tutulmuştur.

1994'te Konsey'in ABAD'dan AT'nin AİHS'ye taraf olup olamayacağı konusunda Görüş istemesi üzerine, ABAD'ın bu konuda görüş verip veremeyeceği sorusu bile o dönemde üye devletler arasında tartışmaya neden olmuştur. ABAD soruyu kabul etmiş, ancak Topluluk hukukunun o dönemdeki durumunda AT'nin taraf olamayacağını, bunun anayasal düzeyde bir değişiklik olacağını, bu nedenle de kurucu antlaşmalarda değişiklik yapmak gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, böyle bir adımın AT'nin ayrı bir uluslararası kurumsal sisteme dahil olması anlamına geleceğini, AİHS ile AT hukuk düzeni arasında bütünleştirme gerekeceğini belirterek uyarmaktan da geri kalmamıştır.

Lüksemburg Başbakanı Jean-Claude Juncker'in bu iki örgütün ilişkileri hakkında 2006'da sunduğu rapor, birbirleriyle ortak olduklarını ve yapılacak reformlarla "örnek bir kurumsal biçime" dönüşebileceğini söylemektedir. Strazbourg'da kabul edilen uzlaşma Juncker'ın kimi önerilerini de dikkate almakta, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü, kültür, eğitim ve toplumsal tutunum gibi ortak ilgi alanlarındaki ilişkilerini güçlendirme ve faaliyetlerinin eşgüdümünü ilerletme talimatını vermektedir. Avrupa Konseyi'nin insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanlarında Avrupa için standartları oluşturan kurum olarak konumunu doğrulamakta, AB'nin AİHS'ye katılmasının Avrupa'da insan hakları alanında tutarlılık sağlanmasına büyük katkıda bulunacağını belirtmektedir. Sonuç olarak, genel olarak bakıldığında, yorumların büyük kısmı AB'nin AİHS’ye taraf olmasını destekleyen niteliktedir.

Lizbon Antlaşması 6/2’ye göre, AB AİHS'ye taraf olacaktır. Bu ifade biçiminden, kararın verildiğini, amacın taraf olmak için hukuksal temeli sağlamanın ötesinde, bu konuda ulaşılmış olan kararı, bağlayıcı bir biçimde antlaşmaya koymak olduğunu anlamak mümkündür. 218/8'e göre, AB'nin AİHS'ye taraf olması için, Konsey'in AP'nin onayından sonra oybirliğiyle karar alması ve üye devletlerin de bunu kendi anayasalarında gerektiği şekilde onaylamaları gerekmektedir. Anayasa Antlaşması'nda bulunmayan üye devletlerin anayasalarına göre onaylanması koşulunun sebebi, Danimarka'nın Lizbon Antlaşması'nı referanduma götürmek istememesi, bu yolla Birliğin yetkilerinin genişletilmediği açıkça ifade edildiğinden bu gereklilikten kurtulmanın mümkün olmasıdır.

İki örgüt arasındaki rekabetin veya işbirliği araçlarının istenen düzeyde olmamasının abartılmaması gerekir. 47 Avrupa Konseyi üyesi devletten 28'inin AB üyesi olması, iki örgütün de paylaştığı ortak değerler olan insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi için dezavantaj değil avantaj olarak kullanılabilir. Örneğin, AT'nin taraf olmadığı bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan 1981 tarihli kişisel verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin sözleşme, 1995 tarihli bir Konsey direktifinin temelini oluşturmuştur.

Temel Haklar Şartı ile AB'nin AİHS'ye alternatif bir belge oluşturması da sözkonusu değildir. Çünkü ABAD ile AİHM'in birlikte oluşturdukları içtihat birbirini engellememekte, aksine desteklemektedir. Kimi çatışma alanları olduğu doğrudur. Ancak ABAD o kadar uzun süreden beri örgüt içinde insan haklarının korunmasını AİHS'ye dayandırmakta ve AİHM içtihadını kullanmaktadır ki, bunun değişmesi mümkün değildir. Kaldı ki, Lizbon Antlaşması'nda AİHS'ye örgütün taraf olması kabul edilmiş, AİHS'nin AB içinde insan haklarının korunmasının kaynaklarından biri olduğu da bir kez daha teyit edilmiştir. Bu nedenle, Şart'ın bağlayıcı hale getirilmemiş olduğu dönemde, bu adımın AİHS'ye katılımı engellemeyeceği, aksine bunu kolaylaştıracağı yorumları yapılmıştır.

Lizbon Antlaşması'na ek 8. Protokol ile dile getirilen, AB'nin taraf olması durumunda AİHM'de temsili ile AB kurumlarının yetkilerinin ve AB hukukunun spesifik özelliklerinin korunması için alınacak önlemler konuları, bu süreçte sonuca kavuşturulması gereken sorunlardır. Ancak aşılamayacak sorunlar oldukları düşünülmemektedir. AT'nin Avrupa Konseyi sözleşmelerine taraf olması için kullanılan formül burada da işe yarayabilir. Ayrıca, AİHS'ye taraf olmanın AB hukukunu zayıflatacağı düşüncesi de taraftar yitirmiştir. Çünkü AİHM taraf devletlerin en üst mahkemelerinden daha yukarıda bir mahkeme olarak değil, ikincil dış denetim uygulayan daha uzmanlaşmış bir mahkeme olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Topluluk hukukunun bütünlüğü açısından yaratacağı bir tehlike bulunmamaktadır. Üstleneceği rol, AİHM'nin diğer taraf devletler için üstlendiği rolün aynısı olacaktır.

Avrupa Konseyi, 14. Protokol ile AİHS'nin 59. maddesinde değişikliğe giderek AB'nin sözleşmeye katılabileceğini belirtmiştir. Bu protokol, 1 Haziran 2010'da yürürlüğe girmiştir. AB'nin Sözleşme'ye katılmasını öngören Lizbon Antlaşması ise daha önce 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmişti. Böylece artık bu katılımın gerçekleşmesinin önünde hiçbir hukuksal engel kalmamıştır.

Görüşmeler yolundaki ilk adım ABAD'dan gelmiş ve Mayıs 2010'da bir "tartışma belgesi yayınlamıştır. Bu konudaki resmi görüşmeler 7 Temmuz 2010'da başlamış, Ekim 2011'de görüşmeler sonucunda ortaya çıkan metin, Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi'ne ve AB'nin Konsey'ine gönderilmiştir. Etkilenecek olan her iki mahkemenin ve iki örgütün parlamento organlarının görüşleri alındıktan sonra, Avrupa Konseyi adına Bakanlar Konseyi, AB adına da oybirliğiyle AB Konseyi katılma kararını verecektir. AB tarafında, AB'nin kendisinin yanısıra tüm üye devletlerin de tek tek onayı gerekmektedir.

Taslak metinde, katılmanın amacı olarak Avrupa'da insan haklarının korunması sisteminde tutarlılığı artırmak ve bireylerin "AB'nin kurum, organ, büro ve ajanslarının ve AB adına hareket eden kişilerin eylem, önlem ve hareketsizliği" durumlarında dış denetimi yapabilecek olan AİHM'ye ulaşmalarını sağlamak olarak belirtilmektedir.

Görüşmelerin dayandığı temel ilke, Birliğe mümkün olduğu kadar taraf devletlerle aynı statüyü sağlamaktır. Buradaki çözülmesi gereken sorulardan biri, protokollerin durumuydu. Tüm protokollere AB'nin tüm üye devletleri taraf değildir ve AB'nin katılımı yoluyla bunlardan da sorumlu duruma gelmek istememektedirler. Ancak onaylanan tüm protokollerin Birlik üzerinde bağlayıcı olduğunu ve üye devletlerin ancak Birlik hukukunu uyguladıkları ölçüde etkileneceklerini unutmamak gerekir. Ayrıca, ayrımcılık yasağını düzenleyen 12. Protokol'e tüm üye devletlerin taraf olmamasının Birlik açısından bir önemi yoktur, çünkü bu ilke zaten Birliğin temel ilkelerinden biridir.

Komisyon, protokollerin tek tek değerlendirilmesini, bütün bir paket olarak alınmamasını tavsiye etmiştir. Böylece, sadece tüm üye devletlerin taraf olduğu protokollere ilişkin olarak Birliğin görüşmelerde bulunmasına karar verilmiştir. [[1]](#footnote-1) Görüşmeler sonunda ortaya çıkan taslak metinde, AB'nin öze ilişkin tüm protokollere katılmayacağı, katılmanın AİHS, 1. ve 6. protokollerle sınırlı tutulacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda, 4., 7., 12. ve 13. protokoller görüşmelerin dışında tutulmuştur. Oysa bu protokollerde güvence altına alınan haklar, Birliğin Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklardır ve bu da bir gariplik yaratmaktadır. Bu durumda, Şart'ta yer alan haklara dayanılarak açılan davalarda ABAD'ın tutumu önem kazanacaktır.

ABAD'ın geçerlilik denetimi yapma yetkisinin olmadığı birincil hukuktan doğan ihlâllerin, AİHS karşısında Birliğin sorumluluğunu doğurmaması yönünde bir görüş varsa da, ABAD birincil hukuku yorumlama yetkisine sahiptir ve bu çerçevede de ihlâl doğması mümkündür. Bu durumda, Birlik bir üye devletle birlikte davaya katılabilir ve yorumunu ortaya koyabilir. Bunu uygulamaya koyan eş-davalı mekanizması, taslak metinde beklendiği gibi kabul edilmiştir. Bunun anlamı, AB'nin ya da üye devletlerin, birine açılan davaya istemeleri halinde katılabilmeleridir. Ancak bu adımı atmak eş-davalı olmak isteyen tarafa bırakılmıştır. Yani eş-davalı olmak bir zorunluluk değildir. Ayrıca, bu talebin yerinde olup olmadığına AİHM karar verecektir.

Bu durumda, *Matthews* ya da *Bosphorus* gibi davalarda hem üye devlet hem de AB eş-davalı olabileceklerdir. Ancak bu tür davaların fazla olmayacağı tahmin edilmektedir. Bu durumda, eğer ABAD bu değerlendirmeyi daha önce yapmamışsa, AB hukukunun AİHS ile uyumlu olup olmadığı denetimini kısaltılmış prosedürle ve hızla yapacaktır.

Devlet başvuruları için, üye devletler arasındaki sorunlarda ABAD'ın yetkili olması nedeniyle, bu gibi durumlar AİHM yargı yetkisi dışında tutulmuştur. Taraflardan biri AB üyesi değilse, Birlik sıradan bir taraf konumunda olacaktır.

Kurumsal düzenlemeler çok zor olmamıştır. AB adına bir yargıç seçilecek, bu yargıç diğer taraf devletlerin yargıçlarıyla aynı görev ve yetkilere sahip olacaktır. Yani AB adına katılacak yargıcın yetkisinin sadece AB ile ilgili davalarla sınırlandırılması taraflarca tercih edilmemiştir. Seçimi de diğer taraf devletlerin yargıçlarının seçimi süreciyle aynı olacaktır. Ancak AB'nin Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nde temsil edilmeyeceğinden dolayı, seçim sürecinde AP'den temsilciler bu görüşmelere katılacaklardır.

AB, Avrupa Konsey Bakanlar Komitesi'nin çalışmalarına da katılacaktır. Ancak, AB hukukunun örgütle üye devletlerin aynı biçimde oy kullanmasını gerektirdiği durumlar için, özel oylama yöntemleri öngörülmüştür. Burada amaç, 27 AB üyesinin 47 üyeli Avrupa Konseyi'nde, AB'yi ilgilendiren kararların uygulanmasının izlenmesi ve dostça çözüm prosedürleri üzerinde belirleyici olmamasını sağlamaktır.

Birlik hukukunun özerkliğini korumak için, ABAD'ın münhasır yargı yetkisinin katılma anlaşmasında iki önemli noktada korunması gerekmektedir: a) Birlik ile üye devletler arasında sorumlulukların dağıtılması b) Birlik hukukunun uygulanması ve yorumlanması. Bu amaçla, ilgili üye devletin ve Birliğin birlikte taraf olacağı eş-davalı mekanizması düşünülmüştür. Eğer ihlâl bulunursa, ihlâlden kimin sorumlu olduğuna Birlik, yani ABAD karar verecektir. Ancak eş-davalı mekanizmasının işletilip işletilmeyeceğine, her davada AİHM karar verecektir. İkinci noktada ise sorun ancak ulusal mahkemelerdeki davalarda çıkabilir. Çünkü ön karar talebinde bulunulmazsa bu durumda AİHS'deki iç başvuru yollarının tüketilmesi ölçütüne ilişkin sorun çıkabilecektir. İki mahkemenin başkanlarının birlikte yaptıkları açıklamada, ön karar talebinin "normalde" bu nitelikte sayılmayacağı ifadesi, bu yorumun dışında kalan durumlar olabileceğini de üstü kapalı olarak içermektedir. Özellikle, bireyin talep etmesine karşın ulusal mahkeme ön karar talebinde bulunmazsa, bu koşulun gerçekleşmiş olacağı düşünülebilir.

Buradaki en önemli soru, ABAD kararlarının da böyle bir denetime açık olup olmayacağıdır. Metinde bu konudan açıkça söz edilmemektedir. Ancak AİHM'nin yargı yetkisinin kapsamı olarak "AB'nin kurum, organ, büro ve ajanslarının ve AB adına hareket eden kişilerin eylem, önlem ve hareketsizliği" belirlendiğine göre, "eylem, önlem ve hareketsizlik" durumunda olmayan ABAD kararları için böyle bir denetim olmayacağı söylenebilir. Uzlaşılan metne ekli olan açıklama notunda, AB'nin taraf olduğu davalarda AİHM'in kararının ABAD dahil AB kurumlarını bağlayacağı belirtilmektedir.

Bundan, ABAD'a gitmeden doğrudan AİHM'e giden davalarda AİHM kararının bağlayıcı olacağı anlaşılmaktadır. Bu durum özellikle ön karar istenmeyen ya da ön karar istenip ABAD kararına göre sonuca bağlanan ulusal mahkemelerdeki davalarda ortaya çıkabilir. AİHM, sözkonusu hakkı ABAD'dan farklı yorumlayarak ona karşı bir karar alırsa, bu karar ABAD üzerinde de bağlayıcı olacaktır.

AİHM mevcut kararlarında ABAD'ın kendi sistemine *eşdeğer* koruma sağladığını kabul etmektedir. Ancak bu değerlendirme bir kere yapılıp ondan sonra hep geçerli olacak bir değerlendirme değildir. Bu korumanın başka bir davada yetersiz olduğuna karar verme seçeneğini AİHM açık bırakmıştır. Ancak eğer ABAD kararlarına karşı AİHM'de dava açılamayacaksa, bu değerlendirme olanağı ancak ön karara göre verilen ulusal mahkeme kararı gibi istisnai durumlarda karşısına çıkabilir.

Halen üye devletlerin en üst ulusal mahkemelerinin kararlarına karşı AİHM'e başvuru bu yolu açıktır. Haklarının ihlâle uğradığını düşünen ve ulusal başvuru yollarından sonuç alamayan bireyin sahip olduğu bireysel başvuru hakkı, AİHS çerçevesinde insan haklarının korunmasının temel mekanizmasını oluşturmaktadır. AB'nin AİHS'e taraf olmadığı mevcut durumda ABAD için böyle bir mekanizma mevcut değildir. Bu durumda, bir AB organının temel haklarını ihlâl ettiğini düşünen birey, ancak kendisi doğrudan etkilenirse ABAD'a başvurabilmekte, Ab organlarının işlemlerine karşı AİHM'e başvuramadığı gibi, çıkacak olan ABAD kararına karşı da başvuramamaktadır. Ön karar prosedüründe ise ön karar isteyip istememe seçeneği ulusal mahkemenindir, bireyin talebi ön karar istenmesini sağlayamamaktadır. Burada AİHM, böyle bir durumda, sistemi oluşturan üye devletlerin sorumlu olduğu anlayışıyla hareket etmiştir. Eğer AB hukuk sistemi ve ABAD, AİHS ile getirilen koruma sistemine eşdeğer bir koruma sağlayamıyorsa ya da açıkça yetersiz koruma sağlıyorsa üye devletlere karşı açılan davaları kabul etmiştir. Oysa tek tek üye devletlerin AB hukuk sisteminde oluşan bir düzenlemeyi değiştirme gücü bulunmamaktadır.

ABAD kararlarının AİHM denetimine açılmasının ABAD’ın yargı organı olarak etkililiğini azaltacağı ve AB hukukunun bütünlüğü açısından sorun yaratacağı görüşleri dile getirilmektedir. Temel haklara ilişkin bir konuda ABAD'ın verdiği bir karar AİHM'de tersine çevrilirse, bunun hem ABAD'ın bir yargı organı olarak etkililiğini azaltacak bir durum ortaya çıkaracağı hem de AB hukukunun bütünlüğü konusunda sorunlara neden olacağı düşünülmektedir.

Bu endişelerden ilkinin savunulması zor görünmektedir. Çünkü ABAD halen üye devletlerin en üst mahkemelerinin Topluluk hukukuna ilişkin kararlarında böyle bir denetim yetkisine sahiptir. AİHM ise yine üye devletlerin en üst mahkemelerinin kararlarına karşı ikincil denetim yetkisi kullanmaktadır. Bu durumda, AİHM'nin aynı yetkiye ABAD karşısında da sahip olması, yargı organı olarak etkililiğini azaltacak bir durum olarak görülmemelidir. Buradaki sorun, daha çok bu durumun AİHM üzerinde yaratacağı aşırı dava baskısı olmalıdır. Çözüm ise, AB hukukunu ilgilendiren konularda ABAD'a başvurunun iç başvuru yolu olarak kabul edilmesi olabilir. Ayrıca, ABAD'ın kendi kararlarında AİHM içtihadını dikkate aldığı ve onunla çelişmeyen kararlar vermeye dikkat ettiği düşünülürse, kararının geri çevrilmesi durumu çok az ortaya çıkabilecek bir durumdur.

Ancak AB hukukunun bütünlüğü konusunda sorunlar yaratması olasılığı vardır. Özellikle AB hukukunun ayrıntıları sözkonusu olduğunda, AİHM uzman bir mahkeme değildir. İki örgüt arasındaki görüşmelerde bu konu tartışılmış olmalıdır ama metne açık bir yansıması görülmemektedir. Ancak teknik düzeyde yapılan çalışmadan sonra siyasi düzeyde de değişiklikler yapılacağı beklenebilir.

Katılma çerçevesinde ortaya çıkacak ikinci bir sorun, her iki mahkemede de birikmiş olan dava yüküdür. Katılmanın, AİHM'nin yükünü artıracağı kesindir. Üstelik, AB'nin AİHS'ye katılması için gerekli düzenlemeyi yapan 14. Protokol'ün asıl amacının tam da bu aşırı yükü azaltmak olduğu ve bu amaçla yeni başvuru ölçütü getirmiş olduğu düşünülürse, AB organlarına açılacak davaların bu yükü yeniden artırması sözkonusudur. Bu sorunun yanıtı, bir ölçüde AİHM'nin *Bosphorus* davasında kabul ettiği ilkede bulunabilir. AİHM, AB hukuk sistemi ve ABAD'ın AİHS ile getirilen sisteme *eşdeğer* bir koruma sağladığını kabul etmektedir. Ancak eşdeğer olmaması ya da açıkça yetersiz olması durumunda bu davaları kabul etmesi sağlanabilir. Başvuranın dikkate değer zarar görmesi biçiminde ifade edilen yeni başvuru ölçütü ile tek yargıcın bireysel başvurularda kabul edilemezlik kararı vermesi uygulamaları bu yükü azaltacak etki yapabilirse de tam olarak yok edemez.

Aslında yapılması gerekenin iki mahkeme arasındaki çelişen yorumların giderilmesi olduğu, bunun en iyi yolunun AB'nin AİHS'ye katılması olmadığı yolunda yorumlar yapılmışsa da, iki örgüt de katılma yolunu tercih etmiş, çelişen yorumların çözüleceği yer olarak da AİHM'yi seçmiştir. AİHM'nin iş yükünün artırılmaması ve ABAD'ın AB hukukunun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasındaki başat rolünün zarar görmemesi için, büyük olasılıkla bu çelişen yorumları önlemek amacıyla bir mekanizma öngörüleceğini düşünmek de yanlış olmayacaktır.

Önemli bir başka nokta, AİHS Birliğin tüm işlemleri ve faaliyetleri için geçerli hale gelince, ODGP'nin ABAD’ın yargı yetkisi dışında bırakılması tutumunun artık sürdürülemez hale gelecek olmasıdır. Çünkü ABAD’ın, AİHS'deki haklar açısından bu çerçevede alınan karar ve işlemleri de denetleyebilmesi gerekecektir. Birlik artık dış operasyonlar yönetmektedir ve bu çerçevede AİHS'nin uygulanmasını gerektirecek ihlâller ortaya çıkabilir. Bu durumda, Birlik adına hareket eden ve onun kontrolü altında olanların ihlâllerinden Birlik sorumlu olacaktır.

3. İki organın verdiği kararlarla ABAD-AİHM ilişkisi ve taraf olmanın etkileri

Bu bölümde ele alınacak kararlar AB'nin AİHS'ye taraf olmadığı, dolayısıyla AB organlarının AİHM denetimine açık olmadığı dönemi kapsamaktadır. Taraf olma süreci tamamlanmamış olduğundan, bu bölümde söylenenler halen geçerlidir. Ortaya çıkmış olan kimi sorun ya da çelişkilerin, AB AİHS'ye taraf olduktan sonra ortadan kalkacağı beklenmektedir. Ancak doğal olarak bunu belirleyecek olan, taraf olma sürecinde iki örgütün varacağı uzlaşma olacaktır.

Bu iki mahkemenin yönettiği rejimler ayrı ve bağımsız olmasına karşın, birbirlerinden yalıtılmış bir biçimde işlememektedirler. Aralarında giderek artan ölçüde resmi ve resmi olmayan ilişkiler gelişmektedir. Öyle ki, iki organın birlikte daha geniş bir Avrupa "hukuk sistemi", bilinçli olarak birbirleriyle karşılıklı çıkar ve paylaşılan değerler temelinde iletişimde bulunan bir hukuksal aktörler ağı oluşturduklarını ileri süren görüşler ortaya çıkmıştır.

Tüm AB üyeleri, aynı zamanda AİHS'ye taraftır. Dolayısıyla, üye devletler tarafından Birlik hukukunu uygulamak için alınacak tüm karar ve işlemler AİHS'yle uyumlu olmak zorundadır. Bu uyumu denetleme yetkisini, hem ulusal mahkemeler hem AİHM hem de ABAD kendisinde görmektedir. AB AİHS'ye taraf olana kadar, Birlik organlarının AİHS'ye uygun olup olmadığını denetleme yetkisi sadece ABAD'da gibi görünmektedir, ancak AİHM Birlik kurumlarının işlemlerinden ötürü üye devletleri sorumlu tutabilmektedir.

Her iki mahkeme de şu konularda yetkilidir: a) direktifleri uygulamaya koyan ulusal önlemler b) direktifler dışındaki Topluluk mevzuatını yürürlüğe koyan ulusal önlemler veya bir üye devletin AB'nin bir organı olarak hareket ettiği durumlar c) AB hukuku koşullarından istisna edilen ulusal önlemler.

Bir kişi, bir AB üyesinin Birlik hukukunu uygularken giriştiği bir eylemin AİHS'ye aykırı olduğunu düşünürse, ilk yapacağı iş bunu kendi ulusal mahkemesinde dava konusu yapmaktır. Bu mahkeme kendisi AİHS'yi yorumlayabilir ya da ABAD'a ön karar için başvurabilir. ABAD'a başvurması durumunda bu karar bağlayıcıdır ve ulusal mahkemenin buna göre karar vermesi zorunludur. Ulusal başvuru yolları tükendikten sonra, bu kişi AİHM'e başvurabilir. Üye devletlerin eylemi gerçekleştirirken Birlik hukukunu uyguluyor olmalarının, AİHM'nin bu üye devletlere karşı yargı yetkisini engellemediğini AİHM kararlarıyla doğrulamıştır. Bu durumda, aynı sözleşmeyi, yani AİHS'yi yorumlama yetkisine sahip üç mahkeme var demektir. AİHM'nin yorumu ulusal mahkemeden farklıysa AİHM'ninki geçerlidir. ABAD ile AİHM arasında şu anda hiyerarşi bulunmamaktadır ancak katılmadan sonra bu durumda AİHM'nin kararı bağlayıcı olacaktır.

AİHS ile tutarlılık, ilk başta ABAD'ın antlaşmalarla verilmiş bir yetki olmamasına karşı, bu konuda yetki geliştirmek için kullandığı bir iddiaydı. Tüm AT üyeleri AİHS'ye taraftı. Ayrıca, 11. Protokol kabul edilene dek AİHM yarı-zamanlı çalışan bir mahkemeydi ve tüm taraflar bireysel başvuru hakkını tanımış da değildi. AT ise AİHS'ye taraf olmadığından onun normları ve AİHM kararlarıyla resmen bağlı değildi. Dolayısıyla AİHS ile tutarlılık, ABAD'a az bir maliyetle bu konudaki kararlarına meşruiyet sağlama olanağı tanıyordu. Böylece, 1975 *Rutili* kararından sonra, ABAD hem AİHS’yi hem de AİHM’nin Sözleşme’ye ilişkin yorumunu bir yorum kaynağı olarak kabul etti. 1989 *Hoechst* davasında olumsuz, 1996 *P v S and Cornwall County Council* davasında ise olumlu bir şekilde AİHM içtihadına da atıfta bulunmaya başladı.

Bu süreçte ABAD'ın ince bir çizgi üzerinde yürüdüğü, bir taraftan ilk zamanlarda AİHS'den meşruiyet sağlarken diğer taraftan da hukuksal olarak bağlayıcı bir şekilde AİHM'ye tabi duruma düşmemeye çalıştığı görülmektedir. *Kremzow v. Austria* davasında AİHS'nin bütün olarak Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olup olmadığı sorusuyla karşılaşan ABAD, bu soruyu AİHS'nin özel önemine atıfta bulunarak savuşturmuş, ama AİHS'nin tüm maddelerinin bağlayıcı olduğuna dair bir belirleme yapmamıştır. AİHM'nin içtihadı olmayan durumlarda, AİHS'yi kendisinin yorumladığı da görülmüştür.

Rosas, ABAD'ın AİHS ve AİHM'ye olan yaklaşımını kronolojik olarak şöyle ele almaktadır:

i) 1950-69: İnsan haklarına hiçbir atfın olmadığı dönem,

ii) 1969-1975: Temel haklara Topluluk hukukunun genel ilkesi statüsü tanıması,

iii) 1975'ten bugüne: Açıkça AİHS'ye dayanarak insan hakları içtihadı geliştirmesi,

iv) 1989'dan bugüne: AİHS'ye AT hukuk düzeninde "özel önem" tanıması,

v) 1990'lardan bugüne: AİHM içtihadına giderek artan sayıda atıf yapması.

ABAD, AİHS'ye ve AİHM'ye, diğer herhangi bir sözleşme ya da mahkemeye yaptığından çok daha kapsamlı biçimde ve sayısal olarak da fazlasıyla dayanmıştır. AİHM içtihadını, hem Topluluk kurumlarının eylemlerinin veya eylemsizliğinin hem de üye devletlerin Topluluk hukukunu uygularken ve iç pazar özgürlüklerinden ayrılırken aldıkları önlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerken bir yorum aracı olarak kullanmıştır.

Bunun nedenleri, ABAD'ın bunu hiçbir yerde açıkça söylememesine karşın, meşruiyet, esinlenme, gereksiz yargı kararı tekrarlarından kaçınma, adalet ve öngörülebilirlik gibi çok çeşitli olabilir. Bu belirsizlik ve ABAD kararlarındaki AİHM içtihadı ile uyumlu atıflar, kimi yazarların, AİHS'yi uygulayan üye devlet mahkemelerinin, Topluluk hukuku alanına giren konularda bu sözleşmeyi ABAD tarafından yorumlandığı gibi uygulamaları gerektiği sonucuna varmasına neden olmuştur. Oysa AB AİHS'ye resmen taraf olana kadar, AİHS örgüt hukukunun bir parçası değildir.

Amsterdam Antlaşması'nın temel hakları AİHS'deki haklar olarak tanımlaması ve Temel Haklar Şartı'nın da Şart'taki haklardan AİHS'de de bulunanların, AİHS ile aynı anlam ve kapsamda olduğunu belirtmesi, iki organın önüne gelecek davalarda aynı hakkın farklı biçimlerde yorumlanması tehlikesini içinde barındırmaktadır. O zamana kadar AİHS'deki haklara doğrudan atıf yapan ve AİHM kararlarından da analoji yoluyla faydalanan ABAD, Amsterdam Antlaşması ile AİHS'yi kendisi yorumlama konumuna gelmiştir. Oysa AİHS'yi yorumlamak ve uygulamak için kurulmuş bir organ vardır ve bu da AİHM'dir. Bu ikisinin yorumları birbiriyle çatışabilir.

Ancak buradaki önemli nokta, ABAD tarafından verilen çelişen kararların hep AİHM'den önce verilmiş olmasıdır. Yani eğer elinde yol gösterecek AİHM kararları olsaydı, ABAD'ın onunla çelişecek ve böylece AİHM'nin en alt standardını karşılamayacak bir karar vermeyeceği söylenmektedir.

Hakların farklı yorumlanması, iki mahkemenin karar verirken önceliklerinin farklı olmasından gelmektedir. Örneğin kürtaj hakkı, ABAD önüne hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde gelmiştir. *Grogan* davasında ABAD başka bir ülkede kürtaj hizmeti veren ücretsiz bir kliniğin reklamının engellenmesini hizmetlerin serbest dolaşımı anlamında ihlâl olarak görmemiş, ama AİHM başka bir kişinin davasında aynı eylemin engellenmesini ihlâl olarak değerlendirmiştir. *Hoechst* davasında, AİHM’nin aksine, ABAD özel hayata saygı hakkının işyerlerini kapsamadığı sonucuna varmıştır. Oysa AİHM’nin, işyerlerinin aranmasının özel hayata saygıyı düzenleyen AİHS 8. maddeye aykırı olduğu sonucuna varan kararları bulunmaktadır. Aynı biçimde, kendini suçlu duruma düşürebilecek bilgileri vermeme hakkını ABAD sadece cezai konularla sınırlı görürken, AİHM ekonomik konularda da bu hakkın olduğu kanısındadır.

AİHM, AT’ye karşı yapılan başvuruları konu ve kişi bakımından yetkili olmadığı gerekçesiyle incelemekten imtina etmiştir. Ancak örgüt muhatap olamasa da, Topluluk hukukunun AİHS çerçevesinde denetime tabi olduğunu ve AİHS hükümlerini ihlâl eden AT hukukunu uygulayan üye devletlerin bundan sorumlu tutulacağını ortaya koyan bir içtihat geliştirmiştir. 1996 *Cantoni* kararında, AİHM ulusal yasa bire bir AT direktifini tekrarlıyor olsa bile bunun Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu davada ihlâl görmese de, *Matthews* davasında başvuranı haklı bulmuş ve Cebelitarık'ta ikamet edenlerin AP seçimlerinden dışlanmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur.

Aslında AİHM daha önce de üye devletlerin AT hukuk sisteminden doğan ihlâllerde sorumlu olduğunu ama ilkesel olarak ABAD'ın AİHS normlarının AİHM'ye *eşdeğer* (*equivalent*) ölçüde korunmasını sağlayacağına güvenilebileceğini kabul eden *M and Co.* davasında kabul etmişti. Ancak *Matthews* kararında bir adım öteye gitti, çünkü davaya neden olan düzenleme, AT hukukunun bir parçasını oluşturan ama ABAD önüne götürülemeyen üye devletler arasındaki bir antlaşmaydı. ABAD'ın yetkisinin olmadığı bu durumda, önceki içtihadını sürdüren AİHM üye devletlerin bu durumdan sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Daha önce yargı yetkisini kullanmayı reddeden AİHM, *Bosphorus* davasında, BM'nin yaptırım kararına uygun olarak alınmış olan bir Topluluk organı kararını uygulayan ve kendine ait hiçbir yetkisi olmadan hareket eden İrlanda'ya karşı davayı kabul etmiştir. Bunu da, Topluluk kararlarında üye devletlerin belirleyici ve dolayısıyla sorumlu olduğu görüşüne dayanarak yapmıştır.

Bu içtihadını halen sürdüren AİHM, *Bosphorus* kararında bir taraftan AT'deki korumayı AİHS sistemindeki korumaya eşdeğer ve dolayısıyla koşullu olarak kabul edilebilir bulurken, bir taraftan da AİHS'deki hakların korunmasında açık hatalar bulunması halinde bu varsayımdan vazgeçilebileceğini belirtmektedir. Bunun anlamı, AİHM'in ilk kez spesifik bir davada ABAD'ın kararını gözden geçirebileceğini açıkça ifade etmesidir.

İki farklı mahkeme ve yargı yetkisinin bulunması nedeniyle ikisinin kararları arasında farklılıklar ortaya çıkabileceği açıktır. Çünkü ABAD’ın amacı Topluluk amaçlarıdır, AİHM’ninki ise AİHS’de güvence altına alınan hakların korunmasıdır. ABAD önünde bir insan hakları konusu gündeme geldiği zaman, bu bir ticaret konusu çerçevesinde olmaktadır. Özellikle AB genişleyip derinleştikçe bu ayrım daha açıkça ortaya çıkabilir. Ancak AİHS’de yer almayan kimi hakların ABAD kararlarında yer alması mümkündür. Temel Haklar Şartı'nın özellikle Dayanışma başlığı altındaki haklar bundan böyle ABAD'ın bu nitelikteki kararlarına temel oluşturabilecektir ve bu bir çatışma olarak yorumlanmamalıdır. Örneğin avukat/müvekkil gizliliği bunlardan biridir. Bu bir sorun yaratmamaktadır, çünkü AB sisteminde hakların AİHS’de öngörülenden daha geniş bir alana yayılması AİHS ile arasında bir çatışma yaratmayacaktır.

Bir başka çatışma biçimi, aynı konudaki başvuruları sonuca bağlarken farklı haklar üzerinde yoğunlaşmalarıdır. Homoseksüellere karşı muamele konusunu ABAD cinsiyete dayalı ayrımcılık çerçevesinde değerlendirmiştir, oysa AİHM bunu özel ve aile yaşamının gizliliği ve buna dayalı ayrımcılık çerçevesinde görmüştür. Bu konudaki kararlar tam olarak çatışmasa da, farklı bir yaklaşım gösterdikleri kesindir. Cinsiyetle ilgili ikinci bir konu da transseksüellerin haklarıdır ve orada da ABAD cinsiyete dayalı ayrımcılık görürken, AİHM taraf devletler arasında bu konuda ortak bir görüş olmadığı ve devletlerin transseksüellerin yasal haklarını düzenlerken geniş bir takdir hakları olduğu sonucuna varmıştır.

ABAD’ın kurucu antlaşmalardan gelen yetki sınırlamalarını bu süreçte unutmamak gerekir. İlk olarak, katmanlı yetki ilkesi ABAD'ın yetkilerine bir sınır getirmektedir. Divan en üst düzey denetimi, Topluluk kurumlarının eylemlerini değerlendirirken göstermektedir. Topluluk kuralını uygulayan bir üye devlet eylemini değerlendirirken, ulusal hukuk kurumlarının Topluluk hukukunun getirdiği sınırlamaları değerlendirmesi için belirli bir takdir alanı tanımaktadır. Topluluk kuralını uygulamayan, aksine (AT Antlaşmasının izin verdiği) AT Antlaşması'ndan doğan temel yükümlülükleri sınırlandıran ya da ondan ayrılan bir üye devlet eylemini değerlendirirken ise ulusal mahkemelere en geniş takdir alanını bırakmaktadır.

Bu aşamalı yaklaşım, katmanlı yetki ilkesinin bir uygulaması olarak görülebilir. Bir Topluluk eyleminin tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlamak ABAD'ın görevi olduğundan, bu noktada en yüksek kontrolü uygulamaktadır. Ancak üye devletlerin eylemleri sözkonusu olduğunda ABAD yetkili tek hukuksal kurum değildir. Ulusal mahkemelerin bu haklara ilişkin yorumları, AB hukukunun da üye devlet hukuksal ve siyasal gelenekleri çerçevesine daha iyi uymasını sağlayabilir. Divan, ceza yargılamasında kendini savunma hakkının ihlâl edildiğini saptayan bir AİHM kararını uygulamamasının Topluluk hukukunun ihlâli olup olmadığını soran Avusturya mahkemesinin önüne getirdiği *Kremzow* ön karar davasında, Topluluk hukuku ile yeterli bağlantı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü Topluluk hukuku alanına girmeyen bir konudaki ulusal yasaların sözkonusu olduğu durumlarda, kendisinin yerel mahkemeye bu ulusal yasanın AİHS'yi ihlâl edip etmediği konusunda yorumlayıcı bir kılavuz sağlayamayacağı düşüncesindedir. Nitekim, ABAD’daki bir davada, başvuran kişi doğrudan AİHS’ye aykırılık iddiasında bulunamamaktadır. ABAD'ın AİHS'yi doğrudan kullanılabilecek hukuk kaynağı olarak kabul etmemesini, bu anlamda en büyük sınırlılığı olarak yorumlayan görüşler mevcuttur. Ancak bu durum doğal olarak AB AİHS'ye taraf olunca ortadan kalkacaktır.

Kurucu antlaşmalardan gelen ikinci sınırlama olarak, ABA 6/2’deki hüküm AB’nin AİHS’deki haklara Topluluk hukukunun temel ilkeleri olarak saygılı olacağını belirtse de, bu yetki kurumların işlemleriyle ilgilidir ve ABAD’ın kurucu antlaşmalarla yetkili olduğu konularla sınırlıdır. ABAD, birincil Topluluk hukuku, yani kurucu antlaşmalarının denetimi konusunda yetkili değildir. Bu nedenle, Cebelitarık’ta oturan bir İngiliz vatandaşı olan Bayan Matthews, Cebelitarık’ta AP seçimlerine katılamayacağının belirtilmesi üzerine ABAD’a başvuramadığından AİHM’e başvurmuş, AİHM de bu başvuruyu bir Topluluk eylemi olmadığı, Topluluk hukuku düzeninde yer alan ama üye devletlerce yapılmış bir uluslararası antlaşmaya ilişkin olduğu gerekçesiyle kabul etmiştir. *Bosphorus* kararında ise Topluluk/Birlik hukukuna ilişkin bir düzenleme hakkında karar vermiştir. Bu olayda ilk önce ABAD’a başvurulmuş, ABAD’ın ihlâl görmemesi üzerine AİHM’e bireysel başvuru yapan firmanın başvurusu, AİHM tarafından ulusal devlet tasarrufunun geçerli olduğu şeklinde sonuçlandırılmıştır. Bu dava, AİHM'nin AB sistemini yakından inceleyip AİHS ile getirilen insan haklarının korunması düzeyine *eşdeğer* olarak bulduğu davadır ve bu yönüyle çok önemlidir. Burada sözkonusu olan *aynı* korumayı sağlaması değildir ve sürekli olarak daha sonraki önemli değişiklikler ışığında denetime tabi olacaktır. Ancak eğer AİHM ihlâl olduğu sonucuna varsaydı, bundan sonraki sürecin zorlu olacağı açıktır.

Bu kararın bir başka etkisi, kendisine karşı ABAD'a başvurulamayan ODGP ile adalet ve içişleri alanında alınan kararların da AİHM'e gidilebilmesi olmuştur. Bu nedenle, AB AİHS’ye taraf olduktan sonra, ABAD’ın yargı yetkisine bu konularda getirilen kısıtlamaların yeniden düşünülmesi ve büyük olasılıkla insan haklarının korunmasına ilişkin olarak kaldırılması gerekecektir. Bu da bizi kurucu antlaşmalardan gelen üçüncü sınırlamaya götürmektedir. ABAD'ın yargı yetkisi konu olarak farklılıklar göstermektedir. Topluluk alanında tamdır. Üçüncü sütundaki konular, Amsterdam Antlaşması ile önemli ölçüde Topluluk sütunu olan birinci sütuna taşınmıştır. Ancak bu tüm üçüncü sütun için geçerli değildir. Nitekim ABAD 2005 yılındaki *Spain v. Eurojust* kararında bunu belirterek ABAD'ın üçüncü sütundaki yargı yetkisinin sınırlı olduğunu açıklamıştır. İkinci sütun içinde kalan konularda ise hiç yetkisi yoktur.

Eğer örgüt ile bu hukuk alanı arasındaki bağlantı açık değilse, ABAD yargı yetkisini kullanamaz. AB hukukundan istisna edilen ulusal önlemler konusunda ABAD ancak sözkonusu şikayet ile Topluluk hukuku alanında kalan ekonomik faaliyetler arasında yeterince güçlü bir bağlantı varsa yetki sahibidir. Ayrıca, ABAD’a sadece Topluluk organlarının karar ve eylemlerinden dolayı doğrudan doğruya etkilenen kişiler başvurabilir. Bu durum Lizbon Antlaşması'yla bir miktar genişlemiş ve bu kişilerin daha geniş olarak tanımlanması mümkün olmuştur. AİHS'nin 14. Protokolü ise artık başvuru için kişisel olarak ağır bir zarar görme ölçütünü getirdiğinden, her iki değişiklik öncesi çelişki yaşanabilecek bir konu olarak düşünülen bu konunun ortadan kalkacağı düşünülebilir.

Şu anda iki mahkemenin kararları arasında küçük uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Ancak yargı yetkilerinin üst üste bindiği durumlar olabilir ve bu durumda uyuşmazlıklar büyüyebilir. Daha küçük çelişkiler yaratabilecek bir durum, iki mahkemenin aynı hakkı farklı şekillerde yorumlamalarından da doğabilir. Çünkü AİHM sadece insan haklarının korunması bakış açısıyla yaklaşırken, ABAD AB'nin amaçlarını hedefleyen bir yargılama yapmak zorundadır.

Ancak her iki mahkemenin de bundan kaçınma davranışı içinde olduğu görülmektedir. Herşeyden önce, ABAD uzun süredir AİHS'ye atıfta bulunmaktadır. Son zamanlarda ise önce analoji yoluyla, sonra da doğrudan doğruya AİHM kararlarına da atıfta bulunmuştur. İkinci olarak, açıkça AİHS'ye atıfta bulunan AB belgeleri vardır. Maastricht Antlaşması'nın 6/2 maddesi, AB'nin AİHS'te güvence altına alındığı şekliyle temel haklara saygılı olacağını belirtmektedir. Her ikisinde de yer alan haklar içinse madde 52/3 ile AİHS'yi adres olarak göstermektedir. Temel Haklar Şartı da içerdiği haklardan AİHS'de bulunanların AİHS ile aynı anlam ve kapsamda olduğunu belirtmektedir. AB AİHS'ye taraf olduktan sonra aynı hakkın farklı biçimlerde yorumlanması tehlikesi zaten ortadan kalkacaktır.

AİHM kararları ile ABAD kararları arasında zaman zaman çelişkiler ortaya çıktığı doğrudur. Ancak bunların hemen hemen hepsinde önce karar veren ABAD olmuştur. ABAD genel olarak AİHS'ye saygılı olmaya çalışmakta ve gerekirse eski kararlarını düzelterek AİHM yorumuna uymaya çalışmaktadır. Birkaç örnekte ise bu hakları AİHM'den daha geniş yorumlamıştır. AB'nin en geniş yetkilere sahip olduğu rekabet hukuku, en fazla çelişkinin görüldüğü alan olarak ortaya çıkmaktadır.

Özetle, iki mahkeme arasındaki ilişki ve iletişim biçimi, bu zamana kadar büyük ölçüde kendilerinin içtihatlarıyla oluşmuştur. AİHM'nin ABAD üzerindeki hukuksal etkisi, ikisi arasında yorum farkı ortaya çıktığında ne olacağı gibi sorular üzerinde sistematik bir çalışma yapılmamıştır. Çoğunlukla AİHM'den yararlanan ABAD'dır. Ancak AİHM kararlarında da ABAD'ın kimi kararları tasvip eden bir biçimde yer bulmuştur. Ancak bu tasvip daha çok AİHS'de bulunan hakların ABAD tarafından AİHM'e eşdeğer bir biçimde korunduğunu ifade etmektedir. AİHM hiç ABAD'ın bu çerçevedeki bir kararından kendi kararında yararlanma yoluna gitmemiştir.

1. Jean Paul Jacque, "The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Fredoms", *Common Market Law Review*, Cilt 48, 2011, s. 1004. [↑](#footnote-ref-1)