T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ ve ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK KORUMASI

Doktora Tezi

Azime Aslı BİLGİN

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ ve ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK KORUMASI

Doktora Tezi

Azime Aslı BİLGİN

Tez Danışmanı
Doç.Dr.Sanem BAYKAL

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ ve ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK KORUMASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı :Doç.Dr.Sanem BAYKAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(……/……/2011)

Azime Aslı BİLGİN

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR CETVELİ.....IV

GİRİŞ..... 1

BİRİNCİ BÖLÜM

AB HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ İLE TEMEL HAKLARIN GELİŞİMİNDE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ AMACI VE YAKLAŞIMI

I. AB HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ 10

A.ÖNCELİK İLKESİNİN ÖNGÖRÜLME NEDENİ 10

B.ÖNCELİK İLKESİNİN AB HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ 22

II.ÖNCELİK İLKESİ VE TEMEL HAKLAR İLİŞKİSİ 27

A. AVRUPA BİRLİĞi ADALET DİVANININ TEMEL HAK KONUSUNDAKİ AMACI VE YAKLAŞIMI 27

1.Avrupa Birligi Adalet Divaninin Temel Hak Konusuna Başlangıçtaki Yaklaşımı: Yetkisizlik ve Öncelik 30

a.Temel Haklara Uygunluk Denetimi: Stork Kararı 31

b.Birlik Antlaşmalarında Temel Haklara İlişkin Düzenleme Olmaması: Geitling Kararı 32

c.Ulusal Hukuk Kurallarına Uyum Sağlama Yükümlülüğü: Sgarlata Kararı 33

2.Temel Hakların Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Kabulü ve Gelişimi 33

a.İlk Adım: Temel Hakların Birlik Hukukunun Genel İlkeleri Arasında Kabul Edilmesi 36

b.İkinci Adım:Birlik Hukukunda Korunacak Temel Hakların Tespitinde İlk Kaynak: Üye Devletlerin Anayasal Gelenekleri 37

c.Üçüncü Adım: Birlik Hukukunda Korunacak Temel Hakların Tespitinde İkinci Kaynak: İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 39

B. ÜYE DEVLET YÜKSEK MAHKEMELERİNİN ÖNCELİK İLKESI VE TEMEL HAK KORUMASI ALANINDAKİ DİVAN İÇTİHADINA TEPKİLERİ 41

1.Öncelik İlkesi ve Anayasal Denetim 41

2.Öncelik İlkesi ve Temel Hak Sorunu 45

a.Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin Öncelik İlkesine Temel Hak Koruması Sebebiyle Baş Kaldırışı: Solange I ve Frontini Kararları 45

b.Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin Tepkilerinden Geri Adımı mı?: Solange II ve Fragd Kararları ... 49
3.Öncelik İlkesi ve Kompetenz/Kompetenz Sorunu ... 53
a.Alman Anayasa Mahkemesinin Maastricht Kararı ... 54
b.Alman Anayasa Mahkemesinin Lizbon Kararı ... 59

C. TEMEL HAKLAR MI? ÖNCELİK İLKESI ARACILIĞIYLA BİRLİK HUKUKUNUN ETKİLİ ŞEKİLDE UYGULANMASI MI? ... 68

III. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA AVRUPA BİRLİĞİNİN YETKİSİ ... 76
IV. AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ ... 82
A.BİRLİK ORGANLARININ TEMEL HAKLARA İLİŞKİN AÇIKLAMA, BİLDİRİ VE KARARLARI ... 82
B.TEMEL HAKLARIN KURUCU ANTLAŞMA VE TADİL ANTLAŞMALARINDAKİ YERİ ... 85
C.ÜYELİK KOŞULU OLARAK TEMEL HAKLARI ... 91
D.ÜÇÜNCÜ ÜLKELERLE İLİŞKİLERDE TEMEL HAKLAR ... 97

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI

I. AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAKLAR ŞARTINA İHTİYAÇ DUYULMA NEDENLERİ ... 101
A.SİYASİ BİRLİĞE DOĞRU BİR ARAÇ OLARAK ... 101
B.AB HUKUKUNUN YEKNESAK VE ETKİLİ UYGULNMASININ ARACI OLARAK ... 108
II.TEMEL HAKLAR ŞARTININ HAZIRLANMA SÜRECİ ... 110
III.TEMEL HAKLAR ŞARTININ İÇERİĞİ ... 116
IV.TEMEL HAKLAR SARTININ UYGULAMA ALANI ... 119
V.TEMEL HAKLAR ŞARTINDA SINIRLAMA HÜKÜMLERİ ... 124
VI.TEMEL HAKLAR ŞARTININ HUKUKİ NİTELİĞİ ... 141

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ - AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ - AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İLİŞKİSİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ – AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI İLİŞKİSİ 178

II.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ – AVRUPA BIRLİĞİ ADALET DİVANI İLİŞKİSİ 182

A.AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE YAKLAŞIMI 187

B.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BİRLİK HUKUKUNA VE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANINA YAKLAŞIMI 201

III.LİZBON ANTLAŞMASI SONRASINDA AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK KORUMASININ GELECEĞİ 238

A.HİYERARŞİ VE TEMSİL SORUNU 242

B.BİRLİK HUKUKUNUN ÖZERK NİTELİĞİ VE ÖNCELİK İLKESİ 253

SONUÇ 266

KAYNAKÇA 275

TEZ ÖZETİ 315

ABSTRACT 322

KISALTMALAR CETVELİ

AB : Avrupa Birliği

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABİHA : Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma

AEA : Avrupa Ekonomik Alanı

AET : Avrupa Ekonomik Topluluğu

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AT : Avrupa Topluluğu

ATAUM : Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi

bkz. : Bakınız

BM : Birleşmiş Milletler

C. : Cilt

CMLR : Common Market Law Review

CMLRep. : Common Market Law Reports

ECR : European Court Reports / Avrupa Mahkemesi Tutanakları

EFTA : European Free Trade Association / Avrupa Serbest Ticaret Birliği

GATT : General Agreements on Tariffs and Trade / Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması

İİBF : İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

KFOR : Kosova Force

m. : Madde

MÜ : Marmara Üniversitesi

NAFTA : North American Free Trade Agreement / Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması

No. : Numara

OJ : Official Journal

para. : Paragraf

s. : Sayfa

S. : Sayı

USAK : Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu

Y. : Yıl

GİRİŞ

Ekonomik bütünleşme amacıyla sadece altı devletin biraraya gelmesi ile oluşturulan bugünkü adı ile Avrupa Birliği (Birlik)[*], kuruluşundan bu yana geçen altmış senede üye sayısını arttırmakla kalmayıp, global dünyada ekonomik bir güç olmanın yanı sıra siyasi bir birlik olma yolunda da ilerlemeye devam etmektedir.

Geçmişte bir çok kez denenmesine rağmen başarılı bir ekonomik entegrasyon gerçekleştirilemeyen Avrupa'da, bu girişimin başarılı olmasının nedeni olarak tek bir gerekçe gösterilemeyeceği gibi bugün gelinen noktada entegrasyon süreci ekonomik amacın çok daha ötesine doğru ilerlemektedir. Tedrici bütünleşme yönteminin benimsendiği Birlikte, sektörel entegrasyonun yayılmacı mantığından hareketle kömür ve çelik sektöründe gerçekleştirilen entegrasyonun başarısı diğer sektörlerdeki bütünleşmeyi de tetiklemiş[1] ve Birlik siyasi bütünleşmeyi de gündemine almıştır.

Öncelikli hedefi ya da diğer bir deyişle kuruluş amacı ekonomik entegrasyon olan Birlikte, gerek kurucu Antlaşmalarda gerek Birlik ikincil tasarruflarında temel haklar konusuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Üye devletlerin de o dönemde bu eksiklikten rahatsız olmadığı hatta bunu eksiklik olarak dahi

---

* Çalışmamızda, Lizbon Antlaşmasının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle ve metin içerisinde terim birliği sağlamak adına Avrupa Birliği ifadesi kullanılmış olup, Avrupa Topluluğu veya Topluluk ifadesine sadece Divan içtihadına sadık kalmak amacıyla, Divan kararlarına yapılan atıflarda yer verilmiştir.

1 Neofonksiyonalizm ve spillover etkisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Haas, Ernst,** "International Integration: The European and The Universal Process", **International Organization,** C. 15, 1961, s. 366-392; **Haas, Ernst, The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957,** 2nd edition, Stanford: Stanford University Press, 1958; **Haas, Ernst, The Obsolescence of Regional Integration Theory,** Berkeley, CA: University of California, Institute of International Studies, Research Series, 1975, No. 25; **Hix, Simon, The Political System of the European Union,** Palgrave, 2005; **Moravcsik, Andrew,** 'The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy', **Journal of European Public Policy,** C. 2, S. 2, 2005, s. 349-86; **Rosamund, Ben,** 'The Uniting of Europe and the Foundation of EU Studies: Revisiting the Neofunctionalism of Ernst B. Haas', **Journal of European Public Policy,** C. 12, S. 2, 2005, s. 237-54.

görmediği söylenebilir. Her ne kadar egemenliklerinin bir kısmını Birliğe devretmiş olsalar da kuruluş yıllarında Birlik kurumlarının üye devletler üzerinde etkin bir role sahip olmamaları ve Birlik hukukunun ihlali halinde etkili bir yaptırım mekanizmasının bulunmaması ekonomik entegrasyon hedeflerine dahi ulaşılmasını imkansızlaştırmaya başlamıştır. İşte bu noktada harekete geçen bugünkü adı ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan), kurucu Antlaşmalarda yer almamasına rağmen Birlik hukukunun etkililiğini sağlamaya yönelik olan doğrudan etki ve öncelik doktrinlerini ortaya koymuştur. Üye devlet ulusal üst derece mahkemelerince kabulü pek de kolay olmayan söz konusu doktrinler, Birliğin hedeflerine ulaşmasına imkan yaratmıştır.

Özellikle, öncelik doktrini olarak bilinen ve Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında ihtilaf bulunması halinde Birlik hukukunun öncelikli olarak uygulanacağını belirten ilke, çalışmamızın konusunu oluşturan temel hak korumasını Divan ve ulusal mahkelemeler arasındaki tartışmanın merkezine yerleştirmiştir. Divan öncelik ilkesinin içeriğini belirtmenin yanısıra, Birliğin yeni bir hukuk sistemi oluşturduğunu ve bu sistemin uluslararası hukuktan farklı olduğunu ortaya koymuştur. Divanın bu yeni hukuk sisteminin temeli olarak üye devletler tarafından Birliğe devredilen egemenlik yetkilerini göstermesi, özellikle üye devlet Anayasa Mahkemelerinin öncelik ilkesinin kabulünde zorlanmalarına neden olan bir diğer sebeptir. Söz konusu sistemin temelinin ulusal anayasal prensiplere dayandırılmamış olması, anayasa ve anayasal sistemin bekçileri olarak tanımlanan üye devlet Anayasa Mahkemelerinin kolaylıkla kabul edebilecekleri bir durum değildir. Nitekim öncelik ilkesi ile doğrudan etkiye sahip Birlik birincil ve ikincil tasarrufları üye devlet Anayasa

hükümleri de dahil olmak üzere tüm ulusal hukuk kuralları karşısında önceliğe sahip kılınmıştır. Öncelik ilkesi ile birlikte ulusal mahkemelerin tepkisine neden olan diğer bir husus, Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında bir ihtilaf bulunması halinde hangisine öncelik verileceğine dair kararın Divan tarafından verilmesidir.

Ulusal mahkemelerce Divan'a "Antlaşmaların Efendi"lerinin üye devletler olduğunu hatırlatmak, Divan tarafından ise öncelik ilkesinin üye devletlerce kabulünün sağlanması amacıyla Birlik ajandasına dahil olan temel haklar konusu, bugün kendisine çizilen bu rolün sınırlarını çoktan aşmış ve Birliğin vazgeçilmez konularından biri olarak Lizbon Antlaşması ile Temel Haklar Şartı Antlaşmalarla aynı hukuki niteliği haiz kabul edilmiştir.

Temel haklar konusunun Birliğin en önemli konularından biri haline dönüşmesi aslında şaşırtıcı olmamakla beraber geç bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Nitekim, Birlik birçok kez girişimde bulunmasına rağmen kabul edildiği tarihte sadece siyasi niteliği haiz olan Temel Haklar Şartı dahi ancak 2000li yıllarda hayata geçirilebilmiştir. Oysa, 1990lı yıllardan itibaren Avrupa vatandaşlığı, gibi siyasi bütünleşmeyi çağrıştıran kavramların gündemi işgal etmesine rağmen temel haklar konusunda üye devletler arasında görüş birliğinin sağlanarak resmi bir adım atılamaması ilginçtir. Bilindiği üzere vatandaşlık kavramı, bireylere yönelik bir takım hak ve görevleri kapsamakta olup, bu hakların en önemlilerinden bir tanesi de temel hak ve özgürlüklerdir. Her vatandaş temel hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınmasını vatandaşı olduğu devletten talep etme hakkına sahip olduğu gibi, her hükümetin, devletin, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü olduğu açıktır. Her ne kadar bir devlet statüsüne sahip olmasa da Birlik

kapsamında bir vatandaşlık kavramının yaratılması, temel hak ve özgürlükler konusunda da atılacak bir adımla vatandaşlık kavramının içinin doldurulmasına ihtiyaç vardır. Bu nedenle Birlik kapsamında bir temel hak kataloğunun oluşturulması önem arz etmektedir.

Her ne kadar temel hak korumasının Birlik gündemine dahil edilme nedeni, ulusal mahkemelerin temel haklara Birlik düzeyinde yeterli seviyede koruma sağlanamayacağı endişesi ve öncelik ilkesinin kabulünde zorlanmaları olsa da, bugüne kadar Birlik düzeyinde temel hak korumasının Divan içtihadı ile sağlandığı açıktır. Bu nedenle Divan'ın kendi eliyle yarattığı öncelik doktrini ile yine kendisi tarafından oluşturulan temel hak koruması arasında nasıl bir ilişki kurduğu ve her iki konuya da ne şekilde yön vermeye çalıştığı önem arz etmektedir.

Entegrasyon amacının ekonomik olması ve Birliğin asıl hedefi olan serbest dolaşıma (malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) temel özgürlükler[2] adının verilmesi çalışmamızda terminolojiye ilişkin bir açıklama yapma gereğini de beraberinde getirmiştir. "Temel haklar" kavramı Birlik hukuku kapsamında Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadı ile yaratılmış olup; ilk yıllarda kurucu Antlaşmalarda bu terime hiç yer verilmemiştir. Divan, ilk olarak temel hakların Birlik hukuk düzenindeki genel hukuk ilkelerinden biri olduğunu belirtmiş; bu hakların korunması konusunda üye devlet ortak anayasal geleneklerinden esinleneceğini ve başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların da bu konuda rehber niteliğinde olduğunu

2 **Krzeminska, Joanna,** "Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental Really Is "Fundamental"?, **Zerp Discussion Papers,** S. 3, 2005, <www.zerp.uni-bremen.de>, (erişim tarihi, 01. 03. 2010); **Kombos, Costas,** "Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity", **European Public Law***,* C. 12, S. 3, 2006, s. 435.

vurgulamıştır. Böylece, insan onuru, özel hayatın korunması, din ve düşünce özgürlüğü gibi birtakım önemli temel haklar, Birlik hukukuna dahil olmuştur[3].

Öte yandan "temel haklar" ve "insan hakları" kavramlarının kullanımı bakımından da Birlik hukukunda netlik bulunmamaktadır. İnsan hakları, kişinin insan olması nedeniyle talep ettiği en üstün ahlaki değerler[4]; temel haklar ise bireylere vatandaş olmaları nedeniyle tanınan haklar[5] olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, bu iki terimin birbiri yerine kullanıldığı söylenebilir. Birlik hukukundaki kullanıma bakıldığında "insan hakları" kavramının genelde dış politika konularında, "temel haklar" ifadesinin ise iç ilişkilerde kullanıldığı gibi yüzeysel bir ayrım dikkati çekmektedir[6].

Birlik terminolojisinde "temel özgürlükler" kavramının ekonomik, "temel haklar" kavramının ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ortak anayasal geleneklerde değinilen insan hakları anlamında, diğer bir deyişle insan hakları kavramının eş anlamlısı olarak kullanıldığını söylemek[7] yerinde olacaktır kanaatindeyiz. Her iki kavrama ilişkin Divan içtihadına bakıldığında iki kavram arasındaki ayrım daha net anlaşılmaktadır. Nitekim, temel özgürlükler, temel hakları temin etmediği gibi, temel özgürlükler (serbest dolaşım) de insan haklarından biri

---

3 **Stern, Klaus,** "From the ECHR to the Charter of Fundamental Rights", **Blanke, Josef – Mangiameli, Stelio** (Eds.), **Governing Europe under a Constitution**, Springer, Heidelberg, 2006, içinde, s. 174.

4 **Uygun, Oktay,** "İnsan Hakları Kuramı", **Alpkaya, Gökçen, et al., İnsan Hakları**, YKY, İstanbul, 2000, içinde, s. 14.

5 **Eriksen, Erik Oddvar,** "Why a Charter of Fundamental Rights in the EU?", **Arena Working Papers**, 02/36, 2002, s. 17-18, <www.arena.uio.no/publications/wp02_36.htm>, (erişim tarihi, 01. 03. 2010).

6 **Williams, Andrew,** "Respecting Fundamental Rights in the New Union: A Review", **Barnard, Catherine** (Ed.), **The Fundamentals of EU Law Revisited**, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 75.

7 **Tezcan, Ercüment, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey,** İletişim Yayınları, 2002, s. 196; **Kombos,** s. 435; Çalışmamızda da söz konusu terimler, burada yapmış olduğumuz açıklamalara uygun şekilde kullanılmıştır.

değildir[8].

Bu çalışmanın ana çerçevesini genel olarak Birlik hukukunun etkili ve yeknesak şekilde uygulanmasına hizmet eden öncelik ilkesi ile Birlik tarafından sağlanan temel hak koruması arasındaki ilişkinin niteliği, kapsamı ve Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımıyla birlikte temel hak korumasının geleceği oluşturmaktadır. Çalışmada cevabı aranan soru, söz konusu ilişkinin özellikle Birlik hukukunun yeknesaklığı, özerkliği ve önceliği açısından birbirini tamamlar, destekler nitelikte mi yoksa birbirine karşı bir tehdit, tehlike mi teşkil ettiğidir?

Bu kapsamda çalışmamız iki dayanak noktasına sahip bulunmaktadır. Bunlardan ilki Divan'ın içtihadı ile oluşturduğu temel hak koruması ile Birlik hukukunun ulusal mahkemelerce uygulanmasına yönelik öncelik ilkesi arasındaki dengenin ne şekilde sağlandığının tespitidir.

Temel hak korumasının Birlik gündemine alınması Birlik hukukunun öncelikli uygulanmasına herhangi bir engel teşkil etmeyecektir. Aksine ulusal mahkemelerce ileri sürülen bu endişenin giderilmesi öncelik ilkesinin kabulünü ve uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Divan içtihadıyla, temel hakların Birlik genel ilkelerinden olduğunu gerek üye devlet anayasal geleneklerinin gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere bu konudaki uluslararası antlaşmaların kendisine esin kaynağı ve rehber olduğunu belirtmiştir. Divan içtihadındaki olumlu yaklaşımların Birlik mevzuatına aktarılması da ulusal mahkemelerin endişelerini tamamen ortadan kaldırmasa da öncelik ilkesi konusunda tutum değiştirmelerine neden olmuştur. Ulusal mahkemeler tarafından Birlik düzeyinde yeterli seviyede

8 **Von Bogdandy, Armin,** "The European Union As a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", **Common Market Law Review,** C. 37, 2000, s. 1326-1327.

temel hak korumasının gerçekleştirilmesine engel olarak gösterilen öncelik ilkesi ve ulusal mahkemeler arasındaki ilişkinin Divan tarafından verilen ve temel hakları öncelikli bir konuma yükselten kararlar ile giderilebileceği düşünülmektedir. Divan'ın son dönemdeki içtihadının yanı sıra Lizbon Antlaşması ile Temel Haklar Şartının hukuki bağlayıcılık kazanmasının ve temel hakların aynı zamanda genel ilkeler kapsamında değerlendirilerek iki yönlü bir koruma kapsamına alınmasının da olumlu bir gelişme olduğu, çalışmamızda ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın diğer dayanak noktasını Lizbon Antlaşması ile Antlaşmalara dahil olmak suretiyle Birlik gündemine giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılım konusu oluşturmaktadır. Katılımın başta Birlik hukukunun özerk yapısı olmak üzere, Birlik hukukunun önceliği ilkesini olumsuz yönde etkileyeceği düşünülmemekte olup, aksine bu durumun öncelik ilkesine hizmet edeceği düşünülmektedir. Birlik üye devletlerinin halizhazırda taraf olduğu ve insan hakları konusunda temel metin olarak dahi kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımın Birliğin temel hak koruması konusundaki ciddiyetini gözler önüne sereceği; temel hak korumasının uzman mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bırakılmasının temel hak konusunda içtihat birliği sağlanmasına da neden olacağı düüşünülmektedir. Divan'ın temel hak korumasına ilişkin içtihadını oluşturmaya başladığı ilk günden itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kendisine rehber olarak kabul ettiği göz önüne alındığında katılımın Birlik için beklenen bir gelişme olduğu açıktır. Dolayısıyla bu durumun öncelik ilkesine zarar vermesi söz konusu olmamalıdır. Katılım halinde Birlik hukukunun özerk yapısına ilişkin endişelerin belli ölçüde yerinde olduğu düşünülmekte olup, bu durumun benimsenen katılım

usulüyle giderilebileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelik ilkesi, bu ilkenin önemi ve Birlik hukukundaki yerine detaylı olarak yer verilecek olup, Divan'ın konuya yaklaşımı karşısında ulusal mahkemelerin tepkileri ve bunların nasıl giderildiği ele alınacaktır. Çalışmamızın ana amacı olan öncelik ilkesi ve temel hak koruması arasındaki ilişki Divan'ın temel haklar konusuna yönelmesindeki nedenlerden başlamak üzere Birlik düzeyinde oluşturulan temel hak koruması Divan içtihadı ile değerlendirilecektir. Birinci bölümde son olarak Birlikte temel hak korumasının gelişimi konusu başta kurucu Antlaşmalar olmak üzere tadil Antlaşmaları, Birlik organlarının temel haklara ilişkin açıklama, bildiri ve kararlarında incelenecektir. Üyelik koşulu olarak ve üçüncü ülkelerle ilişkilerde temel haklar konusuna nasıl değinildiği de bu bölüm kapsamında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde ise ilk olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına ihtiyaç duyulmasının nedenleri ortaya konulduktan sonra, Temel Haklar Şartının hazırlanma sürecinden başlamak üzere, Şartın içeriği, uygulama alanı, sınırlama hükümleri ile Şartın hukuki niteliği tespit edilecektir. Bu kapsamda, Şart hükümleri ile öngörülen düzenlemelerin Birlik hukukunun önceliği ilkesini ne yönde etkileyebileceği üzerinde duracağımız diğer bir başlık olup; temel hak koruması konusunda geliştirilen Divan içtihadının Şart içeriğine ne şekilde yansıtıldığı yine bu bölüm altında ele alınacak konulardandır.

Temel Haklar Şartının oluşturulduğu ilk günden bu yana en çok tartışılan konulardan biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile olan ilişkisi olup, Divan içtihadı ile oluşturulan temel hak koruması karşısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

tutumu da incelenecek konu başlıklarından bir tanesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Avrupa Birliği Adalet Divanı ilişkisini ele alacağımız son bölümümüzde Sözleşme - Şart ile Divan - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konularak, her iki mahkemenin birbirlerine olan yaklaşımları değerlendirilecektir. Çalışmamızın bu son bölümü, Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile iyice netlik kazanan ve hatta bu konuda çalışmalara da başlanılmış olan Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı konusuna ayrılmış olup, olası problemler ve bunların nasıl aşılabileceği ve bu katılımın Birlik hukukunun önceliği ilkesini nasıl etkileyeceği üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ İLE TEMEL HAKLARIN GELİŞİMİNDE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ AMACI VE YAKLAŞIMI

I. AB HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİ

A. Öncelik İlkesinin Öngörülme Nedeni

Birlik hukuk düzeninin ulusal hukuk sistemi içerisindeki yeri ve etkisinin ne olduğunun tespit edilmesi, iki hukuk düzeni arasındaki ilişkinin net olarak konumlandırılması Birliğin entegrasyon amacına ulaşmasına hizmet etmektedir. Birlik hukuk düzeninin "yeni bir hukuk sistemi" olduğu Divan tarafından dile getirilse de, Birliğin icra organlarının bulunmaması uygulamanın üye devlet kurumlarınca yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle iki hukuk sistemi arasındaki ilişki uygulayıcı konumunda bulunan ulusal mahkemeler için önem teşkil etmektedir.

Birlik kurucu Antlaşmaları uluslararası antlaşma niteliğini haiz olup, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda iki temel görüş bulunmaktadır. Bu kapsamda uluslararası antlaşmaların iç hukuk karşısındaki durumları üye devletin uluslararası hukuk konusunda benimsediği tekçi (monist) ya da ikici (düalist) görüşe göre değişiklik arz etmektedir[9].

9 **Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri** I. Kitap, 8. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 17-20; **Boczek, Boleslaw, International Law: a Dictionary**, Scarecrow press, USA, 2005, s. 6 vd. ; **Slomanson, William, Fundamental Perspectives on International Law**,

Tekçi görüşe göre, uluslararası hukuk ulusal hukukun bir parçası olarak kabul edilmekte, her ikisi birlikte bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Uluslararası antlaşmalar ayrı bir iç hukuka geçirme işlemine gerek olmaksızın, onaylama anından itibaren iç hukuka dahil olmaktadır. İki kuralın çatışması halinde ise uluslararası hukuk kuralına öncelik tanınmakta dolayısıyla uluslararası antlaşmalar iç hukuk kuralı karşısında öncelik kazanmaktadırlar. Bu görüşü benimseyen devletler, uluslararası antlaşmaların yerini anayasalarında da düzenlemektedirler.

İkici görüşe göre ise, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk birbirinden tamamen farklı iki hukuk sistemi olmakla birlikte, uluslararası antlaşmaların iç hukukta bağlayıcı ve geçerli olabilmesi için iç hukuka geçirme işlemi (onay veya uygun bulma yasası) ile iç hukuk normuna dönüştürülmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu görüşün kabul edildiği ülkelerde, uluslararası antlaşma bir iç hukuk düzenlemesi haline dönüştürüldüğünden ikisi arasında herhangi bir ihtilafın söz konusu olması halinde uyuşmazlık sonraki tarihli yasal düzenlemenin önceliğinin kabul edildiği *lex posterior derogat legi priori*[10] ilkesine göre çözümlenmektedir.

Avrupa Birliğine üye devletlerin uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisinde hakim olan bu görüşlerden hangisini benimsedikleri ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Örneğin kurucu üye devletler olarak adlandırılan altı ülkeye baktığımızda, Almanya, İtalya ikici görüşü benimserken; Fransa, Hollanda, Belçika

Wadsworth Cengage Learning, USA, 2010, s. 17 vd. ; **Longo, Michael – Longo, Andrew, Constitutionalising Europe: processes and practices,** Ashgate Publishing, USA, 2006, s. 61 vd.

10 Lex posterior derogat legi priori ilkesi uyarınca, yeni çıkan bir kanun, eski tarihlikanunun hükümlerinin yürürlükten kalktığını açıkça belirtmemişse, sonraki tarihli kanunun eski tarihli kanunu veya eski kanunun aykırı hükümlerini ortadan kaldırdığı kabul edilir. Geniş bilgi için bkz. **Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı,** Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 159-163; **Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987, s. 100-102.

ve Lüksemburg tekçi görüşü benimsemektedirler. Bu durum Birlik kurucu antlaşmalarının üye ülke iç hukuk sistemlerinde farklı uygulamalara tabi olmasını gerektirecek ve uygulamada birlikten söz edilemeyeceği gibi Birlik hukukunun önceliği tüm üye ülkelerde aynı ölçüde gerçekleşmeyecektir[11].

Oysa, Avrupa Birliği hukuku Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan) tarafından uluslarüstü özelliklere sahip "yeni bir hukuk sistemi" olarak nitelendirilmekte ve sıradan uluslararası hukuk sözleşmelerinden ve dolayısıyla uluslararası hukuktan farklı olduğu vurgulanmaya çalışılmaktadır[12]. Bu nitelendirme, üye devletlerin yanı sıra bireylerin de bu yeni hukuk sisteminin muhatabı olmasına ve diğer uluslararası örgütlerden farklı olarak bağımsız ve özerk yasama, yürütme ve yargı organlarının mevcudiyetine dayandırılmaktadır[13]. Nitekim, uluslararası hukuk sistemi devlet egemenliği üzerine kurulmuş, egemen devletler arasında işbirliğine dayanmakta iken; Birlik hukuku kurucu Antlaşmalarla Birlik kurumlarına devredilen egemenlik yetkileri üzerine kurulmuştur[14]. Bu yetki devri sonucu, yetki devredilen alanlarda üye devletlerin düzenleme yapma yetkisi kalmazken, Birlik kurumlarının düzenleyici ve bağlayıcı işlemleri ile ilgili alan düzenlenmektedir. Bütün bu farklılıklar birlikte değerlendirildiğinde Birliğin, uluslararası hukukun klasik, egemen devletlerarası işbirliğine dayanan uluslararası örgütlerden ayrıldığı, bu nedenle uluslarüstü örgüt adlandırmasının Birlik için yerinde olduğu düşünülmektedir. Bahsettiğimiz bu özellikler aynı zamanda Birliğin özerk bir yapıya sahip olduğunun

11 **Steiner, Josephine, - Woods, Lorna, - Twigg-Flesner, Christian**, **EU Law,** 9 th Edition, Oxford University Press, 2006, s. 65.

12 **Steiner - Woods – Twigg-Flesner,** s. 71; **Alter, Karen, Establishing the Supremacy of European Law,** Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 2.

13 **Lenaerts, Koen, Constitutional Law of the European Union,** Sweet and Maxwell, 2005, s. 12.

14 **Karakaş, Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği,** Der Yayınları, İstanbul, 1993, s. 22-23.

da göstergesidir. Birlik hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki bu farklılıklar kurucu Antlaşmalarda yer almazken, ilk olarak, Birliğin ve Avrupa entegrasyonunun itici gücü olarak kabul edilen Divan tarafından "doğrudan etki ilkesi"nin ortaya konulduğu *Van Gend en Loos*[15] kararında dile getirilmiştir. Buna göre:

"... Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, taraf devletler arasında karşılıklı yükümlülükler yaratan bir antlaşmadan çok daha fazlasını oluşturmaktadır. Bu görüş, Antlaşmanın hükümetlerin yanısıra bireylere de atıfta bulunan Dibacesi tarafından da doğrulanmaktadır. Bu durum özellikle egemen yetkilere sahip olan ve bu yetkilerin kullanılması suretiyle sadece üye devletleri değil onların vatandaşlarını da etkileyen kurumların mevcudiyeti ile de teyit edilmektedir. ... Buradan çıkarılacak sonuç, Topluluğun, üye devletlerin kendisi yararına, belli alanlarda da olsa, egemen yetkilerini sınırladıkları ve süjelerinin sadece üye devletler olmayıp, aynı zamanda onların vatandaşlarının da olduğu, ... uluslararası hukukta yeni bir hukuk düzeni oluşturmaktadır. Topluluk hukuku üye devletlerin kanunlarından bağımsız olarak, bireylere sadece yükümlülük öngörmekle kalmaz, aynı zamanda onlara hukuki statülerinin bir parçası haline gelen haklar da tanır. Söz konusu haklar, sadece Antlaşma tarafından açıkça öngörülen hallerde değil, aynı zamanda Antlaşmanın üye devletler ve Topluluk kurumlarının yanı sıra bireyler için açıkça belirlenmiş yükümlülükler öngörmesi halinde de doğar[16]."

Divan bu ifadelerle, Birlik hukukunun uluslararası hukuktan farklı olduğunu ve bu farklılığın bir sonucu olarak Birlik hukukunun açık, kesin ve şartsız

15 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

16 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

hükümleri ile bireylere tanınan hakların, bireyler tarafından ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilmelerine imkan veren doğrudan etki ilkesini meydana getirmiştir. Bu ilke ile Birlik hukuk kurallarına kazandırılan bu nitelik sonucunda Birlik hukukunun üye devletlerce uygulanması garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Nitekim, bireylerin kendilerine tanınan bu hakkı ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecek olması, üye devletleri bu yeni hukuk sistemini uygulamaya zorlayacak bir mekanizma olarak yorumlanmaktadır[17]. Ancak davada görevli hukuk sözcüsü Roemer[18]'in belirttiği gibi her ne kadar doğrudan etki ilkesi ile Birlik hukukunun uygulanması garanti altına alınmaya çalışılmış olsa da bu çaba tek başına yetersizdir. Zira, üye devletler yapacakları sonraki tarihli bir yasal düzenleme ile Birlik hukuku düzenlemesini geçersiz kılabilecekleri gibi[19], doğrudan etki ilkesi Birlik hukukunun tüm üye devletlerde yeknesak şekilde uygulamasına da imkan yaratabilecek nitelikte değildir. Bu durumun ana sebebi yine Roemer tarafından uluslararası hukukla iç hukuk ilişkisini ve uluslararası hukukun iç hukuktaki yerini belirleyen anayasal kurallar olarak belirtilmiştir. İkici görüşü benimseyen İtalya ve Almanya bu kapsamda sorun yaşaması beklenen ülkeler olarak gösterilmiştir.

Dolayısıyla, *Van Gend en Loos*[20] kararı ile ortaya konulan doğrudan etki ilkesinin Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanmasına hizmet edebilmesi Birlik hukuku ve ulusal hukuk arasında meydana gelecek ihtilaf halinde bu iki hukuk

17 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1, altbaşlık B. ; **Steiner - Woods – Twigg-Flesner,** s. 91.

18 Hukuk Sözcüsü Roemer'ın görüşü için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962C0026:EN:PDF>, (erişim tarihi, 15.10.2011).

19 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629; **Alter, (2002),** s. 18-19.

20 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

sisteminin birbirleri karşısındaki konumunun tek bir kurala bağlanmasını gerektirmektedir. Ancak bu şekilde Birlik hukuku tüm üye devletlerde tek tip uygulamaya tabi olabilecektir. Bu kapsamda *Van Gend en Loos*[21] kararında açıkça öncelik ilkesine ilişkin herhangi bir ifade yer almazken, hukuk sözcüsü Roemer'in açıklamaları ve kararın içeriğine bakıldığında aslında öncelik ilkesine ilişkin alt yapı ve hukuki gerekçe bu karar ile ortaya konmuştur[22].

Belirtmek gerekir ki, her iki ilke de yargıç eliyle yaratılmış olup, ne birincil ne de ikincil Birlik mevzuatında yer almamaktadır. Bu durum Divan'ın sert eleştirilere maruz kalmasına neden olmuş, hatta Divan, "yargısal aktivist" olmakla itham edilmiştir[23].

Van Gend en Loos[24] kararında "*obiter dictum*" olarak yer alan öncelik ilkesi[25], bundan tam iki yıl sonra Birlik hukukunun tüm üye devletlerde yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak ve doğrudan etki ilkesine işlerlik kazandırmak üzere

---

21 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

22 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 71; **Adaoğlu Soykan, Hacer, Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi,** Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005, s. 43-44.

23 Yargısal aktivizme ilişkin tartışmalar için **bkz. Hjalte, Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy Making,** Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986; **Hjalte, Rasmussen,** "Between Self Restraint and Activism a Judicial Policy for the European Court", **European Law Review,** C. 13, 1988, s. 28-39; **Hartley, Trevor,** "The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union", **Law Quarterly Review,** C. 112, 1996, s. 95; **Weiler, Joseph** "The Court of Justice On Trial", **Common Market Law Review,** C. 24, 1987, s. 555; **Pollicino, Oreste,** "Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint", Part One/Two; **German Law Journal,** C. 5, 2004, <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=42>, (erişim tarihi, 12.09.2011); **Tridimas, Takis,** "The Court of Justice and Judicial Activism", **European Law Review,** C. 21**,** 1996, s. 199; **Alter, Karen,** "The European Court's Political Power", **West European Politics***,* C. 19, 1996, s. 477; **Arnull, Anthony,** "The European Court and Judicial Objectivity: A Reply To Prof. Hartley", **Law Quarterly Review,** C. 112, 1996, s. 411.

24 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

25 **Cornelia, Koch,** "The Doctrine of Supremacy of European Community Law As A Condition Precedent For The Doctrine of Direct Effect", **International Trade and Business Law Review,** 2005, C. 9, s. 216.

yine Divan tarafından *Costa v. ENEL*[26] kararı ile bu defa açıkça ortaya konmuştur:

"Olağan uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, AET Antlaşması, yürürlüğe girdiği andan itibaren üye devletlerin hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası haline gelmiş ve üye devletlerle birlikte onların mahkemelerini de bağlayan kendine özgü bir hukuk düzeni kurmuştur.

Sınırsız bir süre için, kendine ait organlara, hukuki kişiliğe, hukuki ehliyete ve uluslararası alanda temsil gücüne ve özellikle de egemen yetkilerin sınırlanmasından veya üye devletlerden Topluluğa transferinden kaynaklanan gerçek yetkilere sahip bir Topluluk kurmak suretiyle üye devletler, belirli alanlarda da olsa egemen yetkilerini sınırlandırmış ve hem kendileri hem de vatandaşları üzerinde bağlayıcı etkisi olan bir hukuk kuralları bütünü meydana getirmişlerdir.

Topluluk hukukundan kaynaklanan kuralların her bir üye devletin hukukuna entegrasyonu ve genel olarak Antlaşmanın lafzı ve ruhu, üye devletlerin tek taraflı ve sonraki tarihli bir tasarrufa, karşılıklılık esası üzerinde kabul ettikleri bir hukuk sistemine nazaran öncelik tanımalarına cevaz vermez.

... Antlaşmadan kaynaklanan hukuk, bağımsız bir hukuk kaynağıdır, özel ve özgün doğası nedeniyle ulusal hukuk kurallarının önüne geçemez. ...

Üye devletlerce ulusal hukuk sistemlerinden Topluluk hukuk sistemine aktarılan ve kaynağını Antlaşmadan alan hak ve borçlar, üye devletlerin egemenlik yetkilerine daimi bir sınırlama içerir ve Topluğun amaçları ile bağdaşmayan sonraki tarihli tek yanlı tasarruf öncelik kazanamaz."[27]

Karardan da açıkça anlaşıldığı üzere, Divan, Birlik hukuku

26 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.
27 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

düzenlemelerine aykırı ulusal hukuk tasarruflarını Birlik hukuku tasarrufundan önce veya sonra tarihli olmalarına bakmaksızın, Birlik hukukuna öncelik tanımak suretiyle uygulanamaz kılmıştır. Divan, Birlik hukukunun önceliği ilkesini Birlik hukukunun özgün doğasına ve Antlaşmaların ruhu ve amacına dayandırmakta, böylece üye devlet anayasalarında yer verilen iç hukuk ile uluslararası hukuk ilişkisine yönelik düzenlemeleri de Birlik hukuku açısından uygulanamaz kılmaktadır. Nitekim ancak bu şekilde tekçi ve ikici görüşü benimseyen üye devletler Birlik hukukunun yeknesak şekilde uygulamasını sağlayabilecektir. Öe yandan Divan tarafından, hiç bir üye devletin tek taraflı olarak, Antlaşmalarda belirtilen yükümlülüklerinden kaçınamayacağı, bütün üye devletlerin Antlaşmalarla eşit şekilde bağlı olduğu kabul edilmektedir.

Öncelik ilkesi *Costa v. ENEL*[28] kararı ile ortaya konduktan sonra, söz konusu ilkenin uygulamasına ilişkin bir takım soru işaretleri gündeme gelmiştir. Divan, ihtilaf halinde Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında önceliğe sahip olduğunu belirtmişse de örneğin ulusal anayasalar karşısında da öncelik ilkesi geçerli olacak mıdır, ihtilafın Birlik hukukuna uygun olarak çözümlenmesi sonucu ulusal hukuk kuralı iptal mi edilecektir? ya da öncelik ilkesinin uygulaması kim tarafından ne şekilde gerçekleştirilecektir? İşte bu gibi soruların yanıtı da Divan tarafından *Simmenthal*[29] kararında ortaya konmuştur. Söz konusu karar ile ulusal mahkemelerin bu ilkeye nasıl işlerlik kazandıracakları ve öncelik ilkesinin ulusal hukuka getireceği değişiklikler netliğe kavuşturulmuştur.

Simmenthal[30] kararı uyarınca:

28 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.
29 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.
30 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.

“Topluluk hukukunun önceliği ilkesi uyarınca, Antlaşma hükümleri ve kurumların doğrudan uygulanabilir tasarruflarının ulusal hukukla ilişkisi, bu hüküm ve tasarrufların yürürlüğe girdikleri andan itibaren, otomatik olarak Birlik hukuku ile bağdaşmayan tüm ulusal hukuk kurallarının uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu hüküm ve tasarrufların üye devlet hukuk sistemlerinin bütünleyici bir parçasını oluşturması ve tüm ulusal hukuk kuralları karşısında öncelikli olmaları, üye devletlerin Topluluk hükümlerine aykırı yeni ulusal tasarruflar oluşturmalarını da engellemektedir.

Gerçekten de Topluluk yasama yetkilerinin geçerli olduğu alanlarda, ulusal yasama tasarruflarına imkan tanımak ya da Topluluk hukukuna aykırı herhangi bir tasarrufa etkinlik kazandırmak, üye devletlerin koşulsuz ve geriye dönüşü olmayacak biçimde kabul ettikleri Antlaşmalardan doğan yükümülüklerin ve dolayısıyla Topluluğun temelinin tehlikeye düşmesine neden olacaktır. ...

... her ulusal mahkeme, kendi yargılama yetkisi kapsamına giren davalarda, Topluluk hukukunu bütünüyle uygulamak, bu hukukun bireylere tanıdığı hakları korumak ve Topluluk tasarrufundan önce veya sonra tarihli olmasına bakmaksızın Topluluk hukukuna aykırılık teşkil eden tüm ulusal hukuk kurallarını uygulamamalıdır.

... Yargılama yetkisi kapsamında Topluluk hukuku hükümlerini uygulamakla yükümlü olan ulusal hakim, bu hükümlere tam etkililik sağlamak için, sonraki tarihli de olsa, ulusal hukukun Topluluk hukukuna aykırı herhangi bir hükmünü, yasama yoluyla veya diğer anayasal usullerle ortadan kaldırılmasını beklemeden veya talep etmeden, Topluluk hukuku hükümlerini uygulamakla

yükümlüdür."[31]

Simmenthal[32] kararı ile Divan öncelik ilkesi uyarınca, Birlik hukukunun doğrudan etkili bir hükmü ile ulusal hukuk kuralları arasında meydana gelebilecek herhangi bir ihtilaf halinde Birlik hukuk kuralının öncelikle uygulanacağını[33], diğer bir deyişle böyle bir durumda ulusal hukuk kuralının *uygulanmayacağını*[34] belirtmiştir. Böylece karar, önce veya sonra tarihli olmasına bakılmaksızın Birlik hukuku kuralının uygulanacağının belirtmenin ötesinde, Birlik hukukuna aykırı yeni bir ulusal düzenleme yapılamayacağını da açıkça belirtmektedir[35]..

Divan, aslında ulusal hukuk düzenlerinde ulusal mahkemeler arasında mevcut olan hiyerarşiyi de bu kararı ile Birlik hukukunun uygulaması açısından etkisiz kılmıştır. Kararda da belirtildiği üzere, ulusal hukuk kurallarının anayasallığını belirleme konusunda tek yetkili anayasa mahkemeleri olsa dahi, bir ulusal mahkeme önünde Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında bir ihtilaf söz konusu olduğunda ulusal mahkeme Anayasa Mahkemesinin kararını beklemeden, ulusal hukuku bertaraf ederek Birlik hukukunu uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Böylece bu karar ile ulusal mahkemeler iç hukukta dahi sahip olmadıkları bir takım yetkilere Birlik hukuku aracılığı ile ulaşmışlardır[36].

---

31 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629, para. 17, 18, 21, 24.

32 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.

33 **Baykal, Sanem, AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar,** ATAUM No. 14, Ankara, 2002, s. 48-49.

34 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629, para. 17-18; **Bozkurt, Enver, - Özcan, Mehmet, - Köktaş, Arif, Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 177.

35 **Karakaş, Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği,** Der Yayınları, İstanbul, 1993, s. 98 vd.

36 **Craig, Paul – De Burca Grainne**, **EU Law:Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 282.

Divan, *Simmenthal*[37] kararının ardından, *Larsy*[38] kararı ile Birlik hukukuna öncelik tanımak adına ulusal hukuku uygulamayarak bir kenara ayırması gerekli yerler arasına ulusal mahkemelerin yanı sıra idari otorileri de dahil etmiştir.

Gerek öncelik gerek doğrudan etki ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki Divan, meydana getirdiği bu "yeni hukuk sistemi"nin tüm üye devletlerde uygulanmasını sağlamayı amaçlamış, ancak doğrudan etki ilkesi ile bireylere tanınan hakkın ulusal mahkemelerce değerlendirilecek olması, doğrudan etki ilkesinin bu konudaki yetersizliğini ortaya koymuştur. Bu nedenle, Divan, öncelik ilkesi aracılığıyla doğrudan etkiye sahip Birlik hukuk kurallarına, ulusal hukuk kuralları karşısında, ihtilaf halinde söz konusu olabilecek bir öncelikli uygulanma imkanı getirerek bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. Tanınan bu öncelik, doğrudan etkiyi haiz Birlik hukuku kuralının ulusal hukuk kuralından önce veya sonra tarihli olmasına bakılmaksızın uygulanacaktır[39]. Aksi halde bireylere, ulusal mahkemeler önünde Birlik hukukunun doğrudan etkili kurallarına dayanma hakkı tanımanın, hiç bir manası ve işlerliği olmayacaktır[40]. Ayrıca, yine öncelik ilkesi ile Birlik hukuk kurallarının tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanması ve aynı derecede bağlayıcılığa sahip olması sonucunda yeknesaklık hedefine de ulaşılacaktır[41]. Dolayısıyla, öncelik ilkesinin doğrudan etki ilkesinin tamamlayıcısı veya ön koşulu olduğunu söylemek[42] yerinde olacaktır. Ancak her iki ilkenin birlikte

37 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.
38 C-118/00 Gervais Larsy v. Instititn national d'assurances socaiales pour travailleurs independants [2001] ECR I – 5063.
39 **Hartley, Trevor, The Foundations of European Community Law,** Oxford University Press, 2007, s. 224.
40 **Alter, (2002),** s. 18-19.
41 **Eleftheriadis, Pavlos,** "Begging the Constitutional Question", **Journal of Common Market Studies**, C. 36, S. 2,1998, s. 255-272.
42 **Baykal, (2002)** s. 50.

uygulanması halinde Birlik hukukunun etkili şekilde tüm üye devletlerde uygulanabileceği açıktır. Öncelik ilkesi olmaksızın Birlik hukukunun uygulanma inisiyatifi tamamen ulusal kurallara göre ulusal mahkemelerce benimsenen tekçi veya ikici görüşe göre belirleneceğinden, her üye devlette aynı şekilde uygulanmak bir yana, uygulanıp uygulanmayacağı bile belirsiz olacaktır.

Divan'ın Antlaşmalarda yer almayan ve tamamen kendi inisiyatifi ile ortaya koyduğu bu iki ilke Birliğin amaçlarına ulaşmasında yararlanılan kilometre taşlarıdır. Her ne kadar Divan, Birlik hukukunun yeni bir hukuk sistemi oluşturduğunu kararlarında belirtse de, söz konusu hukuk sistemi ancak üye ülkelerde uygulandığı oranda hayata geçirilebilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sadece üye ülkelerde uygulanma yeterli olmayıp, yeknesaklık sağlanması da önem arz etmektedir. Ancak her iki ilkenin birlikte kullanılması halinde, Birlik hukukunun her üye devlette farklı şekilde uygulanması tehlikesinin önüne geçilebilecektir. Dolayısıyla, bireylerin yanı sıra ulusal hukukun uygulayıcısı olan ulusal mahkemeler de Birlik hukukunun etkili ve yeknesak şekilde uygulanmasını sağlayacak kurumlar olup, ulusal mahkemelerin işbirliklerine ihtiyaç duyulmuştur[43]. Belirtmek gerekir ki, Divan'ın bu ilkeleri karşısında ulusal mahkemelerin özellikle başta Anayasa Mahkemeleri olmak üzere yüksek mahkemelerin kabulü ve işbirliğini sağlamak pek de kolay olmamıştır. *Alter'*ın belirttiği gibi, 'Divan, istediğini söyleyebilir, asıl soru neden herkes onun söylediklerini dikkate almalıdır?[44]'. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak yer verilecektir.

43 Geniş bilgi için bkz. **Alter, Karen, Establishing the Supremacy of the EU Law,** Oxford University Press, 2002.

44 **Alter, (1996),** "ECJ can say whatever it wants, the real question is why anyone should heed it", s. 458-459.

B. Öncelik İlkesinin AB Hukukundaki Yeri ve Önemi

Avrupa Birliği hukukunun temel kurallarından biri olarak kabul edilen öncelik ilkesi, Divan tarafından yaratılmış olup, Birlik birincil ve ikincil mevzuatında yer almasa da büyük önemi haizdir[45]. Nitekim, bu ilke aracılığıyla Birlik hukuku tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanacak ve doğrudan etki ilkesine işlerlik kazandırılmış olacaktır.

Birliğin kuruluş yıllarındaki hukuk sistemine göz attığımızda, Divan'ın yaratmış olduğu bu iki ilke ile Birlik hukukunda bir dönüşüm gerçekleştirdiği ve özerk bir hukuk sistemi yarattığı anlaşılmaktadır. Nitekim, Mancini ve Keeling'in belirttiği üzere, "*doğrudan etki ilkesi ile Birlik hukuku politikacı ve bürokratların elinden alınarak, bireylere verilmiştir*"[46]. Söz konusu ilke öncesinde, Birlik hukukunun zayıf bir sistem olup, üye devlet davranışları üzerinde oldukça sınırlı bir etkiye sahip olduğu bilinmektedir[47]. Divan önüne gelen uyuşmazlıkların sayısının azlığı ve siyasi iradenin sahip olduğu rolün büyüklüğü, Birlik hukuk sisteminin zayıf olduğunu doğrular niteliktedir.

Öte yandan, Birliğin nihai hedefinin ekonomik anlamda en üst düzeyde bir bütünleşme olduğu göz önüne alındığında öncelik ilkesinin önemi daha da netleşmektedir. Ekonomik entegrasyona giden yolda en önemli unsur, tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanan ve kabul edilen bir hukuk sisteminin varlığıdır. Avrupa entegrasyonunun itici gücü olarak kabul edilen Divan, öncelik ilkesini oluşturarak ve söz konusu ilkenin tüm üye devletlerde uygulanmasını sağlayarak,

45 **Craig – De Burca,** s. 344 vd; **Hartley, (2007),** s. 224-225.
46 **Mancini, Federico – Keeling, David,** "Democracy and the European Court of Justice" **Modern Law Review**, C. 57, S. 2, 1994, s. 183.
47 **Alter, (2002)**, s. 1.

Van Gend en Loos[48] kararında bahsettiği yeni hukuk sistemine varlık kazandırmış olacaktır. Aksi halde, üye devletlerin Birlik hukukunu uygulayıp uygulamama konusunda sahip olacakları inisiyatif, entegrasyon hedefini hayalden öteye götürmeyecektir. Bu kapsamda "öncelik" ilkesi ile başta ulusal yasa koyucular olmak üzere, ulusal mahkemelere de bir takım görev ve yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, ulusal yasa koyucular, Birlik hukukuna aykırı tasarruf yapmama yükümlülüğü altına girerken, ulusal mahkemeler Birlik hukukuna aykırı tasarrufları uygulamamakla yükümlüdürler[49]. Divan'ın amaçsal yorum yapmak suretiyle ortaya koyduğu öncelik ilkesi, Birlik hukukunun ulusal mahkemelerce uygulanmasının garantisi olarak da yorumlanabilir. Divan bu sonuca iki adımda ulaşmıştır. Bireylere ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar tanımak suretiyle Birlik hukuku kaynaklı hakları icra edilebilir kılmış, ihtilaf halinde Birlik hukukunun ulusal mevzuat karşısında öncelikle uygulanacağını belirterek bir yaptırım öngörmüştür[50].

Nitekim "*öncelik*" ilkesi ulusal mahkemelere, Birlik hukuku ile ulusal hukuk ihtilafı halinde Birlik hukukunu uygulama yükümlülüğü getirmektedir[51]. Ayrıca, söz konusu yeni hukuk sisteminin ulusal hukuk sistemlerinin tamamlayıcı bir parçası haline geldiği ve bu sistemin üye devletlerin Birlik kurumlarına devrettikleri egemenlik yetkileri sonucunda oluştuğu, Divan tarafından *Costa v. ENEL*[52] kararında dile getirilmiştir[53]. Divan, *Simmenthal*[54] kararında bir adım daha atarak doğrudan etki

48 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.
49 **De Witte, Bruno,** "Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order", **Craig, Paul – De Burca Grainne** (Eds.), **The Evolution of EU Law,** Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 189.
50 **Baykal, (2002),** s. 70.
51 **De Witte, (1999)**, s. 155.
52 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.
53 **Craig – De Burca,** s. 345-346.
54 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.

ve öncelik ilkesini birlikte yorumlamak suretiyle, doğrudan etkiye sahip Birlik hukuku kurallarının ihtilaf halinde ulusal anayasalar da dahil olmak üzere, ulusal hukuk kuralları karşısında öncelikle uygulanması gerekliliğini ve Birlik hukukuna aykırı yeni yasama işlemlerinin oluşmasına imkan verilemeyeceğini de ortaya koymuştur[55].

Böylece, *Simmenthal*[56] kararı ile Divan tarafından ulusal hakimlere Birlik hukuku kapsamında, anayasal ilkeleri dahi bir yana bırakma yükümlülüğü getirilmiş ve ulusal yargıcın bu yükümlülüğünün kaynağı olarak da Birlik hukuku gösterilmiştir.

Dikkati çeken diğer bir nokta, alt derece mahkemelerinin yetkilerinde genişleme meydana gelirken, aynı durumun yüksek mahkemeler için söz konusu olmamasıdır. Özellikle kanunların anayasallık denetimine tabi olduğu ülkelerde Divan'ın anayasa mahkemesine tanınan yetkiyi alt derece mahkemesine tanıyarak anayasallık denetimi ile görevli olan mahkemeleri Birlik hukuku açısından bir nev'i yetkisiz kılması bu durumun bir göstergesidir.

Divan içtihadından anlaşıldığı üzere öncelik ilkesinin Birlik kapsamında uygulanabilmesinin özellikle ulusal mahkemelerin işbirliğini gerektirdiği açıktır. Nitekim, Birlik hukukunun üye devletlerdeki uygulayıcısı ulusal mahkemeler olup, onların desteğini almak önem arz etmektedir[57]. Divan her iki doktrin aracılığıyla ulusal hakimleri de Divan veya Birlik hakimi haline dönüştürmüş, hatta Birlik hukuk sisteminin uygulanmasını güvence altına almakla görevlendirmiştir.

55 C-35/76 Simmenthal v Italian Minister for Finance [1976] ECR 1871; **Hartley, (2007),** s. 224-225; **Craig – De Burca,** s. 349-351.
56 C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.
57 **Alter, (2002),** s. 63.

Üye devlet ulusal hukuk sistemlerini bir çok açıdan etkileyen öncelik ilkesi, he ne kadar ulusal hakimleri sürece dahil etse de, üye devlet yüksek mahkemelerinin endişe ve tepkilerine de neden olmuş ve doğrudan etki ilkesine nazaran benimsenmesi çok daha yavaş olmuştur. Nitekim, öncelik ilkesi, ihtilaf halinde üye devlet normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasal hükümlerin dahi doğrudan etkili Birlik hukuk kuralları karşısında uygulanamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar burada, üye devlet yüksek mahkemelerinin tepkilerine neden olan durum Divan'ın amaçsal yorum yapmak suretiyle kurucu Antlaşmalarda yer almayan, dolayısıyla üye devletlerin öngörmediği bir takım prensipler yaratarak egemen yetkilerini tehlikeye düşürmesi olsa da, kanımızca Divan'ın oluşturduğu bu iki ilke olmaksızın, Birliğin ulaşmak istediği hedeflere ulaşmasının imkansız olduğu taraflarca da kabul edilmektedir. Sadece Divan'ın bu durumu aşırıya götürmesi endişesi hasıl olup, Divan'a "Antlaşmaların Efendi"lerinin üye devletler olduğunun hatırlatılması gerekmektedir. Bu amaçla Divan'ın nerede durması gerektiği de zaman zaman ulusal Anayasa Mahkemelerince dile getirilmiştir. Weiler′ında belirttiği gibi, Birlik konusunda söz sahibi her zaman için üye devletlerdir[58]. Bunun en belirgin işareti kurucu Antlaşmaların üye devletler tarafından yapılması ve değiştirilmesi ve aynı zamanda Birlik hukuk kurallarının uygulayıcısının üye devletler olmasıdır. Öte yandan, Birlik hukukuna aykırı davranan bir üye devlete karşı da Birliğin icra yetkisinin çok sınırlı olduğu düşünüldüğünde, öncelik ilkesi'nin uygulanabilmesi için üye devlet ulusal mahkemelerinin rızalarının önemi daha da çok ortaya çıkmaktadır[59].

58 **Weiler, Joseph** "Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg", **Nicolaidis, Kalypso – Howse, Robert** (Eds.), **The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union**, Oxford University Press, 2001, s. 57.

59 **Chalmers, Damian – Hadjiemmanuil, Christos – Monti, Giorgio – Tomkins, Adam, European Union Law**, Cambridge University Press, 2007, s. 187.

Divan için öncelik ilkesinin kabulü ve uygulanması anlamında ulusal mahkemelerin rızasını almak kolay olmadığı gibi, bu kapsamda anayasal kurallar karşısında dahi Birlik hukukunu uygulamakla yükümlü kılınan ulusal mahkemeler ile Divan arasındaki ilişkiyi ilk günden itibaren işbirliği ilişkisi olarak nitelendirmek pek mümkün değildir. Ulusal mahkemelerin karşı duruşlarını özellikle Birlik hukuk kurallarının ulusal anayasal kurallara aykırılığı başta olmak üzere, Birlik düzeyinde temel hak korumasının gözardı edilmesi ve son olarak kompetenz/kompetenz olarak adlandırılan Birlik hukuk düzeni ile ulusal hukuk düzeni arasındaki yetki alanının belirlenmesinde yetkinin hangisinde olduğunun tespiti olmak üzere üç ana başlık altında toplamak mümkündür[60]. Ancak ulusal hakimlerin Birlik hukuk sistemini hiyerarşiden ve ulusal hukuk dayatmalarından kaçmak için kullanmaları, Divan'ın bu karşı duruşun üstesinden de başarıyla gelmesine imkan vermiştir[61].

Üye devlet ulusal mahkemelerinin desteği, öncelik ilkesinin Birlik kapsamında uygulanmasının ötesinde, ısrarla yeni bir hukuk sistemi olduğu vurgulanan Birlik hukukunun uluslararası hukuk sisteminden de farklı olduğunu gözler önüne sermektedir. Uluslararası mahkemeler, kararlarının devletler tarafından kabulü konusunda endişe duyarlarken, Divan ulusal mahkemelerin desteğini almak ve onları da etkin bir şekilde sisteme dahil etmek suretiyle büyük bir özerklik elde etmiştir. Bir çok uluslararası mahkemeden farklı olarak Divan, vermiş olduğu kararlar neticesinde ulusal hükümetlerin tepkilerinden çok daha az endişe duymaktadır[62].

60 **Stone Sweet, Alec,** "Constitutional Dialogues in the European Community", **Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, Joseph** (Eds.), **The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence,** Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 312; **Adaoğlu,** s. 53.

61 **Alter, (2002)**, s. 3.

62 **Alter, (2002),** s. 63.

Sonuç olarak öncelik ilkesi, Birlik hukukunun etkililiğini ve yeknesaklığını sağlamak suretiyle, Avrupa entegrasyonunu daha ileri düzeye taşımak anlamında önemli bir araç olarak kabul edilmektedir[63]. *Van Gend en Loos*[64] ve *Costa v. ENEL*[65] kararlarının ardından ilk yıllarda Divan'ın öncelik ilkesini özellikle ekonomik entegrasyonu sağlamak amacıyla kullandığı ve oldukça cesur kararlar vermek suretiyle teşvik ettiği bilinmektedir[66]. Divan'ın bu tutumu ekonomik ve siyasi entegrasyon arasında dengesiz bir tablo meydana getirmiştir. Ancak bugün itibarıyla öncelik ve doğrudan etki ilkelerinin siyasi entegrasyonun da oluşturulmasına hizmet ettiği açıktır.

II. ÖNCELİK İLKESİ ve TEMEL HAKLAR İLİŞKİSİ

A. Öncelik İlkesi ve Temel Haklar İlişkisinde Avrupa Birliği Adalet Divanının Amacı ve Yaklaşımı

Divan'ın, Birlik hukukunun gerek gelişimi gerek etkinliği üzerindeki etkisi yadsınamayacak kadar önemli olup, bu etki geçmişten günümüze artarak devam etmektedir. Nitekim, Birlik hukuku için dönüm noktası olarak değerlendirilebilecek ilkelerin çoğunluğu kurucu Antlaşmalarda yer almayıp, Divan eliyle yaratılmıştır. Bu nedenle Birlik hukukunun büyük bir kısmının kurucu Antlaşmaların yanı sıra Divan içtihadından oluştuğu ve bu şekilde geliştiği de ileri

63 **Alter, (2002),** s. 18-19.
64 C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.
65 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.
66 **De Witte, (1999),** s. 207.

sürülmektedir[67].

Divan'ın özellikle belli amaçlara ulaşmak amacıyla etkinliğini arttırdığı ve bu konuların geliştirilmesi yönünde adımlar attığı dikkat çekmektedir[68]. Bu konular;

- Birliğin güçlendirilmesinin teşviki,
- Birlik hukukunun etkililiğinin ve kapsamının arttırılması,
- Birlik kurumlarının yetkisinin genişlemesi şeklinde sıralanabilir[69].

Belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla Divan, Birlik hukukunun etkililiğinin artması ve yeknesaklığın bütün üye devletlerde gerçekleşmesini sağlamaya çalışmıştır.

Divan tarafından geliştirilen, hatta oluşturulan alanların başında temel hakların korunması yer almaktadır. Birlik mevzuatında bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almazken Divan, içtihadıyla bu boşluğu doldurmuş; hatta Temel Haklar Şartı'nın oluşturulmasına vesile olmuştur.

Divan'ın temel haklar konusunu gündemine almasındaki amaç yıllar içinde farklılık göstermişse de, ilk yıllar için, öncelik ilkesinin üye devlet yüksek mahkemelerince kabulünün sağlanmasını temel amaç olarak göstermek yanlış olmayacaktır kanaatindeyiz. Yüksek mahkemelerin öncelik ilkesine yaklaşımı tahmin edileceği üzere pek de olumlu olmamıştır. Zira, ihtilaf halinde Birlik hukukunun ulusal hukuk karşışında uygulanma önceliğine sahip olduğunu kabul ettirmek, hatta ulusal hukuk kurallarının uygulanmaz olduğunu ileri sürmek, ulusal hukuk sistemlerinde en tepede yer alan yüksek mahkemelerin yetkisini alt derece mahkemelerine tanımak bu duruma neden olmuştur. İleride ele alınacağı üzere birçok

67 **Tridimas,** s. 199.
68 **Hartley, (2007),** s. 74; **Tridimas,** s. 199.
69 **Tridimas,** s. 199.

üye devlet yüksek mahkemesi tarafından bu durum egemenlik alanına müdahale olarak yorumlanmış ve Birliğin geleceğini tehlikeye sokacak nitelikte ulusal mahkeme kararları ortaya çıkmıştır[70]. Bu kararlarda ulusal mahkemeler ısrarla temel hak konusuna değinmişler ve bu konunun ulus devletler tarafından daha iyi korunacağını belirtmişlerdir. İşte bu noktada Divan, temel hak konusuna eğilmeye başlamış ya da daha doğru bir deyişle eğilmek zorunda bırakılmıştır. Aksi durum, öncelik ilkesinin üye devlet ulusal mahkemelerince uygulanmasını tehlikeye düşürmekte, bu da Birlik entegrasyon amacının sona ermesi anlamına gelmektedir. Öte yandan Divan, üye devlet ulusal mahkemelerince temel haklara sağlanan korumanın bir benzerinin Birlik düzeyinde sağlanması ve söz konusu konunun Divan için de önemli olup, gözönüne alındığının belirtilmesi halinde üye devlet mahkemelerince ileri sürülen temel hakların ulusal anayasalarda sahip olduğu konumla birlikte sağlanan korumanın, Birlik düzeyinde aynı seviyede korunamayacağı gibi iddiaları çürütebilecek ve ekonomik bütünleşmeye giden yolda kilometretaşı olan öncelik ilkesinin kabulünü ve dolayısıyla uygulanmasını sağlayabilecektir.

Her ne kadar ilk dönem amacı bu şekilde olsa da, zaman içerisinde ekonomik bütünleşmenin yanında siyasi birlik olma fikrinin önem kazanması ve Birliğin ekonomik güç yanında normatif bir güç[71] olarak da uluslararası arenada söz sahibi olmak istemesi, temel haklar konusuna farklı şekilde yaklaşılmasına neden olmuştur. Normatif güç olmanın en önemli unsuru, demokrasi, hukukun üstünlüğü,

70 Bkz. I. Bölüm, II-B/2'de yer alan "Öncelik İlkesi ve Temel Haklar Sorunu".

71 "Normatif Güç" kavramı ilk olarak Manners tarafından dile getirilmiş olup, geniş bilgi için bkz. **Manners, Ian,** "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms", **Journal of Common Market Studies,** C. 40, S. 2, s. 235-258.

ahde vefa gibi evrensel değerlere önem vermek, insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri savunmaktır[72]. Normatif güç, hukukun ve normların üstünlüğüne inanır[73]. Bu nedenle gerek siyasi birlik olmaya giden yolda gerek normatif güç olarak uluslararası arenada söz sahibi olmak için temel haklar konusu Birlik için kilit noktalardan bir tanesini oluşturmaktadır.

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Temel Hak Konusuna Başlangıçtaki Yaklaşımı: Yetkisizlik ve Öncelik

Divan, temel haklara ilişkin önüne gelen ilk uyuşmazlıklarda geride durmayı tercih etmiş ve ısrarla bu konunun kendi yetki alanına girmediğini vurgulamıştır. Avrupa Birliği Antlaşması m. 19[74] uyarınca, kendisine tanınan kurucu Antlaşmaları yorumlama yetkisini dar yorumlamış, temel haklar konusunun tamamen ulusal hukuk yetki alanında kaldığını belirtmek suretiyle, ulusal hukuk kurallarına uyulmasını sağlamakla yükümlü olmadığının altını çizmiştir[75]. Divan'ın bu konuya mesafeli yaklaşımının tek nedeninin bu olmadığı düşünülmektedir. Aslında Divan'ın Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında tali nitelikte kalarak, Birlik hukukunun zarara uğrayacağı endişesinin de bu duruma neden olduğu ileri sürülmektedir[76]

72 **Özcan, Mehmet – Elmas, Fatma – Kutlay, Mustafa – Mutuş, Ceren, Bundan Sonrası: Senaryo Analizleriyle Türkiye-AB İlişkileri,** Usak Yayınları, Ankara, 2009, s. 283; **Yıldırım, Kadir,** "AB, Türkiye Sivil Güç Normatif Güç", <http://www.belgeler.com/blg/2f0o/ab-turkiye-sivil-guc-normatif-guc-kadir-yildirim>, (erişim tarihi, 20.07.2011).

73 **Manners,** s. 239.

74 Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte Avrupa Birliği Antlaşmasının adı aynen muhafaza edilirken, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın adı, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma olarak değiştirilmiş olup, söz konusu madde ilga edilmiştir. Ancak ilga edilen bu hükmün içeriği Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 19'da muhafaza edilmektedir. Metin içerisinde bütünlük sağlamak adına Antlaşmaların yeni isimleri ve yeni madde numaralarına yer verilecektir.

75 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 233.

76 **Arnull, Anthony, The European Union and Its Court of Justice,** 2 nd Edition, Oxford University Press, 2006, s. 338.

Divan tarafından temel haklar konusunda sergilenen bu uzak tutum, üye devletlerin Anayasa Mahkemelerince verilen ve Birliğin geleceğini tehlikeye atacak nitelikteki kararlar[77] sonucunda değişmeye başlamıştır. Belirtmek gerekir ki, üye devlet yüksek mahkemelerinin tepkileri aslında sadece öncelik ilkesi nedeniyle temel haklar korumasının tehlikeye düşmesi ile sınırlı olmayıp, öncelik ilkesinin aynı zamanda yeri geldiğinde ulusal anayasa hükümlerini dahi uygulanmaz kılması ve kompetenz-kompetenz yetkisine ilişkindir[78].

Öncelik ilkesinin Birlik için taşıdığı önem göz önüne alındığında, Divan'ın bu konuda taviz vermesinin mümkün olmadığı daha net anlaşılmaktadır. Nitekim, Birlik hukukunun diğer bir deyişle "yeni hukuk sistemi'nin yeknesak bir şekilde tüm üye devletlerde uygulanması bu ilkeye bağlıdır.

Divan'ın bu konudaki tutum değişikliğini aşağıda ele alacağımız kararlar ile açıklamanın, konunun daha net anlaşılmasına yardımcı olacağını düşünmekteyiz.

a. Temel Haklara Uygunluk Denetimi: Stork Kararı

Divan'ın temel haklara ilişkin vermiş olduğu bu ilk kararda[79] uyuşmazlık konusu, Yüksek Otoritenin kömür satışını da kapsayan bir kararının Alman Anayasasına aykırı olduğunun ileri sürülmesi olup, davacının iddiası da

77 Solange I ve Maastricht kararları için bkz. I. Bölüm, II-B Altbaşlığında yer alan "Üye Devlet Yüksek Mahkemelerini Öncelik İlkesi ve Temel Hakların Korunması Alanındaki Divan İçtihadına Tepkileri".

78 Bu konulara "Üye Devlet Yüksek Mahkemelerinin Öncelik İlkesi ve Temel Hakların Korunması Alanındaki Divan İçtihadına Tepkileri" başlığı altında detaylı olarak yer verildiğinden tekrardan kaçınmak adına burada değinilmemiştir.

79 C-1/58, Stork v. High Authority [1959] ECR 17.

Yüksek Otorite'nin gerçekleştirmiş olduğu bu tasarruf ile neredeyse tüm üye devlet anayasalarınca koruma altına alınan temel hakları ihlal etmesidir[80]. Davacının bu iddiasına rağmen Divan, beklenilenin aksine, söz konusu Birlik tasarrufunun Alman Anayasasında düzenlenen temel haklara ilişkin hükümlere uygunluğunun denetiminin kendi yetkisinde olmadığını belirtmekle yetinmiş, bu konuda herhangi bir karar vermekten kaçınmıştır[81]. Dolayısıyla bu dava ile Divan'ın temel haklar konusunda karar vermeye başlangıçta sıcak bakmadığı sonucuna varılmaktadır[82].

b. Birlik Antlaşmalarında Temel Haklara İlişkin Düzenleme Olmaması: Geitling Kararı

Stork[83] kararına benzer şekilde sonuçlanan *Geitling*[84] kararında Divan, yetkisizliğinin yanı sıra temel haklar konusunda Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşmasında temel haklara ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığını belirtmiştir. Ulusal hukuklarca garanti altına alınan temel hakların Divan tarafından korunacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğini belirtilerek, temel haklar konusunun Divan'ın yetki alanına girmediği tezini güçlendirmeye çalışmıştır.

80 **Craig – De Burca,** s. 382; **Arnull, (2006)**, s. 338.
81 **Tangör, Burak,** "Avrupa Birliği'nde Avrupa insan Hakları Sözleşmesi", **Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi,** 2001, S. 1, s. 239; **Tekinalp, Ünal - Tekinalp, Gülören, Avrupa Birliği Hukuku,** Beta Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 606; **Goldsmith, Lord,** "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", **Common Market Law Review,** C. 38, 2001, s. 1202; **Drzemczewski, Andrew,** "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", **International and Comparative Law Quarterly,** C. 30, 1981, s. 128.
82 **Hartley, (2007),** s. 134.
83 C-1/58, Stork v. High Authority [1959] ECR 17.
84 C-40/59, Geitling v. High Authority, [1960] ECR 423.

c. Ulusal Hukuk Kurallarına Uyum Sağlama Yükümlülüğünün Reddi: Sgarlata Kararı

Divan, *Sgarlata*[85] kararı ile temel hak konusundaki uzak tutumunu daha da netleştirmiştir. Bu karar ile tüm üye devlet hukuk sistemlerinde, temel ilke olarak kabul edilenler de dahil olmak üzere hiçbir ilkenin, Birlik Antlaşmalarının doğrudan etkiyi haiz, açık hükümleri karşısında öncelikle uygulanma imkanına sahip olmadığını belirtmiştir[86]. Aslında bu suretle Divan, Birlik hukukunun önceliği doktrinini de bir kez daha vurgulamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tutumuyla Divan aynı zamanda, ulusal anayasalardaki temel hakları da yok saydığını ortaya koyarak, tüm tepkileri üzerine çekmiştir.

2. Temel Hakların Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Kabulü ve Gelişimi

Divan, *Stork*[87]*, Geitling*[88] *ve Sgarlata*[89] kararları ile Birlik hukukunun kayıtsız şartsız önceliğini vurgulamış, hatta Birlik hukuku karşısında anayasal niteliği haiz ilkelerin dahi söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Divan'ın ulusal anayasal hükümleri dahi tali bir konuma düşürmesi, üye devlet yüksek mahkemelerince öncelik doktrinin gelişiminin sınırsız olması endişesini beraberinde getirmiştir. Nitekim Antlaşmalarda yer almasa da, Divan tarafından oluşturulan bir ilke anayasal

85 C-40/64, Sgarlata v. Komisyon, [1965] ECR 215.
86 **Craig – De Burca, (2003),** s. 320; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 606.
87 C-1/58, Stork v. High Authority [1959] ECR 17.
88 C-40/59, Geitling v. High Authority, [1960] ECR 423.
89 C-40/64, Sgarlata v. Komisyon, [1965] ECR 215.

sistemin bekçileri olarak nitelendirilen üye devlet mahkemelerinin elini kolunu bağlamış olacaktır. Öyle ki yapılan sonraki tarihli bir düzenleme dahi Birlik hukukunu uygulanmaz hale getirmeyecektir. Bütün bunların yanı sıra Divan'ın yarattığı doktrinleri ulusal hukuka dayandırmak yerine üye devletlerin kendi rızaları ile Birliğe devrettikleri yetkilere dayandırması başta anayasa mahkemeleri olmak üzere üye devlet yüksek mahkemelerinin öncelik ilkesi aleyhine kararlar vermesine neden olmuştur.

Öte yandan, temel haklar tüm üye devlet anayasalarında düzenlenmiş olup, vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Özellikle Almanya ve İtalya gibi geçmişte temel hak ihlalleri sonucu sıkıntılı günler yaşayan ülkeler için temel hak korumasının ikinci planda kalması gibi bir durum kabul edilemez niteliktedir.

Üye devletler temel hakları, anayasalarına dahil etmek suretiyle kendi içlerinde gerek yasama gerek yürütme organına karşı koruma altına almışlardır. Zira, temel hak ve hürriyetleri yasama organına karşı korumanın en bilinen yolu, temel hak ve hürriyetleri yazılı bir anayasaya dahil etmektir. Böylece, temel haklar, ulusal normlar hiyearşisinde en tepede yer alan anayasanın koruması altına girerek, yasama organının bu haklara dokunma imkanı ortadan kaldırılmış olur. Ancak, bunun tam olarak gerçekleşmesi için, ülkede bir anayasa yargısının da olması gerekir[90]. Temel hakların, yürütme organına karşı korunması ise, yürütme organının tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici ve idari kararlar gibi bireysel işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması ile mümkündür. Bu şekilde koruma altına alınan temel hak konusuna üye devletlerin vermiş olduğu önem bu derece ortadayken, ulusal hukuk düzeninin bekçileri olarak nitelendirebileceğimiz üye devlet yüksek mahkemelerinin bu konuyu

90 **Gözler, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş,** Ekin Kitabevi, Bursa, 2004, s. 146-159.

kendi denetimi altında tutmaya çalışması şaşırtıcı değildir. Öyle ki, temel hak konusunda herhangi yazılı bir belgeye dahi sahip olmayan Birliğin öncelik ilkesi aracılığıyla üye devletlerce sağlanan temel hak korumasını tehlikeye atma ihtimali üye devlet mahkemelerince yeterince büyük bir endişe nedenidir. Bu sebeple üye devlet yüksek mahkemeleri öncelik ilkesi karşısında temel haklar konusunu öne çıkartarak, Birlik hukuku ile temel hakların yeterince korunamayacağını bu nedenle temel hak konusunda yetkinin kendilerinde olduğunu belirtmek suretiyle öncelik ilkesine karşı tepkilerini de gözler önüne sermişlerdir.

Divan öncelik ilkesinin hayata geçirilebilmesinin ancak üye devlet ulusal mahkemeleri ile işbirliği sağlanmak suretiyle mümkün olduğunun farkındadır. Temel hak konusunda ulusal mahkemelerin tutumu, bu konunun Divan tarafından dikkate alındığının ispatlanması ve bu suretle üye devlet mahkemelerinin ikna olması ile aşılabileceğini göstermektedir. Divan, bu amaçla işe, temel hak korumasının Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu kabul etmekle başlayarak, temel hak konusunda Birlik içtihat hukuku yaratmıştır. Divan'ın bu yaklaşımı bir süre sonra Birlik kurumlarını da harekete geçirmiş, kurumların temel hak koruması konusunda yapmış olduğu çalışmalar üye devlet Anayasa Mahkemelerinin Birliğin temel hak konusunda yeterli koruma sağlayamacağı fikrinden yavaş yavaş uzaklaşmaya başlamasına neden olmuştur.

Divan'ın vazgeçilmezi öncelik ilkesi olup, ilkenin tüm üye devlet hukuk sistemlerinde uygulanması Birlik hukukunun varlığının ön koşuludur. Dolayısıyla, Divan'ın temel hak konusuna eğilmesinin en azından o dönem için, tek nedeninin öncelik ilkesinin ulusal mahkemelerce kabulü ile işbirliğinin sağlanması

olduğu düşünülmektedir. Ekonomik bütünleşmenin sağlanmasının ön koşulunun Birlik hukuk kurallarının bütün üye ülkelerde aynı şekilde uygulanması olduğu göz önüne alındığında bu durum daha net anlaşılmaktadır.

1990'ların başından itibaren bu sebebin yanına başkaları da eklenmiş olup, Birliğin ekonomik bütünleşmenin yanında siyasi bir birlik olma yolunda ilerlemesi de bir diğer neden olarak gösterilmeye başlanmıştır. Bu amaca yönelik gerçekleştirilmesi gerekenlerin başında ise her üye devlette olduğu gibi, Birliğin kendine özgü bir temel haklar anlayışına ve hatta kataloğuna sahip olması gelmektedir[91].

Sonuç olarak, öncelik ilkesinin üye devlet mahkemelerince kabulünün sağlanması amacıyla temel hak koruması Divan gündemine girmiş ve bu amaçla Divan tutum değiştirmiştir. Siyasi bir birlik olma fikrinin ortaya çıkması ve Birliğin sürekli olarak eleştirildiği demokratik meşruiyet sorunu Divan'ın konuya verdiği önemin artarak devam etmesine neden olmuştur.

a. İlk Adım: Temel Hakların Birlik Hukukunun Genel İlkeleri Arasında Kabul Edilmesi: Stauder Kararı

Temel haklara ilişkin ilk olumlu gelişmenin yaşandığı *Stauder*[92] kararında uyuşmazlık konusu, Komisyon'un sosyal yardımlardan yararlananların sadece kendi adlarına düzenlenmiş bir belge karşılığında ucuz tereyağı almalarını

91 **Schimmelfennig, Frank,** "Competition and Community, European Constitutional Courts, Rhetorical Action and the Institutionalization of Human Rights in the European Union", **Journal of European Public Policy,** C. 13, S. 8, 2006, s.1247 - 1264

92 C-29/69, Stauder v. City of Ulm, [1969] ECR 419.

öngören kararıdır. Davacı Stauder, savaş mağduru olması nedeniyle söz konusu yardıma hak kazanmış ancak, yardımdan yararlanmak için isme düzenlenen belgenin küçük düşürücü olduğunu, bu uygulama ile temel insan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür[93]. Ön karar usulü ile Divan, önüne gelen davada, öncelikle Komisyon kararında belge üzerinde isim bulunması zorunluluğu öngörülmediğini ve temel insan haklarının Birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu ve Divan tarafından korunduğunu belirtmiştir[94].

Bu karar ile Divan, temel hakların, Birlik hukuk düzeninin genel ilkelerinden biri olduğunu belirterek, Birlik düzeyinde bir temel hak anlayışının varlığını ortaya koymuştur[95].

b. İkinci Adım: Birlik Hukukunda Korunacak Temel Hakların Tespitinde İlk Kaynak: Üye Devletlerin Anayasal Gelenekleri- Internationale Handelsgesellschaft Kararı

Gerek kararın içeriği, gerekse ileriye dönük etkileri nedeniyle oldukça önemli ve tartışmalı olan *Internationale Handelsgesellschaft*[96] kararı, ortak tarım politikasına getirilen bir düzenlemeye ilişkindir. Söz konusu düzenleme ile belirli tarım ürünlerinde pazarı denetim altında tutabilmek için, ihracatçıların

93 **Hartley, (2007),** s. 134: **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 117; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 607; **Craig – De Burca,** s. 382.

94 C-29/69, Stauder v. City of Ulm, [1969] ECR 419, para. 6-7; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 117; **Hartley, (2007),** s. 134;**Craig – De Burca,** s. 382; **Tekinalp – Tekinalp,** s. 607.

95 **Lenaerts, Koen - De Smijter, Eddy,** "A 'Bill of Rights' for the European Union", **Common Market Law Review**, C. 38, 2001, s. 276; **Collinson, Ken,** "A Charter of Fundamental Rights of the European Union: Unified Human Rights Protection in Europe", s. 7, <http://www.bu.edu/lawlibrary/research/int/caruso/Human%20Rights.doc>, (erişim tarihi, 04.11.2009).

96 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.

öncelikle depozit yatırarak bir ihracat lisansı alması öngörülmüş ve alınan bu ihracat lisansı süresince ihracatın yapılmaması halinde depozit olarak yatırılan bedelin geri ödenmemesi düzenlenmiştir[97]. Davacı tarafından, Birlik düzenlemesinin Alman Anayasa Hukukunun temel ilkelerinden orantılılık ilkesine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü davada Divan, Birlik tasarruflarının denetiminin, ulusal hukuk kurallarına göre yapılamayacağını, bu tasarrufların geçerliliğinin ulusal hukuk kurallarına göre değil, ancak Birlik kriterlerine göre belirlenebileceğini belirtmiştir[98]. Hatta öncelik ilkesine vurgu yaparak, üye devlet anayasalarında yer alan temel haklara ilişkin hükümlerin ihlali dahi söz konusu olsa Birlik hükümlerinin geçersiz olmayacağını belirtmiştir[99].

Divan, bir yandan talebi olumsuz yanıtlarken öte yandan Hartley'nin de belirttiği gibi kararını yumuşatmak için temel haklara saygının, Divan tarafından korunan Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu, bu tür hakların korunmasının, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmesine rağmen, Birliğin yapı ve amaçlarına uygun olması gerektiğini belirtmiştir[100].

Temel haklar konusunda bir dönüm noktası olarak kabul edilen bu kararda, yapılan yorumdan da anlaşıldığı üzere Divan, temel haklara saygının Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu bir defa daha tekrar etmiştir. Hatta, temel haklara sağlanacak korumanın üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmek suretiyle Birliğin yapı ve amaçları doğrultusunda ve Birlik hukukunun önceliğine zarar verilmemesi koşuluyla mümkün olduğunu ortaya koymuştur.

97 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 116; **Hartley, (2007),** s. 134; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 608.
98 **Hartley, (2007),** s. 135; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 117.
99 **Hartley, (2007),** s. 134-135; **Craig – De Burca,** s. 382-383; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 117; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 608.
100 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125, para. 4; **Hartley, (2007),** s. 135; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 117.

Divan'ın temel haklar konusundaki koruma sınırını belirleme yetkisini tekelinde bulundurması üye devletlerin tepkisine neden olmakla birlikte, ortak anayasal geleneklere atıf yapılması temel haklar konusunda olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

c. Üçüncü Adım: Birlik Hukukunda Korunacak Temel Hakların Tespitinde İkinci Kaynak: İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması kapsamında Komisyonun, kömür satıcılarının kömür almadan önce asgari satış rakamında anlaşmalarını öngördüğü düzenlemenin temel insan haklarından olan mülkiyet hakkını ihlal ettiği ve dolayısıyla serbest ekonomik faaliyeti engellediği iddiası ile açılan *Nold*[101] davasında Divan, her iki hakkı da Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul etmiş ancak söz konusu haklara sağlanacak korumanın *Internationale Handelsgesellschaft*[102] kararında belirtildiği üzere Birliğin yapı ve amaçları ile sınırlı olduğunu vurgulayarak ihlalin varlığını kabul etmemiştir[103].

Her ne kadar davacı açısından *Nold*[104] kararı olumsuz sonuçlanmışsa da, iki açıdan büyük önemi haizdir. Divan, Birlik tasarrufunun temel hakları ihlal ettiği sonucuna varmamış olsa da, temel haklara ters düşen Birlik

101 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.
102 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.
103 **Hartley, (2007),** s. 135.
104 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.

tasarruflarının iptal edileceğini belirtmiştir. Bunun yanısıra, *Internationale Handelsgesellschaft*[105] kararında temel hak korumasının dayanağı olarak kabul edilen ortak anayasal geleneklere, temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalar da eklenerek büyük bir adım atılmıştır[106]. Belirtmek gerekir ki, üye devletlerin taraf oldukları temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmaların Birlik hukuku çerçevesinde sadece rehber olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir[107]. Bu kapsamda insan haklarının korunmasına özgülenmiş bir belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine referans yapılmış[108] ve AİHS'nin Birlik hukuku çerçevesi içinde yol gösterici bir kaynak olduğu belirtilmiştir.

Divan, bir sonraki kararında AİHS'ye yaklaşımını daha da netleştirmiş ve doğrudan AİHS'nin ilgili maddelerine atıfta bulunmuştur[109].

Hauer[110] kararı ile Divan, atıf yapmanın ötesinde ilk kez AİHS'de yer verilen bir hakkı kararına esas teşkil edecek şekilde tartışmış ve AİHS'nin ilgili hükmünü Birlik standardı olarak kullanmıştır[111]. Şarap üretimi için geçici olarak asma ekiminin yasaklandığı Birlik Tüzüğü'nün, mülkiyet hakkına aykırı olduğunun ileri sürüldüğü davada, mülkiyet ve ticaret yapma hakkı Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul edilmiş ancak, genel çıkar gözönüne alındığında Birlik tasarrufunun yerinde olduğu karara bağlanmıştır[112].

105 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.
106 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491, para. 13; **Drzemczewski,** s. 130, **Hartley, (2007),** s. 136.
107 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491, para. 13.
108 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491, para. 12; **Avbelj, Matej,** "European Court of Justice and the Question of Value Choices, Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods", **Jean Monnet Working Paper,** 06/04, s. 27.
109 Bkz. 36/75, Rutili v. Ministre de I'Interieur, [1975] ECR 1219; **Tangör,** s. 240.
110 C-44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, [1979] ECR 3727.
111 **Tekinalp - Tekinalp,** s. 608; **Hartley, (2007),** s. 136; **Craig – De Burca,** s. 386-390.
112 **Hartley, (2007),** s. 136; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 608; **Craig – De Burca,** s. 390.

B. Üye Devlet Yüksek Mahkemelerinin Öncelik İlkesi ve Temel Hakların Korunması Alanındaki Divan İçtihadına Tepkileri

Alec Stone Sweet'in yapmış olduğu sınıflandırmaya göre öncelik ilkesi özellikle üç açıdan üye devlet mahkemelerinin tepkisine neden olmuştur. Çalışmamızda bu sınıflandırma esas alınacak olup, bu kapsamda öncelik ilkesi ile anayasal denetim, temel hak sorunu ve kompetenz/kompetenz ilişkilerine sırasıyla değinilecektir.

1. Öncelik İlkesi ve Anayasal Denetim

Yasaların anayasaya uygunluğu denetiminin yapıldığı ülkelerde öncelik ilkesi, Birlik hukuk kurallarının ulusal anayasal kurallara aykırılığı halinde dahi bu kuralların denetim dışında bırakılmasına neden olmaktadır. Bu suretle Anayasa Mahkemelerine başvurmaksızın ulusal hukuk kuralının uygulanmamasına ulusal alt derece mahkemelerince karar verilmesine imkan yaratılmakta, bu durum da yüksek mahkemelerce eleştirilmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda tartışmaların en yoğun yaşandığı İtalya, Almanya ve Fransa yüksek mahkemelerinin tutumuna yer verilecektir.

Uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri konusunda ikici görüşü benimseyen İtalya'da, *lex posterior derogat* kuralı hakim olup, Birlik hukukunun, sonraki tarihli olup olmadığı hiç bir önem taşımaksızın ulusal hukuk karşısında öncelikli olarak uygulanması ihtilaf doğmasına neden olmuştur.

İtalyan Anayasa Mahkemesi Birlik lehine egemenlik haklarının sınırlanmasının Anayasasının 11. maddesi uyarınca yapıldığını belirtmiş, çıkış noktası olarak bu maddeyi göstermiştir. Söz konusu madde uyarınca, "... İtalya, uluslararası alanda barış ve adaleti sağlayan bir düzen oluşturmak amacıyla, diğer devletlerle karşılılıklılık esasında, gerekli egemenlik haklarının kısıtlanmasını kabul eder. Bu amaçlara sahip olan uluslararası örgütleri, teşvik eder ve destekler."

Her ne kadar 11. madde egemenlik haklarının sınırlandırılmasına imkan verse de, İtalyan Anayasa Mahkemesine göre, bu madde ile uluslararası örgütlerin oluşturduğu hukuk kuralının iç hukuktaki yeri arasında herhangi bir ilişki yoktur[113]. Diğer bir deyişle, Anaysanın 11. maddesinde yer verilen düzenlemenin uluslararası örgütlere ait kuralın ulusal hukuk kuralı karşısında öncelikli olarak uygulanmasına izin vermesi ve *lex posterior* kuralını geçersiz kılması veya sonraki tarihli bir ulusal tasarrufun yapılmasına imkan vermemesi gibi bir durum söz konusu değildir. İtalyan Anayasa Mahkemesi *Costa v. ENEL*[114] davasında Divan'ın öncelik ilkesine ilişkin yorumlarına rağmen *lex posterior* kuralının uygulanması gerektiğini savunmuştur.

1984 tarihli *Granital*[115] kararına kadar İtalyan Anayasa Mahkemesi öncelik ilkesini kabul etmemiş ve içtihadına *lex posterior derogat* kuralı hakim olmuştur. Bu süreçte özellikle alt derece mahkemelerinin Divan tarafından kendilerine tanınan Anayasa Mahkemesi yerine geçerek karar verebilme imkanı

113 **De Witte, Bruno,** "Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition", **Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, Joseph,** (Eds.), **The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence,** Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 288.

114 C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

115 Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, No. 170/84, 8 June 1984, [1984] 21 CMLRep. 756.

Anayasa Mahkemesinin tutum değiştirmesinde etkili olmuştur. *Granital*[116] kararı ile birlikte İtalyan Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli dahi olsa, Birlik hukuk kuralı karşısında ulusal hukuku uygulamama yükümü getirmiştir. Ancak İtalyan Anayasa Mahkemesi bu durumu yine Birlik hukukunun kendine özgü yapısına dayandırmak yerine, iki hukuk sisteminin birbirinden farklı olduğunu belirterek, tanınan bu önceliğin temelini kendi Anayasasının 11. maddesine dayandırmıştır.

Benzer problemler İtalya gibi ikici yaklaşımı benimseyen Almanya'da da söz konusu olup, Alman Anayasa Mahkemesi Alman Anayasası'nın 24. maddesini uluslararası örgütlere üye olabilme ve doğrudan etki ve öncelik ilkelerinin kabulünde anayasal temel olarak kabul etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi de İtalyan Anayasa Mahkemesi gibi öncelik ilkesinin temeli olarak Birlik hukukunun kendine özgü yapısını kabul etmekten uzaktır. Alman Anayasa Mahkemesi, özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin bulunmadığı, demokratik meşruiyeti bile tartışmalı olan bir örgüte yasama yetkisinin devri konusunda problemler olduğunu ileri sürmektedir[117].

Alman ulusal mahkemelerinin öncelik ilkesinin kabulü karşısındaki olumsuz tutumlarının asıl nedeni Divan tarafından temel haklara sağlanacak korumanın yetersiz olacağı endişesidir. Bu konu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Tekçi görüşü benimseyen Fransa'da, 1958 tarihli Fransız Anayasası m. 55 çerçevesinde uluslararası antlaşmaların ulusal hukuk karşısında önceliği kabul edilmiştir. Fransa'da Birlik hukukunun önceliği ilkesinin kabulünde yaşanan sorunun

116 Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, No. 170/84, 8 June 1984, [1984] 21 CMLRep. 756.
117 **Karakaş,** s. 124.

temelinde İtalya ve Almanya'dan farklı olarak, Fransız mahkemelerinin Anayasa uyarınca sınırlı yargılama yetkisine sahip olmaları yatmaktadır[118]. Bunun yanı sıra, Fransız kamu hukukunun temel ilkeleri yasalar karşısında uluslararası antlaşmalara öncelik verilmesini güçleştirmiştir.

Söz konusu ilkeler uyarınca normlar hiyerarşisinde en üstte anayasa yer almakta olup, hakimler uygulayıcı niteliğe sahiptir. Hakimin herhangi bir yasaya uygulamaktan kaçınması aynı zamanda yasa koyucunun iradesine karşı gelme olarak yorumlanmaktadır. Birlik hukuku açısından kabul edilemez olan bu durum çoğunlukla mahkemelerin buldukları çözümlerle aşılmıştır. Örneğin, Fransız Anayasa Konseyi'nin, antlaşmaların anayasaya uygunluğu denetimini kendi görev alanında saymayarak, alt derece mahkemeleri Birlik hukukuna öncelik vermeleri konusunda desteklediği kabul edilmektedir[119]. Yine Fransız Temyiz Mahkemesi *lex posterior* kuralının uygulanması gerekçesiyle önüne gelen *Vabre*[120] kararında, sonraki veya önceki tarihli olmasına bakılmaksızın Birlik hukuku kuralının ulusal hukuk karşısında öncelikle uygulanacağını belirtmiştir. Gerek Anayasa Konseyi gerek temyiz mahkemesinin bu yaklaşımlarına rağmen Fransız Danıştayı, *lex posterior* kuralını uzun yıllar uygulayarak Birlik hukukunun önceliği ilkesini kabul etmemekte direnmiştir[121]. Bu durum 1989 tarihine kadar sürmüş olup, *Nicolo*[122] kararı ile nihayet Birlik hukukunun önceliği ilkesi Danıştaydan da kabul görmüştür. Belirtmek gerekir ki, söz konusu kabul Almanya ve İtalya gibi Anayasa hükümlerine dayandırılmış

118 **Craig – De Burca,** s. 289.
119 **Plötner, Jens,** "Report on France", **Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, Joseph,** (Eds.), **The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence,** Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 42.
120 Jacques Vabre and J. Weigel et Compagnie Sàrl, Tribunal d'instance, [1976] 1 CMLRep. 43.
121 **Stone Sweet, Alec,** s. 315.
122 Raoul George Nicolo [1990] 1 CMLRep. 173

olup, açıkça Anayasa karşısında Birlik hukukunun önceliğinin kabul edildiğine dair bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Öncelik İlkesi ve Temel Hak Sorunu

Öncelik ilkesinin Divan tarafından ortaya konulması sonucu Birlik düzeyinde temel hak korumasının gözardı edilmesi veya yeterli düzeyde korunmaması ulusal yüksek mahkemelerin öncelik ilkesi karşısındaki olumsuz tutumlarının ardında yatan nedenlerden bir diğeridir. Tepkilerin öncüsü olarak gösterebileceğimiz Almanya ve İtalya Anayasa Mahkemeleri, geçmişte ülkelerinde yaşanılan olumsuz deneyimler de göz önüne alındığında çok hassas yaklaştıkları ve anayasal hükümler ile güvence altına alınan temel haklar konusunda sert çıkışlarda bulunmuşlardır[123].

a. Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin Öncelik İlkesine Temel Hak Koruması Sebebiyle Baş Kaldırışı: Solange I ve Frontini Kararları

Internationale Handelsgesellschaft[124] davasının uzantısı olan *Solange I*[125] kararı, dava konusu olan depozito ücretine ilişkin Birlik Tüzüğünün Divan tarafından, Birliğin temel hak anlayışına uygun bulunması sonucunda, ulusal mahkemenin aynı sorun için Anayasa Mahkemesine başvurması üzerine verilmiştir.

123 **Avbelj,** s. 25; **Tezcan, (2002),** s. 221.
124 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.
125 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

Federal Anayasa Mahkemesine, söz konusu tüzük hükümlerinin Alman Anayasasında yer alan temel hak hükümlerine aykırı olup olmadığı sorusunun yöneltildiği davada, Federal Anayasa Mahkemesi, ilgili Birlik tüzüğünü Alman Anayasası hükümlerine uygun bulmuştur. Her ne kadar dava olumlu sonuçlanmış olsa da, karar, mahkemenin öncelik ilkesi ve temel haklar ilişkisine dair yapmış olduğu tespitler nedeniyle önemi haizdir.

Alman Anayasa Mahkemesi öncelikle Birlik tasarruflarının Alman Anayasasına tabi olup olmadığını incelemiş ve Birlik hukukunun, Alman Anayasa hukuku ve uluslararası hukuktan tamamen ayrı olduğu sonucuna varmıştır[126].

Karar uyarınca:

"Anayasanın 24. maddesi devletlerarası kurumlara egemenlik hakkının devri konusunu düzenlemektedir. Ancak bu durum devletlerarası kurumların yasama işlemleriyle Alman Anayasasının kimliğini oluşturan Anayasanın temel yapısını değiştirme yetkisi vermez. Bu tarz bir değişiklik ancak usulune uygun olarak yapılacak bir anayasa değişikliği ile mümkündür. ... Yetkili Topluluk organlarından kaynaklanan hukuk Almanyada geçerli olup, doğrudan uygulanacaktır. Ancak Anayasanın 24. maddesi Anayasanın kimliğini yok edecek Antlaşma değişikliklerini hükümsüz kılarak bu olasılığı sınırlar.

Anayasanın temel haklara ilişkin kısmı Alman Anayasasının devredilemez ve Anayasanın anayasal yapısını oluşturan kısımlardan biridir. Anayasanın 24. maddesi anayasanın temel haklara ilişkin kısmının tamamen

126 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, (Solange I), Bundesvrfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 549, para. 20.

(çekincesiz olarak) sınırlamalara konu olmasına izin vermez.“[127]

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki ifadelerle Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısındaki yerini ortaya koyduktan sonra temel haklar konusunun Anayasa içindeki yerinin ve öneminin altını çizmiştir. Ardından, Birliğin seçilmiş ve yasama yetkileriyle donatılmış bir parlamentosu bulunmaması ve temel haklar kataloğuna sahip olmaması nedeniyle Birlik hukuku ile Anayasada garanti altına alınan temel haklar arasında meydana gelecek herhangi bir çatışmada yetkili Topluluk organları çatışmaya neden olan kuralları Antlaşmada öngörülen usul çerçevesinde kaldırmadıkça Anayasada garanti edilen temel hakların uygulanacağını belirtmiştir. *Solange I*[128] kararı her ne kadar Birlik açısından olumsuz sonuçlanmamış olsa da, Anayasa Mahkemesinin temel hak kataloğunun eksikliğine değinmesi ve bu nedenle Birlik tasarruflarının Alman Anayasa Mahkemesinin temel haklara ilişkin hükümlerine tabi olacağını belirtmesi bir uyarı niteliğinde değerlendirilmektedir[129]. Nitekim bu suretle, Alman Anayasa Mahkemesi, en azından Alman Anayasasında düzenlenen temel haklarla ilgili olduğu ölçüde Birlik hukukunun önceliğini de reddetmektedir[130].

Solange I[131] kararında dikkati çeken nokta kararın adından da anlaşıldığı üzere Alman Anayasa Mahkemesinin, öncelik ilkesini reddederken, Birlik organlarının çatışmaya neden olan kuralları kaldırmadığı sürece Anayasanın temel haklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmesidir. Nitekim Solange kelimesinin ingilizce karşılığı “as long as“ olup, türkçe karşılığı “sürece“dir. Kararın

127 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Bundesvrfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540, para. 22 - 23.
128 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.
129 **Hartley, (2007),** s. 242.
130 **Tezcan, (2002)**, s. 222.
131 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

aksi ile yorumundan Anayasada garanti edilen temel hakların uygulanmasının Topluluk organlarının çatışmaya neden olan kurallarının giderilip giderilmemesine bağlı olduğu ve giderilmesi halinde öncelik ilkesinin de kabul edileceği sonucuna ulaşılmaktadır[132]. Bu ilk uyarının ardından Alman Anayasa Mahkemesi tutumunu sertleştirmiş ve Divan'ın temel haklara Alman Anayasasında sağlanan koruma standardının altında koruma sağlaması halinde Birlik hukukunun geçerli olmayacağını belirtmiştir[133].

İtalyan Anayasa Mahkemesi de Alman Anayasa Mahkemesine benzer bir tutum izlemiş ve *Frontini*[134] kararı ile Birlik hukukunun İtalyan Anayasasında düzenlenen temel haklar da dahil temel ilkeleri ihlal etmesi halinde, Birlik hukukunun önceliği ilkesinin uygulanmayacağını açıkça dile getirmiştir[135].

Buna göre:

"... Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen egemenlik sınırlamalarına belirtilen amaçlara ulaşılması amacıyla izin verilmektedir, bu nedenle bu tarz sınırlamalar dışında, ... Avrupa Ekonomik Topluluğu organlarına insanın vazgeçilmez hakları veya anayasal düzenimizin temel ilkelerini ihlal edecek kabul edilemez bir güç vermemektedir. ... yukarıda bahsedilen temel ilkelerle Antlaşmanın uyumunu bu mahkeme (Anayasa Mahkemesi) temin edecektir[136]."

132 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Bundesvrfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540, para. 22 - 23.

133 Bkz. 22 Ekim 1986, Wünsche Handelsgesellschaft, [1987] 3 CMLRep. 225; 12 Mayıs 1989, Tobacco Advertising, Case 2 BvQ 3/89, [1990] 1 CMLRep. 570.

134 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372.

135 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 236; Geniş bilgi için bkz. **Cartabia, Marta,** "The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Union", **Slaughter, Ann-Marie, - Stone Sweet, Alec, - Weiler, Joseph** (Eds.), **The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence**, Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 133-144; **Tezcan, (2002),** s. 226.

136 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372, para. 21.

Frontini[137] kararıyla İtalyan Anayasa Mahkemesi aslında kısmen de olsa Birlik hukukunun önceliği ilkesini kabul ederken, öte yandan buna bir sınır çizmektedir. Söz konusu sınır Anayasanın 11. maddesinde yer verilen amaçlarla birlikte anayasal düzenin temel ilkeleri ve temel haklar olarak belirtilmiştir. Birlik organlarının temel hakları ihlal ettiği düşünüldüğü anda İtalyan Anayasa Mahkemesi de Alman Anayasa mahkemesi gibi müdahale hakkını kendisinde saklı tutmuştur[138].

Her iki karardan da anlaşıldığı üzere, üye devlet anayasa mahkemelerinin koşulsuz ve şartsız öncelik ilkesini kabulü mümkün görünmemektedir. Her iki mahkeme de çekinceler ileri sürmekte ve temel hakların Anayasalarının çekirdeğini oluşturduğundan bahisle Birlik organlarının yetkilerini kullanırken bunları ihlal edip etmediklerini denetlemeye devam edeceklerini dile getirmişlerdir.

b. Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin Tepkilerden Geri Adımı mı?: Solange II ve Fragd Kararları

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Birliğin temel hak konusunda yeterli koruma sağlayamayacağı ve Birlik hukukunun önceliğinin kabul edilemez olduğuna hükmettiği *Solange I*[139] kararının üzerinden on iki yıl geçtikten sonra, *Solange II*[140] kararında farklı bir tutum sergilemiş ve katı eleştirisinden

137 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372.
138 **Laderchi Ruggeri, P., Francesco,** "Report on Italy", **Slaughter, Ann-Marie, - Stone Sweet, Alec, - Weiler, Joseph** (Eds.), **The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence**, Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 162. vd.
139 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.
140 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

uzaklaşmıştır.

Solange II[141] kararını ilk karardan farklı kılan Divan'ın bu karar ile aslında öncelik ilkesini kabul etmesidir. Koşulsuz bir kabulden söz edilemese de, Alman Anayasa Mahkemesinin geri adım attığı söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin on iki yıl içerisinde tutum değiştirmesinin altında Divan'ın ve Birlik organlarının temel hak konusuna yaklaşımlarının yattığı anlaşılmaktadır. Divan, 1974 tarihli *Solange I*[142] kararının gerekçesinde yapılan eleştiriler doğrultusunda kararlarına yön vermiş, başta Avrupa Parlamentosu olmak üzere Birlik organları temel haklar konusunda hazırladıkları ve yayınladıkları bildiriler, açıklamalar ve kararlar ile temel hak konusuna da Birlik gündeminde yer verdiklerini ifade etmişlerdir.[143]. Aslında bu şekilde üye devlet Anayasa Mahkemelerinin tepkilerinin Birlik tarafından ciddiye alındığı da ortaya konulmuştur. Nitekim *Solange I*[144] kararı Avrupa Parlamentosu üyelerinin doğrudan seçilmemesi ve Birliğin yazılı bir temel hak kataloğuna sahip olmaması gibi önemli iki gerekçeye dayandırılmıştır. *Solange II*[145]'ye kadar ki süreçte, 1977 yılında Birlik kapsamında temel haklar konusunda atılan ilk ve somut adım olan "Temel Haklara İlişkin Ortak Bildirge"nin Konsey ve Komisyon'un yanı sıra Avrupa Parlamentosu tarafından imzalanmış, Birliğe üye devletlerin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmasının ardından son olarak Konsey tarafından üye devletlerde mevcut olan temsili demokrasi ve insan haklarına saygının Birlik üyeliğinin önemli

141 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.
142 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.
143 Bkz. I. Bölüm, IV- A Alt Başlığında yer alan "Birlik Organlarının Temel Haklara İlişkin Açıklama Bildiri ve Kararları".
144 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.
145 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

unsurları olduğu 1978 tarihli deklarasyon ile kabul edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi de *Solange II*[146] kararı ile temel hak konusunda Birlikte yaşanan bu gelişmelerin farkında olduğunu ve bu gelişmelerden memnuniyet duyduğunu aşağıdaki paragrafla dile getirmiştir:

"Bu gelişmeler ışığında, Avrupa Topluluğu ve özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihadı Toplulukların egemen yetkileri karşısında temel haklara etkili bir koruma temin ettiği *sürece* Federal Anayasa Mahkemesi, yargılama yetkisini ikincil nitelikli Topluluk hukuku düzenlemelerinin uygulanabilirliği konusunda kullanmayacak ve bundan böyle bu tür yasal düzenlemeleri Anayasada yer alan temel haklar standardı kapsamında denetlemeyecektir."[147]

Anayasa Mahkemesinin bu kararla da öncelik ilkesini şartsız kabul etmediği yine karara da adını veren "sürece" ifadesi ile doğrulanmaktadır. Temel hakların Birliğin yetkileri karşısında etkili biçimde korunması, Divan tarafından devam ettiği sürece, ki bu ifadeden o dönemde sağlanan korumayı yeterli kabul ettiği anlaşılmaktadır, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Birlik ikincil hukukunun Alman Anayasası'nın temel hak düzenine uygunluğunu denetlemeyecektir[148]. Bunun aksi ile yorumundan, Alman Anayasa Mahkemesinin Birlik hukuku ile Alman Anayasası'nın çatıştığı noktada, Divan'ın temel haklara etkili koruma sağlamada başarısız olması halinde, denetleme hakkını kendisinde saklı tuttuğu anlaşılmaktadır[149].

Etkili koruma ile ne ifade edilmek istendiğine de yine karar

146 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.
147 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.
148 **Tekinalp - Tekinalp,** s. 619; **Craig – De Burca,** s. 359; **Hartley, (2007),** s. 243.
149 **Craig – De Burca,** s. 359; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 619; **Hartley, (2007),** s. 243.

metninde değinilmeye çalışılmıştır. Buna göre, Birlik tarafından sağlanan koruma Alman Anayasasının temel haklara sağladığı koşulsuz korumaya benzer ve temel hakların özünü korumaya yönelik olmalıdır. Ancak bu durumda, Anayasa Mahkemesi denetim yetkisini kullanmayacaktır.

Frontini[150] kararının ardından İtalya'daki duruma baktığımızda, *Solange II*[151] kararı ile benzerlikler içermekle birlikte *Fragd*[152] kararı ile İtalyan Anayasa Mahkemesinin müdahaleci tutumundan vazgeçmeye pek niyetli olmadığı anlaşılmaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi, AT hukukunun bireysel kurallarının İtalyan Anayasasında yer alan temel ilkelere aykırılığının söz konusu olduğu durumlarda öncelikle ön karar usulü ile Divanın yorumunun alınması gerektiğini karara bağlamıştır. Divan tarafından yapılan yorumun İtalyan Anayasasında yer verilen temel haklara ilişkin düzenlemelere uygun olması halinde İtalyan Anayasa Mahkemesi herhangi bir müdahalede bulunmayacaktır. Aksi durumda ise, Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim hakkı saklıdır. Yapılan anayasal denetim sonucunda aykırılık tespit edilirse, denetime tabi olan tasarrufun uygulanması mümkün olmayacaktır[153].

İtalyan Anayasa Mahkemesi denetim hakkını sadece Anayasanın insan haklarına ilişkin temel ilkeleri ile sınırlı tutmadığını da bu karar ile belirtmiştir. 1995 tarihli *Foro Italiano*[154] kararı ile İtalyan Anayasa Mahkemesi, Divan'ın yorumu

150 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372.
151 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.
152 Spa Fragd v. Amministrazione della Finanze, n. 232, 21 April 1989, 72 RDI.
153 **Gaja, Giorgio,** "New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law", **Common Market Law Review,** C. 27, 1990, s. 83; **Adaoğlu,** s. 64; **De Witte, Bruno,** "Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order", **Craig, Paul, – De Burca, Grainne,** (Eds.), **The Evolution of the EU Law, Oxford University Press**, Oxford, 1999, içinde, s. 202.
154 Foro Italiano, n. 509, 18 December 1995, 784.

alınmaksızın Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağını belirtmek suretiyle *Fragd*[155] kararını uygulamaya koymuştur[156].

İtalyan Anayasa Mahkemesinin *Fragd*[157] kararıyla sergilediği tutum bir yandan Birlik hukukunun "mutlak önceliği" gibi bir durumun söz konusu olmadığına işaret ederken öte yandan Divan kararlarının da anayasal denetime tabi olmasına yol açacak niteliktedir. Nitekim böyle bir durum Birlik hukuku açısından kabul edilemez niteliktedir. Ancak İtalyan Anayasa Mahkemesi bu denetim hakkına zaten pek başvurmamış olsa da , teorik olarak bu hakkı kendisinde saklı tutmuştur[158].

Her ne kadar *Solange II*[159] kararıyla, öncelik ilkesini temel haklara sağlanacak koruma kapsamında çekince ile kabul etmiş olsa da, İtalyan Anayasa Mahkemesinin Divan kararlarını da anayasal denetime açık hale getirmesi nedeniyle Alman Anayasa Mahkemesinden bir adım öteye gittiği söylenebilir.

3. Öncelik İlkesi ve Kompetenz/Kompetenz Sorunu

Bilindiği gibi üye devletler Birliğe egemen yetkilerinin bir kısmını devretmişler ve Birlik organlarının Antlaşmalarla kendilerine tanınan yetkilere sahip olduğunu belirtmişlerdir. Dolayısıyla, Birlik organlarının sınırlı bir yetkiye sahip olduğu ve Birliğin bu yetkiyi aşıp aşmadığının denetlenebileceği Alman Anayasa Mahkemesince ileri sürülmektedir. Bu çerçevede kompetenz-kompetenz konusunda Almanya Anayasa Mahkemesi yetki konusunu doğrudan ele alırken, diğer üye devlet

155 Spa Fragd v. Amministrazione della Finanze, n. 232, 21 April 1989, 72 RDI.
156 **De Witte, (1999),** s. 202.
157 Spa Fragd v. Amministrazione della Finanze, n. 232, 21 April 1989, 72 RDI.
158 **Craig – De Burca,** s. 301; **De Witte, (1999)**, s. 202.
159 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

mahkemelerinin bir kısmı tarafından da bu konu dolaylı olarak ele alınmıştır[160]. Kompetenz-kompetenz sorunu üye devlet anayasa mahkemeleri ile Divan arasındaki ilişkinin netliğe kavuşturulması anlamında önemli olup, bu kapsamda öncelik ilkesi ile doğrudan bir bağlantıya sahiptir.

a. Alman Anayasa Mahkemesinin Maastricht Kararı

Solange II[161] kararı ile Birlik hukukunun önceliği ikesini şartlı olarak kabul eden Alman Anayasa Mahkemesi bundan tam yedi yıl sonra siyasi niteliği haiz, ulusal egemenlik kavramı ve bunun sınırları üzerinde tartışmalara neden olan *Maastricht*[162] kararına imza atmıştır.

Davanın konusu, Avrupa Birliği Antlaşmasını Alman iç hukukunda onaylayan yasa ile demokrasi açığı yaşayan Birliğe devredilen egemenlik yetkilerinin genişliğidir. Söz konusu yetki devrinin Alman Anayasasında vatandaşlara tanınmış temel haklardan biri olan oy hakkı ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Bu iddiadan yola çıkan Anayasa Mahkemesi Avrupa Birliği Antlaşmasının anayasal niteliğini egemenlik kavramı kapsamında ele almıştır[163]. Bu çerçevede Alman devletinin egemenliğini tescil ederken, Birlik hukukunun Alman Anayasasının temellerine uygunluğu konusunda karar verme yetkisinden feragat etmediğini, hatta Birlik yetkisinin kapsamı üzerinde denetim yapmaya devam

160 Fransa, İtalya, Belçika ve Danimarka'da Yüksek Mahkemelerinin kararlarında dolaylı olarak bu konuya değinilirken, Hollanda, Finlandiya, Lüksemburg ve İngiltere'de yargı organlarınca bu konuya değinilmemiştir.

161 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

162 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

163 **De Witte, (1998),** s. 297-298.

edeceğini belirtmiştir[164]. Bu karar ile Alman Anayasa Mahkemesi bir yandan Birlik hukukunun önceliği ilkesini şarta bağlı olarak kabul ettiğini beyan ederken[165], öte yandan Birlik tasarruflarının anayasallığını denetleme yetkisinin kendisinde olduğunu ortaya koyarak yetkinin hangi düzeyde kim tarafından kullanılacağını belirleme yetkisinin[166] kendisine ait olduğunun altını çizmektedir[167]. Buna göre Alman Anayasa Mahkemesi Alman halkının temel haklarının etkili şekilde korunmasını kendi yargı yetkisi ile garanti ettiğini, Birliğe devredilen egemen yetkiler karşısında da bu garantinin devam edeceğini belirtmektedir[168].

Kararda en çok dikkati çeken noktalardan bir tanesi Birliğin, Avrupa Birliği Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra dahi bir "devletler birliği" olarak kalacağı ve Almanya'nın da üye devletlerden biri olduğudur. Bu devletler birliğinin sahip olduğu yetki üye devletlerden kaynaklanmakta olup, bu yetkinin Alman egemenlik alanında bağlayıcı etkiler doğurabilmesi Alman hukukuna bağlıdır. Almanya, belirsiz bir süre için Birliğe bağlılığını dile getirmiş olan "Antlaşmaların Efendi"lerinden bir tanesidir. Ancak, aksi yönde bir tasarrufla bu bağlılığa son verebilir. Nitekim, Almanya egemen devlet özelliğini kendisinde saklı tutmaktadır[169]. Birlik, üye devletler tarafından kendisine tanınan ve açıkça Antlaşmalarda yer verilen yetkileri aşmayacak, başta Divan olmak üzere Birlik kurumları kendilerine tanınan yetki sınırları içerisinde hareket edeceklerdir[170]. Özellikle bu yetkilerin kullanımında

164 **Craig – De Burca,** s. 293.
165 **Craig – De Burca,** s. 359-360.
166 Bu yetki doktrinde Kompetenz/Kompetenz sorunu olarak adlandırılmaktadır.
167 **De Witte, (1998),** s. 298; **Herdegen, Matthias,** "Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an Ever Closer Union", **Common Market Law Review,** C. 31, 1994, s. 242.
168 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57, para. 13.
169 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57, para. 55.
170 **Hartley, (2007),** s. 245; **Craig – De Burca,** s. 361.

Alman Anayasasında bireylere tanınan haklara tecavüz etmeyeceklerdir. Dolayısıyla, bu karar ile Anayasa Mahkemesi, Birlik hukuku üzerindeki yargı yetkisini Divan ile işbirliği ilişkisi içinde kullandığını, Birliğe tanınan egemenlik yetkilerine karşı da etkili bir temel hak koruması sağlanmasının kendisi tarafından gözetileceğini belirterek, denetim hakkını saklı tutmuştur[171].

Özellikle Alman Anayasasına eklenen ve Avrupa Birliği Antlaşmasının onaylanabilmesine imkan yaratan 23. madde aslında *Maastricht*[172] kararı ile Alman Anayasa Mahkemesinin neyi vurgulamak istediğini özetler niteliktedir.

Söz konusu madde uyarınca:

"Birleşik bir Avrupa yaratmak amacıyla, Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik, sosyal ve federal ilkelere; hukukun üstünlüğü ilkesine; katmanlı yetki ilkesine bağlı olan ve işbu Anayasa'nın sağladıklarına uygun temel hakları koruma sözü veren Avrupa Birliğinin gelişme sürecine katılmalıdır. Bu amaçla, Federasyon, egemen yetkilerini, Parlamento'nun onaylayacağı yasa yoluyla aktarabilir. Avrupa Birliği'nin kuruluşu, işbu Anayasa'yı değiştiren/tamamlayan ya da değişiklikleri/ilaveleri mümkün kılan antlaşma temellerindeki ve örnek düzenlemelerdeki değişiklikler de dahil olmak üzere, 79. maddenin 2. ve 3.

171 **Kumm, Mattias,** "Who Is The Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice?", **Common Market Law Review,** C. 36, 1999, s. 369; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 621; **Arsava, Füsun,** "Üye Devletlerin Anayasa Tasarısı Işığında Statüsü ve Etki Olanakları", **Uluslararası Hukuk ve Politika,** C. 2, S. 6, 2006, s. 88; **Arsava, Füsun,** "Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Karakteri", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 1, 1981, s. 128.

172 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

fıkralarına[173] tabi olacaktır.“[174]

Alman Anayasasına eklenen bu madde ile Almanya'nın Birlik üyeliğini desteklerken aynı zamanda Avrupa entegrasyonunun ne şekilde ve hangi yönde ilerlemesi gerektiğine dair sınırlar da belirlenmiştir[175]. Dolayısıyla, Alman Anayasa Mahkemesinin “Antlaşmaların Efendi”leri ifadesi ile anlatmak istediği entegrasyonun açık ve maddi sınırlarının üye devletlerce belirlenebileceği, onların görüşünün aksine hareket edilemeyeceğidir. Bu suretle, egemenlik yetkilerinin halen üye devletlerde olduğunun altı bir kez daha çizilmek istenmiştir[176].

Solange II[177] kararıyla Alman Anayasa Mahkemesinin öncelik ilkesi karşısında tutumunun yumuşadığı düşünülürken, *Maastricht*[178] kararı ile özellikle egemenlik ve yetki konusunda sergilediği katı tutumun altında 90lı yılların başından itibaren Birlikte yaşanılan gelişmeler yatmaktadır. Birlik yetkilerinin genişlemesine rağmen Divan'ın bu konuda hareketsiz kalması, ulusal mahkemelerin Birlik yetkilerinin sınırını kendi anayasal kuralları çerçevesinde belirleme ihtiyacını gündeme getirmiştir. Bunun yanı sıra Divan içtihadının ulusal mahkemelerin yetkisine müdahale eder tarzda kararlar verdiğinin düşünülmesi de *Maastricht*[179]

173 Alman Anayasası m. 79/2 uyarınca, Anayasada değişiklik yapabilmek için Temsilciler Meclisi ve Senato'nun 2/3'ünün onayının gerektiği düzenlenmiş olup, 79/3'te Anayasanın 1 ila 20. maddelerinde yer verilen temel haklara ilişkin düzenlemelerin değiştirilemez olduğu düzenlenmiştir.; Alman Anayasasının ingilizce metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html>, (erişim tarihi, 16.10.2011).

174 Çeviri için bkz. **Mindek, Can,** “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon Antlaşması Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, **İktisadi Kalkınma Vakfı,** <http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/1-federal_almanya_anayasa_mahkemesi-can_mindek-temmuz_09.pdf>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

175 **De Witte, (1998),** s. 296-297.

176 **Arsava**, **(2006)**, s. 78

177 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

178 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

179 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

kararına uzanan süreci hızlandırmıştır[180].

Alman Anayasa Mahkemesinin yanı sıra Avrupa Birliği Antlaşmasının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi talebiyle kompetenz/kompetenz sorunu Fransa ve Danimarka üst derece mahkemelerinde de ele alınmıştır. Fransız Anayasa Konseyi uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili olduğu ve bu denetimin, Antlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için Anayasada ne tür değişiklikler yapılması gerektiğini belirtmekle sınırlı olduğu sonucuna ulaşmıştır[181]. Aynı konuda Danimarkada açılan davada, Danimarka Yüksek Mahkemesi, Birlik hukukunun geçerlilik denetiminin Divan'a ait olduğunu, ancak Birliğin yetkisinin bulunmadığı alanlarda düzenleme yapılması halinde (*ultra vires*) ilgili düzenlemenin Danimarkada uygulanmayacağını karara bağlamıştır[182]. İtalyadaki duruma baktığımızda ise kompetenz/kompetenz konusunda doğrudan açılmış bir dava olmamakla birlikte *Frontini*[183] ve *Granital*[184] kararları yorumlanmak suretiyle, Birliğe hangi yetkilerin devredildiği konusunda karar verme yetkisinin Anayasa Mahkemesinde olduğu söylenebilir[185].

Alman Anayasa Mahkemesi *Maastricht*[186] kararı ile Birlik yetki alanının sınırlarını belirleme yetkisinin üye devletlerde olduğunu, Birlik kurumlarının kendilerine tanınan yetki kapsamında hareket edip etmediklerinin denetiminin de üye

180 **Weiler, Joseph,** "A Quiet Revolution, The European Court of Justice and Its Interlocutors", **Comparative Political Studies,** C. 27, 1994, s. 532; **Baykal, Sanem,** "Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 4, S. 1, 2004, s. 133-134.

181 **Karakaş,** s. 183; **Plötner,** s. 50-54; **Adaoğlu,** s. 68.

182 Carlsen v. Prime Minister, 6 April 1998, **Common Market Law Review,** C. 3, 1999, s. 854.

183 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372.

184 Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, No. 170/84, 8 June 1984, [1984] 21 CMLRep. 756.

185 **Cartabia,** s. 143-144.

186 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

devlet yüksek mahkemelerinde olduğunu vurgulamıştır. Aslında bu karar ile Birlik ve ulusal hukuk arasında kayıtsız ve şartsız kabul edilen bir öncelik ilkesinin varlığından söz edilemeyeceği açıkça ortaya konulmuştur. Üye devletlerin de ulusal üst derece mahkemeler ile benzer görüşleri paylaştıkları ve Divanın yukarıda ele aldığımız aktif tutumundan hoşlanmadıkları doğrudan etki ve öncelik ilkelerini Antlaşmalara dahil etmemelerinden anlaşılmaktadır[187].

b. Alman Anayasa Mahkemesinin Lizbon Kararı

Maastricht[188] kararından tam on yedi yıl sonra Alman Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle halen aynı düşüncede olduğunu ortaya koymuştur. *Maastricht*[189] kararı ile bir çok benzerlik içeren *Lizbon*[190] kararında, Alman Anayasa Mahkemesi Lizbon Antlaşması'nı onaylayan ulusal yasa, Anayasayı Tadil Eden Kanun ve Avrupa Birliğine İlişkin Konularda Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Eyalet Temsilciler Meclisi'nin (Bundesrat) Yetkilerinin Genişletilmesi ve Güçlendirilmesine Dair Kanunun Alman Anayasasına uygunluğunu denetlemiştir[191].

Alman Anayasa Mahkemesine Avrupa bütünleşmesinin Alman anaysal demokrasisi üzerindeki etkisinin sorulduğu[192] davada ileri sürülen iddiaları

187 **Alter, (1996),** s. 479.
188 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.
189 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.
190 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).
191 **Janc i, Davor,** "Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy After Lisbon?", **Columbia Law Journal of European Law,** C. 16, 2010, s. 10.
192 **Oddvar Eriksen, Erik – Fossum, John Erik,** "Bringing European Democracy Back In-Or How to Read the German Constitutional Court's Lisbon Treaty Ruling?", **European Law Journal,** C. 17, S. 2, 2011, s. 154.

özetleyecek olursak; Lizbon Antlaşmasının Federal Meclisin yetkilerini azaltmak suretiyle Alman vatandaşlarının oy hakkını düzenleyen 38. maddesinin ihlal edildiği, nitelikli çoğunluk ile karar alınacak alanların arttırılarak, ulusal parlamentoların dolaylı da olsa Birliğe sağladıkları demokratik meşruiyet unsurunun zarar gördüğü, Birliğin zaman içerisinde federal bir devlete dönüşeceği ve bu durumun Almanya için kabul edilemez olduğu ve bu durumun Anayasanın 23. maddesinin ihlali anlamına geldiği, Antlaşma değişikliklerinin ulusal parlamentoların onayı olmadan yapılmasına imkan sağlayacağı ileri sürülen "esneklik hükmü"nün yine Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir[193].

Anayasa mahkemesi bu iddialar çerçevesinde ele aldığı davada, Birliğin halen egemen devletlerin eşitliği prensibine dayandığını, Birliğin bazı politika alanlarında federal devlet gibi hareket etse de Lizbon Antlaşması ile birlikte federal bir yapılanmaya gitmediğinin altını çizmektedir. Kararda en çok dikkati çeken nokta Anayasa Mahkemesinin Avrupa Parlamentosuna olan yaklaşımıdır. Anayasa Mahkemesi, Avrupa Parlamentosunu artan yetkilerine rağmen ikincil nitelikte görmekte ve meşruiyetin öncelikli olarak ulusal parlamentolara ait olduğunu savunmaktadır. Birlik demokratik meşruiyetini üye devletlerde mevcut olan temsili demokrasilerden almaktadır[194]. Bunun aksinin söz konusu olabilmesini de Birliğin kendi yetkisi konusunda karar verme yetkisinin (kompetenz/kompetenz) kendisine ait olması halinde mümkün olduğunu belirtmektedir ki bu Anayasa Mahkemesine göre mümkün değildir[195].

Bunun yanı sıra Alman Anayasa Mahkemesi Birlik vatandaşlığı

193 **Mindek,** s. 4-5.
194 **Oddvar Eriksen – Fossum,** s. 154.
195 **Janc i,** s. 12.

kavramının varlığına rağmen, Lizbon Antlaşmasının tüm bireylerin isteklerini temsil eden ve Birlik vatandaşlarının eşit seçimiyle göreve gelen bir siyasi karar alma organına sahip olmadığı görüşünü değiştiremediği sonucuna ulaşmıştır[196]. Bir başka deyişle Avrupa Parlamentosu, egemen Avrupa halkını temsil etmekten uzak olup, üye devlet halklarını temsil etmektedir[197].

Öte yandan Anayasa Mahkemesi bazı önemli politika alanlarında egemenliğin Birliğe devrinin hassas ve anayasal anlamda problemli olduğunu belirtmek suretiyle ulusal parlamenter imtiyazlar konusundaki hassasiyetini dile getirmiştir[198]. Söz konusu alanlar anayasal bir devletin demokrasi çerçevesinde ülkesini yönetmesine imkan yaratacak konulardır. Örneğin ceza ve ceza usul hukuku, sivil ve askeri güç kullanımı, bütçe kontrolü, sosyal politika ve aile hukukuna ilişkin konularda Biriğe devredilecek yetkilerin dar yorumlanması ve bunların yetki dışına çıkılmadan kullanımının gözetilmesi gerekmektedir.

Lizbon[199] kararının *Maastricht*[200] kararında yapılan eleştirileri temelsiz olarak bir adım ileriye götürmeye çalıştığı eski tartışmaları tekrar gündeme getirmesinden anlaşılmaktadır. Nitekim, söz konusu kararın demokrasi ve kimlik konuları üzerine inşa edildiği ve kararda Lizbon Antlaşmasında getirilen düzenlemelerin dahi Avrupa Parlamentosu seçimlerinde olması gereken eşitliği

196 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

197 **Janc i,** s. 12.

198 **Lindseth, Peter,** "The Law-Regulation Distinction and European Integration: reflections on the German Jurisprudence from the 1960s to the Present", <http://www.juspoliticum.com/The-Law-Regulation-Distinction-and,257.html?artpage=2-4>, (erişim tarihi, 26.07.2011).

199 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

200 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

sağlayamadığı ve bugün hala Birlik seviyesinde demokrasinin ulusal parlamentoların himayesinde olduğu vurgulanmıştır[201]. Aslında Divan'ın bu kararla 90'lı yıllarda gündemde olan demokrasi ve halk tartışmalarını canlandırmaktan öteye gitmediği söylenebilir[202] Benzer şekilde kararda kimliğe yönelik ileri sürülenlerde yeni olmayıp, ulusal anayasal kimlik Birlik entegrasyonuna getirilebilecek sınır olarak ilk olarak *Solange I*[203] kararında dile getirilmiştir. *Solange I*[204] kararının üzerinden 37 yıl geçmesine rağmen Alman Anayasa Mahkemesi ulusal anayasal kimliğin korunmasını *Lizbon*[205] kararının temel gerekçelerinden biri olarak ileri sürmektedir[206].

Anayasa Mahkemesi, *Lizbon*[207] kararı ile aslında *Maastricht*[208] kararını yinelemekte ve Birlik hukukunun önceliği ilkesi karşısında yaklaşımında değişen hiç bir şey olmadığını, Divan'ın aksine Birliğin üye devletler tarafından kendisine devredilen egemenlik yetkilerine dayandığını söylemektedir[209]. Birlik hukukunun kendisine tanınan yetkiler, sınırlar kapsamında kalmak koşulu ile Birlik hukukunun önceliğini kabul etmektedir. Öncelik ilkesine ilişkin protokolün

201 **Mayer, Franz,** "Rashomon In Karlsruhe, A Reflection On Democracy and Identity in the Europen Union: The German Constitutional Court's Lisbon decisiona nd the changing landscape of European constitutionalism", **Jean Monnet Working Paper,** 05/10, 2010, s. 30–31.

202 Söz konusu tartışmalar için bkz. **Grimm, Dieter,** "Does Europe Need a Constitution?", **European Law Journal,** C. 1, S. 3, 1995, s. 282 – 302; **Habermas, Jürgen**, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?", **European Law Journal,** C. 1, S. 3, 1995, s. 303 – 307; **Weiler, Joseph,** "Demos, Telos and the German Maastricht Decision", **Jean Monnet Working Paper,** 06/95, 1995.

203 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

204 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

205 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

206 **Mayer,** s. 39–40.

207 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

208 Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassunggericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

209 **Doukas, Dimitrios,** "The Verdict Of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon treaty: Not guilty, but don't do it again!", **European Law Review,** C. 34, 2009, s. 871.

Antlaşmaya eklenmiş olması da bu durumu değiştirmediği gibi, aksine Alman Anayasa Mahkemesinin anayasal sınırlar kapsamında öncelik ilkesini kabul ettiğini teyit etmektedir[210]. "Antlaşmaların Efendi"leri halen üye devletler olup, bütünleşmenin sınırları da onlar tarafından belirlenecektir.

Bu bağlamda Lizbon Antlaşmasının Onaylanmasına Dair Kanun ile Anayasayı Tadil Eden Kanun Alman Anayasasına aykırı bulunmazken, Avrupa Birliği Konularında Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Eyalet Temsilciler Meclisi'nin (Bundesrat) Yetkilerinin Genişletilmesi ve Güçlendirilmesine Dair Kanun Anayasanın 23. ve 38. maddelerine aykırı bulunmuş, yeniden formüle edilmesi öngörülmüştür. Bu durumun gerekçesi ise her iki meclise Antlaşma değişikliklerinde yeterli katılım hakkı tanınmamış olmasıdır[211].

Üye devletler belli ölçüde egemenlik yetkilerini Birliğe devretmeyi kabul etmiş olsalar da üye devlet anayasa mahkemeleri öncelik ilkesinin üye devlet anayasal hükümlerinden kaynaklandığını belirtmek suretiyle, aslında "Antlaşmaların Efendi"leri olarak egemenlik yetkilerinin halen kendilerinde olduğunu her iki kararla da belirtmeye çalışmışlardır. Benzer kararlar Polonya[212], Fransa[213], Belçika[214] Anayasa Mahkemelerince de verilmiştir. Bu kararlar kapsamında Anayasa Mahkemeleri öncelik ilkesinin sınırsız olarak kabulünün mümkün olmadığının altını çizmeye çalışmışlardır.

Öncelik ilkesinin önemi, Birliğin amaçlarına ulaşabilmesi ve Avrupa bütünleşmesinin gerçekleştirilebilmesi için Birlik hukukunun uluslararası

210 **Mindek,** s. 6.
211 **Mindek,** s. 7.
212 K 18/04, Bkz. **Hartley, (2007),** s. 256.
213 Minister of the Interior v CohnBendit [1980] 1 CMLRep. 543
214 21 Mayıs 1971 Minister for Economic Affairs v. Fromagerie Franco-Suisse, Cour de Cassation, Belgium, [1972] CMLRep. 330.

hukuktan farklı olarak yeni bir hukuk sistemi oluşturduğunun kabulü ile bu yeni sistemin tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanmasına hizmet edecek öncelik ilkesinin üye devlet ulusal mahkemelerince fiilen icrasını gerektirmektedir.

Alt derece mahkemeleri açısından bu durum sorun yaratmazken özellikle anayasa mahkemeleri başta olmak üzere ulusal üst derece mahkemeleri açısından öncelik ilkesinin kabulü sıkıntı yaratmıştır. Özellikle düalist görüşü benimseyen üye ülkeler Birlik hukukunun önceliğini kendine özgü yapısına dayandırmak yerine kendi anayasalarından kaynaklandığı kabul etmekte olup, bu durum "Birlik hukuku, kendisinin dayanak noktası olarak gösterilen ulusal anayasalar karşısında nasıl öncelikli uygulanma hakkına sahip olabilir?„ sorusunu gündeme getirmektedir[215]. Aksi durum, üye devlet üst derece mahkemelerinin kendileri ile çeliştiği sonucunu doğuracaktır.

Ulusal mahkemelerin Divan tarafından yaratılan ve geliştirilen doktrinler karşısında neden tavır değiştirdiği konusunda doktrinde dört farklı görüş mevcuttur[216].

Hukuki yaklaşıma göre, ulusal mahkemelerin rızasının altında ulusal kabullenme yatmaktadır. Buna göre, eğer bir hukuk düzeni varsa, bu hukuk düzeninin gereklerini en iyi şekilde karşılayacak doktrinlerin mevcudiyeti de gereklidir. Bu yaklaşıma göre, Birlik hukuk sisteminin oluşması ve yeknesaklığın sağlanabilmesi için öncelik ve doğrudan etki ilkelerine gerek ve ihtiyaç vardı ve bu nedenle ulusal mahkemeler de Birlik hukukunun mantığını kabul etmişlerdir. Bu

215 **De Witte, (1999),** s. 202.

216 **Alter, Karen,** "Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integra, The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence", **Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, Joseph** (Eds.), **The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence,** Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 227-251.

yaklaşım, özellikle bir çok üye devletin öncelik ilkesinin hukuki dayanağı olarak kendi anayasalarını kabul ettiklerini gözardı etmesi nedeniyle eleştirilmektedir.

Neo-realizm yaklaşımına göre ise, ulusal çıkarlar ulusal mahkemelerin rızasında etkili olmuştur. Divan tarafından yaratılan ilkeler, üye devletlerin çıkarına olduğu için kabul edilmiştir. Weiler'a göre, bu doktrinler oluşturulmazsa Birlik hukuku ihlal edilirdi[217]. Üye devletlerin hiçbirinin Birlik hukukunu ihlal etmemesi hepsinin çıkarına olduğu için rıza gösterilmiştir. Bu yaklaşım yürütmenin yargıyı etkileme gücüne sahip olduğu varsayımına dayanması nedeniyle eleştirilmektedir. Nitekim Birlikte politikacıların ulusal yargı yerlerini etkileme çabalarına karşılık, özellikle yüksek mahkemelerin bu çabalardan etkilenmediği bilinmektedir.

Neo-fonksiyonalist yaklaşıma göre, Divan içtihadı toplumun belli kesiminin bütünleşmeden elde ettikleri çıkarları korumalarına yardımcı olmuştur. Bu kimseler dava tarafları, hakimler, ve akademisyenler olarak sıralanabilir. Yeni bir alanın ortaya çıkması bu konuda gerek akademisyenlere gerek avukatlara yeni çalışma alanları sağlarken, özellikle ulusal alt derece hakimlerin üst derece mahkemeler karşısındaki pozisyonunu güçlendirmiş ve bu durum alt derece mahkemelerin Divan kararlarına uymasını kolaylaştırmıştır. Bu yaklaşıma getirilen eleştiri öncelik ilkesinin kabulünün geç olmasını açıklamada yetersiz kaldığıdır.

Bu konudaki son teori olan mahkemeler arası rekabet yaklaşımına göre ise, alt derece mahkemeler üst derece mahkemelere kıyasla söz konusu doktrinleri daha çabuk kabul edip uygulamışlardır. Buna sebep olarak ise, bu teori kapsamında Divan kararlarına öncelik vererek üst derece mahkemeler karşısında

217 **Weiler, (1994),** s. 521.

güçlü konuma geçme fikridir. Nitekim, kararları üst derece mahkemeler tarafından değiştirilemeyecektir. Üst mahkemeler ise bunun tam aksi yaklaşım sergileyip, mümkünse alt derece mahkemelerin Divan'a başvurusunu dahi engellemeye çalışmıştır. Ancak zamanla, Birlik hukuku ile ulusal hukukun iç içe geçmesi bütünleşme sürecinin gelişmesi, üst mahkemelerin yumuşamasına neden olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki bu yumuşama öncelik ilkesinin kabulünde ulusal anayasalarının hukuki dayanak olarak gösterilmesinde bir değişikliğe yol açmamıştır.

Alter'ın da belirttiği gibi hiç bir teori öncelik ilkesi karşısında ulusal mahkemelerin kabulünü açıklamakta yeterli olmayıp, hepsinin bir arada değerlendirilmesi yerinde görülmektedir[218]. Ancak özellikle mahkemeler arası rekabet yaklaşımı genel olarak tüm üye ülkelerdeki durumu açıklar niteliktedir.

Sonuç olarak, öncelik ilkesinin üye devletlerce kabulü konusunda üç ana başlık altında topladığımız sorunların tamamen giderildiğini veya ortadan kaldırıldığını söylemek özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin *Lizbon*[219] kararı sonrasında pek mümkün değildir. Birlik kapsamında öncelik ilkesinin tüm üye devletlerce kabulü ve uygulanması uzun süredir devam etmekte olsa da, öncelik ilkesinin üye devletlerce kayıtsız ve şartsız kabul edilmediği açıktır. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin Birlik hukukunun ve bu kapsamda Birlik kurumlarının kendilerine tanınan yetkiler dışına çıkmaları halinde denetim yetkisini kendisinde tutmaya devam edeceği anlaşılmaktadır.

Temel haklar ve öncelik ilişkisine baktığımızda ise tepkinin genel

218 **Alter, (1998),** s. 246-248.

219 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>,

anlamda İtalyan ve Alman yüksek mahkemelerinden geldiği bilinmektedir. *Solange I*[220] kararıyla Alman Anayasa Mahkemesinin yazılı bir temel haklar kataloğunun varlığını talep ettiği, her ne kadar iki karar arasında yazılı bir temel haklar katoloğu oluşturulamamışsa da yaşanılan gelişmeleri olumlu karşıladığı *Solange II*[221] kararıyla Divan tarafından temel haklara sağlanan korumayı yeterli kabul etmesinden anlaşılmaktadır. İtalyada da benzer durum geçerli olmakla beraber her iki ülke yüksek mahkemeleri de anayasa ile teminat alınan temel haklara Divan tarafından etkili ve yeterli koruma sağlanmadığını düşündüğü anda anayasal denetim hakkını kullanacaklarını belirtmektedirler. Dolayısıyla, temel hak koruması konusunda yaşanacak bir olumsuzluk yine öncelik ilkesinin üye devletlerce uygulanmaması riskini beraberinde getirmektedir.

Bugün itibariyle Birliğin yazılı hatta hukuken bağlayıcılığa sahip bir temel hak kataloğuna sahip olması, bütünleşme sürecinin ekonomik alanın yanı sıra daha bir çok politika alanını da kapsamına dahil etmesi, Birliğin normatif güç olma konusunu da gündemine alması temel hak korumasının Birlik içinde öncelikli konulardan biri olduğunu göstermektedir. Lizbon Antlaşmasıyla birlikte Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olma konusunun Antlaşma metnine dahil olması konunun Birlik açısından önemini daha da iyi vurgulamaktadır. Temel hak koruması, öncelik ilkesinin gündeme geldiği yıllarda, üye devlet yüksek mahkemelerinin tepkileri nedeniyle önce Divan ardından Birlik kurumlarınca dikkate alınmış olsa da, bugün öncelik ilkesinin kabulü için bir koz olmaktan öte öncelikli

(erişim tarihi, 28.07.2011).

220 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

221 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

olarak uygulanması gereken konuların başında gelmektedir. Nitekim Birlik ve üye devletler için aynı derecede önemli olan bu konu, bu seviyeye ulaşana kadar bir takım aşamalardan geçmiş ve bazen Divan kararları kapsamında öncelik mi? temel haklar mı? ikilemi de yaşanmıştır. Yaşanan bu ikilemi Birlik amaçları ile açıklamak mümkün olup, bu konudaki Divan içtihadına yeri geldikçe değinilecektir.

C. Temel Haklar mı? Öncelik İlkesi Aracılığıyla Birlik Hukukunun Etkili Şekilde Uygulanması mı?

Özellikle 90'lı yılların başında Divan tarafından karara bağlanan bir çok uyuşmazlık, doktrinde oldukça eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin birçoğu Divan'ın temel haklar konusuna yaklaşımı ve ele alma biçimine yöneliktir. Temel haklar konusunu içtihadıyla oluşturmaya çalışan Divan, korumayı hedeflediği konunun temel haklar mı, yoksa Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanması mı olduğu konusunda tereddüt yaratmıştır. Bu durum Divan'ın bir kısım yazarlarca[222] temel hakları, Avrupa entegrasyonu sürecini hızlandırmak adına kullanmakla eleştirilmesine neden olmuş, akıllara "*Divan, temel haklar konusunda ciddi midir yoksa sadece Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanması adına temel haklardan faydalanmakta mıdır?*" sorusunu getirmiştir[223].

Divan'ın bu konudaki içtihadı ilginç bir seyir izlemektedir. Divan'ın 90lı

222 **Coppel, Jason, - O'Neill, Aidan,** "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", **Common Market Law Review,** C. 29, 1992, s. 669–692.

223 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Morijn, John,** "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution", **European Law Journal,** C. 12, S. 1, 2006 s. 38; **Weiler, Joseph, - Fries, Sybilla,** "A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences", **Alston, Philip** (Ed.), **The EU and Human Rights** Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 163-164.

yılların başında vermiş olduğu *ERT*[224] ve *SPUC/Grogan*[225] kararları dikkat çekmektedir. *ERT*[226] kararının konusunu kamu güvenliği gerekçesiyle tekelci yayın haklarına sahip olan Yunan radyo televizyon istasyonunun, piyasaya yeni firmaların girişini imkansızlaştırdığı ve hizmetlerin serbest dolaşımını engellediğinin iddiası oluşturmaktadır. Divan, "üye devletlerin hizmetlerin serbest dolaşımına sınırlama getiren herhangi bir ulusal kuralının haklı kabul edilebilmesi için, söz konusu tasarrufun Birlik hukukunun genel ilkeleri ve kısmen temel haklar ışığında yorumlanması gerekmektedir. Sadece, Divan tarafından koruma altına alınan temel haklara uygun ulusal kurallar bu istisnadan yararlanabilir" diyerek, pazar özgürlüklerine ilişkin bir sınırlamanın söz konusu olabilmesi için ulusal tasarrufun Divan'ın koruma altına aldığı temel haklara uygun olması koşulunu getirmektedir. Divan ulaştığı bu sonuç ile pazar özgürlüklerine ilişkin sınırlamaları temel haklara uygunluk açısından da denetleyeceğini belirterek pazar özgürlüklerine sınırlandırma getirilme ihtimalini azaltmaktadır. Böylece Birlik amaçlarından olan pazar özgürlüklerinin sağlanması kolaylaştırılmaktadır.

SPUC/Grogan[227] kararında ise eleştirilerin ortak noktası Divanın, temel özgürlüklere temel hakların üzerinde bir koruma sağladığı ve bu suretle Divan'ın temel özgürlükler olarak nitelendirilen serbest dolaşım haklarını korumayı hedeflediğidir. Söz konusu uyuşmazlıkta, bir takım öğrenci dernekleri tarafından hazırlanan ve İngiltere'de hizmet veren kürtaj kliniklerine ilişkin bilgilere yer verilen

224 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925.
225 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.
226 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925.
227 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.

broşürlerin, doğmamış çocukların korunmasına yönelik oluşturulan bir dernek (Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd) tarafından İrlanda Anayasasındaki maddeye aykırı olduğu ileri sürülerken, öğrenci dernekleri ise söz konusu maddenin Birlik hukukuna aykırı olduğunu, hizmetlerin serbest dolaşımının engellendiğini ve AİHS m. 10 ile tanınan ifade özgürlüklerinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Divan, kararda sadece bilgi sunma hizmeti ile hizmetlerin serbest dolaşımı arasındaki ekonomik bağın mevcudiyetini incelemiş, aralarında böyle bir bağın mevcut olmadığını saptadığında ise temel haklardan olan ifade özgürlüğüne ve yaşam hakkına yeterince değinmeden Birlik hukuku açısından hizmetlerin serbest dolaşımına bir sınırlama getirmediğini saptayarak karara bağlamıştır. Karar bir çok açıdan eleştirilmiş olup[228], çalışmamız açısından önemi Divan'ın üye devlet anayasasında teminat altına alınan yaşam hakkına ilişkin düzenleme ile Birlik hukukunda yer alan hizmetlerin serbest ile dolaşımına ilişkin düzenlemenin karşı karşıya gelmesi durumunda yaptığı tercihtir. Diğer bir deyişle öncelik ilkesi ve temel haklar karşı karşıya gelmiştir.

228 Yapılan eleştirilerden bir tanesi Divan'ın, ancak ekonomik bir bağın mevcudiyeti halinde temel hak konusunda inceleme yaptığı, dolayısıyla, temel hakların kendiliğinden tümüyle Divan'ın koruması altında olmadığıdır. Bunun için bkz. **Barnard, Catherine, The Substantive Law of the EU,** The Four Freedoms, Oxford University Press 2007, s. 336; **Tekinalp - Tekinalp**, s. 617; **Gündüz, Aslan,** "Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireylerin Hakları", **MÜ AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi,** 1999, C. 7, S. 1-2, s. 105-106; **Hartley, (2007),** s. 139; **Biondi, Andrea,** "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", **European Human Rights Law Review,** C.1, 2004, s. 56; Bir diğer eleştiri konusu, temel hakların korunmasında belirlenen standart sorunundan kaynaklanmaktadır. *Nold* kararında Divan'ın "*üye devlet anayasalarınca tanınan ve koruma altına alınan temel haklara aykırı Birlik tasarruflarını hukuka aykırı kabul edeceğini*" belirtmesi eleştirinin temelini oluşturmaktadır. Geniş bilgi için Bkz. **Coppel - O'neill,** s. 685; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 612; Tridimas'a göre ise Divan'ın konuya yaklaşımı ve tutumu gerek o günün şartları gerekse kendisine yöneltilen soru kapsamında yerindedir. Nitekim, ulusal mahkemeler böyle hassas bir konuda Divan'ın müdahalesine hazır olmadığı gibi, mevcut siyasi iklim ve kamuda hakim olan görüş ahlaki konularda dışardan gelen bir yorumu kabul edebilecek gibi gözükmemektedir. Bkz. **Tridimas, Takis, General Principles of EU Law,** Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 330-331.

Belirtmek gerekir ki bu olayda karşı karşıya gelen aynı zamanda iki temel haktır. Yaşam hakkının karşısında hizmetlerin serbest dolaşımı ile ifade özgürlüğü hakkı birlikte yer almaktadır. Nitekim, Divan'ın öncelikli olarak uygulaması gereken hükmün temel haklara ilişkin hüküm olduğu, bu konunun öncelik ilkesinin kabulü tartışmalarının yaşandığı sırada üye devlet ulusal mahkemeleri tarafından dile getirildiği ve Divan'ın da buna uygun şekilde tutum değiştirdiği düşünülürken, bu kararda temel hak konusuna değinmemesi Divan'ın pazar özgürlüklerine temel haklar karşısında öncelik verdiği eleştirisinin gündeme gelmesine neden olmuştur. Bir diğer deyişle ancak Birlik hukukunun öncelikli uygulanması söz konusu olduğu ve temel haklar konusunun da buna hizmet edeceği durumlarda Divan'ın bu konuya eğildiği ileri sürülmektedir[229]. Her ne kadar Divan'a yöneltilen soru kapsamında Divandan "yaşam hakkı" veya "ifade özgürlüğü"ne ilişkin herhangi bir talepte bulunulmamış olsa da kanımızca da, Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanmasına hizmet edecek bir durum söz konusu olması halinde Divanın yöneltilen soru kapsamının dışına çıkabileceği düşünülmektedir.

Divan 2003 yılında vermiş olduğu *Schmidberger*[230] kararı ile ilk kez temel haklar konusunun Birlik hukuku karşısında öncelikli olarak uygulanmasına açıkça hükmetmiştir[231]. Malların serbest dolaşımı gibi Birlik hukukunun temel konularından biri ile ifade ve gösteri özgürlüğünün karşı karşıya geldiği uyuşmazlıkta Divan,

229 Aksi görüş için bkz. **Weiler, Joseph - Lockhart, Nicolas,** "'Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence-Part II", **Common Market Law Review,** C. 32, 1995, s. 598.

230 C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich, [2003] ECR I-5659.

231 Bu karar öncesinde buna zemin hazırlayan karar Carpenter kararıdır. C-60/02, Mary Carpenter/Secretary of State, [2002] ECR I-6279; Kararın değerlendirmesi için bkz. **Arsava, Füsun,**"AB Üyesi Devletlerin Temel Hak Bağlantıları", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 6, S. 1, 2006, s. 3-4.

temel hakların korunmasının meşru bir menfaat olduğunu[232], bunun için her iki amaç arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Divan, ilk kez bu davada konuyu Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, m. 36 veya zorunlu gereklilikler kapsamında değil, sadece temel hak ve insan hakları çerçevesinde ele almış ve Birlik hukukuna aykırı olmadığını karara bağlamıştır.[233]. Böylece Divan'ın temel haklar mı yoksa öncelik ilkesi kapsamında Birlik hukukunun etkili uygulanması mı? sorusuna da verdiği yanıt kanımızca netleşmiştir. Malların serbest dolaşımı gibi Birlik amaçlarının en başında gelen bir konu karşısında Birliğin temel haklara öncelik vermesi ve bunu yaparken kararını derogasyon hükümlerine dahi dayanmaksızın gerekçelendirmesi öncelik ilkesi karşısında temel haklar konusunun Birlik için de önemini açıklar niteliktedir[234]. Böylece Birlik temel haklarına bağlılık öne çıkartılmıştır[235]. Temel haklar konusundaki bu olumlu gelişmenin ardından Divan *Omega*[236] kararı ile bu yaklaşımını pekiştirmiştir.

Divan'ın son dönem içtihadına baktığımızda ise Divan'ın temel haklar ve öncelik ilkesi konusundaki yaklaşımının beklenilenin aksine eskiye döndüğü yönünde eleştirilerin arttığı dikkat çekmektedir. Buna sebep olarak ise toplu eylem hakkı ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 49 ve 56'da düzenlenen hizmetlerin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkının karşı karşıya geldiği *Viking*[237],

232 C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republic of Austria, [2003] ECR I-5659.

233 **Morijn,** s. 39; **Avbelj,** s. 63-64; **Biondi,** s. 53.

234 Hatta bazı yazarlar, temel haklar karşısında ekonomik haklara öncelik tanındığı tezine hiç katılmamaktadırlar. Bkz. **Young, Alison,** "The Charter, Constitution and Human Rights: Is This the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?", **European Public Law**, C. 11, S. 2, 2005, s. 231.

235 **Arsava, (2006),** s. 3-4.

236 Schmidberger kararı ile aynı yönde bkz. C-36/02. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. **v**. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, [2004] ECR I-09609.

237 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779

Laval[238], *Rüffert*[239] ve *Luxembourg*[240] kararları gösterilebilir.

Viking ve *Laval* kararlarında dikkati çeken nokta Divan'ın toplu eylem hakkını temel haklardan kabul edip, Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu beyan etmesidir. Ancak bu durum dahi Divan'ın serbest dolaşım hakkının ihlal edildiği sonucuna varmasını engelleyememiştir. Divan, her iki karardaki yaklaşımı nedeniyle temel hakları serbest dolaşım karşısında ikincil kıldığı ve kararlarının liberal yönünün sosyal yönününden daha ağır bastığı eleştirisi ile karşı karşıya kalmıştır[241].

Her iki uyuşmazlıkta da sendikalara antlaşmadan kaynaklanan haklara müdahale etmeme görevi yüklendiği düşünüldüğünde, antlaşmadan doğan hakların temel haklar karşısında güçlendiği, bir diğer deyişle öncelik ilkesi kapsamında hareket edilmek suretiyle Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanmasına hizmet edildiği sonucuna varılmaktadır[242]. Bu durum, Divan'ın ilk yıllarda karşı karşıya kaldığı eleştiriler ile tekrar muhatap olmasına neden olmuştur. Öte yandan, Divan'ın *Laval*[243] kararında *Viking*[244] kararından farklı olarak, ulusal mahkemeye yol göstermek yerine, uyuşmazlığı kendisinin karara bağlamayı tercih etmesi kompetenz/kompetenz sorununu da tekrar gündeme getirmiştir[245]. Bu şekilde Divan,

238 C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767.

239 C-346/06, Rüffert v Land Niedersachsen [2008] ECR I-0000.

240 C-319/06, Commission v Luxembourg [2008] ECR I-4323.

241 **Reich, Norbert,** "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases Before The ECJ", **German Law Journal,** C. 9, S. 2, 2008, s. 159-160; **Davies, Anne**, "One Step Forward Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", **Industrial Law Journal,** C. 37, S. 2, 2008, s. 147-148.

242 **Spaventa, Eleanor,** "Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU", **Dougan, Michael – Currie, Samantha** (Eds.), **50 Years of the European Treaties** Hart Publishing, Oxford, 2009, içinde, s. 358-359.

243 C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767.

244 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779

245 **LB – JHR,** "The Relative Autonomy of the EU Human Rights Standard", Editorial, European **Constitutional Law Review,** C. 4, 2008, s. 200-201.

birbirine rakip iki çıkar karşısında karar verme yetkisini kendisinde toplamaktadır. Oysa, Divan'ın iş hukuku gibi spesifik bir alanda orantılılık ilkesini gerektiği gibi olaya uygulayamayacağı, bu nedenle konuyu ulusal mahkemenin yargı yetkisine bırakması gerektiği ileri sürülmektedir.[246]

Sonuç olarak temel haklar mı, öncelik ilkesi kapsamında Birlik hukukunun etkili uygulanması mı ikilemi karşısında ele aldığımız kararlara bakıldığında Divan'ın bu konuda tutarsız bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Son dönem içtihadında özellikle sosyal politika ve çalışma politikası konularında temel hak konusunu ikinci plana atmak suretiyle serbest dolaşım hükümlerine öncelik vermesi, öncelik ilkesinin kabulünde üye devlet yüksek mahkemelerince ileri sürülen sorunların tekrar gündeme gelmesine neden olmuştur. Birlik hukuk kuralları ile ulusal anayasalarda güvence altına alınan temel haklar arasındaki bir ihtilafta Divan'ın öncelik ilkesi kapsamında Birlik hukuk kuralını tercih etmesi bu durumun bir göstergesidir. Divan'ın bu tutumu öncelik ilkesi-temel haklar karşıtlığının yanı sıra kompetenz-kompetenz sorununun da tekrar gündeme taşınmasına neden olmuştur. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin *Lizbon*[247] kararının yukarıda ele aldığımız kararların ardından gündeme gelmesi ve kararda sosyal politika, çalışma politikası konularındda çekincelerin dile getirilmesi tesadüf olmadığı gibi bu durumu doğrulamaktadır.

Divan özellikle ele aldığımız bu son dört kararın ardından aktivist olarak eleştirilmeye başlanmış ve kararlarının memnuniyetsizlikle karşılanmıştır. Bu konuda

246 **Davies,** s.148; **Barnard, Catherine,** "Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?", **Barnard, Catherine – Odudu, Okeoghene** (Eds.), **The Outer Limits Of European Union Law** ,Hart Publishing, Oxford, 2009, içinde, s. 280-281.

247 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

ilk tepki Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı Roman Herzog tarafından "Divanı Durdurun,, başlıklı makale de dile getirilmiştir[248]. Söz konusu makalede Divan'ın üye devletler aleyhine yetki gasbında bulunduğu ileri sürülmüştür. Divan'ın özellikle hizmetlerin serbest dolaşımı ve iş kurma konusundaki aktivist tutumu Almanya dışında da yankı bulmuş, hatta tüm Avrupada şüphe va şaşkınlık yaratmıştır[249].

Lizbon[250] kararına bakıldığında halen özelikle Alman Anayasa Mahkemesi ve Divan arasında öncelik ilkesi ve buna bağlı olarak gerek temel haklar gerek kompetenz-kompetenz konusunda sıkıntılar olduğu, mutlak bir öncelik ilkesinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır[251]. Her iki mahkeme de hem yargılama yetkisini muhafaza etmek hem de genişletmek istemekte bu suretle birbirlerine itaat etmekten kaçınmaya çalışmaktadırlar. Ancak Birlik amaçları ve entegrasyon süreci muhafaza edildiği müddetçe gerek Divan'ın gerek ulusal üst derece mahkemelerin aralarındaki ilişkiyi kopma noktasına getirmeden hareket edeceğini ve bu kapsamda Divan'ın *Lizbon*[252] kararında yer alan uyarıları dikkate alacağını düşünmekteyiz. Aynı durum Alman Anayasa Mahkemesi için de geçerli olup, uyarılarını uygulamaya dökmesi halinde bunun etkiisiz bir davranış olacağı ve sadece bütün eleştirileri üzerine çekeceğinin bilincindedir[253].

---

248 **Herzog, Roman – Gerken, Lüder**, "Stop The European Court of Justice", **Frankfurter Allgemeine Zeitung,** 08.09.2008.

249 **Dyevre, Arthur,** "The German Federal Constitutional Court and Judicial Politics", **West European Politics,** C. 34, S. 2, 2011, s. 353.

250 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

251 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

252 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

253 **Dyevre,** s. 355-356.

III.TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA AVRUPA BİRLİĞİNİN YETKİSİ

Oluşumundan bugüne sınırlı yetki ilkesinin hakim olduğu Birlikte, kullanılan her türlü yetkinin birincil veya ikincil mevzuatta bir hukuki zemine dayanması zorunludur[254]. Bu konuya ilişkin düzenlemeler Antlaşmaların farklı maddelerinde yer almakta olup, Lizbon Antlaşması öncesinde AT Antlaşması m. 5'de yer verilen sınırlı yetki ilkesi, bu yetkinin üye devletler tarafından verildiği de belirtilerek, Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 5'de muhafaza edilmiştir[255]. Lizbon Antlaşması ile getirilen değişiklikler öncesinde, "Birlik kurumlarının Antlaşmanın kendilerine verdiği yetkilerin sınırları içinde hareket edebileceğini" düzenleyen AT Antlaşması m. 7, içeriği korunmak suretiyle Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 13'de yer almaktadır. Dolayısıyla, Birlik kurumlarının yetkilerinin Antlaşmalarda kendilerine tanınan yetkiler ile sınırlı olduğu açıktır.

Yetki konusundaki bu genel kuralın ardından insan hakları konusunda Birliğin yetkisi olup olmadığına baktığımızda, bu sorunun 79 yılından itibaren Birlik gündeminde yer aldığını görmekteyiz. Komisyon, 1979 tarihinde, Parlamento tarafından da desteklenen, Birliğin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımını öneren bir memorandum yayınlamış ve katılıma ilişkin hukuki temelin ABİHA m.

254 **Köktaş, Arif,** "Topluluk/Birlik ile Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 54, S. 2, 2005, s. 220.

255 **Baykal, Sanem,** "Avrupa Birliği'nde Yetki Sorunu ve Lizbon Antlaşması", **Akçay, Belgin – Baykal, Sanem – Kahraman, Sevilay** (Eds.), **Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler,** Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s. 241 vd.

352 (AT Antlaşması m. 308) olabileceğini belirtmiştir[256]. İngiliz Lordlar Kamarası tarafından bu konu hakkında hazırlanan raporda, bu maddenin hukuki temel olarak kullanılamayacağı, katılımın gerçekleşebilmesi için Antlaşmada değişiklik yapılması gerektiği belirtilmiş ve bu görüşün Konsey'e de yansıtılması üzerine girişim sonuçsuz kalmıştır[257].

Bu olumsuz girişimin ardından, Komisyon, 1990 yılında yayınladığı bir tebliğ ile Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı konusunu tekrar gündeme getirmiş ve bu konuda görüşmelere başlayabilmek için Konsey'den yetki talep etmiştir[258]. Komisyon'un bu girişiminin altında yatan sebep ise insan haklarının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince korunmasının daha etkili olacağına ilişkin inancıdır. Konsey, Komisyon'un bu talebini değerlendirmek üzere Divan'a, Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımının AT Antlaşmasına uygun olup olmadığı sorusunu yöneltmiştir. Divan, Konsey'in sorusuna cevap olarak, 2/94 sayılı görüşünde[259] öncelikle Birlikte, AT Antlaşması m. 5 (Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması, m. 5) uyarınca sınırlı yetki ilkesinin geçerli olduğunu vurgulamış ve antlaşmanın kurumlara insan hakları konusunda düzenleme yapmak üzere genel bir yetki tanımadığını belirtmiştir[260].

Komisyon ve bazı üye devletlerce katılımın hukuki temelinin AT Antlaşması m. 308 (ABİHA m. 352) olabileceği savına karşılık olarak ise Divan, söz konusu maddenin insan hakları konusunda düzenleme yapmak amacıyla kullanılamayacağını

256 **Arnull, Anthony,** "Left to Its Own Devices? Opinion 2/94 and the Protection of Fundamental Rights in the European Union" **Dashwood, Alan – Hillion, Christophe** (Eds.), **The General Law of E.C. External Relations** Sweet and Maxwell, London, 2000*,* içinde, s. 63; **Oder, Bertil Emrah, Avrupa Birliğinde Anayasa ve Anayasacılık,** Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 172.
257 **Arnull, (2000)**, s. 64.
258 **Oder,** s. 174.
259 Divan Görüşü no. 2/94 [1996] ECR I-1759.
260 Divan Görüşü no. 2/94 [1996] ECR I-1759, para. 27.

belirtmiştir. Divan, AT Antlaşması m. 308'in (ABİHA m. 352) sınırlı yetki ilkesine dayalı kurumsal sistemin tamamlayıcı bir parçası olduğunu, bu nedenle Birlik yetkilerinin genişletilmesine hizmet edemeyeceğini görüşünde dile getirmiştir[261]. Böylece, söz konusu hükmün antlaşmanın değiştirilmesini gerektirecek etkilere sahip düzenlemelerin yapılması için kullanılamayacağı da açıkça vurgulanmıştır[262]

Kanımızca, Divan'ın bu görüşü yerindedir. AT m. 308'de (Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 352)[263], "Ortak pazar'ın işleyişinde, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için Topluluğun, bu konuda işbu Antlaşma ile kendisine yetki verilmemiş bir işlemi yapması gerekli ise, Komisyon'un önerisi ve Parlamento'nun görüşü ile toplanan Konsey oybirliği ile düzenlemeleri yapar*"* denilmek suretiyle maddenin kullanım amacı sınırlanmıştır. Buna göre, AT Antlaşması m. 308 (ABİHA m. 352), boşluk doldurma yetkisi olarak kabul edilmekte olup, ancak ortak pazarın işleyişi çerçevesinde Antlaşmada yer alan hedeflerin gerçekleşmesi amacıyla ve Antlaşmada "gerekli" yetki öngörülmemiş ise kullanılabilir[264]. Diğer bir deyişle bu maddeye dayanlarak antlaşmalarda yer almayan bir amaç yaratılamaz[265]. Dolayısıyla, AT Antlaşması m. 308'in (ABİHA m. 352) yorumlandığı Divan'ın 2/94 sayılı görüşü ile söz konusu maddenin hukuki temel olarak kullanılmasının, Birlik yetkilerini genişletmek olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

261 Divan Görüşü, no.2/94, [1996] ECR I-1759, para. 30; **Oder,** s. 174; **Arnull, (2006),** s. 371.

262 **Arnull, (2000),** s. 66; **Oder,** s. 175.

263 Lizbon Antlaşması ile AT m. 308, ABİHA m. 352/1 olarak "Antlaşmalar'da belirtilen amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi için, Antlaşmalarda tanımlanan politikalar çerçevesinde, Birliğin bir eylemde bulunması gerekirse ve Antlaşmalarda bu eylem için gerekli yetkiler öngörülmemişse, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, oybirliğiyle hareket ederek uygun tedbirleri alır. Söz konusu tedbirlerin Konsey tarafından özel yasama usulü uyarınca kabul edilmesi durumunda da, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra oybirliğiyle hareket eder." şeklinde değişirilmiştir.

264 Divan Görüşü, no. 2/94, [1996] ECR I-1759, para. 29.

265 **Köktaş, (2005),** s. 227.

Öte yandan, yukarıda da belirttiğimiz üzere Divan, AT Antlaşması m. 308'e (ABİHA m. 352) dayanılarak yapılmak istenen işlemin etkilerinin anayasal nitelikte olduğunu, katılımın Antlaşma değişikliği ile mümkün olduğunu belirtmiştir[266]. Divan aslında bu suretle aynı yıl yapılacak hükümetlerarası konferans ile bu değişikliğin üye devletlerin elinde olduğunu belirtmiştir. Üye devletler gerçekten Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımını istiyorlarsa, hükümetlerarası konferansta antlaşmalarda değişiklik yapmak suretiyle bu şansa sahip olacaklardır[267]. Nitekim, 1996 yılında başlayan hükümetlerarası konferans, 1997 yılında Amsterdam Antlaşmasının imzalanmasıyla sona ermiş ancak, Antlaşmalarda katılıma imkan verecek bir düzenleme öngörülmemiştir. Her ne kadar böyle bir düzenleme yer almasa da, Amsterdam Antlaşması ile insan hakları konusunda genel bir hüküm olarak kabul edebileceğimiz bir düzenleme antlaşma metnine dahil olmuştur.

ABİHA m. 19'da (AT Antlaşması m. 13) Konsey'e antlaşmanın Birliğe verdiği yetkiler dahilinde kalmak koşulu ile Komisyon önerisi üzerine Parlamentoya danışıldıktan sonra, cinsiyet, ırk ya da etnik köken, din ya da inanç, yaş ya da cinsel yönelim farklılığına dayalı her türlü ayrımcılıkla savaşmak amacıyla oybirliği ile önlem alma yetkisi tanınmıştır. Her ne kadar genel bir hüküm olsa da ABİHA m. 19 (AT Antlaşması m. 13) Birlik kurumlarına insan hakları konusunda genel bir düzenleme yapma yetkisi tanımamaktadır[268]. Bunun dışında, kadın ve erkek arasında ücret eşitliğinin düzenlendiği ABİHA m. 157 (AT Antlaşması m. 141) ve kalkınma işbirliğine ilişkin politikanın yer aldığı ABİHA m. 208 (AT Antlaşması m. 177) de yine, temel haklar konusunda belirtilen alanlarda Birlik kurumlarına yetki tanıyan

266 Divan Görüşü, no.2/94 [1996] ECR I-1759, para. 35; **Craig – De Burca,** s. 406.
267 **Arnull, (2000),** s. 67.
268 **Weiler – Fries,** s. 158-159.

hükümler olup, temel haklar konusunda genel bir yetki içermemektedirler.

Temel haklar konusunda hukuki temel olarak kullanılabilecek diğer bir madde ise geniş kullanımı halinde ABİHA m. 114 (AT Antlaşması m. 95) olarak gösterilmektedir[269]. Avrupa Tek Senedi ile antlaşmalara dahil olan bu madde, tek pazarın oluşturulması amacıyla üye devlet mevzuatları arasındaki farklılıkların giderilmesi ve mevzuatların yakınlaştırılması amacına hizmet etmektedir[270]. Söz konusu madde ile düzenleme yapılmak istenilen alanın, Birlik münhasır yetki alanının dışında ve hedefinin iç pazarın kuruluşu veya işleyişi olması gerekmektedir. Ayrıca ABİHA m. 114 (AT Antlaşması m. 95) ile üye devlet mevzuatlarında yakınlaştırma/uyumlaştırma yapılması öngörülmüş olup, yakınlaştırma/uyumlaştırma yapılacak konuya ait yeni kurallar yaratılması mümkün değildir[271]. Dolayısıyla, üye devlet mevzuatlarında insan haklarına ilişkin bir düzenlemenin serbest dolaşıma engel teşkil ediyor olması halinde, Birliğin bu maddeye dayanarak sadece uyumlaştırma amacıyla, diğer bir deyişle yeni kurallar öngörmeksizin düzenleme yapabilme yetkisine sahip olduğu ileri sürülen görüşlerden bir tanesidir[272].

Sonuç olarak her ne kadar Antlaşmada temel haklara ilişkin belli alanlarlarda spesifik yetkiler Birlik kurumlarına tanınmış olsa da, Divan'ın da 2/94 sayılı görüşünde belirttiği üzere temel haklar konusunda Birlik kurumlarına tanınmış genel bir yetkiden söz etmek mümkün değildir. Temel haklar konusunda üye devletlerin Birliğe genel bir yetki tanınmaması gerektiği görüşü devam etmekte olup, mevcut durum muhafaza edilmiş; Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımının

269 **Weiler – Fries,** s. 158.
270 **Baykal, (2008),** s. 247.
271 **Baykal, (2008),** s. 247-248.
272 **Weiler – Fries,** s. 158.

ciddi olarak değerlendirildiğinin ispatı olarak ise Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesinin 2. fıkrasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılım öngörüldüğü gibi, yine aynı konuya ilişkin bir protokol Lizbon Antlaşması ile Antlaşmalara eklenmiştir[273].

Temel hak konusunda Birliğe tanınmış genel bir yetki bulunmaması Divan'ın bu konuyu öncelik ilkesi kapsamında ileri sürmesine engel teşkil etmektedir. Nitekim öncelik ilkesi, Birlik hukuk kuralı ile ulusal hukuk kuralının karşı karşıya gelmesi halinde öncelikli olarak Birlik hukuk kuralının uygulanması anlamına geldiğinden Birliğin yetkisi olmayan temel hak konusunda genel bir Birlik hukuk kuralı zaten mevcut değildir. Dolayısıyla temel hak konusunun Birlik gündeminde üye devlet üst derece mahkemelerinin öncelik ilkesine gösterdikleri tepki neticesinde oluşan Divan içtihadı ile yer aldığı doğrulanmaktadır. Ancak Lizbon Antlaşmasıyla birlikte her ne kadar temel hak konusunda Birliğe genel bir yetki verilmese de Temel Haklar Şartı'nın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınması söz konusu düzenlemenin Birlik birincil mevzuatına dahil olması anlamına geldiğinden Şart hükümleri ile ulusal hukuk kuralının karşı karşıya gelmesi halinde Şart hükümleri öncelikli olarak uygulanma hakkına sahip olmasına neden olacaktır.

273 Bu protokole III. bölümde detaylı olarak yer verilecektir.

IV.AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ

A. Birlik Organlarının Temel Haklara İlişkin Açıklama, Bildiri ve Kararları

Birlik organlarının temel haklara ilişkin girişimleri Divan ile paralellik göstermekte, hatta Divan içtihadını destekler bir nitelik arz etmektedir. Birlik organları tarafından temel haklar konusunda atılan ilk ve somut adım 5 Nisan 1977 tarihli "Temel Haklara İlişkin Ortak Bildirge" ile benimsenen yaklaşımdır[274]. Parlamento, Konsey ve Komisyon tarafından ilan edilen söz konusu Bildirge ile her üç Birlik organı yetkilerini kullanırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve üye devlet anayasa metinlerinde yer alan temel haklara ilişkin düzenlemelere saygı duyacaklarını ve Birliğin hedefleri doğrultusunda hareket ederken bu haklara uygun davranacaklarını belirtmişlerdir[275]. Öte yandan bu belge, Birlik kurumlarının Divan'ın içtihatlarında sergilediği yaklaşımı benimsediklerinin de bir kanıtı niteliğindedir.

Diğer önemli bir gelişme ise, her ne kadar üye devletlerin konuya sıcak bakmamaları nedeniyle sonuçsuz kalmış olsa da, Komisyon'un 1979 tarihinde Birlik ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin olarak yayınlamış olduğu memorandumdur. Birliğin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımının önerildiği bu belgede[276] Komisyon, bu şekilde Birlik kurumlarının tasarruflarının da

274 Joint Declaration on Fundamental Rights, Official Journal of European Communities, 1977 C103/1.

275 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 241; **Hartley, (2007),** s. 140.

276 **Mccrudden, Christopher,** "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", **Jean**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin denetimine tabi olabileceğini vurgulamıştır.

Başarısızlıkla sonuçlanan bu girişimin ardından temel haklar konusunun tekrar gündeme gelmesi ve önemli sayılabilecek adımların atılması 1984 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan Avrupa Birliğini Kuran Taslak Antlaşma (Spinelli Raporu) ile gerçekleşmiştir[277]. Nitekim, söz konusu antlaşma'nın gerek önsözünde gerekse 4. maddesinde temel haklara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Avrupa Birliğini Kuran Taslak Antlaşma'nın 4. maddesi, genel olarak üye devlet anayasaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlendiği şekliyle temel hak ve özgürlüklerin, Birlik tarafından tanındığını belirtmekte ve beş yıllık bir zaman dilimi öngörerek, başta Birlik için bir temel hak katalogunun oluşturulmasını düzenlemektedir[278].

Beş yılın sonunda Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği'ni Kuran Taslak Antlaşmada da belirtildiği üzere 12 Nisan 1989 tarihinde Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesini yayınlamıştır[279]. Bu belge ile birlikte, Birlikte ilk kez temel haklar tek bir belgede toplanarak bir katalog oluşturulmuştur. Toplamda 28 maddeden oluşan bu bildirgenin diğer bir özelliği, Divan tarafından koruma altınan alınan temel hakların yanı sıra, bir takım yeni sosyal hakları da içeriğinde barındırmasıdır[280]. Ölüm cezasının kaldırılmasından insan onuruna, yaşam hakkına

---

Monnet Working Paper, No. 10/01, 2001, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html>, (erişim tarihi, 13.01.20010), s. 3.

277 **Arnull, Anthony - Dashwood, Alan – Dougan - Michael, Ross - Malcolm - Spaventa, Eleanor - Wyatt, Derrick, Wyatt and Dashwood's European Union Law,** Londra, Sweet and Maxwell, 2006, s. 286.

278 **Rack, Reinhard – Lausegger, Stefan,** "The Role of the European Parliament:Past and Future", **Alston, Philip** (Ed.), **The EU and Human Rights,** Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 805; **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 242; **Tekinalp - Tekinalp,** s. 602; **Arnull - Dashwood – Dougan - Ross – Spaventa – Wyatt,** s. 286.

279 Declaration of Fundamental Rights and Freedoms, Official Journal, 1989 C 120/51.

280 **Neuwahl, Nanette,** "The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?", **Neuwahl, Nanette – Rosas, Allan,** (Eds.), **The European Union and Human Rights** Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 16-17; **Rack – Lausegger,** s. 806;

kadar çok geniş bir temel hak yelpazesine yer verilmiştir[281]. Nitekim bu gelişmeler, üye devletler tarafından da olumlu karşılanmış, kurucu Antlaşmalarda dahi temel haklara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmeyen Birlikte, ilk kez bir Temel Haklar Bildirgesi yayınlanmıştır.

Belki de bu gelişmelerden de güç alarak Komisyon, 1979 yılında yayınladığı memorandumla üye devletlerce sıcak yaklaşılmayan önerisini hayata geçirebilmek amacıyla 1990 yılında Konsey'e başvurmuş ve Birliğin AİHS'ye taraf olabilme ihtimallerini tespit edebilmek için yetki istemiştir. Konsey, bu konuda net bir hukuki yargıya varabilmek amacıyla Divan'dan görüş bildirmesini istemiştir. Divan, 2/94 sayılı görüşünde Birliğin AİHS'ye taraf olabilmesi için kurucu Antlaşma değişikliği gerektiğini belirtmiş ve bunun gerekçelerini sıralamıştır. Divan, Antlaşma maddelerinde bu tarz bir katılım için Birlik kurumlarına yetki veren bir düzenleme bulunmadığını, bunun da ötesinde AİHS'ye katılımın ancak Birlik hukuk sisteminin Sözleşme hükümlerine göre yeniden gözden geçirilmesi ve gerekli değişikliklerin yapılması halinde mümkün olabileceğini vurgulamıştır.

Sonuç olarak Divan, Birliğin AİHS'ye katılımı için mutlaka Antlaşmanın tadil edilmesi gerektiğini savunmaktadır[282]. Öte yandan, diğer bir sorun, Birliğe üye devletlerin mahkemeye sundukları görüşlerde belirttikleri üzere, iki mahkeme

---

Tekinalp – Tekinalp, s. 603; **Gündüz,** s. 95.

281 İnsanlık onuru (m. 1), yaşam hakkı (m. 2), kanun önünde eşitlik (m. 3), düşünce özgürlüğü (m. 4), düşünme ve ifade özgürlüğü (m. 5), özel yaşamın gizliliği (m. 6), ailenin korunması (m. 7), dolaşım özgürlüğü (m. 8), mülkiyet hakkı (m. 9), toplantı hakkı (m. 10), örgütlenme hakı (m. 11), meslek seçme hakkı (m. 12), çalışma koşulları (m. 13), toplu sosyal haklar (m. 14), sosyal güvenlik hakkı (m. 15), eğitim hakkı (m. 16), demokrasi ilkesi (m. 17), bilgi edinme hakkı (m. 18),mahkemeye başvuru hakkı (m. 19), non bis in idem ilkesi (m. 20), geriye yürümezlik prensibi (m. 21), ölüm cezası (m. 22), dilekçe hakkı (m. 23), çevre ve tüketicinin korunması (m. 24), uygulama alanı (m. 25), sınırlamalar (m. 26), koruma standardı (m. 27), hakların kötüye kullanılması (m. 28).

282 **Çavuşoğlu, Naz,** "Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Katılım Meselesi", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/naz.pdf >**,** (erişim tarihi, 13.01.2010), s. 3.

arasında nasıl ilişki kurulabileceğidir. Nitekim, Birlik hukukunda en üst yargılama merci olan Divan, Birlik hukukunun özerkliği kapsamında sahip olduğu bu konumu AİHS'nin karşısında nasıl koruyacaktır[283]?

Birlik kurumları tarafından gerçekleştirilen bu girişimler, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın da temel yapı taşları olmuş, Şart'ın oluşturulması için gerekli ve uygun zemini hazırlamıştır.

B. Temel Hakların Kurucu Antlaşmalar ve Tadil Antlaşmalarındaki Yeri

1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu kuran Paris Antlaşması ile 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu kuran Roma Antlaşmaları ile temelleri atılan Avrupa bütünleşmesi, o dönemde özellikle ekonomik alanda bir bütünleşme sağlayıp, bir ortak pazar kurma hedefine sahiptir. Kurucu Antlaşmalarda öngörülen hedefin ekonomik olması ve özellikle dört temel özgürlüğün (malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) bütünleşmeye taraf devletler arasında sağlıklı bir şekilde uygulanmasının sağlanmasını öngören antlaşmalarda bu sebeple temel haklar konusuna yer verilmemiş, hatta buna gerek de görülmemiştir. Nitekim, her iki antlaşmada ekonomik anlamda bir bütünleşme öngörmekte, dolayısıyla teknik alanlarda düzenleme ihtiyacı gündeme gelmektedir.

Kurucu Antlaşmalarda temel haklara ilişkin düzenlemelere yer

283 **Çavuşoğlu,** s. 3.

verilmemesinin diğer bir nedeni olarak da 1950'de hayata geçirilmeye çalışılan Avrupa Siyasi Topluluğu'nun başarısızlıkla sonuçlanmış olması gösterilmektedir. Paris ve Roma Antlaşmalarından farklı olarak, Avrupa Siyasi Topluluğu İçtüzük taslak metninde yer verilen hedefin siyasi olması nedeniyle, temel hak konusuna yer verilmesinin yanısıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine de atıf yapılmış ancak girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır[284]. Dolayısıyla üye devletler, siyasi bütünleşme konusunda yaşanan başarısızlığın da etkisi ile teknik ve ekonomik alanlarda bütünleşme hedefine yönelmişler ve bu nedenle de Paris ve Roma Antlaşmalarında temel hak konusuna değinmemeyi uygun görmüşlerdir[285].

Her ne kadar Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasında temel haklar katalogu gibi bir liste yer almasa da, teknik alanlara ilişkin olması nedeniyle temel haklara ilişkin bir takım hükümlere yer verildiği göze çarpmaktadır[286]. Serbest dolaşımla ilgili olarak vatandaşlığa dayalı ayrım yapmama yasağı (ABİHA m. 45-75, m. 18) ve kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit işe eşit ücret ilkesini garanti altına almaya yönelik cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmama yasağı (ABİHA m. 157) bu anlamda karşımıza çıkan hükümlerdir.

1980'li yılların başlarında kurucu Antlaşmalarda yer verilen hedeflere belirlenen tarihlerde ulaşılamayacak olmasının anlaşılması, Birliği bir takım değişiklikler yapmaya itmiş ve 1987 yılında kurucu antlaşmalarda ilk köklü değişiklikleri öngören Avrupa Tek Senedi yürürlüğe girmiştir. Temel haklara ilişkin olarak Senedin önsözünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal

284 **Tekinalp - Tekinalp,** s. 598.

285 **Mancini, Federico,** "The Making of a Constitution for Europe", **Common Market Law Review,** C. 26, 1989, s. 595.

286 **Lenaerts - De Smijter,** s. 274-275; **Duparc, Christiane**, **Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları,** Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği (çev.), Ankara, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, 1992, s. 12.

Şartı'na atıf yapılmasının yanı sıra üye devlet anayasa ve yasalarında yer verilen temel hak ve özgürlükler ile eşitlik ve sosyal adalete dayanan demokrasi anlayışının geliştirileceği belirtilmiştir[287].

Somut adımlar olarak değerlendirilebilecek değişimler ise, özellikle Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları ile gelmiştir[288]. Yapılan değişikliklerin öncelik ilkesi nedeniyle üye devlet üst derece mahkemelerinin vermiş olduğu tepkiler doğrultusunda öncelikle Divan içtihadına yansıdığı ardından Antlaşma metinlerine geçirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, yapılan bu değişiklikler üye devlet üst derece mahkemelerince olumlu karşılanarak, öncelik ilkesi karşısında tutum değiştirmelerine neden olmuştur. *Solange II*[289] kararında Alman Anayasa Mahkemesinin bu değişiklikleri göz önüne aldığı açıkça ifade edilmektedir.

Bu kapsamda, Avrupa Birliği Antlaşması olarak da adlandırılan Maastricht Antlaşması'nın F/2 maddesinde temel haklara ilişkin bir düzenleme öngörülmekle beraber Antlaşmanın önsözünde "üye devletlerin özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ile hukuk devleti ilkesine bağlı oldukları" belirtilmiştir. Antlaşmanın F/2 maddesi uyarınca, "Birlik, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde teminat altına alındığı ve üye devletlerin anayasal geleneklerinden kaynaklanan biçimiyle Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak temel haklara saygı duyar" denilmek suretiyle, ilk kez temel hak korumasına ilişkin bir hüküm Antlaşmalara dahil edilmektedir[290]. Her ne kadar ilk

287 **Tekinalp - Tekinalp,** s. 599.
288 **Craig – De Burca,** s. 403.
289 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.
290 **O'leary, Siofra,** "Aspects of the Relationship Between Community Law and National Law", **Neuwahl, Nanette – Rosas, Allan** (Eds.), **The European Union and Human Rights** Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 42.

olması nedeniyle önem arz etse de, söz konusu madde, sadece temel hakların önemini vurgulamakla yetinmesi ve bu haklara ilişkin yeterli koruma öngörmemesi nedeni ile eleştirilmiştir[291]. Nitekim ilgili madde, Divan'ın yargı yetkisi dışında tutulmuştur[292]. Bu maddenin dışında yine AB Antlaşması m. J/1-2 uyarınca, demokrasi, hukuk devleti ile insan hakları ve temel özgürlüklere saygının güçlendirilmesi ve geliştirilmesi ortak dış güvenlik politikasının amaçları arasında sayılmış ancak bu madde de Divan'ın yargı yetkisinin dışında bırakılmıştır[293].

1997 tarihinde imzalanan Amsterdam Antlaşması ile temel haklar konusunda ciddi adımlar atılmıştır. Öncelikle Maastricht Antlaşması m. F/2'de yer verilen "Birlik insan haklarına saygılıdır" hükmü yerine, üye devletlerin ortak prensipleri olan hürriyet, demokrasi, insan haklarına ve temel hürriyetlere saygı ile hukuk devleti, Birliğin de üzerine kurulu olduğu temel prensipler olarak kabul edilmiştir. Bunun yanısıra Maastricht Antlaşmasında yer verilen temel haklara ilişkin hükümlerin eleştirilmesine neden olan eksiklik giderilmiş; Divan'a, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşmalarında belirlenen yargılama alanının sınırları içinde, AB kurumlarının işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimi yetkisi verilmiştir[294]. Öte yandan, Amsterdam Antlaşmasıyla Maastricht Antlaşmasına eklenen 7. madde ile insan hakları ihlalleri karşısında üyelerin üyelik haklarının kullanılmasının Bakanlar Konseyi tarafından askıya alınması hükmü

291 **Alston, Philip – Weiler, Joseph,** "An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", **Jean Monnet Working Paper,** No. 1/99, 1999, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990101.html>, (erişim tarihi, 13.01.2010), s. 2, 8.

292 **O'leary,** s. 42.

293 **O'leary,** s. 42.

294 **Lenaerts, Koen,**"Fundamental Rights in the European Union", **European Law Review,** C. 25, 2000, s. 576; **Çavuşoğlu,** s. 2.

getirilmiş[295], yeni üyelerin Birliğe katılma sürecine insan haklarına saygı da bir şart olarak dahil edilmiştir[296].

2001 yılında imzalanıp, 2003 yılında yürürlüğe giren Nice Antlaşmasında temel haklar konusuna ilişkin getirilen tek düzenleme Amsterdam Antlaşması ile Maastricht Antlaşmasına eklenen 7. maddedeki değişikliktir. Üye devletlerin insan ihlalleri karşısında oy kullanma ve diğer bir takım haklarının askıya alınmasının düzenlendiği maddede yapılan değişiklikle Parlamento'ya da insiyatif hakkı tanınırken, Konsey'de aranan çoğunluk beşte dörde yükseltilmiş, ciddi ve sürekli bir ihlal olasılığının varlığı, hükmün uygulanması için yeterli kabul edilmiştir.

2007 yılında Antlaşmalarda değişiklik öngören Lizbon Antlaşmasının yapılması kararlaşırılmış ve oldukça tartışmalı bir dönemin ardından 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Lizbon Antlaşmasıyla Avrupa Birliği Antlaşmasına eklenen 2. madde ile "Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır." denilerek değişiklikten önce Antlaşmanın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen Birliğin üzerine kurulu olduğu ilkeler, geliştirilmiş ve ilke yerine değer olarak adlandırılmıştır.

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği Antlaşmasında gerçekleştirilen en önemli yenilik ise 2000 yılı sonunda Nice Zirvesinde Avrupa Parlamentosu, AB Konseyi ve Avrupa Komisyonu tarafından hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte

295 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 245; **Gündüz,** s. 98.
296 **Craig – De Burca,** s. 404; **Gündüz,** s. 98.

imzalanıp ilan edilen Temel Haklar Şartının, atıf yoluyla Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınmasıdır[297]. Söz konusu bu değişiklik Temel Haklar Şartı'nın hukuki anlamda bağlayıcı olması sağlanırken, atıf usulünün tercih edilmesinin nedeni federatif unsurların Antlaşmalarda yer almaması konusunda üye devletlerin hassasiyetidir. Buna kapsamda Lizbon Antlaşmasıyla değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/1 uyarınca, Birliğin, Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olan Temel Haklar Şartında belirtilen hak ve özgürlükleri tanıyacağı; 2.fıkrada ise Birliğin AİHS'ye katılımı düzenlenmiştir. İlgili maddenin 3. fıkrasında ise "üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile garanti altına alınan temel özgürlükler, genel ilkeler olarak Birlik hukukunun parçasını oluştururlar" denilmek suretiyle temel haklar konusunun Birlik gündemindeki yeri ve öneminin, ne yönde değiştiği de gözler önüne serilmektedir. Nitekim değişiklikten önce ilgili maddede Birliğin temel haklara saygı duyması düzenlenirken, bugün gelinen noktada temel hakların Birlik hukukunun bir parçası olduğu belirtilmektedir.

Divan içtihadıyla Birlik gündemine giren temel haklar, gerek Birlik kurumlarının bildiri ve açıklamalarıyla gerekse sınırlı da olsa Antlaşma değişiklikleri ile kendisine önemli bir yer edinmiştir. Aslında söz konusu değişiklik ve gelişmelerin Divan içtihadının yansıması olduğu da gözden kaçmayan diğer bir özelliktir. Nitekim, temel haklar konusunun Divan içtihadındaki gelişim seyrine bakıldığında bu durum daha net anlaşılabilmektedir. Divan'ın temel hakları genel ilkelerden kabul etmesi ve ardından bu konuda mevcut uluslararası anlaşmaları da rehber niteliğinde

297 Lizbon Antlaşmasının Temel Haklar Şartına İlişkin öngördüğü değişiklikler çalışmamızın II. Bölümünde detaylı olarak ele alınmaktadır.

görmesi, Antlaşma değişikliklerine de yansımıştır.

C. Üyelik Koşulu Olarak Temel Haklar

İlk yıllarda temel haklar konusu Birliğin gündeminde yer almadığı gibi, üyelik koşulu olarak da öngörülmemiştir. 1962 yılında yayınlanan Birkelbach raporunda sadece ülkelerini demokrasi ile yönetmeyi garanti eden ve temel insan hakları ve özgürlüklerinin garantisini veren ülkelerin Birlik üyesi olabileceği belirtilmiş[298] ancak bu düzenleme Antlaşmalara bu şekilde yansıtılmamıştır.

"Avrupa Devleti" olmanın üyelik için yeterli kabul edildiği Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran (AET) Antlaşma m. 237'nin yanı sıra, kuruluş yıllarında üyelik koşulu olarak değerlendirebileceğimiz diğer bir ifadeye AET Antlaşması'nın önsözünde yer verilmiştir. Buna göre, "barış ve özgürlüğü korumak, güçlendirmek ve güçleri oranında aynı ideali paylaşan diğer Avrupalılar" denilmek suretiyle, bu değerleri kabul etmiş veya bu değerlere karşı olmayanların üyeliğinin söz konusu olabileceği düzenlenmiştir[299]. O yıllarda insan hakları ve temel haklara ilişkin herhangi bir üyelik koşulu öngörülmezken, 1970 Luxembourg (Davignon) Raporu ile birlikte birleşmiş bir Avrupa'nın bu değerlere saygı ve demokratik seçimlerle oluşturulabileceğine dair ifadelere yer verilmiştir. Bu ilk adımın ardından

298 **Menendez, Agustin,** "Exporting rights:The Charter of Fundamental Rights, Membership and Foreign Policy of the European Union", **Arena Working Papers**, WP 02/18, 2002; **Barnes, Ian – Randerson, Claire,** "EU Enlargement and the Effectiveness of Conditionality: Keeping to the Deal?", **Managerial Law,** C. 48, S. 4, 2006, s. 353-354, <www.emaraldinsight.com/0309-0558.htm,>, (erişim tarihi, 13.01.2010); **Sözen, Ahmet,** "Türkiye'de Kopenhag Kriterleri Çerçevesinde Demokratikleşme ve Türk Dış Politikasına Yansımaları", <ir.emu.edu.tr/staff/asozen/pub/tanoryazi.pdf>, (erişim tarihi, 20.01.2010).

299 **Williams, Andrew, European Union Human Rights Policies: A Study in Irony,** Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 54.

1973 Kopenhag Deklarasyonunda Avrupa entegrasyonunun insan hakları ve temel haklara saygılı tüm Avrupa milletlerine açık olduğu; 1978 Kopenhag Zirvesinde de demokrasi ve insan haklarına saygının üye devletler için çok önemli ve vazgeçilmez değerler olduğu belirtilmiştir[300].

Her ne kadar üyelik koşulu kapsamında olmasa da, bütün bu gelişmelerin ardından temel haklar konusunda ilk somut adım atılarak, 5 Nisan 1977 tarihli "Temel Haklara İlişkin Ortak Bildirge[301]" Parlamento, Konsey ve Komisyon tarafından ilan edilmiş ancak yine üyelik koşuluna ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Demir Perde'nin çöküşü ile temel haklar üyelik koşulu olarak Birliğin gündemine girmiştir. Nitekim soğuk savaşın sona ermesi ile Birlik üye ülkeleri ile Doğu Avrupa ülkeleri arasında yakın ilişkiler kurulmaya başlanmış ve zaman içerisinde uluslararası işbirliğinde yeni açılımlar meydana gelmiş ve Birliğin bu değişimi destekleme ve Avrupa'da denge ve istikrarı sağlama adına önemli bir rolü olduğu ortaya konmuştur[302]. Buna sebep 1990'ların başında bağımsızlıklarını kazanarak, ekonomik ve siyasi anlamda Batı tipi modellere yönelen Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Birliğe üye olmak istemeleri[303] ve Birliğin ekonomik güç olmanın yanı sıra "Yeni Avrupa" adı altında yeni bir strateji ile Orta ve Doğu Avrupa ülkelerini de Birliğe dahil ederek siyasi bir güç olmayı da kendisine hedef edinmiş

300 **Williams, (2004),** s. 55.

301 Joint Declaration on Fundamental Rights, Official Journal of European Communities, 1977 C103/1.

302 Gündem 2000 Raporu için bkz. <http://ec.europa.eu/agenda2000/index_en.htm>, (erişim tarihi, 17.01.2010); **Ülger Kaya, İrfan, Avrupa Birliği'nde Siyasal Bütünleşme,** Gündoğan yayınları, Ankara, 2002, s. 71; **Williams, (2004),** s. 59.

303 **Erhan, Çağrı,** "AT ve AB'nin Genişleme Süreci" kutusu, **Oran, Baskın** (Ed.), **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, C. II:1980-2001**, İletişim yayınları, İstanbul 2002, içinde, s. 90.

olmasıdır[304]. Bu yeni stratejiye göre, Birlik, Avrupa'da gerçekten Avrupalı bir Avrupa Birliği oluşturarak, ortak bir miras ve kültürü paylaşan insanları biraraya getirecektir[305].

1989 tarihli Strasbourg Zirve sonuç bildirgesinde Orta ve Doğu Avrupa ülkelerine ilişkin ayrı bir başlık açılmış ve "Birliğin özgürlük, demokrasi arzulayan halklarla işbirliği içerisinde olacağı ve kurucu ilkeleri demokrasi, çoğulculuk ve hukukun üstünlüğü olan devletlerle ilerleyeceği" belirtilerek bu hedef doğrulanmıştır[306]. Her ne kadar temel haklara ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olsa da, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin kapitalist sisteme geçişinin Birlik tarafından desteklendiği belirtilmiştir. Bu kapsamda Birlik 1989 yılından itibaren Merkez ve Doğu Avrupa ülkeleri ile işbirliği anlaşmaları imzalamaya başlamış ve bu anlaşmalarda temel haklar dışında serbest pazar sistemine geçişe yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Birlik bir yandan bu ülkelerdeki değişimi desteklerken öte yandan kendi iç istikrarını korumaya da çalışmaktadır. Bu kapsamda bu ülkelerle yapılan anlaşmalara hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı, çok partili sisteme geçiş ve pazar ekonomisine giriş gibi şartlar eklenerek bir yandan anlaşmaların askıya alınma şartları belirlenmekte; öte yandan söz konusu ülkeler, Birlik üyeliğine hazırlanmaktadır[307]. Böylece temel haklar önce ortaklık ardından katılım potansiyeline sahip olan Doğu Avrupa ülkeleri için önemli bir role kavuşturulmuştur[308].

304 **Williams, (2004),** s. 59.

305 **Williams, Andrew,** "Enlargement of the Union and Human Rights Conditionality: A Policy of Distinction?", **European Law Review,** *C. 25,* 2000, s. 2

306 "1989 tarihli Strasbourg Zirve Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/strasbourg/default_en.htm>, (erişim tarihi, 17.01.2010).

307 **Williams, (2004),** s. 61.

308 **Williams, (2000),** s. 2.

Birlik her ne kadar ortak bir mirası paylaştığı Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin katılımını desteklesede bu ülkelerdeki ekonomik, sosyal, hukuksal ve özellikle insan hakları başta olmak üzere siyasal olumsuzlukların giderilmesini Birliğin mevcut durumunu koruması adına gerekli görmektedir[309]. Avrupa Birliği Antlaşması m. 2'de yapılan düzenlemeyle Birliğin ortak değerlerinden biri olarak müktesabatta yer alan temel haklar, aynı Antlaşmanın 49. maddesinde Avrupa Birliğine katılım koşullarından biri haline getirilmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması m. 49 uyarınca "2. maddede belirtilen değerlere saygı gösteren ve bu değerleri desteklemeyi taahhüt eden her Avrupa devleti, Birliğin üyesi olmak üzere başvuru yapabilir...." denilmek suretiyle temel haklar katılım koşulu haline getirilmiş ve Birliğe katılım şartları ağırlaştırılmıştır.

1993 Kopenhag Zirvesi, Birliğe katılım açısından bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu Zirvede, katılım koşul ve kriterleri net olarak saptanmıştır. Kopenhag kriterleri[310] olarak bilinen, ekonomik, siyasi ve müktesebata uyum olmak üzere üç ana başlık altında toplanan bu koşullardan içinde temel haklara da yer verilen siyasi kriterlere göre, Birliğe aday olan ülkelerde demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıkların korunmasını ve saygı görmesini teminat altına alan kurumların istikrara kavuşturulmuş olması gerekmektedir. Öngörülen bu koşul ile insan hakları Birliğe katılım açısından her aday ülke için vazgeçilmez bir ön koşul haline gelmiştir. İnsan hakları üyeliğe giden yolda ön koşul olmanın yanı sıra, bir aday ülke ile müzakerelerin başlayabilmesi için de önemli bir

309 **Günuğur, Haluk, Avrupa Birliği,** Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayınları, Ankara 2007, s. 45.

310 Kopenhag kriterleri hakkında detaylı bilgi için **bkz. Baykal, Sanem,** "Kopenhag Kriterleri" kutusu, **Oran, Baskın** (Ed.), **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, C. II:1980-2001,** İletişim yayınları, İstanbul 2002, içinde, s. 323.

yere sahiptir. Her ne kadar üye olabilmek için Kopenhag kriterleri adı verilen bu üç koşulun sağlanması gerekmekte ise de, ekonomik ve müktesebata uyum koşulları, başlayan müzakereler sırasında da yerine getirilebilirken, siyasal kriterler yerine getirilmedikçe aday ülke ile katılım müzakereleri başlamamaktadır[311].

Katılım koşullarının belirlenmesinin ardından bu koşulların tetkiki için de bir takım prosedürler öngörülmüş olup, Gündem 2000 raporu ile her aday ülke için Komisyon tarafından yıllık ilerleme raporu hazırlanılması ve bu raporlarda aday ülkelerin koşullar açısından hangi durumda olduğunun tespit edilmesi kararlaştırılmıştır[312]. İnsan hakları konusunda Komisyon, üye devletleri uluslararası insan hakları hukukuna riayet, medeni ve siyasi haklar, ekonomik ve sosyal haklar ile azınlık hakları olmak üzere dört başlık altında değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Örneğin Türkiye'nin 2010 yılı ilerleme raporuna[313] bakıldığında, uluslararası insan hakları hukukuna riayet başlığı altında insan haklarına saygı AİHS ve protokollerine uygun davranmak temelinde ele alınmaktadır[314]. Bu kapsamda Türkiye'nin, İnsan haklarına ilişkin belgelerin onaylanması ile ilgili olarak, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) üç ek protokolünü onaylamadığı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Türkiye'nin AİHS'yi ihlal ettiğine dair kararlarının sayısı artmaya devam ettiği, halen bazı kararların uygulanmadığı, insan hakları savunucularının cezai takibatlarla karşılaşmaya devam ettikleri yapılan

311 **Günuğur,** s. 49; **De Witte – Toggenburg,** s. 62; **Fierro, Elena, The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice,** Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 139.

312 **Williams, (2000),** s. 6.

313 Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, <http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf>, (erişim tarihi, 04.08.2011).

314 **Fierro,** s. 140-141; **Kochenov, Dimitry, EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law,** Kluwer Law International, 2008, s. 37.

değerlendirmeler kapsamındadır. Medeni ve siyasi haklar başlığı altında işkence ve kötü muameleyi önlemeye yönelik hukuki tedbirlere uyum, insan hakları ihlallerinin cezasız kalmasıyla mücadele, ifade özgürlüğü kapsamında gerek ulusal gerek AİHM'de görülen davaların değerlendirmesi; ekonomik ve sosyal haklar başlığı altında başta kadın, çocuk, işçi ve sendika hakları gibi konularda; azınlık hakları, kültürel haklar ve azınlıkların korunması başlığı altında ise ders kitaplarından ayrımcı ifadelerin çıkartılmasından Kürt politikacılar aleyhine açılan davalara kadar uzanan geniş bir alanda ülkemizde yaşanan gelişmeleri Kopenhag Kriterlerine uyum açısından değerlendirmekte ve eksiklikleri ortaya koymaktadır.

Her ne kadar insan haklarının üyelik kriterlerinden biri olması olumlu bir gelişme olsa da, yapılan tetkikin inandırıcılığı sorgulanmaya müsaittir. İnsan hakları oldukça geniş bir kapsama sahip olup, Birliğin bu ifade ile tam olarak neyi kastettiği daha doğrusu bu koşulun sağlanmış kabul edilmesi için aranan kıstasın ne olduğu tam olarak bilinmemektedir. Bu duruma yol açan etkenlerden bir tanesi konunun siyasi olarak ele alınıyor olmasıdır. Nitekim, bu durumun aynı zamanda Birliğin tercihi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Katılım koşullarını katı sınırlarla netleştirmek aynı zamanda Birliği de bağlayacak ve takdir yetkisi elinden alınmış olacaktır. Oysa bu şekilde Birlik hareket serbestisine sahip olabilmektedir[315]. Öte yandan bu koşullar tam olarak sağlanmamış olsa da, aday ülke bunların düzeleceğine dair olumlu yaklaşımlar sergiliyorsa, Komisyon da teşvik anlamında koşulun sağlandığını kabul edebilmektedir[316].

315 **De Witte – Toggenburg,** s. 66.
316 **Fierro,** s. 140-141.

D. Üçüncü Ülkelerle İlişkilerde Temel Haklar

Birlik, temel haklar konusunu katılım koşulu haline getirmeden önce de yapmış olduğu ticari ve işbirliği anlaşmalarında ön koşul olarak kullanmaktadır. İlk olarak 1975 yılında Birlik ve 46 Afrika, Karaib ve Pasifik ülkeleri arasında imzalanan ve bir dizi sözleşmenin ilki olan LOME I sözleşmesinde insan haklarına ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, insan haklarına aykırı uygulamalar nedeniyle bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. LOME I sözleşmesinin yürürlüğe girmesinin ardından Uganda'da yüzlerce insanın öldürülmesi ile Avrupa Parlamentosu, Konsey'i uyararak yapılan mali yardımın kesilmesi gerektiğini belirtmiş ve Konsey de bu yönde karar almıştır[317]. Bu girişimin ardından 1989 yılında imzalanan LOME IV sözleşmesinde insan haklarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (m. 5). Söz konusu düzenleme sadece her bireyin gerek kendi ülkesinde gerek başka bir ülkede itibarının hukuk ile koruma altında olduğunu belirtmekle yetinmiş, insan haklarına ilişkin herhangi bir ihlalin varlığı halinde tarafların ne gibi haklara sahip olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir[318]. Nitekim Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi[319] m. 60 uyarınca, bir sözleşmenin askıya alınması veya sona erdirilebilmesi için sözleşmenin esaslı hükümlerinden (*essential clause*) birinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir[320]. Dolayısıyla, LOME IV sözleşmesi m.

317 **Toggenburg, G., N.,** "A Rough Orientation Through a Delicate Relationship: the European Union's Endeavors for (its) Minorities", **Trifunovska, Snezana – De Varennes, Fernand,** (Eds.), **Minority Rights in Europe - European Minorities and Languages,** Asser Press 2001, içinde, s. 205-234.

318 **Riedel, Eibe - Will, Martin,** "Human Rights Clauses in External Agreements of the EC", **Alston, Philip,** (Ed.), **The EU and Human Rights Oxford University Press**, Oxford, 1999, içinde, s. 726-728.

319 Vienna Convention on the Law of Treaties, <http://www.worldtradelaw.net/misc/viennaconvention.pdf>, (erişim tarihi, 04.08.2011).

320 **Pinelli, Cesare,** "Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments",

5'de yer verilen düzenlemenin bu şartı sağlamadığı açıktır.

Birlik 1990 yılında Arjantin ile imzaladığı çerçeve anlaşmada "işbirliği için demokratik zemin" başlıklı bir maddeye yer vermiş, Birlik ve Arjantin arasındaki işbirliği bağlarının insan hakları ve demokratik ilkelere saygıya dayandığını belirtmiştir. Yapılan düzenlemede "insan haklarına ve demokratik ilkelere saygı" ibaresine yer verilmiş olsa da, söz konusu ifadenin başlı başına antlaşmanın temel hükmü olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, özü itibariyle LOME IV sözleşmesindeki düzenlemeden farklı bir yaptırıma sahip olmasa da, bu düzenlemeyi Birliğin bu konudaki iyileştirme çabası olarak yorumlamak mümkündür.

1991 yılında Yugoslavya'da yaşanan iç savaş neticesinde Birlik yapmış olduğu anlaşmalara açık bir insan hakları koşulu koyması gerektiğini görmüş ve 1992'de itibaren yapılan anlaşmalarda Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartında düzenlenen insan hakları ve demokratik ilkelere saygı temel hükümlerden biri haline getirilmiştir[321]. Bu suretle Birlik üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmalara insan hakları ve demokratik ilkelere saygı hükmünü eklemiş ve söz konusu hükmün antlaşmanın esaslı koşulu olduğundan bahisle, herhangi bir ihlal halinde Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60'da yer alan düzenleme ile sözleşmeyi askıya alma veya sona erdirme yetkisine kavuştuğunu ileri sürmüştür. Sonuç olarak, 1995 yılında LOME IV m. 5'e eklenen bir paragraf ile bu madde yeniden düzenlenmiştir[322]. Öte yandan benzer bir düzenleme 1989'dan itibaren PHARE programlarında da yer

European Law Journal, C. 10, S. 3, 2004, s. 357.

321 **Menendez, Agustin,** "Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union", **Journal of Common Market Studies,** C. 40, S. 3, 2002, s. 484; **Riedel - Will,** s. 728-729.

322 **Riedel – Will,** s. 730-731.

almıştır. Buna göre, yardım, yakın ekonomik ve siyasi işbirliği için insan haklarına ve demokrasiye saygı ile devamlı olarak ekonomik reformun akit taraflarca gerçekleştirilmesi gerekmektedir[323].

Bir görüşe göre, Birlik'in bu tutumu Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60'a aykırıdır. Nitekim anlaşmanın askıya alınması veya sona erdirilmesi için Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60 uyarınca, bir düzenlemenin anlaşmanın esaslı koşulu kabul edilebilmesi için, anlaşmanın amacıyla arasında bir bağ olması gerekmektedir[324]. Oysa, Birliğin insan hakları ve demokratik ilkelere saygıyı esaslı hüküm olarak kabul ettiği anlaşmaların konusu ticari olup, bu durum Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60'da yer verilen düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir[325]. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60 hükmü açık olup, sözleşmenin askıya alınması veya sona erdirilebilmesi için sözleşmenin esaslı hükmünün ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Birlik tarafından imzalanan sözleşmelerin içeriğine bakıldığında esas hükmün insan hakları ve demokratik ilkelere saygı olmadığı açıktır.

Birliğin bu tutumunun kanımızca iki farklı nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Birliğin ekonomik güç olmanın yanı sıra siyasi bir birliğe yönelmiş olması ve siyasi arenada da etkili olmayı arzulamasıdır. Sözleşmelere koymuş olduğu bu hükümle insan hakları ve demokrasi konusunda anlaşmanın tarafı olan üçüncü devletin iç işlerine müdahale edebilecek, bu durumda siyasi arenada sözü dinlenir bir Birlik yaratacaktır. Diğer neden ise Birliğin bu koşulla sözleşmelerdeki etkin taraf olmayı elde etmesidir. Nitekim gerek demokrasi, gerek insan haklarının ihlali Birlik

323 **Barnes – Randerson,** s. 353-354.
324 **Pinelli,** s. 357.
325 **Pinelli,** s. 356.

tarafından tespit edilecek olup, ihlal olduğu düşünüldüğü anda sözleşmelerin askıya alınması veya sona erdirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu şekilde Birlik, son sözü söyleme hakkını da elde tutmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI

I. AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAKLAR ŞARTINA İHTİYAÇ DUYULMASININ NEDENLERİ

Başta Divan olmak üzere, diğer Birlik kurumlarınca da desteklenerek Birlik gündemine giren temel haklar konusu ancak 2000 yılında Temel Haklar Şartı adı altında yazılı bir temel haklar kataloğuna dönüştürülebilmiştir. Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar sadece siyasi niteliği haiz olan Şart, 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren hukuki niteliği haiz olmuştur.

İlk olarak, Divan tarafından öncelik ilkesinin üye devletlerce tanınması amacıyla gündeme alınan temel haklar, zaman içerisinde Birliği etkileyen değişik faktörlerin de yardımıyla bugünkü konumuna ulaşmıştır. Birliği Temel Haklar Şartı oluşturmaya götüren muhtemel nedenleri aşağıda genel olarak iki ana başlık altında ele alacağız.

A. Siyasi Birliğe Doğru Bir Araç Olarak?

Her ne kadar Birlik, ekonomik entegrasyon amacı ile kurulmuş ve bu nedenle kurucu Antlaşmalarda sadece bu yönde hükümlere yer verilmiş olsa da, siyasi olarak bütünleşmiş bir Avrupa fikri aslında çok eski yıllara dayanmaktadır. Eski Yunan ve Roma döneminden başlayıp, 19. yüzyıla kadar düşünce aşamasından

ileriye gidemeyen bütünleşme fikri, 19. yüzyıldan itibaren Avrupa'da girişilen bir takım bütünleşme hareketleri ile fiiliyata dönüştürülmeye çalışılmış, ancak başarılı olunamamıştır[326]. Özellikle İkinci Dünya Savaşından yenilgi ile ayrılan Avrupa devletleri, gerek ekonomik gerekse siyasi anlamda bir çok sorunla yüzleşmek zorunda kalmışlardır. Kendi iç sorunlarının yanı sıra, Sovyetler Birliği'nin yayılmacı politikası ve Almanya'nın tekrar güç kazanması ihtimali karşısında da kendilerini koruma altına almaları ihtiyacı hasıl olmuştur. İşte bu ve bunun gibi bir takım nedenler Avrupa Birliği fikrinin oluşumunu hızlandırmıştır.

Önceki yıllarda yapılan ve başarısızlıkla sonuçlanan girişimlerden de ders alınarak, oluşturulacak Birliğin uluslarüstü bir niteliğe sahip olması ve öncelikle ekonomik bütünleşmenin sağlanması gerektiği birçok kez vurgulanmıştır. Nitekim, ekonomik bütünleşmenin başarılı olması halinde, bütünleşme hareketi diğer sektörlere yayılarak siyasi bütünleşmeye doğru hızla yol alabilecektir. Neo-fonksiyonalist teori ile açıklanabilecek bütünleşme hareketinde, bu yaklaşımın temel unsuru olarak kabul edilen "yayılma" (spill over) etkisi ile belli bir sektörde sağlanan bütünleşme diğer sektörlere de yayılmakta, istenirse nihai olarak siyasi bütünleşmeye kadar uzanabilmektedir[327].

Avrupa Birliği'nin bu teori temellerine dayandırıldığı düşünüldüğünde ekonomik bütünleşmenin yanı sıra siyasi bütünleşmenin de aslında ilk günden itibaren akıllarda olduğu söylenebilir. Nitekim, zaman içerisinde Birlikte yaşanılan gelişmeler, özellikle bir bayrağının, ortak bir paranın ve bir marşının olması, Birliğin

326 Bu konuda geniş bilgi için **bkz**. **Erhan, Çağrı – Akdemir, Erhan,** "Avrupa Bütünleşmesi", **Akçay, Belgin – Baykal, Sanem – Kahraman, Sevilay** (Eds.), **Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler,** Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s. 15-48.

327 **Ülger,** s. 35.

birlik olmanın ötesinde federal bir yapıya doğru yöneldiğinin belirtileri olup her ne kadar bugün itibariyle hayata geçirilememiş olsa da, ortak bir Anayasaya sahip olma çabası da bu fikri doğrular niteliktedir.

Oluşumundan itibaren siyasi bütünleşmeyi de hedeflerinden biri olarak görse de, üye sayısı her geçen gün artan Birlikte, siyasi bütünleşmenin sağlanması, ekonomik bütünleşme kadar kolay değildir. Birliğin oluşturulduğu ilk günden itibaren mevcut olan, ancak özellikle 1980 sonları ve 90 başlarında ulus-devletlerin egemenlik yetkilerini münhasıran kullandıkları alanlardaki birtakım yetkilerin Birliğe devri ile tamamen ortaya çıkan demokrasi eksiği ve meşruiyet sorunu düşünüldüğünde durum daha net anlaşılmaktadır.

Demokrasi eksiği Birlikte, gerek kurumsal gerek toplumsal alanda mevcut olan meşruiyet sorunundan kaynaklanmaktadır. Kurumsal alandaki meşruiyet sorunu[328] Birlik kurumlarının oluşumundan ve yetki dağılımından kaynaklanmaktadır denilebilir. Seçimle gelen tek kurum olan Avrupa Parlamentosunun ilk yıllardaki yetkilerine bakıldığında olması gereken etkinliğe sahip olmadığı, Avrupa Komisyonunda yer alan komiserlerin atama ile göreve geldikleri ve belki de en önemlisi üye devletlerin bakan düzeyinde temsilcilerinden oluşan Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi'nin karar alma sürecinin en güçlü organı olması, Birlikte mevcut olan kurumsal meşruiyet sorununu gözler önüne sermektedir[329]. Toplumsal meşruiyet sorunu[330] ise, demokrasinin vazgeçilmezi olan "halk"ın Birlik bünyesinde

328 Kurumsal meşruiyet sorununa doktrinde standart versiyon adı verilmektedir. Bu yönde **bkz. Weiler, Joseph - Haltern, Ulrich - Mayer, Franz,** "European Democracy and Its Critique", **West European Politics** 1995, C. 18, S. 3, s. 6 vd.

329 **Moravcsik, Andrew,** "In Defence of the Democratic Deficit:Reassesing Legitimacy in the European Union", **Journal of Common Market Studies,** 2002, C. 40, S. 4, s. 605; **Mancini, (1989),** s. 598.

330 **Weiler, (1997),** s. 264; **Açıkmeşe, Akgül Sinem,** "Avrupa Birliği'nde Demokratik Meşruiyet Sorunu", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 2, S. 4, 2003, s. 24.

bulunmaması, diğer bir deyişle bir "Avrupa Halkı"nın mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Halk kavramı, aidiyet ve sadakat duygusu, kader birliği, kollektif bir birlik anlayışı gibi öznel unsurlar ile ortak dil, tarih, etnik köken, kültür gibi nesnel unsurların biraraya gelmesi ile oluşur[331]. Birlikte, gerek öznel gerek nesnel bu unsurları taşıyan bir "Avrupa Halkı" olmadığı gibi, karmaşık kurumsal yapısı ve kararların kapalı kapılar ardında alınması bireylerin Birliğe olan ilgisizliğini arttırmakta ve toplumsal meşruiyet sorununu derinleştiren diğer nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Siyasi bütünleşmeyi de gündeminde barındıran Birliğin bu hedefine ulaşabilme ihtimali demokratik meşruiyet sorununu çözmesi ile doğru orantılıdır. Öncelikle Birlikte, her ne kadar ulus devletlerde mevcut olan halk anlamında bir topluluğa sahip olmasa da, farklı kültür ve geçmişten gelen halkların diğer bir deyişle üye devlet vatandaşlarının birbirlerine yakınlaştırılması gerekmektedir. Ardından kendisini Avrupa vatandaşı olarak gören, Birliğe bağlı ve Avrupalı bilincine ve kimliğine sahip bir topluluğun yaratılması mümkün olabilir. Bu amaçla 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması ile Avrupa Vatandaşlığı kavramı oluşturulmuş olsa da, henüz bu kimlik üye devlet vatandaşlarınca tam anlamıyla kabul görmemiştir. Nitekim, üye devlet vatandaşları Birliği elit bir hareket olarak görmekte ve bu sürece etkin olarak katılamamasının sonucu olarak Birliğe beklenen yakınlığı ve ilgiyi göstermemektedir. Bu sorunun giderilmesi amacıyla da, birey ile Birlik arasındaki uçurumun giderilmesi, karar alma süreçlerinin basitleştirilmesi, kararların kapalı kapılar ardında alınması yerine şeffaflaştırılarak bireylerin de katılımının sağlanması

331 **Baykal, Sanem,** "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Meşruiyet Sorunu, Anayasalaşma Süreci ve Bütünleşmenin Nihai Hedefi Üzerine", **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, C. 1, S. 1, 2004, s. 134.

ve yine yararcı bir bakış açısı getirilerek halkın beklenti ve istekleri doğrultusunda politikalar benimsenerek o yönde çalışmalar yapılması hedeflenmiştir denilebilir. Nitekim halk, kendisine fayda sağlayan bir yönetimi destekleyecek ve aidiyet duygusu oluşacaktır[332]. Bu kapsamda fikir babası Dolf Sternberger olan ve farklı ulusal geleneklerin biraraya gelmesi ile oluşan ortak bir siyasi kimliği ifade eden Avrupa Birliği'ndeki meşruiyet ve demokrasi açığı sorununa çözüm olarak gösterilen Anayasal yurttaşlık kavramı Jürgen Habermas tarafından Avrupa bütünleşmesine aktarılmıştır. Nitekim bu düşüncenin aynı zamanda her ne kadar hayata geçirilemese de Birlik Anayasal Antlaşmasının hazırlanmasını da tetiklediği bilinmektedir[333].

Habermas, bir anayasa içerisinde yer alan değerlerin bir toplumun değerlerini yansıttığını, bu nedenle anayasada ortaya konan bu değerlere bağlılığın bir yurttaşlık bilinciyle birlikte bir siyasi toplum oluşturacağını savunmaktadır. Anayasaya geçirilmesi gerekli değerler olarak ise Habermas evrensel değerler ifadesini kullanmakla beraber, bu değerler, temel hak ve özgürlükler, demokrasi, adalet, hukukun üsünlüğü olarak sayılmaktadır. Anayasal yurttaşlık kavramının ortak kültür, tarih, ırksal kökene ihtiyaç duymadığını, farklı halkların bahsedilen evrensel değerler temelinde bir anayasa çevresinde biraraya getirilerek, aidiyet duygusunun yerleştirilebileceği ileri sürülmektedir[334]. Diğer bir deyişle anayasal yurttaşlık kavramı aynılık ve benzerlik yerine; farklı olanı olduğu gibi kabul eden herkese açık ve evrensel bir kimlik anlayışıdır[335]. Anayasal yurttaşlık bireylerin ulusal

332 **Açıkmeşe, (2003),** s. 38.

333 **Bardakçı, Selma,** "Avrupa Kimliği", **Akademi,** Türiye Uluslararası İlişkiler Çalışmaları Bülteni, 2010, <http://www.tuicakademi.org/index.php/yazarlar1/39-selma-bardakci/268-avrupa-kimligi>, (erişim tarihi, 19.10.2011).

334 **Habermas, (1995),** s. 303; **Habermas, Jürgen**, "Why Europe Needs a Constitution?", **New Left Review, C**. 11, 2001, s. 17.

335 **Kumm, Mattias,** "The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History," **German Law Journal,** C. 6, No. 2, February 2005, s.

kimliklerinin yanı sıra onun üzerinde oluşturulan ayrı bir kimlik olup, bu kavramla "farklılıklar içinde birlik" yaratılabileceği savunulmaktadır[336]. Ancak anayasal yurttaşlık kavramınnn ortak değerler temelinde birleşen bir halkın oluşumunda yeterli olmayacağı, aynı zamanda Avrupa kamusal alanının yaratılması gerekliliği de ileri sürülmüştür. Kamusal alan, modern toplum kuramlarında, toplumun ortak yararını belirlemeye ve gerçekleştirmeye yönelik düşünce, söylem ve eylemlerin üretildiği ve geliştirildiği ortak toplumsal etkinlik alanına işaret etmek için kullanılan bir kavramdır[337]. Bir ülkedeki demokrasi düzeyiyle de doğrudan ilişkili olan kamusal alanın Birlikteki tezahürünü iletişim merkezli, medyayı dikkate alan ve internet gibi yeni iletişim olanaklarını kullanan bir alan olarak tanımlamak mümkündür.

Görüldüğü üzere Anayasal yurttaşlık kavramı ile Avrupa Birliğini destekleyen, Birliğe karşı aidiyet hisseden yurttaşlar yaratılmış olacak ve ortak bir Avrupa kimliğine sahip halkın görüşlerini dile getirip tartışabileceği bir kamusal alanın varlığı Birliğin aldığı kararların yakından takip edilmesine yol açarak bir yandan demokrasi eksikliği sorununu giderirken, öte yandan siyasal birliğin oluşturulmasına katkı sağlayacaktır. Avrupa Birliği gerek vatandaşların güvenini gerekse ilgisini kazanmak suretiyle iki sorunun da çözümünü sağlayabilecektir. Oldukça ütopik olması ve bireylerin kimliklerinin sadece evrensel değerler ile açıklanamayacağı gerekçeleriyle eleştirilen anayasal yurttaşlık kavramı her ne kadar

319-354; **Erdenir, Burak, Avrupa Kimliği: Pan-Milliyetçilikte Post-Milliyetçiliğe,** Ümit Yayıncılık, Ankara, 2005, s.153 vd.

336 Anayasal yurttaşlık kavramının karşısında yer alan görüşler için bkz. **Weiler, Joseph,** "Demos, Telos and the German Maastricht Decision", **Jean Monnet Working Paper,** 06/95, 1995; **Grimm,** s. 282 – 302; **Smith, Anthony,** "National Identity and the Idea of European Unity", **International Affairs,** C. 68, S. 1, 1992, s. 318-341.

337 **Yünel, Duygu,** "Avrupa Birliği'nin Demokratik Meşruiyetinin Sağlanmasında Avrupa Yurttaşlığının Etkisi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü AB ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 139.

ihtiyaç duyduğu anayasal antlaşmaya Birlik kapsamında kavuşamamış olsa da bu amaca yönelik gerçekleştirilmesi gerekenlerin başında her üye devlette olduğu gibi yazılı bir temel haklar kataloğuna sahip olunması gereğinin yerine getirilmesine neden olmuştur[338].

Sonuç olarak, hazırlanacak yazılı bir temel haklar katoloğu, anayasada yer alması gereken ortak evrensel değerlerden insan hakları ve temel özgürlüklerin somut bir görünüme kavuşmasına imkan yaratarak, Birlik düzeyinde hukuki kesinlik ilkesi oluşturularak, Avrupa vatandaşlarının sahip olduğu haklar net bir şekilde belirlenebilecek ve somut bir görünüme kavuşacaktır[339]. Nitekim, Birlik kapsamında oluşturulacak bir temel haklar kataloğu bireylerden çok pazar oluşumu ile ilgilendiği ileri sürülen Birliğin, temel haklar konusunu da gözönüne aldığının bir göstergesi olabilecektir[340]. Birliğin geldiği noktada kurumlar tarafından gerçekleştirilen tasarruflar sadece ekonomik niteliğe sahip olmanın ötesinde bireylerin sosyal, siyasi ve gündelik hayatlarına yönelik düzenlemeler de içermektedir. Bu nedenle temel haklar kataloğu ile temel haklar, Birlik kurumlarının tasarruflarına karşı da koruma altına alınabilecek ve Birliğin saygı duyacağı haklar, özgürlükler ve ilkeler konusundaki belirsizlik giderilmiş olacaktır[341].

338 **Schimmelfennig,** s. 1249.
339 **Eriksen,** s. 12-13; **Goldsmith,** s. 1204.
340 **Weiler, Joseph,** "Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights", **European Law Journal,** C. 6, 2000, s. 95.
341 **Kruger, Hans Christian,** "The European Union Charter and the European Convention on Human Rights: An Overview", **Peers, Steve – Ward, Angela** (Eds.), **The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy,** Oxford, Hart Publishing, 2004, içinde, s. xviii; **Goldsmith,** s. 1204.

B. AB Hukukunun Yeknesak ve Etkili Uygulanmasının Bir Aracı Olarak

Bugün itibariyle yirmi yedi üye ülkeden oluşan Avrupa Birliğinde bütün üye devletlerin anayasalarında geniş ve ayrıntılı bir yere sahip olan temel haklar, anayasal güvence ile teminat altına alınmıştır. Özellikle Almanya ve İtalya için temel haklar ve temel hak koruması, geçmişte yaşanan olumsuz olaylar nedeniyle, ayrı bir öneme sahiptir. Temel haklar, ulusal anayasalarla en üst seviyede korunmakta, böylece vatandaşların sahip olduğu bu haklara bir takım düzenlemelerle zarar verilmesi engellenmeye çalışılmaktadır.

Kuruluş amacı ekonomik olan ve bu nedenle kurucu Antlaşmalarda teknik ve sektörel nitelikli düzenlemelere yer verilen Birlikte, temel haklara ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş ve bu durum Antlaşma taraflarını ilk anda rahatsız etmemiştir[342]. Ancak, Birlik hukukunun yeknesaklığının ve etkililiğinin sağlanması amacıyla Divan tarafından doğrudan etki ve öncelik ilkelerinin yaratılması ve bu ilkeler aracılığıyla Divan'ın, Antlaşmalarda yer verilmeyen konularda da bağlayıcı kararlar alması üye devletler yüksek mahkemelerinde tepki ve endişeye yol açmıştır. Nitekim, öncelik ilkesi ile Divan, ihtilaf halinde üye devlet anayasal hükümlerinin dahi Birlik hukuku karşısında uygulanamaz olduğunu belirtmiştir.

Öncelik ilkesi ile üye devletlerde anayasal güvence ile teminat alınan temel haklar konusunun Birlik tasarrufları ile ihlal edilebilme riskinin yaratılmış olması üye devlet yüksek mahkemelerinin tepkilerinin ilk nedeni olarak gösterilebilir. Üye devlet yüksek mahkemeleri, Birlik hukuk düzeninde temel haklara ilişkin

342 **Tezcan, (2002),** s. 193.

herhangi bir düzenleme bulunmamasını ve bu nedenle Birliğin temel hakları ulusal anayasalar kadar etkili koruyamayacağını ileri sürmektedirler. Hatta, Divan'ın ekonomik entegrasyonu sağlamak amacıyla temel hakları ikinci plana atarak dört temel özgürlüğe öncelik verdiği, dolayısıyla temel haklara ilişkin hiçbir düzenlemenin yer almadığı kurucu Antlaşmalarla bu haklara yeterli koruma sağlanamayacağı, bu sebeple üye devlet anayasalarında öngörülen koruma seviyesinde bir koruma sağlanmadığı müddetçe üye devletlerin Birlik hukukunun bu konularda önceliğe sahip olmayacağı üye devlet anayasa mahkemelerince dile getirilmiştir[343].

Birlik hukukunun Divan tarafından yaratılan bu ilkelerle ulusal hukuk karşısında öncelikle uygulanması, egemenlik yetkilerinin bir kısmını Birliğe devreden üye devletler adına üye devlet üst derece mahkemelerini rahatsız eden bir diğer nedendir. Üye devletler, Antlaşmaları imzalarken hakimiyetlerinin bir kısmını Birliğe devretmeyi göze almış, ancak Divan uygulamalarıyla Antlaşmaların dışına çıkılabileceğini hiç düşünmemişlerdir. Öyle ki, temel haklar konusu gibi önemli bir konuda bile Antlaşmalarda yer verilmemiş olmasına rağmen Divan son sözü söyleme yetkisine sahip olmuştur. Dolayısıyla, üye devlet üst derece mahkemeleri temel haklar konusundaki endişelerinin yanısıra bu konuyu öncelik ilkesini kabul etmemek için bir araç olarak da kullanmışlardır denilebilir. Öncelik ilkesi aynı zamanda ulusal mahkemelerin yetkilerini de tali kılmaktadır.

Üye devlet mahkemelerinin temel hak koruması konusundaki bu tepkileri, Divan'ı harekete geçirmiş ve Divan içtihadı ile temel hak konusunun Birlik

343 Frontini v. Ministero Delle Finanze, [1974] 2 CMLRep. 372; Solange I, [1974] 2 CMLRep. 540; Bkz. **Steiner - Woods – Twigg-Flesner,** s. 82-85.

hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu belirtmiş, zaman içerisinde bu içtihadını geliştirmiştir. Divan bu suretle Birlik hukukunun yeknesaklığını sağlayacak olan öncelik ilkesinin üye devlet mahkemelerince kabulünü sağlamayı hedeflemektedir. Sonuç olarak, Birliğin Temel Haklar Şartına sahip olmasını sağlayan nedenlerden bir diğeri olarak da öncelik ilkesinin üye devletler mahkemelerince kabulünün sağlanması ve Birlikte oluşturulmaya çalışılan yeni hukuk düzeninin kurulması gösterilebilir[344].

II. TEMEL HAKLAR ŞARTININ HAZIRLANMA SÜRECİ

Birlik içinde ilk defa medeni, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların yazılı bir metinde toplanması gereğinden yola çıkılarak, taslak bir metin hazırlanması amacıyla *ad hoc* bir yapı oluşturulmasına 3-4 Haziran 1999 tarihinde Köln Zirvesinde karar verilmiştir[345]. Temel Haklar Şartı'nın temellerinin atıldığı bu ilk girişimin ardından, Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasında görevli olacak yapının oluşumu, niteliği, çalışma metodu 15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere'deki Avrupa Birliği Zirvesi'nde açıklığa kavuşturulmuştur.

Tampere Zirvesi nihai bildirisinde[346] belirtildiği üzere, onbeş devlet ve hükümet başkanı temsilcisi, bir Komisyon temsilcisi, on altı Avrupa Parlamentosu temsilcisi ve her üye devletten iki kişi olmak üzere otuz ulusal parlamento

344 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 155.

345 "3-4 Haziran 1999 tarihli Köln Zirvesi Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008); **De Burca, Grainne,** "The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights", **European Law Review,** C. 26, 2001, s. 126- 38.

346 "15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesi Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

temsilcisinin Temel Haklar Şartı taslağını hazırlamak üzere[347] biraraya gelmesi kararlaştırılmıştır. Böylece, toplam atmış iki üyeden oluşan bir yapı Temel Haklar Şartı'nı oluşturmak üzere görevlendirilmiştir.

Üyelerin yanı sıra Divandan iki, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden birer olmak üzere toplam dört temsilcinin de toplantılarda hazır bulunması düzenlenmiştir. Üyelerin kendi aralarından seçecekleri bir başkan ile ona yardımcı olmak üzere üç başkan yardımcısı belirlenerek başkanlık divanı oluşturulması da yapılan düzenlemelerden bir diğeridir. Başkan seçimi üyelere bırakılırken, başkan yardımcıları olarak Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamento temsilcilerinin içlerinden seçecekleri birer üye ile yapının başkanı olarak seçilmemiş olması halinde Zirve başkanının, başkan yardımcılığı görevini üstlenmesi öngörülmüştür[348].

Bunların yanı sıra Bölgeler Komitesi, Ombudsman ile Ekonomik ve Sosyal Komitenin toplantılara davet edilerek, görüş bildirmesi kararlaştırılmış; Konsey genel sekreterliği, oluşturulan yapının sekretarya işlerini yürütmek üzere görevlendirilmiştir.

İlk toplantı 17 Aralık 1999'da yapılmasına rağmen, oluşumun "Konvansiyon" olarak adlandırılmasına 1-2 Şubat 2000 tarihinde yapılan toplantıda karar verilebilmiştir. Aynı toplantıda başkanlık divanı seçimi de yapılarak, oluşturulan bir Divan'a yetki verilmek suretiyle bir ilke imza atılmıştır. Yapılan seçim sonucunda, Konvansiyon başkanlığına Roman Herzog, başkan yardımcılıklarına ise Avrupa

347 "15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesi Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008).
348 "15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesi Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

Parlamentosu temsilcisi Inigo Mendez de Vigo, ulusal parlamentoların temsilcisi Gunnar Jansson, Zirve dönem başkanı olarak da Petro Bacelar de Vasconcellos getirilmiştir[349].

Oluşturulan Konvansiyonda dikkati çeken noktalardan bir diğeri üye sayısı dağılımıdır. Bilindiği üzere Avrupa Parlamentosu, Birliğin seçimle gelen tek kurumu olmasına rağmen olması gereken etkinliğe sahip olmadığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve Birlikte mevcut olan demokrasi eksikliğinin sebeplerinden biri olarak bu durum gösterilmektedir. Oysa, Konvansiyonda üyeler arasında en kalabalık grup Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamento temsilcilerinden oluşturulmak suretiyle, halkın temsilcisi olarak kabul edilen parlamento üyelerinin söz sahibi olması, temel haklar gibi önemli bir konuda halkın temsilcilerine söz verildiği inancını da beraberinde getirmiştir[350]. Parlamento üye sayısının Konvansiyon içerisinde yüksek tutulmasının yanısıra, bu konuda her kesimin görüşünü almak ve oluşturulan metnin meşruiyetinin sağlanması amacıyla sivil toplum örgütleri ile Internet üzerinden dileyen herkesin sürece dahil olarak Şart'ın hazırlanma aşamasında görüşlerini açıklayabilecekleri bir zemin oluşturulmuştur. Toplantıların kamuya açık yapılması[351], hazırlanan dokümanların internette yayınlanması bu amaca hizmet etmek üzere öngörülmüş olup, aynı zamanda kamunun ilgisini çekmeye ve öte yandan şeffaflık sağlanmaya çalışılmıştır. Bu suretle Birlik, Şartın gerek hazırlanması gerek içeriğine ilişkin olası

349 Konvansiyon başkanlığına Roman Herzog, başkan yardımcılıklarına ise Komisyon temsilcisi Antonio Vitorino, Avrupa Parlamentosu temsilcisi Inigo Mendez de Vigo, ulusal parlamentoların temsilcisi Gunnar Jansson, Avrupa Konseyi dönem başkanı olarak da Petro Bacelar de Vasconcellos seçilmiştir. Bkz. <http://www.europarl.europa.eu/charter/composition_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008); **Arsava, Füsun,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 3, S. 1, 2003 (a), s. 6.

350 **Arsava, Füsun,** "AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 3, S. 2, 2003 (b), s. 4.

351 **Arsava, (2003a),** s. 6-7.

eleştirilerin önlenmesini de hedeflemiştir.

Başkanlık divanına taslak metni hazırlama görevi verilmiş olup Divan[352], taslak metni kaleme aldıktan sonra[353], metnin Konvansiyon genel kurulunda görüşülmesi karara bağlanmıştır. Genel kurulda getirilen eleştiriler ve değişiklik önerileri çerçevesinde başkanlık divanı metni, üzerinde uzlaşı sağlanana dek değiştirmiştir.

Her üye devletin farklı anayasal geleneklere sahip olduğu, ulusal anayasalarında yer verilen temel hak katalogları ile Şarta ilişkin beklentilerinin birbirinden tamamen farklı olduğu gözönüne alındığında, tek bir metin üzerinde uzlaşı sağlanmasının pek de kolay olmadığı açıktır. Bir yandan başta İngiltere olmak üzere İrlanda, İsveç ve Danimarka, Birlik kapsamında bir Temel Haklar Şartı'nın varlığını sorgulayıp, Avrupa Birliği'nin yetkilerinde meydana gelebilecek artıştan endişe duyarlarken, öte yandan Divan'ın bu suretle sosyal politika alanında da yetki sahibi olma ihtimali temkinli yaklaşımlara neden olmuştur[354]. Örneğin, bir üye devlet anayasasında grev hakkı tanınmışken, bir diğerinde bu hakka yer verilmemiş olması, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı içerisinde bu hakka yer verilip verilmeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir[355]. Taslak Şart'ın geneline bakıldığında, en yoğun tartışmalar tüketici hakları, çevre, sosyal haklar ve sağlık alanında yaşanmış, bunun dışında Şart'ın uygulanma alanıyla ilgili olarak da görüş ayrılıkları meydana

352 **Deloche-Gaudez, Florence,** "The Convention on a Charter af Fundamental Rights: A Method For The Future?", **Notre Europe Research Papers,** No.15, November 2001, s. 13, <http://www.notre-europe.asso.fr/fichiers/Etud15-en.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

353 **Rousseau, Dominique,** "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı", <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/dominik.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008), s. 8.

354 **Arsava, (2003a),** s. 8-9.

355 **Arsava, (2003a),** s. 9.

gelmiştir[356].

Burada da dikkati çeken en önemli nokta Konvansiyon genel kurulunda metnin kabulü için öngörülen karar alma usulüdür. Herhangi bir oylama sistemi (oybirliği, oyçokluğu, nitelikli çoğunluk vs.) belirlenmeksizin, tasarı üzerinde uzlaşı sağlanması metnin karar vermek üzere AB Zirvesine sunulması için yeterli kabul edilmiştir. Bu usulün tercih edilmesi nedenlerinden bir tanesi oybirliği veya oy çokluğu şeklinde bir usulün belirlenmiş olması halinde hazırlanacak Temel Haklar Şartı tasarısının oy kaygıları nedeniyle, tamamlanamayacağı endişesi , diğeri ise Şart metninin oluşturulmasında AB Zirvesi'nin yetkili kabul edilmiş olmasıdır[357]. Dolayısıyla, Konvansiyonun görevi, hazırlanan Şart tasarısını AB Zirvesine sunmakla sınırlandırılırken, AB Zirvesi oybirliği usulü ile Şartın geleceğini belirleyecektir.

Metin üzerindeki bütün pürüzler ve bahsettiğimiz sorunlar giderilerek Konvansiyon çalışmalarını, kısa denilebilecek bir zaman zarfında uzlaşı ile 11-12 Eylül 2000 tarihinde noktalamış ve 2 Ekim 2000'de Şart'a nihai hali verilebilmiştir.

13-14 Ekim 2000 tarihinde gerçekleştirilen Biarritz Zirvesinde oybirliği ile onaylanan Şart, Avrupa Parlamentosu ve Komisyona gönderilmiş[358]; 14 Kasım 2000 tarihinde Parlamento tarafından, 6 Aralık 2000 tarihinde de Komisyon tarafından onaylanmıştır.

---

356 Yukarıda belirtilen konular dışında işletme özgürlüğünün tanınması, milkiyet hakkı, sığınma hakkı, kanun önünde eşitlik, işletmelerde işçilerin bilgilendirilme ve dinlenme hakkı, grev hakkı ve çalışma hakkı da üzerinde uzlaşma sağlanırken sıkıntı yaşanan konular olarak öne çıkmaktadır. Bkz. **Arsava**, **(2003a),** s. 10.

357 **Arsava, (2003b),** s. 5.

358 Şartın ilk hali için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008); Lizbon Antlaşması öncesinde yapılan değişikliklerle Birlikte Şart tam metni için bkz. Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

Bu şekilde hazırlanan taslak, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon başkanları tarafından 7 Aralık 2000 tarihli Nice Zirvesinde imzalanarak ilan edilmiştir[359]. Nice Zirvesi'nde Hükümet ve Devlet Başkanları, hukuki statüsü konusunda bir uzlaşı sağlayamamaları nedeni ile Antlaşmalara Şart ile ilgili bir referans koymamaya karar vererek, Şart'a sadece siyasi bir değer tanımakla yetinmişlerdir. "AB'nin Geleceğine İlişkin Bildiri"nin de yayınlandığı Zirvede, Şartın hukuki statüsü de Birliğin geleceğine ilişkin tartışmaların odak noktalarından biri olarak belirlenmiştir[360]. 2001 yılında yapılan Laeken Zirvesinde ise Şartın hukuki statüsünün belirlenmesi, 2004 yılında gerçekleştirilecek Hükümetlerarası Konferansa kadar ertelenmiştir[361].

Her ne kadar ilk anda hukuki bağlayıcılık tanınmamış olsa da Temel Haklar Şartı'nın geniş katılıma imkan veren konvansiyon yöntemi ile oluşturulmaya çalışılması ve hatta katılımın sağlanması için halkın buna teşvik edilmesi olumlu gelişmelerdir. Bunun yanı sıra bu usul, şeffaflık, açıklık gibi kavramların Birliğin gündemine girmesine yardımcı olsa da[362] tek başına yeterli değildir. Nitekim, kanımızca Şart'ın hazırlanışına imkan veren bütün olanaklara rağmen, katılımın istenilen oranda sağlanamaması, üye devlet vatandaşlarının halen istenilen Avrupalı kimliğine sahip olmadığının ve Birliğe uzak olduğunun bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

359 Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

360 Dört ana başlık altında belirlenen konular; AB ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımı, Temel Haklar Şartı'nın statüsü, AB mevzuatının sadeleştirilmesi ve ulusal parlamentoların AB yapılanmasındaki rolü, bkz. **İzbul, Ali İhsan,** "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Konvansiyon, Taslak Anayasal Antlaşma ve Hükümetlerarası Konferans", **Sayıştay Dergisi,** C. 49, 2003, s. 84.

361 "14-15 Aralık 2001 tarihli Laeken Zirvesi Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://ec.europa.eu/governance/impact/background/docs/laeken_concl_en.pdf>, (erişim tarihi, 09.08.2011).

362 **Goldsmith,** s. 1208.

III. TEMEL HAKLAR ŞARTININ İÇERİĞİ

Temel Haklar Şartı başta insanlık onuru (m. 1-5) olmak üzere sırasıyla, özgürlükler (m. 6-19), eşitlik (m. 20-26), dayanışma (m. 27-38), vatandaşlık hakları (m. 39-46) ve adalet (m. 47-50) başlıkları altında, toplam elli dört hükümden ve önsöz ile genel hükümler hariç, altı bölümden oluşmaktadır[363]. Üye ülkelerin anayasal gelenekleri, üye ülkelerin taraf oldukları uluslararası sözleşmeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Şartın hazırlanmasında temel alınmıştır.

Temel Haklar Şartı ile hakların evrenselliği ilkesi gözetilmeye çalışılarak, Şartta yer verilen hakların herhangi bir ayrım yapılmaksızın tüm üye devlet vatandaşları için geçerli olmasını sağlamak amaçlanmıştır[364].

Şartın içeriğine bakıldığında özellikle üç niteliğin ön plana çıktığı göze çarpmaktadır[365]. Bunlardan ilki, Şartın bünyesinde yer alan haklarla bazı üye devletlere ekstra yükümlülük getirmesi ve bu suretle hakların uygulama alanını genişletmesidir. Nitekim, Şartta yer verilen bir takım hakların da yer aldığı uluslararası anlaşmalara taraf olmamış üye devletler, artık Şart kapsamında yer verildiği için bu hakları da gözetmek yükümlülüğü altına girmişlerdir. Örneğin Avrupa Konseyi tarafından 1998 yılında hazırlanan "Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi[366]" Avrupa Birliğine üye 12 devlet tarafından imzalanmış

363 Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

364 **Eeckhout, Piet,** "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", **Common Market Law Review**, C. 39, 2002, s. 957.

365 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins**, s. 254-255.

366 "Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi" için bkz. Council of Europe, CETS No. 172, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=172&CL=ENG>, (erişim tarihi, 09.08.2011).

olup[367], geriye kalan Avrupa Birliği üyesi 15 devlet tarafından da çevreye ilişkin düzenlemenin Şart hükümlerinde yer alması nedeniyle bu konu gözönünde bulundurulacaktır. Aynı durum çocuk hakları için de geçerlidir. "Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi[368]" Avrupa Birliğine üye 8 devlet tarafından imzalanmazken[369], Şartta yapılan düzenlemeyle çocuk hakları, imzalamayan 7 devlet tarafından da dikkate alınacaktır.

Dikkati çeken ikinci durum, tek bir metin altında toplanmak suretiyle; sosyal, medeni, siyasi ve ekonomik haklar arasında ayrım yapılmaksızın, hepsinin eşit statüde temel hak olarak kabul edilmesi ve bu suretle hakların bölünmezliği ilkesinin gündeme getirilmiş olmasıdır. Şartta düzenlenen hakların farklı ifade ediliş tarzları da üçüncü ve son nitelik olarak gösterilebilir. Zira, gerek üye devlet ulusal anayasalarında, gerek AİHS'de ve diğer uluslararası antlaşmalarda yer verilen bir hak ile ilgili olarak Birlik tarafından yapılacak bir tanımda bütün bu kaynakların gözönüne alınması ve Birliğin bu konuda kendine ait bir yorum getirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Şartta söz konusu hakların daha modern bir ifade tarzı ile tanımlandığı ve bu durumunda, bu haklarla ilgili olarak farklı yorumlamanın da yapılabileceğini gündeme getirdiği söylenebilir[370]. Örneğin, AİHS m. 8/1'de yer verilen haberleşme hakkına saygı ile Şart m. 7'de düzenlenen iletişim hakkına saygı

367 İmzalayan devletler: İsveç, Romanya, Luksemburg, İtalya, Yunanistan, Almanya, Fransa, Finlandiya, Estonya, Danimarka, Belçika, Avusturya, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=172&CM=&DF=&CL=ENG>, (erişim tarihi, 09.08.2011).

368 "Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi", için bkz. Council of Europe, CETS No. 160, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CL=ENG>, (erişim tarihi, 09.08.2011).

369 İmzalamayan devletler: Belçika, Danimarka, Estonya, Litvanya, Hollanda, Romanya, UK, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=&DF=&CL=ENG>, (erişim tarihi, 09.08.2011).

370 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 255.

kavramları birbirinden farklıdır[371]. AİHS'de yer verilen haberleşme kavramı, daha çok yazışma, temas halinde olmayı ifade ederken, iletişim oldukça geniş bir üst kavramdır.

Genel hatlarıyla bu özelliklere sahip olan Şart'ın içeriğine bakıldığında yer verilen hakların, medeni ve siyasi haklar, temel sosyal ve ekonomik haklar ve son olarak vatandaşlık hakları olmak üzere üç ana kategori altında toplandığı dikkat çekmektedir[372]. Bunun yanısıra Şartta, bazı haklara ya hiç yer verilmediği ya da çok genel ifadeler kullanılmak suretiyle değinilmeye çalışıldığı dikkat çekmektedir. Bu durumu kanımızca Şart'ın hazırlanma sürecinde yaşanan anlaşmazlıkların Şart'ın içeriğine de yansıtılması olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır. Örneğin Şartta, çalışma hakkına (m. 15) genel ifadelerle yer verilmesi tercih edilirken, toplu sözleşme hakkı belli çerçevelerde tanınmış, grev hakkı (m. 28) bir çok alanda kabul edilmemiştir[373]. Benzer şekilde, konut hakkı metne dahil edilmezken, konut yardımı m. 34/3'de düzenlenmiştir[374]. Bunun yanısıra evlenme hakkı, işçilere yönelik danışma ve enformasyon hakkı ve haksız yere işten çıkarılmaya karşı korunma hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklara ilişkin maddelerin ise gerek ulusal gerek Birlik hukukunda yer alan hükümlere uygun olarak düzenlendiği belirtilmiştir[375].

AİHS ile kıyaslandığında ise Şart'ın, daha kapsamlı ve daha modern bir görünüme sahip olduğu ve AİHS'de düzenlenen hakların sadeleştirilmek suretiyle Şarta dahil edildiği göze çarpmaktadır. Bu farklılığın ötesinde Şart içeriğinde, günün koşullarının getirdiği bir takım yeni olarak nitelendirebileceğimiz haklara da yer

371 AİHS m. 8'de yapılan düzenlemede "correspondence" kelimesi kullanılırken; Şart m. 7'de "communication" kelimesi tercih edilmiştir.
372 **Jacobs, Francis,** "The EU Charter of Fundamental Rights", s. 276.
373 **Arsava, (2003a)**, s. 12-13.
374 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 256.
375 **Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins,** s. 257; **Arsava**, **(2003a),** s. 13.

verilmesi ile AİHS'den ayrılmaktadır. İyi yönetim hakkı, biyoetik ile ilgili temel ilkeler, çevrenin ve tüketicinin korunması, engelli hakları, çocuk hakları Şartta yer verilen ve yeni olarak kabul edilen haklara örnek teşkil etmektedir[376].

IV. TEMEL HAKLAR ŞARTININ UYGULAMA ALANI

Temel Haklar Şartı'nın uygulama alanı, Şart'ın "Genel Hükümler" başlıklı yedinci bölümü, 51/1. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, "Bu Şartın hükümleri, katmanlı yetki ilkesi (subsidiarite) dikkate alınarak Birliğin kurumlarına, organlarına, ofislerine, ajanslarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneliktir. Bu nedenle, Birlik kurumları, ajansları, organları, ofisleri ve üye devletler kendi yetkilerine ve Antlaşmalarda Birliğe tanınan Birlik yetkilerinin sınırlarına uygun olarak haklara saygı gösterecekler, ilkelere uyacaklar ve bunların uygulanmasını teşvik edeceklerdir" şeklinde ifade edilmiştir[377].

Madde metninden anlaşıldığı üzere, Birlik kurum, organ, ajans ve ofislerinin yanı sıra üye devletler Şart'ın muhatapları olarak düzenlenmiş olup, ikisi arasında önemli bir fark dikkati çekmektedir. Buna göre, Birlik kurumları ve organları her türlü tasarruflarında Şart'a uygun hareket etme yükümlülüğü altında iken, üye devletler için bu yükümlülüğün sadece Birlik hukukunun uygulanmasına yönelik

376 **Baykal, Sanem,** "Significance of the Charter of Fundamental Rights and the Emerging European Polity", **Vangelis Kyriakopoulo** (Ed.), **Olympia III: Human Rights in the 21st Century, Human Rights and Terrorism,** Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2003, içinde, s. 152; **Çavuşoğlu,** s. 4; **Baykal, Sanem,** "Temel Haklar", **Akçay, Belgin – Özçelik Bayraktaroğlu, Gülüm** (Eds.), **Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar,** Seçkin yayınları, Ankara, 2010, içinde, s. 393.

377 Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

tasarruflarda geçerli olduğu, bunun dışında üye devlet tasarruflarının Şart kapsamında değerlendirilemeyeceği maddenin lafzi yorumundan anlaşılmaktadır[378]. Böylece, üye devletler için "Birlik hukukunu uyguladıklarında" şeklinde bir ifade kullanılmak suretiyle sınırlı bir düzenleme getirilmiştir[379].

Aslında söz konusu madde, Divan içtihadının bir sonucu olarak Şart metnine dahil olmuştur. Divan, üye devlet tasarruflarının da Birliğin temel hak anlayışı kapsamında inceleneğinin sinyallerini *Rutili*[380] ve *Watson-Belmann*[381] kararlarında vermiş, *Wachauf*[382] kararı ile de bunu açıkça dile getirmiştir. *Wachauf* kararında, "üye devletler Birlik hukukunu uygularken Birlik hukuk düzeninde benimsenen temel hak anlayışıyla bağlıdırlar. Birlik mevzuatını iç hukukta uygulamaya yönelik ulusal düzenlemelerin Birlik hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası niteliğindeki temel haklara saygı göstermesi gerekmektedir"[383] diyerek, Birlik hukukunu uygularken Birlik temel hak anlayışına aykırı olan üye devlet tasarrufları üzerinde yetkili olduğunu ilan etmiştir[384]. Buna göre, üye devletler Birlik hukuk kurallarını uygularken Birlik temel hak anlayışı ile bağlıdırlar. Divan, bu karar ile ulusal hukuk tasarruflarına da müdahale etme şansı yakalamıştır. Bu durum bir kısım yazarlarca[385] Divan'ın yetkisini genişletmesi şeklinde olumsuz olarak değerlendirilirken; diğer bir

378 **Baykal, (2003)**, s. 153.
379 **Goldsmith,** s. 1205; **Karakaş, Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler,** İstanbul, Yenilik Basımevi, 2003, s. 99; **Jacobs,** s. 276.
380 C-36/75, Roland Rutili v. Minister for the Interior, [1975] ECR 1219, para. 32.
381 C-118/75, Italy v. Watson and Belmann, [1976] ECR 1185.
382 C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernahrung und Forstwirtschaft, [1989] ECR 2609.
383 C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernahrung und Forstwirtschaft [1989] ECR 2609, para.19.
384 **Knook, Allard,** "The Court, The Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union", **Common Market Law Review,** Cilt 42, 2005, s. 369; **Colneric, Ninon,** "Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities", **Oxford University Law Faculty Working Paper,** <http://www.competition-law.ox.ac.uk/iecl/working.shtml>, (erişim tarihi, 29.03.2010).
385 **Coppel - O'neill,** s. 676.

kısım yazarlarca[386] olması gereken olarak kabul edilmektedir. Örneğin Weiler, *Wachauf* kararını, *Nold*[387] ve *Hauer*[388] kararlarının bir uzantısı olarak kabul etmekte, üye devlet tasarruflarının Divan tarafından temel haklara uygunluğunun denetlenebilmesini Divan içtihadının gelişiminin doğal bir sonucu olarak görmektedir. Weiler'a göre, Birlik hukukunu uygulamaya yönelik ulusal hukuk tasarruflarının Divan tarafından incelenmemesi, mevcut insan hakları yargılamasına ters düşecektir. Öte yandan Divan, Komisyonu insan haklarına aykırı bir tasarrufu nedeniyle yargılamaya tabi tutarken, aynı durumun üye devletler için geçerli olmaması insan hakları politikasının keyfi ve takdire bağlı olmasına neden olacaktır. Weiler, üye devletlerin Birlik hukukunu uygulamaya yöneli tasarruflarının da Divan yargılamasına tabi olmasını "*vekillik durumu (agency situation)"* olarak adlandırmakta ve şöyle açıklamaktadır[389]: "Üye devletler Birlik hukukunu uygularken, Birlik adına hareket etmekte diğer bir deyişle vekil olarak görev yapmaktadırlar. Üye devletlerin Birlik hukukunu uygularken Birliğin vekili olarak hareket etmesinden yola çıkarak, üye devlet tasarruflarının da Birlik kurum tasarrufları gibi Birlik temel hak anlayışına uygun olması gerekmektedir*"*. Divan'ın *Wachauf*[390] kararı ile ulaşmış olduğu sonuç, Şart'ın 51. maddesinin 1. fıkrasında kendisine yer edinmiştir.

Kanımızca, Şart'ın kapsamına ilişkin olarak getirilen en önemli düzenleme m. 51'in 2. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu madde uyarınca, "Şart, Topluluk veya Birlik için yeni bir yetki veya görev tesis etmemekte veya Antlaşmalarda tanımlanan

386 **Weiler, (1995),** s. 67-68; **Weiler - Lockhart,** s. 73-74; **Tridimas, (2006),** s. 320-321.
387 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.
388 C-44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, [1979] ECR 3727.
389 **Weiler, (1995)**, s. 67-68.
390 C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernahrung und Forstwirtschaft, [1989] ECR 2609.

yetki ve görevlerde değişiklik yapmamaktadır"[391]. Bu madde de yine Divan içtihadının Şart içine yansıtıldığı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. 1998 tarihli *Grant*[392] kararında Divan, temel hakların Antlaşmalarda belirlenen yetki ve görevlerde değişikliğe neden olamayacağını "... temel haklar, kendiliğinden Antlaşma hükümlerinin kapsamını Topluluk yetkisinin ötesinde genişletme etkisine sahip değildir" demek suretiyle ifade etmiştir[393]. Hatta aynı kararda Divan'ın Birliğin AİHS'ye katılımına ilişin 2/94 sayılı görüşüne de atıf yapmak suretiyle, Birliğin katılımı için Antlaşmalarda değişiklik yapılması gerektiği çünkü AT Antlaşması m. 235'in kapsamının genişletilemeyeceğini de belirtmiştir[394].

Şart'ın 51. maddesinin 2. fıkrası ile 1. fıkranın son cümlesinin birlikte yorumundan ifade edilen, katmanlı yetki ilkesinin mantıksal sonucu ile Şart'ın Birliğe yeni yetki ve görevler vermek amacıyla öngörülmediği vurgusunun açıkça dile getirilmek istenmesidir[395]. Birlikte sınırlı yetki ilkesi hakim olup katmanlı yetki ilkesi, üye devletlerle AB arasında paylaşılan yetki alanlarında AB tarafından eyleme geçilmesi bakımından bir ölçüt oluşturmaktadır. Buna göre, paylaşılan yetki alanlarında katmanlı yetki ilkesi uyarınca vatandaşa en yakın düzeyde karar alınması esastır[396]. Diğer bir deyişle Birlik, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla

391 Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

392 C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd, [1998] ECR I-621.

393 C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd, [1998] ECR I-621, para. 45.

394 Opinion of the Court, 28 March 1996, No. 2/94, [1996] ECR I-01759 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=212338:cs&lang=en&list=212229:cs,212338:cs,212156:cs,207951:cs,&pos=2&page=1&nbl=4&pgs=10&hwords=>, (erişim tarihi, 20.10.2011).

395 Explanations Relating to the Charter Of Fundamental Rights, 14.12.2007, OJ C 303/17.

396 AB Düşünce Grubu Raporu: Avrupa Projesi 2030 Tehditler ve Mesajlar, AB Genel Sekreterliği, 2010, s. 17.

Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer[397]. Birlik yetkilerinin kullanımında uygulanan bu ilke ile üye devletler açıkça temel hak konusunda Birliğin Antlaşmalarda kendisine tanınmış herhangi bir yetkiye sahip olmadığı gibi katmanlı yetki ilkesinin de bu konuda kullanılamayacağı, Şartta yer verilen düzenlemeler ile de Birliğe bu alanda yeni bir yetki yaratmadığının altı çizilmek istenmiştir.

İşte yapılan bu düzenleme ile üye devletler, temel haklar konusunda yetkiyi Birliğe bırakmadıkları gibi, Birlik yetkilerinin genişletilemeyeceğini ayrıca belirtme ihtiyacı duymuşlardır. Dolayısıyla, bu madde ile aslında Şart'ın yeni yetkiler öngörmektense, mevcut yetkilerin hangi hal ve şartlarda sınırlandırıldığını ortaya koymak amacıyla getirildiği açıkça ifade edilmektedir[398].

Kanımızca, Şart'ın uygulama alanının bu kadar kesin ifadelerle belirlenmesi üye devletlerin halen temel haklar konusunda Birliğe açık ve genel bir yetki tanıma konusundaki isteksizliğinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Şart sayesinde Birlik hukukunda tanınan haklar yazılı bir metne dönüştürülüp, Birlik vatandaşlarına haklarının neler olduğunun belirtildiği yazılı bir belge sunmanın yanı sıra, getirilen bu hükümle her ne kadar hukuki bir bağlayıcılığı o yıllarda olmasa da Divan'a bu konudaki Birlik yetkisinin sınırları gösterilmek suretiyle, bu konuda amaçsal yorum yapması engellenmek istenmiştir denilebilir.

397 AB Antlaşması m. 5.
398 **Goldsmith,** s. 1205-1206.

V. TEMEL HAKLAR ŞARTINDA SINIRLAMA HÜKÜMLERİ

Şart'ın "Şart'ın Uygulanması ve Yorumuna İlişkin Genel Hükümler" başlıklı son bölümünde yer alan, "İlkelerin ve Hakların Kapsamı ve Yorumu" madde başlıklı 52. maddesinde[399] sınırlamaya ilişkin genel bir hükme yer verilmektedir. Buna göre; "Bu Şartla tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlama yasal düzenlemeler ile olmalı ve söz konusu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir. Sınırlamalar, orantılılık ilkesi de dikkate alınarak, ancak gerekli olduğu ve Birlik tarafından tanınan genel çıkar amaçlarını veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşıladığı takdirde getirilebilir"[400]. Madde metninden de anlaşıldığı gibi hakların sınırlandırılması ancak üç şartın varlığı halinde söz konusu olabilmektedir[401]. Buna göre, getirilecek sınırlamanın ancak hukuk ile düzenlenebileceği, sınırlama yapılırken hak ve özgürlüklerin özüne dikkat edilmesi ve son olarak da sınırlamanın ancak orantılılık ilkesi gözetilmek suretiyle Birlik tarafından tanınan genel çıkar veya başkalarının ihtiyacını gerçekten karşılamak olmak üzere iki amaçla yapılabileceği düzenlenmiştir[402].

Belirtmek gerekir ki maddenin son cümlesinde yer verilen "veya" bağlacı ile diğer iki şartın mevcudiyeti ile birlikte başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacı söz konusu olmasa da, Birliğin çıkarlarının söz konusu olması sınırlama

399 Anayasal Antlaşma öncesinde 'Teminat Altına Alınan Hakların Kapsamı' olan madde başlığı, Anayasal Antlaşma öncesinde değiştirilmiş, Lizbon Antlaşması sırasında da aynen muhafaza edilmiştir.

400 Charter of Fundemantal Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

401 **Arsava, Füsun,** "Avrupa Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 5, S. 1, 2005, s. 13-14.

402 **Döner, Ayhan,** "Avrupa Birliği Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan,** İstanbul, 2003, s. 962.

getirilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Bu madde de aslında Divan içtihadının bir yansımasıdır. *Wachauf*[403] kararıyla Birlik mevzutını iç hukukta uygulamaya yönelik ulusal düzenlemeleri de Birlik temel hak anlayışına uygunluk açısından denetleyecğini belirten Divan, *ERT*[404] ve *Familiapress*[405] kararları ile bu tutumunu bir adım öteye taşımıştır.

Yunanistan'da ulusal televizyon kanalı *ERT*[406] dışında başka kanalların yayın yapmasını yasaklayan yasayı ihlal eden yerel bir kanalın, kamu düzeni gerekçesi ile kapatılmasının incelendiği davada davalı, söz konusu yasaklamanın AT Antlaşmasının hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen yayın özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Her iki iddia karşısında Divan, üye devletlerin hizmetlerin serbest dolaşımına sınırlama getiren herhangi bir ulusal kuralının haklı kabul edilebilmesi için, söz konusu tasarrufun Birlik hukukunun genel ilkeleri ve kısmen temel haklar ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ardından sadece Divan tarafından temin edilen temel haklara uygun ulusal kurallar bu istisnadan yararlanabilir[407] diyerek bir yandan temel hak korumasına getirdiği sınırı ortaya koymakta[408], öte yandan pazar özgürlüklerine ilişkin bir sınırlamanın söz konusu olabilmesi için kendisinin koruma

403 C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernahrung und Forstwirtschaft, [1989] ECR 2609.
404 C-260/89, Elliniki RadiophoniaTileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliforissis et Sotirios Kouvelas, [1991] ECR I-2925.
405 C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Henrich Bauer Verlag, [1997] ECR 1-3689.
406 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925,
407 C-60/89, Elliniki RadiophoniaTileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliforissis et Sotirios Kouvelas, [1991] ECR I-2925, para. 6.
408 **Haapea, Arto,** "Between Minimum and Maximum Standards Current State and Future Challenges of the Protection of Fundamental Rights in the European Union", University of Helsinki, Faculty of Law, 2004, **Yüksek Lisans Tezi,** s. 71; **Avbelj,** s. 30.

alanındaki temel haklara uygun olma koşulunu getirmektedir. Böylece üye devletlerin Birlik hukukuna ya da daha spesifik olarak kurucu antlaşma hükümlerine istisna teşkil eden tasarrufları üzerinde de yetkili olduğunu ortaya koymuştur[409].

Belirtmek gerekir ki burada kastedilen tüm Antlaşma hükümleri olmayıp, temel özgürlüklere diğer bir deyişle serbest dolaşıma ilişkin hükümlerin kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu güvenliği istisnalarına dayanılarak uygulanmaması halidir. Aynı zamanda Divan, Birlik hukuku kapsamında yer almayan ulusal kuralların AİHS'ye uygunluğunu inceleme görevinin kendisine ait olmadığını belirtmekte, ancak ve ancak Birlik hukuku kapsamına dahil olması halinde bunun mümkün olduğunu vurgulamaktadır[410]. Bu karar ile Divan üye devletlerin Birlik hukukunun uygulamasına yönelik ulusal kurallarına müdahale etme imkanını elde etmiş ancak *ERT*[411] kararı ile bu önşart ortadan kalkmış, Birlik hukuku kapsamına giren ulusal tasarruflar şeklinde daha geniş bir yorum yapılmaya başlanmıştır. Öte yandan *ERT*[412] kararı ile bir ikilem de gündeme gelmiştir. Kararda, Antlaşmanın istisnalara (kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı) ilişkin maddesine atıf yapılması, *Cassis de Dijon*[413] kararı ile Divan tarafından yaratılan ve "zorunlu gereklilikler,, olarak adlandırılan istisnaların ileri sürülmesi halinde Divan'ın tutumu ne olacaktır? sorusunu da gündeme getirmiştir.

409 **Binder, Darcy,** "The European Court of Justice and The Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action"**, Jean Monnet Working Papers,** No.95/04, 1995, s. 35 vd., <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9504ind.html>, (erişim tarihi, 29.03.2010).

410 C-260/89, Elliniki RadiophoniaTileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliforissis et Sotirios Kouvelas, [1991] ECR I-2925, para. 42; C-60-61/84, Cinetheque, [1985] ECR 2605, para. 26.

411 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925,

412 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925,

413 C-120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, [1979] ECR 649.

Divan bu konuya ilişkin yaklaşımını da *Familiapress*[414] kararı ile açıklamıştır. *Familiapress* davasının konusu malların serbest dolaşımına ilişkin olup, Avusturya'nın ödül ihtiva eden magazin dergilerinin kendi ülkesinde satışını yasakladığı düzenlemesine ilişkindir. Almanya'da yayınlanıp Avusturya'da da dağıtılan "*Laura*" isimli bir magazin dergisinin her sayısında büyük ödüllü bir bulmacaya yer verilmektedir. Bu derginin söz konusu düzenlemeyi ihlal ettiği gerekçesi ile satışının yasaklanması amacıyla açılan davada, Avusturya hükümeti davaya konu düzenlemeye gerekçe olarak yerel yayıncıların bu kadar büyük bir ödül veremeyeceği ve böylece büyük yayıncıların ödüller vererek küçük yayıncıları piyasadan silmesini engellemenin amaçlandığı ileri sürülmüştür. "*Laura*" isimli derginin bu şekilde rekabet kurallarına aykırı hareket ettiği ve basında çeşitliliği engelleyeceğinden bahisle Avusturya hukukuna aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Avusturya'nın basında çeşitliliğin korunması amacıyla bu önlemi aldığı iddiası Divan tarafından haklı bulunmakla birlikte orantılılık kapsamında söz konusu amacın Birlik içi ticareti ve ifade özgürlüğünü daha az etkileyecek bir tedbirle sağlanıp sağlanamayacağının tespitinin yapılması önerilerek karar ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Divan bu kapsamda örneğin, derginin içinden bulmacanın kaldırılmasıyla aynı amaca ulaşılabileceğini de ortaya koymaktadır[415].

Dava konusundan da anlaşılacağı üzere Avusturya'nın öngördüğü kısıtlama malların serbest dolaşımına engel teşkil edecektir. AİHS m. 10 ifade özgürlüğü kapsamında basında çeşitliliğin korunması amacıyla bir takım istisnaların kabul

414 C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Henrich Bauer Verlag, [1997] ECR 1-3689.

415 C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Henrich Bauer Verlag, [1997] ECR 1-3689, para.15; **Biondi,** s. 56.

edilebileceği belirtilmiş olmasına rağmen Divan, ifade özgürlüğü ve orantılılık ilkelerinin gözönüne alınması gerektiğini vurgulayarak kararı ulusal mahkemeye bırakmaktadır. Divan'ın serbest dolaşıma istisna teşkil edebilecek tasarrufların tespitinde birlik sağlanması amacıyla, söz konusu tasarrufları orantılılık ve serbest dolaşıma gizli bir engel teşkil edip etmedikleri yönünde incelemenin yanı sıra temel haklara uygunluk denetimi anlamında da kendisini yetkili gördüğü anlaşılmaktadır. Divan tarafından oluşturulan bu içtihat Şart'ın 52. maddesinde de kendisine yer edinmiştir.

Şart'ın 52/2. maddesinde ise Şartta yer verilen hakların temellerini Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma ile Avrupa Birliği Antlaşmasından aldığını, dolayısıyla bu hakların söz konusu Antlaşmalarda belirlenen şart ve sınırlar çerçevesinde kullanılabileceği belirtilerek bir sınır daha getirilmiştir. Örneğin, Şartın 21. maddesinde yer verilen ayrımcılık yasağı, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, m. 157 de düzenlenmiş olup, bu sınırlama hükmü neticesinde Şart'ın 21. maddesinde yapılan düzenlemenin Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, m. 157'de yer verilen şart ve sınırlar dahilinde kullanılabileceği belirtilmiştir[416].

Aynı hakkın Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının yanı sıra AİHS'de de düzenlenmiş olması halinde, hakkın kullanımının ne şekilde olacağı ise aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Şart m. 52/3 ile "Bu Şart'ın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer verilen haklara karşılık gelen hakları içermesi halinde söz konusu hakların anlamı ve kapsamı, AİHS'de belirtilenlerle aynı olacaktır. Bu hüküm Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma

416 Bkz. **Lenaerts - De Smijter,** s. 294.

sağlamasını engellemez"[417] denilerek Şartta, AİHS'de yer verilen haklara karşılık gelen hakların sınırlandırılmasında önceliğin koruma düzeyi yüksek olan düzenlemede olduğu belirtilmiştir. Diğer bir deyişle Şart, daha yüksek düzeyde bir koruma öngörmemişse, AİHS'de belirtilen koşulların gözönüne alınması gerektiği vurgulanmıştır[418].

Sınırlandırma hükümleri açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı karşılaştırıldığında her ikisinin de farklı sınırlandırma tekniği benimsedikleri görülmektedir. AİHS, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında her hakkın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlandırabileceğini kabul etmek suretiyle tahdidi bir sistemi tercih ederken, Şartta durum tam tersidir. Genel bir sınırlandırma hükmüne yer verilen Şart bu yönü ile de AİHS'den farklılık arz etmektedir. Bu durumun bir takım sıkıntıları da beraberinde getirebileceği söylenebilir. Aynı hak ve özgürlük için farklı koruma seviyesinin benimsenmiş olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın aynı konuda farklı sonuçlara varmasına neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, Şart'ın 52/3. maddesinin üye devletlerin Birlik hukukunu uygularken, insan haklarının korunması konusunda iki farklı koruma standardına tabi olmasını engellemek amacıyla öngörüldüğü söylenebilir[419].

Öte yandan bu maddenin iki ayrı işlevi yerine getirdiği de anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu maddeye ilişkin yapılan açıklamalarda AİHS'ye uygunluk ile Divan'ın ve Birlik hukukunun özerkliğinin etkilenmeyeceği, bu maddenin Şart ve

417 **Lenaerts - De Smijter,** s. 294.
418 **Garcia, Alonso, R.,** "The General Provisions of the Charter of the Fundamental Rights", **European Law Journal,** C. 8, S. 4, 2002, s. 498; **Lenaerts - De Smijter,** s. 293; **Döner,** s. 964.
419 **Lock, Tobias,** "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals,** C. 8, 2009, s. 382.

AİHS'nin birbirine uygun yorumlanmasına hizmet edeceği anlaşılmaktadır[420]. Böylece Şart m. 52/3'ün aynı zamanda yorumlama rehberi işlevi göreceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu işlevin yanı sıra madde metninde yer verilen "... anlamı ve kapsamı AİHS'de belirtilenlerle aynı olacaktır. ..." ifadesiyle AİHS'nin Şartta karşılığı olan hükümlerle sınırlı olmak üzere AİHS'nin Şart'a dahil edildiği ifade edilmektedir[421].

52. maddenin 4. fıkrası uyarınca, "Bu Şartın, üye devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden kaynaklanan temel hakları kabul ettiği ölçüde; bu haklar, sözü edilen geleneklere uygun olarak yorumlanacaktır". Gerek bu fıkra gerekse 3. fıkrada yer verilen düzenlemelerin yine Divan içtihadının bir yansıması olduğu açıktır. Nitekim, Birlik kapsamında Divan içtihadı ile oluşturulmuş ve geliştirilmiş temel haklar koruma standardı yaratılmıştır.

Birliğe ait yazılı bir temel hak kataloğunun oluşturulmasında da Divan'ın etkisi yadsınamayacak olup, özellikle temel haklar konusundaki Divan içtihadının Birlik amaç ve çıkarları ile bu konuda üye devlet Anayasa Mahkemelerinden gelen tepkilerin de gözönünde tutulması suretiyle oluşturulduğu düşünüldüğünde bu konudaki içtihadın Şarta dahil edilmesi kaçınılmaz olmuştur. Temel haklara sağlanacak korumanın üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmek suretiyle, Birliğin yapı ve amaçları doğrultusunda Birlik hukukunun önceliği ilkesine zarar vermemek koşulu ile gerçekleştirileceği ilk olarak Divan'ın *Internationale Handelsgesellscahft*[422] kararında belirtilmiş olup; 52. maddenin 3. fıkrasında AİHS'ye

420 Explanations Relating to the Charter Of Fundamental Rights, 14.12.2007, OJ C 303/17.
421 **Weiss, Wolfgang,** "Human Rights in The EU: Rethinking the Role of the ECHR After Lisbon Treaty", **European Constitutional Law Review,** C. 7, 2011, s. 69–70.
422 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.

ilişkin yapılan düzenleme ise Divan'ın 1974 tarihli *Nold*[423] kararında ele alınmıştır.

52. maddenin 5. fıkrası ile Şart üzerinde yapılan son değişiklikten önce sadece açıklayıcı notlarda yer verilen ilke kavramı metne dahil edilmiştir. Buna göre, "Bu belgenin ilkeler içeren hükümleri, Birlik kurumları, organları, ajansları ve ofisleri tarafından gerçekleştirilen yasal ve idari tasarruflar ile Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneliktir. Bunlar, yalnızca söz konusu tasarrufların yorumlanması ve hukuka uygunluk kararında hukuken tanınabilir." denilerek Şartta yer verilen "haklar" ve "ilkeler" arasında bir ayrım yapılmıştır. Bu ayrıma göre, haklara saygı gösterilirken, ilkelere uyulması gerekmektedir. Haklar doğrudan yargı önünde ileri sürülebilir, icra edilebilirken; ilkeler yürütme veya yasama tasarrufları aracılığıyla uygulanabilir ve ancak söz konusu tasarrufların yorumlanması veya denetimi nedeniyle yargıya konu olabilir. Diğer bir deyişle ilkeler ancak AB kurumlarının uygulamayı sağlamak doğrultusunda yasama veya yürütme işlemlerini, üye devletlerin ise AB hukukunun uygulanmasına yönelik işlemleri tamamlaması halinde etkinlik kazanabilecektir[424]. Ancak yapılan bu açıklamalar, Şartta yer verilen düzenlemelerden hangisinin hak hangisinin ilke olduğuna dair net bir ayrım yapılması konusunda yeterli değildir.

Şart metninde ilke ve hak ayrımının yapılması gerektiği Şartın hazırlanması için oluşturulan Konvansiyonda İngiltereyi temsil eden Lord Goldsmith tarafından dile getirilmiş ve bu konuda ısrarcı olunmuştur. Yapılacak bir ayrım ile Şartta genel olarak "Dayanışma" başlığı altında düzenlenen ekonomik ve sosyal hakların ilke olarak değerlendirilmesi ve bu suretle söz konusu düzenlemelerin yargılama dışında

423 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.

424 **Karakaş, Işıl,** "Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar", **Anayasa Yargısı Dergisi,** C. 22, 2005, s. 294.

tutulması hedeflenmektedir[425]. Nitekim Goldsmith, ilkelerin yargılanabilir veya icra edilebilir olmadıklarını, sadece ulusal yasama aracılığıyla devletlerin müdahalesine ihtiyaç duyan, olumlu eylem ve sosyal harcama gerektirdiklerini belirtmektedir[426].

Her ne kadar ilke ve hak ayrımı Şart metninde kendine bir yer edinmiş olsa da, yapılan ayrım açıklıktan uzak olduğu gibi net de değildir. Zira, çalışma grubu tarafından Şarta ilişkin açıklayıcı notlarda da Şartta yer alan hükümlerden hangilerinin ilke hangilerinin hak olarak değerlendirileceği açıkça belirtilmemiş, onun yerine ilke olarak kabul edilecek hükümlere bir kaç örnek verilmiştir. "Yaşlıların hakları" (m. 25), "engelli kişilerin topluma kazandırılması" (m. 26) ve "çevrenin korunması" (m. 37) konularının düzenlendiği maddeler ilke kapsamında değerlendirilirken, "kadın erkek eşitliği" (m. 23), "aile yaşamı ve mesleki yaşam" (m. 33) ile "sosyal güvenlik ve sosyal yardım" (m. 34) başlıklı maddelerin hem ilke hem hak özellikleri taşıdığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Goldsmith'in ekonomik ve sosyal hakların ilke olarak kabul edileceği tezi de çürütülmüş olup, gerçek anlamda hak ve ilke ayrımını belirleyen bir kıstasın Şartta mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

52. maddenin 6. fıkrasında Şartın yorumlanmasında Şartta belirtildiği üzere ulusal hukuk ve uygulamaların dikkate alınması gerektiği belirtilirken; aynı maddenin son fıkrasında Şart'ın yorumlanmasına yönelik açıklamaların[427] üye devlet ve Birlik Mahkemeleri tarafından gözönüne alınması gerektiği belirtilmiştir.

---

425 **De Burca, Grainne,** "Fundamental Rights and Citizenship", **De Witte, Bruno** (Ed.), **Ten Reflections On the Constitutional Treaty for Europe,** European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law, Italy, 2003, içinde, s. 23-24.

426 Tenth Report of Select Committe on European Union, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/6209.htm>, (erişim tarihi, 12.08.2011).

427 Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ 14.12.2007, 303/17, <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?aaaa=2007&mm=12&jj=14&type=c&nnn=303&pppp=&RechType=RECH_reference_pub&Submit=Search>, (erişim tarihi, 12.08.2011).

Şart'ın öncelik ilkesine tehdit oluşturduğu iddia edilen ve bu nedenle çalışmamız açısından en önemli maddesi "Koruma Düzeyi" başlıklı 53. maddesidir. Söz konusu madde uyarınca:

"Bu Şart'ta yer alan hiçbir husus İnsan Hakları ile Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu ve üye ülkelerin kendi anayasaları da dahil olmak üzere Birlik hukukunun, uluslararası hukukun, Birliğin veya tüm üye ülkelerin taraf oldukları uluslararası anlaşmaların ilgili uygulama alanlarında tanıdığı insan hakları ile temel özgürlükleri sınırlandırıcı veya olumsuz etkileyici biçimde yorumlanamaz" denilmek suretiyle, Şartta öngörülen hükümlerin, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin üye devlet anayasalarında ve uluslararası sözleşmelerde (AİHS) tanınan hakları kısıtlayıcı ya da olumsuz yönde etkileyici şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir[428]. Diğer bir deyişle 53. madde Şart ve Birlik hukukundan kaynaklanan bir nedenle, AİHS ve ulusal anayasalarla temel haklara sağlanan koruma düzeyinin mevcut durumun altına düşmeyeceğinin garantisi olarak öngörülmüştür[429].

İnsan haklarına ilişkin birçok belgede m. 53 tarzında hükme yer verilmiş olup, bu belgelerde düzenlenen hükümlerin, koruma altına alınan hakların alt koruma seviyesini oluşturduğu, söz konusu belgelerde öngörülen koruma düzeyinden daha düşük bir koruma seviyesinin söz konusu olamayacağı temin edilmek istenmiştir[430].

428 **Lenaerts - De Smijter,** s. 294; **Çavuşoğlu,** s. 4.

429 **Besselink, Leonard,** "From Heteronomous to Autonomous Protection of Fundamental Rights- The EU Protection of Fundamental Rights as an Evolving Constitutional Concern", s. 11, <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2007-0306-202630/besselink_07_from.pdf>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

430 **Liisberg, Jonas Bering,** "Does The EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law", **Common Market Law Review,** C. 28, 2001, s. 1171; **De Schutter, Olivier,** "Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relations Between the European Convention of Human Rights, The European Charter and EU Member States Constitutions", EP Directorate General Internal Policies of the Union, **Briefing Paper,** 2007, s. 5.

Örneğin, AİHS m. 53'de yer verilen "Tanınan İnsan Haklarının Korunması" başlıklı benzer düzenlemede de bu durum "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir sözleşmeci tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz." denilmek suretiyle ifade edilirken; BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi[431] m. 5/1-2 de "1. Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlanmasına yönelik herhangi bir faaliyete girişme ya da bu yönde bir harekette bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz. 2. Bu Sözleşme'ye taraf olan herhangi bir Devlette yasalara, sözleşmelere, yönetmeliklere veya teamüllere göre tanınmış olan ya da var olan temel insan haklarından hiçbiri, bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da daha sınırlı olarak tanıdığı gerekçesiyle sınırlanamaz ve kaldırılamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Nitekim aynı sonuca Şart m. 52/2-3 ve 53. maddenin birlikte yorumundan da ulaşılmaktadır. Şart m. 52/2-3 uyarınca, kurucu Antlaşmalarda yer alan bir hak aynı zamanda AİHS'de düzenlenmiş ise ve söz konusu hakka ilişkin kurucu Antlaşmalarda daha yüksek seviyede bir koruma seviyesi öngörülmüşse, AİHS'deki düzenleme dikkate alınmayacaktır. Ancak, AİHS'de öngörülen koruma seviyesi daha yüksek düzeyde öngörülmüş ise kurucu Antlaşmalarda belirlenen şart ve sınırlar dikkate alınmayacaktır[432]. Sonuç olarak, ilgili maddelerle temel hakların kullanımına

431 BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi Türkçe metin için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

432 **Lenaerts - De Smijter,** s. 294.

ilişkin minimum koruma seviyesi AİHS olarak tespit edilmiştir[433]. Diğer bir deyişle, Şart ile Birlik hukuku temel haklara ilişkin daha üst düzeyde koruma seviyesi sağlama imkanına kavuşmuş olup, korumanın sınırı gerek AİHS gerekse diğer uluslararası antlaşmalar tarafından garanti edilen koruma düzeyinin altına düşemez[434].

Öte yandan 53. maddenin aynı zamanda temel hak koruması konusunda hassas olan üye devletler ve özellikle bu konuda tepki gösteren üye devlet Anayasa Mahkemelerine mevcut koruma düzeylerinin daha alt seviyeye düşme ihtimali olmadığının garantisi olarak getirildiği de ilgili maddenin öngörülmesinin bir diğer nedeni olarak gösterilebilir[435].

Ancak, madde metninde yer alan "... İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi de dahil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri ..." ifadesi ile yine madde metninde geçen "... ilgili uygulama alanlarında ..." ifadesinin Divan tarafından yaratılan ve ihtilaf halinde Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında öncelikle uygulanacağını belirten öncelik ilkesininin tehlikeye düşme ihtimaline neden olabileceği ileri sürülmektedir[436].

Buradaki endişenin maddenin yazılış biçiminden ve madde ile ulaşılmak istenilen hedefin ne olduğunun tam olarak anlaşılamamasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Nitekim, maddeye son şekli verilene kadar geçen süreç

433 **Garcia,** s. 507; **Lenaerts - De Smijter,** s. 294.
434 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 127.
435 **Taşdemir, Hakan – Güngör Akkan, Fatma,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şarı'nın 53. Maddesinin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XII, S. 1-2, 2008, s. 1083.
436 **Liisberg,** s. 1190.

incelendiğinde, bu düşüncenin yerinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Maddenin ilk taslağında, Şartta yer verilen hiçbir düzenlemenin AİHS tarafından sağlanan temel hak korumasına sınırlama getirir şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiş, maddenin öngörülme nedeni olarak da AİHS'nin minimum koruma standardı sağladığı ve dolayısıyla Şart'ın bunun altında bir koruma standardı öngöremeyeceği düzenlenmiştir[437]. Hazırlanan bu ilk taslak metnin ardından 16 Mart 2000 tarihinde Avrupa Parlamentosu, "Avrupa Birliğinde İnsan Haklarına Saygı" başlıklı bir ilke kararı kabul etmiştir[438]. Bu ilke kararında Şartın, üye devletlerin temel haklara ilişkin hükümlerini değiştirmeyeceği veya zayıflatmayacağını belirtmiş hatta Avrupa Birliği düzeyinde temel hak korumasını güçlendirmenin Birlik hukukunun önceliği nedeniyle gerekli olduğunu belirtmiştir. 18 Nisan 2000 tarihinde taslak metinde yapılan değişiklikle ulusal hukuk ifadesi madde metnine eklenmiş, bu suretle Parlamentonun ilke kararında üzerinde durduğu hususlar da dikkate alınmıştır[439].

Yapılan değişiklikle birlikte 53. maddenin amacının uluslararası hukuk, ulusal hukuk ve Birlik hukukunda mevcut temel hak korumasının muhafazası olduğu belirtilmiştir[440]. Ancak, taslak madde metnine "ulusal hukuk" ifadesinin eklenmesinin, Birlik hukukunun önceliği ilkesini tehlikeye atacağına dair endişeler bazı ülke temsilcileri tarafından dile getirilmeye başlanmıştır[441]. Öncelik ilkesinin 53.

437 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Taslak Metni için bkz. <www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent05_en.pdf>, (erişim tarihi, 15.08.2011)

438 Avrupa Birliğinde İnsan Haklarına Saygı başlıklı Avrupa Parlamentosu İlke Kararı, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0113+0+DOC+XML+V0//EN&language=MT>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

439 CHARTE 4235/00 CONVENT 27, <www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent27_en.pdf>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

440 CHARTE 4235/00 CONVENT 27, <www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent27_en.pdf>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

441 Hollanda hükümet temsilcisi Korthals Altes ve ve Alman Parlamenter Altmaier.

maddede yer verilen ifadeler nedeniyle tehlikeye düşme ihtimali sonucunda, "ulusal hukuk" ifadesinin "üye devlet anayasaları" ifadesine dönüştürüldüğünü; hatta, "ilgili uygulama alanlarında" ifadesi de madde metnine eklenerek, bu endişelerin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı da Şart'a ilişkin yapılan Konvansiyon çalışmasından anlaşılmaktadır[442]. Aslında "ilgili uygulama alanlarında" denilerek ulusal anayasaların sadece münhasır ulusal yetki alanında hüküm süreceği belirtilerek, Birlik hukukunun önceliği ilkesinin hiçbir şekilde zarar görmeyeceği belirtilmek istenmiştir.

İlginçtir ki, tamamen öncelik ilkesini garanti altına almak amacıyla maddeye eklenen her iki ifade de aynı zamanda öncelik ilkesinin tehliye atıldığı tezinin de dayanak noktası olarak gösterilmektedir. Bir görüşe göre, 53. madde, Şartta düzenlenen haklara daha yüksek koruma düzeyi öngören ulusal veya uluslararası belgelerin geçerli olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, hukuki bağlayıcılığa sahip olan Şart, bu madde ile ulusal anayasaların daha yüksek koruma düzeyi öngördükleri durumda Divan bu kuralları uygulamakla yükümlü olup, ulusal anayasa hükmü ile çelişen Birlik tasarruflarının da ulusal mahkeme tarafından uygulanamaz kılınması söz konusu olabilecek ve böylece öncelik ilkesi tam tersi şekilde uygulanarak ulusal veya uluslararası hukuk Birlik hukuku karşısında önceliğe sahip olacaktır[443].

Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse[444], bir Birlik tasarrufunun üye devlet anayasasında düzenlenen insan hakları normlarına aykırılığının ulusal mahkemede ileri sürüldüğünü varsayalım. Ulusal mahkeme önce söz konusu Birlik

442 CHARTE 4316/00 CONVENT 34, <www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent34_en.pdf>, **Liisberg,** s. 1190; **Vranes, Erich,** "The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights-Stumbling Blocks for the First and Second Convention", **European Integration Online Papers,** C. 7, S. 7, 2003, s. 9.

443 **Garcia,** s. 507; **Liisberg,** s. 1191.

444 **Liisberg,** s. 1191.

tasarrufunun Şart'ı ihlal edip etmediğine bakacak, eğer bir ihlal olasılığı görürse ön karar usulü ile Divan'a başvuracaktır. Divan, Birlik tasarrufunun Şart'ı ihlal etmediği kanısına varırsa dava ulusal mahkemede devam edecektir. İşte bu noktada davacı Şart m. 53'ü ileri sürerek, anayasal hükmün daha yüksek seviyede koruma öngördüğü gerekçesi ile ulusal mahkemeden Birlik tasarrufunu uygulanamaz kılmasını talep edebilecek midir? Nitekim bu sorunun cevabının evet olması m. 53'ün Birlik hukukunun önceliği ilkesini tehlikeye attığını doğrular.

Ancak, m. 53 ile yukarıda bahsedildiği gibi öncelik ilkesinin tehlikeye düşmesi söz konusu değildir. 53. maddede yer verilen "ilgili uygulama alanında" ve "... İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi de dahil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri ..." ifadeleri ne Divan'a ulusal anayasa hükmünü uygulama, ne ulusal mahkemelere Birlik tasarrufunu uygulanamaz kılma yetkisi tanımakta, ne de Birlik hukukunun geçerliliğini sorgulamak üzere yetki vermektedir[445].

Özellikle madde metninde yer verilen "Bu Şart içinde yer alan hiçbir husus ...." ifadesi ile aslında Şartta yer verilen hiçbir düzenlemenin ulusal anayasalarda yer alan hakların sınırlanmasına yol açmayacağı ifade edilmek istenmekte, bu suretle öncelik ilkesi de desteklenmektedir. Öte yandan Şart'ın hazırlık aşamasında yapılan Konvansiyon çalışmaları sırasında sadece öncelik ilkesine ilişkin endişelerin giderilmesi amacıyla madde metnine eklenen "ilgili uygulama alanları" ifadesi ile

445 **Pernice, Ingolf,** "Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions", **The Columbia Journal of European Law,** C. 10, S. 5, 2003, s. 31.

ulusal anayasaların sadece münhasır ulusal yetki alanında geçerli olduğu vurgusu yapılmak istenmiştir. Bu sonuca, aynı konunun Şart'ın 51. maddesinde zaten düzenlenmiş olması nedeniyle de ulaşılmaktadır[446]. Şart m. 51/1 de, Şart hükümlerinin sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yönelik olduğu düzenlenerek, Şartın uygulama alanına doğrudan bir sınırlama getirilmiş, söz konusu hakların Birlik hukuku ile ilgili olduğunun altı çizilmiştir[447]. Dolayısıyla, uygulama alanı sınırlı olan Şart hükümlerinin, üye devlet anayasalarının kendi uygulama alanlarında tanıdığı hakları kısıtlayıcı ya da olumsuz yönde etkileyici şekilde yorumlanamayacağı ve 53. maddenin bu amaçla getirilmediği açıktır.

Bütün bu eleştiriler kapsamında madde 53'ün gerek ulusal anayasalar gerek uluslararası antlaşmalar kapsamında temel haklara sağlanan korumanın, Şart hükümleri ile ortadan kaldırılacağı endişesini taşıyanlara cevap olarak getirildiği ve siyasi açıdan değerli bir muhafaza aracı olmaktan öteye gitmediği söylenebilir[448].

Madde metninde Birlik hukukunun yanı sıra, ulusal ve uluslararası hukuk temel hak koruma standartlarına da yer verilmiş olması, farklı temel hak koruma standartlarının birbirleriyle çakışma ihtmalini de beraberinde getirmektedir[449].

İşte 53 madde ile her birinin uygulama alanının birbirinden farklı ve ayrı olduğunun altı çizilerek, bir yandan da öncelik ilkesi güvence altına alınmak istenmiştir. Öte yandan, dikkati çeken diğer bir nokta madde metninin hazırlanma sürecinde öncelik ilkesine ilişkin herhangi bir tartışmanın taslak metinlerde dahi yer almamasıdır. Bu konudaki tek eleştiri "ulusal hukuk" ifadesi madde metnine

446 **Liisberg,** s.1193.
447 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,** s. 127.
448 **Liisberg,** s. 1195.
449 **Besselink,** s. 12.

eklendiğinde gündeme gelmiş ki orada dahi öncelik ilkesinin tehlikeye düşmemesi adına madde metninde değişiklik yapılmıştır. Öncelik ilkesini korumanın da 53. maddenin amaçlarından biri olduğu hazırlanma sürecinden anlaşılırken, bunun tam tersinin ileri sürülmesine madde metninin lafzının neden olduğunu düşünmekteyiz.

Birlik hukuku kapsamında temel haklar konusunun, özellikle öncelik ilkesinin üye devletler tarafından kabul edilmesi amacıyla gündeme alındığı gözönüne alındığında m. 53 ile öncelik ilkesinin tehlikeye atılmasına izin verilmeyeceği daha net anlaşılmaktadır[450]. Nitekim öncelik ilkesinin üye devlet yüksek mahkemelerince kabulü Birlik hukukunun temel haklar koruması konusunda göstermiş olduğu performansla doğru orantılıdır. Her ne kadar madde metninde Birlik hukukunun özerk yapısı ile üye devletlerin ulusal anayasa hükümleri arasındaki mevcut gerginlik aslında gerginliğe son vermek amacıyla ögörülen "ilgili uygulama alanında" ifadesiyle muhafaza edilmiş olsa da, bu durum öncelik ilkesini tehlikeye düşürecek nitelikte olmadığı gibi, o amaçla da öngörülmemiştir[451]. Son olarak yine vurgulamak gerekir ki, öncelik ilkesinin kabulünde sıkıntı yaşayan ulusal mahkemelerin, ileri sürdükleri gerekçeler Birliğin hukuki bağlayıcılığa sahip yazılı bir temel haklar kataloğuna sahip olması ile belli oranda karşılanmışsa da, öncelik ilkesinin uygulanmasında belirleyici olan sadece yapılan hukuki düzenlemeler değildir. Ulusal yargı organlarının öncelik ve temel haklar konusundaki yaklaşımları her zaman belirleyici rol oynayacaktır.

450 **Liisberg,** s. 1195.
451 **Craig – De Burca,** s. 361.

VI. TEMEL HAKLAR ŞARTININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuki niteliği konusunda uzlaşı sağlanamayan Temel Haklar Şartının da geleceğini belirlemek üzere, 2001 Laeken Zirvesinde oluşturulan Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon, 28 Şubat 2002 tarihinde Brüksel'de toplam 120 kişiden oluşan üyeleri ile Konvansiyon başkanı olarak seçilen Fransa eski cumhurbaşkanı Valery Giscard d'Estaing başkanlığında çalışmalarına başlamıştır. Oldukça geniş ve çeşitli üye yelpazesine sahip olan Konvansiyonda, Avrupa Parlamentosu on altı, Komisyon iki, üye ve aday ülkeler[452] iki ulusal parlamento üyesi ve bir hükümet temsilcisi olmak üzere toplam üç yetkili ile temsil edilmişlerdir. Temel Haklar Şartının hazırlanması için oluşturulan Konvansiyona benzer şekilde, bu üyelerin yanısıra, Ekonomik ve Sosyal Komiteden üç, Bölgeler Komitesinden altı temsilci olmak üzere Avrupa Ombudsmanı, Üniversiteler ve Sivil Toplum Örgütleri de gözlemci statüsünde katılmışlardır[453].

Temel hakların da çalışma konularından birini oluşturduğu Konvansiyon, oldukça geniş bir kitlenin çalışmalara katılımını sağlamak ve herkesin konu hakkındaki görüşlerini rahatlıkla dile getirmesine imkan veren bir ortam yaratmak amacıyla toplantı tutanaklarının Internetten yayınlanmasını ve konu hakkında dileyen herkesin bilgi edinebileceği gibi, görüşlerini de paylaşabileceği bir web sitesi oluşturulmasını sağlamıştır.

Birlik kurumları tarafından siyasi niteliği tanınıp, hukuki niteliği konusunda üye devletler arasında görüş birliği sağlanamayan ve Nice Zirvesinde hukuki

452 Her ne kadar aday ülkelerin konvansiyonda yer alması ögörülmüşse de kendilerine oy hakkı tanınmamıştır.

453 Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon, <http://european-convention.eu.int/organisation.asp?lang=EN>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

niteliğinin Konvansiyon çalışmaları sonucunda netleştirilmesine karar verilen Temel Haklar Şartına ilişkin görüşmelere bakıldığında, üye devletler arasında mevcut görüş farklılıklarının devam ettiği ilk anda dikkati çekmektedir[454]. Buna göre, İngiltere ve İrlanda Şartın içeriğini onaylayıp, hukuki bağlayıcılığa ihtiyacı olmadığını savunurken; Almanya ve Fransa başta olmak üzere, İtalya, İspanya ve Polonya bugüne kadar yapılan tüm antlaşmaların birleştirilerek tek bir metin oluşturulmasını ve Temel Haklar Şartına da bu metin içinde yer verilerek hukuki bağlayıcılık kazandırılmasının Birlik için olumlu ve gerekli bir adım olacağını savunmuşlardır[455]. Genel olarak bu iki görüşün hakim olduğu çalışmalar sonucunda, Birlik Antlaşmalarının tek bir metinde toplandığı taslak Anayasal Antlaşmada Temel Haklar Şartına II. bölümde yer verilmek suretiyle, Şart'ın Antlaşmaların parçası haline gelmesi sağlanarak, hukuki bağlayıcılık kazanması amaçlanmıştır.

Şartın hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların, Şarta Anayasal Antlaşmada yer verilmek suretiyle giderilmesi kararlaştırılan Konvansiyonda, Şartın içeriğine ilişkin de bir takım değişiklikler gündeme gelmiş ve bu yönde Şart'ın "Genel Hükümler" başlıklı yedinci bölümünde yer alan "Kapsam" madde başlıklı 51. ve "Teminat Altına Alınan Hakların Kapsamı" madde başlıklı 52. maddeleri tadil edilmiştir.

İki fıkradan oluşan ve Şart'ın Birlik için yeni bir görev veya yetki öngörmediği gibi kimlere yönelik olduğunu düzenleyen 51. maddesinde yapılan değişikliklerle Birlik yetkilerinin sınırları netleştirilmek istenmiştir denilebilir. Nitekim, maddenin her iki fıkrasına da "*Anayasa'nın diğer bölümlerinde*" ifadesi

454 **İzbul,** s. 90-92; Şart'a hukuki bağlayıcılığın ne şekilde sağlanması gerektiği konusunda da doktrinde farklı görüş ve öneriler ileri sürülmüştür. Bunlar için bkz. **De Burca, Grainne,** "Human Rights: The Charter and Beyond"**, Jean Monnet Working Papers,** 10/01, 2001, s. 1 - 12.

455 **İzbul,** s. 90-91.

eklenerek[456], ilk fıkrada Birliğe tanınan yetkilerin üye devletler tarafından verildiği vurgulanırken, ikinci fıkrada üye devletler tarafından verilen bu yetkilerin Birlik hukukunun uygulama alanını genişletmediğinin altı çizilmek istenmiştir[457].

Yapılan bu değişiklikle 51. maddenin 1. fıkrası "... Dolayısıyla bunlar, kendi yekileri uyarınca ve Anayasa'nın diğer bölümlerinde Birliğe tanınan Birlik yetkilerinin sınırları uyarınca, haklara saygı göstermeli, ilkelere uymalı ve hükümlerin uygulanmasını teşvik etmelidirler" şeklinde, ikinci fıkra ise "... veya Anayasa'nın diğer bölümlerinde tanımlanan yetkilerde ve görevlerde değişiklik yapmaz" şeklinde tadil edilmiştir[458]

51. maddede yapılan değişiklik ile kıyaslandığında 52. maddede öngörülen değişiklik oldukça kapsamlı gibi görünse de, madde metnine eklenen fıkraların içeriğine bakıldığında aslında hepsinin aynı endişeden kaynaklandığı ve bu nedenle de herhangi bir yenilik öngörmediği söylenebilir. Madde başlığının değiştirilmesinin yanı sıra üç fıkradan oluşan maddeye dört yeni fıkra daha eklenmek suretiyle yapılan tadil işlemi sonucunda yedi fıkradan oluşan madde metni[459] ile üye devletler Birlikte her şekilde söz sahibi olanın kendileri olduğunu vurgulamak, bu suretle Birlik yetkilerinin sınırlı olduğunun bir kez daha altını çizmek istemektedirler[460].

Yapılan değişiklikle "*Teminat Altına Alınan Hakların Kapsamı*" olan madde başlığı, "*Hak ve İlkelerin Kapsamı ve Yorumu*" olarak değiştirilmiştir. Şartta

456 Treaty Establishing a Constitution for Europe, article II-111, Official Journal 2004/C 310, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

457 **Oder,** s. 322.

458 Treaty Establishing a Constitution for Europe, article II-112, Official Journal 2004/C 310, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

459 Treaty Establishing a Constitution for Europe, article II-112, Official Journal 2004/C 310, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

460 Geniş bilgi için bkz. **Oder,** s. 323-329.

düzenlenen haklar ile Birlik Kurucu Antlaşmaları ve AİHS hükümlerinin çakışması halinde hakkın kapsamının nasıl belirleneceğini düzenleyen 52. maddeye eklenen ilk fıkra ile üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine vurgu yapılarak, Şartta düzenlenen hakların buna uygun yorumlanması gerektiği düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada daha önce açıklayıcı notlarda yer verilen ilke kavramı metne dahil edilmek suretiyle, ilkelerin hangi durumlarda ve kimler için bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır. Üçüncü fıkrada, ulusal hukuk ve uygulamaların dikkate alınması gerektiği düzenlenirken, eklenen son fıkra ile de Şart'ın yorumlanmasına yönelik açıklamaların üye devlet ve Birlik mahkemeleri tarafından gözönüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Sonuç olarak madde metnine eklenen yeni fıkralara bakıldığında hepsinin mevcut durumun tekrarından öteye gitmediğini, bu nedenle de aslında öngörülen değişikliklerin tamamen siyasi nitelikte olduğunu, diğer bir deyişle üye devletlerin üzerine vurgu yapılmasını istedikleri konular olduğunu söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır. Nitekim, eklenen dördüncü fıkrada yer verilen ortak anayasal geleneklere, Anayasal Antlaşma taslağının I-7. maddesinde, altıncı fıkra olarak eklenen ulusal hukuk ve uygulamalara ise Şart'ın bazı hükümlerinde[461] zaten atıf yapılmaktadır.

Öte yandan Şartın Anayasal Antlaşmanın II. Bölümü olarak öngörülmesi nedeni ile madde metinleri arasında meydana gelen uyumsuzluk, Anayasal Antlaşma'nın I-50/3. fıkrası ile Şart'ın 42. maddesinde değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Belgelere erişim hakkı ile Birlik kurumlarının, organlarının, ajanslarının işlemlerinde şeffaflık konularına ilişkin düzenleme öngören söz konusu maddeler arasında uyum sağlamak amacıyla Şartın 42. maddesinde AP, Komisyon ve

461 Bkz. Anayasal Antlaşma taslağının içerisinde m. II-74, m. II-87, m. II-88, m. II-90.

Konsey'in belgeleri ile sınırlı tutulan düzenleme, Anayasal Antlaşmanın I-50. maddesine uygun şekilde değiştirilerek, Birlik kurumlarının, organlarının, ajanslarının belgeleri şeklinde yeniden düzenlenmiş ve Anayasal Antlaşma taslağında yerini almıştır[462].

Her ne kadar Şartın Anayasal Antlaşma metnine dahil edilmesi ile hukuki niteliğe ilişkin sorun çözümlenmiş olsa da, dahil etme işlemi sırasında kanımızca madde metinleri arasında özenli bir çalışma yapılmaması nedeniyle şekli anlamda da olsa bir çok sorunla karşı karşıya kalınmıştır. Nitekim, özenli bir çalışma yapılmadığının düşünülmesinin nedenleri olarak, Şart'ın önsöz dahil olmak üzere Anayasal Antlaşma taslağına dahil edildiği göz önüne alındığında taslakta iki önsöz olması, bütünlükten yoksun ve tekrarlara neden olması gösterilebilir[463].

Konvansiyon, gerek Şart gerekse Anayasal Antlaşma üzerinde yapılan çalışmalar ve değişiklikler[464] sonucunda taslak metne son şeklini vermek suretiyle çalışmalarını tamamlamış; hükümetlerarası konferansta görüşülmek üzere 19-20 Haziran 2003 tarihli Selanik Zirvesinde "Anayasal Antlaşma Taslağı"nı sunmuştur. Hazırlık aşamasında olduğu gibi imza aşamasında da üye devletlerce üzerinde çok fazla tartışılan Anayasal Antlaşma Taslağı nedeniyle 2003 yılında başlayan Hükümetlerarası Konferans, 18 Haziran 2004 tarihinde sonuçlandırılabilmiş ve nihayet Anayasal Antlaşma 29 Ekim 2004 tarihinde üye devletlerce Roma'da

462 Treaty Establishing a Constitution for Europe, article II-102, Official Journal 2004/C 310, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

463 "Böylece Şart, "metin içinde metin" durumuna düşmekte ve yazılı temel hak kataloguna ilişkin açıklık ya da öngörülebilirlik gibi beklentileri tam olarak karşılayamamaktadır", bkz. **Oder,** s. 319-320.

464 Konumuz temel haklar ile sınırlı olduğu için sadece bu konudaki değişikliklere yer verilmiş olup, Anayasal Antlaşma ile ilgili tartışma ve değişikliklerin bunlarla sınırlı olmadığını belirtmek gerekir.

imzalanmış[465] ve 1 Kasım 2006 tarihine kadar yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. AB Antlaşması m. 48'de belirtildiği üzere, üye devletlerin ulusal anayasalarında öngörüldüğü şekilde yürürlüğe girmesi gereken[466] Anayasal Antlaşma hayata geçirilememiştir.

Üzerinde uzun süre çalışılan ve Birlik için bir dönüm noktası olarak kabul edilen Anayasal Antlaşmanın bulunduğu noktaya nasıl geldiği sorusunun cevabı, iki yıl kadar sürmesi öngörülen onay sürecinde gizlidir. Onay süreci, farklı işlemlere tabi tutulan Anayasal Antlaşmanın yürürlüğe girmesi için bazı ülkelerde referandum, bazı ülkelerde meclis bazı ülkelerde ise senato+meclis onayı öngörülmüştür. Ancak Hollanda ve Fransa'da yapılan referandumların olumsuz sonuçlanması ve 16-17 Haziran 2005 tarihli Brüksel Zirvesine kadar sadece 10 üye devlet tarafından onaylanmış[467] olması Anayasal Antlaşmanın geleceğinin tehlikede olduğu endişesinin Birlikte hakim olmasına neden olmuştur. Nitekim bu nedenle harekete geçen Birlik, söz konusu 2005 tarihli Brüksel Zirvesinde Anayasal Antlaşmanın onay sürecine ilişkin bir deklarasyon yayınlamak gereği duymuştur[468]. Söz konusu deklarasyon uyarınca, üye devlet vatandaşlarının, sivil toplum örgütlerinin, ulusal parlamento vekillerinin ve siyasi partilerin Anayasal Antlaşmanın geleceğine ilişkin olası çözüm yollarını değerlendireceği, bir yıl süreli bir tartışma platformu ve düşünme süresi öngörülmüştür[469]. Benzer şekilde Ekim 2005'de Komisyon, "D Planı" olarak bilinen

465 <http://europa.eu/scadplus/cig2004/index_en.htm>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

466 **Baykal, Sanem, – Tonus, Özgür,** "Avrupa Birliği Anayasal Antlaşma Taslağı Üzerine Değerlendirmeler", **Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C. 19, S. 1 -2 , 2003, s. 118.

467 Brüksel zirvesine kadar Anayasal Antlaşmanın onaylandığı ülkeler; Litvanya, Macaristan, Slovenya, İtalya, Yunanistan, Slovakya, İspanya, Avusturya, Almanya, Letonya, Bkz. <http://www.cosac.eu/en/info/ratification/ratification/>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

468 Deklarasyon için bkz. <http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/85325.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

469 Deklarasyon için bkz. <http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/85325.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

"Demokrasi, Diyalog ve Tartışma" başlıklı Avrupa'nın geleceğinin ulusal ve Avrupa seviyesinde daha geniş bir ortamda tartışılması amacıyla bir takım somut öneriler getiren bir plan hazırlamıştır[470].

Anayasal Antlaşmanın yürürlüğe girmesi beklenen 1 Kasım 2006 tarihine sadece dört ay kala antlaşmanın yirmi yedi üye ülkeden oluşan Birlikte, on üye ülkenin yanı sıra sadece beş üye ülke tarafından daha onaylanmış olması, 2005 Zirvesinde öngörülen düşünme süresinin istenilen başarıya ulaşmadığının da göstergesi olarak yorumlanmaktadır. Nitekim, Haziran 2006 tarihi itibariyle Anayasal Antlaşmayı onaylayan toplam üye ülke sayısı ancak on beşe ulaşmıştır[471].

Bu durum Anayasal Antlaşmanın yürürlüğe girmesinin mümkün olmadığını, üye devletlerin bu konuda isteksiz oldukları gerçeğini de gözler önüne sermiştir. Birlik, bu problemin üstesinden gelmek amacıyla Haziran 2006 tarihinde gerçekleştirilen Zirvede, 2007 yılının ilk yarısında görev yapacak olan AB dönem başkanı Almanya'nın, Anayasal Antlaşma'nın geleceğine ilişkin diğer üye devletlerle görüşmelerde bulunması ve bu görüşmelere ilişkin değerlendirme ve olası gelişmeleri içeren detaylı bir rapor sunmasını kararlaştırmıştır. Ancak, sadece bu dönemin çalışmaların başarılı olması için yeterli bir süre olmayacağı bilinci ile 2008 yılında görev yapacak dönem başkanlarının da sürecin devamını sağlaması ve somut adımlar atması öngörülmüştür[472].

Dönem Başkanı Almanya'dan beklenilen rapor nihayet 2007 Haziran ayında

470 D Planı için bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1272>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

471 İmzalayanlar kategorisine dahil olan beş üye ülke; Belçika, Kıbrıs, Malta, Lüksemburg ve Estonya olmuştur. Bkz. <http://www.cosac.eu/en/info/ratification/ratification/>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

472 "15-16 Haziran 2006 tarihli Brüksel Zirve Sonuç Bildirgesi" için bkz. <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/90111.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

tamamlanmış ve 21-22 Haziran 2007 tarihinde gerçekleştirilen Zirvede sunulmuştur. Rapordan da anlaşıldığı üzere Hollanda ve Fransa'da gerçekleştirilen referandumların olumsuz sonuçlanması henüz Anayasal Antlaşmanın onaylanmadığı üye devletlerde de olumsuz bir yaklaşımın hakim olmasına neden olmuş ve Anayasal Antlaşmaya verilen siyasal destek ortadan kalkmıştır. Bu nedenle Zirve sonucunda mevcut Antlaşmaları yürürlükten kaldırarak, tek bir metinde toplayacak "Anayasal Antlaşma" kadük olmuştur. Anayasal Antlaşma yerine, mevcut antlaşmalarda değişiklikler öngören yeni bir Reform Antlaşması hazırlanması öngörülerek, 2007 Temmuz ayı sona ermeden toplanacak hükümetlerarası konferansa sunulmak üzere taslak bir metin hazırlanması karara bağlanmıştır. Hatta bu amaçla yeni dönem başkanlığına (Portekiz) yetki verilmiştir.

Yeni dönem başkanı Portekiz öncülüğünde üye devletlerin talepleri gözönüne alınmak üzere Lizbon Antlaşması taslak metni hazırlık çalışmalarına 27 Temmuz 2007 tarihli Hükümetlerarası Konferansta başlanılmış, üye devletler arasında uzlaşı sağlayacak bir metin oluşturulmaya çalışılmıştır.

Her iki Konvansiyon çalışmasında Temel Haklar Şartına ilişkin tartışmaların odak noktası olan Şartın hukuki niteliği, Lizbon Antlaşması çalışmalarında da Şarta ilişkin aşılması gereken en önemli sorun olarak ön plana çıkmıştır. Kanımızca, özellikle üye devletlerin siyasi bir birlik olma yolunda önemli bir adım olarak değerlendirilen Anayasal Antlaşma'dan vazgeçmeleri, bu sorunu iyice gün yüzüne çıkartmıştır. Öte yandan, Anayasal Antlaşmadan vazgeçilmesi üye devletlerin henüz siyasi bir birlik olma yolunda iradelerinin şekillenmediğinin bir göstergesi olarak da yorumlanabilir.

Ulusal anayasalarda yer verilen temel hak kataloglarının taşıdıkları anayasal nitelik de düşünüldüğünde Lizbon Antlaşmasının oluşum aşamasında en büyük tartışmaların Şart üzerinde yaşanacağı aslında en baştan bellidir. Beklenen olmuş ve bir çok üye devlet Şart konusundaki endişe ve çekincelerini dile getirmişlerdir. İngiltere ve Çek Cumhuriyeti, Şartın anayasal etkisi konusunda; İrlanda, genel olarak Şart konusunda; Polonya, ulusal hukukun hassas konuları üzerinde Şart'ın etkisi konusunda taşıdıkları kaygıyı dile getirirken; Finlandiya, Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Slovenya ve İsveç Şart'ın hukuki niteliği konusuna hassasiyetle yaklaştıklarını vurgulamışlardır[473]. Üye devletler tarafından dile getirilen bu sebepler nedeniyle Anayasal Antlaşma içerisine dahil edilerek II. Bölümde yer verilen Şart, taslak metne hiç dahil edilmeyerek, "*..kurucu antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip...*" olduğu AB Antlaşmasının 6. maddesine işlenmek suretiyle, Şart'a atıf yapılması tercih edilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, yapılan bu değişiklik Şartın hukuki niteliği anlamında bir farklılık yaratmayıp, atıf yöntemi ile de olsa Şart hukuki bağlayıcılığa sahip olmuştur. Bu durum akla, üye devlet eleştirilerinin asıl nedeninin ne olduğu sorusunu getirmektedir. Zira, Antlaşmaya dahil edilmeden de aynı sonuç elde edilmiş ve Şarta hukuki nitelik tanınmıştır. Kanımızca, bu soruya verilebilecek en iyi cevap, Şart'ın metne dahil edilmemesini sağlayarak siyasi birlik olma yolunda hızla ilerleyen Birliğin üye devletler tarafından tam anlamıyla olmasa da belli ölçüde durdurulmuş olmasıdır. Dolayısıyla, bu sonuç, Birlik adına siyasi anlamda bir geri adım olarak nitelenebilir[474]. Nitekim, Lizbon Antlaşmasının geneline

473 **De Burca, Grainne,** "The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty", **Jean Monnet Working Paper,** 2008, No. 03/08, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/080301.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

474 **Tezcan, Ercüment,** "Reform Antlaşması Tamam, Sıradaki Gelsin!", **USAK Stratejik Gündem,** <http://www.stratejikgundem.com/yazarlar.php?id=818&type=12>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

bakıldığında federatif unsurlar olarak nitelenebilecek bayrak, slogan, marş gibi unsurlara Anayasal Antlaşmadan farklı olarak hiç yer verilmemiş olması, üye devletlerin henüz bu aşamaya hazır olmadıklarının bir göstergesi olarak da yorumlanabilir.

Öte yandan benzer bir durum Birlik hukukunun önceliği ilkesinde de söz konusu olmuştur. Anayasal Antlaşma'nın I-6. maddesinde yapılan düzenleme ile öncelik ilkesi Antlaşmaya dahil olmuştur. Buna göre; "*Anayasa ve kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, üye devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir*[475]". 2003/2004 tarihli Hükümetlerarası Konferans nihai senedine ekli 1 numaralı Deklarasyonda belirtildiği üzere, bu hüküm, öncelik ilkesi konusunda oluşturulan Divan içtihadını yansıtmaktadır[476].

Anayasal Antlaşmaya eklenen bu hüküm, herhangi bir tepkiye neden olmamakla birlikte Fransa ve İspanya Anayasa Mahkemeleri söz konusu hükmün Avrupa Birliği hukuku ile ulusal hukuk arasındaki mevcut ilişkiyi olumsuz yönde etkilemediği dolayısıyla herhangi bir anayasal revizyon gerektirmediği sonucuna ulaşmışlardır. Bunun yanı sıra madde metninde açıkça ifade edilmesine rağmen, ulusal hukuk düzenlerinde Birlik hukukunun en üst sırada yer almadığının ispatı olarak da Anayasanın I-5. maddesinde yer verilen ulusal kimliğe ilişkin düzenleme gösterilmektedir. Anayasa m. I-5 uyarınca, "Birlik, bölgesel ve yerel özerk idareler dahil de olmak üzere, üye devletlerin siyasi ve anayasal temel yapılarının özünde var

475 Avrupa Birliği için Anayasa Oluşturan Antlaşma için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:EN:HTML>, (erişim tarihi, 17.08.2011).

476 Hükümetlerarası Konferansa ait dökmanlar için bkz. <http://www.consilium.europa.eu/treaty-of-lisbon/previous-igcs/igc-2004.aspx?lang=en&content=DOC>, (erişim tarihi, 17.08.2011).

olan ulusal kimliklerine saygı gösterir.

Ülkenin toprak bütünlüğünün garanti altına alınması ile hukuk ve düzenin korunması ve iç güvenliğinin sağlanmasınıda içeren temel devlet işlevlerine saygı gösterir.“ Her iki mahkeme Anayasa m. I-5'in m. I-6'da düzenlenen öncelik ilkesini sınırlandırdığını, öncelik ilkesinin ulusal anayasaları veya bunlarda yer verilen temel hakları etkilediği anda ileri sürülebileceğini belirtmektedirler[477]. Bu sonuçtan yola çıkarak, Anayasa m. I-6'nın üye devlet anayasa mahkemelerince öncelik ilkesi konusundaki çekincelerini etkilemediği gerekçesi ile her iki mahkeme de anayasalarına uygun olduğu sonucuna ulaşmışlardır.

Ancak Anayasal Antlaşma m. I-6'da düzenlenen öncelik ilkesi Lizbon Antlaşmasında kendine bir yer edinememiş ve metinden çıkarılmış olsa da, öncelik ilkesi gerçekliği Birlik için devam etmektedir[478]. Oysa, Anayasal Antlaşmada öncelik ilkesine ilişkin hükmün sınırlayıcısı olarak kabul edilen ulusal kimliğin düzenlendiği m. I-5, “özellikle ulusal güvenlik, her üye devletin kendi sorumluluğunda kalmaya devam eder” cümlesi eklenmek suretiyle Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 4/2'de muhafaza edilmiştir.

2007 tarihli Hükümetlerarası Konferansta[479] Lizbon Antlaşması için yapılacak çalışmalar için tanınan yetkilerin başında Anayasal Antlaşmadan çıkarılması gereken hükümler düzenlenmiş ve bunlardan bir tanesi de öncelik ilkesine ilişkin düzenleme olarak tespit edilmiştir. Nitekim Anayasal Antlaşmanın başarısızlığının anayasal

477 **De Witte, Bruno,** “The Lisbon Treaty and National Constitutions: More or Less Europeanisation?”, **Closa, Carlos** (Ed.), **The Lisbon Treaty and National Constitutions Europeanisatıio and Democratic Implications,** Arena Report no. 3/09, 2009, içinde, s. 36.

478 **Dutheil de La Rochère, Jacqueline,** “The Lisbon Compromise: A Synthesis Between Community Method and Union Acquis, **Fordham International Law,** C. 31, S. 5, 2008, s. 1158.

479 IGC Mandate 2007, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11218.en07.pdf>, (erişim tarihi, 17.08.2011).

karakter barındıran unsurların metinden çıkarılarak giderilebileceği düşünülmektedir.

Bu nedenle, Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmada anayasayı çağrıştıran sembollere yer verilmesi istenmemektedir. Bu amaçla anayasal sembol olarak nitelendirilen bayrak, marş gibi unsurların yanı sıra öncelik ilkesinin de metinden çıkarılması ve onun yerine Antlaşmaya bu konuda hazırlanacak bir Deklarasyon eklenmesi kararlaştırılmıştır. Özellikle, Anayasal Antlaşmanın onaylanması için Fransa ve Hollanda da gerçekleştirilen referandumların olumsuz sonuçlanması, öncelik ilkesine ilişkin hükmün Antlaşmalara dahil olmaması adına özellikle İngiltere'yi harekete geçirmiş ve Deklarasyon ile yetinilmesine karar verilmiştir[480].

Birlik hukukunun ulusal hukuka göre öncelikli uygulanmasına ilişkin açık bir hüküm ihtiva eden Anayasal Antlaşmadan farklı olarak, Lizbon Antlaşmasında öncelik ilkesine ilişkin bir Deklarasyon eklenmesinin tercih edilmesi üye devletlerce istenmeyen bazı sonuçların doğmasını engellemek içindir. Söz konusu 17 No'lu Deklarasyon uyarınca, Birlik Antlaşmalarının ve bu Antlaşmalara dayanarak oluşturulan hukukun Divanı'nın yerleşik içtihadı uyarınca ve bu içtihad hukuku kapsamında oluşturulan şartlar kapsamında ulusal hukuk karşısında önceliğe sahip olduğu vurgulanmıştır[481]. Deklarasyona ayrıca Konsey hukuk servisinin 22.07.2007 tarihli görüşü de eklenerek, Birlik hukukunun önceliği ilkesinin Lizbon Antlaşmasına eklenmemesinin, bu ilkenin varlığını hiçbir şekilde etkilemeyeceği ve Divanı'nın bu ilkenin uygulanması hususundaki mevcut içtihadını değiştirmeyeceği ifade edilmiştir.

480 **De Witte, (2009),** s. 36-37; **Vaicaitis, Vaidatas,** "European Constitutionalism v. Reformed Constitution", <www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/archyvas/dwn.php?id>, (erişim tarihi, 17.08.2011).

481 Declaration No. 17, 30.03.2010, OJ C 83/335.

Lizbon Antlaşması metninde bu konuya yer verilmemiş olması aslında siyasi bakımdan bütünleşmenin uluslarüstü yönünün çok da fazla vurgulanmamasına yönelik gayreti göstermesi bakımından dikkat çekici[482] ama Anayasal Antlaşma sürecinde yaşanılanlar düşünüldüğünde şaşırtıcı değildir. Ayrıca öncelik ilkesine bir Deklarasyonla değinilerek, Divanın yarattığı bir ilkeden öte bir anlam taşımasını da engellemeye çalışmışlardır denilebilir. Böylece üye devlet anayasa mahkemelerince öncelik ilkesinin kabulü ve uygulanmasında dile getirilen "kırmızı çizgi"lerin üye devletlerce de devamının istendiği ve böylece mevcut durumun muhafazası hedeflenmiştir[483]. Deklarasyonda yapılan düzenleme Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında öncelikle uygulanmasını zorunlu kılan bir düzenleme değildir.

Öncelik ilkesinin Antlaşmalara dahil edilmesi halinde söz konusu olabilecek diğer bir rahatsızlık öncelik ilkesinin ortak dış güvenlik politikası ile Avrupa güvenlik ve savunma politikasına ilişkin konularda da ileri sürülmesi endişesidir[484]. Her ne kadar öncelik ilkesine ilişkin bir düzenleme Antlaşma metinlerine dahil edilmemiş olsa da AB Antlaşması m. 4 ile Birlik ve üye devletler arasındaki ilişki netleştirilerek ulusal kimlik ve güvenlik konularının altı çizilmiş, Deklarasyona'a dayanılarak öncelik ilkesinin genişletilmesi imkanı engellenmek istenmiştir

Dikkate değer diğer bir nokta ise, Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğuna Lizbon Antlaşması metninde yer verilmiş olsa da, Şart üzerinde herhangi bir değişiklik yapılması gerektiğinde uygulanacak prosedürün ne olacağı

482 **Baykal, Sanem,** "Reform Antlaşması ve Getirdikleri: Kurumsal Yapı Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirme", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** C. 7, S. 1, 2007, s. 61.

483 **Griller, Stefan,** "Is This a Constitution? Remarks on a Contested Concept", **Griller, Stefan – Ziller, Jacques** (Eds.), **The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty**, Springer Verlag Wien, 2008, içinde, s. 47–49.

484 **Piris, Jean-Claude, The Lisbon Treaty A Legal and Political Analysis,** Cambridge University Press, 2010, s. 80; **De Witte, (2009),** s. 37.

konusundaki belirsizliktir. Nitekim, Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınmak, beraberinde Antlaşma değişiklikleri için öngörülen prosedürün Şart için de geçerli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Oysa, Anayasal Antlaşmada öngörüldüğü gibi Şart'a Lizbon Antlaşmasında diğer bir deyişle Lizbon Antlaşma metninde yer verilmiş olması halinde Şart üzerinde yapılacak her türlü değişikliğin Antlaşmalar için öngörülen prosedüre göre gerçekleştirilmesi gerekecek, böylece herhangi bir belirsizlik gündeme gelmeyecektir. Lizbon Antlaşmasında Şart'a hukuki bağlayıcılık sağlanmasına rağmen, Şart'ın Antlaşma metnine dahil edilmesi yerine bunun atıf usulü ile gerçekleştirilmiş olması, bir anlamda Şart'ın etkisinin zayıflatılmasını beraberinde getirmiştir[485].

Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu ifadesi ile anlatılmak istenen, Şart hükümlerinin Birlik birincil hukukuna dahil olduğu ve dolayısıyla gerek Divan gerekse Birlik hukukuna ilişkin bir konunun varlığı halinde ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebileceğidir. Bu ifade Şart üzerinde yapılacak herhangi bir değişiklik için Antlaşmalar için öngörülen prosedürün uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Öte yandan Konvansiyon usulu ile hazırlanmış ve Birlik kurumlarınca onaylanıp ilan edilmiş bir belgenin, değiştirilmesi usulünün Konvansiyon yönteminden farklı olan Antlaşmalar için öngörülen değişiklik prosedürüne tabi olduğunu söylemek usul ve yetkide pararlellik ilkesine de aykırı olacaktır. Kanımızca, Şart'a uygulanacak değişiklik prosedürünün Antlaşmalar ile aynı usule tabi olması istenmiş olsaydı, Şart Antlaşma metnine dahil edilerek bu imkan yaratılmış olurdu. Bu nedenle atıf usulünün tercih edilme nedenlerinden

485 **De Burca,** <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/080301.pdf>, (erişim tarihi, 15.02.2010).

birinin de Şart üzerinde yapılacak değişikliklerin Antlaşmalarda yapılacak revizyonu düzenleyen AB Antlaşması m. 48'e göre yapılmasını engellemek olduğu söylenebilir. Lizbon Antlaşmasıyla AB Antlaşması m. 48'de yapılan değişiklikle, her ne kadar nihai karar merci olarak hükümetlerarası konferans ve ulusal onay süreçleri muhafaza edilmiş olsa da Antlaşmalarda yapılacak revizyon prosedürü olarak 2 farklı usül öngörülmüştür.

Bunlardan ilki olağan değiştirme usülü, ikincisi ABİHA'nın Birliğin politikalar ve iç eylemlerine ilişkin 3. kısmında yer alan hükümlerin değiştirilmesine yönelik öngörülen basit değiştirme usülüdür. Dikkati çeken nokta getirilen bu yeni sistemde Avrupa Parlamentosu'nun sürece katılımı güçlendirilmiş, sınırlı etkisi olsa da Konvansiyon yöntemi "olağan değiştime usulüne" dahil edilerek, ulusal hükümetlerin Antlaşma değişikliklerinde tekelciliğe varan yetkilerinin Konvansiyon yöntemiyle azaltılmış olmasıdır[486]. Avrupa Parlamentosu, Komisyon, ulusal parlamento ve ulusal hükümetlerden gelecek temsilcilerden oluşan Konvansiyon tarafından değişiklikler hakkında verilecek görüş bağlayıcı olmasa da, mevcut yazılı bir görüşün bulunması ulusal hükümetlerin elini belli ölçüde bağlayacaktır[487]. Yapılan bu değişiklikler demokrasi ve şeffaflık adına olumlu gelişmeler olsalar da Şart'ın oluşturulması için uygulanan Konvansiyon yöntemi ile m. 48'de yapılan değişiklikle öngörülen Konvansyon yöntemi birbirinden farklıdır[488]. Şart'ın oluşurulması aşamasında sağlanan geniş katılım ya da diğer bir deyişle yaratılan kamusal alan,

486 **Peadar ó Broin**, "How to Change the EU Treaties" – An Overview of Revision Procedures under the Treaty of Lisbon, **CEPS Policy Brief** No. 215, 2010, s. 3.

487 **De Witte, Bruno,** "The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism", **European Policy Analysis**, 2011, s. 6; **Peadar ó Broin**, s. 3.

488 **Beach, Derek,** "Towards a new method of constitutional bargaining? - The role and impact of EU institutions in the IGC and convention method of treaty reform", <http://www.mit.ps.au.dk/>, (erişim tarihi, 19.10.2011).

açık ve şeffaflığın aynen muhafazası gerek demokrasi eksikliğinin giderilmesi, gerek siyasi bir birlik olunması adına Avrupa yurttaşları ile Birlik arasında bir köprü görevi gören Şartta yapılacak değişiklikler için gerekli olup, Konvansiyon'un görüşü tali değil aslidir. Aksi halde nihai yetkinin hükümetlerarası konferansa ait olduğu düşünüldüğünde ulusal hükümetlerin son sözü söyleyeceği açıktır.

Anayasal Antlaşmanın kadük olması ile büyük bir hayal kırıklığına uğrayan Birlik için, oluşturulan Lizbon Antlaşmasının üye devletlerce onaylanması en önemli konu haline gelmiştir. Yaşanan olumsuz gelişmeler Birliğin geleceğine ilişkin endişeleri beraberinde getirmenin yanısıra Birliğin dış dünyadaki imajına da zarar vermiştir. Bu nedenle üye devletler arasında uzlaşı sağlanarak Birliğin kaldığı yerden devam etmesi, Birliğin en önemli önceliği haline gelmiştir. Her ne kadar oluşturulan Lizbon Antlaşması metninde Anayasal Antlaşma metninin yüzde doksanı muhafaza edilse de, başta Temel Haklar Şartı olmak üzere üye devletlerin hassasiyetlerini dile getirdikleri konularda bazı üye devletlere bir takım imtiyazlar tanınması zorunluluğu hasıl olmuştur.

Temel Haklar Şartı'nın Lizbon Antlaşması metni içerisine dahil edilmeyip, atıf usulüyle bağlayıcılık kazandırılması, temel haklar konusunda endişe ve hassasiyetlerini dile getiren üye devletlerin çoğunluğu tarafından yeterli kabul edilirken, İngiltere ve Polonya kendilerine bir *opt-out* hakkı sağlayıp sağlamadığı konusunda tartışmalara neden olan bir Protokolün Antlaşmaya eklenmesini sağlamışlardır.

Lizbon Antlaşmasına eklenen ve iki maddeden oluşan 30 nolu protokolün 1. maddesi uyarınca İngiltere ve Polonya, Şart'ın Avrupa Birliği Adalet Divanı veya

kendi ulusal mahkemelerinin ehliyetini, ulusal kanun, tüzük, idari işlem, uygulama ve tasarruflarının Şartta da teyit edilen temel haklar, özgürlükler ve ilkelere aykırı olduğunu tespit etme şeklinde genişletmediğini ve kendi ulusal mevzuatlarında da yer verilen haklar hariç olmak üzere, Şart'ın 4. bölümünde yer verilen hiç bir düzenlemenin kendilerine karşı icra edilebilir bir dava hakkı vermediğini belirtmişlerdir[489]. Ayrıca söz konusu Protokol'ün 2. maddesi ile Şart'ın ulusal kanun ve uygulamalara atıf yaptığı hükümlerinin, İngiltere ve Polonya'ya sadece söz konusu hükümlerde tanınan hak ve ilkelerin kendi ulusal kanun ve uygulamalarında da tanınmış olması halinde uygulanabileceği belirtilmiştir[490]. AB Temel Haklar Şartının Polonya ve İngiltere'ye Uygulanması başlıklı 30 no'lu protokolde yer verilen bu hükümlerle Şart'ın hukuki etkisi, Polonya ve İngiltere için sınırlandırılmış mıdır?.

Söz konusu Protokol'ün yanısıra Polonya, yine Lizbon Antlaşmasına ekli 61 no'lu deklarasyonla, Şart'ın, üye devletlerin insanlık onuru, fiziki ve ahlaki bütünlüklerine saygının yanısıra, kamu ahlakı, aile hukuku alanlarında yasama yetkisini hiç bir şekilde etkilemediğini belirtirken; 62 no'lu deklarasyon ile de Avrupa Birliği hukukunda ve özellikle Şart'ın 4. bölümünde teyit edilen sosyal haklara ve çalışma haklarına saygı duyduğunu belirtmiştir[491].

Benzer şekilde Çek Cumhuriyeti de Antlaşmaya ekli 53 no'lu deklarasyon ile Şart hükümlerinin üye devletler tarafından sadece Avrupa Birliği hukukunu uyguladıkları zaman dikkate alınacağını, Şart'ın Birlik hukukunun uygulama alanını

489 Protocol No 30 article 2, On the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, OJ C 83/313, 30.03.2010.

490 Protocol No 30 article 2, On the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, OJ C 83/313, 30.03.2010.

491 Declaration No. 61 by the Republic of Poland on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83/383, 30.03.2010; Declaration No. 62 by the Republic of Poland Concerning the Protocol on the Application of the Charter of Fundamental rights of the European Union in relation to Poland and the United Kingdom, OJ C 83/383, 30.03.2010.

genişletmediğini ve Birliğe yeni yetkiler vermediğini, Şart hükümlerinin üye devlet anayasal geleneklerine uygun şekilde yorumlanması gerektiğini ve son olarak Şartta yer verilen hiç bir hükmün bu alanda üye devlet anayasaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere Birlik hukuku ve uluslararası antlaşmalarda öngörülen insan hakları ve temel özgürlükleri kısıtlayıcı veya olumsuz etkileyecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir[492]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 29-30 Ekim 2009 tarihinde yapılan Birlik Zirve Sonuç Bildirgesine eklenen "Temel Haklar Şartının Çek Cumhuriyetin'e Uygulanması" başlıklı Protokol'ün 1. maddesinde İngiltere ve Polonya için öngörülen 30 No'lu Protokolün ileride Çek Cumhuriyeti içinde geçerli olacağı belirtilmiştir[493].

Lizbon Antlaşması nedeniyle yapılan referandumun olumsuz sonuçlandığı İrlanda, 18-19 Haziran 2009 tarihinde gerçekleştirilen Zirve'de Şartın hiçbir şekilde İrlanda Anayasasında düzenlenen vergi, güvenlik ve savunma, yaşam hakkı, ailenin korunması ve eğitime hakkının korunmasına ilişkin maddeleri kapsam ve uygulama açısından etkilemeyeceğini belirtmiştir[494]. İrlanda'ya tanınan bu garantiler İngiltere, Polonya ve Çek Cumhuriyetinden farklı olarak, hiçbir protokol veya deklarasyona

492 Declaration No. 53 by the Czech Republic on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83/355, 30.03.2010.

493 29-30 Ekim 2009 Tarihli Birlik Zirve Sonuç Bildirgesine ekli "Temel Haklar Şartı'nın Çek Cumhuriyetine Uygulanması" başlıklı Protokolün 1. maddesi uyarınca, "Protocol No 30 on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom shall apply to the Czech Republic." denilmiş bkz. <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx> (erişim tarihi, 16.10.2011); Aynı yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın organizasyonuna ilişkin kendi internet sayfasında yayınlanan belgede de "In addition, the Conclusions of the European Council of 29 and 30 October 2009 state that the Heads of State or Government have agreed to extend that Protocol to the Czech Republic in the future" denilerek bu durum tekrar edilmiştir. bkz. <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_69328/#note9>, (erişim tarihi, 22.12.2010).

494 Ayrıntılı bilgi için bkz. "18-19 Haziran 2009 tarihli Zirve Sonuç Bildirgesi", <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/108622.pdf>, (erişim tarihi, 20.08.2011); **Piris,** s. 55-60.

bağlanmayıp, Zirve sonuç bildirgesine "karar" olarak eklenmiştir[495]. Ancak bu farklılığın tanınan imtiyazların hukuki bağlayıcılık kazanmasına engel olmadığı Zirve sonuç bildirgesinin 5. maddesinde dile getirilmiştir[496]. Buna göre, söz konusu karar hukuken bağlayıcı olup, Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmuştur[497]. "Karar"ların Birlik hukukunun bir parçası olmadığı bilinmekle birlikte, uluslararası kamu hukukunda bir belgenin uluslararası hukukta bağlayıcı olup olmadığını belirlemede en etkin unsurun tarafların iradeleri olduğu, dolayısıyla Zirve de alınan bu kararın tarafların iradesini yansıttığından bahisle bağlayıcılığa sahip olduğu kabul edilmektedir[498]. Bunun yanı sıra söz konusu kararın onaylandığı tarihten sonra gerçekleşecek ilk katılım anlaşmasında Protokol haline dönüştürülerek AB Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşlayişine Dair Antlaşma'ya eklenmesi kararlaştırılmıştır. Nitekim Protokol haline dönüştüğü andan itibaren İrlandaya tanınan bu garantiler, Birliğin birincil hukukuna dahil olmuş olacaktır.

Genel olarak üye devletlerin talepleri üzerine Temel Haklar Şartı konusunda Lizbon Antlaşmasına eklenen protokol ve deklarasyonlara bakıldığında Antlaşmada yer almasına rağmen aynı konuların ayrı bir protokol veya deklarasyon ile düzenlendiği dikkat çekmektedir. Kanımızca üye devletlerin bu yola başvurmasındaki neden, temel haklar alanında Birlik yetkilerinin genişlemesinden

---

495 **Mcdermott, Yvonne**, "Human Rights and the Lisbon Treaty: Consensus or Conditionality?", **Whittier Law Review,** C. 31, S. 4, 2010, s. 750-751.

496 Zirve Sonuç Bildirgesi m. 5./(iii) uyarınca "the Decision is legally binding and will take effect on the date of entry into force of the Treaty of Lisbon" denilerek bu durum açıklanmıştır.

497 "18-19 Haziran 2009 Tarihli Zirve Sonuç Bildirgesi", <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/108622.pdf>, (erişim tarihi, 20.08.2011).

498 **Pech, Lauren,** "The European Union's Lisbon Treaty: Some thoughts on the "Irish Legal Guarantees", **EJIL:Talk**, 2009, <http://www.ejiltalk.org/the-european-unions-lisbon-treaty-some-thoughts-on-the-irish-legal-guarantees/>, (erişim tarihi, 16.10.2011); **Lisbon: The Irish Guarantees Explained,** Institute of European Affairs, 2009, <http://www.iiea.com>, (erişim tarihi, 16.10.2011).

duydukları endişedir. Her ne kadar Şarta hukuki bağlayıcılık sağlanmış olsa da, bu durum temel haklar konusunda yetkinin halen kendilerinde olduğunun ifade edilmesi şeklinde de yorumlanabilir. Öyle ki, Lizbon Antlaşmasına ekli 1 no'lu deklarasyona bakıldığında Çek Cumhuriyetinin Antlaşmaya eklediği deklarasyon ile neredeyse aynı ifadelerin kullanılmasına rağmen Çek Cumhuriyeti'nin yine de ayrı bir deklarasyon eklemesi dikkat çekicidir[499].

3 Ekim 2007'de çalışmalarını tamamlayabilen Hükümetlerarası Konferansın çabaları ile 19 Ekim 2007'de Lizbon'da gerçekleştirilen gayri resmi Zirvede, Lizbon Antlaşması üzerinde mutabakat sağlanabilmiştir.

Lizbon Antlaşması'nın imzalanacağı 13 Aralık 2007 tarihinden bir gün önce Anayasal Antlaşma metninin hazırlıkları aşamasında Şart üzerinde yapılan değişikliklere son hali verilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Strazburgda Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi başkanları tarafından imzalanmış ve Birlik resmi gazetesinde yayınlanmıştır[500]. Buna göre, Şart'ın 51. maddesinde yapılan değişiklikle madde metnine eklenen "*Anayasa'nın diğer bölümlerinde*", ifadesi "Antlaşmalarda" olarak değiştirilmiş; 52. maddeye eklenen 4 yeni fıkra ise muhafaza edilmiştir[501].

Anayasal Antlaşma ile uğranılan hayal kırıklığının ardından Lizbon Antlaşmasının aynı hezimete uğramaması amacıyla Antlaşma üzerinde üye devletlerin talepleri doğrultusunda bazı değişiklikler yapılmış olsa da, 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen antlaşma, İrlanda'da yapılan referandum sonucu

499 Declaration No. 1 Concerning the Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83/337, 30.03.2010.

500 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Charter of Fundemantal Rights of the European Union, OJ, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, (erişim tarihi, 24.03.2010).

501 Charter of Fundamental Rights, OJ 2007/C 303, <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:303:SOM:EN:HTML>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

reddedilmiş ve Birlik zor günler geçirmiştir. İrlanda halkının Lizbon Antlaşmasına karşı çıkmasının asıl sebebi, antlaşmada yapılan düzenleme ile Avrupa Parlamentosunun yetkileri artarken ulusal parlamentoların yetkilerinin azalması nedeniyle üye devletlerin ulusal yetkilerini kısıtlaması olarak kabul edilmekte; İrlandalıların Antlaşmayı büyük devletlerin dayatması olarak görmeleri ve Komisyonda yer alacak komiser sayısının azaltılmasından sonra yeterince temsil edilemeyecekleri endişesi de referandum sonucunu olumsuz etkileyen diğer nedenler olarak sıralanmaktadır[502]. Birlik için bu çıkmazdan kurtulmanın tek yolu olumlu sonuçlanacak ikinci bir referandum yapılması olup, üye ülkeler İrlanda'ya ülkenin askerî tarafsızlığını ve vergi ile kürtaj yasaları üzerindeki denetimlerini koruyabilecekleri yönünde yazılı güvenceler vermek suretiyle İrlanda'nın ikinci kez referanduma gitme kararı almasını sağlayabilmişlerdir[503]. 2 Ekim 2009 tarihinde yapılan ikinci referandumun olumlu sonuçlanması ile İrlanda dönemeci başarı ile geçilmiştir.

Yapılan referandumun olumlu sonuçlanması aynı zamanda Mart 2008'de Polonya Parlamentosu tarafından kabul edilen, ancak İrlanda'da yapılacak ikinci referandumun sonuçları açıklanana kadar Lizbon Antlaşmasını onaylamayan Cumhurbaşkanı Lech Kaczynski'nin de onay işlemini tamamlamasına vesile olmuştur. Polonya Cumhurbaşkanı'nın onay işlemini referandum sonucuna kadar ertelemesi temel haklara ilişkin bir çekinceden kaynaklanmayıp, tamamen siyasi bir

502 **Piris,** s. 53; **Given Ireland's Rejection of the Lisbon Treaty, What Lies Ahead for the EU?**,<http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewfeature&id=1548&language=english>, 2008, (erişim tarihi, 20.08.2011); **De Burca, Grainne,** "The Lisbon Treaty No-Vote: An Irish Problem or a European Problem?, **University College Dublin Law Research Paper** No. 03/2009, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1359042##>, (erişim tarihi, 20.08.2011).

503 **Piris,** s. 54 vd.

tepkidir. Nitekim Polonya, böyle önemli konularda ne büyük devletlerin, ne de İrlanda gibi küçük devletlerin baskı altına alınmamaları gerektiğini düşündükleri için Lizbon Antlaşması onay sürecini bekletmeyi tercih ettiklerini dile getirmişlerdir.

Polonya'nın onayının ardından Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi için eksik tek bir imza kalmış olup, Çek Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Vaclav Klaus'un onayı ile gecikmeli de olsa 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması yürürlüğe girmiştir. 2009 Mayıs ayında Antlaşmanın Çek senatosunca onaylanmasına rağmen, 17 Çek senatörün Antlaşma aleyhine dava açması ve baştan beri Lizbon Antlaşmasına karşı olan Cumhurbaşkanı'nın mahkeme kararı doğrultusunda hareket edeceğini bildirmesi ile sekteye uğramıştır. Çek Cumhuriyeti'nin Lizbon Antlaşmasına karşı çıkma nedeni diğerlerinden biraz farklı olup, asıl sebep İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yerlerinden edilmiş olan Almanların, Temel Haklar Şartına dayanarak eski mülkleri üzerinde hak iddiasında bulunabilecekleri endişesidir. Beklenen mahkeme kararının antlaşma lehine sonuçlanması ve imza karşılığında Temel Haklar Şartından muaf olma taleplerinin diğer üye devletler tarafından kabulü ile eksik olan son imza da atılmış ve nihayet Lizbon Antlaşması 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile 2000li yıllardan itibaren tartışılan Temel Haklar Şartı'nın hukuki niteliği konusu da açıklığa kavuşmuştur. Anayasal Antlaşmanın aksine Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6'da yapılan düzenleme ile Şart'ın da Antlaşmalarla aynı hukuki değerde olduğu belirtilmek suretiyle Şart'a hukuki bağlayıcılık kazandırılmıştır. Böylece Birlik, vatandaşlarına tanıdığı hak ve özgürlükleri hukuki bağlayıcılığa sahip yazılı bir belge

haline dönüştürerek önemli bir adım atmıştır. Uzun süredir beklenilen hukuki bağlayıcılık sağlanmış olsa da, Antlaşmaya eklenen 30 no'lu Protokol ile Şart'ın hukuki etkisi Polonya ve İngiltere için nasıl uygulanacaktır, gerçekten sınırlandırılmış mıdır?

Bu amaçla ilk olarak Protokolün önsözüne baktığımızda, İngiltere ve Polonya için Protokolün amacının Şartın uygulanmasına ilişkin belli yönlerin açıklığa kavuşturulması olduğu ifade edilmiş, Protokolün içerisinde Şartın herhangi bir hükmünün Polonya ve İngiltere açısından uygulanmayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir[504].

Protokolün 1. maddesi 1. fıkrasına bakıldığında ise, Şart'ın yeni haklar yaratmadığı gibi Şart'a aykırı bir ulusal hukuk normunun aynı zamanda Birlik ve uluslararası hukuk normlarına da aykırı olduğunun düzenlendiği ve bu durumun aslında Şart'ın 51. maddesinde yer verilen düzenlemenin tekrarı olduğunu söylemek mümkündür[505]. Bu fıkra ile aslında Şartın ne Divan'a ne de Polonya ve İngiltere mahkemelerinin mevcut yetkilerinde herhangi bir genişleme yapmadığını, mevcut düzenin korunduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla aslında m. 1/1'in sadece açıklayıcı niteliğe sahip olduğu söylenebilir[506].

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise Şart'ın IV. başlığında yer verilen hiçbir düzenlemenin kendi ulusal mevzuatlarında da yer almadığı müddetçe, kendilerine karşı uygulanabilir bir dava hakkı vermediğini belirtmişlerdir. Aslında bu fıkranın İngiltere'nin hak ve ilke ayrımı konusundaki hassasiyetinden kaynaklandığı ve Şart'ın

504 Protocol No 30, On the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, OJ C 83/313, 30.03.2010.

505 **Piris,** s. 162; **Pernice, Ignolf,** "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", **Walter Hallstein-Institut für Europaisches Verfassungsrecht,** WHI Paper No. 7, 2008, s. 245.

506 **Craig, Paul – De Burca Grainne**, **EU Law:Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 395.

52. maddesinin 5. fıkrasında yer verilen ilke kavramından esinlenildiği bilinmektedir[507]. İngiltere bu fıkra ile IV. başlık altında yapılan düzenlemeleri ilke kapsamında değerlendirdiğini ve bu düzenlemelerin ancak ve ancak kendi ülkesinde de benzer bir düzenleme olması halinde dava edilebilir olduğunu garanti altına almak istemektedir. Ancak, IV. Başlık altında yer verilen düzenlemelerin bazıları hak ve ilke kavramlarına ilişkin özellikleri birarada taşımakta bu durumda bu düzenlemelerin mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülmelerine imkan vermektedir[508]. Bu konuda verilebilecek en güzel örnek Şart'ın 28. maddesinde yer verilen "Toplu sözleşme görüşmeleri yapma ve eylem hakkı" başlıklı düzenlemedir. Söz konusu madde uyarınca "İşçiler ve işverenler veya bunların ilgili kuruluşları, topluluk mevzuatı ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre uygun düzeylerde toplu sözleşmeler müzakere etme ve imzalama ve menfaat ihtilafı olması halinde grev dahil olmak üzere kendi çıkarlarını korumak için toplu eylem yapma hakkına sahiptir." İngilterede tanınmış bir grev hakkı bulunmamakta olup, söz konusu maddenin Divan'ın 2007 tarihli *Viking*[509] kararında grev hakkını Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul etmesi[510] İngiltereyi tedirgin etmiştir. Zira bu durumda, İngilterede tanınmayan bir takım haklar Şart kapsamında yer almaları nedeniyle ingiltere içinde söz konusu olabilecektir.

Protokolü imzalayan diğer ülke Polonya için bu endişeler geçerli olmayıp, 62

507 **Pernice, (2008),** s. 248; **Piris,** s. 162; **Jirasek, Jan,** "Application of the Charter of Fundamental Rights of the EU in the United Kingdom and Poland According to the Lisbon Treaty", <www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/evropa/jirasek_jan.pdf>, (erişim tarihi, 12.08.2011), s. 7.

508 **Barnard, Catherine,** "The Opt-out for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?", <www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10007309.pdf>, (erişim tarihi, 12.08.2011), s. 10

509 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779

510 **Pernice,** s. 248.

no'lu Deklarasyonla Polonya, Birlik hukukunda yaratılan ve özellikle Şart'ın IV. başlığında düzenlenen sosyal ve işçi haklarına tamamen saygı duyar denilmek suretiyle Protokolün 1. maddesinin II. fıkrasının kendisi için geçerli olmadığını ortaya koymuştur[511]. Polonya'nın Protokole taraf olmasının nedeni İngiltereden tamamen farklı olup, Şart'ın cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan hükmü ile evlenme ve aile kurma hakkını düzenleyen maddelerinin eşcinsel evliliklere olanak sağlama ihtimalidir. Böyle bir ihtimalin dahi Polonya'nın kültürel mirasına zarar vereceği endişesi Polonya için Protokolü imzalama nedenidir. Bu durum aslında 61 no'lu deklarasyonla "Şart, insanlık onuru, fiziki ve ahlaki bütünlüklerine saygının yanı sıra, kamu ahlakı, aile hukuku alanlarında üye devletlerin yasama yetkisini hiç bir şekilde etkilemez" denilmek suretiyle açıkça dile getirilmiştir.

Protokol'ün 2. maddesi ise Şartın 52. maddesinin 6. fıkrasında yer verilen hükmün tekrarından öte olmayıp, aslında gerek İngiltere'nin gerek Polonya'nın endişelerinin yersiz olduğunu ifade eder niteliktedir. Nitekim, söz konusu madde ile Şart'ın mevcut ulusal hukukun ötesinde bir düzenleme getiremeyeceği ifade edilmektedir.[512].

Sonuç olarak Protokol hükümlerine göre bu iki ülke temel haklar konusunda Birlik uygulamasından tamamen muaf mı olmalıdır yoksa sadece belirli alanlarda uygulama dışında oldukları mı kabul edilmelidir? Bir görüşe göre Divan'ın söz konusu Protokolü siyasi bir belge olarak kabul ettiği fikri benimsenirse, her iki ülkenin temel hak koruması konusunda Birlik mevzuatı dışında kalarak *opt-out*

511 **Jirasek,** s. 6-7.

512 **Dougan, Michael,** "The Treaty of Lisbon: Winning Minds, Not Hearts" **Common Market Law Review,** C.45, 2008, s. 662.

hakkını kullandıkları ileri sürülmektedir[513]. Böyle bir durumda söz konusu ülkelere karşı Şart hükümleri ileri sürülemeyeceği gibi Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/3 hükümleri de uygulanamayacaktır. Bu yorumun kanımızca da kabul edilebilirliği bulunmamaktadır. Aksi halde, yirmi yedi üyeden oluşan Birlikte yirmi beş üye ülkede ikamet eden vatandaşlara bu haklar tanınırken, İngiltere ve Polonya'da ikamet eden Birlik vatandaşları kapsam dışında kalacaklardır[514]. Oysa, temel hak konusunun Birlik vatandaşlarının ortak mirası olarak kabul edildiği düşünüldüğünde Protokolün bu şekilde yorumlanması desteklenemez.

Bir diğer görüşe göre ise, Şartın Birlik hukukunda mevcut olan hak ve ilkeleri teyit ettiği ve bu Protokol ile Şartın belli açılardan bu ülkelerde uygulamasına yönelik açıklık getirilmeye çalışıldığıdır[515]. Yine Protokolün 1. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen düzenlemede, Şartın 4. Başlığında yer verilen hakların doğrudan etkili bireysel haklar olarak kullanılması endişesinin dile getirildiğini, ancak söz konusu hakların böyle bir etkiye sahip olmasının zaten mümkün olmadığı, çünkü Şartın 4. başlığında yer verilen düzenlemelerin "ilke" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunulmaktadır[516].

Aynı şekilde Protokolün ikinci maddesi uyarınca Şartta ulusal hukuk ve uygulamalarına atıf yapan bir düzenlemenin Polonya ve İngiltere için de uygulanabilir olması, söz konusu hüküm de yer alan düzenlemenin her iki ülkenin ulusal hukukunda da aynı kapsamda mevcut olması halinde mümkün kılınmıştır. Şart'ın IV. başlığında yer alan düzenlemelerin bır kısmında ulusal hukuka atıf

513 **Mcdermott,** s. 747-749; **Dougan,** s. 666 vd.
514 **Dougan,** s. 667;**Mcdermott,** s. 747-749.
515 **Mcdermott,** s. 747-749.
516"İlke" ve "hak" ayrımı için bkz. II. Bölüm, V. Başlık.

yapılmakta olup, Polonya ve İngiltere aslında "ilke" kapsamında olduğu ileri sürülen bu hükümlerin uygulamasına sınırlama getirmek istemektedirler. Örneğin Şart'ın 27. maddesi uyarınca, "Topluluk mevzuatı ve ulusal yasalar ve uygulamalarda öngörülen durumlar ve koşullarda işçiler veya temsilcilerine, uygun düzeylerde zamanında bilgi verilmeli ve danışmalarda bulunulmalıdır." denilmekte olup, İngiltere Protokol'ün 2. maddesine dayanmak suretiyle, işçilere tanınan bilgi alma hakkının kapsamının ulusal hukukta düzenlendiği haliyle sınırlı olduğunu, belirtmek istemektedir.

Kanımızca, Protokolün genel bir *opt-out* hakkı vermediği düşünülmekte olup, sadece m. 1/2'de yer verilen düzenlemesinin *opt-out* hakkı tanıdığı gerekçesiyle ileri sürülebileceği düşünülmektedir. Şart'ın opt-out hakkı öngörmediği İngiltere hükümeti tarafından da açıkça dile getirilmiş olup, Protokol m. 1/1 ile Protokolün önsözünün birlikte yorumundan Şart'ın mevcut, uygulanan hukukun tekrarı olduğu ve bu Protokolün de bu durumu teyit etmek üzere getirildiği anlaşılmaktadır[517].

Hatta, bu Protokolün İngiltere tarafından kamuoyunu Lizbon Antlaşmasının Anayasal Antlaşmadan farklı olduğuna inandırmak ve Lizbon Antlaşmasının onaylanmasına destek sağlamak amacıyla yapıldığı da ileri sürülmektedir[518].

Buna göre, Protokol herhangi bir *opt-out* hakkı öngörmemekte olup, m. 1/2 uyarınca, IV. başlık altında yer alan düzenlemelere ilişkin hak ve ilke ayrımı noktasında Polonya ve İngiltere'nin Protokol hükmünü ileri sürerek *opt-out* iddiasında bulunabileceği düşünülmektedir.

---

517 **Barnard, Catherine,** "The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday?", <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/the-eu-charter-of-fundamental-rights-happy-10th-birthday/8348>, 2011, s. 7.

518 Geniş bilgi için bkz. **Brogan, Benedict,** "Deal but at What Price?", **Daily Mail,** 23 Haziran 2007; **Lyons, Jenna,** "EU Traitor", **The News of the World**, 24 Haziran 2007; **Brewer, Julia – Groves, Jason,** "EU Deal Unravels within Hours", **Sunday Express,** 24 Haziran 2007; **Watson-Pascoe, George,** "To Words That Could Change the Shape of Britainforecer", **The Sun,** 12 Aralık 2007; "How Brussels will get its way", **Sunday Express**, 21 Ekim 2007.

Nitekim 2010 tarihli bir uyuşmazlıkta bu konu şu şekilde gündeme gelmiştir: NS adlı bir üçüncü ülke vatandaşı Birlik alanına Yunanistandan giriş yapmış ve ardından İngiltere'ye geçerek sığınma talebinde bulunmuştur. Söz konusu üçüncü ülke vatandaşının geldiği ülke olan Yunanistan'a gönderilmesine ilişkin olan davada davacı Şart hükümlerini ileri sürmüştür[519]. Davanın görüldüğü ilk derece mahkemesi 30 no'lu protokolün Şart hükümlerinin İngiltereye karşı doğrudan etkiye sahip olmasını engellemek amacıyla getirildiğini ve bu nedenle Şart hükümlerine dayanılamayacağını belirtmiştir. Öte yandan konu bir üst mahkeme olan İngiliz Temyiz mahkemesi önüne geldiğinde Bakanlık, aksi görüşü savunmuştur. Temyiz mahkemesi 30 no'lu Protokolü açıklığa kavuşturmak amacıyla Şart'ın 30 no'lu Protokol kapsamında İngiltere için ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği sorusunu Divan'a yöneltmiştir[520]. Her ne kadar dava halen derdest olup, karar merakla beklenmekte ise de, İngiliz temyiz mahkemesinin, 30 no'lu Protokolü bir opt-out hakkı olarak değerlendirmediği, Şart hükümlerinin İngiltere için de geçerli olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır[521].

Şart'ın hukuki bağlayıcılığa kavuşmasıyla birlikte temel haklar "üç sütun" şeklinde AB Antlaşması m. 6'da yer almaktadır[522]. Bunlar sırasıyla, Şart, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

519 NS, R (on the application of) v. Secretary State for the Home Department [2010] EWCA Civ. 990 için bkz. <http://www.britishcaselaw.co.uk/ns-r-on-the-application-of-v-secretary-of-state-for-the-home-department-2010-ewca-civ-990-12-july-2010>, (erişim tarihi, 25.08.2011).

520 C-411/10, NS v. Secretary of State for the Home Department OJ C 274/21, 9.10.2010.

521 Dava hakkında detaylı bilgi için bkz. **Anderson, David – Murphy, Cian,** "The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe", **European University Institute Working Papers,** Law 2011/08; **Barnard, (2011),** s. 7; **Demetriou, Marie,** The EU Charter of Fundamental Rights, BEG/ ALBA Conference 2011, <www.adminlaw.org.uk/docs/sc%2012%20Marie%20Demetriou.doc>, (erişim tarihi, 25.08.2011).

522 **Pernice, (2008),** s. 240; **Şaramet, Oana – Tama-Bianov, Anamaria – Aramet, Radu,** "Juridical Protection of Fundamental Rights After Lisbon"**, Legal Practice and International Law,** 2011, s. 117.

tarafından güvence altına alınan haklar ve son olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar olarak ifade edilmiştir. Şart dışında kalan diğer iki temel hak kaynağı aynı zamanda Birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturmaktadır.

Birlik kapsamında temel hakların üç sütunlu bir yapı oluşturması aynı zamanda temel hak koruması konusunda da bir takım muhtemel sorunları da beraberinde getirmiştir. İlk olarak Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. madde 3. fıkrasında yer alan "Temel Haklar, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Konvansiyonda garanti edildiği ve üye devlet ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığı şekliyle Birlik hukukunun genel ilkelerini oluştururlar" ifadesinin Şart hükümleri ile çakışması olasılığı dikkati çekmektedir. Nitekim, bu madde ile temel hakların Avrupa Birliği'nin genel ilkelerinden olduğu belirtilmek suretiyle Divan'a açık bir yetki tanınmaktadır[523]. Dolayısıyla, hukuki bağlayıcılığa sahip Şart ile temel haklar konusunda Divan'a açık yetki tanıyan Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/3, Divan tarafından ne şekilde uygulanacak ve yorumlanacaktır?

Bu konuda Dougan'ın da belirttiği gibi tek başına Şart hükümlerinin yorumlanması yeterli olmayıp, mutlaka Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/3'ün de göz önüne alınması gerekmektedir. Şart ve ilgili maddenin birlikte uygulanması konusunda farklı görüşler ileri süren Dougan'a göre, Divan, Şartın kendi içtihat hukukundan kaynaklandığı gerekçesi ile sadece bir esin kaynağı olarak kullanılmasına devam ederek, temel hak korumasını genel ilkeler prensibi üzerinden sağlamak suretiyle içtihat hukukunu geliştirmeye devam edebilir.

523 **Dougan,** s. 662.

Kanımızca uygulanmasında hukuken hiçbir engel olmayan bu durumun, siyasi nedenlerle hayata geçirilmesi pek mümkün değildir. Her ne kadar gerek Şart, gerekse temel haklar konusunda Divan'a tanınan yetki, Antlaşmalarda yer alsa da, Şart'a hukuki bağlayıcılık sağlama konusundaki üye devlet siyasi iradeleri, temel hak korumasında Şartın sadece esin kaynağı olarak kullanılması halinde yok kabul edilmiş olacaktır.

Bu durumda teklif edilen ikinci yol Şartın 51. maddesinde düzenlendiği gibi Şartın sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere uygulanması, bunun dışındaki diğer tüm durumlarda Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/3'ün uygulanarak temel hak korumasının genel ilkeler prensibi üzerinden yürütülmesidir[524]. Kanımızca hukuken yine mümkün olan bu durum Birlik hukuku kapsamında temel haklara ilişkin öngörülen korumanın bütünlükten yoksun olmasına neden olabilecek temel hak koruması konusunda arzu edilen netlik sağlanamayacaktır.

Bu konuda önerilen son alternatif ise Şartın temel haklar konusundaki her türlü sorunda esas kabul edilip uygulanmasıdır[525]. Kanımızca da en uygun çözüm yolu olarak kabul edilen bu alternatifte Şarttaki eksiklikler Divan'ın yorumu yolu ile aşılabilir. Nitekim, Şart öncesinde mevcut bir içtihat hukuku olduğu da göz önüne alındığında bunların esin kaynağı olarak kullanılmasında herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Böylece, üye devletlerin iradelerine de uygun olarak Şart, Birliğin temel haklar rejimine hizmet ederken, Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/3 hükmü daha mütevazı bir rol üstlenerek, Birlik temel hak

524 **Dougan,** s. 664.
525 **Dougan,** s. 665.

yargılamasında etkili bir hukuki temel olarak kullanılabilir[526].

Sonuç olarak, Lizbon Antlaşması ile hukuki bağlayıcılığa kavuşan Şart, yukarıda açıkladığımız nedenlerle uygulanmasına ilişkin bir takım belirsizlikleri beraberinde getirmiş olsa da, konu Divan önüne geldikçe bu belirsizlikler giderilmeye başlanmıştır.

Örneğin, Divan, 2010 tarihli *Alassini*[527] kararında etkili yargısal koruma ilkesinin, üye devletlerin anayasal geleneklerinden kaynaklanan bir genel ilke olduğunu belirttikten sonra AİHS m. 6 ve 13 de yer verilen bu ilkenin, Şart'ın 47. maddesinde de teyit edildiğini belirterek, Şart'ın temel hakların bir kaynağı olduğunu ortaya koymuştur.

23 Aralık 2009 tarihli *Detiček*[528] kararı başta olmak üzere 2010 tarihli *Abdulla ve diğerleri*[529] ve *B ve D*[530] kararlarında ise Divan Şart'ı Birlik mevzuatını yorumlamak üzere kullanarak, Şart'ı doğrudan dayanak noktası olarak göstermiştir.

25 yıldır İtalya'da yaşayan ve boşanmaya karar veren Sloven Bayan *Detiček* ve İtalyan Bay Sgueglia'nın açmış oldukları davada mahkeme tek çocukları olan Antonella'nın velayetini babaya vererek, çocuğun geçici olarak çocuk evine yerleştirilmesine karar vermiştir. Kararın verildiği gün Bayan Detiček kızını da alıp Slovenya'ya gitmiştir. Sloven mahkemesi İtalyan mahkemesi tarafından verilen bu kararın Slovenyada da icra edlebilir olduğuna hükmetmiş, Antonella'nın babasına iadesi için gerekli prosedür başlatılmıştır. Ancak, Bayan Detiček'in kızının İtlya da çocuk evine yerleştirilerek psikolojisinin bozulacağnı, Slovenyada kurulu bir düzeni

526 **Dougan,** s. 665.
527 C-317/08, C-318 /08, C-319/08, C-320/08, Alassini v Telecom Italia SpA, [2010] ECR I-0000.
528 C-403/09 PPU, Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia, [2009] ECR I 0000.
529 C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08 Salahadin Abdulla and Others [2010] ECR I-0000.
530 Joined Cases C-57/09 and C-101/09 Bundesrepublik Deutschland v. B. und D. [2010] ECR I-000.

olduğu gerekçesi ile yapmış olduğu başvuru üzerine Sloven mahkemesi geçici velayet hakkını Bayan Detiček'e vermiştir. Bunun üzerine Bay Sgueglia'nın başvuruda bulunduğu Sloven temyiz mahkemesi Divan'a bir üye devlet tarafından verilmiş bir geçici tedbir kararının aksine bir geçici kararın diğer bir üye devlet tarafından verilip verilemeyeceği sorusunu yöneltmiştir.

Divan taraflarca ileri sürülen bir üye devlet mahkemesinin, başka bir üye devlet mahkemesinin kararına rağmen, kendi ulusal yasaları uyarınca, kendi bölgesinde bulunan çocuk için koruyucu önlemleri de içeren geçici önlemler alabilmesini sağlayan 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi, Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü'nün[531] 20. maddesinin Temel Haklar Şartı'nın 24. maddesinde düzenlenen "çocuk hakları"na aykırı yorumlanamayacağını belirtmiştir. Şart'ın 24/3. maddesinde "Her çocuk, kendi menfaatine aykırı olmadığı sürece, ebeveyniyle düzenli olarak kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına sahiptir." denilmekte olup, Divan kararını Şart'ın bu maddesine dayandırmıştır[532].

Abdulla ve diğerleri davasının konusunu ise 2001-2002 yıllarında Almanya tarafından Irak vatandaşı 5 kişiye tanınan mülteci statüsünün 2005 yılında geri alınması nedeniyle, mülteci statüsünün sona erdirilmesine ilişkin 2004/83/EC (AT) sayılı "Üçüncü ülke uyruklularının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın içeriği için asgari standartlar"a ilişkin Konsey Direktifi[533]

531 Söz konusu Tüzük, Brüksel IIA Tüzüğü olarak da bilinmektedir.Bkz. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, OJ 2003 L338/1.

532 C-403/09 PPU, Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia, [2009] ECR I 0000, para. 53-61.

533 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and

oluşturmaktadır. Divan, söz konusu Direktif hükümlerinin özellikle Şartta yer verilen temel ve hak ilkelere saygı çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir[534].

Geçmişlerinde biri Dev-Sol diğeri PKK terör örgütüne üye olan iki Türk vatandaşının Almanya'da iltica talebinde bulunması üzerine söz konusu kişilerin mülteci statüsünden hariç tutulma koşulları kapsamında olup olmadıklarının değerlendirildiği *B ve D* davaları Divan'ın Şart'a doğrudan atıf yaptığı davalara bir diğer örnektir. Her iki kişinin de 2004/83/EC (AT) sayılı "Üçüncü ülke uyruklularının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın içeriği için asgari standartlar"a ilişkin Konsey Direktifi[535] m. 12/2(b-c) kapsamında mülteci statüsünden hariç tutulup tutulmayacaklarının tespiti için ilgili hükmün yorumu Divan'dan talep edilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca:

"...

2. Bir üçüncü ülke uyruklu ya da vatansız bir kişi aşağıdaki hususları düşündürecek ciddi nedenler bulunduğu takdirde mültecilikten hariç tutulur:

...

(b) mülteci olarak kabulünden, yani mülteci statüsünün verilmesi esasında bir ikamet izni düzenlenmesinden önce, sığındığı ülkenin dışında siyasi olmayan bir suç işlemişse; siyasi amaç iddiasıyla işlenmiş olsa bile özellikle zalimce eylemler siyasi olmayan ciddi suç sınıfına sokulabilir;

---

status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted , OJ 2004 L304.

534 C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08 Salahadin Abdulla and Others [2010] ECR I-0000, para. 54.

535 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted , OJ 2004 L304.

(c) Birleşmiş Milletler Şartının Önsözünde ve 1. ve 2. Maddelerinde yer alan Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu bulunmuşsa."

Divan, bu davada da 2004/83/EC sayılı Direktifin Giriş bölümü m. 10'da belirtildiği üzere "Bu Yönerge temel haklara saygılıdır ve özellikle Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nda tanınan hak ve ilkelere uyar. " demek suretiyle Direktif hükümlerinin yorumunun Şart'a uygun yapılması gerektiğini belirtmiştir[536].

Divan, Şart'ın üye devletler üzerinde doğrudan bağlayıcılığa ve aynı zamanda doğrudan etkiye sahip olduğunu ise *Küçükdeveci*[537] kararı ile netleştirmiştir. Bayan Küçükdeveci, 18 yaşından itibaren çalışmaya başladığı Swedex firmasında 10. yılını doldurmuştur. İşveren 1 aylık ihbar süresi tanıyarak Bayan Küçükdeveci'nin hizmet sözleşmesini sona erdirmiştir. İşveren ihbar süresi hesabını yürürlükteki Alman Kanununda belirtildiği üzere 25 yaş öncesindeki çalışmanın ihbar süresinin hesaplanmasında göz önüne alınmayacağına ilişkin düzenlemesine dayandırmaktadır. Bayan Küçükdeveci, Alman Kanunundaki bu düzenlemenin "yaş'a dayalı ayrımcılığa" sebep olduğu gerekçesiyle Birlik hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Divan öncelikle yaş'a dayalı ayrımcılığın Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu ve aynı zamanda bu konunun Temel Haklar Şartı'nda da düzenlendiğini belirtmiştir. Ardından kararda, Şart'ın Antaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu dolayısıyla Birlik birincil hukukuna dahil olduğu vurgulanırken, Şart'ın 21. maddesi uyarınca "..yaş... gibi gerekçelere dayanan her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır"

536 Joined Cases C-57/09 and C-101/09 Bundesrepublik Deutschland v. B. and D. [2010] ECR I-000, para. 78.

537 C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.

denilmek suretiyle doğrudan Şart hükmüne dayanılmıştır[538].

Lizbon Antlaşmasıyla birlikte hukuki bağlayıcılık kazanan Şart, Divan kararlarında kendine doğrudan bir yer edinmiş olup kanımızca, en önemli değişiklik Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınmak suretiyle Birlik birincil hukukuna dahil olmasıdır. Nitekim bu durum aynı zamanda Şart hükümlerinin doğrudan etkili kabul edilmesine neden olmaktadır. Her ne kadar Şart'a bağlayıcılık özelliği tanınmadan önce de Divan Şart hükümlerine değinmekte olup, temel hakların Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul edilmesi Birlik kapsamında Divan içtihadı ile de olsa bir temel hak koruma standardı oluşturulmasına neden olsa da, Şart hükümleri artık ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilecektir. Dikkat edilirse, Şartta yer verilen düzenlemelerin Divan içtihadının bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Şart Divan tarafından oluşturulan temel hak koruma standardının tekrarı olup, asıl değişiklik Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değeri haiz kılınarak, doğrudan etkiye de sahip olmasıdır.

Doğrudan etki ve öncelik ilkesi arasındaki ilişki düşünüldüğünde doğrudan etkinin öncelik ilkesi olmaksızın işlevsiz kaldığı da bilinmektedir. Öncelik ilkesi nezdinde özellikle *Solange I*[539] kararında dile getirildiği üzere Birlik kapsamında eksik olan yazılı bir temel haklar kataloğunun meydana getirilmesi ayrı bir önemi haiz iken, aynı zamanda buna hukuki bağlayıcılık kazandırılarak doğrudan etki tanınması olumlu bir adımdır. Bu suretle, Birlik kurumlarının tasarruflarının denetiminin sağlanması da üye devlet ulusal mahkemelerinin temel hakların Birlik nezdinde yeterli düzeyde korunduğuna dair olumlu bir tavır içine girmesine neden

538 C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000, para. 22.
539 Solange I, Bundesverfassunggericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

olacak ve bu durum öncelik ilkesinin devamını her ne kadar garanti etmese de güvence altına alacaktır.

Öte yandan yine *Küçükdeveci*[540] kararı ile birlikte gündeme gelen önemli bir nokta yatay doğrudan etkiye sahip olmadıkları kabul edilen Direktiflerin, Birliğin genel ilkelerden kabul ettiği temel haklara ilişkin bir düzenlemeye yer vermesi halinde ulusal mahkemelerin öncelik ilkesi prensibi kapsamında hareket etmek suretiyle ulusal düzenlemeleri bir kenara bırakarak Direktif hükmünü uygulamaları gerektiği sonucuna ulaşmasıdır[541]. Bu durum ancak ve ancak ulusal düzenlemenin Direktife uygun şekilde yorumlanmasının mümkün olmaması halinde gündeme gelecektir.

Kararda, konumuz açısından dikkati çeken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki Divan'ın bu sonuca Temel Haklar Şartı üzerinden değil de genel ilkeler üzerinden ulaşmasıdır. Her ne kadar bu karar ile ilk kez Şart'ın bağlayıcılığı dile getirilmiş olsa da uyuşmazlık genel ilkeler üzerinden karara bağlanmıştır. Divan'ın genel ilkeleri tercih etmesinin nedeni olarak İngiltere ve Polonya tarafından Şart'a eklenen ve eklendiği ilk günlerde söz konusu devletlere *opt-out* hakkı tanıdığı iddialarının yoğun olmasına yol açan Protokol olarak gösterilebilir kanaatindeyiz[542]. Nitekim *Küçükdeveci*[543] kararı Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinin hemen ardından karar bağlanmış olup, Divan söz konusu Protokol'ün hukuki etkisi üzerinde yorum yapmaktan kaçınmak istemiş olabilir.

Konumuz açısından büyük önemi haiz olan diğer nokta ise Divan'ın temel

540 C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.
541 C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000, para. 43.
542 **Peers, Steve,** "Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on Küçükdeveci", **European Law Review,** C. 36, S. 6, 2010, s. 852-853.
543 C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.

haklar konusuna ilişkin yaklaşımını öncelik ilkesi ile bağdaştırmasıdır. Buna göre, Birlik hukukunun öngördüğü temel haklara ilişkin herhangi bir genel ilkenin uygulanmasına yönelik Birlik Direktiflerinin, ulusal hukuk ile uyumlu bir şekilde yorumunun mümkün olmaması halinde, Direktif hükmü öncelikle uygulanacaktır.

Kanımızca, *Küçükdeveci*[544] kararı ile temel hak korumasının Birlik hukukunun önceliği ilkesini tehlikeye atacağı iddiaları çürütülmüş olup, aksine Birlik tarafından temel haklara ve temel hak korumasına verilen önem gözler önüne serilmiştir. Ulusal mahkemeler tarafından öncelik ilkesinin uygulanması suretiyle temel hakların ikinci plana atılacağı endişesi de kanımızca bu karar ile belli ölçüde giderilmiştir. Nitekim bu kararda öncelik ilkesi temel hakların korunmasına hizmet etmek amacıyla uygulanmıştır.

Divan temel haklar konusuna vermiş olduğu önemi *Kadı*[545] kararında temel hakları Birlik hukukunun en tepesine yerleştirerek ortaya koymuş *Küçükdeveci*[546] kararı ile de temel hakların Birlik hukuk kuralları hiyerarşisindeki konumunu netleştirmiştir.

Divan'ın bu yaklaşımı bizim de savunduğumuz gibi öncelik ilkesi ve temel haklar ilişkisinin birbirine paralel olduğu ve birbirini desteklediği, temel haklar konusunun hiçbir şekilde Birlik hukukunun önceliği ilkesine zarar vermediğini yansıtmaktadır. Dolayısıyla Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip Temel Haklar Şartının varlığı da temel hak korumasının öncelik ilkesi kapsamında güvence altına alındığını doğrulamaktadır.

544 C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.
545 C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, [2008] ECR I-6351..
546 C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ - AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ - AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İLİŞKİSİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ - AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI İLİŞKİSİ

İkinci Dünya Savaşı öncesinde başlayıp, Avrupa'nın tarihine kara bir leke olarak iz bırakan otoriter ve totaliter siyasi rejimlerin insan hakları ihlalleri, İkinci Dünya Savaşını bir demokrasi savaşına dönüştürmüş ve savaşın ardından insan hakları ve demokrasi Avrupa devletlerinin vazgeçilmezi haline gelmiştir[547]. İnsan haklarının ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de korunmasının gerekliliği Birleşmiş Milletler Örgütünü harekete geçirmiş, 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul ve ilan edilmiştir. İnsan hakları konusundaki evrensel bu girişimin ardından, Birleşmiş Milletler Örgütünün de teşviki ile bölgesel hareketler önem kazanmış ve o yıllarda Avrupa'da bir birlik oluşturmanın barışa ve insan haklarına katkısı tartışılmaya başlanmıştır. Avrupa Konseyi bu girişimlerin bir sonucu olarak, 1949 yılında on batı Avrupa devletinin biraraya gelmesi ile oluşturulmuştur. Kuruluşundan itibaren bir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS - Sözleşme) oluşturmak adına çalışmalar yapan Konsey, 1950'de Roma'da hazırlanan Sözleşmenin üye devletlerce imzalanmasıyla amacına ulaşmıştır. Toplam elli dokuz

547 **Gözübüyük, Şeref – Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,** Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 5.

madde ve on dört ek protokolden oluşan Sözleşme'ye üye devletlerce riayet edilmesini sağlamak amacıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adı altında bir uluslararası yargı merciine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuki açıdan uluslararası bir anlaşma olup, hakları ihlal edilmiş bireylere bir takım haklar öngörürken; taraf devletlere bir takım yükümlülükler getirmektedir. Dolayısıyla, AİHS'nin muhatabının üye devletler olduğu söylenebilir. Avrupa Birliği kapsamında geçerli temel hak kataloğu olan Şart'a baktığımızda ise durum farklılık arz etmektedir. Şart'ın muhatapları Birlik kurumları ile Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletler olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla AİHS ve Şart'ın uygulama alanında üye devletler açısından bir ayrım yapılması gerekmektedir. Şartta da açıkça dile getirildiği üzere üye devletler Birlik hukukunu uyguladıklarında Şart kapsamında değerlendirilmektedir. Birlik hukukunu uyguladıklarında ifadesinden anlaşılması gereken tüzüklerin uygulanması ve direktiflerin iç hukuka aktarılması gibi Birlik hukuku ve ulusal hukuku birlikte içeren işlemleridir. Bunun dışında ki ulusal yasal düzenlemeler Şart kapsamında değerlendirilmemektedir[548]. Oysa AİHS'de yer verilen haklara ilişkin bir ihlal iddiası söz konusu olduğunda üye devletlerin ulusal hukuku kapsama dahil kabul edilmektedir.

Sözleşmenin geneline bakıldığında temel hak ve özgürlükleri oldukça sınırlı bir kapsamda ele aldığı, Sözleşmeye eklenen protokollerle az da olsa, kapsamın genişletilmeye çalışıldığı ilk anda dikkati çekmektedir. Her ne kadar kapsam genişletilmeye çalışılsa da bugün itibariyle Sözleşmenin, Batılı devletlerin ulaştığı

548 C-144/95, Maurin [1996] ECR I-2909; C-299/95; Kremzow v. Austria [1997] ECR I-2629.

demokrasi düzeyinin altında olduğunu söylemek mümkündür[549]. Nitekim, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın içeriğine bakıldığında bu durum daha net anlaşılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kıyaslandığında Şartın kapsamının daha geniş olduğu ve yeni bir çok hakkın Şart içerisinde yer aldığı görülmektedir[550].

Temel haklara AİHS ile sağlanan koruma ikincil nitelikte olup, bazı özel durumlar dışında ancak, iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde Sözleşmenin öngördüğü korumadan faydalanılmaktadır. Nitekim bu durum AİHS m. 1 de "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar" denilerek ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde bu yola başvurulması temel haklara tanınan ulusal ve uluslararası koruma sistemi arasında hiyerarşik bir yapıdan kaynaklanmayıp, Sözleşme ile güvence altına alınmış bir hakka, ulusal organlarca zarar verilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, AİHS ile sağlanan korumanın tamamlayıcı nitelikte olduğu, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere Sözleşme organlarının temyiz makamı olmadığı da söylenebilir[551]. Birlik hukukuna baktığımızda ise temel hak korumasının ilk yıllarda Divan tarafından reddedildiği daha sonrasında ise temel hakların genel ilkeler kapsamında olduğu belirtilerek, ortak anayasal gelenekler ve başta AİHS olmak üzere insan haklarının korunmasına ilişkin sözleşmelerin rehber niteliğinde olduğu Divan tarafından kabul edilmiştir. Temel Haklar Şartının Lizbon Antlaşması

549 **Gözübüyük – Gölcüklü,** s. 11.
550 Bkz. II. Bölüm, III. Başlık.
551 **Gözübüyük – Gölcüklü,** s. 15.

öncesinde hukuki bağlayıcılığı olmamakla birlikte temel hak koruması Divan içtihadı ile sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki her ne kadar hukuki bağlayıcılığı olmasa da Divan, içtihadında Şart hükümlerine atıf yapmak suretiyle Şart'ı da sürece dahil etmeye çalışmıştır. Lizbon Antlaşmasıyla hukuki bağlayıcılık kazanan Şart aynı zamanda Birlik birincil hukukuna dahil edilmek suretiyle bireyler tarafından gerek Divan gerekse ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilecektir.

Temel haklar, anayasalarda yer almak suretiyle ulusal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de uluslararası düzeyde korunmakta olup; Birlik kapsamında geçerli olmak üzere temel hakların Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı adı altında ayrıca düzenlenmesi, Birlik üyesi 27 devletin temel haklar konusunda bağlayıcılığa sahip üç ayrı belge ile karşı karşıya kalmasına neden olmuştur.

Her ne kadar yeni birtakım hakların yanısıra, Şart kapsamında, Sözleşmede düzenlenen haklara yer verilse de, gerek Sözleşmenin gerek Şartın ihtilaf halinde ihtilafı giderecek organlarının birbirinden bağımsız olması bir takım problemleri de beraberinde getirecek niteliktedir. Örneğin, temel haklara ilişkin ihtilafa neden olan bir konunun hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem Divan önüne gelmesi mümkün olup, her iki mahkemenin konuyu farklı şekilde yorumlaması olasıdır.

Sonuç olarak, her iki belge de birbirinden bağımsız olup, Birlik üye devletlerinin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaları aynı konuda iki bağlayıcı belge ile karşı karşıya kalmalarına neden olmakta, her ikisinin de birbirlerine karşı bir üstünlük veya öncelikleri bulunmamaktadır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ – AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İLİŞKİSİ

Her iki mahkemenin birbirine yaklaşımını ele alacağımız bu bölümde, öncelikle her iki mahkemenin genel özelliklerine ardından da her iki mahkeme arasındaki farklılıklara değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Birlik, oluşturulduğu ilk günden bu yana klasik uluslararası örgütlerden farklı bir yapıya sahiptir. Ulaşılmak istenilen hedeflerin zorunlu kıldığı bu farklılık, Birliğin uluslarüstü niteliğinde ve kendine özgü hukuki yapısında kendisini göstermektedir. Nitekim, Birlik hukuk düzenini uluslararası hukuktan ayıran temel iki özellik bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Birliğin, ulusal organlardan kendilerine devredilen yetkileri kullanmak üzere bağımsız ve özerk yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip olması; ikincisi ise bireylerin, üye devletlerle birlikte bu yeni hukuk düzeninin sujeleri olmalarıdır[552].

Birlik her ne kadar üye devletler tarafından hazırlanıp, imzalanan ulusulararası sözleşmelerden kaynaklansa da, üye devletler egemenliklerinden bir kısmını bu uluslarüstü yapı lehine terk etmişlerdir. Gerçekleştirilen bu yetki devri neticesinde üye devletler, oluşturdukları bu yapının kurumları tarafından alınacak kararları ve ulusal hukukları karşısında önceliğini kabul etmişlerdir. Bu rıza aynı zamanda, çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslarüstü yapının organlarının söz sahibi olması ile bu ortak ve kendine özgü hukuk düzeninin kurallarının geçerli olacağı anlamına da gelmektedir[553]. Bu amaçla özel olarak yetkilendirilmiş Birlik

552 **Toth, Akos,** "The Individual and the European Law", **International and Comparative Law Quarterly,** C. 24, 1975, s. 659.

553 **Baykal, Sanem,** "Avrupa Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk**

kurumlarının başında Divan yer almakta olup, Birliğin kendine özgü bir hukuk sistemine kavuşturulmasında ve bu sistemin herkes için aynı şekilde yorumlanmasında ve uygulanmasında söz sahibi olmuştur[554].

Divan'a Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 267. maddesi[555] kapsamında iki temel yetki tanınmış olup, Divan;

-Antlaşmanın yorumu ve

-Birlik kurumlarının, organlarının, ofislerinin veya ajanslarının, tasarruflarının yorumu ve geçerliliği üzerine, ön karar yoluyla karar vermeye yetkili kılınmıştır.

Birlik tasarruflarının hukuki denetiminin emanet edildiği Divan, Birlik gündeminde yer alan hedeflere sadece yargısal denetimle ulaşmanın mümkün olmadığının farkındadır. Bu nedenle, kendisine yüklenen "entegrasyon sürecinin itici gücü" nitelendirmesine de uygun hareket etmek suretiyle, Birlik hukukuna uygulanacak yorum ilkelerini tespit ederek, boşlukları doldurmak suretiyle de Birliğin ve Birlik hukukunun bugünkü dinamik yapıya ulaşmasına yardımcı olmuştur[556].

Bahsetmiş olduğumuz bu özellikler Divan'ın uluslarüstü yapıya sahip bir Birliğin yargı organı olmasından kaynaklanmakta ve onu gerek ulusal gerekse uluslararası mahkemelerden farklı bir konuma yerleştirmektedir. Nitekim Divan'ın içtihadı ile yeni doktrinler yaratması, hatta bazı kararları ile Birliğin geleceğine yön vermesi bu farklılığı daha net bir şekilde gözler önüne sermektedir. Bu konuda verilebilecek en güzel örnek, temel haklar konusunun Divan içtihadı ile Birlik

Fakültesi AB Hukuku Sertifika Programı, 5. Dönem Ders Notu, s. 3.

554 **Arat Tuğrul, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı,** Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygula Merkezi Yayınları, Ankara, 1998, s. 2-3.

555 Söz konusu madde Lizbon Antlaşması ile değiştirilmiş olup, ön karara ilişkin düzenleme yapılan değişiklik öncesinde AT Antlaşması m. 234'de yer almaktadır.

556 **Arat,** s. 6.

gündemine dahil olarak, bugün Birlik bakımından Antlaşmalarla aynı hukuki değeri haiz bir belgenin (Temel Haklar Şartı) oluşturulmasıdır. Sonuç olarak Divan'ın Birlik hukukunu korumanın yanı sıra geliştirmekle de yükümlü olduğu düşünüldüğünde her zaman önceliğinin bütünleşme hedefleri doğrultusunda olacağını söylemek yanlış olmaz[557]. Nitekim Divan bu nedenle çoğu kez bir Anayasa Mahkemesi gibi hareket etmekle de suçlanmış, kararlarının siyasi nitelikte olması nedeniyle eleştirilmiştir. Oluşturduğu doktrinlerin üye devletlerce kabulü için gerektiğinde siyasi bir süreçten de geçen Divan, Birlik hedefleri için vazgeçilmez olan Birlik hukukunun koruyucusu olarak ulusal ve uluslararası mahkemeler ile zaman zaman işbirliği, zaman zaman ihtilaf ilişkisi içerisinde bulunmaktadır[558].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyinin organlarından biri olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların tek çözüm mercii, tek denetim organıdır. Diğer bir deyişle, insan hakları konusunda uzman bir mahkeme olup, başka herhangi bir konuda yargı yetkisini haiz bulunmamaktadır. Her ne kadar Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi özel yetkileri haiz bulunmasa da, devletlerin yanısıra bireylere de başvuru hakkı tanınmış olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, geleneksel olarak nitelendirilebileceğimiz uluslararası yargı organları ile arasındaki farklılığı ortaya koymaktadır[559]. Ancak, bireylerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulunun getirilmesi dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile getirilen korumanın ulusal düzenlemeler karşısında ikincil nitelik taşıdığı,

557 **Değer, Ozan, Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 110-111.

558 **Baykal, Sanem,** "Topluluk Hukuku - Ulusal Hukuk İlişkileri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi AB Hukuku Sertifika Programı,** 5. Dönem Ders Notu, s. 1.

559 **Değer,** s. 116.

tamamlayıcı olduğu söylenebilir[560].

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üye devletler hukuk sistemindeki yeri ve konumu ile bağlantılı olarak gösterdiği etki de üye devletlere göre farklılık arz edebilmektedir[561]. Nitekim Sözleşme hükümleri, bazı üye devletlerde anayasal, bazılarında anayasa üstü, bir diğer kısmında ise anayasa ile yasa arasında bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası bir mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları bir üst yargı merci bulunmaması nedeniyle başta devletler olmak üzere dava konusu ve tarafları için kesindir. Ancak, kararlarının ulusal hukuklarda hiç bir işleme gerek duymaksızın kendiliğinden etki doğurabilmesi mümkün değildir. Uluslararası hukukun doğal bir sonucu olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görevi, mevcut bir ihlali tespit etmekle sınırlı olup, herhangi bir cebri icra yetkisine sahip değildir. Bu durum mahkeme kararlarının üye devletlerce yerine getirilmemesi halinde, en son çare olarak üye devletin somut bir yaptırım yerine Konseydeki temsil hakkının askıya alınması veya Konsey üyeliğinin sona erdirilmesi gibi siyasi bir takım yaptırımlara maruz kalmasına neden olmaktadır[562].

İki mahkeme arasındaki farklılıklara kısaca değindiğimizde ise öncelikle, Divan'ın yargılama yetkisine giren konuların her ne kadar Birlik ile sınırlı olsa da çok geniş bir alana yayıldığı ve insan hakları konusunun belli şartlarda bu kapsama dahil olduğu dikkati çekmektedir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine devletlerin yanısıra, Sözleşmeye taraf devlet vatandaşı olsun veya olmasın, tüm bireylerin başvuru imkanı

560 **Değer,** s. 116.
561 **Değer,** s. 118 vd.
562 Avrupa Konseyi Statüsü m. 8.

mevcut iken, insan hakları konusunda Divan'a başvuru, gerek kişi gerek konu yönünden belli koşullara bağlanmıştır[563].

İki mahkeme arasındaki diğer bir farklılık, mahkemelerin oluşumunda dikkati çekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde yer alan toplam hakim sayısı Divanda olduğu gibi üye devlet sayısı ile sınırlı olup, taraf devletlerin gösterdiği üç aday arasından seçilmektedir. Oysa, Divanda her üye devlet kendi adayını belirleyip, Divana göndermektedir. Nitekim bu durum, Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması halinde Birliği temsil edecek hakimin seçiminin ne şekilde olacağı sorusunu da gündeme getirmektedir.

Belirtilen bu farklılıklarla birlikte, her iki mahkemenin yargı yetkisine insan hakları konusunun dahil olması ve mahkemeler arasında hiyerarşik bir yapı bulunmadığı gibi, Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaması, aynı konuda farklı kararlar çıkma olasılığını arttırmaktadır. Nitekim Divan'ın temel haklar konusuna yaklaşımının bütünleşme hedefi kapsamında olduğu düşünüldüğünde bu durum kaçınılmazdır. Birlik üyesi devletlerin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaları, Divan kararlarının yanısıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile de bağlı olmalarına neden olmaktadır. Sonuç olarak, her iki mahkemenin aynı üye devletler üzerinde insan hakları konusunda yargılama yetkisini haiz olmaları ve birbirlerinin kararlarına müdahale edememeleri, kararlarına üye devletlerce uyulması açısından aralarında bir denge kurulması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Nitekim aksi durum, her iki mahkemenin de saygınlığını

563 Locus Standi hakkı için bkz. **Hartley, (2007),** s. 342 vd.; **Craig – De Burca,** s. 507 vd.; **Ümit, Ceyda,** 'Topluluk Hukukunda Özel Kişilerin Dava Açma Hakkının Gelişiminde Avrupa Topluluğu Adalet Divanının Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış', **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 6, S. 2, 2007, s. 99-118.

zedeleyeceğinden, her iki mahkemenin de kararları aracılığı ile bir işbirliği ilişkisi yaratmaya çalışarak, aralarında denge kurmayı hedefledikleri söylenebilir.

A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yaklaşımı

Birlik gündemine Divan tarafından oluşturulan içtihat sonucu giren temel hak koruması, zaman içerisinde yine Divan girişimi ile geliştirilmiş olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Birlik içerisindeki konumu, bu kararlar ile açıklığa kavuşturulmuştur. İlk olarak *Nold*[564] kararında yaptığı yorum ile Divan, üye devletlerin taraf oldukları temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmaların Birlik hukuku çerçevesinde kılavuz olarak değerlendirilebileceğini belirtmiş, böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yapılan ilk dolaylı atıf gerçekleşmiştir. *Nold*[565] kararının ardından başta *Rutili*[566] kararı olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddelerine açık ve doğrudan atıflar yapılmak suretiyle, Sözleşmenin Birlik hukuku içerisindeki temel hak korumasında özel ve ayrı bir yeri olduğu belirtilmeye çalışılmıştır[567]. Divanın kendiliğinden AİHS'ye gönderme yapmak suretiyle, kendisine yöneltilen soruyu yanıtladığı *Kirk*[568] kararında Divan, ceza hükümlerinin geçmişe yürümezliğinin bütün üye devlet hukuk düzenlerinde

564 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.
565 C-4/73, Nold v. Commission, [1974] ECR 491.
566 C-36/75, Roland Rutili Case v. Minister for the Interior [1975] ECR 1219.
567 **Defeis, Elizabeth,** "Human Rights and the European Union: Who Decides? Possible Conflicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", **Dickinson Journal of International Law,** C. 19, S. 2, 2000-2001, s. 311; **Eizaga, Lorena Rincon,** "Human Rights in the European union. Conflict between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of the Article 8 of the European Convention of Human Rights", <www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub.../05HumanRights.pdf>, (erişim tarihi, 13.05.2010), s. 10.
568 C-63/83, Regina v Kent Kirk [1984] ECR 2689.

ortak ilke olduğunu ve "cezaların yasallığı" başlığı altında AİHS'nin 7. maddesinde de bir temel hak olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, bu temel hakkın hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığını ve bunların gözetiminin de Divan tarafından sağlandığını vurgulayarak, ilgili AİHS hükmünü Birlik hukuku içerisinde doğrudan uygulamıştır.

Yine ilk kez *Johnston*[569] davasında Divan, AİHS'nin 6. ve 13. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma ve etkili koruma haklarının Birlik için de temel bir hak olduğundan yola çıkarak, AİHS düzenlemelerinin Birlik hukukunda ayrıca dikkate alınması gerektiğini dile getirmiştir[570]. Yahudi bir bayanın Birliğin personel alımı için yaptığı sınava, sınav tarihinin dini tatil günlerinden birine rastlaması nedeniyle katılamaması ve bu sebeple sınavın iptalini istediği *Prais*[571] davasında ise Divan, AİHS'nin garanti ettiği din özgürlüğünün Birlik hukuku için de geçerliliğini kabul etmiş olmasına rağmen talebi reddetmiştir. Divan, sınavın iptali yerine, davacının sınav tarihinden önce yetkilileri uyarma şansı olduğunu ve bunun yapılmış olması halinde, bu talebinin dikkate alınarak sınav tarihinin tespit edilebileceğini belirtmiştir. Divan'ın yaptığı yorumdan da anlaşıldığı üzere, bu kararında da AİHS'yi kendisine referans olarak almıştır.

Divan'ın AİHS hükümlerine atıf yaptığı kararlar bunlarla sınırlı olmayıp, özel yaşamın korunması konusunda AİHS 8. maddeyi[572], düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda AİHS 10. maddeyi[573], mülkiyet hakkının korunması konusunda AİHS 1 no'lu Protokolün 1. maddesini[574] dikkate almıştır.

569 C-222/84, Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651.
570 **Biernat,** s. 21.
571 C-130/75, Prais v. Council [1976] ECR 1589.
572 C-136/79, National Panasonic v. Council [1980] ECR 2033.
573 C-43-63/82, VBVB&VBBB v. Commissi on [1984] ECR 19.
574 C-44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727.

Bütün bu kararlardan yola çıkarak Divan'ın AİHS hükümlerine olan yaklaşımının ilk başlarda dolaylı ve referans niteliğinde olsa da, zaman içerisinde değiştiği ve Divan'ın AİHS'yi sadece bir referans olmanın ötesinde temel kaynak olarak kullanmaya başladığı, hatta kararlarının meşruiyetini sağlama konusunda bir araç olarak gördüğü de söylenebilmektedir[575].

Dikkati çeken nokta, Divan'ın kararlarında AİHS hükümlerine doğrudan atıf yaparken, bu durumu sadece Birlik hukuku kapsamına giren alanlar ile sınırlı tutmasıdır. Dolayısı ile bu yaklaşım tarzı AİHS hükümlerinin Divan ve AİHM tarafından farklı şekilde yorumlanması olasılığını da arttırmaktadır. Nitekim, ilk yorum farklılığı AİHS'nin "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesine ilişkin olarak Divan'ın 1989 yılında verdiği *Hoechst*[576] kararı ile AİHM'nin 1992 tarihli *Niemitz*[577] kararında yaşanmıştır. *Hoechst* davasında Komisyon, çeşitli iş kolları arasında yapılan fiyat anlaşmalarını engellemek ve rekabeti korumak amacıyla Hoechst firması aleyhinde soruşturma başlatmış ve bu kapsamda ilgili firmanın ev ve işyerlerinin aranmasına karar vermiştir. Hoechst firması, Komisyonun bu kararının AİHS m. 8'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak Divan, AİHS m. 8'de yer verilen düzenlemenin kapsamına iş yerlerinin dahil olmadığını, bu nedenle Komisyon'un iş yerlerini de arayabileceğini belirtmiştir. Divan, başka gerekçelerin yanısıra konumuzla ilgili olarak AİHM'nin o tarihe kadar iş yerlerinin özel hayat kapsamında değerlendirildiğine dair bir kararının mevcut olmadığına da kararında yer vermiştir[578]. Oysa AİHM, görevi kötüye kullanma

575 **Değer,** s. 85.
576 C-46/87-227/88, Hoechst AG v. Commission [1989] ECR 2859.
577 Niemitz v. Germany [1993] 16 EHHR 97.
578 C-46/87-227/88, Hoechst AG v. Commission [1989] ECR 2859, para. 18.

gerekçesi ile bir avukatın işyerinin aranmasına ilişkin *Niemietz* davasında, özel yaşam ve aile hayatının gizliliğini AİHS m. 8'in hedef ve amacına uygun olarak, işyeri ve belli mesleki ya da iş faaliyetlerini kapsayacak şekilde yorumlamıştır[579]. Divan'ın aksine AİHM, m. 8'i geniş yorumlamayı tercih etmiş ve işyerinin konut kapsamında değerlendirilebileceğinden yola çıkarak yapılan aramayı hukuka aykırı bulmuştur.

Benzer bir çatışma AİHS m. 6 da düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen kendi aleyhine tanıklık yapmama (beyanda bulunmama) hakkı nedeniyle söz konusu olmuştur[580]. Divan, önüne gelen *Orkem*[581] davasında, Birlik rekabet hukukuna ilişkin 17 Sayılı Konsey Tüzüğüne dayalı olarak yapılan soruşturma kapsamında Komisyon, her türlü bilginin soruşturmaya tabi tutulan tarafından kendisine sunulmasını istemiş, ancak Komisyon'un bu davranışının AİHS m. 6'da yer alan, hiç kimsenin kendi aleyhinde beyanda bulunmama hakkının ihlali olduğu iddiası ileri sürülmüştür. Bu iddia karşısında Divan, her ne kadar AİHS m. 6'nın kartel soruşturması kapsamında yer alan bir işletmeye uygulanabiilir olduğunu kabul etse de, söz konusu maddenin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını kapsamadığını, nitekim AİHM'nin de bu yönde hiç bir kararının bulunmadığını belirtmiştir[582]. Kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını bu şekilde elimine ettikten sonra Divan, savunma hakkının Birlik tarafından Komisyon'a tanınan soruşturma yetkileri üzerinde herhangi bir sınırlama getirip getirmediğini incelemeye başlamıştır. Bu kapsamda Komisyon tarafından işletmeye yöneltilen soruları

579 **Toth, (1997),** s. 499.
580 **Young,** s. 227.
581 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
582 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283, para. 30.

sorulabilir ve sorulamaz olarak iki grupta ele almıştır. Rekabet kurallarını ihlaline yol açabilecek olgusal bilgi edinmeye çalıştığı soruları sorulabilir kapsamında kabul ederken, işletmeyi rekabet kurallarını ihlal ettiğini kabule zorlayan soruları ikinci grupta ele almıştır[583]. *Orkem*[584] kararının ardından 1993 yılında *Funke*[585] davası ile kimsenin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı iddiası AİHM önüne gelmiş ve Divandan farklı olarak AİHM, bu durumu AİHS m. 6'da yer verilen "Adil Yargılanma Hakkı" kapsamında değerlendirmiştir.

Belirtmek gerekir ki, AİHM bu kararda detaylı bir açıklama yapmak yerine oldukça geniş bir yorum yapmak suretiyle AİHS m. 6'nın hakkında cezai takibat yapılan herkese sessiz kalma ve kendi aleyhinde beyanda bulunmama hakkı tanıdığını vurgulamakla yetinmiştir. AİHM, bu kararını *Murray v. İngiltere* kararı ile de teyit etmiştir[586]. Söz konusu karar uyarınca:

"Ulusal mahkeme sadece sanık sessiz kalmayı seçtiği için sanığın suçlu olduğu sonucuna varamaz. Sadece sanığa karşı olan deliller bir açıklama "gerektiriyorsa" ve bu açıklama sanığın getirebileceği nitelikte ise, buna rağmen sanık hiçbir açıklamada bulunmuyorsa "sağduyunun sınırları dahilinde bir açıklama getirilmemesi dolayısıyla sanığın suçlu olduğu" çıkarsaması yapılabilir. Tam tersine, savcılık tarafından sunulan iddianın delil olarak değeri çok düşük ise açıklama getirmemek suçluluk tespitine varılmasına gerekçe teşkil edemez"

Son olarak İrlanda'da mevcut olan kürtaj yasağına ilişkin tartışmalara neden olan *Grogan*[587] kararında da benzer bir durum yaşanmıştır. Bilindiği üzere

583 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283, para. 38 - 40.
584 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
585 Funke v. France [1993] 16 EHRR 297.
586 Murray v. United Kingdom [1996] 22 EHRR 29, para. 45.
587 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.

Grogan[588] kararında davaya konu uyuşmazlık, İngilterede kürtaj yapan kliniklere dair bilgiler içeren broşürleri, kürtajın yasak olduğu İrlanda'da dağıtması nedeniyle Grogan isimli öğrenci aleyhine ceza davası açılmasına ilişkindir. Davalı, broşür dağıtımının yasaklanmasının ifade özgürlüğünü kısıtladığı gibi, hizmetlerin serbest dolaşımına da engel teşkil ettiğini ileri sürmüş ve uyuşmazlık, ön karar yolu ile Divan önüne gelmiştir. Ancak Divan, davalının iddialarından biri olan ifade özgürlüğü ilkesine değinmeksizin, yapılan eylemin ticari bir nitelik arz etmemesi nedeniyle Birlik hukuku kapsamında yorumlanamayacağını belirtmekle yetinmiştir[589]. Oysa, *Grogan*[590] kararından tam bir sene sonra aynı konu *Open Door*[591] davası ile AİHM önüne gelmiş ve AİHM, Divan'ın aksine İrlanda'da kürtaj yasağı olsa da, insanların kürtaj yapan kuruluşlara ilişkin bilgi edinme ve danışma hakkının yasaklanmasının AİHS m. 10'da düzenlenen "İfade Özgürlüğü"nün ihlali olduğunu karara bağlamıştır.

Görüldüğü üzere bir çok kararda Divan ve AİHM birbirinden farklı sonuçlara ulaşmış olsalar da, bütün kararlarda ortak olan nokta uyuşmazlık Divan önüne geldiğinde, henüz AİHM'de o konuda bir karar veya ortak bir görüş bulunmamasıdır. Nitekim Divan, bu duruma doğrudan veya dolaylı olarak her kararında değinmiş ve kanımızca bu şekilde herhangi bir görüş veya karar olması halinde ona uygun davranacağını dile getirmeye çalışmıştır. Örneğin, cinsiyet değiştirmek üzere ameliyat olması nedeniyle işinden kovulan P., söz konusu tasarrufun Birlik hukuku ile güvence altına alınan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ihlali

588 C-159/90, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan and others [1991] ECR I 4685.
589 Geniş bilgi için bkz. s. 28 vd.
590 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.
591 Open Door Counselling and Dublin Well Women v. Ireland [1992] 15 EHRR 244.

olduğunu ileri sürdüğü 1996 tarihli *P v. S*[592] kararında Divan, davayı değerlendirirken ilk kez AİHM'nin bir kararına[593] açıkça atıf yapmıştır. *Grogan*[594] kararında ise ifade özgürlüğü konusuna hiç değinmeyerek, böyle hassas bir konuda üye devlet tepkilerini üzerinde toplamaktan çekinmiştir.

Öte yandan, cevaplanması gereken asıl soru Divan'ın bu gerekçenin arkasına sığınmayı kendisinin mi istediği, yoksa mevcut durumun mu bunu zorunlu kıldığıdır? Bu soruyu cevaplamak için temel haklar konusunun Birlik gündemine ilk girdiği günden itibaren Divan'ın bu konuya yaklaşımına bakmak gereklidir. Divan'ın bu konuyu hangi nedenlerle gündemine aldığı ve gerek kurucu Antlaşmalar, gerek fiili olarak kendisine verilen görev ve yetkiler düşünüldüğünde söz konusu kararlarının çok da eleştirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Divan, temel haklar konusunda kendi yetkisine sınır getirmiş ve o sınırlar içerisinde hareket etmeye çalışmıştır. Özellikle entegrasyon hedefi doğrultusunda çalıştığı ve uzmanlık alanının AİHM'nin aksine temel haklar olmadığı düşünüldüğünde temel hak konusundan uzak durmaya çalışması anlaşılır bir durumdur. Entegrasyonun geldiği konum nedeniyle kaçınmasının imkansız olduğu bu konuya her ne kadar ilk zamanlarda katı şekilde yaklaşsa da, AİHS hükümlerine dolaylı olarak yapmaya başladığı atıfları bir ileri seviyeye taşıyarak, yeri geldiğinde kararlarını tamamen AİHS hükümlerine dayandırmaya ve sonrasında kararlarını AİHM kararlarına isnad etmeye başlamıştır. Divan'ın bu tutumu ile aslında AİHS hükümlerinin yorumunda AİHM kararlarına saygı duymayı hedeflediği ve onunla bir

592 C-13/94, P. v. S. and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143.
593 Rees v. UK [1986] 9 EHRR 56.
594 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.

işbirliği içerisinde olduğu sonucuna varılabilir.

Özellikle Divan'ın, AİHM'nin aksi yönde vermiş olduğu kararlarının ardından aynı konunun Divan önüne gelmesi halinde AİHM'nin görüşünü benimsemesi bu durumu açıklar niteliktedir. Örneğin *Hoechst*[595] kararının ardından önüne gelen 2002 tarihli *Roquette Freres*[596] kararında Divan, *Niemitz*[597] davasında AİHM'nin, AİHS m. 8'e ilişkin yapmış olduğu yorumu uygulamayı tercih etmiştir. Bu tutum değişikliği Divan'ın temel haklara ilişkin olarak önüne gelen dava konularına ilişkin önceki tarihli bir AİHM kararı veya AİHM tarafından benimsenmiş ortak bir yorum olması halinde bunu izleyeceğini kanımızca doğrulamaktadır. Ayrıca bu durum, Divan'ın temel haklar konusunda AİHM'ye yaklaştığının, temel haklar konusundaki yargılamasını derinleştirip, genişlettiğinin de bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir[598]. Ancak Divan'ın mevcut bu tutumunu genelleştirmek, AİHS m. 6'ya ilişkin içtihadı nedeniyle mümkün görünmemektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere *Orkem*[599] kararında Divan, kendi aleyhine belge sunmama hakkını AİHS m. 6 kapsamı dışında tutarken, sonraki tarihli *Funke*[600] kararında AİHM tam tersi bir yorum yapmış ve konuyu AİHS m. 6 kapsamında değerlendirmiştir. Her ne kadar AİHM, *Funke* kararını *Murray*[601] davası ile teyit etmiş olsa dahi, *Condron* kararı ile AİHS m. 6 da yer verilen sessiz kalma hakkının mutlak olmadığını belirtmiş[602], ardından gelen *Saunders*[603] kararı ile AİHS m. 6'ya bir

595 C-46/87-227/88, Hoechst AG v. Commission [1989] ECR 2859.
596 C-94/00 Roquette Frères v Directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des frauds [2002] ECR I-9011.
597 Niemitz v. Germany [1993] 16 EHHR 97.
598 **Tridimas, (2006),** s. 343.
599 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
600 Funke v. France [1993] 16 EHRR 297.
601 Murray v United Kingdom [1996] 22 EHRR 29.
602 Condron v United Kingdom [2001] 31 E.H.R.R 1.
603 Saunders v. United Kingdom [1997] 23 EHRR 313.

takım sınırlar getirmiştir. Buna göre:

"Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının, sanığın iradesi dışında tehdit ve tazyik yöntemleriyle elde edilmiş kanıtlara başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak, Sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamında bulunan masumiyet karinesi ile yakından bağlantılıdır. Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşme taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür. ... Her ne olursa olsun, m. 6'daki hakkaniyet kavramı düşünüldüğünde, kişinin kendisi aleyhine tanıklık etmeme hakkının sadece hatalı davranışı ikrar eden bildirimleri ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadeleri ile sınırlı tutulabilmesi mantıken mümkün değildir. Görünüşte suçlayıcı nitelikte olmasa bile, baskı altında elde edilen ifadeler masumiyetini beyan edici ifadeler ya da olayla ilgili sorulara karşılık verilen bilgiler daha sonra savcılığın iddialarını desteklemek için, örneğin sanığın diğer ifadelerine veya duruşma sırasında verdiği ifadeye karşı çıkmak ya da şüphe düşürmek veya inandırıcılığını gölgelemek amacıyla ceza yargılamasında kullanılabilir. Bu ifadelerin jürinin değerlendirilmesine sunulduğu durumlarda, bu beyanlar başvuruyu veren aleyhine sonuçlar yaratabilir. ... Adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılanma aşamasında

sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır. ... Ceza yargılamasında kullanılmış olan ifadeleri başvurucunun kendisine bir suçlama yöneltilmeden önce vermiş olması, hakkın ihlal edilmemiş olduğunu göstermez."

Saunders[604] kararı ile de deliller üzerinde Divanın *Orkem*[605] kararında olduğu gibi bir ayrıma gidildiği dikkat çekmektedir. *Saunders* kararı zorlayıcı yöntemlerle ancak sanığın özgür iradesi etkilenmeden elde edilen delilleri, örneğin müzekkere yazılması suretiyle, AİHS m. 6 kapsamı dışında değerlendirirken; sanığın iradesinin dışında zorlama ve baskı yöntemiyle elde edilen bilgilerin, örneğin elde edilen dökümanların sanığa açıklattırılması, AİHS m. 6 kapsamında kabul etmektedir[606].

AİHM'nin AİHS m. 6'ya ilişkin içtihadında yaşanan bu yerinde değişiklik, Divan tarafından önüne gelen 1998 tarihli *Baustahlgewebe*[607] kararına uygulamıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu kararda AİHM'nin *Saunders*[608] kararında yapmış olduğu ayrımlara değinilmeksizin *Funke*[609] kararında AİHM tarafından sergilenen yaklaşım benimsenmiştir. Konumuz açısından önemi ise Divan'ın bir kez daha, uyuşmazlık konusu hakkında AİHM tarafından verilmiş bir karar bulunması halinde AİHM kararını benimsediğini gözler önüne sermiş olmasıdır.

Ancak, Divan'ın AİHS m. 6'ya ilişkin bu tutumu fazla uzun sürmemiş, 2001

604 Saunders v. United Kingdom [1997] 23 EHRR 313.
605 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
606 **Willis, Peter,** "You have the right to remain silent..., or do you? The Privilege against Self-Incrimination Following Mannesmannrohren-Werke and other Recent Decisions", **European Competition Law Review,** C. 22, S. 8, 2001, s. 316; **Nazzini, Renato,** "Some Reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law", **The Competition Law Review,** C. 2, S. 1, 2005, s. 17.
607 C-185/95, Baustahlgewebe GmbH v Commission, [1998] ECR I 08417.
608 Saunders v. United Kingdom [1997] 23 EHRR 313.
609 Funke v. France [1993] 16 EHRR 297.

tarihli *Mannesmannröhren-Werke*[610] kararı ile İlk Derece Mahkemesi, AİHM kararında yer verilen noktalara değinmeksizin tamamen Divan'ın *Orkem*[611] kararındaki yorumunu benimsemiştir. Söz konusu uyuşmazlık rekabet hukukuna ilişkin olup, Komisyon 17 no'lu Konsey Tüzüğüne dayanarak yaptığı araştırma kapsamında davacıya, kartel oluşturdukları iddia edilen üyeler arasındaki görüşmelere ilişkin sorular yöneltmiş ve bunları cevaplandırmasını istemiştir. Davacının bu talebi reddetmesi üzerine Komisyon, 17 no'lu Konsey Tüzüğü m. 11/5 uyarınca para cezası öngörmüştür. Davacı, Komisyon'un bu işleminin AİHS m. 6'ya aykırı olduğunu ileri sürmüş, ancak İlk Derece Mahkemesi, "davacının iddia ettiği gibi mutlak bir sessiz kalma hakkının mevcudiyetini kabul etmek, savunma hakkını korumak için gerekli olanın ötesinde olacağı gibi, ortak pazarın gereği ve Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, m. 109 kapsamında, rekabet hukuku kurallarının uygulamasını temin etmek yükümlülüğü altında olan Komisyon'un, bu yükümlülüğünü yerine getirmesine haksız bir engel teşkil edecektir" gerekçesi ile reddetmiştir[612].

Yine *Orkem*[613] kararında olduğu gibi, İlk Derece Mahkemesi, AİHS m. 6'yı kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı yerine savunma hakkı kapsamında ele alarak, Birlik hukuku kapsamında sağlanan korumanın AİHS. m. 6'ya denk olduğunu ileri sürülmüştür[614].

Davacılar, Divan'ın AİHM'nin *Funke*[615] davasında yapmış olduğu yorumu

610 C-112/98, Mannesmannröhren -Werke v. Commission, [2001] ECR II 729.
611 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
612 C-112/98, Mannesmannröhren -Werke v. Commission, [2001] ECR II 729, para. 66; Geniş bilgi için bkz. **Tridimas, (2006),** s. 376.
613 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
614 C-112/98, Mannesmannröhren -Werke v. Commission, [2001] ECR II 729, para. 77.
615 Funke v. France [1993] 16 EHRR 297.

benimseyeceği inancı ile aynı konuyu *PVC II*[616] davası ile Divan önüne getirmişlerdir. Divan, *Orkem*[617] kararı ve AİHM içtihadı kapsamında kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkının hlalinin söz konusu olabilmesi için şüpheli aleyhine bilgi edinilmesi amacıyla bir baskı, zorlamanın mevcudiyetini ve mevcut hakka fiili bir müdahalenin gerektiğini belirtmiş[618], ancak AİHS m. 6'nın amaçları doğrultusunda, Komisyon'un rekabet kurallarına ilişkin olarak sahip olduğu yetkilerinin suç isnad etmeyi de kapsayıp kapsamadığı sorusunu yanıtsız bırakmıştır.

Rekabet hukukuna ilişkin olarak Komisyon'a tanınan soruşturma yetkisinin sadece olaylara ilişkin sorulan soruları cevaplamak ve önceden var olan belgeleri sunmak olduğu anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu kapsamda sorulan soruların bir ihlalin varlığını kabul etmek veya yapılan eylemlerin amaçlarını açıklamaya yönelik olması halinde cevap zorunluluğundan bahsedilemez[619].

Sonuç olarak, AİHM'nin *Funke*[620] davasında vermiş olduğu karar da mutlak olmayıp, daha sonraki kararlarda kendi aleyhinde tanıklık yapmama hakkına ilişkin bir takım sınırlamalar öngörmüştür. Buna rağmen, bu konuda Divan tarafından sağlanan korumanın AİHM ile karşılaştırıldığında daha düşük seviyede olduğu anlaşılmaktadır. Ekonomik entegrasyonun diğer alanlara da yayılmaya başlaması, Birlik tasarruflarının temel hak konusu ile daha çok muhatap olmaya başlamasına neden olmuş ve bu durumun doğal sonucu olarak Divan içtihadına temel hak konusu da dahil olmuştur. AİHM kararlarına atıf yapmakla işe başlayan Divan, bir sonraki

616 C-238, 244, 245, 247, 250–52 and 254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) and Others v Commission [2002] ECR I-8375.
617 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.
618 C-238, 244, 245, 247, 250–52 and 254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) and Others v Commission [2002] ECR I-8375, para. 275.
619 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283, para. 35 vd.
620 Funke v. France [1993] 16 EHRR 297.

adımda AİHM kararlarını dayanak göstererek, bu yönde kararlar vermeye başlamıştır[621]. Divan'ın mevcut bir AİHM kararı veya görüşü olması halinde ona uygun davranmaya çalıştığı, herhangi bir karar bulunmadığı durumlarda ise özellikle düşük seviyede koruma öngörmeye çalıştığı söylenemeyeceği gibi[622], Divan'ın karar vermekten kaçındığı dikkat çekmektedir[623]. Ancak, rekabet hukukuna ilişkin Komisyon'a tanınan araştırma yetkisi konusunda AİHM ile ayrı düşmesi, bizi her iki mahkemenin önceliklerinin farklı olduğu sonucuna götürmektedir. Nitekim *Mannesmannröhren*[624] kararında İlk Derece Mahkemesinin belirttiği gibi mutlak bir sessiz kalma hakkının tanınması Komisyon'a tanınan araştırma yetkilerinin etkisiz kalmasına neden olacak, bu durum da ortak pazarın işleyişini sekteye uğratabilecektir. Ancak burada eleştirilmesi gereken asıl konu Divan'ın *Saunders*[625] kararındaki AİHM yorumunu benimsemek en azından değinmek yerine tamamen *Orkem*[626] kararındaki yaklaşımı uyuşmazlığa uygulamasıdır. Nitekim kararda temel hakların Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğu, AİHS'nin özel bir önemi olmakla birlikte üye devlet anayasal gelenekleri ve uluslararası sözleşmelerin esin kaynağı olarak kabul edildiği belirtilmiştir. AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu kararları da göz ardı etmek suretiyle 17 no'lu Tüzüğün sessiz kalma hakkına ilişkin açık bir hükme yer vermediği tekrar edilmiştir. İşte bu gibi durumlarda Divan'ın AİHM'ye göre temel haklara ilişkin daha düşük bir koruma seviyesi öngördüğü

621 **Craig – De Burca,** s. 420 vd.; **Tridimas, (2006),** s. 343.

622 **Lawson, Rick,** "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human rights in Strasbourg and Luxembourg", **Lawson, Rick – De Blois, Matthijs** (Eds.), **The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers**, Vol. III, London, 1994, içinde, s. 246 - 247.

623 **Spielmann, Dean,** "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities", **Alston, Philip** (Ed.), **The EU and Human Rights,** Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 764-765.

624 C-112/98, Mannesmannröhren -Werke v. Commission, [2001] ECR II 729.

625 Saunders v. United Kingdom [1997] 23 EHRR 313.

626 C-374/87, Orkem v. Commission [1989] ECR 3283.

söylenebilir[627].

Rekabet hukuku alanında Komisyon'a tanınan araştırma yetkisi, 17 no'lu Konsey Tüzüğünün yerine gelen 1/2003 sayılı Tüzükte de muhafaza edilmekte olup, savunma hakkına bu Tüzükte de yer verilmiş ancak, kendi aleyhine delil sunmama hakkına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Nitekim, rekabet hukukuna ilişkin Divan ve İlk Derece Mahkemesi mevcut içtihadı da bu yönde ilerlemektedir[628].

Sonuç olarak, bugün için Divan'ın AİHM'ye yaklaşımının işbirliği doğrultusunda geliştiği ve mümkün olduğunca çatışmadan kaçınarak, uyumu teşvik ettiğini söylemek mümkündür[629]. Bu durum, iki mahkeme arasındaki çatışma ihtimalini en aza indirse de tamamen ortadan kalkmasını sağlayamamaktadır. Nitekim, her iki mahkeme arasında zaman zaman meydana gelen yorum farklılıklarının temelinde evrensel boyutta tek bir temel hak sistemi olup, iki farklı uygulayıcısının olması yatmaktadır. Her iki mahkeme de teleolojik yorum metodunu kullanmakta, ancak amaç ve önceliklerinin farklı olması nedeniyle vardıkları sonuçlar da birbirinden farklı olabilmektedir[630]. AİHM, AİHS'nin amaçları doğrultusunda yorum yaparken Divan, Birliğin yapı ve amaçları doğrultusunda, ekonomik ve sosyal unsurları da gözönünde bulundurarak hareket etmektedir[631]. Sınırlı bir alanda da olsa her iki mahkeme kararının çatışma ihtimali bugün için hala mevcut olup, Birliğin AİHS'ye katılımının bu ihtimali ne şekilde etkileyeceği aşağıda

627 **Tridimas, (2006),** s. 377.
628 **Tridimas, (2006),** s. 377.
629 **Craig – De Burca,** s. 426.
630 **Balfour, Adam D J,** "Application of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice", **Harvard Law School Student Scholarship Series,** 2010, <http://lsr.nellco.org/harvard_students/4>, s. 16, (erişim tarihi, 18.08.2010).
631 **Toth, (1997),** s. 499.

ele alınacaktır.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Birlik Hukukuna ve Avrupa Birliği Adalet Divanına Yaklaşımı

AİHM'nin Birlik hukukuna yaklaşımı içtihadı ile ortaya koyduğu görüşlerinden anlaşılmaktadır. İlk yıllarda Birlik hukukuna karşı oldukça mesafeli bir yaklaşım sergileyen AİHM, Birlik hukukuna ilişkin konularda gerek konu (*ratione materie*) gerekse kişi (*ratione personae*) yönünden başvuruları kabul edilemez bulmayı tercih etmiştir. Her iki mahkemenin birbirine yaklaşımında dikkati çeken, mümkün olduğunca kendi sınırları içerisinde kalarak, birbirlerinin alanlarına müdahale etmemeye özen göstermeleri ve ilişkilerini hoşgörü ve işbirliği ilişkisi çerçevesinde tutmaya özen göstermeleridir[632]. Her ne kadar 1958 tarihli *X v. Germany*[633] davasında AİHM, üye devletlerin AİHS'den sonraki tarihli bir uluslararası antlaşmaya taraf olmaları halinde AİHS'den doğan yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmişse de, 1990'lı yıllara kadar konu ve kişi bakımından kabul edilmezlik gerekçesi ile Birlik hukuku ve Divan kararlarından uzak durmaya çalıştığı söylenebilir. Bu yönde verilen ilk karar, Fransız işçi sendikası CFDT'nin, AKÇT Danışma Komitesi üyelerinin seçiminde yer alacak örgütlerin belirlenmesine ilişkin Konsey kararının, CFDT'yi temsili bir kuruluş olarak kabul etmemesi nedeniyle Birlik aleyhine AİHM'ye yaptığı başvurudur[634]. Söz konusu Konsey kararının

632 **Tridimas, (2006),** s. 240; **Balfour,** s. 12.
633 X v. Germany, [1958].235/56 EHRR 256.
634 Confédération Française du Travail (CFDT) v. European Communities (8030/77) [1979] 2 CMLR 229; **Çavuşoğlu,** s. 8.

AİHS'ye aykırılığının ileri sürüldüğü davada, AİHM, Birliğin AİHS m. 1, 19, 33 ve 34. maddeleri kapsamında AİHS'ye taraf olmadığı ve ileri sürülen ihtilafın Birliğin iç örgütlenmesiyle ilişkili olduğu gerekçeleriyle başvuruyu kişi yönünden (*ratione personae*) kabul edilemez bulmuştur[635].

Belli bir süre bu yönde kararlar[636] verildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), *M. and Co.*[637] kararı ile içtihadına konu yönünden kabul edilmezlik gerekçesini de eklemiştir. Birlik rekabet hukuku kurallarının ihlali nedeniyle Komisyon tarafından bir Alman şirketine verilen para cezasının icrasına ilişkin bu davada, Divan'ın kararı üzerine Alman şirketi para cezasını ödemiş, ardından söz konusu kararın AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Bu başvuru üzerine Komisyon öncelikle, başvuruyu kişi bakımından ele almış, Birliğin AİHS'ye taraf olmaması nedeniyle Birlik organlarınca alınan kararları incelemeye yetkisi olmadığını ancak, AİHS'ye taraf devletlerin yetkilerinin bir kısmını uluslarüstü bir örgüte devrederek, AİHS'den kaynaklanan sorumluluklarından kaçamayacaklarını belirtmiştir. Diğer bir deyişle, Birlik hukukunu uyguluyor olmaları, taraf devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan söz konusu ihtilafta Almanya, Komisyon kararını yerine getirmek amacıyla bir ulusal tasarrufta bulunduğundan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu,

635 **Kuhnert, Kathrin,** "Bosphorus-Double Standards in European Human Rights Protection?", **Utrecht Law Review,** Research Paper, C. 2, I.2, 2006, s. 179, <http://www.utrechtlawreview.org>, (erişim tarihi, 09.04.2010).

636 Bkz. **Kuhnert,** s. 179.

637 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 9 Şubat 1990 için bkz.<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=melchers&sessionid=76567838&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 25.08.2011).

başvurunun, kişi yönünden kapsamında yer aldığını kabul etmişse de, konu yönünden kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre, uluslararası bir örgüte yetki devri, ancak o örgüt içinde AİHS'ye eşdeğer bir temel haklar korumasının sağlanması halinde AİHS'ye uygun kabul edilebilir[638]. Oysa, söz konusu başvuruda ileri sürülen adil yargılanma hakkına ilişkin ihlallerin, Birlik mahkemesi Divan tarafından da incelenebiliyor olması, AİHM için başvurunun "konu yönünden kabul edilemez" olması sonucunu doğurmaktadır[639].

Bu kararda dikkati çeken nokta, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun konuyu ele alış biçiminde gizlidir. Nitekim, yapılan bu yorumun aksi yorumundan, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *Solange II*[640] kararını andıran bu karar ile Birliğin temel haklar konusunda AİHS'ye eşdeğer bir koruma sağlayamaması halinde AİHM'nin kendini yetkili gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır. AİHM; sadece Birlik tasarruflarını uygulamaya yönelik olarak çıkartılan, üye devletin hiçbir takdir yetkisinin bulunmadığı ulusal tasarrufların, temel hak konusunda Birlik tarafından eşdeğer bir koruma sağlandığı sürece incelenmeyeceğini belirtmiştir[641].

AİHM, zaman içerisinde bu tutumundan uzaklaşmış ve 1996 yılında önüne gelen *Cantoni*[642] davası ile ilaçların süpermarketlerde satışının cezalandırılmasını öngören Birlik direktifini iç hukuka aktaran bir ulusal tasarrufun AİHS m. 7'de düzenlenen "suçların ve cezaların yasallığı" ilkesine uygunluğunu denetlemede

638 M. & Co. v. Federal Republic of Germany, (13258/87), 9 Şubat 1990 için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=melchers&sessionid=76567838&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 25.08.2011); **Kuhnert,** s. 180.

639 **Çavuşoğlu,** s. 8.

640 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

641 **Kuhnert,** s. 180.

642 Cantoni v. France, [1996] ECHR (Ser. V) 1996, p. 1614

kendini yetkili görmüştür[643]. Böylece bu dava ile ilk defa AİHM, Birlik direktifinin kelimesi kelimesine aynı olan ve onu iç hukuka aktarmak üzere yapılan bir ulusal tasarrufun AİHS'ye uygunluğunu denetlemiştir. Her ne kadar söz konusu ulusal tasarrufun Birlik direktifine dayalı olarak çıkarılmış olması nedeniyle üye devlete, tasarrufun icrasında belli ölçüde takdir yetkisi tanınmış olduğu ileri sürülebilse de, AİHK, *M and Co.*[644] davasında Birlik organ tasarrufu ve üye devlet tarafından çıkartılan uygulama tasarrufu arasında yapmış olduğu ayrıma burada hiç değinmemiştir[645]. Nitekim bu durum, AİHK'nın söz konusu tasarrufun iç hukukta uygulanmasında üye devletin takdir yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın söz sahibi olma iradesini, dolayısıyla AİHS'nin bu düzenlemeler karşısında mutlak bir önceliği olduğunu ortaya koymaktadır[646]. Ayrıca, söz konusu dava ile AİHM'nin Divan tarafından hukuka uygun kabul edilen uygulama tasarrufunu tekrar inceleyerek, Birlik hukukuna dayanılarak çıkarılan bir ulusal tasarrufun AİHS'yi ihlal edip etmediğini ve Divan'ın temel haklara eşdeğer bir koruma sağlayıp sağlamadığını denetleme imkanına kavuştuğu söylenebilir[647].

AİHM'nin Birlik hukukuna karşı mesafeli tutumunun değiştiğinin ve daha da değişeceğinin sinyalleri, Birlik organ tasarrufları ile Birlik hukukunu uygulamak üzere çıkartılan üye devlet uygulama tasarrufları arasında AİHM denetimi açısından herhangi bir ayrıma değinilmeyen *Cantoni*[648] davası ile verilmiştir denilebilir[649]. 1999

643 **Arsava, Füsun,** "Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Anlayışında ATAD ve AİHM'nin Oynadığı Rol ve İçtihatlardaki Son Gelişmeler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 1262.
644 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
645 **Kuhnert,** s. 181.
646 **Arsava, (2008)**, s. 1262; **Tezcan, (2002),** s. 231.
647 **Kuhnert,** s. 181.
648 Cantoni v. France, [1996] ECHR (Ser. V) 1996, p. 1614
649 **Spielmann,** s. 773.

tarihli *Matthews*[650] kararı da bu görüşü destekler niteliktedir. Cebelitarık adasında ikâmet eden İngiliz vatandaşı Bayan Matthews'in, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanmak amacıyla seçmen kütüğüne kaydolma isteği, söz konusu seçimin sadece İngiltere'de ikamet edenler için olduğu gerekçesiyle İngiliz mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. İngiltere'nin bu davranışı AİHS'nin 1 nolu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde düzenlenen, yasama organının oluşumunda seçme-seçilme hakkının ihlâli iddiası ile AİHM önüne gelmiştir. Her ne kadar AİHM, söz konusu düzenlemenin AİHS'yi ihlal etmediği sonucuna varmış olsa da karar, AİHM'nin Birlik hukukuna yaklaşımında oldukça cesur yorumları içinde barındırdığından büyük önemi haizdir.

İngiltere, AİHM önünde yaptığı savunmasında 20 Eylül 1976 tarih ve 1976/787 sayılı Konsey kararı ve bu kararın ekinde yer alan Avrupa Parlamentosu'nun doğrudan seçimine ilişkin senede dayanarak talebi reddettiğini, söz konusu karar ve onun ekinde yer alan senedin Birlik birincil hukuku[651] niteliğinde olduğunu ve bu nedenle kararın sorumluluğunun Birlik organlarına ait olduğunu ileri sürmüşür[652]. Oysa AİHM, davaya konu karar ve senedi üye devletler tarafından imzalanmış bir uluslararası antlaşma olarak değerlendirmiş ve konuya bu açıdan yaklaşmayı tercih etmiştir. AİHM'nin daha önceki içtihadı ile dile getirdiği üzere, üye devletler kendi organlarının iç hukuktan ya da Birlik hukukundan kaynaklanan işlemleri nedeniyle AİHS çerçevesinde sorumlu tutulmakta iken, *Matthews*[653] davasında AİHM yapılan işlemi uluslararası antlaşma niteliğinde kabul ederek,

650 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
651 *Söz konusu karar ve senedin dayanağı AET Antlaşması m. 138 olup, ulusal anayasal usullere göre onaylanması gerekmiştir.* Bkz. **Değer,** s. 131; **Oder,** s. 136-144.
652 **Değer,** s. 131; **Tezcan, (2002),** s. 234.
653 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.

doğrudan üye devletleri muhatap kabul etme şansını yakalamıştır[654]. Öte yandan, söz konusu işlemin Birlik birincil hukuku niteliğini haiz olması nedeniyle Divan'a başvurulamamakta bu durum da AİHM'nin amacına hizmet etmektedir.

AİHK'nın *M. and Co.*[655] kararına bakıldığında temel haklar konusunda eşdeğer bir korumanın Birlik tarafından sağlanması halinde denetim yetkisinin olmadığını belirten AİHK açıkça yer vermese de *Matthews*[656] davasında Divan'a başvurulamamasını eşdeğer koruma şartının yerine gelmediği şeklinde yorumlama şansına sahip olmuş ve kararını kısmen Birlik birincil ve ikincil hukuku arasındaki ayrıma dayandırmıştır denilebilir[657]. *Matthews*[658] kararının AİHM'nin Birlik hukukuna yaklaşımında bir dönüm noktası olduğu düşünülmektedir. AİHM, içtihadında AİHS'ye taraf devletlerin bazı yetkilerini uluslararası veya uluslarüstü örgütlere devredebileceklerini ancak bu durumun Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağını vurgularken, Birlik hukukunu iç hukuka aktaran ulusal tasarruflar söz konusu olduğunda ise yargı yetkisinin devam ettiğini belirtmektedir. Bu karar ile AİHM, Birlik hukukunda birincil nitelikteki tüm düzenlemeleri üye devletler tarafından yapılmış gibi kabul edip, temel haklara uygunluk açısından denetleyebileceğini ortaya koyarak, cesur bir adım atmıştır[659]. Ayrıca bu yaklaşımla AİHM'nin, Birlik ve Birlik hukukunu kendine özgü özellikleri olan ayrı bir sistem olarak kabul etmek yerine, klasik uluslararası hukuk sisteminin bir parçası olarak görmeye başladığı da söylenebilir.

---

654 **Tezcan, (2002),** s. 234.
655 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
656 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
657 **Douglas-Scott, Sionaidh,** "A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis", **CMLR** C. 43, 2006, s. 637.
658 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
659 **Tezcan, (2002),** s. 232-233; **Arsava**, **(2008),** s. 1261.

Matthews[660] kararının Birlik açısından önemi bir kaç alanda kendisini göstermektedir. Öncelikle bu karar ile AİHM temel haklar konusunda kendisinin en üst ve yetkili mahkeme olduğunu vurgulamış ve temel hak konusunda AİHM'nin Birlik hukuku çerçevesinde sağlanan korumaya ek bir koruma getirdiğini gözler önüne sermiştir[661]. Özellikle karar tarihine bakıldığında AİHS'ye katılım konusunda Divan'ın 2/94 sayılı olumsuz Görüşü'nün ardından bu kararın verilmesi dikkat çekicidir. AİHM'nin temel haklara ilişkin olarak Birlik düzenlemelerini ayrım yapmaksızın denetleme yetkisine sahip olduğunu belirtmesi, Birlik için vazgeçilmez olan öncelik ilkesinin de tehlikeye düştüğü endişesini beraberinde getirmektedir. Nitekim, Birlik hukuku alanında yapılan her düzenlemenin AİHM'ye taşınabileceği ve verilecek kararın Divan'ın aksi yönde olabileceği düşünüldüğünde üye devletler aynı konuda farklı sonuçlara ulaşan iki mahkemeden hangisinin kararına riayet edecektir?

M and Co.[662] davası ile *Matthews*[663] davasının birlikte yorumundan AİHM'nin Birliğe yetki devretmek suretiyle bir devletin AİHS'den doğan sorumluluklarından kaçamayacağı netleştirilmiştir. Ayrıca *M and CO.*[664] davası ile Birliğin temel haklara eşdeğer bir koruma sağlaması halinde AİHM'nin konu bakımından yargılama yetkisine sahip olmadığı, *Matthews*[665] davası ile de eşdeğer korumanın ne olduğu ya da ne olmadığı açıklanmaya çalışılmıştır[666]. Sonuç olarak

660 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
661 **Tezcan, (2002),** s. 236.
662 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
663 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
664 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
665 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
666 **Phelps, Joseph,** "Reflections on Bosphorus and Human Rights in Europe" Comment, **Tulane Law Review,** C. 81, 2006 - 2007, s. 266.

Matthews[667] kararı ile ortaya konulduğu üzere, temel hakların ihlali halinde Divan'ın yargılama yetkisine sahip olmadığı durumlarda eşdeğer korumanın varlığından söz edilemez. Bu ifadenin aksi ile yorumundan temel hakların ihlali halinde Divan'a başvuru imkanın varlığı başka hiçbir şart aranmaksızın tek başına eşdeğer korumanın sağlandığını ifade etmekte, dolayısıyla AİHM'nin konu bakımından yargılama yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmamıza neden olmaktadır. Kanımızca AİHM, ister Birlik birincil veya ikincil hukuk kuralı olsun, üye devlete tasarrufa ilişkin bir takdir yetkisi tanınmış olsun veya olmasın, temel hakların ihlaline neden olan bir Birlik tasarrufu veya üye devlet uygulama tasarrufunu denetlemek için Divan'a başvurulamamasını yeterli kabul etmektedir denilebilir.

Matthews[668] kararı sonrasında AİHM tarafından verilen kararlara bakıldığında bu dönemi eşdeğer koruma doktrini kapsamında muğlak olarak tanımlamak yerinde olacaktır. Nitekim, AİHM önüne gelen birçok uyuşmazlıkta davayı farklı gerekçelerle kabul edilemez bulmayı tercih etmiştir.

Nato güçlerinin Belgraddaki bir radyo ve televizyon istasyonunu bombalaması sonucu hayatlarını kaybeden beş kişinin yakınları ve bu olay sırasında yaralanan bir kişi tarafından Nato üyesi 17 ülkeye karşı açılan *Bankovic*[669] davasında söz konusu eylem ile AİHS m. 2, 10 ve 13'de sırasıyla düzenlenen yaşam, ifade özgürlüğü ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Ayrıca davacılar, AİHS kapsamında garanti altına alınan temel insan haklarına Nato yapısı kapsamında maddi veya usuli koruma sağlanamadığını iddia ederek Avrupa İnsan Hakları

667 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
668 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.
669 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001, için bkz.<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bankovic&sessionid=78868858&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

Komisyonu tarafından geliştirilen kişisel yetki testinin bu davada da uygulanmasını talep etmişlerdir. Söz konusu test uyarınca, AİHS'ye taraf devletler AİHS'de güvence altına alınan tüm hak ve özgürlükleeri kendi "otorite ve sorumlulukları" altındaki herkese tanımalıdır. Bu ifade geniş yorumlanarak, ülke dışında da devlet adına hareket edenlerin bulundukları ülkede üzerinde otorite uyguladıkları kişiler ve malları da adına hareket ettikleri devletin sorumluluğuna dahil ettikleri kabul edilmektedir[670]. Böylece ülke dışında da AİHM'in yetkisi devam edebilmektedir.

Ulusal tasarruflar dışında bir tasarrufu uygularken dahi üye devletlerin AİHS'ye uygun davranması gerektiğini her fırsatta dile getiren AİHM, *Bankovic*[671] kararında kişisel yetki testini uygulamak bir yana, ilk olarak *Loizidou*[672] kararı ile gündeme gelen ve askeri bir operasyon sonucunda bir devletin sınırları dışında bir bölgeyi etkili bir şekilde kontrol etmesi durumunda o devletin sorumluluğunun doğabileceğini ifade eden "genel nitelikli etkili kontrol" testini[673] de uygulamaktan kaçınmıştır. Bunun yerine *Bankovic*[674] kararı ile AİHM, AİHS hükümlerinin ülke dışı kullanımını iki durumla sınırlamıştır.

Bunlardan ilki, bir ülkenin diğer bir ülke tarafından işgali veya o ülke hükümetine ait olan kamu gücünün tamamının veya bir kısmının kullanımının diğer bir ülke hükümeti tarafından kullanımına o ülke hükümetinin izin vermesi, kabul etmesi veya kullanması için davet etmesi halidir[675]. İkinci durum ise, diplomatik veya konsolosluk temsilcilerinin davranışlarından ve bir devletin bayrağını taşıyan hava ve

670 **Altıparmak, Kerem,** "Sınırdışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak, Bakmayacak, Bakacak...", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 5, S. 3, Bahar 2006, s. 52.
671 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001.
672 Loizidou v. Turkey, Application No.15318/89, 8 December 1996.
673 **Altıparmak, (2006),** s. 55.
674 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001.
675 Bankovic and others v. Belgium and others, para. 71.

deniz araçlarında gerçekleşen faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluk olarak tanımlanmıştır[676]. AİHM getirmiş olduğu bu sınırlamalarla bir yandan kişisel yetki testini ortadan kaldırırken, ihlalin gerçekleştiği Yugoslavya Federal Cumhuriyetinin AİHS'ye taraf olmaması nedeniyle AİHS'nin hukuksal koruma alanının dışında bulunduğunu belirterek Nato üyesi olan devletlerin AİHS m. 1 kapsamında davacılar ve davalılar arasında yargılama yetkisine ilişkin bir bağ olmadığı gerekçesi ile davayı kabul edilemez bulmuştur[677]. AİHM'nin eş değer koruma doktrinini göz önüne almak bir yana operasyonların Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir ülkede yapılmasını 1. madde kapsamı dışında sayılmak için yeterli kabul etmiştir.

Sınırdışı operasyonlarda AİHS'nin uygulanmasını oldukça kısıtlayan bu kararın siyasi nitelikli olduğunu düşünmekle beraber, bugün gelinen noktada aşağıda ele alacağımız *Al-Skeini*[678] ve *Al-Jedda*[679] kararları ile AİHM'nin tutum değiştirdiğini söylemek mümkündür.

Birlik tasarrufu nedeniyle meydana gelen üye devletlerin toplu sorumluluğunun kapsamının ne olduğu sorununa açıklayıcı bir yorum getireceğinin beklenilmesi nedeniyle *Senator Lines*[680] davasına büyük umutlar bağlanmış ancak

676 Bankovic and others v. Belgium and others, para. 73.

677 Bankovic and others v. Belgium and others, para. 82; Geniş bilgi için bkz. **Altıparmak, Kerem,** "Bankovic: An Obstacle to the Application of The European Convention on Human Rights in Iraq?", **Journal of Conflict and Security Law,** C. 9, S. 2, 2004, s. 213-251, <http://jcsl.oxfordjournals.org/content/9/2/213.full.pdf>, (erişim tarihi, 22.09.2011); **Roxstrom, Erik, - Gibney, Mark, - Einarsen, Terje,** "The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium at al.) and the Limits of Western Human Rights Protection", **Boston University International Law Journal,** C. 23, 2005, s. 56-136; **Lawson, Rick,** "The Contribution of the Agency to the Implementation in the EU of International and European Human Rights Instruments", **Alston, Philip – De Schutter Olivier** (Eds.), **Monitoring Fundamental Rights in the EU***,* Hart Publishing, Oxford, 2005, içinde, s. 229-252.

678 Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Application No. 55721/07, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

679 Al-Jedda v. The United Kingdom, Application No. 27021/08, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

680 Senator Lines GmbH v. Austria et al., Application No. 56672/00, 10 Mart 2004,

beklenilen olmamıştır. Avrupa Birliği Komisyonu Birlik rekabet kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle Senator Lines adlı firmaya 13.750.000 Euro para cezası kesmiştir. Söz konusu firma, yürütmeyi durdurma istemi ile Birlik İlk Derece Mahkemesine başvurmuş ancak bu istem gerek İlk Derece Mahkemesi gerekse Divan tarafından reddedilmiştir. Dava İlk Derece Mahkemesi önünde görülmeye devam ederken davalı hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın kendisinin iflasına neden olabilecek bu miktarın talep edilmesinin AİHS m. 6 da yer verilen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM, konuyu davacının bir ihlalin mağduru olup olmadığı açısından ele almış ancak, davanın AİHM önünde görüleceği tarihten önce İlk Derece Mahkemesi tarafından para cezasının iptaline karar verilmesi nedeniyle AİHS kapsamında herhangi bir hakkın ihlalinden söz edilemeyeceğinden, mağduriyetin söz konusu olmadığı sonucuna vararak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bir diğer ilginç karar *Emesa Sugar*[681] davasında karşımıza çıkmaktadır. Divan önüne gelen davada davacı, Hukuk Sözcüsü görüşünü açıkladıktan sonra buna karşı cevaplarını sunmak istemiş ancak Divan gerek Antlaşmalar gerekse Adalet Divanının statüsünde buna ilişkin bir düzenlemenin olmadığından bahisle bu talebi kabul etmemiştir[682]. Davacının, bu durumun AİHS m. 6'da yer verilen adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu ileri sürmesi üzerine ise Divan, her ne kadar AİHM içtihadı Divan için önemli olsa da, bu konuda AİHM içtihadının Birlik hukukuna aktarılamayacağına hükmetmiştir[683]. Bunun üzerine davacı Emesa

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=senator%20%7C%20lines&sessionid=78874654&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

681 C-17/98, Emesa Sugar v. Aruba, [2000] ECR I-0675.

682 C-17/98, Emesa Sugar v. Aruba, [2000] ECR I-0675, para. 2.

683 C-17/98, Emesa Sugar v. Aruba, [2000] ECR I-0675, para. 16.

AİHM'ye başvurmuştur[684]. Davaya katılan Komisyon, davanın kişi yönünden kabul edilemez olduğunu nitekim Divan'ın Birlik organlarından biri olduğunu ileri sürmüştür.

AİHM, ne davacının iddiasına ne de Komisyon'un ileri sürüdüğü gerekçelere değinmeksizin, dava konusunun medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin bir uyuşmazlık olmadığı; vergi ve gümrük konularına ilişkin olduğu gerekçesiyle davanın konu yönünden kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır[685].

Matthews[686] kararının ardından AİHM'nin eşdeğer koruma doktrinin açıklamak bir yana Birliğe ilişkin konulardan uzak durmaya çalıştığı yukarıda ele almaya çalıştığımız kararlardan anlaşılmaktadır. Ancak bu mesafeli tutumun *Bosphorus*[687] kararı ile değişeceğinin sinyalleri verilmiştir.

AİHM, Divan ile arasındaki yargı yetkilerine ilişkin belirsizlikler ve hiyerarşi sorununu farklı bir boyuta taşıyan 2005 tarihli *Bosphorus*[688] kararı ile temel hakların denetimine ilişkin yetkisini de bir adım ileri taşımıştır. BM Güvenlik Konseyinin 1993 tarihli ve 820 sayılı kararı ile BM üyesi devletlere Yugoslavya'daki silahlı çatışmalar ve ağır insan hakları ihlâlleri nedeniyle Yugoslav Cumhuriyeti ile ikâmet veya faaliyet yeri itibariyle bağlantısı olan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan veya bu kişi yahut tüzel kişiler tarafından denetlenen bütün deniz, kara, demiryolu ve hava araçlarına el koyma yükümlülüğü getirmiştir[689]. Bu

684 Emesa Sugar, Application No. 62023/00 EHHR, 13 Ocak 2005, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=emesa%20%7C%20sugar&sessionid=78876331&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

685 Davaya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. **Lawson, (2005),** s. 241; **Çavuşoğlu**, s. 7.

686 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.

687 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

688 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1,<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&s>, (erişim tarihi, 25.08.2011).

689 **Arsava, (2008)**, s. 1259.

karar üzerine harekete geçen Birlik, 990/93 sayılı Tüzük ile söz konusu kararının üye devletlerce uygulanmasını öngörmüştür. 990/93 sayılı Tüzük kapsamında hareket etmek suretiyle İrlanda Ulaştırma Bakanlığı, merkezi Türkiye'de bulunan Bosphorus Havayolları'nın, Yugoslav Hava Yollarından dört yıllığına kiraladığı ve bakım yapılmak üzere o sırada İrlanda'da bulunan iki yolcu uçağına el konulmasına karar vermiştir. Bunun üzerine harekete geçen Bosphorus havayolları şirketi, mahkemeye başvurmuş ve İrlanda mahkemesi el konulan uçakların 990/93 sayılı Birlik tüzüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu ile Divan'a başvurmuştur.

Divan, Tüzüğün Yugoslavya ile ilgisi olan bütün uçakları kapsadığını ve bu konudaki ifadenin herhangi bir karışıklığa yol açmayacak kadar açık olduğunu belirtmiştir. Bosphorus Havayolları ise el koyma işleminin mülkiyet hakkının ihlali ile birlikte ticari faaliyetini engellediği gerekçelerini ileri sürmüştür. Divan, Bosphorus Havayollarının bu iddiasını şöyle yanıtlamıştır: Birlik tarafından takip edilen genel çıkarlar doğrultusunda temel haklara bir takım sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Nitekim dava konusu olayda, mevcut bir savaşı sonlandırmak amacıyla el koyma işleminin gerçekleştiği ve bu amacın temel bir ortak çıkar olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, Bosphorus Havayollarına ait her iki uçağa da el konulması 990/93 sayılı Tüzük kapsamında yerindedir.

Dikkati çeken nokta Divan'ın bu kararda AİHS'ye herhangi bir atıf yapma gereği duymayıp, ihtilafı mülkiyet hukukuna ilişkin kendi içtihat hukuku ile sonuçlandırmış olmasıdır[690]. Bu olumsuz kararın ardından Bosphorus havayolları

690 **Besselink, Leonard,** "The European Union and the European Convention on Human Rights after the Lisbon Treaty:From Bosphorus Sovereign Immunity to Full Scrutiny?", <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132788>, 2008, (erişim tarihi, 11.08.2010), s. 3.

şirketi AİHM'ye başvurarak söz konusu Tüzük kapsamında yapılan işlemin AİHS 1 nol'u Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu iddia karşısında İrlanda öncelikle, Birlik üyesi olması nedeniyle Birlik Tüzüğüne uygun hareket etmek zorunda olduğunu, el koyma işleminin tamamen Birlikten kaynaklanan bir zorunluluk olduğunu ve üye devlete tanınmış herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığını dile getirmiştir. İrlanda, *M and Co.*[691] kararına dayanarak AİHM'nin böyle bir durumda üye devleti sorumlu tutamayacağını, sadece Birlik tarafından temel haklar konusunda eşdeğer bir koruma sağlanıp sağlanmadığını denetleyebileceğini, ancak ve ancak İrlanda'nın tasarruf üzerinde takdir yetkisi olması halinde, AİHM'nin söz konusu tasarrufu değerlendirme yetkisine sahip olabileceğini ileri sürmüştür[692].

İrlanda'nın yapmış olduğu bu savunma karşısında Bosphorus Havayolları Şirketi, Birlik Tüzüğünün kabulü ve uygulanmasında İrlanda hükümetinin takdir yetkisi olduğunu savunmuş, ayrıca İrlanda'nın iddiasının haklı görülmesi halinde AİHS'ye taraf devletlerin temel haklara ilişkin her uyuşmazlıkta Divan'a başvurarak Divan kararını uygulamak suretiyle AİHS'den doğan sorumluluklarından kaçabileceklerini ve bu durumun da Avrupa'da insan haklarının korunması konusunda kabul edilmez bir boşluk yaratacağını dile getirmiştir. Bunun yanı sıra İrlanda'nın iddiası haklı görülse bile, Divan'ın temel haklara eşdeğer bir koruma sağlamasının mümkün olmadığını, nitekim Divan'a yapılabilecek bireysel başvurunun bile sınırlı olduğunu belirtmiştir.

AİHM, bu iddialar karşısında öncelikle Bosphorus Havayolları Şirketinin

691 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
692 **Phelps,** s. 267.

bu el koyma işlemi nedeniyle kendi mülkü üzerinde kontrol yetkisini yitirdiğini tespit etmiş ve İrlanda'nın el koyma kararının genel çıkarın korunması nedeniyle haklı olup olmadığını incelemeye başlamıştır. Mahkeme İrlanda'nın, Birlik tasarrufu olan Tüzüğe uygun hareket etmek zorunda olduğunu ve bu konuda herhangi bir takdir yetkisine sahip olmadığını tespit ettikten sonra, el koyma işleminin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olup olmadığını incelemeye başlamıştır.

İrlanda'nın Birlik tüzüğüne uygun hareket etmesinin savaşı engellemek amacından çok, Birlik üyeliğinden kaynaklandığını, ancak bu amacın da AİHS kapsamında meşru olduğunu belirtmiştir. AİHS, İrlanda'nın Birlik hukukuna uyma zorunluluğunu meşru çıkar olarak değerlendirmesini de üç nedene dayandırmaktadır[693]. Bunlar, sözleşmeden doğan sorumluluk (*pacta sunt servanda*), uluslararası işbirliğinin artan önemi ve Birlik gibi uluslarüstü niteliği haiz bir uluslararası örgütün düzgün işleyişinin sağlanması olarak belirtilmiştir. Söz konusu meşru çıkar ile üye devletlerin AİHS'den doğan sorumlulukları arasında bir denge sağlanması gerekmekte olup, bu meşru çıkarın üye devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerinden kaçınmalarına neden olmaması amacıyla AİHM tarafından "eşdeğer koruma" doktrini yaratılmıştır[694].

Eşdeğer koruma doktrini ile üye devletlere AİHS'den doğan sorumluluklarından kaçınmaları konusunda bir nevi şarta bağlı muafiyet sağlanmaktadır[695]. Bu amaçla AİHM, öncelikle temel haklara Birlik tarafından

693 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1,<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&s>, (erişim tarihi, 25.08.2011); **Besselink, (2008),** s. 3, **Costello, Cathryn,** "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", **Human Rights Law Review,** C. 6, S. 1, 2006, s. 101.

694 **Costello,** s. 101.

695 **Costello,** s. 101.

eşdeğer koruma sağlanıp sağlanmadığını tespit etmeye yönelmiştir. "Eşdeğer" ifadesinin "kıyaslanabilir, benzer" anlamına[696] geldiğini belirtmekle işe başlayan AİHM, İrlanda tarafından gerçekleştirilen el koyma işleminin, temel hakların korunması anlamında Birlik tarafından sunulan maddi garantiler ve bunlara uygun hareket edilmesini sağlamaya yönelik kontrol mekanizmalarının yeterli kabul edilmesi halinde haklı kabul edilebileceğini dile getirmiştir[697]. Dolayısıyla "eşdeğer" ifadesinden kasıt, sağlanacak korumanın birebir aynı olması olmayıp, benzer nitelikleri haiz olmasıdır denilebilir[698].

AİHM'nin yaklaşımından eşdeğer korumanın varlığını tespitte, konuyu iki açıdan ele aldığını söylemek mümkündür[699]. Bunlardan ilki eşdeğer maddi koruma olarak adlandırılmakta olup, Birlik kapsamında mevcut bir Temel Haklar Şartı'nın olması, Divan'ın kararlarında AİHS'ye atıf yapması ve hatta bazen bu kararları uygulaması Birlik kapsamında temel haklara eşdeğer maddi koruma sağlandığının ispatı için yeterli kabul edilmiştir. İkinci olarak, Birlikte temel hak korumasına usuli açıdan sağlanan garantileri ele almış ve her ne kadar bireylerin Divan'a doğrudan başvurusu sınırlandırılmış olsa da, ulusal mahkemeler önünde bireylere tanınan haklar ve ön karar prosedürünün temel hak ihlallerinin kontrol altına alınmasında yeterli metotlar olduğu belirtilmiştir[700]. AİHM, bu tespitlerle Divan'ın temel haklara eşdeğer koruma sağladığı varsayımını kabul etmiş ancak bunun aksinin davacı tarafından, sağlanan korumanın ancak "belirgin/açık eksiklik" *(manifest deficiency)* ihtiva ettiğinin ispatı halinde çürütülebileceğini dile getirmiştir[701]. Dolayısıyla AİHM,

696 **Arsava, (2008),** s. 8; **Costello,** s. 101.
697 **Phelps,** s. 271.
698 **Arsava, (2008),** s. 8.
699 **Phelps,** s. 273; **Tridimas, (2006),** s. 352.
700 **Besselink, (2008),** s. 4.
701 **Costello,,** s. 102; **Besselink, (2008),** s. 4; **Phelps,** s. 273; **Douglas-Scott,** s. 638-639.

kural olarak Divan'ın temel haklara eşdeğer bir koruma sağladığı varsayımını kabul etmekle üye devletlere AİHS'den doğan sorumlulukları karşısında bir muafiyet sağlamakta ancak sağlanan bu muafiyetin, "belirgin/açık eksiklik" gerekçesi ile çürütülebileceğini belirterek, üye devletlere tanınan bu muafiyeti şarta bağlamaktadır. Peki AİHM, "belirgin/açık eksiklik" ifadesi ile neyi kastetmektedir?

Oldukça muğlak bırakılan bu ifade AİHM hakimlerinden Ress tarafından açıklanmaya çalışılmış ve söz konusu ifade ile "insan haklarına ilişkin ihlalin aşırı olması" halinde AİHM'nin konuya dahil olmak istediğini, bunun dışında müdahale etmeyeceğini ifade ettiğini belirtmiştir[702]. Diğer bir deyişle, insan haklarına ilişkin olarak gerçekleştirilen ihlalin endişe verici olması halinde, AİHM'nin eşdeğer korumanın varlığı varsayımının çürütüldüğünü kabul edeceği belirtilmektedir. Bunun aksi ile yorumundan üye devletler Birlikten kaynaklanan zorunluluklara uygun hareket ettiklerinde kural olarak AİHS kapsamında da hukuka uygun davranmış kabul edilmekte olup, ancak hukuka aykırılığın açık olması halinde "belirgin/açık eksiklik" koşulu gerçekleşmiş kabul edilecektir[703].

Hakim Ress tarafından yapılan diğer bir yorum ise eşdeğer koruma varsayımına ilişkindir. Buna göre, eşdeğer koruma prosedürel olarak Divan'a başvurma imkanı olarak yorumlanmış olup, Divan tarafından temel hakların korunmasına ilişkin yapılan yargılamanın eşdeğer koruma kapsamına dahil olmadığı belirtilmiştir[704]. Bosphorus Havayolları Anonim Şirketine ilişkin bu davada Divan

702 Hakim Ress'in yorumu için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&sessionid=76573120&skin=hudoc-en>, (erişim tarih, 26.08.2011); **Douglas-Scott,** s. 638-639.

703 **Costello,** s. 102.

704 Hakim Ress'in yorumu için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&sessionid=76573120&skin=hudoc-en>, (erişim tarih, 26.08.2011); **Eizaga,** s. 150.

tarafından temel haklara ilişkin eşdeğer korumanın varlığı varsayımı kabul edilmiş olup, bunu çürütmeye yetecek nitelikte bir belirgin/açık eksiklik olmadığı sonucuna varılmıştır. AİHM'nin ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım ile gerek eşdeğer koruma gerek belirgin/açık eksiklik konusunda ortada net, objektif bir tanım olmadığı, dolayısıyla AİHM'nin söz konusu ifadelere ilişkin davadan davaya[705] değişebilecek bir değerlendirme yapma imkanına sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu karar ile AİHM'nin Divan karşısında ortaya koyduğu müdahaleden uzak tutumundan uzaklaştığı, temel haklar konusunda kendisinin nihai mahkeme olduğunu vurgulamaya çalıştığı yapılabilecek ilk yorumdur. Nitekim *M and Co.*[706] davası ile AİHM'nin yarattığı "eşdeğer koruma" doktrini *Bosphorus*[707] kararı ile tamamen farklı bir yoruma tabi tutulmuştur[708]. *M and Co* davasından *Bosphorus*[709] davasına kadar olan süreci kısaca özetleyecek olursak, *M and Co* davasında yaratılan "eşdeğer koruma" doktrini uyarınca AİHM, üye devletlerin takdir yetkisi olmaksızın uygulamak zorunda oldukları Birlik tasarrufları ve buna dayalı ulusal tasarrufları söz konusu olduğunda insan haklarına Divan tarafından eşdeğer bir koruma sağlanması halinde kendisinin davayı konu yönünden kabul edilemez bulacağını dile getirmiş, eşdeğer koruma ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Konunun Divan önüne getirilmiş olması eşdeğer korumanın varlığı için yeterli kabul edilmiştir. Oysa, *Bosphorus*[710] davasında AİHM bu yaklaşımını derinleştirerek her ne kadar yine

705 **Costello,** s. 129-130.
706 M & Co. v. Federal Republic of Germany, Application No. 13258/87, 09.01.1990.
707 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.
708 **Phelps,** s. 264-265; **Besselink, (2008),** s. 4;**Douglas-Scott,** s. 643.
709 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.
710 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

prosedürel kapsamda olsa da, öncelikle eşdeğer korumadan kastının ne olduğunu açıklamaya çalışmış, eşdeğer korumanın varlığını tespit etmesine rağmen davayı konu yönünden kabul edilmez olarak değerlendirmemiştir. Hatta, eşdeğer korumanın varlığının çürütülebileceğini belirterek "belirgin eksiklik" kıstasını yaratmış, oldukça muğlak olan bu ifade ile hangi durumlarda eşdeğer korumanın bulunmadığını belirleme yetkisini kendisinde saklı tutmuştur.

Gerek Divan, gerek Birlik hukuku ile AİHM arasındaki ilişkinin netliğe kavuşturulduğu karar olarak kabul edebileceğimiz *Bosphorus*[711] kararı ile AİHM; AİHS'nin kendisine taraf devletlerin bir uluslararası veya uluslarüstü bir organizasyona yetki devrini kısıtlamadığını bir kez daha belirtmiş ancak bu yetki devri nedeniyle taraf devletlere AİHS'den doğan sorumluluklarından kaçınma konusunda sınırsız bir muafiyet tanınamayacağını belirtmiştir. Nitekim yetki devredilen organizasyon AİHS'ye taraf olmadığından, AİHS m. 1 kapsamında taraf devletlerin gerek ulusal hukukları gerekse üye oldukları organizasyona karşı sorumluluklarından doğan her türlü tasarruflarında AİHS'ye karşı yükümlülükleri devam etmektedir. Bunun tek istisnası, üye olunan organizasyonun AİHS'den kaynaklanan haklara maddi ve usuli açıdan eşdeğer bir koruma sağlaması hali olup, böyle bir durumda taraf devletin AİHS'den doğan sorumluluklarından ayrılmadığı varsayımı kabul edilmektedir[712]. Ancak bu varsayımda "belirgin eksiklik" gerekçesi ile çürütülebilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, AİHM, eşdeğer koruma doktrininin sadece Birlik hukukundan kaynaklanan sorumlulukları nedeniyle taraf devletlerin yerine getirmek zorunda oldukları ve hiçbir şekilde takdir yetkisine sahip

711 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

712 **Tridimas, (2006),** s. 351.

olmadıkları tasarrufların varlığı halinde söz konusu olduğunu, bunun dışındaki her durumda taraf devletlerin AİHS'ye karşı sorumluluklarının devam ettiğini belirtmiştir[713]. Diğer bir deyişle Birlik hukukundan kaynaklansa dahi üye devletlere takdir yetkisi tanınan tasarruflarda, taraf devletler AİHS'nin ihlalinden sorumlu kabul edilmektedirler.

Kanımızca, *Bosphorus*[714] kararı sonucunda AİHM'nin Birlik hukukuna yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür:

Birlik hukukundan kaynaklanan ancak üye devletlere takdir yetkisi tanınan tasarruflarda üye devletlerin AİHS'den doğan sorumlulukları devam etmekte olup, insan haklarına ilişkin herhangi bir ihlalin varlığı halinde AİHM konuyu kendi yetkisinde değerlendirmektedir.

Birlik hukukundan kaynaklanan ancak üye devletlere herhangi bir takdir yetkisi tanınmayan tasarrufların insan haklarına ilişkin herhangi bir ihlale neden olması halinde ana kural eşdeğer korumanın varolduğu varsayımı olup, AİHM ancak

AİHS'den kaynaklanan hakların korumasında belirgin bir eksikliğin mevcudiyetinde denetim yetkisini kullanmaktadır. *Matthews*[715] kararında gündeme gelen Birlik birincil hukuk kurallarına ilişkin olarak ise *Bosphorus*[716] kararında herhangi bir yorum getirilmemiş olması Birlik birincil hukuk kurallarının insan haklarını ihlali halinde AİHM'nin denetiminin mevcut olduğunu teyit etmiştir.

713 C-4506/98, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1, para. 16, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&s>, (erişim tarihi, 25.08.2011), **Besselink, (2008),** s. 6; **Tridimas, (2006),** s. 351; **Costello,** s. 107.

714 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

715 Matthews v. UK [1999] 28 EHHR 361.

716 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

Dolayısıyla, Birlik birincil hukuk kuralları için herhangi bir koşul ve şart aranmaksızın AİHM denetimi mümkündür[717].

Bosphorus[718] kararı ile aslında temel haklar korumasının tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için Birliğin AİHS'ye taraf olmasının gerekliliği de ortaya çıkmaktadır[719]. Nitekim, gerek eşdeğer koruma doktrini gerekse belirgin eksiklik kıstası üye devletlere AİHS'den doğan sorumlulukları karşısında *M and Co* davasından farklı olarak şarta bağlı bir muafiyet[720] getirse de söz konusu ifadelerin netlik içermemesi hukuki kesinlik ilkesini olumsuz etkileyebileceği sonucunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim bu ifadelerin yorumu AİHM yetkisinde olup, davadan davaya değişiklik arz edebilecektir. Öte yandan bu durum, temel hak gibi evrensel bir kavramın korunmasında çifte standart yaratılmasına da neden olabilir, AİHM'nin denetim alanı net olmadığı gibi, "belirgin eksiklik" istisnasının da sınırlı tutulmuş olması Birlik hukukuna ilişkin bir davanın AİHM önüne gelme olasılığını azalttığından[721], bazı tasarruflar AİHM denetiminin dışında değerlendirilebilecek bu durum da Divan'ın temel hak koruması konusunda farklı bir içtihat yaratmasına neden olacaktır.

Bir diğer eleştiri ise Birliğe üye olan ve olmayan devletler nedeniyle gündeme gelmektedir. Birliğe üye devletler, yetki devri gerekçesi ile eşdeğer koruma ile getirilen şartlı muafiyetten faydalanma hakkına sahip olabilirken, Birliğe üye olmayıp sadece AİHS'ye taraf olan bir devlet bu imkandan faydalanamayacağından

717 **Tridimas, (2006),** s. 352.
718 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.
719 **Eizaga,** s. 150; **Phelps,** s. 275-276.
720 **Costello,** s. 129.
721 **Besselink, (2008),** s .5.

aynı konu nedeniyle AİHM denetimine tabi olacaktır[722]. Nitekim bu durum aynı konu hakkında farklı kararlar ve farklı uygulamalar doğmasına neden olacağından temel hak koruması konusunda bir içtihat birliği sağlanamayacaktır. AİHM'in Birlik hukukuna yaklaşımını belirleyecek olan kıstas, üye devletlerin ihlale konu tasarruflarda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Ancak bu ifade de AİHM denetimi dışındaki alanı net olarak ifade etmediğinden, bir takım sakıncaları beraberinde getirmektedir[723]. Birlik hukukuna dayanan tasarruflarda üye devletlerin takdir yetkisinin olup olmadığının tespiti kolay olmayıp, bu değerlendirmenin nasıl ve kim tarafından yapılacağı da önem arz etmektedir. AİHM'nin denetim yetkisini, Divan'ın söz konusu tasarrufta üye devletin takdir yetkisinin olup olmadığına karar vermesine bağlamak hukuki kesinlik ilkesine zarar verebileceği gibi[724], bireylerin haklarının da inkarına neden olabilir.

Bütün bu olumsuzlukların yanı sıra AİHM'nin *Bosphorus*[725] kararının tarihine bakıldığında, bu kararın Divan'ın son dönem içtihadı olarak değerlendirilen ve Divan'ın iç pazar ve ekonomik entegrasyona yönelik endişelerden tamamen uzaklaşarak, sadece temel hakları korumak amacıyla karar bağladığı *Carpenter* ve *Schmidberger* kararlarının[726] ardından verilmiş olması oldukça dikkat çekicidir. Hatta bir görüşe göre[727] *Bosphorus*[728] kararı, Divan'ın *Carpenter*[729] ve *Schmidberger*[730]

722 **Besselink, (2008),** s. 5.
723 **Besselink, (2008),** s. 6.
724 **Tridimas, (2006),** s. 352; **Costello,** s. 111.
725 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.
726 Her iki karar için bkz. C-60/02, Mary Carpenter/Secretary of State, [2002] ECR I-6279; C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republic of Austria, [2003] ECR I-5659.
727 **Tridimas, (2006),** s. 352.
728 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.
729 C-60/02, Mary Carpenter/Secretary of State, [2002] ECR I-6279.
730 C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republic of Austria,

kararları karşısında AİHM tarafından Divan'a verilen bir ödül olarak değerlendirilmektedir. Nitekim AİHM, eşdeğer korumanın varlığını asıl kabul ederek, ispatı oldukça zor olan "belirgin/açık eksiklik" istisnasının varlığı halinde denetim yetkisini kendisinde saklı tutarak, Divan tarafından gerçekleştirilen temel hak korumasına saygı duyduğunu ve mümkün olduğunca müdahale etmeyeceğini dile getirmiş olarak kabul edilebilir.

AİHM aslında bu karar ile bir yandan Divan'ın temel haklar konusundaki tutumunu onayladığını belirtirken öte yandan, Divan ile arasında mevcut bir hiyerarşiye de dikkat çekmekte[731] ve kanımızca Birliğin AİHS'ye taraf olması gerektiğini vurgulamaktadır. Öyle ki AİHM, temel haklar konusunda her ne kadar Divan'ın son dönem yaklaşımını olumlu bulsa da, bu konudaki nihai mahkemenin kendisi olduğunu belirtmekte, Divan'a gözdağı vermektedir. Birçok açıdan Alman Anayasa Mahkemesinin *Solange II*[732] kararını çağrıştıran bu karar, AİHM'nin temel haklar konusunda Divan'ı kendisine denk görmediğini ancak iki mahkeme arasında oluşabilecek bir çatışmanın her ikisinin de saygınlığını zedeleyeceği düşüncesiyle işbirliği ilişkisi içerisinde kalmayı tercih ettiği söylenebilir. Nitekim Divan'ın, AİHM'ye ve onun içtihadına yönelik olumlu yaklaşımı düşünüldüğünde bu tutum anlaşılır bir hal almaktadır. AİHM'nin *Bosphorus*[733] kararı ile eşdeğer koruma doktrini neticesinde belli ölçüde Divan kararlarına müdahale etmeyecek olması Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda temel haklar konusuna daha fazla itina göstereceği, böylece AİHM'nin müdahalesinden uzak kalmaya çalışacağı

[2003] ECR I-5659.

731 **Douglas-Scott,** s. 643.

732 Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1988] 25 CMLR 201.

733 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

yapılabilecek bir diğer yorumdur. Ancak belirtmek gerekir ki, *Solange II*[734] kararında olduğu gibi AİHM, temel haklar konusundaki denetim hakkını kendi elinde tutmaktadır.

Kanımızca, her ne kadar Divan AİHM'nin kendisine sağladığı bu avantajdan faydalanmak amacıyla temel haklar konusuna özen gösterse de bu konuda spesifik bir mahkeme var iken temel hak koruması istenilen düzeyde olamayacaktır. Özellikle Birliğin öncelikli alan ve konuları düşünüldüğünde bu durum daha net anlaşılmaktadır. Temel haklar konusunda Divan önüne gelen uyuşmazlıkların hatrı sayılır bir çoğunluğu ekonomik nedenli uygulamalardan kaynaklanmakta olup, Birliğin ekonomik entegrasyon amacı doğrultusunda karar vererek AİHM ile Divan ters düşebilmektedir. Dolayısıyla, AİHM'nin *Bosphorus*[735] kararı ile Divan karşısında ortaya koyduğu tutumun birçok açıdan eksiklikleri olduğu gibi, uygulamada temel haklar korumasını tam anlamıyla sağlayamayacağı; Divan ile AİHM arasında çıkabilecek olası çatışma riskinin muhafaza edildiği açıktır. Her ne kadar AİHM önceki içtihadından uzaklaşarak Birlik hukuku kaynaklı temel hak ihlallerinde söz sahibi olacağını dile getirmişse de, yukarıda da belirttiğimiz üzere bu durum Birlik organ tasarruflarını kapsamadığı gibi oldukça katı koşullara bağlanmıştır. Dolayısıyla bugün itibariyle Birlik kapsamında temel haklar konusunda tam anlamıyla bir korumanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim üye devletler Birlikten kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirirken AİHS'ye taraf olmaları nedeniyle AİHM denetimine tabi tutulabilirken, aynı durum Birliğin AİHS'ye taraf olmaması

734 Re Wuensche Handelsgesellschaft, (Solange II), Bundesvrfassunggericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

735 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

nedeniyle Birlik organ tasarrufları için söz konusu olmamaktadır. Bütün bu eksiklikler göz önüne alındığında Birlik kapsamında temel haklara gerçek anlamda koruma sağlanması kanımızca da Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması ile mümkün olabilecektir.

Bosphorus kararının ardından Divan önüne gelen ve sonuçlanmasıyla birlikte bir çok tartışmayı[736] gündeme getiren *Kadı*[737] davası da Birliğin, AİHM'nin *Bosphorus*[738] kararı ardından temel haklar konusuna yaklaşımını gözler önüne sermesi açısından üzerinde durulması gereken bir diğer karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

1998 yılında Afrikada Amerikan Büyükelçiliğine yapılan saldırıların ardından Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi BM Şartının VII. Bölümü ve 41. maddesine dayanılarak El-Kaide terör örgütüne ilişkin bir dizi karar almıştır. Bunlardan, 15 Ekim 1999 tarih ve 1267 sayılı karar uyarınca[739], devletler Taliban'ın sahip olduğu veya dolaylı veya dolaysız olarak kontrol ettiği, mallardan elde ettiği veya sağladığı fonlarda dahil olmak üzere bu amaçla Konsey tarafından kurulan Komite tarafından tespit edilen tüm mali kaynaklarını donduracaklardır. Aynı kararın 6. paragrafında ise Güvenlik Konseyinde temsil edilen devletlerin birer temsilcisinin yer alacağı ve Taliban, El Kaide, Usame Bin Ladin ve bunlarla bağlantılı kişi ve/veya kuruluşların isimlerini tespit etme yetkisi verilen Yaptırımlar Komitesi

736 Kadı davası temel hakların korunması dışında Birliğin uluslararası antlaşmalara ilişkin yaklaşımı ve anayasal çoğulculuk gibi konularda da tartışma yaratmış olup, bu başlıkların konumuz dışı olması nedeniyle ele alınmayacaktır.

737 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

738 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

739 1267/1999 sayılı BM kararı için bkz. <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29>, (erişim tarihi 24.09.2011).

oluşturulmuştur. Buna göre isimler Yaptırımlar Komitesine bildirildikten sonra Yaptırım Komitesi üyelerinden herhangi biri verilen isme itiraz etmediği takdirde, isim veya isimler listeye eklenerek onlara ait olan malvarlıkları BM üyesi devletler tarafından bloke edilecektir.

Güvenlik Konseyinin söz konusu kararının Birlik kapsamında uygulanabilmesi amacıyla Konsey ilk olarak uçuş yasağını sertleştiren ve Taliban'a ait fon ve diğer mali kaynakların bloke kapsamını genişleten 337/2000 sayılı Tüzüğü[740] kabul etmiştir. Ardından 467/2001 sayılı Tüzük[741] ile 337/2000 sayılı Tüzük ile kabul ettiği fonların dondurulması işlemini onaylamış, bazı mal ve hizmetlerin Afganistan'a ihracını yasaklayıp, Taliban'a ilişkin ek önlemler öngörmüştür. 16 Ocak 2002 tarihinde Güvenlik Konseyinin öngörülen yaptırımların devamına ilişkin verdiği karar ile Birlik 881/2002 sayılı Tüzük[742] ile kararını yinelemiştir.

Yaptırım Komitesi tarafından adı geçenlerin malvarlıklarına el konulması amacıyla yayımlanan listede yer alan Yassin El Kadı, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasına yönelik Konsey tarafından çıkartılan söz konusu tüzüklerin, özellikle mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, iptali amacıyla Birlik İlk Derece Mahkemesine başvurmuştur.[743]

Yapmış olduğu inceleme sonrasında İlk Derece Mahkemesi her ne kadar Birlik BM üyesi olmasa da BM kararlarının Birlik hukuku karşısında önceliğe sahip olduğunu, dolayısıyla üye devletlerin BM'den kaynaklanan sorumluluklarını yerine

740 337/2000/EC [2000] OJ L 43/1.
741 467/2001/EC [2000] OJ L 67.
742 881/2002/EC [2002] OJ L 139.
743 C-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, [2005] ECR II-3649.

getirebilmesi adına gerekli düzenlemelerin Birlik tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir[744]. Bunun yanısıra, iptali istenen tüzüklerin Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasına yönelik olduğu dolayısıyla aynı zamanda Güvenlik Konseyi kararı olmaları nedeniyle yargısal denetimlerinin mümkün olmadığını belirtmiştir[745]. Ancak, söz konusu tüzüklerin *jus cogens* (üstün hukuk) olarak kabul edilen ve bütün uluslararası hukuk kurallarının üstünde yer alan kurallara uygunluk denetiminin kendi yetkisine dahil olduğunu belirttikten sonra, tüzüklerin bu kuralları da ihlal etmediği sonucuna vararak, talebi reddetmiştir[746].

İlk Derece Mahkemesi tarafından davacı Kadı aleyhine sonuçlanan dava Divan önüne geldiğinde gerek Hukuk Sözcüsü Maduro gerek Divan tarafından tamamen farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

Hukuk Sözcüsü Maduro ilk olarak Birlik hukuku ile uluslararası hukuk arasında bir ayrım yaparak, Birlik hukukunun özerkliğine vurgu yapmıştır. Maduro, Birliğin uluslararası yükümlülüklerine saygı göstermesi gerektiğini belirtirken, uluslararası yükümlülüklerin Birlik üzerindeki etkisinin Birlik hukuk düzeni tarafından belirleneceğini belirtmektedir[747]. Diğer bir deyişle Maduro, uluslararası hukukun Birlik hukuk düzenine ancak ve ancak Birlik anayasal ilkelerince oluşturulan şartlar kapsamında nüfuz edebileceğini savunmaktadır[748].

Öte yandan Maduro, kamu güvenliğine ilişkin bir tehdidin söz konusu

744 C-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, [2005] ECR II-3649, para. 181 - 208.

745 C-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, [2005] ECR II-3649, para. 209 - 231.

746 C-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, [2005] ECR II-3649, para. 226 - 292.

747 Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05>, (erişim tarihi, 22.09.2011), para. 21 - 23.

748 Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşü <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05>, para. 24.

olduğu durumlarda, bireysel haklar gözönüne alınmaksızın tedbirler alınırken, söz konusu tedbirlerin insan hakları üzerinde meydana getirdiği sınırlamaların orantılı olup olmadığının mahkemelerce gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla Maduroya göre Divan tarafından, terörle mücadelenin davacının haklarının ihlalini haklı kılıp kılmadığı sorusu cevaplanmalıdır[749].

Davalı Konsey, Komisyon ve Birleşik Krallık tarafından uyuşmazlığa konu olan tasarrufun Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasına yönelik olması halinde AİHM'nin denetim hakkından feragat ettiğinin ileri sürülmesi üzerine Maduro, Divan ve AİHM arasındaki farklılıklara değinmiştir. Buna göre:

"... AİHM'nin görevi, AİHS kapsamında taraf devletlerin taahhütlerine uygun davranmalarını temin etmektir. Her ne kadar, AİHS'nin amacı bireylerin insan haklarının ve temel özgürlüklerinin devamlılığını sağlamak olsa da, uluslararası düzeyde taraf devletler arasında yükümlülükler yaratan bir devletlerarası sözleşme olarak tasarlanmıştır. Nitekim bu özellik, AİHS'nin hükümetlerarası icra mekanizmasına sahip olmasından da anlaşılmaktadır. Öte yandan AT Antlaşması devletlere olduğu kadar bireylere de hak ve yükümlülükler öngören özerk bir hukuk düzeni üzerine inşa edilmiştir. Divan'ın görevi ise Birlik iç hukuk düzeninin anayasal mahkemesi olarak hareket etmektir. AİHM ve Divan gerek kişi bakımından yargılama yetkisi gerek uluslararası kamu hukuku ve kendi hukuk sistemleri arasındaki ilişki bakımından benzerlikler göstermektedir. Bundan dolayı Konsey,

749 Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05>, para. 35; Söz konusu haklar arasında denge için bkz. **De Sena, Pasquale – Vitucci, Maria Chiara,** "The European Courts and the Security Council: Between Dedoublement Fonctionnel and Balancing of Values", **The European Journal of International Law,** C. 20, S. 1, 2009, s. 222 vd; Aksi görüş için bkz. **De Burca, Grainne,** "The European Courts and the Security Council: Between Dedoublement Fonctionnel and Balancing of Values, Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci", **The European Journal of International Law,** C. 20, S. 3, 2009, s. 853–887.

Komisyon ve Birleşik Krallık iki mahkemenin benzerliğinin sona erdiği noktada her iki mahkeme arasında doğrudan bir paralellik oluşturmaya çalışmaktadır."[750] diyerek AİHM'nin Güvenlik Konseyi kararını incelemekten kaçınmasının Divan için geçerli olmayacağını vurgulamak istemiştir.

Sonuç olarak Hukuk Sözcüsü Maduro, davacıya BM düzeyinde tanınan bir başvuru hakkı olmadığı gerekçesi ile Birlik kurumlarının, davacının Güvenlik Konseyi kararları ile ihlal edilen haklarını koruması gerektiği sonucuna varmış ve Divan'a İlk Derece Mahkemesinin kararını reddederek, tüzüklerin iptaline karar verilmesi yönünde görüş beyan etmiştir[751].

Konu Divan önüne geldiğinde ise Divan, öncelikle BM Güvenlik Konseyi kararları ile Birlik hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi netleştirerek, söz konusu Güvenlik Konseyi kararının uygulanması amacıyla çıkarılan tüzüğün Birlik temel hak standartları kapsamında denetime tabi olduğunu, "böyle bir denetimin Birliğin temelini oluşturan anayasal bir garanti olduğunu" belirtmek suretiyle ortaya koymuştur[752]. Ardından uluslararası antlaşmaların Birlik hukuk düzeni kapsamında öncelik hakkı olup olmadığına değinen Divan, her ne kadar BM kararlarının Birlik ikincil hukuku karşısında önceliğe sahip olsa da, özerk bir hukuk sistemine sahip olan Birlikte, Birlik birincil hukuku ve temel haklar karşısında böyle bir özelliğe sahip olmadığını belirtmiştir[753]. Bir uluslararası antlaşma, kurucu Antlaşmalar ve Birlik hukukunun özerk yapısı tarafından belirlenen yetki dağılımını etkileyemez.

750 Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05>, para. 37.
751 Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05>, para. 38 - 55.
752 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat v Council and Commission [2008] ECR I-6351, para. 290.
753 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat v Council and Commission [2008] ECR I-6351, para. 286.

Temel haklar Birlik hukunun genel ilkelerinden olup, Birlik tasarruflarının hukukiliği açısından temel haklara uygunluk olmazsa olmaz bir koşuldur[754].

Öte yandan Divan BM Güvenlik Konseyi kararı ile Kosovada güvenliği sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından oluşturulan askeri birliğin (KFOR) eylemlerinden söz konusu devletlerin sorumluluğunun ele alındığı AİHM'nin 2007 tarihli *Behrami*[755] kararına atıfta bulunarak, *Kadı* ve *Behrami* kararları arasında olgusal ve hukuki zemin ile Birlik hukukunun özerk yapısından kaynaklanan temel farklılıklar olduğunu açıklamaya çalışmıştır.

Buna göre, AİHM'nin *Behrami* kararında BM kararlarına ilişkin bir denetim yapamayacağını belirterek, davayı kişi yönünden kabul edilemez bulmasının nedeni söz konusu tasarrufun doğrudan BM tarafından, üye devletler tarafından uygulanmasına yönelik herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın ve üye devlet toprakları dışında meydana gelmiş olmasıdır. AİHM, söz konusu askeri birliklerin tasarruf ve eylemlerinden BM'nin sorumlu olduğunu dolayısıyla AİHS m. 1 kapsamında AİHS'ye taraf devletlere herhangi bir sorumluluk isnad edilemeyeceğini karara bağlamıştır.

AİHM'nin bu yaklaşımıyla aslında *Bosphorus*[756] kararında yapmış olduğu ikili ayrıma bir yenisini eklediğini söylemek mümkündür. AİHM; üye devletlere takdir yetkisi tanınan tasarruflarda üye devletlerin AİHS'den doğan sorumluluklarının devam etmekte olduğunu, insan haklarına ilişkin herhangi bir ihlalin varlığı halinde

754 **Tridimas, Takis,** "**Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC Legal Order**", Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 12/2009, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1365385>, s. 12, (erişim tarihi, 23.08.2011).

755 Behrami and Behrami v. France, Application No. 71412/01, 02 May 2007, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Behrami&sessionid=80726490&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 23.08.2011).

756 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

konuyu kendi yetkisinde değerlendireceğini; üye devletlere herhangi bir takdir yetkisi bırakmayan tasarrufların insan haklarına ilişkin bir ihlale neden olması halinde ise eşdeğer koruma doktrinini uygulayacağını belirtmiştir. *Behrami*[757] kararında ise AİHM, BM Güvenlik Konseyi kararları karşısında taraf devletlerin herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığını ve bu kararlara karşı başvurulabilecek herhangi bir hukuki yol bulunmamasını gözardı ederek, mevcut ihlalin AİHS'ye taraf devletlerden oluşan birlikler tarafından gerçekleştirilse de birlikler üzerinde BM'nin "otorite ve kontrolünün" bulunduğu gerekçesi[758] ile başvuruyu kişi yönünden kabul edilemez bulduğunu dile getirmiştir[759].

Oysa *Kadı*[760] davasında Divan, sorumluluğun BM'ye isnad edilemeyeceğini, davaya konu tüzüklerin her ne kadar BM Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması amacıyla çıkarılsa da, Birliğin özerk yapısı nedeniyle Divan'ın temel haklar kapsamında yargılama yetkisine tabi oldukları belirtilmiştir. Divan'ın bu yaklaşımı ile AİHM'nin *Bosphorus*[761] kararında ki yaklaşımına uygun davrandığı anlaşılmaktadır[762].

Davacıların, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet haklarına

757 Behrami and Behrami v. France, Application No. 71412/01, 02 May 2007, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Behrami&sessionid=80726490&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 23.08.2011).

758 Behrami and Behrami v. France, para. 128 – 143.

759 **Lock, Tobias,** "Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights", **Human Rights Law Review,** C. 10, S. 3, 2010, s. 536; **Larsen, Kjetil Mujezinovic,** "Attribution of Condct in Peace Operations: 2The Ultimate Authority ad Control' Test", **European Journal of International Law,** C. 19, S. 3, 2008, s. 509–531; **Sari, Aurel,** "Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations", **Human Rights Law Review,** C. 8, S. 1, 2008, s. 151-170.

760 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

761 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

762 **Eeckhout, Piet,** "Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit", **European Constitutional Law Review,** C. 3, 2007, s. 204.

ilişkin ileri sürdükleri iddialar karşısında ise Divan, etkili yargısal koruma ilkesinin AİHS m. 6 ve 13'de garanti altına alınan üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığını ve söz konusu ilkenin Birlik Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde de teyit edildiğini belirtmiştir[763].

Dava konusu olayda, davacıya adının 881/2002/EC sayılı Tüzüğe eklenmesi sırasında bir bilgi verilmemesini, her ne kadar güvenlik nedeniyle bildirim yapılmaması gerekse de, savunma hakkının; malvarlıklarına el konulduktan sonra da yargı yoluna başvurmasına imkan veren bir düzenlemenin tüzükte yer almamasını da etkili yargısal koruma ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir[764]. Mülkiyet hakkına ilişkin olarak ise, konuyu AİHS Ek 1 No'lu Protokol çerçevesinde ele alarak, korunmak istenen kamu güvenliği ile davacının malvarlığına geçici olarak el konulmasının orantılı olduğunu ve mülkiyet hakkının özüne zarar verilmediğini belirtmiş ancak mülkiyet haklarına ilişkin iddiaların Birlik kurumları önünde ileri sürülmelerine imkan verecek usuli haklardan yoksun bırakılmalarını dikkate alarak, mülkiyet hakkının da ihlâl edildiğine hükmetmiştir[765].

Sonuç olarak Divan, Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşünü de dikkate alarak, İlk Derece Mahkemesince ortaya konulandan tamamen farklı bir sonuca ulaşmış ve Birlik kurumlarına 3 aylık bir süre tanıyarak davacılara Yaptırım Komitesinin neden kendilerini listeye aldığı konusunda bilgi vermelerine ve davacıların bu iddialara cevap vermelerine imkan tanınması için gerekli prosedürel eksiklikleri gidermelerine karar verilmiştir.

763 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat v Council and Commission [2008] ECR I-6351, para. 335.

764 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat v Council and Commission [2008] ECR I-6351, para. 350-353.

765 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat v Council and Commission [2008] ECR I-6351, para. 350-353.

Divan bu kararı ile başta Birlik hukukunun özerk yapısına vurgu yaparken, Birlik hukukunun koruyucusu olarak gerek Birlik hukukuna gerekse Birliğin kurucu ilkelerinden kabul edilen temel haklara saygının sağlanmasını amaçlamakta ve bunu görev olarak kabul etmektedir[766]. Öte yandan bu dava üye devlet yüksek mahkemelerinin öncelik ve temel hakların korunmasına ilişkin olarak tepkilerini dile getirdikleri *Solange* kararları ile de benzerlikler ihtiva etmektedir[767]. Nitekim *Solange* kararında Almanya, Birlik hukukunun önceliğinin temel hakların korunmasına zarar verecek şekilde uygulanamayacağını, temel haklara yeterli düzeyde koruma sağlanmadığı sürece ulusal hukukunun uygulanacağını dile getirmiştir. *Kadı*[768] davasında ise Alman Anayasa Mahkemesinin konumuna Divan'ı yerleştirmek mümkündür. Zira Divan, temel hakları Birliğin genel ilkelerinden biri olduğunu ve Birlik hukuk kuralları hiyerarşisi içerisinde birincil hukuku ile aynı düzeyde yer aldığını vurgulayarak temel hakların BM kararları karşısında önceliğe sahip olduğunu, aynı zamanda temel hakların Birliğin anayasal ilkelerinden biri olduğunu ve uluslararası antlaşmalar tarafından öngörülen yükümlülüklerin anayasal ilkelerin önceliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir.

Temel hakların uluslararası hukuk tarafından ihlalinin engellenmesi amacıyla böyle bir öncelikli uygulama hakkının tanınmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim *Solange* tipi kararlarda hukuk düzenleri arasında birbirine

766 **Danosh, Shelly,** "The Kadi Case: The International Position of the European Union after the Ruling", 2009, <www.ef.huji.ac.il/publications/Danosh.pdf>, s. 48.

767 **Siskova, Nadezda,** "The Judicial Doctrine of Fundamental Rights in the Light of The Kadi Case",<www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/menin_soud/Siskova_Nadezda.pdf>**, (**erişim tarihi, 19.09.2011) s. 6; **Işıksel, Türküler,** "Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Baraakat", **European Law Journal,** C. 16, S. 5, 2010, s. 567-568; **Sak, Yıldıray,** "Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,** C. 29, S. 1-2, 2008, s. 208.

768 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

nüfuz edebilirlik tanınması uluslararası düzenin tutarlılığına bir tehdit olmayıp, temel hakların korunması anlamında yerinde bir davranış olarak kabul edilmelidir[769].

Divan'ın bu yaklaşımı ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki türlerinden biri olan ikici görüşü çağrıştırmakla beraber, üye devletlere karşı tekçi görüşü benimseyen Divan'ın, uluslararası hukukun Birlik hukuku karşısında önceliğe sahip olması ihtimali karşısında bundan kaçtığı anlaşılmaktadır[770].

Gerek temel haklar gerek öncelik ilkesi gerekse Birlik Hukukunun özerk yapısı bakımından oldukça önemli bir karar olan *Kadı*[771] davası ile Divan çok katmanlı uluslararası sistemde temel hakların korunmasına ilişkin öngörülen standardı yükselttiği gibi, bütün uluslararası örgütlerin tasarrufları üzerinde fiili olarak temel hakların önceliğini kabul etmiştir[772]. Öte yandan öncelik ilkesi ve temel hakların korunması konularının birbirine zıt kavramlar olduğu ve Divan'ın temel haklara yeterince koruma sağlayamayacağı endişesini taşıyan üye devlet yüksek mahkemelerine de aksini ispatlamıştır.

Bu iki kavramın birbirine karşıt olmak bir yana birbirini destekleyici bir işlevi olduğunu, temel hakların korunması konusunun Birlik anayasal ilkelerinden biri olarak ikincil bir öneme sahip olmadığının altı çizilmiştir. Birlik hukukunun gerek ulusal gerek uluslararası hukuk ile ilişkini belirleyenin kendisi olduğunu vurgulayan Divan, böylece *Kadı*[773] kararı ile Birlik hukukunun ulusal ve uluslararası

769 **Eijsbouts, T. - Besselink, Leonard,** "The Law of Laws - Overcoming Pluralism", **European Constitutional Law Review,** C. 4, 2008, s. 395-398; Aynı yönde bkz. **Eeckhout, Piet,** "Community Terrorism Listings, Fundamental Rights and UN Security Council Resolution, In Search of the Right Fit", **European Constitutional Law Review,** C. 3, 2007, s. 183; Karşıt görüş için bkz. **De Burca, Grainne,** "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", **Harvard International Law Journal,** C. 51, S. 1, 2010, s. 1-52.

770 **Işıksel,** s. 559.

771 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

772 **Siskova,** s. 6; **Işıksel,** s. 564; **De Sena – Vitucci,** s. 222 vd.

773 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and

hukuktan ayrıldığını ve özerkliğe sahip olduğunu da belirtmiştir[774].

Kadı I olarak dlandırabilecegimiz bu kararın ardından Komisyon bir takım düzenlemeler yaparak malvarlıklarına el konulma nedenlerini davacılara bildirmiş ve Kasım 2008 tarihinde kabul ettiği bir Tüzük ile el koyma kararına devam etmiştir. Bunun üzerine Bay Kadı, Genel Mahkeme[775]ye başvurarak bu yeni Tüzüğün iptalini istemiştir[776]. genel mhkeme Kadı I kararında Divan tarafından ortaya konulan görüşe uygun olarak, davacılara kendilerini savunma hakkı tanınmadığından bahisle ilgili Tüzüğün iptaline karar vermiştir.

Kadı[777] kararları ile Divan ve Genel Mahkeme'nin insan haklarına ilişkin konularda gerek birlik kurumlarına gerek BM gibi uluslararası krurumlara karşı hoşgörülü yaklaşımından uzaklaştığıdır[778]. Bu kararlar ile insan hakları koruması konusunda etkin bir konuma geldiğine inandığımız Divan karşısında 7 Temmuz 2011 tarihli *Al-Skeini*[779] ve *Al-Jedda*[780] kararları ile AİHM'nin de ülke dışı alanlarda AİHS'nin uygulamasını sınırlandıran hatta imkansız kılan *Bankovic*[781] içtihadından uzaklaştığını söylemek mümkündür.

2003 yılında Irak'ın güneyinde yer alan Basra'da Birleşik Krallık birlikleri

---

Commission, [2008], ECR I-6351.

774 "European Law and International Law After *Kadi*", <http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/European_Law_and_international_law_after_Kadi.pdf>, 2008, s. 8, (erişim tarihi, 29.09.2011).

775 İlk Derece Mahkemesinin adı Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklikle Genel Mahkeme Olarak değiştirilmiştir.

776 C-85/09 Kadı v. Commission and Council, 30.09.2010.

777 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351 ve C-85/09 Kadı v. Commission and Council, 30.09.2010.

778 **Craig – De Burca**, **(2011),** s. 377.

779 Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Application No. 55721/07, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>(erişim tarihi, 22.09.2011).

780 Al-Jedda v. The United Kingdom, Application No. 27021/08, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>,(erişim tarihi, 22.09.2011).

781 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001.

tarafından öldürülen ve yaralanan altı kişinin akrabaları tarafından açılan ve AİHS m. 2'nin ihlalinin ileri sürüldüğü *Al-Skeini*[782] kararında AİHM kişisel yetki testini *Bankovic*[783] kararı ile getirilen ve mülkilik ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilen kamu gücünün diğer devlet tarafından kullanılması hali ile uygulayarak, ihlalden Birleşik krallığın sorumlu olduğunu karara bağlamıştır.

Yine Birleşik Krallık kuvvetleri tarafından göz altına alınarak 3 yıldan uzun bir süre Irak'ta Birleşik Krallığa ait toplama kampında tutulan Bay Al-Jedda tarafından AİHS m. 5'de yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali gerekçesi ile yapılan başvuruda davalı devlet Birleşik Krallık, kendisine herhangi bir suç isnad edilemeyeceğini nitekim Irakta BM Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde hareket ettikleri gerekçesi ile muhatabın BM olduğunu ileri sürmüştür. Bu iddia karşısında AİHM, Mayıs 2003 tarihinde Irak'ta güvenliğin sağlanması görevinin ABD ve Birleşik Krallık tarafından üstlenildiğini, BM'ye ise insani yardım sağlama, Irak'ın yeniden inşasına destek olmak ve geçici Irak hükümetinin oluşumuna yardımcı olmak görevi verildiğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra Çok Uluslu Güç içindeki askerlerin eylem ya da ihmalleri üzerinde BM ve BM Güvenlik Konseyinin etkili denetimi veya herhangi bir otorite ve kontrolü bulunmadığından AİHM, Bay Al-Jedda'nın toplama kampında tutulmasının BM'ye atfedilemeyeceği sonucuna varmıştır. AİHM, toplama kampının Birleşik Krallık güçlerinin yetki ve denetiminde olduğu göz önüne alındığında sorumluluğunda Birleşik Krallığa ait olduğunu ve AİHS'nin 1. maddesinin amaçları bakımından Birleşik Krallığın yargı yetkisi

782 Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Application No. 55721/07, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

783 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001.

alanında bulunduğunu hüküm altına almıştır.

Her iki karardan da anlaşıldığı üzere AİHM *Bankovic*[784] içtihadında ulaştığı sonucun yerinde olmadığının farkına varmış, tamamen olmasa da kişisel yetki testine doğru geri adım atmıştır[785]. Nitekim böylece insan haklarının korunması ülkesel sınırlara tabi olmayıp daha geniş bir alana yayılabilecektir. Öte yandan AİHM'nin *Al-Jedda*[786] kararı ile *Behrami*[787] kararından uzaklaşarak başvuruyu kabul edilemez bulmak yerine inceleyerek, ihlalin BM'ye isnad edilemeyeceği sonucuna varması belli ölçüde Divan'ın *Kadı*[788] kararına da yakın durduğunu göstermektedir.

Divan *Kadı*[789] kararı ile insan hakları konusuna verdiği önemi gözler önüne sererken, Birliğin AİHS'ye taraf olması ile bugüne kadar Divan ve AİHM arasında bir takım doktrinlere ve hoşgörüye dayalı olarak sürdürülen ilişkinin belli ölçüde değişeceği açıktır. Ancak ele aldığımız kararlar ile temel haklar ve öncelik konusunda her iki mahkemenin de birbirine zıt bir tutum içerisinde davranmadığı dolayısıyla Birliğin AİHS'ye katılımı ile de temel hak korumasının öncelik ilkesi kapsamında daha etkili bir şekilde korunacağı ve AİHM'nin de buna hizmet edeceği anlaşılmaktadır. Bugün için halen insan haklarına ilişkin ihlalin Birliğe üye bir devlet

784 Bankovic and others v. Belgium and others, Application No. 52207/99, 12 December 2001.

785 **Milanovic, Marko,** "European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda", **EJIL Analysis, EJIL Talk,** 2011, <http://www.ejiltalk.org/european-court-decides-al-skeini-and-al-jedda/>, (erişim tarihi, 10.09.2011); **Patel, Naina,** "Al-Jedda v. SSD: Who is Responsible for British Troops Abroad", **Blackstone Chambers,** 2008, <www.blackstonechambers.com>, (erişim tarihi, 10.09.2011);**Editors,** "R (on the Application of AL-Jedda) v. Secretary of State for Defence: Human Rights in a Multi-Level System of Governance and the Internment of Suspected Terrorists", **Melbourne Journal of International Law,** C. 9, S. 2, 2008, s. 391-414.

786 Al-Jedda v. The United Kingdom, Application No. 27021/08, 07 July 2011, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Jedda&sessionid=80724071&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 22.09.2011).

787 Behrami and Behrami v. France, Application No. 71412/01, 02 May 2007, için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Behrami&sessionid=80726490&skin=hudoc-en>, (erişim tarihi, 23.08.2011).

788 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

789 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.

tarafından yapılması halinde AİHM sürece dahil olabilirken katılım ile birlikte her zaman dahil olabilecektir.

III.LİZBON ANTLAŞMASI SONRASINDA AVRUPA BİRLİĞİNDE TEMEL HAK KORUMASI

Geçmişte de tartışılan, Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması konusu Anayasal Antlaşma'nın hazırlanma aşamasında tekrar gündeme gelmiş ve Anayasal Antlaşmada yer verilen madde, Lizbon Antlaşmasında da aynen muhafaza edilmiştir. Buna göre, Avrupa Birliği Antlaşmasının Lizbon Antlaşması ile değişik 6. maddesinin 2. fıkrasında, Birliğin AİHS'ye katılacağı ve bu katılımın Birliğin Antlaşmalarda belirtilen yetkilerini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme ile katılımın gerçekleşmesinin Birlik için bir zorunluluk olduğu ortaya çıkmaktadır[790]. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 218. maddesinin 8. fıkrasında belirtildiği üzere Konseyin oybirliği ile alacağı katılım kararının ardından, bu karar her üye devlet tarafından kendi anayasal prosedürlerine uygun olarak onaylandıktan sonra yürürlüğe girebilecektir. Dolayısıyla, her üye devlete tanınmış bir veto hakkının mevcudiyeti aşikar olup[791], bu konuda son sözün üye devletlere bırakılmak istendiği söylenebilir.

Uzun yıllar Birlik içerisinde tartışmalara neden olan AİHS'ye katılım konusunun farklı şekilde karara bağlanması da üye devletlerin bu konudaki

790 **Lenaerts, Koen, – Van Nuffel, Piet – Bray, Robert**, **Constitutional Law of the European Union,** Thomson-Sweet and Maxwell, Londra, 2005, s. 730.

791 **Güneş, Ahmet,** "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 750.

hassasiyetleri göz önüne alındığında beklenir bir durum değildir. Lizbon Antlaşması ile yapılan değişikliklerle Birlik açısından AİHS'ye katılıma imkan yaratılmış olup, benzer düzenleme 13 Mayıs 2004 tarihinde taraf devletlerin imzasına açılan ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye ekli 14 no'lu Protokolde[792] yapılmıştır. Söz konusu Protokolün 17. maddesi ile Sözleşmeye katılım ve onaylanmanın düzenlendiği 59. maddeye eklenen ikinci fıkrayla, Avrupa Birliğinin de bu sözleşmeye katılabileceği düzenlenmiştir[793].

Lizbon Antlaşmasına ekli ve üç maddeden oluşan "Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesi 2. fıkrası uyarınca Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Katılımı Hakkında" başlıklı 8 no'lu Protokolde[794] de Birliğin AİHS'ye katılımı için ve üye olmayan devletler ile bireylerin başvurularının üye devletler ve Birliğe karşı usulüne uygun olarak ileri sürülebilmesi için gerekli mekanizmaların temininde Birlik ve Birlik hukukunun özel karakterinin muhafazası düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere her ne kadar Birliğin AİHS'ye taraf olması Antlaşmalara dahil edilmiş olsa da, Birlik hukukunun özerk niteliğinin AİHS'ye uyum amacıyla yapılacak düzenlemelerde göz önüne alınması gerektiği belirtilerek, Birlik hukukunun özerk niteliğinin önemine ayrıca vurgu yapılarak, AİHS'ye katılım halinde bu durumun değişmeyeceği belirtilmek istenmiştir.

Temel haklar konusuna ilişkin olarak Lizbon Antlaşması ile getirilen bir diğer

792 Protokol No.14 için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>, (erişim tarihi, 01.06.2010).

793 **Bilir, Faruk,** "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve 14 no'lu Protokol", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 55, S. 1, 2006, s. 154; **Lock,** s. 387.

794 Lizbon Antlaşması'na ekli 8 No'lu Protokol için bkz. <http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:EN:HTML>, (erişim tarihi, 12.05.2010).

düzenleme ise "Antlaşma Hükümlerine İlişkin Deklarasyonlar" üst başlığı altında yer alan "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına İlişkin Deklarasyon"dur[795]. Kanımızca Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/2 de Temel Haklar Şartına ilişkin düzenlemenin tekrarından öteye gitmeyen bu deklarasyon ile Temel Haklar Şartının hukuki bağlayıcılık kazanması halinde Birliğin yetki ve görevlerinin kendi aleyhinde genişleyeceğine inanan üye devletlerin endişeleri giderilmek istenmiştir.

Birliğin insan hakları konusunda Divan eliyle oluşturduğu yaklaşımına bakıldığında geçmişten bugüne oldukça olumlu adımlar attığı ve bugün itibari ile temel haklar korumasının Birliğin vazgeçilmezlerinden biri haline dönüştüğü görülmektedir. Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasıyla temel hak konusu Birlik birincil hukukuna da dahil olmuş olmasına rağmen Birliğin AİHS'ye katılımına neden gerek duyulmaktadır[796]?

Katılıma ihtiyaç duyulma nedenlerinden biri uzun süre Birlik hukukunun üye devletlerin öncelkli ilgi alanını oluşturan siyasi, kültürel alanlarda da etkili uygulanmasını sağlamak amacıyla Divan'ın temel hak konusunu kullandığı ileri sürülmüştür. AİHS'ye katılımın, Birliğin insan haklarına ilişkin vermiş olduğu taahhütlerin inanlırlığını güçlendireceği bilinmektedir.

Divan'ın temel özgürlükleri temel haklar karşısında öncelikli olarak koruduğu iddiaları da Birlik kurumsal yapısı dışında yer alan ve insan hakları konusunda uzman bir mahkemenin yargı sürecine dahil olması ile sona erecektir.

Diğer bir gerekçe temel haklara evrensel boyutta bir koruma sağlanmasının

795 Lizbon Antlaşması'na ekli 1 No'lu Deklarasyon için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:EN:HTML>, (erişim tarihi, 12.05.2010).

796 **Craig – De Burca, (2011)**, s. 399-401.

Birliğin AİHS'ye taraf olması ile mümkün olmasıdır. Her şeyden önce Divan ve AİHM kararları arasında söz konusu olabilecek farklılıklar giderilerek temel hak koruması alanında hukuki kesinlik sağlanabileceği gibi[797], Birlik hukuki tasarruflarının tamamı AİHM denetimine tabi tutulabilecektir[798]. Temel hak konusunun bu alanda uzman olan bir mahkeme tarafından ele alınacak olması Birliğin temel hak konusundaki ciddiyeti konusunda da ikna edicidir. Öte yandan Birlik tasarruflarının doğrudan AİHM denetimine tabi olabilecek olması Birlik tasarruflarının hukukiliği konusunda yetkili mercinin Divan yerine Birlik kurumu olmayan bir uzman mahkemeye bırakılmasına neden olarak objektiif bir denetim imkanı yaratılmış olacaktır.

Öte yandan, Birliğin temel hak koruması konusundaki eksiklerinden biri olarak kabul edilen ve oldukça fazla eleştirilmesine neden olan temel hak konusundaki beklentilerinin üye ve aday devlete göre farklılık arz etmesi de sona erecektir[799]. Bir takım engeller ile karşılaşılmasına rağmen kanımızca siyasi birlik olma amacından tamamen uzaklaşmayıp sadece süreci yavaşlatan Birlikte, en büyük problemlerden biri, üye devlet vatandaşlarının halen istenilen düzeyde Birlik vatandaşlığı kavramına sıcak bakmaması olup, AİHS'ye taraf olunması bu sorunun da giderilmesine yardımcı olabilecektir. Nitekim bu suretle, üye devlet vatandaşları temel hak gibi evrensel önemi haiz bir konunun Birlik içinde önemli olduğunu ve bu suretle kendilerine tanınan hakların temel haklar konusunda uzman bir mahkeme tarafından korunacağını bilecek ve Şarttan farklı olarak Birlik hukuk kurallarının tamamının AİHM denetimine tabi tutulması ile temel hak koruması konusunda

797 **Steiner - Woods - Twigg-Flesner,,** s. 121.
798 **Arnull,** s. 390.
799 **Kruger,** s. xxiii.

Birliğe daha yakın durmayı tercih ederek, Birlik hukuk düzenine güven duyacaklardır.

Her ne kadar Birliğin AİHS'ye taraf olması temel hak koruması konusunda bahsedilen birçok sorunun çözümü gibi değerlendirilse de, özellikle iki konu üzerinde yoğunlaşan bir takım endişeleri de beraberinde getirmektedir[800]. Bilindiği üzere Birlik hukuku özerk bir niteliğe sahip olup, en önemli özelliği öncelik ilkesidir. AİHS'ye taraf olunması halinde bu özelliklerin ne şekilde etkileneceği, yine AİHS'ye taraf olunması halinde Divan kararlarının AİHM denetimine girerek her iki mahkeme arasında olası bir hiyerarşi sorununun nasıl giderilebileceği yanıtlanması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Divan'ın en önemli özelliği Birlik hukuku alanında nihai yargılama mercii olması olup, gerek Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 19 gerek Divan içtihadında belirtildiği üzere Birlik hukuk kurallarının yorum tekeline sahiptir. Oysa katılım halinde bu yorum tekeli belli ölçüde ortadan kalkma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Yanıtlanması gereken diğer bir soru, Birliği AİHM'de kimin temsil edeceğidir. Her üye devletten bir yargıcın yer aldığı AİHM'de 27 üye devletten oluşan Birlik ne şekilde temsil edilecektir?

A. Hiyerarşi ve Temsil Sorunu

Birliğin AİHS'ye katılımı halinde netliğe kavuşturulması gereken en önemli konu, Divan ile AİHM arasındaki ilişkinin ne şekilde konumlandırılacağıdır. Bilindiği üzere, insan hakları konusunda nihai mahkeme olan AİHS'ye başvuru iki

800 **Çavuşoğlu,** s. 3, **Kruger,** s. xxiv.

şekilde mümkündür. Bunlardan ilki devlet başvurusu olarak adlandırılan ve bir taraf devletin diğer bir taraf devleti AİHS hükümlerine aykırı davranmakla suçlaması halinde söz konusu olurken, diğeri aynı gerekçe ile bireyler tarafından yapılan ve "bireysel başvuru" olarak adlandırılan başvurulardır[801]. Her iki başvuru şekli içinde geçerli olan koşullardan konumuzla ilgili olanı ise, başvurunun kabul edilebilir olması için aranan iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşuludur[802]. Bu koşul uyarınca, AİHS'ye aykırılık gerekçesi ile AİHM'ye yapılan başvurunun kabul edilebilmesi için AİHS'ye aykırı hareket ettiği iddia edilen devletin, hukuk sisteminde öngörülen tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Tüm başvuru yolları ifadesi oldukça geniş yorumlanmakta olup, söz konusu devletin hukuk düzeninde yer verilen yargısal yolların yanı sıra varsa idari ve siyasal yollarda bu kapsamda değerlendirilmektedir[803].

Birliğin AİHS'ye katılımı halinde AİHM'ye başvuru prosedürü kapsamında Divan'ın konumunun ne olacağı konusunda doktrinde son dönemde iki görüş öne çıkmıştır. Bunlardan ilki Birlik hukukunda yer alan ve Divan'ın yorum tekeline sahip olmasında oldukça etkili olan "ön karar prosedürü"ne benzer bir sistemin oluşturulması olup, Divan'ın temel haklar konusundaki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak AİHS'yi yorumlamada sıkıntı yaşaması halinde AİHM'ye başvurmasını ve ilgili AİHS hükmünün yorumunu talep etmesini öngörmektedir[804]. Oluşturulacak böyle bir mekanizma iki mahkeme arasında AİHS hükümlerinin farklı yorumlanması

801 Geniş bilgi için bkz. **Gözübüyük – Gölcüklü,** s. 31.
802 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 35.
803 **Gözübüyük – Gölcüklü,** s. 64-65.
804 Yazar tarafından "Pre-decision interpretation questions" ismi verilen bu mekanizma ilk olarak Koen Lenaerts tarafından önerilmiş olup, Adam D J Balfour tarafından AİHS'ye katılım gerçekleştirildikten sonra atılacak bir diğer adım olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **Balfour,** s. 23; Lenaerts'ın görüşü için bkz. **Lenaerts, Koen,** "Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue", **European Law Review,** C. 26, 1991, s. 367.

ihtimalini en aza indirgeyebilecek potansiyele sahip gibi görünsede bir takım sıkıntıları da kanımızca beraberinde getirecektir. Nitekim bu mekanizma bireylerin herhangi bir Birlik tasarrufunun AİHS'ye aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'ye başvurmaları halinde işlevsiz kalacağı gibi, AİHM'nin iş yükünün daha fazla artmasına neden olacaktır. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş Divan hakimlerinden *Timmermans'*a ait olup[805], buna göre Birlik tasarruflarının temel haklara aykırılığı gerekçesi ile bireylerin AİHM'ye başvuru yapmaları halinde, Komisyon'un söz konusu tasarrufun temel haklara uygunluğu konusunda karar vermek üzere derhal Divan'a başvurması öngörülmüştür[806]. Oldukça etkili olabilecek bu yöntem, gecikmelere neden olabileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir.

Bütün bu tartışmaların yanı sıra 26 Mayıs 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları İzleme Komitesine Birliğin AİHS'ye katılımı için gerekli yasal düzenlemeleri yürütmesi amacıyla *ad-hoc* bir yetki verirken benzer bir yetki 4 Haziran 2010 tarihinde Avrupa Birliği Adalet Bakanları tarafından Komisyon'a verilmiştir[807].

Verilen bu yetkilerin ardından Avrupa Konseyi Komisyon ile birlikte çalışmak üzere yedisi AB üyesi yedisi AB üyesi olmayan ülkeden olmak üzere toplam 14 uzmandan oluşan gayri resmi bir çalışma grubu oluşturmuştur[808]. Söz konusu çalışma grubu Birliğin katılımı için gerekli zemini Komisyon ile birlikte oluşturmak üzere

805 Timmermans'ın görüşü için (fransızca metin) bkz. <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/hearingsCom.do?language=EN&body=AFCO>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

806 **Cartesio,** "Accession to ECHR, Article 267 TFEU and the role of National Courts", 2010, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=461>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

807 Informal Group on Accession of the EU to the Convention (CDDH-UE), <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

808 Accession of the EU to the Convention, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/default_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

çalışmalarına Temmuz 2010 tarihinde başlamıştır. Temmuz 2010 tarihinden Haziran 2011 tarihine kadar toplam 8 toplantı gerçekleştirilmiş ve 19 Haziran 2011 tarihinde taslak katılım antlaşmasına son hali verilmiştir[809]. Taslak katılım anlaşmasının oluşumu sürecinde gerek insan hakları kurumları gerek Avrupa Parlamentosu gerek Uluslararası Af Örgütü gibi birçok kurum ve kuruluş görüş beyan etmiş ve bunlar anlaşmaya son şekli verilirken mümkün olduğu ölçüde gözönüne alınmıştır. Örneğin 19 Mayıs 2010 tarihli "Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Katılımının Kurumsal Yönleri" başlıklı Avrupa Parlamentosu ilke kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru için öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının aynen muhafazası öngörülmektedir[810].

Buna göre, Divan'a yapılan ön karar başvuruları da iç hukuk yolları kapsamında değerlendirilmekte ve dolayısıyla ayrı bir mekanizma oluşturulmasına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. Söz konusu ilke kararında belirtildiği üzere, başvuru sahibi tarafından ulusal mahkemenin Divan'a ön karar talebinde bulunması istenmiş olsa dahi, bu talebin ulusal mahkeme tarafından reddedilmiş olması iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelecek[811] olup, bu durum Birlik hukukunun özerk niteliğini olumsuz yönde etkileyebilecek sonuçlar meydana getirebilir[812]. Benzer şekilde Uluslararası Af Örgütü Mart 2011 tarihli görüşünde taslak katılım

809 Informal Group on Accession of the EU to the Convention (CDDH-UE), <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

810 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

811 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 10, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

812 Bu yöntemin Birlik hukukunun özerk niteliği üzerindeki olası olumsuzlukları aşağıda ele alınmıştır. Bkz. III. Bölüm, III. Başlık, C. Alt Başlığı.

anlaşmasında öngörülen ve Birliğin sürece dahil olmasına hizmet edecek olan ortak davalı (*co-respondent*) mekanizmasının iş yükünü arttırmakla birlikte yargılama sürecinin uzamasına neden olacağına ilişkin bir takım endişeleri dile getirmiş ve bunun önlenmesi için önerilerde bulunmuştur[813].

Son hali verilen taslak katılım anlaşması 12 maddeden oluşmakta olup, Birliğin kendine özgü yapısına zarar vermeksizin AİHS'ye katılımının sağlanması amacıyla AİHS'nin bazı maddelerine ilişkin değişiklikler öngörmekle birlikte yeni birtakım düzenlemeler de getirmektedir[814].

Katılımın en önemli gerekçesi bireylere doğrudan AİHM'ye başvuru hakkı tanınarak, Birlik tasarruf, tedbir ve ihmallerine dışsal denetim sağlamak suretiyle insan hakları korumasında Avrupa çapında bir tutarlılık sağlanmasıdır. Taslak katılım sözleşmesi Birliğin AİHS ile 1 ve 6 no'lu protokollere katılımını öngörmekte[815] olup, özerk bir hukuk sistemine sahip Birliğin bu özel statüsünün korunarak Divan'ın sürece katılımına "ortak davalı mekanizması" adı verilen bir düzenleme ile yer vermiştir. "Ortak davalı mekanizması" aynı zamanda üzerinde çok fazla tartışılan ve katılım ile birlikte Divan'ın AİHM karşısında ikincil nitelik kazanacağı ve Birlik hukukundaki yorum tekelinin zedeleneceği eleştirilerine de bir yanıttır. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme Birliğe veya Birlik üye devletlerine tanınmış bir ayrıcalık olmayıp, Birliğin AİHS sistemine katılımıyla birlikte hesap verilebilirlik,

813 The AIRE Centre and Amnesty International Contribution, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDHUE/CDDHUE_documents/AIRE&AI_comments_March2011.pdf>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

814 Final version of the Draft Legal Instruments on the Accession of the EU to the ECHR, 19 July 2011, CDHH-UE (2011)16, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

815 Final version of the Draft Legal Instruments on the Accession of the EU to the ECHR, 19 July 2011, CDHH-UE (2011)16, m. 1/1, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

uygulanabilirlik gibi konularda meydana gelebilecek boşluklardan kaçınmaya hizmet etmektedir[816]. Öte yandan ortak davalı mekanizması Lizbon Antlaşmasına ekli 8 No'lu protokolun 1. maddesinin b bendinde belirtildiği üzere Birllik üyesi olmayan bir devlet veya bireyler tarafından AİHS'ye yapılacak başvuruların üye devlet ve/veya Birliğe yöneltilmesine hizmet etmek amacıyla gerekli görülen bir mekanizmadır[817].

Taslak anlaşmanın 3. maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, AİHS'nin "üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma" başlıklı 36. maddesinin başlığına ortak davalı ifadesinin eklenmesi ve yine aynı maddeye "Avrupa Birliği veya Avrupa Birliği üyesi bir devlet Birliğin AİHS'ye katılımını öngören Anlaşmada belirlenen koşullar dahilinde AİHM'nin kararı ile yargılama sürecinde ortak davalı olabilir. Ortak davalı dava taraflarından biridir. Başvurunun kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesinde bir ortak davalı'nın yargılama sürecine katılımı göz önüne alınmaz"[818] ifadesi son fıkra olarak dahil edilmiştir.

Taslak anlaşmanın 3. maddesinin devamı fıkralarında ise hangi durumlarda ortak davalı olunabileceği düzenlenmiştir. Buna göre,

"2. Avrupa Birliği üyesi bir veya daha fazla devlete yönelik bir başvuru yapıldığında, iddia edilen ihlal nedeniyle bir Birlik hukuku hükmünün AİHS'ye

816 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 33, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

817 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 35, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

818 Final version of the Draft Legal Instruments on the Accession of the EU to the ECHR, 19 July 2011, CDHH-UE (2011) 16, m. 3/1-b, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

uygunluğunun denetimi gerekiyor ve ihlalin giderilmesi sadece Birlik hukuku hükmünün uygulanmaması ile mümkünse Birlik ortak davalı olabilir.

3. Birliğe yönelik bir başvuru yapıldığında ve iddia edilen ihlal nedeniyle ABA, ABİHA hükmünün veya hukuki anlamda bunlara eşdeğer bir hükmün AİHS'ye uygunluğunun denetimi gerekiyor ve ihlalin giderilmesi sadece söz konusu hükmün uygulanmaması ile mümkünse Birliğe üye devletler ortak davalı olabilir.

4. Birlik ve bir veya birden fazla Birlik üyesi devletin her ikisine birden yönelik bir başvuru yapıldığında, bu maddenin 2 ve3. fıkralarında belirtilen şartların sağlanmış olması halinde davalılardan herhangi birinin statüsü ortak davalı olarak değişebilir.

...

6. Birliğin ortak davalı olduğu durumlarda, Divan bu maddenin ikinci paragrafında belirtildiği üzere Birlik hukukunun AİHS'ye uygunluğunu değerlendirmemişse, Divan'a yeterli zaman tanınarak bu değerlendirmeyi yapması sağlanır. Yargılama sürecinin uzaması amacıyla değerlendirmenin hızlı bir şekilde yapılması Birlik tarafından temin edilmelidir".

Taslak katılım anlaşmasının 3. maddesinde yer verilen bu düzenlemelere aynı anlaşmanın açıklayıcı raporunda detaylı yer verilmiştir. Örneğin 3. maddenin 4. fıkrası uyarınca, Birlik ve Birlik üyesi devletlerden her ikisine birden yönelik bir başvuru yapıldığında ve ihlale neden olan tasarrufu yapan veya ihmal ederek ihlale neden olan Birlik ve Birlik üyesi devlet olmasa da sözkonusu tasarruf veya ihlalin yasal zeminini oluşturması nedeniyle Birlik veya Birlik üyesi devlet ortak davalı kabul edilecek ve böylece başvuru kişi yönünden kabul edilemez olarak

değerlendirilemeyecektir[819].

Yine 6. fıkra ile getirilen düzenleme ile başvuruya neden olan konunun Divan'ın önüne gelmeme riskine karşı önlem alınmaya çalışılmıştır. Nitekim ABİHA m. 267/2 de Divan'a ön karar istemi ile başvuru ulusal mahkemenin insiyatifine bırakılmıştır. Dolayısıyla bazı durumlarda konunun Divan önüne gelmeksizin AİHM önüne gelmesi olası olup, Birlik hukukunun özerk niteliği ve Divanın Birlik hukukun yorum tekeline sahip olması kuralı muhafaza edilmek istenmiş, ortak davalı mekanizması ile böyle durumlarda Divan'ın da konuyu değerlendirmesi sağlanmaya çalışılmıştır[820]

Açıklayıcı raporda belirtildiği üzere Birlik veya Birlik üyesi devletlerin AİHM'den ortak davalı olmak üzere talepte bulunmaları ve bunun üzerine AİHM'nin bu konuda karar vermesi gerekmektedir. Rıza dışı ortak davalı olunamaz. Yargılamanın herhangi bir aşamasında AİHM tarafından ortak davalı statüsü sona erdirilebilir[821].

Taslak katılım anlaşması ile getirilen bu düzenlemeler sayesinde Birliğin AİHS'ye katılımının bütün dengeler gözönüne alınarak, Birliğin mevcut kendine özgü özellikleri korunmak suretiyle gerçekleştirilmesinin hedeflendiği açıktır. Böyle bir durumda iki mahkeme arasında meydana gelebilecek hiyerarşiye ilişkin

819 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 48, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

820 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 57 - 58, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

821 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 51, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

endişelerin yersiz olduğu fikrine katılmamak mümkün değildir[822]. Nitekim AİHS'ye katılım halinde Divan ile AİHM arasında meydana gelecek ilişkinin hiyerarşik bir yapıdan çok, uzmanlık ilişkisi diğer bir deyişle ihtisaslaşma şeklinde kendini göstereceği düşünülmekte ve bu sonuç taslak katılım anlaşmasından da anlaşılmaktadır[823].

Öte yandan Divan ve AİHM arasındaki bu ilişki, aslında birbirini tamamlayıcı niteliği haiz olacak olup, her iki mahkeme yine işbirliği ilişkisi içerisinde olarak, kurulacak böyle bir denge temel haklar korumasına hizmet edecek ve bu konuya evrensel düzeyde bir koruma sağlanması mümkün olabilecektir.

AİHS'ye katılım ile zaten Birlik için önem kazanmış olan temel hakların korunması konusunda Divan daha temkinli davranacak ve öncelikli olarak temel hakların korunması amacını göz önünde tutacaktır. Bütün bunların yanısıra temel haklar konusundaki mevcut içtihat hukuku iki mahkeme arasındaki işbirliği sayesinde daha tutarlı ve uyumlu hale gelmiş olacaktır[824]. Dolayısıyla, AİHM'nin, yukarıda ele aldığımız kararlarda da belirttiği üzere, insan hakları konusunda nihai mahkeme olduğu ve AİHS'ye aykırılık halinde Divan kararlarının da AİHM tarafından denetlenebileceği açıktır. Aslında katılım ile birlikte mevcut mekanizmadaki eksikliklerde giderilmiş olacak örneğin AİHM Birlik hukukuna ilişkin başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi sürecinde Divan önüne gelmemiş

822 Yazar, sadece hiyerarşik açıdan değil, bir çok yönden endişeleri yersiz bulmaktadır. Bkz. **Kruger,** s. xxv.

823 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 1, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

824 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 1 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

başvurularda dahi her ne kadar bağlayıcılığı olmasa da Divan'ın görüşünü alabilecektir[825].

Sonuç olarak katılım halinde AİHM, Birliğin katılım nedeniyle uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarına uygun hareket edip etmediği konusunda dışsal bir denetim yetkisine sahip olacak olup[826], AİHM kararının uygulaması AİHS m. 46/1'den anlaşıldığı üzere Birlik organlarına ait olacaktır. AİHM, önüne gelen uyuşmazlıklarda AİHS'ye aykırılığın var olup olmadığını karara bağlamakta, aykırılığın varlığına karar verdiğinde ise bunun ne şekilde giderileceği taraf devletin takdir yetkisine bırakılmaktadır. Dolayısıyla, Birlikte bu sorumluluk Birlik organlarına ait olacak olup, temel haklar konusunda AİHM tarafından yapılacak dışsal denetim aslında Divan'ın Birlik hukukunun yorumunda nihai mahkeme olması ile çelişmemektedir[827]. Ancak, temel hak korumasında AİHM'nin de dahil olması ile zaten kompleks bir yapıya sahip olan Divan'a başvuru prosedürü daha da karmaşık bir hal alacağı gibi, yargılama sürecinin uzun sürdüğü Birlikte, temel haklar konusundaki ihtilafların çözüm süresi mağdur aleyhine uzayacak gibi görünmektedir[828].

Birliğin AİHM'de ne şekilde temsil edileceği konusu ise yine taslak katılım anlaşması m. 6'da düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca

825 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 60, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

826 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 1 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

827 **Kruger** s. xxv.

828 **Spielmann,** s. 776-780.

AİHM'de görev yapacak yargıçlar AİHS m. 22'de belirtilen prosedür ile seçilecektir. Buna göre,

"Yargıçlar, her Yüksek Sözleşmeci Taraf adına, her Yüksek Sözleşmeci Tarafın sunacağı üç adaylık liste üzerinden Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilirler".

Birliğin Parlamenterler Meclisinde temsilinde ise Avrupa Konseyi Statüsünün 26. maddesinde belirtilen en yüksek temsilci sayısına sahip Taraf devlet kadar temsilci bulundurabilecektir. Söz konusu maddede düzenlenen tabloda en yüksek temsilci sayısı 18 olup, AB Parlamentosundan seçilecek 18 kişinin aynı zamanda Parlamenterler Meclisinde Birliği temsil etmesi gerekmektedir[829].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, AİHM'de görev yapacak Birlik yargıcı AİHM'de görev yapan dier yargıçlarla aynı görev ve statüye sahip olup, iş yükü anlamında da herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmayacaktır[830].

12-14 Ekim 2011 tarihlerinde söz konusu taslak katılım anlaşması ve anlaşmaya ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi amacıyla İnsan Hakları İzleme Komitesi, gayri resmi çalışma grubu ve Avrupa Komisyonu ile biraraya gelerek olağanüstü bir toplantı gerçekleştirmiştir[831]. Bu toplantıda alınan karar uyarınca, bir tanesi AİHS'nin belli hükümlerinin değiştirilmesi prosedürünün basitleştirilmesi, diğeri AİHM'ye hakim seçilmesine lişkin ulusal prosedürler üzerinde çalışmalar

829 Avrupa Konseyi Statüsü m. 26 için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aas_01.html>, (erişim tarihi, 06.10.2011).

830 Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , para. 69, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp≥, (erişim tarihi, 11.10.2011).

831 Extraordinary meeting report of the Steering Comittee on Human Rights (CDDH) on European Union accession to the European Convention of Human Rights with the Informal Group on Accession of the EU to the Convention (CDDH-UE) and the European Commission12-14 October 2011, Strasbourg, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp≥, (erişim tarihi, 05.11.2011).

yapılması amacıyla iki yeni ad hoc çalışma grubunun oluşturulması hususunda anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra Birliğin AİHS'ye katılımına ilişkin başta taslak katılım anlaşması olmak üzere yapılan çalışmalara dair bir raporun Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunulması kararlaştırılmıştır. Bakanlar Komitesine sunulan 14 Ekim 2011 tarihli raporda ise bugüne kadar yapılan çalışmalar ve toplantılar hakkında bilgi verildikten sonra, taslak katılım anlaşmasına ilişkin üye devletler arasında tam anlamıyla bir uzlaşı sağlanamadığı ve bu aşamada gerek İzleme Komitesi gerekse gayri resmi çalışma grubunun yapabileceği bir şey olmadığından, Bakanlar Komitesinin rehberliğine ihtiyaç duyulduğu belirtilerek, taslak katılım anlaşması rapora eklenmiştir[832].

Bu aşamadan sonra rapordan da anlaşıldığı üzere süreç ileri tarihli toplantılarda ulaşılacak sonuçlara göre belirlenecek olup, taraflara sağlanacak geniş katılım imkanı ile taslak anlaşmada çok büyük değişiklikler olmaksızın katılımın gerçekleşeceği düşünülmektedir.

B. Birlik Hukukunun Özerk Niteliği ve Öncelik İlkesi

Birliğin AİHS'ye katılımı halinde Divan ile AHM arasında meydana geleceğine inanılan hiyerarşi probleminden sonra zarar göreceğine inanılan en önemli konu Birlik hukukunun özerk niteliğidir. Birlik kendine ait yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip olması ve üye devletlerin yanı sıra bireylerin de oluşturulan bu yeni

832 Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH(2011)009, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 05.11.2011).

hukuk sisteminin öznesi olmaları nedeniyle bilinen uluslararası hukuk sistemlerinden farklı olduğunu ortaya koymuştur[833]. Her ne kadar Birlik organları üye devletler tarafından Birliğe devredilen yetkileri kullanacak olsalar da, söz konusu yetkilerin devlet yetkilerine benzer nitelikte olması ve söz konusu organların bu yetkileri kullanırken tamamen bağımsız ve özerk hareket edebilmeleri Birlik hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemleri arasındaki farkı iyice vurgulamaktadır.

Bir görüşe göre Birlik hukukunun özerkliğini iki açıdan ele almak mümkündür. Bunlardan ilki Birlik hukuk düzeni ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkileri ifade eden dışşal boyut, diğeri ise ulusal hukuk düzenleri ile Birlik hukuk düzeni arasındaki ilişkileri ifade eden içsel boyuttur[834]. Birlik hukukunun özerkliğinin dışsal boyutu ilk olarak 1/91 sayılı "Avrupa Ekonomik Alanı" (AEA) taslak anlaşmasına ilişkin Divan görüşünde ele alınmıştır[835]. Divan üç açıdan söz konusu anlaşmanın Birlik hukuk düzeninin özerkliğini zedelediğine karar vermiştir. Bunlardan ilki AEA'nın kendine ait bir mahkemesinin olması ve bu mahkemeye uuyuşmazlık halinde dava taraflarını tespit etme yetkisinin tanınmış olmasıdır[836]. Nitekim bu durum Antlaşmaların yorumunu gerektirecek olup, Antlaşmalarda tanımlanan sorumluluk dağılımını değiştirerek Birlik hukukunun özerkliğine zarar verecek nitelikte bulunmuştur.

Bir diğer neden AET Antlaşması hükümleri ile AEA hükümlerinin benzer nitelikte olması ve bu durumun Divan ve AEA mahkemesi tarafından farklı

833 **Toth, (1975),** s. 659.

834 **Lock, Tobias,** "Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order", **Common Market Law Review,** C. 48, 2011, s. 1025.

835 Opinion of the Court, 14 December 1991, No. 1/91, [1991] ECR I-06079 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61991V0001&lg=en>, (erişim tarihi, 13.10.2011).

836 Opinion of the Court, No. 1/91, para. 35.

yorumlara neden olmasıdır[837]. Son olarak AEA Anlaşması ile EFTA üyesi ülkelere ön karar prosedürü ile Divan'a başvuru imkanı yaratılmış olup, bu prosedür sonucunda verilen kararın bağlayıcı olmayacağı düzenlenmiştir. Ancak Divan bu tarz bir düzenlemenin Antlaşmaların *de facto* değişikliğine neden olacağı ve ön karar prosedürünün bağlayıcı etkisini ortadan kaldırdığı gerekçeleriyle Birlik hukukunun özerkliğine zarar verdiğini ileri sürmüştür[838].

Divan 1/91 sayılı görüşünde dile getirdiği bu konuları 1/00 sayılı görüşünde, Birlik hukukunun özerkliğinden ne anlaşılması gerekir diyerek açıkça ortaya koymuştur[839]. Buna göre[840]:

"Topluluk hukuk düzeninin özerkliğinin korunması için ilk olarak, Topluluk ve kurumlarının sahip olduğu yetkilerin temel özelliklerinin Antlaşmalarda düzenlendiği şekliyle muhafaza edilmesi, ...

İkinci olarak ECAA Anlaşmasındaki kuralların yeknesak şekilde yorumunun temini ve uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen prosedürlerin iç yetkilerin kullanımında, ... Topluluk ve kurumları üzerinde bağlayıcılığı olmayacaktır."

Divan bu iki koşulla aslında Birlik ve üye devletlerin AB Antlaşması m. 48'de öngörülen Antlaşmalarda değişiklik yapma prosedürlerinden üçüncü taraflarla yapılan uluslararası antlaşmalar aracılığıyla kaçınmalarını engellemeyi

837 Opinion of the Court, No. 1/91, para. 40-46.
838 Opinion of the Court, No. 1/91, para. 61.
839 Opinion of the Court, No. 1/00, [2002] ECR I-3493 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?typedate=DD2&startaaaa=2002&startmm=&startjj=&endaaaa=2002&endmm=&endjj=&RechType=RECH_date&idRoot=4&refinecode=JUR*T1%3DV113%3BT2%3D%3BT3%3DV2&Submit=Search>, (erişim tarihi, 13.10.2011).
840 Opinion of the Court, No. 1/00, para. 12 - 13.

amaçlamaktadır[841]. Nitekim *Kadı*[842] kararında Divan, uluslararası anlaşmaların, Antlaşmalarda yer alan, özellikle temel haklara ilişkin anayasal ilkeleri geçersiz kılamayacağını belirtmek suretiyle bu durumu vurgulamıştır. Sonuç olarak Birlik hukukunun özerkliğinin muhafazası için uluslararası anlaşmalarda, kurucu Antlaşmalarda gizli bir değişikliğe yol açacak düzenlemelerden kaçınılmalı ve Birlik birincil hukukunda yer alan başta temel haklar olmak üzere anayasal ilkelere dokunulmamalıdır[843].

İşte bu farklı hukuk sistemine sahip Birlik AİHS'ye katılım halinde, bu özerkliğini kaybedecek midir? Aslında bu soruyu cevaplamadan önce bir görüşe göre yanıtlanması gereken asıl soru, "insan hakları ve temel haklar gibi evrensel öneme sahip bir konuda özerklikten bahsetmek ne kadar yerindedir"[844]? olmalıdır.

Birliğin AİHS'ye katılımı halinde, AİHS'ye taraf her devlet gibi Birlik de, AİHM'nin temel hakların korunması konusundaki gözetim ve denetim yetkisini kabul etmiş olacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, katılım ile Birliğin kendi sisteminden tamamen farklı yabancı bir hukuk sistemine dahil olduğu söylenemez[845]. Nitekim, Divan içtihatlarında da bir çok kez vurgulandığı üzere, AİHS hükümleri ile temel haklara sağlanan koruma standardı Birlik tarafından da kabul edilmektedir. Öte yandan, temel haklar, Birliğin yetki alanının genişletilmesine neden olabilecek bir konu olmayıp, temel hakların korunması konusunda gerek AİHS, gerek Birlik hukuku aynı değer ve ilkeler temeline dayanmaktadır[846]. Taslak katılım anlaşmasının

841 **Lock, (2011),** s. 7.
842 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.
843 **Lock, (2011),** s. 7.
844 **Kruger,** s. xxiv.
845 **Kruger,** s. xxiv.
846 **Kruger,** s. xxiv.

hazırlık süresince bu tartışmalar yer yer gündeme gelmiş olup, nihai taslak katılım anlaşmasında yer verilen düzenlemelere göre Birlik hukukunun özerkliğinin tehlikeye düşüp düşmediğini ele almaya çalışacağız.

İlk olarak, Birliğin AİHS'ye katılımı halinde AİHM, Birlik tasarruflarının AİHS'ye uygunluğunu doğrudan denetleme hakkına sahip olacağından AİHM'nin Birlik hukukunu bağlayıcı bir şekilde yorumlayıp yorumlayamayacağı ve tabii Birlik hukuk düzenlemesinden kaynaklanan bir ihlal olduğunun AİHM tarafından ilan edilmesinin Birlik hukukunun özerk niteliğini ne şekilde etkileyeceği soruları gündeme gelmektedir. AİHS'ye katılımın belirli yönlerinin ele alındığı 5 Mayıs 2010 tarihli Divan'ın "tartışma belgesi"[847] ile 19 Mayıs 2010 tarihli Avrupa Parlamentosu ilke kararında bu tarz bir endişenin varlığı anlaşılmaktadır. Nitekim her iki belgede de katılım neticesinde Birlik hukukunun özerk niteliğinin etkilenmemesi için neyin önemli olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır. Aslında her iki sorunun cevabı da AİHM'nin yargılama prosedüründe gizlidir. Nitekim AİHM, ulusal düzeyde yargılama tamamlandıktan sonra ihlal olup olmadığını incelemeye başlamaktadır. *Huvig* kararında AİHM tarafından da belirtildiği üzere, ulusal hukukun uygulanması ve yorumu öncelikli olarak ulusal otoritelere, özellikle mahkemelere aittir[848]. Öte yandan, AİHM önüne gelen başvuruda ancak iki şekilde hareket edebilir: Ya ulusal mahkeme tarafından yapılan yorumu yerinde bulacak, ya da ulusal hukuk tarafından ihlalin gerçekleşmemesi için alınmış bir önlem olmadığı veya etkili ulusal koruma sağlanmadığı sonucuna varacaktır. Dikkat edilirse her iki ihtimalde de ulusal

847 "Discussion Document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of human rights and Fundamental Freedoms", için bkz. <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/>, (erşim tarihi, 18.08.2010).

848 Huvig v. France, No. 11105/84, Series A no.176-B, para. 28.

hukukun yorumuna girmemektedir.

AİHM, Birlik ikincil hukuk düzenlemesinin ihlale neden olduğu sonucuna vardığında ise bu karar kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Diğer bir deyişle AİHM, AİHS'ye aykırılığı tespit edilen işlemi iptal edemeyeceği gibi, değiştiremez ve bozma kararı veremez. Dolayısıyla Birlik hukuku tasarruflarının geçersizliğine karar verme yetkisini elinde bulunduran Divan aleyhine de bir durum söz konusu değildir.

Katılımla birlikte AİHM'nin Birlik hukuku üzerinde sahip olacağı dışsal denetim yetkisi endişelerin aksine Birlik hukuk düzeninin özerkliğine halel getirmeyecektir.

Katılım anlaşmasının hazırlanma sürecinde getirilen önerilerden bir tanesi Birlik birincil hukukunun özellikle Antlaşmaların AİHM denetiminin dışında tutulmasıdır. Buna gerekçe olarak ise Birliğin kendi başına Birlik birincil hukukunu değiştiremeyeceği gösterilmiştir. Buna ilişkin bir düzenleme nihai taslak anlaşmasında yer almamakta olup, Anlaşmanın 2. maddesinde yer verilen çekince başlıklı hükümle kısmen de olsa buna imkan yaratılabilir. Ancak, anlaşmanın 3. maddesinde düzenlenen ortak davalı mekanizması ile tarafların Birlik birincil hukukunun denetim dışında bırakılmasına sıcak bakmadığı anlaşılmaktadır[849]. Nitekim, ortak davalı prosedürünün bir üye devlet için işletilebilmesi ancak ve ancak Birlik birincil hukukuna ilişkin bir tasarrufun söz konusu olması halinde mümkündür. Birlik birincil hukuku AİHM denetimi dışında bırakılırsa zaten nihai taslak anlaşma m. 3/3'e ihtiyaç duyulmayacaktır. Birlik birincil hukukunun AİHM denetimi dışında tutulması aynı zamanda Birlik hukuk düzeninin özerk niteliğini de olumsuz etkileyecektir. Birlik birincil hukuku kapsam dışında bırakılırsa, AİHM önüne gelen

849 **Lock, (2011),** s.14.

bir başvuruda öncelikle konunun Birlik birincil hukukuna dahil olup olmadığını Antlaşma hükümleri üzerinden incelemesine dolayısıyla da kurucu Antlaşmaları yorumlamasına neden olacaktır.

Özerklik ile ilişkisi açısından ele alınması gereken son husus Divan'ın yargılama sürecine dahil olma prosedürüdür. Görüşmeler süresince gerek Avrupa Parlamentosu gerek Divan tarafından bu konu dile getirilmiş olup, nihai taslak katılım anlaşmasının 3. maddesinin 6. fıkrasında bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme ile Birliğin ortak davalı olduğu durumlarda Divan, ihlale neden olduğu iddia edilen Birlik hukuku tasarrufunun AİHS hükümlerine uygunluğunu değerlendirme şansı bulamamışsa AİHM tarafından bu değerlendirmenin hızlı bir şekilde yapılabilmesi için Divan'a süre verileceği öngörülmüştür. Bilindiği üzere Divan, yukarıda bahsettiğimiz tartışma belgesinde özellikle bu konuya dikkat çekmiş ve "ön karar prosedürü"nün iç hukuk yollarından biri olarak kabul edilmesini dahi Birlik hukukunun özerk niteliğini korumak adına yeterli bulmamıştır[850]. Nitekim söz konusu belgede de belirtildiği üzere Birlik tasarruflarının temel haklara uygunluğu konusundaki her başvurunun ön karar usulü ile Divan önüne gelme garantisi bulunmamaktadır. Bu nedenle "ön karar prosedürü"nün iç hukuk yollarından kabul edilmesi, bir çok Birlik tasarrufunun Divan önüne gelmeden AİHM önünde değerlendirilmesini engellemeyecektir.

Bir görüşe göre[851] bu durumun Birlik hukuk düzeninin özerkliğinin korunmasına bir etkisi olmadığı ileri sürülse de kanımızca bu yerinde bir görüş

850 "Discussion Document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of human rights and Fundamental Freedoms", m. 8-9-10, <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

851 **Lock, (2011),** s. 22.

değildir. Divan'ın Birlik hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı halinde yargılama sürecinin tamamen dışında kalması Birlik hukukunun özerk niteliğine zarar verebilecektir. Dolayısıyla Birlik hukukunun özerkliğinin korunması, Taslak katılım anlaşmasında öngörülen bu usul ile Birlik tasarrufunun AİHM tarafından yapılacak dışsal denetimden önce mutlaka Divan önüne getirilerek iç denetimin sağlanması ile mümkün görünmektedir.

AİHS'nin işbirlikçi yaklaşımından uzaklaşmasının da Birlik hukukunun özerk niteliğini olumsuz etkileyebileceği iler sürülen görüşlerden bir diğeridir. Bu konuda en fazla gündeme gelen soru katılım halinde AİHM'nin *Bosphorus*[852] kararındaki tutumunun devam edip etmeyeceğidir. AİHM'nin Birlik hukuku ve Divan'ın temel hakların korunması alanındaki davranışlarını değerlendirdiği *Bosphorus*[853] kararına bakıldığında bu kanaatimiz daha da güçlenmektedir. Bilindiği üzere *Bosphorus*[854] kararında AİHM, Divan tarafından temel haklara sağlanan korumanın "eşdeğer nitelikte" olduğunu kabul etmiş ve oldukça muğlak olan "belirgin/açık eksiklik" ifadesi ile aksinin ispatının mümkün olduğunu beyan etmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin Divan tarafından sağlanan korumayı belirgin/açık eksiklik istisnanın varlığı dışında kabul ettiği sonucuna varmak mümkündür.

Bu karar nedeniyle Birliğin AİHS'ye katılımı halinde AİHM'nin bu tutumunda değişiklik olmayacağı, ispatı oldukça zor olan "belirgin/açık eksiklik" istisnasının varlığı dışında Divan kararlarına müdahale etmeyeceği fikri ileri sürülen

852 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

853 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

854 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

görüşlerden bir tanesidir. Nitekim *Bosphorus*[855] kararı döneminde bile temel haklara sağlanan koruma anlamında Birlik yeterli kabul edilmişken, AİHS'ye katılım ile Birlik bu konuda daha da olumlu bir ilerleme kaydetmişken aksi durum, AİHM'nin *Bosphorus*[856] kararı ile çelişmesine neden olacaktır[857]. Oysa, burada gözden kaçırılan nokta *Bosphorus*[858] kararı verildiğinde AİHS'ye katılımın gerçekleşmemiş olmasıdır. AİHM ve Divan çatışma yerine uzlaşı içerisinde olmayı tercih etmekte ve birbirlerinin varlık ve kararlarına saygı duyduklarını göstermektedirler. Birliğin AİHS'ye katılımı halinde AİHM Divan ile ters düşmekten çekinmeyebilir. Nitekim katılım halinde en büyük olasılık Divan'ın AİHM'ye başvuru prosedürü içerisinde yer alan bir iç hukuk yoluna dönüşecek olması ve her durumda son sözün AİHM'ye ait olacağıdır. Dolayısıyla bu durum AİHM'nin *Bosphorus*[859] kararındaki temkinli yaklaşımını değiştirmesine neden olabilir ki, kanımızca böyle bir değişiklik gereklidir.

Temel haklar gibi önemi haiz bir konuda Divan'a başvuru yapılabiliyor olmasını "eşdeğer koruma"nın varlığı için yeterli kabul etmek ve sırf bu nedenle denetim yetkisini kullanmamak temel haklar korumasında AİHS'ye taraf olup, Birlik üyesi olan ve olmayan devletler arasında bir çifte standart meydana gelmesine neden

855 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

856 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

857 **Besselink, (2008),** s. 7-8; Aynı yönde bkz. **Saltinyte, Loreta,** "European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", 2010, <www.mruni.eu>, (erişim tarihi, 18.08.2010); Aynı yönde bkz. **Cartesio,** "Bosphorus Forever?", 2010, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=451>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

858 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

859 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

olabilecektir[860]. Kanımızca Birliğin AİHS'ye katılımı halinde AİHM, *Bosphorus*[861] kararındaki tutumundan farklı olarak "eşdeğer koruma"nın varlığını denetim yapmamak için yeterli kabul etmemelidir. Divan'ın vermiş olduğu kararı yerinde bulduğunu davayı inceledikten sonra da belirtebileceği gibi, bu durum Divan'ın AİHS'ye katılımını siyasi bir simgeden öteye de taşıyabilir. Dolayısıyla Birlik hukukunun özerk niteliğinin muhafazası için AİHM'nin *Bosphorus*[862] kararındaki tutumuna devam etmemesi gerektiğine inanmakla birlikte, AİHM'nin katılım halinde Divan tarafından sağlanan korumayı yeterli bulacağını düşünmekteyiz. Nitekim, katılımın özellikle siyasi ve sembolik anlamlar taşıdığını düşünmekle beraber[863] temel haklar konusunun uzun yıllardır Birlik tarafından gözönünde bulundurulduğu ve bu tutumun AİHM'nin de dikkatinden kaçmadığı açıktır. Her ne kadar *Bosphorus*[864] kararını izlenen usul nedeniyle eleştirsek de Divan'ın temel haklar konusunda ki yaklaşımının doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Sonuç olarak her iki sorunun cevabının aynı olduğu, evrensel boyuta sahip temel haklar konusunun Birlik için de aynı değere sahip olduğu ve Birliğin AİHS'ye katılımı halinde, Birlik hukukunun özerk niteliğinin AİHS'ye katılım ile olumsuz etkileneceğine inanmamaktayız. AİHM'nin *Bosphorus*[865] kararındaki açıklamaları doğrultusunda devam etmesi halinde "eşdeğer koruma"nın varlığı

860 Geniş bilgi için bkz. **Lock,** s. 397-398.

861 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

862 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

863 **Jacobs, Francis,** "Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", **Hearing organised by the Committee on Legal Affairs and Human Rights** in Paris on 11 September 2007, s. 1, <www.europarl.europa.eu/meetdocs/jacobs_accession_echr_en.pdf>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

864 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

865 C-4506/98 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [2005] 42 EHHR 1.

nedeniyle Divan'a müdahale etmeyeceği, aksi durumda ise kararı inceleyerek Divan ile aynı sonuca ulaşabileceğinden Birlik hukukunun özerkliği zarar görmeyecektir. Aksine Divan, özerkliğinin zarar görmemesi adına temel haklar konusuna daha fazla eğilecek ve daha dikkatli, titiz davranacaktır. Öte yandan, AİHS'ye katılımın bireyler üzerinde yaratacağı olumlu etki sayesinde Birliğin ertelenen anayasallaşma sürecini hızlandıracağını da düşünmekteyiz. Öyle ki, temel hakların korunması konusunda Birlik dahil Avrupa genelini kapsayan bir dış denetim sisteminin varlığı bireylere güven ve garanti sağlayacak[866], bireylere üye devletler karşısında tanınan koruma Birlik tasarrufları karşısında da tanınmış olacak[867] ve son olarak her iki mahkemenin içtihat hukuku uyumlu olarak gelişeceği gibi[868], Divan'ın yargılama alanı da genişleyecek gibi görünmektedir[869]

AİHS'ye katılım ile zarar göreceği düşünülen bir diğer ilke öncelik ilkesi olup, kanımızca bu endişe de yersizdir. Temel hakların korunması konusunun Birlik gündemine alınmasındaki en önemli etkenlerden biri olduğuna inandığımız öncelik ilkesi, bugün itibariyle Birlik hukuku içerisindeki yerini sağlamlaştırmıştır. Divan eliyle yaratılan bu ilke, Birliğin kendine ait ve yeknesak bir hukuk sistemi oluşturmasına hizmet ettiği gibi, ekonomik entegrasyona giden yolda temel basamaklardan biri olan iç pazarın kurulmasına da yardımcı olmuştur. Lizbon

866 **Kruger,** s. xxiv.

867 **Saltinyte,** <www.mruni.eu> (erişim tarihi, 18.08.2010); European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 7 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010 0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010)

868 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m. 7 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010 0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010); **Saltinyte,** <www.mruni.eu>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

869 **Jacobs, (2007),** s. 1.

Antlaşması ile getirilen değişikliklerle her ne kadar kurucu Antlaşmalarda kendisine yer bulamasa da, Antlaşmaya ekli 17 no'lu Deklarasyon[870] ile Divan içtihadı uyarınca Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında önceliğe sahip olduğu vurgulanmıştır. Birlik hukukunun yeknesaklığının korunması adına vazgeçilmez olan bu ilkenin AİHS'ye katılım halinde zarar görmesi tarafımızca düşünülmediği gibi, aksine bu katılımın öncelik ilkesi ve temel hak ilişkisi adına olumlu olacağına inanmaktayız.

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte Temel Haklar Şartı kurucu Antlaşma niteliğini haiz bir belge olarak kabul edilmekte olup, bu ifadeden de anlaşıldığı üzere Şart Birlik birincil hukukuna dahil edilmiştir. AİHS de düzenlenen hakların birçoğuna yer veren Şart'ın Birlik birincil hukukuna dahil olup, bağlayıcılık kazanması ile birlikte aslında öncelik ilkesi ve temel hak koruması arasındaki ilişkinin birbirini destekler nitelikte olduğu da kesinlik kazanmıştır. Şöyle ki, Birlik hukukunun kapsamına dahil olan Şart hükümleri de, Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında ihtilaf çıkması halinde Birlik hukukunun öncelikli olarak uygulayacağı tasarruflar haline dönüşmüştür. Öte yandan Şart hükümlerinin AİHS hükümlerinin bir çoğunu kapsadığı düşünüldüğünde aynı durumun dolaylı olarak AİHS hükümleri için de geçerli olduğu açıktır.

Şartın hukuki bağlayıcılık kazanmasının yanı sıra Birliğin AİHS'ye katılımı ile birlikte Birliğin temel hak koruması konusundaki tutumu ve ciddiyeti netlik kazanacağı gibi ulusal mahkemeler tarafından temel hak konusunun ikincil nitelikte görüldüğü eleştirileri de sona erecektir. Nitekim Birlik, tüm üyelerinin de taraf olduğu ve isan hakları konusunda uzman bir mahkemenin dışsal denetimine

870 Lizbon Antlaşması'na ekli 17 No'lu Deklarasyon için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:EN:HTML>, (erişim tarihi, 12.05.2010).

kapılarını açarak temel hakların öncelik ilkesi kapsamında olduğunu gözler önüne serecektir. Bunun yanı sıra katılım ile birlikte Birlik aday ülklerden talep ettiği insan hakları standardına kendisi de dahil olarak, meşruiyetini de güçlendirme imkanına kavuşacaktır.

Divan'ın temel hak koruması konusundaki son dönem içtihadı da öncelik ilkesi ve temel hak konularının Birlik için ayrılmaz ve vazgeçilmez konular olduğunun ve Birliğin temel hak koruması alanında etkin bir rol edinmeye çalıştığının göstergesidir.

Lizbon Antlaşmasının yürülüğe girmesinden önce karara bağlanan *Kadı*[871] kararı ile temel hakların Birlik anayasal ilkelerinden olduğu ve önceliğe sahip olduğu vurgulanırken, Lizbon Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra verilen *Küçükdeveci*[872] kararı ile de temel hak koruması ve öncelik ilişkisinin birbirini desteklediği açıkça dile getirilmiştir.

Son olarak, AİHS'ye katılım Birliğe olumlu anlamda bir çok katkı sağlayacağı gibi, konumuz itibariyle temel hak koruması anlamında Birlik, Avrupa çapında uygulanacak temel standartlara sahip olacak ve öncelik ilkesi kapsamında temel hak korumasını normlar hiyerarşisinin en tepesine yerleştirecektir. Böylece temel hak koruması konusu Birlik düzeyinde olması gereken yer ve öneme kavuşacaktır[873].

871 C-402/05 P and C-415/05 P, Kadı and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission, [2008], ECR I-6351.
872 C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-0000.
873 **Lawson,** s. 252.

SONUÇ

Farklı yapısı ile uluslararası arenada ayrı bir önemi haiz olan Avrupa Birliği'nde, temel hak konusu ve temel haklara sağlanan koruma uzun yıllar tartışılmış ve halen tartışılmaktadır. Birlik gündemine girdiği ilk yıllarda Birlik tarafından temel haklara sağlanacak bir korumanın varlığı tartışılırken, bugün Birlik kapsamında yazılı ve hukuki bağlayıcılığı haiz bir temel hak kataloğu mevcut olup, Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımına ilişkin usulü düzenleyen katılım anlaşması gündemi meşgul etmektedir. Dolayısıyla, temel hak konusunun bugün için artık Birlik gündeminin vazgeçilmez bir parçası olduğu ve öneminin her geçen gün katlanarak arttığı söylenebilir. Nitekim insan haklarına saygı, hukukun üstünlüğü ve demokrasi Birliğin temel ögeleri olarak kabul edilmekte olup, gerek üçüncü ülkelerle ilişkiler gerek Birliğe üye olma konusunda da belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. .

Genel olarak Avrupa Birliğinde temel hak ve öncelik ilkesi ilişkisi konusunda yaşanan gelişimi detaylı olarak ele almaya çalıştığımız çalışmamızda, temel hakların Birlik gündemine giriş nedenlerinden başlamak üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılım usulüne kadar bir çok soruya yanıt aranırken, bir takım tespitlerde bulunulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, kurucu Antlaşmalarda dahi yer almayan temel hak konusunun Birlik gündemine alınmasındaki başrolün Divan'a ait olduğu söylenebilir. Her fırsatta Birlik hukukunun yeni bir hukuk sistemi olduğunu vurgulayan Divan, entegrasyonun itici gücü olarak da görev yapmaktadır. Dolayısıyla başarılı bir entegrasyonun gerçekleşmesinin bireylerin katılımının mümkün olduğu ve bütün üye devletlerde geçerli olan yeknesak bir hukuk sistemine

bağlı olduğunun farkında olan Divan bu amaçla doğrudan etki ve öncelik doktrinlerini oluşturmuştur. Birlik hukuku ile ulusal hukukun çatışması halinde Birlik hukuku hükümleri karşısında ulusal anayasal hükümlerin dahi uygulanamaz olduğunun belirtildiği öncelik doktrini, üye devlet mahkemelerinin endişelerini de beraberinde getirmiştir. Egemenliklerini belli oranda Birliğe devreden üye devletler, Divan'ın yazılı antlaşma metinlerinin dışına çıkarak hukuk yaratma ihtimalini hiç hesaba katmadıklarından, temel hak gibi ulus devletler için vazgeçilmez olan bir konunun Birlik tarafından etkin şekilde korunamamasından üye devlet yüksek mahkemeleri endişe duymaktadırlar. Üye devlet yüksek mahkemelerinin genel olarak bu iki sebebe dayanan tepkileri, başta öncelik ilkesinin kabulünü sağlamak amacıyla Divan'ın, temel hak konusunu gündemine almasına neden olmuştur. Bu konuda kabul edilen bir diğer gerekçe ise, AB kurumlarının hukuki tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminin sağlanması için temel hak korumasının zorunlu olduğudur.

Divan'ın içtihad hukuku ile ortaya koyduğu üzere, temel haklara saygı Birlik hukukunun genel ilkelerindendir. Bununla beraber temel hak korumasında üye devletlerin ortak anayasal geleneklerini esin kaynağı olarak kabul eden Divan, temel haklara ilişkin başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası anlaşmaların Birlik hukuku çerçevesinde sadece kılavuz olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Temel hakların genel ilke olarak kabul edilmesi bu konuya doğrudan bağlayıcılık kazandırdığı gibi, gerek AB gerek üye devlet kurum tasarrufları üzerinde denetim yapma yetkisi sağlamaktadır. Ancak üye devlet kurumlarının tasarruflarını denetim yetkisi, söz konusu tasarrufların AB hukukunun kapsamı içinde olması şartına bağlıdır.

Temel hak korumasının Divan gündemine girmesi ile Divan, temel haklar ile pazar özgürlükleri diğer bir deyişle temel özgürlüklerin karşı karşıya kaldığı durumlarda öncelik ilkesi vasıtasıyla üye devlet anayasalarında güvence altına alınan temel hak konusunu göz ardı etmek suretiyle pazar özgürlüklerini korumakla eleştirilmiştir. Divan içtihadına yönelik bu eleştirilerin belli ölçüde haklı ve yerinde olduğunu söylemek kaçınılmazdır. Nitekim, entegrasyonun itici gücü olarak adlandırılan Divan, aslında *Cassis de Dijon*[874] kararından itibaren Birliğin ekonomik hedefleri ve üye devlet sosyal değerleri arasında denge kurmaya çalışmakta bu nedenle her uyuşmazlıkta somut olayın yanısıra günün siyasi koşullarını, Birliğin ulaşmak istediği hedefleri de gözönüne almaya çalışmaktadır. Bu tutum, Divan'ın bir çok kez bu eleştirilere maruz kalmasına neden olsa da, mevcut içtihad hukuku Divan'ın zaman içerisinde ekonomik hedefleri gözardı ederek temel haklara yöneldiğini doğrular niteliktedir.

Çalışmamızın ilk bölümüne ilişkin yapılabilecek en önemli tespit Divan tarafından özellikle üye devlet yüksek mahkemelerinin öncelik ilkesine yönelik eleştirilerini göz önüne alarak Birlik kapsamında temel hak koruma standardı oluşturması gerektiğinin anlaşılmasıdır. Nitekim *Solange* karararı ile başlayan bu akım bugün halen *Lizbon*[875] kararı ile devam etmektedir. Üye devlet yüksek mahkemeleri gerek duydukları her fırsatta "Antlaşmaların Efendi"lerinin üye devletler olduğunu vurgulamaya devam edecek gibi görünmektedirler.

Çalışmamızın ikinci bölümü Temel Haklar Şart'ına ayrılmış olup, bu konuda

874 C-120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, [1979] ECR 649.

875 Lizbon Kararı, Bundesverfassunggericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

yapılan ilk tespit Birliğin yazılı bir temel hak kataloğuna ihtiyaç duyup duymadığıdır. Bilindiği üzere Avrupa Birliği her ne kadar ekonomik entegrasyon amacı ile oluşturulmuş olsa da kuruluştan itibaren bir anayasallaşma süreci içerisinde olduğu bilinen bir gerçektir. Özellikle bir bayrağının, marşının olmasının yanı sıra vatandaşlık kavramının da gündeme gelmesi ile Birliğin hedeflerinden birinin siyasi entegrasyon olduğu netleşmiştir. Ekonomik entegrasyon kadar kolay olmayan bu bütünleşme yönteminde Birliğin aşması gereken engellerden biri üye devlet halklarının Birliğe olan uzak tutumudur. Nitekim, aidiyet duygusunun yaratılması ve Avrupa halklarının tek bir kimlik altında toplanabilmesi Birliğe duydukları güven ve bağlılık ile doğru orantılıdır. Bu kapsamda yazılı bir haklar kataloğunun mevcudiyeti söz konusu amaca hizmet edebilecek hatta Birliğin demokratik meşruiyet sorununun giderilmesine de yardımcı olabilecektir. .Aynı zamanda Birliğe ait bir temel hak kataloğunun bulunması Birlik hukukunun yeknesak ve etkili uygulanmasını da sağlayacaktır. Kabul edildiği tarihte hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılığa ihtiyacı olup olmadığı sorusuna ise iki şekilde cevap verilebilecektir kanısındayız. Hukuki kesinlik ilkesi için hukuki bağlayıcılık bir gereklilik olarak karşımıza çıkarken, uygulamaya baktığımızda Divan'ın hukuki bağlayıcılığı olmadığı dönemde dahi Şarta içtihadında yer verdiği dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, Şart'ın hukuki bağlayıcılığı haiz olması Divan'ın hareket serbestisini olumsuz yönde etkileyecek olup, Birlik hukukunda hukuki kesinlik ilkesinin gerçekleştirilmesi için önemlidir. Çalışmamızın bu bölümüne ilişkin olarak yaptığımız bir diğer tespit temel hak korumasına ilişkin olarak öngörülen korumanın alt sınırının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğu, Temel Haklar Şartı ile bunun

ötesinde bir koruma öngörülebileceğidir. Dolayısıyla bu iki metnin birbirine rakip olmayıp, birbirinin tamamlayıcısı olarak kabul edildiği söylenebilir. Bunun yanı sıra üye devletlerin yetki konusundaki endişelerini gidermek ve ayrıca Şartın uygulama alanını netleştirmek üzere Şart hükümlerinin Birlik kurumlarına yönelik olduğu, üye devletlerin ise sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında Şart hükümlerinin muhatabı oldukları belirtilmiştir. Şart ile birlikte gündeme gelen en önemli soru işaretlerinden bir tanesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-Şart ilişkisinin nasıl düzenleneceğidir. Şartta düzenlenen hakların AİHS'de yer verilen haklara karşılık gelmesi halinde daha kapsamlı koruma imkanı saklı kalmak üzere, söz konusu hakların anlam ve kapsamı AİHS'de belirtildiği şekilde olacak ve AİHS'de yer verilen hakları sınırlandırıcı veya olumsuz etkileyici yorumlama yapılamayacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, ikinci bölümümüze ilişkin olarak yapılacak en önemli tespit, her ne kadar Birliğe ait bir temel haklar kataloğu oluşturulmuş olsa da, Birliğe bu konuda herhangi bir yetki devri olmadığı gibi, genel bir yetki de tanınmadığıdır. Ancak Temel Haklar Şartı'nın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu belirtilmek suretiyle, Şart Birlik birincil hukukuna dahil edilerek sadece siyasi niteliği haiz bir belge olması nedeniyle Şart'a yönelik yapılan eleştirilere de nokta konulmuştur.

Oldukça tartışmalı olan AİHS-Şart ve AİHM-Divan ilişkisine yer verdiğimiz çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ilk olarak AİHS-Şart ilişkisinin birbirini tamamlayıcı, Divan-AİHM ilişkisinin ise işbirliği ve hoşgörü ilişkisi olduğu tespitini yapmak yerinde olacaktır. Nitekim süregelen AİHM-Divan ilişkisine bakıldığında her iki mahkemenin de mümkün olduğunca birbirlerinin kararlarına saygılı olduğu,

Divan'ın önündeki uyuşmazlıkla ilgili olarak önceki tarihli bir AİHM kararının mevcudiyeti halinde ona uygun davrandığı da Divan içtihadından anlaşılmaktadır. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, AİHM'nin Divan ve Birlik hukukunu temel hak koruması konusunda yeterli görmesidir. Son dönem içtihadından da anlaşıldığı üzere AİHM kanımızca, Birlik hukukundan kaynaklanan ancak üye devletlere takdir yetkisi tanınan tasarruflarda insan haklarına ilişkin bir ihlalin varlığı halinde konuyu kendi yetkisinde değerlendirmektedir. Aksi durumda yani tasarruf üzerinde üye devlet takdir yetkisi bulunmadığı durumlarda ise ana kural Divan tarafından temel haklara eşdeğer koruma sağlandığı olup, AİHS'den kaynaklanan hakların korumasında belirgin bir eksiklik olması halinde, AİHM denetim yetkisini kullanmaktadır. AİHM'nin bu yaklaşımı kanımızca iki açıdan eleştiriye açıktır. Bunlardan ilki eşdeğer koruma ile ifade edilmek istenilen durumun ne olduğunun açıkça ortaya konulamamış olmasıdır. Temel haklar konusunda uzman bir mahkeme olmayan Divan'a başvuru yapılmış olması muğlak bir ifade olan eşdeğer korumanın varlığı için yeterli kabul ediliyor ise gerçek anlamda bir temel hak korumasının varlığından bahsedilemez. Nitekim bu konuda tek uzman mahkeme AİHM'dir. Ayrıca bu durum AB üyesi devletler ile diğer devletler arasında da AİHM uygulaması açısından farklılık yaratabilir niteliktedir.

Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6 uyarınca Temel Haklar Şartı Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip kılınmış ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasıyla AİHS'ye katılım konusundaki siyasi irade yazılı hale getirilmiştir. Bu hüküm ile uzun yıllardır devam eden tartışmalara son nokta konulurken, yeni bir takım soru işaretleri gündeme gelmiştir. Bunlardan ilki katılımın

ne şekilde gerçekleşeceği olup, AİHS 14 no'lu protokol buna imkan vermektedir. Belirtmek gerekir ki, Birliğin AİHSye katılımı aynı zamanda tüm protokollere de katılım anlamına gelmemekte olup, hepsi için ayrı işlem yapılması gerekecektir. Nitekim Taslak katılım anlaşmasında belirtildiği üzere Birlik, AİHS, 1 ve 6 no'lu protokollere katılacaktır.

Birliğin AİHS'ye katılımı ile Avrupa genelini kapsayan bir dış denetim sistemi oluşturularak, insan hakları konusunda daha yeknesak ve etkin bir koruma sağlanmasına imkan yaratılmış olacaktır. Birliğin eylemleri de bağımsız bir yargı organının denetimine açılarak, temel hak konusundaki içtihad hukuku uyumlu hale gelecektir. Bu tarz olumlu etkilerin yanı sıra Divan'ın AİHM'ye başvuru prosedüründe edineceği yer diğer bir deyişle statüsü önem arz etmektedir. Bu konuda taslak katılım anlaşmasında düzenlenmiş ve uyuşmazlığın Divan'ın önüne gitmeden AİHM önüne geldiğinde AİHM'nin Divan'a konuyu incelemesi için süre vermesi öngörülmüştür. Kanımızca yerinde olan bu uygulama ile Birlik hukukunu yorumlama tekelini elinde bulunduran Divan'ın görüşü, AİHM'nin yabancı olduğu bir hukuk sistemine bakışını da kolaylaştıracak, Divan'ın konuya yaklaşımı hakkında net bir fikre sahip olabilmesine hizmet edecektir.

Bir diğer soru işareti Birlik hukukunun önceliği ve özerklik niteliğinin akıbetidir. Kanımızca Birlik hukukunun özerk niteliğinin korunması AİHS'ye katılımın ne şekilde gerçekleştirildiği ile doğru orantılıdır. Divan'ın yargılama sürecinin dışında kalması halinde Birlik hukukunun özerk niteliğinin zarar görmesi mümkündür. Ancak taslak katılım anlaşmasında yapılan düzenlemelerle özellikle Birlik hukuk düzeninin özerk niteliğinin korunmasının amaçlandığı ve bu endişenin

yersiz olduğu anlaşılmaktadır.

Öncelik ilkesine baktığımızda ise, söz konusu ilkenin Birliğin bugün artık vazgeçilmezlerinden olduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar söz konusu ilkeye ilişkin herhangi bir madde Lizbon Antlaşması ile öngörülen değişikliklerde yer almasa da Antlaşmaya ekli 17 no'lu Deklarasyon ile Birlik hukukunun üye devletler hukuku karşısında önceliğe sahip olduğu vurgulanmıştır. AİHS'ye katılım ile bu ilkenin zarar görmesi kanımızca yerinde bir iddia değildir. Aksine AİHS'ye katılım ile birlikte öncelik ilkesi ve Temel Haklar Şartı arasındaki birbirini destekleyici etki tam anlamıyla işlemeye başlayacaktır. Zira, Şart, Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip kabul edilmiş olup, Birlik hukukunun öncelik ilkesi kapsamında uygulayacağı kurallar haline dönüşmüştür. Şart kapsamının AİHS hükümlerinden oluştuğu düşünüldüğünde temel hak korumasının Birlik hukukunun öncelik ilkesi kapsamında ulusal hukuk ile ihtilaf halinde uygulaması gereken tasarruflar olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, temel hak koruması öncelik ilkesi ile birlikte Birlik ve Birlik hukuku için vazgeçilmez bir statüye kavuşmuş olup, üye devlet yüksek mahkemelerince istenilen olmuştur. Temel hak konusu öncelik ilkesi ile pararlellik arz eden bir konu haline dönüşerek, Avrupa kapsamında tutarlı bir temel hak içtihadı oluşacağı ve Birliğin de temel hak koruması konusunun önde gelen savunucularından biri olduğu ve bu statüsünü ilerleteceği açıktır. Nitekim, Genel Mahkeme ve Divan'ın, son dönem içtihadından anlaşıldığı üzere, temel hakların ihlal edildiği durumlarda Birlik hukukunda yer alan temel haklara Birlik ikincil hukuku hatta uluslararası kurallar karşısında öncelik tanıma konusunda istekli oldukları

anlaşılmaktadır[876].

Bugün itibariyle yavaşlatılmış olsa da Birliğin ilerlediği siyasi entegrasyon anlamında da Birlik kapsamında sağlanan temel hak koruma standardı büyük önemi haizdir. Temel haklar, sadece siyasi entegrasyon anlamında değil, Birliğin global dünyada normatif bir güç olarak sahip olduğu konumunu da olumlu yönde etkileyen unsurlardan bir tanesidir. Bu nedenle, yazılı ve hukuki bağlayıcılığı haiz bir temel haklar kataloğu Birlik açısından kaçınılmazdır. Öte yandan tüm dünyada demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi evrensel değerlerin savunucu olarak lanse edilen Birliğin, AİHS'ye katılımıyla temel hak koruması konusunda aktif bir aktör olarak önemli bir konuma ulaşacağı anlaşılmaktadır.

Bugün gelinen noktada temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerin olumlu olduğu ve temel hak konusunda ki belirsizliklerin taslak katılım anlaşmasında büyük oranda giderildiği, katılımın gerçekleşmesi ile de tamamen ortadan kalkacağı düşünülmektedir. Bundan sonra temel hak ve öncelik ilkesine ilişkin yaşanabilecek olumsuzluklar uygulamayla ortaya çıkabilecek olup, olası sorun ve problemlerin üstesinden Birliğin başarıyla geleceğine inancımız tamdır.

Son olarak, Birlik düzeyinde etkili bir temel hak koruması gerçekleştirilmesinin en önemli amacı, öncelik ilkesine zarar vermek yerine, tam olarak öncelik ilkesini korumaktır.

876 **Craig – De Burca, (2011),** s. 378.

KAYNAKÇA

- **AÇIKMEŞE AKGÜL, SİNEM,** "Avrupa Birliği'nde Demokratik Meşruiyet Sorunu", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 2, Sayı 4, 2003, s. 23-45.

- **ADAOĞLU SOYKAN, HACER,** *Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi,* Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005.

- **AKÇAY, BELGİN – BAYKAL, SANEM – KAHRAMAN, SEVİLAY** (Eds.), *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler,* Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

- **AKÇAY, BELGİN – ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, GÜLÜM** (Eds.), *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar,* Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

- **ALSTON, PHILIP** (Ed.), *The EU and Human Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1999.

- **ALSTON, PHILIP – WEILER, JOSEPH,** "An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", *Jean Monnet Working Paper,* No. 1/99, 1999, <http://www. jeanmonnetprogram.org/papers/99/990101.html> (erişim tarihi, 13.01.2010).

- **ALTER, KAREN,** "The European Court's Political Power", *West European Politics,* Cilt 19, 1996, s.458-487.

- **ALTER, KAREN,** "Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integra, The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence",

SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 227-251.

- **ALTER, KAREN,** "Who Are The Masters of the Treaty?: European Governments and The European Court of Justice", *International Organization,* Cilt 52, 1998, s.121-147.

- **ALTER, KAREN,** *Establishing the Supremacy of the EU Law,* Oxford University Press, 2002.

- **ALTIPARMAK, KEREM,** "Sınırdışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak, Bakmayacak, Bakacak...", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 5, Sayı 3, Bahar 2006, s. 47-76.

- **ALTIPARMAK, KEREM,** "Bankovic: An Obstacle to the Application of The European Convention on Human Rights in Iraq?", Journal of Conflict and Security Law, Cilt 9, Sayı 2, 2004, s. 213-251, <http://jcsl.oxfordjournals.org/content/9/2/213.full.pdf>, (erişim tarihi, 22.09.2011);

- **ANDERSON, DAVID – MURPHY, CIAN,** "The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe", *European University Institute Working Papers,* Law 2011/08.

- **ARAT, TUĞRUL,** *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı,* Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Ankara, 1998.

- **ARNULL, ANTHONY,** "The European Court and Judicial Objectivity: A Reply To Prof. Hartley", *Law Quarterly Review,* Cilt 112, 1996, s.411-423.

- **ARNULL, ANTHONY,** "Left to Its Own Devices? Opinion 2/94 and the Protection of Fundamental Rights in the European Union" **DASHWOOD, ALAN – HILLION, CHRISTOPHE** (Eds.), *The General Law of E.C. External Relations* Sweet and Maxwell, London, 2000, içinde, s.61-78.

- **ARNULL, ANTHONY,** *The European Union and Its Court of Justice,* 2nd Edition, Oxford University Press, 2006.

- **ARNULL, ANTHONY, - JACOBS, FRANCIS,** "Applying the Common Rules on the Free Movement of Persons; The role of the national judiciary in the light of the jurisprudence of the European Court of Justice', Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights", **SCHERMERS, HENRY, – FLINTERMAN, CEES, - KELLERMANN, ALFRED, - HAERSOLTE, JOHAN, - MEENT GERT-WIM** (Eds.), *Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1991, içinde, s.272-285.

- **ARNULL, ANTHONY - DASHWOOD, ALAN – DOUGAN - MICHAEL, ROSS - MALCOLM - SPAVENTA, ELEANOR - WYATT, DERRICK,** *Wyatt and Dashwood's European Union Law,* Londra, Swet and Maxwell, 2006.

- **ARSAVA, FÜSUN,** *Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar*, ATAUM Araştırma Dizisi No.5, Ankara, 1989.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri", Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Cilt 52, Sayı 1-4, 1997, s.128.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 3, Sayı 1, 2003 (a), s.1-18.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 3, Sayı 2, 2003 (b), s.1-9.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "Avrupa Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 5, Sayı 1, 2005, s1-13.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "Üye Devletlerin Anayasa Tasarısı Işığında Statüsü ve Etki Olanakları", *Uluslararası Hukuk ve Politika,* Cilt 2, Sayı 6, 2006, s.77-90.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "AB Üyesi Devletlerin Temel Hak Bağlantıları", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 6, Sayı 1, 2006, s1-18.

- **ARSAVA, FÜSUN,** "Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Anlayışında ATAD ve AİHM'nin Oynadığı Rol ve İçtihatlardaki Son Gelişmeler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt XII, Sayı 1-2, 2008, s.1259-1284.

- **AVBELJ, MATEJ,** "European Court of Justice and the Question of Value Choices, Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods", *Jean Monnet Working Paper,* 06/04.

- **BARDAKÇI, SELMA,** "Avrupa Kimliği", *Akademi,* Türiye Uluslararası İlişkiler Çalışmaları Bülteni, 2010, <http://www.tuicakademi.org/index.php/yazarlar1/39-selma-bardakci/268-avrupa-kimligi>, (erişim tarihi, 19.10.2011).

- **BARNARD, CATHERINE,** *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press 2007.

- **BARNARD, CATHERINE,** "The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday?", <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/the-eu-charter-of-fundamental-rights-happy-10th-birthday/8348>, 2011.

- **BARNARD, CATHERINE,** "The Opt-out for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?", <www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10007309.pdf>, (erişim tarihi, 12.08.2011),

- **BARNARD, CATHERINE** (Ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited,* Oxford University Press, Oxford, 2007.

- **BARNARD, CATHERINE,** "Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?", **BARNARD, CATHERINE – ODUDU, OKEOGHENE** (Eds.), *The Outer Limits Of European Union Law* Hart Publishing, Oxford, 2009, içinde, s.273-306.

- **BARNARD, CATHERINE – ODUDU, OKEOGHENE** (Eds.), *The Outer Limits Of European Union Law* Hart Publishing, Oxford, 2009.

- **BARNES, IAN – RANDERSON, CLAIRE,** 'EU Enlargement and the Effectiveness of Conditionality: Keeping to the Deal?', *Managerial Law,* Cilt 48, Sayı 4, 2006 <www.emaraldinsight.com/0309-0558.htm>, (erişim tarihi, 13.01.2010), s.351-365.

- **BAYKAL, SANEM,** "Reform Antlaşması ve Getirdikleri: Kurumsal Yapı Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 7, Sayı 1, 2007, s. 45-67.

- **BAYKAL, SANEM,** *AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel*

Haklar, ATAUM No.14, Ankara, 2002.

- **BAYKAL, SANEM,** "Kopenhag Kriterleri" kutusu, **ORAN, BASKIN** (Ed.), *Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar,* Cilt II:1980-2001, İletişim yayınları, İstanbul 2002, içinde, s.323.

- **BAYKAL, SANEM,** "Significance of the Charter of Fundamental Rights and the Emerging European Polity", **Vangelis Kyriakopoulo** (Ed.), *Olympia III: Human Rights in the 21st Century, Human Rights and Terrorism,* Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2003, içinde, s. 145-162.

- **BAYKAL, SANEM – TONUS, ÖZGÜR,** "Avrupa Birliği Anayasal Antlaşma Taslağı Üzerine Değerlendirmeler", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,* 2003, s.115-132.

- **BAYKAL, SANEM,** "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Meşruiyet Sorunu, Anayasalaşma Süreci ve Bütünleşmenin Nihai Hedefi Üzerine", Uluslararası İlişkiler, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s.119-153.

- **BAYKAL, SANEM,** "Avrupa Birliği'nde Yetki Sorunu ve Lizbon Antlaşması", **AKÇAY, BELGİN – BAYKAL, SANEM – KAHRAMAN, SEVİLAY** (Eds.), *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler,* Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s.235-274.

- **BAYKAL, SANEM,** "*Avrupa Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi AB Hukuku Sertifika Programı, 5. Dönem Ders Notu, s.1-21.

- **BAYKAL, SANEM,** "Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 4,

Sayı 1, 2004, s. 121-149.

- **BAYKAL, SANEM,** "*Topluluk Hukuku - Ulusal Hukuk İlişkileri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi AB Hukuku Sertifika Programı, 5. Dönem Ders Notu, s.1-39.

- **BAYKAL, SANEM,** "Temel Haklar", **AKÇAY, BELGİN – ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, GÜLÜM** (Eds.), *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar,* Seçkin yayınları, Ankara, 2010, içinde, s.371-399.

- **BEACH, DEREK,** "Towards a new method of constitutional bargaining? - The role and impact of EU institutions in the IGC and convention method of treaty reform", <http://www.mit.ps.au.dk/>, (erişim tarihi, 19.10.2011).

- **BESSELINK, LEONARD,** "Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the Europea Union", *Common Market Law Review*, Cilt 35, 1998, s.629-680.

- **BESSELINK, LEONARD,** "From Heteronomous to Autonomous Protection of Fundamental Rights-The EU Protection of Fundamental Rights as an Evolving Constitutional Concern", <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2007-0306-202630/besselink_07_from.pdf>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

- **BESSELINK, LEONARD,** "The European Union and the European Convention on Human Rights after the Lisbon Treaty:From Bosphorus sovereign immunity to full scrutiny?", <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132788>, (erişim tarihi, 11.08.2010), s.3.

- **BIERNAT, EWA,** "The Locus Standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community Locus Standi", *Jean Monnet Working Papers* No.12/03, 2003, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/031201.html>, (erişim tarihi, 29.03.2010).

- **BINDER, DARCY,** "The European Court of Justice and The Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action", *Jean Monnet Working Papers,* No.95/04, 1995, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9504ind.html>, (erişim tarihi, 29.03.2010).

- **BIONDI, ANDREA,** "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", *European Human Rights Law Review,* Cilt 9, 2004, s.51-61.

- **BİLİR, FARUK,** "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve 14 no'lu Protokol", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.135-156.

- **BOCZEK, BOLESLAW,** *International Law: a Dictionary,* Scarecrow press, USA, 2005.

- **BOZKURT, ENVER, - ÖZCAN, MEHMET, - KÖKTAŞ, ARİF,** *Avrupa Birliği Hukuku,* Asil yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2006.

- **BREWER, JULI – GROVES, JASON,** "EU Deal Unravels within Hours", *Sunday Express,* 24 Haziran 2007.

- **BROGAN, BENEDICT,**"Deal but at What Price?", *Daily Mail,* 23 Haziran

2007.

- **CARTABIA, MARTA,** "The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Union", **SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s.133-146.

- **CARTESIO,** "Bosphorus Forever?", 2010, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=451>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **CARTESIO,** "Accession to ECHR, Article 267 TFEU ad the role of National Courts", 2010, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=461>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **ÇAVUŞOĞLU, NAZ,** "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/naz.pdf> (erişim tarihi, 13.01.2010), s.1-15.

- **CHALMERS, DAMIAN – HADJIEMMANUIL, CHRISTOS – MONTI, GIORGIO – TOMKINS, ADAM,** *European Union Law,* Cambridge University Press, 2007.

- **COLLINSON, KEN,** "A Charter of Fundamental Rights of the European Union: Unified Human Rights Protection in Europe", s.7, <http://www.bu.edu/lawlibrary/research/int/caruso/Human%20Rights.doc>, (erişim tarihi, 04.11.2009).

- **COLNERIC, NINON,** "Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities", Oxford University Law Faculty Working Papers, <http://www.competition-law.ox.ac.uk/iecl/working.shtml>,

(erişim tarihi, 29.03.2010).

- **COPPEL, JASON, - O'NEILL, AIDAN,** "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *Common Market Law Review*, Cilt 29, 1992, s. 669-692.

- **CORNELIA, KOCH,** "The Doctrine of Supremacy of European Community Law As A Condition Precedent For The Doctrine of Direct Effect", *International Trade and Business Law Review,* 2005, Cilt 9, s. 219.

- **COSTELLO, CATHRYN,** "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", *Human Rights Law Review,* Cilt 6, Sayı 1 2006, s. 87-130.

- **CRAIG, PAUL – DE BURCA, GRAINNE** (Eds.), *The Evolution of EU Law* Oxford University Press, Oxford, 1999.

- **CRAIG, PAUL – DE BURCA GRAINNE,** *EU Law:Text, Cases and Materials,* Oxford University Press, Oxford, 2008.

- **CRAIG, PAUL – DE BURCA GRAINNE,** *EU Law:Text, Cases and Materials,* Oxford University Press, Oxford, 2011.

- **ÇAVUŞOĞLU, NAZ,** "Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Katılım Meselesi", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/naz.pdf> (erişim tarihi, 13.01.2010).

- **DANOSH, SHELLY,** "The Kadi Case: The International Position of the European Union after the Ruling", 2009, <www.ef.huji.ac.il/publications/Danosh.pdf>, (erişim tarihi, 13.01.2010).

- **DASHWOOD, ALAN – HILLION, CHRISTOPHE** (Eds.), *The General Law of E.C. External Relations* Sweet and Maxwell, London, 2000.

- **DAVIES, ANNE,** "One Step Forward Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal,* Cilt 37, Sayı 2, 2008, s. 126-148.

- **DE BURCA, GRAINNE,** "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", *Harvard International Law Journal,* Cilt 51, Sayı 1, 2010, s. 1-52.

- **DE BURCA, GRAINNE,** "The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights", *European Law Review,* Cilt 26, 2001, s. 126-138.

- **DE BURCA, GRAINNE,** "Human Rights: The Charter and Beyond", *Jean Monnet Working Paper,* 2001, No.10/01, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013601.html>, (erişim tarihi, 17.03.2008).

- **DE BURCA, GRAINNE,** "The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty", *Jean Monnet Working Paper,* 2008, No.03/08, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/080301.pdf> (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **DE BURCA, GRAINNE,** "The Lisbon Treaty No-Vote: An Irish Problem or a European Problem?, *University College Dublin Law Research Paper* No. 03/2009, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1359042##>, (erişim tarihi, 20.08.2011).

- **DE BURCA, GRAINNE,** "Fundamental Rights and Citizenship", **DE WITTE, BRUNO,** (Ed.), *Ten Reflections On the Constitutional Treaty for*

Europe, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law, Italy, 2003, içinde, s. 23-24.

- **DE BURCA, GRAINNE,** "The European Courts and the Security Council: Between Dedoublement Fonctionnel and Balancing of Values, Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci", The European Journal of International Law, Cilt 20, Sayı 3, 2009, s. 853–887.

- **DE SENA, PASQUALE – VITUCCI, MARIA CHIARA,** "The European Courts and the Security Council: Between Dedoublement Fonctionnel and Balancing of Values", *The European Journal of International Law,* Cilt 20, Sayı 1, 2009, s. 193-228.

- **DE WITTE, BRUNO,** "Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order", **CRAIG, PAUL – DE BURCA, GRAINNE** (Eds.), *The Evolution of EU Law* Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 177-208.

- **DE WITTE, BRUNO,** "The Lisbon Treaty and National Constitutions: More or Less Europeanisation?", **CLOSA, CARLOS** (Ed.), *The Lisbon Treaty and National Constitutions Europeanisatıo and Democratic Implications*, Arena Report no. 3/09, 2009, içinde, s. 25-48.

- **DE WITTE, BRUNO,** "The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism", *European Policy Analysis,* 2011, s. 1-6.

- **DE WITTE, BRUNO**, "Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition", **SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 277-301.

- **DE WITTE, BRUNO – TOGGENBURG, GABRIEL, N.,** "Human Rights and Membership of the European Union", **PEERS, STEVE – WARD, ANGELA** (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights,* Hart Publishing 2004, içinde, s. 59-82.

- **DE SCHUTTER, OLIVIER,** "Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relations Between the European Convention of Human Rights, The European Charter and EU Member States Constitutions", EP Directorate General Internal Policies of the Union, *Briefing Paper,* 2007.

- **DEFEIS, ELIZABETH,** "Human Rights and the European Union: Who Decides? Possible Conflicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Dickinson Journal of International Law,* Cilt 19, Sayı 2, 2001, s. 301-319.

- **DEĞER, OZAN,** *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İlişkisi,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

- **DELOCHE-GAUDEZ, FLORENCE,** "The Convention on a Charter af Fundamental Rights: A Method For The Future?", *Notre Europe Research Papers,* No.15, November 2001, <http://www.notre-europe.asso.fr/fichiers/Etud15-en.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **DEMETRIOU, MARIE,** The EU Charter of Fundamental Rights, BEG/ ALBA Conference 2011, <www.adminlaw.org.uk/docs/sc%2012%20Marie%20Demetriou.doc>, (erişim tarihi, 25.08.2011).

- **DOUGAN, MICHAEL,** "The Treaty of Lisbon: Winning Minds, Not Hearts", *Common Market Law Review,* Cilt 45, 2008, s. 617-703.

- **DOUGAN, MICHAEL – CURRIE, SAMANTHA** (Eds.), *50 Years of the European Treaties,* Hart Publishing, Oxford, 2009.

- **DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH,** "A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis", *Common Market Law Review,* Cilt 43, 2006, s. 629-665.

- **DOUKAS, DIMITRIOS,** "The Verdict Of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon treaty: Not guilty, but don't do it again!", *European Law Review,* Cilt 34, 2009, s. 866-868.

- **DÖNER, AYHAN,** "Avrupa Birliği Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul, 2003,

- **DRZEMCZEWSKI, ANDREW**, "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 30, 1981, s. 118-140.

- **DUPARC, CHRISTIANE**, *Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları,* Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği (çev.), Ankara, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, 1992.

- **DUTHEIL DE LA ROCHERE, JACQUELINE,** "The Lisbon Compromise: A Synthesis Between Community Method and Union Acquis, Fordham International Law, Cilt 31, Sayı 5, 2008, s. 1143-1160.

- **DYEVRE**, **ARTHUR,** "The German Federal Constitutional Court and Judicial Politics", *West European Politics,* Cilt 34, Sayı 2, 2011, s. 346-361.

- **EDITORS,** "R (on the Application of AL-Jedda) v. Secretary of State for

Defence: Human Rights in a Multi-Level System of Governance and the Internment of Suspected Terrorists", *Melbourne Journal of International Law,* Cilt 9, Sayı 2, 2008, s. 391-414.

- **EECKHOUT, PIET,** "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *Common Market Law Review,* Cilt 39, 2002, s. 945-994.

- **EECKHOUT, PIET,** "Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit", *European Constitutional Law Review,* Cilt 3, 2007, s. 183-206.

- **EIJSBOUTS, T. - BESSELINK, LEONARD,** "The Law of Laws - Overcoming Pluralism", *European Constitutional Law Review,* Cilt 4, 2008, s. 395-398.

- **EIZAGA, LORENA RINCON,** "Human Rights in the European union. Conflict between the luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of the Article 8 of the European Convention of Human Rights", <www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub.../05HumanRights.pdf>, (erişim tarihi, 13.05.2010).

- **ELEFTHERIADIS, PAVLOS,** "Begging the Constitutional Question", *Journal of Common Market Studies*, Cilt 36, Sayı 2, 1998, s. 255-272.

- **ERDENİR, BURAK,** *Avrupa Kimliği: Pan-Milliyetçilikte Post-Milliyetçiliğe*, Ümit Yayıncılık, Ankara, 2005.

- **ERHAN, ÇAĞRI,** "AT ve AB'nin Genişleme Süreci", kutusu, **ORAN, BASKIN** (Ed.), *Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar,* Cilt II:1980-2001, İletişim yayınları, İstanbul 2002, içinde, s. 90.

- **ERHAN, ÇAĞRI – AKDEMİR, ERHAN,** "Avrupa Bütünleşmesi", **AKÇAY, BELGİN – BAYKAL, SANEM – KAHRAMAN, SEVİLAY** (Eds.), *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler,* Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s. 15-50.

- **ERIKSEN, ERIK ODDVAR,** "Why a Charter of Fundamental Rights in the EU?", *Arena Working Papers*, 02/36, 2002, 17-18, <www.arena.uio.no/publications/wp02_36.htm>, (erişim tarihi, 01.03.2010).

- **FIERRO, ELENA,** *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Martinus Nijhoff Publishers 2003.

- **GAJA, GIORGIO,** "New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law", *Common Market Law Review*, Cilt 27, 1990, s. 83-95.

- **GARCIA, ALONSO, R.,** "The General Provisions of the Charter of the Fundamental Rights", *European Law Journal,* Cilt 8, Sayı 4, 2002, s. 492-514.

- **GOLDSMITH, LORD,** "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", *Common Market Law Review,* Cilt 38, 2001, s. 1201-1216.

- **GÖZLER, KEMAL**, *Anayasa Hukukuna Giriş,* Ekin Kitabevi, Bursa, 2004.

- **GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF – GÖLCÜKLÜ, FEYYAZ,** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

- **GRIMM, DIETER,** "Does Europe Need a Constitution?", European Law Journal, Cilt 1, Sayı 3, 1995, s. 282–302.

- **GRILLER, STEFAN,** "Is This a Constitution? Remarks on a Contested Concept", **GRILLER, STEFAN – ZILLER, JACQUES** (Eds.), *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty,* Springer Verlag Wien, 2008, içinde, s. 21-50.

- **GUILD, ELSPETH ve LESIEUR, GUILLAUME,** *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights: Who Said What, When?***,** London, Kluwer Law International, 1998.

- **GÜNDÜZ, ASLAN,** "Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireylerin Hakları", *MÜ AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 93-108.

- **GÜNEŞ, AHMET,** "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt XII, Sayı 1-2, 2008 s. 739-772.

- **GÜNUĞUR, HALUK,** *Avrupa Birliği*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayınları, Ankara 2007.

- **GÜRİZ ADNAN,** *Hukuk Başlangıcı,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987.

- **HAAPEA, ARTO,** *Between Minimum and Maximum Standards Current State and Future Challenges of the Protection of Fundamental Rights in the European Union,* University of Helsinki, Faculty of Law 2004, Master's Thesis.

- **HAAS, ERNST**, "International Integration: The European and The Universal Process", *International Organization,* Cilt 15, 1961, s. 366-392.

- **HAAS, ERNST,** *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic*

Forces 1950-1957, 2nd edition, Stanford: Stanford University Press, 1958.

- **HAAS, ERNST,** *The Obsolescence of Regional Integration Theory,* Berkeley, CA: University of California, Institute of International Studies, Research Series, 1975, No. 25.

- **HABERMAS, JURGEN,** "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal,* Cilt 1, Sayı. 3, 1995, s. 303–307.

- **HABERMAS, JURGEN,**"Why Europe Needs a Constitution?", New Left Review, Cilt 11, 2001, s. 5-26.

- **HARTLEY, TREVOR,** "The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union", *Law Quarterly Review,* Cilt 112, 1996, s. 95-109.

- **HARTLEY, TREVOR,** *The Foundations of European Community Law,* Oxford University Press, 2007.

- **HERDEGEN, MATTHIAS,** "Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an Ever Closer Union", *Common Market Law Review,* Cilt 31, 1994, s. 235-262.

- **HERZOG, ROMAN – GERKEN, LÜDER**, "Stop The European Court of Justice", *Frankfurter Allgemeine Zeitung***,** 08.09.2008.

- **HIX, SIMON,** *The Political System of the European Union,* Palgrave, 2005.

- **HJALTE, RASMUSSEN,** *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy Making*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986.

- **HJALTE, RASMUSSEN,** "Between Self Restraint and Activism a Judicial Policy for the European Court", *European Law Review,* Cilt 13, 1988, s. 28-39.

- **IŞIKSEL, TÜRKÜLER,** "Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Baraakat", *European Law Journal,* Cilt 16, Sayı 5, 2010, s. 551-577.

- **İZBUL, ALİ İHSAN,** "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Konvansiyon, Taslak Anayasal Antlaşma ve Hükümetlerarası Konferans", *Sayıştay Dergisi,* Cilt 49, 2003, s. 81-98.

- **JACOBS, FRANCIS,** "Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights",, Hearing organised by the Committee on Legal Affairs and Human Rights in Paris on 11 September 2007, <www.europarl.europa.eu/meetdocs/jacobs_accession_echr_en.pdf>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **JANC i, DAVOR,** "Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy After Lisbon?", *Columbia Law Journal of European Law,* Cilt 16, 2010, s. 337-383.

- **JIRASEK, JAN,** "Application of the Charter of Fundamental Rights of the EU in the United Kingdom and Poland According to the Lisbon Treaty", <www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/evropa/jirasek_jan.pdf>, (erişim tarihi, 12.08.2011), s. 7.

- **KARAKAŞ, IŞIL,** *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2003.

- **KARAKAŞ, IŞIL,** *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği,* Der Yayınları, İstanbul, 1993.

- **KARAKAŞ, IŞIL,** "Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar", *Anayasa Yargısı Dergisi,* Cilt 22, 2005, s. 292-305.

- **KNOOK, ALLARD,** "The Court, The Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union", *Common Market Law Review,* Cilt 42, 2005, s. 367-398.

- **KOCHENOV, DIMITRY,** *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law,* Kluwer Law International, 2008.

- **KOMBOS, COSTAS,** "Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity", *European Public Law*, Cilt 12, Sayı 3, 2006, s. 433-460.

- **KÖKTAŞ, ARİF,** "Topluluk/Birlik ile Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 4, Sayı 2, 2005, s. 219-247.

- **KRUGER, HANS CHRISTIAN,** "The European Union Charter and the European Convention on Human Rights: An Overview", **PEERS, STEVE – WARD, ANGELA** (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy,* Oxford, Hart Publishing, 2004, içinde, xvii-xxvii.

- **KRZEMINSKA, JOANNA,** "Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental really is 'fundamental'?", *Zerp Discussion Papers*, No.3 2005, <www.zerp.uni-bremen.de>, (erişim tarihi, 01.03.2010).

- **KUHNERT, KATHRIN,** "Bosphorus-Double Standards in European Human

Rights Protection?", *Utrecht Law Review*, Research paper, Cilt 2, Sayı 2, 2006, <http://www.utrechtlawreview.org/>, (erişim tarihi, 09.04.2010).

- **KUMM, MATTIAS,** "Who Is The Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice?", *Common Market Law Review*, Cilt 36, 1999, s. 351-386.

- **KUMM, MATTIAS,**"The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History," *German Law Journal,* Cilt 6, No. 2, February 2005, s. 319-354.

- **LADERCHI RUGGERI, P., FRANCESCO,** "Report on Italy", **SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 147-170.

- **LARSEN, KJETIL MUJEZINOVIC**, "Attribution of Condct in Peace Operations: 'The Ultimate Authority ad Control' Test", *European Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 3, 2008, s. 509–531.

- **LAWSON, RICK,** "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human rights in Strasbourg and Luxembourg", **LAWSON, RICK – DE BLOIS, MATTHIJS,** (Eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers,* Vol.III, London, 1994, içinde, s. 219-252.

- **LAWSON, RICK,** "The Contribution of the Agency to the Implementation in the EU of International and European Human Rights Instruments", **ALSTON, PHILIP – DE SCHUTTER OLIVIER** (Eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU,* Hart Publishing, Oxford, 2005, içinde, s. 229-

252.

- **LAWSON, RICK – DE BLOIS, MATTHIJS,** (Eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers,* Vol.III, London, 1994.

- **LB – JHR,** "The Relative Autonomy of the EU Human Rights Standard", Editorial, *European Constitutional Law Review* Cilt 4, 2008, s. 199-204.

- **LENAERTS, KOEN,** "Respect for Fundamental Rights As a Constitutional Principle Of The European Union", *Columbia Journal of European Law*, Cilt 6, Sayı 1, 2000, s. 1-25.

- **LENAERTS, KOEN,** "Fundamental Rights in the European Union", *European Law Review*, Cilt:25, 2000, s. 575-600.

- **LENAERTS, KOEN,** *Constitutional Law of the European Union,* Sweet and Maxwell, 2005.

- **LENAERTS, KOEN - DE SMIJTER, EDDY,** "A 'Bill of Rights' for the European Union", *Common Market Law Review* Cilt 38, 2001, s. 273-300.

- **LENAERTS, KOEN – VAN NUFFEL, PIET – BRAY, ROBERT,** *Constitutional Law of the European Union,* Thomson-Sweet and Maxwell, Londra, 2005.

- **LIISBERG, JONAS BERING,** "Does The EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law", *Common Market Law Review,* Cilt 28, 2001, s. 1171-1199.

- **LINDSETH, PETER,** "The Law-Regulation Distinction and European

Integration: reflections on the German Jurisprudence from the 1960s to the Present", <http://www.juspoliticum.com/The-Law-Regulation-Distinction-and,257.html?artpage=2-4>, (erişim tarihi, 26.07.2011).

- **LOCK, TOBIAS,** "The ECJ and the EctHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* Cilt 8, 2009, s. 375-398.

- **LOCK, TOBIAS,** "Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order", *Common Market Law Review,* Cilt 48, 2011, s. 1025-1055.

- **LOCK, TOBIAS,** "Beyond Bosphorus: The European Court of human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review,* Cilt 10, Sayı 3, 2010, s. 529-545.

- **LONGO, MICHAEL – LONGO, ANDREW,** *Constitutionalising Europe: processes and practices,* Ashgate Publishing, USA, 2006, s. 61.

- **LYONS, JENNA,** "EU Traitor", *The News of the World,* 24 Haziran 2007.

- **MANCINI, FEDERICO, G,** "The Making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review,* Cilt 26, 1989, s. 595-614.

- **MANCINI, FEDERICO,** (Ed.), *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays,* Oxford, Hart Publishing, 2000, içinde, s. 81-96.

- **MANCINI**, **FEDERICO, G,** "Safeguarding Human Rights: The Role of the Court of Justice of the European Communities", **MANCINI, FEDERICO,**

(Ed.), *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays,* Oxford, Hart Publishing, 2000, içinde, s. 81-96.

- **MANCINI, FEDERICO – KEELING, D,** "Democracy and the European Court of Justice" *Modern Law Review,* Cilt 57, Sayı 2, 1994, s. 1175-190.

- **MANNERS, IAN,** "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms", *Journal of Common Market Studies*, Cilt 40, Sayı 2, s. 235-258.

- **MAYER, FRANZ,** "Rashomon In Karlsruhe, A Reflection On Democracy and Identity in the Europen Union: The German Constitutional Court's Lisbon decisiona nd the changing landscape of European constitutionalism", *Jean Monnet Working Paper,* 05/10, 2010, s. 1-40.

- **MCCRUDDEN, CHRISTOPHER,** "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", *Jean Monnet Working Paper,* No.10/01, 2001, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html> (erişim tarihi, 13.01.20010), s. 3.

- **MCDERMOTT, YVONNE,** "Human Rights and the Lisbon Treaty: Consensus or Conditionality?" , *Whittier Law Review,* Cilt 31, Sayı 4, 2010, s. 734-757.

- **MENDELSON, M,** "The European Court of Justice and Human Rights", *Yearbook of European Law,* I, 1981.

- **MENENDEZ, AGUSTIN,** "Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Arena Working Papers*, WP 02/7, 2002, s. 1-20.

- **MENENDEZ, AGUSTIN,** "Exporting rights:The Charter of Fundamental

Rights, Membership and Foreign Policy of the European Union“, *Arena Working Papers,* WP 02/18, 2002, s. 1-13.

- **MENENDEZ, AGUSTIN,** “Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 40, Sayı 3, 2002, s. 471-90.

- **MILANOVIC, MARKO,** “European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda”, EJIL Analysis, *EJIL Talk,* 2011, <http://www.ejiltalk.org/european-court-decides-al-skeini-and-al-jedda/>, (erişim tarihi, 10.09.2011).

- **MİNDEK, CAN,** “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon Antlaşması Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, İktisadi Kalkınma Vakfı, <http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/1federal_almanya_anayasa_mahkemesi-can_mindek-temmuz_09.pdf>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

- **MORAVCSIK, ANDREW,** “In Defence of the Democratic Deficit:Reassesing Legitimacy in the European Union”, *Journal of Common Market Studies,* 2002, Cilt 40, Sayı 4, s. 603-624.

- **MORAVCSIK, ANDREW,** ‘The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy’, *Journal of European Public Policy,* Cilt 2, Sayı 2, 2005, s. 349-86.

- **MORIJN, JOHN,** “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, *European Law Journal,* Cilt 12, Sayı 1, 2006 s. 15-40.

- **NAZZINI, RENATO,** “Some Reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law”, *The Competition Law Review,*

Cilt 2, Sayı 1, 2005, s. 17.

- **NEUWAHL, NANETTE,** "The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?"**, NEUWAHL, NANETTE – ROSAS, ALLAN** (Eds.), *The European Union and Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 1-23.

- **NEUWAHL, NANETTE – ROSAS, ALLAN** (Eds.), *The European Union and Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

- **NICOLAIDIS, KALYPSO – HOWSE, ROBERT** (Eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001.

- **O'LEARY, SIOFRA,** "Aspects of the Relationship Between Community Law and National Law", **NEUWAHL, NANETTE – ROSAS, ALLAN** (Eds.), *The European Union and Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 23-50.

- **ODDVAR ERIKSEN, ERIK – FOSSUM, JOHN,** "Bringing European Democracy Back In-Or How to Read the German Constitutional Court's Lisbon Treaty Ruling?", *European Law Journal,* Cilt 17, Sayı 2, 2011, s. 153-171.

- **ODER, BERTİL EMRAH,** *Avrupa Birliğinde Anayasa ve Anayasacılık,* Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004.

- **ÖZCAN, MEHMET,** "Avrupa Birliği Türkiye İlişkilerinde Temel Belirleyici Unsur Olarak İnsan Hakları", *Polis Bilimleri Dergisi,* Cilt 2, Sayı 5-6, 2000, s. 87-97.

- **ÖZCAN, MEHMET – ELMAS, FATMA – KUTLAY, MUSTAFA – MUTUŞ, CEREN,** *Bundan Sonrası: Senaryo Analizleriyle Türkiye-AB İlişkileri*, Usak Yayınları, Ankara, 2009.

- **PATEL, NAINA**, "Al-Jedda v. SSD: Who is Responsible for British Troops Abroad", *Blackstone Chambers,* 2008, <www.blackstonechambers.com>, (erişim tarihi, 10.09.2011);

- **PAZARCI, HÜSEYİN,** *Uluslararası Hukuk Dersleri* I. Kitap, 8. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

- **PEADAR ó BROIN,** "How to Change the EU Treaties" – An Overview of Revision Procedures under the Treaty of Lisbon, *CEPS Policy Brief* No. 215, 2010, s. 1-8.

- **PECH LAUREN,** "The European Union's Lisbon Treaty: Some thoughts on the "Irish Legal Guarantees", *EJIL:Talk*, 2009, <http://www.ejiltalk.org/the-european-unions-lisbon-treaty-some-thoughts-on-the-irish-legal-guarantees/>, (erişim tarihi, 16.10.2011).

- **PEERS, STEVE**, "Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on Küçükdeveci", European Law Review, Cilt 36, Sayı 6, 2010, s. 849-856.

- **PEERS, STEVE – WARD, ANGELA (Eds.),** *The EU Charter of Fundamental Rights,* Hart Publishing 2004.

- **PERNICE, INGOLF,** "Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions", *The Columbia Journal of European Law,* Cilt 10, Sayı 5, 2003, s. 5-48.

- **PERNICE, INGOLF,** "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", Walter Hallstein-Institut für Europaisches Verfassungsrecht, *WHI Paper* No. 7, 2008.

- **PHELPS, JOSEPH,** "Reflections on Bosphorus and Human Rights in Europe" Comment, *Tulane Law Review,* Cilt 81, 2006-2007, s. 251-279.

- **PINELLI, CESARE,** "Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments", *European Law Journal,* Cilt 10, Sayı 3, 2004, s. 354-362.

- **PIRIS JEAN-CLAUDE,** *The Lisbon Treaty A Legal and Political Analysis,* Cambridge University Press, 2010.

- **PLÖTNER, JENS,** "Report on France", **SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 41-77.

- **POLLICINO, ORESTE,** "Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint, Part One/Two"; *German Law Journal*, Cilt 5, 2004, <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=42>, (erişim tarihi, 10.03.2010).

- **RACK, REINHARD – LAUSEGGER, STEFAN,** "The Role of the European Parliament:Past and Future", **ALSTON, PHILIP** (Ed.), *The EU and Human Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 801-838.

- **REICH, NORBERT,** "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged

Union: The Laval and Viking Cases Before The ECJ", *German Law Journal*, Cilt 9, Sayı 2, 2008, s. 125-160.

- **RIEDEL, EIBE - WILL, MARTIN,** "Human Rights Clauses in External Agreements of the EC", **ALSTON, PHILIP** (Ed.), *The EU and Human Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 723-756.

- **ROSAMUND, BEN,** 'The Uniting of Europe and the Foundation of EU Studies: Revisiting the Neofunctionalism of Ernst B. Haas', *Journal of European Public Policy*, Cilt 12, Sayı 2, 2005, s. 237-54.

- **ROUSSEAU, DOMINIQUE,** "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı", <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/dominik.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **ROXSTROM, ERIK, - GIBNEY, MARK, - EINARSEN, TERJE,** "The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium at al.) and the Limits of Western Human Rights Protection", *Boston University International Law Journal,* Cilt 23, 2005, s. 56-136.

- **SAK, YILDIRAY,** "Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt 29, Sayı 1-2, 2008, s. 208.

- **SALTİNYTE, LORETA,** "European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", 2010, <www.mruni.eu>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **SARI, AUREL,** "Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations", *Human Rights Law Review,* Cilt 8, Sayı 1, 2008, s. 151-

170.

- **SCHERMERS, HENRY – FLINTERMAN, CEES - KELLERMANN, ALFRED, - HAERSOLTE, JOHAN, - MEENT GERT-WIM** (Eds.), *Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1991.

- **SCHIMMELFENNIG, FRANK, "**Competition and Community, European Constitutional Courts, Rhetorical Action and the Institutionalization of Human Rights in the European Union", *Journal of European Public Policy,* Cilt 13, Sayı 8, 2006, s. 1247-1264.

- **SISKOVA, NADEZDA,** "The Judicial Doctrine of Fundamental Rights in the Light of The Kadi Case", <www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/menin_soud/Siskova_Nadezda.pdf>, (erişim tarihi, 19.09.2011)

- **SLAUGHTER, ANN-MARIE, - STONE SWEET, ALEC, - WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence,* Hart Publishing, Oxford, 1998.

- **SLOMANSON, WILLIAM,** *Fundamental Perspectives on International Law,* Wadsworth Cengage Learning, USA, 2010.

- **SMITH, ANTHONY,** "National Identity and the Idea of European Unity", *International Affairs,* Cilt 68, Sayı 1, 1992, s. 318-341.

- **SÖZEN, AHMET,** "Türkiye'de Kopenhag Kriterleri Çerçevesinde Demokratikleşme ve Türk Dış Politikasına Yansımaları", ir.emu.edu.tr/staff/asozen/pub/tanoryazi.pdf, (erişim tarihi:20.01.2010)

- **SPAVENTA, ELEANOR,** "Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU"**, DOUGAN, MICHAEL – CURRIE, SAMANTHA** (Eds.), *50 Years of the European Treaties,* Hart Publishing, Oxford, 2009, içinde, s. 343-364.

- **SPIELMANN, DEAN,** "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities", **ALSTON, PHILIPH**, (Ed.), *The EU and Human Rights, Oxford University Press,* Oxford, 1999, içinde, s. 757-780.

- **STEINER, JOSEPHINE, - WOODS, LORNA, - TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN,** *EU Law,* 9 th Edition, Oxford University Press, 2006.

- **STERN, KLAUS,** "From the ECHR to the Charter of Fundamental Rights", **BLANKE, JOSEF – MANGIAMELI, STELIO** (Eds.), *Governing Europe under a Constitution,* Springer, Heidelberg, 2006, içinde, s. 169-184.

- **STONE SWEET, ALEC,** "Constitutional Dialogues in the European Community", **SLAUGHTER, ANNE-MARIE – STONE SWEET, ALEC – WEILER, JOSEPH** (Eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1998, içinde, s. 305-330.

- **ŞARAMET, OANA – TAMA-BIANOV, ANAMARIA – ARAMET, RADU,** "Juridical Protection of Fundamental Rights After Lisbon", *Legal Practice and International Law,* 2011, s. 116-121.

- **TANGÖR, BURAK,** "Avrupa Birliği'nde Avrupa insan Hakları Sözleşmesi", *Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi,* Cilt 3, Sayı 1, 2001, s. 233-248.

- **TAŞDEMİR, HAKAN – GÜNGÖR AKKAN, FATMA,** "Avrupa Birliği

Temel Haklar Şarı'nın 53. Maddesinin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 1-2, 2008, s. 1073-1090.

- **TEKİNALP, ÜNAL - TEKİNALP, GÜLÖREN,** *Avrupa Birliği Hukuku,* Beta Yayınevi, İstanbul, 1987.

- **TEZCAN, ERCÜMENT,** *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

- **TEZCAN, ERCÜMENT,** "Reform Antlaşması Tamam, Sıradaki Gelsin!", *USAK Stratejik Gündem*, <http://www.stratejikgundem.com/yazarlar.php?id=818&type=12>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **TRIDIMAS, TAKIS,** "The Court of Justice and Judicial Activism", *European Law Review,* Cilt 21**,** 1996, s. 199-210.

- **TRIDIMAS, TAKIS,** *General Principles of EU Law,* Oxford University Press, Oxford, 2006.

- **TRIDIMAS, TAKIS,** "Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC Legal Order", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 12/2009, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1365385>.

- **TRIFUNOVSKA, SNEZANA – VARENNES, FERNAND DE,** (Eds.), *Minority Rights in Europe - European Minorities and Languages,* Asser Press, 2001.

- **TOGGENBURG, G., N.,** "A Rough Orientation Through a Delicate

Relationship: the European Union's Endeavors for (its) Minorities", **TRIFUNOVSKA, SNEZANA – VARENNES, FERNAND DE,** (Eds.), *Minority Rights in Europe - European Minorities and Languages,* Asser Press 2001, içinde, s. 205-234.

- **TOTH, AKOS, G.,** "The Individual and the European Law", *International and Comparative Law Quarterly,* Cilt 24, 1975, s. 659-706.

- **TOTH, AKOS, G.,** "The European Union and Human Rights: The Way Forward", *Common Market Law Review,* Cilt 34, 1997, s. 491-529.

- **UYGUN, OKTAY,** "İnsan Hakları Kuramı", **ALPKAYA, GÖKÇEN – AYBAY, RONA – BALKIR, ZEHRA – BERKTAY, FATMAGÜL – ÇAVUŞOĞLU, NAZ – GÜLMEZ, MESUT – KABOĞLU, İBRAHİM – KESKİN, SERAP – ODER, EMRAH – ÖZEK, ÇETİN – SAĞLAM, FAZIL – SAYITA, SEVGİ – TANÖR, BÜLENT – TARHANLI, TURGUT – TUNCAY, AZİZ – UYGUN, OKTAY – YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ,** *İnsan Hakları,* YKY, İstanbul, 2000, içinde, s. 14.

- **ÜLGER KAYA, İRFAN,** *Avrupa Birliği'nde Siyasal Bütünleşme,* Gündoğan yayınları, Ankara 2002.

- **ÜMİT, CEYDA,** "Topluluk Hukukunda Özel Kişilerin Dava Açma Hakkının Gelişiminde Avrupa Topluluğu Adalet Divanının Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt 6, Sayı 2, 2007, s. 99-118.

- **VAICAITIS, VAIDATAS,** "European Constitutionalism v. Reformed Constitution",<www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/archyvas/dwn.php?id>, (erişim tarihi, 17.08.2011).

- **VON BOGDANDY, ARMIN,** "The European Union As a Human Rights

Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review,* Cilt 37, 2000, s. 1307-1388.

- **VRANES, ERICH,** "The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights-Stumbling Blocks for the First and Second Convention", *European Integration Online Papers*, Cilt 7, Sayı 7, 2003.

- **WATSON-PASCOE, GEORGE,** "To Words That Could Change the Shape of Britainforecer", *The Sun*, 12 Aralık 2007.

- **WEILER, JOSEPH, "**The Court of Justice On Trial", *Common Market Law Review,* Cilt 24, 1987, s. 555-589.

- **WEILER, JOSEPH,** "Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *Jean Monnet Working Paper,* 06/95, 1995.

- **WEILER, JOSEPH,** "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights", **NEUWAHL, NANETTE – ROSAS, ALLAN** (Eds.), *The European Union and Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 51-76.

- **WEILER, JOSEPH,** "Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights", *European Law Journal*, Cilt 6, 2000, s. 95-97.

- **WEILER, JOSEPH,** "Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg", **NICOLAIDIS, KALYPSO – HOWSE, ROBERT** (Eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, s. 54-72.

- **WEILER, JOSEPH, - LOCKHART, NICOLAS,** "Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence-Part II",

Common Market Law Review, Cilt 32, 1995, s. 579-627.

- **WEILER, JOSEPH - HALTERN, ULRICH - MAYER, FRANZ,** "European Democracy and Its Critique", *West European Politics* 1995, Cilt 18, Sayı 3, s. 4-39.

- **WEILER, JOSEPH, - FRIES, SYBILLA,** "A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences", **ALSTON, PHILIP** (Ed.), *The EU and Human Rights Oxford University Press*, Oxford, 1999, içinde, s. 147-166.

- **WEISS, WOLFGANG**, "Human Rights in The EU: Rethinking the Role of the ECHR After Lisbon Treaty", *European Constitutional Law Review,* Cilt 7, 2011, s. 69–70.

- **WILLIAMS, ANDREW,** "Enlargement of the Union and Human Rights Conditionality: A Policy of Distinction?", *European Law Review,* Cilt 25, 2000, s. 601-617.

- **WILLIAMS, ANDREW,** *European Union Human Rights Policies: A Study in Irony,* Oxford University Press, Oxford 2004.

- **WILLIAMS, ANDREW,** "Respecting Fundamental Rights in the New Union: A Review", **BARNARD, CATHERINE** (Ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited,* Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 71-108.

- **WILLIS, PETER,** "You have the right to remain silent..., or do you? The Privilege against Self-Incrimination Following Mannesmannrohren-Werke and other Recent Decisions", *European Competition Law Review,* Cilt 22, Sayı 8, 2001, s. 313-321.

- **YILDIRIM, KADİR,** "AB, Türkiye Sivil Güç Normatif Güç", <http://www.belgeler.com/blg/2f0o/ab-turkiye-sivil-guc-normatif-guc-kadir-yildirim>, (erişim tarihi, 20.07.2011).

- **YOUNG, ALISON,** "The Charter, Constitution and Human Rights: Is This the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?", *European Public Law,* Cilt 11, Sayı 2, 2005, s. 219-240.

- **YÜNEL, DUYGU,** "Avrupa Birliği'nin Demokratik Meşruiyetinin Sağlanmasında Avrupa Yurttaşlığının Etkisi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü AB ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2007.

- **Anayasal Antlaşmanın Onaylanmasına Dair Deklarasyon** <http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/85325.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Anayasal Antlaşma Taslağı,** Official Journal 2004/C 310, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:EN:PDF>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı,** Official Journal of the European Communities, 2010/C 83/02, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm> (erişim tarihi, 24.03.2010).

- **Avrupa Birliğinde İnsan Haklarına Saygı başlıklı Avrupa Parlamentosu İlke Kararı,** <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0113+0+DOC+XML+V0//EN&language=MT>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

- **Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon,** <http://european-

convention.eu.int/organisation.asp?lang=EN> (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi** <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, (erişim tarihi, 15.08.2011).

- **D-Planı,** <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1272>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Discussion Document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of human rights and Fundamental Freedoms,** <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,** <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

- **European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <**http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>, (erişim tarihi, 18.08.2010).

- **Extraordinary meeting report of the Steering Comittee on Human Rights (CDDH) on European Union accession to the European Convention of**

Human Rights with the Informal Group on Accession of the EU to the Convention (CDDH-UE) and the European Commission 12-14 October 2011, Strasbourg, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp≥, (erişim tarihi, 05.11.2011).

- **Final version of the Draft Legal Instruments on the Accession of the EU to the ECHR,** 19 July 2011, CDHH-UE (2011)16, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

- **Gündem 2000 Raporu,** <http://ec.europa.eu/agenda2000/index_en.htm>, (erişim tarihi, 17.01.2010).

- **Lisbon: The Irish Guarantees Explained,** Institute of European Affairs, 2009, <http://www.iiea.com>, (erişim tarihi, 16.10.2011).

- **Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights,** CDDH(2011)009, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 05.11.2011).

- **Tenth Report of Select Committe on European Union,** <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/6209.htm>, (erişim tarihi, 12.08.2011).

- **Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu,** <http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf>, (erişim tarihi, 17.01.2010).

- **Vienna Convention on the Law of Treaties,**

<http://www.worldtradelaw.net/misc/viennaconvention.pdf>, (erişim tarihi, 04.08.2011).

- **"How Brussels will get its way"**, *Sunday Express,* 21 Ekim 2007.

- **1989 tarihli Strasbourg Zirve Sonuç Bildirgesi,** <http://www.europarl.europa.eu/summits/strasbourg/default_en.htm> (erişim tarihi, 17.01.2010).

- **1267/1999 sayılı BM kararı,** <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29>, (erişim tarihi 24.09.2011).

- **3-4 Haziran 1999 tarihli Köln Zirvesi Sonuç Bildirgesi** <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_en.htm> (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesi Sonuç Bildirgesi** <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm> (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **15-16 Haziran 2006 tarihli Brüksel Zirve Sonuç Bildirgesi**, <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/90111.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **18-19 Haziran 2010 tarihli Zirve Sonuç Bildirgesi, <**http://ec.europa.eu/archives/european-council/index_en.htm> (erişim tarihi, 15.09.2010).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 1 No'lu Deklarasyon,** <http://bookshop.europa.eu/eubookshop/FileCache/PUBPDF/FXAC08115EN

C/FXAC08115ENC_002.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 8 No'lu Protokol,** <http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:EN:HTML> (erişim tarihi, 12.05.2010).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 17 No'lu Deklarasyon,** <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:EN:HTML> (erişim tarihi, 12.05.2010).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 30 No'lu Protokol,** <http://bookshop.europa.eu/eubookshop/FileCache/PUBPDF/FXAC08115ENC/FXAC08115ENC_002.pdf>, (erişim tarihi, 23.03.2010).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 53 No'lu Protokol,** <http://bookshop.europa.eu/eubookshop/FileCache/PUBPDF/FXAC08115ENC/FXAC08115ENC_002.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Lizbon Antlaşması'na ekli 61 ve 62 no'lu Deklarasyonlar,** <http://bookshop.europa.eu/eubookshop/FileCache/PUBPDF/FXAC08115ENC/FXAC08115ENC_002.pdf>, (erişim tarihi, 24.05.2008).

- **Protokol No. 14,** <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>, (erişim tarihi, 01.06.2010).

TEZ ÖZETİ

Birlik için bir çok açıdan önemi haiz bir konu olan temel hak korumasının Avrupa Birliğinin (Birlik) oluşumundan bugüne geçirdiği evreleri ve temel hak koruması konusundaki gelişmelerin Birlik hukukunun vazgeçilmezi öncelik ilkesi ile olan ilişkisini ele aldığımız çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde temel hak korumasını Divan ve ulusal mahkelemeler arasındaki tartışmanın merkezine yerleştiren ve oluşumdan itibaren temel hak ile olan ilişkisinin ne olduğunun tespit edilmeye çalışıldığı öncelik ilkesi ele alınmaya çalışılmıştır. Bilindiği üzere öncelik ilkesi, Divan tarafından Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında ihtilaf bulunması halinde Birlik hukukunun öncelikli olarak uygulanacağını ve bu önceliğin anayasal hükümler karşısında dahi geçerli olacağını ifade etmektedir. Bunun yanı sıra Divan'ın Birliğin yeni bir hukuk sistemi oluşturduğunu ve bu yeni hukuk sisteminin temeli olarak üye devletler tarafından Birliğe devredilen egemenlik yetkilerini göstermesi, özellikle üye devlet Anayasa Mahkemelerinin öncelik ilkesinin kabulünde zorlanmalarına neden olmuştur. Bu kapsamda çalışmamızda da yer verdiğimiz sınıflandırmaya göre öncelik ilkesi anayasal denetim başta olmak üzere, temel hak ve kompetenz/kompetenz açısından üye devlet mahkemelerinin tepkisine neden olmuştur.

Özellikle Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri Divan tarafından Birlik hukukunun öncelik ilkesi kapsamında etkili uygulanmasının tercih edilmesi suretiyle Birlik kapsamında yeterli bir temel hak koruma standardının mevcut olmadığını ileri sürmüşlerdir. Ünlü *Solange I* kararı ile Alman Anayasa Mahkemesi, öncelik ilkesini

reddederken, Birlik organlarının çatışmaya neden olan kuralları kaldırmadığı sürece Anayasanın temel haklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu ilk uyarının ardından Alman Anayasa Mahkemesi tutumunu sertleştirmiş ve Divan'ın temel haklara Alman Anayasasında sağlanan koruma standardının altında koruma sağlaması halinde Birlik hukukunun geçerli olmayacağını vurgulamıştır. Öncelik ilkesi ve kompetenz-kompetenz sorununda ise üye devlet Anayasa Mahkemeleri ile Divan arasındaki ilişkinin netliğe kavuşturulması hedeflenmiştir. Üye devletler belli ölçüde egemenlik yetkilerini Birliğe devretmeyi kabul etmiş olsalar da üye devlet anayasa mahkemeleri öncelik ilkesinin üye devlet anayasal hükümlerinden kaynaklandığını belirtmek suretiyle, aslında "Antlaşmaların Efendi"leri olarak egemenlik yetkilerinin halen kendilerinde olduğunu Maastricht ve Lizbon kararlarında belirtmeye çalışmışlardır. Söz konusu kararlardan da anlaşıldığı üzere Birlik kapsamında kayıtsız ve şartsız kabul gören bir öncelik ilkesinin varlığından söz etmek mümkün olmayıp, üye devlet yüksek mahkemeleri gerekli gördükleri her durumda müdahale edeceklerini açıkça dile getirmişlerdir.

Bu kapsamda temel hak koruması ilk olarak, Birlik hukukunun yeknesak olarak uygulanmasına hizmet edecek olan öncelik ilkesinin üye devlet yüksek mahkemeleri tarafından kabulünün sağlanması amacıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan-ABAD) tarafından ele alınmış olsa da bugün itibariyle Birliğin yazılı hatta hukuken bağlayıcılığa sahip bir temel hak kataloğuna sahip olması, bütünleşme sürecinin ekonomik alanın yanı sıra daha bir çok politika alanını da kapsamına dahil etmesi, Birliğin normatif güç olma konusunu da gündemine alması temel hak korumasının Birlik için de öncelikli konulardan biri olduğunu göstermektedir.

Nitekim, Divan tarafından Birlik standardı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu standard kapsamında ilk olarak Divan'ın yargı yetkisinde sadece Birlik kurumlarının tasarrufları yer alırken, Birlik hukukunu uygulamaya yönelik üye devlet tasarrufları ile üye devletlerin serbest dolaşım ilkesine Antlaşmada öngörülen istisnalar çerçevesinde sınırlama getiren tasarruflarda dahil edilmiştir.

Öncelik ilkesinin üye devletlerce kabulünün sağlanmasına hizmet etmenin yanı sıra Avrupa Birliği kurumlarının hukuki tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminin sağlanması için de Birlik kapsamında temel hak korumasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bugün temel haklar konusunda Birlikte yaşanan gelişmelere bakıldığında temel hak koruması alanında gelinen noktanın Divan içtihadının bir sonucu olduğu söylenebilir. Özellikle belirtmek gerekir ki, kurucu Antlaşmalarda dahi yer verilmeyen temel haklar konusu Birlik içerisinde Divan içtihadı ile oluşturulmuş, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının (Şart) meydana getirilmesine de zemin hazırlamıştır.

Her ne kadar Birlik gündemine Divan içtihadı ile girmiş olsa da zaman içerisinde başta Birlik kurumlarının açıklama, bildiri ve kararları ardından antlaşmalarda temel hak konusuna yer verildiği görülmektedir. Yaşanan bu gelişmelerin nihayetinde 2000 yılı Nice Zirvesinde o gün itibariyle hukuki bağlayıcılığı bulunmasa da Birliğin kendine ait yazılı bir temel haklar kataloğu olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı üç Birlik kurumu tarafından ilan edilmiştir.

Temel Haklar Şartına ihtiyaç duyulma nedenleri, Şartın kapsam ve içeriği ve Şart hükümlerinin öncelik ilkesine etkisini incelediğimiz ikinci bölümümüzde, yazılı bir temel haklar kataloğunun özellikle siyasi entegrasyonu da gündemine alan

Birlikte bir araç olmanın yanı sıra, Birlik hukukunun etkin ve yeknesak kullanımına hizmet ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Üye devletlerin temel hak konusundaki yetkilerini paylaşmak istememeleri ve bu konudaki katı tutumları nedeniyle Şartın kapsamı net bir şekilde çizilmiştir. Buna göre, Şart hükümlerinin Birlik kurumları ile Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletleri kapsadığı kabul edilmiştir. İlan edildiği dönemde hukuki bağlayıcılığa sahip olmasa da Şartın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile olan ilişkisine de yer verilmiş olup, Şartın hiç bir hükmünün temel haklara ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer verilen düzenlemelere aykırı yorumlanamayacağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile temel haklara sağlanan korumanın alt sınır olduğu Şart ile getirilecek hiç bir düzenlemenin bu koruma seviyesinin altında olamayacağı düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu hükmün, öncelik ilkesini zedeleyeceği ileri sürülmüşse de madde metninde yer verilen ifadelerden buna imkan yaratılmadığı düşünülmektedir.

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuki bağlayıcılık kazanan Şart, Birlik birincil hukukuna dahil olarak gerek Birlik gerek ulusal mahkemelerde ileri sürülebilme imkanına kavuşmuştur. Böylece temel hak koruması Birlikte üç sütunlu bir yapı ile koruma altına alınmıştır denilebilir. Bunlar sırasıyla, Şart, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan haklar ve son olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar olarak ifade edilebilir. Şart dışında kalan diğer iki temel hak kaynağı aynı zamanda Birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturmaktadır. Bu bölümde ele alınan konulardan bir diğeri Şart'ın tüm üye devletler için hukuki bağlayıcılığa sahip olup olmadığıdır. Nitekim, Lizbon

Antlaşmasına eklenen 30 No'lu protokol Şart'ın Birleşik Krallık ve Polonya için konumunu tartışmalı bir hale getirmiştir. Kanımızca Protokolün sadece Şart'ın IV. başlığında yer verilen düzenlemelere ilişkin Birleşik Krallığa bir opt-out hakkı sağlayabileceği düşünülmektedir. Şart'a sağlanan bu hukuki bağlayıcılığın aynı zamanda normatif bir güç olma yolunda birliğe olumlu katkı sağlayacağı gibi, Birlik vatandaşları arasında yaratılamayan aidiyet duygusuna da hizmet edeceği açıktır.

Çalışmamızın son bölümü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Şart ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) – Avrupa Birliği Adalet Divanı arasındaki mevcut ilişkiye ve Lizbon Antlaşması ile Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımının ardından söz konusu olabilecek ilişki türlerine ayrılmıştır. Bu kapsamda mevcut durum içtihad hukukundan anlaşıldığı üzere işbirliği ve höşgörü ilişkisine dayanmakta olup, Birliğin AİHS'ye katılımı ile ilk olarak mevcut durumun muhafaza edilip edilmeyeceği sorusu irdelenmiştir. Kanımızca, işbirliği ve hoşgörüye dayalı ilişki devam edecek olsa da AİHM'nin Divan'ın sağladığı temel hak korumasına ilişkin oluşturduğu doktrini gözden geçirmesi gerekmektedir. Oldukça muğlak ifadelerle oluşturulan eşdeğer koruma doktrini mevcut hali ile temel hak koruması alanında çifte standart yaratmaya müsait olduğu gibi, bu şekilde gerçek bir temel hak korumasından bahsedilemeyeceği düşünülmektedir. İkinci olarak yanıtlanması gereken soru, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve AİHM arasındaki hiyerarşi sorunudur. Bilindiği üzere, AİHM'ye başvuru iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde söz konusu olup, ABAD bu sistem içerisinde bir iç hukuk yolu olarak mı kabul edilecektir? Bu sorunun cevabı evet bile olsa her iki mahkeme arasında hiyerarşiden çok uzmanlık ilişkisi olduğu düşünülmektedir. Divan önüne gelmeyen bir takım uyuşmazlıkların

doğrudan AİHM önüne gitmesi Birlik hukukunun özerk niteliği ve öncelik ilkesini olumsuz yönde etkilemeyecek midir? bu konuda Birlik hassasiyetini bir çok kez dile getirmiş olup, Birliğin AİHS'ye katılımı için halen üzerinde çalışılan taslak katılım anlaşmasında "ortak davalı" gibi bir takım yeni mekanizmalar devreye sokularak bu endişelerin giderilmesine, Birlik hukukunun özerk niteliğinin muhafazasına çalışılmaktadır.

Temel Haklar Şart'ının hukuki bağlayıcılık kazanmasıyla bu durumun başta öncelik ilkesi olmak üzere Birliğe bir çok alanda olumlu getirisi olduğu anlaşılmaktadır. AİHS'ye katılım usulünde Birlik hukukunun öncelik ilkesi ve özerk niteliğinin özellikle korunmaya çalışıldığı dikkati çekerken Divan'ın son dönem içtihadında da anlaşıldığı üzere temel hak koruması Birlik birincil hukukuna dahil olup, uyuşmazlık halinde zaten öncelikle uygulanır hale gelmiştir. Hatta Divan'ın AİHM'den de cesur davranarak temel hak konusunu uluslararası hukukun üstünde tuttuğu ve öncelikli uygulamayı temel hak konusuna tanıdığı yine Divan içtihadından anlaşılmaktadır.

Birlik birincil hukukunda yer alan bir temel hak kataloğunun öncelik ilkesini tehlikeye düşürmek bir yana her ikisinin birbirine pararlel konular olduğu ve birbirlerine hizmet ettikleri çok açıktır. Nitekim böyle bir uyum Birliğin çıkarlarına da uygun olup, Birlik hukukunun etkin ve yeknesak uygulanması güvence altına alınarak, temel hak konusunda yeterli düzeyde korunma sağlanmaması halinde denetimin kendilerinde olduğunu sürekli olarak yineleyen üye devlet yüksek mahkemelerine de bir cevap niteliğindedir.

Bugün itibariyle AİHS'ye katılım halen gerçekleşmemiş olsa da yapılan

hazırlık çalışmaları tarafların bu konuda istekli oldukları ve olası problemleri çözme konusunda hassasiyet gösterdiklerini doğrulamaktadır. Her ne kadar sorunsuz bir katılım hedeflensede, uygulama katılım anlaşmasının başarılı olup olmadığını gösterecektir.

Sonuç olarak Birlik kapsamında temel hak koruması hukuki bağlayıcılık kazanarak Birlik birincil hukukuna dahil olmuş ve Avrupa düzeyinde tutarlı bir koruma sağlanmasına imkan yaratılmıştır. Öncelik ilkesinin kabulünde en büyük engel olarak ileri sürülen temel hak konusu yaşanılan bu gelişmelerle birlikte öncelik ilkesinden en çok faydalanan konuların başına yerleşmiştir. Öte yandan Temel Haklar Şartının hukuki bağlaycılığa sahip olması ve Birliğin AİHS'ye katılımının antlaşma metinlerine girmesi, Birliğin normatif bir güç olma arzusuna da olumlu yönde katkı sağlayacaktır.

ABSTRACT

Protection of fundamental rights is one of the most important subjects for European Union (EU). This study which consist of three main chapters, analyzes the phases of the protection of fundamental rights and the relationship between the principle of supremacy and fundamental rights.

In the first chapter, the type of the relationship between the principle of supremacy and the protection of fundamental rights is tried to be determined. The principle of supremacy is a principle of EU law which is established by the European Court of Justice. According to this doctrine whenever a legal dispute arises between the provisions of EU law and the provisions of national law, EU law takes precedence over national law including constitutional norms as well. Besides, the ECJ claimed that a new legal order had been created with the European Community for the benefit of which member states have limited their sovereign rights albeit within limited fields. All legal systems in the Community have had to deal with the claim by the ECJ to supremacy over national law. It has been quite difficult for constitutional courts of some Member States to accept the principle of supremacy because of their constitutional traditions. In due course the national constitutional courts have accepted the supremacy doctrine. However acceptance of the principle was based not on EU law but on national constitutional traditions. Within this context, the reactions of the constitutional courts comprise three interrelated problem areas; namely the problem of constitutional review, the problem of fundamental rights and the problem of kompetenz-kompetenz.

Especially the German and Italian constitutional courts asserted that ECJ

jurisprudence on the fundamental rights is below the required standard for the protection of fundamental rights. The German constitutional court in *Solange I* case, while rejecting the principle of supremacy, stated that in the conflict of norms, the guarantee of fundamental rights in the Basic Law prevails as long as the competent organs of the Community have not removed the conflict of norms in accordance with the Treaty mechanism. After this warning, the court made the general statement that, "as long as the integration process has not progressed so far that Community law also contains an explicit catalog of fundamental rights, passed by a Parliament, valid and equivalent to the catalog of fundamental rights of the Basic Law".

The problem of Kompetenz-Kompetenz concerns the question of which court decides the boundaries of the EU's legislative competence and it has targeted to be clarified. Even though member states have transferred sovereign rights to the EU, the constitutional courts, by implying that the legal foundation of the supremacy based on national constitutions, emphasized that the member states remained "masters of the treaties". In accordance with the case law of the national constitutional courts, it seems impossible to say that there is an absolute supremacy over domestic law. In both Maastricht ad Lisbon cases, German constitutional court restates that it intervenes if necessary.

The protection of fundamental rights is taken into account by the European Court of Justice for the first time, to enable the admissibility of the priority doctrine which helps to maintain the uniformity of EU law by member states. However, in addition to the economic integration, when EU, moved towards political integration, the ECJ gave more importance to the fundamental rights. This change in attitude, can

easily be understood from the jurisprudence of the ECJ. In the beginning of this alternation, the ECJ was accused of giving more emphasis on fundamental freedoms against fundamental rights and at the same time using fundamental rights as a tool for achieving the free movement. Although I am partly agreeing with these accusations, considering the fact that the driving force role behind the integration was given to the ECJ, the jurisprudence of the ECJ seems appropriate. The case law of the ECJ should not be construed as if the fundamental rights are omitted by the ECJ. Even though the protection of fundamental rights was taken into EU's agenda because of the member states compulsion in the beginning, the protection of fundamental rights became an indispensable subject for the EU since the change occurred in EU's aims. Moreover, the ECJ has begun to establish a uniform EU standard of protection of fundamental rights in the EU. In this respect, whilst the judicial competence of the ECJ only includes the acts of the EU's institutions, The Court has inserted the power to review Member State actions implementing Community law and derogating from Community law into its judicial competence.

In addition to contributing to the adoption of the principle of supremacy by member states, the protection of fundamental rights is also admitted as an obligation to review the legality of the acts of Community institutions. It can easily be said that even there are no provisions regarding fundamental rights in the Treaties, the current position of the fundamental rights in the EU is a result of the ECJ's jurisprudence. The ECJ's jurisprudence also paved the way for establishing the Charter of Fundamental Rights.

Although the fundamental rights at first took place in the EU's agenda by the

ECJ's jurisprudence, it gained a place in the Treaties after the announcements, decisions and statements of the EU's institutions. These were followed by the development of the Charter, which was officially proclaimed at the Nice Summit in 2000 by three EU institutions. Even though not formally legally binding, since its declaration it has a political significance.

The needs for a Charter in the EU, the scope and the context of the Charter and whether the protection of fundamental rights affect the principle of supremacy are the main subjects covered in the second chapter of this study.

A written catalogue of fundamental rights is important for the EU not only for the considered political integration, but also for the uniform and effective application of the EU law. The scope of the Charter is drawn sharply because of the EU member states' reluctance to share the competence in fundamental rights and their hardline approach to the Charter. In accordance with the provisions, the Charter applies to EU institutions and to the member states when they implement EU law. Even though the Charter was not legally binding when it was declared, it contains a provision that regulates the relationship between the Charter and the ECHR. Consistent with this article, the protection of fundamental rights under ECHR is accepted as the lower limit for the protection of fundamental rights. This means that the level of protection afforded by the Charter may never be lower than the protection of fundamental rights provided by the ECHR.

The Charter of Fundamental Rights has become legally binding upon the entry into force of the Lisbon Treaty. Even though the Charter does not form part of the Treaties, it is attributed the same legal value as the Treaties, which means that it

should be regarded as part of ‘primary law’ of the EU. In accordance with this new legal status, the Charter of Fundamental Rights has also become directly enforceable by the EU and national courts.

The Lisbon Treaty has established a three pillars of the system for the protection of fundamental rights consisting of the Charter, rights guaranteed by the ECHR and the rights derived from the constitutional traditions common to member states. Except Charter, the others also constitute the general principles of the EU law.

Another subject discussed in this chapter is whether the charter of fundamental rights has become legally binding for all member states or not. The attached protocol no 30 to the Lisbon Treaty has blurred the binding force of the charter on UK and Poland. In our opinon, The Protocol is not an opt-out from the Charter. The Charter will apply in the UK, except where there is evidence of an opt-out from the rights outlined in Title IV. Outside these areas, the Charter will continue to apply to the UK and Poland.

The last chapter of this study is devoted to two main subjects. Firstly, the current relationships between the Charter-ECHR and the ECJ-European Court of Human Rights are evaluated. Secondly, the possible relationship between two courts after the EU accession to ECHR is being considered. In the current situation the relationship between two courts is based on cooperation and tolerance, but the question that should be answered is whether the current situation will endure after the accession of the EU to the ECHR. Even if the current situation continues, the ECHR should revise its approach (doctrine) to the protection of fundamental rights standard ensured by the ECJ. The ECHR's approach which is called equivalent protection

doctrine, is not only ambiguous but also has a potential to create double standard in the protection of fundamental rights. The second problem in this relationship is the hierarchy between two courts. As known, the ECHR can only deal with an application after all domestic remedies have been exhausted. The problem is whether the ECJ will be admitted as a domestic remedy. Even if the answer is positive, will it affect the autonomy of EU law and the priority doctrine negatively? First of all, it should be stated that the relationship between the two European courts shall not be hierarchical but rather a relationship of specialisation. On the other hand, it is thought that the concerns raised about the autonomy of the EU law and the supremacy doctrine are invalid. The solution of this problem depends on how the accession method of the EU to the ECHR is framed. The draft agreement on the accession of the EU to the Convention elaborates new legal instruments such as co-respondent mechanism. The introduction of such a co-respondent mechanism would preserve the autonomy of EU law by involving ECJ through preliminary ruling in judgement. Since the preparation of the draft accession agreement, the parties are sensitive to elaborate the rules of the accession in order to preserve the autonomy of the EU law.

The recent case law of the ECJ shows that the fundamental rights has become an integral part of the EU and fundamental rights provisions take precedence over national and international law. Moreover, on the contrary of the ECHR, ECJ has accepted fundamental rights as constitutional norms of the EU which has primacy not only over national law but also international law.

In conclusion, the Charter of the Fundamental Rights has the same legal value as the European Union treaties which makes it a part of the primary law of the EU

which is also a response to the question whether the Charter could form a threat to the supremacy of Community law. The answer is clear, one of the major purposes of strengthened human rights protection at the Community level is precisely to safeguard the supremacy principle. In other words, the conception of supremacy doctrine and the fundamental rights has become inseperable. In addition to this, after EU's accession to the ECHR, there can be a consistent fundamental rights jurisprudence in Europe. Far from being an obstacle to the supremacy of EU law, the EU accession to the ECHR and a high standard of fundamental rights protection by having a legally binding Charter of Fundamental Rights will contribute to the EU in order to become a normative power. Finally, recent developments ensure that the protection of fundamental rights is going towards a stronger and more coherent system not only in the EU, but also all over Europe.