

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ÇOKMERKEZLİ ANAYASACILIĞIN YAPISAL SORUNLARI: YETKİ ÇATIŞMALARI VE İKİNCİLLİK İLKESİ İŞİĞİNDE TÜRKİYE İÇİN KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEMLER

Yrd. Doç. Dr. Bertil Emrah ODER^(*)

Giriş

AB anayasal düzeni ile ulusal anayasal düzenler arasındaki ilişki “Avrupa Anayasa Hukuku”nun Avrupa bütünleşmesinin her yeni aşamasında kendini yeniden anımsatan ana konularından biridir. Bugüne değin, Avrupa Topluluğu Andlaşması (ATA) başta olmak üzere, diğer kurucu andlaşmalar¹ ve Avrupa Topluluğu Mahkemesi (ATM) kararlarıyla oluşan yargıç yapımı hukuk ekseninde gelişen AB anayasal düzeni, AB Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile “işlevsel bakımdan” anayasa özelliklerini taşıyan, bir “andlaşma-anayasa”ya sahip olacaktır.² Böylece, ulusal anayasalar ile AB Anayasası eskisine oranla daha da belirgin biçimde, bir anayasalar ağı ya da örüntüsü oluşturabilir. Ulusal anayasalar ile AB anayasal düzeninin ya da AB Anayasası'nın oluşturduğu anayasal ağda, birden çok anayasa merkezinin bulunduğu kuşku yoktur. Çokmerkezli anayasacılık olarak adlandırılabilir bu durum, anayasaların hem yatay (“üye devlet anayasaları arasında”), hem dikey biçimde (“üye devlet anayasası ile AB anayasal düzeni arasında”) birbiriyle etkileşim içinde olmasına da açıktır. Burada, dikey etkileşimden kaynaklanan sorunlara odaklanılmakta ve ulusal anayasal kimliklerle Topluluk/Birlik hukuku arasındaki ilişki, ulusal anayasalarda Avrupa bütünleşmesinin yeri; Topluluk'ta yetki dağılımı ve ulusal anayasa hukuku-AB anayasal düzeni arasındaki çatışma sorunları açısından değerlendirilmektedir.

A. Ulusal Anayasalar ile AB Anayasal Düzeni Arasındaki İlişkinin Normatif Boyutları

Ulusal anayasalar ile AB anayasal düzeni arasındaki ilişkinin normatif boyutları, biri ulusal anayasalar, diğeri ATA ve AB Anayasası olmak üzere iki farklı hukuksal düzlem esas alınarak incelenebilir. Ulusal anayasalar, Avrupa bütünleşmesinin üye devletlerin iç hukukundaki dayanak ve sınırlarını gösterirken, ATA ve AB Anayasası belirli kategoriler (“yetki türleri”) ve ilkeler (“yararlı etki”; “ikincillik ilkesi” ve ona bağlı olarak “orantılılık ilkesi”) aracılığı ile Topluluk/Birlik yetkilerinin içerik ve kullanım biçimini somutlaştırır. Bu başlıkta, önce ulusal anayasalarda Avrupa bütünleşmesinin sınırları sorunu ele alınacaktır. Ardından, Topluluk/Birlik'te “yetkiye ilişkin normatif yapı” irdelenecektir.

I. Ulusal Anayasalarda Avrupa Bütünleşmesinin Dayanakları ve Sınırlarından Örnekler

Ulusal anayasalarda Avrupa bütünleşmesinin dayanakları ve sınırları, son genişleme dalgasından önceki ve sonraki üye devletler bakımından ayrı ayrı ele alınabilir. Böylece, “yerleşik üye devletlerin” yaklaşımları ile yeni katılan üye devletlerin yaklaşımları arasındaki benzerlikler ve farklılıklar gözlenebilir. Burada, yeni üye devletlerin Avrupa bütünleşmesine ilişkin güncel anayasal yaklaşımlarına daha ayrıntılı bir yer verilecektir.

1. Son Genişleme Dalgasından Önce AB'ye Üye Devletlerin Anayasalarında Avrupa Bütünleşmesi

AB'ye üye devletlerin anayasalarında Avrupa bütünleşmesinin hukuksal dayanakları incelendiğinde biri uluslararası örgütlere ya da andlaşmalara ilişkin genel nitelikli normlar, diğeri AB'ye özgü normlar (“özümlü normlar” / “bütünleşme normları”) olmak üzere iki farklı

^(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bununla, ATA dışında süresi dolarak yürürlükten kalkan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Andlaşması bir yana bırakılırsa, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Andlaşması (AAETA), Avrupa Birliği Andlaşması (ABA) ve bunlarda değişiklik yapan her türlü andlaşma ve onlara eşdeğer protokol kastedilmektedir.

² AB Anayasası'nın işlevsel açıdan anayasa niteliği taşıması üzerine çok daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Oder, Bertil Emrah, Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık, 2004, İstanbul, 226-374.

yönelimin olduğu görülebilir. Genel nitelikli normlar arasında “egemenlik sınırlamaları”na (örneğin; İtalya; Yunanistan); ulusal parlamentoların nitelikli çoğunlukla kabulüne bağlı olarak uluslararası örgütlere yetki devrine (örneğin; Hollanda; referandum olasılığını da içermek üzere Danimarka; Kongre’nin salt çoğunlukla kabulüne bağlı anayasayı uygulama yasaları yoluyla İspanya) ya da anayasanın demokratik temelleriyle çatışmamak koşuluyla anayasaya aykırı uluslararası yükümlülükler üstlenmeye izin veren normlar (örneğin; 2000 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında Finlandiya) dikkat çekicidir. Nitelikli çoğunluk kuralına açıkça yer vermeksizin anlaşma ya da yasa ile yetki devri konusunda Belçika; andlaşma ile yetki devri konusunda Lüksemburg örnek gösterilebilir. 1992 sonrasında kimi üye devletler yaptıkları anayasa değişiklikleri ile, içerikleri ve öncelikleri farklı olsa da, AB’ye ilişkin özgül anayasa normları da benimsemişlerdir. Bu durum ulusal anayasal düzenlerin “Avrupalılaştırılması” olarak anılır ana çizgileriyle şöyle özetlenebilir:

-Almanya, Avusturya, Fransa, İrlanda, İsveç ve Portekiz’de bütünleşmenin farklı aşamaları ya da AB’ye katılım, bütünleşme gereklerine uygun özgül anayasa normlarına konu olmuşlardır.³ AB nedeniyle anayasa değişikliğine başvurulması, her bir üye devlette farklı yoğunlukta ve sıklıkta yaşanmıştır.

-Yukarıda anılan devletlerde anayasa değişikliklerinin içerikleri de, farklı anayasal duyarlılıklar ve özellikler nedeniyle, çeşitlilik göstermektedir. Sözgelimi İrlanda, uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkisinde, bir anayasal tercih olarak katı bir ikici modeli benimsediği için, 1972 yılında Topluluk’a katılımından *Nice* Andlaşması’na kadar, bütünleşme aşamalarını ayrı ayrı anayasa değişiklikleri yoluyla iç hukukuna aktarmıştır.⁴ Almanya, Fransa ve Portekiz’e bakıldığında *Maastricht* sonrası Birlik’in kurulması ve Topluluk’un artan yetkileri karşısında, Avrupa bütünleşmesine özgü normların anayasalara girdiği görülebilir.⁵ Böylece Topluluk hukuku-iç hukuk ilişkileri uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkilerine dayalı anayasal kurallar dışında bir hukuksal çerçeveye oturtulmuştur. *Amsterdam* Andlaşması’nın kişilerin serbest dolaşımı konusunda Topluluk’un yetkisini artırması, Fransa’da ayrı bir anayasa değişikliğini daha gerekli kılmıştır.⁶ Bir başka örnek İsveç’ten verilebilir: İsveç’in AB’ye katılımıyla, meclisin karar alma yetkisinin Avrupa Toplulukları’na devredilebileceğine ilişkin özgül bir norm anayasal düzende yerini almıştır.⁷ Devir işlemi için, kural olarak, “oy verenlerin en az dörtte üçü” biçiminde nitelikli bir çoğunluk aranmaktadır. Karar, temel yasaların kabulü usulüne göre de alınabilir. İsveç için, “karar yetkisinin devri”ne ilişkin sınırı, ulusal anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki (İHAS) özgürlük anlayışı çizmektedir. Topluluklar, ulusal anayasa ve İHAS’daki hukuksal korumaya eşdeğer bir koruma sağladıkları sürece, yasama organı karar yetkisini bunlara devredebilir.

³ Bonn Anayasası’nın 23. ve 88. maddeleri ile 28. maddesinin 1. fıkrası için bkz. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (zuletzt geändert am 16. Juli 1998), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 2000, München, 64 / 66 / 87; Fransız Anayasası’nın 88-1 – 88-4. maddeleri, Verfassung der Republik Frankreich vom 4. Oktober 1958 (zuletzt geändert am 8. Juli 1999), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 157-158; Portekiz Anayasası’nın 7. maddesinin 6. fıkrası; 15. maddesinin 5. fıkrası; 163. maddesinin f bendi; 197. maddesinin i bendi, bkz. Verfassung der Republik Portugal vom 2. April 1976 (zuletzt geändert am 20. September 1997), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 402 / 404/ 448 / 459; Avusturya Anayasası’nın (“ilk anayasal yasa”) 23a - 23f maddeleri, bkz. Bundesverfassungs-Gesetz der Republik Österreich vom 10. November 1920 in der Fassung vom 7. Dezember 1929 (zuletzt geändert am 13. August 1999), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 334-337; İrlanda Anayasası’nın 29. maddesinin 3.-7. fıkraları, bkz. Constitution of Ireland, <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/297.htm> (5.3.2003); bu çalışmada kullanılan seçkide, “İsveç Anayasası” olarak anılan “hükümet belgesi” başlıklı temel yasanın X. bölümün 5. paragrafı, bkz. Verfassung des Königreiches Schweden vom 1. Januar 1975 (zuletzt geändert am 1. Januar 1995), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 506.

⁴ Karş. İrlanda Anayasası’nın 29. maddesinin 3.-7. fıkraları; *Nice* Andlaşması’nı benimseyen 2002 anayasa değişiklikleri ile birlikte İrlanda Anayasası’nın tam metni için bkz. <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/297.htm> (5.3.2003).

⁵ Bonn Anayasası’nın 23. ve 88. maddeleri ile 28. maddesinin 1. fıkrası için bkz. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (zuletzt geändert am 16. Juli 1998), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 64 / 66 / 87; Fransız Anayasası’nın 88-1 – 88-4. maddeleri, Verfassung der Republik Frankreich vom 4. Oktober 1958 (zuletzt geändert am 8. Juli 1999), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 157-158; Portekiz Anayasası’nın 7. maddesinin 6. fıkrası; 15. maddesinin 5. fıkrası; 163. maddesinin f bendi; 197. maddesinin i bendi, bkz. Verfassung der Republik Portugal vom 2. April 1976 (zuletzt geändert am 20. September 1997), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 402 / 404/ 448 / 459.

⁶ Fransız Anayasası’nın 88-2. maddesinin 2. fıkrası, bkz. Verfassung der Republik Frankreich vom 4. Oktober 1958 (zuletzt geändert am 8. Juli 1999), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 157.

⁷ Bu çalışmada kullanılan seçkide, “İsveç Anayasası” olarak anılan “hükümet belgesi” başlıklı temel yasanın X. bölümünün 5. paragrafının ilk fıkrası, bkz. Verfassung des Königreiches Schweden vom 1. Januar 1975 (zuletzt geändert am 1. Januar 1995), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 506.

-Almanya örneğinde Avrupa bütünleşmesine ilişkin özgül anayasa normları, *Bonn Anayasası'nın* "değişmezlik güvenceleri" ile beraber düşünülmektedir. Bu nedenle, Almanya'da anayasal duyarlılık, federal devlet yapısı ile Anayasa'nın 1 ve 20. maddelerindeki ilkelerde yoğunlaşır.⁸

-Fransa'da anayasa değişiklikleri, Fransa'nın dış egemenlik bakımından AB'deki yerini tanımlamasına, parasal ve ekonomik birlik ile dış sınırlardan geçiş konusunda -karşılıklılık koşuluyla- AB'ye yetki devri yapılmasına, Avrupa tutuklama müzekkeresine, AB vatandaşlarının seçme ve seçilme hakkına yoğunlaşmıştır.⁹

-İspanya'da, *Maastricht* sonrası ATA değişikliği ile AB vatandaşlarına yerleşik oldukları üye devletlerde yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkının tanınması, yabancılara karşılıklılık koşuluyla yalnızca seçme hakkını tanıyan anayasa normunun değiştirilmesini gerektirmiştir.¹⁰ Burada anayasa değişikliği, dış egemenlik-anayasa ilişkisinin gözden geçirilmesi ile gerçekleşmiştir. İspanyol Anayasa Mahkemesi uluslararası örgütlere anayasal yetkilerin devrine izin veren genel nitelikli anayasa normunun, anayasa ile andlaşma arasındaki çatışmayı kendiliğinden ya da örtülü biçimde çözen bir kural içermediğini saptamıştır.¹¹ Dolayısıyla, anayasada öngörülen usule uygun bir anayasa değişikliği gerekli hale gelmiştir. İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, yetki devrine ilişkin genel nitelikli normların anayasaya aykırı Topluluk normlarının iç hukukta doğrudan uygulanmasını sağlamadığı konusunda önemli bir örnek oluşturur.

-Federal yapılı devletler olan Almanya ve Avusturya'da federe devletlerin, AB'yi ilgilendiren alanlarda karar alma süreçlerine katılımı sorunu, özgül anayasa normlarını gerekli kılmıştır.¹² Böylece federal devletin federe devleti federal karar alma süreçlerine katan yönü ("katılım ilkesi"), AB'ye ilişkin düzenleme alanlarında özgül anayasa normları ile pekiştirilmektedir.

2. Son Genişleme Dalgası ile AB'ye Katılan Üye Devletlerin Anayasalarında Avrupa Bütünleşmesi

2004 yılındaki son genişleme dalgasıyla AB'ye katılan devletler, Avrupa bütünleşmesinin anayasal dayanaklarını somutlaştıran normların içeriklerini doldururken farklı tercihlere yönelmiştir. Tercihlerin farklılığı, kuşkusuz ulusal anayasal düzenlerin özerkliğinin zorunlu bir sonucudur. Böylece Avrupa bütünleşmesinin ulusal anayasal dayanakları, yeni üye devletlerin anayasal düzenlerinin yapısına ve anayasa koyucuların anayasa politikasına ilişkin yaklaşımlarına bağlı olarak biçimlenmiştir. 2004 genişlemesinin ortak paydası, Kıbrıs Cumhuriyeti adıyla AB'ye katılan Güney Kıbrıs dışındaki tüm devletlerin, katılımı anayasa ya da anayasayı uygulayan yasalar aracılığı ile 2003 yılında (Mart-Eylül) referanduma sunmuş olmasıdır. Böylece 1973 tarihli ilk genişleme ile 1995 tarihli genişlemenin ardından, son genişleme dalgası ile birlikte "katılım sürecinde referandum" baskın bir araç konumuna gelmiştir.¹³ Son genişleme dalgasına ilişkin referandumlardaki

⁸ Bonn Anayasası'nın 1. maddesinin ilk fıkrası, insan onurunun dokunulmazlığını tüm devlet yetkileri bakımından güvence altına alarak, onu tüm anayasal düzenin "nesnel bir değeri" kılmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrası, Alman halkının çiğnenemeyen ve devredilemeyen insan haklarına bağlılığını da benimser. Son fıkra, Anayasa'nın -20. maddeye kadar içerdiği- temel hak kataloğunun yasama, yürütme ve yargı makamlarını doğrudan uygulanabilir hukuk olarak bağladığını da vurgular. Bonn Anayasası'nın 20. maddesi ise, demokratik ve sosyal devlet; egemenliğin halka dayanması ve seçimler ve halkoylaması aracılığıyla yasama, yürütme ve yargı tarafından kullanılması; yasamanın anayasal düzene bağlılığı; yürütme ve yargının yasa ve hukuka bağlılığı ve direnme hakkını içermektedir.

⁹ Fransız Anayasası'nın 88-1 – 88-4. maddeleri, *Verfassung der Republik Frankreich vom 4. Oktober 1958 (zuletzt geändert am 8. Juli 1999)*, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, 157-158. Avrupa tutuklama müzekkeresine ilişkin Anayasa değişikliği 2003 yılında gerçekleşmiştir.

¹⁰ Karş. İspanya Anayasası'nın 13. maddesinin 2. fıkrası, bkz. *Verfassung des Königreiches Spanien vom 29. Dezember 1978 (geändert am 27. August 1992)*, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, 521.

¹¹ Karş. İspanyol Anayasası'nın 93. maddesi, bkz. *Verfassung des Königreiches Spanien vom 29. Dezember 1978 (geändert am 27. August 1992)*, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, 538. Tribunal Constitucional, Madrid, *Declaracion 108/1992 de julio de 1992 (Pleno)*, *Requerimiento 1236/1992 del Gobierno de la Nación*, Ponente: Magistrado Don Jose Vicente Gimeno Sendra, *Boletín Oficial del Estado de 24 de julio de 1992 / Almanca Metin*, *EuGRZ* 1993, 285 vd.

¹² Bonn Anayasası'nın 23. maddesinin 2-7. fıkraları, bkz. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (zuletzt geändert am 16. Juli 1998)*, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, 64-65; karş. *Avusturya Anayasası'nın* ("ilk anayasal yasa") 23d maddesi, bkz. *Bundesverfassungs-Gesetz der Republik Österreich vom 10. November 1920 in der Fassung vom 7. Dezember 1929 (zuletzt geändert am 13. August 1999)*, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, 335-336.

¹³ Avrupa bütünleşmesinde katılım sürecinde referanduma başvuran devletler ve referandum sonuçları tarihsel önceliğe göre şöyle sıralanabilir: 1.) 1973 yılındaki genişleme dalgası: İrlanda (% 83.1 "evet" ile katılım yönünde); Norveç (% 46.5 "evet" ile

sonuçlar 1973 ve 1995 tarihli katılımlara ilişkin referandumlarla karşılaştırıldığında, genel olarak katılım yönündeki kullanılan oyların yüksekliği ile dikkat çekerler. Katılım yönündeki oylar, Slovakya'da % 92 ile bütünleşme tarihinde görülmedik bir düzeye ulaşmıştır. AB'ye katılım yönündeki halkoyunun, siyasal gözlemcilerin beklenti ve öngörülerinin de üstüne çıktığını vurgulamak gerekir.¹⁴ Öte yandan, Estonya'da referanduma katılım düzeyi (% 64), parlamento seçimlerine katılım oranını da aşmıştır.¹⁵

AB'ye son genişleme dalgasıyla katılan devletlerin anayasaları arasında dört örneğe (Çek Cumhuriyeti; Slovenya; Polonya; Macaristan), Avrupa bütünleşmesinin anayasal dayanaklarına ilişkin tercih farklılığının görülebilmesi için ayrıntılı biçimde değinilmelidir. Bu örneklerin kimileri benzer yaklaşımlar içermekle birlikte, anayasal normların içerikleri ulusal anayasal özelliklere ("anayasal kimlik") göre belirlenmiştir. AB'ye katılım süreci, özellikle anayasa değişikliğinin oldukça güç olduğu ve (iç)egemenlik ve bağımsızlık konusundaki anayasal duyarlılıkları ile bilinen Baltık devletlerinde tartışmalı geçmiştir.¹⁶ Henüz 1998 yılında hazırlanan bir uzman komisyon raporunda, Estonya Anayasası'nda yer alan "egemenlik ve bağımsızlığın ölümsüzlüğü ve devredilmezliği" ilkesinin mutlaklığına değinilmiş ve bu konuda değişiklik önerilmişti.¹⁷ Ancak 2001 ve 2003 yılındaki tartışmaların ardından, Anayasa değişikliğine gitmeksizin, bir anayasal yasa ile "Anayasa'nın temel ilkelerinden hareketle, Estonya'nın AB'ye katılabileceği" benimsenmiştir. Ancak bu yöntemin yerindeliği halen tartışma konusudur.¹⁸ Letonya'da anayasa değişikliği tartışmaları, Estonya'dan farklı biçimde gelişmiştir. Letonya Anayasası'nın 136. maddesine göre Letonya, devletin çıkarları ve bağımsızlığı ile çatışmaması koşulu ile uluslararası örgütlere katılabilir. 1998 yılında, Letonya Anayasa Değişikliği Çalışma Grubu, AB'ye katılımın bağımsızlığı zedelediği ve Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. 1998-2000 yılında yapılan anayasa değişikliği önerilerinde uluslararası örgütlere ya da özel olarak AB'ye yetki devri, parlamentonun dış ilişkilerdeki rolü ve uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanması gibi konular yer almıştır. Ancak o dönemde tüm bunlar benimsenmemiştir. Sonuçta, AB'ye katılım, yalnızca 13 Haziran 2004 tarihli bir anayasal yasa çerçevesinde gerçekleşebilmiştir. Litvanya, hem uluslararası örgütlere yetki devrini, hem de AB'ye katılım ve AB üyeliğinde maddi değişikliklerin referanduma sunulması zorunluluğunu düzenleyen anayasa değişiklikleri ile diğer iki Baltık devletinden farklılaşmaktadır (Litvanya Anayasası'nın 68. paragrafı). Anayasa, AB üyeliği ya da AB üyeliğindeki maddi değişikliklere ilişkin referandalarda kabul eşiği için özel bir kural da öngörmektedir. Bu tür referandumların kabulü için, oy kullanan seçmen

katılımın reddi yönünde); Danimarka (% 63.3 "evet" ile katılım yönünde); İngiltere (1974 yılındaki genel seçimlerin ardından iktidara gelen İşçi Partisi'nin seçim bildirgesinde yer alan Avrupa Topluluklarına üyeliğin sürdürülmesi konusu referanduma sunulmuş ve % 67.2 "evet" oyu ile benimsenmiştir.). 2.) 1995 yılındaki genişleme dalgası: Avusturya (% 66.6 "evet" oyu ile katılım yönünde); Finlandiya (% 56.9 "evet" oyu ile katılım yönünde); Finlandiya'ya bağlı Aaland Adaları'ndaki referandumda % 73.64 "evet" oyu ile katılım yönünde); İsveç (% 52.8 "evet" oyu ile katılım yönünde); Norveç (% 43.1 "evet" ile katılımın reddi yönünde). 3.) 2004 yılındaki genişleme dalgası: Malta (% 54 "evet" oyu ile katılım yönünde); Slovenya (% 90 "evet" oyu ile katılım yönünde); Macaristan (% 83 "evet" oyu ile katılım yönünde); Letonya (% 91 "evet" oyu ile katılım yönünde); Slovakya (% 92 "evet" oyu ile katılım yönünde); Polonya (% 77 "evet" oyu ile katılım yönünde); Çek Cumhuriyeti (% 77 "evet" oyu ile katılım yönünde); Estonya (% 67 "evet" oyu ile katılım yönünde); Litvanya (% 67 "evet" oyu ile katılım yönünde). Son genişleme dalgasındaki referandalardan Letonya, Slovakya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti oy kullanma işlemini iki güne yayarak gerçekleştirdiler. Referandumların bir kısmında, referandumun geçerliliği, kayıtlı seçmenlerin en az yarısının oy kullanması koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul, katılıma bağlı olarak referandum sonucunun demokratik meşruluğunu pekiştirmeye yönelik bir tercih olarak görülebilir. Referandalara yönelik değerlendirmeler için özellikle bkz. Fowler, Brigid, *The Hungarian EU Accession Referendum*, Referendum Briefing No 4, 12 April 2003, Opposing Europe, Research Network; Szczerbiak, Aleks, *The Polish EU Accession Referendum*, Referendum Briefing No 5, 7-8 June 2003, Opposing Europe, Research Network; *Constitution Watch / Hungary*, EECR, Volume 12, Numbers 2/3, Spring / Summer 2003, 22.

¹⁴ "Eurobarometer" için yapılan bir ön çalışmada farklı veriler elde edilmişti, bkz. Candidate Countries EU Enlargement Poll Monitor, Gallup on Behalf of DG Pres / B1, Public Opinion Analysis, 4-10 April 2003 / Manchin, Robert, "Worries about participation Lithuania, scepticism in Latvia"; ayrıca bkz. <http://www.gallup-europe.be/epm> (7.5.2005).

¹⁵ Ehin, Piret, *Before and After the Referendum*, 2003, <http://web-static.vm.ee/static/failid/390/beforenadafterthereferendum.pdf> (7.4.2005).

¹⁶ Estonya Anayasası için bkz. <http://www.riik.ee/en/constitution> (4.4.2005); Letonya Anayasası için bkz. <http://www.lrkt.lt/konst/eng/constitution.htm> (4.4.2005); Litvanya Anayasası için bkz. http://www.saeima.lv/Likumdosana_eng/likumdosana_satversme.html (4.4.2005).

¹⁷ Albi, Anneli, "Europe" Articles in the *Constitutions of Central and Eastern European Countries*, 42 CMLRev. (2005), 410-411; Estonya Anayasası'nın yapım sürecinde egemenliği sınırlayan anlaşmaların, anılan madde nedeniyle Anayasa değişikliği gerektireceği de tartışılmıştı, bkz. Laffranque, Julia, *Co-existence of the Estonian Constitution and European Law*, *Juridica International VII/2002*, 19; Estonya'da AB karşıtlığı için bkz. Piret, Ehin, *Estonian Euroscepticism: A Reflection of Domestic Politics?*, EECR, Volume 11/12, Number 4 / Number 1, Fall 2002 / Winter 2003, 96.

¹⁸ Son gelişmeler için karşı. Albi, "Europe" Articles in the *Constitutions of Central and Eastern European Countries*, 411.

sayısı son parlamento seçimlerine katılan seçmenlerin en az yarısı olmalıdır (Litvanya Anayasası'nın 79. paragrafı).

Değınilecek dört örnekten, üçü arasında yer alan Çek Cumhuriyeti, Slovenya ve Polonya Avrupa bütünleşmesini "uluslararası örgütlere yetki devri" bağlamındaki normlarla düzenlemektedirler.¹⁹ Burada Slovenya Anayasası, dikkat çekici bir düzenleme örneğı oluşturmaktadır. Slovenya Anayasası'nın 3a maddesi, "Avrupa Birliğı" kenar başlığına taşımakla birlikte, maddenin içeriğinde özel olarak "Avrupa Toplulukları" ya da "Avrupa Birliğı"ne değıl, "uluslararası örgütler"e yetki devrinin koşulları bulunmaktadır.

Çek anayasal düzeninde AB'ye katılım, genel olarak Çek hukuk düzeninin "uluslararası hukuka açıklığı"nı güvence altına alan bir dizi anayasal normun Anayasa'ya eklenmesi ile birlikte gerçekleşmiştir. Değışikliklerin bütünü, "Avrupa değışiklikleri" olarak da anılmaktadırlar. "Uluslararası hukuka açıklığı" somutlaştıran anayasal normlar Çek Cumhuriyetinin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle saygı göstermesini (madde 1/2),²⁰ parlamento tarafından onaylanmaları koşuluyla Çek Cumhuriyeti için bağlayıcı olan tüm andlaşmaların iç hukuk düzeninin bir parçası sayılmasını; uluslararası andlaşma ile yasa arasındaki çatışmada uluslararası andlaşmanın uygulanmasını öngörmektedirler (madde 10).²¹ Anayasa değışikliğı öncesinde, Çek Anayasası, yalnızca insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların doğrudan uygulanmasını ve sıradan (adi) yasalar karşısındaki önceliğini benimsemekteydi. "Avrupa değışiklikleri" sonrasında, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar ile parlamento tarafından onaylanmak koşuluyla usulüne göre yürürlüğe giren diğer andlaşmalar arasındaki ayırım kaldırılmıştır.²² Anayasa, parlamento tarafından onaylanması gereken andlaşma türlerini de kişi hak ve ödevlerini düzenleyen andlaşmalar, siyasal nitelikli andlaşmalar, genel nitelikli ekonomik andlaşmalar ve yasa ile düzenlenmesi gereken konuları düzenleyen andlaşmalar olarak saymakta ve parlamentonun onayını, her iki mecliste basit çoğunluğun sağlanması olarak düzenlemektedir. "Avrupa değışiklikleri" kapsamında, uluslararası örgütlere yetki devri, AB'ye ilişkin hiçbir sözel gönderme yapmamak üzere, Anayasa'nın 10a maddesinde yetki devrine ilişkin genel anayasal norm olarak düzenlenmiştir.²³ Burada yetki devri parlamentodaki her iki meclisin üçte iki çoğunluğu ile yapılabileceğı gibi, yapılış usulü sıradan (adi) yasalardan farklı olan bir "anayasal yasa" ile yetki devri konusunda referandum da öngörülebilir. Çek Anayasa Mahkemesi, yetki devrine ilişkin uluslararası andlaşmaların Çek anayasal düzenine uygunluğu konusunda öndenetim yetkisiyle donatılmıştır (Çek Anayasası madde 87/2).

¹⁹ Burada incelenen anayasa metinlerine ilişkin referanslar konusunda bkz. Polonya Anayasası <http://www.sejm.gov.pl/english/konstytucja/kon1.htm> (4.4.2005); Slovenya Anayasası, http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/si00000_.html (4.4.2005); Çek Cumhuriyeti Anayasası olarak 2002 değışiklikleri birlikte 1/1993 sayılı Anayasal Belge http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/ez00000_.html (4.4.2005); Çek anayasal düzeninde AB'ye katılım nedeniyle yapılan değışiklikler için ayrıca bkz. Slosarcik, Ivo, *The Reform of Constitutional Systems of Czechoslovakia and the Czech Republic in 1990-2000*, 7 EPL (2001), 544; Slosarcik, Ivo, *Constitutional Changes in the Czech Republic and Case-Law of the Constitutional Court in 2000-2002 (Balancing Pillars of Governance on the Eve of EU Membership)*, 10 EPL (2004), 3-8; Albi, "Europe" Articles in the *Constitutions of Central and Eastern European Countries*, 405-409.

²⁰ "Uluslararası yükümlülüklerle saygı"ya ilişkin bu değışiklik, Anayasa'nın Çek Cumhuriyetinin niteliklerini belirleyen 1. maddesine 2. fıkraya eklenerek, ulusal anayasal kimliğin önemli bir unsuru haline gelmiştir:

"1. Çek Cumhuriyeti egemen, üniter ve demokratik, hukuka bağlı, insan ve yurttaş hak ve özgürlüklerine dayalı bir devlettir.

"2. Çek Cumhuriyeti, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine saygı duyar."

²¹ Öte yandan, Çek Anayasası'na göre yargıçlar anayasaya aykırılık sorunu konusunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yükümlülüğü altında iken, uluslararası andlaşmalara aykırılık sorununu, kendileri çözebilirler. Slosarcik, Çek Anayasası'nın 95. maddesindeki düzenlemeye dayanarak, tüm yargı yerlerinin, uluslararası andlaşma-yasa çatışmasını, uluslararası andlaşmaya öncelik vererek çözmek zorunda olduklarına işaret etmektedir. Bu durum, uluslararası andlaşmaya uygunluk bakımından merkezileşmemiş denetim modeli olarak algılanmakta, ancak sıradan yargıçların çok çeşitli türdeki andlaşmaları bilme ve uygulama olanağına sahip olup olmadıkları da sorgulanmaktadır, karşı. Slosarcik, *Constitutional Changes in the Czech Republic and Case-Law of the Constitutional Court in 2000-2002 (Balancing Pillars of Governance on the Eve of EU Membership)*, 7.

²² Andlaşma türleri arasında ayırımı kaldırarak, parlamento tarafından onaylanmaları koşuluyla Çek Cumhuriyeti için bağlayıcı olan tüm andlaşmaları iç hukuk düzeninin bir parçası sayan ve uluslararası andlaşma ile yasa arasındaki çatışmada uluslararası andlaşmanın uygulanması öngören Anayasa değışiklikleri, Çek anayasal gelişmelerinin geleneksel ikici (dualist) yaklaşımdan kopması ve tekçi (monist) yaklaşıma yönelmesi olarak yorumlanmıştır, bkz. Slosarcik, *Constitutional Changes in the Czech Republic and Case-Law of the Constitutional Court in 2000-2002 (Balancing Pillars of Governance on the Eve of EU Membership)*, 6; benzer yönde bkz. Albi, "Europe" Articles in the *Constitutions of Central and Eastern European Countries*, 405.

²³ Buna karşılık, Slovakya Anayasası'nda AB'ye yetki devri özgül bir norm ile düzenlenmekte ve yetki devrine ilişkin andlaşmanın onaylanmasının uygun bulunması için ulusal parlamentonun üye tamsayısının beşte üçünün olumlu oyu aranmaktadır (madde 7/2). Slovakya Anayasası, AB hukukunun iç hukukta uygulanmasını sağlayan özel hükümler de içermektedir, bkz. Albi, "Europe" Articles in the *Constitutions of Central and Eastern European Countries*, 405-406.

Öndenetimde Anayasa Mahkemesi karara varmadan, yetki devrini gerektiren andlaşmanın onay süreci tamamlanamaz. “Avrupa değışiklikleri” kapsamında, Hükümetin parlamentoyu bilgilendirme yükümlülüğü de yer almaktadır (Çek Anayasası madde 10b/1). Parlamentonun dış ilişkiler alanında hükümet üzerindeki denetim işlevini sağlayabilmesinin asgari güvencesi olan bilgilendirme yükümlülüğü, yetki devrine dayansın ya da dayanmasın uluslararası örgütlere üyelikten kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin konuları içerir. Bilgilendirmenin “düzenli ve önceden” yapılması da ayrıca vurgulanmıştır.²⁴

“Uluslararası hukuka açıklığa” dayanan Polonya Anayasası da AB’ye katılım sorununu, yetki devrine ilişkin genel anayasal norm ile çözmektedir (Polonya Anayasası madde 90). Polonya anayasal düzeninin uluslararası hukuka açıklığına ilişkin kurallar, hem uluslararası andlaşmalara, hem de uluslararası örgütlerin işlemlerine değinmektedir (Polonya Anayasası madde 91). Değinilen normlar 1997 yılında yapılan yeni Anayasa’nın benimsediğı düzenlemelerdir. Yine de, Polonya Anayasası’nın hazırlık çalışmalarının gösterdiği gibi, bu normlar AB’ye katılım düşünülerek tasarlanmıştır.²⁵ Ancak Anayasa’nın referanduma sunulması öncesinde anılan normlar anayasa karşıtlarının temel tartışma konularından biriydi. Karşıtlar, yetki devrine ilişkin normlarla Polonya’nın egemenliğini yitirdiğini öne sürmüştü.

Polonya Anayasası çerçevesinde, onaylanan bir uluslararası andlaşma, Resmi Gazete’de (*Dziennik Ustaw*) yayımlandıktan sonra iç hukuk düzeninin bir parçası olmakta ve uygulanması bir yasa gerektirmedikçe, doğrudan uygulanmaktadır. Onaylanması daha önce yasa ile uygun bulunmuş uluslararası andlaşma ile yasa “bağdaştırılmazsa”, bu durumda sözkonusu uluslararası andlaşma yasa karşısında önceliğe sahip olmaktadır. Böylece uluslararası andlaşma ile yasa arasında “uyumlu yorum”un denenmesi ve başarılı olması olasılığı göz ardı edilmemektedir. Polonya’nın taraf olduğu bir uluslararası örgütün andlaşmasının öngördüğü durumlarda, bu örgütün işlemleri de Polonya hukukunda doğrudan uygulanır. Sözkonusu işlemlerin yasalarla çatışmaları halinde, işlemler önceliğe sahip olur. Değinilen tüm bu kurallar, Avrupa Birliğı ya da Avrupa Toplulukları’na gönderme yapmasa da, Avrupa bütünleşmesinin doğrudan uygulanabilir kurallar içeren kurucu andlaşmaları -özellikle ATA- ve Topluluk işlemlerinin iç hukukta tartışılmasını engellemektedir.

Polonya Anayasası’nın 90. maddesi “yetki devri” konusunda, Çek Anayasası’na benzeyen, ancak yetkinin konu bakımından sınırlı oluşuna da değinen özenli bir anlatım kullanmıştır. Buna göre, Polonya Cumhuriyeti, uluslararası andlaşmalar aracılığıyla, uluslararası bir örgüt ya da uluslararası bir kuruma devlet organlarının yetkisini “belirli konulara ilişkin olarak” devredebilir. Yetki devrine ilişkin uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulan yasalar için özel bir çoğunluk kuralı öngörülmüştür. İki meclisli Polonya Parlamentosu’nun her iki meclisinde de (*Sejm* ve Senato) yapılacak oylamada üye tam sayısının en az yarısının hazır bulunması koşulu ile üçte iki çoğunluk aranmaktadır. Ancak Anayasa, yetki devrine ilişkin uluslararası andlaşmanın onaylanmasını uygun bulunması konusunda bu usulün dışında, referandum seçeneğini de sunmaktadır. Onaylanmasını uygun bulunması konusunda seçilecek usule ilişkin kararlar, parlamentonun ilk kanadını oluşturan *Sejm*’de -üye tam sayısının en az yarısının hazır bulunması koşulu ile mutlak çoğunlukla alınırlar. Hükümetin, Polonya Parlamentosu’nu bilgilendirme yükümlülüğünü de kapsamak üzere yasamanın AB sürecindeki rolü, başta ulusal meclis *Sejm* ve ardından Senato olmak üzere meclislerin içtüzüklerinde ve 31 Mart 2004 tarihinde yürürlüğe giren özgül bir işlemde düzenlenmektedir.²⁶ Buradaki düzenlemelerin dikkat çeken özelliğı, Birlik / Topluluk’un işlem tasarıları hakkında *Sejm*’in -özellikle *Sejm* içindeki AB

²⁴ Söz konusu uluslararası örgütün işlemlerine ilişkin olarak parlamentonun görüş bildirmesi konusu içtüzük’e bırakılmıştır. Parlamentoyu oluşturan iki meclisin ilişkilerini düzenleyen işlem, bu tür görüşlerin bildirilmesine ilişkin yetkiyi meclislerin kuracağı ortak bir kurula verebilmektedir, karşı Çek Anayasası’nın 10b maddesinin 2. ve 3. fıkraları.

²⁵ Biernat, Stanislaw, *Constitutional Aspects of Poland’s Future Membership in the European Union*, 36 Archiv des Völkerrechts (1998), 398; Albi, “Europe” Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries, 407.

²⁶ “Act on Cooperation of the Council of Ministers with the Sejm and the Senate in Matters Related to the Republic of Poland’s Membership in the European Union”, aktaran The Sejm and the European Union, Kancelaria Sejmu, Warszawa 2002-2005, <http://libr.sejm.gov.pl/oide> (5.4.2005).

Parlamento Komisyonu'nun- görüşünün alınmasının süreler ve özel usullerle güvenceye bağlanmasıdır.

Slovenya Anayasası da AB'ye katılımı da "yetki devri"ne ilişkin anayasal norm içermekle beraber, "egemenlik yetkilerinin kullanımının devri" ifadesine yer vermektedir (Slovenya Anayasası madde 3a). Burada ancak belirli niteliklere sahip uluslararası örgütlere yetki devri yapılabileceği de ayrıca düzenlenmektedir:

"(...) Slovenya insan haklarına ve temel özgürlüklere, demokrasiye ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayalı uluslararası örgütlere egemenlik yetkilerinin bir kısmının kullanımını devredebilir (...)"

Yetki devrinin sayılan nitelikteki örgütlere yapılabilmesi, devrin koşul ve sınırları ile devirde gözetilecek anayasal değerleri de belirlemektedir. Yetki devrine ilişkin anlaşma, Slovenya Ulusal Meclisi'nin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun benimsemesi koşuluyla onaylanabilir. Ancak Ulusal Meclis onaylamayı uygun bulmadan önce referandum kararı da alabilir. Bu karar üzerine uygulanacak referandumun sonucunun bağlayıcı olduğu Anayasa'da açıkça güvence altına alınmıştır ("onay referandumu"). Öte yandan, Slovenya Anayasa Mahkemesi'nin bir uluslararası anlaşmanın onaylanması sürecinde, anlaşmanın anayasaya uygunluğu konusunda bağlayıcı görüş sunma yetkisinin olduğunu da belirtmek gerekir. Bu yetki, Cumhurbaşkanı, Hükümet ya da Ulusal Meclis üyelerinin üçte biri tarafından harekete geçirilebilir (Slovenya Anayasası madde 160/2). Anayasa, yetki devrine dayalı uluslararası örgütlerin hukuksal işlemlerinin uygulanması konusunda, bu örgütlerin hukuksal belgelerine gönderme yapmaktadır. Buna göre, söz konusu hukuksal işlemler, ilgili oldukları örgütün kurallarının öngördüğü biçimde uygulanırlar. Yetki devrine dayalı örgütler, işlem yapma sürecini başlattıklarında, hükümet, örgütteki işlem önerileri ve kendi faaliyetleri konusunda Ulusal Meclis'i derhal bilgilendirecektir. Böylece Ulusal Meclis, söz konusu işlemler hakkında kendi tavrını dile getirebilir. Ulusal Meclis'in tavrı, hükümet faaliyetlerinde dikkate alınmak zorundadır. Anayasa, hükümetin bilgilendirme ve Ulusal Meclis'in tavrı açıklamasına dayalı bu sürecin, bir yasa ile düzenlenmesini de öngörmektedir. Slovenya Anayasası, yetki devrine ilişkin düzenlemeler dışında, "uluslararası hukuka açıklığı" da somutlaştıran normlara sahiptir. Yasa ve düzenleyici işlemler uluslararası hukukun genel ilkelerine ve Slovenya'yı bağlayan anlaşmalara uygun olmalıdır (Slovenya Anayasası madde 8/1. cümle ve madde 153/2). Bu konudaki yargısal denetim Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır (Slovenya Anayasası madde 160/1). Ayrıca onaylanmış ve yayınlanmış anlaşmalar, Slovenya hukukunda doğrudan uygulanırlar (Slovenya Anayasası madde 8/2. cümle). Slovenya Anayasası, Topluluk hukukunun bir parçası sayılan *Schengen* müktesebatından kaynaklanan yükümlülükler ile Avrupa tutuklama müzakeresi çerçevesinde, vatandaşın sınırdışı edilememesi kuralının bir istisnası olarak, yetki devrine dayalı anlaşmaları göstermektedir (Slovenya Anayasası madde 47).

Yukarıda değinilen örneklerden farklı biçimde Macaristan Anayasası AB'ye katılımın anayasal güvencesini AB'ye özgü bir anayasa normu ile somutlaştırmaktadır. Bu normun konusu, "Macaristan'ın AB üye devleti sıfatıyla belirli anayasal yetkileri diğer üye devletlerle birlikte kullanımı"dır. Görüldüğü gibi, Macaristan Anayasası böylece "yetki devri" söyleminden farklı olarak, AB'ye özgü olmak üzere "yetkilerin ortaklaşa kullanımı"na odaklanmaktadır. Anayasa, yetkilerin ortaklaşa kullanımının kapsamı konusunda, Birlik ve Toplulukların, kurucu anlaşmalarda öngörülen sınırlı yetkilerine de dikkat çekmektedir. Buna göre, anayasal yetkilerin ortak kullanımı kurucu anlaşmalarda Birlik ve Topluluklar için öngörülmüş hak ve yükümlülüklerin gerektirdiği ölçüde gerçekleşebilir. Söz konusu yetkiler, Anayasa'nın açık hükmüne göre bağımsız biçimde ve Topluluk organları tarafından kullanılabilir. Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde yetkilerin ortaklaşa kullanımını öngören anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması konusunda, ulusal parlamentoda "üçte iki çoğunluk" kuralı geçerlidir. Macaristan Anayasası'nda 2002 yılında yapılan bu değişikliklerin yine de yetersiz görüldüğünü vurgulamak gerekir. Yetersizliğe ilişkin eleştiriler, Macaristan'ın uluslararası hukuk-iç hukuk arasındaki ilişkilerdeki ikici (dualist) geleneğine dikkat çekmekte ve değişikliklerin özellikle AB hukukunun iç hukukta öncelikle uygulanmasını sağlamadığını

öne sürmektedirler.²⁷ Bu noktada Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği, ikici yaklaşımın uç örneği olan bir kararını da anımsamak gerekir.²⁸ Kararda Mahkeme, Macar makamlarının yalnızca Macaristan ile AB arasındaki ortaklık andlaşmasına (Avrupa Andlaşması) dayanarak AB hukukuna özgü ölçütleri iç hukukta uygulayamayacaklarını belirtmişti. Andlaşma'nın 62. maddesinin 2. fıkrası AB hukukunun rekabet kurallarına ilişkin ölçütlerine gönderme yapmakta ve söz konusu ölçütlerin Macar hukukunda da gözetilmesini istemekteydi. Bu hükme dayanılarak alınan Ortaklık Konseyi kararını uygulayan ulusal kararnamenin Macar rekabet makamlarını söz konusu ölçütlere uymaya çağırması, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygunluk -ulusal egemenlik ilkesi- bakımından yeterli görülmemiştir.²⁹ Oysa, davanın görüldüğü tarihte Macaristan Anayasası ilgili kararname için de geçerli olabilecek, uluslararası hukuka açılığı içeren ve uyumlu yorum tekniğinin kullanılmasına imkan veren şu normu içeriyordu: "Macar hukuk sistemi uluslararası hukukun genel ilkelerini benimser ve *iç hukuku uluslararası hukuka göre üstlenilmiş yükümlülüklerle uyumlu hale getirir.*"

II. Üye Devletler ile Topluluk Arasında Yetki Paylaşımı ve Yetkilerin İkincillik İlkesine Uygun Kullanımı

1. Yetkiye İlişkin Temel İlkeler: Sınırlı Yetkiler İlkesi, Örtülü Yetki ve Boşluk Doldurma Yetkisi

ATA'nın 5. maddesinin ilk fıkrası, Topluluk'un yetkilerine ilişkin temel ilke olan "sınırlı yetkiler ilkesini"³⁰ ortaya koyar:

"Topluluk bu Andlaşma'da kendine verilen yetkiler ve belirlenen amaçlar çerçevesinde faaliyet gösterir."

Sınırlı yetkiler ilkesi gereğince Topluluk, konu bakımından sınırsız bir düzenleme yetkisine sahip değildir. Anayasa hukukunun yerleşik kavramlarına göre yorumlamak gerekirse, Topluluk'un işlem yapma yetkisi "genel" değildir. Topluluk, ATA'da düzenlenen yetki alanında ve buradaki hedefleriyle sınırlı olarak işlem yapabilir. Sınırlı yetkiler ilkesi, tüm Topluluk organlarının ATA'da kendilerine tanınmış yetkiler çerçevesinde işlem yapabileceğini öngören ATA 7. maddede de açıkça gözlenebilir.³¹ AB Anayasası'nın I-19. maddesinin 2. fıkrasında, organların Anayasa'da tanınan yetkileri çerçevesinde işlem yapabileceğine ilişkin ilke yinelenmiştir. Bunun yanında, organların tam bir karşılıklı işbirliği içinde çalışacakları kuralı da benimsenmiştir.

Sınırlı yetkiler ilkesi, organların yetki aşımını engellediği için, dolaylı biçimde "ATA'nın bağlayıcılığı ilkesi"ni de somutlaştırır. Sınırlı yetkiler, işlem seçimindeki özgül kurallara uygun davranılmasını da gerekli kılar. Örneğin; ortak pazarın kuruluşunu ya da işleyişini doğrudan etkileyen ulusal hukuk kurallarının yakınlaştırılmasında ATA 94. madde uyarınca yalnızca yönergeler kullanılabilir.

Sınırlı yetkiler ilkesi, AB Anayasası'nın I-11. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, üye devletlerin yetki alanları vurgulanarak korunmaktadır:

"Birlik'in yetkilerinin sınırları, sınırlı yetkiler ilkesine göre belirlenir. (...)"

"Sınırlı yetkiler ilkesine göre, Birlik, Anayasa'da belirlenen hedeflere ulaşmak için, üye devletler tarafından Anayasa'da kendine verilen yetkiler çerçevesinde hareket eder. Anayasa'da Birlik'e verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir."

²⁷ Albi, "Europe" Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries, 409. .

²⁸ Entscheidung 30/1998 (VI. 25) AB, <http://www.mkab.hu/DEC/deu/30-1998.htm> (21.9.2000).

²⁹ Anılan karar eleştirel değerlendirmelere konu oldu ve böylece anılan ölçütlerin tam içeriğinin Macar hukukunda tek tek somutlaştırılması da tartışıldı. Karş. Janos, Volkai, *The Application of the Europe Agreement and European Law in Hungary: The Judgement of an Activist Constitutional Court on Activist Notions*, Harvard Jean Monnet Working Paper 8/99, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers> (12.1.2000), 23-42.

³⁰ Bu terim, Almanca ve Fransızca'daki yerleşik terimlerin ("Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeiten" / "Principe de compétence d'attribution") karşılığı olarak kullanılmaktadır.

³¹ Ayrıca bkz. organların Topluluk işlemlerini "Andlaşma'ya uygun olarak" yapacaklarını da vurgulayan ATA 249. madde; aynı yönde karş. ABA'nın 5. maddesi.

Topluluk'un ödevleri ve etkinlik alanı, ATA'nın 2. ve 3. maddelerinde düzenlemeye konu olmuşlardır. Ancak Topluluk'un yetkisi, ATA'nın Topluluk'un ödevlerini saptayan 2. veya "etkinlik alanını" belirleyen 3. maddesinden değil, Topluluk yetkilerini açık ve ayrıntılı biçimde düzenleyen somut ve özgül andlaşma maddelerinden çıkartılabilir.³²

Topluluk, ATA'nın özgül yetki düzenlemelerine göre saptanan açık yetkileri dışında, "örtülü yetki ilkesi"ne göre de işlem yapabilir.³³ Örtülü yetki ilkesi, açık yetkinin kullanılmasını sağlayacak yan yetkinin varlığı olarak anlaşılır. Yan yetki, açık yetkinin anlamsız kalmamasını ya da amacına uygun biçimde kullanılmasını sağlıyorsa, Topluluk'un örtülü yetkisidir.³⁴ Bu kabullenişin gerekçesi olarak, Topluluk hukukunun uygulanmasının en etkili biçimde sağlanması amacını güden "yararlı etki" ("*effet utile*") doktrini gösterilmiştir.³⁵ "Yararlı etki" doktrini, gerçekte Topluluk hukukuna özgü bir amaçsal yorum türü olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, bir Topluluk normu öngördüğü sonuçları en etkili biçimde gerçekleştirmek üzere yorumlanmalıdır.³⁶ Dolayısıyla yetkiye ilişkin normlar da Topluluk yetkisinin olabildiğince etkili biçimde kullanımını sağlamak üzere geniş yorumlanabilirler. ATM içtihadının Topluluk hukukunu geliştirici ilk dönem içtihadında kullanılan bu yorum türü, yakın dönem içtihadta yeterli örneğe sahip değildir. Örneğin; ATM, tütün mamullerine ilişkin kimi reklamları yasaklayan bir Topluluk yönergesinin hükümleri bakımından, Topluluk'un yetkisizliğini saptamış ve "yararlı etki"ye başvurmamıştır.³⁷ Bu örnekteki yönerge, ATA'nın 95. maddesine -eski 100a maddesi- dayanılarak çıkartılmıştı. 95. madde, ortak pazarın kuruluşunu ve işleyişini ilgilendiren konularda ulusal hukukların uyumlaştırılması için Topluluk'a yetki vermektedir. ATM, Topluluk yönergesi ile afişlerde; şemsiyelerde; kül tablalarında; otel, lokanta ve kahvelerde kullanılan diğer eşyalarda ve sinemalarda tütün reklamının yapılmasının yasaklanmasını, ortak pazarın işleyişi ile ilgili haklı bir sınırlama olarak değerlendirmemiştir.³⁸ Böylece ATA'nın 152. maddesinde -eski 129. madde- sağlık alanının gereklerinin diğer Topluluk politikalarının bir parçası olarak tanımlanması, genel nitelikli örtülü bir yetkinin varlığı yönünde yorumlanmamıştır.

Örtülü yetki ilkesinin, aşağıda değinilecek olan ATA 308. maddedeki yetkilendirme usulünden farkı, örtülü yetkinin "Topluluk'un genel hedeflerine" değil, ATA'nın özgül bir normundaki açık bir yetkiye dayandırılmasıdır. Buna karşılık, ATA 308. madde, "Topluluk'un genel hedeflerini" belirten ve genel nitelikli bir hüküm olan 2. maddeye dayanılarak uygulanır. Öte yandan, örtülü yetki, yaratılmış bir yetki değil; açık yetkinin etkili kullanılabilmesinin koşuludur. Topluluk'un Devlet ve Hükümet Başkanları düzeyinde toplandığı 1972 yılı Paris Zirvesi'nde, aşağıda açıklanacak olan, ATA 308. maddenin kullanımını yaygınlaştırarak³⁹ Topluluk'un yetki alanını genişletme konusunda beliren eğilim sonucunda, örtülü yetki ilkesinin değerini yitirdiği söylenebilir.

Topluluk'a ilişkin diğer bir yetki ilkesi, ATA'nın 308. maddesinde öngörülmüştür. "Boşluk doldurma yetkisi" olarak da anılan bu yetki,⁴⁰ ATA'nın andlaşma değişikliği usulüne uyulmaksızın, Topluluk'un yeni gelişmelere uyum sağlamasının bir aracı olarak değerlendirilmiştir. Böylece ATA, andlaşma değişikliğine varmayan, ancak yetki bakımından "dönüşüm" yaratan bir usul öngörmektedir. Söz konusu usulün, biri konusal, diğeri biçimsel iki koşulu bulunur: Konusal koşul, Topluluk hedeflerinden birinin gerçekleştirilmesi için ortak

³² Örneğin; emeğin serbest dolaşımına ilişkin Topluluk yetkisi, ATA'nın 3. maddesinin c bendine dayanarak değil, 39-42. maddeler çerçevesinde saptanabilir. Benzer biçimde, Topluluk'un gelişme işbirliği politikasının, üye devletlerin bu alandaki politikalarını ortadan kaldırmadığı, tersine onları tamamlayıcı nitelikte olduğu, ATA'nın 3. maddesinden anlaşılabilir. Ancak ATA'nın 177-181. maddelerindeki özgül düzenlemelere dayanılarak, bu sonuca ulaşılabilir.

³³ Örtülü yetki ilkesi ile federal devletteki "yazısız yetkiler ilkesi"nin benzeştiği yönünde bkz. Oppermann, Thomas, *Europarecht*, 1999, München, Rdn. 527; örtülü yetki ilkesinin Amerikan ve İngiliz anayasa ve idare hukuku ile uluslararası hukukta tanındığı yönünde bkz. Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, 2003, Oxford, 106.

³⁴ Karş. 8/55 s. *Fédération Charbonnière de Belgique / Hohe Behörde (Fédéchar)* kararı, [ATKD (1955-56) 299 / 311 (Almanca)]; 281, 283-285, 287/85 s. *Almanya vd. / Komisyon kararı*, [ATKD (1987) 3203].

³⁵ Özellikle bkz. Oppermann, *Europarecht*, Rdnr. 528.

³⁶ Bu konuda karş. 148/78 s. *Ratti kararı*, [ATKD (1979) 1629].

³⁷ C-376/98 s. *Almanya / AP ve Konsey kararı*, [ATKD (2000) I-8419].

³⁸ Özellikle bkz. C-376/98 s. *Almanya / AP ve Konsey kararı*, [ATKD (2000) I-8528].

³⁹ Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, The Constitution of Europe, 1999, Cambridge, 53-54.

⁴⁰ Okutan, Gül, (Tekinlp /Tekinlp), *AB Hukuku*, 2000, İstanbul, Par. 5, 81 (6).

pazar çerçevesinde Topluluk'un işlem yapmasının gerekli görünmesi, ancak ATA'nın o konuda işlem yapma yetkisini tanımamış olmasıdır. Konusal koşulun varlığı halinde, gerekli işlem, Komisyon'un teklifi üzerine Konsey tarafından "oybirliği" ile ve Avrupa Parlamentosu'na danışılarak yapılabilir ("biçimsel koşul").

308. maddedeki "boşluk doldurma yetkisi"nin en önemli özelliği ve sınırı, ATA'da varolmayan bir Topluluk hedefi yaratmak için kullanılamıyor olmasıdır. Bu yetki, ATA 2. maddede genel olarak yer alan Topluluk hedeflerinin gerçekleştirilmesi ile sınırlı olarak kullanılabilir. Ayrıca, Birlik'in hedeflerine ulaşmak ve politikalarını uygulamak için gerekli araçlarla donatıldığını öngören ABA'nın 6. maddesinin 4. fıkrası da, Birlik yetkilerini genişletmede kullanılacak bir hukuksal dayanak olarak anlaşılabilir.⁴¹ Yetkilerin genişlemesi ancak andlaşma değişikliği ile gerçekleşebilir ve değişiklik usulü özgül bir andlaşma normu ile ayrıca düzenlenmiştir.

"Boşluk doldurma yetkisi", AB Anayasası'nın I-18. maddesinin ilk fıkrasında "esneklik hükmü" adıyla yeniden düzenlenmektedir. Anayasa, bu yetkinin kullanımına iki önemli sınır getirmektedir.⁴² İlk olarak, yetkinin kullanımı özel bir usulle ulusal parlamentoların bilgisine açık hale gelmiştir: Komisyon, AB Anayasası'na ekli "İkincillik ve Orantılılık İlkesine İlişkin Protokol" çerçevesinde, bu yetkinin kullanımına dayanan işlem önerileri hakkında üye devlet parlamentolarının dikkatini çekmek zorundadır. İkincisi, Anayasa bir konuda ulusal hukukların uyumlaştırılmasını öngörmüyorsa, bu yetki "uyumlaştırma" amacıyla kullanılamaz.

"Boşluk doldurma yetkisi" de yargısal denetime kuşkusuz konu olabilir. Denetim sırasında ATM, işlemin "gerekliliği", işlemin "Topluluk'un hedeflerine" girip girmediği; "ATA değişikliği"nin gerekli olup olmadığı; Topluluk yetkisinin var olup olmadığı gibi unsurları dikkate alabilir. Ancak ATM'nin, ilgili davalarda, yerindelik denetimine kaymamak için Topluluk'un takdir yetkisine değer verdiği ve yetkinin dış sınırlarını denetlediği gözlenmektedir.⁴³ Burada ayrı bir örnek olarak, ATM'nin İHAS Görüşü'ne değinilebilir. ATM, İHAS'a Topluluk'un katılımını ele alan görüşünde, siyasal bakımdan önem taşıyan bu konunun Topluluk'un yetkisine girmediğini ve ATA 308. madde uyarınca da yetki kapsamına sokulamayacağını vurgulamıştı.⁴⁴

2. İkincillik İlkesi

İkincillik ilkesi, yukarıda açıklanan yetki modelinin bir unsuru olarak, *Maastricht* sonrası bir andlaşma hükmü olarak, ATA'nın 3b maddesiyle, Topluluk hukukuna kazandırılmıştır. ATA'nın *Amsterdam* Andlaşması sonrası değişen madde numaralarında, ikincillik ilkesi, 5. maddede yer almaktadır. İlkenin, Birlik bakımından uygulanması, ABA'nın 2. maddesinde öngörülmüştür. İlkeye adını ve anlamını veren "ikincillik", kökenini Katolik öğretilerde bulan bir ilkedir. Katoliliğin toplumsal öğretisi, hem birey ile topluluk arasındaki ilişkileri, hem de topluluklararası ilişkileri düzenlerken ikincillik ilkesine başvuruyordu.⁴⁵ Buna göre, "küçük ve alt düzeydeki bir topluluğun başarabileceği ve sonlandırabileceği şey, büyük ve üst düzeydeki topluluk tarafından üstlenilemez."⁴⁶ Dolayısıyla, küçük bir topluluk ile büyük bir topluluk arasındaki ilişkide, küçük birim büyük birim karşısında önceliğe sahiptir. Büyük birim, küçük birimi desteklemek ve yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak zorundadır. Öte yandan, ilkenin ikincillik adıyla anılması, Alman kamu hukukunda karşılığını bulur.⁴⁷ Egemenliğin yapısı bakımından federal bir devlet düzeni öngören *Bonn* Anayasası "ikincillik ilkesi"ni 30. maddesinde şöyle düzenler: "Devlet yetkilerinin kullanılması ve devletin

⁴¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, Maastricht kararında bu düzenlemenin (ABA eski md. F(3)) bir yetki genişletme normu olmadığını vurgulamıştır, bkz. BVerfGE 89, 155, 194-199 (1993).

⁴² Karş. AB Anayasası'nın I-18. maddesinin 1. ve 2. fıkraları.

⁴³ Karş. 8/73 s. Massey Ferguson kararı, [ATKD (1973) 897]; 45/86 s. Komisyon / Konsey kararı, [ATKD (1987) 1493].

⁴⁴ 2/94 s. Görüş, [ATKD (1996) I-1759].

⁴⁵ İkincillik ilkesinin Katolik kökeni konusunda bkz. Peters, Anne, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, Berlin, 290-291; hem ilkenin Katolik kökeni, hem de eski Yunan'a dayandığı ve çağdaş sosyal devlet kuramıyla bağlantısı olduğu yönünde ayrıca bkz. Okutan, (Tekinalp /Tekinalp), *AB Hukuku*, Par. 5, 93 (Par. 42).

⁴⁶ İkincillik ilkesinin Katolik kökeni konusunda XI. Pius'dan [Sozialenzyklika *Quadregesimo Anno*, 15.5.1931, Nr. 79] yapılan bu alıntılar için bkz. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 291 (dn. 596).

⁴⁷ Örnek olarak bkz. Maunz, Theodor / Zippelius, Reinhold, *Deutsches Staatsrecht*, 1994, München, 67.

ödevlerinin yerine getirilmesi, bu Anayasa'da başkaca bir düzenleme yer almadıkça ya da Anayasa başka bir düzenlemeye izin vermedikçe, eyaletlere aittir.”⁴⁸

Topluluk hukukunda ikincillik ilkesi, yukarıda açıklanan anlama benzer biçimde, büyük birim olan Topluluk'un "münhasır yetkisinin bulunmadığı alanlardaki" işlem yapma yetkisini, "tartışılabilir" kılmayı hedefler.⁴⁹ Böylece "ikincillik ilkesi" bir karşı-ilke ve bir yükümlülük ile birlikte ele alınmalıdır:

-Karşı-ilke, AET'den bugüne yerini koruyan, üye devletlerin yükümlülüklerine bağlı kalma ve ATA hükümlerini tehlikeye düşürmekten kaçınma ödevini vurgulayan "dayanışma / sadakat ilkesi"dir.⁵⁰ Dayanışma / sadakat ilkesine karşılık, Topluluk da yükümlülük altına girmiştir. Bu yükümlülük, -münhasır yetki dışındaki alanlarda- "ikincil olma yükümlülüğü"dür. Dolayısıyla, "dayanışma / sadakat ilkesi", "ikincillik ilkesi" ile dengelenmiştir.

-İkincillik ilkesi, ABA'nın 6. maddesinde yer alan ve Birlik'in üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı göstermesini öngören yükümlülükle⁵¹ de beraber düşünülmektedir. Ulusal kimliğe saygı yükümlülüğü ikincillik ile birleştiğinde, ulusal kimliğin bir unsuru olarak ulusal yetkinin Topluluk düzeyinde gözetilmesi zorunlu hale gelir. Ancak ikincillik ilkesinin Topluluk organlarına yönelik olduğu ve üye devlet ile Topluluk ilişkisini düzenlediği de özenle vurgulanmalıdır. Bu nedenle, Topluluk vatandaşları bu ilkenin doğrudan etkili olduğunu; kendileri için haklar yarattığını ileri süremezler.⁵²

İkincillik ilkesi uyarınca, Topluluk'un münhasır yetkisine girmeyen bir konuda, Topluluk'un işlem yapma yetkisi doğrudan gerilemez. Yetkinin Topluluk'ta sayılabilmesi, iki temel koşulun gerçekleşmesine bağlıdır:

-Üye devletlerin yapacağı işlemlerle, aslında bu işlemlerin öngördüğü hedeflere yeterince ulaşılabilmesi.

-Kapsam ya da etkiler bakımından, Topluluk işlemlerinin hedefleri daha iyi gerçekleştirebilecek olması.

Topluluk, "münhasır yetkisinin bulunmadığı alanda", yukarıda yer alan iki koşulun varlığı durumunda yetkilidir. Söz konusu koşulların gerçekleştiği durumda, Topluluk işlem yapabilir de, bu işlemler ATA'nın 5. maddesinin son fıkrası uyarınca "orantılılık ilkesi"nden kaynaklanan bir sınıra tabidirler: Topluluk işlemleri, ATA'nın hedeflerine ulaşmak için gerekli olanla yetinmek ve bu sınırı aşmamak zorundadırlar.

Bu aşamada bir ara sonuç olarak, ikincillik ve onunla birlikte orantılılık ilkesinin, Topluluk'un yetkisini genişletme eğilimine bir sınırlama getirdiği söylenebilir. ATA 308. maddedeki "boşluk doldurma yetkisi" ya da "örtülü yetki ilkesi" Topluluk'un işlem yapma sınırlarını genişletirken, ATA 5. ve AB Anayasası'nın I-11. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ikincillik ilkesi söz konusu sınırların genişletilmesine karşı kullanılacak bir ilkedir. Bu niteliği ile yetki dağılımının dengeleyici unsurudur.

Münhasır yetki alanının belirlenmesi, ikincillik ilkesinin uygulanmasında temel sorun olarak belirlemektedir. Münhasır yetkiler, kavramı kendisinden de anlaşıldığı gibi, üye devletlerin Topluluk'a kesin biçimde bıraktıkları yetkilere karşılık gelir. Bununla birlikte, ATA'nın 2. ve 3. maddelerinde Topluluk'un ödevleri ve etkinlik alanı olarak düzenlenmiş konuların tümü, Topluluk'un münhasır yetkisine girmez. Topluluk'un ödev ve etkinlik alanındaki konular, hem Topluluk'un münhasır yetkilerini, hem de üye devletler ve Topluluk'un paylaştığı, her ikisinin kullanabileceği ortak yetkileri kapsar. Ortak yetkiler, "paylaşılmış", "koşut" ya da "yarışan yetkiler" olarak da anılabilirler. ATA, münhasır yetkilerin

⁴⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zuletzt geändert am 16. Juli 1998), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 68.

⁴⁹ İkincilliğin mutlak bir ilke olmaktan çok, Topluluk ile üye devletler arasındaki yetki paylaşımını "tartışmaya açık" tuttuğu yönünde bkz. Alter, Karen, Establishing the Supremacy of European Law, 2001, Oxford / New York, 206.

⁵⁰ Bkz. ATA 10. madde.

⁵¹ Karş. ABA'nın 6. maddesinin 3. fıkrası: "Birlik, üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı gösterir."

⁵² Aynı yönde karşı. Konsey'in Edinburgh Zirvesine dayanarak Oppermann, Europarecht, Rdnr. 520; Weiler, J.H.H., *The Least-Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, The Constitution of Europe, 1999, Cambridge, 210-211.

hangileri olduğuna ilişkin açık ve özgül bir norm içermediği için, bir konunun Topluluk'un münhasır yetkisine girip girmediği bir yorum sorunu olarak değerlendirilmiştir. Bir konunun münhasır yetkiye girip girmediği, ATA'nın -Topluluk'un ödev ve etkinlik alanına ilişkin genel maddeleri olan- 2 ve 3. maddelerine değil, ilgili konunun düzenlendiği özgül ATA normlarına bakarak saptanabilir. ATM, 1/75 sayılı görüşte "ortak ticaret politikası"nın ve *Kramer* kararında "balıkçılık alanlarının ve denizin biyolojik kaynaklarının korunması"nın Topluluk'un münhasır yetkisine girdiğini saptamıştır.⁵³ Aslında bu alan ya da konular dışında, pek çok ATA normu, üye devletler ile Topluluk'un yetkilerinin yarışması ya da "yetki paylaşımı" esasına dayanır. Münhasır yetkinin bir yorum sorunu olarak algılanması Komisyon'un bu alanı geniş yorumlamasıyla da sonuçlanmıştır. Komisyon, 1992 yılında Konsey ve AP'ye sunduğu bir tebliğde, münhasır yetki alanını geniş yorumlamış ve mal, emek, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımındaki engellerin kaldırılması; rekabete ilişkin kurallar; tarım pazarlarının ortak örgütlenmesi; ulaştırma politikasının esaslı unsurları alanında Topluluk'un münhasır yetkisinin bulunduğunu savunmuştu.⁵⁴ Buna karşılık, AB Anayasası, bir yorum sorunu olarak değerlendirilen; açık ve öngörülebilir olmayan münhasır yetki alanının içeriğini somutlaştırmaktadır. Anayasa, yetki sorununu, münhasır yetki dışında kalan farklı yetki türleri ve içerikleri saptayarak yeniden düzenlemektedir.

Yarışan ya da paylaşılmış yetki esası uyarınca, üye devletler ATA hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla ulusal işlemler yapabilirler. Ancak bu durum, Topluluk'un yetki kullanımı yoluyla münhasır yetki kazanmasını da engellememektedir. Daha açık bir anlatımla, yarışan ya da paylaşılmış yetki alanındaki konuda Topluluk işlemi yapılmış ise, ulusal işlemler bu işleme uygun olmak ve "Topluluk hukukunun üstünlüğü" ilkesi gereği onun üstünlüğünü tanımak zorundadırlar. Sonuç olarak, paylaşılmış yetkinin Topluluk işlemi ile kullanıldığı durumlarda, ulusal işlem Topluluk işlemi ile çatışmadığı; onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir. Bu durumda, üye devletlerin yetkisi sınırlanmakta ve Topluluk işleminin gereklerine uyma yükümlülüğü doğmaktadır. Anılan yükümlülük gereği, Topluluk'un paylaşılmış yetki alanında yaptığı işlemlerin yoğunluğu ve bunların kapsamalarının genişliğine göre, paylaşılmış yetki alanı uygulamada Topluluk'un münhasır yetki alanına dönüşmektedir. Söz konusu dönüşüm, "paylaşılmış yetkinin Topluluk tarafından kullanımı nedeniyle ortaya çıkan münhasır yetki" olarak adlandırılır.⁵⁵

3. AB Anayasası'nda Yetki Dağılımı ve İkincillik İlkesine İlişkin Yeni Düzenlemeler

Anayasa, yukarıda da değinildiği gibi, Birlik ile üye devletler arasındaki yetki dağılımı sorununu, belirli yetki kategorileri yaratıp, bunları konularına göre düzenleyerek çözmektedir.⁵⁶

-Yetki kategorilerinin merkezinde, Birlik'in "münhasır yetkileri" yer alır.⁵⁷ Bunlar, sınırlı sayıda olmak üzere, özgül bir norm ile saptanmıştır.

⁵³ 1/75 s. OECD Mutabakatına İlişkin Görüş, [ATKD (1975) 1363-1365]; 6/76 s. Kramer kararı, [ATKD (1976) 1310-1311].

⁵⁴ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of October 27, 1992 on the principle of subsidiarity, 10 E.C. Bull. p. 2.2.1, 121.

⁵⁵ "Compétences exclusives par exercice"; karş. Lenaerts / Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, p. 4-038 / 96 (dn. 18); Topluluk işlemleri ile paylaşılmış yetkinin yerini Topluluk'un münhasır yetkisinin aldığı konusunda bkz. Okutan, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, 91 (Par. 34). ERTA/AETR kararında ATM, Topluluk'un ortak ulaştırma politikası alanındaki yetkilerini "kullanması" karşısında, "ortak pazarın birliği ve Topluluk hukukunun bir örnek uygulanması" gereğini vurgulayarak, üye devletlerin bu alanda "yarışan yetki"lere sahip olmadığını saptamıştı. Dünya Ticaret Örgütü'nün Kurucu Andlaşması'na ilişkin 1/94 sayılı Görüş'te ise, "Topluluk işlemleri ile ulusal hukukların uyumlaştırılması ölçüsünde", üye devletlerin yetki kullanımı iddiasında bulunamayacakları vurgulanmaktadır. Karş. 22/70 s. Komisyon / Konsey kararı, [ATKD (1971) 276]; 1/94 s. Dünya Ticaret Örgütü Görüşü, [ATKD (1994) I-5267].

⁵⁶ Yetki sorununun özgül yetki kategorileri yaratılarak çözümü konusunda Kurultay'ın şu belgelerine bakılabilir: Draft Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty, CONV 528/03, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 7 February 2003 (OR. fr,en), 5-10; Summary report on the additional plenary session – Brussels, 5 March 2003, CONV 624/03, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 17 March 2003 (20.03) (OR.fr); Draft Constitution, Volume I – Revised text of Part One, CONV 724/03, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 26 May 2003 (OR.fr), 7-11; Summary report on the plenary session – 5 June 2003, Brussels, CONV 798/03, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 17 June 2003 (19.06) (OR. fr), 2-3.

⁵⁷ AB Anayasası'nın I-13. maddesi.

-Birlik ile üye devletlerin ortak kullanacağı yetkiler, “paylaşılmış yetkiler” olarak adlandırılmıştır. Paylaşılmış yetki alanındaki konular da ayrıca belirlenmiştir.⁵⁸

-Araştırma, teknolojik gelişme ve uzay ile gelişme işbirliği ve insancıl yardım konularında paylaşılmış yetkilerin nasıl kullanılacağı özgül birer normla ayrıca açıklanmıştır.⁵⁹

-Münhasır yetkiler ile paylaşılmış yetkiler ayrımı, federal bir devletin anayasasında yer alan benzer ayrımı ve normları çağrıştırmaktadır. Örneğin; Bonn Anayasası’nda federal devletin (“Bund”) tek başına kullanacağı yasama konuları “münhasır yetkiler” olarak düzenlenmiştir. Federal devlet yasama yetkisini kullanmadığı sürece ve bu yetkinin kullanılmadığı ölçüde, federe devletlerin (“Laender”) yasama yetkisini kullanabileceği alanlar ise “yarışan yetkiler” olarak ayrıca düzenlenmiştir. Bonn Anayasası’nda münhasır yetki alanına giren konularla, yarışan yetki alanına giren konular oldukça kapsamlı biçimde tanımlanmıştır. Münhasır yetki alanı onbir (11) konu başlığını; yarışan yetki alanı yirmi altı (26) konu başlığını kapsar.⁶⁰

-Anayasa, belirli konularda Birlik’in “destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi”ni de düzenlenmiştir.⁶¹ Bu yetki kategorisi başlangıçta yalnızca “tamamlayıcı yetki” olarak adlandırılmıştı. Anayasa’nın hazırlık çalışmalarında V Nolu Çalışma Grubu, adlandırmanın teknik olduğunu ve üye devletlerin yetkilerini korumaları nedeniyle burada gerçek anlamda bir Birlik yetkisinin bulunmadığını savunmuştu. Sonuç olarak, Grup raporu “destekleyici önlemler” biçiminde bir adlandırma da önermişti.⁶²

Ulusal çıkarların öne çıktığı ya da farklı siyasal anlayışlar nedeniyle uzlaşmanın güç olduğu iki konu, yetki bakımından anılan kategoriler dışında, özel olarak düzenlenmiştir. Bunlar ekonomi ve istihdam politikaları ile Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası’dır:

-Ekonomi ve istihdam politikası alanında Birlik’in yol gösterici ilkeleri saptayarak “eşgüdümü sağlama yetkisi” bulunmaktadır.⁶³ Ekonomik politika ve istihdam politikası alanında “eşgüdüm”ün nasıl sağlanacağı, Anayasa’nın III-178-184. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. İstihdam alanında eşgüdümün nasıl uygulanacağı ise III-203-208. maddelerde somutlaştırılmaktadır.

-Birlik, Ortak Savunma Politikası’nın aşamalı biçimde oluşturulması da dahil olmak üzere, Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası’nı “tanımlama ve uygulama yetkisi” ile donatılmıştır.⁶⁴ Üye devletler “sadakat ruhu” ve “karşılıklı dayanışma” içinde, Birlik’in Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası’nı etkin ve çekincesiz biçimde desteklemek yükümlülüğü altındadırlar.⁶⁵

Anayasa yetki sorununa ilişkin olarak münhasır yetki; destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi ve paylaşılmış yetki alanlarını konu esasına göre somutlaştırmaktadır.⁶⁶

-Anayasa’nın Birlik’in “münhasır yetkileri” kapsamına kattığı konular şöyle sıralanmaktadır: gümrük birliği; iç pazarın işleyişi için gerekli rekabet kurallarının saptanması; ortak para birimi olarak Euro’yu benimsemiş üye devletler için para politikası; ortak ticaret politikası; ortak

⁵⁸ AB Anayasası’nın I-14. maddesinin 2. fıkrası.

⁵⁹ AB Anayasası’nın I-14. maddesinin 3. ve 4. fıkraları.

⁶⁰ Bonn Anayasası’nın 73. ve 74. maddesi, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zuletzt geändert am 16. Juli 1998), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 77-78. “Yarışan yetkiler”e giren konularda, federal devletin yasama yetkisi, şu koşulların gerçekleşmesine bağlı ve bunların gerekleriyle sınırlıdır: federal alanda eşit yaşam koşullarının sağlanması ya da hukuksal veya ekonomik birliğin korunmasının federal yasamayı gerekli kılması, karşı. Bonn Anayasası’nın 72. maddesinin 2. fıkrası, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zuletzt geändert am 16. Juli 1998), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 77. Kanada, ABD, Avustralya ve Hindistan Anayasalarından örnekler için bkz. Uygun, Oktay, Federal Devlet, 2002, Ankara, 223-224.

⁶¹ AB Anayasası’nın I-17. maddesi.

⁶² Final Report of Working Group V, WG V 14, CONV 375/1/02 REV 1, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 4 November 2002.

⁶³ AB Anayasası’nın I-12. maddesinin 3. fıkrası ve 15. maddesi; ekonomik politikaların eşgüdümüne ilişkin olarak Kurultay’da yapılan tartışmalar bakımından ayrıca bkz. Summary Report of the plenary session – Brussels, 7 and 8 November 2002, CONV 400/02, The European Convention, The Secretariat, Brussels, 13 November 2002, (20.11) (OR. fr, en), 1-6.

⁶⁴ AB Anayasası’nın I-12. maddesinin 4. fıkrası ve 16. maddesi.

⁶⁵ Bu yöndeki yükümlülük için bkz. AB Anayasası’nın I-16. maddesinin 2. fıkrası.

⁶⁶ Karşı. AB Anayasası’nın I-13, 14 ve 17. maddeleri.

balıkçılık politikası çerçevesinde denizin biyolojik kaynaklarının korunması; belirli nitelikteki uluslararası andlaşmalar.⁶⁷

-“Destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi” kapsamında şu konular yer almaktadır: endüstri; insan sağlığının korunması ve geliştirilmesi; eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor; kültür; turizm; sivil savunma; idari işbirliği. Anayasa'nın III-278-285. maddelerinde, “destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi”nin nasıl kullanılacağı ayrıca ve ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir.⁶⁸

-“Paylaşılmış yetki” alanı, münhasır yetki ile “destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi” dışında kalan konuları kapsar. Bu çerçevede, paylaşılmış yetki, şu temel alanlarda uygulanır: iç pazar; özgürlük, güvenlik ve adalet alanı; denizin biyolojik kaynaklarının korunması dışında tarım ve balıkçılık; ulaşım ve Avrupa çapındaki ulaşım ağı; enerji; Anayasa Bölüm III'de tanımlanan boyutlar bakımından sosyal politika; ekonomik, sosyal ve yersel birlik; çevre; tüketicinin korunması; kamu sağlığı konusunda ortak güvenlik sorunları. Anayasa, “paylaşılmış yetki” başlığında, Birlik etkinliklerini ve programlarını yürütme yetkisini de düzenlemektedir. Birlik araştırma, teknolojik gelişme ve uzay alanında yapılacak programları tanımlama ve uygulama başta olmak üzere, “etkinlikleri yürütme yetkisi”ne sahiptir. Gelişme işbirliği ve insancıl yardım alanlarında Birlik “etkinlikleri ve ortak politikayı yürütme yetkisi”ne sahiptir. Bu son gruptaki (araştırma, teknolojik gelişme, uzay, gelişme işbirliği ve insancıl yardım) yetkilerin kullanımı, üye devletlerin bu alanlarda kendi yetkilerini kullanmalarını engelleyici nitelikte olamaz.

Anayasa “ikincillik ilkesi”ni I-11. maddenin 3. fıkrasında, üye devletlerin yetki alanını yansıtabilecek biçimde, bunların “merkezi ya da bölgesel ve yerel” unsurlarını vurgulayan bir anlatımla düzenlemektedir:

“İkincillik ilkesine göre Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, alınacak önlemin hedefine *merkezi ya da bölgesel ve yerel düzeyde üye devletler tarafından yeterince ulaşılamaması* ve bu hedeflere, önerilen önlemin kapsam ve etkileri nedeniyle Birlik düzeyinde daha iyi ulaşılabilmesi halleriyle sınırlı olmak üzere ve yalnızca bu ölçüde işlem yapabilir.”⁶⁹

Anayasa'da merkezi devlet otoritesi dışında, bölgesellik ve yerelliğe yapılan vurgu, federal ve bölgesel devletler bakımından kuşkusuz federe unsurlar ile bölgeleri gözetilen bir anlayışın da ifadesidir. Böylece, ikincillik ilkesinin uygulanmasında üye devletin federal ya da bölgesel devlet oluşundan kaynaklanan iç yetki dağılımının gereklerine karışılmamakta; tersine bunun önemi vurgulanmaktadır.

⁶⁷ Bir uluslararası andlaşmanın “münhasır yetki”ye konu olabilmesi için şu üç koşuldandır: birini yerine getirmesi gerekir: andlaşmanın yapılmasının Birlik'in yasama işlemi ile öngörülmüş olması; Birlik'in iç yetkilerini kullanımı için bu andlaşmanın yapılmasının gerekli olması; andlaşmanın yapımının Birlik'in bir iç hukuk işlemi etkilmesi, bkz. AB Anayasası'nın I-13. maddesinin 2. fıkrası.

⁶⁸ “Eşgüdüm yetkisi”, Anayasa öncesi siyasal uygulamada varolan “Açık Yönteme Dayalı Eşgüdüm”ü (“*Open Method of Coordination*”) aklı getirmektedir. Bu uygulama, Birlik'e münhasır ve paylaşılmış yetki verilmeyen alanlarda, üye devletlerin uyumlu biçimde hareket edebilmesi olarak tanımlanabilir. Açık Yönteme Dayalı Eşgüdüm, halen özel bir hukuksal çerçeveye sahip olmaksızın, siyasal uzlaşma ile yürütülen bir uyum yöntemidir. Üye devletlerin birbirlerine danışarak yol gösterici ilkeleri saptaması, çözümleri belirlemesi (“*benchmarking*”), gelişme raporları hazırlaması gibi değişik araçlarla uygulanmaktadır. Sayılanlar, kimi zaman ulusal eylem programları ile de desteklenmektedir. İstihdam, sosyal dışlanma, göçmenlik politikası alanları açık yöntem dayalı eşgüdümün uygulandığı alanlara örnek olarak gösterilebilir. Açık Yönteme Dayalı Eşgüdümde Komisyon üye devletler arasında bilgi akışını ve eşgüdümü sağlayıcı bir siyasal rol üstlenir. Açık Yönteme Dayalı Eşgüdümün belirgin özelliği, üye devlet unsurunu ön plana çıkarması ve AP'yi sürecin dışında tutmasıdır. Komisyon tarafından 2001 yılında hazırlanan “Avrupa Yönetişimine İlişkin Beyaz Belge”de, açık yöntem dayalı eşgüdümün kullanımında AP'nin bilgilendirilmesi ve Topluluk hedeflerinin etkisiz hale getirilmemesinin önemine dikkat çekilmiştir. Anayasa'da açık yöntem dayalı eşgüdüm konusunda özel düzenleme bulunmamakta, ancak eşgüdüm kapsamındaki alanlara ilişkin özel maddelerde, hangi yöntem ve araçların kullanılacağı açıklanmaktadır. Sözgelimi, “eşgüdüm yetkisi”nin kapsamındaki kamu sağlığı ve endüstri alanında, Komisyon yol gösterici ilkeler, izleme ve değerlendirme unsurlarının saptanması gibi araçları kullanabilir. Anayasa bunlar hakkında AP'yi bilgilendirme yükümlülüğünü öngörerek, Beyaz Belge'deki isteme bir ölçüde yanıt vermektedir, bkz. AB Anayasası'nın III-278. maddesi. Açık Yönteme Dayalı Eşgüdüm için ayrıca bkz. Hofmann, Herwig C.H., *A Critical Analysis of the new Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, EIoP, Vol 7 (2003), No: 9, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm> (4.10.2003), 22; European Governance, A White Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 25.7.2001, COM (2001) 428 final, 21 / 22.

⁶⁹ Anayasa, ikincillik ilkesi yanında “orantılılık ilkesi”ni de korumaktadır: “Orantılılık ilkesine göre, Birlik önleminin içerik ve biçimi, Anayasa'nın hedeflerini yerine getirmek için gerekli olanı aşamaz.”

B. Ulusal Anayasalar ile AB Anayasal Düzeni Arasındaki İlişkide Çatışma Örnekleri ve Çatışmanın Çözümünde İzlenen Yöntemler

Topluluk hukuku ile ulusal anayasa hukukunun çatışmasında farklı örneklerle karşılaşılır. Bu örneklerden yola çıkarak dört farklı çatışma durumu sınıflandırılabilir.

I.) Tümüyle Pazarı Düzenlemeye Yönelik Ekonomik Konulara İlişkin Topluluk İşlemleri ile Ulusal Anayasalarda Güvence Altına Alınan Hak ve İlkeler Arasındaki Çatışma Olasılığı

Topluluk tüzükleri uyarınca, ihracat lisansı alırken yatırdığı depozito bedelini, ancak yaptığı ihracat oranında geri alabilen ihracatçının durumu, bu olasılığa örnektir. Bu örnekteki sorun, Topluluk tüzüğü ile öngörülen sınırlamanın, ulusal anayasada güvence altına alınan mesleki faaliyet serbestisi, “öz” güvencesi ve “ölçülülük ilkesi” ile bağdaşıp, bağdaşmadığıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, *Solange I* kararında benzer sorunu değerlendirmişti.⁷⁰ Tarım ürünleri ihracatı yapan *Internationale Handelsgesellschaft* unvanlı ticaret şirketi, ihracat lisansını bir Avrupa Topluluğu tüzüğüne uygun olarak, ulusal makamdan almıştı. Tüzük hükümleri uyarınca, lisansını alırken gerekli depozit bedelini de yatırmış, ancak lisansını süresi içinde kısmen kullanabilmişti. Bu durumda, ulusal makam, tüzük hükümlerini gerekçe göstererek, söz konusu depoziti, yalnızca yapılan ihracat oranında geri ödemişti. Depozitin tamamını geri almak isteyen şirket, Frankfurt İdare Mahkemesi’nde açtığı davada, Topluluk tüzüğünün, *Bonn* Anayasası’nın temel hak anlayışı ile bağdaşmadığını ileri sürdü. Sorun önce önkarar usulü ile ATM, daha sonra Federal Anayasa Mahkemesi önünde incelendi. ATM, ilgili tüzükte öngörülen sınırlamanın Topluluk temel hak anlayışına uygun olduğunu saptadı. Federal Anayasa Mahkemesi ise, ATM’nin bu yorumu çerçevesinde, tüzüğün *Bonn* Anayasası’nın temel hak güvencesi ile bağdaştığı sonucuna vardı. Böylece, aslında bir Topluluk işlemi olan tüzüğü de, ulusal anayasa yargılaması kapsamına katarak, denetlemiş oluyordu. Mahkeme, Topluluk tüzüğünü ulusal yasalarla eş değer tutuyor ve denetleyeceği normları yorum yoluyla genişletiyordu. Kararda, tüzüklerin, Anayasa ile bağlı Alman idari makamları ve mahkemeleri tarafından uygulandıkları vurgulanmış ve burada kullanılan “kamu erkinin” anayasaya uygunluğunun denetlenmesi uygun görülmüştür.

Federal Anayasa Mahkemesi, çatışma sorununa 2000 yılında verdiği bir kararda daha farklı yaklaşmaktadır. Burada Mahkeme, ATM tarafından temel haklara uygun görülen⁷¹ muz pazarına ilişkin Topluluk tüzüklerinin *Bonn* Anayasası’na uygunluğunu denetlemeyi reddetmiştir.⁷² Kararda, Topluluk’un işlemlerinin denetiminde, Anayasa Mahkemesi’nin koşullu ve sınırlı yetkisine dikkat çekilmektedir. Öncelikle, başvuru Topluluk’taki temel hak korumasının, niçin ulusal korumanın altına düştüğünü ve yetersiz kaldığını açıklamalıdır. Anayasa Mahkemesi *Solange II* kararında, kavrayış, içerik ve etki bakımından, Topluluk’taki temel hak korumasının *Bonn* Anayasası’na esas olarak eşdeğer olduğunu saptamış ve bu durum sürdüğü “süreçe”, Topluluk ikincil hukukuna ilişkin denetim yetkisini kullanmayacağını açıklamıştı.⁷³ Bu durumda hem somut norm denetimi, hem de anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurularda, Topluluk’taki korumanın, gerekli koruma düzeyinin niçin altında kaldığının gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Topluluk’taki korumanın ulusal koruma düzeyinin altında kalıp kalmadığının saptanmasında, tek bir olaya özgü verilerin değil, ayrıntılı ve genel nitelikli bir incelemenin yapılması zorunludur.⁷⁴ Böylece

⁷⁰ BVerfGE 37, 271.

⁷¹ ATM kararı için bkz. C-466/93 s. Atlanta Fruchtgesellschaft (II) / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft kararı (Muz II)[ATKD (1995) I-3799]. Muz tüzüklerine ilişkin ilk karar için bkz. C-280/93 s. Almanya / Konsey kararı (Muz I)[ATKD (1994) I-4973]. Benzer konuda bir başka karar için bkz. C-68/95 s. Port / Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung kararı [ATKD (1996) I-6065].

⁷² Anayasa Mahkemesi’nin, kendisine başvuran mahkemenin, *Maastricht* kararını yanlış yorumladığını vurgulaması ilgi çekicidir. Davada başvuruyu, Frankfurt a. Main İdare Mahkemesi yapmıştı. BVerfG, 7 Haziran 2000, 2 BvL 1/97, par. 64, www.bverfg.de (27.8.2003); EuR 2000, 799; NJW 2000, 3124. Bu karar için ayrıca bkz. Eighteenth Annual Report on Monitoring the Application of Community Law (2000), Brussels, 16.7.2001, COM (2001) 309 final, 37-38. Muz pazarına ilişkin ilk ulusal karar için bkz. BVerfG, 25 Ocak 1995, 2 BvR 2689/94 ve BvR 52/95; NJW 1995, 950.

⁷³ BVerfGE 73, 378-387 (Solange II).

⁷⁴ Kararın bu yönde yorumlanması için bkz. Hoffmeister, Frank, Case Law / National Courts, German Bundesverfassungsgericht: Alcan, Decision of 17 February 2000; Constitutional Review of EC Regulation on Bananas, Decision of 7 June 2000, 38 CMLRev. (2001), 797-798.

Anayasa Mahkemesi aslında, ATM'nin temel haklara ilişkin denetiminde yaptığı hukuksal tercihlere saygı göstermekte ve somut ATM kararlarının “temyiz mahkemesi” gibi çalışmayacağını belirtmektedir.⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, her bir temel hak alanında *Bonn* Anayasası ve Topluluk hukuku arasında birebir örtüşen bir korumanın varlığını değil, Topluluk'un kullandığı “egemenlik” karşısında, ATM'nin etkili bir korumayı genel olarak sağlamasını aramaktadır. Bu koruma, özellikle temel hakların özünü genel olarak güvence altına alıyorsa, *Bonn* Anayasası'nın vazgeçilmez saydığı temel hak korumasına eşdeğer sayılacaktır⁷⁶

II.) Topluluk Hukukunun Daha Yüksek Düzeyli Koruma Sağladığı Bir Temel Hak ile Ulusal Anayasadaki Yasaklar Arasındaki Çatışma

Diğer bir olasılık, AB'nin anayasa düzeninin özgül bir değer biçtiği ve yüksek düzeyde koruduğu bir hak ile ulusal anayasadaki düşük düzeyli korumanın çatışmasıdır. Söz konusu çatışma, *Kreil* davasında, Topluluk hukukunun tanıdığı bir “temel hak” olan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ile *Bonn* Anayasası'ndaki özgül yasağın arasında yaşanmıştır. Çatışma, *Bonn* Anayasası'nın değiştirilmesi ile sonuçlanmıştır.

Kreil davasındaki hukuksal sorunun kökleri, *Bonn* Anayasası'nın 12a maddesinin 4. fıkrasına uzanmaktadır. Davanın görüldüğü tarihte, *Bonn* Anayasası'nın 12a maddesinin 4. fıkrasında şu düzenleme yer alıyordu:

“Savunma halinde, sivil hastane ve sağlık merkezlerindeki ya da bölgesel askeri hastane teşkilatındaki sivil hizmet ihtiyacı gönüllülerce giderilemezse, kadınlar on sekiz yaşından başlayarak elli beş yaşın sonuna kadar, bir kanunla bu çeşit hizmetlere çağrılabilirler. Ancak hiçbir şekilde silahlı hizmet göremezler.”

Anayasa'nın yukarıda aktarılan düzenlemesi çerçevesinde, asker kişilere ilişkin ulusal yasa (“*Soldatengesetz*”) ve askeri kariyere ilişkin tüzük (“*Soldatenlaufbahnverordnung*”), kadınların gönüllü biçimde asker olarak istihdam edildiği durumlarda, yalnızca sağlık ve askeri bando hizmetinde çalışabileceklerini öngörmekteydi. Bununla birlikte, *Bonn* Anayasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında, kadın-erkek eşitliğini “gerçekten” sağlama ve mevcut eşitsizlikleri giderme konusunda devlete olumlu edim yüklediği anımsatılabilir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 12a maddesindeki düzenleme, 2. maddenin 2. fıkrası karşısında özel normdu.⁷⁷ Özel normun varlığı, silahlı kuvvetler idaresinin sivil kadrolarında erkek ve kadınların eşit koşullarda işe girmesi ve çalışmasını engellemekteydi.⁷⁸

Kreil davasındaki olgular şöyle özetlenebilir: *Tanja Kreil*, enerji elektroniği konusunda eğitim görmüş ve 1996 yılında “elektronik” alanında çalışma istemi ile Alman Silahlı Kuvvetleri'ne başvurmuştur. *Kreil*'in başvurusu, kadınların yasa uyarınca “silahlı hizmet göremeyeceği” gerekçesiyle reddedilmiştir. Ret işlemine karşı *Hannover* İdare Mahkemesi'nde iptal davası açan *Kreil*, işlemin 76/207 sayılı işe girme, mesleki eğitim, mesleki yükselme ve çalışma koşullarında cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan Topluluk Yönergesi ile bağdaşmadığını ileri sürer. Yönerge, çalışma yaşamında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Böylece *Hannover* İdare Mahkemesi, önkarar yoluna başvurur. ATM'nin yanıtlaması gereken soru, Yönerge ile kadınları silahlı hizmetin tümüyle dışında tutan bir ulusal yasağın bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Alman hükümeti davada Yönerge'nin 2. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan ayırık kurallara sığınmaktadır. Ayırık durumlardan ilki, mesleki faaliyet veya eğitimin türü ya da yapıma koşulları bakımından, “belirli mesleki

⁷⁵ Karş. Hoffmeister, Case Law / National Courts, German Bundesverfassungsgericht: Alcan, Decision of 17 February 2000; Constitutional Review of EC Regulation on Bananas, Decision of 7 June 2000, 798.

⁷⁶ Karş. BVerfG, 7 Haziran 2000, 2 BvL 1/97, par. 61, www.bverfg.de (27.8.2003): EuR 2000, 799; NJW 2000, 3124; BVerfGE 73, 339 (387): (Solange II). *Maastricht* kararında Federal Anayasa Mahkemesi benzer görüşleri, ATM ile kendisi arasında yetki kullanımı bakımından bir “işbirliği ilişkisi” olduğunu belirterek vurgulamıştı. Buna göre, ATM, her bir olayda tüm Topluluk alanını kapsayacak biçimde temel hak koruması sağlamakta olduğundan, Federal Anayasa Mahkemesi “vazgeçilmez temel hak düzeyinin genel biçimde korunması” ile kendini sınırlamaktadır, bkz. BVerfGE 89, 155; ayrıca bkz. Hummer / Simma / Vedder, Europarecht in Faellen, Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG, und deutscher und österreichischer Gerichte, 3. Auflage, Baden-Baden, 1999, 120, Rdnr. 13.

⁷⁷ Bu yönde bkz. Alman hükümetinin savunması ve Komisyon'un görüşü için bkz., C-285/98 s. Kreil / Almanya kararı, [ATKD (2000) I-73-74].

⁷⁸ Alman hükümetinin savunması, C-285/98 s. Kreil / Almanya kararı, [ATKD (2000) I-74].

faaliyetler için” cinsiyetin “vazgeçilmez bir önkoşul” olmasıdır. İkinci ayrık durum, özellikle hamilelik ve annelikte, kadını koruyucu hükümlerin getirilmesidir. Alman hükümeti savunmasında, II. Dünya Savaşı sonrasında *Bonn* Anayasası’nın yapım sürecine gönderme yaparak, yasağı “acı yüklü Alman geçmişinin ahlaki bir yükümlülüğü” olarak tanımlar ve yasağın kadınları koruduğunu ileri sürer: “Savaş Suçlarına İlişkin III. Cenevre Sözleşmesi” ve ona ekli, “Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I. Protokol” çerçevesinde, yalnızca sivil halk korumadan yararlanmaktadır.⁷⁹ Yasak kalkar ve kadınların “silahlı hizmette” çalışmaları benimsenirse, silahlı çatışmalarda korunmaları da söz konusu olmayacaktır. Böylece yasağın, tehlikeli durumlarda kadınlara daha geniş bir koruma sağladığı iddia edilmektedir. Alman hükümeti, kadınlara ilişkin “silahlı hizmet yasağı”nın ulusal savunma politikasına girdiğini ve bu alanda Topluluk’un yetkili olmadığını da belirtmiştir.

ATM bu davada, kadınlara yönelik “silahlı hizmet yasağı”nı 76/207 sayılı Yönerge’nin yasakladığı “doğrudan ayrımcılığa” aykırı bulmuştur. ATM öncelikle, bir “temel hak” olarak tanımladığı cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının genel geçerliliğe sahip olduğunu belirtir. Ardından bu temel hakkın savunma alanı da dahil olmak üzere kamu hukuku alanına giren hizmet ilişkilerinde uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Kaldı ki, Yönerge’nin 2. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen ayrık durum “dar” yorumlanmalıdır. ATM, geçmiş içtihadında ayrık durumları sınırlı ve “belirli mesleki faaliyetler” için benimsemiştir. Örneğin; özel komando timleri; şiddetli iç ayaklanmalarda kullanılacak polisiye birimler. *Kreil* kararında ATM, üye devletlerin kamu güvenliğini sağlama konusundaki takdir yetkisini tanımakla beraber, bu yetkinin kullanımı olarak gördüğü “silahlı hizmet yasağı”nın, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmak için “haklı bir neden” oluşturmadığını saptamıştır. Yasak, kadınları Silahlı Kuvvetler içindeki tüm “silahlı hizmetler”den dışladığı için “orantılılık ilkesi” ile bağdaşmamaktadır. Yasak, “silahlı belirli mesleki faaliyetler”i değil, “tüm silahlı mesleki faaliyetleri” kapsadığı için Yönerge’nin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki ayrık duruma da girmez. Yönerge’nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki ayrık durum ise, hamilelik ve doğuma bağlı olarak kadınların bedenlerinin ve anne-çocuk arasındaki özel ilişkinin korunması ile sınırlıdır. *Kreil* kararı ulusal yasağı, Yönerge’ye aykırı bulurken *Bonn* Anayasası’nı ayrıca anmamış ve genel bir ifadeye yer vermiştir:

“(…) kadınları genel olarak silahlı hizmetlerden dışlayan ve onların yalnızca sağlık ve askeri müzik hizmetine girişine izin veren Alman hukukundakine benzer ulusal hükümlerin uygulanmasına Yönerge engel oluşturmaktadır.”

11 Ocak 2000 tarihinde verilen bu karardan yaklaşık on bir ay sonra 19 Aralık 2000 tarihinde *Bonn* Anayasası değiştirilmiştir. Değişiklik sonrasında Anayasa’nın 12a maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinin niteliği de farklılaşmıştır:

“(Kadınlar) hiçbir halde silahlı hizmet yapmakla yükümlü kılınamazlar.”

Kreil davası öncesinde Alman öğretisinde kimi yazarlar, Anayasa’nın eski metnindeki yasağın askerlik hizmetine kendi istekleri ile başvuranlar için uygulanamayacağını savunmuş ve “silahlı hizmet yapmaya zorlanamama” biçiminde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştü.⁸⁰ Anayasa değişikliği, bu yöndeki yorumun sözel ve açık ifadesidir. Böylece *Bonn* Anayasası ile ATM kararı arasında kuşkuyla yer vermeyecek bir uyum da sağlanmıştır.

III.) Topluluk Yönergelerinin Yorumu ve Bağlayıcılık Güçlerine İlişkin Çatışma Olasılıkları

Federal Anayasa Mahkemesi’nin ATM’yi *Bonn* Anayasası’nın 101. maddesinin 1. fıkrasındaki “doğal yargıç ilkesi” kapsamında gördüğü bir kararı da, ulusal yargının Topluluk işlemleri karşısındaki sınırını çizer.⁸¹ Söz konusu dava, idari uyuşmazlıklarda son derece

⁷⁹ Karş. Alman hükümetinin savunması, C-285/98 s. Kreil / Almanya kararı, [ATKD (2000) I-77-78].

⁸⁰ Bu konudaki veriler için bkz. Kanunsözcüsü La Pergola’nın Görüşü, [ATKD (2000) I-74 dn. 6]; özellikle bkz. Repkewitz, Ulrich, *Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?*, NJW 1997, 506.

⁸¹ BVerfG, 9 Ocak 2001, 1BvR 1036/99, <http://www.bverfg.de>; ayrıca bkz. Eighteenth Annual Report on Monitoring the Application of Community Law (2000), Brussels, 16.7.2001, COM (2001) 309 final, 31-32. ATM’ye yapılacak başvuruların *Bonn* Anayasası’nın 101. maddesindeki “doğal yargıç” güvencesiyle bağlantısı için ayrıca bkz. BVerfGE 73, 339 (367); (Solange II);

mahkemesi olan Federal İdare Mahkemesinin bir kararına ilişkindir. Federal İdare Mahkemesi, tıp stajı ve diplomaların tanınması konularındaki yönergeler⁸² ilişkin Topluluk hukukuna aykırılık iddiasını ATA 234. madde uyarınca önkarar usulüyle ATM önüne götürmemiştir. Tersine, bu yönergeler ile “kadın-erkek eşitliği”ne ilişkin 76/207 sayılı Yönerge arasında bir çatışmanın bulunup bulunmadığını, ATM içtihadını kullanmaksızın, önceki norm-sonraki norm ve özel norm-genel norm ilişkisindeki genel kuralı uygulayarak kendisi çözüme kavuşturmuştur. Mahkeme, ilgili yönergelerin, *Bonn Anayasası*’nın temel hak anlayışına ve ilkelerine uygun olduğunu da saptamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, Federal İdare Mahkemesi’nin ATA 234. maddedeki önkarar usulüne başvurmamasını, *Bonn Anayasası*’nın 101. maddesindeki “doğal yargıç” ilkesine aykırı bulmuştur. Federal İdare Mahkemesi’nin Topluluk işlemlerine ilişkin çatışma sorunlarında, ATM içtihadını araştırmaksızın Alman hukukundaki ilke ve kurullarla sorunu çözmeye kalkışması kabul edilemez. Topluluk hukukunda cinsiyet eşitliği ilkesi, yalnızca 76/207 sayılı Yönerge’nin çalışma yaşamına ilişkin olarak ikincil hukuk düzeyinde benimsediği bir ilke değildir.⁸³ Cinsiyet eşitliği, ATM tarafından benimsenen ve geliştirilen yargıç yapımı bir temel haktır. Bir temel hak olarak cinsiyet eşitliği, tüm ikincil hukuk işlemlerinin Topluluk hukukuna uygunluğunu belirler.⁸⁴ Bu açıdan bakıldığında, Federal İdare Mahkemesi’nin önkarar usulüne başvurmaması, ATM’nin dava konusu yönergeleri Topluluk temel hak anlayışına uygunluk açısından denetlemesini engellemektedir.

Bu başlıkta başka bir örnek de İtalya’dan gösterilebilir. İtalyan Anayasa Mahkemesi, Topluluk işlemlerini İtalyan anayasal düzeninin temel ilkelerine ve devredilmez saydığı temel haklara uygunluk bakımından denetleyebileceğini vurgulayan kararlarıyla, “direnme” örneklerini veren ulusal yargı organlarından. Ancak aynı mahkeme, ulusal anayasal usullerin uygulanması ile Topluluk işlemlerinden kaynaklanan yükümlülükler arasındaki ilişkide farklı tavır takınmıştır. Bu tavra konu olan dava, bir Topluluk yönergesi ile kesişen, ancak referandumla yürürlükten kaldırılacak olan ulusal yasaya ilişkindir. Davada İtalyan Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın sistematik yorumuna dayanarak Topluluk hukukunun üstünlüğü yararına karar vermiştir.⁸⁵ Dava konusu olayda, yarı zamanlı hizmet sözleşmelerini düzenleyen yasal düzenlemenin referandum yoluyla yürürlükten kaldırılması söz konusuydu. Ancak yarı zamanlı hizmet sözleşmeleri 97/81 sayılı Topluluk Yönergesi ile de düzenlenmişti.⁸⁶ Yönerge’nin ulusal hukukta uygulanması için son tarih 20 Ocak 2000 olarak saptanmış ve İtalyan makamları herhangi bir uygulama işlemini henüz gerçekleştirmemişlerdi. Bununla birlikte, kaldırılması düşünülen ulusal yasa hükümleri ile yönergenin hükümleri uyum içindeydiler. Dolayısıyla, buradaki sorun, yasa hükümlerinin referandumla yürürlükten kaldırılması halinde, İtalya’nın Topluluk hukukunu gereği gibi uygulama yükümlülüğünü ihlal edecek olmasıdır. Referandum ve uluslararası yükümlülüklerin referandumla ilişkisi, İtalyan Anayasası’nın 75. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir yasa ya da yasa gücünde işlemin tümü ya da bir kısmı 500.000 seçmen ya da 5 bölge konseyinin isteği üzerine referanduma sunulabilir. Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması ise referanduma sunulamaz. İtalyan Anayasa Mahkemesi,

BVerfGE 75, 223 (233-245): NJW 1988, 1459.

⁸² Bu yönergeler için bkz. Council Directive 86/457/EEC of 15 September 1986 on specific training in general medical practice (ATRG L 267, 19.9.1986, 26); Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications (ATRG L 165, 7.7.1993, 1).

⁸³ Bu yönerge, AETA’nın 119. maddesinde yer alan “eşit işe eşit ücret ilkesi”nin kadın ve erkekler için ayrımcılık yapılmadan uygulanması dışında, çalışma yaşamına ilişkin ücret dışı konularda da (işe alınma, mesleki eğitim ve ilerleme, çalışma koşulları) kadın-erkek eşitliğini düzenlemektedir. Yönergenin dayanağı bu nedenle doğrudan 119. madde değil, Topluluk’un boşluk doldurma yetkisine ilişkin AETA 235. maddedir. Karş. ATA 308. madde. Amsterdam sonrası, ATA’nın 141. maddesi, AETA 119. maddeden farklı olarak, yalnızca ücret eşitliğini düzenlemektedir. 141. maddeye, daha önce yönergelerle oluşturulan ve çalışma yaşamının diğer alanlarında cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını hedefleyen yaklaşım yansımıştır. Çünkü artık genel olarak çalışma yaşamında kadın ve erkeklerin eşit koşullara sahip olmasını sağlayacak gerekli önlemlerin Konsey tarafından alınması da özgül bir norma kavuşmuştur. Bkz. ATA 141. maddenin 3. fıkrası; AB Anayasası’nın II-83. maddesi.

⁸⁴ ATM Defrenne III kararında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını, AETA’nın 119. maddesindeki “eşit işe eşit ücret ilkesini” açacak biçimde, Topluluk hukukunun yargıç yapımı (yazısız) temel haklarından eşitlik ilkesine dayandırmaktaydı. Bkz. 149/77 s. Defrenne III kararı [ATKD (1978) 1365].

⁸⁵ Eighteenth Annual Report on Monitoring the Application of Community Law (2000), Brussels, 16.7.2001, COM (2001) 309 final, 46-47.

⁸⁶ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC -Annex: Framework Agreement on part-time work (ATRG L 14, 20.1.1998, 9).

bu davada Topluluk hukukunun ulusal kurallar karşısındaki önceliğini vurguladıktan sonra, ilgili yasa hükümlerinin Yönerge ile zaten uyum içinde olduğuna dikkat çekmektedir. Bu nedenle, Yönerge ile uyum içinde olan başka kurallar yürürlüğe konmaksızın, ilgili yasa hükümleri yürürlükten kaldırılamazlar. Yönerge'yi uygulamak için belirlenen sürenin dolmasından önce varolan Topluluk hukukuna uygunluk durumu ("preconformazione"), uygulama süresinin dolmasından sonra da korunmalıdır. Olayda, uygulama süresinin dolmasına rağmen, yönerge ile uyumlu işlemin yürürlükten kaldırılması ve özgül bir uygulama işleminin yapılmamış olması, Anayasa'nın 75. maddesiyle bağdaşmaz görülmüştür. Bu durumda, uluslararası anlaşmaların referanduma sunulmayacağı kuralı, Topluluk işlemlerine uygun davranma ve bunları etkisiz bırakmama yükümlülüğü olarak da anlaşılmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki yorumu, Topluluk işlemlerinin üstünlüğünü benimsemektedir. Burada üstünlüğü benimsenen işlemin yönerge olması özel bir anlam taşır. Çünkü yönerge, Topluluk tüzüğü gibi, kural olarak ulusal aracı işleme gerek kalmaksızın uygulanabilen bir işlem değildir. Tüm yönergeler, ulusal uygulama işlemlerini gerektirirler. Bu uygulama işlemlerinin biçim ve yöntemleri ise ulusal makamlara bırakılmıştır. Yönerge yalnızca öngördüğü sonuçlar bakımından üye devletleri bağlayan bir işlemdir. Her yönerge, ulusal hukuka aktarılacak için bir son uygulanma süresi öngörür. Uygulama süresinin sonunda, yönergenin içeriği, bu içeriği tam ve etkili biçimde uygulayacak bir işlemle ulusal hukuka aktarılmalıdır. Üye devlet, yönergenin yürürlüğe girdiği tarih ile uygulama süresinin sonu arasındaki sürede, yönergenin amacından ciddi biçimde ödün veren işlemleri yapmaktan kaçınmalıdır.⁸⁷ ATM yönergeye ilişkin kapsamlı içtihadında, üye devlet-birey ilişkisinde takdir yetkisine yer vermeyen, koşulsuz ve anlam bakımından açık yükümlülükler içeren yönerge hükümlerinin doğrudan etkiler doğurabileceğini de benimsemiştir ("dikey doğrudan etki").⁸⁸ Bunun koşulu, uygulama süresi dolan bir yönergenin, üye devlet tarafından hiç uygulanmaması ya da eksik veya hatalı uygulanmasıdır. Dolayısıyla bireyler, üye devletin takdir yetkisine yer vermeyen, koşulsuz ve anlam bakımından açık yükümlülükler içeren yönerge hükümlerini, ulusal makamlarla uyumsuzluklarında ileri sürebilirler. Üye devletin takdir yetkisine yer veren yönergeler, doğrudan etkili olmasalar da, diğer tüm ulusal işlemler bunlara uygun yorumlanmalıdır ("dolaylı etki").⁸⁹ Yönergeyi, uygulama süresinin sonunda gereken biçimde ulusal hukuka aktarmayan ve / veya ulusal işlemleri yönergeye uygun yorumlamayan üye devletlerin tazminat sorumluluğu doğabilir.⁹⁰ İtalyan Anayasa Mahkemesi kararında, Topluluk hukukunun üstünlüğüne uygun bir anayasal yorumun tercihi, yönergeler konusundaki kapsamlı ATM içtihadının -tazminat dahil-yaptırımlarından kurtulmayı da sağlamaktadır.

IV.) "Nitelikli Çatışma" Kavramı

Yukarıda değinilen çatışma türlerinin dışında, "nitelikli çatışma" kavramı da ortaya atılmıştır.⁹¹ Bu kavram, Avrupa bütünleşmesine katılırken, katılımın ulusal sınırlarını özgül anayasa normları ile belirleyen *Bonn* Anayasası düşünülerek tasarlanmış bir kavramdır.

Avrupa bütünleşmesine ilişkin ulusal anayasal sınırlar, *Bonn* Anayasası'nın 23. maddesinin ilk fıkrasının 3. cümlesinde açıkça gösterilmiştir: Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde federal devlet yapısı, eyaletlerin yasama işlevine katılımı ve Anayasa'nın 1 ve 20. maddelerindeki ilkelere dokunulamaz. Sayılan alan, Alman hukuku bakımından, Topluluk hukukunun üstünlüğünden bağışık tutulan "çekirdek alan"dır.⁹² Aynı çekirdek alan, anayasa

⁸⁷ Karş. C-129/96 s. Inter-Environnement Wallonie / Région wallone kararı [ATKD (1997) I-7411].

⁸⁸ 148/78 s. Pubblico Ministero / Ratti kararı [ATKD (1979) 1629]; 102/79 s. Komisyon / Belçika kararı [ATKD (1980) 1473]; 152/84 s. Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Authority kararı (Marshall I) [ATKD (1986) 723]; C-91/92 s. Dori kararı [ATKD (1994) 3325]; C-192/94 s. El Corte Inglés SA / Cristina Blazquez Rivero kararı [ATKD (1996) I-1281]; C-253/95 s. Komisyon / Almanya kararı [ATKD (1996) I-2423].

⁸⁹ 14/83 s. Von Colson ve Kamann / Land Nordrhein-Westfalen kararı [ATKD (1984) 1891]; C-106/89 s. Marleasing / La Commercial International de Alimentacion kararı [ATKD (1990) I-4135]; ayrıca bkz. C-472/93 s. Spano / Fiat Geotech SpA ve Fiat Hitachi Excavators SpA kararı [ATKD (1995) I-4321]; C-352/95 s. Phytheron International SA / Jean Bourdon kararı [ATKD (1997) I-1729].

⁹⁰ Özellikle bkz. C-6/90 ve 9/90 s. Francovich und Bonifaci kararı [ATKD (1991), I-5357].

⁹¹ Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 286 / 287.

⁹² Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 285.

değişiklikleri bakımından da geçerlidir: federal devlet yapısı, eyaletlerin yasama işlevine katılımı ve Anayasa'nın 1 ve 20. maddelerindeki ilkeler anayasa değişikliğine konu olamazlar.⁹³ Nitelikli çatışma kavramının özel bir çatışma türü olarak sınıflandırılması güçlükleri de beraberinde getirir. Çünkü ulusal anayasal sınırlar her üye devlet anayasasında Avrupa bütünleşmesine ilişkin özgül bir normla açıkça düzenlenmiş değildir. Aslında Topluluk hukukunun anayasal normlarla çatıştığı her durumda, anayasal düzeyde bir bağdaşmazlık sorunu bulunduğundan, "nitelikli çatışma"nın oluştuğu ileri sürülebilir.

Öte yandan, *Bonn* Anayasası'ndaki kimi sınırların, çatışma yaratma olasılığı düşüktür. "Çekirdek alan"da yer alan "federal devlet yapısı ve eyaletlerin yasama işlevine katılımı"nın, Birlik hukuku ile "nitelikli çatışma" yaratma olasılığı düşüktür. Avrupa Anayasası, bu durumu daha da tartışmasız biçimde belirtmektedir. Anayasa'nın I-5. maddesi, AB'nin üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı göstereceğini vurgularken, bu kimliğin temel bileşenini de belirtmiştir. Söz konusu temel bileşen, bölgesel ve yerel özyönetimi de kapsayacak şekilde, "siyasal ve anayasal yapı"dır. Bunun yanında, özellikle toprak bütünlüğünün, asayiş ve iç güvenliğin korunması yönünden, AB'nin temel devlet işlevlerine saygı duyacağı da vurgulanmaktadır. Böylece ne üye devletin "devlet niteliği", ne de egemenliğin yapısına göre seçtiği devlet biçimi (üniter; federal), AB hukuku ile çatışma olasılığına sahiptir.

Bonn Anayasası'nın 1. ve 20. maddelerindeki ilkeler çatışma sorunları yaratabilir mi? *Bonn* Anayasası'nda 1 ve 20. maddelerde belirtilen ilkeler, benzerleri diğer üye devlet anayasalarının pek çoğunda yer alan ilkelerdir. *Bonn* Anayasası bunları, açık bir normla, hem anayasa değişikliğinin, hem de Avrupa bütünleşmesinin "sınır ilkeleri" yaparak diğerlerinden ayrılmaktadır. Anayasa'nın 1. maddesinin ilk fıkrası, insan onuru dokunulmazdır demekle yetinmez; devlet erkinin, insan onuruna saygı duyma ve onu koruma yükümlülüğünü de öngörür. 1. maddenin 2. fıkrası, "Alman halkı" ile dokunulmaz ve devredilmez insan hakları anlayışı arasında bir tür "sahiplenme" ilişkisi de kurar. 1. maddenin son fıkrasında, ilerleyen maddelerde güvence altına alınmış "temel haklar"ın yasama, yürütme ve yargı organını "doğrudan uygulanabilir hukuk" olarak bağladığı belirtilir. Öte yandan "insan onuru", Alman anayasal düzeninin "en üst hukuksal değeri" olarak tanımlanmakta⁹⁴ ve devlet anlayışını da yansıtan taşıyıcı bir anayasa ilkesi olarak algılanmaktadır.⁹⁵ İnsan onuru, *Bonn* Anayasası dışında Belçika, Yunanistan, İtalya, Portekiz, İsveç, İspanya ve İrlanda Anayasaları'nda da yer almaktadır. Buna karşılık, Fransa'da anayasa yargısı eliyle, Avusturya'da anayasal yasa ile kişi özgürlüğü bakımından güvence altına alınmıştır: Fransız Anayasa Konseyi, 1994 yılında verdiği bir kararla, her türlü aşağılamaya ve boyunduruk altına almaya karşı insan onurunun korunmasının anayasal bir ilke olduğunu saptamıştır; Avusturya'da ise anayasal yasa statüsünde olan "Kişisel Özgürlüğün Korunmasına İlişkin Yasa", yakalanan ya da tutulan kişiye "insan onuruna uygun davranış"tan söz etmektedir.⁹⁶ ATM, biyolojik patentlere ilişkin 98/44 sayılı yönergeyi⁹⁷ denetlerken, kişi bütünlüğü hakkı yanında, açıkça "insan onuruna saygı"yı da bir ölçüt olarak kullanmıştır.⁹⁸ AB Temel Haklar Şartı'nın 1. maddesi de, yöntem olarak *Bonn* Anayasası'nı izlemekte ve insan onurunun dokunulmazlığını; saygı ve koruma görmesi gereğini düzenlemektedir. Bu durumda, ulusal anayasal düzenlerde değiştirilmezlik güvencesiyle donatılın ya da donatılmasın göreceli olarak "üst hukuksal değer" biçilen "insan onuru"nun ATM tarafından yorumu duyarlı bir alan oluşturmaktadır. Bu duyarlı alandaki çatışma sorunları, nitelikli çatışma kümesine girebilir.

⁹³ Bonn Anayasası'nın 79. maddesinin 3. fıkrası.

⁹⁴ BVerfGE 45, 227.

⁹⁵ Bonn Anayasası'nın 1. maddesinin "taşıyıcı anayasa ilkesi" olarak tanımlanması için bkz. BVerfGE 6, 36 ("Elfes"). 1. maddenin, Federal Almanya Cumhuriyetinin devlet anlayışını belgelediği yönünde bkz. Kunig, Philip, *Art. 1, Rdnr. 3*, in: Grundgesetz-Kommentar, von Münch, Ingo / Kunig, Philip (Hrsg.), 4., neu arbeitete Auflage, 1992, München.

⁹⁶ İnsan onuruna ilişkin anayasal veriler için karşı. Rau, Markus / Schorkopf, Frank, *Der EuGH und Menschenwürde*, NJW 2002, 2449 (dn. 15).

⁹⁷ ATRG 1998, L 213 /13.

⁹⁸ C-377/98 s. Hollanda / Parlamento ve Konsey kararı, EuZW 2001, 691. Stauder kararında ATM, insan onurunu "kişinin hakları" kavramı üzerinden dolaylı olarak kullanmıştı. 29769 s. Stauder kararı, [ATKD (1969) 419]. ATM emeğin serbest dolaşımına ilişkin kararlarda, 1612/68 sayılı Tüzüğü'nün genel gerekçesinde yer alan "Serbest dolaşım hakkı, nesnel ölçütlere göre özgürlük ve insan onuru çerçevesinde kullanılmalıdır" ifadesini yineliyordu. Karş. 9/74 s. Casagrande kararı [ATKD (1974) 773]; Arben Kaba kararı, [ATKD (2000) I-2623].

Bonn Anayasası'nın 20. maddesinde yer alan ilkelerden "demokratik devlet" ilkesine ilişkin çatışma olasılığı bir yetki çatışması olarak aşağıda ele alınacaktır. Buradaki yetki çatışmasının Alman hukuk düzeni için nitelikli bir çatışma olduğu gözlenebilir. Aynıısı, 20. madde kapsamında yer alan egemenliğin kaynağı ("halk"), kullanım biçimi ("seçimler; halkoylamaları; yasama, yürütme ve yargı organları"), yasamanın anayasal düzenle, yürütme ve yargı organlarının yasa ve hukukla bağılılığına ilişkin -demokratik devlet ilkesiyle yakından bağlantılı- somut güvenceler için de söylenebilir.

V.) Yetki Çatışmaları

Çatışma türleri arasında demokratik egemenlik anlayışından kaynaklanan "Topluluk'un yetkileri ile demokratik devlet" çatışması özel bir yer tutar. Söz konusu çatışma "yetki çatışması" olarak adlandırılabilir. Bu çerçevede, Federal Anayasa Mahkemesi ile Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin *Maastricht* kararları ile Fransız Anayasa Konseyi'nin AB Anayasası'na ilişkin kararına değinilebilir. "Yetki çatışması", Birlik'in genişleyen yetki alanı ile yetki aşımına ilişkin sorunları kapsayan bir çatışmadır.

Bu üç ulusal mahkemenin kararlarına geçmeden önce, birkaç konuyu aydınlatmak yerinde olacaktır: Avrupa bütünleşmesinin Topluluk yetkilerinde genişlemeye yol açan her "derinleşme" aşaması ve bunun nitelikli oyçokluğu usulü ile birleşmesi, ulusal yasama yetkisini etkilemektedir. Bu türden gelişmeleri içeren andlaşma değişikliklerini "onaylamayı uygun bulan yasalar", aslında Avrupa bütünleşmesinde belirleyici rolü ulusal yürütme organına aktaran işlemlerdir. Çünkü ulusal parlamentoların Topluluk organlarında temsili söz konusu değildir. Buna karşılık, Topluluk'ta halen kilit yasama organı olan Bakanlar Konseyi'nde ulusal yürütme organlarının bakan düzeyindeki temsilcileri yer almaktadır. Konsey, üye devletlerin hükümetlerini yasama işleviyle donatan bir organdır. Konsey'in "yürütme kökenli bir yasama organı" oluşu, Toplulukta demokrasi açığının temel nedenlerinden biri olarak algılanmaktadır. AB Anayasası karar alma usullerinde AP'nin rolünü artırmışsa da, Konsey'in yasakoyucu rolü silinmemiştir. Konsey'in yasakoyuculuğu, ulusal ölçekte de kaygılara yol açmaktadır. Kaygı, demokratik meşruiyetin ana taşıyıcısı olduğu düşünülen yasamanın karar ve denetim yetkilerinin daralmasından kaynaklanır.

Burada çift yüzlü bir sorunla karşılaşılır: Tek Senet ya da *Maastricht* gibi yeni andlaşmalar çerçevesinde, AB'nin "yetki alanı" ve oyçokluğu kuralının uygulanacağı konuların genişlemesi denetim sorununun bir yüzüdür. Bu sorun demokratik egemenlik sorununu aşan, siyasal bir kaygıyla da ilintilidir: AB'nin etkinlik gösterebileceği alanın genişlemesi, üye devletin "devlet" niteliğini etkiler mi? Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Maastricht* kararı, demokratik devlet ve devlet kavramlarının nasıl iç içe yorumlandığı konusunda en iyi örneği sunar. ATA'nın 308. maddesindeki "boşluk yaratma yetkisi"nin kullanımının, bir yetki türetme yetkisine dönüşüp dönüşmediği ("*Kompetenz-Kompetenz*") ise sorunun diğer yüzünü oluşturur. Bu ikinci durumda, bir "yetki aşımı" ("*ultra vires*") söz konusudur. Topluluk'un *ultra vires* işlem yapması olasılığında, kurucu andlaşmalara ilişkin "onaylamayı uygun bulma yasa"larının dışına çıkılmaktadır. Dolayısıyla demokratik egemenlik / demokratik devlet ilkesi zedelenmektedir. Yetki aşımı, ulusal anayasa hukuku bakımından, "onaylamayı uygun bulma yasası" aracılığıyla sağlanan demokratik zinciri kırar. Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin *Maastricht* kararındaki gözlemleri yetki aşımı ve ulusal parlamentonun denetim işlevinin yetersizliğine ilişkin tezlerin tartışıldığı temel karardır. AB Anayasası'nın yetkilerin kullanımında değişiklik yaratan "basitleştirilmiş anayasa değişikliği" usulünde, ulusal parlamentolara itiraz hakkı tanınması, ancak ulusal anayasal usullere göre onaylanma koşulunu aramaması da demokratik devlet ilkesi ile ilintilidir. Bu sorun, Fransız Anayasa Konseyi'nin AB Anayasası'na ilişkin 19 Kasım 2004 tarihli kararında ele alınmıştır.

1.) Devlet ve Demokratik Meşruiyet: Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin *Maastricht* Kararı

“Yetki çatışması”nın en önemli örneği, Federal Anayasa Mahkemesi’nin *Maastricht* kararında ortaya çıkmıştır. Kararda, *Bonn* Anayasası’nın 20. maddesinde güvence altına alınan ve 38. maddede yasama organı bakımından somutlaştırılmış olan demokratik devlet ilkesi, egemenlik yetkilerinin devri sorunu çerçevesinde değerlendirilmiştir. 20. madde demokratik devlete gönderme yaparken, 38. maddede federal meclis (“*Bundestag*”) üyelerinin genel, doğrudan, eşit ve gizli oyla seçilmesi; temsili vekalet ilkesi ve seçme hakkı düzenlenmektedir. Mahkeme öncelikle, *Bonn* Anayasası’nın 38. maddesinde güvence altına alınan seçme hakkının yalnızca öznel bir hak oluşuna değinmekle yetinmez. Çünkü seçme hakkı, devlet yetkilerinin demokratik meşruiyetini ve seçmenlerin devlet yetkilerinin kullanımını etkileyebilmesini de sağlamaktadır. Avrupa bütünleşmesi sürecinde, yasama organının Topluluk’un yetki alanını ve oyçukluğu usulünün kullanımını genişleten yeni bir andlaşmayı “yasa” (“*Zustimmungsgesetz*”) ile kabulü, Topluluk yararına kendi yetkilerinden vazgeçtiği anlamına gelebilir. Ancak bu vazgeçiş, “demokratik meşruiyete ilişkin vazgeçilmez asgari koşulları” sağlamak zorundadır.⁹⁹

Maastricht kararının ana eksenini, demokratik meşruiyetin ulusal parlamentolar üzerinden üye devletler aracılığıyla sağlandığı görüşüdür.¹⁰⁰ Mahkeme, demokrasinin yalnızca biçimsel bir hesap verilebilirlik ilkesi olmadığını vurgulamaktadır: demokrasi toplumsal güçlerin, çıkarların, düşüncelerin siyasal hedeflere açıklık kazandıracak ve onları dönüştürecek biçimde sürekli ve özgür biçimde çatışması gibi belirli “olgusal koşullar” a da dayanır. Egemenliği kullanan organlardaki karar alma sürecinin ve bunların izledikleri siyasal hedeflerin görülebilir ve anlaşılabilir olması da olgusal koşullar arasında yer alır. Olgusal koşullara, seçmenlerin egemenlik yetkisi kullanan organlar ile kendi dillerinde iletişim kurabilmelerini de eklemek gerekir. Kararda, demokrasinin “olgusal koşullarının” AB düzeyinde tam olarak gelişmediği, ancak zaman içinde gelişebileceği belirtilmektedir.

Mahkeme, *Maastricht* Andlaşması’na (ABA) ilişkin yasanın demokratik devlet ilkesinin içeriğini zedelediği görüşündedir. Bu görüşün gerekçelendirilmesinde, “demokrasi”nin “devlet” temelli yorumu öne çıkar.¹⁰¹ Çünkü Mahkeme, üye devletin “devlet” kimliğinin korunduğuna ve bütünleşmenin ana bileşenin üye devletler olduğuna dayanarak, demokrasi ilkesinin zedelenmediğini savunmaktadır: *Maastricht* Andlaşması, bir “Avrupa Devleti” değil, üye devletlerden oluşan ve onların ulusal kimliğine saygı duyan bir “devletler birliği” kurmaktadır.¹⁰² AB, “Avrupa halkı”na dayanan bir Avrupa devleti değil, devlet biçiminde örgütlenmiş “Avrupa halkları”nın giderek daha sıkı birliğini gerçekleştirecek olan bir “devletler birliği”dir.¹⁰³ Üye devletler, AB’yi ödevlerinin bir kısmını birlikte yerine getirmek ve bu amaçla “egemenliklerini ortak kullanmak” için kurmuşlardır.¹⁰⁴ Sınırlı yetkiler ilkesi; yetki türetme yetkisinin bulunmaması; özellikle yeni yetkilerin andlaşma değişikliği usulüne ve dolayısıyla ulusal parlamentoların kabulüne bağlı oluşu, AB’nin yetkilerinin “yeterince öngörülebilir biçimde” belirlendiğinin kanıtı olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, Birlik’in ve Topluluk organlarının yetkilerinin ve karar alma usullerinin, Alman Federal Meclisi’nin karar ve denetim yetkilerinin içini boşalttığı söylenemez. Mahkeme *Maastricht* sonrasında da, Topluluk ve Birlik yetkilerinin ulusal yetkiyi etkisiz hale getirmediğini saptamıştır.¹⁰⁵ Topluluk yetkilerinin özü, *Maastricht* sonrasında da ekonomiktir. Dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişleri alanındaki Birlik yetkileri ise, hükümetlerarası işbirliği sürecinde kullanılmaktadırlar;

⁹⁹ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 118, Rdnr. 6.

¹⁰⁰ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 125, Rdnr. 42.

¹⁰¹ Devlet eksenli bakış kararın pek çok yerinde kendini göstermektedir, bkz. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 124 / 125 / 126 / 127 / 128 / 138, Rdnr. 39 / 43 / 46 / 51 / 53 / 55 / 104.

¹⁰² Karardaki bu adlandırma (“devletler birliği” / “Staatenverbund”), kararın raporör yargıcı Paul Kirchhof’un bilimsel çalışmalarında AB için kullandığının aynısıdır. Karş. Kirchhof, Paul, *Der Europäische Staat im Prozess der europäischen Integration*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band VII, Isensee / Kirchhof (Hrsg.), 1992, Rdnr. 6 / 38 / 48 / 41 / 69; Kirchhof, “devletler birliği”ni sıradan bir konfederasyona oranla daha sıkı bütünleşmiş bir örgütlenme olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle, “devletler birliği” “konfederasyondan fazlası” kavramıyla özdeş biçimde de kullanılmaktadır, bkz. Schneider, Heinrich, *The Constitution Debate*, ELoP, Vol. 7 (2003), No:4, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-004a.htm> (31.3.2003), 34 (dn. 16).

¹⁰³ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 127, Rdnr. 51.

¹⁰⁴ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 127-128, Rdnr. 52. Yetkilerin ortak kullanımı, *Maastricht* Andlaşması nedeniyle Fransız Anayasası’nda yapılan değişiklikte de yer almaktadır. Fransız Anayasası’nın 88-1. maddesi, “Avrupa Birliği ve Avrupa Toplulukları’nda bazı yetkilerini ortak kullanan üye devletler”den söz etmektedir. *Maastricht* kararında bu noktaya da dikkat çekilmektedir, Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 128, Rdnr. 53.

¹⁰⁵ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 128, Rdnr. 54.

Topluluk işlem sürecine; ulusüstü karar alma düzeneğine dahil değildirler.¹⁰⁶ Sonuç olarak Almanya, *Maastricht* sonrasında da, “yetkisi üye devletlerden kaynaklanan ve Alman egemenlik alanında yalnızca Alman uygulama emri ile bağlayıcı olabilen bir devletler birliği”nin üyesi olacaktır.¹⁰⁷ *Maastricht* kararı ile ilk akla gelen, “devlet” eksenli retoriğin temel kavramı “Andlaşmaların Efendileri” de bu bağlamda kullanılmaktadır. Almanya, halen devlet niteliğini yitirmemiş, Topluluk’taki üyeliğine son verme yönündeki istencini her an kullanabilecek olan “Anlaşmaların Efendileri”nden biridir.¹⁰⁸

Mahkeme, ulusüstü topluluğa üyelik halinde, “devletler birliği” içinde halktan kaynaklanan demokratik meşruiyetin ve etkileme gücünün korunması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁰⁹ Bununla birlikte, demokratik meşruiyet kavramının ulusal anlamı ile ulusüstü örgüte yetki devredilmesi durumunda taşıdığı anlamı da birbirinden ayırmaktadır.¹¹⁰ Devlet anayasası ile düzenlenmiş tek ve kapalı bir düzende demokratik meşruiyetin taşıdığı anlam, ulusüstü örgütlere yetki devrinde farklılaşır. Bu durumda, seçimle işbaşına gelen temsili organ olan parlamento ve seçmenler siyasal iradenin oluşumuna ve karar yetkisine ilişkin etkilerini kaçınılmaz olarak yitirirler. Ancak üye devlet ve “onunla birlikte yurttaşları”, ortak amaçların gerçekleştirilmesi için, karar usulü çerçevesinde, Topluluk’un iradesinin oluşmasında yer almaktadırlar. Egemenlik yetkilerinin devri, devletin istemediği yönde alınan kararlara da uyması zorunluluğunu beraberinde getirir. Bu durumu, demokrasi ilkesine aykırı değerlendirmek, *Bonn* Anayasası’nın bütünleşmeye açık oluşuyla bağdaşmaz.¹¹¹ Oybirliği ilkesi, birel istekleri kaçınılmaz olarak Topluluk’un iradesinin üstüne koyan ve bütünleşmeyi olanaksız kılan bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık oyçokluğu ilkesi, “dayanışma” / “sadakat” ilkesi ile dengelenerek uygulandığında, bütünleşmeye ve üye devletlerin özel duyarlılıklarına yanıt verebilir. Mahkeme, “dayanışma” / “sadakat” ilkesini, Topluluk’un amaçlarını tehlikeye düşürmemek için, üye devletlerin karşılıklı biçimde duyarlılık geliştirmeleri olarak algılamaktadır. Bu nedenle, anayasal ilkeler ve üye devletlerin temel çıkarları söz konusu olduğunda, “dayanışma” / “sadakat” ilkesinin oyçokluğunu sınırladığı görülmektedir.

Maastricht kararı Topluluk’un yetkilerinin genişlemesinin sınırını, ulusal yasama organlarının yetkilerinin korunmasında görmektedir. Demokratik meşruiyetin üye devletlerin ulusal parlamentoları aracılığı ile sağlanması, Topluluk’un ödev ve yetkilerindeki genişlemenin demokrasi ilkesi ile sınırlı olduğu anlamına gelir. Mahkemenin anlatımıyla “Avrupa devletler birliğinin sorumluluğundaki ödevlerin ve yetkilerin aşırı artışı”, üye devlet düzeyindeki demokrasiyi ciddi biçimde zayıflatır. Bu durumda, Birlik’in kullandığı egemenlik yetkisinin meşruiyeti, üye devlet parlamentolarınca sağlanamaz hale gelir. Dolayısıyla, ödev ve yetkilerin esaslı kısmı ulusal yasama organında kalmalıdır.¹¹² Mahkeme, ABA’nın “Avrupa organlarına” verdiği ödev ve yetkilere rağmen, Alman Federal Meclisi’nin “esaslı siyasal ağırlığa sahip” yeterli ödev ve yetkiyi elinde tuttuğu sonucuna ulaşmaktadır.

Maastricht kararında, Topluluk’un *ultra vires* işlem yapma olasılığı da tartışılmıştır. Sorun, öncelikle ABA’nın o günkü F. Maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme çerçevesinde ele alınmaktadır. Halen ABA’nın 6. maddesinin 4. fıkrasında yer alan bu düzenleme, Birlik’in hedeflerine ulaşmak ve politikalarını uygulamak için gerekli araçlarla donatıldığını belirtmektedir. Anılan düzenlemeye ilişkin temel kaygı, yetki türetme yetkisinin (“*Kompetenz-Kompetenz*”) hukuksal dayanağı olarak kullanılmasıdır. Bu durumda, ABA geleceğe ilişkin

¹⁰⁶ Karş. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 131, Rdnr. 69.

¹⁰⁷ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 128, Rdnr. 55.

¹⁰⁸ “Almanya, sınırsız süreli Avrupa Birliği Andlaşması’na (ABA md. Q / karş. ABA’nın AmsA ile değişik 51. maddesi) uzun süreli üyelik iradesiyle bağlılığını gösteren, ancak üyeliğini karşı yönde bir işlemle ortadan kaldıracak olan “Andlaşmaların Efendileri”nden biridir. Avrupa hukukunun Almanya’da geçerliliği ve uygulanması, onay yasaasının uygulama emrine bağlıdır. Böylelikle Almanya kendi başına egemen devlet niteliğine ve 26 Haziran 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı’nın 2. maddesinin 1. bendi anlamında devletlerin egemen eşitliğine sahiptir”, bkz. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 128, Rdnr. 55.

¹⁰⁹ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 124, Rdnr. 38.

¹¹⁰ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 123, Rdnr. 36.

¹¹¹ *Bonn* Anayasası, bu açıklığı Önsöz’ünde “birleşmiş Avrupa’nın eşit haklara sahip üyesi” ifadesiyle vurgulamaktadır. Anayasa’nın 23. maddesindeki özgül Avrupa bütünleşmesi normu ile, 1992 Anayasa değişiklikleri öncesinde Avrupa bütünleşmesinin de anayasal dayanağı olan 24. maddedeki genel yetki devri normu bunun kanıtıdır.

¹¹² Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 126, Rdnr. 45.

“öngörülebilirlik” koşulunu yerine getiremeyecektir. Öngörülebilirlik koşulunun yerine gelmemesi, onay yasasıyla yapılan yetki devrini, kapsamı ve sınırları yeterince belirlenmiş genel nitelikli bir yetki devrine dönüştürür.¹¹³ Bu da, *Bonn* Anayasası’nın 38. maddesinde de korunan demokrasi ilkesine aykırıdır. Oysa devredilen egemenlik yetkileri bakımından yasanın “yeterince belirli olması gereği”, yasama organının yasanın sorumluluğunu taşıyabilmesi için de vazgeçilmezdir.¹¹⁴ Topluluk organları, ABA’yı onay yasasının kapsamayacağı biçimde ele alır ve geliştirirlerse, bu tür hukuksal işlemler ulusal egemenlik alanında bağlayıcı olmaz. Devlet organları, anayasal nedenlerle, bu işlemleri Almanya’da uygulayamazlar. En önemlisi, bu tür işlemlerin yetki devrinin sınırlarının içinde kalıp kalmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından da denetlenebilir.¹¹⁵ Mahkeme, özellikle Topluluk hukukunun temel ilkesi olan sınırlı yetkiler ilkesine dayanarak, ABA’nın eski F maddesinin 3. fıkrasının (yeni 6. maddesinin 4. fıkrası), siyasal ve programatik olduğu sonucuna ulaşmaktadır.¹¹⁶ Ancak “Avrupa organları”nın, bu hükmü onay yasasındaki içeriğinden farklı yorumlaması ve uygulaması durumunda, söz konusu işlemlerin Alman makamlarını bağlamayacağını da yinelemektedir.¹¹⁷

Mahkemenin, *ultra vires* sorununda asıl çarpıcı değerlendirmesi, Andlaşma normlarının yorumu konusunda belirir. Karar, Andlaşma normlarının yorumu ile “Andlaşmanın genişletilmesi”ne karşı koyduğunu açıklamaktadır. Mahkeme, geçmişte boşluk doldurma yetkisi (ATA eski 235. madde / ATA-AmsA 308. madde), örtülü yetkiler ve Topluluk yetkilerinin olabildiğince kullanımını sağlayan “yararlı etki” doktrinine dayanılarak “Andlaşmaların devingen biçimde genişlediği” kanısındadır. Bu nedenle Topluluk organlarına gelecekte bu tür “Andlaşma’yı genişleten” yorumdan kaçınmalarını salık vermektedir. Çünkü Andlaşma, Topluluk’a tanıdığı sınırlı yetkilerin kullanımı ile Andlaşma değişikliği usulünü birbirinden ayırmaktadır. Mahkemenin, “Andlaşma’yı genişleten yorum”u bir tür yetki aşımı olarak algıladığı, onun için öngördüğü hukuksal sonuçtan anlaşılabilir: “Yetki normlarının bu türden yorumu Almanya için bağlayıcı etki taşımazlar.”¹¹⁸

Sonuç olarak, *Maastricht* kararı AB ile Alman anayasal düzenleri arasında ilkesel uyumu saptamakla birlikte, yetki genişlemesi ve aşımı sorunları karşısında demokratik devlet ilkesi ve devlet kavramları üzerinden “ulusal anayasal sınır”ları gösteren bir çözümleme tekniği kullanılmaktadır.

2.) Yetki Aşımı: Danimarka Yüksek Mahkemesi’nin *Maastricht* Kararı

Yetki çatışması konusunda ikinci örnek, Danimarka Yüksek Mahkemesi’nin 6 Nisan 1998 tarihli kararıdır. Kararda, *Maastricht* Andlaşması’nın onaylanması, Danimarka Anayasası’nın uluslararası örgütlere yetki devrine ilişkin 20. paragrafı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kararın temel dayanağı olan Anayasa’nın 20. paragrafı, biri yasa ile yetki devrine izin veren, diğeri yetki devrine ilişkin yasanın yapılış usulünü gösteren iki fıkradan oluşmaktadır. Kararda yorumlanması beklenen ölçüt, 20. paragrafın ilk fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, Anayasa’nın ulusal organlara tanıdığı yetkiler, uluslararası örgütlere “kapsamın iyice belirlenmiş olması” koşuluyla devredilebilirler. Danimarka Anayasası, Avrupa bütünleşmesinin ulusal anayasal sınırlarını özgül olarak düzenlememiştir. Bunun yanında, Anayasa’nın uluslararası örgütlere yetki devrine ilişkin 20. paragrafında, yetki devrinin yapılamayacağı bir çekirdek alan yer almamaktadır. Yetki devrinin sınırları, yalnızca bu devri yapan yasadaki anlaşılabilir. Yasa, devrin kapsamını “iyice belirlemiş” olmalıdır.¹¹⁹

¹¹³ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 126, Rdnr. 48.

¹¹⁴ Karş. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 129, Rdnr. 59.

¹¹⁵ Karş. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 127, Rdnr. 49.

¹¹⁶ ABA’nın Önsöz ve eski B maddesindeki (bkz. ABA’nın AmsA ile değişik 2. maddesi) hedeflerin de siyasal nitelik taşıdığı yönünde bkz. Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 136, Rdnr. 97. Mahkeme, ikincilik ilkesini Topluluk’un yetkisini genişleten değil, sınırlı yetkiler ilkesini açıklayan ve daha da sınırlayan bir ilke olarak yorumlamaktadır, Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 137, Rdnr. 100-104.

¹¹⁷ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 131, Rdnr. 65.

¹¹⁸ Hummer / Simma / Vedder, *Europarecht in Faellen*, 137, Rdnr. 99.

¹¹⁹ Danimarka Anayasası’nın 20. paragrafının 2. fıkrası, yetki devrine ilişkin yasanın yapıma usulünü göstermektedir. Bu türden yasa tasarılarının kabulü, ulusal parlamento *Folketing* üyelerinin altıda beşinin olumlu oyuna bağlıdır. Anılan çoğunluğa ulaşılamaması, ancak genel nitelikli yasalar için aranan çoğunluğa ulaşılamaması halinde, hükümetin de tasarıya direnmesi

Danimarka Yüksek Mahkemesi, *Maastricht* Andlaşması'nın onaylanmasını anayasaya uygun bularak, Danimarka'nın Avrupa bütünleşmesindeki yerini anayasa değişikliğinin zorlu koşullarına bağımlı kılmamıştır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme kararda bir dizi "sınır çizen" değerlendirmeyi de yapmaktadır. Karar öncelikle, yetki devrinde "kapsamın iyice belirlenmesi"ni öngören anayasal koşulun, "uluslararası örgüte kendi yetkilerini tanımlama yetkisini" (*Kompetenz-Kompetenz*) tanımadığını vurgulamaktadır. Diğer yandan, Mahkeme, yetki devrinde "kapsamın iyice belirlenmesi"ni öngören anayasa normu ile Topluluk'un sınırlı yetkiler ilkesi arasında da bağ kurmaktadır. Sınırlı yetkiler ilkesi, anayasanın öngördüğü koşula ("kapsamın iyice belirlenmesi") karşılık gelen bir ilke olarak yorumlanmaktadır.¹²⁰ Bu noktada, Yüksek Mahkeme'nin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne benzeyen ve ondan farklılaşan yönleri üzerinde durulabilir. Benzeyen yönü, Topluluk'un yetki aşımı ile işlem yapıp yapmadığına (*ultra vires*), belirli koşullarda Danimarka mahkemelerinin de karar verebileceğini açıklamasıdır. Yüksek Mahkeme, yetki aşımı bakımından "Topluluk işlemleri ile Avrupa Topluluğu Mahkemesi kararları" arasında ayırım yapmamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nden farklı yönü, ulusal denetimi "sıradışı durum" olarak niteleyerek, zor gerçekleştirilecek koşullara bağlı kılmasıdır. Öncelikle, bir Topluluk işleminin yetki devrine ilişkin yasaya uygunluğunun denetlenebilmesi için ilk koşul, bu işlemin Avrupa Topluluğu Mahkemesi tarafından denetlenmesidir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi'nin denetimi gerçekleşmemişse, ulusal yargı denetim yapamaz. Ulusal yargı yetkisi, Avrupa Topluluğu Mahkemesi'nin yaptığı denetim işlemini Topluluk hukukuna uygunluğu ile sonuçlanmışsa kullanılabilir. İlk koşulun gerçekleşmesi durumunda, denetimin ikinci koşulu, Topluluk işlemlerinin dayanağı olan Andlaşma hükümlerinin yetki devrine ilişkin yasanın sınırlarını aşacak biçimde uygulanmasıdır. Ancak bu noktada, yasada öngörülen sınırların aşıldığının "yeterince kesin" olarak saptanabilmesi de aranmaktadır.

Yüksek Mahkeme önündeki tartışmalarda, davacılar yetki aşımı sorununu, boşluk doldurma yetkisine ilişkin ATA eski 235. maddeye (ATA-AmsA 308. madde) dayanılarak çıkartılan Topluluk işlemleri bakımından ele almaktaydılar. Davacıların bu konudaki savları, ulusal demokratik süreçlere ilişkin aksaklıklar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Daha da ilginç, Mahkeme'ye sunulan kanıtlar, yetmişli yıllar ile seksenlerin başında yapılan kimi Topluluk işlemlerinde Danimarka'nın tavrını gösteren gizli belgelere dayanmaktadır.¹²¹ Söz konusu belgeler, Danimarka'nın yalıtılma korkusundan kaynaklanan siyasal nedenlerle, AETA'da özgül olarak düzenlemeyen kimi konularda (örn. çevre, sağlık, araştırma, sivil savunma), diğer üye devletlerin ve Komisyon'un baskısına dayanamayarak, Topluluk'un işlem yapma yetkisini kabul ettiğini göstermektedir.¹²² Yetki aşımına dayandığı iddia edilen işlemler için, ulusal parlamenter denetimin de yetersiz kaldığı savunulmuştur. Danimarka'da Topluluk işlem sürecinde ulusal parlamento *Folketing*'in etkisi, bir parlamento komisyonu aracılığı ile sağlanmaktadır. Danimarka hükümetinin Konsey'deki tavrı, *Folketing*'deki Avrupa Komisyonu'nun ("*Europaudvalg*") çoğunluğu tarafından desteklemek zorundadır. Hükümet, Topluluk işlem sürecinde *Folketing*'in Avrupa Komisyonu'nun çoğunluğunun desteklemediği bir tavrı sergileyemez. Davacıların sundukları örnekler, yetki sorununun idari düzeydeki komisyonlarla çözülmeye çalışıldığını ortaya koymaktadır. Avrupa Komisyonu'na pek başvurulmamıştır. Başvurunun yapıldığı ender durumlarda, Avrupa Komisyonu hükümetin tavrını onaylamıştır.

koşuluyla, yetki devrine ilişkin tasarı referanduma sunulur. Bu noktada, yetki devrine ilişkin yasada izlenecek usulün, anayasa değişikliğinde izlenecek usulden farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Danimarka Anayasası, yetki devrine ilişkin yasalarda nitelikli bir çoğunluk aradıysa da, anayasa değişikliği usulünü tümüyle ayrı ve özgül biçimde düzenlenmiştir. Anayasa değişikliği, siyasal bakımdan göze alınması zor koşullara bağlıdır: *Folketing* yeni bir anayasa hükmüne ilişkin tasarımı kabul eder ve hükümet de desteklerse, seçimler yenilenir. Seçimden sonra göreve gelen yeni *Folketing* tasarımı değiştirmeksizin kabul ederse, referanduma gidilmesi de zorunludur. Halkoylaması için bkz. Danimarka Anayasası'nın 42. paragrafı.

¹²⁰ Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu ile Danimarka'nın Topluluk'a katılımını öngören 1972 tarihli "Katılma Yasası"nın hazırlık çalışmalarındaki yaklaşımı uyumludur. Høgeh, Profesör Max Sørensen'in ve Adalet Bakanlığı'nın görüşlerini de içeren hazırlık çalışmalarında da, Topluluk'un yetkilerinin dar yorumlandığını aktarmaktadır, Høgeh, Katja, *The Danish Maastricht Judgement*, (1994) 24 ELRev., 82 (dn. 13).

¹²¹ Davacılar, toplamı binlerce sayfadan oluşan bu belgeleri Yüksek Mahkeme'nin 3 Kasım 1997 tarihli emrine dayanarak inceleyebilmişlerdir, aktaran Høgeh, *The Danish Maastricht Judgement*, 82.

¹²² Bu türden işlemlerin yapım sürecinde, hükümetin başlangıçta istekli olmadığı yönünde bkz. Høgeh, *The Danish Maastricht Judgement*, 82-83.

Tüm bu savlar karşısında, Danimarka Yüksek Mahkemesi, boşluk doldurma yetkisinin Topluluk tarafından geniş biçimde yorumlandığını vurgulasa da, yetkinin kullanımında Danimarka hükümetinin geçmişte gösterdiği tavrı tartışma konusu yapmamıştır.¹²³ Bunun temel nedeni, geçmişte boşluk doldurma yetkisiyle düzenlenen konuların, kararın verildiği tarihte, andlaşma değişiklikleri yoluyla özgül yetki normlarına kavuşmuş olmasıdır. Mahkeme geleceğe ilişkin uyarısını, Anayasa'nın 20. paragrafındaki yükümlülükte hükümetin payını vurgulayarak yapmaktadır. Yetki devrine ilişkin yasanın "kapsamının yeterince belirlenmesi" koşulu, hükümete yönelik bir ödev de içerir.¹²⁴

Mahkeme, boşluk doldurma yetkisinin amacını göz önüne alarak, bu yetkinin kullanımı bakımından, "Katılma Yasası"nın hükümete önemli ölçüde takdir yetkisi tanıdığı sonucuna varmaktadır. Boşluk doldurma yetkisinin kullanımının anayasal sınırlara uygunluğu sorunu, kısmen siyasal nitelikli bir sorun olarak da değerlendirilmektedir.¹²⁵ Mahkemenin hem hükümetin takdir yetkisinin genişliğine gönderme yapması, hem de yetkinin kullanımının siyasal yönünü vurgulaması, ulusal yargısal denetiminin "sıradışı durum" olacağına belirtisi olarak yorumlanabilir.

3.) Ulusal Egemenlik Yetkisi: Fransız Anayasa Konseyi'nin AB Anayasası'na İlişkin Kararı

Fransız Anayasa Konseyi 19 Kasım 2004 tarihli kararı ile AB Anayasası karşısında Fransız Anayasası'nda yapılması gereken değişiklikleri değerlendirmektedir.¹²⁶ Burada AB Anayasası'nın Birlik'e tanıdığı yepyeni yetki alanları ile halen varolan yetki alanlarında yetkinin kullanım biçiminde yapılan değişiklikler (oybirliğinden oyçokluğuna geçiş; Özgürlük, Güvenlik ve Hukuk Alanı'nda güçlendirilmiş işbirliğine geçişte AP'nin onayının aranması; Eurojust ve polis işbirliğinde işlem önerisinde bulunma yetkisinin her bir üye devletten alınıp, üye devletlerin dörtte birine bırakılması) anayasa değişikliğini gerekli kılan konular arasında yer almaktadır. Konsey, yeni yetki alanları ve varolan yetki alanında yetkinin kullanım biçiminde yapılan değişiklikleri tek tek belirleyerek, bunların özgül anayasa değişikliklerini gerektirdiği yönünde bir tavır benimsemektedir. Bu tavır, 1992 yılından bu yana Fransa'nın Avrupa bütünleşmesinin aşamalarını, konuya bağımlı ve parça parça özgül anayasa normları ile düzenleme eğiliminin sürdüğünü gösterir. Kararda kullanılan ölçüt, "ulusal egemenlik yetkisinin kullanımına ayrılmaz biçimde bağlı olma"dır.

Anayasa Konseyi ulusal anayasal usullere göre kabulü öngörmeyen, dolayısıyla da ulusal parlamentoların onayına sunulmayacak AB Anayasası'na özgü özel usullerin anayasa değişikliğini gerekli kıldığını saptamıştır. Bu özel usuller, "geçit-normu" / "normları" olarak bilinen basitleştirilmiş AB Anayasası değişiklikleridir. Böylece, AB Avrupa Konseyi ya da Bakanlar Konseyi'nin "oybirliği" ile alacağı kararla, Konsey'in oybirliği ile işlem yapabileceği bir alan, nitelikli oyçokluğuna bağlı kılınabilir. Anayasa Konseyi, özellikle "ulusal egemenlik yetkisinin kullanımına ayrılmaz biçimde bağlı olan" belirli konularda (sınıraşan etkileri olan aile hukukuna ilişkin konular; sınıraşan boyutları olan suçlulukla mücadele; Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası) geçit-normlarının kullanılması ile nitelikli oyçokluğuna geçişin anayasa değişikliğini gerektirdiğini saptamaktadır.

AB Anayasası'nın IV-444. maddesinde de genel nitelikli bir geçit-normu yer almaktadır. IV-444. maddenin 1. fıkrasına göre, AB Avrupa Konseyi savunma dışındaki alanlarda, Konseyi nitelikli oyçokluğu ile karar almak üzere yetkilendirebilir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, AB Anayasası'nın Birlik politikalarına ilişkin III. bölümünde Avrupa yasaları ve çerçeve yasaları için özel yasama usulünün öngörülmesi durumunda, bu usulden olağan yasama usulüne geçiş de sağlanabilir. Bu maddenin uygulanması durumunda ortaya çıkan andlaşma değişikliği ulusal anayasal kurallara göre onaylanmasa da, AB Anayasası ulusal

¹²³ Hogehe, The Danish Maastricht Judgement, 83 / 84 (dn. 21).

¹²⁴ Hogehe, The Danish Maastricht Judgement, 83-84.

¹²⁵ Bu değerlendirmede, parlamentonun demokratik meşruiyetine dayanarak anayasaya uygunluğun yargısal denetimine uzak duran Danimarka anayasa hukukundaki baskın görüşün etkili olduğu savunulmaktadır. Hogehe, *The Danish Maastricht Judgement*, 84-85 / 89 (dn. 38).

¹²⁶ Conseil constitutionnel, Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004: EuR 2004, 911-920 (Übersetzung und Bearbeitung: Dr. Franz C. Mayer); ayrıca bkz. Mayer, Franz C., *Europarecht als französisches Verfassungsrecht*, EuR 2004, 925-936.

parlamentoların göreceği demokratik denetim işlevini pekiştirmek için özel güvenceler getirmektedir. Söz konusu güvencelerden ilki, IV-444. maddenin uygulanması halinde ulusal parlamentolara bildirim zorunluluğudur. İkincisi, bir ulusal parlamento IV-444. maddenin uygulanması konusunda aksi yönde görüş bildirirse, süreç tıkanmakta ve sonlandırılmamaktadır. Buna rağmen, Anayasa Konseyi IV-444. maddede ulusal anayasal kurallara göre onaylamanın öngörülmemiş olmasını, Fransız Anayasası'na uygunluk denetimi olasılığını ortadan kaldıran bir etken olarak değerlendirmiş ve bu noktada da anayasa değişikliğinin yapılmasını gerekli görmüştür.

Sonuç: Türk Anayasal Düzeni ile AB Anayasal Düzeninin Bütünleşmesine Yönelik Gözlem ve Öneriler

AB'ye üye devletlerin deneyimleri ve Topluluk/Birlik'te yetki sorunsalı çerçevesinde, Türk anayasal düzeninin AB anayasal düzeni ile bütünleşmesi konusunda şu gözlem ve önerilere yer verilebilir:¹²⁷

-AB'nin öngördüğü bütünleşme modelinin kapsamı ve ulusal yetkilerin kullanımı üzerindeki yoğun etkisi göz önüne alındığında, Türkiye'nin AB'ye katılımının Avrupa bütünleşmesine özgü normlar ("özümler") ile anayasal dayanağa kavuşturulması yerinde bir tercih olacaktır. Türkiye, olası bir anayasa değişikliği çerçevesinde uluslararası örgütlere yetki devrine ilişkin genel nitelikli bir norm üzerinde tartışsın ya da tartışmasın, Avrupa bütünleşmesine özgü bir anayasal norm anayasal uyumun sağlanması için daha uygun bir çözümdür. AB, diğer uluslararası örgütlerden farklı olarak "giderek daha sıkı bir Birlik" oluşturma hedefini içermekte ve kurucu andlaşma değişiklikleri dışında "güçlendirilmiş işbirliği" mekanizması çerçevesinde "bütünleşme"yi sürekli derinleştirmektedir. Üstelik bu bütünleşme, başlangıçtaki "işlevci model" in kalıplarını -ekonomik bütünleşmeyi- aşarak, siyasal kurumsallaşmanın üst aşaması olan devlete özgü yetkilerin büyük kısmına yayılmaktadır. AB Anayasa'sında ceza hukuku ve medeni hukuk alanının kimi alanlarında doğrudan etkili Birlik işlemlerine -Avrupa yasaları ve çerçeve yasaları- yönelme; Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası Alanında tüm yönleriyle bağlayıcı Avrupa kararlarının alınabilmesi ve bu konuda oyçokluğu ile karar alabilmeye ya da oyçokluğuna geçişe izin veren düzenlemeler; daha da çarpıcısı basitleştirilmiş Anayasa değişikliği usulü altında "geçit-normlar" yoluyla köklü değişikliklerin (oybirliğinden oyçokluğuna geçiş; işlemlerin yapım usullerinde değişiklik) yerine göre ulusal parlamentoların onayına sunulmaksızın ("ulusal anayasal usuller") yürürlük kazanabilmesi; güçlendirilmiş işbirliği mekanizması yoluyla bazı devletlerin bütünleşmeyi öngörülen hukuksal çerçevenin dışında daha da derinleştirmesi AB'ye özgüdür. AB'nin "devletleşmeden federalleşme" olarak tanımlanması ve bu eğilimleri sezen hukuk çevreleri ve ATM ile ulusal mahkemelerin Topluluk hukukunu öteden beri ulusal ve uluslararası hukuktan farklı biçimde sınıflandırması da bu özgünlükten kaynaklanmaktadır.¹²⁸ Topluluk ya da AB Anayasası ile Birlik, ulusüstü örgüt olmanın koşullarıyla birebir örtüşmektedir.¹²⁹ Örgütler bakımından ulusüstülük kavramının kullanımı ile Avrupa bütünleşmesi arasında zaten doğrudan bir bağ vardır. AKÇTA'nın 1967 yılındaki değişikliğe değin yürürlükte olan 9. maddesi, Yüksek Otorite için açıkça "ulusüstü" ifadesini kullanıyordu. Topluluk hukukunun etkili olduğu alanın genişliği; Topluluk yetkisinin kullanımı ile oluşan işlemlerin yoğunluğu ve bunların ulusal hukuk düzenlerindeki sürekli ve derin etkileri, kuramsal açıdan "Avrupalılaşıma" olarak anılmakta ve bu değişim bağımsız incelemelere konu olmaktadır. Dolayısıyla Türkiye, AB'deki özgün-benzersiz nitelik ve

¹²⁷ Somut anayasa değişikliği önerileri için bkz. Oder, Bertil Emrah, Egemenlik / Anayasa Hukuku, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumunu, -Acquis Communautaire'in Alınması-, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Proje Yöneticisi: Prof.Dr. Ünal Tekinalp, 2001, İstanbul, 33-38; öğretilen diğer örneklerin değerlendirilmesi için bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki, Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı, 2004, Ankara, 263-266.

¹²⁸ von Bogdandy, Armin, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, Baden-Baden; öğretisi için özellikle bkz. Arsava, Fusun, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, 1985, Ankara, 16; Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Solange I ve İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin Frontini kararlarındaki yaklaşımı için özellikle bkz. BVerfGE 37, 271; EuR 1974, 255; ATM'nin yaklaşımı için özellikle bkz. 6/64 s. Costa / ENEL kararı, [ATKD (1964) 1251 (Almanca) / 585 (İngilizce)].

¹²⁹ Topluluk'un ulusüstü örgüt oluşunun yedi temel özelliği için bkz. Oder, Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık, 115; ulusüstü örgütten farklı olarak, "ulusüstü hukuk" kavramı "maddi anlamda anayasa hukuku" konusuna giren uluslararası sözleşmeler ve bunları yorumlayan yargı kararları için de kullanılmaktadır.

yönelimlere ilişkin bir farkındalık oluşturmalı ve bunu anayasa değişikliği tartışmasına yansıtmalıdır.

-Özgül normlar, olası çatışma sorunlarını engelleyebilmek ve demokratik meşruluğun temeli olan saydamlık ve öngörülebilirliği sağlamak için, genel ve soyut bir yetki devrinden söz etmek yerine olabildiğince açık ve ilkelerin somutluğu anlamında ayrıntılı olmalıdır. Burada Topluluk/Birlik'in dayandığı temel olan yetki ilkesi olan sınırlı yetkiler ilkesine; Topluluk/Birlik'e ait münhasır yetki alanına ve ortaklaşa kullanılan yetkilere ve ikincillik ilkesine gönderme yapılması düşünülebilir.

-Özgül normlar, AB anayasal düzeni ile ulusal anayasal düzen arasında "yapısal uyum"u sağlayabilmek amacıyla, AB'nin anayasal değerleri ile ulusal anayasal değerler arasındaki koşutluğu vurgulayabilir. Bunun için, hem ABA hem de AB Anayasası'nda güvence altına alınmış liberal-demokratik anayasacılık geleneğinin sınırlı siyasal iktidar düşüncesini yansıtan ilkeler ile 1982 Anayasası'nda bunlara karşılık gelen ilkelerinin uyumunu yansıtacak bir ifadeye yer verilebilir. Böylece AB ile Türkiye arasında, anayasal değerler açısından "dikey anayasal türdeşlik" de güvence altına alınır.

-Egemenlik yetkisi her üye devlette duyarlı bir alandır. Bu duyarlı alanda, kuşkuları giderebilmek ve uzun erimde istikrarlı bir hukuksal model yaratabilmek için anayasa değişikliğinin son ana bırakılmaması ve ciddi bir tartışma ve eleştiri süzgecinden geçmesi gerekir. Bu çerçevede, bir yandan AB Anayasası'nın 1-5. maddesinde ilkeye gönderme yapılması, diğer yandan AB'ye katılımı 1982 Anayasası'nın değiştirilmez nitelikteki maddelerinin "ulusal anayasal sınırlar" olarak vurgulanması üzerinde tartışılabilir. AB Anayasası'nın 1-5. maddesi, Birlik'in anayasal ve siyasal temel yapıları da kapsamak üzere üye devletlerin ulusal kimliklerine; toprak bütünlüğü, asayiş ve ulusal güvenliği sağlama da dahil olmak üzere temel devlet işlevlerine saygı duyduğunu vurgulamaktadır.

-Türkiye'nin Avrupa bütünleşmesine katılımında, Topluluk/Birlik işlemlerinin Türk hukukunda doğrudan ve etkili biçimde uygulanması konusu da olası çatışma sorunlarına yol açmamak için anayasa değişikliği paketinde yer almalıdır.

-Anayasa değişikliği kapsamında, TBMM'nin ikincillik ilkesinin uygulanması başta olmak üzere Avrupa bütünleşmesi konusundaki rolü de tartışılmalıdır. Ulusal düzeydeki demokratik meşruiyetin temel dayanağı olan ulusal parlamentoların rolü hem AB Anayasası'nda, hem ona ekli iki protokolde özel olarak düzenlenmektedir. Ulusal parlamentoların bütünleşme sürecindeki artan önemi karşısında, bu konunun İçtüzük yerine Anayasa'da düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Anayasada belirlenen temel düzenleme uyarınca İçtüzük, TBMM'nin AB işlem sürecinde bilgilendirilmesi ve süreci etkileyebilmesine ilişkin daha ayrıntılı kurallar içerebilir.

-Avrupa bütünleşmesinin ilerleyecek aşamalarına 1982 Anayasası'nın uyumu konusunda, Anayasa Mahkemesi'nden görüş isteme ya da özel bir ödenetim düzeneğinin anayasa değişiklikleri kapsamında tartışılması da düşünülebilir.

-Avrupa bütünleşmesine ilişkin özgül normlar, AB vatandaşlığından kaynaklanan yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkını; Avrupa tutuklama müzekkeresini de içermelidir. Bu çerçevede, AB Merkez Bankası'na yetki devrine ilişkin bir anayasal norm üzerinde de tartışılabilir.