T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması

Ahmet Burak BİLGİN

2502090459

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Murat Yanık

İstanbul, 2015

Bu tez, İstanbul Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi Tarafından Desteklenmiştir. Proje No: 17402

T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
1982 ENSTİTÜSÜ

DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : **AHMET BURAK BİLGİN** Numarası : **2502090459**

Anabilim/Bilim Dalı : **KAMU HUKUKU** Danışman : **DOÇ.DR.MURAT YANIK**

Tez Savunma Tarihi : **06.07.2015** Tez Savunma Saati : **10:00**

Tez Başlığı : **AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İNSAN HAKLARININ GELİŞİMİ VE KORUNMASI**

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.HALUK KABAALİOĞLU		Kabul.
2-PROF.DR.ABDURRAHMAN EREN		
3-PROF.DR.KEMAL BAŞLAR		KABUL
4-DOÇ.DR.MURAT YANIK		Kabul
5-DOÇ.DR.HÜSEYİN ÖZCAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. –DOÇ.DR.KEMAL ŞAHİN		
2. –DOÇ.DR.KASIM KARAGÖZ		KABUL

‘’Avrupa Birliği’nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması’’

Ahmet Burak Bilgin

ÖZ

Çalışmanın konusu, *Avrupa Birliği’nde insan haklarının gelişimi ve Lizbon sonrası süreçte korunması ile bunun Avrupa Kıtası’ndaki insan hakları koruma sistemine etkileridir*. 2. Dünya Savaşı’nda enkaz haline gelen Avrupa Kıtası’nın yeniden inşası sürecinde, insan hakları (ve demokrasi ile hukukun üstünlüğü) noktasında başat aktör, Avrupa Konseyi olmuştur. Ancak başlangıçta insan haklarının korunmasından başka hedeflerle başlatılan birtakım uluslararası işbirliği girişimleri de, bu süreçte, temel kuruluş gayesinin yanına insan haklarının korunup geliştirilmesini de eklemiştir. Bunlardan birisi de, günümüzde ***Avrupa Birliği*** olarak bilinen oluşumdur. Savaş sonrasında Avrupa ölçeğinde yeni bir kitlesel savaş yaşanmasını önlemek şeklinde özetlenebilecek çabaların ürünü olarak başlatılan bu proje, ekonomik bir birliğe doğru yol almaya başlamış ve zamanla, kişilerin, malların, sermayenin ve emeğin serbestçe dolaştığı bir iç pazara dönüşmüş; günümüzde, para politikaları, vergi, gümrükler vs. konularda devletlerin egemenlik yetkilerini devrettiği, 28 üyeli dev bir entegrasyon modeli haline gelmiştir. Bu bütünleşmenin asıl amacı *ekonomik* olup *insan haklarının korunması*, başlangıçta birincil gaye olarak öngörülmemiştir. Nitekim başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere, sistem, bu konuda sessizliğe bürünmüştür. Bu noktada, siyasi liderlerin ve kurumların yap(a)madığını Birliğin yargı organı yapmış ve kuruluşunun ilk yıllarından itibaren *jürispüridansiyel bir insan hakları hukukunun* oluşmasını sağlamıştır. İçtihadi olarak başlatılan bu süreç, 1990’larda Birlik kurumları ve Üye Devletlerden siyasi-hukuki-kurumsal destek görmeye başlamıştır. Nihayet 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması’yla, bağlayıcı bir Temel Haklar Şartı’nın kabulü ve AİHS’ye üyelik gibi, insan hakları alanında, hem Birliğin kendisi hem de Kıta’nın bütünü için ‘’devrim’’ niteliğinde sayılabilecek adımlar atılmıştır. Çalışmada, 1970’lerden başlayan bu süreç, halihazırda Lizbon’la şekillenen anayasal yapıyla harmanlanarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: AB İnsan Hakları Hukuku, AİHS’ye Katılım, Temel Haklar Şartı

‘’The Development and Protection of Human Rights in the European Union’’

Ahmet Burak Bilgin

ABSTRACT

This study deals with *the development of human rights protection in the European Union and its situation in the post-Lisbon era as well as its implications on the human rights protection system through the European Continent*. Although the Council of Europe has served as the dominant actor for the protection and promotion of human rights (as well as democracy and rule of law) during the restoration process of post-War Europe, some other efforts for international co-operation which initially emerged for concerns other than human rights gradually extended their objectives to the protection and promotion of human rights. The European Union has been one of them. This project, which, in sum, was initiated as a result of concerns to prevent a new mass war in Europe, has forged ahead with an economic union and gradually turned to a common market where persons, goods, capital and services could freely circulate. Today we have a giant integration of 28 members through which states have increasingly transferred their sovereign powers in policy areas of monetary, taxation, energy and even foreign affairs etc. The main objective of this integration has been economics rather than politics. The founding fathers initially didn’t consider the protection of human rights a main concern like in the CoE. Accordingly the normative and organizational body of the project including the Founding Treaties remained silent on this issue. Then the judicial body of the organization took the wheel and established a *jurisprudential* human rights law from the outset of the integration. This protection based on case-law found support from the Union institutions and Member States since 90’s. Finally the Lisbon Treaty of 2009 has introduced some revolutionary developments such as bestowing a constitutionally binding human rights charter and paving the way of accession to the ECHR. In the study, this process, which started in 70’s, is handled in consolidation with the *status quo* shaped by Lisbon.

Keywords: EU Human Rights Law, Accession to the ECHR, Charter of Fundamental Rights

ÖNSÖZ

Günümüzde insan haklarıyla ilgili çalışmalar, akademik literatür içinde önemli bir yer işgal etmektedir. Bu kapsamdaki çalışmaların teorik olanları dışındakilerin, genelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinde yoğunlaştığı malumdur. 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunmasında anayasal bir şart konumuna yükselen ve bilhassa getirdiği bireysel başvuru ve zorunlu yargı yetkisi ile dünyadaki küresel ve bölgesel insan hakları koruma sistemleri içinde en etkin olanının AİHS sistemi olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte, başlangıçta ekonomik saiklerle kurulan ve malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı bir iç pazarın tesisine odaklanan günümüzdeki adıyla Avrupa Birliği projesi de, zamanla iç pazarın ötesinde, kendisine üye ülkelerin gümrük, para politikası, dış ticaret, göç, vizeler, enerji ve hatta dış politika gibi alanlarda egemenlik yetkilerinin bir kısmını devrettiği ve böylece bireyleri (ve dolayısıyla onların hak ve özgürlüklerini) doğrudan etkileme potansiyeline sahip bir iktidar aygıtına dönüşmüştür. Bu ise, önce içtihadi sonra da anayasal normatif planda bir insan hakları koruma sistemini beraberinde getirmiştir. Bu sürecin son halkası ise, 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması olup, 64 yıllık bütünleşme projesinin bu yeni belgesi, başta Birliğin bağlayıcı bir temel haklar metnine kavuşturulması ve AİHS sistemine katılım olmak üzere, devrim niteliğinde gelişmeleri beraberinde getirmiştir.

Tüm bu süreç ise, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda*, doğrudan bir insan hakları örgütü olarak olmasa da, en azından insan haklarını da temel gündem maddesi olarak koruyup gözeten bir ulus-üstü örgüt olarak Avrupa Birliği'nin de incelenmesini gerekli kılmaktadır. Akademik literatürde, insan haklarıyla ilgili çalışmaların AİHS sistemine yoğunlaşması yanında, Avrupa Birliği ile ilgili çalışmalarda da, meselenin insan hakları yönü pek ilgi görmemiştir. Oysa Avrupa ve hatta Amerika'da, *AB İnsan Hakları Hukuku* olarak tarif edebileceğimiz bu disiplin, yıllardır kapsamlı akademik çalışmalara konu olmaktadır. AB'nin bir insan hakları örgütüne dönüşüp dönüşmeyeceği, AB Hukukunda insan haklarının etkin bir şekilde korunup korunmadığı, AİHS'ye katılımın hem AB hem de Avrupa Kıtası ölçeğinde bireysel hakların korunmasına ve buradaki iki büyük mahkeme olan AB Adalet Divanı ile AİHM arasındaki ilişkilere muhtemel etkileri gibi meseleler, yoğun biçimde tartışılmaktadır. Aslında konu, mukayeseli hukukun yanısıra Türkiye'yi de yakından

ilgilendirmektedir. Türkiye'nin, hem AİHS'ye taraf hem de AB'ye üyelik sürecinde bir ülke olduğu düşünülürse; ayrıca henüz üye olmasak da, AB ile aramızda 1963 yılından beri Ankara Anlaşması'yla başlayan bir *Ortaklık Hukuku'nun* var olduğunu ve Birlik yargısının, (Türkiye üzerinde değil ama) AB ülkeleri üzerinde *Ortaklık Hukukunun* uygulanmasına ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olduğunu (bu bağlamda açılan ve kimi insan hakları boyutu taşıyan 40'ın üzerinde dava vardır) düşündüğümüzde, konunun ülkemiz açısından önemi daha da belirginleşmektedir. Üstelik bu gelişmelerin sadece AB düzeyinde etkileri olacağını söylemek de, oldukça naif bir yaklaşım olur. 47 üyeli Avrupa Konseyi'nin yarısından fazla üyesinin parçası olduğu bir ulus-üstü örgüt bünyesinde, son 50 yılın en temel meselelerinden biri olan insan hakları alanında yaşanan gelişmelerin Kıta'nın geneline etkilerinin olacağını söylemek, aşırı bir ileri-görüşlülük olmasa gerektir. Çalışma, Türk doktrinindeki bu eksikliği gidermeyi amaçlamaktadır.

Çalışma, nispeten uzun sayılabilecek bir sürede tamamlanmıştır. Bu süreçte, fakültedeki öğrencilik dönemimden beri Avrupa Birliği ile ilgili meselelere alaka duymam konusunda beni sürekli teşvik eden ve mezun olur olmaz bu konuda Türkiye'nin en köklü sivil toplum kuruluşlarından birinde AB uzmanı olarak kariyer yapmamı sağlayan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Haluk Kabaalioğlu Hocam'a; AB Hukuku arkaplanına sahip bir anayasa hukukçusu olarak her iki disipline dair bilgi ve yeteneklerimi kullanabileceğim bir çalışma yapmam konusunda beni yönlendiren danışman hocam Doç. Dr. Murat Yanık'a; görece uzun sayılabilecek hacimdeki tezi okuyarak önemli katkılar sağlayan asistan arkadaşlarıma; beni misafir araştırmacı olarak davet ederek, bir buçuk yıllık bir sürede tezin üçte ikisinin yazımını yapmamı sağlayan Leiden Üniversitesi Avrupa Enstitüsü ve Oxford Üniversitesi Sosyo-Hukuki Araştırmalar Merkezi'nin idarecilerine ve bilhassa bu süre zarfında vakit ayırıp önemli katkılar veren Prof. Rick Lawson, Prof. Paul Craig ve Prof. Dennis Galligan'a; Türkiye'deki çalışmalarımda motive edici bir çalışma ortamını bulduğum İSAM Kütüphanesi'nin personel ve idarecilerine; yurtdışındaki araştırmalarım sırasında önemli miktarda burs desteği sağlayan TÜBİTAK ve üniversitemizin Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi'ne; ve nihayet sürecin başından beri, yurtdışındaki çalışmalar da dahil olmak üzere her türlü zor durumda bir an bile yanımdan ayrılmayan kıymetli eşime, en kalbi hislerimle teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **III**

ABSTRACT ..... **IV**

ÖNSÖZ ..... **V**

KISALTMALAR LİSTESİ ..... **XIV**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMU VE GELİŞİMİ: JÜRİSPRÜDANSİYEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI **17**

1.1. SAVAŞ SONRASI DÖNEMDE AVRUPA'DA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE AB PROJESİNİN ROLÜ **19**

1.1.1. İLK GIRIŞIMLER ***20***

1.1.2. AVRUPA TOPLULUKLARININ KURULMASI VE İNSAN HAKLARI KORUMASINDA DURAKLAMA ***23***

1.1.3. ADALET DİVANI ELİYLE SESSİZLİĞE SON VERİLMESİ VE JÜRİSPRUDANSİYEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DOĞUŞU ***31***

1.1.4. KORUMAYLA BİRLİKTE ORTAYA ÇIKAN MESELELER ***31***

1.1.5. ARA-DEĞERLENDİRME ***32***

1.2. JÜRİSPRÜDANSİYEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMUNDA BİRİNCİ PERDE: ARKAPLAN VE MAHKEMELER ARASI REKABET / İŞBİRLİĞİ **36**

1.2.1. GENEL OLARAK ***36***

1.2.2. ADALET DİVANI'NIN TOPLULUK/BİRLİK HUKUKU İÇİNDEKİ KONUMU VE ÖN-KARAR (PRELIMINARY RULING) MÜESSESESİ ***37***

1.2.3. KURUCU ANTLAŞMALARIN SESSİZLİĞİ VE ANTLAŞMALARDA İNSAN HAKLARINI ''ÇAĞRIŞTIRAN'' HÜKÜMLER ***43***

1.2.4. İNSAN HAKLARINA DAYALI DENETİM TALEPLERİNİN ADALET DİVANI'NCA GÖZ ARDI EDİLMESİ ***48***

1.2.5. YARGISAL AKTIVIZM VE ''SUI GENERIS'' BIR HUKUK DÜZENININ DOĞUŞU: ÜSTÜNLÜK VE DOĞRUDAN ETKI DOKTRINLERININ ORTAYA KONULMASI 56

1.2.5.1. Genel Olarak 56

1.2.5.2. Topluluk Hukukunun Doğrudan Etkili Olması 58

1.2.5.3. Topluluk Hukukunun Üstünlüğü 60

1.2.6. ULUSAL MAHKEMELERDEN İNSAN HAKLARI TEMELLI İLK İTIRAZLAR: ADALET DIVANI ILE ULUSAL MAHKEMELER ARASINDAKI REKABET/İŞBIRLIĞI 67

1.2.7. TOPLULUKTA İNSAN HAKLARI KORUMASINA YÖNELIK İHTIYAÇ, DINAMIKLER VE FELSEFI ARKAPLAN 79

1.3. OYUNDA İKİNCİ PERDE: REKABETİN / İŞBİRLİĞİNİN MEYVESİ OLARAK İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE AB INSAN HAKLARI HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI 92

1.3.1. GENEL OLARAK 92

1.3.2. İLK DAVALAR VE TOPLULUK TASARRUFLARININ DENETLENMESINDE HUKUKUN GENEL İLKELERI OLARAK İNSAN HAKLARININ KULLANILMAYA BAŞLANMASI 95

1.3.3. TOPLULUK İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GELIŞTIRILMESI 102

1.3.3.1. Kaynak Yönünden: Uluslararası/Ulusal-üstü Standartların Topluluk Hukukuna Aktarımı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne İlk Atıflar 103

1.3.3.2. Denetimin Kapsamı Yönünden: Üye Devlet Tasarruflarının İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Denetlenmesi 105

1.3.4. PERDEYI KAPATIRKEN: İÇTIHADI HAKLAR KATALOĞU VE DIYALOĞA ETKI 106

1.3.4.1. İnsan Hakları Korumasında Gelinen Nokta: İnsan Hakları ''Corpus Iurisi''nin Oluşumu ve Korunan Haklar (İçtihadi Haklar Kataloğu) 107

1.3.4.2. İçtihadi Korumanın Mahkemeler Arasındaki Rekabete Etkisi ve Ulusal Mahkemelerden İlk Tepkiler 108

1.3.5. DEĞERLENDIRME 125

1.4. JÜRİSPRÜDANSİYEL SÜREÇ SONUNDA GELİNEN NOKTA VE İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA SORUNLAR 130

1.4.1. SÜRECIN DEĞERLENDIRILMESI 130

1.4.2. JÜRISPRÜDANSIYEL KORUMANIN SÜRDÜRÜLEBILIRLIĞI VE HANDIKAPLAR 142

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMU VE GELİŞİMİ SÜRECİNDE SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER 167

2.1. SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELERİN ARKAPLANINDAKİ DİNAMİKLER 169

2.1.1. GENEL OLARAK 169

2.1.2. İNSAN HAKLARININ 21. YY.'DE TEMEL MEŞRUIYET KAYNAKLARINDAN BIRI OLMASI ... 170

2.1.3. ENTEGRASYON SÜRECININ DOĞAL SONUCU OLARAK İNSAN HAKLARININ KORUNUP GELIŞTIRILMESI İHTIYACI 175

2.1.4. TOPLULUĞUN/BIRLIĞIN KARŞILAŞTIĞI PROBLEMLERIN ÇÖZÜMÜNDE DESTEK KUVVET OLARAK İNSAN HAKLARINA BAŞVURULMASI İHTIYACI 180

2.1.5. DIŞ İLIŞKILERDE İNSAN HAKLARININ AKTIF BIR UNSUR VE STANDART OLARAK KULLANILMASININ DOĞURDUĞU İHTIYAÇ 188

2.1.6. JÜRISPRÜDANSIYEL KORUMANIN EKSIKLIKLERINE/ HANDIKAPLARINA BIR ÇÖZÜM YOLU OLARAK İNSAN HAKLARINA BAŞVURULMASI 190

2.1.7. DEĞERLENDIRME 191

2.2. KRONOLOJİK OLARAK SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER 193

2.2.1. GENEL OLARAK 193

2.2.2. TEK AVRUPA SENEDI'NE KADARKI DÖNEM: SOLANGE-I'E İLK TEPKILER, KOMISYON'UN HAREKETE GEÇMESI, PARLAMENTO'NUN İŞTIYAKI VE İLK KURUMSAL DESTEKLER 195

2.2.3. TEK AVRUPA SENEDI'NDEN ANAYASA VE LIZBON ANTLAŞMASI'NA KADARKI DÖNEM .. 210

2.2.3.1. Tek Avrupa Senedi – Maastricht Arası Dönem ve İnsan Hakları 210

2.2.3.1.1. Senet'in Getirdikleri 210

2.2.3.1.2. Maastricht Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler 211

2.2.3.2. Maastricht Antlaşması Dönemi İnsan Hakları Gelişmeleri 218

2.2.3.2.1. Maastricht'in Getirdikleri 218

2.2.3.2.1.1. Birliğin Temel Bir Değeri Olarak İnsan Hakları ve Madde F 218

2.2.3.2.1.2. L Maddesi ve İnsan Hakları Standartlarının / Yükümlülüklerinin Yargısal Denetimi 224

2.2.3.2.1.3. Birlik Vatandaşlığı 227

2.2.3.2.2. Amsterdam Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler 228

2.2.3.3. Amsterdam – Nice Arası Dönem ve İnsan Hakları 232

2.2.3.3.1. Amsterdam'ın Getirdikleri 232

2.2.3.3.1.1. Amsterdam ve Maddi Yönden İnsan Hakları Alanında Getirdikleri .. 233

2.2.3.3.1.2. Amsterdam ve İnsan Hakları Yükümlülüklerinin / Standartlarının Yargısal Denetimi 241

2.2.3.2.1.3. Değerlendirme-Amsterdam 246

2.2.3.3.2. Nice Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler 247

2.2.3.4. Nice – Anayasa Arası Dönem ve İnsan Hakları 254

2.2.3.4.1. Nice ve Getirdikleri 254

2.2.3.4.2. Anayasa'ya Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler 257

2.2.4. ANAYASA'NIN GETIRDIKLERI VE HALEFI LIZBON ANTLAŞMASI ILE GELINEN NOKTA 259

2.2.4.1. Genel Olarak 259

2.2.4.2. Beklentiler, Reforma Giden Süreç, Atmosfer, Anayasal Konvansiyon ve Anayasa 262

2.2.4.3. Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Getirdikleri 269

2.2.4.4. Süreci Kurtarmak ve Lizbon Antlaşması 276

2.2.4.5. Lizbon Antlaşması ve İnsan Hakları 282

2.3. KATEGORİK OLARAK SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER 286

2.3.1. KURUMSAL KAPASITENIN GELIŞTIRILMESI 286

2.3.2. PARLAMENTER GÖZETIM: PARLAMENTO'NUN YILLIK RAPORLARI 293

2.3.3. DIŞ İLIŞKILER VE İNSAN HAKLARI 295

2.3.4. İKINCIL MEVZUAT VE İNSAN HAKLARI 306

2.3.5. AB'YE ÖZGÜ BIR TEMEL HAKLAR KATALOĞU HAZIRLANMASINA YÖNELIK SÜREÇ: TEMEL HAKLAR ŞARTI 307

2.3.5.1. Genel Olarak 307

2.3.5.2. Şart'a Giden Tarihsel Süreç ve Öncüller 308

2.3.5.3. Projenin Temel Haklar Şartı Olarak Ete Kemiğe Bürünmesi 315

2.3.5.4. AB Anayasası ve Temel Haklar Şartı'nın Durumu 327

2.3.5.5. Anayasa Projesinin Rafa Kaldırılması ve Şart'ın Geleceği.....331

2.3.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESI'NE KATILIMA YÖNELIK SÜREÇ 334

2.3.6.1. Genel Olarak 334

2.3.6.2. Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyi Arasındaki İlişkiler (İşbirliği mi Rekabet mi?) 338

2.3.6.3. Genel Olarak Avrupa Siyasetinde Katılım Bağlamında Yaşanan Gelişmeler 342

2.3.6.4. Katılıma Giden Tarihsel Süreç 344

2.3.6.5. AB Anayasası ve Katılım.....361

2.3.6.6. Anayasa'nın Ölümü, Lizbon ve Gelinen Nokta.....366

2.3.6.7. Avrupa Konseyi Cephesinde Katılımın Hukuki Zemininin Oluşturulması.....369

2.3.6.8. Katılıma Yönelik Müzakereler ve Bu Süreçte Yaşanan Diğer Gelişmeler: Lizbon ve 14 No'lu Protokol'den Taslak Katılım Anlaşması'na Kadarki Süreç 372

2.3.6.9. Katılımla Ortaya Çıkacak Meseleler.....379

2.3.7. DEĞERLENDIRME: SIYASI-HUKUKI-KURUMSAL DIĞER GELIŞMELER.....385

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ESASLARI: TEMEL HAKLAR ŞARTI VE AİHS'YE KATILIM BAĞLAMINDA LİZBON SONRASI DURUM 394

3.1. AB İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN KAYNAKLARI 396

3.1.1. GENEL OLARAK.....396

3.1.2. HUKUKUN GENEL İLKELERI – İÇTIHADI KAYNAK.....403

3.1.2.1. AB Hukuk Düzeninde Hukukun Genel İlkeleri 404

3.1.2.2. Temel Haklar Olarak Hukukun Genel İlkelerinin Alt/Yardımcı Kaynakları.....415

3.1.2.2.1. Ulusal Standartlar – Ortak Anayasal Gelenekler 416

3.1.2.2.1.1. Genel Olarak: İlk Atıflar ve Müesesenin Tesisi 416

3.1.2.2.1.2. ''Ortak'' Kavramı – Ortak Anayasal Gelenek Olarak Kabulde Yaklaşımlar: Minimalist ve Maksimalist Koruma ve Orta Yol.....419

3.1.2.2.1.3. Lizbon Sonrası Dönemde Ortak Anayasal Geleneklerin Yeri.....434

3.1.2.2.2. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt/Yardımcı Kaynağı Olarak Uluslararası/Ulusal-üstü Standartlar ve Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 436

3.1.2.2.2.1. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt-Kaynağı Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 438

3.1.2.2.2.2. Diğer Uluslararası Belgelere/Sözleşmelere Atıf.....447

3.1.2.2.3. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt/Yardımcı Kaynağı Olarak Temel Haklar Şartı 459

3.1.2.3. Ortak Anayasal Geleneklerin ve AİHS ile Diğer Uluslararası Belgelerin (Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Bir Referans Olma Noktasındaki) Bağlayıcılıkları 461

3.1.2.3.1. Alt Kaynakların AB Hukukundaki Yerleri ve Hukuki/Yumuşak (Soft) Bağlayıcılık Meselesi 461

3.1.2.3.2. Çelişen İçhitatlar ve ''Soft'' Bağlayıcılık Meselesi 467

3.1.3. YENI, BAĞIMSIZ VE BAĞLAYICI TEMEL KAYNAK OLARAK TEMEL HAKLAR ŞARTI.....476

3.1.3.1. Şart'ın Hukuki Statüsü ve Genel Hatlarıyla İçeriği.....478

3.1.3.2. Şart'ın Uygulanma Kapsamı: Yatay Hükümler 480

3.1.3.3. Değerlendirme: İşlevi ve Oynayabileceği Rol, Yapabileceği Katkılar 493

3.1.4. KATILIM SONRASI BAĞIMSIZ BIR KAYNAK OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESI.....506

3.1.5. DEĞERLENDIRME: KAYNAKLAR 508

3.2. AB (İNSAN HAKLARI) HUKUKUNUN YAZILI VE YAZISIZ İNSAN HAKLARI KATALOĞU.....513

3.2.1. GENEL OLARAK.....513

3.2.2. TEMEL HAKLAR ŞARTI'NDA DÜZENLENEN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER 514

3.2.2.1. Genel Yapı 514

3.2.2.2. Liste: Hak, Özgürlük ve İlkeler.....516

3.2.2.3. Değerlendirme.....519

3.2.3. GENEL HUKUK İLKELERI OLARAK (DIVAN TARAFINDAN) TANINAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER 522

3.2.4. DEĞERLENDIRME: YAZILI VE İÇTIHADI KATALOG 566

3.3. AB İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN KAPSAMI 567

3.3.1. GENEL OLARAK.....567

3.3.2. İNSAN HAKLARININ OYNADIĞI ROL VE YARGISAL DENETIMDE DEVREYE GIRMESI.....569

3.3.3. İNSAN HAKLARI DENETIMINE TABI TASARRUFLAR 582

3.3.3.1. Genel Olarak 582

3.3.3.2. Birlik Kurum ve Organlarının Tasarruflarının Bir Sınırı Olarak İnsan Hakları – Kural: Tam Denetim / İstisna: ODGP / İstisnanın İstisnası: Bireysel ODGP Kararları.584

3.3.3.3. Üye Devlet Tasarruflarının Bir Sınırı Olarak İnsan Hakları.....588

3.3.3.3.1. Genel Olarak.....588

3.3.3.3.2. AB Hukuku Kapsamındaki Ulusal Tasarruflar.....591

3.3.3.3.3. Topluluk/Birlik Hukukunun Kapsamının Sınırları Sorunu ve AB Hukukunun Kapsamına Girmeyen (İç) Meseleler 602

3.3.3.3.4. İstisna: Cezai Konularda Polis ve Diğer Kolluk Operasyonları 617

3.3.3.3.5. Değerlendirme: Ulusal Tasarrufların İnsan Hakları Denetimi.....620

3.3.4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERIN SINIRLANMASI VE BU BAĞLAMDA TEMEL HAKLARLA – TEMEL SERBESTILER ARASINDAKI DENGE.....624

3.3.4.1. Genel Olarak 624

3.3.4.2. AB İnsan Hakları Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırları ve Sınırlanmasının Esasları 626

3.3.4.3. Temel Haklar-Temel Serbestiler Mücadelesi 639

3.3.4.4. Temel Haklar Arasındaki Mücadele ve Denge 646

3.3.4.5. Değerlendirme: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı ve Karşılıklı Hak ve Menfaatlerin Dengelenmesi Meselesi 650

3.3.5. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERIN YATAY (KIŞILER-ARASI) ETKISI.....657

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....669

KAYNAKÇA 679

ÖZGEÇMİŞ.....718

KISALTMALAR LİSTESİ

AAET : Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB : Avrupa Birliği
ABA : Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİA : Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
a.e. : Aynı Eser
AET : Avrupa Ekonomik Topluluğu
AETA : Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması
a.g.e. : Adı Geçen Eser
AGİT : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AGİK : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
AIYDİM : Avrupa Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı İzleme Merkezi
AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK : Avrupa Konseyi
AKÇT : Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
art. : Article (Madde)
ASAT : Avrupa Savunma Topluluğu
ASŞ : Avrupa Sosyal Şartı
AST : Avrupa Siyasi Topluluğu
AT : Avrupa Toplulukları
ATA : Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHF : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM : Anayasa Mahkemesi
bkz. : Bakınız
BM : Birleşmiş Milletler
c. : Cümle
CETS : Council of Europe Treaty Series (Avrupa Konseyi Antlaşmalar Dizisi)

CMLR	: Common Market Law Review
CoE	: Council of Europe (Avrupa Konseyi)
Dec.	: Declaration (Deklarasyon)
Doc.	: Document (Belge)
EEC	: European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
EC	: European Communities (Avrupa Toplulukları)
ECR	: European Court Reports (Adalet Divanı Kararlar Dergisi)
ECHR	: European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
ECtHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
Ed. by	: Edited by (... tarafından edit edilmiştir)
EP	: European Parliament (of the European Union) (Avrupa Parlamentosu)
EPC	: European Political Cooperation (Avrupa Siyasi İşbirliği)
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
et al.	: Ve Diğerleri
etc.	: Ve Benzeri
EU	: European Union (Avrupa Birliği)
HAK	: Hükümetler-arası Konferans
Ibid.	: Aynı Eser/Yer
ICCPR	: International Convention on Civil and Political Rights (bkz.: MSHS)
ICESCR	: International Convention on Economic, Social and Cultural Rights (bkz.:ESKHS)
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İÜSBF	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
infra	: Aşağıda
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
op.cit	: Adı Geçen Eser
O.J.	: Official Journal (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)
p.	: Page (Sayfa)
pp.	: Pages (Sayfalar)

para.	: Paragraf /Paragraph
paras.	: Paragraphs (Paragraflar)
Res.	: Resolution (Karar)
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
sent.	: Sentence (Cümle)
supra	: Yukarıda
t.y.	: Basım Tarihi Yok
THŞ	: Temel Haklar Şartı
trans. By	: Translated by (... tarafından çevrilmiştir)
v.	: Versus (Karşı)
vb.	: Ve Benzeri
vs.	: Ve Sair
w.date	: No Date of Publication (Basım Tarihi Yok)
w.place	: No Place of Publication (Basım Yeri Yok)
y.y.	: Basım Yeri Yok
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Çalışmanın ana teması, ‘’**Avrupa Birliği’nde insan haklarının gelişimi ve halihazırda korunmasıdır’’.** Günümüz hukuk ve siyaset gündeminin en başta gelen konularından birinin insan hakları olduğu şüphesizdir. Teorik olduğu kadar pratik bir sorun olarak da insan hakları, gerek ulusal gerek uluslararası kamuoylarının gündemlerinin baş sıralarında bulunmaktadır. Kökenleri daha eskilere kadar götürülebilmekle birlikte, esasında insan hakları düşüncesi, modern anlamda “doğal haklar” adı altında 17. yüzyılda dile getirilmiştir. Her insanın doğuştan sahip olduğu ve akıl yoluyla çıkarılabilecek birtakım haklarının bulunduğu belirtilerek; bu haklar, *hayat, hürriyet ve mülkiyet* olarak sıralanmıştır. İnsan haklarının bu fikri temellerinin ardından gelen İngiliz (1688 Bill of Rights) ve Amerikan (1776 Bağımsızlık Bildirisi) devrimleri ve onu takip eden Fransız Devrimi (1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi), insan haklarının artık sadece felsefi ve fikri planda değil, hukuken bağlayıcı metinler olarak da ortaya çıkışı sürecini başlatmıştır. Bu bildirge geleneğini tamamlayan ise, anayasacılık dalgası olmuştur. Özellikle 19. yüzyıl boyunca ve akabinde 20. yüzyılın başlarında yapılan anayasalar, ya kendi içlerinde (elbette ki kendi ideolojileri doğrultusunda) temel haklara yer vermiş; ya da bir insan hakları metnine atıf yaparak hakları güvence altına almıştır.

İnsan hakları için asıl dönüm noktası ise, yaşanan iki dünya savaşının (ve özellikle de ikincisinin) sonucunda insanlığın yaşadığı acı tecrübe olmuştur. Artık, insan haklarının ulusal ölçekte korunmasının yetersizliği anlaşılmış ve devletlerin işbirliğine dayalı insan hakları koruma mekanizmalarının oluşturulması talepleri dile getirilmeye başlanmıştır.[1] Elbette ki, Westfalya egemen devletler sisteminin halen geçerli olduğu ve ulus-devletin gücünü koruduğu 20. yüzyılın ilk yarısı için, özellikle ‘’dış’’ egemenliğin (bilhassa da siyasi meselelerde) sınırlanması, kabul edilmesi kolay bir gelişme değildi. Ancak Savaş’ın da, dünyaya ve bilhassa da Avrupa’ya bıraktığı bir miras vardı: iktisadi çöküntü ve insan onurunun ayaklar altına alınması. Dolayısıyla Savaş sonrası Avrupa’nın yeniden inşası sürecinde, ekonomik meseleler ile birey hak ve özgürlükleri noktasındaki işbirliği, siyasi plandaki işbirliğine nazaran

[1] Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, w.place, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp.16-17; Ozan Değer, **Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.114.

daha kolay ulaşılabilecek bir hedefti.[2] Nitekim insan hakları da, bu işbirliği atmosferinden nasibini aldı ve, ekonomik alandaki işbirliği ile birlikte, Avrupa bütünleşmesinde ilk işbirliği girişimleri, bu iki alanda kendini gösterdi.

Bu taleplerin ilk meyvesi, küresel ölçekte başladı ve 1948 yılında Birleşmiş Milletler çatısı altında imzalanan *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, bu alandaki ''uluslararasılaşma'' ve hatta ilerleyen dönemlerdeki ''ulusal-üstüleşme'' sürecinin de başlangıcı oldu. Hukuken bağlayıcı olmasa da, insan hakları alanında moral ve siyasi değerleri ortaya koyan bu Bildirge, kendisinden sonra gelecek diğer bağlayıcı metinlere de ilham kaynağı oldu. Bölgesel ölçekte ise, özellikle Savaş'tan en çok etkilenen iki alan olan ekonomik durum ve insan haklarına ilişkin girişimler başlamıştı. Bu alanlarda Savaş'tan en ciddi etkilenen, Savaş'ın asıl yıkıcı etkisini gösterdiği coğrafya olan Avrupa Kıtası, bu girişimlerin de en yoğun olarak gerçekleştiği yer oldu. Diğer bir deyişle, gerek ekonomik meselelerde gerek insan haklarının korunması noktasında bölgesel işbirliği, en ileri düzeyini Batı Avrupa'da gördü denilebilir. Savaş sonrası dönemde, yüzyıllar süren çekişme ve savaşların yerini işbirliği ve barışın almasına yönelik beliren genel uzlaşı, diğer birtakım gelişmelerin de eklenmesiyle özellikle bu coğrafyada bir çok (bölgesel) örgütün kurulmasına yol açtı.[3]

Bu süreç, Avrupa Kıtası'nda kurulan üç uluslararası örgütle başladı: Savaş sonrası Avrupa'nın yeniden inşası amacıyla ABD tarafından önerilen ekonomik yardımın uygulanması için 1948'de 16 devlet tarafından kurulan **Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatı** (*Organization for European Economic Cooperation*); Avrupa'da yeni bir savaşın yaşanmasını önlemek gayesiyle bir güvenlik ittifakı kuran **Batı Avrupa Birliği** (*Western European Union*) ve hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarını geliştirmek ve korumak gibi hedeflerle 1949'da kurulan **Avrupa Konseyi** (*Council of Europe*).[4] Bu arada, özellikle siyasi ve askeri alanlarda da bütünleşme ve işbirliği girişimleri olsa da, bu girişimler, *egemenlik* kavramının yoğun kuşatması altında başarıya ulaşamadı. Böylece daha yakın işbirliği arzuları, savaşın

---

[2] Linda K. Lee, ''European Integration and the Protection Human Rights'', **George Washington Law Review**, Vol:31, No:5, 1963, p.959.

[3] **Ibid.**; Steven Greer, **The European Convention on Human Rights; Achievements, Problems and Prospects,** Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp.12-13.

[4] Robert Schütze, **European Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p.10.; Mark W. Janis, ''Fashioning a Mechanism for Judicial Cooperation on European Human Rights Law among Europe's Regional Courts'', **The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers Vol: III**, Ed. by Rick Lawson, Matthijs de Blois, w.place, Martins Nijhoff Publishers, 1994, pp.214-216.

en yıkıcı etkisini gösterdiği iki alan olan **ekonomik gelişme** ve **insan haklarının korunması** (ve bununla birlikte demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün tesisi) alanlarında yoğunlaştı. Bunlardan ilki, 1950'lerde kurulan Avrupa Toplulukları eliyle gerçekleştirilirken; insan hakları alanında temel aktör, 1949'da kurulan Avrupa Konseyi oldu. Avrupa ölçeğindeki bu gelişmeyi, gerek ***küresel***[5] gerek ***bölgesel*** [6] diğer gelişmeler izledi.

Bu gelişmeler, uluslararası hukukun ve uluslararası ilişkilerin, savaş sonrası dönemde, Westfalya egemen devletler sisteminden uluslararası işbirliğine doğru uğradığı büyük dönüşümün de bir parçasını teşkil etti. Diğer bir ifadeyle, bunlar, insan haklarının *uluslararasılaşmasının,* hatta başka bir deyişle *ulusal-üstü insan hakları* kavramının ortaya çıkış sürecinin köşe taşları olmuştur. Bu anlamda, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması, uluslararası hukukta yeni bir dönemi temsil etmektedir.[7] Öncelikle insan haklarının bağlayıcı metinlerde ele alınarak düzenlenmesi; akabinde bu hakların yargısal korumasını sağlamak üzere zorunlu yargı yetkisine sahip olmayan organların kurulması ve nihayetinde de, bu yargısal organların taraf devletler üzerinde zorunlu yargı yetkisine kavuşturulmaları, insan haklarının uluslararasılaşmasından ulusal-üstü insan hakları kavramının ve bu bağlamda bir *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun* ortaya çıkış sürecine doğru evrimi sağlamıştır.[8]

Öte yandan, başlangıçta insan haklarının korunmasından başka kaygılarla ortaya çıkan bir takım uluslararası işbirliği çabaları da, bu süreçte yavaş yavaş ya birer insan hakları koruma mekanizmasına dönüşmüş ya da temel kuruluş gayesinin yanına, insan haklarının korunması ve iyileştirilmesini de eklemiştir. Bunlardan birisi de, günümüzde ***Avrupa Birliği*** olarak bilinen oluşumdur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa ölçeğinde yeni bir dünya savaşı yaşanmasını önlemek ve Fransa ile Almanya arasındaki rekabetin zararlarını en aza indirgemek şeklinde özetlenebilecek çabaların ürünü olarak 1951 yılında kurulan ***Avrupa Kömür ve***

---

[5] Örneğin, Birleşmiş Milletler çatısı altında hazırlanan ve "İkiz Sözleşmeler" olarak bilinen Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi (*MSHS-ICCPR*) ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*ESKHS-ICESCR*) gibi.

[6] Amerika Kıtası'nda, *Amerika Devletleri Örgütü – Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi* ile Afrika Kıtası'nda, *Afrika Birliği Örgütü – İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı – İnsan ve Halkların Hakları Afrika Mahkemesi* gibi.

[7] Lammy Betten, Nicholas Grief, **EU Law and Human Rights**, w.place, Longman, 1998, p.8.

[8] Samantha Besson, ''The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution?''**, Human Rights Law Review**, Vol:6, No:2, 2006, pp.339-341.

Çelik Topluluğu (*European Coal and Steel Community – AKÇT*) ile ete kemiğe bürünen işbirliği arzusu, 1957 yılında Roma Antlaşmaları ile kurulan ***Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu*** (*Euratom – AAET*) ve bilhassa ***Avrupa Ekonomik Topluluğu*** (*European Economic Community – AET*) ile ekonomik bir birliğe doğru yol almaya başlamıştır. Önceleri ekonomik bir işbirliği amacıyla kurulan bu Topluluk(lar), zamanla *kişilerin, malların, sermayenin* ve *emeğin* serbestçe dolaştığı bir iç pazara dönüşmüş; para politikaları, vergi, gümrükler vs. konularda devletlerin egemenlik yetkilerini devrettiği, klasik egemenlik anlayışını aşındıran bir entegrasyon modeli (ve hatta bazılarına göre Amerikan federalizmine benzer bir federal yapı) haline gelmiştir. Bugün ise, balıkçılıktan tarıma, rekabetten fikri mülkiyet haklarına, adaletten dışişlerine kadar birçok politika alanında, işbirliğinin de ötesinde bir bütünleşmenin sağlandığı ***28 üyeli*** dev bir örgütten bahsetmek mümkündür.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, bu bütünleşmenin asıl amacı *ekonomiktir* ve belki de uzun vadede *siyasidir.* Bu anlamda örneğin Avrupa Konseyi gibi *insan haklarının korunması*, başlangıçta birincil gaye olarak görülmemiştir. Nitekim, Avrupa Birliği'nin Kurucu Antlaşmalarında da, anayasalardaki veya uluslararası insan hakları belgelerindeki gibi bir temel haklar kataloğuna ve hatta teknik anlamda gerçek bir insan hak ve hürriyeti hükmüne dahi yer verilmiş değildir. Bu noktada ise, siyasi liderlerin ve kurumların yap(a)madığını Birliğin yargı organı olarak kurulan Adalet Divanı yapmış ve kuruluşunun ilk yıllarından itibaren *jürispüridansiyel bir insan hakları hukukunun* oluşmasını sağlamıştır. Divan, *AB Hukukunun* kaynakları arasında ***hukukun genel ilkelerini*** (*general principles of law*) saymış; ve biraz da ulusal mahkemeler karşısında *Topluluk Hukukunun* (ve haliyle kendisinin) özerkliğini ve üstünlüğünü koruma kaygısıyla, ulusal anayasalarda ve AİHS'te korunan hak ve ilkeleri, hukukun bu genel ilkeleri kapsamında değerlendirmiştir. Böylece, Birliğin ilk yıllarından itibaren *ulusal-üstü* insan hakları kural ve ilkeleri, zaten *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olarak uygulanmış ve dahası tüm Topluluk normlarının ve dahi Üye Devletlerin iç hukuklarının üstünde, ulusal-üstü bir *İnsan Hakları Hukukunun* gelişimi süreci başlamıştır.

Birliğe üye olan devletlerin zaten Avrupa Konseyi'ne ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) de üye olması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu ülkeler üzerinde zorunlu yargı yetkisine sahip bulunması, Birlik düzeyinde insan haklarının *çift kademeli* bir şekilde korunduğu bir sistemi de beraberinde getirmiştir. Divan'ın bu tavrı ve insan haklarının evrensel ölçekte

uluslararasılaşması, Birlik üyelerini de, başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere Topluluk müktesebatında tedrici bir biçimde insan haklarına doğrudan veya dolaylı atıflar yapmaya yöneltmiştir. İlk olarak 1986 tarihli ***Tek Avrupa Senedi*** (*Single European Act*) ile başlayan bu süreç, ***Maastricht*** ve dahası ***Amsterdam*** Antlaşmaları ile önemli aşamalar kaydetmiş ve nihayet ***Lizbon Antlaşması*** ile kayda değer bir noktaya gelmiştir.

Bu süreçte, ilk defa **Tek Avrupa Senedi**'nin başlangıç bölümünde AİHS'ye yapılan atfın ardından, 1992 tarihli **Maastricht Antlaşması**'nda, Birliğin üzerine inşa edildiği temel ilkeler arasında (AİHS ve ortak anayasal gelenekler ile korunan) **temel haklara saygının** sayılması ile çıta yükseltilmiştir. Daha da ötesinde, Amsterdam Antlaşması ile, insan haklarını sürekli ve ciddi olarak ihlal ettiği tespit edilen bir Üye Devlete karşı diğer üyelerin yaptırım uygulama hakkı doğmuştur. Siyaseten uygulanma ihtimali az olsa da, bu gelişmenin kâğıt üzerindeki varlığı dahi, insan haklarının korunması adına önemli bir mesaj olmuştur. Tabii ki bütün bu gelişmeler, Adalet Divanı'nın, AB birincil ve ikincil kaynaklarında insan haklarına doğrudan bir atfın dahi olmadığı dönemlerde cesur biçimdeki aktivizmiyle geliştirdiği jürispüridansiyel *İnsan Hakları Hukukunun* gelişim sürecinde, elinin daha da güçlenmesini sağlamıştır. Aday ülkelere yönelik *Kopenhag kriterleri* olarak bilinen yükümlülükler arasında sıkı insan hakları kurallarının yer alması, *Maastricht Antlaşması'yla* Birlik vatandaşlığı kavramının ihdas edilerek buna bazı hakların bağlanması, 3. ülkelerle imzalanan ekonomik ve ticari nitelikli anlaşmalara insan hakkı ihlali halinde teşvik ve yardımları askıya alma imkanı veren hükümlerin eklenmesi başta olmak üzere, insan hakları, artık Birliğin işleyişinin tam ortasına yerleşmiştir.

Bütün bu gelişmeler, Birliğin, insan haklarına yönelik iç ve dış siyasetinde tutarsızlıklar bulunduğu eleştirileriyle karşılaşmasına da yol açmıştır. Aday ve diğer 3. ülkelere yönelik sıkı insan hakları politikası güden AB'nin, kendi içinde etkin bir insan hakları denetim sisteminden yoksun olduğu gibi eleştiriler yükselmeye başlamıştır. Bu eleştiriler, AB'de etkin bir insan hakkı koruma sistemi olabilmesi için etkin bir dış denetimin (Strazburg sistemine atıf yapılmak suretiyle) getirilmesi ve artık kendisinin bağlayıcı bir hak ve özgürlükler metni kabul etmesi gerektiği etrafında yoğunlaşmıştır. Böylece 1980'lerden sonrası, AB'de insan haklarının korunması adına temel üç gündem maddesiyle geçmiştir: AİHS sistemine dahil olarak Strazburg denetimine tabi olma; kendine özgü bağlayıcı bir temel haklar

kataloğu hazırlama ve yargısal denetimi etkinleştirip özellikle bireylerin insan hakları ihlalleri bakımından Divan'a ulaşımı önündeki engelleri kaldırma.[9] Bunları, herhangi yazılı anayasal/yasal bir altyapının yokluğunda, tamamen jürisprüdansiyel olarak yürütülen insan hakları korumasının eksiklik ve handikaplarının giderilmesine yönelik çabalar olarak görmek mümkündür.

Bu bağlamda, 1979'da Birlik Komisyonu'nun girişimiyle başlayan AİHS'ye katılım hadisesi, akademik ve siyasi çevrelerde yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Mesele, Komisyon tarafından 1990'da ciddi anlamda tekrardan gündeme getirilse de; Divan'ın, 1994 tarihinde bildirdiği *''mevcut hukuki durum çerçevesinde Toplulukların AİHS'ye katılımının antlaşmalarda değişiklik yapılmadan mümkün olmadığı''* şeklindeki görüşü neticesinde bir süreliğine rafa kaldırılmıştır.

Yine Divan eliyle AİHS referans alınarak içtihadi planda yürütülen insan hakları koruma sisteminin eksikliklerini vurgulayan ve onun ötesinde koruma sistemi arzulayanların 1970'lerden beri başlattığı bir diğer girişim de, Topluluğun kendine özgü bağlayıcı bir temel haklar kataloğuna sahip olması olmuştur. Bu ise, yine katılım gibi uzun bir sürecin ardından nihayet ete kemiğe bürünmüş ve 2000'de, bağlayıcı şekilde olmasa da, bir Temel Haklar Şartı (THŞ) kabul edilmiştir. İlk başta hukuken bağlayıcı bir metin olmasa da, Şart, AB içinde kurumsal ve yargısal anlamda karşılık bulmuş; örneğin Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu, eylem ve kararlarında Şart'ı dikkate alacaklarına dair açıklamalar yapmış ve Birliğin yargı organları da, kararlarında Şart'a atıf yapmaya başlamıştır. Temel Haklar Şartı, Avrupa ölçeğinde gerek Birlik gerekse ulusal hukuklar düzeyinde bugüne kadar kabul edilmeyen yeni bir insan hakları kategorisi ortaya koyma amacını taşımamakta; gerek AB tasarrufları gerekse diğer uluslararası insan hakları hukuku kaynaklarının ortaya koyduğu birtakım hak ve özgürlükleri, derli toplu bir şekilde vermektedir. Ancak yine de, artık doğrudan başvurulacak bir bağlayıcı metin olması yönüyle, hiç şüphesiz, AB düzeyinde insan haklarının korunması noktasında önemli bir gelişme olarak kaydedilmelidir.

2002'de başlayan AB Anayasası'nın hazırlanması sürecinde ise, gerek katılım gerek THŞ'nin hukuki statüsüne yönelik tartışmalar tekrardan gündeme gelmiş ve nihayet bazı devletlerin muhalefetine rağmen 2004 tarihli AB Anayasası,

---

[9] Belki bunlara, özellikle iş ve çalışma koşulları başta olmak üzere toplumsal yaşamda dil, din, cinsiyet vs. temellerde ayrımcılığın yasaklanmasına dair yasal altyapı ile pratiğin geliştirilmesi çabaları da eklenebilir.

hem THŞ'yi Anayasal Antlaşma'nın içine dahil ederek anayasallaştırmış ve bağlayıcı hale getirmiş hem de AB'nin AİHS'ye katılımının hukuki zeminini (Divan'ın 1994'teki görüşüne uygun olarak) hazırlamıştır. Ancak AB Anayasası'nın, bazı AB ülkelerindeki olumsuz referandumlar sonucunda yürürlüğe girememesi üzerine bu girişimler sonuçsuz kalmıştır. Şokun atlatılmasından sonra Anayasa'nın yerine ortaya atılan Lizbon Antlaşması ise, Anayasal Antlaşma'nın yolundan ilerlemiş ve hem Birliğin AİHS'ye katılımını hukuken mümkün hale getirmiş hem de Şart'ı (Anlaşma metinlerine dahil etmeyip ayrı bir metin halinde bıraksa da), Kurucu Antlaşmalarla aynı hukuki değerde bir metin olarak kabul etmiştir.

Belirtildiği gibi, 2009 yılında Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinin, Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması yanında getirdiği bir diğer çarpıcı gelişme de, ***Avrupa Birliği'nin tüzel kişilik kazanması*** ve ***Birlik olarak AİHS'ye taraf olma süreci*** olmuştur. Lizbon Antlaşması'nın 6. Maddesi, AB'nin Birlik olarak AİHS'ye üyeliğinin hukuki dayanağını ortaya koymaktadır. Benzer şekilde 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 14 No'lu Protokol'ün 17. maddesiyle de, AİHS'nin 59. maddesi değiştirilmiş ve "Avrupa Birliği'nin AİHS'ye katılabileceğine" dair bir fıkra eklenmek suretiyle AB'nin AİHS'ye taraf olmasının Sözleşme açısından da hukuki temeli oluşturulmuştur. Bunun akabinde de, AB'nin Sözleşme'ye katılmasına dair müzakereler, Temmuz 2010'da AB Komisyonu ile Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği arasında başlamış ve yaklaşık üç yıllık bir çalışmanın ardından Nisan 2013'te, taraflar, ortaya bir katılım antlaşması taslağı çıkarmışlardır. Bu metin, Temmuz 2013'te AB Kurucu Antlaşmaları ile uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi için AB Adalet Divanı'na gönderilmiş ve Divan da, yaklaşık 1.5 yıllık bir sürenin ardından 2014 biterken, ''taslak katılım antlaşmasının'' mevcut haliyle Antlaşmalarla uyumlu olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. AB sisteminde Divan'ın olumlu görüş bildirmediği bir antlaşmanın onaylanabilmesi mümkün olmadığı için, metnin, Divan'ın kaygıları doğrultusunda yenilenmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir metin Divan tarafından uygun görüldüğü takdirde dahi, katılımın gerçekleşmesinin daha epey bir zaman alacağı söylenebilir. Zira iki taraf (AB ve Avrupa Konseyi) organları metni onayladıktan sonra, ulusal onay aşaması başlayacak; bir yandan bütün Avrupa Konseyi sözleşmelerinde olduğu gibi 47 Avrupa Konseyi üyesinin bu metni onaylaması beklenecek; bir yandan da, AB ölçeğinde de, kurumların onayından sonra 28 AB ülkesi, kendi anayasal usullerince yine metni – bu sefer AB üyesi sıfatıyla – onaylayacaktır. İngiltere başta olmak

üzere bu konuda pek istekli olmayan bazı AB ülkelerinin olduğunu düşündüğümüzde, bunun, en az 3-4 yıl sürmesi beklenebilir.

Öte yandan, Lizbon sonrası oluşan anayasal yapı ve bu yapının insan hakları koruma boyutunda, farklı meselelerin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. Öncelikle, Lizbon'a kadar, gerek korumaya dair hukuki-anayasal temel gerek korunan hak ve özgürlükler bakımından *içtihadi temelde* yürütülen *AB İnsan Hakları Hukukunda*, artık temel metin, *Temel Haklar Şartı* olmuştur. 1990'larda Maastricht ve Amsterdam ile, AB'de insan hakları korumasının hukuki temelinin, antlaşmalara alınıp anayasal zemine oturtulmasından sonra bile, Kurucu Antlaşmalar veya herhangi bir ikincil mevzuat hükmü, hangi hak ve özgürlüklerin korunduğu noktasında bir düzenleme içermediği için, bu hukukun somut olarak hangi hak ve özgürlükleri içerdiği konusu, hala içtihadi olarak belirlenmekteydi. İşte bağlayıcı ve Kurucu Antlaşma seviyesindeki bir Şart ile, artık bu da, anayasal zemine oturtulmuş olmaktadır.

Fakat Şart ile ilgili belki de tek pürüzsüz yön, hangi hak ve özgürlüklerin korunduğu noktasıdır. Özellikle Şart'ın uygulanma kapsamı noktasında, kabulüne de tekaddüm eden tartışmalar, Şart'ın sonuna eklenen ''yatay hükümlerde'' karşılık bulmuş; ancak bunlar da, bu alana dair tartışmaları tamamen bitirmemiştir. Bu noktada AB'nin insan hakları alanındaki yetkilerini artırıp artırmayacağı tartışmaları ve bazı Üye Devletlerin bu konudaki hassasiyetlerinin sonucu olarak ortaya çıkan çeşitli protokol ve deklarasyonların bu anlamdaki etkisi; AİHS'te de muadilleri bulunan Şart hak ve özgürlüklerinin nasıl yorumlanıp uygulanacağı; ulusal anayasalardaki benzer hak ve özgürlüklerle arasındaki ilişki; Şart'taki hak ve özgürlüklerin sınırlanması; Üye Devlet tasarruflarının Şart kapsamında olması noktasında Şart'ın benimsediği formülasyonun yaklaşık 30 yıllık içtihadi birikimden farklı olmasının pratikte bir etkisinin olup olmayacağı; Şart için hazırlanan bir nevi şerh veya gerekçe niteliğindeki ''Açıklamalar'' metninin Şart'ın yorumundaki bağlayıcılığı gibi hususlar, hep Şart'ın kabulüyle ortaya çıkan ve çözüm bekleyen meselelerdir.

Keza ***katılım*** noktasında da, bunun gibi pek çok soru gündemi işgal etmektedir. Artık geri dönülemez bir yola giren katılımın gerçekleşmesi halinde, AB'de insan haklarının korunması noktasında, hem *Birlik* hem de *üye Devlet tasarrufları* açısından belli meselelerin cevaplanması gerektiği açıktır. Katılım, uzun süredir savunulan ve ulaşılmaya çalışılan bir durum olmakla birlikte çözülmesi

gerekli birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Nitekim Lizbon Antlaşması'na eklenen katılıma ilişkin Protokol'de, *katılıma ilişkin akdedilecek anlaşmanın Birliğin ve Birlik Hukukunun özel niteliklerine halel getirmeyeceğinin* zikredilmesinin ve nihayet 2014 sonlarında Birliğin yargı organının, hazırlanan katılım anlaşmasının mevcut haliyle Antlaşmalara aykırı olduğu yönünde görüş belirtmesinin de, bu tür ''kaygı''lardan kaynaklandığını söyleyebiliriz. Gelecek AİHM denetiminin, Divan'ın özerklik kaygıları ve prestiji noktasında ne gibi etkiler meydana getirebileceğini de bekleyip görmek gerekecektir.

Nitekim bu kaygılar, Divan'ın, yukarıda değindiğimiz 2014 Aralık tarihli olumsuz görüşünde de kendine epeyce yer bulmuş gözükmektedir. Keza, AİHM'nin, AB'deki insan hakları koruma sistemini AİHS sistemine denk görüp, devletlerin AB Hukukundan kaynaklanan tasarruflarını kural olarak denetlememesi şeklindeki yaklaşımını (*Bosphorus* doktrini) katılımdan sonra da sürdürüp sürdürmeyeceği; iki hukuk düzeninin yargı organları arasında olabilecek muhtemel çelişkili içtihatların, prestij kaybı ve meşruluk erozyonu gibi riskleri getirip getirmeyeceği; katılımdan sonra, AİHM nezdinde devletler-arası başvurulara izin verilip verilmeyeceği; *AB Hukukunun* uygulanmasına ilişkin AİHM önünde açılacak davalarda AİHM'nin karar vermesinden önce, Divan'ın o konuda mutlaka bir karar vermiş olmasının aranıp aranmayacağı ve buna bağlı olarak Üye Devletler yahut AB aleyhine açılacak davalarda, AİHM önünde Üye Devletlerin ve AB'nin davaya müdahil olabilmesinin nasıl sağlanacağı; nihayet AB'nin başta AİHM olmak üzere Sözleşme organlarında temsili (örneğin AİHM'de Birlik yargıcının nasıl yer alacağı), hep bu süreçte çözülmesi gereken meseleler olarak karşımızda durmaktadır.

Gelinen noktada bu gelişmelerin, Birlik ve Avrupa Kıtası düzeyinde insan haklarının korunmasına olumlu katkı yapması muhtemeldir. Bir yandan Divan'ın bir insan hakları mahkemesine dönüşme sürecinde daha da emin adımlarla ilerleyebileceği yönündeki görüşler; bir yandan da, örneğin, kişilerin, münferit olarak Üye Devletlerden gelen ihlallere karşı zaten yıllardır AİHM önünde sahip oldukları başvuru imkânına benzer bir imkâna, AB'nin kurumlarından gelen ihlallere karşı da kavuşmaları (ve böylece AB'nin Birlik yargısı yanında insan hakları ihlalleri bakımından bir dış denetime tabi tutulması), olumlu bir gelişme olarak zikredilebilir. Ancak bir başka açıdan da, hem AB'nin, *Avrupa Kamu Hukuku* ve *Avrupa Kamu Düzeni* olarak tarif edilen oluşumlar içinde, ulus-üstü bir insan hakları örgütüne ve Divan'ın bir insan hakları mahkemesine dönüşmesinin arzu edilen bir hedef olup

olmadığı konusunda Avrupa siyasetinde bir uzlaşının olmadığını; hem de insan haklarına ilişkin farklı koruma mekanizmalarının ve hukuki metinlerin, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, bir takım yetki problemlerini ve mahkemeler arasında altlık-üstlük çekişmelerini beraberinde getirmesi tehlikesini gözden kaçırmamak gerekir. Bütün bu yeni düzenlemelerin ve gelişmelerin, gerek Birlik düzeyinde gerekse Avrupa Kıtası'nda insan haklarının daha iyi korunmasına mı, yoksa bu alanda bir durgunluğa veya geriye gidişe mi yol açacağı noktasında, AİHM ve Divan'ın tutumları başta olmak üzere çeşitli dinamikler rol oynayacaktır.

Bütün bu meseleler, ülkemizde pek tartışılmasa da, özellikle birkaç yıldır Avrupa'da yaygın olarak müzakere edilmektedir. Türkiye'nin de, hem AİHS'ye taraf olduğu hem de AB'ye üyelik sürecinde bir ülke olduğu düşünülürse; ayrıca henüz üye olmasak da AB ile aramızda 1963 yılından beri Ankara Anlaşması'yla başlayan bir *Ortaklık Hukuku'nun* var olduğunu ve bu *Ortaklık Hukuku* kapsamında Birlik yargısının, Türkiye üzerinde değil ama AB ülkeleri üzerinde *Ortaklık Hukukunun* uygulanmasına ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olduğunu (bu bağlamda açılan insan hakları boyutu da içeren 40'ın üzerinde dava vardır) düşündüğümüzde, konunun ülkemiz açısından önemi daha da belirginleşmektedir. Üstelik bu gelişmelerin sadece AB düzeyinde etkileri olacağını söylemek de, oldukça naif bir yaklaşım olur. 47 üyeli Avrupa Konseyi'nin yarısından fazla üyesinin parçası olduğu bir ulus-üstü örgüt bünyesinde, son 50 yılın en temel meselelerinden biri olan insan hakları alanında yaşanan gelişmelerin Kıta'nın geneline etkilerinin olacağını söylemek, aşırı bir ileri-görüşlülük olmasa gerektir.

Bu bağlamda çalışma, en genel manada, **AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişimi, korunması, kurumsallaşması** ve **Lizbon sonrası güncel hali** olmak üzere **iki temel meseleden** oluşmaktadır. Bunlardan ilki, Lizbon'a kadarki süreçte *AB İnsan Hakları Hukukunun* nasıl oluştuğu, geliştiği ve evirildiği gibi hususlara hasredilmiş; ikincisi ise, Lizbon sonrası oluşan anayasal yapıda, yani halihazırda *AB İnsan Hakları Hukukunun* ilke ve esaslarının incelenmesine ayrılmıştır. Bu iki temel meselenin teze yansıması ise, **3 ana bölüm** şeklinde olmuştur. İlk 2 bölüm, bu iki temel meseleden tarihsel gelişim ve kurumsallaşma kısmını; 3. bölüm ise, güncel halini ele almaktadır.

Avrupa Birliği İnsan Hakları Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi: Jürisprüdansiyel İnsan Hakları Hukukunun Ortaya Çıkışı başlıklı birinci bölüm;

- *Savaş Sonrası Dönemde Avrupa'da İnsan Haklarının Korunması ve AB Projesinin Rolü;*
- *Jürisprüdansiyel İnsan Hakları Hukukunun Oluşumunda Birinci Perde: Arkaplan ve Mahkemeler Arası Rekabet/İşbirliği;*
- *Oyunda İkinci Perde: Rekabetin/İşbirliğinin Meyvesi Olarak İnsan Haklarının Korunması ve AB İnsan Hakları Hukukunun Ortaya Çıkışı;*
- *Jürisprüdansiyel Süreç Sonunda Gelinen Nokta ve İnsan Haklarının Korunmasında Sorunlar*

başlıklı **3 kısımdan** oluşmaktadır. *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin bir yönü olan ''içtihadi gelişim''e ayrılan bu bölümde, önce, II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa Kıtası'nın yeniden inşası sürecinde insan haklarının gördüğü işlev ve bu süreçte AB projesine biçilen rol irdelenecek; sonra başta ulusal mahkemelerle arasında baş gösteren rekabet/işbirliği olmak üzere Divan'ın insan hakları korumasını başlatmasına giden süreçteki dinamikler ve bu dinamiklerin sonucu olarak AB'de Divan eliyle insan hakları korumasının başlatılmasına değinilecek ve en sonda da, bu içtihadi koruma ile gelinen nokta ve bu bağlamda insan haklarının bu şekilde korunmasında karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır.

Avrupa Birliği İnsan Hakları Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi Sürecinde Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler adlı *ikinci bölüm;*

- *Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmelerin Arkaplanındaki Dinamikler*
- *Kronolojik Olarak Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler*
- *Kategorik Olarak Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler*

başlıklı **3 kısımdan** oluşmaktadır. *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin içtihadi korumadan sonraki ikinci yönü olan ''siyasi-hukuki-kurumsal'' boyutuna ayrılan bu bölümde, önce, içtihadi gelişimde olduğu gibi, bu siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere götüren, bunların arkaplanındaki dinamikler incelenecek; sonra ise, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin neler olduğu üzerinde durulacaktır. Bu noktada da, ikili bir ayrım yapılacak; önce başta Kurucu Antlaşmalarda insan haklarına atıflar olmak üzere bu siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere ***kronolojik*** olarak, sonra da ***kategorik*** olarak bakılacaktır. Bu bölümde siyasi-hukuk-kurumsal gelişmelerden kastımız, AB'nin kurum ve organları bazında gerek rapor, çalışma, deklarasyon vs.

bağlayıcı olmayan metinler, gerekse Kurucu Antlaşmalar ve diğer ikincil mevzuatta yapılan bağlayıcı yasal değişiklikler olacaktır.

Avrupa Birliği İnsan Hakları Hukukunun Esasları: Temel Haklar Şartı ve AİHS'ye Katılım Bağlamında Lizbon Sonrası Mevcut Durum adlı *üçüncü bölüm ise;*

- *AB İnsan Hakları Hukukunun Kaynakları*
- *AB İnsan Hakları Hukukunun Yazılı ve Yazısız İnsan Hakları Kataloğu*
- *AB İnsan Hakları Hukukunun Kapsamı*

başlıklı **üç kısımdan** oluşmaktadır. *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin ardından, halihazırdaki mevcut durumu ve bu bağlamdaki ilke ve esasların anlatılacağı bu bölümde, bir hukuk dalı/disiplini olarak *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynakları, bu kaynaklarda korunan temel hak ve özgürlükler ve bu hukukun, konu, özne, yargısal denetim, denetime tabi normlar, bireyler-arası ilişkilere etkisi gibi hususlar, kapsama dair üzerinde durulacak konular olacaktır.

Bu ana üç bölümün ardından tez, bir **genel değerlendirme ve sonuç** bölümüyle sona erecektir. Burada, Lizbon sonrası oluşan yapıda insan hakları korumasının AB ve Avrupa Kıtası'nda yapması muhtemel etkiler tartışılacak; özellikle AİHS'ye katılım ve bağlayıcı bir Temel Haklar Şartı'nın belirmesi bağlamında, AB'de insan hakları korumasının, gerek AB gerek Avrupa Kıtası'na etkileri değerlendirilecektir. Burada, başta hemen yukarıdaki paragraftakiler olmak üzere, çalışmanın genelinde AB'de insan hakları koruması ve *AB İnsan Hakları Hukuku* adına ortaya konan soru, sorun, tartışma alanı gibi hususların (örneğin yukarıda AİHS'ye katılımla ilgili ortaya koyduğumuz meselelerin) genel değerlendirmesi yapılacak; ulus-ötesi bir insan hakları örgütü tartışmaları bağlamında A*B İnsan Hakları Hukukunun* mevcut hali ile Avrupa Kıtası'na etkileri tartışılacaktır.

Tezin yukarıda verdiğimiz üç temel bölümü arasında bağlantı kurmak suretiyle, bu kurgunun ardındaki ''mantığı'' şöyle de ortaya koyabiliriz. Çalışmamızda, *AB İnsan Hakları Hukukunu* ikiye ayırarak incelemeyi uygun gördük. Bizce, *AB İnsan Hakları Hukukuna* dair iki dönemden bahsetmek mümkündür: Biri ''Lizbon Antlaşması öncesi dönem'', birisi de ''Lizbon Antlaşması'nın kabulüyle ortaya çıkan anayasal duruma ilişkin dönem''. Bilindiği gibi, bunlardan ilkini, bu hukukun *tarihsel gelişimi*; ikincisini ise *halihazırdaki durumu (status quo)* olarak nitelemekteyiz. Belli bir siyasi toplumun hukuk düzeninin parçalarından olan bir

hukuk disiplinini anlatırken, o disiplinin halihazırdaki hukuki metinleri üzerinden anlatılması kadar normal (ve gerekli) bir şey yoktur. Örneğin, Türkiye'nin anayasal sistemi üzerinde konuşulurken veya anayasal bir müessese açıklanırken, bu, halihazırdaki 1982 Anayasası'na göre yapılır. Ancak tabii ki, bu müesseseler, akşamdan sabaha bir anda ortaya çıkmış yapılar olmayıp bir tarihi geçmişleri bulunduğundan, mevcut durumun anlaşılması için, bu süreçlerin de (örneğin anayasal sistem veya o anayasal müessesenin bundan önceki Osmanlı-Türk Anayasalarında nasıl ele alındığının anlatılması gibi) incelenmesi kaçınılmazdır.

Aynı şey, *AB Hukuku* içindeki bir alt disiplin olarak değerlendirdiğimiz *AB İnsan Hakları Hukuku* için de geçerlidir. Temelinde anayasal anlamda *Kurucu Antlaşmaların* bulunduğu bu hukukun mevcut hali, en son 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile tadil edilmiş bulunan iki Kurucu Antlaşma'ya dayanmaktadır (1992 *Avrupa Birliği Antlaşması*/*European Union Treaty* ile 1957 tarihli *Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma/Treaty on the Functioning of the European Union*). Aynı zamanda bu Antlaşmalarda öngörülen kural ve ilkelere ilişkin olarak eskiden beri gelmekte olan *içtihat hukuku* (*case law*) da, bu Antlaşmalarla tesis edilen hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Yani *AB İnsan Hakları Hukuku = **halihazırdaki** mevzuat (Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuat) + içtihatlar* denklemini kurabiliriz. Dolayısıyla aslında *AB İnsan Hakları Hukuku* dediğimizde, somut ve doğrudan olarak anladığımız şey, bu hukuksal yapıların halihazırdaki anayasal/yasal/içtihadi yapıya dayanan ilke, kurum, kural ve esaslarıdır. Bu ***halihazırdaki yapıyı (status quo)*** ortaya koyan ise, işte yukarıda ifade ettiğimiz Lizbon Antlaşması ile tadil edilmiş bulunan ***iki Kurucu Antlaşmadır***. Fakat bu hukukun tarihsel süreci de, bu ***halihazırdaki*** halinin idraki için en az onun kadar önemlidir. Çünkü belki de diğer bütün hukuk dallarından / disiplinlerinden daha fazla olarak bu alan, yazılı olarak meydana getirilmiş bir hukuk alanı olmaktan ziyade içtihatlar üzerinden tedrici bir oluşum ve gelişim sürecinin hakim olduğu bir disiplin olmuştur. ***Halihazırdaki*** tüm anayasal/yasal ve içtihadi yapının temeli, bu tarihsel gelişim sürecidir. Biz de, buna paralel olarak, bu hukuk dalının ***halihazırdaki halini*** incelemeden önce tarihsel gelişimini incelemeyi uygun gördük.

Bu bağlamda, bu hukukun temel kaynağı olarak Kurucu Antlaşmalar noktasında, Lizbon Antlaşması'na kadarki Kurucu Antlaşmalar yapısı (*Roma Antlaşması*'ndan *Nice Antlaşması*'na kadar), bu hukukun tarihini; Lizbon ile gelen yapı ve ortaya çıkan *Kurucu Antlaşmalar* (*AB* ve *ABİ Antlaşmaları*) ise, bu

hukukunun ***halihazırdaki yapısını (status quo)*** oluşturmaktadır Yine temel ikinci kaynak olarak, içtihat hukuku noktasında olaya baktığımızda da, Adalet Divanı'nın örneğin ilk olarak 1969'da hukukun genel ilkeleri olarak insan haklarının *Topluluk Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemesi veya 1974'te, bu hukukun bir kaynağı olarak uluslararası sözleşmelere ve 1975'te de, ilk defa ismen AİHS'ye atıf yapması; ilk defa 1989'da, Üye Devlet tasarruflarının da insan haklarına uygunluk açısından denetleneceğini söylemesi, hep bu hukukun *tarihsel* birer dinamiğidir. Ancak halihazırdaki durumda, bu içtihat birikiminin getirdiği ilke ve kurallar (örneğin, insan haklarının, hukukun genel ilkeleri olarak *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olması; ortak anayasal gelenekler ve AİHS'nin bu hukukun birer kaynağı olması; gerek Birlik gerek ulusal tasarrufların bu hukuk kapsamında denetime tabi normlar olması gibi müessese, ilke ve kurallar) ise, bu hukukun mevcut halidir. İşte burada yapılan da, hem Kurucu Antlaşmalar hem içtihadın bu ikili (tarihsel boyut-güncel boyut) özelliğine binaen, önce bu hukukun oluşma ve gelişme sürecini; ardından da halihazırdaki anayasal/yasal/içtihadi yapısını incelemek olmuştur.

Tarihsel gelişim ile güncel hal arasındaki ilişkiyi bu şekilde kurduktan sonra, tarihsel gelişimi ele alış tarzımız da, kendi içinde ikiye ayırmak suretiyle olmuştur. Yukarıda değindiğimiz gibi, bu hukukun ortaya çıkışına dair ilk gelişmeler, Toplulukların yargı organı olan Adalet Divanı tarafından yaşatılmış; yani koruma, herhangi bir anayasal/yasal dayanağın olmadığı bir ortamda, 1960'ların sonuna doğru Topluluk yargısı eliyle içtihatlar üzerinden başlatılmıştır. Bu içtihadi koruma ve gelişim süreci hiç durmamış; ancak özellikle 1980'lerden itibaren (en azından) atıflar yapılmak suretiyle Kurucu Antlaşmalarda kodifiye edilmiş; bir anlamda anayasal bir temele kavuşturulmuştur. Nitekim bu ikinci sürecin en son halkaları da, Lizbon Antlaşması'nın kabulü ve onla birlikte hem Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı hale gelmesi, hem de AB'nin AİHS'ye katılımının öngörülmesidir. İşte tarihsel gelişim noktasında, biz de, bunlardan ilkini, ''içtihadi gelişim''; ikincisini de, ''siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler'' olarak nitelemekteyiz. Diğer bir deyişle, tarihsel gelişimin biri içtihadi biri de siyasi-hukuki-kurumsal olmak üzere iki boyutu söz konusudur.

Diğer bir anlatımla, hemen yukarıda da söylediğimiz gibi, başta II. Dünya Savaşı sonrası Kıta'nın yeniden inşasında Avrupa Toplulukları projesine biçilen rol olmak üzere, çeşitli mülahazaların bir yansıması olarak Kurucu Antlaşmalardaki sessizlik/ihmal karşısında, Toplulukların işlemeye başladığı ilk yıllardan itibaren bir zaruret haline geldiği görülen insan hakları koruması, Topluluk yargısı eliyle

başlatılmış ve bir süre de böyle devam ettirilmişti. Ancak 1990'lara gelindiğinde, bu korumanın, bizatihi ''sürdürülebilir'' olup olmamasından bağımsız olarak, Topluluk/Birlik kurumları eliyle siyasi-hukuki-kurumsal yönden desteklenmesi de bir zaruret olarak ortaya çıkmıştı. Başta Toplulukların/Birliğin karşılaştığı meşruiyet problemleri, uluslararası arenadaki iddiaları gibi faktörler, sürecin sadece içtihadi olarak ''sürdürülebilir'' olduğu kabul edilse bile, insan hakları korumasına dair 1950'lerdeki kayıtsızlığın devam etmesini zorlamaktaydı. Nitekim bu dinamikler, sürecin, Topluluk/Birlik kurumları tarafından da desteklenmesine ve böylece bu alanda siyasi-hukuki-kurumsal birtakım gelişmelerin yaşanmasına yol açacaktı. Bu ise, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişimi sürecine, ***içtihadi (jürisprüdansiyel) sürecin*** yanında, bir de ***siyasi-hukuki-kurumsal sürecin*** eklenmesi demekti. İşte tezin birinci ve ikinci bölümlerinde yapılan da, sırasıyla bu gelişmelerin incelenmesi olmuştur.

Bunlardan sonra ise, *Lizbon sonrası yapıdaki insan hakları koruması* incelenecektir. Buraya kadar, önce II. Dünya Savaşı sonrası dönemde Avrupa Kıtası'ndaki siyasi ve ekonomik entegrasyon sürecinde, insan haklarının oynadığı rolden başlayarak, bu oyunda AB projesinin oynadığı rolün ortaya çıkış ve gelişim sürecini, içtihadi ve siyasi-hukuki-kurumsal bağlamlarla incelemeyi planladık. Lizbon sonrası dönemde *AB İnsan Hakları Hukukunun* mevcut halinin daha iyi anlaşılması için, 1950 sonrası Avrupa entegrasyonuna insan hakları penceresinden bakmak gerekliydi. Ancak *AB İnsan Hakları Hukuku*, elbette ki, sadece bu tarihsel oluşum ve gelişim sürecine indirgenemezdi. Bu hukuk disiplini, arkaplanında bu tarihsel sürecin yattığı şüphesiz olmakla birlikte; halihazırda ilke ve kurumlarıyla, *AB Hukuku* üst çatısı altında (*AB Anayasa Hukuku, AB Ceza Hukuku, AB Rekabet Hukuku* gibi) başlı başına bir disiplin olarak yer almaktadır. Çalışmanın üçüncü bölümünde yapılacak olan da, işte, kronolojiden bağımsız olarak bir sistematik içinde bu disiplinin temel ilke, kurum, kural ve esaslarının incelenmesi olacaktır. Bu tarihsel süreç içerisinde, kronolojik olarak herhangi bir yere koyulamayacak ve fakat o olmadan da bu disiplinin tam olarak kavranmasının mümkün olmadığı veya kronolojide yer verilmekle birlikte tarihsel sürecin akışını bozmamak için ayrıntılı olarak değinilemeyecek olan birtakım hususlar da mevcuttur. Örneğin *AB İnsan Hakları Hukukunun kapsamı*, *kaynakları* gibi hususlar, bir kronoloji içinde değil; belli bir sistematik içinde incelenmelidir. İşte tezin üçüncü bölümünde yapılacak olan da budur: *AB'de insan hakları korumasının, yani AB İnsan Hakları Hukuku'nun (en son*

yapılan düzenlemeler, yani Lizbon Antlaşması bağlamında) mevcut durumunun (status quo) incelenmesi.

Bundan sonra ise, gerek tarihsel süreç ve gerekse halihazırda Lizbon sonrası anayasal yapı ile ortaya çıkan *AB İnsan Hakları Hukukuna* dair gelişme ve esasların, gerek AB gerek Avrupa Kıtası'ndaki insan hakları korumasına yapacağı muhtemel etkilerin değerlendirilmesi ve çalışma boyunca sorulan soruların cevaplanması gerekmektedir. İşte en sondaki ''sonuç ve değerlendirme''ye ayıracağımız bir başlıkla da bunu yapacağız.

Son olarak, meselenin *multi-disipliner* boyutuna da değinmek gerekir. İlk bakışta klasik bir *AB Hukuku* çalışması gibi görünen tez konuları, aslında birçok disiplini ilgilendirmektedir. Elbette çalışma, özünde bir *AB Hukuku* çalışmasıdır. Ancak bunun yanında gerek AB gerek AİHS bağlamında insan haklarının korunması sistemini içerdiğinden, aynı zamanda bir (*uluslararası*) *insan hakları* ve özelde de *AİHS* çalışmasıdır. Öte yandan, incelediğimiz konunun çok önemli bir bileşeni de, AB'nin AİHS'ye katılımı olduğundan; bir uluslararası/ulus-üstü örgütün (AB) yine başka bir uluslararası örgütün (Avrupa Konseyi) sözleşmesine (AİHS) katılımı bağlamında, mesele, *Uluslararası Hukuk* boyutu da taşımaktadır. Hepsinden başka, incelenen konuların bir yandan AB'nin bir yandan da ona üye olan devletlerin anayasal gelenekleri, düzenleri ve insan hakları rejimlerini ilgilendirmesi, tezi, son tahlilde aynı zamanda bir (Avrupa ve Mukayeseli) Anayasa Hukuku çalışması haline de getirmektedir. Bütün bunların ötesinde, salt hukuksal değerlendirmelerin yanında, insan hakları kataloğu olan Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması ve Birlik'in AİHS'ye katılımı bağlamında şekillenen AB'de insan hakları korunması rejiminin siyasi boyutları da (bazı devletlerin kadim muhalefetleri, halihazırda müzakereleri devam eden katılım anlaşmasına ilişkin siyasi tartışmalar ve örneğin Rusya'nın uzunca bir süre katılımın Avrupa Konseyi ayağını oluşturan 14 No'lu Protokol'ü onaylamakta direnmesi gibi), meseleye *Siyaset Biliminin* penceresinden bakmanın gereğini ortaya koymaktadır. Çalışma boyunca hareket noktamız, olaylara ''hukuk biliminin'' perspektifinden yaklaşmak olacak; ancak gerektiğinde, meselelerinin ''siyasi yönlerine'' de bakılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMU VE GELİŞİMİ:

JÜRİSPRÜDANSİYEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Yukarıda tezin genel çerçevesini çizdiğimiz giriş faslında da belirttiğimiz gibi, tezin konusu, bilhassa Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı olarak kabulü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılım bağlamında Avrupa Birliği'nde insan haklarının korunması olunca, Lizbon Antlaşması öncesi süreçte, Avrupa Birliği'nde insan hakları korumasının oluşum ve gelişim sürecini bilmek elzemdir. Bunun için de, genel olarak Avrupa Kıtası'nda, daha özelinde ise Avrupa Birliği'nde insan hakları korumasının geldiği nokta üzerinde durmak kaçınılmazdır. Zira aşağıda bölüm içinde de görüleceği üzere, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası süreçte Avrupa bütünleşmesi bağlamında insan haklarının (bölgesel) gelişimini ve hatta bazı yönleriyle küresel çerçevedeki uluslararası insan hakları koruma sisteminin temel dinamiklerini bilmek, AB'nin özellikle son yıllarda insan hakları koruma ve geliştirme noktasında yaşadığı çarpıcı dönüşümü anlayabilmek ve bu dönüşümün Avrupa ölçeğinde insan haklarının (uluslararası-bölgesel) korunmasına etkilerini hesaplayabilmek açısından gereklidir. Keza katılım, Şart ve bunların Avrupa Kıtası'ndaki insan hakları koruma sistemine (*Avrupa İnsan Hakları Hukukuna*) etkileri gibi meselelerin anlaşılmasının yolu da, *Avrupa Kamu Hukuku* alanının bir parçası olan *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* disiplini içinde yeşerdiğini ileri sürdüğümüz *AB İnsan Hakları Hukukunun* Lizbon öncesi süreçteki gelişiminin anlaşılmasından geçmektedir. Nitekim bu bağlantıya da, çalışmanın çerçevesini çizdiğimiz giriş kısmında değinmiş; gerekçelerimizi sunmuştuk. Bu itibarla, tezde, *AB İnsan Hakları Hukuku*'nun, ''tarihsel gelişim'' ve ''halihazırdaki durum'' (*status quo*) şeklinde ikili bir incelemeye tabi tutulacağını; tarihsel gelişimin de kendi içinde, ''Adalet Divanı eliyle (jürisprüdansiyel) gelişim'' ve ''kurumlar eliyle siyasi-hukuki-kurumsal gelişim'' şeklinde tefrik edilerek inceleneceğini (bu durumu haklılaştıran gerekçelerimizle birlikte) ortaya koymuştuk. İşte şimdi çalışmamızın ilk bölümünde, tarihsel gelişimin bu *jürisprüdansiyel* (*içtihadi*) ayağı üzerinde duracağız.

Bu bağlamda, tezin *Avrupa Birliği İnsan Hakları Hukukunun oluşumu ve gelişimi sürecinde, 2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa bütünleşmesinde insan hakları ve AB'de*

Adalet Divanı eliyle koruma (jürisprüdansiyel insan hakları hukukunun ortaya çıkışı) başlıklı bu ilk bölümü, temelde dört kısma ayrılmaktadır. Öncelikle, ***Avrupa bütünleşmesi ve insan hakları bahsi*** üzerinde duracak; bu çerçevede mekan olarak küresel ve bölgesel, ve bu bölgeselin içinde de esas olarak Avrupa Kıtası'nda; zaman olarak da, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, insan haklarının korunması adına yaşanan (uluslararası) gelişmelerin ve bir *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun* oluşum ve gelişim sürecinin bir fotoğrafını vereceğiz.

Bu bölümde, ikinci olarak, AB'nin kuruluşundan itibaren, özellikle herhangi bir yazılı metinde açık bir dayanak olmadığı bir dönemde, yargı organı eliyle oluşturulan bu insan hakları hukukunun oluşumunun arkaplanındaki dinamikler ve ulusal mahkemelerle Adalet Divanı arasındaki rekabet/işbirliği meselesini ele alacağız. Burada, Divan'ın Topluluk Hukuku içindeki konumu ve bu anlamda *ön-karar (preliminary ruling)* mekanizması; Kurucu Antlaşmaların sessizliği ve bu bağlamda genel olarak Topluluk entegrasyonunda insan haklarının yeri; süreç içinde önce insan haklarına dayalı denetim taleplerinin Adalet Divanı'nca göz ardı edilmesi; bu sırada başka bir gelişme olarak Divan'ın ''sui generis'' bir hukuku düzeni tesis etme çabaları ve bu bağlamda Topluluk Hukukunun *üstünlüğü* ve *doğrudan etkisi* doktrinlerinin tesisi; bu doktrinlere ulusal mahkemelerden gelen *egemenlik/demokrasi* temelli itirazlar ile başlayan rekabet/işbirliği süreci ve nihayet her şeyin ötesinde Toplulukta insan haklarının korunmasına yönelik ihtiyaç ve felsefi arkaplan; tezin ilk bölümünün ikinci kısmında inceleyeceğimiz hususlar olacaktır.

Bu bölümün üçüncü kısmında ise, sözünü ettiğimiz bu rekabetin/işbirliğinin bir anlamda meyve vermesi; ulusal mahkemelerle aradaki gerginliğin bir nebze hafifletilmesi ve neticede Topluluk Hukukunda hukukun genel ilkeleri olarak insan haklarının korunmaya başlaması yönündeki gelişme üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda da, AKÇT Antlaşması temelinde açılan davalar ve insan haklarının genel hukuk ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukunda ilk kez Topluluk işlemlerinin denetiminde bir ölçü norm olarak kabulü; bu ilk adımdan sonra, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerinin tespiti ve uygulanmasında başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlere atıflar; bu belgelerin referans norm olarak kullanılması suretiyle ulusal-üstü insan hakları standartlarının Topluluk Hukukuna aktarılması; kaynak yönündeki bu gelişmenin ardından ise, denetime tabi normlar bakımından Topluluk tasarrufları yanında Üye Devletlerin (Topluluk Hukuku kapsamındaki) ulusal tasarruflarının da Divan tarafından insan haklarına uygunluk yönünden incelenmesi suretiyle yaşanan bir diğer gelişme ve bütün bunların Topluluk

Hukukunda yazılı olmayan içtihadi bir hak ve özgürlükler listesinin (*AB İnsan Hakları Corpus Iuris*'i) ortaya çıkmasını netice vermesi ve nihayetinde bu jürisprüdansiyel korumanın mahkemeler arasındaki rekabete/işbirliğine etkileri ve ulusal mahkemelerden gelen tepkiler üzerinde durulacaktır.

Bu üç kısımdan sonra tezin ilk bölümü, bu gelişmelerin değerlendirilmesi ve insan haklarının *jürisprüdansiyel* (içtihadi-yargı organı eliyle) korumasının ''sürdürülebilirliği'' üzerinde durularak bitirilecektir.

1.1. SAVAŞ SONRASI DÖNEMDE AVRUPA'DA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE AB PROJESİNİN ROLÜ

AB İnsan Hakları Hukukunun Lizbon öncesi döneme ilişkin tarihsel gelişim seyrinde ilk olarak, bir giriş mahiyetinde, ***Avrupa bütünleşmesi ve insan hakları bahsi*** üzerinde durulacak; bu çerçevede, küresel ve bölgesel ve bu bölgeselin içinde de esas olarak Avrupa Kıtası'nda, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının korunması adına yaşanan (uluslararası) gelişmelerin bir fotoğrafı verilmeye çalışılacaktır. Ancak hemen hatırlatmak gerekir ki, çalışma, bir Avrupa siyasi veya ekonomik bütünleşmesi çalışması değildir; ya da örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi de, tezin ana konusu değildir. Buradaki örgütlere ve anlaşmalara değinmek, az önce de belirttiğimiz gibi, AB'nin son yıllarda ve bilhassa da Lizbon sonrası süreçte bu alanda yaşadığı dönüşümün anlaşılmasına hizmet edeceği ölçüde olacaktır. Avrupa Birliği noktasında da, burada bu örgüte yönelik ilgimiz, yine Avrupa bütünleşmesi bağlamında insan haklarının AB projesindeki (özellikle başlangıç aşamasındaki) yeri gibi meseleler üzerinde yoğunlaşacak olup; *AB Hukuku*, AB'nin anayasal ve idari düzeni ya da bir AB siyasi tarihi, asıl ilgi alanımıza giren konular değildir.[10]

[10] AB'nin kuruluş süreci ve Avrupa entegrasyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Paul Craig, Gráinne De Búrca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp.3-30.; Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa, Derrick Wyatt, **Wyatt and Dashwood's European Union Law**, 6th Edt., w.place, Hart Publishing, 2011, pp. 1-37.

1.1.1. İlk Girişimler

İleri düzeyde Avrupa bütünleşme yanlıları için, Avrupa Konseyi bünyesinde erişilen işbirliği düzeyi, tatmin edici gelmemişti; hatta bu yöndeki çabaları, kaçırılan bir fırsat ve hatta biraz da hayal kırıklığı olarak görenler dahi vardı.[11] Bu tartışmalar, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ile başlayan Avrupa Topluluklarının kuruluşu sürecini doğurdu.[12] II. Dünya Savaşı sonrası dönemde Soğuk Savaşın karşıt güçleri karşısında rekabet edebilmek, savaş sonrasındaki ekonomik bakımdan oldukça kötü durumda bulunan Avrupa'yı yeniden inşa etmek ve Avrupa'da etkisini iyiden iyiye hissettirmeye başlayan ABD nüfuzunu kırmak gibi düşüncelerle, ekonomik ve siyasi birçok irili ufaklı işbirliği girişimi, henüz Savaş yıllarından itibaren başlamıştı.[13] Bunlardan biri olarak, Savaş sonrasında Fransa ile Almanya arasındaki ilişkileri normalleştirmek, Alman askeri tehdidine karşı Fransa'nın endişelerini ortadan kaldırmak gibi amaçlarla Fransız – Alman kömür ve çelik sanayisini bir havuzda toplamak ve bu sektörlerdeki kararların ortak bir otorite tarafından alınmasını sağlamak düşüncesiyle, 1951'de Fransa, Almanya, İtalya ve üç Benelüks ülkesi arasında AKÇT Antlaşması imzalandı ve AKÇT kuruldu. Bu girişim, Avrupa entegrasyonunda klasik ''hükümetler-arası'' boyutu aşan ve oybirliği aranmaksızın üyeleri hakkında bağlayıcı kararlar almaya yetkili ''ulusal-üstü'' organlar kuran ilk girişimdi.[14] Nitekim Fransa Dışişleri Bakanı Schuman, 9 Mayıs 1950 tarihli ünlü *Paris Bildirisi*'nde, AKÇT'yi, Avrupa Federasyonu'nun ilk aşaması olarak tarif ediyordu.[15] İnsan hakları ve AKÇT bağlamında ilk söylenecek şey, AKÇT'nin (ileride kurulacak diğer Avrupa Toplulukları gibi) – kömür ve çelik sektöründe çalışan işçiler arasında ücret ve çalışma koşulları bakımından vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasını yasaklayan hükümleri saymazsak – insan hakları olgusuna yabancı kalmış olmasıdır.[16]

---

[11] Greer, **op.cit**, p.47. Örneğin, Fransız Planlama Komiseri Jean Monnet için tamamıyla değersiz; Fransa Cumhurbaşkanı De Gaulle için de bir komedi idi. Fransa Dışişleri Bakanı Robert Schuman da, İngiltere'nin katılımı olmaksızın bir Avrupa bütünleşmesi için daha somut ve ileri düzeyde öneriler ortaya atılması gerektiğini söylüyordu. **Ibid.**

[12] **Ibid.**

[13] George A. Bermann, Roger J. Goebel, William J. Davey, Eleanor M. Fox, **Cases and Materials on European Union Law**, 2nd Edt., w.place, West Group, 2002, p.4; Craig, De Búrca, **op.cit,** p.4.

[14] **Ibid.** p.5.

[15] Bermann et. al., **op.cit**, p.6.

[16] Frank Schimmelfennig, Berthold Rittberger, Alexander Bürgin, Guido Schwellnus, ''Conditions for EU Constitutionalization: A Qualitative Comparative Anlysis'', **Journal of European Public Policy**, Vol:13, Issue:8, December 2006, p.1173. Ancak, getirdiği ulus-üstü norm ve kurumlar sistemi bağlamında 1960'larda Adalet Divanı tarafından ortaya konacak olan Topluluk Hukukunun üstünlüğü ve doğrudan etkili olması doktrinlerinin bir uzantısı olarak, yine Divan tarafından 1960'ların sonlarından itibaren oluşturulmaya başlanan jürisprüdansiyel insan hakları hukukunun

Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasi Topluluğu Girişimleri ve İnsan Haklarının Merkezi Konumu

Avrupa entegrasyonunda AKÇT'nin kurulmasından sonraki 1951 ile 1957 yılları arası dönem, birtakım olumsuz gelişmelerin ve başarısızlıkların yaşandığı ve bunların Avrupa'da insan haklarının korunması noktasında da etkileri olan bir dönem oldu. ABD'nin Almanya'yı NATO içinde yeniden silahlandırma çabalarına karşı, Fransa'nın bunun yerine Avrupa çapında bir savunma işbirliği oluşturmak amacıyla ortaya attığı 1950 tarihli *Pleven Planı*'nda, bir Avrupa ordusu, ortak bir bütçe ve ortak kurumları içeren bir **Avrupa Savunma Topluluğu** (ASAT – *European Defence Community*) kurulması öngörülüyordu.[17] Topluluk Antlaşması'nın Topluluğun görevlerini yerine getirirken tabi olduğu ölçülülük ve yöntem sınırlamalarını düzenleyen 3. maddesi; "*Topluluğun kendisine tevdi edilen hedefleri en az külfet yükleyen ve en etkin yöntemlere başvurarak gerçekleştirmesini ve görevi için gerekli olduğu ölçüde ve* ***kamu özgürlükleriyle bireyin temel haklarına gereken saygıyı göstererek*** *müdahalelerde bulunacağını"* söylemekteydi. Daha sonradan kurulacak olan esas Avrupa Topluluklarının (AKÇT, Euratom ve AET) kurucu antlaşmalarında, bu anlamda insan hak ve özgürlüklerine açıkça bir atıf yapılmamış olduğunu düşünürsek, ASAT Antlaşması'ndaki bu hüküm, Avrupa bütünleşmesi ve insan hakları bağlamında vurgulanmayı hak eden bir gelişmedir. Ne var ki, Fransız Hükümeti'nin, (İngiltere'nin yokluğunda Almanya'nın yeniden silahlanmasına imkan vereceği düşüncesiyle tereddütte kalıp) anlaşmayı Parlamento'ya sunması ve Parlamento'nun da egemenlik noktasında duyduğu kaygılarla anlaşmayı reddetmesiyle, böyle bir Topluluk kurulamamış ve bu hükümler de hiç yürürlüğe girememiştir.[18]

Bu süreçte ortaya çıkan **Avrupa Siyasi Topluluğu** (AST – *European Political Community*) projesi ise – her ne kadar başarıya ulaşamamış olsa da – Avrupa'da insan haklarının korunması noktasında üzerinde önemle durulması gereken bir girişimdir. AKÇT Meclisi'nin, AKÇT Üye Devletlerinin dışişleri bakanlarının talebiyle 1953 tarihinde hazırladığı **Avrupa Siyasi Topluluğu'nun Statüsüne Dair Taslak Antlaşma**, insan hakları bağlamında önemli hükümler içermekteydi. Üyeleri arasında siyasi ve ekonomik

---

ortaya çıkış sürecinde kilit rolde olan ilk davaların, AKÇT Antlaşması kapsamında açılan davalar olmasını, ilginç bir not olarak aktarmak gerekir.

[17] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.5.

[18] **Ibid.**

bir bütünleşmeyi öngören söz konusu taslak Topluluk Statüsü'nün *2. maddesinde* düzenlenen *Topluluğun amaçları* arasında, ''*Üye Devletlerde* ***insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına katkı sağlamak''*** da bulunmaktaydı.

Nitekim hemen ardından gelen *3. maddede*, ***''AİHS'nin 1. kısmında güvence altına alınan haklar ile ve I No'lu Ek Protokol'de düzenlenen hakların, Topluluk Statüsü'nün ayrılmaz bir parçası olduğu''*** vurgulanmak suretiyle adeta AİHS, Topluluk Hukukuna aktarılmıştı. Böyle bir atfı, ileride kurulacak olan Avrupa Toplulukları/Avrupa Birliği projesinde, ancak 1985'teki Tek Avrupa Senedi ile görebildiğimizi ve hatta oradaki atfın dahi bağlayıcılık noktasında bu kadar ileriye gitmediğini düşünürsek, hükmün önemi daha net ortaya çıkacaktır. Öyle ki, Tek Avrupa Senedi'nde AİHS'ye yapılan atfı, her defasında daha güçlü ifadelerle vurgulayan sonraki anlaşma değişikliklerinde (Maastricht, Amsterdam ve Nice Antlaşmaları) bile, AİHS'nin Topluluk/Birlik Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu şeklinde bir ifade kullanılmamış; hatta AB'nin AİHS'ye katılmasını öngören Lizbon Antlaşması dahi, 6. maddesinde, AİHS'yi, AB Hukukunun bir kaynağı olarak Birlik Hukukunun genel ilkeleri içinde saymasına rağmen AST Antlaşması'ndaki gibi kuvvetli bir vurgu yapmamıştır.

Taslak Antlaşma'nın Topluluk Mahkemesi'ne ilişkin hükümlerin yer aldığı *45. maddesinde* de; ''*Topluluk kurumlarının AİHS'de güvence altına alınan hakları etkileyen bir karar veya tasarrufundan doğan herhangi bir uyuşmazlığın, Topluluk Mahkemesi önüne getirileceği''* belirtilmektedir. Bu şekilde gerçek veya tüzel kişiler tarafından Topluluk Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru, AİHS'nin 26. maddesi[19] uyarınca yapılan bir başvuru sayılacaktır. Yine *45. maddenin 3. fıkrasına* göre de; ''*AİHS'de kurulması öngörülen yargısal mekanizmanın tesisinden sonra*[20]*, AİHS'den doğan yükümlülükler veya onların yorumlanmasıyla ilgili (Sözleşme'ye taraf tüm devletleri etkileyen) bir ilkesel sorunun söz konusu olduğu bir uyuşmazlık halinde, Topluluk Mahkemesi', söz konusu sorun Sözleşme yargı organları tarafından çözülene kadar gerekirse yargı yetkisini kullanmayacaktır.''* Avrupa kamu düzeninin anayasal mahkemeleri olarak kabul edilen AB Adalet Divanı ile AİHM arasında insan haklarının korunması bağlamında bugün dahi

---

[19] Sözleşmenin ilk halindeki *26. madde*, AİHM'ye (bireysel) başvuru yapabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasını arayan madde idi.

[20] Bilindiği gibi, AİHS'nin *19. maddesi*, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin denetimini sağlamak üzere, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurmaktaydı. Fakat Sözleşme 1953'te yürürlüğe girmesine rağmen, Komisyon, 1954 yılında çalışmaya başlamış; Mahkeme ise, Sözleşmeye taraf 8 devletin Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesinin ardından 21 Ocak 1959'da kurulmuştur.

halen tartışılan ilişki ve işbirliğinin yaklaşık 60 yıl önce Avrupa Siyasi Topluluğu ile tesis edilmeye çalışıldığını görmek, gerçekten ilginçtir.

Keza Statü'nün, Topluluğun uluslararası anlaşma yapma yetkisinin sınırlarını düzenleyen 90. maddesinde, *''Topluluğun, 3. maddede belirtilen insan hakları ve temel özgürlüklerin güvence altına alınması amacına matuf uluslararası anlaşmalar akdedilebileceğinin''* öngörülmüş olması da oldukça önemlidir. İleride de göreceğimiz gibi, insan haklarının korunup geliştirilmesi amacıyla anlaşma yapma yetkisinin Avrupa Topluluklarına verilmediğini ve hatta bu durumun Adalet Divanı'nın 1994 yılında Toplulukların AİHS'ye katılıma yetkili olmadığına dair açıkladığı görüşüne temel olduğu düşünüldüğünde, yine o tarihlerde böyle bir düzenlemenin öngörülmüş olması da, oldukça ilginçtir.

Son olarak Topluluğa üyelik kriterlerini düzenleyen *116. maddede*; *''üyeliğin, 3. maddede atıf yapılan hak ve özgürlüklerin korunmasını teminat altına alan her Avrupa devletine açık olduğunun''* belirtilmesi de, insan haklarının, Avrupa Siyasi Topluluğu bağlamında gerçekleştirilmeye çalışılan Avrupa bütünleşmesinde ne denli önemli olduğunu açık bir şekilde göstermektedir.

Görüldüğü gibi, Avrupa Siyasi Topluluğu, Avrupa kıtasında insan haklarının korunması noktasında, daha sonradan yerine kurulacak olan Avrupa Toplulukları (ve hatta 2000'lerde yapılan düzenlemelere kadar) Avrupa Birliği'nin dahi ilerisinde düzenlemeler getirmiş; bir anlamda insan haklarının korunmasını, bütünleşme sürecinin merkezine oturtmuştur. Ne var ki, Avrupa Savunma Topluluğu girişiminin yukarıda anlattığımız şekilde akamete uğramasının ardından, Avrupa Siyasi Topluluğu projesi de rafa kaldırılmıştır.

1.1.2. Avrupa Topluluklarının Kurulması ve İnsan Hakları Korumasında Duraklama

Bu gelişmeler, aynı zamanda bütünleşme sürecinin yön değiştirmesini ve siyasi ve askeri bütünleşmenin bir süre için askıya alınarak ekonomik bütünleşme üzerinde yoğunlaşılmasını da tetiklemiştir. Bu ise, 1957 yılında AKÇT projesinin devamı olarak iki Avrupa Topluluğunun daha kurulmasına giden süreci başlatmıştır. Siyasi ve askeri bütünleşme noktasındaki başarısız girişimlerden sonra, Avrupa entegrasyonunun kurucu babaları, Avrupa'nın inşasına ve bütünleşmesine, bu sefer ekonomik alanda devam etme noktasında fikir birliğine varmışlar ve iki amaç üzerinde uzlaşmışlardır: *Barışçıl*

amaçlarla atom enerjisinin geliştirilmesi ve *ortak bir Avrupa pazarının kurulması*.[21] Bu amaçla başlatılan girişimler, 1957'de iki antlaşmanın imzalanması ve böylece (AKÇT'ye ilaveten) iki örgütün kurulmasıyla neticelenmiştir: **Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu** (**AAET** – **Euratom**) ve **Avrupa Ekonomik Topluluğu** (**AET** – **European Economic Community**).[22] [23]

Kurucu Antlaşmalarda İnsan Haklarının İhmal Edilmesi

Söz konusu amaçlar ve entegrasyonun yön değiştirmesi, aşağıda görüleceği gibi, insan haklarının bu projeler içindeki yerini de doğrudan etkilemiştir. Temelde üyeleri arasında ortak bir pazarın kurulması, ekonomi politikalarının yakınlaştırılarak ekonomik faaliyetlerin geliştirilmesi, sürekli ve dengeli bir büyümenin sağlanması ve yaşam standartlarının yükselmesi gibi hepsi de özü itibariyle ekonomik nitelikteki amaçları gerçekleştirmek için kurulan AET'nin (ve tabii ki Euratom'un) Kurucu Antlaşmalarında, klasik anlamda herhangi bir temel hak ve özgürlüğe yer verildiğine veya Avrupa Siyasi Topluluğu Taslak Antlaşması'nda olduğu gibi AİHS üzerinden insan haklarına doğrudan bir atfa rastlamak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, Toplulukları kuran ne Paris ne de

---

[21] Dashwood et. al., **op.cit**, p.7.

[22] Bu üç topluluk, organları tek fakat uluslararası hukuktaki varlıkları ayrı olan ve dolayısıyla da daha sonraki yıllarda Avrupa Toplulukları (*European Communities*) olarak bilinen oluşumlardır. (Ancak, her üçünün de, üyeleri aynı olduğundan ve her üçü de, aynı kurumlar tarafından yönetildiğinden, uygulamada ''Topluluk'' karşılığı olarak ''Community'' kullanılmaktaydı.) 1993 tarihinde Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Topluluğu'na dönüştürülmüş ve bu üç Topluluğu da içine alan Avrupa Birliği (*European Union*) kurulmuş; ancak her üç Topluluk da ayrı ayrı varlıklarını sürdürmeye devam etmiştir. Daha sonradan, en başta zaten 50 yıllık bir süre için kurulan AKÇT, bu sürenin sona ermesiyle 2002 yılında hak, yetki ve yükümlülükleri Avrupa (Ekonomik) Topluluğu'na geçmek suretiyle ortadan kalkmış; böylece ortada iki Topluluk kalmıştır. 2009 yılında yürürlüğe giren **Lizbon Antlaşması** ise, Maastricht ile gelen yapıya son vermiş; varlığını sürdüren iki Avrupa Topluluğu'ndan esas olan Avrupa Topluluğu'nun tüzel kişiliğine son vererek **tek bir tüzel kişi olarak Avrupa Birliği'ni kabul etmiştir**. Diğer Topluluk olan Euratom ise, ortadan kaldırılmamış, Kurucu Antlaşması uyarınca – organları AB ile ortak olmak üzere – ayrı hukuki varlığını sürdürmesi öngörülmüştür. Biz de çalışma boyunca, ***Avrupa Topluluğu, Avrupa Toplulukları, Topluluk, Topluluklar, AT, Avrupa Birliği, Birlik*** ve ***AB*** kavramlarını, birbirinin yerine kullanacak; ancak Maastricht öncesi dönemi anlatırken daha çok ''Topluluk'', Maastricht sonrası döneme dair kullanımlar içinse, ''Birlik'' kavramlarını tercih edeceğiz.

[23] Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulması, Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü'nün geri kalan üyelerini, İngiltere öncülüğünde bir serbest ticaret alanı oluşturma amacıyla Avrupa Serbest Ticaret Birliği'ni (*European Free Trade Association* – EFTA) kurmaya sevk etmiştir. Bermann et. al. **op.cit**, p.7. Avusturya, İngiltere, Norveç, İsveç, İsviçre ve İngiltere'yi kapsayan ve 1992 yılında ***Avrupa Ekonomik Alanı***'na (*European Economic Area* – EEA) dönüşecek olan bu oluşumun Avrupa entegrasyonunda insan haklarının korunması noktasında kayda değer bir katkısı olmadığından, burada üzerinde durulmayacaktır.

Roma Antlaşmaları, bir insan hakkı bildirgesi olarak adlandırılabilecek şekilde bir hak ve özgürlükler listesi vermediği gibi, o tarihte mevcut başka birtakım insan hakları belgelerine de (Avrupa Siyasi Topluluğu'nun AİHS'ye atıf yapması gibi) atıf yapmamıştı. Hatta klasik anlamda anayasalarda ve uluslararası metinlerde korunduğu şekliyle bir hak ve özgürlüğe dahi doğrudan atıf yoktu ve dahası, Toplulukların temel amaç ve hedeflerini düzenleyen genel maddeler arasında, usulen de olsa insan haklarının korunup geliştirilmesi sayılmamıştı.

Bu noktada, özellikle AET Antlaşması ile tanınan dört serbestinin (malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımının), bir yönüyle insan hakları bağlamında birer temel hak ve özgürlük olduğu ileri sürülebilir.[24] Özellikle bunların, başta AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda klasik anlamda birer temel hak ve özgürlük olarak güvence altına alınan bireysel seyahat özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hak ve özgürlüklerle yakından ilişkili olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak temel serbestiler olarak adlandırabileceğimiz bu ''haklar'', bir insan hakları belgesinde ya da bir anayasada olduğu gibi bireylere klasik anlamda bir insan hakkı tanımak amacıyla anlaşmalara alınmış olmayıp; bu serbestilerin tanınmasındaki temel mantık, başlatılan ekonomik entegrasyon sürecinde ve ulaşılmaya çalışılan ekonomik birlik hedefinde ortak pazarın kurulması noktasında olmazsa olmaz nitelikle görülmeleridir. Yine bu noktada, AET Antlaşması'nın sosyal hükümlere ilişkin içerdiği bölümü ve burada işçilerin haklarının düzenlenmesini de – işçilere birtakım haklar vermekle birlikte – klasik anlamda hak ve özgürlük hükümleri olarak görmenin zor olduğu söylenmiştir.[25]

Bu noktada, Kurucu Antlaşmaların bu sessizliğinin,[26] o dönem için en azından bir kısmı makul görülebilecek bir takım gerekçelere dayandığı söylenebilir. Öncelikle, daha önceden de belirttiğimiz gibi, Savaş sonrası Avrupa'nın yeniden inşası sürecinde, Avrupa Konseyi, insan hakları, temel özgürlükler ve demokratik değerlerin korunup geliştirilmesi üzerinde yoğunlaşırken; ekonomik restorasyon, diğer irili ufaklı oluşumların

---

[24] G. Quinn, ''The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated at Birth?'', **McGill Law Journal**, Vol:46, Part:4, 2001, p.859.

[25] Elizabeth F. Defeis, ''Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal''**,** **Fordham International Law Journal**, Vol:31, Issue:5, May 2008, p.1106.

[26] Kurucu Antlaşmalarda, klasik anlamda herhangi bir hak ve özgürlüğe doğrudan yer verilmemekle veya örneğin Avrupa Siyasi Topluluğu gibi AİHS'ye bir atıf yapılmamakla birlikte, yine de insan haklarını çağrıştıran; özellikle Topluluk yargı organının, insan haklarını Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olan hukukun genel ilkelerinden kabul etmesiyle başlayan (ve tezin ileriki bölümlerinin de özünü oluşturacak olan) jurisprudansiyel insan haklarının oluşumu sürecinde dayanak olarak alınan antlaşma hükümleri mevcuttu. Nitekim bunlara, tezin ilgili yerinde ayrıca değinilecektir.

yanında esas olarak Avrupa Toplulukları eliyle yürütüldü.[27] Bu farklılaşma, aslında Topluluk Kurucu Antlaşmalarında bildiğimiz manada temel hak ve özgürlüklere neden yer verilmediği hakkında da açıklayıcı niteliktedir. Elbette ki, o dönemde Avrupa Konseyi'ni kuran ve Avrupa Siyasi Topluluğu önerisini ortaya atan iradenin, özellikle Savaş sonrası dönemdeki entegrasyon girişimlerinin baş gündem maddesi ve meşruiyet kaynağı olan insan hakları kavramını görmezden gelmeleri mümkün değildi.[28] Bu bağlamda Avrupa Topluluklarının kuruluş aşamasında da, bu meyanda birtakım hükümlerin anlaşmalara eklenmesi tartışıldı, fakat reddedildi.[29]

Bir yanda, zaten insan haklarının AK (ve küresel ölçekte BM) bünyesinde korunduğu düşüncesi belirirken; diğer yanda da, o dönem için salt ekonomik nitelikli bir bütünleşme olan ve bu doğrultuda hükümler getiren bir oluşumun, insan hakkı ihlallerine yol açmasının pek de olası olmadığı düşünülmüştü.[30] Örneğin kendisi de bir Adalet Divanı yargıcı olan Pierre Pescatore'nin söyledikleri, bu anlamda ilginç sorular ortaya koymaktadır. Pescatore, hedefleri ve yetkileri, ekonomik ve sosyal olan bir aygıtın insan haklarıyla nasıl ilişkili olabileceğini; birey hak ve özgürlüklerini nasıl ihlal edebileceğini sorgulamaktaydı. Yine ona göre; Topluluğun işleyiş tarzı, devletler örneğinde olduğu gibi ciddi insan hakları problemlerine nasıl yol açabilirdi; yahut yetkileri tamamen ekonomik ve sosyal konulara indirgenmiş organlar, örneğin insan hayatı, bireysel özgürlük, din-vicdan-ifade hürriyeti veya siyasi özgürlük gibi devlet karşısında korunması gereken kişi hak ve özgürlüklerine nasıl müdahale edebilirdi?[31]

---

[27] Betten, Grief, **op.cit**, p.53.

[28] Ancak bunun (AB'nin ve hatta AK'nin temellerinde insan hakları gibi ulvi değerlerin yattığının) bir mit olduğunu ileri süren çevreler de yok değildir.

[29] AET'yi kuran Roma Antlaşması'na ilişkin *travaux préparatoires* (hazırlık çalışmaları – *preparatory works*) kamuoyuyla paylaşılsaydı, elbette ki, bu konuda daha ileri bir değerlendirme yapmak mümkün olabilirdi. Ancak örneğin, Alman delegasyonunun yukarıda değindiğimiz AST Antlaşması'nın 3. maddesindekine benzer bir hükmün Roma Antlaşmalarına da konulmasını talep ettiği; fakat bu önerinin, hem Toplulukların tüm Üye Devlet anayasalarını birden gözetmesinin mümkün olmadığı; hem de zaten isteyen devletlerin konuya ilişkin derogasyonlar koyabileceği gibi gerekçelerle diğer delegasyonların muhalefetiyle karşılaştığı söylenmiştir. Manfred Zuleeg, ''Fundamental Rights and the Law of the EC'', Common Market Law Review, Vol:8, Issue:4, 1971, p.446; Henrik Karl Nielsen, ''The Protection of Fundamental Rights in the Law of the European Union'', **Nordic Journal of International Law**, Vol:63, Issue:1, 1994, p.215.

[30] Betten, Grief, **op.cit**, p.53.

[31] Pierre Pescatore, ''Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities'', **The American Journal of Comparative Law**, Vol:18, No:2, 1970, p.349 vd. Yazar, bu sorulara, Toplulukların da bireysel hak ve özgürlükleri yakından etkileyen kararlar alabileceği ve eylemlerde bulunabileceği şeklinde cevap vermektedir. Bu görüşlere, ileride, Toplulukta insan haklarının korunmasında arkaplanın anlatıldığı bölümde *''insan hakları korumasının felsefi temelleri"* alt-başlığı altında değinilecektir. Zira buradaki amacımız, Kurucu Antlaşmalarda insan haklarına neden yer verilmediği konusunda bir beyin jimnastiği yapmaktır. Bu bağlamda Pescatore'nin sorduğu bu sorular da, kendisi aksi yönde cevap verse de, Kurucu

Yine bu noktada, bu şekilde bir haklar belgesinin AB'ye devlet-benzeri özellikler atfetmek anlamına gelebileceği düşüncesinin de (ki bu, o zaman için arzulanan bir durum değildi), bu ihmalde rol oynadığı söylenebilir.[32] Bunların yanında, Avrupa entegrasyonunda Topluluklara düşen rolün, bu entegrasyonun *ekonomik ve sosyal ayağı* olduğu; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün tesisi gibi *siyasi ayağın* ise Avrupa Konseyi eliyle yürütüldüğü; AB'ye, kuruluş işlevinin ötesinde insan haklarını koruma noktasında birtakım vazifeler yüklemenin, yukarıda belirtildiği gibi gereksiz olmasının yanında, Avrupa Konseyi ve bilhassa da AİHS ve kurduğu denetim mekanizması eliyle yürütülen insan hakları koruma sisteminin etkililiğini azaltabileceği yönüyle riskli de olduğu yönündeki argümanlar ile, insan haklarının zaten Üye Devletlerin anayasal sistemleriyle korunduğu ve onların da AİHS'ye taraf olmak suretiyle uluslararası bir denetime tabi olduğu ve böylece bir de AB'ye üyelik yükümlülüğü şeklinde bir insan hakları denetim sisteminin gereksiz olduğu yönündeki fikirler de, bu ihmalde rol oynayan faktörler arasında sayılabilir.

Dolayısıyla denebilir ki, bu ihmal, Roma Antlaşması'nı hazırlayanların bir taraftan oluşturdukları aygıtın niteliğine, diğer taraftan da insan haklarının korunması kavramına ilişkin vizyonlarının bir yansımasıydı: *Bir yandan, sınırlı yetkilere sahip, esas olarak ekonomik meselelerle ilgili bir aygıt ve bu aygıtın bireylerin haklarının ihlal etme potansiyelinin olmadığı düşüncesi; öte yandan, insan haklarının, ulusal anayasalar ve uluslararası boyutta da AK ve BM bünyesinde zaten korunduğu/korunması gerektiği düşüncesi.* Diğer bir deyişle, başta AET olmak üzere Toplulukların zaten insan haklarını ihlal etme potansiyelinin olmadığı; Topluluk Hukukunun birinci dereceden uygulayıcısının temelde Üye Devletler olduğu ve bunların Topluluk Hukuku kapsamında bulunulan ihlalleri bakımından ise, zaten bütün Üye Devletlerin o tarihlerde hem hak ve özgürlükleri gayet iyi bir şekilde güvence altına alan anayasalara veya hak bildirgelerine sahip olduğu ve hem de başta AİHS olmak üzere uluslararası (küresel ve bölgesel) insan hakları koruma mekanizmalarına dahil olmalarının yeterli olacağı konusundaki kanaat[33] (ve belki de bahane), bu ihmalin başlıca sebepleriydi. Bir taraftan Avrupa bütünleşmesi

---

Antlaşmaların bu sessizliğinin arkasında yatan mantığı basitçe açıklayabilecek sorular olduğu için burada dile getirilmiştir. Ancak durumun böyle olmadığı; yani Topluluk Hukukunda da pekala insan hakları korumasına yer verilmesi gerektiği, zaten ileride insan hakları korumasının başlamasının arkaplanındaki dinamiklerin ele alındığı yerde tartışılacak ve tezin genelinde de işlenecektir. Ayrıca bkz.: Pierre Pescatore, "The Protection of Human Rights in the European Communities", **Common Market Law Review**, Vol:9, Issue:1, 1972, pp. 73–79.

[32] Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins, **European Union Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p.232.

[33] Defeis, **op.cit**, pp.1106-1107; Bermann et. al., **op.cit**, p.203.

konusunda Üye Devletler arasındaki farklı vizyonlar; diğer taraftan da o tarih için özellikle Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasi Topluluğu sürecindeki başarısızlıkların, hedefi, siyasi bütünleşmeden (ve o kapsamdaki hukukun üstünlüğü, demokrasi, insan hakları gibi temel değerlerden) *fonksiyonel bir bakış açısıyla*[34] uzlaşının nispeten kolay olduğu ekonomik alana kaydırılması konusundaki fikir birliği de eklenince, (değil bir hak ve özgürlük listesi vermek),insan haklarının korunması ve geliştirilmesi kavramlarına yer vermenin, o aşamada gereksiz bir ısrar olacağı düşünülmüştü.

Nitekim karşılaştırmalı bir bakış açıyla olaya baktığımızda, 1787 tarihli ABD Anayasası'nın yapılması aşamasında da benzer tartışmaların yaşandığını görebiliriz. Bilindiği gibi, Filedelfiya'da toplanan Anayasal Konvansiyon esnasında da, insan haklarının anayasal belgeye dahil edilip edilmemesi gündeme gelmiş; ancak özellikle kurucu babaların vizyonunda, oluşturulacak anayasanın, yeni bir ulusun kuracağı yönetimin temel ilkelerini ve iktidar unsurları arasındaki yetkileri tasrih eden bir belge olması; bu bağlamda hak ve özgürlüklerin federal düzeyde düzenlenmesinin gereksizliği ve federe devletlerin anayasa ve yasalarında düzenlenmesinin daha makul olacağı gibi düşünceler neticesinde hak ve özgürlüklere anayasada yer verilmemiştir.[35] Ne var ki, gerek AB gerek ABD'nin kuruluşu aşamasında ortaya çıkan ve aralarında paralellikler kurulabilecek bu vizyonların, çok da doğru olmadığı anlaşılmıştır. ABD'de Yüksek Mahkeme'nin verdiği bir dizi karar neticesinde federal yönetimin yetkilerinin, kurucuların hiç de öngörmediği oranda artmasına paralel; AB'de de, daha başlangıçtan itibaren, rekabetten çevreye, tüketicilerin haklarından sağlığa bir çok alanda Topluluklara verilen yetkilerin, gerek Topluluklar gerek onların uygulayıcıları olarak Üye Devletler bazında kullanılmaya başlanması sonucu, her iki düzeyin de hak ve özgürlükleri etkileyebileceği çok geçmeden anlaşılmıştır. ABD'de bu durum, hemen iki yıl sonra başlayan süreçte Haklar Bildirgesi olarak adlandırılan düzenlemelerin kabulüyle düzeltilmişken; AB'de kurucu irade noktasında 1985 tarihli Tek Avrupa Senedi'ne kadar sessiz kalınmış; süreç, aşağıda görüleceği üzere bir süre Topluluğun yargı organı eliyle ilerletilmiştir.[36]

Doktrinde Bogdandy, Kurucu Antlaşmalar'da insan hak ve özgürlüklerine yönelik (bilinçli) ihmale farklı bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Bogdandy'ye göre; AB Hukuk düzeni, fonksiyonel bir hukuk düzeni olarak başlamış, Avrupa devletlerini ve halklarını esas olarak ulusal ekonomileri üzerinden entegre etmek amacıyla kurulmuştur. AB

---

[34] Başta *fonksiyonel (işlevsel) teori* olmak üzere Avrupa entegrasyonunu açıklamada ortaya atılan teoriler için bkz.: Craig, De Búrca, **op.cit**, p.2 vd.
[35] Defeis, **op.cit**, p.1107.
[36] **Ibid.** pp.1107-1108.

Hukuku, demokratik toplumlara ilişkin olarak tamamen yeni ortaya çıkan kavram ve olguların siyasi ve sosyal dönüşümü noktasında, bunları muhafaza etmekten ziyade ortak bir Avrupa geleceğine doğru dönüştürmede bir araç işlevi görmüştür. İnsan hakları da bu süreçte tedricen, çalışmanın ileriki kısımlarında da ayrıntılı olarak görüleceği gibi, *ulus-üstü kurumların tasarruflarına bir sınır olarak* ortaya konmuştur. Ne var ki, insan hakları, ne olursa olsun, Birlik hukuk düzeninin ve kurumlarının amaçlarını, odak noktalarını ve faaliyetlerini de değiştirmemiştir. Halen daha Kurucu Antlaşmalar'a baktığımızda, '*'ortak pazar''ın* diğer bütün hedeflerin önünde geldiği rahatlıkla görülebilir. Örneğin, halen AB Hukuku alanında politika oluşturulmasına kadar varan işlevleri olan iki büyük akademik yayının isimlerinin ''Common Market Law Review'' ve ''Journal of Common Market Studies'' olması bile, Bogdandy'ye göre birçok şeyi açıklamaktadır. Özellikle son yıllarda insan haklarını, AB'nin ve politikalarının merkezine koymak yönünde önemli çabalar mevcut olup, bu süreç amaçlandığı gibi sonuca ulaşırsa, bugün ortak pazarın AB için işgal ettiği değeri ve yeri insan haklarının alması; insan haklarının, AB düzeninde iktidarın kullanılmasının bir sınırı değil, bir belirleyici ölçütü (yön vericisi) olması hedeflenmektedir. Ancak kuruluş aşamasında, belirttiğimiz gibi, bu, nispeten yabancı ve uzak bir hedefti ve bu durum da, insan haklarının bu projenin başındaki konumunu ve rolünü tayin etmekteydi.[37]

Buna karşılık, AB'nin kuruluşuna işlevsel bir bakış açısıyla bakılan bu noktadan devam edersek; bu noktada insan haklarının, bu şekildeki bir *işlevsel bütünleşme* (*functional integration*) teorisinin derinlerinde bir şekilde bulunduğu da iddia edilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, nihai hedefi siyasi bütünleşme olan ve bu hedef doğrultusunda işlevsel bir bakış açısıyla ekonomik bütünleşmeden yola başlayan bir projenin, aralarında insan haklarının da olduğu ortak birtakım değerlerle pekala bir arada bulunabileceğini ve uyuşabileceğini, olaya geniş bir perspektiften bakıldığı takdirde, söylemek mümkündür.[38] Nitekim bu noktada genellikle söylenen de, gerek Avrupa Konseyi'nin ve gerek Avrupa Birliği'nin ortak hedefinin, kendisiyle ve komşularıyla barış içinde bulunan bir Avrupa olduğu[39] ve temel hak ve hürriyetlere saygı ile bunların korunmasının da, bu ortak hedefe ulaşmada önemli bir rol oynayacağıdır. Ne var ki,

---

[37] Armin Von Bogdandy**, ''**The European Union as Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union'', **Common Market Law Review**, Vol:37, Issue:6, 2000, p.1308.
[38] Quinn, **op.cit,** p.853.
[39] I**bid**. p.860.

yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Kurucu Antlaşmalar, (derinlerde ve arkaplanda olduğu iddia edilen) insan hakları noktasındaki bu vizyonu, açıkça dile getirmemiştir.[40]

Avrupa bütünleşmesine ilişkin farklılaşan bu vizyonlar, AB projesinde insan haklarının yerinin değerlendirilmesine imkan veren bir bakış açısı sunmaktadır. Diğer bir deyişle, AB projesinde (bilhassa başlangıç aşamasında) insan haklarının yerini, devletlerin Avrupa projesine ilişkin daha genel planda sahip olduğu farklı vizyonlar üzerinden değerlendirmek de mümkündür. Genel çerçeveden bakıldığında, AB kurucu antlaşmalarında insan hakları hükümlerine daha görünür ve net biçimde yer verilmesini savunan bakış açısı, daha ileri bir siyasi bütünleşme ve hatta federal bir Avrupa vizyonuyla örtüşürken; Avrupa bütünleşmesine dair ''ulusların Avrupası'' vizyonunu taşıyanlar ise, bu süreçteki ulusal-üstü kurumlara devletlerin içişlerine daha çok müdahale etme imkanı vereceği ve bu anlamda egemenlik yetkilerini arzu edilmeyecek ölçüde aşındıracağı gibi sebeplerle insan haklarının bu projenin gündeminde yer almasına başlangıçta pek sıcak bakmamış ve bu yönden bir bütünleşmenin, temelde AİHS olmak üzere Avrupa Konseyi bünyesinde yürütülmesini savunmuşlardır.[41] Nitekim çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntısıyla inceleneceği gibi, insan haklarının süreç içerisinde AT/AB hukuku ve politikalarında oynadığı rol ve günümüzde işgal ettiği yer bakımından, artık bu değerlerin her alanına nüfuz etmediği bir AB siyasi/hukuki düzeninden bahsedilemeyecek olsa da (ve bu gelişmeler, özellikle 1985'ten itibaren Kurucu Antlaşmalar düzeyinde teyit edilse de), Avrupa bütünleşmesine yönelik Üye Devletler arasında halen tüm canlılığıyla sürmekte olan vizyon farklılaşmalarının, insan hakları politikaları konusunu – aynı Birliğin ilk kuruluş yıllarında olduğu gibi – canlı bir tartışma alanı olarak tuttuğunu ve devletlerin pozisyonları noktasında da (özellikle AİHS'ye katılım ve Temel Haklar Şartı'nın hukuki statüsü gibi konularda yapılan tartışmalar bağlamında) halen belirleyici olduğunu söyleyebiliriz.

---

[40] **Ibid**. Quinn'e göre, bu bir bakıma anlaşılabilir bir durumdur; zira bu(sözkonusu) antlaşmalar, (örneğin Avrupa Konseyi'nin aksine) *amaçlar değil*, *araçlar üzerinde* yoğunlaşmaktadır. Siyasi hedeflerden ziyade ekonomik araçları (ve bu araçları etkin kılmak için de gerekli hukuki mekanizmaları) düzenleme, bir yönüyle Avrupa (siyasi) bütünleşmesine şüpheyle bakan devletlerin, teknokratik bir ekonomik bütünleşme sürecine evet demelerini; böylece Avrupa'nın siyasi birliği / bütünleşmesi konusunda o zaman için farklı düşünen ulusların ortak bir payda olan ekonomik çıkarlara dayalı bütünleşmede buluşmalarını sağlamıştır. **Ibid.**

[41] **Ibid.**

1.1.3. Adalet Divanı Eliyle Sessizliğe Son Verilmesi ve Jürisprudansiyel İnsan Hakları Hukukunun Doğuşu

Arkaplanda yatan bütün bu gerekçelere ve Kurucu Antlaşmalar'ın bu sessizliğine rağmen, insan hakları, Avrupa (ekonomik) bütünleşmesinde, özellikle 1960'ların sonlarından itibaren gündemdeki yerini almış; diğer bir deyişle, Kurucu Antlaşmalar gibi Topluluk Hukukuna yabancı kalmamıştır. Özellikle, bu noktada siyasi liderlerin ve kurumların yap(a)madığını Birliğin yargı organı olarak kurulan Adalet Divanı yapmış ve 1960'ların sonlarından itibaren insan hakları alanında *jürispüridansiyel bir hukukun* oluşmasını sağlamıştır. Divan'ın, AB Hukukunun kaynakları arasında *hukukun genel ilkelerini* (*general principles of law*) sayması ve biraz da ulusal mahkemeler karşısında Topluluk Hukukunun (ve haliyle kendisinin) özerkliğini ve üstünlüğünü koruma kaygısıyla ulusal anayasal gelenekler ve AİHS ile korunan hak ve ilkeleri, hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirmesiyle, zaten Birliğin erken dönemlerinden itibaren, ulusal-üstü insan hakları kural ve ilkeleri, AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olarak uygulanmış ve dahası tüm Topluluk normlarının ve dahi Üye Devletlerin iç hukuklarının üstünde ulusal-üstü bir insan hakları hukukunun gelişimi süreci başlamıştır.

1.1.4. Korumayla Birlikte Ortaya Çıkan Meseleler

Yukarıdaki genel giriş kısmında da vurguladığımız gibi, tezin ana önermelerinden birisi, insan haklarının, AB'nin ana maddelerinden biri haline geldiği; özellikle Lizbon sonrası süreçte, AB'nin AİHS sistemine dahil olmasıyla bu durumun daha da pekiştiği ve AB'nin bir federasyon, bir ulus-üstü devlet vs. olup olmadığı tartışmalarından bağımsız olarak, bir devletin insan hak ve özgürlükleriyle ne ölçüde bir ilişkisi varsa, klasik anlamda devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını kullanan ve hayatın hemen her alanında tasarrufta bulunma veya devletleri bu yönde tasarruflarda bulunmaya zorlayan bir yapılanma olarak AB'nin de insan haklarıyla o ölçüde ilişkili olduğudur.

Yine bu noktada ifade etmek gerekir ki; AB'nin özellikle 2000'li yıllarda başlayan süreç içerisinde *ulus-ötesi (post-national) bir insan hakları örgütüne* dönüşüp dönüşmediğine ilişkin yoğun tartışmalar da, akademik ve siyasi gündemi işgal etmektedir. Özellikle bu dönemde ekonomik ve sosyal durum açısından belli bir doyum noktasına ulaşılan Birlik içinde, ekonomik saiklerin bütünleşme sürecini ileriye götürmek için artık yeterli olmadığı eleştirileri, AB'de ciddi bir demokrasi açığı bulunduğuna dair

eleştirilerle de birleşince, insan hakları, bütünleşme sürecini ileriye taşıyacak yeni bir meşruiyet aracı olarak ileri sürülmüştür. Ancak yine hemen bu noktada belirtmek gerekir ki, son yıllarda yaşanılan *ekonomik krizin* – bu süreci tamamen tersine döndürmüş olduğunu söyleyemesek bile en azından – ekonomik meseleleri, yeniden insan haklarının önüne geçirdiği ve bütünleşme sürecinde direksiyona geçtiği yorumları da yapılmaktadır. Nitekim bütün bu gelişmeler ve tartışmalara da, tezin ilgili yerlerinde etraflıca değinilecektir.

Keza AB'nin uluslararası insan hakları korumasının bölgesel boyutunda icra edeceği rol de, tartışmalardan beri değildir. AB, bir yandan insan haklarını yeterince ciddiye almadığı, iç ve dış politikaları arasında bu bağlamda tutarsızlıklar bulunduğu ve dolayısıyla daha ciddi, samimi ve kapsayıcı bir insan hakları politikası yürütmesi gerektiği gibi eleştirilere maruz kalırken; öte yandan kuruluş amacına sadık kalarak ekonomik bütünleşmeyi kovalaması gerektiği, insan haklarının uluslararası ve bölgesel başka oluşumlar eliyle zaten korunduğu, dolayısıyla bu alana ne kadar el atarsa, o oranda, halihazırda oturmuş bir işleyiş sistemleri olan ve insan haklarının korunmasında belli bir olgunluk ve etkinlik düzeyine erişmiş diğer bölgesel ve küresel uluslararası örgütlerin etkinliğini aşındıracağı gibi eleştirilerle de karşılaşmaktadır. Yine bu meyanda, her ne kadar insan haklarının Birlik içindeki yeri ve önemi, ilk kuruluş yıllarına göre önemli ölçüde değişse ve gelişse de; bu projenin özünde bir iktisadi bütünleşme ve ortak pazar projesi olduğu ve dolayısıyla Lizbon Antlaşması'nın insan hakları alanında getirdiği büyük gelişmelere rağmen insan haklarının bu projedeki rolü ve konumu, halen tartışılmaktadır.[42]

1.1.5. Ara-Değerlendirme

Yukarıda, II. Dünya Savaşı'nın hemen ardından Avrupa'nın siyasi ve ekonomik bakımdan yeniden inşasına yönelik girişimlerin yoğun olarak başladığını söylemiştik. Siyasi bağlamda, NATO, Batı Avrupa Birliği, Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasi Topluluğu ile AGİK/AGİT öne çıkarken; ekonomik bütünleşmenin aktörleri ise, Benelüks ülkeleri arasında kurulan gümrük birliği, Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü, başta AET olmak üzere Avrupa Toplulukları ve Avrupa Serbest Ticaret Alanı idi. Hemen Savaş sonrası dönemde özellikle BM bünyesinde başlayan insan haklarının

[42] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.364.

korunmasında işbirliği çabalarının, insan hakları noktasında Savaş'ın belki de en yıkıcı etkilerini doğurduğu Avrupa Kıtası'nda karşılık bulmaması elbette ki düşünülemezdi. Nitekim Avrupa Konseyi'nin kurulmasıyla başlayan süreçte, Konsey gibi temel gayesi insan haklarını (hukukun üstünlüğü ve demokrasi ile birlikte) korumak olan bütünleşme modelleri yanında, AGİK ve özellikle AT/AB gibi başlangıçta başka saiklerle kurulmuş örgütler de, süreç içerisinde bu temel saikler içine insan haklarının (bölgesel anlamda uluslararası) korunmasını da ekledi. Başlangıçta, siyasi inşa ve insan haklarının korunmasında Avrupa Konseyi ve onun bünyesinde kurulan AİHS sistemi, başat rol oynarken; ekonomik inşa kısmında ise Avrupa Toplulukları, ön plandaydı. Avrupa Konseyi'nin devletler/hükümetler-arası yaklaşımı, ulus-devletleri insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi bir takım ortak değerler üzerinde işbirliğine yöneltirken; Avrupa Toplulukları, ulus-üstü kurallar ve kurumlar eliyle ekonomik bütünleşmeyi sağlayarak uluslar arasındaki sınırların kaldırılmasını hedeflemekteydi. Diğer bir deyişle ilk model, ortak bir takım değerler üzerinde inşa edilirken; ikinci proje, tarafları, birtakım ortak değerlerden ziyade karşılıklı çıkarlara dayalı ekonomik menfaatlerde buluşturuyordu.[43]

Diğer bir anlatımla, AT/AB boyutunda yürütülen entegrasyon modeli, başta Avrupa Konseyi olmak üzere diğer girişimlerden oldukça farklıydı. Örneğin, Avrupa Konseyi, devletler arasında ortak değerler üzerinde bir işbirliği kurmayı amaçlamıştı ve devletler arasındaki (hassas) sınırlara dokunmamıştı. Avrupa Toplulukları projesi ise, tam aksine bu sınırları aşındırmayı ve uzun vadede ortadan kaldırmayı amaçlıyordu. Tabii ki bunda, özellikle Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasi Topluluğu projelerinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine, AB entegrasyonunun kurucu babalarının – belki nihai noktada siyasi bir birlik fikrinden vazgeçmemekle birlikte – uzun vadede böyle bir birliğe ulaşılabilmesi için entegrasyonunun yönünü değiştirmeye yönelmeleri de etkili olmuştu. Ülkelerin, işbirliğinin (özellikle de ekonomik anlamda) kendi çıkarlarına etkilerini hesaplayabildikleri ölçüde işbirliğine yanaşacakları şeklindeki kadim ilkeden hareket ederek, nasıl ki ABD'nin kuruluş sürecinde konfederatif bir yapıdan federal bir yapıya geçişte devletler arası ticari ilişkilerin düzenlenmesi önemli rol oynadı (diğer bir deyişle, bu alandaki sorunlar, daha ileri bir siyasi birlik için harekete geçilmesine yol açtı) ise; benzer şekilde Avrupa'nın uzun vadede daha ileri bir siyasi birliğe ulaştırılması arzusu ve ihtiyacı da, önce devletler arasındaki ekonomik ilişkileri

[43] Quinn, **op.cit,** pp.857 vd.

düzenlemek ve ekonomik yönden bütünleşmeyi sağlamak üzerinde yoğunlaşılmasına (AST ve ASAT bağlamındaki iki başarısız girişimin de etkisiyle) yol açtı.[44]

Böyle bir yönelmenin, insan haklarının korunması, diğer bir deyişle bu bütünleşme projeleri içinde insan haklarının yeri noktasında da elbette etkileri olacaktı ve oldu da. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı/Teşkilatı, Avrupa Savunma ve Avrupa Siyasi Toplulukları gibi siyasi işbirliği ve bütünleşmeye yönelen projelerde, insan hakları (hukukun üstünlüğü, demokrasi, güvenlik gibi diğer birtakım konularla birlikte) kendine başlangıçtan itibaren, farklı düzeylerde de olsa, yer bulurken; Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü, Avrupa Toplulukları ve Avrupa Serbest Ticaret Alanı gibi, ekonomik temelli işbirliği ve bütünleşme modellerinde, haklar boyutu, en azından başlangıç aşamasında çoğunlukla bilinçli bir şekilde ihmal edilmişti.

Ancak ilerleyen yıllarda, değişen dünya şartları, AT/AB projesinde, siyasi yönden daha yakın bir birlik kurma arzusunu tetikledi ve buna paralel olarak süreç içerisinde Topluluğun yetkilerinin de genişlemeye başlaması, başlangıçta projeye nispeten yabancı olan insan haklarını, zamanla bu projenin gündemine getirdi.[45] AB'nin özellikle 90'lı yıllardan itibaren karşılaştığı bir takım eleştiriler (vatandaşların günlük ihtiyaçlarına cevap verememe, uzmanları dışında işleyiş ve karar alma sistemini kimsenin anlayamadığı bir yapıya sahip olma, genel olarak vatandaşlardan uzak bürokratik bir aygıta dönüşme gibi) ve bu tür eleştirilerin de AB entegrasyonunda meşruluk problemlerine yol açması; keza yine özellikle 2000'li yıllardan sonra ekonomik çıkarlara dayalı bütünleşmenin doyuma ulaştığı ve entegrasyon sürecini ileriye taşıyacak yeni bir çıpa arayışları, AB vatandaşlığının ihdası ile başlayan süreçte insan haklarının AB'nin iç ve dış politikasında yeni bir ideal olarak sunulmasına yol açtı. Nitekim tez boyunca, AB'nin süreç içerisinde ulus-ötesi bir insan hakları örgütüne dönüşmesinin izlerini görmek mümkün olacaktır.

Buraya kadar, AT/AB bütünleşme sürecinde insan haklarının yeri bağlamında genel bir giriş yapılmaya çalışılmıştır. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, tarihsel sürece giriş mahiyetindeki bu kısmın amacı, *AB'nin özellikle Lizbon sonrası süreçte Avrupa ölçeğindeki insan hakları korumasında sahip olduğu yer ve bu sürecin Avrupa kıtasında insan haklarının korunmasına etkileri* meselesinin anlaşılmasına hizmet edeceği ölçüde, Avrupa bütünleşmesi, Avrupa kıtasında insan haklarının korunması, bu bağlamda ortaya atılan projeler, işbirliği önerileri ve kurulan örgütler hakkında genel bir çerçeve çizmek

[44] **Ibid.**, p.858.
[45] **Ibid.** p.849.

olduğundan, AB'ye de – bu süreçteki diğer proje ve örgütlenmelerde olduğu gibi – bu bağlamda yaklaşılmaya çalışılmıştır. AB'de, kuruluşun ilk yıllarından itibaren insan hakları korumasının yukarıda kısaca özetlenen şekilde nasıl geliştiği; bu süreçte özellikle siyasi ve kurumsal düzlemde meydana gelen gelişmeler; başlangıçta konuya sessiz kalan Kurucu Antlaşmaların aksi yönde nasıl bir değişim ve dönüşüme uğradığı ve başta AİHS'ye katılım olmak üzere Lizbon sonrası süreç gibi **AB İnsan Hakları Hukuku** diyebileceğimiz disiplin,[46] zaten tezin ilerleyen bölümlerinin özünü oluşturmakta olup, etraflıca incelenecektir.

[46] Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Emin Akgül**, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.170 vd.; Malte Brosig, ''Human Rights in Europe: An Introduction'', **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime,** Ed. by Malte Brosig, w.place, Peter Lang, 2006, pp.12-13.; Giorgio Gaja, ''New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?'', **The EU and Human Rights,** Ed. by Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.782 vd.; Lorna Woods, ''The European Union and Human Rights'', **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, Ed. by Raija Hanski, Markku Suksi, 2nd Revised Edt., w.place, Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002, p.351 vd.

1.2. JÜRİSPRÜDANSİYEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMUNDA BİRİNCİ PERDE: ARKAPLAN VE MAHKEMELER ARASI REKABET / İŞBİRLİĞİ

1.2.1. Genel Olarak

AB Hukukunda insan haklarının korunmaya başlaması ve böylece bir insan hakları hukukunun oluşumunun Topluluğun/Birliğin yargı organı olan Adalet Divanı eliyle gerçekleştirildiği, üzerinde neredeyse ittifak edilen bir tespittir. Adalet Divanı, Topluluğun ilk yıllarında ortaya koyduğu ''üstünlük'' ve ''doğrudan etki'' doktrinlerine ulusal anayasa mahkemelerinden gelen insan hakları temelli itirazların da etkisiyle, *hukukun genel ilkeleri* konsepti altında insan haklarını Topluluk Hukukuna sokmuş ve Topluluk normlarını insan haklarına uygunluk açısından denetlemeye başlamıştır.

Diğer bir anlatımla, Topluluğun erken dönemlerinden itibaren ulusal ve ulusal-üstü insan hakları kural ve ilkeleri, Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olarak uygulanmış ve tüm Topluluk normlarının ve dahi Üye Devletlerin iç hukuklarının üstünde ulusal-üstü bir insan hakları hukukunun tedrici gelişimi süreci başlamıştır. Biraz da yargısal aktivizm kokan bu sürecin arkaplanında ise, başta, az önce değindiğimiz ulusal mahkemelerden gelen itirazlara bir cevap verebilmek ve Topluluk yargısının, Topluluk Hukukunun ve böylece de kendisinin – Topluluk Hukukuyla ilgili meselelerde – üstünlük ve özerkliğini sağlayabilmek kaygısı olmak üzere, çeşitli dinamikler mevcuttur. Çalışmanın ilk bölümünün bu ikinci kısmı, bu dinamiklerin değerlendirilmesine ve jürisprüdansiyel insan hakları hukukunun ilk ortaya çıkışına ayrılmıştır.

Zira bu sürecin tam olarak anlaşılabilmesi için, Adalet Divanı'nın böyle bir aktivizm sergilerken, kendisinin Topluluk Hukuku düzeni içindeki konumu, Kurucu Antlaşmalar'ın insan hakları konusundaki sessizliği, Divan'ın ilk yıllarda insan hakları temelli davalardaki menfi tavrı ve bu tavrın – insan haklarından başka meselelerde de olsa – üstünlük ve doğrudan etki doktrinleriyle birleşmesi üzerine Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinden gelen direniş ve bu direnişi kırmak amacıyla Divan'ın insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna sokması ve bunları yaparken insan haklarının korunmasına yönelik pratik ve teorik/felsefi ihtiyaca dayanması gibi dinamiklerin; diğer bir deyişle Divanın hangi hukuki ve siyasi ortamda böyle bir içtihat hukuku geliştirdiğinin bilinmesi elzemdir.

1.2.2. Adalet Divanı'nın Topluluk/Birlik Hukuku İçindeki Konumu ve Ön-Karar (*Preliminary Ruling*) Müessesesi

Divan'ın Yetkileri ve İşlevi[47]

Adalet Divanı'nın Topluluk'ta insan hakları korumasındaki rolünü anlayabilmek için, bu hukuk düzeni içinde ne tür bir konum işgal ettiğini irdelemek; bu bağlamda yetkileri ile bu yetkilerini kullanmada sahip olduğu araçlara kısaca değinmek gerekir.[48] Zira temelde yargıç yapımı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkan *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* oluşum ve gelişim sürecinin idraki için, bu hukuku ortaya çıkaran yargı organının niteliğinin ve yetkilerinin de anlaşılması gerektiğinde şüphe yoktur.[49] İlk olarak 1951 tarihli AKÇT Antlaşması'yla kurulan ve mütevazı bir şekilde Antlaşma'dan doğan birtakım uyuşmazlıklarda bir tür denetim organı olarak düşünülen o zamanki adıyla Adalet Divanı (*Court of Justice*), 1957'de kurulan AET ve Euratom ile birlikte tek bir

---

[47] *Topluluk Yargısı Kavramı*. Bir genel bilgilendirici açıklama da, Topluluk yargısı hakkında yapmak gerekir. Toplulukların ilk kurulduğu zaman yargı organı, Antlaşmalarda ''Court of Justice'' olarak adlandırılmıştı. Dolayısıyla bu dönemde Topluluğun yargı organı için doktrin ve uygulamada ''Adalet Divanı'' veya ''Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'' kavramları yaygın olarak kullanılmaktaydı. Bunun yanında süreç içinde bir de ''İlk Derece Mahkemesi'' (*Court of First Instance*) ve ''Kamu Hizmeti Mahkemesi'' (*Civil Service Tribunal*) kurulmuştu. Lizbon Antlaşması ile birlikte, İlk Derece Mahkemesi, ***Genel Mahkeme (General Court)*** ismini aldı; ayrıca Kamu Hizmeti Mahkemesi gibi diğer mahkemelerin ise, genel olarak ***specialized courts (ihtisas mahkemeleri)*** adı altında – Parlamento ve Konsey tarafından ihtiyaca göre – kurulması öngörüldü. Normal ***Adalet Divanı*** ise, ''***Court of Justice''*** olarak adlandırıldı. Böylece AB'nin yargı organı, ***normal Adalet Divanı (Court of Justice), Genel Mahkeme (General Court)*** ve ***ihtisas mahkemeleri (specialised courts) üçlüsünü içine alacak şekilde ''Avrupa Birliği Adalet Divanı'' (Court of Justice of the European Union)*** olarak adlandırıldı. Biz de çalışma boyunca, Genel Mahkeme için karar verdiği döneme bağlı olarak ***İlk Derece Mahkemesi*** veya ***Genel Mahkeme*** kavramlarını; normal Adalet Divanı içinse, başta ***Adalet Divanı*** olmak üzere, ***Divan***, ***Topluluk Adalet Divanı***, ***Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*** ve ***Avrupa Birliği Adalet Divanı*** gibi kavramları (değişimli olarak) kullanacağız. Dolayısıyla bu terimlerle yapılan atıflar, aksi belirtilmedikçe, bu üç yargı organından sadece ***normal Adalet Divanı***'nı (***Court of Justice***) kapsamaktadır. Bunun dışında her üç mahkemeyi de içine alacak şekilde atıf yapmak gerekirse (yani Antlaşmalardaki ifadesiyle ***Court of Justice of the European Union***), bu, ayrıca belirtilecektir. Kısaltma olarak ise, ***ATAD*** veya ***ABAD*** terimleri tercih edilmiştir. Bu noktada, doktrinde, ''divan'' yerine daha isabetli olacağı düşüncesiyle ''mahkeme'' teriminin de kullanılması söz konusu olsa da (bkz.: Bertil Emrah Oder, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar, İstanbul, 2004, s.) biz, bu tartışmalara girmeden, yaygın kullanıma uygun olarak ''***divan''*** terimini tercih etmekteyiz.

[48] Joseph R. Wetzel, ''Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts'', **Fordham Law Review**, Vol:71, Issue:6, May, 2003, p.2826.

[49] Ancak sıklıkla yaptığımız bir hatırlatmayı tekrardan yapacak olursak çalışmamızın, Adalet Divanı'nı anlatan bir tez olmadığını ve asıl konumuz olan AB'de insan haklarının korunması meselesine ve özel olarak da AB'de insan hakları korumasının tarihte nasıl başladığı hususunun anlaşılmasına yarayacak ölçüde Divan'a dair açıklamalarda bulunacağımızı vurgulamalıyız..

mahkeme olarak her üç Topluluğa da hizmet eden, her üç Antlaşma uyarınca kendisine verilen görevleri yerine getiren bir mahkeme olarak *Avrupa Kamu Hukuku* sahnesine çıkmıştır. Ancak Antlaşmaların faaliyet alanı itibariyle en çok AET Antlaşması bağlamında işlev gördüğü söylenebilir.[50] Divan'ın temel işlevi, Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 19. maddesinde belirtildiği gibi, *Antlaşmaların yorumu ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamaktır*.[51] Bu bağlamda Divan, bu genel görevi kapsamında, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİA) 258 vd. maddeleri uyarınca çok çeşitli (anayasal) görevler üstlenmiştir.[52]

Bunlara bakıldığında, Divan'ın çok geniş bir yelpazede görevler icra ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim doktrinde, bu yetkilerin, Divan'ı, Topluluk/Birlik Hukuku düzeninin bir *anayasa veya yüksek mahkemesi* haline getirdiği yorumları yapılmıştır.[53] Ancak gerek Divan'ın gerekse AB'nin niteliğine (federasyon mu değil mi gibi) ilişkin tartışmaları bir kenara bırakırsak, bir yandan insan hakları korumasının başlatılması ve

---

[50] **Ibid.** pp.2827-2828.

[51] … *It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed* (Art. 19/1, sent.2).

[52] En başta Topluluk (ikincil) mevzuatı dediğimiz belli Topluluk işlemlerinin (tüzük, yönerge, karar vs.) antlaşmalara/hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve gerektiğinde iptal edilmesi için (belli Birlik organları, Üye Devletler ve belli hallerde özel kişiler tarafından) açılan davalar (**iptal davası, m.263**); Üye Devletlerin Antlaşmalar kapsamındaki bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde (Komisyon ve diğer Üye Devletler tarafından) açılan davalar (**ihlal davası, m.258-260**); Birlik organları tarafından çıkarılan tüzüklerde öngörülen cezalara ilişkin davalar (**m.261**); fikri mülkiyet haklarına ilişkin kabul edilen Birlik tasarrufları bağlamında çözmesi için yetkilendirilen uyuşmazlıklar (**m.262**); Birlik organlarının bir eylemde bulunma veya karar alma mecburiyetinde olup da bunu ihmal etmesi halinde o organı harekete geçmeye zorlamak için (Üye Devletler ve Birlik kurumları tarafından) açılan davalar (**eylemsizlik davası, m.265**); Birlik'in eylem ve işlemleriyle verdiği zararlardan dolayı açılan davalar (**tam yargı/tazminat davaları, m.268**); AB Antlaşması'nın 7. maddesi kapsamındaki kararların (bir Üye Devletin Birlik değerlerini ciddi şekilde ihlali halinde, Konsey'de oy kullanmak gibi üyelikten kaynaklanan birtakım haklarının askıya alınması) hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacıyla açılan davalar (**m.269**); Birlik ve personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin davalar (**iş davaları, m.270**); Üye Devletler ve merkez bankaları ile Avrupa Yatırım Bankası'nın mali konularla ilgili birtakım eylem/eylemsizlik ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine yönelik davalar (**m.271**); Birliğin taraf olduğu veya Birlik adına imzalanmış özel veya kamusal sözleşmelerde öngörülen tahkim şartı kapsamındaki davalar (**tahkim uyuşmazlıkları, m.273**); Üye Devletlerin, anlaşarak, aralarındaki bir uyuşmazlığı çözmesi için Divan'a gönderdiği haller (**m.273**); ve nihayet Üye Devlet mahkemeleri önünde, Antlaşmaların yorumlanması ile Birlik tasarruflarının geçerlilik ve yorumlanmasının söz konusu olduğu hallerde, bu mahkemeler tarafından Divan'a gönderilen meseleler (**ön-karar prosedürü, m.267**).

[53] Divan'ın icra ettiği işlevler dolayısıyla mukayeseli anayasa teorisi açısından Kıta Avrupası'ndaki federal bir anayasa mahkemesi mi (*constitutional court*) yoksa Amerikanvari bir yüksek mahkeme (*supreme court*) olarak mı nitelenmesi gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yine Mahkeme'nin özellikle iptal yetkisi bağlamında, anayasa teorisi bağlamında ''pozitif yasayıcı / negatif yasayıcı'' tartışmaları da yapılmaktadır. Elbette ki, tezin kapsamını aşan bu tartışmalara burada girilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Alicia Hinarejos, **Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars**, Oxford, Oxford University Press, 2009, p.1 vd.

ardından da siyasi-hukuki planda bunun desteklenmesi ve bilhassa Temel Haklar Şartı'nın kabulü, AİHS'ye bağlayıcı atıf, AİHM denetimine tabi olma gibi gelişmeler; bir yandan da, Birlik Hukukunun üstünlüğü ve doğrudan etkili olması gibi doktrinlerin, Adalet Divanı'nı, ilk kurulduğunda kendisine yüklenen Topluluklarla ilgili belli ''yetki'' sorunlarını çözen bir mahkeme olma işlevinden çok ötede, ulusal anayasal/yüksek mahkemeler gibi, ait olduğu hukuk düzeninin koruduğu hak ve özgürlüklerin bir teminatı olma rolüne büründürdüğünü söyleyebiliriz.[54]

Öte yandan, Kurucu Antlaşmaların, özellikle de ilk zamanlardaki halleriyle, Divan'ı, daha çok, ***Üye Devletler*** ve ***Topluluk/Birlik organları tarafından*** açılan davalara bakmakla görevli bir yargı organı olarak düşündükleri söylenebilir.[55] Zira yukarıda yer verdiğimiz dava türlerine baktığımızda, bunların, genelde Üye Devletler ve Birlik organları tarafından harekete geçirilebilmeye müsait olduğunu görebiliriz. Elbette bireylerin de kendilerini **doğrudan** ve **bireysel olarak** ilgilendiren birtakım Topluluk/Birlik işlemlerine karşı, sınırlı da olsa, dava açmaları mümkündür. Ancak bu ''doğrudan ve bireysel olarak etkilenme'' koşuluna Divan'ın yaklaşımı, bireylerin dava haklarını onları yargısal korumadan mahrum bırakmaya varır derecede kısıtlar nitelikte olduğu gerekçesiyle doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiştir. Divan, zaman zaman bireylerin Topluluk/Birlik işlemlerine ilişkin *dava ehliyetleri (locus standi)* konusundaki bu yorumunu esnetir gibi gözükse de, yine de eleştirilerden kurtulamamıştır. Nitekim bu eleştirilerin insan haklarına bakan bir yönü de bulunduğu; diğer bir deyişle bireylere sağlanan yargısal korumanın temel hak ve özgürlüklerle yakın ilişkisi olduğu için, ileride insan haklarının Adalet Divanı eliyle korunmasında sorunları tartışırken, bu meseleye tekrardan değineceğiz.

Ön-Karar Prosedürü ve İnsan Hakları Korumasının Başlatılmasındaki Rolü

Yukarıda anlatılan hususlar göz önünde bulundurulduğunda, Adalet Divanı'nın, temel hak ve özgürlüklerin, bireylerin doğrudan dava açmaları yoluyla korunması için, çok da uygun bir platform olmadığı akla gelebilir. Zira belirttiğimiz gibi, bireylerin sınırlı dava ehliyetlerine bağlı olarak, Divan önüne bu şekilde getirilen dava sayısı azdır. Gelenler de, genelde Antlaşmalara ve ikincil mevzuata aykırı bireysel kararlar (örneğin Komisyon'un rekabet hukuku kapsamında idari para cezası vermesi gibi) aleyhine açılan

[54] **Ibid.** p.5.
[55] Wetzel, **op.cit**, p.2828.

davalar olup, doğrudan insan hakları boyutuyla öne çıkan uyuşmazlıklar olmamıştır. Ancak özellikle bu noktada yukarıda Divan'ın görevleri arasında yer verdiğimiz *ön-karar prosedürü*, Topluluk'ta insan hakları korumasının ortaya çıkışında çok önemli bir rol oynamış ve bu rolünü, ilerleyen yıllarda bu alanın geliştirilmesi noktasında da devam ettirmiştir. Nitekim ileride yer vereceğimiz, Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasındaki rekabet/işbirliği ile insan haklarının korunmaya başladığı ve uluslararası metinlere atıf yapılan Topluluk İnsan Hakları Hukukunun oluşumu sürecinin temel taşları, hep bu ön-karar mekanizmasının işletilmesi suretiyle döşenmiştir.

Bu müessese, ABİA'nın 267. maddesinde[56] düzenlenmektedir. Bu hükme göre; *Adalet Divanı, Antlaşmaların yorumlanması ile Topluluk organlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumuna ilişkin ön-karar verme yetkisine sahiptir.* Böyle bir durum, bir Üye Devlet yargı organı önünde söz konusu olduğunda, ulusal mahkeme, önündeki olaya ilişkin kararını verebilmesi için böyle bir sorun hakkında bir karara ihtiyaç duyarsa, Divan'dan bu konuda bir karar vermesini talep edebilir. [57] Hatta böyle bir durum, iç hukuk uyarınca kararlarına karşı herhangi bir yargısal başvuru yolu (temyiz gibi) bulunmayan bir ulusal mahkeme önünde cereyan ederse, o takdirde bu mahkemenin bu mekanizmayı işleterek meseleyi Divan'a götürmesi zorunludur.[58]

---

[56] AET Antlaşması'nın ilk halinde m.177 ve Lizbon Antlaşması öncesi dönemde AT Antlaşması m.234.

[57] Bu müesssese, Antlaşmada '***'preliminary ruling''*** olarak geçmektedir. Bu kavramın karşılığı olarak, doktrinde, '***'ön-karar, ön-sorun, bekletici mesele***'' gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bir davaya bakan mahkemenin, davasının çözümü için karşılaştığı tali bir meseleyi çözmede alacağı tavra göre (bu tali uyuşmazlığı doğrudan veya en azından başka bir mahkemeye gönderdikten sonra oradan karar gelmemesi üzerine ***bizzat*** çözme konusunda yetkili olup olmaması) yapılan *bekletici mesele-ön-sorun* ayrımı, buradaki *preliminary ruling* kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Zira m.267, normal ulusal mahkemeler bakımından Divan'a gönderme gibi bir mecburiyet aramamıştır. Dolayısıyla bunlar – teamülen göndermeleri gerekse de – böyle bir meseleyi kendileri çözebilirler. Bu yönüyle, bunlar için *ön-sorun* tabirini kullanmak uygun düşebilir. Ancak kararlarına karşı itiraz/temyiz imkanı olmayan mahkemeler ise, bu mekanizmayı işleterek Divan'a başvurmak zorundadır. Bunlar bakımından da, *bekletici mesele* tabirini kullanmak gerekir. Ancak bunlar bakımından dahi, sınırlı hallerde de olsa, Divan, bizzat meseleyi kendisine havale etmeden çözebilmelerine izin vermektedir (bkz.: *acte clair doktrini*, infra dipnot:59). Dolayısıyla biz, ''preliminary ruling'' için ***''ön-karar''*** deyiminin kullanılmasını daha uygun görmekteyiz. Bu izahatı yapmış olduktan sonra, terimsel bir tercihi yansıtan bu yaklaşımın daha öte bir izahını gerekli görmüyoruz.

[58] Bu noktada, buradaki ''kesin''liğe (temyizi kabil olmamaya) atfın, mahkemenin genel olarak niteliğine mi, yoksa mahkemeye bakmaksızın her derecedeki mahkeme için somut kararın kesinliğine mi (yani aleyhine bir itiraz/temyiz yolunun olup olmamasına mı) olup olmadığı, doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bkz.: Trevor C. Hartley, **The Foundations of EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 7th Edt., 2010, p.187). Bu tartışmalara girmeden, bizce, burada kast edilen, somut karar bakımından itiraz/temyiz yolunun açık olup olmadığıdır. Yani eğer bir ilk derece ulusal mahkemesinin herhangi bir kararına karşı itiraz/temyiz yolu kabil değilse, bu mahkeme de, ön-karar prosedürünü işletmekle yükümlü olan bir mahkeme sayılmak gerekir.

Burada mantık şudur: Bir davaya bakmakta olan bir ulusal mahkeme, davayı karara bağlamasının herhangi bir Birlik kuralı ile ilişkili olduğunu düşünmektedir. Böyle olunca da, elinde iki imkan olabilir. Ya bu konu hakkında kararı verecek, yani ilgili Birlik kuralını yorumlayarak önündeki somut olayı karara bağlayacak; ya da davayı bekletip ilgili Birlik kuralının ne anlama geldiği ve somut olayda nasıl uygulanması gerektiği hususunda karar vermesi için Divan'a soracaktır. Antlaşma, sürpriz olmayacak bir şekilde bunlardan ikinci yöntemi seçmiştir. Bunun en temel gerekçesi, Birlik kurallarının merkezi bir yoruma tabi tutulması suretiyle *Birlik Hukukunun* bütün Birlik'te yeknesak uygulanmasını sağlamaktır. Aksi halde her mahkemenin aynı kuralı farklı farklı yorumlamasının bu yeknesaklığı bozacağına şüphe yoktur.[59] İşte böyle bir durumda bu mekanizmayı işletmeyi tercih eden (hatta bazı hallerde mecbur olan) ulusal mahkeme, önündeki davayı bekleterek ilgili Birlik normunun yorumu konusunda Divan'ın kararını talep edecektir.

Divan'ın kararının etkisine gelince, hemen belirtelim ki, burada Divan'a havale edilen mesele, ulusal mahkeme önündeki somut olay değil; o somut olayın çözümünde etkili olacak olan Birlik normunun yorumudur. Böyle olunca Divan'ın somut olaya ilişkin bir karar vermesi mümkün olmadığı gibi, kural olarak o Birlik normunun somut olayda nasıl uygulanacağı da Divan'ın yetkisinde değildir;[60] bunu ilgili ulusal mahkeme yapacaktır.

Dolayısıyla ön-karar prosedüründe, ulusal mahkemelerin ikili bir etkisi vardır: Ulusal mahkemeler, öncelikle, ellerindeki somut olayın hallinin Birlik Hukukuyla ilgili olduğu değerlendirmesini yapmakta ve – kararları kesin olan mahkemeleri saymazsak – bu mekanizmayı işletmeye razı olmaktadır; ondan sonra da, Divan'ın kararını ellerindeki somut olaya uygulayarak bir anlamda Divan'ın kararını ete kemiğe büründürmektedir. Divan'ın kararının, kural olarak, hem o somut olay için hem de gelecekte o Birlik normunun söz konusu olduğu benzer olaylar için bağlayıcı olduğunda şüphe yoktur. Ancak ulusal mahkemenin buradaki etkisi de, yukarıdaki sebepler düşünüldüğünde oldukça önemlidir.

---

[59] Adalet Divanı, yukarıdaki notta da değindiğimiz gibi, çok sınırlı hallerde ve oldukça katı koşullarla, ulusal mahkemelerin Divan'ın önceden karar vermiş olduğu bir Birlik kuralının başka olaylara uygulanmasında, bu mekanizmayı işletmeden (yani ön-karara başvurmadan) kendisinin bizzat karar verebilmesini kabul etmektedir. Buna öğretide ***acte clair doktrini*** denmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Morten P. Broberg, Niels Fenger, **Preliminary References to the European Court Justice**, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp.232 vd.

[60] Ancak bazen Divan, oldukça ayrıntılı ve yol gösterici, ulusal mahkemeye kararı olduğu gibi uygulamaktan başka çare bırakmayan bir tarzda kararlar da verebilmektedir. Örnekler için bkz.: Hartley, **op.cit**, p.282.

Bu usul, Topluluk Hukukunun gelişmesinde oldukça önemli bir işlev görmüştür. İleride göreceğimiz Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında özerkliğinin tesis edildiği *üstünlük* ve *doğrudan etki* doktrinleri, hep bu mekanizmanın işletilmesi sonucunda ortaya konan ilkeler olmuştur. Keza Topluluk Hukukunda insan haklarının korunmaya başlaması da, büyük oranda bu mekanizma işletilerek Divan önüne getirilen davalarla olmuştur. Divan, ulusal mahkemelerle arasındaki bir diyalog/işbirliği kanalı olarak, hem Topluluk Hukukunun gelişimi hem Topluluk tasarruflarının hukuka uygunluğu noktasında birtakım genel hukuk ilkelerinin ihdası hem de insan haklarının korunması gibi konularda, bu mekanizmanın bütün nimetlerinden sonuna kadar yararlanmıştır.

Ön-karar mekanizması, ayrıca, Topluluk Hukukunda, bilhassa genç bir hukuk dalı olduğu ilk zamanlarda, ulusal mahkemelerin Topluluk Hukukunun uygulanmasına dair doğru kararlar vermesini sağlamak; Topluluk Hukukunun bütün üye devletlerde yeknesak uygulanması ve yorumlanmasını temin etmek ve sınırlı *''locus standi''* kuralları (veya mali sebepler) dolayısıyla Divan'a ulaşmakta güçlük yaşayan bireyler bakımından, ulusal mahkemeler önünde dava açıp bu mekanizmanın işletilmesini sağlamak suretiyle bireysel hak arama özgürlüğüne katkı yapmak gibi çok önemli işlevler icra etmiştir ve halen de etmektedir.[61]

Adalet Divanı'nın ulusal hukuklar ve ulusal mahkemeler üzerinde etkili olmasının belki de en önemli aracı olan bu mekanizma, Divan'ın AB için belki de bir ''yüksek mahkeme'' veya ''anayasa mahkemesi'' olma işlevine katkı sağladığı dahi söylenmiştir.[62] Tabii bütün bu işlevler, paralel olarak Topluluk insan haklarının gelişiminde de oldukça önemli bir rol oynamıştır. Yukarıda da değindiğimiz ve ileride de yakından göreceğimiz gibi, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunması, çoğunluğu bu mekanizma üzerinden Divan ile ulusal mahkemeler arasında yürüyen rekabet/işbirliği ve bunun sonucunda verilen kararlar üzerinden başlamış ve gelişmiştir.

Ancak bu noktada şunu da vurgulamak gerekir. Adalet Divanı'nın insan haklarının korunması noktasındaki etkisi, ön-karar mekanizmasının niteliğinin bir sonucu olarak, ulusal mahkemelerin Divan'ın bu konudaki kararlarını ne derece benimsediği ile yakından ilgilidir. Zira ön-karar mekanizması sonucunda Divan'ın verdiği kararlar, şüphesiz bağlayıcı olsa da, bu kararları asıl etkili kılan, onları somut olaylara uygulayan ulusal mahkemelerdir. Böyle olunca Divan'ın temel hak ve özgürlüklere dair bu

[61] Wetzel**, op.cit.,** pp.2829-2830.
[62] **Ibid.** p.2830.

mekanizma sonucunda verdiği kararların da gerçekten etkili olabilmesinde ve doğru anlaşılıp uygulanmasında, ulusal mahkemelerin rolü yadsınamaz. Aksi halde, bu bağlayıcılık, kağıt üzerindeki bir bağlayıcılıktan öte bir anlam taşımayacaktır. Bu noktada da belirtmek gerekir ki, Divan'ın kararları, çoğunlukla ulusal mahkemeler tarafından kabul görmüş ve ileride değineceğimiz ulusal mahkemelerden gelen itiraz hallerinde dahi Divan'ın meşruiyeti daima üst düzeyde olmuştur.[63]

1.2.3. Kurucu Antlaşmaların Sessizliği ve Antlaşmalarda İnsan Haklarını ''Çağrıştıran'' Hükümler

İhmale Varan Sessizlik

Genel anlamda 2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa bütünleşmesinde insan haklarının rolünü incelediğimiz bir önceki kısımda, Toplulukları kuran Antlaşmalar'ın, insan hakları konusunda sessiz kaldığını söylemiştik. Kurucu Antlaşmalar'da, ulusal anayasalardaki veya uluslararası insan hakları belgelerindeki gibi bir temel haklar kataloğuna ve hatta teknik anlamda gerçek bir hak ve özgürlük hükmüne dahi yer verilmiş değildi. Başarısız olan Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasi Topluluğu girişimlerin insan haklarını merkeze alan yapısından sonra, Toplulukları (AKÇT, AET ve AAET) kuran Paris ve Roma Antlaşmaları, temel hak ve özgürlüklere açıkça yer vermemiş; hatta bu durum, kurucu babaların insan hakları meselesine kayıtsız kaldıkları şeklinde yorumlara yol açmıştı. Kayıtsız kalma şeklinde denemese bile, bir ''ihmalin'' varlığından bahsedebileceğimiz bu duruma, Avrupa bütünleşmesine insan hakları penceresinden baktığımız ilk kısımda değindik. Halihazırdaki başlık altında yapılacak olan ise, teknik olarak Kurucu Antlaşmaların insan hakları konusunda ne tür düzenlemeler içerdiği veya içermediğinin incelenmesi olup; bu Antlaşmaların felsefesi bağlamında Topluluğun kurucu babalarının insan haklarına bakışı ve Avrupa (ekonomik) bütünleşmesinde insan haklarının yeri gibi teorik tartışmalar için bahsettiğimiz yukarıdaki kısma bakılabilir.

[63] **Ibid.** p.2832-2833. Yazar, Adalet Divanı'nın bireylere sağladığı – hatta bazı noktalarda ulusal hukuklardan dahi ileri bir düzeyde olan – bireysel özgürlüklerin, ona bir sosyal meşruiyet de sağladığını düşünmektedir. **Ibid.** p.2834. Bu konuya ileride daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Temel Hak ve Özgürlükleri Çağrıştıran Hükümler[64]

Bu noktada, Adalet Divanı'nın içtihadi bir insan hakları hukukunun temellerini atmasına giden süreçte, Kurucu Antlaşmaların, teknik anlamda klasik hak ve özgürlük düzenlemelerine yer vermeyerek konuya kayıtsız kaldığı şeklinde toptancı bir yorum yerine, resmin bütününe bakmak daha sağlıklı olacaktır. Böyle bakıldığında, kuruluştaki ekonomik bütünleşme hedefi ve kuruluş felsefesi bağlamındaki tartışmalar ve bizim de kabul ettiğimiz ihmale varan bilinçli bir sessizlik konusunda ortaya konan veri ve değerlendirmeler saklı kalmak kaydıyla, böyle bir sessizliğin, kurucu babalarının insan hakları kavramını reddetmeye dayalı bir tercihlerinin değil; başka bir takım pratik (AİHS eliyle koruma, dönemin siyasi bütünleşme yerine ekonomik bütünleşmeye elverişli olması, zaten insan haklarını ihlal etme tehlikesi olmayan bir örgüt kurmuş olma düşüncesi gibi) gerekçelere dayandığını yukarıda ifade etmiştik. Üstelik niyet

[64] Bu noktada, başlamadan, bir terim sorununu daha açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Günümüzde ''insan hakları'' ile temel haklar ve özgürlükler'', genelde birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Bu noktada, ''bireysel özgürlükler'', ''kamu hürriyetleri'', ''anayasal hürriyetler'' gibi kavramlara da, zaman zaman rastlamak mümkündür. AB bağlamında ise, genelde kullanılan kavram, ''temel haklar''ın karşılığı olarak ''fundamental rights'' kavramıdır. Bu, bizim çalışmamızın konusu olan hak ve özgürlükleri karşılamak için kullanılan; önce Divan'ın içtihatları, ardından da Kurucu Antlaşmalar'da (mesela ABA m.6/3) yer alan kavramdır. ''İnsan hakları''nın karşılığı olarak kullanılan ''human rights'' ise, daha çok, AB'nin ''dış ilişkileri'' bağlamında; yani insan haklarına siyasi bağlamda yaklaşıldığında tercih edilen kavramdır. Örneğin Divan'ın kararlarında insan haklarından bahsederken ''human rigths'' kavramını değil, ''fundamental rights'' ifadesini kullandığını görebiliriz. Keza Kurucu Antlaşmalar'da da, mesela AİHS'te güvence altına alındığı ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle, temel hakların, Birlik Hukukunun genel ilkeleri olduğunu söyleyen AB Antlaşması'nın 6/3. maddesinde de, aynı ifadeye rastlanır. Nihayet, AB'nin hak ve özgürlükler kataloğunun ismi de, ''Temel Haklar Şartı'' karşılığı olarak ''Charter of Fundamental Rights''dır. Buna karşılık dış politika, dış ilişkiler gibi siyasi bağlamlarda ise, ''insan hakları'' karşılığı olarak ''human rights'' ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin, Birliğin insan haklarına bağlılığını ortaya koyan ABA'nın ''Giriş'' kısmı ile 2. maddesinde; Birliğin üçüncü ülkelerle ilişkilerinde insan haklarının korunması amacını güdeceğini söyleyen ABA m.3/5 hükmünde; Birliğin uluslararası arenadaki eylemlerinde insan haklarının bölünmezliği ilkesine uyacağını söyleyen ABA m.21/1 ve 21/2, b hükümlerinde; keza Kopenhag kriterleri olarak bilinen AB'ye üyelik kriterlerinin ''siyasi kriterler'' başlığında; yahut Birliğin üçüncü ülkelerle yaptığı birtakım antlaşmalara koyduğu insan hakları klozlarında, hep bu kavram geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Allan Rosas, Lorna Armati, **EU Constitutional Law: An Introduction**, w.place, Hart Publishing, 2010, p.147; Mats Lindfelt, **Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Settings**, Turku, Åbo Akademi University Press, 2007, p.27 vd.; Betten, Grief, **op.cit,** p.6. Bunlardan başka bir de ''temel özgürlükler'' karşılığı olarak ''fundamental freedoms'' kavramı vardır; ki o, klasik temel hak ve özgürlüklerin dışında, ''ekonomik serbestiler'' veya ''serbest dolaşım hakları'' olarak bilinen dört temel serbestiyi (malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) ifade etmek için kullanılır. Biz, tez boyunca, bu insan hakları-temel haklar ayrımını çok umursamadan, anayasa ve insan hakları hukuku metinlerinde kullanılan ''insan hakları'', ''temel haklar'', ''temel hak ve özgürlükler'', ''bireysel hak ve özgürlükler'' gibi kavramları, birbirinin yerine kullanacağız. Ancak serbest dolaşım haklarından bahsederken ise, özellikle ''temel serbestiler'' yahut ''ekonomik serbestiler'' terimlerini kullanmaya dikkat edeceğiz.

konusundaki bu yaklaşımın ötesinde somut düzenleme bakımından da, Antlaşmaları bütüncül bir gözle okuduğumuzda, tam olarak insan hakları koruma kaygısının bir sonucu olduğu iddia edilemese de, hak ve özgürlük temelli (ve sonradan Adalet Divanı'na da, jürisprüdansiyel korumayı başlatan içtihatları ortaya koymada ilham veren, onun için birer hareket noktası teşkil eden) birtakım düzenlemelerin bulunduğunu görebiliriz.[65]

Örneğin AKÇT Antlaşması'nın *üreticiler, alıcılar ve tüketicilerin kendi aralarında özellikle fiyatlar, dağıtım ve ulaşım koşulları gibi konularda ayrım yapılmasını yasaklayan* **4/b maddesi** ile AET Antlaşması'nın *kendisinin uygulanmasında vatandaşlık temelinde herhangi bir ayrımcılığı yasaklayan* **7/1 maddesinin,** bugün en başta gelen temel hak ve özgürlüklerden *eşitlik ilkesi* ve *ayrımcılık yasağının* – daha dar kapsamda da olsa – temelleri olduğu söylenmiştir.[66] Nitekim ileride de görüleceği gibi, Divan, bu hükümlerden her konuda geçerli olan genel bir eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı şeklindeki genel hukuk ilkesini çıkarmakta pek de gecikmeyecektir.

Yine örneğin AET Antlaşması'nın[67] *Topluluklara bireylerin yaşam standartlarının yükseltilmesi görevini yükleyen* **2. maddesi**; *Topluluğun faaliyet alanları içinde işçilerin yaşam standartlarının yükseltilmesine* atıf yapan **m.3/i hükmü**; *tarımda çalışan kesimin adil bir yaşam standardına kavuşmasının ve bireysel kazanımlarının artırılmasının temin edilmesini öngören* **m.39/b** hükmü ile aynı maddenin *farklı tarım bölgeleri arasındaki eşitsizliklerin giderilmesini öngören* **2. fıkrası**; ve yine *Konsey'e bu bağlamda birtakım görevler yükleyen* **m.43/3, a** hükmü de, doktrinde, insan hakları korumasını çağrıştıran

---

[65] Hatta bu yüzden doktrinde Gemalmaz, Topluluk Hukuku normlarının doğrudan temel hakları düzenlemediği biçimindeki klasik yaklaşımın eksik ve yanıltıcı olduğunu savunmaktadır. Mehmet Semiz Gemalmaz, ''Ulusüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları'', **AÜSBF Dergisi**, Cilt:46, Sayı:1, 1991, s.208.

[66] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.349.; ayrıca bkz.: Lindfelt, **op.cit,** pp.2-3.; Buna karşılık öğretide, bunların her ne kadar bir insan hakkı olarak genel eşitlik ilkesini çağrıştırsa da, Antlaşmalara asıl konuluş gerekçelerinin farklı olduğu da söylenmiştir. Her şeyden önce, bu düzenlemeler, ekonomik bütünleşme hedefleyen bir oluşumda olmazsa olmaz niteliktedir; yani ortak bir pazarın ortaya çıkabilmesi şeklindeki temel iktisadi gereklilik, insan hakları temelli gerekçelere ihtiyaç kalmadan zaten bu hükümlerin Antlaşmalara alınmasını gerektirmektedir. Quinn, **op.cit** p.861; Nielsen, **op.cit**, p.215. Betten ve Grief de, bu değerlendirmeye şüpheyle yaklaşmaktadır. Yazarlara göre; vatandaşlık ve cinsiyet temelinde (ve sonradan eklenen diğer temellerde) ayrımcılık, ekonomik ve sosyal yönleri olan ve dolayısıyla insan haklarıyla da yakından ilgili kavramlar olarak görülebilirse de; vatandaşlara yönelik bir hak ve özgürlük olmak için getirilmenin ötesinde, ilk Kurucu Antlaşmalardan beri var olan ve aslen ortak pazarın işleyişini temin etmeye yönelik getirilmiş olan bir yasaktır. Kaldı ki, serbest dolaşımdan bizzat AB vatandaşlarının yararlandırılmasını düşündüğümüzde, bu temel uygulamanın bizzat – 3. ülke vatandaşlarına karşı – vatandaşlık temelinde bir ayrımcılık olduğu da söylenebilir. Betten, Grief, **op.cit**, p.137.

[67] AKÇT ve Euratom Antlaşmaları da, benzer ayrımcılık yasağı hükümleri içeriyordu.

yahut Adalet Divanı tarafından hukukun genel ilkeleri bağlamında birtakım hakların geliştirilmesine ilham kaynağı olan hükümler olarak gösterilmiştir.[68]

Keza aynı Antlaşma'nın *erkek ve kadın arasında özellikle maaş, ikramiye vs. koşullarda ayrımcılık yapılmasını yasaklayan ve aynı işe aynı ücret ilkesini getiren* **119. maddesinin** de, yine günümüzde insan haklarının önde gelen bir dinamiği olan kadın-erkek eşitliği fikrini içerdiği; hatta medeni eşitlik ve kanun karşısında eşitlik şeklindeki temel anayasal hakların iktisadi sahadaki karşılığı olduğu söylenmiştir.[69] Hatta Topluluk organlarının yaptıkları işlemlere dair sebep gösterme yükümlülüğünü düzenleyen (o zamanki) AET Antlaşması'nın 190. maddesi ile Topluluk (idari) işlemlerinin iptal edilmesini düzenleyen hükümlerin (AKÇT Antlaşması m.33, AET Antlaşması m.173 ve Euratom Antlaşması m.146) de, bu anlamda birey hak ve özgürlüklerine dair hükümler olarak görülebileceği ileri sürülmüştür.[70]

Serbest Dolaşım Hükümleri – Ekonomik Serbestiler ve Sosyal Hükümler

Öte yandan Avrupa Toplulukları bütünleşmesinin temeli olan ekonomik serbestiler de, bir yönüyle insan haklarıyla ilişkilendirilmektedir. Doktrinde, Kurucu Antlaşmalarla tanınan dört serbestiyi (*malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı*), salt bir ortak pazar anlayışının yansıması olarak değil; temel hak ve özgürlükler bağlamında da değerlendirmenin mümkün olduğunu söyleyenler olmuştur.[71] Özellikle bunların, başta AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda klasik anlamda birer temel hak ve özgürlük olarak güvence altına alınan *bireysel seyahat özgürlüğü*, *teşebbüs özgürlüğü*, *mülkiyet hakkı* gibi hak ve özgürlüklerle yakından ilişkili olduğu ve bu özgürlükler üzerinden *bireyin kendini geliştirme hakkını* yakından ilgilendirdiği belirtilmiştir.[72]

Nitekim ekonomik bütünleşme, gümrük birliği gibi özellikle Topluluğun ilk yıllarında ana gündem olan hedefler bağlamında, bütün bu ekonomik serbestilerin,

---

[68] Nigel Foster, **Foster on EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 2nd Edt., 2011, p.114.

[69] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.349. Ancak 119. madde için de, Fransa'nın tekstil sektöründe çalışan Fransız işçilerini Belçikalı işçilerle rekabete karşı korumak (kendi koruma seviyesini Belçika'da önerilenden daha yukarıda görmesi dolayısıyla) şeklindeki sosyo-ekonomik avantaj saikleriyle konulduğu söylenmiştir. Quinn, **op.cit** p.861; Nielsen, **op.cit**, p.215.

[70] **Ibid.** p.222. Ancak bunların da, birer temel hak ve özgürlük hükmü olmaktan ziyade, *Topluluk İdare Hukukunun* genel prensipleri olarak değerlendirebilmesi mümkündür.

[71] Bkz.: Bermann et. al, **op.cit**, p.203.

[72] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.349.; Bermann et. al, **op.cit,** p.203.

bireyin temel hak ve özgürlüklerinin Topluluk Hukukuna aktarılmasında rol oynadığını söylemek, bizce de mümkündür. Hatta kendisi de bir dönem Divan'da yargıçlık yapan Pescatore, 1970 yılında yazdığı bir makalesinde (ki tarih itibariyle Divan'ın, insan haklarını, hukukun genel ilkelerinden olarak korumaya başladığı *1969 tarihli Stauder* kararının hemen sonrasına rastlar), Divan'ın Topluluğun ilk yıllarından itibaren ortaya koyduğu ''*genel hukuk ilkelerinin Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğuna*'' yönelik içtihadi yaklaşımının, Antlaşmalarda yer alan bu ekonomik serbestilerden hareketle, temel hak ve özgürlükleri de içerecek şekilde genişletilebileceğini; yani hukukun genel ilkelerinin hak ve özgürlükleri de kapsar şekilde uygulanabileceğini iddia etmiştir.[73] Ancak elbette ki, yukarıda diğer insan hakları çağrışımlı hükümler için yapılan yorumlar, ekonomik serbestiler için de – ve belki de daha da geçerli olarak – yapılabilir. Bunların yukarıda açıklandığı gibi, hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu şüphesizdir; ancak bunların Antlaşmalara alınmış olmasının arkasında, bir insan hakları belgesinde ya da bir anayasada olduğu gibi bireylere klasik anlamda bir insan hakkı vermek amacından ziyade, başlatılan ekonomik entegrasyon sürecinde ve ulaşılmaya çalışılan ekonomik birlik hedefinde ortak pazarın kurulması noktasında olmazsa olmaz nitelikle görülmeleri düşüncesinin yattığı, daha güçlü bir argüman olarak ortaya çıkmaktadır.[74]

Yine bu noktada, AET Antlaşması'nın, *sosyal hükümlere* ilişkin içerdiği bölümü (m.117 vd.) ve burada *işçilerin birtakım sosyal ve ekonomik haklarının düzenlenmesini* de – işçilere birtakım haklar (sosyal güvenlik, çalışma koşulları vs.) vermekle birlikte – klasik anlamda hak ve özgürlük hükümleri olarak görmenin zor olduğu ve bunların daha ziyade Topluluk bütününde çalışma koşullarının uyumlu bir şekilde geliştirilmesi amacıyla, yani yine son tahlilde *ortak pazar* hedefi doğrultusunda konulduğu söylenebilir.[75]

Dolayısıyla ilk bakışta Adalet Divanı'nın, yukarıda belirtilen şekilde içtihadi bir insan hakları hukuku oluşturması için ''anayasal'' altyapının, bu veriler ışığında pek de uygun olmadığını söyleyebiliriz. Üstelik bütün hukukun üstünlüğüne dayalı sistemlerde olduğu gibi, AB'de de, kurumların kendilerine ilgili hukuki metinlerle (anayasa, antlaşma vs.) verilen yetkiler çerçevesinde faaliyet göstermesi ilkesinin AET Antlaşması'nda da açıkça öngörülmüş olması karşısında,[76] bu sınırlamaya tabi olan Divan'ın işinin daha da

---

[73] **Ibid.** p.350.
[74] Quinn, **op.cit,** p.859.
[75] Defeis, **op.cit**, p.1106.
[76] ''*… Each institution shall act within the limits of the power conferred upon it by this Treaty*'' (Art.4/1, sent.2).

zor olduğu ve atacağı her adımın – Kurucu Antlaşmaların sessizliği karşısında – *yargısal aktivizm* suçlamalarıyla karşılaşmış olabileceğini kestirmek güç değildir.[77] Buna rağmen Divan, aşağıda da değinileceği gibi, ulusal anayasalarda ve başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlerde güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukunun bir kaynağı olduğunu ortaya koymaktan çekinmeyecektir. Bu bağlamda Divan, önce Topluluk normlarının, bir süre sonra da Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal tasarrufların hukuka uygunluğunun denetiminde insan haklarına uygunluğu bir ölçü norm olarak uygulamaya başlamış ve böylece bir *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşumunun yolunu açmıştır. Ancak bu aşamaya gelmek, özellikle Divan açısından kolay olmamıştır. Kurucu Antlaşmalardaki bu sessizliğin, insan haklarının korunması noktasında Divan üzerinde cesaret kırıcı bir etki bıraktığı söylenebilir. Öyle ki, kendisine Topluluk tasarruflarının ulusal anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere uygunluğunu denetlemesi talepleriyle açılan davalarda, Adalet Divanı'nın meseleye yönelik ilk tavrı olumsuz olmuş; Divan, bir anlamda Topluluğun ilk yıllarında insan hakları korumasına kayıtsız kalmıştır.

1.2.4. İnsan Haklarına Dayalı Denetim Taleplerinin Adalet Divanı'nca Göz Ardı Edilmesi

Toplulukların kurulmasından kısa süre sonra, Adalet Divanı'nın Topluluk Hukukunun uygulanması kapsamında insan haklarının korunması taleplerini içeren davalarla karşılaşılacağı zaten anlaşılmıştı. Nitekim AKÇT Antlaşması'nın uygulanması noktasında özellikle Alman ve İtalyan vatandaşları, ulusal anayasalarında güvence altına alınan birtakım haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Adalet Divanı önünde davalar açmaya başlamışlardı.[78] Divan, ilk başta, bu mesele üzerinde hüküm vermekten kaçındı; bir anlamda insan haklarının korunmasına ilişkin taleplere gözünü yumdu. İlk ortaya konulan gerekçe basitti: Divan'ın görevi, Antlaşma'yı yorumlamak ve Topluluk

[77] Ancak yine de, Antlaşmaların, Divan'a, Topluluk yasama tasarruflarını denetleme yetkisini vermiş olduğunu hatırlatmak gerekir. Bilhassa ABD Anayasası'nın yargı organlarına böyle bir anayasallık denetimi yetkisini açıkça vermediğini ve Yüksek Mahkeme'nin bu müesseseyi tesis etmede gösterdiği mücadeleyi (ve bu anlamda ABD anayasacılık tarihinin ilk zamanlarının önemli bir bölümünün bu meseleye ayrıldığını) düşündüğümüzde; dahası, bugün bile bazı Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde böyle bir mekanizmanın olmadığını da buna eklediğimizde, Kurucu Antlaşmaların başlangıçta getirdiği böyle bir sistemin önemini küçümsememek gerektiği söylenmiştir. Bermann et. al., **op.cit**, p.129.

[78] Betten, Grief, **op.cit**, p.54.

işlemlerinin bu bağlamda Antlaşmalara uygunluğunu denetlemekti; yoksa ulusal anayasalara (ve oralardaki hak ve özgürlük güvencelerine) uygunluğunu denetlemek değil.[79]

Bu yaklaşım, ilk başta herhangi bir sorun doğurmasa da, Divan'ın kısa süre sonra *Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında üstünlüğü (supremacy)* ve *doğrudan etkili (direct effect)* olması gibi iki iddialı doktrini ortaya koyması üzerine, bu iki gelişmenin bir araya gelmesi, ulusal mahkemelerin bir anlamda isyan bayrağını açması şeklinde Divan'a geri döndü. Bu ise, Divan'ın, Topluluk tasarruflarının insan haklarına uygunluğunun denetlenmesi şeklinde bir insan hakları korumasını, hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk Hukuku'na aktarmasıyla başlayan jürisprüdansiyel bir insan hakları hukukunun temellerini atacaktı. Diğer bir ifadeyle, insan haklarının korunması noktasında Kurucu Antlaşmaların sessizliği kadar, Divan'ın meseleye olumsuz bakan tavrı da, Topluluk insan haklarının oluşumunda o dönem için dikkatlerden kaçmaması gereken bir gelişmedir.

İlk Davalar ve Menfi Kararlar

Bu bağlamda ilk örnek, 1959 tarihli *Stork & Cie. v. High Authority* kararıdır.[80] Bir Alman kömür firmasının, Yüksek Otorite'nin[81] bir kararının Alman Anayasası'nda güvence altına alınan (*kişinin kendini geliştirme* ve *ticaret yapma*) haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi istemiyle açtığı davada, Divan, ulusal normlara dayanarak hüküm vermeyi açıkça reddetmiştir.[82] Divan'a göre; hem Yüksek Otorite, yalnızca Topluluk Hukukunu uygulamakla yükümlüdür; bu yükümlülüğün ötesinde ulusal hukukları uygulama yetkisi yoktur (böylece davacının iddia ettiği gibi ulusal normları uygulayamaz); hem de Antlaşma, Divan'ı, antlaşmaların yorumu ve uygulanmasında

---

[79] **Ibid.**

[80] Case 1/58, *Stork & Cie. v. High Authority*, 4.2.1959, ECR 1959/43.

[81] Bu dava, AKÇT Antlaşması kapsamında açılmış bir davadır. AKÇT ilk kurulduğunda daha sonradan **Komisyon** olarak bilinecek organın adı **''High Authority''** idi. Bu birim, 1963 tarihli **Birleşme Antlaşmasıyla** (*Merger Treaty*) daha sonradan kurulan iki Topluluk'la birlikte her üç Topluluk'a da hizmet edecek ortak bir organ olarak Komisyon'a dönüştürülmüştür.

[82] Antlaşmalar'da insan haklarına atfın olmadığı düşünüldüğünde, doktrinde, bu iddianın ''mortgage theory'' (*ipotek teorisi*) olarak adlandırılan teoriye dayandırıldığı söylenmiştir. Bu teoriye göre, AB'ye verilen yetkiler, bir insan hakkı ipoteği altındadır. Üye Devletler, kendi sahip olduğundan daha fazla yetkilere sahip bir örgüt kuramayacaklarından, ulusal temel haklar, AB'yi de bağlayacaktır. Ancak bu teori, Divan tarafından, Yüksek Otorite ve kendisinin, Antlaşmalar uyarınca *Topluluk Hukukundan* başka bir hukuku uygulayamayacağı gerekçesiyle reddedilecektir.

Topluluk Hukukunu (yani ulusal hukuku değil) uygulamakla yükümlü kılmıştır.[83] Bu sebeple, Divan, Yüksek Otorite'nin söz konusu kararını, Alman Anayasası'nın ilkelerine (özellikle Anayasa'nın 2 ve 12. maddelerine) uygun olup olmaması açısından incelemeye yetkili olmadığını ifade etmiştir (para.4/a). Aşağıda görüleceği üzere, Divan, daha sonradan insan hakları korumasını başlattığı ve insan haklarına uygunluk denetimini kabul ettiği kararlarında da, belki, bir Topluluk normunun ulusal normlara göre denetlenip iptal edilmesi noktasına gelmeyecektir; ancak en azından insan haklarının genel hukuk ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukunda korunduğunu söyleyip Topluluk Hukukunun bir kuralı olarak uygulayacaktır. Bu ilk karar(lar)ında ise, bunu dahi yap(a)mamıştır.

1960 tarihli *Geitling v. High Authority* kararında[84] da, Divan, yine Yüksek Otorite'nin, kömürle ilgili ortak alım ve satım anlaşmalarına izin verilmesine yönelik aldığı bir kararın Alman Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenen özel mülkiyetten yararlanma hakkını ihlal ettiği iddiasıyla karşı karşıya kalmıştır. Ancak Divan, yine, ulusal bir anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükler noktasında dahi olsa, ulusal hukuka uygunluğu sağlamanın kendi görevi olmadığını tekrar etmek suretiyle insan hakları temelli bir denetim talebini daha reddetmiştir. Bu, Divan'ın, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunması taleplerine, bir anlamda gözünü yummasıdır. Divan'ın temel mantığı, Yüksek Otorite tarafından alınan kararların hukuka uygunluğunu denetleme görevi kapsamında, Üye Devletlerde uygulanan hukuka uygunluğu gözetmenin bulunmadığıdır. Hatta Divan, daha da ileri giderek, (meseleye ilişkin tavrını tam olarak vuzuha kavuşturmak adına) ''*Topluluk Hukukunun kazanılmış hakları güvence altına alan zımni ve açık herhangi bir genel hukuk ilkesi içermediğini*'' de açıkça vurgulamıştır.[85]

Ancak bu dava esnasında, ileride başlayacak olan insan hakları koruması adına çok önemli bir gelişme de yaşanmıştır. Davanın hukuk sözcüsü[86] Lagrange, *Divan'ın, bu*

---

[83] Frank Schimmelfennig, ''Competition and Community: Constitutional Courts, Rhetorical Action, and the Institutionalisation of Human Rights in the European Union'', **Journal of European Public Policy**, Vol:13 Issue:8, 2006, p.1252; Betten, Grief, **op.cit,** p.54.

[84] Case 36/59 – 37/59 – 38/59 – 40/59 (Joined Cases), *Präsident, Geitling, Mausegatt, Nold v. High Authority*, 15.7.1960, ECR 1960/424.

[85] **Ibid.** p.55.

[86] *Advocate General Kavramı*. Çalışmada kullanılacak terminolojiye dair genel diğer bir açıklamayı da, ''***hukuk sözcüsü***'' hakkında yapmak gerekir. Bu terimin Antlaşmalardaki karşılığı, ***Advocate General***'dir. Divan'ın bir yargıcı olmayan bu kişilerin en temel görevi, davalarda, tarafların iddia ve cevaplarını ortaya koymasından sonra, fakat Divan'ın karar vermesinden önce, bir görüş hazırlayarak Divan'a sunmaktır. Bu görüş, elbette ki bağlayıcı değildir. Bu kişiler, bu işlevleri yönüyle bir tetkik hakimi olarak da nitelenemezler; zira dediğimiz gibi bir hakim

denetim yetkisini kullanırken, yasal ve hatta anayasal ulusal kuralları uygulayamayacağını kabul etmekle beraber; kararını verirken, kendisinin bu tür kurallardan etkilenmesine izin verebileceğini; ulusal normları, Antlaşmanın uygulanmasında dikkate alınmak üzere bir genel hukuk ilkesinin ifadesi olarak görmesinde de bir mahzur olmadığını ileri sürmüştür.[87] Bu, Divan'ın, ileriki kararlarında, insan haklarının Topluluk Hukuku içinde yer aldığını ilk defa belirtirken benimsediği mantıkla paraleldir.

Yine bu bağlamdaki (bu sefer İtalya kökenli) *Sgarlata kararında*[88] ise, Divan, hak arama hürriyeti çerçevesindeki dava açma hakkı ile ilgili taleplere olumsuz yanıt vermiştir. Olayda narenciye üreticileri, narenciye fiyatlarını sabitleyen bir Topluluk tüzüğüne karşı Divan önünde dava açmak istemiştir. Daha önceden de değindiğimiz gibi, o zamanki AET Antlaşması'nın 173/2. maddesine göre, genel kural koyucu işlem niteliğindeki tüzüklere karşı dava açabilmek için, ilgili tüzükten *doğrudan ve bireysel olarak etkilenmiş* (*directly and individually concerned*) olmak gerekmektedir.[89] Davacılar, bu hükmün katı biçimde yorumlanması halinde hem Topluluk Hukuku hem de ulusal hukuklar çerçevesinde mahkemeler tarafından sağlanabilecek korumadan tamamen yoksun kalacaklarını; bunun ise tüm Üye Devletlerde ortak olan temel ilkelere aykırı olacağını savunmuşlardır. [90] Görüldüğü gibi, aslında talep, hak arama özgürlüğü genel çerçevesi içinde dava açma hakkına ilişkin Topluluk kuralının geniş yorumlanmasıdır. Ancak Divan, ne olursa olsun bu iddiaların kendisinin de uygulamakla yükümlü olduğu söz konusu Antlaşma hükmünün açık lafzı karşısında geçerli olamayacağını belirtmiş ve akabinde de davacıların doğrudan ve bireysel olarak etkilenme şartını yerine

---

olmamanın yanında, Divan, müzakerelerini bu görüş üzerinden değil, kendi üyelerinden birisinin (raportör üye) hazırladığı rapor üzerinden yürütür. Ancak bağlayıcı olmamasına rağmen, hukuk sözcüsünün görüşleri, AB doktrininde oldukça itibar görmekte; kimi zaman Divan tarafından kabul görmeyen bazı hukuk sözcüsü görüşleri dahi, AB Hukukuna dair bir meselenin izahında incelenmekte ve atıf almaktadır. Örneğin Divan kararlarında yargıçların ismi zikredilmezken (Divan'ın çalışma ve karar yönteminde karşıoy müessesesi de yoktur); her bir davanın kural olarak tek bir hukuk sözcüsü vardır ve görüşü de adıyla birlikte serd edilir. Türk doktrininde bu pozisyon için, *Adalet Divanı savcısı, hukuk sözcüsü, kanun sözcüsü, genel avukat* gibi deyimler kullanılmaktadır. Biz, çalışma boyunca ***hukuk sözcüsü*** deyimini tercih edeceğiz.

[87] Case 36/59 – 37/59 – 38/59 – 40/59 (Joined Cases), *Präsident, Geitling, Mausegatt, Nold v. High Authority*, Opinion of Mr. Lagrange, ECR 1960/447. Ayrıca bkz.: Schütze, **op.cit,** p.413., note: 19.

[88] C-40/64, *Sgarlata and others v. Commission of the EEC*, 1.4.1965, ECR 1965/215.

[89] Topluluk hukukunda ***dava ehliyeti*** (*right of standing, locus standi*) olarak bilinen bu mesele, yukarıda da bir vesileyle değindiğimiz üzere, Topluluk Hukuku kapsamında bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında oldukça tartışmalı ve Divan'a oldukça sert suçlamaların yöneltildiği konulardan biridir. Nitekim konu, ileride, bu kısma ait genel değerlendirme bölümünde etraflıca incelenecektir.

[90] Schütze, **op.cit,** p.413.

getirmedikleri gerekçesiyle davayı reddetmiştir.[91] Hatta hukuk sözcüsü Roemer, Divan'ın yetkileri konusunda çerçeveyi daha dar ve pozitivist bir bakış açısıyla çizmiş; davacıların yeterli hukuki korumadan yoksun bırakıldıkları şeklindeki iddialarının, ancak Antlaşma'nın bireylere doğrudan ve tam bir hukuki korumayı temin ettiğinin ortaya konması halinde geçerli olabileceğini; böyle olmadığı müddetçe, Divan'ın – Antlaşmaları değiştirmesi mümkün olmadığı için – bir şey yapamayacağını savunmuştur.[92]

Görüldüğü gibi, bu üç kararın da ortak özelliği, Topluluk tasarruflarının ulusal anayasalardaki temel hak güvenceleri temelinde denetlenmesi taleplerinin Adalet Divanı'nca reddedilmiş olmasıdır. Divan'ın buradaki temel gerekçesi, Topluluk organlarının, işlemlerinde, Antlaşmalardaki hükümlere uygun hareket etme yükümlülüğünde olduğu; dolayısıyla kendisinin de bu işlemleri Antlaşma'nın (o zamanki) 173. maddesi uyarınca denetlerken, ulusal anayasaları değil, Kurucu Antlaşmaları esas alması gerektiğidir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar, bu davaları, Adalet Divanı'nın geliştirdiği içtihat hukukunda, kendisini Üye Devletler ve Topluluk arasında açık bir yetki ayrılığına dayalı klasik uluslararası bir mahkeme olarak gördüğü ''uluslarlarası safha'' olarak nitelemişlerdir.[93] Bu görüşe göre; Topluluk normlarının ulusal anayasal normlara uygunluğunun denetimi, Topluluk Hukukunun değil, ulusal hukukların (ve dolayısıyla ulusal yargı organlarının) işidir. Buna karşılık, böyle bir yorum tarzı, Divan'ın hem Topluluk Hukukunu, hiçbir şekilde insan hakları güvencelerine tabi olmayan bir hukuk düzeni şeklinde gördüğü; hem de Topluluk normlarının ulusal yargı organlarınca kendi hukuklarına göre denetlenebileceğini kabul ettiği şeklinde bir sonuca götürür ki; bu sonucun pek de mantıklı olmadığı açktır.[94] Bizce de, Adalet Divanı'nın insan hakları konusundaki yaklaşımı bir yana, Topluluk kurallarının ulusal anayasalara göre denetlenebileceğini ve bunu da ulusal mahkemelerin yapacağını ima ettiğini söylemek, birkaç yıl sonra üstünlük doktrinini ortaya koyacak bir yargı organı için fazla naif bir bakış açısı olurdu.[95]

Reddedilen, İnsan Haklarının Korunması mı Yoksa Başka Bir Şey mi?

---

[91] **Ibid.**
[92] Opinion, ECR 1965/235. Ayrıca bkz.: Schütze, **op.cit,** p.413.
[93] Joseph Weiler, ''Eurocracy and Distrust'', **Washington Law Review**, Vol.61, No:3, January, 1986, pp.1114-1115.; Hjalte Rasmussen, **On Law and Policy in the European Court of Justice**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.395.
[94] Rasmussen, **op.cit**, p.1113-1115.
[95] Divan'ın bu tavrının arka planındaki saikler hakkında eleştirel bir bakış açısı için bkz.: Weiler, **Eurocracy and Distrust**, pp.1114, vd.

O dönem için Adalet Divanı'nın insan hakları kavramına bakışına gelirsek, Adalet Divanı'nın insan haklarının korunması noktasında neler düşündüğü konusunda, açıkçası ne tam bir hüsnüzan ne de tam bir suizanla yaklaşmak gerektiğini düşünüyoruz. Bir yönden; bu kararlar verildiğinde henüz doğrudan etki ve üstünlük doktrinlerinin ortaya konduğu kararların (*Van Ged en Loos* ve *Costa v. ENEL gibi.*) henüz verilmediği ve bu ikinci grup kararlardan sonra ulusal mahkemelerden gelen tepkiler üzerine, insan haklarına dayalı denetim taleplerine kulağını tıkayan bu ilk grup kararlarına yönelik yaklaşımını değiştirip insan haklarının Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemesi gibi gelişmeleri düşündüğümüzde, Adalet Divanı'nın, o tarih için, insan haklarının korunması noktasında istekli olduğu, fakat yeni kurulmuş bir mahkemenin kendini kabul ettirme çekingenliğine bağlı olarak (ama yine de) dar bir bakış açısıyla bu ilk grup kararları verdiği şeklindeki (Divan'ı masumlaştırıcı) bir yorumun biraz zorlama olacağını söyleyebiliriz.

Ancak mevcut koşullardan bunun aksini de çıkarmak mümkündür. Öncelikle denebilir ki; bu ilk dizi kararlarda (*Stork, Geitling* ve *Sgarlata)*, Divan'ın temelde söylediği şuydu: *Topluluk organları, işlemlerinde ulusal anayasalara değil, Topluluk Antlaşmalarına uygun davranmak zorundadır ve dolayısıyla Divan olarak ben de, Topluluk normlarının hukukilik denetimini yaparken, o normun ulusal anayasanın bir hükmüne uygunluğunu değil, Antlaşmalara uygunluğunu denetlerim. Bu bağlamda, Topluluk normlarının denetlenmesinde ulusal hukuku yorumlayamam ve uygulayamam*. Bu basit gerekçeye baktığımızda, doğrudan insan hakları kavramına ters veyahut onu reddeden bir yaklaşımı görmek pek mümkün değildir. Ancak tabii ki, söz konusu ulusal anayasal kurallar, bu somut olaylarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için, Divan'ın tavrı, ister istemez ''insan hakları korumasını reddettiği'' şeklinde yorumlanmıştır.

Ancak Divan yargıçlarının hepsinin, insan hakları korumasını anayasal sistemlerinin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul eden hukuki ve siyasi kültürlerden geldiği gerçeği bir yana; burada Divan'ın, aslında iki şeyi reddettiği söylenebilir: Öncelikle, Topluluk normlarının denetiminde ulusal hukuku yorumlama ve uygulama yetkisinin olduğunu reddetmiştir; ki bundan daha doğal bir şey olamayacağı gibi; zaten Divan, bunu daha sonradan da hiçbir zaman (yani insan hakları korumasını başlattığı kararlarından sonra ve günümüzde dahi) söylemeyecektir. İkinci olarak da, ulusal hukukun Topluluk normlarının denetiminde bir ölçü norm olması fikrini (yoksa insan haklarının bir ölçü norm olması fikrini değil) reddetmiştir; ki bu da, birkaç yıl sonra net

biçimde ortaya atacağı üstünlük doktrininin de aslında temeli veya zorunlu bir sonucudur. Divan'ın üstünlük doktrinini ortaya atması, bir gece ansızın verilen bir karar olarak nitelenemeyeceğine ve arkaplanında kendince yargısal ve doktriner bir geçmişi olduğuna göre, birkaç yıl sonra Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında üstün olduğunu ileri sürecek olan bir yargı organının, birkaç yıl önce, Topluluk tasarruflarının, sırf mevzu bahis insan hakları diye, ulusal normlar temelinde denetlenmesini kabul ederek bir anlamda kendi ayağına kurşun sıkması ve Topluluk Hukukunun varlığı ve geleceği için çok önemli bir köşetaşı olan üstünlük doktrinini daha ortaya çıkmadan öldürmesi, herhalde mantıklı bir yaklaşım olmazdı. Dolayısıyla bizce, Divan'ın yukarıdaki kararlarını, insan haklarının Topluluk Hukuku içindeki yerine ilişkin bir reddiyeden ziyade; Topluluk Hukukunun ulusal hukuklardan ayrı bir varlığı olan ve kendi normlarının da kendi kurallarına göre denetlendiği özerk bir hukuk dalı olarak ortaya çıkış sürecinin başlangıçtaki teorik fikirleri olarak görmek mümkündür.

Öte yandan Divan'ın yine ileride ele alacağımız *Stauder kararıyla* birlikte insan hakları korumasına dair yaklaşımını değiştirme tarzı da, bizce bu tezi destekler niteliktedir. Zira Divan'ın insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna soktuğu kararlarına baktığımızda, bunun, Topluluk normlarının – *Stork* ve diğerlerinde talep edilende olduğu gibi – ulusal hukuklara göre denetlenmesi şeklinde değil; yine Topluluk Hukukuna göre denetlenmesi, fakat bu hukukun içine – ulusal hukuklardan etkilenerek ve ilham alarak – insan haklarını sokma şeklinde olduğunu görürüz. Diğer bir deyişle, Divan, insan hakları korumasına dair *Stork* ve devamındaki çizgisini değiştirdiği *Stauder* ve devamındaki süreçte, Topluluk normlarının ulusal hukuklar (ve onlardaki insan hakları hükümleri) uyarınca denetlenemeyeceği şeklindeki görüşünü değiştirmemiş (ki bu, zaten *Costa v. ENEL*'den sonra üstünlük doktrininin net biçimde ortaya konmasıyla iyice imkansız hale gelmiştir); Topluluk Hukukunun içinde, insan haklarının da (hukukun genel ilkeleri olarak) bulunduğunu kabul ederek, Toplulukta insan hakları korumasını başlatmıştır.

Yine bu noktada, bir önceki kısımda da ele aldığımız gibi, uluslararası hukukun özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında yeni bir dönemece girdiğini ve devletleri yahut onların oluşturduğu örgütlenmeleri denetleyecek yargısal organların daha yeni yeni kurulduğunu; bu çerçeve içinde de Divan'ın, henüz kuruluşunun ilk yıllarında kendisini hem Topluluk içinde hem de ulusal mahkemeler nezdinde yeni yeni kabul ettirme arayışında olan bir mahkeme olduğunu düşündüğümüzde, insan hakları gerekçeleriyle bile olsa, Topluluk normlarının ulusal normlar temelinde denetlenmesini ileri sürecek

kadar aktivist ve hatta yetkisini aşan bir tavır içinde olmaması, makul karşılanabilir. Ancak buna karşılık; bundan bir kaç sene sonra daha çok tepki çekecek kavramlar olarak *üstünlük* ve *doğrudan etki* doktrinlerini ileri sürme noktasında aktivist davranmaktan çekinmeyen Divan'ın, hem de daha meşru bir gerekçe olarak insan hakları temelinde aktivist davranmak istememesinin, bu tavrın, yeni bir mahkemenin çekingenliği gerekçesine dayanarak masumlaştırılmasını zorlaştırdığı da söylenebilir. Aradan geçen sadece bir yılda, az önce değindiğimiz dinamikler noktasında ne olmuştur ki, Divan, insan haklarından esirgediği aktivizmi, üstünlük noktasında rahatlıkla sergileyebilmiştir.

Yine bu noktada, Divan'ın Topluluğun ilk yıllarında hukukun genel ilkeleri olarak (ilerleyen bölümlerde değineceğimiz) birtakım idare hukuku prensiplerini benimsemesi ve Topluluk normlarını bunlara göre denetlemesi de, bu mahkemenin insan hakları noktasındaki yaklaşımına dair her iki yöne çekilebilecek bir gelişmedir. Bir yönden, daha Topluluğun ilk yıllarında dahi birtakım idare hukuku prensiplerini Topluluk Hukukuna sokmakta tereddüt etmeyen Divan'ın, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda çekingen davranmasını izah etmek zorken; diğer yandan ise, Divan'ın, henüz daha Topluluğun ilk yıllarından itibaren *hukuki kesinlik, eşitlik, orantılılık* gibi bireysel özgürlüklerle yakından ilintili (ve hatta bazılarına göre bizzat birer hak ve özgürlük ilkesi olan) birtakım prensipleri, hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukuna soktuğu; bunun ise, insan haklarına dayalı denetim taleplerinin reddedildiği *Stork* vd. sürecin, hak taleplerine göz yummaktan ziyade, başka kaygıların (yeni mahkemenin çekingenliği ve üstünlük doktrininin altını oyma kaygısı gibi) hakim olduğu bir süreç olduğu tezini desteklediği ileri sürülebilir. Nitekim bu idari prensipleri benimsediği davalarda, mesele, Topluluk normlarının ulusal normlara uygunluğunun denetlenmesi olmamış; böyle olunca da Divan, bireysel özgürlüklerle yakından ilgili ilkeleri benimseyip Topluluk Hukukundaki boşlukları doldurmaktan çekinmemiştir. Ancak *Stork* ve devamı süreçte mesele, Topluluk Hukukunun ulusal hukuklara uygunluğunun denetlenmesi sorusunda düğümlenince, Divan'ın üstünlük ve çekingenlik gibi kaygılarla herhangi bir aktivist adım atmadığı söylenebilir.[96]

---

[96] Örneğin, Avrupa Komisyonu, Topluluğun AİHS'ye katılımını öngören ve bu alandaki önerilerin ete kemiğe büründüğü 2/79 sayılı Memorandumu'nda (bunu ileride ele alacağız), Toplulukta insan hakları korumasının ortaya çıkışına değinirken, Divan'ın ilk yıllarda karşılaştığı bu yöndeki talepleri reddetmesine ilişkin olarak; ''Topluluk Hukukunun yeknesak uygulanması arzusunda olan Divan'', ulusal hükümlere uygunluğu denetlemenin kendi yetkisi olmadığını söylemiştir'' diyerek Divan'ın tavrına dair (*Topluluk Hukukunun* yeknesak uygulanması sebebi dışında) pek de renk vermeyen bir yorum yapmıştır (p.6).

Ancak her ne olursa olsun durum şudur: Kurucu Antlaşmalar – yukarıda yer verdiğimiz birkaç ilintili (çağrıştıran) hüküm dışında – insan haklarına atıf yapmamış ve herhangi bir insan hakkına da yer vermemiştir. Bu hukuki ortamda, Topluluk tasarruflarının ulusal anayasalardaki temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini düşünen bireyler, Toplulukların yargı organından bu Topluluk tasarruflarını iptal etmesini istemiş; Topluluğun yargı organı ise, Topluluk normlarının ulusal anayasalara ve dolayısıyla onlardaki temel hak ve özgürlük hükümlerine göre denetlenemeyeceği gerekçesiyle bu talepleri reddetmiştir. Bunun ardındaki gerekçe her ne olursa olsun ve Divan'ın insan haklarının korunması meselesine bakışı için yukarıdaki yorumlardan hangisi yapılırsa yapılsın, ortadaki gerçek; insan haklarına dayalı denetim taleplerinin Divan'ca reddedilmiş olduğudur. Bu ise, doktrinde Divan'ın en azından o dönem için insan hakları korumasını – makul sebeplere dayandığı kabul edilebilse bile – ihmal ettiği; neticede Topluluk Hukukunda insan haklarının korunmadığı şeklinde – haklı olarak – değerlendirilmiştir.

Stork ve devamındaki bu kararlar, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ilk başta – akademik çevrelerden gelen bir iki cılız eleştiri dışında özellikle yargı camiasında – pek bir tepki çekmediyse de (ve hatta üzerinde durulmadığı dahi söylenebilir), Adalet Divanı'nın kısa bir süre sonra Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında *doğrudan etkili* ve *üstün* olduğu iddialarıyla birleştiğinde, ulusal mahkemelerin bir anlamda isyan bayraklarını açmasına yol açacaktır. Dolayısıyla Adalet Divanı eliyle içtihadi (jürispridansiyel) insan hakları hukukunun oluşturulması sürecinin bir diğer dinamiği de, yeni ve ulus-üstü bir hukuk düzeni iddiasıyla birlikte *doğrudan etki* ve *üstünlük* doktrinleridir.

1.2.5. Yargısal Aktivizm ve ''Sui Generis'' Bir Hukuk Düzeninin Doğuşu: Üstünlük ve Doğrudan Etki Doktrinlerinin Ortaya Konulması

1.2.5.1. Genel Olarak

Avrupa Birliği, egemenlik ve normlar hiyerarşisi meselelerinin net biçimde çözüme bağlandığı bir üniter veya federal devlet değildir. Üye Devletler ile Birlik olarak iki hukuk düzeninin ve siyasi yapının mevcut olduğu kendine özgür bir yapı olarak

nitelemek mümkündür.[97] Böyle olunca da, her iki düzenin meselelere ilişkin yaklaşımının bazen farklılaşması olağandır. İşte bir konuya ilişkin ulusal pozisyon, Topluluk/Birlik pozisyonu ile çatıştığında ne olacaktır? Aynı farklılaşma, bu durumda hangi düzenin üstün geleceği, öncelikle uygulanacağı sorusunda da vardır. Divan, Topluluk bakış açısından olaya bakmış ve meseleyi Topluluk hukukunun lehine olmak üzere net biçimde çözüme kavuşturmuştur. Ancak halen daha, devletlerin (peşin verilmiş olan) rızalarına dayalı şekilde ilerleyen bir uluslararası hukuk alanında bulunduğumuzdan; yani nihai yargısal karar merciinin (yüksek mahkemesinin) Divan'ın kendisi olmadığı bir hukuk alanı söz konusu olduğundan, meselenin bir de ulusal boyutu vardır. Bu noktada, iki hukuk düzeni arasındaki muhtemel bir çatışmanın nasıl çözüleceğine ilişkin Topluluk/Birlik yargısının yaklaşımı kadar (hatta pratik anlamda belki ondan da önemli olarak), bu yaklaşıma ulusal yargısal organların vereceği tepki, alacağı pozisyon da önemlidir.

Nitekim AB Hukuku içinde, Topluluk ve Üye Devletler düzeyinde bu üstünlük tartışmalarının yaşandığı ilk konunun, insan hakları olduğu söylenebilir. Divan, belki üstünlük doktrinini insan hakları kaygılarıyla öne sürmemiştir; ancak bu doktrine ulusal cevap, temelde insan haklarını koruma kaygısıyla gelmiştir. Nitekim Toplulukta insan haklarının korunmaya başlaması da, bir yönüyle bu mücadelenin ürünüdür. Daha önce de genel hatlarıyla değindiğimiz gibi, Divan'ın Topluluğun ilk yıllarında ortaya koyduğu Topluluk Hukukunun ***''üstünlüğü'' (supremacy)*** ve ***''doğrudan etkili olması'' (direct effect)*** doktrinleri, AB'de insan haklarının korunmasında önemli rol oynamıştır. Hatta doktrinde genelde söylenen, Divan'ın bu iki doktrin noktasındaki aktivist tavrının, *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşumu sürecini başlattığıdır. Belki AB İnsan Hakları Hukukunun kaderini sadece bu gelişmeye hasretmek, biraz yüzeysel bir bakış açısı olabilir; fakat insan haklarının Divan eliyle (içtihadi) korunması sürecinin başlangıcında aslan payını bunlara vermek, çok da haksızlık olmayacaktır. Dolayısıyla AB'de insan hakları korumasının ortaya çıkışını kavrayabilmek için, bu yeni hukuk düzeninin ilk yıllarını ve bu çerçevede bu (ulusal-üstü) düzenin temel iki unsuru olan *doğrudan etki* ve bilhassa da *üstünlük* kavramlarını incelemek gerekir.[98]

---

[97] Schütze, **op.cit,** p.359. Yazar, bu yapıyı, federal bir devletler birliği'' olarak nitelemektedir (**Ibid.**).

[98] Ancak hemen belirtelim ki, çalışma, daha önceden de müteaddit defalar vurguladığımız gibi, bir genel AB Hukuku veya AB anayasal ve idari düzeni çalışması değildir. Bu itibarla, başlı başına birer tez konusu olabilecek olan bu iki kavramın burada tüm yönleriyle açıklanması gibi bir niyet söz konusu değildir. Amacımız, karmaşık ve gerek doktrin gerek yargı kararlarında oldukça

1.2.5.2. Topluluk Hukukunun Doğrudan Etkili Olması

Normlarının birbirine etki edebildiği iki farklı hukuk düzeni söz konusu olduğunda, birine ait normun diğerinde bu etkiyi nasıl gösterebileceği; diğer bir deyişle, menşei, birinin yetkili organları ve usulleri olan bir normun, diğerinin de bir normu haline nasıl geleceği ve orada nasıl uygulanacağı açıklığa kavuşturulması gerekli bir meseledir.[99] Bu mesele, özellikle uluslararası hukukun oluşup gelişmeye ve kendi normlarını üretmeye başlamasından sonra, bu normların, ulusal hukuk düzenlerinde ne şekilde etkili olacağı bağlamında ortaya çıkmıştır. Buradaki temel sorular, uluslararası hukukun kendi prosedürleri çerçevesinde kabul edilen bir norm, bir devletin hukuk düzeninde ne şekilde kendisini gösterecek (yani doğrudan o hukuk düzeninin bir parçası olacak mı, yoksa bir aktarmanın mı yapılması gerekecek) ve parçası olduktan sonra da nasıl uygulanacak (yani hak ve yükümlülükler doğurma ve idari/yargısal makamlarca uygulanma için ilave bir uygulama işlemine gerek kalacak mı yoksa doğrudan bu niteliğe sahip mi olacak) sorusudur. Bunlardan ilki, *doğrudan uygulanma (direct applicability)*; diğeri de *doğrudan etkili olma (direct effect)* kavramlarını işaret etmektedir.

Doğrudan uygulanma meselesinin, klasik uluslararası hukuk öğretisinde, bu konunun *monist* ve *düalist* yaklaşım olarak iki şekilde açıklanmaya çalışıldığını biliyoruz. Elbette ki bu konuları burada incelemeyeceğiz; ancak AB Hukuku – Üye Devlet Hukuku ilişkisine bu bağlamda baktığımızda, AB Hukukunun (tüm normlarının) ulusal hukuklarda doğrudan uygulandığını söyleyebiliriz. Doğrudan etki ise, bundan farklı bir durumu anlatmaktadır. Doğrudan uygulanan, yani kabul edilmekle herhangi bir ulusal hukukun da normu haline gelen bir uluslararası norm, o ülkede idari ve yargısal makamlar tarafından, herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın, doğrudan uygulanabilecek mi; bireyler tarafından idari ve yargısal makamlar nezdinde ileri sürülebilecek mi; kişiler bakımından hak ve yükümlülükler getirebilecek mi gibi sorulara verilecek cevap, o normun doğrudan etkili olup olmadığını ortaya koyar.[100]

Topluluk/Birlik Hukukunun ulusal hukuk düzenlerinde kural olarak doğrudan uygulanabilir olduğunu yukarıda söyledik. Bu, Topluluğun kurulduğu ilk yıllar için bile

---

tartışmalı olan bu meseleleri nihai bir çözüme kavuşturmak değil; *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşumu sürecindeki rollerini kavramaya yardımcı olmaktır.

[99] Bundan sonraki soru ise, o normun, normal ulusal normlarla çatıştığında, hangisine üstünlük verileceğin sorusudur ki, ''üstünlük'' ile ilgilidir ve bundan sonraki başlıkta ele alınacaktır.

[100] Denebilir ki, doğrudan uygulanma, iki hukuk düzeni (örneğin AB Hukuku-Üye Devlet Hukuku) arasındaki ilişkiye; doğrudan etki ise, bir hukuk düzeninin kendi içinde o normun nasıl (herhangi bir ilave uygulama işlemine/tasarrufuna gerek kalıp kalmaksızın) uygulanacağına dair bir meseledir.

esasında yeni ve olağanüstü bir durum değildi. Ancak Divan'ın, doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz Kurucu Antlaşma hükümlerinin – belli koşullarla – herhangi bir ilave ulusal tedbire gerek kalmaksızın ulusal makamlar önünde doğrudan ileri sürülebileceğini ortaya koyması, uluslararası hukukun kalıplarını yıkan yeni bir gelişmeydi. O zamanki AET Antlaşması'nın 12. maddesi, Üye Devletlerin, aralarında, ithalata ilişkin yeni gümrük vergileri veya eş etkili tedbirler almasını yasaklamaktaydı. Ancak bu kuralın Hollanda Hukukunda herhangi bir somut karşılığı bulunmamaktaydı. Bir ithalat firmasının, Hollanda'nın ithalata dair aldığı bir verginin bu hükme aykırı olduğu iddiasıyla ulusal mahkeme önünde açtığı dava, *ön-karar* prosedürü uyarınca Divan'ın önüne geldi.[101] Söz konusu ulusal normun 12. maddeye aykırı olduğu açıktı; ancak mesele, davacı firmanın doğrudan 12. maddeye dayanarak bir hak iddia edip edemeyeceğiydi. Burada üstünlük problemi ortaya çıkmadı; çünkü Hollanda Anayasası'na göre (m.66), bu kural, Hollanda Hukukunda bir etkiye sahip olduğu takdirde, bir çatışma halinde ulusal mevzuat karşısında zaten üstündü. İşte bu noktada, Divan, Topluluğun hedeflerine ve Kurucu Antlaşmaların Topluluğa yüklediği birtakım işlevlere atıf yaparak,[102] klasik uluslararası hukukun kalıplarını yıkan, Topluluk/Birlik Hukukunun ulus-üstü bir hukuk düzeni olma serüveninin köşe taşlarından biri olan ''doğrudan etki'' doktrinini geliştirdi. Ona göre; *yeterince açık (sufficiently clear)* ve *koşulsuz (unconditional, uygulanması için ulusal makamlar tarafından ilave bir düzenlemeye ihtiyaç bırakmayan)* Antlaşma hükümlerinin, bu anlamda, bireylere ulusal makamlar önünde ileri sürebilecekleri haklar verdiği, yani doğrudan etkiye sahip olduğu kabul edilmeliydi. Somut olaydaki 12. madde de, Üye Devletlere, bir konuda vergi veya eş etkili tedbir ihdas etme noktasında net ve kesin bir yasak/yükümlülük getirmesi itibariyle, doğrudan etkili kabul edilmeliydi (p.13). Bu, bir uluslararası antlaşmanın net, kesin ve koşulsuz hak ve yükümlülükler getiren hükümlerinin, taraf olan ülkelerin hukuk sistemlerinde, bireylere ulusal idari/yargısal makamlar önünde (doğrudan) ileri sürebilecekleri haklar getirmesi demekti ki,

---

[101] C-26/62, *Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, 5.2.1963, ECR 1963/00001.

[102] Ona göre; kurmayı amaçladığı Ortak Pazar hedefine, egemen yetkilerle donatılmış kurumlarına vb. niteliklerine bakıldığında, AET Antlaşması, tarafları arasında karşılıklı yükümlülükler meydana getirmeyi amaçlayan klasik bir uluslararası anlaşmadan daha fazlasını ifade etmekteydi (p.12). Bu bağlamda Topluluk, sınırlı alanlarda da olsa devletlerin Topluluk lehine egemenlik yetkilerini sınırladığı; ve öznesi, Üye Devletlerin yanında bireyler de olan yeni bir uluslararası hukuk düzeni meydana getirmişti. Bu düzen de, sadece bireylere yükümlülük yükleyen değil, Üye Devletlerin ulusal tasarruflarından bağımsız olarak, onlara bazı haklar da veren bir düzendi. Ve Divan'a göre; bu haklar, sadece Antlaşmaların açıkça düzenlediği hallerden değil; bazen de bireylere, devletlere ve kurumlara yüklediği yükümlülüklerinin doğasından da kaynaklanabilirdi.

uluslararası hukukun iç hukukta etkili olmasına yönelik klasik fikirleri aşındıran bir gelişme olduğu şüphesizdi.[103]

Nitekim Divan, daha sonraki yıllarda (çoğu ön-karar prosedürü vasıtasıyla) önüne gelen uyuşmazlıklarda, bu nitelikleri taşıyıp doğrudan etkiye sahip olan antlaşma hükümlerinin sayısını artıracak; hatta Kurucu Antlaşmaların ötesinde Topluluğun taraf olduğu bağlayıcı uluslararası metinlerin (mesela Türkiye ile Topluluklar arasındaki Katma Protokol'ün bazı hükümlerinin) ve dahi ikincil mevzuat olan ve doğası itibariyle kural olarak doğrudan etkiye sahip olmayan Topluluk yönergelerinin belli koşullarla doğrudan etkili olduğunu söyleyerek bu alanı genişletecekti. Tabii ki, *Topluluk Hukukunun* doğrudan etkili olması, tek başına olan sınırlı etkisini, hemen akabinde kabul edilen *Topluluk Hukukunun üstünlüğü* ilkesiyle de birleştirince, kat be kat artıracak ve ulusal mahkemelerin dikkatini celb edecekti.

1.2.5.3. Topluluk Hukukunun Üstünlüğü

Topluluk Hukukunun normalde ulusal hukuklara bırakılan birçok alanı da kapsayan geniş kapsamı, Divan tarafından doğrudan etki ilkesinin kabulü ve zamanla da genişletilmesiyle birleştiğinde, kaçınılmaz olarak bu iki hukuk düzeni arasında çatışma yaşanması durumunu beraberinde getirmiştir. Bu noktada kritik soru şudur: Hangi hukuk düzeni, üstün olacak,[104] ya da biraz yumuşatılmış haliyle ''öncelikle''[105] uygulanacaktır?

---

[103] Doktrinde Schütze'ye göre; dava esnasında Divan önünde iki yaklaşım çarpıştı: Uluslararası bakışa göre; özel kişilerin hakları, anlaşmalardan veya kurumlar tarafından yapılan tasarruflardan kaynaklanamaz; sadece Üye Devletler tarafından yasalaştırılan hukuki önlemlerden olabilirdi (Alman Hükümeti'nin görüşü). Anayasal bakışa göre ise, Avrupa Hukuku, doğrudan bireysel haklar doğurabilirdi. Divan'ın, Topluluk Hukukunun klasik uluslararası hukukun ötesinde bir ''uluslararası'' daha doğrusu zımnen ''ulusal-üstü'' hukuk olduğu düşüncesini ortaya koyarak belli koşullarla doğrudan etkiyi kabul etmesi, bu yaklaşımlardan ikincisinin benimsenmesi anlamına geliyordu. Schütze, **op.cit**, p.311.

[104] Josephine Steiner, Lorna Woods, **EU Law**, 10th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2010, p.85.

[105] *Üstünlük-Öncelik Kavramları.* Bu noktada, ***üstünlük (supremacy)*** ve ***öncelik (primacy)*** kavramlarına da değinmek gerekir. Öncelikle, aşağıda da görüleceği gibi, Divan, kararlarında, hiçbir zaman ''Topluluk Hukuku, ulusal hukuklara göre üstündür'' gibi bir ifadeyi kullanmamıştır; onun yaptığı, Topluluk Hukuku ile çatışan ulusal normların bir kenara bırakılması ve Topluluk normunun uygulanması gerektiğini söylemek olmuştur. Bu içtihadi yaklaşımı, Topluluk Hukukunun üstünlüğü yahut önceliği olarak ortaya koyan ise, doktrin olmuştur. Doktrinde bu iki kavram, genelde birbirinin yerine kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar, klasik normlar hiyerarşisi anlamında, ''alt normun geçerliliğini üst normdan alması'' manasında, Topluluk Hukukunun Üye Devlet hukuklarına üstünlüğü kavramını, biraz iddialı ve sakıncalı bulduklarından, üstünlük (*supremacy*) yerine ***öncelik (primacy of Community law, precedence of Community law)*** kavramını kullanmıştır. Nitekim Topluluk Hukukuna aykırı ulusal normların kendiliğinden geçersiz

Esasında, bir devletin kendi iç hukukunu bahane ederek uluslararası bir yükümlülüğünden kaçamayacağı şeklindeki ilke, uluslararası hukukun yerleşik (yani yeni olmayan) bir ilkesidir.[106] Avrupa Topluluklarını kuran Paris ve Roma Antlaşmaları ise, bu konuda sessiz kalmıştır; Antlaşmaların hiçbirinde (ve hatta yürürlüğe giremeyen 2004 tarihli Anayasal Antlaşma haricinde[107] hiç bir Kurucu Antlaşma'da) AB normlarının ulusal normlardan üstün olduğunu açıkça belirten bir hüküm mevcut değildir.[108] Böylece Antlaşmaların sessizliğinde meselenin çözümü, bir anlamda, Divan ile ulusal mahkemelere bırakılmıştı.[109]

---

olmadığı; Divan veya ulusal mahkemeler tarafından sırf bu sebeple iptal de edilmediği ve Divan'ın da dediği gibi sadece *uygulanamaz (obligation to disapply the conflicting national norm)* kılındığı gibi gerçekleri, bu görüşlerine dayanak olarak almaktadırlar. Bkz.: Rosas, Armati, **op.cit,** pp.55-56.. Ancak bu izahı kabul etmek suretiyle ''*üstünlü*k'' kavramı da, yaygın olarak tercih edilmektedir. Bu çalışmada, bağlı kalmak durumunda olduğumuz bir tercüme olmadıkça ''üstünlük'' kavramı tercih edilmiştir.

[106] Nielsen, **op.cit**, p.215.

[107] Referandumlardaki olumsuz sonuçlar neticesinde yürürlüğe giremeyen 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'nın I-6 maddesi, ''bu Anayasa ve kendilerine verilen yetkileri kullanırken Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, Üye Devletlerin hukukları üzerinde **önceliğe** sahiptir'' hükmünü taşımaktaydı. Anayasal Antlaşma'nın yerine hazırlanan Lizbon Antlaşması'nda ise – selefindeki ''anayasal'' çağrışımlar uyandıran kavramları çıkarma yaklaşımının sonucu olarak – bu ilke, yer almamıştı. Ancak Lizbon Antlaşması'nda konuya ilişkin bir deklarasyon (***Önceliğe İlişkin 17 Numaralı Deklarasyon – Declaration 17 Concerning Primacy***) kabul edildi. Bu deklarasyona göre, ''Adalet Divanı'nın müstakar içtihatlarıyla uyumlu olarak, Antlaşmalar ve Antlaşmalar temelinde Birlik tarafından kabul edilen hukuk, söz konusu içtihat hukukunda ortaya konan koşullar uyarınca Üye Devlet hukukları karşısında önceliğe/üstünlüğe sahiptir''. Deklarasyon'da aynı zamanda Konsey Hukuk Birimi'nin konuya ilişkin görüşünün de, bu konuda dikkate alınacağı belirtilmiştir. Konsey Hukuk Birimi'nin konuya ilişkin görüşünde ise, klasik üstünlük doktrini ile ilgili Divan yaklaşımı tekrar edilirken şu önemli vurgu da yapılmıştır: ''*Divan, bu konudaki ilk karar kabul edilen Costa v. ENEL'i verirken de, herhangi bir Antlaşma'da bu ilkeye ilişkin açık bir hüküm yoktu. Dolayısıyla Anayasal Antlaşma'da olan bu ilkenin Lizbon Antlaşması'nda yer almaması ve ileriki antlaşmalarda da muhtemelen yer almayacak olması, hiç bir şekilde ilkenin varlığını ve ilkeye ilişkin mevcut Divan içtihadını değiştirmeyecektir.''* Bu ilkenin Lizbon'da yer almamasının sonuçları ve söz konusu Deklarasyon'un doğurabileceği kafa karışıklıkları hakkında tartışmalar için bkz.: Craig, De Búrca, **op.cit**, pp.266 vd.

[108] Doktrinde Steiner – Woods'a göre; bu, belki diplomatik kaygılarla yapılan bir ihmaldi; belki de Antlaşmaların imzalandığı tarihte (açıkça sadece tüzükler ve kararlar için öngörülen) doğrudan etki ilkesinin Divan'ın yorumladığı ölçüde geniş (Kurucu Antlaşmaları, uluslararası sözleşmeleri ve dahi yönergeleri kapsar şekilde) yorumlanacağı öngörülmemişti. Steiner, Woods, **op.cit,** p.85. Buna karşılık farklı bir görüş olarak, Defeis, aslında Antlaşmaların bu konuda çok da sessiz olmadığını ima etmektedir. Yazar, Topluluk Hukukunun üstünlüğünün, aslında Üye Devletlerin (o zamanki) AET Antlaşması'nın 5. maddesinde (Lizbon sonrası Avrupa Birliği Antlaşması'nın 4/3 maddesi) düzenlenen iki yükümlülüğüne dayandığını ileri sürmektedir. Birisi, Üye Devletlerin Antlaşmalardan veya diğer Birlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için genel veya özel uygun bütün tedbirleri almasını öngören ''***sadakat ödevi'' (duty of loyalty***); diğeri de, Birliğin Antlaşmalardan kaynaklanan görevlerinin gerçekleştirilmesine katkı sağlama ve Birliğin hedeflerine ulaşılmasını tehlikeye atacak herhangi bir hareketten kaçınma ödevi (***tehlikeye düşürmeme ödevi***). Defeis, **op.cit**, p.1106.

[109] *Uluslararası Hukukta Durum*. Uluslararası hukukla ulusal hukuk arasındaki üstünlük/öncelik ilişkisi, kural olarak her devletin kendi anayasal kuralları ışığında cevaplanacak bir meseledir.

Çatışan biri Topluluk biri Üye Devlet menşeli iki normun varlığı halinde ne yapılacağı, aslında ilk defa yukarıda gördüğümüz *Van Gend & Loos* davasında söz konusu olmuştu. Hatırlanacağı üzere, aslında davanın temel konusu (yani ulusal mahkemenin *ön-karar* usulü uyarınca Divan'a sorduğu soru), bir Kurucu Antlaşma hükmünün Hollanda Hukukunda doğrudan etkili olup olmadığıydı. Eğer bu hüküm doğrudan etkili kabul edilirse, zaten yukarıda da belirttiğimiz gibi, Hollanda Anayasası'na (m.66) göre, ilgili ulusal kural karşısında öncelikle uygulanacaktı. Dolayısıyla aslında gerçek anlamda bir çatışmadan bahsetmek mümkün değildi. Ancak yine de Divan'ın, doğrudan etki doktrinini ortaya koyarken Topluluk Hukukuna ilişkin yapmış olduğu bir takım değerlendirmeler, uluslararası hukukun içinde (veya ötesinde) ulus-üstü yeni bir hukuk düzeninin ortaya çıkışına dair önemli ipuçları veriyordu.[110] Divan, söz konusu Antlaşma maddesinin ''doğrudan etkili'' olduğunu tespit etmenin yanında, *''Topluluğun uluslararası hukukta yeni bir hukuk düzeni teşkil ettiğini ve devletlerin bu hukuk düzeni lehine egemenliklerini belirli alanlarda da olsa sınırladığını''* (p.12) söylemekteydi. Doktrinde, Steiner – Woods'a göre; bu yeni hukuk düzeninden maksat, Toplulukların o zamana kadar bilinen sıradan uluslararası hukuk örgütlerinden farklı; üyesi olan devletlerin hukuk sistemleri üzerinde bu örgütlere nazaran daha geniş etkilere sahip bağımsız bir statüsü olan bir hukuk düzeniydi.[111] Divan'ın bu tespitleri, Topluluk

---

Devletler ise, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, uluslararası hukukla iç hukuk arasında *monist* ve *düalist* olarak bilinen iki yaklaşımdan birine göre yasa ve anayasalarında bu meseleyi düzenler. Ancak bu ilkeden hangisinin tercih edildiği, uluslararası normların iç hukukta nasıl (doğrudan kabul, aktarma vs.) bağlayıcılık kazanacağı sorusuna cevap verirken; bir şekilde iç hukukta bağlayıcı bir norm olarak yerini alan bir uluslararası normun bir iç hukuk normuyla çatışması halinde hangisinin üstün geleceği, diğer bir deyişle öncelikle uygulanacağı sorusuna cevap vermemektedir. Bu mesele, bu ilkelerin hangisinin kabul edildiğinden bağımsız olarak, yine ilgili devletin (böyle bir çatışmaya ilişkin) anayasal kuralları/teamülleri ışığında çözülecek bir meseledir. Örneğin Avrupa Topluluklarını kuran altı Devlete baktığımızda, Hollanda gibi uluslararası hukukun her türlü (bağlayıcı) normuna, ister yeni ister eski tarihli olsun, ulusal hukuk karşısında üstünlük veren; yahut Fransa gibi (o tarihte) uluslararası anlaşmaları Fransız kanunlarından üstün tutan, fakat bu anlaşmalar temelinde üretilen ikincil normlar hakkında sessiz kalan; veya daha esnek ifadelerle, sadece belli şartlarla egemenliğin uluslararası organlara devredilebileceğini söylemekle yetinen Almanya ve İtalya gibi farklı tercihlerin söz konusu olduğunu görebiliriz. Keza İngiltere gibi *düalist* yaklaşımı benimseyen ülkelerde ise, uluslararası normların iç hukuktaki statüsü, o normu iç hukuka aktaran ulusal normun çözüme kavuşturduğu bir mesele olmaktadır. Steiner, Woods, **op.cit**, pp.85-86. Türk Hukukunda da, bilindiği gibi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kabul edilmekle monist yaklaşım benimsenmiştir. Fakat iş, bir çatışma halinde hangisinin üstün kabul edilip uygulanacağına gelince, gerek doktrin gerek mahkeme kararlarında olağanüstü bir görüş ''zenginliği'' göze çarpmaktadır.

[110] **Ibid.** p.87.

[111] **Ibid.**

Hukukunun ulusal hukuklar karşısında üstün olduğunu (daha doğrusu öncelikle uygulanacağını) açıkça söyleyeceği gelecek kararlarının da bir nevi habercisi gibiydi.

Bundan yaklaşık bir buçuk yıl sonra verilen *Costa v. E.N.E.L. kararı*[112] ise, bu anlamda tarihi bir karar oldu. Bir İtalyan kanununun Kurucu Antlaşma hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle somut olayda uygulanmaması talebiyle açılan bu davada, davalı, söz konusu kanunun, Topluluk Hukukunu iç hukuka aktaran İtalyan Onay Kanunu'ndan daha sonraki tarihli olduğunu ve böylece çatışma olsa bile (*önceki – sonraki kanun* ilkesi gereğince) Onay Kanunu'nun (ve dolayısıyla İtalyan Hukukundaki geçerliliğini ondan alan Antlaşma hükmünün) değil, sonraki çatışan kanunun uygulanması gerektiğini ileri sürmüştü. Davaya bakan İtalyan mahkemesi, bu sefer net biçimde bu çatışmanın nasıl çözüleceğini Divan'a sordu ve gelen karar da, bu kez Topluluk Hukukunun üstünlüğünü kesin bir dille onaylamaktaydı. Divan, *Van Gend & Loos* kararına atıf yaparak, ''*Üye Devletlerin böyle bir örgüt kurmakla egemenlik haklarını kendi elleriyle kısıtladığını* belirtirken, *sıradan uluslararası antlaşmaların aksine AET Antlaşması'nın, antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Üye Devletlerin hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olan ve ulusal mahkemelerin de uygulamakla yükümlü olduğu kendine özgü bir hukuk sistemi meydana getirdiğini* söylüyordu.'' Divan'a göre; *''kendi kurumlarına, kendi kişiliğine, hukuki ehliyetine ve uluslararası alanda temsil kabiliyetine ve daha özel olarak da egemenliğin sınırlanmasından veya Devletlerden Topluluğa yetkilerin devrinden kaynaklanan gerçek yetkilere sahip sınırsız süreli bir Topluluk meydana getirmek suretiyle Üye Devletler, belli alanlarda da olsa egemenlik haklarını sınırlamış ve böylece hem vatandaşlarını hem de kendilerini bağlayan bir hukuk sistemi meydana getirmişti''* (p.593).[113]

---

[112] Case 6/64, *Costa v. E.N.E.L.*, 15.7.1964, ECR 1964/585.

[113] Divan'a göre; ayrıca, *Topluluk Hukukunun uygulanma kabiliyetinin bir Devletten başka bir Devlete değişmesi, Antlaşma'nın 5/2. maddesinde yer verilen amaçlara ulaşma hedefini tehlikeye düşürmeden ve 7. madde ile yasaklanan ayrımcılığa da imkan vermeden mümkün değildi (*yani tersten ifade edersek, Topluluk Hukukunun uygulanma kabiliyetinin eğer bir Devletten başka bir Devlete değişebileceği kabul edilirse, bu, ister istemez m.5/2'deki amaçlara ulaşma hedefini tehlikeye düşürecek ve m.7'deki ayrımcılık yasağını da ihlal edecekti*). Keza eğer Antlaşmalar kapsamında üstlenilen yükümlülüklerin, Devletler tarafından sonraki ulusal düzenlemeler ile itiraz konusu yapılabilmesi kabul edilecek olursa, bunlar, kayıtsız şartsız değil, etkileri ancak şarta bağlı yükümlülükler haline gelirdi. Nitekim Üye Devletler tarafından bazı hallerde Antlaşma hükümlerine istisna getirmek, ancak beli şartlarla kabul edilmişti; öyle olmasaydı da, Devletler, sıradan iç hukuk işlemleriyle Antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini ortadan kaldırabilselerdi, bütün bu hükümler de anlamını yitirirdi. Üstelik, Topluluk Hukukunun ''önceliği'', tüzüklerin bütün Üye Devletlerde bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olduğunu öngören (o zamanki) AET Antlaşması'nın 189. maddesi tarafından da teyit edilmişti. Eğer bir Üye Devlet, Topluluk Hukuku karşısında üstün gelecek/öncelikle uygulanacak bir yasal tasarrufla (herhangi bir istisnası*

Bu mülahazalarla, Divan'a göre; *''bağımsız bir hukuki kaynak olarak Antlaşmalardan doğan hukuk, çerçevesini çizmeye yönelik düzenlemeler yapılabilirse de, nev-i şahsına münhasır yapısı dolayısıyla ulusal kurallar karşısında ikinci plana itilemezdi; aksi halde Topluluk Hukuku karakteri ortadan kaldırılmış ve de Topluluk hukuk sistemi sorgulanmış olurdu''* (p.594). Keza, *''Antlaşma kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin, Devletler tarafından, kendi ulusal hukuk sistemlerinden Topluluk Hukuk sistemine devredilmesi de, içinde egemenlik hakkının daimi şekilde kısıtlanması mefhumunu barındırmakta ve bu da Topluluk sistemiyle bağdaşmayan tek taraflı ulusal düzenlemelerin etkili olamayacağını (uygulanamayacağını) ortaya koymaktaydı''* (p.594).[114] Divan, bu tespitlerle, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü ortaya koyuyor ve konuya dair çerçeveyi de çiziyordu.

Divan, konuya ilişkin bir süre devam eden sessizliğinin ardından 1970 tarihli *Handelsgesellschaft*[115] kararıyla – Kurucu Antlaşmaların yanısıra – ikincil Topluluk tasarruflarını da, *Costa v. E.N.E.L.*'de ortaya koyduğu üstünlük/öncelik doktrininin çerçevesine alarak daha da ileriye gitti.[116] Divan, yine ön-karar usulüyle (Frankfurt İdare Mahkemesi tarafından) önüne getirilen davada, bu sefer, ''*Topluluk organları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği noktasında, ulusal hukukun kural ve kavramlarına başvurmanın, Topluluk Hukukunun yeknesaklığı ve etkililiğini olumsuz etkileyeceğini; dolayısıyla bunların hukuka uygunluğunun ancak Topluluk Hukuku çerçevesinde değerlendirilebileceğini''* söyledi. Divan'a göre; *''Antlaşmalardan doğan hukukun ulusal kurallar tarafından çerçevesinin çizilmesi mümkünse de, doğası itibariyle geçersiz kılınması mümkün değildi; bu itibarla bir Topluluk tasarrufunun bir Üye Devletteki*

---

bulunmayan) bu hükmün etkisini tek taraflı olarak ortadan kaldırabilecek olsaydı, hüküm, anlamını büyük ölçüde yitirirdi (p.594).

[114] Görüldüğü gibi, Divan, biri *Topluluğun niteliğine* biri de *amaçlarına* dair iki grup mülahaza ortaya koymuştur: Bağımsız ve yeni bir hukuk düzeni, Devletlerin egemen haklarının daimi sınırlanması gibi – Antlaşmalarda açıkça belirtilmeyen – niteliksel mülahazalar ile Topluluğun hedefleri, bu hedeflerin zedelenmemesi ve bir anlamda Topluluk Hukukunun etkinliğinin sağlanması gibi pratik (amaç temelli) mülahazalar (Craig, De Búrca, **op.cit**, p.260; Steiner, Woods, **op.cit**, p.88).

[115] C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Germany,* 17.12.1970, ECR 1970/1125.

[116] Burada sorun, *Costa v. E.N.E.L.*'in aksine, bir Kurucu Antlaşma hükmü ile bir ulusal kanun arasında değil; (ikincil bir hukuk kaynağı olan) bir Topluluk Tüzüğü ile bir ulusal anayasa arasındaydı. Normalde Alman Anayasası'na göre, Anayasa'ya aykırı bir kanunun iptal edilmesi gerekirdi. Söz konusu tüzük de, kendisi de bir kanuni düzenleme olan Onay Kanunu ile Alman Hukukuna aktarıldığı için, normal şartlarda Anayasa'nın tartışılmaz üstünlüğü söz konusuydu. Nitekim Alman Anayasası'nın konuyla ilgili 24. maddesi, o zaman için sadece genel olarak uluslararası kuruluşlara egemenlik devrine izin vermekteydi; yoksa uluslararası normların ulusal normlar karşısındaki yerine dair bir hiyerarşi kurmamaktaydı.

geçerliliği veya etkisi, o Devletin anayasasına (veya anayasasına hakim olan birtakım ilkelere) aykırı düştüğü gibi iddialardan etkilenemezdi.''

Görüldüğü gibi, Divan, *Costa v. E.N.E.L.*'dekine benzer kaygılarla, bu sefer, ikincil Topluluk mevzuatının da, ulusal hukuklar ve hatta anayasalar karşısında öncelikle uygulanması gerektiğini söylüyordu.[117] Ancak Divan, biri üstünlük ilkesinin içeriği, biri de niteliği olmak üzere iki noktada *Costa v. E.N.E.L.*'den ***daha ileriye*** gitmişti: Orada mesele, ulusal kanun-Kurucu Antlaşma çatışmasıydı; burada ise, çatışanlar, ulusal anayasa-ikincil Topluluk normu idi. Divan, *Handelsgesellschaft* ile ise, hem – Kurucu Antlaşmaların yanında – ikincil Topluluk mevzuatının da üstünlük ilkesinden yararlanacağını söylüyor; hem de bunun, sadece ulusal yasal düzenlemeler değil, anayasalar karşısında da geçerli olacağını teyit ediyordu.

Topluluk Hukukunun üstünlüğü teorik planda bu şekilde sağlandıktan[118] sonra, biri geleneksel egemenlik kaygılarıyla bu doktrine karşı çıkma şeklinde beliren; diğeri de ulusal mahkemelerin bu ilkenin uygulanmasında karşılaşacakları pratik zorluklardan kaynaklanan iki temel mesele daha vardı. Nitekim AB Hukukunun üstünlüğü, teoride kabul edilse bile; bu ilkenin doğrudan muhatabı olan ve bunu yapmaya da gönüllü bulunan bir ulusal yargıç, bu ilkeyi nasıl hayata geçirebilecekti? Örneğin bir İngiliz hakiminin İngiliz Hukukunda bir kanunu hukuka aykırı veya geçersiz ilan etme yetkisinin olmadığını[119] veya örneğin kanunların iptalinin mümkün olduğu çoğu ülkede de, bir kanuni düzenlemeyi anayasaya aykırılık gibi gerekçelerle iptal etme yetkisinin münhasıran anayasa mahkemelerine tanındığını (aynı şekilde bazı idari düzenlemelerde de yerel mahkemelerin iptal yetkisi olmadığını) düşündüğümüzde, ulusal yargıç, çatışan ulusal (yasal) norm karşısında AB normuna öncelik tanımak için, ulusal normun yetkili

---

[117] **Ibid.** p.89.

[118] Elbette ki, Topluluk Hukukunun üstünlüğü bu kararlarla sınırlı kalmadı. Örneğin Divan daha sonraki kararlarında, Topluluk Hukukunun Üye Devletlerin üçüncü ülkelerle yaptığı uluslararası anlaşmalar karşısında da üstün olduğunu söylemiş; keza yakın tarihli başka bir kararında da (C-402/05 P & 415/05 P, Joined Cases, paras. 285, 308), *Birlik Hukukunun* özerkliğine ve *hukukun üstünlüğüne dayalı anayasal statüsüne* atıf yapmıştır (**Ibid.** p.90). Divan, bu son kararında, özellikle içinde genel hukuk ilkelerinin (ve dolayısıyla temel hakların) de bulunduğu ''birincil'' *Topluluk Hukukunun* Üye Devletlerin üçüncü ülkelerle yaptığı uluslararası anlaşmalar karşısında dahi (hatta BM Şartı kapsamındaki BM Güvenlik Konseyi kararları da dahil olmak üzere) üstün olduğunu söyleyecektir; ki bu, oldukça önemlidir.

[119] *Human Rights Act* kapsamındaki AİHS'ye aykırılık bildirimi (*declaration of incompatibility*) dışında (ki onun da hem normal mahkemeler tarafından yapılamadığını hem de ilgili mevzuatın geçersiz sayılması demek olmadığını ve sıhhatine bir halel getirmediğini belirtelim), böyle bir şey, mümkün değildir.

makamlar tarafından yürürlükten kaldırılmasını veya anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesini mi beklemek zorunda olacaktı?[120]

Nitekim Topluluk Hukukunun üstünlüğünün tesisi sürecinde üçüncü aşama sayılabilecek bu durum da, Divan'ın 1978 tarihinde verdiği *Simmenthal kararıyla*[121] açıklığa kavuşturuldu.[122] Divan, yine önceki kararlarına da temel olan Topluluk Hukukunun etkililiği ve aksi takdirde gücünü ve anlamını yitireceği gibi kaygılarla, her ulusal mahkemenin, yargı yetkisi içindeki bir davada, Topluluk Hukukunu kendi bütünlüğü içinde uygulamak ve bireylere verdiği hakları korumak, ve buna bağlı olarak da onunla çatışabilecek herhangi bir ulusal kuralı, önceki veya sonraki tarihli olsun (ki bunun söylenmesi yenidir), bir kenara bırakarak Topluluk kuralını uygulamakla yükümlü olduğu şeklindeki müstakar yaklaşımını tekrarladıktan sonra, bu bağlamda yasal veya diğer anayasal yollar yoluyla bu çatışan normun ortadan kaldırılmasının beklenmesi veya talep edilmesinin kesinlikle gerekmediğini – velev ki ulusal anayasa veya mevzuat böyle bir şey emretsin[123] – vurguladı (paras. 21-24).[124]

Elbette, hem *doğrudan etki* hem de *üstünlük* doktrinleri, Topluluğun ileriki yıllarında verilen kararlarla, bu doktrinlerin gerek hitap ettiği ulusal organlar[125] gerekse sonuçları gibi açılardan genişletilmiş ve daha net bir çerçeveye oturtulmuştur.[126] Bu

---

[120] **Ibid.**

[121] C-106/77, *Amministratizione delle finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, 9.3.1978, ECR 1978/629.

[122] **Ibid.**; Craig, De Búrca, **op.cit**, p.261.

[123] Bu bağlamda, 1982 T.C. Anayasası'nda itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuruyu (*somut norm denetimi*) düzenleyen hükmün – olası bir üyelik halinde – uygulanmasında sorun doğurup doğurmayacağı akla gelebilir. Gerçi, buradaki öncelikli mesele, Birlik Hukukunun *üstünlüğü* meselesidir. Temel haklara ilişkin Birlik mevzuatı söz konusu olduğunda, zaten en azından kanunlar bakımından 90. madde, bu meseleyi çözmüştür. Böyle Birlik normuyla ulusal kanun çatışması halinde, m.90/5, c.3 uyarınca Birlik normu uygulanacağından, olaya uygulanacak bir kanun hükmü var sayılamayacak ve böylece 152. maddenin işletilmesi de söz konusu olmayacaktır. Temel haklara ilişkin olmayan bir Birlik mevzuatı söz konusu olduğunda ise, zaten dediğimiz gibi, burada mesele, 152. maddeden önce, bir *üstünlük-öncelik* meselesidir ve olası bir üyelik halinde bunun Anayasa'da bir şekilde ele alınması gerekecektir.

[124] Nitekim bu ilkeler, 1990 tarihli *Factortame* (*C-213/89*) kararında uygulanmış; İngiliz Hukukunda ***geçici (ihtiyati) tedbir*** müessesesi (*interim judgement*) olmamasına rağmen, Divan, AB normlarıyla çatışan ulusal normlar için, ulusal yargıçların bu müesseseye başvurabilmesi gerektiğini; diğer bir deyişle, eğer Topluluk Hukukunun etkili bir şekilde uygulanması için geçici tedbir kararı verilmesi gerekiyorsa, ulusal yargıcın, geçici tedbire izin vermeyen ulusal normları uygulamaması gerektiğini söylemiştir. Steiner, Woods, **op.cit**, p.91; Craig, De Búrca, **op.cit**, p.263.

[125] Divan, 2000 tarihli *Larsy* kararında, yagı organları dışında, ulusal idari makamların da bu yükümlülük altında olduğunu belirtecektir (C-118/00, *Larsy v. INASTI*, 28.6.2001, ECR 2001/I-5063, paras. 52-53).

[126] Dolayısıyla her iki doktrine ilişkin olarak, sayısız karar örneği vermek mümkündür. Ancak yukarıda da vurguladığımız gibi, bizim bu iki ilkeye olan ilgimiz, Toplulukta insan haklarının ortaya

noktada, doğrudan etki ve üstünlük doktrinlerinin, Topluluk/Birlik Hukukunun özerk bir hukuk dalı olarak ortaya çıkması ve kimliğini inşa etmesi sürecinde birbirini tamamlayan gelişmeler olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Topluluk/Birlik Hukuku, istediği kadar ulusal hukuklara üstün kabul edilsin; doğrudan etkili olmadıkça, bu üstünlüğün bir etkisi olmayacağı gibi; aynı şekilde ne kadar doğrudan etkili kabul edilirse edilsin, doğrudan etkili bu normlar, ulusal normlar karşısında bir üstünlüğe sahip olmayacaksa (yani özellikle sonraki tarihli ulusal normlar ile ortadan kaldırılabilecekse), bu doğrudan etkinin de anlamı, sınırlı olacaktır. Nitekim Topluluk Hukukuna o tarih için yeni bir kimlik kazandıran da, doğrudan etkili Topluluk normlarının ulusal normlar (ve hatta anayasalar) karşısında üstün, yani bir çatışma halinde öncelikle uygulanabilir kabul edilmesi olmuştur. Ve bu ikili, Adalet Divanı'nın, insan hakları temelli denetim taleplerine yönelik başlangıçta benimsediği olumsuz tavrın tozlu raflardan indirilmesine; önceleri ulusal yargı yerlerince pek tepki çekmeyen bu durumun, şimdi bu iki doktrinle birleşince ulusal anayasal güvencelere bir tehdit gibi görülmesine; bir anlamda uyuyan devin uyanmasına yol açmış ve (bilhassa Alman ve İtalyan) ulusal anayasa mahkemelerinin, doğrudan etki ve üstünlük doktrinleri ile gelen bu yargısal aktivizmi sorgulamalarını tetiklemiştir. Nitekim bu sorgulama, önceden de söylediğimiz gibi, Toplulukta insan hakları korumasının başlamasının; diğer bir deyişle *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşumunun da temelleri olacaktır.

1.2.6. Ulusal Mahkemelerden İnsan Hakları Temelli İlk İtirazlar: Adalet Divanı ile Ulusal Mahkemeler Arasındaki Rekabet/İşbirliği

Bıraktığımız yerden devam etmek gerekirse, Adalet Divanı'nın Topluluk tasarruflarının ulusal anayasalarda güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlüklere uygunluk açısından denetlenmesi taleplerini reddetmesi (*Stork vd. kararlar*), bu gelişmenin, ''üstünlük ve doğrudan etkili olma'' doktrinleriyle birlikte gelen yeni bir hukuk düzeni inşası iddiasıyla birleştiğinde, ulusal mahkemelerin bir anlamda seslerini yükseltmesine yol açtı. Bu başlık altında, Topluluğun ilk yıllarında, Divan'ın, Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında *üstünlüğü* ve ulusal hukuk düzenlerinde *doğrudan etkili olması* yaklaşımına, başta Alman ve İtalyan mahkemeleri olmak üzere ulusal mahkemelerden verilen tepkiler ele alınacaktır.

çıkışında etkileri olan gelişmeler olarak, söz konusu meselenin anlaşılmasına hizmet etmesi ile sınırlı olmuştur.

Konuya girmeden şunu hatırlatmakta fayda var ki; daha önceden de vurguladığımız gibi, bu davaların hemen hepsi, ulusal mahkemelerin Antlaşma'daki *ön-karar* usulünü işleterek Divan önüne getirdikleri ''soru''lar çevresinde cereyan eden davalardır. Böyle olunca da, yukarıda da bir vesileyle değindiğimiz üzere, meseleleri, son tahlilde sonuca bağlayan, Divan'ın dava neticesinde verdiği kararlar değil, ulusal mahkemelerin – bu kararlar ışığında – verdiği kararlar olmuştur. Bu ise – Divan'ın kararlarına uymakla yükümlü oldukları iddia edilse de – yine de hukuki uyuşmazlığı nihai anlamda sonuca bağlama noktasında son sözün ulusal mahkemelerde olması anlamına gelmektedir.[127] Bu ilişkiler ağında, Divan'ın ilk zamanlardaki bu iddialı kararları, ulusal mahkemelerin, temelde anayasalarındaki hak ve özgürlükleri koruma (ve aslında arka planda bir yönüyle de egemenlik) kaygısıyla, Divan'ın bu aktivist tavrını sorgulayan kararlar vermesine yol açmıştır. Aşağıda görüleceği üzere, Divan'ın – belki bu iki ilkeye ilişkin değil ama – Topluluk Hukukunda insan haklarının yerine ilişkin yaklaşımını değiştirmesine yol açması ve bu yönüyle de *AB İnsan Hakları Hukukunun* ortaya çıkışında önemli rol oynaması yönüyle bu kararların incelenmesi, bizim için, mahkemeler arasındaki güç savaşlarını bilme merakından öte bir değer taşımaktadır.

Bireysel Özgürlüklerin Korunması İhtiyacı ve Divan'ın Neden Olduğu İkilem

Divan'ın, ilk kararlarında öne sürdüğü ''insan haklarının *ulusal anayasalar* tarafından korunacağı'' şeklindeki basit önerme, daha sonradan bizatihi Divan'ın ileri sürdüğü *üstünlük* doktrini ile bir anlamda geçerliliğini yitirmişti.[128] Burada temel soru şuydu: Eğer Topluluk Hukuku, ulusal hukuklar (ve dolayısıyla anayasalar) karşısında doğrudan ve öncelikle uygulanacak ise (*doğrudan etki ve üstünlük niteliği*, *Van Gend & Loos* ile *Costa v. E.N.E.L.* ve devamı süreç); ve öte yandan bu (üstün ve doğrudan etkili) Topluluk Hukuku, insan haklarını da korumuyorsa (*insan haklarına dayalı koruma taleplerinin reddedilmesi; Stork* ve devamı süreç;), Üye Devlet anayasalarında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri kim koruyacaktı?[129] Diğer bir deyişle, eğer ulusal mahkemeler, (Divan'ın söylediği gibi) Topluluk normlarını geçersiz sayamıyor ve

[127] Divan'ın Topluluk Hukukunun üstünlüğü konusundaki ''aktivist'' tavrı ne olursa olsun, neticede temel aktörleri bilhassa da o tarihler için Devletler olan bir uluslararası hukuk alanı içinde bulunduğumuz gerçeğine bağlı olarak, bu tür iddiaların kabulünün, son tahlilde ulusal (bilhassa da yargısal) makamların buna yaklaşımına göre etki kazanacak olması, bu ''son söz''ün etkisinin, hiç de küçümsenecek boyutta olmadığını göstermektedir.
[128] Chalmers et.al., **op.cit**, p.233.
[129] Betten, Grief, **op.cit**, pp.55-56.

uygulamak zorunda ise; ve Adalet Divanı da, (insan haklarını güvence altına alan) ulusal normları uygulayamıyor ise, anayasasında güvence altına alınan bir hakkı, Topluluk organları tarafından Topluluk Hukukunun uygulanması sırasında ihlal edilen bireyler, nereye gidecekti?[130]

Olaya Topluluk Hukuku ve Adalet Divanı penceresinden baktığımızda, Divan, üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinden yahut insan haklarının Topluluk tasarruflarının denetiminde bir ölçü norm olarak uygulanamayacağı şeklindeki iki yaklaşımından birinden taviz vermedikçe, bu sorunun cevabı, ''hiçbir yere'' idi.[131] Ancak özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde hepsi de hukukun üstünlüğü ve insan hakları ideallerini anayasal sistemlerinin birer kırmızı çizgisi olarak benimsemiş Batı Avrupa ülkelerinin ve bunların bu idealleri korumakla vazifeli kılınmış başta anayasa mahkemeleri olmak üzere yargı organlarının, bu meseleyi bu kadar basit biçimde kapatmayacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Nitekim başta Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri, Adalet Divanı'nın bu tavrına karşı bir anlamda direnmiş ve bu direnç de, yeni bir gelişmeyi tetiklemiştir: *Divan'ın üstünlük değil ama insan haklarına dayalı denetim taleplerine ilişkin tavır değişikliği ve Topluluk Hukukunda insan haklarının korunmaya başlaması.*

Kararlara geçmeden önce belirtelim ki, 2000'lerden sonra üye olan yeni ülkelerin de aralarında bulunduğu bir çok Üye Devlette, üstünlük meselesi tarihsel süreç içerisinde bir şekilde yargısal çekişme konusu olmuşsa da, gerek insan haklarının çıkışı gerekse diğer kritik meselelerde, genelde Almanya ve bir ölçüde de İtalya'nın başı çektiğini söyleyebiliriz. Özellikle Alman doktrini ve yargısal alanı, bu alanda oldukça zengin bir tartışma birikimine sahiptir.[132] Bu süreçte İtalyan mahkemeleri, daha çok

---

[130] **Ibid**. p.56.
[131] **Ibid.**
[132] Doktrinde Pescatore'ye göre, bunda en önemli etken, özellikle Alman ve İtalyan Anayasalarının insan hakları güvencelerine yoğun biçimde yer vermesi ve bu güvenceleri de güçlü anayasa mahkemeleri üzerinden yargısal denetime tabi kılmasıydı. Bu süreçte diğer Üye Devlet (Fransa, Belçika, Hollanda, Lüksemburg) mahkemelerinden kayda değer itirazların gelmemesinin (ve hatta belki de ilgisizliğin) sebebi, bu ülkelerde, temel hakların korunması temelli davaların – Alman ve İtalyan anayasal sistemlerinde olduğunun aksine – o tarih için yaygın olmaması; hatta bunların bir kısmında anayasal yargı mekanizmasının dahi bulunmamasıydı. Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.344. Örneğin doktrinde Nielsen'e göre, Danimarka anayasal sisteminde, temel hak ve özgürlük güvenceleri, Alman ve İtalyan Anayasalarındaki kadar üst düzeyde değildi. Bu itibarla da Danimarka Anayasası ile Topluluk Hukuku arasında Almanya ve İtalya'da olduğu gibi temel hak ve özgürlükler noktasında gerçek bir çatışma ihtimali zayıf olmuştur. Hatta Nielsen, Danimarka vatandaşlarının, Divan tarafından geliştirilen Topluluk insan hakları hukukundan kendi anayasalarına oranla daha fazla koruma bulduklarını dahi söylemenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Nielsen, **op.cit**, p.219. Ayrıca Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararı için bkz.: infra dipnot:167.

Topluluk Antlaşmalarının getirdiği usuli güvencelerin İtalyan Anayasası'nın getirdiği standartlarla uyumlu olup olmadığı meselesine yoğunlaşmışken (ve bu soruya da, son tahlilde olumlu cevap vermişken); Alman yargısal doktrinindeki tartışma ise, daha derinlere inmiştir. Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Alman mahkemeleri, şu soru üzerinde durmuştur: Eğer bir devlet kendi anayasasıyla ve dolayısıyla da onda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle bağlıysa ve genel anlamda hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, yasama işlevinin parlamento kaynaklı olma niteliği gibi temel özgürlük ve demokrasi ilkelerini gözetmekle yükümlüyse, bu Devlet, kendi anayasasında öngörülen bu hak ve ilkeleri tam olarak barındırmayan bir statüye/anayasaya sahip uluslararası kuruluşlara katılabilir mi?[133] Veya soruyu biraz daha değiştirerek sorarsak, ulusal anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin Topluluk tarafından ihlali halinde, başvurulacak denetim, ulusal mı (ulusal anayasaların üstünlüğü) ulusal-üstü mü (Topluluk Hukukunun üstünlüğü)[134] olacaktır?[135] İşte bu tartışma sonucunda doktrinin ve yargı organlarının varacağı sonuç, aşağıda da görüleceği üzere, *söz konusu uluslararası sistem, bu güvenceler noktasında boşluk içerdiği ve bu güvenceleri kendi hukuksal metinlerindeki ölçülerde karşılayamadığı müddetçe, bu boşluğun ulusal kurallar uygulanmak suretiyle doldurulması* olacaktı.[136]

Alman Anayasa Mahkemesi ve Solange-I Süreci

Bu süreçte tepki veya direniş olarak nitelenebilecek ilk gelişme, [137] Divan'ın yukarıda yer verdiğimiz *Handelsgesellschaft* kararının devamı olan süreçte Alman

---

[133] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.344.
[134] Veya AİHS bağlamında öngörülen AİHM denetimi suretiyle ''uluslararası'' mı? Değer, **a.g.e.**, s.67.
[135] Değer, **a.g.e.**, s.67-68.
[136] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.344.
[137] Aslında Divan'ın (üstünlük doktrinini ilk defa ortaya koyduğu) *Costa v. E.N.E.L.* kararından bile önce, Alman doktrininde bazı yazarlar, Alman Anayasası'nın bireylere sağladığı güvencelerin Topluluk Hukuku tarafından (Topluluk organlarının AET Antlaşması m.189 uyarınca bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir tüzük ve karar gibi tasarruflar kabul edebilmesinden de hareketle) ihlal edilebileceğine dikkat çekmişlerdi. Bkz.: Manfred Zuleeg, ''Fundamental Rights and the Law of the European Communities'', **Common Market Law Review**, Vol:8, Issue:4, 1971, p.447; Nielsen, **op.cit**, p.216. Hatta Alman Anayasa Mahkemesi de, 1960 ve 1970 yılları arasında birçok kez (ikincil) Topluluk mevzuatına yönelik başvurularla muhatap olmuştu. Örneğin, 1967'de verdiği bir kararında, iki Topluluk tüzüğüne yönelik anayasa şikayeti başvurusunu, bu yolun, Alman makamlarının tasarruflarına karşı başvurulabilecek bir yol olup Topluluk tasarrufları aleyhine işletilemeyeceği gerekçesiyle reddetmişti. Ancak bu kararda dahi, kendisinin Topluluk

mahkemelerinden gelmiştir. Yukarıda üstünlük bahsinde bu kararı incelerken, Frankfurt İdare Mahkemesi'nin, ilgili Topluluk tasarrufunun Alman Anayasası'nı ihlal ettiğini düşünerek davayı, *ön-karar* prosedürü uyarınca Adalet Divanı'na taşıdığını; Divan'ın ise, bir Topluluk normunun geçerliliğinin ulusal kurallardan (anayasal bile olsa) etkilenmeyeceğini ve Topluluk kuralları ışığında denetlenebileceğini söylediğini görmüştük. Divan'ın kararında söylediği bir diğer şey de, aslında – ileride ayrıntısıyla görecek olduğumuz – insan haklarının Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu ve Topluluk tasarruflarının insan haklarına uygunluk açısından da denetleneceği idi.[138] Divan, kendi ölçülerine göre söz konusu Topluluk kuralını incelemiş ve Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olan insan haklarına herhangi bir aykırılık görmemiştir.[139] Bunun üzerine dava, ön-karar prosedürünün yapısı gereği, somut olaya dair nihai kararı vermesi için tekrardan Frankfurt İdare Mahkemesi önüne gelmiş; bu Mahkeme ise, Divan'ın herhangi bir ihlal görmeyen kararından tatmin olmayarak meseleyi, somut norm denetimi mekanizması yoluyla Federal Anayasa Mahkemesi'ne (*Bundesverfassungsgericht*) taşımıştır. [140] Burada temel soru şudur: Söz konusu Topluluk tüzüğü, Alman Anayasası'nı ihlal etmekte midir? Eğer cevap evetse, Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu tüzüğü, Alman Hukuku ışığında bir incelemeye tabi tutma yetkisi var mıdır?[141]

---

tasarruflarını, Alman Anayasası tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ışığında inceleyip inceleyemeyeceği sorusunu açıkça cevapsız bırakmıştı. Diğer bir deyişle, Mahkeme'nin usul yönünden verdiği bu ret kararı, Topluluk işlemlerinin, (anayasa şikayetinden) başka uygun usuli mekanizmalar kullanılarak kendi önüne getirilmesi halinde, Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklere uygunluk açısından denetlenip denetlenemeyeceği sorusuna cevap vermemişti. Nielsen, **op.cit**, p.216. Keza Alman Vergi Mahkemesi (*Bundesfinanzhof*) tarafından verilen 10 Temmuz 1968 tarihli *Neumann* kararında da benzer bir karar çıkmıştı (EuR, 1969, p.255). Nielsen, **op.cit**, p.216, 238, note: 15. İşte bu soru, Alman jürisprüdansiyası adına, tam olarak 1974 tarihli *Internationale Handelsgesellschaft* kararında cevaplanacaktı. Nielsen, **op.cit**, p.216.

[138] Zaten bunu daha önceden 1969'da verdiği *Stauder kararı* ile söylemeye başlamıştı.

[139] Bütün bu süreci, ileride *Topluluk Hukukunda insan haklarının korunmaya başladığı ilk davalar* alt-başlığı altında ayrıntılı olarak ele alacağız.

[140] Bu Mahkeme'ye göre; ''*Alman Anayasası'nın uluslararası örgütlere egemenlik devrini düzenleyen 24. maddesi, Anayasa'da bir değişiklik yapma yetkisinin verilmesi ile özdeşleştirilemez; dolayısıyla da federal yasama organı, AET Antlaşması'nı onaylamakla, Anayasa'daki temel haklara riayetten feragat edemez*.'' Mahkemenin bir kaygısı da, Topluluk Hukukuna çelişen anayasal hükümler karşısında üstünlük tanınması halinde, aynı derecede hukuki güvencelere sahip olmayan Topluluk mevzuatı üzerindeki en yüksek ulusal denetim kaynağı olarak anayasanın ortadan kaldırılmış olacağıdır. Bu mülahazalarla Mahkeme, ilgili Topluluk tasarrufunun Alman Anayasası'nda düzenlenen bazı temel ilkeleri ihlal ettiğini düşünerek Anayasa'nın m.100/1 hükmünde düzenlenen somut norm mekanizmasını işletmiş ve davayı Federal Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

[141] Betten, Grief, **op.cit**, p.65.

Alman Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin kararını 1974 yılında vermiştir.[142] Mahkeme, Topluluk Hukukunun iç hukuktan bağımsız/özerk bir niteliğe sahip bulunduğu, diğer bir deyişle Alman ve Topluluk Hukuklarının iki ayrı hukuk sistemi olduğu konusunda geliştirdiği (düalist) yaklaşımı yineleyerek,[143] bir anlamda Adalet Divanı ile aynı çizgiyi paylaştığını ve Topluluk normlarının geçerliliğine dair karar verme yetkisine sahip olmadığını ortaya koymakla beraber; eğer bir Topluluk kuralı tarafından Alman Anayasası'nda korunan temel hakların ihlali söz konusu olursa, bu kuralın Alman Hukukunda uygulanamaz olduğuna[144] karar verme yetkisinin de kendisine ait olduğunu söylemiştir.[145]

Mahkeme, bu tespitlerin ardından konumuzla ilgili olan temel haklara dair değerlendirmesine geçmiştir. Mahkeme'ye göre; *''Anayasa'nın temel hakları düzenleyen kısmı da, yukarıda belirtilen anlamda Federal Alman Anayasası'nın vazgeçilemeyecek esaslı bir özelliğidir. Bu anlamda da, 24. madde, bu temel hakların, hiçbir sınırlama olmaksızın sınırlamalara tabi tutulmasına izin vermez. Bu bağlamda Topluluğun halihazırda ulaşmış olduğu bütünleşme düzeyi, büyük önem taşımaktadır. Mahkeme'ye*

---

[142] Case 2 BvL, 52/71, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratstellefür Getreide und Futtermittel*, 29.5.1974 (**Common Market Law Review**, Vol:11, Issue:2, 1974).

[143] Değer, **a.g.e.**, s.68; Nielsen, **op.cit**, p.218.

[144] Zaten ulusal mahkemelerin *Topluluk Hukukunun* bir kuralının geçerliliği hakkında karar verme yahut onu iptal etme gibi bir yetkisinin olması düşünülemez. Buradaki yaptırım, olsa olsa temel haklarla çatışan Topluluk normunun Alman makamları tarafından uygulanmamasıdır. Schütze, **op.cit,** p.360, note: 5. Aynı durum, hatırlanacağı üzere, Topluluk yargısı için de geçerliydi. Divan'ın üstünlük doktrini, Topluluk hukukuyla çatışan ulusal normların geçersizliğine karar verip onları iptal etmeyi değil; bunların uygulanmaması ve yerlerine Topluluk normunun uygulanmasını öngörmekteydi. Nitekim Divan, Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal işlemleri (*ön-karar* prosedürü üzerinden) insan haklarına uygunluk açısından denetlerken, aykırı gördüğü Üye Devlet tasarrufunun geçersizliğine değil; kenara bırakılıp (yani bir nevi ihmal edilip) Topluluk normunun uygulanmasına karar vermektedir.

[145] Mahkeme, bu noktada şu mülahazaları da ortaya koymuştur: Ona göre; ''*temel hakların ihlal edilmesi, bir yönüyle Anayasa'nın o konuda değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bahse konu 24. madde, yine kendisinde öngörülen değişiklik usulüne uymadan Anayasa'nın temel yapısının değiştirilmesine imkan veremez; diğer bir deyişle, bir devletlerarası örgüte bazı noktalarda egemenlik devrine izin verilmesi, bu örgüt eliyle Anayasa'da bu tür bir değişikliğe cevaz vermeyecektir. Elbette ki, Topluluk organları, Alman anayasal kurumlarının Anayasa uyarınca yapamayacağı birtakım düzenlemeler yapabilir ve bunlar, gerekirse Federal Alman hukuk düzeninde geçerli olup doğrudan uygulanabilir. Ne var ki, 24. madde, Federal Alman Cumhuriyeti'nin dayandığı temel anayasal yapıyı ortadan kaldırmaya çalışan (ki temel hakların ihlali de böyle bir niteliktedir) herhangi bir değişikliği de yasaklamaktadır.''* Görüldüğü gibi, Federal Anayasa Mahkemesi, o tarih için Almanya'nın Topluluk üyeliğinin de anayasal temeli olan Anayasa'nın 24. maddesi bağlamında, aralarında Topluluğun da bulunduğu devletlerarası örgütlere üyeliğin, yetki devrinin ve bu örgütlerin Federal Almanya için bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir kararlar alabilmesinin ''sınırları''nı çizmiştir: Bu sınır, *Anayasa'nın egemenliğin devrine izin veren 24. maddesinin, Alman anayasal düzeninin – aralarında temel hak ve özgürlüklerin de yer aldığı – esaslı ve vazgeçilmez niteliklerine aykırı bir yetki devrine cevaz vermeyeceğidir*. Craig, De Búrca, **op.cit**, p.274.

göre, Toplulukta, (o dönem için) halen daha genel oyla seçilen, yasama yetkilerine sahip ve Topluluk adına karar almaya yetkili organların da siyasi olarak tamamen sorumlu olduğu (hesap verdiği) demokratik meşruiyeti olan bir Parlamento mevcut değildir. Keza Topluluğun, içeriği itibariyle gelecek açısından güvenilir ve net bir şekilde sabitlendiği (aynı Anayasa eliyle sabitlenmesi gibi) bir temel haklar kataloğu da yoktur. Salt Topluluk yargı organının kararlarıyla (yani içtihadi olarak) güvence altına alınmaya çalışılan[146] *bu hukuki durum, temel hakların lehine bir gelişme ise de, Topluluğun daha ileri düzeyde bütünleşmesi yoluyla böyle bir kataloğa ve korumaya erişilemediği müddetçe, Anayasa'nın 24. maddesinden kaynaklanan çekince uygulanacaktır. Dolayısıyla Avrupa Hukukuyla ulusal anayasa hukuku ve daha özel olarak da Anayasa'da güvence altına alınan temel haklar arasındaki farazi bir uyuşmazlıkta, hangi hukuk sisteminin öncelikle uygulanacağı sorunu doğar. Bu şekildeki bir çatışmada, Topluluk yetkili organları bu ihtilafı gidermediği müddetçe, Anayasa'daki temel hak güvenceleri uygulanacaktır. Zira, bireylere Alman Anayasası ile sağlanmış temel hak ve özgürlükleri korumak, kendisinin görevidir ve hiçbir yargı organı da, Anayasa'nın kendisine verdiği bu görevi/yetkiyi ondan alamaz.''*[147] Mahkeme, bütün bunlar dikkate alındığında, *''Topluluk Hukukuyla Anayasa'daki temel hakların sağladığı güvenceler arasındaki muhtemel bir çatışmada, Topluluk organları, Antlaşmadaki mekanizmalara başvurarak aradaki çatışmayı kaldırmadığı sürece, Anayasa'daki hakların ilgili Topluluk normu karşısında öncelikle uygulanacağını''* ifade etmiştir.[148]

Görüldüğü gibi, Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da güvence altına alınan temel haklara muhtemel olumsuz etkileri dolayısıyla Topluluk Hukukunun (Adalet Divanı'nın *Costa v. E.N.E.L.*'de benimsediği gibi) kayıtsız şartsız üstünlüğünü kabul etmemiş; Divan'ın *''mutlak üstünlük''* yaklaşımına *''göreceli üstünlük''* şeklinde bir karşı

---

[146] Mahkeme, burada, Divan'ın aşağıda göreceğimiz 1969 tarihli *Stauder kararıyla* başlattığı insan haklarının korunmasına yönelik sürece atıf yapmaktadır.

[147] Betten, Grief, **op.cit**, p.65.

148 Flaherty ve Lally-Green'in verdiği bilgiye göre; aslında Divan kararının hemen ardından (yani somut norm denetimi süreci devam ederken), Alman Hükümeti, *Bunderverfassungsgericht'*ten konuya dair görüş bildirmesini istemiş; Mahkeme de, Topluluk Hukukunda herhangi bir insan hakkı hükmünün yokluğunda, Topluluktaki insan hakları koruma standardının Alman Anayasası'nın aradığı standart bağlamında yeterli olup olmadığına karar vermenin mümkün olmadığını; dolayısıyla Divan kararlarının kesin/nihai olarak görülemeyeceğini ve böyle durumlarda Alman Anayasası'na üstünlük sağlanması gerektiğini bildirerek, bir anlamda bir süre sonra vereceği asıl kararın (*Handelsgesellschaft*) provasını yapmıştır. John P. Flaherty, E. Lally-Green, ''Fundamental Rights in the European Union'', **Duquesne Law Review**, Vol:36, Issue:2, Winter, 1998, p.314, note: 385.

teori geliştirmiştir.[149] Mahkeme'nin buradaki yaklaşımı, hem ''*göreceli''* hem de ''*koşullu"*dur. Topluluk organlarının bu muhtemel çatışmayı gidermediği müddetçe (*so long as the EU did not remove the possible conflict of norms between EU Law and national constitutional law*), anayasal hakların Topluluk Hukukuna üstün geleceğini[150] söylemek suretiyle *koşullu*; ulusal denetim noktasındaki bu yaklaşımı, Toplulukların bütünleşme düzeyine endekslenmesi yönüyle de *görecelidir*.[151] Mahkeme'nin bu koşullu yaklaşımı, doktrinde, bu kararların ''***Solange***'' *(Almanca'da ''...dığı müddetçe''*) kararları olarak anılmasına yol açmış; Mahkeme'nin 1986'da süreci tersine çevirdiği ikinci grup kararlarına kadar geçen süre de, ''***Solange-I***'' süreci olarak anılmıştır. Bu karar, sürpriz olmayacak bir şekilde, Divan'ın ortaya koymuş olduğu üstünlük doktrinine bir tehdit olarak görülmüş ve o dönemde, başta Avrupa Parlamentosu olmak üzere siyasi ve bürokratik çevrelerce eleştirilmiştir.[152]

Aslında Alman Anayasa Mahkemesi, bu kararı vermeden çok önce Adalet Divanı, Topluluk insan hakları hukukunun temellerini atmıştı. 1969'da verdiği *Stauder* kararıyla insan haklarının Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemiş; ardından Alman Anayasa Mahkemesi'nin burada incelediğimiz (''solange'') kararına da konu olan *Handelsgesellschaft* kararında ise, hem *Stauder*'deki yaklaşımını yinelemiş hem de bu hakların bulunup çıkarılacağı bir kaynak olarak ulusal anayasal geleneklere atıf yapmıştı. Hatta Divan, bununla da yetinmemiş, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Handelsgesellschaft* kararının hemen arefesinde verdiği (ve yine aşağıda göreceğimiz) *Nold* kararında, uluslararası metinleri de, bir referans norm, bir esin kaynağı olarak zikretmişti. Nitekim bu üç kararı, doktrin, Topluluk insan hakları hukukunun temeli saymaktadır. Yani aslında, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ''direnişi'' başlattığı *Handelsgesellschaft* kararından önce, daha 1969-1974 yılları arasında da, Toplulukta bir insan hakları hukukundan bahsetmek mümkündü. Zaten Alman Anayasa Mahkemesi de, Toplulukta korumanın hiç bulunmadığı değil; Topluluk yargı organı eliyle jürisprüdansiyel

---

[149] Schütze, **op.cit,** p.359.
[150] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.274.
[151] Schütze, **op.cit,** p.360.
[152] Nielsen, **op.cit**, p.217. Örneğin, bu karar üzerine, Avrupa Parlamentosu milletvekillerinden Couste, bu kararın Kurucu Antlaşmalara uygunluğu konusunda Komisyon'a bir soru yöneltmiş ve Komisyon da 29.1.1975 tarihinde verdiği cevabında, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını Topluluk Hukukunun yeknesaklığı ilkesine aykırı bulmuş ve Alman Hükümeti'ne de kararın yol açabileceği olumsuzlukları bildirmiştir. Füsun Arsava, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara, 1985, s.346. Keza Avrupa Parlamentosu da, aldığı bir kararla, buna benzer kaygılarla söz konusu kararın Topluluk hukuk düzeninin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğuna ve de Antlaşmaları ihlal ettiğine karar vermiştir (12 Temmuz 1976 tarihli Karar; O.J., 1976, C-159/13, para. 5).

olarak yeni başlamış bir korumanın, kendi anayasal standartlarıyla kıyaslandığında henüz yeterli olmadığı mülahazasıyla, göreceli ve koşullu bir ulusal denetim öngörmüştür.[153]

Direnişe Bir Katkı da İtalyan Anayasa Mahkemesi'nden

Bu süreçte, İtalyan Anayasa Mahkemesi (*Corte Costituzionale*) de, Adalet Divanı'nın üstünlük doktrinini insan hakları noktasından sorgulayan bir diğer ulusal yargı organı olmuştur. Aslında İtalyan Anayasa Mahkemesi'nden gelen isyanın dozunun, Alman muadiline göre daha düşük olduğu söylenebilir. Ön-karar ile Divan önüne getirilen *Costa v. E.N.E.L.* davası sürecinde, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin tavrı, bir çatışma halinde sonraki tarihli İtalyan kanununun Kurucu Antlaşmalara üstün geleceği idi. Ancak Divan'ın, *Costa v. E.N.E.L.*'de buna sert tepki göstermesi, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bir anlamda biraz olsun yumuşamasına yol açtı. Mahkeme, aşağıda yer vereceğimiz kararların hemen hepsinde, (Alman AYM'nin yaptığı gibi) İtalyan ve Topluluk Hukukunun ayrı ve özerk iki hukuk dalı olduğunu ve bu itibarla da İtalyan Anayasası'ndaki hükümlerin Topluluk kurallarının hukuka aykırılığının iddia edilmesi için kullanılamayacağını (yani bu konuda yetkisiz olduğunu) kabul etti ve zaman içinde de gittikçe Adalet Divanı'nın çizgisine yakın (Topluluk yanlısı) kararlar vermeye başladı.[154] Ancak bizi çok yakından ilgilendiren bir kayıtla: *Eğer bir Topluluk tasarrufu, İtalyan Anayasası'nda güvence altına alınan bireyin dokunulmaz temel haklarını (ve anayasal düzenin temel ilkelerini) ihlal eder nitelikteyse, bu Topluluk tasarrufunun hukuki temeli sayılan AET Antlaşması'na Dair Onay Kanunu'nu denetleme yetkisinin saklı olduğunu açıkça söyleyerek*.[155]

Bu anlamda, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları söz konusu olduğunda, Topluluk Hukukuna bakışına dair ilk önemli kararı, 1974 tarihli *Frontini v. Ministero delle Finanze* kararıdır.[156] Davaya konu olaylarda, davacı (Frontini), bir

---

[153] Hatta meseleyi bu kronoloji üzerinden değerlendirdiğimizde, Adalet Divanı'nın ulusal direniş gelmeden önce insan hakları korumasına başladığı; dolayısıyla aslında insan hakları korumasında çıkış noktasının ulusal anayasa mahkemelerinden genel direniş olmadığı (yani aşağıda yapacağımız *iddia-cevap-replik-düplik* benzetmesine tam olarak uymadığı) söylenebilir. Bu konuya ileride değineceğiz.
[154] Değer, **a.g.e.**, s.73; Nielsen, **op.cit**, p.218.
[155] Değer, **a.g.e.**, s.73.
[156] C-183/73, *Frontini v. Ministero delle Finanze*, 27.12.1973. Bu süreçte aslında İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.1965 tarihli *San Michele* kararı da vardır. Mahkeme, Divan'ın *Costa v. E.N.E.L.* davası sürecindeki kararlı tutumunun da etkisiyle, bu kararında (*Costa v. E.N.E.L.*'deki

Topluluk tüzüğü uyarınca İtalya'ya yapılan et ihracatından alınan vergilerde yapılan artışa ilişkin ulusal tasarrufun ve onun dayanağı olan Topluluk tüzüğünün hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması için yerel mahkemede dava açmıştır. Söz konusu tüzük, İtalyan Hukukundaki normatif değerini, tüzüklerin Üye Devletlerde doğrudan uygulanacağını söyleyen (o zamanki) AET Antlaşması'nın 189/2. maddesinden[157] alırken; AET Antlaşması da, iç hukuktaki etkisini, 1957 tarihli AET Antlaşması Onay Kanunu'na borçludur. İşte yerel mahkeme, olayın seyri bu Kanun'un anayasaya aykırılığı noktasına gelince, davayı, İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir.[158]

Topluluk Antlaşmalarını, devletlerin, bir araya gelerek imzaladığı normal uluslararası sözleşmeler olmaktan ziyade, aralarında, ulus-üstü niteliğe sahip kurum ve kurallar oluşturmaya yönelik tasarruflar olarak nitelediği[159] kararında, İtalyan Anayasa Mahkemesi, söz konusu Kanun'un uluslararası örgütlere üyelik ve egemenliğin sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesi bağlamında şüphesiz ki geçerli olduğunu belirttikten sonra, kendisinin herhangi bir Topluluk tasarrufunun geçerliliğini denetleme noktasında yetkili olmadığını vurgulayarak,[160] Divan'ın çizgisine yakın Topluluk yanlısı bir tavır almış;[161] ancak bu tespitlerin akabinde – Alman Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı gibi – bu devrin sınırlarını çizmekten de geri durmamıştır. Mahkeme'ye göre; *''bu amaçla egemenliğin sınırlanması, ancak 11. maddede belirtilen hedeflere ulaşılması amacıyla mümkün olup; hukuk sistemleri, bilhassa hukukun üstünlüğü ve vatandaşların temel özgürlüklerinin güvence altına alınması ilkeleri üzerine bina edilmiş olan Devletlerin imzaladığı Roma Antlaşması çerçevesinde yapılan*

---

tavrının aksine), Topluluk Hukukunun ulusal düzenlerden ayrı bir düzen teşkil ettiğini ve bu hukuk düzeninin normlarının kural olarak ulusal mahkemelerce denetlenemeyeceğini belirtmek suretiyle ATAD'ın çizgisine yakın, Topluluk yanlısı bir karar vermiştir. Değer, **op.cit**, s.72-73. Ancak bu karar – Topluluk Hukukunun özerkliğinin insan hakları söz konusu olduğunda da kabul edileceğine dair veriler içermesi bakımından önemli olmakla birlikte – yine de özü, insan haklarının korunması ile ilgili olan, insan hakları söz konusu olduğunda Topluluk Hukuku ile ilişkinin nasıl olacağının açıkça ortaya konduğu bir karar değildir. Arsava, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, s.346. Yine bu süreçte, İtalyan Anayasa Mahkemesi ile Divan arasında, Topluluk Hukukunun üstünlüğü bağlamında şekillenen başka kararlar da vardır. Ancak bunlar, esası insan hakları temelli davalar olmaktan ziyade, örneğin Topluluk tüzüklerinin iç hukukta doğrudan uygulanması gibi daha çok *Topluluk Hukukunun* iç hukuktaki etkisi ve yerine ilişkin kararlardır. Elbette ki bunlar, iki hukuk düzeninin ilişkisi bağlamında gerilimin halen tam olarak bitmediğini de göstermektedir. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 30.10.1975 tarih ve *232 sayılı kararı* ile Adalet Divanı'nın 1978 tarihli *Simmenthal II* kararı (C-106/77) da, bu bağlamda zikredilebilir. Değer, **a.g.e.**, s.74.

[157] Lizbon sonrası ABİ Antlaşması m.288/2.

[158] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.283.

[159] Değer, **a.g.e.**, s.73.

[160] Nielsen, **op.cit**, p.218.

[161] Değer, **a.g.e.**, s.72.

sınırlamaların Topluluğa, anayasal düzenin temel ilkelerini veya kişinin vazgeçilemez haklarını ihlal etme yetkisi verdiğini kabul etmek, elbette ki mümkün değildir.'' Dolayısıyla her ne kadar 189. madde, bu şekilde İtalyan Hukukunda doğrudan uygulanma kapasitesine sahipse de, İtalyan Anayasa Mahkemesi, daima söz konusu Antlaşma'nın (ve ondan doğan Topluluk tasarruflarının) yukarıda belirtilen temel ilkelere uygunluğunu denetleme yetkisini – en azından teorik olarak – saklı tutmuştur.

Mahkeme, bu tavrını, aşağıda göreceğimiz ''*Solange-II''* sürecinden önce verdiği 1984 tarihli *Granital* kararında[162] da devam ettirmiştir.[163] Mahkeme, bir grup ithalatçının 1978 tarihli bir İtalyan düzenleyici işlemi uyarınca tarife uyarlaması hakkı iddia edip edemeyeceğine (böyle bir uyarlama 1978'den önceki tarihli Topluluk tüzükleri uyarınca mümkün değildir) ilişkin davada, Topluluk Hukukunu ayrı ve özerk bir hukuk düzeni olarak nitelemiş ve Adalet Divanı'nın çizgisine yakın bir yaklaşım sergilemiştir. Topluluk normuyla ulusal normun çatışması halinde, ilk derece mahkemelerinin davayı durdurup Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan, doğrudan Topluluk normunu uygulaması gerektiğini (velev ki Topluluk normu daha eski tarihli olsun) belirterek bir anlamda Divan'ın *Simmenthal II kararındaki* yaklaşımını benimsemiş ve Topluluk Hukukunun üstünlüğünü açıkça tasdik etmiştir.[164] Ancak, bu sebeplerle başvuruyu reddeden Mahkeme, hemen ardından, *Frontini kararındaki temel haklara ilişkin kaydını tekrarlayarak eski çekincesini koruduğunu ve Topluluk Hukukunun İtalyan anayasa düzeninin temel ilkeleriyle (ki temel haklar da bunun içindedir) uyumlu olup olmadığını denetleme yetkisinin saklı olduğunu* belirtmiştir. [165]

Görüldüğü gibi İtalyan Anayasa Mahkemesi de, kural olarak Topluluk Hukukunun doğrudan etkisini ve üstünlüğünü kabul etmekle birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi'nin kaygılarına benzer kaygılarla (aralarında temel hakların da bulunduğu temel anayasal

---

[162] Case 170/1984, *S.P.A. Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 8.6.1984. Karar incelemesi için bkz.: Giorgio Gaja, ''Constitutional Court (Italy), Decision No. 170 of 8 June 1984, *S.p.a. Granital* v. *Amministrazione delle Finanze dello Stato*'', **Common Market Law Review**, Vol: 21, Issue:4, 1984, pp. 756–772.

[163] Bu süreçte ikinci perde (ulusal mahkemelerin Topluluk insan hakları hukukunun oluşumuna verdiği tepkiler) olarak nitelendirdiğimiz süreci, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihinde verdiği *Solange-II* kararıyla başlattığımız için, *Granital kararına* bu rekabetin ilk raundunda (''*Solange-I''* sürecinde) yer vermiş bulunuyoruz. Mahkeme'nin yine bu bağlamda zikredilebilecek 1989 tarihli *Fragd kararına* ise, *Solange-II* kararı sonrasına denk geldiği için ileride rekabetin ikinci raundunda değineceğiz.

[164] Bermann et. al., **op.cit,** p.325.

[165] Lindfelt, **op.cit**, p.58. Tabii ki, buradaki denetim yetkisi, doğrudan Topluluk tasarrufu üzerinde olmayıp (çünkü Topluluk Hukukunun ayrı bir hukuk düzeni olduğunu ve ulusal yargı organlarınca denetlenemeyeceğini kabul etmektedir), her türlü Topluluk tasarrufunun anayasal dayanağı olan Onay Kanunu üzerinde olsa da, bunun dolaylı olarak Topluluk tasarruflarının denetlenmesi demek olduğu, herhalde açıktır.

ilkeleri koruma kaygıları) Divan'ın öngördüğü şekilde kayıtsız şartsız üstünlük yaklaşımına direnmiştir. Bu direnişin de etkisinin, *Solange-I* ile benzer olduğunu söyleyebiliriz.[166] Ancak bizce aradaki bir nüansa dikkat etmek gerekir: *Bundesverfassungsgericht'*in üstünlük doktrinine – insan hakları temelli direnişi – ''koşullu'' ve ''göreceli'' idi; oysa *Corte Constituzonale*'ninki, koşulludur, fakat göreceli değildir. Yani İtalyan Mahkemesi, söz konusu insan hakları olunca, Topluluk tasarrufları noktasında denetim yetkisini kullanabileceğini söyleyerek üstünlüğü ''koşullu'' kabul ettiğini söylemiştir; ancak Alman muadili gibi, ''Topluluk Hukuku .... duğu müddetçe...'' gibi göreceli bir yaklaşım sergilememiştir. Bunun, elbette ki aşağıda göreceğimiz *Solange-II* sürecine de yansımaları olacaktır.

Sonuç olarak bu direnişler,[167] daha önce de değindiğimiz gibi, süreçte yeni bir perdeyi açacak; Divan'ın, *Stork* vd. süreçteki insan hakları temelli denetim taleplerine gözünü yuman yaklaşımını değiştirmesine ve böylece jürisprüdansiyel bir insan hakları hukukunun oluşum sürecinin başlamasına yol verecektir.

Doktrinde Hinarejos'un da söylediği gibi; bu süreçte ulusal mahkemelerden gelen tepkiyi, anormal karşılamamak gerekir. Zira temel vazifesi, genelde anayasaya ve özel olarak da anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygunluğu sağlamak olan bir mahkemenin, başka türlü davranmasını ve anayasasını göz ardı etmesini beklemek, pek makul bir beklenti olmazdı. Yazara göre; burada geri adım atması

---

[166] Doktrinde Nielsen'e göre; İtalyan AYM, Alman AYM'nin aksine Topluluk tasarrufunun Anayasa'da öngörülen ilkelere uygun olup olmadığını denetlememiş; Anayasa'nın 11. maddesi ve onun sınırları üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak arkaplanda karar, Alman AYM'nin *''Solange-I''* kararıyla aynı etkiye sahip olup, her ikisi de, Topluluğa yetki devrini düzenleyen anayasa hükümlerinin sınırları üzerinde yoğunlaşmış ve Topluluk Hukukunun ulusal anayasal hak ve özgürlükleri ihlal etmesine ulusal düzeyde müsamaha gösterilemeyeceğini ortaya koymuştur. Nielsen, **op.cit**, p.218.

[167] Bu noktada, doktrinde, bu rekabetin direniş aşaması için gösterilen kararlar, buraya kadar yer verdiğimiz Alman ve İtalyan mahkemeleri kökenli kararlardır. Pek fazla bu sürecin bir aktörü olarak zikredilmese de, bazı yazarlar, bu noktada Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin 1982 tarihli *Lumino* kararını da zikretmektedirler. İki Topluluk tüzüğünün Danimarka Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 73. maddesine uygun olup olmadığı konusunda Danimarka Yüksek Mahkemesi (*Højeseret*) önünde açılan davada, Mahkeme, söz konusu tüzüklerin getirdiği düzenlemelerin anılan Anayasa hükmüne aykırı olmadığı yorumunu yapmış ve bu sebeple de başvuruyu reddetmiştir. Gerçi bu dava, yukarıdaki Alman ve İtalyan mahkemeleri tarafından Divan önüne getirilen davalardan farklıdır; çünkü burada dava, asıl, söz konusu tüzüklerin Avrupa Topluluğu'nun ilgili (Balıkçılık) Konseyi'nde kabul edilmesi aşamasında lehe oy kullandığı gerekçesiyle Danimarka Balıkçılık Bakanlığı'nın Anayasa'ya aykırı hareket ettiği iddiasıyla açılmıştır. Yani dava, *Handelsgesellschaft* ve *Frontini*'de olduğu gibi doğrudan bir Topluluk işleminin ulusal anayasaya aykırılı iddiasıyla açılmamıştır. Ancak yine de *Højeseret*'in – iki tüzüğün Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen hükmüne aykırı olmadığını söylemek suretiyle – yaptığı şey de, aslında *Topluluk Hukukunun* ulusal (anayasa) hukukuna uygunluğunu denetlemekten başka bir şey değildir. **Ibid.** p.219.

gereken, ulusal anayasa mahkemeleri değil, Adalet Divanı idi. Nitekim Divan, verilen mesajı doğru algıladı ve insan haklarının Topluluk işlemlerinin bir sınırı olma noktasındaki tavrını değiştirdi. Bu ise, hem Toplulukta insan hakları korumasını (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun* ortaya çıkış sürecini) netice verdi; hem de Divan için anayasal hakların teminatı bir anayasa mahkemesi konumuna doğru yolculuğun başlangıcı oldu.[168]

1.2.7. Toplulukta İnsan Hakları Korumasına Yönelik İhtiyaç, Dinamikler ve Felsefi Arkaplan

Yukarıda Toplulukta insan hakları korumasının oluşum ve gelişim sürecini, *iddia-cevap-replik ve düplik* terimlerini kullanarak bir dava sürecine benzetebileceğimizi söylemiştik. Bu süreçte ilk perde, insan hakları korumasının ortaya çıkışının pratik ve teorik dinamiklerini ortaya koymaktaydı.[169] Ancak Toplulukta insan haklarının korunmaya başlaması, yani AB İnsan Hakları Hukukunun oluşumunu izahta, konuya ilişkin genel bir çerçeve çizmek adına böyle bir benzetme yapılabilirse de, gerek kronoloji gerek yargısal aktivizm noktasında, bu gelişmeyi, sadece mahkemeler arasındaki bir rekabete ve özellikle de Topluluk yargı organının özerklik ve üstünlüğünü koruma güdüsüne indirgemek, tabii ki eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu sürecin ardında, *Topluluklarda insan hakları korumasının gerekliliği* (yani Toplulukların pratik ve teorik birtakım gerekçelerle insan hakları koruması fikrine kayıtsız kalamayacağı) ve *bunun da Kurucu Antlaşmaların sessizliği karşısında Adalet Divanı eliyle gerçekleştirilmesi zarureti* olarak özetlenebilecek başka bir grup dinamiklerden daha bahsetmek mümkündür. Biz, tespit ettiğimiz bu mülahaza ve gelişmeleri, ''jürisprüdansiyel insan hakları hukukunun oluşumunun ardındaki dinamikleri'' incelediğimiz bu bölümde, altıncı bir başlık olarak (*ihtiyaç ve felsefi arkaplan*) olarak vereceğiz. Nitekim bu süreçte, başta kilit roldeki davalar olmak üzere yaşanan gelişmeler kronolojik açıdan incelendiğinde, efradını cami

---

[168] Hinarejos, **op.cit**, p.8. Benzer şeyler, *IRCA* davasının Hukuk Sözcüsü Warner tarafından da dile getirilmiştir. Ona göre; *''Topluluk Hukuku, varlığını, her bir Üye Devlet'ten Topluluğa doğru kısmi bir egemenlik devrine borçludur. Ve bu devirde, hiçbir Üye Devletin kendi anayasası tarafından korunan hakların ihlaline yol açacak bir yasama yetkisini devretmesi mündemiç değildir. Aksini söylemek, bir devlete, Topluluk Antlaşmalarını imzalarken, anayasasının çizdiği sınırlar dışında hareket etme imkanını vermek olur ki, bunun mümkün olmadığı açıktır''* (C-7/76, IRCA v Amministrazione delle finanze dello Stato, Opinion, 7.7.1976, ECR 1976/1213, p.1237).

[169] Bu serüvende ikinci perde ise, Divan'ın insan hakları korumasını başlattığı ve geliştirdiği içtihatlar dizisini ve ona karşılık ulusal mahkemelerden gelen tepkileri içermektedir ki, onu da bir sonraki kısımda inceleyeceğiz.

ve ağyarını mani bir değerlendirmenin, ancak tüm bu faktörlerin hesaba katılmasıyla mümkün olacağı söylenebilir.

Sadece Üstünlük Doktrinini Korumak mı?

Gerek tezin Avrupa bütünleşmesine insan hakları penceresinden baktığımız bir önceki kısmında, gerek hemen yukarıda Kurucu Antlaşmalarda insan haklarının yerine değinirken, Topluluklar ilk kurulduğunda, Kurucu Antlaşmaların (*AKÇT, AET ve Euratom Antlaşmaları*) temel ekonomik serbestiler (*işçilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı*) ve *ayrımcılık yasağına* dair birkaç hüküm dışında, klasik anlamda anayasalarda ve diğer uluslararası metinlerde düzenlenen şekilde hak ve özgürlük hükümlerine yer vermediğini ve dahası bu kavrama, Topluluk işlemlerinin yargısal denetiminde bir ölçü norm yahut Toplulukların dayandığı temel bir değer olarak herhangi bir atfın da yer almadığını gördük. Bu durumun sebeplerini de, yine anılan yerlerde ele aldık. Bu sebepleri, burada tekrar edecek değiliz; fakat bu konuda özellikle doktrinde ortaya konan mülahazalara baktığımızda, bunların, *o tarih için temelde ekonomik nitelikli yetkilere sahip bir örgütte insan hakları korumasına ihtiyaç olmadığı* önermesi etrafında toplandığını görürüz. Tabii ki Toplulukların kurucuları tarafından bu gerekçelerin hangisi veya hangilerinin tam olarak etkili olduğunu bilemiyoruz; ancak bildiğimiz bir şey var ki, o da, bu öne sürülen gerekçelerin, Antlaşmaların teorik plandan fiili plana geçmesi ve Toplulukların işlemeye başlamasıyla birlikte Topluluğun hemen daha ilk yıllarından itibaren geçerliliklerini birer birer yitirdiği ve insan haklarının korunmasının, yeni kurulan bu hukuk düzeninde hava ve su kadar gerekli olduğuydu.

Bu gelişmeler ise, Adalet Divanı'nın Toplulukta insan hakları korumasını başlatmasını, salt ''üstünlük'' doktrinini korumak ve ulusal mahkemelerden gelen itirazları bertaraf etmek kaygısına indirgemenin, Topluluk İnsan Hakları Hukukunun kökenleri konusunda eksik bir tespit olacağı gerçeğini destekler niteliktedir. Diğer bir deyişle, çalışmanın bu kısmına dair tezimiz, Adalet Divanı'nın bir Topluluk insan hakları hukuku oluşturmasındaki tek saikinin, yukarıdaki başlıklar altında sıraladığımız ve neticede üstünlük doktrininin korunmasında birleşen kaygılar olmadığı ve zaten insan hakları korumasının Topluluk Hukukunda usul ve mekanizmalarıyla var olması gereken bir müessese olduğudur. Böyle olunca, yukarıda yer verdiğimiz üstünlük doktrini çerçevesindeki diğer dinamikler, süreci başlatan veya hızlandıran gelişmeler olsa da, tek başına tüm sürecin tek sahibi değildir.

Toplulukların İnsan Haklarıyla Doğrudan Bir İlgisinin Olmadığı ve Bireysel Özgürlükleri İhlal Edemeyeceğine Dair Fikirlerin Değişmesi

Bu bağlamda Topluluklarda insan hakları korumasını zorunlu kılan gelişmelerin başında, Topluluk Hukukunun kapsamının – gerek Toplulukların yetkilerinin artırılması gerek Adalet Divanı tarafından üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinin ileri sürülmesi sonucu – genişlemesi gelmektedir. Kurucu Antlaşmalarda insan haklarına yer verilmemesinin en temel gerekçelerinden biri olarak öne sürülen (ve hatta doktriner planda da böyle olması gerektiği savunulan) Toplulukların salt ekonomik nitelikli yetkilere sahip olduğu ve böyle ekonomik, teknik ve sosyal yapıdaki bir örgütün insan haklarıyla pek bir ilgisinin olamayacağı; diğer bir deyişle bireysel hakları ihlal etme potansiyelinin olmadığı tezi, gerek Topluluk organlarının Antlaşmalardan kaynaklanan yetkilerini aktif biçimde kullanmaya başlaması ve gerekse doğrudan etki ve üstünlük doktrinlerinin etkisiyle, Toplulukların ilk yıllarından itibaren geçerliliğini yitirmeye başlamıştır.

Hatırlanacağı üzere, çalışmanın Avrupa bütünleşmesine insan hakları penceresinden baktığımız kısmında, Kurucu Antlaşmaların sessizliğinin ardında yatan sebepleri incelerken, bu konuda bize ışık tutabilecek bazı sorular ortaya atmıştık. Örneğin, kendisi de bir Adalet Divanı yargıcı olan Pescatore'nin Avrupa Toplulukları gibi ekonomik ve sosyal hedef ve yetkilerle donatılmış bir aygıtın, yaşam hakkı, bireysel özgürlük, din-vicdan-ifade hürriyeti yahut siyasi özgürlükler gibi temelde devletlere karşı korunması söz konusu olan hak ve özgürlükleri nasıl ihlal edebileceğine yönelik sorusu,[170] ilk yıllarda, Toplulukların insan hakları meselesine mesafeli durması gerektiğini düşünen bazı çevrelerin oldukça yoğun olarak gündeme getirdikleri bir soruydu. Çalışmanın o kısmında, bir beyin fırtınası olması adına, Pescatore'nin bu soruları sorduğunu söylemiş; ancak verdiği cevapları buraya bırakmıştık. Yazar, bu sorulara, Topluluk gibi, belli alanlarda yetkilendirilmiş, bu alanlara ilişkin kararlar alabilen, hatta yasama faaliyeti niteliğinde genel bağlayıcı kurallar kabul edebilen bir aygıtın elbette ki, temel haklara ilişkin birtakım problemler çıkarabileceği şeklinde cevap vermektedir.[171] Nitekim Topluluğun genel yetkilerinin, ekonomik ve sosyal haklar olarak bilinen ve hareket serbestisi, ticaret ve meslek özgürlüğü, özel mülkiyetten yararlanma gibi birçok

[170] Bkz.: supra s.26
[171] Bkz.: Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.342.

hak ve özgürlükle yakından ilgili olduğu da izahtan varesteydi.[172] Böyle bir durumda da, bu yetkilerin keyfi kullanımı her zaman mümkündü ve bu kullanımın önüne geçmek için öne sürülebilecek en önemli sınırın da, insan hakları standartlarına uygunluk olduğunda şüphe yoktu.[173] Nitekim bu realite, 1960'lar ve 1970'lerde, Topluluk içindeki siyasi ve bürokratik tartışmalarda da sıklıkla dile getirilmekteydi.[174]

Uluslararası hukukta yeni bir safha olan, birtakım ulus-ötesi yetkilerle donatılmış Topluluk organlarının bireyleri ve dolayısıyla onların hak ve özgürlüklerini yakından etkileyen kararlar almaya başlaması, Toplulukların işlemeye başlamasıyla yavaş yavaş söz konusu olmuştur. Hatta henüz daha geniş bir uygulama alanı bulunan AET Antlaşması yürürlüğe girmeden, çok sınırlı bir alanda (kömür ve çelik) faaliyet gösteren AKÇT'nin dahi bireysel özgürlüklere müdahale edebileceğinin görülmesi için çok fazla vakit geçmeyecekti.[175] Üstelik hayatın hemen birçok alanına ilişkin olarak Topluluğa yetkiler veren AET'nin hayata geçmesiyle bireyler bakımından bu etki ve potansiyelinin daha da artmış olacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Dolayısıyla Adalet

---

[172] **Ibid.** Ancak yazarın, 1970 yılında yazdığı bir makalesinde, 1952'de AKÇT'nin kurulmasından itibaren geçen 18 yılda, bu anlamda büyük bir problemin yaşanmadığını savunması da ilginçtir. Yazarın muhtemelen bu noktada problemin başlangıcı olarak gördüğü gelişme, ulusal mahkemelerden gelen itirazlardır. Bu takdirde eğer böyle bir direniş gelmeseydi, bundan önce açılan davalar ve Divan'ca reddedilen hak temelli denetim talepleri gibi gelişmelerin insan hakları açısında kayda değer gelişmeler olmadığı anlamını mı çıkarmak gerekecektir? Yazar, makalesinde, genel olarak Topluluk Hukukunun kendi iç sistemiyle (davalar vs.), bireysel hakları korunması için iyi bir sistem getirdiğini ve dolayısıyla da ulusal anayasalar ve uluslararası metinler gibi çözümü başka yerde aramaya gerek olmadığını savunmaktadır. Bu görüşün isabeti bir yana, en azından yazarın böyle düşündüğü için yukarıdaki görüşleri savunduğu söylenebilirse de, yine de insan haklarının o süre içinde pek de gündeme gelmediğini ve bu alanda büyük bir problem çıkmadığını söylemek, o dönem için su götürür bir tespitti. Nitekim bu meseleye, ileride jürisprüdansiyel korumanın sürdürülebilirliğini değerlendirdiğimiz başlıkta değineceğiz.

[173] A. Glenn Jr. Mower, ''The Implementation of Human Rights through European Community Institutions'', **Universal Human Rights,** Vol:2, Issue:2, 1980, p.45.

[174] Örneğin Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi'nin A. Deringer imzalı 1967 tarihli raporunda, birçok alanda doğrudan etkili olan tüzüklerin sayısının hızla arttığına dikkat çekilmiş ve halihazırda devletlerin müdahalelerinden dahi ileriye gidebilen bu müdahalelerin, hukuka aykırılıklara karşı bireylerin daha etkin korunmasını ihtiyacını doğurduğu söylenmiştir. İnsan hakları temelli denetim şeklinde net bir talebi dile getirmese de, Rapor, *Topluluğun bireysel hak ve özgürlükleri nasıl gittikçe daha çok etkilediğini* ortaya koyması bakımından önemlidir (A. Deringer**, Report on the Legal Protection of Private Persons in European Communities***,* Report No: A0-0039/67, 3 May 1967*).* Keza ilerleyen yıllarda Avrupa Komisyonu da, Topluluklarda temel hakların korunmasına dair kabul edeceği bir raporda, Topluluk Hukukunda, medeni/siyasi ve aynı zamanda ekonomik/sosyal hakların korunmasını her zamankinden daha gerekli kılan bir eğilime dikkat çekecek ve bireyi daha doğrudan etkileyen ve sadece iktisadi faaliyetlerle de sınırlı kalmayıp ayrıntılı ve özel kurallar kabul etmede artış şeklindeki bu eğilimin, Topluluklarda insan hak ve özgürlüklerin korunmasını gerekli kıldığını savunacaktır (**Report No: 5/76**, bkz.: infra s.200).

[175] Nitekim bu süreçteki davaların – AET'nin kabulünden sonraki süreçte dahi – AKÇT kapsamında açılan davalar olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu, sınırlı faaliyet alanına sahip bir Topluluk'ta bile bireysel hakları etkileme potansiyeli bulunduğunun çarpıcı bir göstergesidir.

Divanı'nın insan hakları noktasındaki – başlangıçtaki bir duraksama döneminin ardından gelen – aktivizmini, Toplulukların aktif olarak faaliyet göstermeye başladığı 1960'lı yıllarda ortaya çıkan – ki bunların, bu boyutlarıyla Topluluğun kuruluş aşamasında öngörülmemiş olduğu söylenebilir – problemlere bir nevi çözüm olarak görmek[176] ve Topluluk organlarının ilk yıllara oranla, artan biçimde insan haklarıyla ilgili alanlara müdahalelerde bulunması karşısında zaruri bir ihtiyaç olarak değerlendirmek de mümkündür.[177]

Bu durum, Adalet Divanı tarafından yine o yıllarda ortaya konan ''üstünlük'' ve ''doğrudan etki'' doktrinleri ile birleşince, bireysel özgürlükleri etkileyebilme potansiyeli, daha net biçimde ortaya çıktı. Henüz bu doktrinler (1962 ve 1963'te) ortaya konmadan önce, hatırlanacağı üzere, Topluluk tasarruflarının bireylerin kendi anayasalarında düzenlenen birtakım haklarını ihlal ettiği iddiasıyla davalar açılmaya başlamıştı (*Stork* ve devamındaki süreç). Nitekim AET Antlaşması'nın 189. maddesi de, zaten Topluluk tüzükleri ile kararların doğrudan etkili olduğunu daha en baştan öngörmüştü. Dolayısıyla Topluluk organları, Üye Devlet hukuk sistemlerinde doğrudan etkili ve böylece de bireylerin hak ve özgürlüklerini yakından etkileyen kararlar alabilmekteydi. Nitekim Topluluk işlemleri aleyhine açılan davalar da (*Stork* vs.), bizzat bunun ispatıydı; olumsuz bir etkilenme iddiası vardı ki, ''canı yananlar'' yargıya koşmuştu.

Bütün bunlardan şu sonucu çıkarmak mümkündür: Entegrasyonun başlangıcında, insan haklarının bu entegrasyondaki yerine dair özellikle siyasi ve akademik çevrelerdeki ilk fikirler, AKÇT'den sonra AET'nin kurulup, entegrasyonun, *tarımdan balıkçılığa, rekabetten dış ticarete* kadar hayatın birçok bireysel özgürlük alanını kapsayan bir hal almasıyla, değişmeye başladı. Buna, Adalet Divanı'nın Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısında doğrudan etkili ve üstün/öncelikle uygulanabilir olduğunu ileri sürmesi de eklenince, Topluluklarda insan hakları koruması kaçınılmaz hale geldi. Özellikle Topluluk normlarının ulusal (anayasal) normlardan üstün olduğu iddiası, ister istemez üstün olduğu iddia edilen bu normların insan hakları denetimine tabi tutulmasını gerektirmekteydi.

Esasında, hepsi de, Savaş sonrası atmosferde, insan haklarını demokratik siyasal sistemlerinin temel unsuru ve meşruiyet kaynağı olarak gören, bunu – farklı

---

[176] Bruno De Witte, ''The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights'', **The EU and Human Rights**, Ed. by Philip Alston – Maria Bustelo – James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.866; Stephen Weatherill, **Law and Integration in the European Union**, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp.105-106.
[177] Steiner, Woods, **op.cit**, p.135.; Defeis, **op.cit**, p.1112.

güvenceleme derecelerinde de olsa – anayasalarına da yansıtan ve kendilerini, gerek BM ve gerek Avrupa Konseyi çatısı altında insan hakları taahhütleri altına sokan Batı Avrupa Devletlerinin oluşturduğu bir örgütün, bireyleri bu anlamda korumasız bırakmasını kabul etmek pek mümkün değildi. Nitekim doktrinde, Foster'a göre; hepsi de güçlü insan hakları hükümleriyle donatılmış anayasal sistemlere sahip olan ve uluslararası yükümlülükler altına giren Devletlerin kurduğu böyle bir örgütün (ve Antlaşmaların sessizliği dolayısıyla bu örgütün yargı organının), hukuken olmasa bile *ahlaki* olarak insan haklarını korumaya mecbur olduğunu söylemek mümkündü.[178] Kurucu Antlaşmalar, yukarıda yer verdiğimiz mülahazalarla insan haklarına öyle ya da böyle yer vermemiş olabilirdi; ancak bu durumu, Topluluk organlarının böyle bir denetimden muaf kılınmasının amaçlandığı şeklinde yorumlamak, ne derece mümkün olabilirdi?

''İnsan Haklarını Koruma Vazifesi Asıl Olarak Üye Devletlerde; Devletler de Zaten Anayasalarıyla Koruyorlar'' Fikrinin Yanlışlığı Üzerine

Yine Toplulukların faaliyet alanının genişlemesi ve doğrudan etki ile üstünlük doktrinlerinin etkisiyle değişmeye başlayan bir algı da, (yine yukarıda yer verdiğimiz) bireysel hak ve özgürlüklerin, asıl Üye Devletler eliyle korunduğu (ve onların da zaten BM ve AK gibi örgütler bünyesinde bir dış denetime tabi olduğu); böylece bu konuda Topluluğa bir rolün düşmediği düşüncesi oldu. Normalde Devletlerin yetkisinde olan birçok konunun (rekabet, tarım, gümrük, dış ticaret gibi) Topluluğa geçmesi ile birlikte, artık bireyler, bu konuda ya doğrudan Topluluk tasarruflarıyla ya da Topluluk organlarının çerçevesini çizdiği ulusal tasarruflarla muhatap olmaya başladılar. Buna, bu tasarrufların ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan ve çatışma halinde öncelikle uygulanması güçleri de eklenince, ister istemez, bireysel özgürlüklerin korunması noktasında bir boşluk doğdu.[179] Bu boşluğun ise, o tarih için Kurucu Antlaşmaların da sessizliği karşısında Divan eliyle kapatılmasından başka bir yol kalmıyordu.[180] Örneğin,

---

[178] Foster, **op.cit**, p.114.

[179] Nitekim Topluluğun/Birliğin yetkilerinin giderek genişlemesi ve artık bireylerin doğrudan Topluluk/Birlik kararları veya Topluluk/Birlik kaynaklı ulusal kararlarla muhatap olması, günden güne artmıştır. Üstelik buna, ilerleyen yıllarda, bir dış denetim güvencesi olan AİHM'in tanıdığı ''muafiyet'' (*Bosphorus* çizgisi) de eklenince, bu boşluk, artık yargısal korumayla da doldurulamayacak düzeye gelecek ve AB İnsan Hakları Hukukunda yeni öneriler (özel bir temel haklar kataloğu, AİHS'ye katılım gibi) ortaya atılmaya başlanacaktı.

[180] Bermann et. al., **op.cit**, p.204.

Avrupa Komisyonu'nun bir rekabet cezasıyla karşılaşan bir şirket, bu kararı, kendi ulusal mahkemeleri önünde dava edemeyeceğine göre, muhtemel insan hakları ihlalleri bakımından gidebileceği tek yer olan Topluluk Adalet Divanı da, bu tasarrufu, insan haklarına uygunluk süzgecinden geçiremeyecekse, insan haklarının mutlak korunması ilkesinin etkisi nerede kalırdı?

Öte yandan, böyle bir boşluk doğmamış olsa bile, insan haklarının Üye Devletler eliyle korunuyor olmasını, Topluluk tarafından da korunmasının önünde bir engel saymanın mantıklı bir izahı da olmasa gerekti. Üye Devletlerin tamamı, gerek ulusal (anayasalar eliyle) gerek uluslararası (AİHS gibi sözleşmeler eliyle) planda insan hakları güvenceleriyle kendilerini bağlamış olsa da, bu düzeyin, her ülkede farklı olduğu açıktı. Örneğin yukarıda da bir vesileyle değindiğimiz gibi, o tarihlerde Almanya ve İtalya'daki kadar yoğun güvencelere, diğer Kurucu Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde rastlamak mümkün değildi. Üstelik, Adalet Divanı eliyle Topluluk insan hakları hukuku bağlamında sağlanan korumanın, çoğu kez bireylere ulusal anayasal güvencelerden daha ileri bir düzeyde olduğu da bir gerçekti.

Kıta'da İnsan Hakları Korumasının Zaten Avrupa Konseyi Eliyle Gerçekleştirildiği Fikrinin Değişmeye Başlaması

Yine bu noktada Toplulukların, kuruluş aşamasında insan hakları kavramından uzak durması gerektiğine yönelik değerlendirmelerin bir sebebi de, hatırlanacağı üzere, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası planda BM, Kıta ölçeğinde ise Avrupa Konseyi ile onun getirdiği etkin bir sistem olan AİHS mekanizmaları yoluyla korunduğu ve AB'de insan haklarına yer vermenin bu örgütler eliyle yürütülen korumanın etkinliğini azaltacağı teziydi. Burada, elbette ki, AB'nin günümüzde – özellikle Lizbon sonrası dönemde – ''ulus-ötesi bir insan hakları örgütüne dönüşüp dönüşmediği tartışmalarına girmemiz söz konusu değil; zira bu, çalışmamızın bütününde yansımaları olan ve sonlara doğru değerlendirilecek bir konu. Ancak Divan eliyle jürisprüdansiyel bir insan hakları hukukunun oluşturulması sürecinin arkaplanındaki dinamiklere bakan yönüyle şunu söyleyebiliriz: Topluluk bütünleşmesinde, insan haklarının merkezi bir rol işgal ettiği veya etmesi gerektiği söylenirken kastedilen, zaten henüz 2000'li yıllardan sonra tartışılmaya başlanan şekilde AB'yi Avrupa Konseyi tarzı bir insan hakları örgütüne dönüştürmek değil; hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk sisteminde bu sistemin normlarının insan haklarına uygun olması gerekliliği kaygısından doğan bir çabadır. Topluluğun ilk

yıllarında, ortada ne AİHS gibi Topluluğa özgü bir temel haklar kataloğu hazırlama ne de AİHS'nin denetim sistemine katılma gibi önerilerin olduğu bir ortamda, sadece Topluluk tasarruflarının insan haklarına uygun olmasının gerektiği ve bunun da Kurucu Antlaşmaların sessizliğinde Topluluğun yargı organı eliyle yapılması düşüncesini, herhalde Avrupa Konseyi'nin ve onun altında AİHS ile AİHM'nin yahut BM'nin etkinliğini azaltacak bir öneri olarak değerlendirmek, biraz haksızlık olurdu. Zira aksi durumun, her şeyden önce, Topluluk tasarruflarının yeni yüzyılda hiçbir eylem ve işlemin kaçamadığı insan hakları denetiminden kaçmasını savunmak olacağı, herhalde açıktır.

Avrupa'nın Felsefi ve Tarihi Kökenlerinin Getirdiği Bir Yükümlülük ve İnsan Haklarının Meşruluk İşlevi

Yine bu bağlamda, Topluluk entegrasyonunda insan haklarının merkezi rolüne ve bu bağlamda Adalet Divanı'nın jürisprüdansiyel bir insan hakları hukuku oluşturma serüveninin arkaplanında etkili olan dinamiklere, *meşruiyet* penceresinden bakmak da mümkündür. Avrupa Birliği'nin özellikle 1990'lardan sonra yaşadığı meşruluk krizine, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında insan hakları penceresinden bakacağız. Dolayısıyla burada ayrıntılı bir meşruiyet-insan hakları tartışması yapmayacağız. Ancak şu kadarını söyleyebiliriz ki, Adalet Divanı'nın insan haklarının Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemesine giden süreçte, insan haklarının özellikle II. Dünya Savaşı sonrası Dünya düzeninde temel bir meşruluk kaynağı olma işlevi ile insan haklarına dayanmayan bir otoritenin sürekli bir meşruiyet problemiyle karşı karşıya kalabilme tehlikesi de etkili olmuştur. Nitekim, ileride ilgili başlık altında da değinileceği üzere, ekonomik iyileşmenin getirdiği refah ortamında dillendirilmese de, bu gelişmenin doyuma ulaştığı yahut tam tersi yönden yetersiz kaldığı anlarda, ekonomik entegrasyona dayalı Topluluğun bir meşruluk kriziyle karşı karşıya kaldığını ve buna karşılık AB'nin özellikle içte AB vatandaşlığı ve dışta da insani yardımlar vs. araçlarla, insan haklarının korunup geliştirilmesinde aktif olmaya çalıştığını göreceğiz.

Tabii ki, Toplulukların ilk yıllarında böyle bir durumla karşılaşılmamış olsa da, Divan'ın insan hakları korumasını başlatmaması (yani *Stork* vd. süreçte yaptığı gibi insan hakları temelli denetim taleplerine – sebebi ne olursa olsun – sırt çevirmeye devam etmesi) halinde, ortaya koyduğu üstünlük doktrinini koruyamamak bir yana; uluslararası toplumun yeni meşruluk kaynağı olan hak ve özgürlük kavramına gözünü yuman bir Topluluğun çok daha erken yıllarda ve ekonomik entegrasyona da bağlı

olmayan sebeplerle meşruiyet problemleriyle karşılaşacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Her şeyin ötesinde Batı Avrupa'nın modern anlamda insan hakları kavramının Batı kökenli bir değer ve Kıta'nın ortak mirası olduğu şeklindeki kadim (ve tabii ki tartışmalı) iddiasını ve Savaş sonrası Avrupa'nın yeniden inşasında da oynadığı rolü düşündüğümüzde, bu mirasın bu Devletlerin kurduğu bir örgüt tarafından sahiplenilmemesinin, çok da haklılaştırılabilir bir durum olmayacağı da söylenmiştir.[181] Kurucu Antlaşmaların başlangıçtaki sessizliği karşısında, bu mirası, etkili ve yetkili olarak savunacak tek bir Topluluk aktörü kalıyordu: Adalet Divanı.

Adalet Divanı'nın Avrupa Kamu Hukukunun Güçlü Bir Aktörü Olarak Sahne Alma Çabaları

Adalet Divanı, daha önceden de değindiğimiz gibi, insan hakları korumasını başlatmada – çeşitli saiklerle – biraz çekingen davranmış ve bu tavrı da eleştirilmiştir. Ancak Divan, 1970'lere doğru, şu ana kadar yer verdiğimiz dinamiklerin de etkisiyle insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna sokarken, bu çekingenliğini atmış ve gerek bu hukukun kapsamı, gerek kaynakları noktasında oldukça aktif bir rol oynayarak, adeta AB İnsan Hakları Hukuku ''örgüsünü ilmek ilmek örmüştür''. İşte bu çabayı, bizce sadece Topluluk Hukukunun özerkliğini ve üstünlüğünü koruma kaygısıyla açıklamak, işin hakkını tam verememek olur. Adalet Divanı'nın bu konudaki rolü ve tavrına, aşağıda değineceğiz; ancak burada, Toplulukta insan haklarının korunmaya başlaması süreci bağlamında da, Divan'ın kendi kimliğini ve Antlaşmaların verdiği hukuksal meşruiyetin ötesinde siyasi ve toplumsal meşruiyetini sağlama ve sağlamlaştırma kaygısını da, jürisprüdansiyel insan hakları korumasının bir dinamiği olarak ortaya koymak gerektiği kanaatindeyiz. Bu, Divan'ın başlangıçtaki çekingen tavrının aksine, sonraki aktif tavrının sebebini sormamıza yol açmaktadır. Aslında bu sorunun cevabı, II. Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının ulusal ve uluslararası planda aldığı rolde saklıdır. Bu süreçte, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, liberal bir toplumun belki de en önemli temel siyasi hedefi haline gelmiştir. Nitekim bu bağlamda, insan haklarının korunması, Savaş sonrası düzenin yeni anayasalarının da temel bir dinamiği olmuş;

[181] Chalmers et. al., **op.cit**, p.233. Örneğin doktrinde Değer, BM bünyesindeki gelişmeler (1966'da İkiz Sözleşmelerin kabulü) ve 1968 olaylarının etkileri de düşünüldüğünde, Toplulukta insan hakları korumasının başlaması ve gelişiminin, kimlik inşa etme sürecinde Topluluğun bütünleştirici araçlarından biri olarak görülüp; bu hak ve özgürlükler rejiminin bir nevi lokomotif işlevi gördüğünü söylemektedir. Değer, **a.g.e.**, s.39, dipnot:109.

insan haklarının anayasallaştırılması, gerek ulusal anayasa hukukunun gerekse uluslararası ilişkilerin ve hukukun temel bir unsuru haline gelmiştir.

Buna paralel olarak liberal bir toplumda anayasa mahkemelerinin temel fonksiyonu da, birey hak ve özgürlüklerini siyasi iktidar karşısında korumak olmuştur. Hatta anayasa mahkemeleri için, bireysel hak ve özgürlükleri, siyasi iktidar karşısında korumak, en önemli işlev olarak bile görülebilir ve siyasi sistemde saygın bir kurum olarak pozisyon almalarının ve kamuoyu nazarında yüksek bir meşruiyete sahip olmalarının da temeli sayılabilir. Bu anlamda, bir anayasa mahkemesi için, kimliğini ve gücünü tesis etmede belki de en ikna edici yol, insan haklarının anayasal korunmasında gizli olup; bu ise, bunu yapma yetkisi ve iradesine sahip olmasına bağlıdır.[182] Bu durum, Adalet Divanı'nın, Topluluk Hukukunun üstünlük ve özerkliğinin korunması çabalarının ötesinde, insan haklarının korunması noktasında neden bu kadar istekli ve etkin olduğunu da göstermektedir. Esasında aynı şey, bu süreçte, ulusal anayasa mahkemeleri için de söz konusu olmuş olup; onların da neden Topluluk Hukukunun üstünlüğünü sorgulama ve Divan ile bir rekabet içine girmede bu kadar ileri gidebildiklerini açıklamaktadır.

Bitirirken: İhtiyaç ve Felsefi Arkaplana Dair Bir Ara-Değerlendirme ve Adalet Divanı'nın Samimi Olmadığı Argümanı Üzerine

Jürisprüdansiyel insan hakları korumasının arkaplanında etkili olan dinamikleri gördüğümüz bu bölümde, buraya kadar yer verdiğimiz dinamikler, Divan'ı böyle bir koruma yapmaya iten teorik, fakat daha çok pratik birtakım mülahazalar ve gelişmelerdi. Bunlardan bir kısmını da, ''Toplulukta insan haklarının korunmasına yönelik ihtiyaç ve felsefi arkaplan'' alt-başlığı altında topladık ve bunları, halihazırda incelemekteyiz. Bu son alt-başlıkta yaptığımız şey, aslında, *Topluluğun ilk yıllarından itibaren, insan haklarının merkezi bir konum işgal ettiği ve Toplulukların insan haklarıyla bir ilgisinin olamayacağı, bireysel özgürlükleri ihlal edemeyeceği, insan haklarının zaten ulusal anayasalar eliyle ve uluslararası birtakım sistemler aracılığıyla korunduğu ve Topluluğun bu işe kalkışmasının bunların etkililiğini azaltacağı* gibi – kimi bizzat Kurucu Antlaşmaların bu konuda sessiz kalmasının da sebebi olan – birtakım tezlerin, bir anlamda anti-tezlerini ortaya koymaktı.

[182] Schimmelfennig, **op.cit**, p.1251.

Günümüzde AB'nin ulusal-üstü bir insan hakları örgütüne dönüşüp dönüşmediği şeklindeki daha büyük bir tartışmayı, çalışmanın ilerleyen bölümlerine erteleyip; en azından Toplulukların kuruluş aşamasına ilişkin olarak, bu ilk zamanlarda dahi, insan haklarının merkezi bir role ve öneme sahip olduğunu ve bu yüzden de Topluluk hukuk düzeninin bir şekilde bireysel hak ve özgürlükleri koruması gerektiğini ortaya koymaya çalıştık. Buradaki temel argümanımız – kapsamı günden güne genişlemeye meyyal olarak – Toplulukların, daha ilk yıllarından itibaren bireysel hak ve özgürlükleri birinci dereceden etkileme potansiyeline sahip birer aygıt olarak hukuk sahnesine çıkmış olmasıydı. Ekonomik nitelikli bir aygıtın insan haklarıyla nasıl bir ilişkisi olabilir görüşü, bu anlamda oldukça naifti. Elbette ki, Toplulukların, örneğin bir devlet gibi vücut dokunulmazlığını, yaşam hakkını, ifade hürriyetini ihlal etmesi beklenmezdi; fakat Kurucu Antlaşmalar kapsamında yürütülen bu ekonomik faaliyetler, bireylerle ilgili değil miydi; örneğin temel serbestiler dediğimiz serbest dolaşıma dair hükümler getiren, rekabet hukuku alanında yaptırım uygulama yetkisi olan bir aygıtın insan haklarıyla ilgisi olamayacağını söylemek, ne kadar sağlıklı bir yaklaşımdı?

Tabii, Toplulukların anayasaları olan Kurucu Antlaşmaların bu konudaki sessizliği karşısında, bu gerekliliğin muhatabı, ister istemez bu oluşumun yargı organı olan Adalet Divanı idi ve nitekim, bu koruma da Divan eliyle başlatıldı.

Yine bu noktada, Toplulukta insan haklarının korunmasının, Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasındaki bir rekabet/diyalog sürecinin doğrudan sonucu olduğu söylenmektedir ki, biz de genel manada bu görüşü benimsemekteyiz. Nitekim jürisprüdansiyel insan hakları hukukunun oluşumunu da, bir dava süreci üzerinden (*iddia-cevap-replik-düplik*) anlatmamız, bu amaca matuftur. Ancak daha önceden de söylediğimiz gibi, Topluluklarda insan haklarının korunmaya başlamasını, salt bu rekabet/diyalog sürecine indirgemek de, eksik bir yaklaşım olacaktır. Yargı organları arasındaki (adına rekabet/işbirliği/diyalog her ne denirse densin) bu süreç, bir katalizör rolü oynamış; hatta bir anlamda Adalet Divanı'nın kimilerine göre ''maskesini düşürmesine'', kimilerine göre aklını başına almasına, kimilerine göre ise, aslında gerçek niyeti olan insan hakları korumasının başlatma noktasındaki çekingenliğini atmasına birinci dereceden etki etmişse de; Topluluk insan haklarının ortaya çıkışında, halihazırdaki alt-başlık altında yer verdiğimiz felsefi temellerin de etkisi inkar edilemez.

Bu noktada değinilmesi gerekli bir mesele de, bu süreçte Adalet Divanı'na yöneltilen – insan hakları korumasını başlatmada – samimi olmadığı eleştirisi ve bundan Toplulukta insan haklarının korunması gerekliliği noktasında çıkarılan menfi sonuçtur.

Divanı'ın, başta insan hakları temelli talepleri geri çevirmesi ve bir anlamda insan hakları korumasına gözünü yumması (yukarıda yer verdiğimiz *Stork* vd. süreç); oysa akabinde, *üstünlük ve özerkliğini koruma kaygılarıyla* insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna sokması karşısında, samimi olmadığı, yani asıl derdinin insan haklarını korumasına dayalı bir hukuk düzeni inşasına katkı sağlamaktan ziyade, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü ve o bağlamda kendi özerkliğini koruma kaygısıyla ''*kerhen*'' hareket ettiği ileri sürülmüştür. Divan'ın, ilk kararlarında, insan haklarına yönelik böyle bir olumsuz bir yaklaşımının olduğu bir vakıadır ki, insan hakları korumasında, sebebi ne olursa olsun, ihmale varan bu yaklaşıma yukarıda ayrıntısıyla yer verdik. Yine bu eleştirilerin haklılık derecesi konusunda da (ne tam bir masumiyet ne de tam bir itham şeklinde özetleyebileceğimiz) görüşlerimizi de, yukarıda ortaya koyduk. Hatta hemen yukarıda yer verdiğimiz Toplulukta insan haklarının korunması gerekliliğine yönelik pratik ve fiili mülahazalar da, bir anlamda Adalet Divanı'nın bu ilk yaklaşımının bir eleştirisi sayılabilir. Ancak tüm bunlar, az önce de değindiğimiz gibi, Divan'ın tam anlamıyla konuya dair bir samimiyetsizliğini ortaya koymayacağı gibi; velev ki öyle olsun (yani Divan, insan haklarını değil de kendi özerkliğini ve Topluluk Hukukunun üstünlüğünü korumak kaygısıyla hareket etmiş olsun), bu, herhalde, Topluluklarda insan hakları korumasının başlatılması gerekliliğini ortadan kaldıran ve reel planda da bunun Divan eliyle yapıldığı gerçeğini inkar ettirecek bir sebep olarak görülemezdi.[183]

Yukarıda, *teşbihte hata olmaz* düsturundan hareketle, AB Hukukunda insan haklarının ortaya çıkışını – ardında başka dinamiklerin de olduğu kaydını düşerek – bir dava sürecine benzetmiştik: Önce Topluluk yargı organının *üstünlük ve doğrudan etki iddiası* (*Van Gen & Loos ve Costa v. E.N.E.L. vd. süreç*) ve ona eşlik eden insan hakları temelli denetim taleplerinin kabul edilmemesi (*Stork vd. süreç*) (**''iddia''**); ardından ona bir cevap niteliğinde, ulusal mahkemelerin bu iddiaya direnen, bunları sorgulayan kararları (*Solange-I vd. süreci*) (**cevap/savunma**); ardından yine Topluluk yargı organının bu iddialara karşılık olarak insan haklarını Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olan hukukun genel ilkeleri içinde görmesi (*Stauder, Handelsgesellschaft ve*

[183] Doktrinde Gemalmaz, Adalet Divanı'nın (ve dolayısıyla AB'de insan hakları korumasının) ''geç kaldığı'' yönündeki görüşler bağlamında; Mahkeme'nin Üye Devletleri ürkütmme ve yerini sağlamlaştırma kaygısını; uluslararası boyutta insan haklarının tanınma ve geliştirilme birikiminin ancak 1960'ların sonuna doğru somutlaşmaya başladığını ve Topluluk yargısının da bu gelişmeden etkilenmesinin zaman almış olmasının gayet doğal olduğunu; keza Topluluğun yetkilerinin ve mekanizmalarının kişi hakları noktasındaki etkilerinin ancak Antlaşmalar ve diğer ikincil normlar uygulandıkça belli bir birikime bağlı olarak anlaşılabildiğini ve AİHS ile Topluluk Hukuku etkileşiminin de doğal olarak biraz zaman aldığını nazra vermektedir. Gemalmaz, **a.g.e.**, s.217, 218.

Nold süreci) (**cevaba cevap/replik**); ve son olarak da, Topluluk yargı organındaki bu yaklaşım değişimi üzerine, ulusal mahkemelerin de söz konusu doktrinlere ilişkin yaklaşımlarını değiştirmeleri ve bir anlamda direnişe son vermeleri (*Solange-II vd. süreci*) (**cevaba cevaba cevap/düplik**).

Kabaca böyle özetleyebileceğimiz jürisprüdansiyel korumada ilk perdeyi (''iddia'' ve ''savunma'') halihazırda değerlendirmesini yaptığımız kısımda inceledik. Zaten bu ilk perde, insan hakları korumasının ortaya çıkışının pratik ve teorik dinamiklerini ve felsefi arkaplanını ortaya koymaktaydı. Bu serüvende ikinci perde ise, Divan'ın insan hakları korumasını başlattığı ve geliştirdiği içtihatlar dizisini ve ona karşılık ulusal mahkemelerden gelen tepkileri içermektedir ki, onu da birazdan başlayacak olan üçüncü kısımda inceleyeceğiz. Ancak Toplulukta insan haklarının korunmaya başlaması, yani AB İnsan Hakları Hukukunun oluşumunu izahta, konuya ilişkin genel bir çerçeve çizmek adına böyle bir benzetme yapılabilirse de, gerek kronoloji gerek yargısal aktivizm noktasında, bu gelişmeyi, sadece mahkemeler arasındaki bir rekabete ve özellikle de Topluluk yargı organının özerklik ve üstünlüğünü koruma güdüsüne indirgemenin, eksik bir değerlendirme olacağı vurgusunu tekrardan yapmakta fayda vardır. Nitekim bu süreçte, başta kilit roldeki davalar olmak üzere yaşanan gelişmeler, kronolojik açıdan incelendiğinde, efradını cami ve ağyarını mani bir değerlendirmenin, ancak tüm faktörlerin hesaba katılmasıyla mümkün olacağını tekrardan hatırlatalım.

1.3. OYUNDA İKİNCİ PERDE: REKABETİN / İŞBİRLİĞİNİN MEYVESİ OLARAK İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE AB İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

1.3.1. Genel Olarak

Jürisprüdansiyel Korumada İkinci Perde ve Sürecin Bileşenleri

Yukarıdaki kısımda bıraktığımız yerden devam etmek gerekirse; Toplulukta, Adalet Divanı eliyle (jürisprüdansiyel) başlatılan insan hakları korumasında *ilk perde*; Topluluğun yargı organı ile ulusal mahkemeler arasında – üstünlük ve doğrudan etki-egemenlik-anayasal insan hakları üçgeninde cereyan eden bir – rekabet/işbirliği ve bu rekabete/işbirliğine diğer teorik ve pratik faktörlerin de eklenmesiyle ortaya çıkan insan haklarının korunması ihtiyacı (ve bu ihtiyacın gereğini yerine getirme vazifesinin Kurucu Antlaşmaların sessizliği karşısında Topluluk yargı organına düşmesi) idi. Divan, bu süreçte, belki *üstünlük* ve *doğrudan etki* doktrinlerinden taviz vermedi; fakat (biraz da bu doktrinleri hayatta tutmak ve ''isyan''ı savuşturmak adına) insan haklarının Topluluk Hukukunda korunması noktasındaki olumsuz tavrından geri adım attı.

Bu sürecin, 1969 tarihli *Stauder kararı* ile başlayıp,[184] uluslararası hukukun da bir esin kaynağı olarak zikredildiği 1974 tarihli *Nold kararına* kadar devam eden davalar

[184] Doktrinde bazı yazarlara göre; Adalet Divanı eliyle Topluluklarda insan hakları korumasının başlangıcı, Kurucu Antlaşmalar ve bazı ikincil mevzuat hükümlerinde de yer alan ancak büyük kısmı hukukun genel ilkeleri kapsamında ilk yıllardan itibaren Divan tarafından kabul edilip uygulanan birtakım idare hukuku ilkelerine kadar götürülebilir. Örneğin, Divan'ın henüz daha AET ve Euratom bile kurulmadan AKÇT temelinde ''*orantılılık*'' ilkesini benimsediği 1955 tarihli *Fedechar kararı* (C-8/55); Topluluk (idari) işlemlerinin geri alınmasına ilişkin 1957 tarihli *Algera kararı* (C-7/56 and 3-7/57); *hukuki kesinlik (legal certainty)* ilkesinin benimsendiği 1962 tarihli *Robert Bosch kararı* (C-13/61) ve *eşitlik ilkesine* dair 1958 ve 1961 tarihleri arasında verdiği *Groupment* des *hauts fourneaux et aciéries belges v. High Authority* (C-8-57*)* ve *Meroni* v. Haute autorité (C-21-26/61) kararları, bu bağlamda örnek olarak verilmektedir. Nielsen, **op.cit**, p.221. Yine 1960 tarihli *Acciaiaria e tubifico di Brescia v. High Authority* (C-31/59) kararı da, *konut dokunulmazlığına* dair ileride verilecek (ve bizim de ilgili yerde ele alacağımız) *National Panasonic*, *Hoechst* gibi kararların temeli sayılabilir. **Ibid.** Hatta *Algera kararında*, Divan, *Topluluk işlemlerinin geri alınması* meselesine ilişkin olarak, geri alma işleminin – her ne kadar AKÇT Antlaşması'nda düzenlenmese de – Topluluğa üye bütün Devletlerin yargı kararları ve doktrinlerinde yer alan bir kavram olduğunu ve kendisinin, eğer adaleti tesis etmekten kaçınması söz konusu değilse, söz konusu problemi, Üye Devletlerin yasal düzenlemeleri ve yargı kararları ile doktrindeki görüşler ışığında çözmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. **Ibid.** Bu yorumu, insan haklarının hukukun genel ilkeleri kapsamında korunması bağlamında bu hak ve ilkelerin hangi kaynaklardan elde edilebileceği konusunda Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerine atıf

zincirini kapsadığını söyleyebiliriz. Bu süreci özetleyecek olursak; Divan, ilk olarak 1969 tarihli *Stauder* kararında, *''Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden çıkarılan temel hak ve özgürlüklerin, birer genel hukuk ilkesi olarak, Topluluk Hukukunun (asli) kaynaklarından biri olduğunu''* söyleyerek bu süreci başlatmış oldu. Ardından ise, adeta ilmek ilmek, bu korumanın geliştirilmesi süreci başladı. Bu geliştirme sürecinde de, önce, Divan tarafından, herhangi bir yerde yazılı olmayan genel hukuk ilkesi şeklindeki bu hak ve özgürlüklerin bulunup ortaya çıkarılmasında, Üye Devletlerin anayasaları/anayasal gelenekleri[185] yanında, taraf oldukları birtakım uluslararası sözleşmelerin de bir esin kaynağı olarak referans alınması; bu noktada özellikle AİHS'ye özel önem atfedilmesi ve böylece uluslararası insan hakları standartlarının Topluluk Hukukuna aktarılması söz konusu oldu. *Kaynak yönünden* yapılan bu geliştirmenin ardından, yine Divan tarafından, insan hakları çerçevesinde gerçekleştirilen bu yargısal denetimin, Topluluk tasarruflarının yanında (Topluluk Hukuku kapsamındaki) Üye Devlet tasarruflarını da kapsar şekilde genişletilmesi, korumanın başka bir yönden (*kapsam*) daha geliştirilmesi demekti.

İkinci perde olarak adlandırdığımız bu süreçteki bu iki gelişme (*korumanın başlatılması* ve *geliştirilmesi*) ise, Topluluk İnsan Hakları Hukuku adına iki zincirleme gelişmeyi/sonucu netice verdi: Bu süreçteki içtihadi birikimin sonunda ortaya *jürispridansiyel-yazısız bir temel haklar kataloğunun çıkması* ve bunun da ilk perdedeki

---

yapan (*Handelsgesellschaft*) kararının temeli olarak görmek mümkündür. Yine Divan'ın, *''personel disiplin işlemi süreçleri, usul hukukunun temel ilkelerine uygun olmak zorundadır''* dediği, *Stauder*'den önceki tarihli *Van Eick v. Commission* kararını (C-35/67) da, burada zikretmek gerekir. **Ibid.** Bu bağlamda, *Stauder'*den önceki bütün bu kararları, *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* oluşumunun ilk aşaması olarak gören yazarlar mevcuttur. **Ibid.** Hatta Nielsen'e göre; insan hakları koruması *Stauder* kararıyla başlatılsa bile, en azından bu karar, 1957 *Algera kararındaki ''adaletin tesis etmekten kaçınamama''* ilkesinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir. **Ibid.** p.223. Ancak doktrinde genel kabul gören görüş, bu kararlarda birer genel hukuk ilkesi olarak benimsenen ilkeleri, klasik anlamda ve özellikle de ulusal anayasalarda düzenlendiği şekliyle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmaktan ziyade, yukarıda hukukun genel ilkeleri bahsini anlatırken de zaman zaman belirttiğimiz gibi, Topluluk idare hukukunun oluşturulması sürecinde, bu hukukun temel prensipleri olarak görmenin isabetli olduğu yönünde olup; spesifik olarak *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* oluşumu süreci – Divan'ın açıkça insan haklarının Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu ilk defa söylediği – *Stauder kararıyla* başlatılmaktadır. Tabii ki, bunda, bizzat Divan'ın, ilk defa bu kararda, insan hakları anlamında ''temel haklar'' (*fundamental rights*) kavramını dillendirmesinin de etkisi vardır. Ondan önceki kararlarında, Divan, insan hakkı boyutu olan ilkelere atıf yapmış olsa da, bunları *''temel hak ve özgürlük''* mefhumu altında kullanmamıştır. Nitekim biz de, adaletin gerçekleştirilmesi, ulusal hukuklardan ilham alma gibi ilkelerin *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* temelleri noktasındaki katkı ve etkilerini kabul etmekle birlikte, bu kararların getirdiği ilkelerin klasik anlamda hak ve özgürlük güvenceleri olmaktan ziyade, idare hukukuna dair birtakım ilkeler olduğunu düşünmekte ve bu itibarla da Toplulukta insan hakları korumasının başlangıcını, *Stauder* kararına dayandırmaktayız.

[185] *''… constitutional traditions common to the Member States ...''*

ulusal mahkemelerden gelen direnişi (sona erdirmese de) hafifleterek bir anlamda aradaki *rekabeti ''tatlıya bağlaması''*. İşte (oyunda 2. perde olarak adlandırdığımız) bu ikinci bölümde yapılacak olan, bu ikinci perdenin değindiğimiz bu bileşenlerini incelemek olacaktır.

Hukukun Genel İlkeleri Üzerinde Temellendirme

Başlarken söylenmesi gereken bir şey de, Kurucu Antlaşmalar'ın (insan hakları, insan hakları denetimi, insan haklarının ölçü norm olması gibi konulardaki) sessizliği karşısında, Divan'ın, Topluluk işlemlerinin denetiminde bu yeni ölçü norma başvurabilmeyi, daha önceden (Topluluğun ilk yıllarından itibaren) yine içtihadi olarak Topluluk Hukukuna soktuğu ''**hukukun genel ilkeleri**'' (*general principles of law*) üzerinden temellendirmiş olmasıdır. Divan, Topluluğun ilk yıllarından itibaren, Topluluk Hukukunun Antlaşmalar, diğer ikincil mevzuat ve Topluluğun taraf olduğu anlaşmalar şeklinde özetlenebilecek kaynakları arasına, bir de yazılı olmayan bir kaynak eklemişti: *hukukun genel ilkeleri*. Hukukun genel ilkelerine, AB Hukukunun bir kaynağı ve AB İnsan Hakları Hukukunun da bir hukuki dayanağı olarak ileride değineceğiz. Ancak burada kısaca ifade etmek gerekirse, Divan, Antlaşmalardaki birtakım hükümlerden de hareketle, Topluluk tasarruflarının herhangi bir yerde yazılı olmayan birtakım evrensel/genel hukuk ilkelerine de uygun olmak zorunda olduğunu, Toplulukların ilk yıllarından itibaren söylemekteydi. Bu bağlamda Divan, *orantılılık, hukuki kesinlik, meşru beklentiler, kazanılmış haklar, doğal adalet* gibi bir takım prensipleri, genel hukuk ilkesi olarak Topluluk tasarruflarının denetiminde, bir ölçü norm olarak kullanmaktaydı. İşte insan haklarını da bu anlamda Topluluk tasarruflarının bir ölçü normu olarak Topluluk Hukukuna sokarken, yine buna başvurdu; bu müesseseyi, yine hukukun genel ilkeleri çatısı altında kurdu. Böylece insan hakları, içtihadi yolla tedrici olarak çıkartılacak bir genel hukuk ilkesi olarak, Topluluk tasarruflarının denetiminde birer ölçü norm olarak uygulanmaya başladı.[186] Bu gelişmenin adı ise, düpedüz Toplulukta insan haklarının

[186] Bu anlamda, bu ilkelerin genel *AB Hukuku* içinde – özellikle de Örgüt'ün ilk yıllarında – ne anlama geldiğinin bilinmesi, *AB İnsan Hakları Hukuku* bağlamında önemlidir. Zira dediğimiz gibi, insan hakları, bu kavramın himayesinde *Topluluk Hukukuna* adımını atmıştır. Ancak halihazırdaki bölümü, *Topluluk Hukukunun* tarihsel gelişim seyrine ayırdığımız ve bu süreci de belli gelişmeler zinciri olarak kurguladığımız için, bu akışın bozulmaması adına, hukukun genel ilkelerini burada değil, ileride *AB İnsan Hakları Hukukunun mevcut halini* (*status quo*) incelediğimiz *3. Bölümde* bu *kukukun kaynakları* başlığı altında ele alacağız.

korunmaya başlaması ve bir *Topluluk/Birlik İnsan Hakları Hukukunun* ortaya çıkması demekti.

1.3.2. İlk Davalar ve Topluluk Tasarruflarının Denetlenmesinde Hukukun Genel İlkeleri Olarak İnsan Haklarının Kullanılmaya Başlanması

1969 Stauder Kararı: İnsan Haklarının Topluluk Hukukunun Ayrılmaz Bir Parçası Olarak Sisteme Girişi

Adalet Divanı'na insan hakları temelli denetim taleplerine ''sırt çevirdiği'' eski içtihadından (*Stork* vd. süreç) vazgeçme ve böylece yargıç yapımı bir insan hakları hukuku oluşturma fırsatı, belli Topluluk işlemlerinin Alman Anayasası'nda güvence altına alınan bazı temel haklara aykırı olduğu savıyla Alman mahkemeleri önünde açılan iki davanın, 1960'ların sonlarına doğru, bu mahkemeler tarafından ön-*karar prosedürü* çerçevesinde Divan önüne getirilmesiyle söz konusu oldu.[187]Davaya konu olaylarda, Komisyon, Topluluktaki aşırı tereyağı stokunun eritilmesi için Üye Devletlere, ihtiyaç halindeki kişilere ucuz tereyağı satma izni veren bir düzenleme kabul etmiştir. Söz konusu Komisyon işleminin *''Almanca''* versiyonuna göre, bu uygulamanın suiistimal edilmemesi için, ucuz tereyağı alacak kişinin satıcıya adını gösteren bir kimlik ibraz etmesi gerekmektedir. Erich Stauder adlı Alman vatandaşı, bunun Alman Anayasası'nda güvence altına alınan *insan onuruna* (m.1) ve *kanun önünde eşitlik ilkesine* (m.3) aykırı bir düzenleme olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne *anayasa şikayetinde* bulunmuş ve aynı zamanda, bu zorunluluğun kaldırılması için de, Stuttgart İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Meselenin çözümü, ilgili Komisyon işleminin uygulanması bağlamında olduğundan, ulusal mahkeme, davayı, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Adalet Divanı'na taşımıştır.

Bu kararda,[188] Divan, öncelikle söz konusu problemin ilgili Topluluk düzenlemesinin Almanca versiyonundaki farklı ifadeden kaynaklandığını; yoksa düzenlemenin diğer dillerdeki versiyonlarına bakıldığında, söz konusu imkandan faydalanmak için mutlaka kimliğin açık edilmesinin – yasaklanmamakla birlikte – mecbur kılınmadığını ve tek şart olarak, yağ almak için satıcıya sunulması gerekli kuponun, ilgili

[187] Lindfelt, **op.cit**, p.66.
[188] C-29/69, *Erich Stauder v. City of Ulm – Sozialamt*, 12.11.1969, ECR 1969/419.

kişiyle bir şekilde ''ilişkilendirilmesi'' gerekliliğinin bulunduğunu tespit etmiştir. Divan'a göre, böyle bir durumda, Topluluk Hukukunun ve özelde ilgili Komisyon kararının yeknesak uygulanma ve yorumunun sağlanması için yapılması gereken, tek bir dildeki versiyonunun değil; kararın gerçek amaç ve hedeflerinin ortaya çıkarılması için, bütün dillerdeki (o zaman için dört) versiyonlarına bakılarak bunlardan en liberal versiyonun referans alınmasıdır. Divan'a göre, söz konusu hüküm, bu şekilde yorumlandığında, ''*Topluluk Hukukunun genel ilkeleri içinde yer alan ve Divan tarafından da korunan temel insan haklarına halel getirecek bir unsur içermemektedir*.'' Bu ifadeyle Divan, insan haklarının, yıllardır Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul ettiği hukukun genel ilkeleri içinde yer almak suretiyle korunduğunu belirtmiş ve (Komisyon'un da derhal Almanca versiyondaki söz konusu ifadeyi düzeltmesiyle) ilgili Topluluk tasarrufunu insan haklarına uygun bir şekilde yorumlayarak iptal yoluna gitmemiştir.[189]

Burada konumuz olan *insan hakları-Topluluk Hukuku ilişkisi* açısından önemli olan, Divan'ın ilk defa, bu hakların, Topluluk Hukukunda hukukun genel ilkeleri kapsamında yer almak suretiyle korunduğunu izhar etmiş olmasıdır.[190] Divan, olayda, ilgili Topluluk tasarrufunu, yeni ortaya attığı bir değer olan insan haklarına uygun yorumlamış ve bu sayede de bir aykırılık tespit etmemiştir. Bundan çıkan doğrudan sonuç, bir Topluluk kuralının, mümkün olduğu ölçüde insan haklarına uygun yorumlanması; yani biri, insan haklarını ihlal edecek diğeri etmeyecek şekilde iki türlü yorum mümkünse, mümkün mertebe, insan haklarına uygun olan yorum ve uygulama tarzının seçilmesi zaruretidir. [191]

Divan, bundan fazlasını söylememiştir; ancak doktrinde, bu tespitin, zımnen, insan haklarının bir yorum aracı olmak yanında bir ölçü norm olarak da dikkate alınacağı anlamına geldiği belirtilmiştir. Olayda insan haklarına uygun yorum yapma imkanı yoksa, yani ilgili Topluluk kuralı, tevil edilemez biçimde insan haklarına aykırıysa, o takdirde, insan hakları, o normun hukuka aykırılığının tespit edilmesinde bir ölçü norm (yani kural koyma/yasama yetkisinin bir sınırı) olarak işlev görecektir.[192] Buna karşılık bazı yazarlar

---

[189] Lindfelt, **op.cit**, p.66.

[190] Divan'a göre; temel haklar, Topluluk tasarruflarının sadece geçerliliğinin değil; kapsam ve anlamının belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır. Bkz.: Bermann et. al., **op.cit,** p.206. Ayrıca bu yöndeki kararlar için bkz.: **Ibid.**

[191] Chalmers et. al., **op.cit**, p.234.

[192] Örneğin doktrinde Pescatore'ye göre; Divan, son tahlilde bir insan hakkı ihlali bulmasa da, karar, gerçekten bir insan hakkı ihlaliyle karşılaşması halinde Divan'ın söz konusu tasarrufu iptal etmeye hazır olduğu yönünde ipuçlarını barındırmaktadır. Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.351. Aslında, bizce bu, tartışılması bile gereksiz olan bir meseledir. Divan, somut olayda, meseleye yorum noktasından bakmış ve

ise, *Stauder*'e rağmen, insan haklarının, halen *Topluluk Hukukunda* ikincil bir yer işgal ettiğini; hem Topluluğun tüm faaliyetlerinde yönlendirici bir ilke hem de bu işlemlerin yargısal denetiminde bir ölçü norm haline henüz gelmediğini söylemişlerdir. [193]

Ancak hakikat olan bir şey var ki, Adalet Divanı, ilk defa Topluluk Hukukunda insan haklarının da – hukukun genel ilkeleri içinde – korunduğunu ifade etmiş ve böylece *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* oluşumu sürecini başlatmıştır.[194] Fakat bitirmeden

---

insan haklarını Topluluk işlemlerinin denetiminde bir ölçü norm olarak açıkça belirtmemiş olabilir. Ancak açıkça yaptığı birşey vardır; o da, bunların, hukukun genel ilkeleri kapsamında olduğunu söylemek. Bu ilkeler de, uzun yıllardır, Topluluk işlemlerinin denetiminde bir ölçü norm olarak uygulandığına göre, insan haklarının da, bu işlevi haiz olacağında şüphe olmasa gerektir.

Buna karşılık, kararın, doktrinde, Topluluk insan hakları hukuku adına maksadını aşan iyimserlikte yorumlara yol açtığını da görmekteyiz. Örneğin yine Pescatore'ye göre; kararın bize gösterdiği bir başka şey de, Kurucu Antlaşmalar ile getirilen hukuki denetim sisteminin muntazam bir niteliğe sahip olduğu ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir problemle karşılaşıldığında, Topluluğun, kendi sınırları dışına çıkmaya gerek olmaksızın bu problemleri çözmeye muktedir olduğudur. Yazara göre; bu bağlamda, Avrupa Konseyi ve BM gibi örgütlerin insan hakları konusundaki metinleri referans alınabilirse de, bunların bağımsız ve bağlayıcı normlar olarak Topluluk hukuk sistemine aktrmaya gerek yoktur; çünkü bu sistem, zaten muntazam bir insan hakları korumasının inşası için gerekli tüm kaynakları barındırmaktadır. **Ibid.** p.350. Ancak gerek doktrinin gerek ulusal mahkemelerin, *Stauder'*den sonraki (ve insan hakları adına gerek kapsam gerek kaynaklar yönünden korumayı genişleten ve geliştiren) kararlardan sonra dahi, çekincelerinin tam olarak kalkmadığını ve Divan eliyle insan hakları korumasındaki handikapların (bireylerin dava açma ehliyetleri gibi) ilerleyen yıllarda da devam ettiği düşünüldüğünde, kendisi de bir dönem Adalet Divanı yargıcı olan Pescatore'nin, henüz daha ilk kararda, böylesine bir yorumda bulunması, bizce o aşamada oldukça iyimser bir değerlendirme olmuştur. Hatta Weiler'ın şu tespiti ilginçtir: Ona göre; *Stauder kararında*, Divan'ın görünen, yüzeydeki dili, ''insan hakları'' gibi gözükse de, derinlerde ''üstünlük'' yatmaktadır. Weiler, **Eurocracy and Distrust**, p.1119.

[193] Chalmers et. al., **op.cit,** p.234. Divan, birkaç yıl sonra vereceği *Handelsgesellschaft kararında* ise, bu tartışmaya son verecek ve bir yönüyle bir temel hak olarak nitelendirdiği *orantılılık* ilkesinin tüm Topluluk işlemlerinde uyulması gereken bir genel hukuk ilkesi olduğunu söyleyecektir. Bermann et. al., **op.cit**, p.206.

[194] Doktrinde Craig ve De Búrca'ya göre; Divan'ın bu kararında, karardan önceki birkaç yılda Topluluğun siyasi ve bürokratik çevrelerinde başlayan tartışmalar etkili olmuştur. Özellikle Parlamento ve Komisyon çevrelerinde, *Costa v. E.N.E.L.* kararının ardından başlayan üstünlük tartışmaları ve bu bağlamda ulusal anayasalardaki temel hak ve özgürlük güvencelerinin korumasız kaldığı şeklindeki kaygılar, yazarlara göre, *Stauder kararının* altyapısını oluşturmuştur (bu konuda bkz.: Avrupa Parlamentosu üyelerinden Belçikalı Fernand Dehousse'nin **AT Hukukunun Üye Devletlerin Ulusal Hukukları Üzerindeki Üstünlüğü** başlıklı raporu / **Report on the Supremacy of EC Law over National Law of the Member States**, Eur Parl Doc 43, 1965-1966, O.J. 1965/2923, 14). Yazarlara göre; özellikle Komisyon Başkanı'nın, hukukun genel ilkeleri kapsamında ulusal anayasalardan bağımsız bir kaynak olarak, ancak Üye Devletlerin ortak hukuk nosyonlarını da dikkate alan bir tarzda, temel insan haklarının anlaşılmasına yönelik bir tartışmayı başlatması, *Stauder kararının* arefesinde Adalet Divanı'na güzel bir malzeme olmuştur. Craig, De Búrca, **op.cit**, pp.364-365. Nielsen'e göre ise, Divan'ın, *Stauder kararıyla* başlattığı süreç, bir anlamda 1957 tarihli *Algera* ve 1964 tarihli *Costa v. E.N.E.L.* kararlarının zorunlu bir sonucudur. Yazara göre; *Stauder*, önce *Algera*'da, adaleti tesis etmekten kaçınamayacağını ve gerekirse Topluluk Hukukundaki boşlukları ulusal hukuklardan ilham almak suretiyle dolduracağını söyleyen ve ardından da, *Costa v. E.N.E.L.*'de, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü ortaya atan Divan'ın, temel hak ve özgürlükler bakımından o tarihte bir boşluk içerdiği açık olan Topluluk Hukukundaki bu boşluğu, insan haklarının Topluluk Hukukunun

ilave edelim ki, bu ilk kararda Divan, bu hakların içeriğine (nelerden ibaret olduğuna) veya kaynağına (nerelerden edinilebileceğine) dair pek de bir şey söylememiştir;[195] bunu, ertesi yıl verdiği *Handelsgesellschaft* kararında yapacaktır.

Handelsgesellschaft Kararı, 1970: İnsan Hakları Korumasında Daha Kesin Yaklaşım ve Kaynak Olarak Ortak Anayasal Geleneklere Atıf

Stauder'den bir yıl sonra verdiği *Handelsgesellschaft kararında*[196] ise, Divan, insan hakları konusundaki ''yeni'' yaklaşımını daha net ifadelerle ortaya koymuştur. Belli tarım ürünlerinin ihracatı için lisans verilmesini önceden bir depozito ödenmesine bağlayan ve belirli bir süre içinde ihracat yapılmadığı takdirde de bu depozito bedelinin geri talep edilemeyeceğini düzenleyen iki Topluluk tüzüğünün Alman Anayasası'nda düzenlenen *bireyin kişiliğini serbestçe geliştirme* (m.2/1) ve *mülkiyet hakkı* (m.14) bağlamındaki *teşebbüs, tasarruf özgürlüğü* ve *orantılılık* gibi temel hak ve ilkelere aykırı düştüğü gerekçesiyle uygulanmaması için Frankfurt İdare Mahkemesi'nde açılan dava, bu Mahkeme tarafından *ön-karar* prosedürü uyarınca Adalet Divanı önüne getirilmiştir.

Divan, uyuşmazlığın esasına ilişkin kararını vermeden önce, insan haklarının Topluluk Hukukundaki yerine dair önemli tespitlerde bulunmuştur. Divan, önce, (yukarıda *üstünlük* bahsinde de değindiğimiz gibi) Topluluk Hukukunun üstünlüğü noktasında, *Costa v. E.N.E.L.*'deki çizgisini (bir Topluluk tasarrufunun geçerliliğinin, bir Devletin anayasasında güvence altına alınmış temel haklar ya da anayasal yapısal ilkelerine aykırı olduğu gibi iddialardan etkilenmeyeceği) yinelemiş; ancak bu sefer, Topluluk Hukukunda buna benzer bir güvencenin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerektiğini de söylemiştir (paras.3-4.). Divan, ''*insan haklarına saygı*''nın, kendisi tarafından korunan hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiğini belirtmek suretiyle

---

ayrılmaz bir parçası olduğunu söyleyerek doldurması olarak yorumlanabilir. Nielsen, **op.cit**, p.223. Benzer bir yoruma Pescatore'de de rastlamaktayız. Yazar, hatırlanacağı üzere, *Stauder kararından* önce, Divan'ın hukukun genel ilkelerine ilişkin bir süredir benimsediği içtihadını, temel hak ve özgürlükleri de kapsayacak şekilde genişletilebileceğini söylüyordu (bkz.: supra s.47). İşte yazara göre; Divan'ın *Stauder*'de yaptığı da basitçe bundan ibaretti. Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.350. Keza doktrinde Değer'in belirttiği gibi, davanın Hukuk Sözcüsü Roemer'in görüşünde yaptığı, ''*insan haklarının Topluluk Hukukunun yazılı olmayan temel bir bileşeni (an unwritten constituent part of Community Law)*'' nitelemesi de (p.428), bu çerçeveden bakıldığında, insan haklarının zaten Topluluk Hukukunda mündemiç bir kavram olduğunu ima etmesi yönünden önemlidir. Değer, **a.g.e.**, s.42.

[195] Jean-Marie Henckaerts, ''The Protection of Human Rights in the European Union: Overview and Bibliography'', **International Journal of Legal Information**, Vol:22, Issue:3, Winter 1994, p.231; Lindfelt, **op.cit**, p.67.

[196] C-11/70.

(para.4), Topluluk Hukukunda insan haklarının korunduğunu daha net ifadelerle ortaya koymuş; üstelik bu sefer, *Stauder*'den fazla olarak, söz konusu korumanın (yani korunacak hak ve özgürlüklerin çerçevesinin), *Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlendiğini* de belirtmiştir (para.4).

Böylece Divan, zaman ilerledikçe daha da geliştireceği bir şekilde, *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* esin/referans kaynaklarını sıralamaya başlamış ve bu anlamda da ilk olarak, ***Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerini*** zikretmiştir. Bu, yukarıda da vurguladığımız gibi, Divan'ın *Stauder'*de yapmadığı bir şey olup; ilk defa, bu hakların nereden çıkartılıp Topluluk Hukukuna aktarılacağı konusunda bir tercihi içermektedir.[197] Toplulukta insan hakları korumasının ortaya konmasında mukayeseli bir bakış açısının da işareti olan[198] bu duruma, ileride ayrıntılı olarak değinilecektir. Ancak bu noktada, Divan'ın, söz konusu hakların yorumlanmasında ve çerçevesinin çizilip kapsamının belirlenmesinde ortaya koyduğu sınıra da değinmek gerekir. Buna göre; söz konusu hakların korunması, Topluluğun yapısı ve amaçları çerçevesinde güvence altına alınmış olup; davaya konu Topluluk işleminin Topluluk Hukuk düzeni tarafından korunan bir temel hakkı ihlal edip etmediğinin tespit edilmesinde, ilgili ulusal mahkemenin başvurusunda izhar ettiği kaygılar da dikkate alınmalıdır (para.4).

Görüldüğü gibi Divan, bu tespitleriyle aslında şunu söylemektedir: İnsan hakları, Topluluk Hukukunda korunmaktadır; ancak Üye Devlet Anayasaları koruyor diye değil, Topluluk Hukuku, insan haklarını – hukukun genel ilkelerinden olarak – güvence altına aldığı için korunmaktadır. Dolayısıyla, bir kere, korumada ''anayasal'' dayanak, (ulusal hukuklar değil) yine Topluluk Hukukudur ve bir Topluluk kuralının insan haklarına aykırılığı, yine Topluluk Hukuku ışığında incelenecektir.[199] Bu söylemin, üstünlük iddiasının bir yansıması olduğunu söylemeye herhalde gerek yoktur. İkinci olarak ise, bu güvencenin kapsamının belirlenmesinde, elbette ki, ulusal anayasal ilkeler (ve onların koruyucusu olan ulusal mahkemelerin bu noktadaki kaygı ve tespitleri) dikkate alınacaktır; ancak yine de asıl belirleyici çerçeve, ''*Topluluğun yapısı ve amaçları*''dır.[200]

---

[197] **Ibid.**

[198] Değer, **a.g.e.** s.43.

[199] Jean M. Sera, ''The Case for Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights'', **Boston University International Law Journal**, Vol:14, Issue:1, Spring 1996, p.160.

[200] Divan, insan haklarının Topluluk Hukukundaki yeri noktasında bu tespitleri yaptıktan sonra, somut uyuşmazlığa dönerek söz konusu Topluluk tüzüklerinin, iddia edildiği gibi, temel hak ve özgürlüklere aykırı olup olmadığını incelemiştir. Divan, değerlendirmesi neticesinde, söz konusu depozito sisteminin tarım piyasasının ortak organizasyonunun yürütülmesi için gerekli olduğu, bu amaçla oranlandığında, iddia edildiği gibi teşebbüs ve ticaret yapma hürriyeti üzerinde orantısız

Divan, *Handelsgesellschaft* kararından birkaç yıl sonra verdiği *Nold* kararında[201] ise, genel hukuk ilkeleri olarak bu hakların bulunup çıkartılacağı referans kaynaklara bir yenisini daha eklemiştir: **temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası metinler**. Dava, Alman ulusal kömür üreticisi *Ruhrkohle'*nin (kömürün üretim ve dağıtımında verimliliğin artırılması için) sadece iki yıllık ve büyük miktarlarda kömür alım sözleşmesi yapan firmalara kömür satabilmesine izin veren Komisyon kararına karşı, nispeten küçük ölçekli bir kömür toptancısı olan *Nold*'un, bu kararın, Alman Anayasası'nda düzenlenen mülkiyet hakkı ile ticaret yapma özgürlüğü bağlamındaki bitakım haklara aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi için Adalet Divanı önüne getirilen bir uyuşmazlığa ilişkindir.[202]

Divan, değerlendirmesinde, temel hakların (Topluluk Hukukunun bir kaynağı olan) hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olduğunu yineledikten sonra; kendisinin bu hakların korunmasında Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden esinlenmekle yükümlü olduğunu ve dolayısıyla da Üye Devletlerin Anayasaları tarafından tanınan ve korunan temel haklarla uyumlu olmayan Topluluk tasarruflarının onaylanamayacağını belirterek (para.13), bir anlamda *Stauder* ve *Handelsgesellschft*'ta söylediği şeyleri – daha kararlı ve net ifadelerle – bir kez daha vurgulamıştır. Divan'ın Topluluk insan hakları korumasına dair söylediği yeni şey ise, bundan sonradır. Divan, devamında, ''*benzer şekilde Üye Devletlerin taraf olduğu veya üzerinde işbirliği yaptıkları insan haklarının korunmasına dair uluslararası sözleşmelerin de, bu anlamda yeni hakların çıkarılmasında kendisine (yine tabii ki Topluluk Hukuku çerçevesinde izlenmesi gereken) bir rehber olabileceğini''* söylemiştir (para.13). Böylece Divan, genel hukuk ilkeleri olarak insan haklarının bulunup ortaya çıkarılacağı referanslar noktasında, salt ortak anayasal geleneklere atıf yapmakla kalmamış; ilk defa olarak, konuyla ilgili

---

bir kısıtlama getirmediği ve dolayısıyla ortada bir hak ve özgürlük ihlalinin bulunmadığı kararına varmıştır. Ön-karar prosedürünün niteliği gereği, asıl davaya ilişkin kararı vermesi için karar önüne gelen Frankfurt İdare Mahkemesi ise, Divan'ın söz konusu yorumundan tatmin olmamış ve davayı, somut norm denetimi usulüne başvurarak Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Gerek bu Mahkeme'nin Divan'ın kararına ''direnirken'' izhar ettiği kaygılar, gerek *Bundesverfassungsgericht*'in üstünlük doktrini ile Toplulukta insan hakları korumasının durumu hakkındaki değerlendirmelerine yukarıda ''*Solange-I*" sürecini anlatırken yer vermiştik. Ayrıca bkz.: Craig, De Búrca, **op.cit**, p.365.

[201] C-4/73, *Nold KG v Commission*, 14.5.1974, ECR 1974/491.

[202] Bu dava, *Stauder* ve *Handelsgesellschaft*'ın aksine, ön-karar prosedürü değil, doğrudan iptal davası açılması suretiyle Divan önüne getirilmiştir.

uluslararası sözleşmeleri[203] de, Topluluk İnsan Hakları Hukukunun bir kaynağı olarak zikretmiştir.[204]

Bu üç karar ile, *AB İnsan Hakları Hukukunun* ortaya çıkış süreci tamamlanmış oluyordu. Divan, önce, insan haklarının hukukun genel ilkeleri çatısı altında Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu ve Topluluk tasarruflarının yorumlanmasında hak ve özgürlükler lehine olan yorumun tercih edileceğini; hemen ardından da, bu sefer daha net biçimde, bu ''yeni'' genel hukuk ilkelerinin tüm Topluluk işlemlerinin denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılacağını belirtmek suretiyle, Toplulukta insan hakları koruması adına ilk kıvılcımı çaktı. Bundan sonraki adım ise, bu yeni genel hukuk ilkelerinin, Topluluk mevzuatındaki sessizlik karşısında, nereden (hangi kaynaklardan) bulunup çıkartılacağı konusuydu: Divan, bu noktada da, önce *Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerini*; ardından ise, Üye *Devletlerin taraf oldukları veya üzerinde işbirliği ettikleri uluslararası metinleri* adres gösterdi. Böylece Toplulukta insan hakları korumasının oluşum sürecinde sac ayağı tamamlanmış oldu. Bundan sonra ise, bu

---

[203] Burada dikkat edilmesi gerekli bir nokta, davacının, ihlal edildiğini ileri sürdüğü haklarının ihlal gerekçelerini ortaya koyarken – Üye Devlet Anayasaları ve özelde de Alman Anayasası'nı referans göstermenin yanında – *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'ni de açıkça zikretmesine rağmen; Divan'ın, Sözleşme'den hiç bahsetmeyerek genel olarak *''uluslararası sözleşmeler''* ifadesini kullanmış olmasıdır. Bu durum hakkında, doktrinde, aslında Divan'ın burada kastettiği uluslararası sözleşmenin AİHS olduğu (zira hemen önünde Üye Devletlerin büyük çoğunluğu tarafından onaylanan bir metin dururken başka birşeyi kastetmiş olmasının pek olası olmadığı); ancak o tarihte Fransa, Sözleşme'yi henüz tam olarak onaylamadığı için (20.3.1952'de imzalamış olmakla birlikte ancak 3.5.1974 tarihinde onay işlemini tamamlayarak kendisi açısından yürürlüğe sokmuştur), Divan'ın AİHS'yi açıkça zikretmekten kaçındığı söylenmiştir. Hatta bu noktada Divan'ın referans olarak alınacak uluslararası sözleşmeleri nitelerken kullandığı *Üye Devletlerin ''üzerinde ittifak ettikleri veya imzaladıkları/taraf oldukları'' uluslararası sözleşmele*r ifadesini kullanmasının (yani sadece *''imzalanan/taraf olunan''* dememesinin) ardında yatan sebebin de, bu olduğu (Fransa'nın henüz tam olarak onay prosedürünü tamamlamamış olması) söylenmiştir. Nitekim bundan sonra verdiği kararlarda Divan, açıkça AİHS'yi de ismen zikredecektir. (Gerçi, karar ile Fransa'nın Sözleşme'yi onay tarihlerine baktığımızda, onayın karardan yaklaşık 2 hafta önce gerçekleştiği görülmektedir; belki bunun sebebi, kararın 3 Mayıs'tan önce verilmesi, ancak gerekçeli olarak açıklanmasının 14 Mayıs'ı bulması ve dolayısıyla aslında karar verildiğinde, henüz onayın vuku bulmamış olması olabilir.)

[204] Somut olaya döndüğümüzde ise, Divan, mülkiyet hakkı ile ticaret yapma bağlamındaki özgürlüklerin, Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinde de yer alan ve bu anlamda Topluluk Hukukunda da korunan hak ve özgürlükler olduğunu belirtmiş; fakat yine ulusal hukukların bu hakları sınırsız olarak düzenlemediğini, bu hakların mülkiyetin sosyal işlevi bağlamında düşünülerek kamu yararı gibi sebeplerle kısıtlanabileceğini, aynı şekilde *Topluluk Hukukunda* da – hakkın özüne dokunmamak kaydıyla – Topluluğun amaçları doğrultusunda olaydaki Topluluk işleminin (Komisyon kararı) yaptığı gibi sınırlamanın mümkün olduğunu söyleyerek davacıyı haksız bulmuştur. Bu tespitin, Divan'ın, ekonomik çıkarları, insan haklarının üstünde tuttuğu gibi kadim bir tartışma ve eleştiriyi doğurmasını bir kenara bırakırsak (ki, bu meseleye ileride değinilecektir), bu noktada bizim için önemli olan, Divan'ın Topluluk insan hakları hukukuna yeni bir kaynak daha katmış olmasıdır.

hukukun, gerek *denetime tabi normlar* ve gerekse *hak ve özgürlüklerin kaynağı* bakımından geliştirilmesi süreci başlayacaktı.

1.3.3. Topluluk İnsan Hakları Hukukunun Geliştirilmesi

Divan, 1969-1974 arasında verdiği üç karar ile, müessesenin tesisi ve kaynaklarının ortaya konması sürecini tamamladı. Bundan sonra ise, bir yandan – Topluluk tasarrufları yanında – *Topluluk Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarının da insan haklarına uygunluk yönünden inceleneceğini[205] söylemek suretiyle *denetime tabi normların kapsamı yönünden*; diğer yandan da, uluslararası sözleşmeleri ve bilhassa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni referans norm olarak aktif kullanarak *Topluluk Hukukuna* aktarmak suretiyle de *hak ve özgürlüklerin kapsamı* (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynağı) yönünden bu hukukun geliştirilmesi süreci başlayacaktı. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, *AB İnsan Hakları Hukukunun* ''gelişim'' sürecini de, ''oluşum'' sürecinde olduğu gibi, iki kategoride ele almak mümkün olabilir. Bunlardan ilki, oluşum sürecinde olduğu gibi yine *Adalet Divanı eliyle yürütülen jürisprüdansiyel süreç*; diğeri ise *Topluluk kurumları eliyle yürütülen kurumsal-hukuki-siyasi süreçtir* (ki bu ikincisine, tezin bir sonraki bölümünde değineceğiz). Kendi eliyle yürütülen jürisprüdansiyel süreçte ise, Divan, iki grup kararla *AB İnsan Hakları Hukukunu* geliştirmeye devam edecektir: *Nold* ile başlayan sürecin bir devamı olarak, önce, bu **yeni ölçü normların kaynağı noktasında yeni bir kaynak olarak** başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlere atıf yapmaya ve böylece uluslararası standartları *Topluluk Hukukuna* aktarmaya başladığı kararlar ve **denetimin kapsamı yönünden** de, **Topluluk tasarruflarına ilave olarak *Topluluk Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarını** da insan haklarına uygunluk açısından denetlemeye başladığı kararlar.

Ancak başlamadan bir hususu belirtmekte fayda vardır: Gerek insan hakları denetimine tabi normlar gerekse kaynak mevzuu, *AB İnsan Hakları Hukukunun* konularıdır. Bu itibarla da, Üye Devlet tasarruflarının insan hakları denetimine tabi olması, denetime tabi ulusal tasarruflar gibi meseleler, aslında çalışmanın *AB İnsan Hakları Hukukunun* mevcut durumunun anlatılacağı 3. bölümünün konularıdır. Keza (ortak anayasal gelenekler ile birlikte) uluslararası sözleşmeler, hukukun genel ilkeleri,

[205] Tabii ki, yukarıda yer verdiğimiz Divan'ın yetkilerini düşündüğümüzde, **ön-karar prosedürü** çerçevesinde.

AİHS'nin önemi ve yeri gibi hususlar da, yine aynı yerdeki ''kaynaklar'' başlığı altında incelenecek konulardır. Ancak gerek Üye Devlet tasarruflarının 1970'lerde Divan tarafından denetlenmeye başlanması, gerekse yine aynı yıllarda (ortak anayasal gelenekler ile) AİHS'nin Topluluk haklarının tespitinde bir referans norm olarak kullanılmaya başlanması, güncel halleri itibariyle AB'de insan hakları korumasının birer konusu olmakla birlikte – başlı başına bir gelişim sürecine sahip olan bu hukukun burada ele aldığımız tarihsel gelişim sürecinin de birer dinamiğidir. Bu başlık altında da, bu meselelere, tarihsel gelişim sürecindeki birer ''gelişme/dinamik'' olma yönleriyle sınırlı olarak değinecek, ayrıntısına ise, tezin bahsettiğimiz üçüncü bölümünde ''denetime tabi normlar'' ve ''kaynaklar'' bahislerinde girilecektir.

1.3.3.1. Kaynak Yönünden: Uluslararası/Ulusal-üstü Standartların Topluluk Hukukuna Aktarımı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne İlk Atıflar

1974'te verdiği *Nold kararında*, Sözleşme'yi bir kaynak olarak ''ima eden'' Divan, bir yıl sonra verdiği *Rutili* kararında[206] ilk defa Sözleşme'yi açıkça zikredecek; sonrasında tabir-i caizse, dilinden düşürmeyecekti. Bundan sonra ise, Divan'ın, AİHS ile flörtü başlayacaktı. Divan, ilk olarak *Rutili*'de – Fransa'nın da *Nold*'dan sonraki dönemde Sözleşme'yi onaylamasıyla – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yaptı. Başlı başına Sözleşme'deki bir hak veya özgürlüğün *Topluluk Hukukuna* aktarılması şeklinde olmasa da, Divan, Antlaşma hükümlerinin yorumlanması noktasında, Sözleşme'ye başvurdu. (O zamanki) AET Antlaşması'nın 48/3. maddesinde yer alan ''kamu düzeninin haklı kıldığı sebeplerle'' ifadesindeki ''haklılık'' kriterinin yorumlanmasında, AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesindeki genel hükümlerin dikkate alınacağını ve bu itibarla da, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği gibi sebeplerle haklara getirilecek sınırlamaların, (bu AİHS hükümlerinde sınırlamanın bir sınırı olarak yer alan) **demokratik toplumda gereklilik kriterine uygun olması** gerektiğini söyledi (para.32). Divan'ın, ilk olarak *Rutili* ile AİHS'ye atfen koyduğu demokratik toplumda gereklilik kriteri, ilerleyen yıllarda AİHS'nin gerek temel hakların kapsamı gerekse sınırlanma sebepleri gibi hususlardaki hükümlerinin *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmasında, ilk adımı teşkil etmiştir.

[206] C-36/75, *Rutili v Ministre de l'intérieur*, 28.10.1975, ECR 1975/1219.

Başlı başına bir temel hakkın Sözleşme'ye atfen *Topluluk Hukukunda* tanınması ise, 1979 tarihli *Hauer* kararıyla[207] olmuştur. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasının söz konusu olduğu davada Divan, mülkiyet hakkının Topluluk hakkı olarak tanınmasının tespiti noktasında, ortak anayasal geleneklerle birlikte, Sözleşme'ye de (1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi) atıf yapmış ve *mülkiyet hakkının, Divan'ın hak ve özgürlükleri korurken esinleneceği (ilham alacağı) bu Sözleşme'de de düzenlendiğini* vurgulamış (paras.17-18); ayrıca yine Sözleşme'ye atıfla, bu hakkın sınırsız olmadığını ve kamu yararı sebebiyle sınırlanabileceğinin kabul edildiğini de vurgulamıştır.

Divan, bu ilk atıflarından sonra, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Sözleşme'ye atıflarını sıklaştırmış ve yukarıda isimlerini zikrettiğimiz birçok hak ve özgürlüğü, Sözleşme üzerinden *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* sokmuştur. Bu süreçte, hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak ortak anayasal geleneklerin etkisinin giderek azaldığını ve hak ve özgürlüklerin *AB Hukukuna* aktarılmasında, Sözleşme'nin temel referans metin/alt-kaynak haline geldiğini söyleyebiliriz.[208] Bugüne kadar genel hukuk ilkeleri olarak kabul edilen hak ve özgürlükleri inceleyeceğimiz AB'nin güncel insan hakları kataloğu bahsinde de görüleceği üzere, ilk yıllarda *Topluluk Hukukuna* aktarılan mülkiyet vs. haklardan sonra birçok hak/özgürlük/ilke, AİHS'ye atfen *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir parçası haline getirilmiştir. Ulusal hukuktaki bağlayıcılığı ne olursa olsun, tüm üyelerinin taraf olduğu ve bu yönüyle Avrupa'daki ortak uzlaşıyı yansıtan bu metinde düzenlenen hakların, bir yönüyle ulusal anayasal düzenlerde de ''ortak'' olarak bulunduğu ve bu anlamda AİHS'te düzenlenen bir hakkın zaten ortak bir anayasal gelenek olduğu yaklaşımı benimsenmiştir.

---

[207] C-44/79, *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, 13.12.1979, ECR 1979/3727.

[208] Bir kere, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının söz konusu olduğu her davada, ortak anayasal geleneklerle birlikte AİHS'ye atıf görmek mümkündür. Yani Sözleşme, bundan sonraki temel hak ve özgürlüklerle ilgili hemen her davada öyle ya da böyle başvurulan bir metin olmuştur. Kimi zaman hem ortak anayasal gelenek olarak tespit ettiği hem de Sözleşme'nin koruduğu bir hak veya özgürlüğü, hukukun genel ilkeleri kapsamında bir Topluluk hak veya özgürlüğü olarak kabul etmiş; kimi zaman ise, ortak anayasal geleneklere dahi başvurmadan, doğrudan Sözleşme'de korunduğu için hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak kabul etmiştir. Sözleşme'ye atfın yöntemi noktasında ise, bazen, ortak bir anayasal gelenek olarak varlığını tespit ettiği bir hakkın genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukuna* aktarımında, destekleyici olarak söz konusu hakkın/özgürlüğün AİHS'te de korunduğunu belirterek genel atıflar yapmış; bazen ise, Sözleşme hükümlerinin ayrıntılı analizini yaparak Sözleşme sisteminde korunan bir hak veya özgürlüğü Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak benimsemiştir. Hatta bir noktadan sonra, AİHS'te güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü genel hukuk ilkesi olarak kabul ederken, bunu ilk zamanlarda yaptığı gibi gerekçelendirme ihtiyacı dahi hissetmemeye başlamış; doğrudan AİHS'te düzenlendiği gerekçesiyle, Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak kabul etmeye başlamıştır.

1.3.3.2. Denetimin Kapsamı Yönünden: Üye Devlet Tasarruflarının İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Denetlenmesi

AB İnsan Hakları Hukukunun geliştirilmesi bağlamında ikinci önemli aşama ise, Topluluk tasarruflarının yanısıra, Üye Devletlerin tasarruflarının da, belli ölçülerde Divan tarafından insan haklarına uygunluk açısından denetlenmeye başlaması olmuştur. Yukarıda da vurguladığımız gibi, Topluluk tasarruflarının denetlenmesi, Toplulukları daha ilk yıllarından itibaren Antlaşmalar sisteminin öngördüğü bir durumdur; insan haklarının bu noktadaki rolü ise, denetimde bir ölçü norm olarak devreye girmek olmuştur. Oysa Üye Devlet tasarruflarının Topluluk/Birlik yargısınca denetlenmesi, o zaman da, halen de, antlaşmalarda açıkça öngörülmüş bir şey değildir. Zaten egemenlik bakımından bunun olması da düşünülemez. Ayrıca, ileride inceleyeceğimiz Birlik yargısının yargı yetkisine giren konulara bakıldığında da, ulusal tasarrufların denetlenmesine yönelik herhangi bir mekanizmanın veya hukuki yolun mevcut olmadığını da görebiliriz.

Bir Üye Devlet tasarrufunun Birlik yargısınca doğrudan bir hukukilik denetimine tabi tutulması konusunda durum bu olmakla birlikte; bu hukukun asıl uygulayıcılarının ulusal makamlar olması gerçeği karşısında, Topluluğun/Birliğin tabi olduğu insan hakları standartlarının en azından bu hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yerel uygulayıcılar olan Üye Devletler için de geçerli olması fikri doğmuştur. Bu ise, zamanla *Topluluk/Birlik Hukukunun* ulusal planda uygulanması (yani örneğin bir AB Tüzüğü kapsamında enerji alanında bir işletmeye ruhsat verilmesi; yahut bir çiftçiye tarımsal bir kota uygulanması gibi) söz konusu olduğunda, asıl dayanak normların (AB tasarrufları) tabi olduğu insan hakları standartlarının, uygulama boyutu/normları (Üye Devlet tasarrufları) için de geçerli olması gereği ileri sürülmüştür.[209] Bu, *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarının da, Divan tarafından doğrudan bir denetime tabi tutulması şeklinde değil belki ama, *AB Hukukunda* korunan hak ve özgürlük güvencelerine uygun olması mecburiyetini ve bu mecburiyetin de uygun hukuki prosedürler ile denetiminin yapılması yönündeki gelişmeyi doğurmuştur. İnsan hakları ise, burada özel bir rol oynamış ve (Topluluk tasarruflarının denetiminde olduğu gibi) salt bir denetim kriteri/ölçü norm olmanın ötesinde, (*Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki)

[209] Aynı doğrultuda bkz.: Yaşar Doğan, ''The Fundamental Rights Jurisprudence of the European Court of Justice: Protection for Human Rights within the European Union Legal Order'', **Ankara Law Review**, Vol:6 Issue:1, Summer 2009, p.67.

ulusal tasarruflarının bizzat denetimine dair bir *hukuki temel* işlevi de görmüştür; çünkü ulusal tasarruflarının Topluluk yargısınca değerlendirmeye tabi tutulması, bizzat insan haklarına uygunluğu sağlama kaygılarıyla ortaya çıkmıştır.

Bu gelişmenin başlangıcı olarak genelde 1989 tarihli *Wachauf* kararı gösterilse de, bunu, yukarıda değindiğimiz *Rutili* kararıyla başlayan bir süreç olarak görebiliriz. Divan, *Rutili*'de, Üye Devletlerin Antlaşma'nın 48/3. maddesi kapsamındaki sınırlayıcı tasarruflarının AİHS'te güvence altına alınan birtakım prensiplere uygun olması gerektiğini söyleyerek, ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluğunun denetimi yolunu açmış; ardından bu denetimi tam olarak 1989 tarihli *Wachauf* kararıyla[210] yerleştirmiştir. Divan, burada, temel hakların korunmasına ilişkin Topluluk normlarının uygun olmak zorunda olduğu gerekliliklerin, Topluluk kurallarını uygularken Üye Devletler için de geçerli olduğunu ve bu itibarla Üye Devletlerin, mümkün mertebe o kuralları söz konusu gerekliliklere uygun biçimde uygulamak zorunda olduğunu söylemiştir (para.19). Böylece Üye Devletler de, *Topluluk/Birlik Hukukunu* uygularken, bu hukuk düzeni tarafından korunan ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle bağlı olacaktır. Tabii ki, bu noktada bu denetimin nasıl yapılacağı; hangi ulusal tasarrufların *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki bu hukukun uygulanmasına yönelik tasarruflar olduğu gibi birtakım soruları da beraberinde getirmektedir ki; tüm bunları, tezin *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel halini inceleyeceğimiz üçüncü bölümünde *AB İnsan Hakları Hukukunun kapsamı* başlığı altında işleyeceğiz.

1.3.4. Perdeyi Kapatırken: İçtihadi Haklar Kataloğu ve Diyaloğa Etki

Topluluk İnsan Hakları Hukukunun, önce oluşturulması (*Stauder-Handelsgesellschaft-Nold*) ve ardından da gerek denetime tabi normlar (*Wachauf* vd.) gerekse kaynaklar (*Rutili* vd.) açısından bu şekilde geliştirilmesi, başta yaptığımız kurgunun ''rekabetin/işbirliğinin meyvesi'' adını verdiğimiz ikinci perdesinin ilk gelişmeleriydi. Bu gelişmeler, başlarken de söylediğimiz gibi, 1980'lere gelindiğinde, Topluluk İnsan Hakları Hukukunda, bu perdeyi kapatan iki gelişmeye yol açtı: *içtihadi bir temel haklar şartı/kataloğu/listesi* ve ulusal ''direnişin'' bitirilip bir anlamda mahkemeler arası *rekabetin tatlıya bağlanması*.

[210] C-5/88, *Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 13.7.1989, ECR 1989/2609.

Hatırlanacağı üzere, Divan tarafından Toplulukta insan hakları korumasının başlatılmasının arkaplanındaki dinamikleri incelerken, Divan ile ulusal mahkemeler arasında, *iddia-savunma-replik* ve *düplik* şeklindeki dava süreci benzetmesi üzerinden bir kurgulama yapmış ve ardında başka dinamiklerin de bulunduğu vurgusunu yaparak, Divan eliyle Topluluk İnsan Hakları Hukukunun temellerinin atılmasını, ulusal mahkemeler ile Divan arasındaki bu rekabete/işbirliğine dayandırmıştık. Nitekim bu mücadelede ilk raund, Divan'ın insan hakları temelli denetim taleplerine göz yumup ardından da ulusal hukuk-Topluluk Hukuku çatışmasına, Topluluk Hukuku perspektifinden bakarak Topluluk Hukukunun üstün ve doğrudan etkili olduğunu iddia etmesi ve bilhassa Alman ve İtalyan mahkemelerinin de bu yaklaşıma itiraz etmesiydi. İkinci raundda ise, meseleye anayasanın üstünlüğü perspektifinden bakan bu Mahkemelerin, ''Topluluk Hukuku bir şeyleri yapmadığı'', ''belli alanlarda belli bir düzeye varmadığı'' sürece gibi koşullu ifadeler kullanarak, bu üstünlüğü koşullu ve göreceli bir biçimde kabul etmeleri ve özellikle insan hakları söz konusu olduğunda ulusal anayasalardaki güvencelerin uygulanacağını söylemeleri (ki bunu *Solange-I* olarak ifade etmiştik); ve bu ''direniş''in de, diğer dinamiklerin de etkisiyle, Divan tarafından Toplulukta insan hakları korumasının başlatılmasına ve tedrici olarak da geliştirilmesine yol açması söz konusuydu. Maç süresi bittiğinde ise, bu mücadele ve getirdiği gelişmelerin Topluluğa bıraktığı miras, bir yandan içtihadi bir insan hakları kataloğu, bir yandan da *Solange-I* sürecini tersine çeviren (veya en azından direnişin dozunu düşüren) *Solange-II* süreciydi.

1.3.4.1. İnsan Hakları Korumasında Gelinen Nokta: İnsan Hakları ''Corpus Iurisi''nin Oluşumu ve Korunan Haklar (İçtihadi Haklar Kataloğu)

Belirttiğimiz gibi, bu süreç, Topluluk için, hukukun genel ilkeleri bağlamında korunan bir haklar kümesinin (içtihadi temel haklar şartı) tedrici oluşumunu sağladı. Divan, yukarıda kısmen zikrettiğimiz ve ileride ayrıntısıyla göreceğimiz gibi, bu süreçte verdiği kararlar (ve bu kararları verirken referans norm olarak AİHS'yi etkin biçimde kullanması) ile, ulusal anayasalarda ve başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlerde düzenlenen birçok hak ve özgürlüğü, genel hukuk ilkeleri olarak Topluluk hukukuna aktarmaya başladı. Bu ise, Topluluk kurumlarının bu alana el atmaya başladıkları 1990'lara kadar, Topluluk için yazılı olmayan (içtihadi) bir temel haklar kataloğunun

ortaya çıkmasına; yani bir nevi ''içtihadi bir temel haklar şartı''nın vücut bulmasına yol açtı.

Bu jürisprüdansiyel korumanın siyasi korumayla da desteklenmesine kadar geçen ilk aşamada, *mülkiyet hakkından çalışma teşebbüs özgürlüğüne; özel hayatın gizliliği* ve bu bağlamda *aile hayatına saygı, özel hayata saygı, konutun gizliliği* ve *haberleşmenin gizliliği* olmak üzere birçok alt-hak ve özgürlükten *avukat ve müvekkil arası haberleşmenin gizliliğine; ifade özgürlüğünden basın özgürlüğüne*; *din ve vicdan özgürlüğünden eşitlik ilkesi* ve *ayrımcılık yasağına*; *savunma hakları* ve bu bağlamda *dinlenilme/savunma verme gibi (alt) haklardan etkili başvuru hakkına; adil yargılanma* ve *makul sürede yargılanma haklarından suç ve cezalara dair ilkelere (kanunilik, geçmişe yürümeme, masumiyet karinesi, aleyhe delil göstermeye zorlanamama* vs.) *sendikal haklardan yerleşme ve seyahat özgürlüğüne* birçok hak ve özgürlük, Divan tarafından içtihadi temelde benimsenmiş ve Topluluk hakkı olarak uygulanmıştır. Bu ise, 90'lara gelindiğinde, (ileride *evlenme, toplanma ve örgütlenme, serbest seçim, vatandaşlık* gibi haklarla desteklenecek) önemli bir **yazılı olmayan içtihadi haklar kataloğunun** ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu süreçte ve bundan sonraki dönemde, özellikle Lizbon ile Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasına kadar geçen sürede içtihadi olarak ortaya konan haklara, yine ileride, *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel halini anlattığımız bölümde ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

1.3.4.2. İçtihadi Korumanın Mahkemeler Arasındaki Rekabete Etkisi ve Ulusal Mahkemelerden İlk Tepkiler

Bu sürecin bir diğer gelişmesi/sonucu da, ulusal mahkemelerin Topluluktaki insan hakları koruması seviyesini yetersiz bulmaları üzerinden başlattıkları, yukarıda ''*Solange-I*'' süreci olarak değindiğimiz, ''üstünlük'' doktrinine yönelik ''direniş'' sürecini sona erdirmeleri (veya en azından yumuşatmaları) ve Topluluk insan hakları koruma düzeyinin halihazırda geldiği nokta itibariyle, (bu nokta korundukça) Topluluk tasarruflarını kendi anayasaları uyarınca denetlemeyeceklerini söyledikleri *Solange-II* sürecinin başlaması olmuştur. [211]

[211] Kararlara geçmeden belirtmek gerekir ki, hatırlanacağı üzere, bu süreçte ilk itirazlar, özellikle Alman ve İtalyan mahkemelerinden gelmişti; yani *Solange-I*'in esas oğlanları, Alman ve İtalyan mahkemeleriydi. Dolayısıyla bunun devamı olan *Solange-II* sürecinde de, temel olarak yine aynı aktörleri göreceğiz.

Steinike und Weinleg Kararı, 1979: Ateşkese Doğru

Ulusal anayasa mahkemelerinin direnişe son vermeleri yahut direnişi yumuşatmalarından önce, bir anlamda beyaz bayrak salladıkları bir ara-geçiş sürecinden bahsedilebilir. Bu noktada, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ne *Solange-I* kararındaki gibi Alman Anayasası'nın üstünlüğünü net biçimde ortaya koyduğu; ne de ileride *Solange-II* kararında yapacağı gibi Topluluk Hukukunun getirdiği denetimi yeterli görüp ulusal anayasal normlara göre Topluluk tasarruflarını denetlemekten vazgeçtiği; ancak bu iki yaklaşımın arasında bir yerde duran bir kararından bahsetmek gerekir.

Alman Anayasa Mahkemesi, 1979 tarihinde verdiği *Steinike und Weinleg* kararında,[212] *Solange-I* içtihadındaki çekinceleri yinelemekle birlikte, bu sefer, Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasında yargısal bir işbirliğinin Topluluğun temel bir ilkesi olmasından hareketle; bu çekincelerin, aradan geçen zaman içindeki gelişmelere bağlı olarak[213] değişebileceğini belirtmek suretiyle bir anlamda bir uzlaşıyı arzuladığını ortaya koydu.[214] Mahkeme, kararında, birincil Topluluk normlarının (Kurucu Antlaşma hükümleri) – Alman Anayasası'na aykırı olduğu gerekçesiyle – Alman Hukukunda uygulanamaz olduğu şeklinde bir karar vermeyeceğini söyledi. Bu, bir anlamda Karlsruhe Mahkemesi'nin, kimine göre direnişine son verip geri adım attığını gösteren; kimine göre de, çekincelerini korumakla birlikte Avrupa kamu düzeninin yüksek yargı organları arasında işbirliği ihtiyacıyla bir ateşkesi arzuladığını ortaya koyan bir karardı.[215]

Ancak bizce de bunu bir geri adım olarak nitelemektense (ki *Solange-II* sürecinin sonunda dahi, yaklaşımının tam anlamıyla bir geri adım olarak nitelenebileceği şüphelidir); Topluluk Hukukunun ve Divan'ın belli koşulları karşılaması kaydıyla, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü tanıma eğiliminde olduğunu gösteren bir yaklaşım olarak yorumlamak isabetli olacaktır. Ancak *Steinike*'de, birincil normlara tanınan bu ''ayrıcalığın'' ikincil Topluluk Hukuku normları (ikincil mevzuat) için de geçerli olup olmadığı ve eğer geçerliyse *Solange-I* kararındaki kayıtların hangi ölçüde halen daha

---

[212] *FA Steinike und Weinling v Bundesamt für Ernährung und Forstwirschaft*, 25.7.1979, BVerfGE Vol. 52, p. 187 vd.

[213] Bunlar, Adalet Divanı'nın yukarıda yer verdiğimiz *Stauder* ile başlayan kararlar dizisi gibi yargısal gelişmeler başta olmak üzere; Avrupa Parlamentosu üyelerinin ilk defa 1979'da doğrudan seçimle belirlenmesi ve Konsey, Komisyon ve Parlamento'nun 1977 yılında kabul ettiği insan haklarının Topluluk Hukukundaki yeri ve önemini ortaya koyan ortak deklarasyonları gibi siyasi gelişmelerdi.

[214] Değer, **a.g.e.**, s.69; Nielsen, **op.cit**, p.217.

[215] Değer, **a.g.e.**, s.69.

geçerli olacağı sorusu cevapsız bırakılmak suretiyle, meselenin bir yanı eksik kalmıştı.[216] Mahkeme, bu yanı (ve eksik kalan diğer yanları), 1986 yılında vereceği ikinci *Handelsgesellschaft* kararı ile tamamlayacaktı.[217]

Re Wünsche Handelsgesellschaft Kararı, 1986 (Solange-II)

Nasıl ki, bir dava süreci teşbihi üzerinden anlattığımız *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşum sürecinde, her bir aşama, belli davalarla anılmaktadır;[218] bu süreçte *direnişi* kısmen bitiren ve nisbi bir ateşkes sağlanmasına giden sürecin (ki bunu *düplik* olarak nitelemiştik) başlangıcı da, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-II* olarak bilinen 1986 tarihli *Re Wünsche Handelsgesellschaft* kararına[219] atfedilmektedir.

Dava, Federal Anayasa Mahkemesi önüne gelene kadar şu aşamalardan geçmiştir: Wünsche adlı bir Alman ithalatçının Tayvan'dan mantar ithal etmek için yaptığı izin başvurusu, 1974'te kabul edilen bir Topluluk tasarrufu uyarınca, ilgili Alman ulusal makamı tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine, Wünsche, söz konusu sistemin varlığı için 1970'lerde var olan sebeplerin artık ortadan kalktığı ve bu itibarla sistemin artık eskidiği ve amaca hizmet etmediği gibi gerekçelerle, kararın iptali için federal idare mahkemesi *Bundesverwaltungsgericht*'e başvurmuştur. Wünsche, ayrıca adil yargılanma hakkının da içinde olduğu birtakım anayasal haklarının ihlal edildiğini de ileri sürmektedir. Mahkeme, olayın Topluluk Hukukuyla ilgisi nedeniyle, söz konusu Topluluk işlemiyle getirilen sistemin hukuka uygunluğunun tespiti için ön-karar prosedürünü işleterek Adalet Divanı'na başvurmuş; Divan da, söz konusu sistemin gerekliliğine dair Komisyon'un takdir yetkisine işaret ederek söz konusu sistemi hukuka aykırı bulmamıştır. Ancak, *Bundesverwaltungsgericht*, Wünsche'nin temel haklar noktasındaki iddialarına ilişkin ne Divan'a ön-karar başvurusunda bulunmuş ne de Federal Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla başvurmuştur. Bunu üzerine Wünsche,

---

[216] Muhtemelen bu yüzden, *Steinike und Weinleg*, bu süreçte Alman AYM'nin direnişini yumuşatmasının ayak sesleri olarak görülse de, tam olarak bu mücadelede ikinci raundun başlatılmış sayılması için yeterli görülmemiş; bunun için biraz sonra göreceğimiz *Solange-II* kararı öne çıkarılmıştır.

[217] Betten, Grief, **op.cit**, p.66.

[218] **İddia** (insan haklarının ihmali ve üstünlük doktrini): *Stork* vd./*Costa v. E.N.E.L.* vd; **cevap** (üstünlük doktrinine insan hakları temelli direniş): *Handelsgesellschaft* vd. (*Solange-I*); **replik** (insan haklarının korunmaya başlaması): *Stauder* vd.

[219] Case 2 BvR 197/83, *Re Wunsche Handelsgesellschaft*, 22.10.1986.; Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz.: Gerhard **Bebr**, ''Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft* v. *Federal Republic of Germany*, Order under Article 177 (EEC) of the Court of Justice of 5 March 1986'', **Common Market Law Review**, Vol:24, Issue:4, 1987, pp. 719–730.

temel anayasal haklarının zedelendiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru (anayasa şikayeti) yapmıştır.[220]

Alman Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesine, *Solange-I*'deki, *Anayasa'nın (AB'ye yetki devrine izin veren) 24. maddesinin, içinde temel hakların da bulunduğu Anayasa'nın temel esaslarını ortadan kaldıracak bir yetki devrine izin vermediği* şeklindeki tespitinin tekrarıyla başlamış; ve devamında, bu koşulların ne kadarının karşılanıp karşılanmadığı hususunu, Toplulukta insan haklarının korunmasındaki mevcut durum (gelinen nokta) açısından değerlendirmiştir.[221] Bu noktada da, Mahkeme'nin öncelikle yaptığı şeylerden biri, *Solange-I*'deki çekincelerinin ne ölçüde karşılandığını tespit etmek için, 1974'ten itibaren, Toplulukta insan hakları koruması adına yaşanan gelişmeleri analiz etmek olmuştur.[222]

Mahkeme'ye göre; ''1974'teki Solange-I kararından bu yana, Toplulukların insan hakları noktasında sağladığı koruma düzeyi, Alman Anayasası'nın sağladığı düzeyle mukayese edilebilir bir noktaya gelmiştir. Bütün temel kurumlar, oldukça önemli bir şekilde, yetkilerinin kullanılması ve Topluluğun hedeflerinin gerçekleştirilmesinde, bir hukuki sorumluluk olarak, özellikle Üye Devletlerin Anayasaları ve AİHS'te düzenlenen temel haklara saygıyı rehber edinmiştir. Temel hakların korunması noktasında, Topluluk Hukuku altında erişilen koruma standardının yeterli derecede pekiştirilmediği sonucuna götürecek belirleyici faktörler mevcut değildir.''[223]

Mahkeme, Toplulukta insan hakları koruması adına ulaşılan genel düzeyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra, bu tespiti yapmasına yol açan *Solange-I* (1974) sonrası gelişmeleri şu şekilde sıralamıştır:[224]

1. Etkin bir jürisprüdansiyel haklar kataloğu. Mahkeme'ye göre, *temel hakların korunmasında, özellikle Adalet Divanı kararlarıyla sağlanan bu standart, içeriği itibariyle formüle edilmiş, pekiştirilmiş (sağlamlaştırılmış) ve yeterli derecede güvence altına alınmıştır*. Burada Mahkeme, Divan tarafından, bu zamana kadar, genel hukuk ilkeleri olarak, gerek ulusal anayasalar gerekse AİHM temelinde birer Topluluk hakkı veya özgürlüğü kabul edilen, yani Topluluk Hukukuna aktarılan hak ve özgürlüklere atıf

---

[220] Bermann et. al., **op.cit**, p.301.
[221] **Ibid**.
[222] **Ibid**.
[223]Değerlendirmelerde, şu çeviriden faydalanılmıştır: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572, Erişim Tarihi: 30.12.2013.
[224] Bunlar, AB İnsan Hakları Hukukunun, ilk oluşum ve gelişim döneminde nasıl bir yol kat ettiğini göstermek adına önemli tespitlerdir.

yapmaktadır.[225] Mahkeme'nin burada kastettiği, bizim de oluştuğunu iddia ettiğimiz (ve yukarıdaki başlıkta ele aldığımız) jurisprüdansiyel bir insan hakları kataloğudur. Bu, Topluluk İnsan Hakları Hukuku ve bu hukukun ulusal mahkemeler nazarındaki durumu açısından oldukça önemlidir. Zira hatırlanacağı üzere, *Bundesverfassungsgericht*'in *Solange-I*'de ''*Topluluğun handikaplarından biri''* olarak bahsettiği ve Topluluktaki temel hak korumasını yetersiz gördüğü durumlardan birisi de, Topluluk hukuk düzeninde, ulusal anayasalardaki gibi sabit ve içeriği belirli bir temel haklar listesinin olmamasıydı.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıflar. Mahkeme'nin Topluluk insan hakları koruması noktasında olumlu olarak bahsettiği bir diğer gelişme de, Adalet Divanı'nın yeni haklar ortaya koymada ve gerek Topluluk gerek Üye Devlet tasarruflarının insan haklarına uygunluk açısından yorumlanmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne istikrarlı bir şekilde ve artan oranda atıf yapmasıdır.[226]

3. *İnsan haklarına saygı konusundaki kurumsal taahhüt*. Yine bu bağlamda Mahkeme'nin bir anlamda ''iltifatına'' mazhar olan bir diğer gelişme de, Topluluğun temel organları olan Parlamento, Konsey ve Komisyon'un, yetkilerini kullanmada ve Toplulukların amaçlarını gerçekleştirmede temel haklara saygı gösterdiklerine ve ileride de göstereceklerine dair 1977'de kabul ettikleri Deklarasyon[227] olmuştur.

4. *Divan'a olan güven.* Mahkeme, insan haklarının yargı organları eliyle (*jürispridansiyel*) korunmasında birtakım handikapların[228] var olduğunu düşünse de; ona göre, bunlar, Topluluk yargısının, hakların amacının ve kapsamının belirlenmesinde ulusal anayasalara ve de AİHS'ye atıf yapma konusundaki istikrarlı tutumu sayesinde, Toplulukta insan hakları korumasındaki genel düzeyinin düşmesi riskini azaltmaktadır.[229]

---

[225] Bermann et. al., **op.cit**, p.302.
[226] **Ibid.**
[227] Bu Deklarasyon'a, ileride siyasi – kurumsal – hukuksal gelişmeler bölümünde değinilecektir.
[228] Örneğin içtihat hukuku yoluyla gelişimin doğal bir sonucu olarak, hakların her somut olaya özgü bir biçimde ortaya konması ve bunun da, Alman Anayasası tarafından tanınan bazı özel (spesifik) hukuki ilkelerin veya bir temel hakkın niteliği, içeriği veya kapsamının, o olayın şartlarından etkilenip ilkesel noktadaki etkisinin azalması riskine yol açması gibi (para.II/e; ayrıca bkz.: **Ibid**).
[229] Bu noktada Mahkeme, bir kaynak olarak ulusal anayasal geleneklere başvurmanın, koruma düzeyini düşürebileceği şeklindeki görüşlerin de doğru olmadığını söylemiştir. Mahkeme'ye göre; *bu geleneklerin/standartların Üye Devletlerde farklı düzeylerde olabileceği ve hatta arada önemli farklılıklar bulunabileceği gerçek olmakla birlikte, sonuçta Divan'ın buradaki yöntemi, asgari bir ortak müştereği bulmak (ve böylece o hakla ilgili koruma düzeyini, en az koruma düzeyi öngören ulusal anayasal standarda endekslemek) olmayıp; mukayeseli bir incelemenin ardından Topluluk Hukuku bağlamında en uygun (bazı Üye Devletlere uymasa bile) çözümü bulmak şeklinde olacağından, bu anlamda bir tehlike söz konusu olmayacaktır. Üstelik ikinci kaynak olarak AİHS'e ve AİHM içtihatlarına başvurulması da, bu anlamda (Alman Anayasası'nın da aradığı) asgari bir koruma düzeyini ister istemez sağlayacaktır. Bu anlamda Topluluğun Sözleşme'ye taraf*

5. *Etkili yargısal koruma*. Karlsruhe Mahkemesi'nin ilgisini celp eden bir diğer durum da, özellikle Topluluk Hukukundaki dava türleri, mahkemeye erişim, dava açma hakkı, mahkemenin denetim ve hüküm verme yetkisi, usuli ilkeler (güvenceler) ve kararlarının etkililiği gibi konularda Mahkeme İçtüzüğü'nün getirdiği düzenlemelere bir bütün olarak bakıldığında, temel haklara yönelik (Alman Anayasası'ndakine benzer) etkin bir korumanın var olduğunun anlaşılmasıdır (para.II/e).

6. *Demokratik seçimle gelen bir parlamentonun varlığı*. Hatırlanacağı üzere, yine *Solange-I*'de, Mahkeme'nin, Topluluktaki insan hakları korumasının handikapları noktasında dikkat çektiği bir durum da, Toplulukta demokratik yoldan gelen bir yasama organının olmaması ve bunun da insan haklarının korunması kavramı ile çok yakından ilişkili olan demokratik meşruiyet anlamında problemli bir duruma yol açmasıydı. 1979 yılından itibaren Avrupa Parlamentosu'nun doğrudan halk tarafından seçimle belirlenmesi, bu anlamda, Mahkeme tarafından, demokratik meşruiyet ve onunla yakından ilgili gördüğü insan haklarına saygı bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir (para.II/e).

Sonuç: Topluluk normlarının Alman Anayasasındaki hak ve özgürlük güvencelerine uygunluk açısından denetlenmesine kural olarak son verilmesi. Mahkeme'nin, Topluluk insan hakları hukuku bağlamında *Solange-I kararından* sonra not ettiği tüm bu ''müspet'' gelişmelerin karşılığı ise, Divan'ın üstünlük doktrinine karşı sergilediği ''direnişin/itirazın'' dozunu yumuşatması olacaktı. Topluluk hukuk düzeni ve özellikle de onun yargı organının içtihadı, Toplulukların egemenlik yetkilerinin bir sınırı olarak, Alman Anayasası tarafından kayıtsız şartsız aranan temel hakların korunması ilkesine içerik itibariyle yakın olarak değerlendirilebilecek, genel anlamda etkin bir koruma sağladığı (*''...dığı''*) ve bu koruma, temel hakların esaslı özünü de genel olarak koruduğu (''*…duğu) müddetçe*, Alman yargı organları, herhangi bir ulusal eylem veya işleminin temeli olarak gösterilen ikincil Topluluk mevzuatının uygulanabilirliği konusundaki (***var olan***) yargı yetkisini kullanmayacak ve böyle bir Topluluk tasarrufunu, Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlük standartları açısından denetlemeyecekti (para.II/f).

---

olmamasının, bu anlamda konuyla bir ilgisi de yoktur (para.II/e). *Bundesverfassungsgericht*'in bu tespitlerinin şöyle bir yönü de mevcuttur. AB İnsan Hakları Hukukunda, ortak anayasal geleneklerin nasıl bulunup çıkarıldığı, bir hakkın korunması için en az kaç Üye Devlette korunması ve bulup çıkarmada hangi yöntemin izlenmesi gerektiği gibi tartışmalara ileride yer vereceğiz. İşte Alman AYM, burada bir anlamda, Topluluk insan hakları için hangi yöntemin en isabetli ve adil olduğu konusundaki tercihini de ortaya koymuş olmaktadır.

Karar, Alman AYM'nin, Topluluk Hukuku ile Alman Hukuku arasındaki ilişkiyi (üstünlüğü doktrini bağlamında) ele aldığı 1974'teki *Handelsgesellschaft kararına* (*Solange-I*) atfen *Solange-II* kararı olarak etiketlenmiştir. Hatırlanacağı üzere, Mahkeme, *Handelsgesellschaft'*da, Topluluk Hukukunun birtakım eksiklikleri/handikaplarından bahsederek, bunlar giderilmediği müddetçe, Topluluk tasarruflarının Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere uygunluk açısından denetleneceğine ve bir aykırılık halinde Alman hukuk düzeninde uygulanamayacağına karar vermişti. Şimdi ise, aradan geçen sürede Topluluk insan hakları alanında yaşanan (yukarıda da yer verdiğimiz) gelişmelerden hareketle, aksi yönde bir yaklaşım sergilemekteydi. Mahkeme, bu kez, Topluluğun ve özellikle de Divan içtihadının bu bağlamda geldiği noktayı işaret ederek, artık Topluluk Hukukunda, Alman Anayasası'na benzer bir insan hakları koruma düzeyinin var olduğunu ve bu varsayım çürütülmediği (yani koruma düzeyi Alman Anayasası'ndaki düzeyin altına düşmediği) müddetçe, Topluluk tasarruflarını anayasadaki hak ve özgürlük güvenceleri açısından denetlemeyeceğini söylüyordu.[230]

Ancak bizce burada dikkat edilmesi gerekli husus, Mahkeme'nin, Topluluk Hukukunun (Divan'ın öngördüğü gibi) kayıtsız-şartsız üstünlüğü ilkesine halen daha teslim olmadığıdır. Dikkat edilirse, Mahkeme, bu anlamda bir yargı yetkisinin olmadığından değil; söz konusu koşullar sağlandığı müddetçe bu yargı yetkisini kullanmayacağından bahsetmektedir.[231] O yüzden zaten biz de, buraya kadar *Solange-II* kararından bahsederken, istikrarlı bir şekilde, direnişi/itirazı ''sona erdiren'' veya ''en azından dozunu yumuşatan'' karar ifadelerini kullandık.

Dolayısıyla aslında bu kararla başladığı kabul edilen *Solange-II* süreci için, selefi *Solange-I*'i sona erdiren veya tersine çeviren demek yerine, belki devam ettiren demek, daha isabetli olabilir. Zira bu süreçte tersine çevrilen, aslında, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ve diğer mahkemelerin Topluluk Hukukunun üstünlüğünü koşullu ve göreceli kabul etmeleri şeklindeki yaklaşımları değil; bu Mahkemelerin Topluluk Hukukunda insan hakları koruma düzeyi noktasındaki yaklaşımlarıdır.[232] *''Topluluk Hukuku insan hakları koruması bakımından 'bizim' düzeyimize gelmedikçe, ben Topluluk normlarını Alman Anayasası'na göre denetlerim''* demekle (ki *Solange-I*'de söylediği buydu), *''Topluluk Hukuku – aradan geçen süre içinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak*

---

[230] Mahkeme'nin kullandığı formül, Türkçe *''... duğu müddetçe''* (Almanca *solange,* İngilizce *so long as*) şeklinde olduğu için bu karar, asıl adı başka (*Re Wünsche Handelsgesellschaft)* olmakla birlikte, *Solange-II kararı*; bundan sonra Divan ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişki (rekabet / işbirliği / diyalog) süreci de, *Solange-II süreci* olarak anılmaya başlamıştır.
[231] Nielsen, **op.cit**, p.217; Craig, De Búrca, **op.cit**, p.275.
[232] Schütze, **op.cit,** p.361.

– insan hakları koruması bakımından 'bizim' düzeyimize gelmiş olup, bu varsayım çürütülmediği müddetçe ben Topluluk normlarını Alman Anayasası'na göre denetlemem'' (ki şimdi *Solange-II*'de söylediği de budur) demek arasında, sanırız, yargı yetkisinin kullanılmasına dair bir yaklaşım farkı değil, yargı yetkisinin kullanılacağı somut koşullara ilişkin bir yaklaşım farkı vardır. Bu bağlamda, *Solange-II*'de, *Bundesverfassungsgericht*'in, *Solange-I*'de (Topluluk Hukukunun bir şeyleri yapmasına matuf olarak) verdiği sözü tuttuğu da söylenebilir.

Ancak ortaya çıkan sonuç şudur ki, Alman AYM, sebep ne olursa olsun (Topluluk Hukukunun insan hakları noktasında geldiği düzey vs.), artık Topluluk birincil ve ikincil normlarının Alman Anayasası'na uygunluğunu *kural olarak* incelemeyecektir. O yüzden de, tartışmasız, bu, yeni bir süreç olarak anılmayı hak etmektedir.

Brunner (Maastricht) Kararı: Aba Altından Sopa Göstermek mi; Korkunun Tekrar Hortlaması mı; yoksa Sadece Isırmadan Havlamak mı?

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1993 tarihli *Brunner* (*Maastricht) kararı* da,[233] *Solange-II* sürecinde değinilmesi gereken bir karardır. Dava, 1992'de imzalanan ve Avrupa entegrasyonunda çok önemli bir köşetaşı olan Maastricht Antlaşması'nın[234] Alman Anayasası'nın temel karakterini teşkil eden bazı temel haklar[235] ile demokratik

---

[233] Case 2 BvR 2134/92 & 2159/92, 12.10.1993, 1993 WL 965303 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html#Rn002, Erişim Tarihi:1.1.2014). Karar, İngilizce ''*Brunner and Others v. The European Union Treaty''* (Brunner ve Diğerleri v. Avrupa Birliği Antlaşması) olarak bilinmektedir. Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz.: Matthias Herdegen, ''Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an 'Ever Closer Union' and Document 'Extracts from: *Brunner* v. *The European Union Treaty (Bundesverfassungsgericht)*'''', **Common Market Law Review**, Vol:31, Issue:2, 1994, pp. 235–262.

[234] 7 Şubat 1992'de imzalanan ve tüm Üye Devletlerde onaylanmasının ardından 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması, Avrupa Birliği'ni resmen meydana getirmiştir. Üç sütunlu bir yapı getiren Antlaşma, o ana kadar ayrı ayrı Topluluklar olarak bulunan üç Topluluğu (AET, AKÇT ve Euratom), yine ayrı tüzel kişilikleri devam etmek kaydıyla Avrupa Toplulukları çatısı altında bir araya getirmiş (Topluluklar sütunu); ayrıca bu ''ulusal-üstü'' sütunun yanına Adalet ve İçişleri (*Justice and Home Affairs, JHA*) ile Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası (OGDP, *Common Foreign and Security Policy – CFSP*) olmak üzere iki de ''hükümetlerarası'' sütun ekleyerek üç sütunlu Avrupa Birliği'ni kurmuştur. (Bu Antlaşma, aynı zamanda, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu da, Avrupa Topluluğu'na dönüştürmüştür.) Maastricht, başta AB vatandaşlığı olmak üzere, insan hakları alanında da önemli değişiklikler getirmiştir. Bunlar, ileride ''siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler'' kısmında ayrıca incelenecektir.

[235] İhlal edildiği ileri sürülen anayasal haklar, m.1/1, 2/1, 5/1, 9/1 ve bu bağlamda m.12/1, 14/1, 20/4 ve 21/1'dir. Bermann et. al., **op.cit**, p.308.

birtakım ilkeleri[236] ihlal ettiği iddiasıyla, bir Topluluk bürokratı olan Brunner ile başka birkaç Alman vatandaşının, Alman Parlamentosu'nun Antlaşma'ya ilişkin onay yetkisinin kullanılması bağlamında Alman Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruya dayanmaktadır.[237] Anayasa Mahkemesi, neticede davayı reddetse ve Maastricht Antlaşması'nın onaylanmasının önünü açsa da,[238] gerek Almanya'nın Avrupa Topluluğu/Birliği içindeki konumuna (egemenlik noktasında) ve gerekse Toplulukların niteliğine[239] ve yetkilerine dair önemli tespitlerde bulunmuştur.[240]

Karar, ilk bakışta insan haklarının tarihsel gelişimiyle doğrudan ilgiliymiş gibi gözükmese de, aslında *Bundesverfassungsgericht*'in koşullu izin verdiği Topluluk entegrasyon sürecinde, *Topluluk/Birlik Hukukunun üstünlüğü* ve *Alman hukuk düzeninde uygulanabilirliğine* dair izhar ettiği koşullar, elbette insan haklarının korunmasıyla yakından ilgilidir. Topluluk/Birlik Hukuku ile ulusal hukuklar ve özellikle de Alman Hukuku arasındaki ilişkiye ve Topluluğun yetkilerine dair tespitlerini konumuzu aşması itibariyle bir kenara bırakırsak,[241] karar, AT/AB'de insan haklarının korunması bağlamında, biri *doğrudan* diğeri de *dolaylı* iki şey söylemektedir: Doğrudan söylediği şey; Alman vatandaşları için sadece Almanya değil, Toplulukların/Birliğin egemen yetkileri karşısında da (Anayasa'nın vazgeçilmez olarak gördüğü temel hakların özünün korunmasına denk) etkin bir temel haklar koruması sağlanması gerekliliğidir. [242] Bundan çıkan dolaylı sonuç ise, Mahkeme'nin, bu anlamda, Alman Anayasası'nın güvence altına aldığı temel hakları korumaya devam edeceğini; böylece bir anlamda Topluluk

---

[236] Bunlar da, m.38'in zımnen öngördüğü *tüm devlet yetkilerinin halktan gelmesi* ilkesi ile *Alman federalizmi*dir. **Ibid.** Tabii ki, konumuzu doğrudan ilgilendirmemesi dolayısıyla kararın bunlarla ilgili kısımlarına değinilmeyecektir.

[237] Doktrinde, Bermann, Goebel, Davey, Fox'un verdiği bilgiye göre; Almanya'nın Maastricht Antlaşması'nı imzalamasıyla birlikte Parlamento'nun onay işlemine (Onay Kanunu) karşı 20 ayrı dava açılmıştır. Bunlardan birisi de, eski bir Avrupa Komisyonu bürokratı olan Manfred Brunner'in açtığı davadır. **Ibid.** Bu davalar birleştirilerek görüldüğü için, doktrinde davacı olarak ''Brunner ve diğerleri'' zikredilmiştir.

[238] Almanya, Maastricht Antlaşması'nı en son onaylayan devlet olmuştur. Zira onay, ancak Anayasa Mahkemesi'nin Antlaşma'nın Alman Anayasasına aykırı olmadığına karar vermesinden sonra gerçekleşebilmiştir. Stephen Weatherill, **Cases & Materials on EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.647.

[239] Mahkeme, Topluluğu, burada, ittifak etmiş bir *demokratik devletler topluluğu* (*Verbund demokratischer Staaten*) olarak nitelemiştir (3.a).

[240] Steiner, Woods, **op.cit,** p.98.

[241] Ayrıntılı bilgi için bkz.: Weatherill **Cases & Materials on EU Law**, p.648 vd.

[242] Değer, **a.g.e.**, s.71.

normlarını insan haklarına uygunluk açısından denetleme yetkisini muhafaza edeceğini vurgulamasıdır.[243]

Mahkemenin – niyeti tam olarak öyle olmasa da – kullandığı üslubun, sanki *Solange II*'den çok *Solange-I*'e yakın olduğu görülmektedir. Bir kere, Mahkeme, *Solange-II*'deki, Toplulukta insan hakları koruma düzeyi konusunda aksi ispat edilmedikçe denetim yetkisini kullanmayacağı şeklindeki müspet karinesinden *Brunner*'de pek bahsetmemiş; aslolanın bu müspet karine olup, denetim yetkisini ''gerekirse'' kullanacağı'' şeklindeki bir üsluptan ziyade, ''denetim yetkisini kullanacağı'' vurgusunu yapmayı tercih etmiştir. Federal AYM, her ne kadar, Topluluk (ikincil) mevzuatının Alman Hukukunda uygulanabilirliğine dair ''*sahip olduğu*'' yargı yetkisini, Topluluk yargısı ile *işbirliği ilişkisi* çerçevesinde kullanacağını belirterek (para.B-2-b), bir anlamda yukarıdaki keskin çıkışını biraz yumuşatmış gibi görünse de, netice itibariyle karar, Karlsruhe Mahkemesi'nin, dişini gösterdiği ve Topluluk yargısı adına kabusu tekrardan hortlattığı bir karar olmuştur.[244] Nitekim karar, doktrinde ve Alman yargısal çevrelerinde de, farklı anlaşılmalara yol açacak ve ileride başka davaların açılmasına cesaret verecek; hatta Birlik kurumlarının Antlaşmalardan kaynaklanan yetkilerini kullanmada daha hassas davranmalarına yol açtığı şeklinde yorumların yapılmasına sebep olacaktır.[245] Örneğin, doktrinde bir kısım yazarlar, bunun, geleceğe dair (ciddi) bir uyarıdan başka bir şey olarak anlaşılamayacağını ileri sürmüş; [246] bir grup ise, kararı, içerdiği uzlaşmacı mesajlara rağmen Anayasa'daki temel hakları ihlal ettiği takdirde, *Bundesverfassungsgericht*'in Topluluk Hukukunu uygulanamaz ilan etmeye hazırlıklı olduğu şeklinde okumuştur.[247]

Yetkiyi Belirleme Yetkisi (*Competence-Competence/Kompetenz-Kompetenz*) *ve Temel Haklara Bakan Yönü*. Kararın insan hakları noktasında söylediği ''dolaylı'' şey ise,

---

[243] Steiner, Woods, **op.cit**, p.98. Örneğin Mahkeme, Topluluk yargısının o dönem için yargı yetkisinin olmadığı yahut çok sınırlı olduğu yeni Birlik yetkileri (2. ve 3. sütunlar) kapsamındaki Topluluk tasarruflarında, bu denetimi zaten yapacağını ifade etmiştir; zira bu alanlar bakımından, *Solange-II*'deki ''denetlememe'' koşulları (insan hakları temelli yargısal koruma), zaten yerine gelmemektedir (para B-2-c; bkz.:Bermann et. al., **op.cit**, p.318).

[244] Nitekim doktrinde, bir makalenin de adı olacak şekilde, ''Mahkeme'nin havladığı ama ısırmadığı'' yorumu yapılmıştır. Bkz.: Christoph U. Schmid, ''All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's Banana Decision'', **European Law Journal**, Vol:7, Issue:1, March, 2001, pp.95-113.

[245] Weatherill, **Cases & Materials on EU Law**, p.651; Betten, Grief, **op.cit**, p.67; Lindfelt, **op.cit**, p.59.

[246] Weatherill, **Cases & Materials on EU Law**, p.651.

[247] Betten, Grief, **op.cit**, p.67; Lindfelt, **op.cit**, p.59.

‘’Topluluğun yetkileri’’ noktasındaki tespitleridir. Mahkeme’nin, Birliğin yetkilerinin, Alman Anayasası’nın uluslararası örgütlere ve özelde de AB’ye üyeliği düzenleyen *23. maddesi* bağlamındaki sınırlarına ilişkin çizdiği çerçeve şudur: ‘’*Topluluklar, Antlaşmalar dahilinde verilen yetkiler çerçevesinde faaliyet göstermektedir. Antlaşmalar ise, Üye Devletler tarafından yürürlüğe konur; bu anlamda Üye Devletler, Antlaşmaların Efendisi’dir (Masters of the Treaties/Herren der Vertrage). Topluluğun Antlaşmalarla belirlenmiş yetkisi dahilinde kalan eylem ve işlemlerden ötürü, Topluluk Hukukunun üstünlüğü tanınacaktır; ancak bu yetkilerin aşılması halinde Topluluk Hukukunun Alman Hukuk düzeninde uygulanması söz konusu değildir*’’ (para.C). Buraya kadar söylenen gayet normaldir. Bir hukuk kişisinin, hukukun kendisine verdiği sınırlar dahilinde hareket etmesi kadar doğal bir şey yoktur; zaten Divan da, hiçbir zaman aksini söylememiştir. Ancak bu noktada asıl soru, bunu kimin tespit edeceği; Topluluğun Antlaşmalarla kendisine verilmiş yetkiler dahilinde hareket edip etmediğini, yetkilerini aşıp aşmadığını belirleme yetkisinin hangi düzeyin yargı organında olacağıdır. Divan’ın üstünlük doktrini, doğasında, bu sorunun cevabının Topluluk/Birlik yargısı tarafından verileceği iddiasını barındırmaktadır. Oysa Karlsruhe Mahkemesi, bu yetkinin Üye Devletlerde (dolayısıyla Üye Devlet mahkemelerinde) olduğunu söylemektedir.

Mahkeme’ye göre; Topluluğun/Birliğin yetkileri, Antlaşmalar suretiyle belirlendiğinden, bu noktada nihai söz sahibi, ‘’onların efendileri’’ olarak Üye Devletlerdir. Topluluğun ‘’kendi yetkisini kendisinin belirleme yetkisi’’ (*kompetenz-kompetenz*) yoktur. Diğer bir deyişle bir konunun Topluluğun mu yoksa Üye Devletlerin mi (somut davada Almanya’nın mı) yetkisinde olup olmadığı veya diğer bir deyişle, Topluluğun/Birliğin, yetkileri dahilinde hareket edip etmediği konusunda nihai söz sahibi, Divan değil, kendisidir. Böyle olunca da, yetkisi içinde eylemde bulunduğu veya kararlar aldığı müddetçe Topluluk/Birlik Hukuku, ulusal hukuklara üstündür; aksi halde değildir; çünkü bu halde Topluluk Hukuku, Alman hukuk düzeninde uygulanamaz.

Bunun temel hak ve özgürlüklere bakan yönüne geldiğimizde; Toplulukların, Antlaşmalar tarafından kendisine verilmiş ‘’temel hak ve özgürlükleri ihlal etme’’ gibi bir yetkisi yoktur; zira başta Almanya olmak üzere Üye Devletler, Topluluklara/Birliğe, anayasalarının esaslı bir unsuru olan bireyin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme yetkisi veremeyeceğine göre, Toplulukların da böyle bir yetkisi yoktur. Topluluklar, temel haklara aykırı bir tasarrufta bulunursa, bu, Topluluğun yetkisini aşması anlamına gelir. Böyle bir tasarruf da, bu sebeplerle Alman Hukukunda uygulanmayacaktır. Bu yönüyle, karar, Divan ile ulusal mahkemeler arasındaki kadim üstünlük tartışmasına yeni bir

pencere açan, *Solange-I* ile başlayan ve *Solange-II* ile teyit edilen ''koşullu üstünlük'' yaklaşımının ''koşullarına'' yeni bir bileşeni (yetkiyi belirleme yetkisi) ekleyen bir karar olmuştur.

Banana Kararları, 1993: Solange-II Sürecinin Vurgulanması ve Yüreklere Su Serpilmesi

Bundesverfassungsgerict, eski formundan pek bir şey kaybetmediğini ispatlamaya, doktrinde *Banana (Muz) davaları* olarak adlandırılan davalar zinciri ile devam etmiştir. Alman Hükümeti'nin muz ithalatına ilişkin birtakım kısıtlamalar getiren (404/93 sayılı) Topluluk tüzüğünün, diğer birtakım iddialar yanında,[248] bazı temel hak ve ilkelere (*eşit muamele ve ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı ve ticaret yapma ile kazanılmış haklar ve orantılılık ilkesi*) aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Adalet Divanı önünde açtığı davada,[249] Divan, bu açılardan herhangi bir ihlal bulmamıştır. Ancak Divan'ın kararında belirttiğin gerekçeler, pek tatmin edici gelmediğinden, başta Almanya olmak üzere birçok ülkede, söz konusu tüzüğün uygulanmasının durdurulması ve uygulanmasından doğan zararların telafisi amacıyla davalar açılmıştır.[250]

Bunlardan ilkinde, bir grup Alman muz ithalatçısının (Atlanta muz ithalatçıları grubuna mensup 18 ithalatçı), muz piyasasında düzenlemeler ve bu bağlamda belli ithalat kısıtlamaları getiren söz konusu tüzüğün kendilerine uygulanmaması ve ithalat izni verilmesi amacıyla yerel idare mahkemesi önünde açtıkları davada,[251] mahkeme, Adalet Divanı'nın söz konusu tüzüğe ilişkin yukarıdaki (temel hak ve özgürlüklere aykırı görmeyen) kararından tatmin olmamış ve iki ön-karar başvurusuyla aynı tüzüğün tekrardan Divan önüne gelmesini sağlamıştır.[252] Mahkeme'nin bizi ilgilendiren iddiası, söz konusu tüzüğün Alman Anayasası'nın m.3/1 (kanun önünde eşitlik), 12/1 (meslek

---

[248] Birliğin GATT (Dünya Ticaret Örgütü'nün selefi sayılan ''Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması) başta olmak üzere uluslararası yükümlülükleriyle çeliştiği; usule ilişkin Antlaşmalarda öngörülen birtakım gerekliliklerin yerine getirilmediği; ortak tarım politikasına ilişkin hükümlerin ihlal edildiği; adil rekabetin ihlal edildiği gibi iddialar...

[249] C-280/93, *Germany v. Council*, 5.10.1994, ECR 1994/I-4973.

[250] **Ibid.**

[251] Ki daha sonradan bu tüzük uyarınca 1995 yılı kotalarını belirleyen 478/95 sayılı tüzüğe karşı da dava açmışlardır.

[252] C-466/93, Joined Cases, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft and Others (II) v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 9.11.1995, ECR 1995/I-3799 ve C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft and Others (I) v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 9.11.1995, ECR 1995/I-3761. Yerel mahkeme, bunlardan birinde, söz konusu tüzüğün, aralarında temel hakların da bulunduğu Topluluk Hukuku kurallarını ihlali konusunda; birinde ise, Divan önünde devam eden bir ön-karar prosedürüne konu olan bir Topluluk işlemine (olaydaki tüzük) dayalı ulusal idari tasarrufların uygulanmaması amacıyla bir geçici tedbir (bir nevi yürütmeyi durdurma) kararı verilip verilemeyeceği konusunda, Divan'a sorular yöneltmiştir.

seçme özgürlüğü), 14/1 (mülkiyet) ve 23/1, c.1 (AB'ye yetki devrinin esasları) hükümlerinde düzenlenen temel hak ve ilkelere aykırı olduğudur. Ancak Divan, ilk kararındaki değerlendirmesinde ısrar etmiş ve tüzüğün, Topluluk Hukukunda korunan temel hak ve özgürlüklere aykırı olmadığına karar vermiştir.[253] Ancak Frankfurt Mahkemesi, sürpriz olmayacak bir şekilde, bu karardan tatmin olmamış ve davayı, somut norm denetimi yoluyla Federal Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir (ki AYM'nin kararına aşağıda değineceğiz).[254]

Bu süreçten anlaşılan, Alman mahkemelerinin söz konusu Topluluk tüzüğünün Alman Anayasası'nda güvence altına alınan birtakım temel haklara aykırı olduğunu düşündükleridir. Ancak yine de Divan'ın bu süreçte verdiği kararları açıkça uygulamamak ve böylece bir çatışmaya girmek yerine, bir yandan geçici tedbir kararları vererek bireylerin Anayasa'dan kaynaklanan haklarını korumaya çalışmışlar; bir yandan da, nihai kararlarını Divan içtihadı doğrultusunda verebilmek adına, defaten ön-karar prosedürünü işletip söz konusu Topluluk tasarrufunu Divan önüne getirmek suretiyle, içtihadını değiştirmesi için, bir anlamda ona birkaç kez ''fırsat'' vermişlerdir.[255] Alman

---

[253] **Ibid.**; Betten, Grief, **op.cit**, p.67. Kararın temel haklar yönünden isabetli olup olmaması mevzuuna değinmiyoruz. Geçici tedbir yetkisi verme noktasında ise, Divan, bunun teorik olarak mümkün olduğunu; ancak bunun belli şartlara (söz konusu Topluluk işleminin halihazırda Divan önünde bir uyuşmazlığa konu olmaması gibi) bağlı olduğunu söylemiştir.

[254] Öte yandan, Divan'ın hak ihlali görmediği bu kararları, söz konusu tüzüğün, Alman Anayasası'na (bilhassa temel hak ve özgürlük güvencelerine) aykırı olduğu gerekçesiyle, *Brunner kararı* temel alınarak, başka davalara konu olmasına yol açmış; yani konunun kapatılmasını sağlayamamıştır. Steiner, Woods, **op.cit,** p.99. Bunlardan birinde, bu yöndeki talepleri, Kassel İdare Mahkemesi tarafından Divan'ın yukarıdaki ilk kararı (*Germany v. Council*) uyarınca reddedilen bir grup muz ithalatçısı, *bireysel başvuru* (anayasa şikayeti) yoluyla bu kararı Federal Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. **Ibid.** Anayasa Mahkemesi ise, ön-karar prosedürüne başvurmaksızın (ki hatırlanacağı üzere, ön-karar prosedürü, kararlarına karşı herhangi bir itiraz/temyiz vs. iç başvuru yolu bulunmayan ulusal mahkemeler için zorunluydu; dolayısıyla *Bundesverfassungsgericht*'in ön-karar ile Divan'a başvurmaması, oldukça tartışmalı bir karar olmuştur), somut olayda geçici tedbir kararının verilmemesinin Anayasa'nın etkili yargısal korumayı düzenleyen 19/4. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle kararın yeniden incelenmesine hükmetmiştir. **Ibid.** Dava yeniden incelemesi için önüne gelen Kassel İdare Mahkemesi ise, bu sefer Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda, davacıların talep ettiği geçici tedbir kararını (tüzüğün kısıtladığı ithalat imkanını vermek) vermiş ve tekrardan tüzüğün yorumlanması ve geçerliliğinin tespiti için Adalet Divanı'na – yine *ön-karar prosedürü* uyarınca – (ikinci kez) başvurmuştur. **Ibid.** Yine bu sırada Hamburg Vergi Mahkemesi önünde yürüyen bir başka dava süreci de, federal vergi mahkemesi olan *Bundesfinanzhof* önüne gelmiş ve bu Mahkeme de, ayrı bir ön-karar prosedürünü işleterek Divan'a başvurmuştur. (Ayrıca, başvurusunu yaparken, *Brunner* kararındaki koşullar var olduğu takdirde Alman mahkemelerinin söz konusu tüzüğü uygulamaktan imtina edebileceklerini söylemekten de geri durmamıştır.) **Ibid.** p.100.

[255] **Ibid**. Nitekim Divan da, bunlardan birinde (C-364 & 365/95, Joined Cases), bu mesajı kısmen almış ve söz konusu Topluk tasarruflarının belli hükümlerinin eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Steiner, Woods, **op.cit,** p.100. Ancak bir ek bilgi olarak belirtelim ki, Divan, ulusal mahkemelerin Topluluk organlarının hukuka aykırı olarak eylemsiz kaldıkları gerekçesiyle geçici tedbir kararları verme yetkilerinin olmadığını; zira böyle bir kararın, ancak

mahkemelerinin bu ısrarı, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından *Solange-II* ve *Brunner* kararlarında açılan kapıyı (''koruma düzeyi düşerse denetleme yetkimi kullanırım'' yaklaşımı) sonuna kadar kullanmaya hazır oldukları şeklinde okunabilir.

Brunner'in Tashihi ve Solange-II Vurgusu. Bu arada *Bundesverfassungsgericht* de, Frankfurt İdare Mahkemesi'nin yaptığı somut norm başvurusuna ilişkin incelemesini tamamlamış ve 2000 yılında verdiği kararında,[256] başvuruyu reddetmekle birlikte, Toplulukta temel hakların korunması bağlamında Topluluk Hukukunun üstünlüğü ve Üye Devlet hukuk düzenlerinde uygulanabilirliği bakımından önemli tespitlerde bulunmuştur.[257] Mahkeme, *Solange-II*'de ortaya koyduğu ''Topluluk/Birlik, insan haklarının koruması noktasında, Alman anayasal düzeni ile denk bir koruma sağladığı müddetçe …'' şeklindeki yaklaşımını açmak adına, farklı temel hak alanlarında birebir aynı bir korumanın aranmayacağını; Divan'ın içtihatları, Toplulukların egemen yetkilerine karşı genel anlamda etkili bir sınırlama vazifesi gördüğü ve Anayasa'nın sağladığı korumaya benzer (olarak değerlendirilebilecek) bir koruma sağladığı ve neticede temel hakların özünü genel anlamda koruduğu müddetçe, Anayasa'nın 23. maddesinde aranan gerekliliklerin (*Solange-II kriterleri*) sağlanmış olacağını söylemiştir (para.II-2-c).

Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre; kendisine yapılan bireysel başvurular (anayasa şikayetleri) ile olaydaki gibi somut norm denetimi talepleri, Topluluk/Birlik Hukukunun sağladığı insan hakları koruma düzeyinin yukarıda atıf yapılan temel haklar standardının altına düştüğü noktasında yeni gelişmeler ortaya koyamıyorsa, zaten daha baştan reddedilmelidir. O itibarla, Anayasa tarafından korunan bir temel hakkın bir Topluluk kuralı tarafından ihlal edildiğine ilişkin başvuru veya dava, Topluluk/Birlik Hukukunda temel hak korumasının **genel anlamda** Alman Anayasası'ndan geriye düştüğünü ayrıntılarıyla ortaya koymalıdır. Bu da, hiç şüphesiz, ulusal hukuk ile Topluluk/Birlik Hukukundaki temel hak korumasının – Mahkemenin *Solange-II* kararında yaptığı gibi – bir mukayesesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme ve iddia ise, somut olayda başvuruyu yapan mahkeme (Frankfurt İdare Mahkemesi) tarafından ortaya konmamıştır. Böyle olunca da talep, daha baştan, kabul edilebilirlik konusundaki bu ''özel gerekliliği'' karşılamamaktadır (paras.B-II-2-d & B-III-2).[258]

Antlaşmadaki ilgili hukuki süreç (eylemsizlik davası) sonucunda kendisi tarafından verilebileceğini de söylemiştir.

[256] BverfG, 2 BvL 1/97, 7.6.2000.

[257] Steiner, Woods, **op.cit,** p.100.

[258] Bundan sonra ise, Mahkeme, *Brunner (Maastricht) kararının* doktrin ve yargı kararlarında yanlış anlaşıldığını ortaya konan değerlendirmelerde bulunmuştur. Öncelikle, Frankfurt İdare Mahkemesi'nin somut norm denetimi başvurusundan anlaşıldığı üzere, bu Mahkeme, Anayasa

Ara-Değerlendirme. Alman AYM'nin burada basitçe söylediği şey şudur: ''Ben, *Solange II* ve *Brunner*'de, Topluluktaki insan hakları koruma düzeyini, *kavram, esas (maddi yön, içerik)* ve *usul (uygulanma biçimi)* bakımından Anayasamızın sağladığı koruma düzeyi ile ''denk'' (*comparable*) buldum ve erişilen bu koruma düzeyinin yeterince sağlamlaştırılmamış ve arızi olduğu yönündeki görüşleri de reddettim.[259] Dolayısıyla bir Topluluk kuralının Alman Anayasası'na aykırı olduğunu ileri sürebilmek için yapılması gereken, Divan'ın, içtihatlarıyla sağladığı koruma düzeyinin – **özel birtakım kararlar veya temel hak alanları bakımından değil, ''genel durum'' itibariyle** – Alman Anayasası'nın sağladığı düzeyin altına düştüğünün ortaya konmasıdır. Oysa başvuruyu yapan yerel mahkeme, *Solange-II* kararından bu yana Toplulukta cari olan insan hakları düzeyinin düştüğüne dair herhangi bir veri/gelişme sunmamıştır. Böyle olunca da, söz konusu tüzüğün Alman Anayasası'na aykırılığını iddia etmek mümkün değildir.''[260] Bu tespitlerden, Topluluktaki insan hakları koruma seviyesinin, Alman AYM'nin gözünde halen daha ulusal anayasal güvencelere göre denetim yapmasını gerektirmeyecek ölçüde iyi (Alman Anayasası'nın sağladığına denk) durumda olduğu sonucu çıktığı gibi; mefhum-u muhalifinden de, bu seviye, yine Alman AYM'nin gözünden bakıldığında gerilediği takdirde, *Solange-I*'de ortaya konan denetim

---

Mahkemesi'nin, *Brunner (Maastricht) kararında*, Topluluk işlemlerine dair denetim yetkisini, *Solange-II kararının* aksine, (Divan ile işbirliği içinde olmakla birlikte) **açıkça yeniden kullandığı** sonucunu çıkarmıştır. Oysa *Bundesverfassungsgericht'*e göre, *Brunner kararından* böyle bir sonuç çıkarmak mümkün değildir; zira, kararın ilgili (Frankfurt Mahkemesi'nin de alıntı yaptığı) kısmında, açıkça, *Solange-II*'deki – denetim yetkisinin ''çok sınırlı olarak'' kullanılacağını belirten – ifadelere atıf yapılmıştır. Federal AYM'ye göre; kararın ne bu bölümünde, ne de başka bir yerinde, Topluluk yargısının Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin de Topluluk yargısı karşısındaki yargı yetkisinin sınırlanmasına dair *Solange-II*'de ortaya konan görüşten vazgeçildiğine dair bir ifade mevcut değildir (para.B-III-1). Bu ifadelerle Federal AYM, *Solange-II* ve *Brunner (Maastricht)* kararları arasında bir çatışma olduğu; yani *Brunner* kararı ile *Solange-II*'nin terk edildiği yönünde doktrin ve yargı organlarında beliren görüşün isabetli olmadığını söylemektedir. Doktrinde Lindfelt, her iki kararın birbiriyle çelişmediği tespitinin doğru olduğunu; ancak yine de, her iki kararın diline bakıldığında, Topluluk işlemleri üzerinde temel haklara ilişkin yargı yetkisinin, *Brunner*'de (*Solange-II*'ye kıyasla) daha geniş kapsamda ve keskin şekilde dile getirildiğinin de bir gerçek olduğunu söylemektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.60. Mahkeme, bu değerlendirmelerin ardından, o süreçte, Divan tarafından söz konusu tüzük ile ilgili verilen kararları incelemiş ve tüm bu içtihatlara bakıldığında, Topluluk Hukukundaki genel insan hakları koruma düzeyinin Alman anayasal standartlarının altına düştüğü sonucunu düşündürtecek bir gelişmenin olmadığını, bu içtihatların kendisinin daha önceden bu bağlamda verdiği içtihatlarla uyumlu olduğunu belirterek, başvuruyu reddetmiştir.

[259] Hatırlanacağı üzere, Mahkeme, bu korumanın bütün temel hak ve özgürlük alanlarında, iki hukuk düzeninde de aynı olmasının gerekmediğini; genel olarak koruma düzeyinin, Alman anayasal standartlarıyla denk, mukayese edilir olup olmadığının bu bağlamda önemli olduğunu söylemişti.

[260] Steiner, Woods, **op.cit**, p.100.

yetkisinin tekrardan kullanılabileceği sonucu da çıkmaktadır.[261] Karar, görüldüğü gibi, neticede Topluluk Hukukunun üstünlüğüne ilişkin bir karar olmakla birlikte; temeldeki kaygılar, insan haklarıdır. Alman mahkemeleri, bu olayda Topluluktaki insan hakları koruma düzeyinden tatmin olmamış ve sorgulamış; fakat Federal AYM, bu düzeyden halen daha ''memnun'' olduğu için bu sorgulamayı kabul etmemiştir. Ancak ne olursa olsun, bu ''kısmi'' ve ''alt-perdeden'' direniş, insan haklarının etkin biçimde korunmasının Topluluktaki önemini ortaya koymaktaydı.[262]

İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Solange II Sonrası Süreç

Hatırlanacak olursa, oyunun birinci perdesindeki direnişin – Alman AYM ile birlikte – diğer bir aktörü de, İtalyan Anayasa Mahkemesi'ydi. Gösterdiği direnişin dozu, Alman muadili kadar olmasa da, yine de Divan'ı, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü yerleştirme sürecinde zorlayan, *Solange-I* sürecinin etkin bir gücü olmuştu, *Corte Constituzionale*.[263] Nitekim bu bağlamdaki kararlara yukarıda yer vermiştik. Bu anlamda, oyunun (rekabetin/işbirliğinin) ikinci perdesinde, Toplulukta insan haklarının korunması bağlamında yaşanan gelişmelere, bu Mahkeme'nin bir tepkisinin olup olmadığına da

---

[261]Lindfelt, **op.cit**, pp.60-61.

[262] Betten, Grief, **op.cit**, p.68. Bu karar, doktrinde, bazılarınca, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Topluluk yargısı ile doğrudan bir çatışma içine girmek istemediği ve – kendisinin de kararda açıkça belirttiği gibi – yenilenmiş bir işbirliğine hazır olduğu şeklinde yorumlanmış (Lindfelt, **op.cit**, p.61; Steiner, Woods, **op.cit**, p.100); hatta bu anlamda biraz daha ileriye giden bazı yazarlar, kısa bir süre sonra verilen diğer kararlarla (BVerfG, 17.2.2000 tarihli karar) da birlikte düşünüldüğünde, kararın, Topluluk Hukukunun üstünlüğü doktrini üzerine – *Brunner* kararıyla birlikte – çöken gölgeleri dağıttığı yorumunu yapmış (Lindfelt, **op.cit**, p.61; Steiner, Woods, **op.cit**, p.100); bazıları ise, *Bundesverfassungsgericht*'in *Brunner* içtihadını terk ettiği şeklinde yorumlamıştır (**Ibid.**). Kanaatimizce, bunlar, (Topluluk adına) aşırı iyimser yorumlardır. Zira yukarıda alıntıladığımız ifadelerden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme'nin tasvip etmediği gelişme, birkaç yıl önce verdiği *Brunner* kararı değil; bu karar üzerinden yapılan *Solange-II*'nin bu kararla terk edildiği yönündeki isabetsiz değerlendirmelerdir. Yani *Solange-II* süreci, *Brunner*'deki şüphelerin ardından, tazelenerek yoluna devam etmektedir de demek mümkündür; ancak bir farkla ki, somut olarak denetim ihtimali/riski, gittikçe azalmaktadır. Zira, Topluluk/Birlik Hukukunun insan hakları koruması noktasında geldiği nokta, gün geçtikçe ilerlemektedir (üstelik koruma, salt içtihadi boyuttan siyasi ve kurumsal boyuta da geçmeye başlamıştır). Bu ise, *Bundesverfassungsgericht*'in denetim için aradığı ''daha aşağı bir koruma düzeyi''nin gerçekleşme ihtimalini azaltmakta ve böylece Topluluk Hukuku için ''beslediği hüsn-ü zannın'' çürütülmesi ihtimalini günden güne zayıflatmaktadır. Nitekim doktrinde, Alman AYM''nin – belki de biraz daha teslimiyetçi veya uzlaşmacı bir tavırla – *Solange-II* sürecini teyit etmesinin ardında, o tarihlerde kabul edilen Temel Haklar Şartı'nın da bulunduğu söylenmiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.61. Bu meseleye, aşağıda yapacağımız kısım değerlendirmesinde değineceğiz.

[263] Sadece direniş değil, direnişin ortaya çıkmasına yol açan öncesi süreçte de, gerek insan haklarına dayalı denetim taleplerinin reddedilmesi (*Sgarlata*), gerek üstünlük doktrininin ilk defa ortaya konması (*Costa v. E.N.E.L.*) gibi gelişmelerde de, temel aktör, hatırlanacağı üzere, *İtalyan Hukukuydu.*

değinmek gerekir. Hatırlanacağı üzere, İtalyan Anayasa Mahkemesi, özellikle rekabetin ilk aşamasındaki *Frontini* kararında – Alman Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı gibi – İtalya'nın belli egemenlik yetkilerini devretmesinin sınırlarını çizmiş; bu bağlamda egemenliğin sınırlanmasının, ancak Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen hedeflere ulaşılması amacıyla mümkün olup; Topluluklara, anayasal düzenin temel ilkelerini veya kişinin vazgeçilemez haklarını ihlal etme yetkisi vermediğini vurgulamıştı. Mahkeme'nin 1984'te verdiği *Granital kararında*[264] da sürdürdüğü bu yaklaşımda kısaca söylediği, kendisinin daima söz konusu Antlaşma'nın (ve ondan doğan Topluluk tasarruflarının) yukarıda belirtilen temel ilkelere uygunluğunu denetleme yetkisini haiz olacağı idi. Görüldüğü gibi, bu Mahkeme de, dozunu Alman AYM kadar yüksek tutmasa da, başlangıçtan itibaren, Topluluk Hukukunun kayıtsız-şartsız üstünlüğü doktrinine direnmiş ve Topluluk tasarruflarını, bilhassa temel haklar söz konusu olduğunda, ulusal anayasal güvencelerin süzgecinden geçireceğini vurgulamıştı.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Re Wünsche Handelsgesellschaft* kararını vermesinden sonra başlattığımız *Solange-II* sürecinde ise, İtalyan Anayasa Mahkemesi, *Solange-I*'deki gibi öne çıkan bir aktör olmamıştır. Esasında bu normaldir de. Zira *Solange-II* için bir *Solange-I* gerekliydi; oysa hatırlanacağı üzere, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin ''*Solange-I''i* biraz farklı idi; Alman muadili gibi teknik olarak ''solange/so long as/...duğu müddetçe'' kavramlarına tam olarak oturmuyordu.[265] Mahkeme, *Solange-I* olarak adlandırdığımız süreçte, *Topluluk Hukukunun* üstünlüğünü koşullu (temel haklar çerçevesindeki denetim yetkisini muhafaza ederek) kabul ederken, salt genel ilkesel bazda yaklaşmış; Alman muadili gibi, bunu Topluluk Hukukunun insan hakları koruma seviyesine (ve dolayısıyla bu seviyedeki değişimlere paralel olarak kendi yaklaşımının da bir gün değişebileceği ihtimaline) bağlamamıştı. Böyle olunca da, AB İnsan Hakları Hukukunda 1974 sonrası süreçte yaşanan (ve Alman AYM'nin de dikkate alıp olumladığı) gelişmelerin bu anlamda İtalyan AYM'nin kendi *Solange-I*'inde radikal bir değişikliği tetiklemesi beklenmemeliydi. Mahkeme, o gün de (*Solange-I* süreci), bugün de (*Solange-II* süreci), tek ve aynı şeyi söylemekteydi: ''*Temel haklar noktasındaki denetim yetkisini muhafaza edeceğini*.'' Örneğin Mahkeme, 1989 tarihinde verdiği *Fragd kararında,*[266] *Solange-II* öncesi (*Frontini* ve *Granital* kararları) süreçteki yaklaşımına benzer şekilde, Topluluk kurumları tarafından yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle bir

[264] C-170/1984.
[265] Bkz. supra s.78.
[266] Case 232/1989 *Spa Fragd v. Amministrazione Delle Finanze Dello Stati*, 21.4.1989.

Antlaşma hükmünün İtalyan anayasal sistemiyle veya bu sistemin vazgeçilmez bir karakteri olan bireyin vazgeçilmez haklarıyla uyum içinde olup olmadığı noktasındaki nihai söz yetkisinin kendisinde olduğunu ve bu bağlamda, Topluluk tasarruflarının İtalyan Anayasası'nın vazgeçilmez esaslarından biri olan temel hakları ihlal etmesi halinde, bu tasarrufların hukuki dayanağı olan Onay Kanunu'nu denetleme yetkisini saklı tutacağını belirtmiştir.[267] Yani Mahkeme'nin, *Solange-I* sürecinde düşük dozda yürüttüğü direniş, bir anlamda halen – ancak tabii ki artık gelinen nokta itibariyle Toplulukların insan haklarını ihlal etmesi daha zor bir ihtimal olarak – devam etmekteydi.

1.3.5. Değerlendirme

Kazan-Kazan-Kazan

Avrupa Kamu Düzeni sahnesinde sergilenen ''insan haklarının korunması'' adlı oyunda ilk perde, Topluluk yargısının insan haklarına dayalı denetim taleplerini reddetmesi ve ardından üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerini ortaya koyması ile açılmış; ulusal mahkemelerin, insan hakları kaygılarına diğer bazı dinamiklerin de eklenmesiyle, Topluluk yargısı tarafından ortaya konan bu doktrinlere direnen kararları ile de kapanmıştı. Bu oyunda ikinci perde ise, bu rekabetin/işbirliğinin meyvesi olarak Topluluk yargısı tarafından insan hakları korumasının Topluluk Hukukuna kazandırıldığı kararlar ile açılmış ve sonra da, korumanın, gerek denetime tabi normlar gerekse başta AİHS olmak üzere referans kaynaklar noktasında (tabii yine jürisprüdansiyel olarak) geliştirilmesi ve böylece Topluluk Hukukunda ''içtihadi bir temel haklar ve özgürlükler listesi''nin ortaya çıkması ile devam etmiş; ve nihayet, tüm bu gelişmelere, ulusal mahkemelerin ''direnişlerini'' sona erdirerek (veya zayıflatarak) verdiği cevap ile de kapanmış oldu. Buraya kadarki süreç için söylenebilecek belki de en önemli şey, adına ''*rekabet/işbirliği/diyalog*'' her ne denirse densin, bu yargısal sürecin sonucunda, bir *kazan-kazan* durumunun ortaya çıkmış olmasıydı.

[267] Değer, **op.cit**, s.74, 75. İtalyan Hukukuyla Topluluk arasındaki ilişkiye dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Giorgio Gaja, ''New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law'', **Common Market Law Review**, Vol:27, Issue:1, 1990, pp. 83–95; Marta Cartabia; ''The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Community'', **Michigan Journal of International Law**, Vol:12, 1990, pp.173 vd.

Belirtmek gerekir ki, Üye Devletlerde, Topluluk/Birlik Hukukunun üstünlüğünün kabulü meselesi, burada *Solange-II* süreci olarak anlatılandan çok daha geniş boyutları olan bir meseledir. Biz, burada, konumuz olması itibarıyla meselenin temel hak ve özgürlükler boyutuyla ilgili olan kısmını ele aldık. Buradaki temel kurgumuz, önce, Divan'ın üstünlük doktrinini ortaya koyması; ardından da ulusal mahkemelerin, başka dinamiklerin yanında, temelde ulusal anayasalarındaki hak ve özgürlük güvencelerinin zedeleneceği kaygısıyla bu doktrine direnmeleriydi. Yani bu ''direniş''le ismi özdeşleşen *Solange-I* kararı sonrası sürecin temel bileşeni, Topluluk Hukukundaki temel hak ve özgürlük koruma düzeyi idi. Ancak yukarıda da bir vesileyle değindiğimiz gibi, AB Hukuku-ulusal hukuklar arasındaki bu kadim ilişki ve bu bağlamda Topluluk yargı organı ile ulusal yargı organları arasındaki rekabet (veya işbirliği), sadece temel hak ve özgürlükler üzerinden değil; örneğin (yukarıda *Brunner kararında* ele aldığımız) yetkiyi belirleme yetkisi (*kompetenz-kompetenz*), demokratik meşruiyet, [268] ulusal kimlikler gibi başka paradigmalar ve kavramlar üzerinden de yürüdüğü gibi;[269] hak ve özgürlükler üzerinden devam eden mücadele de, sadece yukarıda değindiğimiz davalarla sınırlı kalmamış, günümüze kadar devam etmiştir.

Diğer bir anlatımla, ulusal mahkemelerin seslerini yükseltmeleri, bazen, *Solange* ve *Banana* kararlarında olduğu gibi, salt insan hakları kaygılarıyla olmuş; bazen, aslında *egemenlik* boyutunda yürüyen tartışmada, insan hakları ve onun AB Hukukundaki korunma düzeyi bir kılıf olarak kullanılmış; bazen de, tamamen insan haklarıyla çok alakalı olmayan yukarıdaki türden paradigmalar üzerinden yaşanmıştır. Nitekim en son Lizbon Antlaşması[270] olmak üzere hemen her Kurucu Antlaşma, bu şekilde bir mücadeleye sahne olmuştur. Dolayısıyla burada göz önüne alınması gereken husus, bu sürecin tek bileşeninin ve katalizörünün ''insan hakları'' olmadığıdır. Ancak bizim konumuz AB'de insan haklarının korunması olduğundan; biz, burada bu sürecin insan

---

[268] Örneğin İngiliz mahkemelerini, bu doktrini kabul ederken zorlayan noktanın, İngiliz anayasal sisteminin temelinde yatan ''parlamentonun üstünlüğü ve egemenliği'' anlayışı olduğu söylenmiştir. Craig, De Búrca, **op.cit**, p.285.

[269] Özellikle AB'nin yetkileri ve bunların sınırı noktasındaki tartışmalar için bkz.: Schütze, **op.cit,** p.361.

[270] Lizbon Antlaşması, Polonya, Almanya ve Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemeleri önünde dava konusu edilmiş; ancak hepsinde de Antlaşma'nın ilgili Anayasalarla uyumlu olduğu kararı verilmiştir. Özellikle 2004'te üye olan on Devlet bakımından konunun güzel bir değerlendirmesi için bkz.: Wojciech Sadurski, ''Solange Chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union'', **European Law Journal**, Vol:14, Issue:1, 2008, pp.1-35.

hakları (temel hak ve özgürlükler) üzerinden yürüyen boyutuyla ilgilendik ve bu minvaldeki kararlara çoğunlukla yer verdik. Bu noktada da, Toplulukta insan hakları korumasının tarihsel gelişimi ve bu bağlamda Divan eliyle (jürisprüdansiyel olarak) ortaya çıkarılışı süreci üzerinde durduğumuz için, insan hakları bağlamında yaşanan bu sürece de, *Banana* kararlarıyla son verdik.[271] Diğer ilgili davalara, ileride çalışmanın ilgili yerlerinde yeri geldikçe değinilecektir.[272]

Neden Hep Bundesverfassungsgericht, Diğer Ülkeler/Mahkemeler ve Demokles'in Kılıcı

Bu noktada, aslında, neden yukarıda hep Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinin kararlarına yer verildiği; neden sürecin sanki sadece bu iki Mahkemenin eseriymiş gibi aktarıldığı şeklindeki sorular da, kısmen haklı olarak sorulmaktadır. Söylediğimiz gibi, bizim konumuz, AB'de insan haklarının korunması olduğundan, biz, burada sürecin bu yönüyle ilgilendik ve çoğunlukla bu bağlamdaki kararlara yer verdik. Böyle olunca da, süreçte sadece bu iki ülke ve onların mahkemelerinin olduğu gibi bir izlenim doğmuş oldu. Esasen, insan hakları noktasında, bilhassa 2000'li yıllara kadar, bu, çok da yanlış değildi; zira az önce de vurguladığımız gibi, genel anlamda üstünlük doktrini, sadece Almanya ve İtalya değil birçok ülkede doktriner tartışmalara ve hatta zaman zaman yargısal çekişmelere konu olmuş;[273] ancak diğer Üye Devlet mahkemelerinden gelen üstünlük doktrini noktasındaki itirazlar, hak ve özgürlüklerden ziyade başka temeller/paradigmalar üzerinden yaşanmıştı. Bunda, hiç şüphesiz, bu iki ülkenin, II. Dünya Savaşı sonrası yeniden inşa sürecinde, anayasal sistemlerinde, temel hak ve özgürlük güvencelerine, diğer Batı Avrupa demokrasilerine göre daha yoğun yer vermesi ve bu konuda daha hassas davranması önemli rol oynamıştır. Bu anlamda,

---

[271] Keza temel hak ve özgürlükler bağlamında, dediğimiz gibi, ilerleyen yıllarda da Birlik yargısı ile ulusal mahkemeler arasında rekabet/işbirliği olarak niteleyebileceğimiz önemli gelişmeler yaşanmıştır. Örneğin, 2000'li yıllarda, *Avrupa Tutuklama Emri* olarak bilinen çerçeve Konsey kararı (*Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States)* çerçevesinde yine Almanya ve Polonya başta olmak üzere birçok Üye Devlette – temel haklara aykırı olduğu gerekçesiyle – davalar açılmış ve Divan ile ulusal (anayasal veya yüksek) mahkemeler arasında yukarıdaki tabirle yine bir rekabet/işbirliği olarak adlandırabileceğimiz gelişmeler yaşanmıştır.

[272] Topluluk Hukukunun – Uluslararası Hukukun bağımsız fakat ayrı bir parçası olarak – Üye Devlet anayasal sistemlerindeki (hiyerarşik) yeri ve statüsü de, çalışmanın boyutlarını aşması yönüyle burada incelenen bir konu olmamıştır. *Topluluk Hukukunun üstünlüğü* doktrininin Üye Devletlerde nasıl karşılık bulduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Craig, De Búrca, **op.cit**, pp.268 vd.; Steiner, Woods, **op.cit**, p. 93 vd; Bermann et. al., **op.cit**, p.282 vd.

[273] Lizbon Antlaşması'nda, mücadeleye, kadim muteriz Almanya'nın yanısıra Polonya ve Çek Cumhuriyeti (Anayasa Mahkemeleri)'nin de dahil olduğunu az önce söylemiştik.

sürecin bizi ilgilendiren boyutunun *Bundesverfassungsgericht* üzerinden yürüdüğü ve süreçte diğer Üye Devletlerde somut olarak ciddi bir problemle karşılaşılmadığı tespitini yapmak mümkündür.[274]

Bununla birlikte, bir Topluluk normunun ulusal anayasada güvence altına alınan temel hak özgürlükleri açık bir şekilde ihlal etmesi ve bunun da Topluluktaki mekanizmalar yoluyla çözülememesi gibi bir durum söz konusu olduğunda, büyük olasılıkla diğer ülkelerdeki yargısal cevabın da, *Solange* çizgisinde olacağını söylemek, sürpriz değildir.[275] Zira birçok Anayasa, uluslararası örgütlere yetki devrinin sınırlarını özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi ile çizmiş olup; doğrudan bu konuda olmasa da, başka konulardaki davalar üzerinden, bazı ulusal mahkemelerin bunu ima eden kararlarına rastlamak mümkündür.[276] Dipnotta verdiğimiz örnekleri çoğaltmak mümkündür; ancak mevcuttan çıkarılabilecek sonuç, her ne kadar bu anlamdaki asıl

---

[274] **Ibid.** p.347.

[275] **Ibid.**

[276] **Ibid.** Örneğin, Yunan doktrininde, Yunanistan Anayasası'nın Topluluk Hukukunun bile dokunamayacağı bir temel haklar listesine sahip olduğu söylenmiştir. **Ibid.** Keza İspanya Anayasası Mahkemesi, 1991 yılında verdiği bir kararında (Case 64/1991, 22.3.1991), Topluluk Hukukunun uygulanması amacıyla kabul edilen ulusal tasarrufların insan haklarının korunması için anayasal denetime tabi olacağını ima etmiş; 1992 tarihli başka bir kararında (Case 1236/1992) da, ulusal makamların Topluluk Hukukunu uygularken bile, neticede ''ulusal otoriteler'' olduğunu ve ulusal anayasal sınırlamalara tabi olduklarını söylemiştir. **Ibid**. p.349. Ayrıca, doğrudan temel haklarla ilgili olmasa da, doktrinde Arsava'nın verdiği bilgiye göre; İspanyol AYM'nin de, Alman muadilinin *Maastricht kararına* benzer kararları mevcuttur. Mahkeme, İspanya'nın Maastricht Antlaşması'nı onaylaması sürecinde Anayasa'nın 93. maddesine ilişkin 1.7.1992 tarihli mütalaasında, bu hükmün söz konusu Antlaşma'nın onaylanması bakımından yeterli bir dayanak oluşturmadığını; zira söz konusu Anlaşmanın, İspanyol Anayasası'nın sadece İspanyol vatandaşlarına tanıdığı birtakım hakları tüm AB vatandaşlarına tanıdığını belirtmiştir. Nitekim bundan sonra Anayasa değiştirilmiş ve Antlaşma, öyle onaylanmıştır. A. Füsun Arsava, ''Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri'', **AÜSBF Dergisi – Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan**, Cilt:52, No:1-4, Ocak-Aralık, 1997. s.127). Yine Avusturya doktrininde de, Anayasa Mahkemesi'nin (*Verfassungsgerichtshof*), Topluluk Hukukunun üstünlüğünü tanımakla birlikte, kendi insan hakları konusundaki standartlarını kullanacağı yönünde yaygın bir kanaat vardır. Nitekim bu Mahkeme, bu zamana kadar gerçek anlamda çatışma söz konusu olmamakla beraber, bu yaklaşımı ima eder şekilde Divan'a önemli *ön-karar* başvurularında bulunmuştur (C-143/99 ve Case C-465/00). Bermann et. al., **op.cit**, p.350. Bu bağlamda yine örneğin, Finlandiya Anayasası'nın 94/3. maddesi, herhangi bir uluslarası yükümlülüğün Anayasa'nın demokratik temellerini tehlikeye atamayacağını söylerken (ki temel hak ve özgürlüklerin de bu demokratik temellerden biri olduğuna şüphe yoktur); bir başka Baltık ülkesi İsveç'in Anayasası'nın ilgili maddesi (Chapter 10-Part 4-Art.6) de, AB'ye belli yetkilerin devredilebileceğini, ancak devredilen konulardaki hak ve özgürlük korumasının, Anayasa'da (ve AİHS'te) güvence altına alınan hak ve özgürlükleri karşılaması gerektiğini öngörmektedir. Nielsen, **op.cit**, p.218. Son olarak, 1953 Danimarka Anayasası'nın uluslararası otoritelere yetki devrini öngören 20/1. bölümünün de, Anayasa uyarınca ulusal makamların sahip oldukları yetkileri devredebileceğini söylemek suretiyle, ulusal otoritelerin yetkisinde olmayan temel hakların ihlaline yol açacak bir yetki devrini zımnen yasakladığı söylenmiştir. **Ibid.** Nitekim Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin bu bağlamdaki *Lumino kararına,* yukarıda *Solange-I* sürecinde değinmiştik (bkz.: supra dipnot:167).

mücadelenin ulusal ayağını, Alman ve (bir dereceye kadar) İtalyan Mahkemeleri temsil etmiş olsa da, hemen bütün Üye Devlet anayasaları ve/veya mahkemelerinin, Topluluk/Birlik normlarının ulusal anayasayı ve bilhassa da onun esaslarından biri olan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi halinde gerekli müdahaleyi yapmaya hazır olduklarıdır.[277]

Görüldüğü gibi, kimi zaman hak ve özgürlüklerin korunması kimi zaman da başka kaygılar temelinde cereyan eden ve ileride de sürmeye devam edecek olan bu rekabetin/işbirliğinin (yani *Solange-II* sürecinin), insan haklarıyla ilgili olsun olmasın, her zaman canlı bir tartışma alanı olduğunu; ve bir yönüyle de, Adalet Divanı ve Topluluk/Birlik üzerinde *Demokles'in Kılıcı* gibi sallandığını söyleyebiliriz. Üye Devlet mahkemeleri, AB Hukukunun sınırları içinde kalan meselelerde, Topluluk/Birlik Hukukunun üstünlüğünün kabulü noktasında ciddi bir problem çıkarmasa da, Topluluğun/Birliğin yetkisini aştığını ve ulusal anayasalardaki temel hak güvenceleriyle çeliştiğini düşündüğü zamanlarda, seslerini yükseltmiş ve bu durumu sorgulamışlardır. Bu ihtimalin – özellikle Lizbon sonrası dönemde, AB'nin bir temel hak ihlalini kendi mekanizmalarıyla çözememesi durumuyla karşılaşma ihtimali günden güne azalsa da – elbette ki, ilkesel olarak, bugün de geçerli olduğu söylenebilir.

[277] Örneğin Danimarka Yüksek Mahkemesi'nin bu minvaldeki bir kararı için bkz.: *Carlsen et al. v. Prime Minister Rasmussen*, 6.4.1998.

1.4. JÜRİSPRÜDANSİYEL SÜREÇ SONUNDA GELİNEN NOKTA VE İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA SORUNLAR

Topluluk insan hakları korumasının – Topluluk yargısı eliyle (jürisprüdansiyel olarak) ortaya çıkışında birinci ve ikinci perde olarak tasvir ettiğimiz sürecin dinamik ve gelişmelerini gördükten sonra, tezin ilk bölümünü kapatmadan önce, sürece dair birtakım değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Bu noktada, bazı değerlendirmelermiz, Topluluk Hukukunda insan hakları korumasının ortaya çıkış sürecinin aktör, faktör, dinamik ve bileşenlerine yönelik; diğer bazı değerlendirmelemiz de, Divan'ın bu korumanın geleceğindeki rolü, Divan eliyle (jürisprüdansiyel) korumanın handikapları ve sürdürülebilirliği ve bu süreçte Divan'a yöneltilen eleştiriler hakkında olacaktır.

1.4.1. Sürecin Değerlendirilmesi

Topluluklar İnsan Haklarını Nasıl İnkar Edebilir ki Naifliği

AB İnsan Hakları Hukukunun temellerini konuşurken, belki de meseleye ilk girilmesi gereken yer, Topluluklarda insan haklarının korunmasına olan ihtiyaçtır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa Kıtası'nın siyasi ve ekonomik yönden inşasının siyasi ayağının Avrupa Konseyi'ne, ekonomik ayağının ise Avrupa Topluluklarına bırakıldığını, yukarıda ifade etmiştik. Başta, bir yandan Avrupa Siyasi Topluluğu gibi başarısız girişimlerin ardından insan hakları, demokrasi gibi ideallerin şimdilik sümenaltı edilerek iktisadi bütünleşme üzerinde yoğunlaşılması ve bir yandan da, Topluluklar gibi ekonomik işlevli bir örgütün insan haklarını nasıl ihlal edebileceği düşüncesi olmak üzere çeşitli mülahazalar, Kurucu Antlaşmaların bu konuda adeta üç maymunu oynamalarına yol açmıştı. Ancak bu düşüncenin ne kadar naif olduğu, teorik tartışmaları bir kenara bıraksak bile, daha Toplulukların ilk yıllarında, ulusal anayasal hakları ihlal eden Topluluk tasarruflarının art arda Divan önüne getirilmesiyle anlaşılmaya başlandı. Bu, en azından Toplulukların kuruluş aşamasına ilişkin olarak, bu ilk zamanlarda dahi, insan haklarının merkezi bir role ve öneme sahip olduğunu ve bu yüzden de Topluluk hukuk düzeninin bir şekilde bireysel hak ve özgürlükleri koruması gerektiğini ortaya koymaktaydı. Buradaki temel argümanımız, Toplulukların, elbette kapsamı günümüze nazaran daha dar olmak kaydıyla, daha ilk yıllarından itibaren bireysel hak ve

özgürlükleri birinci dereceden etkileme potansiyeline sahip birer aygıt olarak hukuk sahnesine çıkmış olmasıydı. Ekonomik nitelikli bir iktidar aygıtının insan haklarıyla nasıl bir ilişkisi olabilir görüşü, bu anlamda oldukça naifti. Elbette ki, Toplulukların, örneğin bir devlet gibi vücut dokunulmazlığını, yaşam hakkını, ifade hürriyetini ihlal etmesi beklenmezdi; fakat Kurucu Antlaşmalar kapsamında yürütülen bu ekonomik faaliyetler, bireyleri birebir etkilemekteydi. Bu ise, Toplulukların da – hukukun üstünlüğüne dayalı her sistem gibi – insan hakları standartlarına tabi olması gereğini ortaya çıkarıyordu. [278] Başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere mevzuatın sessizliği karşısında ise, bu görev, Topluluk yargısına düşmüştü.

Avrupa Kamu Düzeninde Kabul Edilemez Boşluk, Topluluk Yargısının Neden Olduğu İkilem ve Ulusal Mahkemelerden Kendilerini İnkar Etmelerini Beklemek

Divan'ın ilk kararlarında (*Stork, Geitling, Sgarlata*) öne sürdüğü *insan haklarının ulusal anayasalar tarafından korunması* sonucundan çıkan basit önerme, daha sonradan bizatihi Divan'ın ileri sürdüğü *üstünlük* doktrini ile bir anlamda geçerliliğini yitirmişti.[279] Burada temel soru şuydu: Eğer Topluluk Hukuku, ulusal hukuklar (ve dolayısıyla anayasalar) karşısında *doğrudan* ve *öncelikle* uygulanacak ise (*Van Gend & Loos* ile *Costa v. E.N.E.L.* vd. süreç) ve öte yandan, bu (üstün ve doğrudan etkili) Topluluk Hukuku, insan haklarını da korumuyorsa (*Stork* vd. süreç;), ulusal anayasalarda

[278] Ancak bu noktada şu şerhi de düşelim. AB'de insan haklarının korunması, bunun gerekliliği ve faydaları gibi meseleler, bu çalışmada savunulan genel bir yaklaşım olmakla birlikte, bunun tartışmasız biçimde arzulanan bir gelişmeymiş gibi anlaşılmaması gerekir. AB'de insan hakları koruması, doktrinde halen daha üzerinde tartışılan bir konu olup; özellikle Lizbon Antlaşması'nın getirdiği değişiklikler neticesinde bu tartışma iyice alevlenmiştir. Diğer bir deyişle, insan hakları korumasının Topluluğun/Birliğin işlevlerinden birisi olması meselesi, üzerinde ittifak edilen bir husus olmayıp, özellikle AB'nin bir insan hakları örgütüne dönüşmesi gibi tartışmalar, akademik ve siyasi çevrelerde yoğun olarak yaşanmaktadır. Nitekim çalışma boyunca da, bu tartışmanın izlerini görmek mümkün olup, zaten hususi bir başlık da, bu tartışmaya ayrılacaktır. Ancak denebilir ki, bu tartışmalar ve karşıt yöndeki itirazlar, AB'nin, AİHS'ye katılım ve bağlayıcı bir temel haklar kataloğunun kabul edilmesi gibi gelişmelerin sonucunda, asıl amacından saparak ve dahası bu işle vazifelendirilmiş diğer uluslararası örgütlerin (Avrupa Konseyi gibi) de etkinliğini azaltmaya yol açacak şekilde bir insan hakları örgütüne dönüşmesi iddiaları üzerinde temellenmektedir. Yoksa, bu tartışmalardan bağımsız olarak, Adalet Divanı'nın gerek Topluluk tasarruflarını gerekse ulusal tasarrufları, zaten Antlaşmalar uyarınca yaptığı hukuka uygunluk denetiminde bir de insan haklarına uygunluk açısından denetlemesi, süreç içerisinde, neredeyse ittifakla olumlu karşılanmıştır. Bu yüzden, biz, burada, Topluluk insan haklarının jürisprüdansiyel olarak ortaya çıkışını, olumlu bir gelişme, bir kazanım olarak gördük ve yansıttık. AB'de insan haklarının geleceği üzerindeki daha derin tartışmalara ise, ileride ilgili yerde değinileceğini tekrardan hatırlatalım.

[279] Chalmers et. al., **op.cit**, p.233.

güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri kim koruyacaktı?[280] Diğer bir deyişle, eğer ulusal mahkemeler (Divan'ın söylediği gibi) Topluluk normlarını geçersiz sayamıyor ve uygulamak zorunda ise; Adalet Divanı da (insan haklarını güvence altına alan) ulusal normları uygulayamıyor ise, kendi anayasasında güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü Topluluk organları tarafından ihlal edilen bireyleri kim koruyacaktı?[281]

Olaya Topluluk Hukuku ve Adalet Divanı penceresinden baktığımızda, Divan, ya üstünlük ve doğrudan etki doktrininden (*Van Gend & Loos* ile *Costa v. E.N.E.L.* çizgisi) ya da insan hakları konusundaki ulusal anayasal güvencelerin Topluluk tasarruflarının denetiminde bir ölçü norm olarak uygulanamayacağı şeklindeki yaklaşımından (*Stork* çizgisi) taviz vermedikçe, bu sorunun cevabı, ''hiç kimse idi.[282] Peki bu durumda, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde hepsi de hukukun üstünlüğü ve insan hakları ideallerini anayasal sistemlerinin birer kırmızı çizgisi olarak benimsemiş Batı Avrupa ülkelerinin ve bunların bu idealleri korumakla vazifeli kılınmış başta anayasa mahkemeleri olmak üzere yargı organlarının, bu meseleyi bu kadar basit biçimde kapatmalarını beklemek, gerçekçi ve meşru bir beklenti miydi? Her şeyden evvel, bu, temel vazifesi, varlık sebebi anayasasına uyulmasını sağlamak olan anayasa mahkemelerinin, kendi anayasalarını bırakıp, Divan'ın dediği gibi, anayasal hakları ihlal ettiğini düşündüklerini Topluluk normlarını uygulayarak kendi ayaklarına kurşun sıkmalarını istemek demek değil miydi? Uluslararası hukuka saygı, yeni bir hukuk düzeni kurma süreci, Topluluk entegrasyonu gibi kavramlar, bunu meşrulaştırır mıydı? Nitekim başta Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri olmak üzere ulusal mahkemeler, böyle düşünmemiş olacaklar ki, Topluluk yargısının – belki üstünlük doktrinine değil ama – insan haklarını korumamasına ''yüksek sesle itiraz ettiler'', bir anlamda ''isyan bayrağını açtılar.'' Nitekim bu ''direniş'', yukarıda *Solange-I* olarak adlandırdığımız sürece yol açtı. Bu sürecin sonucunda ulusal doktrinin çoğunluğu ve yargı organlarının vardığı ''ilkesel'' sonuç, söz konusu uluslararası sistem, bu güvenceler noktasında boşluk içerdiği ve bu güvenceleri ulusal standartlar ölçüsünde karşılayamadığı müddetçe, bu boşluğun ulusal kurallar uygulanmak suretiyle doldurulması oldu.[283]

---

[280] Betten, Grief, **op.cit**, pp.55-56.
[281] **Ibid.** p.56.
[282] **Ibid.**
[283] Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.344. Hinarejos'un yukarıda yer verdiğimiz şu tespitine tekrardan yer vermek gerekirse, bu süreçte ulusal mahkemelerden gelen tepkiyi, anormal karşılamamak gerekir. Zira temel vazifesi, genelde anayasaya ve özel olarak da anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygunluğu sağlamak olan bir mahkemenin, başka türlü davranmasını ve

Samimiyet; Asıl Dert İnsan Hakları mı, Egemenlik mi?

Bizce, mahkemeler arası teorik bir tartışma hevesinden öte bir anlam ifade eden bu ''direniş''i, iki türlü okumak mümkündür: Bu, gerçekten korumakla vazifeli kılındıkları anayasal hak ve özgürlüklerden bireylerin mahrum bırakılmaması için anayasal vazifenin samimi bir icrası da olabilir; yahut, zaten uluslararası hukukun dönüştürmekte olduğu yeni egemenlik anlayışına ve bu bağlamda uluslararası bir mahkemenin kendi üstelerinde kendilerini bağlayıcı kararlar vermesine hazır olmayan (ve hatta belki de bundan haz etmeyen) ulusal mahkemelerin, insan hakları gibi kendi anayasal sistemlerinin temeli olan ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında korumakla vazifeli kılındıkları bireysel hak ve özgürlükleri gerekçe göstererek egemenliklerini koruma kaygısı (yani tepkilerin görünen yüzü, insan hakları; görünmeyen yüzü ise egemenlik kaygıları) olarak da görülebilir.

Akl-ı Selim: Toplulukta İnsan Haklarının Korunması

Arkaplanındaki saikler tartışmalı olsa da, problemin varlığı gerçekti. Bir Topluluk tasarrufunun bir ulusal mahkeme kararıyla (geçersiz kılınmasa bile) uygulanamaz addedilmesinin temel uluslararası hukuk ilkelerine ve özelde de Kurucu Antlaşmalardaki ''yükümlülüklere saygı borcuna'' aykırı olacağı açıktı. Ancak Topluluk Hukukuna açıkça üstünlük tanıyan bir anayasa hükmünün yokluğunda da (ki çoğu Devlette bu yoktu), yetkisini anayasadan alan bir mahkemenin, temel haklar gibi anayasal hükümlerin

---

anayasasını gözardı etmesini beklemek, pek makul bir bekleyiş değildi. Yazara göre; burada geri adım atması gereken, ulusal anayasa mahkemeleri değil, Adalet Divanı idi. Nitekim Divan, verilen mesajı doğru algıladı ve insan haklarının Topluluk işlemlerinin bir sınırı olma noktasındaki tavrını değiştirdi. Hinarejos, **op.cit**, pp.8-9. Örneğin Lindfelt'e göre; bu direnişin arkasında, Topluluk Hukukunun geçerliliğini ulusal anayasalardan aldığı yönündeki teorik iddia yatmaktadır. Yazara göre, bunu, üstünlük doktrininin reddinden ziyade, AB Hukukunun temel anayasal ilkelere müdahale edebilmesi fikrinin reddedilmesi olarak görmek, daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır. Lindfelt, **op.cit**, p.57. Pescatore'ye göre ise, bu direniş ve ardında yatan fikirler, *Topluluk Hukukunu* ulusal hukuklar karşısında geri plana itmesi ve böylece bu sistemin birlik ve bütünlüğünü tehlikeye atması bir yana birçok açıdan sorunludur. Herşeyden önce, oyunun özellikle *Solange-I* perdesinde gündemde olan Topluluk hukuk sisteminin temel haklara ilişkin yeterli güvencelerden yoksun olduğu önermesi, ispatlanamamamış bir iddiadır. Aksine Topluluk hukuk sistemi, esinlenmek mümkün olmakla birlikte ulusal hukuklara ve uluslararası sözleşmelere başvurmaya ihtiyaç olmayacak şekilde bireysel hakların korunması için gerekli maddi ve usuli güvenceleri içermektedir. Ayrıca yazara göre; özellikle bu süreçte Alman doktrininden gelen eleştiriler, Topluluklar gibi çok uluslu bir yapının da *kendi içinde* meşruluğu olduğu ve kuvvetler ayrılığı, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi kavramların devletler için geçerli olan standartlara göre değerlendirilemeyeceği gerçeğini de göz ardı etmektedir. Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.345.

Topluluk tasarruflarıyla geçersiz veya uygulanamaz kılınmasına göz yumabilmesi de, yukarıda söylediğimiz gibi pek mümkün değildi. Dolayısıyla buradaki ''barışçıl'' çözüm, Topluluk Hukukunun ulusal anayasal standartlara uygun bir insan hakları hukukuna sahip olmasıydı. Böylece zaten hak ve özgürlükler noktasında ulusal anayasal güvencelere aykırı olan Birlik tasarrufları, Topluluk Hukukuna da aykırı olacak ve Topluluk yargı organı tarafından sistemden ayıklanabilecekti.[284] Nitekim oyunda ikinci perde olarak nitelediğimiz süreci başlatan Divan da, bir anlamda ilk beyaz bayrağı sallayan oldu ve başlattığı koruma, muteriz ulusal mahkemelerden de – bir dereceye kadar – hüsnü kabul görerek *Solange-II* sürecini doğurdu.[285]

---

[284] Nielsen, **op.cit**, p.219.

[285] Bu noktada, daha öte değerlendirmelere devam etmeden, bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Toplulukta insan haklarının korunması noktasındaki kurgumuz, ''pedagojik kaygılarla'' bunun *iddia-cevap-replik-düplik* şeklinde bir dava sürecine benzediğiydi. Ancak meseleyi tam olarak böyle görmenin, hem süreçteki diğer dinamiklerin etkisini görmezden gelmek olacağını, hem de bunun aslında kronolojik anlamda da süreci yüzde yüz yansıtmadığı şerhini, daha bu kurguyu yaparken düşmüştük. Ulusal mahkemelerden gelen ilk itirazlar (*Solange-I* vs.), Divan ve onun anladığı anlamda Topluluk Hukukunun üstünlüğü için alarm zillerinin çalması anlamına geliyordu. Nitekim Divan, isyanın ayak seslerini duydu ve insan haklarının korunması gibi bir gerekçeyle, kendisinin ve koruduğu hukuk düzeninin otoritesinin sarsılmaması için, bu ulusal mahkemelerin kaygılarını giderme yoluna gitti ve bu da yukarıda bahsettiğimiz türden bir hüsnü kabule yol açtı. Ancak bu süreç, elbette ki bu kadar basit değildi. Daha da ötesi, süreçteki kararlara baktığımızda, kronolojik olarak da bu sürece tam bir uygunluğun olmadığını görebiliriz. Örneğin Divan, bizim kurgumuzdaki *cevap* (insan hakları temelli yükselen itiraz ve Topluluk tasarruflarının ulusal anayasal güvenceler bağlamında denetimi) sürecini başlattığımız *Bundesverfassungsgericht*'in *Solange-I kararından* çok önce, 1969 yılında, (bizim *replik* sürecinin bir parçası olarak sunduğumuz) *Stauder kararıyla* insan hakları korumasını başlatmıştı. Yani aslında Divan, ulusal mahkemelerden direniş başlamadan (*Solange-I*) epey önce, *Stork ve Geitling*'de ortaya koyduğu (ilk) yaklaşımını değiştirmişti. Dolayısıyla, Divan'daki tavır değişikliğinin ardında başka sebepler de aramak gerekecekti; nitekim biz de bunları yukarıda sürecin diğer dinamikleri olarak irdeledik. Ancak meseleye başka bir yönden bakarsak, bu kronolojiyi doğrulayan bir sonuca da varmamız mümkündür. Şöyle ki, *Solange-I* süreci olarak adlandırdığımız ''*cevap*'' sürecini, Alman AYM'nin nihai kararını verdiği 1974 tarihi ile başlattığımız vakit, söylediğimiz gibi, süreç, temel kurgumuza tam olarak uymayabilir (çünkü *Stauder*, ondan 5 yıl öncedir). Ancak yukarıda da bahsettiğimiz gibi, bu kararların hemen hepsi, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Divan önüne getirilen davaların neticesinde verilmiş kararlardır; diğer bir deyişle, biz bunun ulusal yönden en son safhası olan anayasa mahkemesi kararını baz alıyor olsak da, bunların hepsinin verilmesine yol açan davaların ilgili ülke yerel mahkemeleri önünde bir evveliyatı vardır. Bu (yerel) mahkemeler önündeki dava süreci üzerinden baktığımızda ise, sürecin *iddia-cevap-replik-düplik* kurgusuna daha net oturduğunu görebiliriz. Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri'nin 1974'teki kararlarından çok önce, insan hakları kaygılarıyla Topluluk Hukukunun sorgulandığı davalar açılmış ve bu davalar, diğer ulusal mahkemeler (örneğin *Alman Federal İdare Mahkemesi, Frankfurt İdare Mahkemesi, İtalyan Vergi Mahkemesi* gibi) tarafından insan hakları (ve üstünlük) kaygılarıyla ön-*karar* prosedürü işletilmek suretiyle Adalet Divanı'na gönderilmeye başlanmıştı. Bu itibarla, bu süreçte, ''ulusal direniş / cevap'' olarak Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinin sürece dair son kararları esas alınırsa, kurgumuzda kronolojik bir uyumsuzluk görülebilir; fakat diğer ulusal mahkemeler önünde açılan davalar, bu davalarda ulusal mahkemelerin insan hakları kaygılarıyla davaları Divan önüne getirmeleri ve hatta daha sonradan da Divan'ın verdiği karardan tatmin olmayarak kendi Anayasa Mahkemelerine taşımaları dikkate alındığında, aslında ''isyan''ın çok önceden ''taban''dan başladığı söylenebilir. Adalet Divanı'nın

Bu gelişmelerin ise, tam bir *kazan-kazan-kazan* halini tetiklediğini yukarıda söylemiştik. Gelinen noktada, ulusal mahkemeler, Topluluk/Birlik insan hakları koruma düzeyi, kendi anayasal koruma düzeylerinden aşağıya inmedikçe, tek tek her olayda Topluluk normlarının ulusal anayasalara uygunluğunu denetlemekten imtina etmiş ve Topluluk kuralına yol vermiştir. Şimdi bu kazananlara ve kazanma biçimlerine daha yakından bakalım.

Kazanan-1: İnsan Hakları ve Bireyler. Adalet Divanı ve ulusal mahkemeler yanında bireyler ve Avrupa Kamu Düzeni açısından ise, bu sürecin tek bir sonucu vardır; o da ***insan haklarının gittikçe artan bir düzeyde korunmasıdır***. Ulusal mahkemeler, hem Divanı, hem de Topluluk kurumlarını, koruma düzeyini düşürmeme konusunda sürekli baskı altına tutmakta; bu ilişkiden de en çok Avrupa Kamu Hukukunda alanında ''insan hakları'' ve ''bireyler'' kazançlı çıkmış ve çıkmaktadır. Bu gelişmeler, bizi, Toplulukla ilgili meselelerde Topluluk yargı organının; Topluluk Hukuku dışında kalan meselelerde de, ulusal mahkemelerin hak ve özgürlüklerin koruyucusu olduğu ve bunun AİHM gibi uluslararası mahkemelerle de desteklendiği bir ''*Avrupa İnsan Hakları Corpus Iuris*''ine götürmüştür.[286]

Kazanan-2: AB Hukuku ve Divan. Ayrıca, bu (insan haklarının korunması) genel kazanımın yanında, gerek Topluluk/Birlik gerek Üye Devletler açısından sürecin başka ''kazanım''larından da bahsedilebilir. Topluluk tarafından bakıldığında, yeni inşa edilen bir hukuk düzeni, velev ki belli tavizler vererek olsun (ki zaten halihazırda denetlenen Topluluk tasarruflarının bir de insan hakları yönünden denetlenmesinin ne kadar taviz olduğu tartışılır) henüz daha başlarda ulusal hukuklar karşısındaki özerklik ve otoritesini tesis etmiş ve ulusal-üstü niteliğini kabul ettirmiştir. Bu sürecin, bu ulusal-üstü örgütün meşruiyetine yönelik katkıları olduğu da şüphesizdir. Nitekim bu konuya ileride insan hakları bağlamında AB'nin meşruiyetinin irdelendiği bölümde değinilecektir. Keza bu

---

da, bunu önceden sezerek, insan haklarının korunmasını (önceki kararlarında olduğu gibi) ihmal eden bir kararlara vermeye devam ettiği takdirde, bunun, kararlarının ve otoritesinin sorgulanmasına yol açacağını tahmin etmiş olması çok normaldir. Velhasıl, Divan'ın korumayı başlatan *Stauder kararı*, belki Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I* (*Internationale Handelsgesellschaft*) kararından öncedir; fakat sürecin Alman (yerel ve AYM dışındaki federal) mahkemeleri önünde başlamasından ise sonradır. Nitekim doktrinde, Divan'ın, 1970'de *Handelsgesellschaft* ve 1974'te *Nold* kararlarını verirken, daha olay Anayasa Mahkemeleri önüne gelmeden Alman ve İtalyan ''yerel'' mahkemeleri önünde cereyan eden tartışmalardan ve isyanın ayak seslerinden elbette ki haberdar olduğu; ve Alman AYM'nin ''isyanı'' başlatan *Solange-I* kararından hemen önce açıkladığı *Nold* kararında da, bu kaygıyı, maksimum bir koruma ima eden üslupla savuşturmayı düşündüğü söylenmiştir. Nielsen, **op.cit**, p.224; Pescatore, **The Protection of Human Rights in the European Communities**, pp.73, 79.

[286] **Ibid.** p.12.

süreçteki bir diğer gelişme de, bir ölçü norm olarak insan haklarının (Topluluk Hukuku kapsamındaki) ulusal tasarrufların denetlenmesinde de kullanılmaya başlanmasıdır. Bu ise, hem insan hakları gibi kırmızı çizgi kabul edilen bir temele dayalı denetim neticesinde verilen kararlara ulusal makamların tepki vermelerini zorlaştırmış; hem de hukukun genel ilkeleri olarak insan hakları gibi sürekli gelişime ve genişlemeye açık bir alanda Divan'ın ulusal tasarruflara daha çok müdahale etmesine ve Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar üzerinde etkisini artırmasına da yaramıştır. Bütün bunlar ise, yeni bir hukuk süjesi olarak Topluluk Hukukunun ve onun yargısal bekçisi olan Divan'ın kendi kimliklerini ortaya koymasına yardımcı olmuştur.[287] Bu, Adalet Divanı'nın, Topluluk Hukukunun geliştirilmesi ve üstünlük ile özerkliğinin korunması çabalarının ötesinde, insan haklarının korunması noktasında neden bu kadar istekli ve etkin olduğunu da göstermektedir.[288] Tüm bunların neticesi ise, özelde AB'de genelde ise Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunması adına yaşanan olumlu süreçtir.

Kazanan-3: Üye Devletler ve Ulusal Anayasa Mahkemeleri. Üye Devletler tarafından bakıldığında ise, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunmaya başlanması, bir anlamda zafer olarak görülebilir. Zira ardında her ne kadar başka dinamikler olsa da, Divan'ı insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna sokmaya götüren (hatta zorlayan) sürecin, ulusal mahkemelerin üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine verdikleri tepki olduğunu müteaddit defalar belirttik. Bunun yanında, yine hatırlanacağı üzere, ulusal mahkemelerden gelen bu tepkilerin, bir yönüyle de insan hakları kaygılarıyla perdelenmiş egemenlik temelli tepkiler olma boyutundan da bahsettik. Hatta son tahlilde bu gerilimin tatlıya bağlanmasının ardından gelen süreçte dahi, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü kabul eden ulusal mahkemelerin kayıtsız şartsız bir itaatten ziyade, insan haklarının Topluluk Hukukunda çaresi bulunamaz bir şekilde

---

[287] Değer, **a.g.e.**, s.74.; Hinarejos, **op.cit**, p.9. Nitekim Hinarejos'a göre; Divan'ın *Solange-I* ile verilen mesajı doğru algılaması – Toplulukta insan hakları korumasını (yani AB İnsan Hakları Hukukunun ortaya çıkış sürecini) netice vermesinin yanısıra – Divan için anayasal hakların teminatı bir anayasa mahkemesi konumuna doğru yolculuğun da başlangıcı olmuştur. Zira yazara göre; insan haklarının her türlü otorite ve iktidar odağı için bir meşruiyet lokomotifi olması gerçeği, elbette ki, Adalet Divanı için de söz konusuydu. Diğer bir deyişle, yazara göre; Divan, insan hakları korumasını başlatarak ulusal mahkemelerle arasındaki mücadelede geri adım atarak yaptığı fedakarlığı – ki fedakarlık sayılabilirse eğer – sonuna kadar kullanmıştır denebilir. Divan, ulusal mahkemelerin sahip olduğu hak ve özgürlük hükümleriyle dolu bir anayasadan mahrum bir şekilde, muğlak birtakım ilkelerden ve dış kaynaklardan esinlenerek bir anlamda sıfırdan inşa ettiği bu süreç sonunda, Avrupa Kamu Düzenindeki yerini de sağlamlaştırmıştır. Hinarejos, **op.cit**, p.9.

[288] Hatta bu süreç, Divan'ın, insan haklarının korunması noktasında zaman zaman tam tersi bir şekilde, aşırı aktivizmle dahi suçlanmasına dahi yol açacaktır. (Bkz.: Divan'a yönelik, *Mangold*'da, Antlaşmalarda olmayan bir ilkeyi/hakkı AB Hukukuna soktuğu yönündeki eleştiriler; infra s.432 vd.)

ihlali halinde her an denetim yetkisini ellerinde tuttuğunu da hatırlarsak, bu süreç, ulusal mahkemelerin ve onlar üzerinden Üye Devletlerin, Adalet Divanı'nın üstünlük iddiası bağlamındaki yargısal aktivizminin önüne egemenlik setinin konmasını da netice vermiştir. Böylece Üye Devletler, belki siyasi planda altına imza attıkları bir projede problem çıkarıyor gibi gözükmemek için yapamayacakları itirazları, bir anlamda mahkemeleri üzerinden yapmış ve biraz da yargı bağımsızlığı ilkesinin arkasına sığınarak, bu süreci, egemenlik iddialarını dile getirme platformu olarak kullanmıştır. İnsan haklarının korunması kaygıları temelinde başlatılan bu rekabet olmasaydı, belki bu kadar cesurca çıkışlar/itirazlar olamayacak ve insan hakları perdeli egemenlik iddiaları, bu kadar kolayca dile getirilemeyecekti.

Neden Jürisprüdansiyel Koruma?

Aslında bu soruyu iki farklı açıdan cevaplamak mümkündür: Sürecin neden jürisprüdansiyel olarak başladığı ve/veya Topluluk yargısının – baştaki çekingenliğine rağmen – neden yeni hak ve özgürlükleri Topluluk Hukukuna aktarmada bu kadar istekli ve cesur olduğu? İlk soruya verilecek cevap aslında basittir? Kurucu Antlaşmalar başta olmak üzere mevzuat noktasındaki sessizlik karşısında, bunun tek yolu, jürisprüdansiyel korumaydı diyebiliriz. Divan'ın neden aktif olduğuna gelince de, bunun ardındaki teorik ve pratik (''duygusal'') sebepleri, zaten hemen yukarıda inceledik.

Ulusal Yargının Rolünü Yadsımama Gereği

Bu bağlamda burada bir şeyi daha vurgulamak gerekir. Daha önceden de değindiğimiz gibi, meselenin tek bir tarafı yoktur. Klasik uluslararası hukukun sınırlarını aşan bir alanda bulunduğumuzu ve hükümetlerarası bir örgütlenme ve yargısal yetkinin ötesinde ulusal-üstü bir aygıtla karşı karşıya olduğumuz şüphesizdir. Ancak ulusal-üstü de olsa, Alman Anayasa Mahkemesi'nin de ifadesiyle, *Antlaşmaların Efendisi* olan Devletlerin kurduğu ve Antlaşmalara dayalı ve dolayısıyla uluslararası hukukun genel çerçevesi içinde bulunduğumuz da, inkar edilemez. Bu sürecin yargısal anlamdaki iki gücünün (Topluluk yargısı ve ulusal yüksek yargı organları) temel meselelerde zaman zaman farklı yaklaşımları olmuştur. Bu noktada, meseleye, salt bir tarafın perspektifinden bakmak, eksik ve yanıltıcı olacaktır.

Son sözü hangi gücün söyleyeceği tartışmasına girmeden, bizce burada önemli olan gerçek şudur: Gerek Topluluk Hukukunun gerekse onun koruyucusu, yorumlayıcısı ve uygulayıcısı konumunda olan Adalet Divanı kararlarının etkisi, ulusal yargı organları tarafından bu hukukun/kararların benimsenip uygulanmasına birinci dereceden bağlıdır. Ancak ulusal hukuklar ve yargı organları da, her şeyden önce *ahde vefa* (*pacta sund servanda*) ilkesi gereği Topluluk/Birlik Hukuku ve onun yargı organının kararlarıyla bağlıdır. Böyle olunca da bu ilişkinin önemi ortaya çıkmaktadır. Nitekim, yukarıda gördüğümüz süreç de, önemin delilidir. Bunda, hem ulusal mahkemeleri ikna edici kararlar veren ve koruma düzeyini, başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlere ve ulusal anayasalara atıf yapmak suretiyle yüksek tutan Topluluk yargısı[289] ve hem de, onu, bu konuda sıkıştıran, baskı altında tutan ve bu noktada *ön-karar* prosedürü yoluyla ona sayısız fırsatlar veren ve bu esnada da sonuç olarak Topluluk hukukunun üstünlüğünü de tanıyarak bir anlamda ''yara almasını'' engelleyen ulusal mahkemeler, aynı oranda pay sahibidir.[290]

Rekabet mi İşbirliği mi?

Bıraktığımız yerden devam edersek, şimdiye kadar genelde ''adına rekabet/işbirliği/diyalog vs. her ne denirse densin'' şeklinde nitelediğimiz bu süreç için, herhalde bu anlatılanlardan sonra ''işbirliği'' veya en azından ''müspet rekabet'' tabirlerini kullanmanın isabetli olacağını söyleyebiliriz. Aslında ilk aşamadaki veriler, bu ilişkinin bir güç mücadelesi veya en azından bir rekabet olarak nitelenmesini düşündürtebilir. Zira yüzeysel bakıldığında görülen tablo; Adalet Divanı'nın insan hakları korumasını ihmal eden kararlarının ardından ortaya koyduğu üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine –

[289] Tabii burada sadece mahkemeleri değil; hukuk sözcülerinin rolünü de teslim etmek gerekir. Hukuk sözcüleri, daha ilk yıllardan itibaren, görüşlerinde, yoğun biçimde hak/özgürlük temelli yaklaşımlar sergilemişler ve çok sayıda davada, bilhassa AİHS'ye atfen çok sayıda argüman öne sürmüşlerdir. Örneğin Gemalmaz'ın verdiği istatistiğe göre, 1957-1980 ile 1981-1986 yılları arasında, hukuk sözcülerinin AİHS temelinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin tartışma yürüttüğü dava sayısı, Divan'ın kararlarındaki atıflarından sayıca ileridedir. Gemalmaz, **a.g.e**., s.210, 215.

[290] Steiner, Woods, **op.cit**, p.102. Nitekim, yukarıdaki *Banana* davaları sürecinde, Federal Vergi Mahkemesi (*Bundesfinanzhof*), Divan'ın bir kararından tatmin olmamış ve tekrardan *ön-karar* prosedürünü işletmeden doğrudan kendisi karar vermiştir. Federal AYM ise, bu tavrı eleştirmiş ve davacının temel haklarından olan kanuni hakim (doğal yargıç) ilkesini ihlal ettiğini; karardan tatmin olunmasa bile tekrardan gerekçeleriyle konunun Divan önüne getirilmesi gerektiğini söylemiştir. Bermann et. al, **op.cit**, pp.304-305. Bizce *Bundesverfassungsgericht*'in bu tavrı, bir yandan bir hak ihlalinin çözümü için Topluluk yargısına olan güvenini göstermekte; bir yandan da, Topluluk Hukukuyla ilgili meselelerde mümkün mertebe son sözü Topluluk yargısının söylemesini tercih ettiğini ortaya koymaktadır. Ancak tabii ki, bu, kendi Anayasası'nın – ihtimal ki – açıkça ihlal edilmesine göz yumacağı (yani *Solange* çekincelerini kaldırdığı) şekinde de yorumlanmamalıdır.

insan haklarının korunması (ve gerisinde de egemenlik) gibi kaygılarla – ulusal mahkemelerin sesini yükseltmesi ve Topluluk Hukukunu ulusal anayasa hukukuna uygunluk açısından denetlemesidir. Bunun ise, yargı organları arasında ''üst perdeden'' bir rekabet olarak görülmesi doğaldır.[291] Ancak AB Hukukunun yukarıda da belirttiğimiz niteliği dikkate alındığında, sürecin, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasına bakan yönü itibariyle, rekabetten ziyade bir işbirliği boyutu da ortaya çıkmaktadır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu süreç, hemen hepsi (*Nold* dışında), yerel mahkemelerden *ön-karar* prosedürü uyarınca Adalet Divanı önüne getirilen davalar üzerinden yürütülmüştür. Zaten Divan'ın bir meselede re'sen harekete geçme yetkisi de haliyle bulunmamaktadır. Dolayısıyla her şeyden önce, daha işin başında, bu davaları Adalet Divanı önüne götürmek (üstelik tatmin olmadığı kararları tekrar tekrar götürmek) suretiyle bir ''yargısal diyalog'' ortamı kuran ve böyle faydalı bir sonucun doğmasına vesile olan ulusal mahkemelerin tavrı, bizce bir işbirliği nitelemesini hak etmektedir.[292] Üstelik kararlarına karşı iç hukukta herhangi bir başvuru yolu bulunmayan ulusal mahkemeler (örneğin Alman Anayasa Mahkemesi dışındaki yerel mahkemeler) için bu mekanizmanın işletilmesinin mecburi olmadığını da düşündüğümüzde, davaların hemen hepsinde ilk başvurunun bu mahkemeler tarafından yapılmış olması, bu tezi daha da doğrulamaktadır.

Meselenin ikinci boyutunda ise, neticede bir uluslararası hukuk alanında olduğumuz gerçeği yatmaktadır. Bu sürecin işletilmesi kadar, *ön-karar* sonucu Adalet Divanı tarafından verilen kararların somut olayda uygulanması da, daha önceden de belirttiğimiz üzere, ulusal mahkemelerin yetkisindedir. Dolayısıyla Divan'ın bir kararının gerçek etkisi – gerek somut olayın karara bağlanması, gerekse gelecek davalar için emsal teşkil etmesi açısından – bir anlamda ulusal mahkemelere bağlıdır. Bu noktada da, ulusal mahkemeler, temel hakların ihlali gibi belli kayıtlarla Topluluk yargısının kararlarına saygı duymuş; Divan kararlarından tatmin olmayıp bunları sorgulandıkları hallerde dahi, bu menfi bakışın değişebileceğini ve bu anlamda işbirliğine açık olduklarını daima vurgulamışlardır.[293]

---

[291] Nitekim doktrinde böyle nitelemeler için bkz.: Schimmelfennig, **op.cit**, pp.1252 vd.

[292] Örneğin Alman AYM'nin yukarıda yer verdiğimiz, *ön-karara* başvurulmadan karar verilmesini eleştiren tavrını tekrardan hatırlatalım.

[293] Ancak elbette ki, ''üstünlük'' noktasındaki bu rekabetin/işbirliğinin kızıştığı; ulusal mahkemelerin özellikle diş gösterdiği; yani neredeyse bir orta yolun bulunamadığı anlar da yaşanmamış değildir. Ancak bunlar, temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu normal davalardan ziyade; Maastricht ve Lizbon Antlaşmaları'nda yaşandığı gibi, Kurucu Antlaşmalar çerçevesinde cereyan eden davalar olup, bunlardaki temel kaygıların, insan haklarından ziyade

Nitekim bütün bu süreçte, örneğin en çok itiraz gelen Alman Anayasa Mahkemesi'nin bile herhangi bir Topluluk normunu gerçek anlamda hukuka aykırı görüp uygulamaktan imtina etmediğini önemle not etmek gerekir.[294] Bütün bu açılardan bakıldığında, bu süreci, bir rekabetten ziyade bir ''*işbirliği*'' veya Divan'ın gayet diplomatik bir dille ifade ettiği gibi bir ''*diyalog*'' olarak görmek daha hakperest bir yaklaşım olur. [295] Tabii ki, bunda, Divan'ın insan hakları konusundaki ''aktivist'' tavrının, 1980'lerden itibaren siyasi kurumlarca da desteklenmesi ve Tek Avrupa Senedi'nden itibaren hemen her Kurucu Antlaşma'da kodifiye edilerek bizzat Üye Devletler tarafından en üst siyasi perdeden desteklenmesi de, ulusal mahkemelerin bu ''saygılı'' tavırlarında etkili olmuştur.[296]

Doktrinde, Schimmelfennig, bu süreci, AİHS faktörünü de içine katarak farklı bir açıdan değerlendirmektedir. Ona göre, her iki düzeyin de (Topluluk yargısı ve ulusal yargı organları) kendi otonomilerini korumak için böyle bir ''retoriksel'' rekabete giriştikleri açıktı. Öncelikle, ulusal anayasa mahkemelerinin otoritesi, II. Dünya Savaşı'ndan yaşanan iki gelişmeyle epey bir sallandı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin kabulü ve yargısal denetim mekanizmasının ihdası ile Toplulukların kurulması ve yargısal denetim organı olarak Adalet Divanı'nın kurulması. İki hukuksal düzenin de o dönem için klasik uluslararası hukuk kalıplarını aşan yapısı ve ulusal-üstü niteliklerle donatılmış yargı organları kurması, gerçekten, o tarihte Avrupa kamu alanının temel yargısal bekçileri konumunda bulunan (anayasa mahkemeleri başta olmak üzere) ulusal mahkemeler için hiç şüphesiz rahatsız edici bir gelişmeydi. Bu gelişme ise, bir yandan ulusal mahkemelerin birbirleriyle; ancak ondan da çok, Avrupa Kamu Hukukunun biri insan hakları diğeri (o dönem için) daha çok iktisadi ve sosyal konulardaki iki yeni ve güçlü aktörü olan AİHK/AİHM ve Adalet Divanı ile olan ilişkilerini, çözülmesi gerekli bir mesele olarak gündeme getirdi.[297] Bunun bir sonraki aşaması ise, Avrupa'nın bu iki yeni gücü arasındaki ilişkiydi ki, o zaten çalışmamızın da temel gündemlerinden birini oluşturuyor.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, ulusal mahkemeler, bu ''nahoş'' durumu bertaraf edebilmek ve ''ma'şer-i vicdan'' da mahkum ettirebilmek için, insan haklarına sarıldılar ve belki de Topluluk yargısının üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine başka herhangi bir

---

başka hususlar olduğuna yukarıda değinmiştik. Örneğin bkz.: John L. Murray, ''Fundamental Rights in the European Community Legal Order'', **Fordham International Law Journal**, Vol:32, Issue:2, January 2009, p.536.

[294] Hartley, **op.cit**, p.150; Bermann et. al., **op.cit**, p.301.

[295] Murray, **op.cit**, p.535.

[296] **Ibid.** p.536.

[297] Schimmelfennig, **op.cit**, p.1249.

sebeple karşı çıkamayacakları bir ortamda, bunu ''insan hakları'' üzerinden yaptılar. Buna karşılık, Topluluk yargısından cevap da gecikmedi ve bu sefer de o, aynı kavrama, farklı bir yönden sarıldı. Divan, kendi (ve bekçisi olduğu hukuk düzeninin) otonomisini korumak için insan haklarına başvurdu ve bu başvurmada da Avrupa'da herkesin ''saygı duyduğu'' Sözleşme'yi kendine kalkan edinerek bir anlamda istediğini elde etti.[298] Bunu yaparken, bir yandan bu metne karşı da özerkliğini sağlamak için, Sözleşme'yi – yukarıda da değindiğimiz gibi – erken dönemlerden itibaren yoğun olarak kullansa da, bağlayıcı bir kaynak olarak zikretmekten ısrarla kaçındı.[299] Ancak biraz da ulusal mahkemeleri ikna etmek üzere Avrupa'nın insan hakları konusundaki bu ''anayasal şartına'' sarılmanın bedeli, uzun vadede, Sözleşme karşısında ''kendi kazdığı kuyuya'' düşmek ve vazgeçemeyeceği (vazgeçerse *Solange-I*'in yeniden ''hortlamasına'' yol açabilecek) bir yola girmek oldu.[300]

Bilhassa insan haklarının korunması alanında, otonomi, yetkiyi belirleme, üstünlük ve meşruiyetin muhafazası gibi ''kavramlar'' üzerinden fakat insan hakları temelli cereyan eden bu tartışma, Kıta'da, iki düzeydeki (ulusal-uluslararası/ulusal-üstü) üç mahkemenin (ulusal anayasa mahkemeleri, Divan ve AİHM) yargı yetkilerinin (*jurisdiction*) birçok konuda örtüştüğü/çakıştığı düşünüldüğünde, yüzeydeki dili insan hakları olan (ancak arkaplanında Weiler'ın da belirttiği gibi başka kaygıların yattığı[301]) retoriksel bir davranışlar sürecine dönüştü.[302] Topluluk yargısı ise, bu süreçte, başta en zayıf halka olsa da, özellikle insan haklarının korunması noktasında takındığı aktif tavır ile biranda sürecin belirleyenine dönüşüverdi.[303] Bu süreci tersten okursak, bu retoriksel davranışlar, Topluluk Hukukunda ayrı bir disiplin olarak insan haklarının korunmasını gündemimize getirdi ve yerleştirdi.[304]

Elbette ki, *Solange-II* sürecinin yaşanıp Topluluk/Birlik Hukukunun biraz rahat uyku uyumasında belirleyici faktör, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunması bağlamında yaşanan olumlu (ulusal mahkemelerin de takdirle bahsettiği) gelişmeler; bu bağlamda da bilhassa Divan'ın, gerek denetime tabi normları genişletme gerekse AİHS'ten etkin şekilde yararlanma noktasındaki tavrıydı. Ancak ulusal mahkemelerin bir anlamda ''beyaz bayrak çekmelerinde'', başka gelişmelerin de, cesaretlendirici rol

---

[298] **Ibid.** p.1248.
[299] **Ibid.**
[300] **Ibid.**
[301] Bkz. supra dipnot:192.
[302] **Ibid.** p.1251.
[303] **Ibid.**
[304] **Ibid.** p.1249.

oynadığını dikkatten kaçırmamak gerekir. Örneğin, Divan tarafından ''canhıraş'' yürütülen bu mücadele, daha önceden de değindiğimiz gibi, 1970'lerin sonlarından itibaren ve özellikle de 80 ve 90'larda, Topluluk kurumları tarafından da desteklenmeye başlanmıştır. Bu minvaldeki gelişmeleri, aşağıdaki kısımda ayrıca ele alacağız; ancak birkaçını zikretmek gerekirse; tüm Topluluk kurumları tarafından ortaklaşa kabul edilen temel hakların korunmasına dair 1976 tarihli Deklarasyon, Tek Avrupa Senedi ile ilk defa Kurucu Antlaşmalar düzeyinde insan haklarının korunmasına yapılan atıf ve ardından Maastricht'te, AB vatandaşlığı bağlamında gelen düzenlemeler ve nihayet 2000'lerin başında – bağlayıcı olmasa da – kabul edilen Temel Haklar Şartı, ulusal mahkemelerin – belki denetim yetkileri noktasında değil ama – Topluluktaki insan hakları koruma düzeyine ''hüsn-ü zanla'' yaklaşmalarında etkili olmuştur.[305] Yine Avrupa siyasetinde, 1980'lerin sonları ile 1990'ların başlarında esen ''bütünleşme yanlısı'' havanın da, elbette, Divan'ın Topluluk Hukukunun üstünlüğünü ve doğrudan etkisini ortaya koyan bu ''bütünleşme yanlısı'' kararlarının benimsenmesinde etkili olduğunu söyleyebiliriz. [306]

Öte yandan, Avrupa Kamu Düzeninin paydaşları konumunda olan Üye Devletler ve Topluluk/Birlik yargı organı (ve bir nebzeye kadar da AİHM) arasındaki bu ilişki, sadece Topluluk insan hakları hukukunun değil; son yıllarda oluştuğu ileri sürülen ve bir ölçüye kadar ulusal-üstü niteliklere sahip *Avrupa İnsan Hakları Hukukunun* (''corpus iuris''inin) da geleceği üzerinde hiç şüphesiz belirleyici olacaktı.

1.4.2. Jürisprüdansiyel Korumanın Sürdürülebilirliği ve Handikaplar

Buraya kadar, AB'de insan hakları korumasının ortaya çıkışının jürisprüdansiyel ayağı üzerinde durduk. Esasen bir ölçüye kadar 1980'lere ve hatta 1990'lara kadar başka bir ayaktan da bahsetmek pek mümkün değildi. Peki jürisprüdansiyel olarak ortaya çıkan ve bir dereceye kadar da gelişen bu korumanın (veya bu hukukun), bundan sonra da jürisprüdansiyel olarak devam ettirilmesi mümkün müydü sorusu, o tarihler için sorulması gerekli bir soruydu. Diğer bir deyişle, korumanın zaten içtihadi olarak başlamasında, bir sıkıntı yoktu; zira Toplulukta insan haklarının korunması gerekliliği bir kez ortaya kondu mu, başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere mevzuattaki sessizlik

[305] Örneğin, 1970'ler ve 80'lerdeki gelişmeler, *Steinike und Weinleg* ve *Solange-II* kararlarının verilmesinde nasıl etkili olduysa, Temel Haklar Şartı'nın kabulünün de Alman AYM'nin son *Banana kararlarının* verilmesinde etkili olduğu söylenmiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.61.
[306] Wetzel, **op.cit**, pp.2833-2834, note: 80.

karşısında, o tarih için bunu yapmaya tek muktedir aktörün zaten Topluluk yargısı olduğu açıktı. Nitekim Divan, yukarıda yer verdiğimiz dinamiklerin de etkisiyle, bu vazifeyi üstlendi; insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna sokarak *AB İnsan Hakları Hukukunun* temellerini attı ve bir ölçüye kadar da geliştirdi. Hatta bu gelişim sürecinin sonunda, belki de bir çok demokratik devlette olmayan ''anayasal'' bir temel haklar listesi, Topluluk Hukukuna (içtihadi olarak) armağan edilmişti. Üstelik, insan haklarının korunması adına atılan bu adımlar, bu konuda oldukça titiz davranan ulusal anayasa mahkemelerinin bile iltifatına mazhar oldu ve *Solange-II* süreci olarak adlandırdığımız kararlar dizisine yol açtı. Dolayısıyla 1990'lar bakımından, gelinen noktada, jürisprüdansiyel koruma, bu işi, dönemine göre oldukça iyi sayılabilecek bir şekilde yürütmekteydi.[307] Peki bunun böyle gitmesi, *sürdürülebilir* miydi?

Başlamadan belirtelim ki, bu tartışma ve ortaya konan argümanlar, sadece, 1990'lara gelindiğinde AB'de geçerli olan jürisprüdansiyel korumanın sürdürülebilir olup olmadığına yönelik o tarih için geçerli olan, bugün güncelliğini yitirmiş, salt tarihsel bir tartışma olmaktan öte; hukuki temel ve kaynaklar içtihadi plandan yazılı-anayasal boyuta geçmiş olsa da, günümüzde de bu hukukun temel aktörünün Adalet Divanı olduğu gerçeği karşısında, güncel bir önem de taşımaktadır. Bu anlamda aşağıda, 1990'lara gelindiğinde jürisprüdansiyel korumanın bir eksikliği ve hatta handikapı olarak ortaya konan hususların pek çoğunun, bugün için de birer eksiklik/handikap olarak karşımızda durduğunu söylemek mümkündür.

Sürdürülebilirlikten Kasıt Nedir?

Sorunun cevabı için, önce bu ''sürdürme''den ne anladığımıza bakmak gerekir. Öncelikle, ''sürecin aynen devamı'' ile kastedilen, yine yazılı normatif anlamdaki sessizlik ve hatta ''kayıtsızlığın'' devamı ve bireysel hakların, Divan tarafından AİHS referanslı bir içtihadi haklar kataloğu üzerinden korunmaya ve geliştirilmeye devam etmesi midir;

[307] Hatta Divan'ın korumayı ilk başlattığı *Stauder kararından* sonra, doktrinde aşırı iyimser yorumların yapıldığına yukarıda değinmiştik (bkz.:supra dipnot:192). Örneğin Pescatore, Kurucu Antlaşmalar için getirilen hukuki denetim sisteminin muntazam bir niteliğe sahip olduğunu; temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir problemle karşılaşıldığında, Topluluğun, *kendi sınırları dışına çıkmaya gerek olmaksızın* bu problemleri çözmeye muktedir olduğunu söyleyebilmişti. Hatta yazar, daha da ileri giderek, bu denetimde, Avrupa Konseyi ve BM gibi örgütlerin insan hakları konusundaki metinleri referans alınbilirse de, bunların bağımsız ve bağlayıcı normlar olarak Topluluk hukuk sistemine aktrmaya gerek olmadığını; çünkü bu sistemin, zaten muntazam bir insan hakları korumasının inşası için gerekli tüm kaynakları barındırdığını söylemekteydi. Pescatore, **Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities**, p.349.

yoksa gerek ‘’hukuki dayanak’’ (Kurucu Antlaşmalara hüküm eklemek suretiyle) gerek ‘’kaynaklar’’ (içtihadi kataloğun yanına Topluluk/Birlik kurumları tarafından kabul edilen yazılı bir kataloğun da eklenmesi) noktasında siyasi/hukuki/kurumsal yönden desteklenmesi ve tabii ki yine bunların nihai gözetimi ve denetiminin Topluluk/Birlik yargısına bırakılması mıdır? Birinci soru, Divan eliyle insan hakları korumasının bireysel özgürlüklerin korunmasında yeterli olup olmadığı yönüyle Topluluk yargısına bakan; ikinci soru ise, Topluluğun/Birliğin gelinen noktada 1950’lerdeki kayıtsızlığı sürdürmesinin siyaseten mümkün olup olmaması yönüyle Topluluğa/Birliğe bakan bir sorudur. Biraz daha basitleştirmeye çalışırsak; bu sorunun iki şekilde sorulması mümkündür?

Bireysel özgürlükler (yani insan hakları) penceresinden: Sürecin aynen devamı, salt insan hakları penceresinden baktığımızda, ‘’bireysel özgürlüklerin korunması’’ bağlamında (tek başına) yeterli midir; yoksa siyasi-hukuki-kurumsal yönden desteklenmesi gerekir mi?

Siyaset penceresinden: Velev ki bireysel özgürlüklerin korunması için yeterli bir sistem getirsin (veya getirmesin), sürecin aynen devamı (yani Topluluğun/Birliğin halen 1950’lerdeki gibi meseleye kayıtsız kalması ve bir anlamda ‘’üç maymun’’u oynaması), Topluluğun uluslararası plandaki iddiaları, samimiyeti ve hatta meşruiyeti bağlamında savunulabilir mi?

Biz, burada birinci soruya cevap vereceğiz. Çünkü çalışmanın bu kısmında, jürisprüdansiyel korumayı gördük ve şimdi de onun değerlendirmesini yapmaktayız. Siyaseten veya sosyo-politik açıdan, insan hakları korumasının Topluluk kurumları tarafından desteklenmesi ve geliştirilmesinin maslahata uygunluğu ise, başka bir meseledir ve zaten tezin bundan sonraki ikinci bölümünün de ana maddesidir. Farklı bir anlatımla, 1980’lerdeki mevcut durumun aynen devamının bireysel özgürlükler açısından yerinde olup olmadığı farklı şey; yerinde olsun-olmasın bunun siyasi-hukuki-kurumsal anlamda desteklenmesi lüzumu farklı şeydir. Birincisine verilecek menfi bir cevabın, ikincisini zaruri kılacağı muhakkaktır; ancak birincisine verilecek müspet bir cevabın, ikincisine olan zarureti ortadan kaldıracağı söylenemez. Bu iki durumdan ilki, hukuki; ikincisi ise, siyasi bir değerlendirmedir ve burada değerlendirilecek olan da, ilkidir.

Alt-Sorular

Divan tarafından 1980'ler veya 1990'lardaki haliyle jürisprüdansiyel korumanın bireysel özgürlükler açısından yeterli olup olmadığının tahlili, başka ''alt-soruların'' sorulmasını gerekli kılmaktadır: Topluluk hukuk sisteminde, Divan eliyle insan haklarının korunmasının meşruiyeti var mıdır? Bu hukuk sisteminin getirdiği denetim sistemi, bireysel özgürlükleri korumaya elverişli midir? Bireysel davalar üzerinden, diğer bir deyişle somut olaylara dayalı (*case-by-case*) denetim, ulusal anayasalar ve uluslararası metinlerle korunan hak ve özgürlük standartlarını karşılayabilir mi; yani ''içtihadi'' temel haklar kataloğu yeterli midir? Bu soruları, bir nevi ''şeytanın avukatlığını'' yaparak cevaplamak, yukarıda sorduğumuz temel sorunun (*sürdürülebilirlik*) cevabını vermemizi sağlayacaktır.

Alt-Soru 1: Yargısal Aktivizm ve Meşruiyet Sorunsalı

Bizce bu, belki de en rahat cevaplanacak sorulardan biridir. Divan, AB Hukukunun uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakla vazifelendirilmiş temel yargısal otoritedir. Yukarıda Divan'ın Antlaşmalar kapsamındaki yargı yetkisini görürken, çok geniş bir yelpazede görevler icra ettiğini söylemiştik. Nitekim, bu yetkilerin, Divan'ı, AB Hukukunun bir anayasa veya yüksek mahkemesi haline getirdiği yorumlarına da yer vermiştik. Gerek Divan'ın gerekse AB'nin niteliğine ilişkin (federasyon bağlamındaki) tartışmaları bir kenara bırakırsak, bir yandan insan hakları korumasının başlatılması; bir yandan da, Topluluk Hukukunun üstünlüğü ve doğrudan etkili olması gibi doktrinler, Adalet Divanı'nı, ilk kurulduğunda kendisine yüklenen Topluluklarla ilgili belli yetki sorunlarını çözen bir mahkeme olma işlevinden çok ötede, ulusal anayasal/yüksek mahkemeler gibi, ait olduğu hukuk düzeninin koruduğu hak ve özgürlüklerin bir teminatı olma rolüne büründürdüğü yönündeki değerlendirmeyi paylaştığımızı da belirtmiştik.[308] Nitekim, *ön-karar* mekanizmasının da, insan haklarının korunması başta olmak üzere, AB Hukukunun mihenk taşlarından olan birçok gelişmenin yaşanmasında oynadığı rol ve Divan ile ulusal mahkemeler arasında bir köprü vazifesi görerek ulusal hukukların ''Topluluklaştırılması''na yaptığı katkı da, Divan'ın bu nitelikteki bir mahkeme olmasına oldukça katkı sağlamıştı.[309]

---

[308] Hinarejos, **op.cit**, p.5.

[309] Daha önceden de değindiğimiz gibi, Topluluk Hukukunun, bilhassa genç bir hukuk dalı olduğu ilk zamanlarda, bu hukukun ulusal mahkemelerce uygulanmasına dair doğru kararlar verilmesini sağlamak, bütün üye devletlerde yeknesak uygulanması ve yorumlanmasını temin etmek ve sınırlı ''locus standi'' kuralları (veya mali sebepler) dolayısıyla Divan'a ulaşmakta güçlük yaşayan

Aslında Divan için bu ifadeleri kullandıktan sonra, onun insan haklarının korunması noktasındaki meşruiyetinin de çok fazla sorgulanacak bir yönü kalmamaktadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı liberal bir toplumda, anayasal sistemin en yüksek mahkemesinin bireysel özgürlükleri korumasından daha doğal bir şey olamazdı. Nitekim bu noktada, insan hakları noktasındaki aktif tavrının Adalet Divanı için – acaba bu korumayı yapması meşru mudur değil midir sorusunun ötesinde – nasıl bir meşrulaştırıcı işlev gördüğüne ve onun gerek ulusal mahkemeler karşısında, gerekse bizzat bu anayasal sistemin kendi kurumları nezdinde ve hatta uluslararası sistemin mahkemelerinin nazarında da güçlü bir aktör ve Avrupa Kamu Hukukunun yeni bir oyuncusu olarak kimliğini inşa etmesine katkı sağladığına, değinmiştik

Meşruiyet Noktasındaki Muhtemel İtirazlar: Böyle Bir Denetim Yetkisi Yok.

Belki bu noktada, Divan'ın, bu korumayı, herhangi bir anayasal dayanak yokken başlatması ve hatta Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal tasarrufları da denetlemeye başlamasına yönelik itirazlar gelebilir. Öncelikle, hem yukarıda değindiğimiz hem de aşağıda göreceğimiz gibi, Divan'ın Topluluk tasarruflarını hukuka uygunluk yönünden denetlemesi, zaten daha Toplulukların ilk yıllarından itibaren Antlaşmaların benimsemiş olduğu bir sistemdi. Normatif sessizlik ise, denetim yetkisi noktasında değil; bu denetimin insan haklarına uygunluk açısından yapılmasında ve herhangi bir Kurucu Antlaşma'da insan haklarının korunmasına Topluluğun görevleri arasında yer verilmesi noktasındaydı.

Bunlardan ilki, esasında hukuki planda lüzumlu olmayan bir şeydi. Nasıl ki, bir anayasal veya yüksek mahkemenin görevi, belli devlet işlemlerinin kendi anayasasına (özel olarak insan haklarına değil) uygunluğunu denetlemektir ve insan hakları da anayasada düzenlenmesi boyutuyla bu denetimde bir ölçü norm vazifesi görür; aynen Topluluk yargısı için de temel görev, Topluluk işlemlerinin Antlaşmalara uygunluğunu denetlemekti ve insan hakları da Antlaşmaların bir parçası olarak bu denetimde bir ölçü norm olma vazifesi görmekteydi. Bu noktada ileri bir itiraz, insan haklarının Antlaşmalarda korunan bir değer/ilke vs. olmamasına rağmen, Divan tarafından genel

---

bireyler bakımından, ulusal mahkemeler önünde dava açıp bu mekanizmanın işletilmesini sağlamak suretiyle bireysel hak arama özgürlüğüne katkı yapmak gibi çok önemli işlevleri olan ön-karar mekanizması, Adalet Divanı'nın ulusal hukuklar ve ulusal mahkemeler üzerinde etkili olmasının belki de en önemli aracı olma vasfını taşımış ve Divan'ın ait olduğu hukuk düzeni için belki de bir ''yüksek mahkeme'' veya ''anayasa mahkemesi'' olma işlevine hiç şüphesiz katkı sağlamıştır. Bkz.: Wetzel, **op.cit**, pp.2829-2830.

hukuk ilkeleri ‘’kılıfı’’ altında Antlaşmaların ayrılmaz bir parçası gibi görülüp uygulanmasına yönelebilirse de; ileride AB İnsan Hakları Hukukunun bir kaynağı olarak ‘’hukukun genel ilkelerini’’ anlatırken de göreceğimiz gibi, genel hukuk ilkelerini, Topluluk Hukukunun bir kaynağı olarak kullanmak, bizzat Antlaşmalarda dayanağı olan bir gelişmeydi ve temel hak ve özgürlüklere saygının da bu ilkelerden biri olduğuna herhalde İkinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa kamu alanında kimsenin itirazı olamazdı.

Dolayısıyla Divan’ın, insan hakları denetiminde, ABD Yüksek Mahkemesi’nin (anayasal açık bir yetkisi yokken başlattığı) anayasal denetimi başlatarak sergilediği yargısal aktivizm kadar dahi ileri gitmediği söylenebilir. Nitekim bu husus, marjinal görüşler dışında, hiçbir zaman da ciddi bir dirençle karşılaşmamış; yani meşruiyeti sorgulanan bir husus olmamıştır. Normatif sessizliğin ikinci boyutuna (Kurucu Antlaşmalarda insan haklarının korunduğu ve Toplulukların bir değeri olduğuna dair herhangi bir atıf olmaması) gelince ise, bunun, o tarih için (Divan’ı ilgilendiren) yargısal değil, siyasi bir sorun olduğunu herhalde söylemeye gerek yoktur.

Ulusal tasarrufların denetlenmesi noktasında ise, bilindiği üzere, bu, Topluluk tasarrufları gibi iptali için Divan’ın yetkili kılındığı bir denetim değil; Divan’ın, yukarıda gördüğümüz *ön-karar mekanizması* çerçevesinde Topluluk tasarruflarını yorumlarken insan haklarına (dolayısıyla Antlaşmalara) aykırı gördüğü Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal karar ve işlemlerin ‘’üstünlük’’ ilkesi gereğince uygulanmaması için ‘’ulusal mahkemelere’’ yaptığı ‘’bildirimden’’ ibaretti. Bu yönüyle, belki buna ‘’insan haklarına uygunluk açısından denetleme’’den ziyade ‘’insan haklarına uygunluk açısından yorumlama’’ demek, daha doğru olabilir. Bu yönüyle, ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi, aslında bir insan hakları meselesi olmaktan önce, nihai sözün ulusal merciler tarafından söylendiği, bir ‘’üstünlük’’ meselesiydi. Nitekim Divan’ın insan hakları koruması adına yaşattığı bu gelişme de (Topluluk kurumlarının kendi Topluluk tasarruflarının denetlenmesine itiraz etmemeleri gibi) Üye Devletler tarafından ciddi bir dirençle karşılaşmadı. Esasında bu süreçte, Üye Devletlerden gelen itirazlar, kendi tasarruflarının Topluluk yargısı tarafından insan haklarına uygunluk yönünden denetlenmesine (daha doğru ifadeyle yorumlanmasına) değil; tam tersine ‘’(o tarih için) insan haklarını (ulusal anayasalarla mukayese edildiğinde) yeterince korumayan Topluluk Hukukunun ve Divan’ın (ilk süreçteki *Stork, Geitling, Sgarlata kararları*) bunun üstüne bir de ulusal anayasal güvenceler karşısında ‘’üstünlük’’ iddia etme şeklindeki yargısal aktivizmineydi ki; bu bile, zaten insan hakları

korumasının normatif sessizlik karşısında jürisprüdansiyel olarak başlatılması ve sürdürülmesinin meşruluğunu başlı başına ortaya koyan bir gelişmeydi.

Alt-Soru 2: Bireysel Özgürlükleri Korumaya Elverişlilik

Yukarıda ''sürdürülebilirlik'' bağlamında sorulmasını gerekli gördüğümüz ikinci alt-soru da, 1980 ve 1990'lardaki mevcut sistemin ***bireysel özgürlükleri korunmasında elverişli*** olup olmadığıydı. Tabii bu noktada verilecek olumlu bir cevap, sistemin her yönden mükemmel olduğu ve hiçbir eksikliğinin bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Tersten ifade edersek, Divan eliyle yürütülen jürisprüdansiyel korumaya dair birtakım eksikliklerin, eleştirilen yanların bulunması, tek başına jürisprüdansiyel koruma sisteminin elverişliliğini belirlemede bir kriter olamaz. Burada önemli olan, sorunlu fakat münferit olaylar ve içtihatları değil; *sistemsel handikapları* veya bu sorunlu içtihatların müstakar bir hal alıp sistemsel bir handikapa dönüşüp dönüşmediğini tespit etmek ve bu bağlamda, AB Hukukunda jürisprüdansiyel korumanın bireysel özgürlüklerin korunması bakımından genel anlamda elverişli bir hukuki yol olup olmadığını değerlendirmektir. Öyleyse bu sorunun mahuti bir bakışla cevaplanabilmesi için, önce, bir temel haklar koruma sisteminden ne beklendiğinin (tabii ki ilgili siyasi toplum, olayımızda AT/AB bağlamında) ortaya konması; ardından da istikrar kazanmış sorunlu uygulamaları (varsa) tespit ederek bunları çarpıştırmak gerekir.

Etkili Bir Anayasal/İdari Yargısal Denetimin Unsurları

Elbette ki, burada ayrıntılı bir *anayasal veya idari yargı denetiminin unsurları* analizi yapacak değiliz; böyle bir analiz, bu çalışmanın boyutlarını aşar. Ancak genel hatlarıyla söylemek gerekirse, hukukun üstünlüğüne dayalı bir siyasi toplumda iktidar aygıtının idari veya yasama tasarruflarının yargısal denetiminde, esaslı unsurların ***yaygın***, ***derinlemesine*** **ve** ***bağlayıcı*** ve ***ulaşılabilir*** bir denetim olduğunu söyleyebiliriz. Bireysel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması için, devlet aygıtının tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması; yargı organlarının bu denetimi yüzeysel değil, en ince ayrıntısına girerek yapmaya yetkili olması; yargısal denetim neticesinde verilen kararların tüm devlet organları (ve tabii ki kişiler) üzerinde bağlayıcı olması ve tabii ki, korumaya muhtaç olan kişilerin bu denetime etkin bir şekilde başvurabilmesi

gerekliliğinden bahsedebiliriz. Bu unsurları, 1980 ve 90'ların Topluluğuna uyguladığımızda, nasıl bir fotoğrafla karşılaşacağımıza bakalım.

Etkili Yargısal Denetimin Unsurları-I: Denetimin Yaygınlığı

Divan, kural olarak tüm Topluluk işlemlerini (tabii ki anayasa niteliğindeki Kurucu Antlaşmalar hariç) denetleyebilmektedir. AB Hukukunda denetime tabi normları, aşağıda çalışmanın üçüncü bölümünde göreceğiz. Burada, adalet ve içişleri alanındaki bazı tedbirlerle ortak dış politika ve güvenlik politikası kapsamındaki birtakım kararları denetleyemediği ileri sürülebilirse de, hem bunların, Maastricht Antlaşması ile 1990'larda gelen yeni alanlar olduğunu söylemek gerekir; hem de bunun yargı eliyle (''hükümet tasarrufu'' şeklinde) yapılan bir kısıtlama değil, bilakis Antlaşmalar tarafından (''yasama kısıntısı'' şeklinde) yapılan bir kısıtlama olduğunu (örneğin Türk Hukukunda olağanüstühal kanun hükmünde kararnamelerin denetlenememesi gibi) hatırlatmak gerekir. Bu, hukukun üstünlüğü bakımından sorunlu olsa da, elbette ki, jürisprüdansiyel korumanın bir handikapı değildir. Keza *eylem* boyutunda da, kurumların gerçekleştirdikleri ve gerçekleştirmedikleri eylemler bakımından yargı denetimine tabi olduğu bilinmektedir (bkz.: *eylemsizlik davası*). *Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal tasarruflara* gelince ise, bir kere söz konusu ulusal tasarrufun dayandığı Topluluk normu zaten denetleneceği ve Antlaşmalara (ve o kapsamda da insan haklarına) uygunluğu sağlanacağı için, onun çerçevesinde kabul edilen veya onu ilgilendiren ulusal tasarrufların da zaten ona uygun olması; değilse de, ulusal yargı yerlerince bu aykırılığın giderilmesi gerekir. Yani bu konuda hak ve özgürlüklerin korunmasında temel vazifeli düzey, zaten ulusal düzeydir. Üstelik, *Topluluk Hukukunun* yeknesak uygulanması adına, ulusal mahkemelere bu görevlerinde yardımcı olmak üzere de *ön-karar mekanizması* mevcuttur ve ilgili ulusal tasarruflar, bizzat Topluluk yargısı tarafından da insan hakları süzgecinden geçirilmektedir.

Etkili Yargısal Denetimin Unsurları-II: Denetimin Derinliği

Öte yandan Divan, yaptığı bu denetimi *derinlemesine* yapabilmektedir. Yani tüm Topluluk yargı organları, gerek Topluluk tasarruflarını denetlerken gerekse ulusal tasarrufları insan hakları ışığında yorumlarken, bu denetimi elbette yüzeysel değil,

derinlemesine yapabilmektedir. Divan, birçok kararında, (*Wachauf, Kremzow* vs.[310]) *kendisine bir ulusal tasarrufun Antlaşmalara ve insan haklarına uygunluğu konusunda başvurulduğunda, ulusal mahkemenin söz konusu tasarrufu bilhassa AİHS kapsamındaki temel haklarla uyumlu olup olmadığını değerlendirebilmesi için, ona, gerekli tüm rehberliği/yol göstermeyi yapacağını* söylemiştir. Yine bu bağlamda Hukuk Sözcüsü Colomer'in *Shingara* davasına[311] ilişkin görüşünde ileri sürdüğü *bir hukuki tasarrufun Topluluk veya Üye Devletler tarafından kabul edilmesine göre farklı yargısal denetim derecesine tabi tutulmasının mümkün olmadığı* yönündeki yaklaşımdan[312] da, öznesi ne olursa olsun yapılacak denetimin derinlik noktasında aynı düzeyde olacağı anlamını çıkarmak mümkündür.

Etkili Yargısal Denetimin Unsurları-III: Denetimin Bağlayıcılığı

Yine Divan'ın, yaptığı denetim neticesinde verdiği kararların bağlayıcılığı meselesine gelince; Divan'ın norm denetimi neticesinde verdiği kararların bağlayıcılığı ve ''erga omnes'' etkisi konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Divan'ın bir Topluluk normunu, örneğin bir hak veya özgürlüğü ihlal eden tüzük ve yönerge gibi düzenleyici veya kararlar gibi bireysel bir işlemi Antlaşmalara aykırı bularak iptal etmesi, elbette ki, o normun Topluluk sisteminden ayıklanması demek olacaktır. Divan'ın kararlarının emsal teşkil etmesi noktasında ise, ulusal anayasa mahkemelerinin bile kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı konusundaki genel kanaati düşünürsek, bu yönden Topluluktaki jürisprüdansiyel korumaya atfedilecek bir eksiklik bulunamaz. Divan'ın *ön-karar* neticesinde verdiği kararlar bakımından ise, dediğimiz gibi, bunların, niteliği itibariyle, değil başka olaylar için emsal teşkil etmesi, ait olduğu somut olay bakımından dahi başvuruyu yapan ulusal yargı yerinin kararına muhtaç olduğunu müteaddit defalar zikrettik. Ancak bizce bunun da bir sistemsel eksiklik, bir handikap olarak değerlendirilmesi pek mümkün değildir. Zira dediğimiz gibi, *ön-karar* başvurularında, sorun, Topluluk normundan kaynaklanıyorsa, Divan, zaten bunu sistemden ayıklamaktadır ve bu karar da elbette herkes için etkili ve bağlayıcıdır. Problem, ulusal tasarruftan kaynaklanıyorsa, bu zaten Topluluk Hukukunun bir problemi değil, onu gereği gibi uygulamayan ulusal idari/yargısal makamların problemidir. Üstelik Divan, burada,

---

[310] C-299/95, *Kremzow v. Republik Österreich*, 29.5.1997, ECR 1997/I-2629, para.15.
[311] C-65/95, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Shingara and Radiom*, 17.6.1997, ECR 1997/I-3343.
[312] Betten, Grief, **op.cit**, p.87.

ulusal mahkemeye yanlışı ayıklaması için *ön-karar* üzerinden fazladan bir destek olma işlevini dahi yerine getirmektedir. Elbette ki, *ön-karar* mekanizmasının niteliği gereği, verilen kararlar, Üye Devlet mercilerince hem o somut olaya hem de benzer diğer olaylara uygulanmak zorundadır. Uygulamada, bunların ilkinde genelde bir problem yaşanmamakla birlikte, özellikle emsal olma boyutuyla Üye Devletlerin bazı istemedikleri kararları, ''tarafları bağlar'' diyerek benzer olaylara teşmil etmemelerine sıklıkla rastlansa da;[313] dediğimiz gibi, bu, Topluluk Hukukunun ve jürisprüdansiyel korumanın bir problemi değil, bunun gereğini yerine getirmeyen Üye Devletlere atfedilecek bir kusur olsa gerektir.[314]

Etkili Yargısal Denetimin Unsurları-IV: Denetimin Ulaşılabilirliği

Etkili bir yargısal koruma noktasında dördüncü unsur olarak zikrettiğimiz denetimin ulaşılabilir olması meselesine gelince ise, belki de, Topluluktaki jürisprüdansiyel korumanın en zayıf noktasının burası olduğu söylenebilir. ''Dava ehliyeti'' (*locus standi*) dediğimiz, kişilerin Divan önünde norm denetimi için dava açabilmelerini düzenleyen Antlaşma hükümleri ve bilhassa da Topluluk yargısı tarafından bu hükümlerin yorumlanması, Topluluğun ilk yıllarından itibaren akademik çevrelerde eleştirilmiştir. Konuştuğumuz dönemde (1980'ler ve 90'lar), ana Topluluk kurumları, kural olarak herhangi bir rabıta (ilgi, menfaat vs.) aranmaksızın bir Topluluk tasarrufunu Topluluk yargısı önüne getirme yetkisine (yani bir anlamda sınırsız bir dava ehliyetine) sahipken; bireylerin dava açabilmeleri, belli koşullara bağlanmıştı. Roma (AET) Antlaşması'nın ilk halinde (ki Lizbon'a kadar böyle gitmiştir), *gerçek ve tüzel kişiler, doğrudan kendilerine yöneltilen bir karara yahut başkasına yöneltilmiş olmakla birlikte bireysel ve doğrudan bir ilgilerinin (menfaatlerinin) bulunduğu tasarruflara (tüzük,*

[313] Örneğin, Divan'ın hizmet sunmak için (hizmet sunma serbestisi kapsamında) İngiltere'ye giden Türk vatandaşlarının vizeye tabi tutulmasını 1973 tarihli Katma Protokol'e aykırı bulmasından (C-16/05, *Tum and Dari*) sonra, normalde olması gereken, tüm AB Üye Devletlerinde karardaki davacıların konumunda bulunan Türk vatandaşlarını benzer hakka sahip kılacak düzenlemelerin yapılmasıydı. Ancak değil diğer ülkeler, davanın bizzat muhatabı olan İngiltere dahi, uzun süre bunun sadece davanın taraflarını bağladığı gerekçesiyle söz konusu teşmili yapmaktan imtina etmiştir. Bugün dahi ne derece bunu uyguladığı tartışmalıdır. Bu, elbette, yüzlerce, hatta binlerce örnekten sadece biridir.

[314] Örneğin bu bağlamda yine ülkemizden bir örnek vermek gerekirse; Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular neticesinde verdiği kararların dahi, kimi zaman idari ve hatta yargısal merciler tarafından emsal kabul edilip benzer olaylara uygulanmadığını görmekteyiz. Özellikle uzun tutukluluk süreleriyle ilgili kararlar, bunun dramatik bir örneğidir. Bu, elbette ki, sağlanan korumanın sistem noktasındaki bir handikapı olarak lanse edilemez.

karar vs.) karşı iptal davası açabilmekteydiler (m.173/2). Diğer bir deyişle, örneğin bir kişinin, temel hak ve özgürlüklere aykırı bir Topluluk tasarrufuna karşı dava açabilmesi için, ya o tasarrufun doğrudan kendisini muhatap alması; ya da doğrudan kendisini muhatap almıyorsa da, o takdirde o tasarrufla ''doğrudan'' ve ''bireysel'' bir ilgisinin (*direct and individual concern*) bulunması gerekiyordu. [315] Bu noktada asıl mesele, elbette ki ikinci grup (yani doğrudan muhatabı başkası olan) Topluluk tasarrufları bakımındandı: bunlarda aranan *doğrudan ve bireysel menfaat* şartı bakımından.

Doğrudan ve Bireysel Etkilenme: Elbette ki, bir idari işlem veya eyleme karşı dava (iptal, tazminat vs.) açabilmek için menfaatin ihlal edilmesi ve hatta zarara uğramış olma gibi şartların aranması doğaldır. Yoksa etkili ve ulaşılabilir bir yargı denetimi için, beklenen, elbette ki, tüm idari işlemlere karşı, sırf hukukun üstünlüğünü koruma gibi sebeplerle, ilgisi olsun olmasın herkesin dava açabilmesi değildir. Yukarıdaki AET Antlaşması hükmünü de bu bağlamda değerlendirmek gerekir.[316]

Ancak burada süreç içerisinde eleştirilere yol açan, Antlaşma'nın bu hükmünden çok, Topluluk yargısının (Divan ve İlk Derece Mahkemesi) buradaki ''doğrudan ve bireysel menfaat'' şartına ilişkin yorumu olmuştur. Başta Divan olmak üzere Topluluk yargı organlarının, genellikle, dava ehliyeti noktasındaki bu şartları çok dar ve katı bir biçimde yorumladıkları ve bunun da bireylerin dava açma haklarını – insan haklarına aykırı bir şekilde – sınırladığı ve bireysel özgürlüklerin korunmasını zorlaştırdığı eleştirileri, ilk yıllardan itibaren akademik ve siyasi çevrelerce dile getirilmiştir.[317]

Bu durum, bilhassa, belirli bir muhatabı olmayan, bağlayıcı ve doğrudan etkili veya bazen iç hukukta uygulanması için ilave ulusal tedbirlere ihtiyaç duymayan; fakat

---

[315] Ancak Üye Devletler ve Topluluk kurumlarının dava açabilmeleri için böyle bir şart aranmamaktaydı. Aynı hükmün birinci fıkrası uyarınca, *imtiyazlı (privileged) davacılar* olarak anılan bu aktörler, herhangi bir muhatabiyet, menfaat vs. aranmaksızın bağlayıcı nitelikteki Topluluk tasarruflarına karşı dava açabilmekteydi.

[316] Doktrinde Bebr, Toplulukların ilk kuruluşunda, bireylerin, yeni ortaya çıkan ve gelişen bu hukuk düzeninde oynayabileceği rolü kimsenin öngöremediğini; genelde Topluluk tasarruflarının denetiminin Topluluk kurumları, ulusal tasarrufların da ulusal merciler tarafından hareket geçirilmeye müsait mekanizmalara emanet edildiğini; ancak Topluluklar işleyip gelişmeye başladıkça bunun, bireysel hakların (sadece insan hakları anlamındaki haklar değil) korunması adına nasıl bir boşluğa yol açtığının ortaya çıktığını söylemiştir. Yazara göre, bu durum, Divan'ı, Topluluğun ilk yıllarından itibaren, aşama aşama bireysel yargısal korumayı geliştirme yönünde bir tavır izlemeye sevk etmiştir. Gerhard Bebr, ''Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law'', **Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers**, Vol:II, Edt. by Deirdre Curtin, Ton Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.304.

[317] Ayrıntılı bilgi için bkz.: Anthony Arnull, ''Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of te EC'', **Common Market Law Review**, Vol.32, Issue:1, pp.7-49; Bermann et. al., **op.cit**, pp.137 vd.

kişileri bir şekilde etkileme potansiyeline sahip düzenleyici işlemler olarak **tüzükler** bakımından söz konusu olmuştur.[318] Divan'ın bu noktadaki genel (istikrar kazanmış tavrı), ***muhatabın, genel ve soyut manada değil, bireysel olarak etkilenmiş olması*** olmuştur. Divan'a göre; sadece *doğrudan ilgilendirme* (*direct concern*) değil, *bireysel bir menfaatin* de var olması gerekmekte; nesnel durumlara matuf olan, genel ve soyut şekilde bireylere uygulanan tüzükler, bu anlamda (doğrudan ilgi koşulunu taşısa da) *bireysel menfaat* şartını taşımamaktadır.[319] ***Görüldüğü gibi, Divan'a göre, kişi, etkilenmiş olabilir; ancak bu etkilenme, herkesin potansiyel olarak etkilenme ihtimali kadar bir etkilenme ise, m.173 anlamında bireysel etkilenme sayılmayacaktır***.[320]

Bireysel menfaatte bu denli derinlemesine inme ve ''bireyselliği'' bir anlamda ''özelliğe'' bağlama şeklindeki yaklaşımın, ki bunun yıllar içinde istikrar kazandığı da düşünüldüğünde, bilhassa mülkiyet vs. temel hakların kısıtlanmasında, münferit sorunlu uygulama değerlendirmesini aşan sistemsel bir handikapa dönüştüğü söylenmiştir.[321] Divan'ın buna yaklaşımı ise, hemen aşağıda göreceğimiz Topluluk Hukukunun bütününe

---

[318] Zaten daha önceden de değindiğimiz gibi, ikincil Topluluk mevzuatı dediğimizde, *tüzükler, yönergeler, kararlar ve görüşler*, bunun kapsamına girmektedir. Bağlayıcı olmayan *görüşleri* saymazsak, ancak diğer üçüne karşı iptal davası açılması mümkündür. Yönergeler, kural olarak, doğrudan etkili olmayıp; ilave ulusal uygulama tedbirlerine ihtiyaç duymaktadır. Kararlarsa, doğrudan muhatabı olan ve sadece muhatabını bağlayan işlemlerdir; bu itibarla kural olarak, davada, başkasının bir menfaati zaten yoktur. Dolayısıyla bağlayıcı, doğrudan etkili ve belirli bir muhatabı (*addressee*) olmayabilecek tek (düzenleyici) Topluluk tasarrufu olarak, *tüzükler* kalmaktadır.

[319] De Witte, **The Past and Future…**, p.875.

[320] Örneğin 1962 tarihli *Conf. Des prod. de fruits v. Conseil CEE* davasında (C-16/62&17/62, Joined Cases, *Conf. Des prod. de fruits v Conseil CEE*, 14.12.1962, ECR 1962/471), bir Fransız meyve ve sebze üreticileri derneğinin, meyve-sebze alanında ortak pazara dair bir tüzüğün Antlaşma'nın belli hükümlerine (bunların temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmadığını belirtelim) aykırılığı gerekçesiyle iptali için yaptığı başvuruda, dava ehliyeti gündeme gelmiş; davacılar, bunun tüzük formatında aslında bir kararlar bütünü (*bundle of decisions*) olduğunu, dolayısıyla ortada zaten 173. madde anlamında bir kararın bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Divan ise, elbette ki, bir işlemi nitelerken onu yapan organ tarafından yapılan nitemeleyle bağlı olmayacağını; ancak davacıların iddia ettiği gibi karar sayılabilmesi için de, ***muhataplarını, genel ve soyut manada değil, bireysel olarak etkilemesi gerektiğini*** (para.3); oysa söz konusu tüzüğün, davacı dernek üyelerini, Topluluk tarım piyasasındaki diğer tüm üreticileri etkilemesi muhtemel olan kadar etkilediğini söylemiştir. Görüldüğü gibi Divan, ''bireysel menfaat/etkilenme'' şartını yorumlama bağlamında, bir tüzüğün düzenleyici nitelikte olması hasebiyle, *sınırlı sayıda kişiye* (ki bunlar tespit edilebilir, tanımlanabilir bir grup olabilir de olmayabilir de) uygulanan bir işlem olmadığını; soyut ve bir bütünlük içinde görülen bir kişiler kategorisine uygulandığını söyleyerek, davacının bu anlamda dava ehliyetinin olmadığına karar vermiştir. Bermann et. al., **op.cit**, p.139.

[321] Nitekim doktrinde, de Witte, buna izin verilen münferit birkaç olay haricinde, bireylerin normatif/düzenleyici Topluluk tasarruflarına karşı dava açmalarının neredeyse imkansız olduğunu ve uygulamanın bu şekilde geliştiğini belirtmiştir. De Witte, **The Past and Future…**, p.875.

bakıldığında aslında bir boşluk olmadığı ve bu açığı kapayan farklı mekanizmalar bulunduğu şeklinde olmuştur.[322]

Bir Karşı Methiye ve Karşı Methiyeye Reddiye

Buna karşılık, yukarıda da değindiğimiz gibi, Kurucu Antlaşmaların, bireylerin yargısal korunması ve bu bağlamda korunma mekanizmalarını harekete geçirme kapasiteleri noktasında, Topluluk Hukuku sistemini tasarlarkenki ihmallerine rağmen, Divan'ın, daha ilk yıllardan itibaren bu yönde aktif tavır aldığı; yukarıda ''dava ehliyeti'' *(locus standi)* konusunda serd edilen eleştirilerin isabetli olmadığı; münferit kısıtlayıcı içtihatlara rastlanabilmekle birlikte, ''doğrudan ve bireysel menfaat''in tespitindeki Divan yorumunun ''etkili bir yargısal koruma''nın unsurlarından olan ''denetimin ulaşılabilirliği'' ilkesine bir halel getirmediği ileri sürülmüştür. Örneğin doktrinde Bebr, bu anlamda 1986 tarihli *Les Verts* kararını[323] örnek göstermektedir.[324] Dava tarihinde, AET Antlaşması'nın yukarıda yer verdiğimiz 173. madde hükmü, yalnızca Konsey ve Komisyon'un tasarruflarına karşı dava açılabilmesini öngörmekteydi.[325] Les Verts adında çevreci bir derneğin Parlamento'nun iki kararına karşı açtığı davada, yetkisizlik iddialarına karşılık, Divan, Antlaşma'nın 164. maddesindeki ''antlaşmaların uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlama'' genel görevinden hareketle, Konsey ve Komisyon tarafından kabul edilenler dışındaki **Topluluk tasarruflarının da** hukuka uygunluğunu inceleyebileceğini; anılan hükmün, potansiyel davalılar olarak Konsey ile Komisyon'u zikretmiş olmasının, Parlamento'nun niteliği düşünüldüğünde, onun tarafından kabul edilen tasarrufları yargı denetiminden çıkarmak istediği şeklinde yorumlanamayacağını[326] söylemiştir (para.22).

Divan'a göre; *AET, hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine kurulmuş bir Topluluk olup; ne Üye Devletler ne de kurumlar, eylem ve işlemleri bakımından temel anayasal şart olan Antlaşmalara uygun davranıp davranmadıkları yönündeki denetimden kaçabilir. Divan'a yetki veren hükümler (iptal davası, iptali sonraki davalarda öne sürebilme, ön-karar mekanizması vs.) birlikte değerlendirildiğinde,* ***Antlaşma, genel ve bütün bir yargısal telafi/denetim sistemi öngörmüş*** *ve kendisine de kurumlar tarafından kabul*

---

[322] **Ibid.**
[323] C-294/83, Les Verts v. European Parliament, 23.4.1986, ECR 1986/1339.
[324] Bebr, **op.cit**, p.306.
[325] Aynı hükmün, Üye Devletlerin yanısıra dava açabilecek Topluluk organları olarak da Konsey ve Komisyon'u zikrettiğini ve Parlamento'ya dava yetkisi vermediğini de belirtelim.
[326] Ve hatta böyle yorumlanırsa, Parlamento'nun da – hükümde açıkça zikredilmemesine rağmen – Konsey ve Komisyon'un işlemlerine karşı dava açabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini...

edilen tasarrufları denetleyebileceği usulleri ihdas etmiştir. Bu sistemde, kişiler, ya doğrudan o Topluluk tasarrufuna karşı dava açabilmekte; ya da locus standi kuralları (doğrudan ve bireysel menfaat) dolayısıyla doğrudan dava açamadıkları hallerde de, bu Topluluk tasarrufu, Topluluk kurumları tarafından kabul edilen bireysel kararlarla uygulamaya geçiriliyorsa bu kararlara karşı Divan önünde, ulusal makamlar tarafından uygulamaya konuyorsa da, ulusal kararlara karşı ulusal mahkemeler önünde dava açabilip bunu, ön-karar ile Divan önüne getirebilmektedirler (para.23).

Sonuç olarak Divan'a göre, Antlaşma'nın genel felsefesi, hukuki etki doğurmaya elverişli tüm Topluluk işlemlerinin bir şekilde yargı denetimine açık olmasıdır (para.24).[327] İşte buradan hareketle, doktrinde, Topluluk hukuki koruma sisteminin yeterli olduğu; hatta var olan boşlukların bile gerek normal davalar, gerek *ön-karar* mekanizması[328] vasıtasıyla *jürisprüdansiyel* olarak doldurulduğu; bunun ise, temel hak ve özgürlükleri koruma adına bu işi Divan'a bırakmanın isabetli olduğunu gösterdiği söylenmiştir.

Bu anlamda, Divan'ın, gerek Topluluk Hukuku kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarının denetiminde, hem ''Topluluk Hukukunun kapsamını'' hem de ''Üye Devlet kamusal mercileri'' kavramını geniş tutarak; gerek *Les Verts*'te olduğu gibi, açıkça denetime tabi olmayan Topluluk tasarruflarını da yargısal korumada boşluk olmaması adına denetime tabi tutarak; gerek doğrudan etkili olmayan yönergelerin dahi kimi zaman hem de bireyler tarafından iptalinin dava edilmesine imkan tanıyarak; gerek ulusal mahkemeler önünde bireysel haklara ilişkin davalarda (konuyu düzenleyen herhangi bir Topluluk kuralının olmadığı hallerde dahi) usule ilişkin asgari standartları koyarak (örneğin ulusal mevzuat engellese bile mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verebilmeleri gibi[329]) ve gerekse de, bireysel korumanın, iptal ile sistemden ayıklamadan

---

[327] Hatta Bebr, bu anlamda, Divan'ın, en azından bir Topluluk kurumu olarak açıkça Antlaşma'da düzenlenen Parlamento'nun ötesinde, örneğin Türkiye ile Topluluk arasında kurulan Ortaklık Konseyi'nin kararlarının dahi, bu ilkeden hareketle, yargısal denetime açık olduğunu söylemesini (Bkz.: C-12/86, *Demirel* ve C-192/89, *Sevince* kararları), yargısal denetim sistemini (eksik bırakmamacasına) doldurma anlamında önemli görmektedir. Bebr, **op.cit**, pp.306, 307.

[328] *Ön-karar* mekanizmasının bu bağlamdaki rolü için bkz.: Bebr, **op.cit**, p.307 vd. Bu bağlamda de Witte, örnek olarak, yukarıda da gördüğümüz *Banana* davaları sürecini vermektedir. Orada da olaya konu tüzük, temel hakları ihlal ettiği gerekçesiyle ilk önce iptal davası yoluyla Alman muz üreticileri tarafından Divan önüne getirilmiş; ancak Divan, başvuruyu kabul edilemez bulmuştu. Bunun üzerine, muz üreticileri, tüzüğün Alman idari organlarınca uygulanmasına yönelik işlemlere karşı Alman mahkemeler önünde dava açmışlar; bu dava, bu sefer ön-karar prosedürü yoluyla Divan önüne gelmiş ve Divan da, temel haklara uygunluk noktasında görüşünü ortaya koyabilmişti. De Witte, **The Past and Future…**, p.876.

[329] Bkz.: *Factortame* (C-213/89) ve *Zuckerfabrik* (C-143/88 & C-92/89) kararları. Divan, bu kararlarında, bireysel hakların korunması bakımından herhangi bir Topluluk kuralının yokluğu halinde ulusal kuralların uygulanacağı şeklinde ulusal hukuka gösterdiği toleransı bir anlamda azaltmış ve özellikle ihtiyati tedbir noktasında, ulusal mahkemelerin ulusal mevzuat uyarınca

sonraki tamamlayanı olan mali sorumluluk ilkesini hukuka aykırı işlemler bakımından uygulayıp bireysel tazminatlara imkan vererek, bireysel özgürlüklerin korunmasında tedrici bir devrimi gerçekleştirdiği ileri sürülmüştür.[330]

Cevap: Ön-Karar Her Zaman İşe Yaramayabilir

Ancak tam bu noktada *ön-karar* mekanizmasının her zaman işe yaramayabileceği de öne sürülmüştür. Bir kere, bazı Topluluk tasarrufları (örneğin başta yönergeler), herhangi bir ilave ulusal uygulama işlemine gerek kalmaksızın doğrudan yasal düzenlemeler yoluyla iç hukuklara aktarılabilmektedir. Böyle olunca da, onlar hakkında yerel mahkemede de bir dava açılamamakta ve *ön-karar* prosedürü işletilememekte; tek yol olarak, önce bu yasal düzenlemeleri ihlal etmek ve ardından hakkında dava açılmasını bekleyip bu davada bir savunma olarak temel haklara aykırılığı ileri sürmek kalmaktadır.[331] Üstelik, ön-karar işletilebilse bile, asıl sorun Topluluk tasarrufunu uygulamaya yönelik ulusal tasarruflardan ziyade Topluluk

---

böyle bir yetkileri olmasa da, Topluluk kuralıyla çatışan ulusal norm hakkında, hakkındaki nihai karar verilene kadar yürütülmesinin durdulması vs. geçici tedbir kararı verilmesi gerektiğini; bunun bireylerin Topluluktan kaynaklanan haklarının (ki temel hak ve özgürlüklerin de buna dahil olduğu şüphesizdir) etkin bir şekilde korunması için elzem olduğunu söylemiştir. Kararın bir yönü ''üstünlük'' doktrinine; bir yönü ise, bireysel hakların korunmasına bakmaktadır.

[330] Bebr, **op.cit**, p.313. Doktrinde Henckaerts, ABD'den bir örnek vererek Divan'ın yaptığı şeyin, önemini nazara vermektedir. Yazara göre, ABD'de 1925 tarihli ünlü Gitlow v New York davasında, sadece federal boyutta (federal yönetime) uygulanabilen federal haklar bildirgesinin, federe boyutta (eyaletlere) uygulanabilen 14. değişikliğe aktarılarak, federe devletlerin de federal yönetimin bağlı olduğu hak bildrgesiyle bağlı hale geldiğini anlatmakta ve AB'de bir temel haklar bildirgesinin olmadığı bir ortamda, Adalet Divanı'nın Gitlow v New York'taki sonuca ulaşabilmek için, önce yargıç yapımı bir haklar belgesi oluşturmak ve sonra da bunu ikinci düzey olan Üye Devletlere uygulamak şeklinde iki şeyi yapmak zorunda kaldığını söylemektedir. Henckaerts, **The Protection of Human Rights in the European Union: Overview and Bibliography**, p.238.

[331] de Witte, **The Past and Future…**, p.876. Yazar, şu kurmaca örnek üzerinden tezini açıklamaktadır: O dönemde 89/5532 sayılı *Televizyonda Sınırları Kaldırmak* (*Television without Frontiers*) adlı yönergenin tütün ürünleriyle ilgili her türlü televizyon reklamını yasaklayan 13. maddesi, ifade özgürlüğü başta olmak üzere birtakım temel hakları ihlal ediyor olsa, bu aykırılık nasıl ortadan kaldırılabilirdi? Söz konusu hükmü, 177. madde anlamında iptal davasına konu etmek, *locus standi (ehliyet)* kuralları çerçevesinde mümkün değildi. Üstelik doğası gereği iç hukuklara aktarılması gereken bu yönerge hükümleri, herhangi bir ilave idari tasarrufu gerektirmeyecek şekilde yasal düzenlemeler yoluyla iç hukuklara aktarılmıştı. Genelde kanunlara karşı bireysel iptal davalarının da açılamadığını düşündüğümüzde, söz konusu hükmü – herhangi bir ilave idari işlemi de gerektirmediği için – yerel mahkeme önünde dava etmek ve böylece – *Banana*'daki gibi – ön-karar prosedürü işletilerek Divan önüne getirmek de mümkün değildi. Dolayısıyla bunlar, bireylere – temel haklara aykırı surette – yükümlülükler ve yasaklamalar getiren ''kanuni'' düzenlemeler şeklinde ulusal hukuklarda var olmaktaydı. Bu noktada bunları, bir şekilde Divan önüne getirmenin tek yolu olarak, önce bir şekilde bu yasal düzenlemeleri ''ihlal'' edip hakkında bir cezai veya idari sürecin başlatılmasını sağlamak, ardından da orada bir ''savunma'' şeklinde öne sürmek kalmaktaydı. **Ibid.**

tasarrufunun bizzat kendisi olduğunda, doğrudan kendisine karşı dava açmak gibi bir ihtimal varken sırf doğrudan ve bireysel ilgi şartını aramak adına, *ön-karar* üzerinden aynı hukukilik denetimini sağlatmanın, para, zaman ve enerjinin kaybından başka bir şey olmadığı söylenmiştir.[332]

Bu bağlamda, *ön-kararın* bireysel hakların korunması ve etkili yargısal başvuru hakkı bağlamındaki bir başka handikabı olarak da, bunun, bireylerin tek başına hareket geçirmeye muktedir oldukları bir mekanizma olmayıp, neticede ulusal mahkemenin ikna edilmesi gerekliliğine dayanması gösterilmiştir.[333] Tüm bunlar birlikte düşünüldüğünde, belki doğrudan iptal davası ya da ön-karar mekanizmaları üzerinden, bunların bir bütün olarak işletilmesi varsayımıyla yapılan ''Topluluk Hukukunun bireysel hakların korunması için etkili bir yargısal başvuru imkanı getirdiği'' şeklindeki yorum, bunların ikisine de *başvurulmadığı/başvurulamadığı* hallerde, birçok temel hak ihlali iddiasının Divan önüne gelmeden neticelenmesi gerçeği karşısında tartışılır bir yorum haline gelmektedir. Bütün bunlara bakıldığında ise, bireylerin, Topluluk Hukuku'nun kendilerine sağladığı dava ehliyetinin gerek Üye Devletlerdeki benzer davaları açma ehliyetinden gerekse AİHK ile AİHM'nin o dönemdeki konuya ilişkin yaklaşımından oldukça katı ve geride olduğu ve bunun da neticede bireysel hakların korunması ve o bağlamda etkili yargısal başvuru noktasında bir handikaba yol açtığı söylenmiştir.[334]

Çözüm: Özgürlükçü-Genişletici Yorum

---

[332] **Ibid.** pp.866-877.
[333] **Ibid.** p.887.
[334] **Ibid.** Nitekim Divan'ın kendisi de, hazırladığı bir raporunda, bireylerin m.177 kapsamında dava açmaları bakımından aranan ''doğrudan ve bireysel menfaat'' şartının bireylerin, bilhassa kurumların tasarruflarına karşı temel hak ve özgürlükleri noktasında etkili yargısal korunması için yeterli olup olmadığı sorusunun sorulabileceğini söyleyerek; bir anlamda, bunun, kriterlerin bizzat kendisinden kaynaklandığını, yoksa kendi içtihadi yorumundan kaynaklanan bir sorun olmadığını ima etmiş; yani ''suçu'', bu koşullara atarak, ilerleme/iyileştirme için bir anlamda Antlaşma değişikliğini adres göstermiştir. (http://www.cvce.eu/obj/Report_of_the_Court_of_Justice_of_the_European_Communities_Luxembourg_May_1995-en-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html, Erişim Tarihi: 24.12.2013, p.7, para, 20.; Ancak bu raporun hazırlanma sebebi olan Amsterdam Antlaşması'nı hazırlayan Hükümetler-Arası Konferans, bu konuda herhangi bir adım atmamıştır. De Witte, **The Past and Future…**, p.892. Hatta Divan dahi, bazı kararlarında (örneğin *Greenpeace*, C-321/95P), görüşünü değiştirmese de, önceki kararlarında yaptığı gibi konuya dair ayrıntılı açıklama ve tartışmalardan kaçınmış ve doğrudan meseleye dair görüşünü ortaya koymuştur. Bu, doktrinde, Divan yargıçları arasında konuya dair farklı fikirlerin bulunduğunun (fakat Divan sisteminde *karşı-oy müessesesi* olmadığı için dışarıya da yansıtılamadığının) göstergesi olarak yorumlanmıştır. **Ibid.** p.892, note:130**.**

Doktrinde, de Witte, benzer koşulların ulusal hukuklarda da bulunduğunu; ancak Divan kadar katı ve dar bir yoruma tabi tutulmadığını söylemekte ve Divan'ın biraz daha ''liberal'' bir yorum yolunu tercih ederek (ki bunu yetkisini aşmadan da yapabilir), bu ''sistemsel''' handikabı giderebileceğini savunmaktadır. Yazara göre; burada Divan'ın istenen liberal yorumu yapmadaki çıpaları, *AİHS m.6* ve *13* olabilirdi. Ona göre; medeni-kişisel haklar bakımından adil yargılanmayı düzenleyen 6. madde ve/veya Sözleşme kapsamındaki Topluluk temel hak ve özgürlükleri bakımından da etkili yargısal korumaya ilişkin 13. madde, bu bağlamdaki bir liberal/genişletici yorumun referansı olabilirdi.[335]

Bir Öneri Daha: ''Avrupa Amparo''su / Bireysel Başvuru / Anayasa Şikayeti

Yine bu dönemde, jürisprüdansiyel korumanın, bireysel hakların etkili bir şekilde korunmasındaki ''handikaplarına'' bir çare olarak getirilen önerilerden biri de, ulusal anayasal sistemlerdeki gibi bir *bireysel başvuru / anayasa şikayeti* kurumunun ihdas edilmesi olmuştur. Bu, bireylerin, temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia ettikleri Topluluk (düzenleyici) tasarrufları için özel bir dava prosedürünün getirilmesiydi.[336] Ancak bunun, bireysel özgürlüklerin korunması noktasında bir faydasının olup

---

[335] **Ibid.** pp.892-893. Ancak yazar, belki de Divan'ın kendisine sunulan sayısız fırsata rağmen, bu konuda tutumunu değiştirmeye yanaşmamasından ötürü, bu noktada en kesin ve kestirme çözüm olarak, bir Antlaşma değişikliği ile, bireysel ve doğrudan etkilenme kriterlerinin kaldırılıp yerine ''olumsuz bir şekilde etkilenme'' kriterinin getirilebileceği önerisinde bulunmuştır. Böylece, hem ABD, İngiltere ve Fransa İdare Hukuklarının meseleye dair özgürlükçü kurallarına yaklaşılmış ve hem de Divan'ın da eli rahatlatılmış olurdu. Bunun, elbette ki, sadece temel haklar bakımından getirilmeyecek olsa da, en çok temel hak ve özgürlükler bağlamında devreye girecek bir kural olacağını da tahmin etmek zor değildir. Hatta yazara göre, bir adım daha ileriye giderek, dernek vs. çıkar gruplarının kollektif davalar açma ehliyetlerinin de tanınmasının, hak ve özgürlüklerin geleceği açısından iyi bir gelişme olacağı söylenebilirdi. **Ibid.** p.893. Divan, bunların çok sınırlı hallerde dava ehliyetlerinin olduğunu; ancak AB Hukukunun etkililiği, etkin yargısal koruma ilkesi vs. mülahazalar ışığında, en azından ulusal mahkemeler nezdinde bu hakkın verilmesi gerektiğini söylemekteydi. Bermann et. al., **op.cit**, p.142. Yazarın o tarih için ortaya koyduğu bu görüşlere, biz de katılmaktayız. Ancak, 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'ya, hatta onun yürürlüğe giremediğini de düşünürsek, bağlayıcı anlamda Lizbon Antlaşması'na kadar, hiçbir antlaşma reformunda bu anlamda bir ilerleme sağlanamadığını belirtelim. Nihayet Lizbon Antlaşması'nda, kişilerin doğrudan iptal davası açabilecekleri Topluluk tasarruflarına (halihazırda kendilerini muhatap alan kararlar ile doğrudan ve bireysel menfaatlerinin bulunduğu tüzük vs. Topluluk tasarruflarına) ilave olarak; ***kendilerini doğrudan ilgilendiren ve ilave uygulama kararları/işlemlerini de gerektirmeyen düzenleyici Birlik tasarrufları*** da eklenmiştir. Böylece, dava ehliyeti yönünden mevcut koşulların devam etmesi; ancak ulusal planda herhangi bir uygulama işlemine/kararına gerek olmayan (dolayısıyla ulusal mahkemeler önünde de doğrudan dava konusu edilemeyen) Birlik tasarruflarına karşı (bkz.: yukarıdaki 331. dipnotta verilen farazi örnek) dava açabilmek için, artık ''doğrudan ilgilendirme'' yetecek, ayrıca ''bireysel etkilenme'' şartı (ki asıl sıkıntı ondan kaynaklanıyordu zaten) aranmayacaktır (*Anayasal Antlaşma, m.III-365/4; Lizbon Antlaşması sonrası ABİA m.263/4*).

[336] de Witte, **The Past and Future…,** p.893.

olmayacağı ve olsa bile, jürisprüdansiyel korumanın bir handikabını gidermeye mi matuf olduğu, yoksa sadece mevcut mekanizmalara (m.177) yine jürisprüdansiyel yolla işletilecek yeni bir mekanizma mı eklemek anlamını taşıyacağı sorusu, haklı olarak sorulabilirdi.[337]

Farklı Bir Perspektif: Etkili Yargısal Koruma Meselesine Bireysel Adalet – Anayasa Adalet Penceresinden Bakmak[338]

Bireysel özgürlüklerin korunması ve bu bağlamda etkili yargısal koruma noktasındaki tartışma-değerlendirmeleri bitirmeden önce, meseleye, devletin eylem ve işlemlerinin denetlenmesinde, *bireysel adalet/anayasal adalet* penceresinden de bakmak

---

[337] Herşeyden önce, bireysel başvurunun (Almanya'da *verfassungsbeschwerde* ve İspanya'da *recurso de amparo*) niteliği (iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı ve dolayısıyla genelde mahkeme kararlarına karşı başvurulma) düşünüldüğünde, bu anlamda işe yarar olup olmayacağı tartışmalıydı. **Ibid.** p.895. Bir kere, bu yolun Topluluk tasarruflarına karşı işletilmesi zaten pek olası değildi. Zira zaten temel hakları ihlal edilen kişi, koşulları taşıyorsa m.177 uyarınca (o dönemde) İlk Derece Mahkemesi'ne başvurabiliyor; onun kararına karşı da zaten Divan'a temyiz başvurusunda bulunulabiliyordu. Onun kararına karşı gidilebilecek bir mekanizma olmadığı için de, zaten böyle bir bireysel başvurunun işlemesi söz konusu olamazdı. **Ibid.** Eğer bu noktada kastedilen, kişilerin ''doğrudan ve bireysel'' etkilenme koşulları aranmadan Topluluk yargısına başvurmaları ise (ki ancak bu, bir yenilik sayılabilirdi), zaten bunu yapmanın yolu, m.177'nin yanında ayrıca ikinci bir ''iptal prosedürü'' getirmek değil, ''bireysel ve doğrudan ilgi'' şartını kaldırmak veya hafifletmekten geçerdi. Diğer bir deyişle, zaten böyle bir imkan tanındığında, bu. m.177'deki ''*locus standi*'' koşullarının değiştirilmesi demek olurdu; yoksa yeni bir mekanizma getirmek demek değil. Buna karşışık, Üye Devlet tasarruflarına karşı ise, böyle bir mekanizmanın mantığı olabilirdi. **Ibid.** Çünkü halihazırdaki sistemde, ulusal tasarrufları Topluluk yargısı önüne getirebilmenin tek yolu, *ön-karar* mekanizması idi. Bunun da çeşitli handikaplarından yukarıda bahsetmiştik (hem işletilmesinin ulusal mahkemenin kararına bağlı olması ve işletilmediği takdirde Topluluk yargısına bir itiraz yolunun olmaması, hem de işletilse bile somut olaya uygulama noktasında nihai kararın yine ulusal mahkemece verilmesi). İşte bu handikapların bir telafisi olarak, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, ulusal mahkemelerin ön-kararı işletmeme veya ön-karar neticesinde Divan tarafından verilen kararı somut olaya hatalı uygulamaları gibi hallerde, Topluluk yargısına bir başvuru imkanı sağlanması, anlamlı olabilirdi. Ancak bu da, Topluluk yargısı ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkinin mahiyetini tümden değiştiren bir gelişme olması bir yana; olsa bile, yine jürisprüdansiyel korumanın bir eksikliğini kapamaya matuf bir önlem olmayıp, bilakis yine jürisprüdansiyel olarak uygulanması gereken yeni bir mekanizma getirmek demekti.

[338] Bu kavramı, AİHS bağlamında Greer ve Williams ortaya atmıştır. Bkz.: Greer, Williams, **op.cit**, pp.164 vd. Kişileri etkileyen hukuka aykırı tasarrufların denetlenmesinde, denetimin sonucundan sadece birey (veya kişi) yararlanıyorsa, bireysel adalet; somut bir bireyi (kişiyi) etkilemeyip genel olarak anayasaya aykırı bir normun sistemden ayıklanması sonucunu doğuruyorsa, anayasal adalet; herhangi bir birey (kişi) tarafından başlatılmış olsa da, herkes için etkili bir sonuç doğuyorsa da hem bireysel hem anayasal adalet nitelemesi yapılmaktadır. **Ibid.** Örneğin, AİHS sisteminde, kabaca, devlet başvuruları, anayasal adaleti; bireysel başvurular ise, bireysel adaleti sağlamaya yöneliktir. Keza Türk Hukukundan bir örnek vermek gerekirse, 1982 T.C. Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açmanın, anayasal adaleti; yeni kabul edilen bireysel başvuruların, bireysel adaleti; itiraz yolunun ise, hem bireysel hem de anayasal adaleti sağlamaya yönelik olduğu söylenebilir.

mümkündür. Somut olaylardan bağımsız olarak *anayasal adalet* noktasında Topluluk Hukukunda 1980'ler ve 90'lardaki durum bakımından bir problem bulunmadığını söyleyebiliriz; zira belli Topluluk kurumları, herhangi bir ilgi ve menfaat şartı aranmaksızın Topluluk yargısından denetim isteyebilmekteydi. *Bireysel adalet* noktasında ise, bir yanda, zaten Topluluk Hukukunun yargısal denetim ve düzeltme sistemini *anayasal/kurumsal adalet* üzerine kurduğu (ve bireyleri ikinci plana ittiği) yorumları; bir yanda, Divan'ın bu açığı kapamak için elinden geleni yaptığı ve mahuti bir bakışla değerlendirildiğinde Topluluk hukuk sisteminin muntazam bir bireysel yargısal koruma sistemi getirdiği iltifatı, başka bir yanda ise, Divan'ın özel kişilerin dava açmalarında ''bireysel menfaat'' şartına ilişkin dar ve katı yorumu ve bunun da başta temel hakların korunması olmak üzere bireysel k*orunmad*a bir handikaba yol açtığı eleştirileri ışığında, tüm bunları dikkate alarak bir yargıya varmak gerektiğini söyleyebiliriz.

Alt-Soru 3: İçtihadi Haklar Kataloğu'nun Etkinliği

Cevabını aradığımız ''sürdürülebilirlik'' bağlamında ortaya attığımız alt-sorulardan birisi de, tek tek davalar üzerinden, diğer bir deyişle somut olaylara dayalı (*case-by-case*) denetimin, ulusal anayasalar ve uluslararası metinlerle korunan hak ve özgürlük standartlarını karşılayıp karşılayamayacağı; yani içtihadi temel haklar kataloğunun bu anlamda yeterli olup olmayacağıydı. Yukarıda, Divan tarafından başlatılan ve geliştirilen koruma neticesinde, 1990'lara gelindiğinde, azımsanmayacak sayıda bir hak ve özgürlüğün genel hukuk ilkeleri kapsamında Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak Topluluk Hukukuna aktarıldığını söylemiştik (bkz.:*içtihadi haklar kataloğu*). Ancak zaten asıl mesele, bunun sürdürülebilir olup olmamasıydı ve biz de şu anda onu tartışmaktayız. Burada temel soru, yeni yeni ortaya çıkan birtakım gelişmelere paralel olarak yeni hak ve özgürlüklerin Topluluk hakkı olarak Topluluk Hukukuna aktarılmasının ve böylece koruma düzeyinin ulusal ve uluslararası düzeylerle ''denk'' tutulmasının mümkün olup olmamasıydı. Bu soruyu cevaplamak için, devamında iki soruyu daha sormak gerekmekteydi: Divan'ın bunu yapma iradesi var mıydı? Divan, bunu yapabilecek kapasiteye ve arkaplana sahip miydi?

İlkinden başlayacak olursak, Divan'ın 1980 ve 1990'lardaki tutumu, bizce devamında da bu iradeye sahip olduğunu göstermekteydi. Bunun da ötesinde, samimi olup olmadığı tartışmalarından bağımsız olarak, yukarıda *kazan-kazan-kazan*

değerlendirmesini yaparken Divan'ın insan haklarını koruyarak edindiği kazanımları, kaybetmek isteyeceğini düşünmek için de, o tarihte elde bir sebep yoktu. Yani sırf pragmatik açıdan bile Divan'ın bu korumayı, hem de daha istekli bir biçimde sürdürmeye gayret edeceğini söylemek mümkündü. Zira Divan, insan haklarını koruyarak ve yeni yeni haklar eklemek suretiyle de geliştirerek bugünlere gelmiş, otoritesini ve saygınlığını kabul ettirmiş, meşruiyetini güçlendirmişti. Dahası, *ön-karar* mekanizması üzerinden insan hakları gerekçesiyle yeni yeni haklar ekleyerek ulusal hukuklara da müdahale edebiliyor, yön verebiliyor, hatta ulusal hukukları ''topluluklaştırabiliyor'' idi. İnsan haklarını korumanın kendisine sunduğu bu nimetleri, geriye gidiş olmasa bile yerinde kalarak dahi korumasının mümkün olmadığının elbette ki bilincinde olarak hareket etmesi beklenebilirdi.

Divan'ın, istediği takdirde, o tarih için bunu yapabilecek kapasite ve arkaplana sahip olup olmaması meselesine geldiğimizde ise, burada cevabını aradığımız soru, Divan'ın genel hukuk ilkeleri olarak benimsediği hak ve özgürlüklerin (yani içtihadi haklar kataloğunun), ulusal (anayasal) ve uluslararası standartları karşılayıp karşılayamadığı idi? Bu sorunun cevabını verebilmek için, Divan'ın bir hak veya özgürlüğü Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak kabul ederken neye dayandığına, nereden hareket ettiğine bakmak gerekir.

Yukarıda ilgili yerlerde nispeten değindik, aşağıda AB Hukukunun kaynakları bahsinde daha yakından göreceğiz ki, Divan, o güne kadar oluşturduğu içtihadi haklar kataloğunu, temelde iki kaynak üzerinde inşa etmişti: **bir ölçüde ulusal anayasalar ve büyük ölçüde de AİHS**. İlk başlardaki kararlarında Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde ortak olan birtakım standartları kullanırken, zamanla AİHS'yi keşfetmiş ve gittikçe de tek referans kaynak olarak AİHS'ten yararlanmaya başlamıştı. Divan, Kurucu Antlaşmalarda herhangi bir atıf yokken bile, Sözleşme'yi bağlayıcıymış gibi uyguluyor; dahası, Sözleşme'nin yorumlayıcısı olan organların (AİHK ve AİHM) içhitatlarını dahi dikkate alıyor, gerekirse çelişen içtihatlarını gözden geçirerek AİHM çizgisine çekiyordu. Yani Divan'ın çıpaları, bu iki kaynak; hak ve özgürlükler noktasındaki asgarisi, bu iki kaynağın koyduğu kırmızı çizgilerdi. Özellikle AİHS'nin, o tarih için (ve halen daha) bireysel hak ve özgürlükler noktasında, Avrupa siyasi kamuoyunun ulaştığı ortak çizgiyi yansıttığı ve bu alanda Avrupa Kıtası'nın bir *''anayasal şartı''* kabul edildiği ve yaşayan bir organizma olduğu düşünüldüğünde, bu metni arkasına aldıkça veya diğer bir ifadeyle sürekli değişen ve gelişen bu dinamik metinden ''beslendikçe'', yetmediği noktada da ulusal hukukların kapısını çaldıkça (ki AİHS'ten sonra buna ihtiyaç bile duymamıştır),

hak ve özgürlük standartları konusunda Avrupa standartlarından geriye düşmeyeceği rahatlıkla söylenebilirdi. Yani o tarih için içtihadi haklar kataloğunun değerlendirilebileceği temel standart, AİHS'nin getirdiği standartlardı; Divan da zaten onları, hassasiyetle uyguluyordu. Nitekim gerek ulusal mahkemelerin (*Solange-II* ile daha o tarihte) gerekse AİHM'nin (tam o tarihlerde olmasa da kısa bir süre sonra aşağıda göreceğimiz *Bosphorus* doktrini ile) Topluluktaki insan hakları korumasına olan müspet yaklaşımı, elbette ki, siyasi-hukuki-kurumsal desteğin henüz tam anlamıyla başlamadığını düşünürsek, jürisprüdansiyel korumaya yönelik bir hüsnü kabuldü.

Dolayısıyla temel sorumuz olan ''sürdürülebilirlik'' meselesiyle ilgili sorduğumuz üç artçı soru, mahuti bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde – siyasi-hukuki-kurumsal desteğin faydalı olup olmayacağı veya gerekip gerekmediği meselesinden bağımsız olarak – Divan tarafından yürütülen jürisprüdansiyel korumanın, o tarih için bireysel özgürlüklerin korunması kaygısı bağlamında, sürdürülebilir bir koruma olduğu söylenebilirdi. Bu tespitin, ''bizce'' temelli bir tespit olmaktan çok; ''sürdürülebilirliğin'' paradigmalarını ortaya koyarak ve tek tek analiz edilerek yapılmış bir tespit olduğunu tekrardan hatırlatalım.

Diğer Handikaplar

Jürisprüdansiyel korumanın, ciddi manada, siyasi-hukuki-kurumsal korumayla desteklenmeye başlandığı 1990'lı yıllarda, bu korumanın sürdürülebilirliği ve bu bağlamda da bireysel özgürlüklerin korunmasına elverişli olup olmaması bakımından, etkili yargısal başvuru noktasındaki yukarıda ayrıntılı olarak tartıştığımız *locus standi* kuralları dışında, jürisprüdansiyel korumaya dair başka eleştiriler ve münferit eleştiri boyutunu aşan ''sistemsel handikap'' ithamları da gelmekteydi.

''Ad-Hoc'' Koruma. Belki bu anlamda, jürisprüdansiyel korumanın geleceğine (yani 1990'lardan sonra sürdürülebilirliğine) dair ortaya atılan en ciddi eleştirilerden biri, bunun somut olaylara bağlı (*case-by-case*) bir koruma sağladığı ve böylece Toplulukta insan hakları korumasının ''ad hoc'' bir temele oturduğu eleştirisiydi. [339] Bu durumun

[339] Guy Harpaz, ''The European Court of Justice and Its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy'', **Common Market Law Review**, Vol:46, Issue:1, February 2009, p.107. Hatta doktrinde, Divan'ın ulusal anayasal geleneklere atfının, sistematik ve bilimsel olmaktan ziyade, rastgele (*sporadic*) ve üstünkörü (*perfunctory*) olduğu söylenmişti. Bkz: Erica Szyszczak, ''Antidiscrimination Law in the European Community'', **Fordham International Law Journal**, Vol:32, Issue:2, 2008, p.537; Nial Fennely, ''Pillar Talk: Fundamental Rights Protection in the European Union'', **Judicial Studies**

sonucu ise, söz konusu hukukun, *anlaşılabilirlik, tutarlılık, özellik, açıklık* ve *tahmin edilebilirlik* ve *hukuki kesinlik* gibi niteliklerden uzak olduğuydu.[340] Hatırlanacağı üzere, Alman Anayasa Mahkemesi de, *Solange-II* kararında *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* handikaplarının halen devam ettiğini söylerken, içtihat hukuku yoluyla gelişimin doğal bir sonucu olarak, hakların her somut olaya özgü bir biçimde ortaya konması ve bunun da, Alman Anayasası tarafından tanınan bazı özel (spesifik) hukuki ilkelerin veya bir temel hakkın niteliği, içeriği veya kapsamının, o olayın şartlarından etkilenip ilkesel noktadaki etkisinin azalması riskine yol açmasından bahsediyordu.[341]

Ekonomik serbestilerin hak ve özgürlükler karşısındaki özgül ağırlığı. Yine 1990'lara gelindiğinde, ortaya çıkan içtihadi insan hakları hukukunun usul ve esasları bağlamında Divan'a yöneltilen ciddi eleştirilerden biri de, temel hak ve özgürlükleri koruduğu, ancak mesele bir temel hak ve özgürlükle ekonomik serbestiler olarak adlandırdığımız serbest dolaşım hükümleri arasındaki bir çatışmaya geldiğinde, dengeyi, genelde ikincisinin lehine kurduğuydu. Hatta bu durum, Divan için aslolanın, Toplulukların iktisadi işleyişini ve bütünleşmesini ve bu bağlamda da (gerekirse Üye Devletlerin yetkileri aleyhine Topluluğun yetkilerini artırarak) iktisadi serbestileri korumak olduğu; insan haklarının ise, zaten daha en baştan samimi olmayan bir şekilde üstünlüğü koruma kaygısıyla ortaya çıktığı; nihayet buradaki gibi bir çatışmada Divan'ın tavrını iktisadi özgürlüklerden yana koyarak bu ''samimiyetsizliğini'' izhar ettiği gibi eleştirilere yol açmaktaydı.[342] Bizce ''sürdürülebilirlik'' noktasında sistemsel bir handikap

---

Institute Journal, 2008, No:1, p.100 (http://www.jsijournal.ie/html/Volume%208%20No.%201/2008[1]_Fennelly_Fundamental_Rights.pdf, Erişim Tarihi:1.1.2014).

[340] A.G.Toth, ''The European Union and Human Rights: The Way Forward'', **Common Market Law Review**, Vol:34, Issue:3, June, 1997, p.495; Lindfelt, **op.cit**, p.80.

[341] Bermann et. al., **op.cit**, p.302. Ancak buna karşılık, bunun çözümü olarak ortaya atılan Topluluğa özgü, derli toplu bir haklar kataloğu alternatifinin, bu anlamda içtihadi koruma kadar esnek olamayacağının ileri sürüldüğünü ve Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesine bu yönden ''hücum'' edildiğini de belirtelim. Alysa J. Ward, ''The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights within the European Union'', **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol:27, Issue:3, Summer, 1999, p.649.

[342] Harpaz, **op.cit**, p.107. Bu bağlamda özellikle Coppel ve O'Neill'in Divan'ın hakları ciddiye almadığı yönündeki makaleleri, ciddi eleştiriler getirmiş ve doktrinde de geniş bir tartışmayı başlatmıştır (Jason Coppel, Aidan O'neill, ''European Court of Justice: Taking Rights Seriously?'', **Common Market Law Review**, Vol:29, Issue:4, 1992, pp.669-692). Hatta buna karşı (tabii ki tek olmamakla birlikte) Weiler ve Lockhart tarafından özel bir cevap da yazılmıştır (Joseph H. H. Weiler, J.S. Lockhart, '' 'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I'', **Common Market Law Review**, Vol:32, Issue:1, 1995, pp.51-94 ve Joseph H. H. Weiler, J.S. Lockhart, '' 'Taking Rights Seriously' Seriously: The

sayılamayacak bu meseleyi, ileride, AB İnsan Hakları Hukukunun genel değerlendirmesi yapacağımız sonuç kısmında irdeleyeceğiz.[343]

Jürisprüdansiyel veya Normatif; İç Korumanın Tek Başına Yeterliliği ve Dış Denetim İhtiyacı. Bu da, aslında tartışmayı mecrasından saptırmak üzere ortaya atılmış bir soru olarak görülebilir. Yukarıda da vurguladığımız gibi, bir meselenin 1990'larda Topluluk İnsan Hakları Hukukunun bir problemi olması başka şeydir; bunun jürisprüdansiyel korumadan kaynaklanan ve siyasi-hukuki-kurumsal bir adım atılmadıkça da düzelmeyecek bir sistemsel problem (handikap) olması, başka şey. Nitekim biz burada bu iki sorudan ikincisini cevaplamaya çalıştık. Elbette ki, 1990'lara gelindiğinde, Topluluğun/Birliğin yetkilerinin giderek genişlemesi ve artık bireylerin doğrudan Topluluk/Birlik kaynaklı bireysel kararlarla muhatap olmasının, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* forasında birtakım sonuçları olmuştur. Üstelik buna, ilerleyen yıllarda, Topluluk/Birlik Hukuku kaynaklı ulusal tasarruflara – *Solange-II* sürecine benzer bir ''hüsnü zan''nın bir sonucu olarak – AİHM tarafından tanınan (karine) muafiyet de eklenince (*Bosphorus* çizgisi),[344] bu boşluğun başka mekanizmalar yoluyla doldurulması fikri ve bu bağlamda Topluluk/Birlik insan hakları hukukunda yeni öneriler (özel bir temel haklar kataloğu, AİHS'ye katılım gibi) ortaya atılmaya başlamıştır.

Ancak tüm bunlar da, salt jürisprüdansiyel korumanın bir eksikliğinin sonuçları olarak görülemez elbette. Özellikle insan haklarının korunmasında dış (uluslararası) denetim, evrensel insan hakları hukukunun temel bir düsturu olmuştur. Nitekim bu, Avrupa çapında, ulusal hukuklar bakımından AİHS ve onun denetim organı AİHM (belli

---

European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II'', **Common Market Law Review**, Vol:32, Issue:2, 1995, pp.579-627).

[343] Zira bu, buradaki temel sorumuz olan Divan'ın jürisprüdansiyel korumasının sürdürülebilir olup olmamasından çok, *AB İnsan Hakları Hukukunun* genel bir meselesidir bize göre. Aslında burada sürdürülebilirlik bağlamında yer verdiğimiz eleştirilerin sağlamasını, bunların, ileride, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler sürecinde nasıl karşılık bulduğuyla yapmak mümkün olabilir. Ortaya konan eleştiriler (*hukuki temele dayanmama, kesinlik ve tutarlılıktan uzak olma, bireylere AİHS'e göre oldukça kısıtlı dava ehliyeti verme* vs.), hep ilerleyen yıllarda Üye Devletler ve Topluluk/Birlik kurumları tarafından ele alınmış ve düzenleme getirilmiş (*AİHS'ye katılım gibi, Antlaşmalarda AİHS'ye atıf gibi, Temel Haklar Şartı'nın kabulü gibi, bireysel menfaat şartının yumuşatılması gibi*) alanlardır. Dolayısıyla bunlar, 1990'lardaki jürisprüdansiyel korumanın sürdürülebilirliği noktasında bir değerlendirme kriteri olabilir; nitekim yukarıda da bunu yaptık. Ancak temel serbestiler-temel haklar çatışması/dengesi, daha sonradan Antlaşmalarda da ciddi reform geçiren bir alan olmamıştır. Bu konudaki Divan yaklaşımı, elbette eleştirilebilir; ki ileride biz de belli eleştiriler getireceğiz. Ancak, bu, 1990'lardaki jürisprüdansiyel korumanın tek başına yeterli ve sürdürülebilir olup olmadığı noktasında bizce bir değerlendirme aracı olmamalıdır. Aksi halde diğer meselelerde olduğu gibi bu meseleye de Üye Devletler ile Topluluk/Birlik kurumlarının siyasi-hukuki olarak el atmaları ve jürisprüdansiyel korumanın sistemsel bir eksikliği olarak reforme etmeleri gerekirdi ki, süreç içinde böyle bir reforma rastlamadığımızı söyledik.

[344] Bkz.: infra dipnot:1535.

bir yıla kadar da AİHK) ile sağlanmaktaydı. Ancak bunun sebebi, ulusal düzeydeki korumanın aktörleri olan ulusal yargı organlarının yetersizliği değil, bir dış denetimin kendi başına lüzumundan kaynaklanmaktaydı ve aynı şey, Divan için de geçerliydi elbet. Çalışmamızın da konularından birini oluşturan AİHS'ye katılım, günümüzde olduğu gibi 1990'larda da bu hukukun geleceği açısından gerekliydi; ancak jürisprüdansiyel korumadaki sistemsel bir handikap dolayısıyla değil, insan haklarının evrensel boyutta korunması bağlamında gelinen nokta itibariyle gerekliydi. Üstelik, yukarıda ''boşluk'' olarak nitelediğimiz durumun da, Divan'ın jürisprüdansiyel korumasına dair bir handikaptan değil, tam tersine, bu korumanın geldiği ileri düzeye bağlı olarak Avrupa Kıtası'ndaki dış denetim mekanizması olan AİHM'nin bu koruma düzeyine karşı geliştirdiği ''hüsnü zan''dan kaynaklandığını vurgulayalım.

Bitirirken

Nihayetinde 1990'lara gelindiğinde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* geleceğiyle ilgili dört farklı senaryo gündemdeydi: ***Mevcut durumun (içtihadi surette korumanın) aynen devamı; Topluluğa özgü bir temel haklar kataloğunun hazırlanması; AİHS'ye üyelik ve AİHM denetimine tabi olma; ve AİHS'nin hukuken bağlayıcı hale getirilmesi.*** Biz, *AB İnsan Hakları Hukukunda* Divan eliyle sürdürülen jürisprüdansiyel korumanın bireysel hakların korunması açısından elverişli ve sürdürülebilir olup olmadığı şeklindeki sorumuzu, bu tartışmalardan, daha doğrusu bu gelişmelerin başka sebeplerle gerçekleştirilmesinin faydaları hususundan bağımsız olarak sorduk ve cevaplandırdık. Kıstasımız, *AB İnsan Hakları Hukukunun* geleceği ve menfaatleri değil, bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasıydı. Diğer bir deyişle, cevabını aradığımız soru, *AB İnsan Hakları Hukuku* için bu gelişmelerin faydalı olup olamayacağı değil; çok basit olarak, jürisprüdansiyel korumanın bireysel özgürlükleri yeterince güvence altına alıp almadığı ve gelecekte de alıp alamayacağının durumuydu. Bu soruya olumlu cevap versek bile, bu, asla, sözünü ettiğimiz diğer gelişmelerin Avrupa'da insan haklarının korunması adına gerçekleştirilmesi zaruretini ortadan kaldırmayacaktı.

Bu basit soruya verdiğimiz basit cevap ise, Divan tarafından o ana kadar yapılan korumaya, benimsenen hak ve özgürlüklere, bunu yaparken faydalanılan kaynaklara vs. gelişme ve olgulara bakıldığında, bunun, bireysel özgürlüklerin korunması bağlamında, o tarih için ''sürdürülebilir'' bir koruma olduğunun bizce söylenebilecek olmasıydı. Diğer bir deyişle, 1990'lara gelindiğinde, Divan eliyle yürütülen bu koruma, ***sürdürülebilir miydi***

sorusunu, tüm eksikliklerine rağmen, bizce ‘’evet’’ şeklinde cevaplamak mümkündür. Ancak başta yaptığımız hatırlatmayı; ‘’bu ’evet’in, bireysel özgürlüklerin etkin şekilde korunmasından başka (siyasi, sosyo-politik vs.) mülahazalara dayalı olarak siyasi-hukuki-kurumsal korumayı gereksiz kılmadığı’’ vurgusunu tekrardan yapalım. Tam aksine, belki jürüsprüdansiyel korumanın yetersizliği üzerinden değil; fakat kendi başka dinamikleri açısından 1990’lara gelindiğinde, Divan eliyle başlatılan bu korumanın Topluluk/Birlik kurumları tarafından siyasi-hukuki-kurumsal manada geliştirilmesinin artık kaçınılmaz olduğunu ortaya çıkmıştı. Nitekim, çalışmanın şimdi başlayacağımız ikinci bölümü, bu meseleyi ele alacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN OLUŞUMU VE GELİŞİMİ SÜRECİNDE SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER

Çalışma, hatırlanacağı üzere üç bölümden müteşekkildi. Temel konumuz, *Lizbon sonrası dönemde yaşanan AİHS'ye katılım ve bağlayıcı bir Şart'ın kabulü gibi meseleler ekseninde, genelde Avrupa Kıtası ve özelde de AB ölçeğinde insan haklarının korunmasıydı.* Bu bağlamda, ***Avrupa İnsan Hakları Hukuku*** içinde oluştuğunu iddia ettiğimiz ***AB İnsan Hakları Hukukunun*** mevcut halini anlayabilmek için, herhangi bir yazılı normun yokluğunda içtihadi olarak ortaya çıkan ve bir süre boyunca da bu şekilde devam eden bir hukuk sistemi olarak, bu yapının ***tarihsel gelişimini*** incelemek gerekmekteydi. Tarihsel gelişimi de, Adalet Divanı eliyle başlatılan ve yürütülen jürisprüdansiyel boyut ve diğer AB kurumları ile Üye Devletler eliyle yürütülen siyasi-hukuk-kurumsal boyut olarak iki aşamalı olarak incelemeyi planlamıştık. Bunlardan sonra ise, *bu hukukun mevcut hali* incelenecek *(3. bölüm*) ve en sonda da bu süreçteki başlıca gelişmeler olan katılım ve Şart gibi unsurların etkilerinin değerlendirilmesiyle çalışma sonlandırılacaktı. Tezin yukarıda tamamladığımız ilk bölümü, işte tarihsel gelişimin bu jürisprüdansiyel ayağına hasredildi; şimdiki bölüm ise, tarihsel gelişimin siyasi-hukuki-kurumsal ayağını ele alacaktır.

Yukarıda çeşitli defalar vurguladığımız gibi, başta II. Dünya Savaşı sonrası Kıta'nın yeniden inşasında Avrupa Toplulukları projesine biçilen rol olmak üzere, çeşitli mülahazaların bir sonucu olarak Kurucu Antlaşmalardaki sessizlik/ihmal karşısında, Toplulukların işlemeye başladığı ilk yıllardan itibaren bir zaruret haline geldiği görülen (ki bu durumun sebeplerini yukarıdaki bölümde inceledik) insan hakları koruması, Topluluk yargısı eliyle başlatılmış ve bir süre de böyle devam ettirilmişti. Ancak 1990'lara gelindiğinde, bu korumanın, bizatihi ''sürdürülebilir'' olup olmamadan bağımsız olarak (ki bunu yukarıdaki bölümü tamamlarken tartışmıştık), Topluluk/Birlik kurumları eliyle siyasi-hukuki-kurumsal yönden desteklenmesi de bir zaruret olarak ortaya çıkmıştı. Başta AB'nin karşılaştığı meşruiyet problemleri, uluslararası arenadaki iddiaları gibi faktörler, mevcut içtihadi haliyle ''sürdürülebilir'' olduğu kabul edilse bile, insan hakları korumasına

dair 1950'lerdeki kayıtsızlığın devam etmesini zorlamaktaydı.[345] Nitekim bu dinamikler, sürecin, Topluluk/Birlik kurumları ve Üye Devletler tarafından da desteklenmesine ve böylece bu alanda siyasi-hukuki-kurumsal birtakım gelişmelerin yaşanmasına yol açacaktı. Bu ise, halihazırdaki halini, bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişimi sürecine, ***içtihadi (jürisprüdansiyel) sürecin*** yanında, bir de ***siyasi-hukuki-kurumsal sürecin/boyutun*** eklenmesi demekti. İşte bu bölümde yapılacak olan da, bu gelişmelerin incelenmesidir.[346]

Bölümün planını vermeden belirtmek gerekir ki, buradaki ''siyasi-hukuki-kurumsal'' mefhumundan kastımız, Topluluk ''yargısal aktörlerinin'' (Divan ve diğerleri) biraz da yargısal aktivizmle insan haklarının korunması ve bu korumanın geliştirilmesi yönündeki çabaları dışında, bu alana, ''siyasi aktörler'' (ki bunlar, Topluluk/Birlik kurumları ile Üye Devletlerdir) tarafından yapılan katkılardır. Bunlar, başta Kurucu Antlaşma reformları olmak üzere hukuki bağlayıcılığı olan normatif katkılar olabileceği gibi, herhangi bir bağlayıcılığı olmayan siyasi metinler veya insan haklarının nasıl daha etkin biçimde korunup geliştirileceğine yönelik resmi/gayri-resmi öneri ve çabalar, kurumsal kapasitenin geliştirilmesine yönelik tedbirler veya insan haklarının bir politika ''aracı'' ve ''malzemesi'' olarak kullanılmasına matuf gelişmeler olabilir. Biz, bunların hepsine birden ***siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler*** adını vermekteyiz.

AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişiminde siyasi-hukuki-kurumsal boyutun incelendiği bu ikinci bölüm, temelde 3 kısma ayrılmaktadır. Bölüm, ***bu süreçte yaşanan gelişmelerin arkaplanındaki dinamiklerin incelenmesi*** ile başlamakta (*1. Kısım*); bu kısımda, *insan haklarının siyasi-hukuki-kurumsal yönden korunup geliştirilmesine yönelik ihtiyaç, Topluluğun/Birlik karşılaştığı problemlerin çözümünde bir destek kuvvet olarak insan haklarına başvurulması ihtiyacı, dış ilişkilerde insan haklarının aktif bir unsur ve standart olarak kullanılmasının yol açtığı ihtiyaç* ve *jürisprüdansiyel korumanın barındırdığı birtakım eksikliklerin giderilmesi ihtiyacı* gibi, arkaplanda etkili olan dinamikler incelenmektedir. Ardından, bu dinamiklerin bir sonucu olarak ***siyasi-hukuki-kurumsal anlamda yaşanan gelişmeler*** ele alınacaktır. Bu bağlamda önce, ***kronolojik***

---

[345] Schimmelfennig'in de dediği gibi, Alman AYM'nin sözcüsü olduğu ulusal çizginin insan hakları korumasında Topluluk'tan beklediği yüksek standart ve anayasallaşmanın yakalanmasında Divan'ın tek başına yapabilecekleri sınırlıydı ve yapabileceklerinin pek çoğunu yaptı da. Nitekim Alman AYM'nin Solange sürecindeki taleplerine bakıldığında, Topluluk yargısı dışındaki Topluluk kurumlarının da yapmaları gereken hususlar olduğu görülmekteydi. Schimmelfennig, **op.cit**, p.1255.

[346] Tarihsel gelişimin *AB İnsan Hakları Hukuku* için olan önemine, yani neden incelenmesi gerektiğine ise, jürisprüdansiyel gelişimin ''giriş'' kısmında değindiğimiz için (bkz.: supra s.17), burada tekrar girmiyoruz.

bağlamda 1970'lerden günümüze kadarki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler incelenecek (*2. Kısım)*; ardından da, belli mülahazalarla kronolojide yer vermeyip tematik olarak incelemeyi uygun gördüğümüz ***diğer siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere*** (*3. Kısım*) kategorik olarak (dış ilişkiler ve insan hakları, ikincil mevzuat ve insan hakları, katılım, Temel Haklar Şartı gibi) bakılacaktır. Bölüm ***genel bir değerlendirme*** kısmıyla sona erecektir.

2.1. SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELERİN ARKAPLANINDAKİ DİNAMİKLER

2.1.1. Genel Olarak

Toplumsal yaşam içerisinde hiçbir gelişim, değişim ve dönüşüm, bir boşlukta meydana gelmez. Onu meydana getiren, ona yol açan, arkaplanında etkili olan mutlaka birtakım öncül gelişmeler vardır; ve kendisinin oluşumunda ve gelişiminde rol oynayan bu dinamikleri bilmeden de, bir toplumsal-siyasi-kültürel gelişimi anlamaya çalışmak, beyhude bir çaba olur. AB'de insan haklarının korunması meselesi de, buna istisna değildir. Nitekim, hatırlanacağı üzere, yukarıda bu korumanın tarihsel gelişiminin bir yönü olan jürisprüdansiyel gelişimi incelerken de, öncelikle bu gelişmeye yol açan diğer öncül gelişmelere değinmiş; evvela, Adalet Divanı eliyle insan haklarının korunmaya başlamasının arkaplanındaki tarihsel ve felsefi dinamikleri incelemiş ve ondan sonra insan haklarının nasıl, ne şekilde korunduğu meselesine girmiştik. Şimdi, bu tarihsel sürecin ikinci yönünü oluşturan siyasi-hukuki-kurumsal planda yaşanan gelişmeler için de, önce, bu gelişmelerin yaşanmasında etkili olan dinamikleri inceleyecek; ardından bu gelişmelerin kendisine bakacağız.

AT/AB'de insan hakları koruması sürecinin tek yönlü kalamayacağını ve kalmadığını; yargısal korumanın sorunlu yanları da düşünüldüğünde, içtihadi olarak gelişen bu korumanın, bir ölçüde ''sürdürülebilir'' olsa da, salt hukukun genel ilkeleri veya AİHS sisteminden ilham ve yön alarak gelişmesinin yeterli gelmeyeceğini;[347] kodifiye edilerek anayasal güvenceye kavuşturulması ve Topluluk kurumlarının da bu sürece aktif destek vermesi başta olmak üzere çeşitli siyasi, hukuki ve kurumsal gelişmelerle

[347] Harpaz, **op.cit**, p.139.

desteklenmesinin, bizatihi bu korumanın yeterli olup olmadığı gerçeğinden bağımsız olarak, elzem olduğunu söylemiştik. Bu gerekliliğin temel dinamiklerine birkaç açıdan yaklaşabiliriz:

- *insan haklarının 21. yüzyılda temel meşruiyet kaynaklarından biri olması;*

- *entegrasyon sürecinin doğal sonucu olan birtakım gelişmelerin insan haklarının korunup geliştirilmesini gerektirmesi;*

- *Topluluğun/Birliğin karşılaştığı insan hakları temelli olmayan problemlerin çözümünde destek kuvvet olarak insan haklarına başvurulması;*

- *dış ilişkilerde insan haklarının aktif bir unsur ve standart olarak kullanılmasının getirdiği gereklilik;*

- *jürisprüdansiyel korumanın yukarıda yer verdiğimiz sorunlu yanları/handikapları ve siyasi-hukuki-kurumsal düzenleme ihtiyacı.*

Aşağıda bu dinamikler incelenecektir.

2.1.2. İnsan Haklarının 21. YY.'de Temel Meşruiyet Kaynaklarından Biri Olması

Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi; hukukun üstünlüğüne dayandığını iddia eden ve bireylerin günlük yaşamlarına (gittikçe artan oranda) müdahale yetkisine sahip olan bir örgütün, insan hakları gibi 21. yüzyılın en ''ulvi'' değerlerinden olan bir meseleye, siyasi ve kurumsal olarak kayıtsız kalması ve korumayı sadece yargı organlarının eline bırakmasının, başta meşruiyet noktasından olmak üzere ciddi bir problem teşkil edeceğine kuşku yoktu. Dolayısıyla siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin bir dinamiği de, günümüzde insan haklarının, her siyasi iktidar gibi AB için de geçerli olan bu meşruiyet bağlantısıydı. İnsan hakları-meşruiyet ilişkisine, iki açıdan yaklaşabiliriz: Kavramın *felsefi ve teorik boyutu* ve *halihazırda Dünya siyasetinde oynadığı somut rol boyutu*. Konuya felsefi ve teorik bir bakış açısıyla bakmayı (çalışmanın kapsamını aşacağı için) bir

kenara bırakırsak;[348] halihazırda Dünya siyasetini şekillendiren ve demokratik Avrupa anayasalarının da yapıldığı dönem olan II. Dünya Savaşı sonrası süreçte, insan hakları olgusunun, meşruiyet noktasında ''ikili bir rol'' oynadığını söyleyebiliriz.

Bunlardan ilki, hiç şüphesiz, insan haklarına saygının ve onu koruyup güvence altına almanın, siyasi iktidarların temel bir meşruiyet kaynağı olarak (hem siyasi iktidarın ahlaki bir sınırı hem de bireylerin ona itaati bakımından)[349] işlev görmesidir.[350] Yukarıda Adalet Divanı eliyle Toplulukta insan haklarının korunmaya başlamasının ardındaki dinamikleri görürken, en sonda, Topluluk'ta insan haklarının korunmasına yönelik *ihtiyaç ve felsefi arkaplana* değinmiştik.[351] Hatta ondan da önce, Avrupa entegrasyonuna insan hakları penceresinden baktığımız yukarıdaki bölümün birinci kısmında, insan hakları kavramının, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde ve bilhassa da Avrupa Kıtası'nda siyasi iktidarlar için meşrulaştırıcı bir işlev icra ettiğini ve bu işlevin de ötesinde, temel meşruiyet unsuru olarak görüldüğünü; ve hatta uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukukta, o zamana kadar tasavvur edilemeyecek dönüşümlere (örneğin içişlerine müdahale ilkesine meşru bir dayanak olmak gibi) yol açtığını uzun uzadıya tartışmıştık. Bu anlamda insan haklarının bir siyasi iktidar için meşrulaştırıcı (bireylerin hak ve özgürlüklerini güvenceye aldığı ölçüde meşruluk kazanan) ve aksi halde meşruiyeti azaltıcı ve hatta ortadan kaldırıcı etkisini bilmekteyiz.

---

[348] Siyasal iktidarlar-insan hakları-meşruiyet ilişkisi bağlamında bkz.: Roland Cohen, Judith D. Toland, **State Formation and Political Legitimacy – Political Anthropology Vol. 6**, New Brunswick, Transaction Books, 1988; Fabienne Peter, **Democratic Legitimacy**, New York, Routledge, 2009.; Jack Donnely, **Universal Human Rights in Theory and Practice**, New York, 3rd Edt., Ithaca: Cornell University Press, 2013; Allen E. Buchanan, **Human Rights, Legitimacy and the Use of Force**, Oxford, Oxford University Press, 2010; Antoni Abat I Ninet, **Consitutional Violence: Legitimacy, Democracy and Human Rights**, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2nd Edt., 2013.

[349] Andreas Føllesdal, ''The Constitutional Treaty: the Answer to the European Union's Quest for a Consistent Human Rights Policy?'', **International Journal on Minority and Group Rights**, Vol:13, Issues: 2-3, 2006, p.214.

[350] İnsan haklarının meşriyet noktasında oynadığı ikinci rol ise, siyasi iktidarların başka alanlarda karşılaştığı problemlerin çözümünde insan hakları kavramına (özellikle bu alana ilişkin politika üretme noktasında) bir destek kuvvet olarak başvurulmasıdır. Bu rol, burada açıklamaya çalıştığımız siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin arkaplanındaki diğer bir dinamik olarak ilerideki başlıklardan birinde ele alınacaktır. Bunlardan başka, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının biraz dolaylı da olsa, meşruiyet noktasında oynadığı bir başka rolden daha bahsetmek mümkündür. İnsan hakları, bu süreçte, devletlerin içişlerine uluslararası (ekonomik, siyasi, kültürel) müdahalenin meşru bir gerekçesi olarak da işlev görmüştür; ki bu rol de, burada dinamikler faslında değil ama ileride AB'nin insan hakları politikalarının dış ilişkiler bağlamında ve özel olarak da üçüncü ülkelere başta insani yardımlar olmak üzere müdahalesinin incelendiği yerde ele alınacaktır.

[351] Bkz.: supra s.79 vd.

Bütün bunlar bir araya getirildiğinde, klasik anlamda devletlere ait olan birtakım yetkilerle donatılmış olarak bireylerin günlük yaşamlarında doğrudan etkili tasarruflarda bulunmak suretiyle kendisi de Avrupa Kamu Düzeninde bir siyasi iktidar şeklinde ortaya çıkan Avrupa Topluluklarının, insan haklarının bu ''meşrulaştırıcı'' ve tersten bakarsak ''meşruiyeti ortadan kaldırıcı'' etkisinden muaf olduğunu söylemenin pek mümkün olmadığı açıktır. Basitçe ifade etmek gerekirse, AT/AB, insan haklarını zaten korumak durumundaydı; yoksa iradi işbirliğine dayalı bu bütünleşmenin insan haklarına rağmen devam etmesinin söz konusu olmadığı açıktı.[352] Daha önceden de değindiğimiz gibi, belki ilk yıllarda, salt devletler arası ekonomik bir işbirliği projesi olarak ortaya çıkan (kurucu babaların bu dar perspektifle projeyi başlattıkları iddiasının tartışmalı olduğunu hatırlatalım) Avrupa Topluluklarının, tarımdan balıkçılığa eğitimden sağlığa, ticari hayattan sosyal hayata, vergilendirmeden ekonomi ve para politikalarına kadar eskiden devletlerin klasik egemenlik yetkileri dahilinde görülen birçok alanda yetkili kılındığını ve bu bağlamda, bireylerin günlük hayatlarında, onları doğrudan etkileme, hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalelerde bulunabilme kapasitesine sahip dev bir örgüte dönüştüğünü; karşımızda, zayıflıklarına ve handikaplarına rağmen küresel siyasette belirleyici olmak isteyen bir dış politika aktörünün bulunduğunu düşündüğümüzde, normal bir devlet için insan haklarının meşruiyet bağlamında oynadığı rolün, en az ve hatta belki ondan da fazla AB için de söz konusu olduğu, herhalde yadsınamaz bir tespit olsa gerektir.

Bu durum, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin bir dinamiği olmaktan evvel, bir siyasi iktidar aygıtı olarak Topluluğun/Birliğin neden insan haklarını korumak durumunda olduğu sorusunun basit bir cevabıdır ki, bu cevabı, yukarıda verdik. Bu sorunun ve cevabının halihazırdaki tartışma konumuz bağlamında bize bakan yönü ise, temelinde insan haklarının bir meşruiyet kaynağı olarak korunması gerekliliğinin yattığı bu felsefi arkaplanın, sadece Adalet Divanı eliyle yürütülen jürisprüdansiyel korumanın değil; Üye Devletler ve Topluluk kurumları eliyle yürütülen (aşağıda göreceğimiz) siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin de temelini oluşturduğudur. Burada, insan haklarının meşruiyet bağlantısının, jürisprüdansiyel koruma yanında siyasi-hukuki-kurumsal koruma sürecinin

[352] Bu durum, günümüzde de, AB'nin neden insan haklarını koruyup güvence altına alması gereken bir iktidar aygıtı olduğu yönündeki tezimizin ana önermelerinden birine yönelik kanıt niteliğindedir.

de bir dinamiği olduğunu söyleyecek; neden böyle olduğu gibi içeriğe dair ''alt-sorular' bakımından, yukarıdaki ilgili yere atıf yapmakla yetineceğiz.[353]

Yalnız şu kadarını da söylemek gerekir ki; insan haklarının yukarıda yer verdiğimiz ''meşrulaştırma''/''meşruiyeti ortadan kaldırma'' şeklindeki müspet ve menfi iki rolü bağlamında, bunlardan ilki, daha çok jürisprüdansiyel korumayı ilgilendirirken; ikincisi ise, siyasi-hukuki-kurumsal korumayı ilgilendirmektedir. Şöyle ki, Divan, yukarıda da değindiğimiz gibi, süreç içinde, insan haklarının bu ''meşrulaştırıcı'' etkisinden sonuna kadar yararlanmıştır. Üstelik bu korumayı yapmasa, yani jürisprüdansiyel koruma sürecini başlatmasaydı, belki bu avantajından istifade edemeyecekti, o kadar. Divan, Avrupa Kamu Hukuku alanında yeni bir aktör olarak ciddi iddialarla (*üstünlük, doğrudan etki* gibi) ortaya çıkmasaydı, zaten böyle bir meşrulaştırıcı araca da ihtiyacı olmazdı. Oysa insan haklarının meşruiyet noktasındaki diğer rolü (insan haklarını korumamanın bedeli olarak meşruluk problemleriyle karşılaşma) bakımından, Divan'ı, doğrudan etkileyen bir durum söz konusu değildi. Divan, dediğimiz gibi, bu korumayı yapmadığı vakit, en fazla, güçlü bir ulusal-üstü yargısal aktör olmak yerine silik bir uluslararası hakem olurdu, o kadar.

Oysa, birey hak ve özgürlükleri noktasındaki bu kayıtsızlığın asıl faturasının, bir bütün olarak Topluluğa çıkacağı açıktı. Bu faturada, en az sorumluluğu Topluluk yargısının taşıyacağı; zira Kurucu Antlaşmalara bu konuda dişe dokunur tek bir hüküm bile koymayan siyasi iradenin, bu konuda Divan'a söz söylemeye hakkının olmayacağı söylenebilirdi. Nitekim, bu ''fatura''dır ki, jürisprüdansiyel koruma, ''sürdürülebilir'' olsa bile, siyasi-hukuki-kurumsal plandaki kayıtsızlığın aynen devamını imkansız kılmıştır. Dolayısıyla, bu kısımda yer vereceğimiz gelişmeleri incelerken, bu gerçeği de göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Yine vurgulanması gereken bir diğer nokta olarak; insan haklarının meşrulaştırıcı/meşruiyeti ortadan kaldırıcı etkisi bakımından, bu durum, genel anlamda Toplulukta insan hakları korumasının bir dinamiği olması hasebiyle, hem jürisprüdansiyel hem de siyasi-hukuki-kurumsal boyuta hitap etse de (yani ikisinin de bir dinamiği olsa da), bu noktada, jürisprüdansiyel gelişimle siyasi-hukuki-kurumsal gelişim arasındaki temel bir farklılığa dikkat çekmek gerekir. Jürisprüdansiyel gelişim, adından da anlaşılacağı üzere, yargı organları eliyle yürütülen bir süreç olup; yargısal yetkilere sahip bir organın aksiyonuna dayalıdır. Oysa siyasi-hukuki-kurumsal süreç, daha çok siyasi ve bürokratik organlar (AB planında Üye Devletler ve Birlik kurumları) eliyle yürütülen bir

[353] Bkz.:supra s.79 vd.

süreç olup; bu aktörlerin aksiyonuna dayanır. Bu anlamda jürisprüdansiyel süreç, yargısal denetim mekanizmaları suretiyle o aygıtta siyasi iktidarı kullanan organların tasarruflarının (Topluluk planında Topluluk tasarrufları ve Üye Devletlerin Topluluk Hukuku kapsamındaki tasarruflarının) birey hak ve özgürlüklerine uygunluğunun denetimi üzerinde ilerlerken; siyasi-hukuki-kurumsal süreç, bir yandan, hem jürisprüdansiyel (içtihadi) olarak zaten korunan hem de o ana kadar içtihatlarla korunmamış hak ve özgürlüklerin ''kodifikasyonuna'', bir yandan da bu hakların daha da etkin bir şekilde korunup geliştirilmesi için ''politikalar üretilmesine'' dayalı iradi bir süreçtir.

Aslında denebilir ki, yargısal/jürisprüdansiyel korumada temel saik, iktidarın hak ve özgürlükler temelinde denetlenmesi; siyasi-hukuki-kurumsal korumada ise, hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesi için politikalar geliştirilip bağlayıcı metinlerin hazırlanmasıdır. Bu temel farklılığı göz önünde bulundurarak, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunup geliştirilmesinde tarihsel sürecin ikinci ayağı olan siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri incelerken temel hareket noktamız, biraz da bu yön olmuştur: Yani, arkaplanda yatan felsefi temellerden (örneğin AB için insan haklarını korumanın meşruiyet kaynağı olması gibi) ziyade, tabii ki bunların da rolü olduğunu unutmadan, asıl, somut ve pratik bir takım gelişmelerin ürünü olmalarından hareketle, bu (siyasi-hukuki-kurumsal) gelişmeler incelenmiştir.

Kısmın girişinde, AB'de insan haklarının korunup geliştirilmesine dair siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin temelinde beş dinamiğin olduğunu söylemiştik. Bir meşruiyet kaynağı olarak insan haklarının korunması, birtakım felsefi temellerle açıklanabilecek bir dinamikti ve nitekim yer yer açıklanmak yer yer de ilgili yerlere atıf yapmak suretiyle halihazırdaki alt-başlıkta incelendi. Ancak bu teorik temelin yanısıra entegrasyon sürecinde, başka pratik gerekçelerle de, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı doğmuş; diğer bir deyişle, felsefi/teorik olmaktan çok pratik yönü olan dört dinamik, insan haklarının Topluluk Hukukundaki tarihsel oluşum ve gelişim sürecinde rol oynamıştır. Aşağıda bunlar incelenecektir.

2.1.3. Entegrasyon Sürecinin Doğal Sonucu Olarak İnsan Haklarının Korunup Geliştirilmesi İhtiyacı

Topluluk kurumlarının olaya el atmasını gerektiren (yani siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tetikleyen) bu pratik dinamiklerden biri, entegrasyon sürecinin doğal sonucu olan sınırların genişlemesi ve yetkilerin artması gibi birtakım gelişmeler olmuştur.

Yetkilerin Genişlemesi

Topluluğun bir yetki aygıtı ve bu bağlamda bir siyasi iktidar odağı olarak Avrupa Kamu Düzenine ve ilerleyen yıllarda özellikle yetkilerde yaşanan artış, buna paralel olarak insan haklarının siyasi-hukuki-kurumsal planda da korunup geliştirilmesini; bu alanlarda birtakım adımların atılmasını zorunlu kıldı.

Zira yetkilerin genişlemesiyle, bir yandan eskiden Üye Devletlerin münhasır yetkilerinde olan bir çok alanda politika belirleme ve karar alma yetkisi Topluluklara geçerken; bir yandan da, böylece Topluluk, hiç olmadığı kadar bireylerin günlük yaşamlarını doğrudan etkileyen, hak ve özgürlüklerine müdahale eden kararlar almaya başlamıştı. Bu ise, Topluluk kurumlarının ve Topluluk Hukukunun bireyler nezdindeki doğrudan uygulayıcıları olarak Üye Devletlerin sadece daha çok alanda yargısal denetime tabi tutulması ve böylece Topluluk İnsan Hakları Hukukunun kapsamının genişletilmesine yönelik jurisprüdansiyel korumayla halledilmesi güç birtakım meseleleri de gündeme getirmekteydi.

Özellikle Maastricht Antlaşması'ndan sonra, her antlaşma reformunda önemli yetki alanlarının ilave edilmesi; zaman zaman, diğer sütunlardaki mevcut yetkilerin ulusal-üstü karakterdeki birinci sütuna (Topluluklar sütunu) aktarılması ve böylece Topluluğun/Birliğin günden güne daha da yetkili kılınması; terörle mücadele bağlamında BM Güvenlik Konseyi ile işbirliği içinde alınmaya başlanan (malvarlıklarının dondurulması gibi) tedbirler, meselelerin insan hakları boyutunun atlanmaması için birtakım hukuki-siyasi-kurumsal tedbirler alma ihtiyacını da beraberinde getirmekteydi. Meseleyi açıklamak adına bir örnek vermek gerekirse, eskiden Üye Devletlerin yetkilerinde olan ve dolayısıyla da uygulanması nihai noktada AİHM denetimine tabi olan birçok konuda yetkinin Topluluklara geçmesi; ancak Toplulukların kendisinin AİHS'ye taraf olmaması dolayısıyla bu alanlardaki AİHM denetiminin ister istemez ortadan kalkması ve Üye Devletler eliyle uygulanan Topluluk tasarrufları noktasında da AİHM'nin

tartışmalı *Bosphorus doktrini* ve bütün bu gelişmelerin bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması noktasında doğurduğu boşluk ve bu boşluğa bir çözüm olması açısından Toplulukların / Birliğin AİHS'ye katılımına yönelik öneriler, bu anlamda oldukça açıklayıcıdır.

Sınırların Genişlemesi

Altı üye ile başlayan ve kurum ve mekanizmaları buna göre oluşturulan bir proje, 70'li yıllardan sonra her 10 yılda bir genişleme dalgası yaşamış[354] ve böylece 1990'lara gelindiğinde 15 üyeye ulaşmış; üstelik bir o kadarı da potansiyel olarak kapıda beklemekteydi. Nitekim, özellikle Soğuk Savaş sonrası sosyalist rejimlerden yeni sıyrılmış Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, yeni anayasalarını yaparken ve demokrasiyi tesis etmeye çalışırken, bir yandan da coğrafi yakınlık, kültürel miras gibi mottolarla derhal bu entegrasyona dahil olma perspektiflerini ortaya koydular ve böylece başka bir 10 yılın ardından 2004'te çoğu eski SSCB üyesi olan 10 ülkenin[355] katılımıyla 25; hemen birkaç yıl sonra da (2007'de) Bulgaristan ve Romanya'nın katılımıyla 27; ve nihayet 2013'te Hırvatistan'ın da eklenmesiyle 28 üyeli, Kıta'nın yarısından fazlasını kaplayan dev bir örgüte dönüştü. Halen daha Türkiye'nin aralarında olduğu birçok ülkenin bu sürece dahil olmak için müzakereler yürütmekte olduğunu da düşündüğümüzde,[356] bunun dinamik bir süreç olduğunu söyleyebilir; üstelik Avrupa'nın sınırları konusunda yaşanan tartışmalara rağmen, Avrupa Konseyi'nin 47 üyesinin her birinin potansiyel üye olduğu gerçeği karşısında entegrasyonun ileride alacağı şekli tasavvur etmenin zor olduğunu belirtebiliriz.

Avrupa'nın ekonomik, kültürel ve siyasi açıdan bütünleşmesi yolunda önemli ve olumlu etkileri olmakla birlikte, bu genişleme sürecinin getireceği birtakım sıkıntılar da olacaktı. Tabii ki, çalışmamızın kapsamı itibariyle bu anlamda yaşanan tüm problemler ilgi alanımıza girmese de; genişleme, özellikle Toplulukta insan hakları açısından da birtakım sorunları beraberinde getirdi. Özellikle 80'ler ve 2000'lerde yaşanan genişleme

---

[354] 1973: İngiltere, İrlanda, Danimarka; 1981: Yunanistan; 1986: İspanya ve Portekiz; 1995: Avusturya, İsveç, Finlandiya

[355] Çek Cumhuriyeti, Estonya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (resmi adıyla Kıbrıs), Letonya, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovakya ve Slovenya.

[356] Bu satırlar yazıldığında, Türkiye ile birlikte Arnavutluk, İzlanda (gerçi 2015 yılı içinde adaylık başvurusunu geri çekmiştir), Karadağ, Makedonya ve Sırbistan, aday ülke olarak; Bosna-Hersek ve yakın zamanda bağımsızlığını kazanan Kosova da, potansiyel aday ülke olarak bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm, Erişim Tarihi: 22.5.2015.

dalgaları, Topluluk/Birlik için gerçekten önemli bir mücadele alanı oldu. 1980'lerde diktatörlük ve askeri rejimlerden yeni kurtulmuş Yunanistan, İspanya ve Portekiz'in; 2000'lerde ise çoğu eski SSCB üyesi Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin, özellikle demokrasi ve insan hakları karnelerinin pek de iyi olduğu söylenemezdi. Bu ise, entegrasyonda, insan haklarına ilişkin hukuki ve politik düzlemde, ikili bir gereklilik ortaya çıkardı: Bir yandan, insan hakları alanında sorunlu karnelerle Topluluğa katılan ülkelerin sorunlarının artık Topluluğun bir iç sorunu olması ve haliyle bunların ortadan kaldırılması ihtiyacı; öte yandan da, kapıda bekleyen ve bu anlamda problemli ülkelerin de, adaylık öncesinde insan hakları noktasında belli standartları kabule mecbur tutulması ve üyeliğin bu önkoşula bağlanması ihtiyacı.

Yeni Üyeler ve Topluluğun 80'lerdeki genişleme dalgalarında, hem temel mantık farklıydı hem de Topluluk, bu ilk genişlemelere biraz tecrübesiz yakalandı denebilir. Zira Yunanistan, İspanya ve Portekiz'in Topluluğa kabulünde bu ülkelerin demokrasi dışı rejimlerden demokratik bir yönetime geçişlerine destek vermek ve bu süreci hızlandırmak amacının, bu süreçteki temel dinamik olduğu söylenebilir. Üstelik, o tarihlerde, insan hakları koruması, Toplulukta da, Adalet Divanı tarafından yeni yeni oluşturulmaya ve geliştirilmeye başlanmış; hatta bu gelişimde önemli bir safha olan *Solange-II* süreci (ulusal mahkemelerin Topluluk insan hakları koruma düzeyini yeterli bulmalarına giden yargısal rekabet/işbirliği) bile henüz tamamlanmamıştı. İnsan hakları alanında Kurucu Antlaşmalar noktasında ilk adımın 1986'da imzalanan ve 1987'de yürürlüğe girecek olan Tek Avrupa Senedi ile atıldığını düşündüğümüzde, üyelik öncesi, bu ülkelerin insan hakları noktasında belli bir standarda kavuşturulmasından – bunlar da bir ölçüde aranmakla beraber – daha öncelikli konuların olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle insan haklarının, bu ülkelerin üyelik sürecinde hiç etkili olmadığını söyleyemesek de, üyeliğin bir önceliği haline getirilmediğini ve bu anlamda insan haklarının korunup geliştirilmesi anlamında önemli bir siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeye yol açmadığını söyleyebiliriz.

Ancak üyelik öncesi süreçte pek de gündemde olmayan ve hatta bir anlamda üç maymunun oynandığı insan hakları meselesi, bu üç ülkenin üyeliğiyle birlikte ister istemez Toplulukların gündemine oturmuştur. Üyelik öncesi süreçte temel gündem maddesi yapılmayan problemler, üyelikle birlikte bir anlamda 12 üyeli bir Topluluğun problemi haline gelmiş (Üye Devletlerin de zaman zaman Divan'ın insan hakları denetimine tabi olduğunu da düşünürsek) ve bu da Topluluk içinde insan haklarının korunması yönünde birtakım siyasi-hukuki-kurumsal adımların atılmasını gerektirmiştir.

Örneğin, Tek Avrupa Senedi ve Maastricht Antlaşma reformlarına – tabii ki temel sebep genişlemenin kurumsal yönünü karşılamak olmakla birlikte – özellikle insan hakları anlamında getirdikleri bağlamında da bakmak gerekir. Bu durum, tabii ki ileri genişlemelerde Topluluk/Birlik için de bir ders niteliğinde olacak ve dediğimiz gibi bu anlamda çeşitli tedbirlerin alınmasına yol açacaktır.

Genişleme dalgalarında, insan hakları karneleri nispeten iyi olan ülkelerin Birliğe üye olduğu 1995 genişlemesi, bu anlamda pek bir problem doğurmadıysa da; özellikle Soğuk Savaş'ın sona ermesinin ardından bu sürece dahil olan Türkiye'nin[357] de aralarında olduğu Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin genişleme perspektifine dahil edilmeleri, insan hakları alanında da Birliği, yeni adımlar atmaya ve politikalar geliştirmeye itmiştir. Bu da, genişlemenin, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin ardındaki bir dinamik olmasının ikinci yönünü ortaya çıkarmıştır: Bu sefer işin sıkı tutularak kulübe katılmak isteyenlere yönelik sıkı insan hakları standartlarının getirilmesi. 80'lerdeki genişleme dalgalarından bu anlamda ağzı yanan Birlik, bu sefer işi daha sıkı tutmuş ve aday ülkelere ilişkin belirlediği kriterlerde insan haklarına önemli oranda yer vermiştir.

Nitekim 1993 yılında Danimarka'nın Kopenhag şehrinde toplanan Avrupa Konseyi,[358] sonuç bildirgesinde[359] kabul edilen ve bu yüzden ***Kopenhag kriterleri*** olarak adlandırılan Birliğe üyelik kriterleri arasında, ***ekonomik*** ve ***mevzuata ilişkin*** kriterler yanında ***siyasi kriterler*** olarak *insan haklarına saygı* ve onunla yakından bağlantılı ilke ve kavramlar olan *demokrasi, hukukun üstünlüğü* ve *azınlıkların korunması* sayılmıştır.[360] O ana kadar Maastricht Antlaşması'nın O maddesiyle (yani AB Antlaşması

---

[357] Türkiye, 1 Nisan 1987 yılında tam üyelik için Avrupa Topluluklarına başvurmuştu.

[358] *Kavram: Avrupa Konseyi.* Bu Konsey'in İngilizce adı, *European Council* olup; Üye Devletlerin devlet ve hükümet başkanlarından oluşmaktadır. Üye Devletlerin liderleri, ilk olarak 1961 yılında Paris'te toplanmış, bundan sonra da belli aralıklarla toplanmaya devam etmişlerdi. 1974 yılında ise, bu toplantıların *Avrupa Konseyi* (*European Council*) adıyla yapılması kararlaştırıldı ve ilk Avrupa Konseyi toplantısı da, 1975 Mart'ta Dublin'de yapıldı. Böylece, ilk başta Antlaşmalarda öngörülmeyen bu oluşum, önemli politika alanlarında entegrasyon sürecine yön vermek vs. amaçlarla liderler arasında gayri-resmi bir tartışma platformu olarak ilk defa 1974'te toplandı; 1992'de Maastricht Antlaması ile belli işlevler yüklenerek resmen tanındı; nihayet 2009'da Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte de, AB'nin 7 resmi kurumundan birisi oldu. Yılda kural olarak 4 kez toplanan bu Konsey'i, AB'nin kendi içindeki Üye Devletlerin bakanlarından oluşan ''AB Konseyi'' (*Council* veya *Council of Ministers*) ile ve Türkçe'ye aynı şekilde çevrilen (Türkiye'nin de 47 üyesinden biri olduğu) Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) ile karıştırmamak gerekir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **The European Council – 50 Years of Summit Meetings** – December 2011, Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2012, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC3111406ENC.pdf, Erişim Tarihi: 25.1.2013, pp.6 vd.).

[359] http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 14.1.2013.

[360] Bu kriterler, üç grup altında toplanmaktadır. Yukarıda saydığımız kriterler, siyasi kriterler grubunu oluşturmakta olup; diğerleri ise, ekonomik kriterler (işleyen bir pazar ekonomisi ve

m.O) ''her Avrupa Devleti'' (*any European State*) şeklinde belirlenen kriterin (daha doğrusu kritersizliğin), bu şekilde ilave kriterlerle geliştirilmesi, Birlik insan hakları politikaları konusunda birbirine bağlı iki alt-sonucu da beraberinde getirdi.

Her şeyden önce, bu kriterler, kağıt üzerinde kalmamaları için, ilave hukuki metinlerle desteklenmiş ve daha da önemlisi, aday ülkeler, bu kriterleri karşılamak noktasında (özellikle Avrupa Komisyonu ve onun her yıl yayımladığı ilerleme raporları yoluyla) sıkı biçimde denetlenmiştir. Genişleme perspektifinde, aday ülkeler için insan hakları standartları konmasının doğrudan sonucu bu olmuş; bu doğrudan sonuç, beraberinde ise, bir başka gelişmeyi daha getirmiştir. Şöyle ki, AB'nin kendisi de, elbette, insan haklarının korunması noktasında problemlerden beri değildir, ki bunlara, kısmen yukarıdaki kısmın son değerlendirme bölümünde değindik; kısmen de ileride *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel durumunu incelerken değineceğiz. Birkaçını söylemek gerekirse, örneğin, AB'nin halen daha bağlayıcı bir temel haklar listesine sahip olmaması; birlik tasarrufları bakımından AİHS'ye taraf olmamanın getirdiği boşluk ve daha da önemlisi AİHM'nin Birlik Hukuku kapsamındaki ulusal tasarrufları belli koşullarla denetimden muaf tutmasına yönelik birkaç yıl sonra geliştireceği *Bosphorus doktrini,* önemli (jurisprüdansiyel korumadan da kaynaklanmayan ve dolayısıyla da salt bu yolla giderilmesi güç olan) sorunlar olarak Birliğin karşısında durmaktaydı.

Böyle bir ortamda, kendisi, aday ülkelere yönelik katı insan hakları standartları uygulayan ve bunları sıkı bir şekilde denetleyen ve bu ülkelerdeki sorunlara da sert eleştiriler yöneltmekten çekinmeyen AB'nin, kendisinin insan haklarının korunup geliştirilmesi anlamında, meseleyi salt Adalet Divanı'na bırakması veya Kurucu Antlaşmalar'da birkaç ufak atıfla yetinmesi, ciddi samimiyet problemleri doğurmaktaydı. Bu durum, bunların ötesinde siyasi-hukuki ve kurumsal anlamda birtakım adımların atılması gerektirmekteydi. Örneğin, AİHS'ye katılıma ve bağlayıcı bir Temel Haklar Şartı hazırlamaya yönelik çalışmalar ile Amsterdam başta olmak üzere Kurucu Antlaşmalar'da insan haklarının yeri, kapsamı ve kaynakları konusunda yapılan güçlü atıfları (ki hepsine aşağıda değineceğiz), bu bağlamda okumak gerekir. Dolayısıyla genişleme sürecinin, Birlik içinde insan haklarının korunup geliştirilmesine yönelik siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin yaşanmasına ve adımların atılmasına yol açan bir diğer sonucu da, bu şekilde aday ülkelere yönelik insan hakları standartlarının getirilmesi ve buna bağlı

AB'deki rekabet ve pazar güçleriyle mücadele edebilme kapasitesi) ve üyelik müktesebatını üstlenebilme (siyasi, ekonomik ve parasal birliğin amaçlarına katılım da dahil olmak üzere üyelikten kaynaklanan yükümlülükleri etkili bir şekilde üstlenebilme ve uygulayabilme) kapasitesidir.

olarak AB'nin de siyasi, hukuki, kurumsal anlamda birtakım adımlar atmaya bir anlamda mecbur kalması olmuştur.[361]

2.1.4. Topluluğun/Birliğin Karşılaştığı Problemlerin Çözümünde Destek Kuvvet Olarak İnsan Haklarına Başvurulması İhtiyacı

Topluluk entegrasyon sürecinde kaydedilen siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin temelindeki bir diğer dinamik de, insan hakları kavramına, aslında temeli başka alanlarda olan problemlerin çözümünde bir yardımcı kuvvet olarak başvurulma şeklindeki pratik ihtiyaç olmuştur. Topluluk/Birlik, 6 üye ile başlayıp şu an için 28 üyeli bir deve dönüşmesine giden bu süreçte, genişlemenin yukarıdaki alt-başlıkta değindiğimiz doğal sonuçlarının yanında tabiidir ki, birçok problemle de karşılaşmıştır. Örneğin ekonomik entegrasyona dayalı ilerlemenin kimi zaman doyuma ulaşması, kimi zaman da ekonomik krizler sonucu durma noktasına gelmesi; demokrasi zafiyeti bulunduğu ve vatandaşların günlük ihtiyaçlarından uzaklaşma şeklindeki eleştiriler ve Antlaşma reformlarının yaşadığı zorlu süreç bağlamında yaşanan birçok problem, zaman zaman Topluluğun/Birliğin başını ağrıtmıştır. Aslında doğrudan insan hakları temelli olmayan bu problemlerin çözümünde, insan hakları, gerek Topluluk/Birlik kurumları, gerekse Üye Devletler tarafından destek olarak başvurulan bir çıpa olmuştur.

Bu anlamda yukarıda ifade ettiğimiz meşruiyet-insan hakları ilişkisinin ikinci yönünün[362] devreye girmiş olmasından bahsedebiliriz. Yukarıda insan hakları-meşruiyet ilişkisine iki açıdan yaklaşabileceğimizi; diğer bir deyişle özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde insan hakları olgusunun, siyasi iktidarların meşruiyeti noktasında ikili bir rol oynadığını söyleyebileceğimizi belirtmiştik. Bunlardan ilki, insan haklarının siyasi iktidarın bir meşruiyet kaynağı olarak oynadığı roldü ve yukarıda incelendi. Bu bağlamda

---

[361] Yine doktrinde, genişlemenin AB'de insan hakları konusundaki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tetiklemesinin bu iki doğrudan sebebi dışında; örneğin genişlemiş bir Birlik'te yaşam standartları noktasında Üye Devletler arasındaki büyük farklılıklar ve bunun sonucu olarak insan haklarının iktisadi libaralizasyon politikalarına ne tür sınırlar getirebileceği tartışmaları; özellikle yeni üyelerin demokratik olmayan bir geçmişten gelmelerine bağlı olarak şekillenen yeni siyasi kültürleri Birliğe getirmesi ve bu siyasi kültür içinde yer alan halkların, hükümetlere, eski üyelerdekilere oranla daha az güvenmesi ve hükümetlerin güven problemleri yaşaması; ve bunun sonucu olarak, güven ve dürüstlük inşa etme çabasında olan bir örgüt için insan hakları mevzuatı ve kurumları noktasında birtakım zorluklar doğurması gibi, aslında yine, üyelikten sonra bir üyenin probleminin Birliğin problemi olması durumu çerçevesinde değerlendirilebilecek etkilerinden de bahsedilmiştir. Føllesdal, **op.cit,** pp.213-214.

[362] Bkz.: supra dipnot:350.

her siyasi iktidar gibi Topluluk/Birlik de, meşruiyetini sağlamak için insan haklarını korumak ve ona kayıtsız kalmamak zorundaydı. İnsan haklarının bu süreçte, buna ilaveten, meşruiyet noktasında ikinci bir rol daha oynadığını söyleyebiliriz. Bu da, az önce de bahsettiğimiz gibi, insan haklarına, siyasi iktidarların karşılaştığı birtakım problemlerin çözümünde destekleyici, meşruiyeti artırıcı bir kuvvet olarak başvurulmasıdır. Nitekim AT/AB de, meşruiyetin bu rolünden sık sık yararlanma yoluna gitmiş; yukarıda örneklerini verdiğimiz problemlerin çözümünde bir destek kuvvet olarak insan haklarına başvurmuş; bu anlamda, insan hakları, Avrupa entegrasyonunda, meşruiyeti artırıcı ve problem çözücü bir çıpa olarak da kullanılmıştır.

Bu anlamda insan haklarının, çözümünde destek bir kuvvet olarak başvurulduğu bir problem, özellikle 90'lı yıllara gelindiğinde ekonomik entegrasyona dayalı ilerlemenin durma noktasına gelmiş olmasıdır. 1950'lerde 6 üye ile başlayan ve temelde malların, sermayenin, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlandığı ortak bir pazar kurmak suretiyle iktisadi kalkınmayı amaçlayan proje, daha önceden de vurguladığımız gibi, ilerleyen yıllarda bu kalıpları aşmış ve siyasi bir birliğe doğru yol almıştır.

Ancak başlangıçtaki amaç ve gelecek perspektifi konusundaki bu tartışmaları bir kenara bırakırsak, 90'lara gelindiğinde; entegrasyonun ilk yıllarında amaçlanan bir ortak pazar hedefi gerçekleştirilmiş ve 80'li yıllardaki temel politika olan ekonomik ve parasal bir birlik oluşturma yolunda da önemli bir mesafe kat edilmişti. Bunlar, ilk bakışta olumlu gözüken gelişmelerdi; ancak madalyonun diğer yüzü de vardı. Ortak pazar inşa etmeye dayalı politikalara dayalı entegrasyon ilerlemesi, bir anlamda ''doyuma ulaşmış'', en azından entegrasyon, salt ekonomik hedef ve politikalarla açıklanamayacak bir noktaya gelmiş; hatta anayasası ve haklar bildirgesi, dışişleri bakanı, bayrağı, marşı, parası gibi birtakım (kimi başarılan kimi başarılamayan) ''devlet-benzeri'' özelliklerle donatılmak istenen, siyasi birlik hedefine yönelik tartışmaların alevlendiği bir Birlik ortaya çıkmıştı.[363] Ve bu arada, bütün bu gelişmeler olurken, dillendirilmeye başlanan diğer problemlerin ekonomik birlik hedefinin heyecanı içinde geri plana itilmesi ve özellikle demokrasi,

[363] Özellikle 2000'li yıllara gelindiğinde, ekonomik tablo şöyleydi: Malların, sermayenin, işçilerin ve hizmetlerin serbestçe dolaşabildiği bir ortak pazar sağlanmış; hatta bunun da ötesinde ekonomi, dış ticaret ve para politikaları konularında işbirliği ve uyum, iyi bir düzeye gelmiş; ortak bir para politikası ve bu bağlamda ortak bir para birimine geçiş süreci başlamış; sosyal güvenceler noktasında nispeten iyi bir düzey yakalanmış; Birliğin çoğu ülkesinde – Birlik içindeki fonların da desteğiyle – iyi bir gelişmişlik düzeyi ve hayat standartları ve refah düzeyi ile vatandaşları ekonomik yönden tatmin olmuş bir yapı belirmişti.

vatandaşlara uzaklık ve insan hakları noktasında, bir iki gelişme dışında[364] ilerlemenin olmaması; diğer bir deyişle 1990'lara kadar insan haklarının Topluluğun siyasi-hukuki ve kurumsal anlamda gündeminde bulunmaması gibi bir durum da söz konusuydu.[365]

Ancak bu ekonomik tablonun saydığımız bu olumlu sonuçlarının yanında tersten okunduğunda olumsuz bir sonucu daha vardı: *Ekonomik ve sosyal refah yönünden doyuma ulaşmış bir Birlik*.[366] Nitekim, Üye Devletler ve Birlik organları da bu durumun farkındaydı ve ekonomik açıdan doyuma ulaşma dolayısıyla duraksama noktasına gelen entegrasyon sürecini ileriye götürecek yeni dayanak noktaları arıyordu. Bunlardan birisi de *insan hakları* oldu. Siyasi aktörler, entegrasyon sürecinde, karşılaşılan problemlerin çözümünde, bu amaçla aşağıda yer vereceğimiz birtakım (Kurucu Antlaşmalarda reformlar, Birlik vatandaşlığının tesisi, üçüncü ülkelere insani yardımlar, dış ilişkilerde insan haklarının gündem olması gibi) siyasi-hukuki-kurumsal düzenlemeler yapacaklardı.

Öte yandan Birlik içinde, özellikle mikro düzeyde ekonomik durumun böyle güllük gülistanlık olduğunu söylemek de zordu. Bir yandan küresel ekonomik krizler; öte yandan özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkesi üyelerin üyelik öncesinde birtakım ekonomik kriterlerin aranmasına rağmen eski üyelerle aralarında ekonomik durum ve sosyal refah düzeyi bakımından uçuruma varan oranda farklılıkların olması gibi gelişme ve durumlara paralel olarak, zaman zaman ekonomik entegrasyon sürecinde tıkanmalar yaşanmaktaydı. Bu bağlamda da, insan hakları, yine – tabii ki başta ekonomik nitelikli tedbirler olmak üzere onların yanında – entegrasyon sürecini ileri götürmek için başvurulan bir çıpa oldu.

---

[364] Örneğin 1989'da kabul edilen fakat bağlayıcılığı olmayan *İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı* gibi... Quinn, **op.cit,** p.866.

[365] **Ibid**. p.865.

[366] Nitekim doktrinde Bogdandy, 2000'li yılların başındaki bir makalesinde, *Ortak Pazarın* daha ileri bir bütünleşmeye yönelik bir vizyon olarak tüketildiğini ve Avrupa entegrasyonunun bulunduğu yerden daha ileriye götürülmesi için bir dayanak noktası sağlayamayacak durumda olduğunu yazıyordu. Yazar, her ne kadar insan haklarının AB'nin bir özü, varlık sebebi olması, kapsamlı ve gelecek perspektifli bir insan hakları politikasının bütün politkaların özü ve hukuk sisteminin de bir ekseni haline getirilmesi gibi AB'nin ulus-ötesi bir insan hakları örgütüne dönüşmesine yönelik yaklaşımlara temkinli yaklaşsa ve hatta pek sıcak bakmasa da, ekonomik saiklerin ve ortak pazarın artık entegrasyonu ileriye taşıyacak bir çıpa vazifesi görmemesi problemi karşısında, insan hakları alanında birtakım siyasi-hukuki-kurumsal adımların stılmasının gerekli olduğunu da savunmaktaydı. Yazar, örneğin, bu bağlamda, dış politikada üçüncü ülkelere yönelik tutarlı bir insan hakları politikasının belirlenmesine; içeride ise bir yandan Üye Devletlerin özellikle ABA m.7 (aralarında insan haklarının da bulunduğu temel değerlerin Üye Devletlerden biri tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımı düzenleyen hüküm; Lizbon sonrası ABA m.7) bağlamında insan hakları alanındaki genel performanslarının izlenmesine yönelik (siyasi-hukuki-kurumsal) adımların atılması gerektiğini söylüyordu. Bogdandy, **op.cit**, pp.1337, 1338.

Özellikle entegrasyon sürecinde çok önemli olan *kamuoyu desteği* bağlamında, bir yandan ekonomik refah düzeyi bakımından iyi durumda bulunan eski üyelerde, yeni ülkelerin kalkınması için kayda değer kaynakların ayrılmasından duyulan rahatsızlık ve yeni üyelerin yükünü taşıdıkları yönünde oluşan algı, diğer taraftan yeni üyelerde, pastadan aslan payını eski üyelerin aldığı ve kendilerinin bir ''pazar'' gibi görülerek Birlik çatısı altında bir anlamda ''meşru'' bir şekilde ''sömürüldükleri'' algısıyla çarpışınca, Birliğin geleceği açısından tehlike çanları çalmaya başlamıştı. İşte bu noktada da, siyasi aktörler, bu problemlere, belki bir çare olarak değil, fakat problemin daha fazla büyümemesi ve mümkünse de üzerinin örtülmesi amacıyla insan hakları alanında birtakım siyasi-hukuki-kurumsal düzenlemelere sarıldılar. Burada amaç, insanlar tarafından daima olumlu karşılanacak ve genel anlamda da olumlu bir hava estirecek bireysel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi suretiyle, ekonomik temelli bu problemlerin yıkıcı etkileri azaltmak; bir yandan da başka tedbirlerle çözümü için uygun ortamı oluşturmaktı. Dolayısıyla Toplulukta aşağıda göreceğimiz insan hakları alanındaki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin ve atılan adımların arkaplanındaki dinamiklerden birisi de, bu şekilde ekonomik temelli bir sorunun çözümünde destek bir kuvvete ihtiyaç duyulması olmuştur.

Demokrasi Açığı Tartışmaları Bağlamında İnsan Haklarının Rolü

Yine özellikle 90'lı yıllara damgasını vuran ve halen daha tartışılan; ve tabii ki, bizi ilgilendiren yönüyle, Toplulukta insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal birtakım adımların atılmasını tetikleyen bir diğer husus (problem alanı) da, bu örgütün demokrasi açısından zafiyetleri olduğu ve genel anlamda bir demokrasi açığından muzdarip bulunduğuydu.[367] Tabii ki, burada, AB'nin demokrasi teorisi açısından bir incelemesini yapmamız, çalışmamızın boyutları açısından söz konusu değil.[368] Ancak kısaca şunu söyleyebiliriz ki; bu konudaki görüşlerin temelinde, Topluluğun oluşum, işleyiş ve karar alma mekanizmaları bakımından – klasik anlamda devletlerle karşılaştırıldığında – sahip olduğu birtakım farklılıkların farklı açılardan yorumlanmasının yattığını söyleyebiliriz. Bir görüş, bir siyasi iktidar olarak AB'nin, gerek temel siyaset

[367] Aslında 90'lı yıllardan bile önce, hatırlanacağı üzere, daha 70'li yıllarda Alman Anayasa Mahkemesi, meşhur *Solange-I* kararını verirken, o zamanki adıyla AET'nin seçilmiş bir parlamentodan yoksun olduğu ve bunun da demokratik açıdan sorunlu olduğunu söylemişti.
[368] Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rosas, Armati, **op.cit**, p.111 vd.; Arsava, **Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri**, s.133 vd.

belirleyici pozisyonundaki organlarının (Komisyon, Parlamento, Bakanlar Konseyi ve Avrupa Konseyi) oluşumu[369] gerekse işleyiş ve karar alma mekanizmaları[370] bakımından bir demokrasi eksiğinden muzdarip olduğunu; her şeyden evvel de ortak bir kadere ve beraber yaşama arzusuna sahip bir Avrupa milletinin yokluğunda demokrasinin ''demos'' unsurundan yoksun olduğunu; bütün bunların da, kendisi için önemli bir demokrasi açığı ve buna bağlı olarak da bir meşruiyet problemi doğurduğunu söylerken; karşı görüş ise, bütün bu yorumların, yanlış paradigmalar seçilmesinin bir sonucu olduğunu; AB'nin her ne kadar klasik anlamda devletlere ait birtakım yetkilerle donatılmış olsa da, bir devlet olmadığını ve devlet örgütlenmesi şeklindeki siyasi iktidarın demokratik açıdan değerlendirilmesinde kullanılan kriterlerin farklı bir siyasi örgütlenme olan Birlik için kullanılmasının zaten işe baştan yanlış başlamak olduğunu ileri sürmekteydi. Bunlara göre; demokrasi konusunda geliştirilen kriterler, büyük ölçüde 19. ve 20. yüzyılların klasik devlet ve onu tamamlayan uluslar/hükümetler-arası örgütlenmelerine dayanmaktaydı.[371] Üstelik farklı bir bakış açısından bakarsak, demokratik meşruiyet,

---

[369] Bu bağlamda dile getirilen tezler, temel yürütme organı olarak başta Avrupa Komisyonu'nun doğrudan seçimle göreve gelmediği; Komisyon'un AB vatandaşlarının seçtiği Avrupa Parlamentosu'nun (AP) onayına ve güvenoyuna tabi olmakla birlikte bizatihi Parlamento'nun kendisinin zaten özellikle oldukça düşük olan seçimlere katılım oranı ile oluşuyor olma ve AB çapında genel bir Parlamento seçiminin olmayıp halen daha Üye Devletler üzerinden seçimlerin yapılması gibi sebeplerle meşruiyetinin sorgulanır durumda olması gibi görüşlerdi. Buna karşılık AB standartlarında değerlendirildiğinde, bu seçimlerin, hem Komisyon'un hem de Parlamento'nun demokratik meşruiyetini sağlamak için yeterli olduğu da düşünülebilirdi.

[370] Bu konuda dile getirilen tezler ise; belki de Birlik içinde öyle veya böyle vatandaşların doğrudan seçimiyle göreve gelen Parlamento'nun karar alma sürecindeki etkisinin sınırlı olduğu ve bu anlamda ulusal parlamentolarla karşılaştırılabilecek şekilde bir yasama organı olarak nitelenemeyeceği; keza temel karar organı olan Bakanlar Konseyi'nde de özellikle küçük devletleri korumak için, bunlara nüfuslarının üzerinde bir oy hakkına verilmesi (ki Alman Anayasa Mahkemesi de, Lizbon kararında, ''tek kişi tek oy'' veya ''eşit oy ilkesi açısından sorunlu gördüğü bu duruma değinmiştir); karar alma süreçlerinin ise siyasilerle teknokratlar arasında bir danışıklı dövüş şeklinde bireylerin katılımından uzak, şefflıktan yoksun ve kapılar kapılar ardında olduğu ve başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere Birlik müktesebatının oldukça karmaşık ve uzmanları dışında vatandaşların anlayacağı dilden uzak bir üslupla kaleme alınmış olması gibi görüşlerdir. Bunlara karşılık da, özellikle ardarda gelen antlaşma reformlarıyla, Parlamento'nun karar alma sürecindeki rolünün artırıldığı; Konsey'deki oy oranlarının ise bilakis azınlığın korunması gibi demokrasinin temel bir şartının gereği olduğu; vatandaşların sürece katılımı noktasında belki de AB'nin sivil toplum ve lobicilik faaliyetleri açısından yeryüzündeki en zengin ortama sahip bulunduğu; bir ''demos''un yokluğu noktasında ise, AB'nin ulus-devletten öte bir federal devlet dahi olmadığının daima akılda tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Rosas, Armati, **op.cit,** pp.111-112. Yine AB'de meşruiyet problemlerine yol açar derecede bir demokrasi açığı olduğu konusundaki görüşlerin eleştirisi için bkz.: Schütze, **op.cit,** p.74 vd. ve Arsava, **Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri**, s.132-133.

[371] Rosas, Armati, **op.cit**, pp.111, 112. Örneğin yazarlar, eğer değerlendirilecekse, yeni teorilerin geliştirilmesi gerektiğini; bu anlamda mesela AB'nin, bir yandan kendi iç işleyiş sistemi ve vatandaşları üzerinden gelen doğrudan meşruiyet; bir yandan, Üye Devletler üzerinden gelen dolaylı meşruiyet ve nihayet değerler, ilkeler, hedefler ve sonuçlar anlamında maddi meşruiyet şeklinde bir meşruiyet sacayağından hareket edilerek AB'nin demokratik niteliğinin

sadece ''girdi''ler değil, ''çıktı''larla da sağlanabilirdi. [372] Neticede çözülmesi gerekli birtakım problemler elbette bulunmakla birlikte; bunların hele hele meşruiyet problemine yol açacak ölçüde bir demokrasi eksiği/zafiyeti doğurmadığı ileri sürülmüştü. [373]

Başta da söylediğimiz gibi, burada, AB bağlamında bir demokrasi tartışması yapacak değiliz.[374] Ancak diğer problemler gibi, Birliğin demokrasi konusunda yaşadığı sıkıntılar da – bir demokrasi açığının olup olmadığı, varsa bunun derecesi ve bir meşruiyet krizi doğurup doğurmadığı ve gibi tartışmalardan bağımsız olarak – Üye Devletler ve Birlik kurumlarının, gerek bireysel özgürlükleri iyileştirmek suretiyle demokrasiyi pekiştirmek gerekse bu tür tartışmaların üzerini örtmek gibi sebeplerle insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal adımlar atmalarını hızlandırmıştır. Özellikle Maastricht Antlaşması ile Birlik vatandaşlığının ihdas edilmesi ve buna birtakım siyasi hakların bağlanması gibi gelişmeleri, bu bağlamda okumak gerekir. Bizim buradaki asıl maksadımız, özellikle 90'lı yıllarda başlayan Birlik-içi demokrasi tartışmalarının, o yıllarda Birlik içinde siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere yol açtığını ortaya koymakla sınırlı olduğundan, çok fazla üzerinde duramasak da, özellikle 2000'li yıllarda başlayan reform hareketlerinde bu tartışmalar, hep gündemde yer almış[375] ve (Anayasa reformunun başarısız olmasının akabinde ortaya çıkan) Lizbon Antlaşması, özellikle bu

---

tartışılabileceğini ileri sürmektedirler. **Ibid**, p.114. Örneğin bu bağlamda, Schütze, AB'nin bir demokrasi açığı/zafiyeti çektiği konusundaki tartışmaların, asıl demokrasi teorisinin kendisinde bir eksiği/zafiyeti açığa çıkardığı şeklinde ironik bir değerlendirme yapmaktadır. Schütze, **op.cit,** p.76.

[372] Demokratik meşruiyetin değerlendirilmesinde, ''girdiler'' (o siyasi iktidardaki organların oluşumu, işleyiş ve karar alma mekanizmaları gibi) yanında ''çıktılar''ın (değerler, kararlar, hak ve özgürlük düzeyi, bireylerin refahı gibi) da dikkate alınması gereği şeklinde ifade edilen ve maddi, içeriksel meşruiyet gibi isimlerle de anılan meşruiyet anlayışı için bkz.: Rosas, Armati, **op.cit**, p.114; Arsava, **Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri**, s.133.

[373] Rosas, Armati, **op.cit**, pp.111-112.

[374] Ancak yine de, en baştan itibaren halkların seçilmiş, meşru temsilcilerinin girişimiyle ortaya çıkmış ve sonraki bütün değişikliklerde de ülkelerin en temel meşruiyet belgesi olan anayasalar uyarınca tadil edilmiş (ve hatta bu yüzden bazı referandum kazaları da yaşamış) antlaşmalara dayalı olarak, iradi işbirliği temelinde varlığını sürdüren bir siyasi iktidar ve hukuk düzeni olarak AT/AB'nin – problemlerine rağmen – temel bir demokratik bir meşruiyete sahip olduğunu söylemek, bizce mümkündü.

[375] Örneğin 2004 tarihli Anayasal Antlaşma sürecini bir anlamda resmen başlatan 2001 Laeken Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) sonuç bildirgesine bakıldığında, Avrupa'nın demokratik yönden yaşadığı zorluklar, karşlaştığı eleştiriler ve çözüm önerileri, gündemin başlarında yer almış; bir anayasa ile sonuçlanacak ''Konvansiyon''a (Kurucu Meclis), tartışması ve çözüme kavuşturması için tevdi edilen meselelerde de, demokrasi ile ilgili konular, önplanda olmuştur. Bkz.: http://european-convention.eu.int/pdf/lknen.pdf; Erişim Tarihi: 2.1.2014. ''Avrupa'nın yüzleştiği demokratik güçlükler'', ''Avrupa vatandaşlarının beklentileri'', Birlik metinlerinin basitleştirilmesi (ve anlaşılabilir kınılması)'', daha fazla demokrasi-şeffaflık-etkinlik'', Bildirge'deki başlıklardan bazılarıdır.

problemlerin hemen hepsine – yeterli derecede veya değil – temas edecek düzenlemeler getirmiştir.[376]

Vatandaşlarından Uzak Avrupa Algısı ve İnsan Haklarının Rolü

Yine 90'lı yıllara gelindiğinde, yukarıda saydığımız problemlerin hepsinin birden etkisiyle ortaya çıkan bir diğer problem de, AB'nin vatandaşların günlük ihtiyaçlarına uzak kaldığı algısının yayılması idi. Ekonomik problemler ve özelde de işsizlik, bireylerin karar alma mekanizmalarına katılım düzeyinin düşüklüğü bağlamındaki demokrasi zafiyeti (açığı) tartışmaları; entegrasyon sürecinin vatandaşlara iyi anlatılamaması ve bu süreçte iyi bir halkla ilişkiler çalışması yapılmaması; üstelik entegrasyon karşıtı siyasi partilerin ve akımların da aktif çalışması gibi etkenlere bağlı olarak, Üye Devlet kamuoylarında, ''vatandaşlardan uzak teknokratların Avrupası'' şeklinde bir algı oluşmaya başladı. Vatandaşlarının günlük ihtiyaçlarından uzak, ekonomik entegrasyona kilitlenmiş ve bu yöndeki hedefleri vatandaşların sorunlarından üstte tutan, gözü ekonomik ve parasal birlik hayallerinden başka şey görmeyen teknokratların güdümünde, bireylerin günlük sorunlarıyla uğraşmak gibi bir derdi olmayan bir AB imajı, hiç şüphesiz entegrasyon sürecinin de kilitlenmesine yol açacaktı.[377]

---

[376] Örneğin, Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) ikinci bölümü, ''demokratik ilkelere ilişkin hükümler'' başlığını taşımakta olup; Birliğin işleyişinin temsili demokrasi üzerine kurulu olduğu (m.10/1); vatandaşların Birlik düzeyinde Parlamento'da doğrudan temsil edildikleri (m.10/2); her bir vatandaşın Birliğin demokratik hayatına katılma hakkının olduğu ve kararların vatandaşlara mümkün olduğu kadar açık ve yakın alınacağı (m.10/3); Avrupa düzeyindeki siyasi partilerin Avrupa ölçeğinde siyasi farkındalığın şekillenmesine ve vatandaşların isteklerini ifade etmesine katkı sağlayacağı (m.10/4); sivil toplumun karar alma sürecine aktif biçimde dahil edileceği (m.11); halk teşebbüsü ve 1 milyon vatandaşın Komisyon'u bir yasama girişimine davet edebileceği (m.11/4); keza ulusal parlamentoların da demokratik meşruiyetlerinden yararlanmak gibi maksatlarla AB karar alma sürecine aktif katılımının sağlanması (m.12) gibi hükümler, bu anlamda önemlidir. (Lizbon Antlaşması'nın demokratik yönden sorunlu yanları hakkında bkz.: Zeynep Özler, Can Mindek, **AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, No:218, İstanbul, 2008, s. 71 vd.) Hatta bu noktada, gerek daha önceki gerek Lizbon'daki reformlarla, *kamu denetçisine başvuru hakkı* (ABİA m.24/2) ve *Avrupa Parlamentosu'na dilekçe hakkı* (ABİA m.24/3) gibi, demokrasi açığı eleştirilerini doğrudan temel hak ve özgürlükler alanındaki adımlarla kapatma gayretine yönelik örnekler vermek de mümkündür.

[377] Nitekim bu tepkiler, antlaşma reformları sürecinde ortaya çıkacak; Maastricht Antlaşması'nın onaylanmasına ilişkin Danimarka'daki olumsuz sonuçlanan referandum ve Fransa'da da kılpayı verilen onay (%51.05) gibi uyarılarla açığa çıkacaktı. Esasında daha sonraki antlaşma reformlarında da karşılaştığımız (Nice Antlaşması'nda, İrlanda'daki olumsuz referandum; 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'nın Fransa ve Hollanda'daki referandumlarda reddi ve en son da Lizbon Antlaşması'nın yine İrlanda halkının vetosuna takılması gibi) bu durumu, Avrupa halklarının bahsettiğimiz algının sonucu olarak verdiği tepki olarak okumak, çok da derin bir yorum olmasa gerektir. Esasında bireyler, ulusal seçimlerde hükümetleri cezalandırmak gibi ''dolaylı'' bir yolun

Siyasetçi ve bürokratların, bu noktada yine insan hakları kozuna sarıldığını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Bu gibi sebeplerle entegrasyonun durma noktasına geldiğini gören siyasetçi ve Avrokratlar, ''Halkların Avrupası'', ''Vatandaşların Avrupası'' gibi farklı sloganları ortaya atmakta gecikmediler[378] ve bu anlamda bu yeni trendin önemli bir parçası olarak insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal reformlar yapma yoluna gittiler. Hatta doktrinde Quinn, bu yeni trendi, bir ''tuzak'' olarak nitelemekte ve insan haklarının da bu göz boyama operasyonunun önemli bir parçası olduğunu söylemektedir.[379] Bu süreci, bu şekilde değerlendirmek ne kadar doğru bilinmez; fakat bilinen bir şey var ki, o da vatandaşlarından uzak Avrupa algısının sonucu olan bu sürecin, insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tetiklemiş olmasıdır. Nitekim – tek başına yukarıda değindiğimiz bazı kazaların yaşamasına engel olamasa da – Kurucu Antlaşma reformlarında, Maastricht'ten itibaren artan oranda insan haklarına yer verilmesini de, bu bağlamda okumak gerekir.[380]

Görüldüğü gibi AB'nin aslında insan hakları temelli olmayan birtakım problemlerinin çözümünde, insan hakları, kimi zaman problemin yıkıcı etkisini azaltmak, kimi zaman da bu problemlerin başka uygun tedbirlerle çözümü için uygun bir ortamı oluşturmak gibi düşüncelerle, destek kuvvet olarak başvurulan bir olgu olmuş; diğer bir deyişle, AB'de, aşağıda göreceğimiz insan hakları alanındaki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin ve atılan adımların arkaplanındaki dinamiklerden birisi olarak işlev görmüştür. Yaşanan bu problemler, Üye Devletleri ve başta Avrupa Komisyonu olmak üzere Birlik kurumlarını, Kurucu Antlaşmalarda artan oranda insan haklarına yer verme, bu durumların sebebinin tespit edilmesine yönelik bilimsel çalışmalar yapma gibi[381] birtakım siyasi-hukuki-kurumsal adımlar atmaya sevk etmiştir.

---

dışında, siyasilerin ve Avrokrat denilen Topluluk teknokratların elinde ilerleyen entegrasyon sürecine müdahale anlamında ellerindeki tek kart olan antlaşma reformlarının kendi onaylarına bağlı tutulması imkanını çok iyi kullanmaktaydılar.

[378] Quinn, **op.cit,** p.867.

[379] **Ibid**.

[380] Doktrinde Quinn, bu sürecin bir sonucunun da, insan hakları konusunda AB'nin aktif rol almasını gerektiğini savunan başta birtakım STK'lar olmak üzere sivil toplum aktörlerinin, antlaşma reformları sürecinde insan haklarının daha belirgin ve merkezi bir konuma yükseltilmesi için cesaretlerinin artması ve bunu da sonuna kadar kullanmaları olduğunu söylemektedir. Quinn, **op.cit**, p.867.

[381] Bu bağlamda *Comité des Sages* olarak adlandırılan ''akil adamlar komiteleri'' ve hazırladığı raporlar önemli olup, aşağıda ayrıca incelenecektir. Ayrıca bkz.: de Búrca, **op.cit**, p.687.

2.1.5. Dış İlişkilerde İnsan Haklarının Aktif Bir Unsur ve Standart Olarak Kullanılmasının Doğurduğu İhtiyaç

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren AB'nin üçüncü ülkelerle olan başta ekonomik olmak üzere siyasi ve kültürel ilişkilerinde insan haklarının yoğun biçimde kullanılmaya başladığını görmekteyiz. Başta insani yardımlar olmak üzere, krediler ile yatırımların insan hakları koşullarına bağlanmasından, ticaret anlaşmalarında insan haklarına saygının bir antlaşmanın imzalanmasının bir önkoşulu ve ihlali halinde de bir yaptırım sebebi olarak öngörülmesine[382] ve insan hakları eğitimi gibi hak temelli uluslararası destek projelerine kadar birçok araçla AB'nin bugün özellikle Afrika, Asya ve Güney Amerika'daki ülkelere belli insan hakları standartları ''ihraç ettiğini'' (veya başka bir bakış açısına göre ''dayattığını'') söyleyebiliriz.[383] Bir anlamda AB, özellikle ekonomik gücünü, bir koz olarak kullanmaya ve AB ile ilişkilerin getireceği ekonomik faydalardan istifade etmek isteyen nispeten az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin önüne, ilişkilerin hem ''ön'' hem de ''devam'' koşulu olarak, insan hakları standartlarını koymaya başlamıştır.[384]

Tabii AB'nin bu yumuşak müdahalelerdeki temel bir dayanak noktası, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra[385] insan haklarının, uluslararası ilişkilerde/hukukta devletlerin içişlerine müdahalenin meşru bir sebebi olarak görülmeye başlaması olmuştur.[386]

---

[382] Hemen her ticaret ve işbirliği anlaşmalarına, bu tür hükümler konmaktadır. Örneğin; 29 Haziran 2012 tarihli AB-Orta Amerika Ortaklık Anlaşmasının 1. maddesi şöyledir: *''İHEB'de yer verildiği şekliyle demokratik ilkelere ve temel insan haklarına ve de hukukun üstünlüğüne saygı, her iki akit Tarafın ulusal ve uluslararası politikalarının altını güçlendirmekte ve bu Anlaşma'nın esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir.''* Lorand Bartels, ''Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements'', **Legal Studies Research Paper Series – University of Cambridge Faculty of Law**, Paper No.24/2012, September 2012, pp.3-4, http://ssrn.com/abstract=2140033, Erişim Tarihi: 3.1.2014.

[383] Føllesdal, **op.cit,** p.215.

[384] Aslında bir bakış açısından AB'nin aday ülkelere üyelik kriteri olarak belli insan hakları standartları dayatmasını da, yumuşak (*soft*) bir şekilde içişlerine müdahale etmek olarak değerlendirmek ve böylece insan haklarının buradaki etkisi bağlamında görmek mümkünse de; bunu, birisinin kurduğu oyuna dahil olmak isteyen üçüncü bir oyuncunun kendi iradesiyle bu koşulları benimsemeyi kabul etmesi şeklinde bir bakış açısıyla yaklaşılabileceğinden; insan haklarına bu amaçla başvurulması, burada değil, yukarıda genişlemenin etkileri dinamiği/faktörü bağlamında ele alınmıştır.

[385] Hatta bunun, *Vestfalya Egemen Devletler Sistemi*'nin temeli olan 1648 Vestfalya Antlaşmalarına kadar götürülmesi hakkındaki görüşler için bkz.: **Ibid.** pp.214-215.

[386] **Ibid.** İnsan haklarının bu etkisi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra meşruiyet noktasında oynadığı üçlü rolün (diğer iki rol için bkz.: supra s.170 vd.) de sonuncusudur. Ancak burada rol, diğer iki rolden biraz farklıydı. Zira bu sefer, meşruiyet problemi ya da gereksinimi, AB'nin kendisinde değil; üçüncü bir aktörde ortaya çıkmakta ve AB'nin de, insan hakları gerekçesiyle o aktöre karşı belli politikalar geliştirmesi söz konusu olmaktaydı. Diğer bir anlatmla AB'nin, bu sefer, meşruiyet problemi yaşamamak veya başka alanlardaki problemlerin çözümünde destek kuvvet olarak değil; başka bir yönden, meşruiyet problemi yaşayan bir siyasi iktidara (daha çok iktisadi

Uluslararası ilişkiler ve hukukun bu konuda yaşadığı dönüşümü, yukarıdaki bölümün birinci kısmında uzun uzadıya tartışmış olduğumuzdan, burada o tartışmalara tekrardan girmeyeceğiz.[387] Fakat dayanak noktası ne olursa olsun, bu standartların ne ölçüde etkin biçimde uygulandığı ve siyasi ve ekonomik menfaatlerinin gerektirmesi halinde AB'nin ülkeler arasında bu koşulların takibinde farklı uygulamalara gidebildiğine yönelik tartışmaları; ayrıca yumuşak da olsa bu anlamdaki müdahalelerin uygunluğu konusundaki tartışmaları[388] bir yana bırakırsak, insan haklarının dış ilişkilerde artan oranda kullanılması, AB yönünden de birtakım adımların atılmasını gerektirmektedir. Zira üçüncü ülkeleri, bu şekilde yüksek insan hakları standartlarına zorlayan AB'nin kendisinin de bazı alanlarda adım atmaması, zaman içinde AB'nin samimiyetinin ve inanılırlığının sorgulanmasına sebep olmuş ve bu da AB insan hakları korumasında birtakım siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tetiklemiştir.[389]

Nitekim, AB'nin insan haklarına ilişkin iç ve dış politikasındaki tutarsızlıklar ve çifte standart eleştirileri, daima canlılığını korumuştur.[390] Biz de burada, çalışmanın konusunun ne AB'nin dış ilişkilerini ne de dış ilişkilerinde insan haklarının konumunu açıklamak olduğunu unutmadan, bunun, AB'deki, bilhassa da 90'lı yıllardan sonra, insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tetikleyen bir sebep olduğunu ortaya koymak için ve bu amaca yeteceği ölçüde konuya değinmiş bulunmaktayız.

---

anlamda) müdahale etmek için insan haklarına başvurması ve buna ilişkin siyasi-hukuki-kurumsal birtakım adımlar atması söz konusu olmaktadır.

[387] Elbette ki, bu müdahalenin boyutları değişebilmektedir. En uç noktadaki ciddi insan hakları ihlalleri halinde uluslararası toplumun bir ülkeye askeri müdahele seçeneğinden, insan hakları konusunda yargısal ve bürokratik aktörlerin eğitimi, bilinçlendirme, belli iyileştirmelerin kabulü için ekonomik (karşılıklı antlaşmalar, yatırımlar vs.) yaptırımların uygulanması gibi daha ''yumuşak'' (*soft*) ve karşı tarafın rızasın dayalı bir müdahaleye kadar çeşitli derecelerde bugün uluslararası aktörler, az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere müdahale etmektedir. Örneğin bu bağlamda azınlık hakları da, yine diğer uluslararası güçler ve güçlü devletler tarafından olduğu gibi AB tarafından da üçüncü ülkelere belli insan hakları standartları dayatmasının ''haklı'' bir sebebi olarak kullanılmaktadır.

[388] Bu konudaki tartışmalar için bkz.: **Ibid.** p.216 vd.

[389] Harpaz, **op.cit**, p.139.

[390] Örneğin 1998 tarihli *Comité des Sages* raporu, buna vurgu yapmaktadır. Bu süreçte, özellikle Avrupa Komisyonu'nun girişimleriyle bu sorunların tespitine yönelik olarak kurulan ve *Comité des Sages* olarak adlandırılan ''akil adamlar komiteleri'' tarafından hazırlanan raporların aşağıda inceleneceğini söylemiştik.

2.1.6. Jürisprüdansiyel Korumanın Eksikliklerine/ Handikaplarına Bir Çözüm Yolu Olarak İnsan Haklarına Başvurulması

Yukarıda tarihsel gelişimin jürisprüdansiyel ayağını incelediğimiz *bölümün* genel değerlendirmesini yaparken, son olarak, jürisprüdansiyel korumanın 1990'lara gelindiğinde, ''sürdürülebilir'' olup olmadığı tartışmasını açmıştık.[391] Sürdürülebilirlik noktasında, bunun iki şekilde anlaşılabileceğini; biri, Topluluk/Birlik perspektifinden bakıp, bu alanın salt Divan'a terk edilmesinin ''siyaseten'' AB için sürdürülebilir olup olmadığı; biri de, bireysel özgürlüklerin korunması perspektifinden bakıp, siyasi yönden desteklenmesinin gerekip gerekmediği tartışmasından bağımsız olarak, herhangi bir siyasi-hukuki-kurumsal adım atılmadan, jürisprüdansiyel korumanın yeterli olup olmadığı yönünde iki soru söz konusuydu. Orada cevabını aradığımız soru, bu iki perspektiften ikincisiydi; yoksa, siyasi-hukuki-kurumsal yönden aynı kayıtsız ve ihmalkar tavrın devam edemeyeceğini, daha orada söylemiştik, ki, onun sebeplerini de, halihazırdaki başlıklarda incelemekteyiz. Siyasi-hukuki-kurumsal adımların atılmasının başka mülahazalara binaen gerekli olduğunu (ki yukarıdaki dinamikler onu gösteriyor) hatırlatarak, böyle bir destek gelmese bile, Divan eliyle o zaman kadar gelen korumanın, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ''yeterli'' ve dolayısıyla ''sürdürülebilir'' bir koruma olduğu yargısına varmıştık.

Ancak bu yargıya varırken bile, Divan eliyle oluşturulan içtihadi insan hakları hukukunun sorunlu yanlarının bulunduğunu söylemekten imtina etmemiş ve hatta bunların önemlilerini yakından inceleyerek, ''handikap'' olarak nitelenebilecek sistemsel bir eksikliğe dönüşüp dönüşmediği noktasındaki fikirleri çarpıştırmıştık. Oradaki tezimiz, bu eksikliklerin (başta *dava ehliyeti/locus standi* olmak üzere dış denetim eksikliği, *Bosphorus* doktrininin doğurduğu boşluk, ekonomik serbestilerin temel haklar karşısında üstün tutulması gibi) hiçbirisinin, Divan eliyle korumanın bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında bir zafiyete yol açacak ve ''yetersiz'' olarak nitelendirilecek ''handikaplar'' olmadığıydı. Ancak, bunların, mutlaka Kurucu Antlaşma reformlarıyla ele alınması gereken ve de sistemin yetersizliğini ortaya koyan tipik birer handikap olduğunu söyleyenler de vardı. Bunlar, ister handikaba/zafiyete varan bir eksiklik olsun ister olmasın; jürisprüdansiyel koruma, ister ''sürdürülebilir'' bulunsun ister bulunmasın, yani bir handikap veya değil, sonuçta birer sorunlu yan ve eksiklik olduğu şüphesiz olan bu durumların telafi edilmesi ihtiyacının da, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin bir

[391] Bkz.: supra s.142 vd.

muharriki, bir dinamiği olduğu; diğer bir deyişle, bu eksiklikleri tedavi etmek adına, birtakım siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin yaşandığı da muhakkaktır. Hemen her antlaşma reformunda, dava ehliyeti konusundaki bireysel ve doğrudan ilgi şartının, AİHS'nin bağlayıcılık kazanmasına ilişkin tartışmaların, Birlik için özel bir temel haklar kataloğu hazırlanmasına yönelik önerilerin ve Birliğin AİHS'ye üyeliğine ilişkin kadim meselenin gündeme getirilmesi, hep bu meyandaki (siyasi-hukuki-kurumsal) gelişmelerdi.

2.1.7. Değerlendirme

1950'lerde malların, işçilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbestçe dolaşabileceği bir bütünleşme fikri[392] doğrultusunda kurum, mekanizma ve yetkilerle yola çıkmış olan bu proje, bu işlevsel yaklaşımı aşmış;[393] ve önce ''ekonomik ve parasal'', ardından da ''siyasi'' birliğe doğru bir evrim geçirmiştir. Bu süreçte, bir siyasi iktidar olarak ortaya çıkan bir aygıtın, özellikle 90'lı yıllardan itibaren karşılaştığı başta meşruiyet problemi olmak üzere birçok dinamiğe bağlı olarak insan haklarının korunmasına kayıtsız kalması söz konusu değildi. Nitekim, bu anlamda başta Kurucu Antlaşmaların sessizliğine rağmen Adalet Divanı eliyle başlatılan ve bir noktaya kadar getirilen insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, 90'lı yıllarda gerçekleşen yukarıdaki dinamiklere bağlı olarak siyasi-hukuki-kurumsal adımlarla desteklendi. Özellikle 90'lı yıllardan sonra yaşanan bu dinamikler, Üye Devletler ve başta Avrupa Komisyonu olmak üzere Birlik kurumlarını, insan haklarının korunup geliştirilmesine yönelik siyasi-hukuki-kurumsal reformlar yapmaya sevk etti.

İnsan haklarının meşrulaştırıcı etkisinden faydalanmak ve meşruiyeti zedeleyici etkisinden de kaçınmak; genişleme dalgalarının getirdiği problemler (yeni üyelerin sorunlarının artık Birliğin de sorunu olması, gelecek için insan hakları konusunda yeni kriterlerin konması ve bunun AB için bir samimiyet testine yol açması vs.), yetkilerin

---

[392] Bu fikirin, gelecek perspektifi noktasında, bu dört serbestiyi aşan surette daha vizyoner olup olmadığı tartışmalarına girmiyoruz.

[393] Bu bağlamda hatırlanacağı üzere, Topluluk entegrasyon sürecinin başlangıcında insan haklarının yeri ve bu bağlamda Kurucu Antlaşmaların sessizliği meselesine değinirken, doktrinde Bogdandy'nin bu durumu, kuruluşa ilişkin fonksiyonel (işlevsel) bir bakış açısıyla açıklamaya çalışan yorumuna değinmiştik (bkz.: supra s.29). Dolayısıyla ilerleyen yıllarda kuruluşa ilişkin bu yaklaşımın yavaş yavaş geçerliliğini kaybetmesinden, insan haklarının bu entegrasyondaki yerinin de farklı açıklanmasını gerektirdiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Gráinne de Búrca, ''Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union'', **Fordham International Law Journal**, Vol:27, Issue:2, January, 2004, p.687.

tedricen artmasının bireysel hakların korunması noktasında yol açtığı boşluklar, ekonomik iyileşmeye dayalı entegrasyon kilitlendiğinde yeni bir ''çıpa'', ekonomide işlerin iyi gitmediği zamanlarda da bir ''perde'' ihtiyacı, demokrasi açığı tartışmalarına bir panzehir olarak görülme; dış ilişkilerde yeni iddiaların bir ''kılıfı'' ve aktif bir dış politika unsuru olarak kullanılma ve nihayet jürisprüdansiyel korumanın – sağladığı katkılara karşın – eksikliklerinin/handikaplarının doğurduğu boşlukların doldurulmasına yönelik ihtiyaç, evveliyatı daha eski olsa da, bilhassa 1990'lardan itibaren siyasi aktörlerin (Birlik kurumları ve Üye Devletler) insan haklarını gerek bir hukuki denetim gerekse bir politika aracı olarak kullanmalarına ve neticede siyasi-hukuki-kurumsal olarak nitelediğimiz gelişmelerin yaşanmasına yol açtı. Bu süreç, sonunda ister istemez entegrasyonun hedefleri ve amaçlarının değişiminde de rol oynadı ve bugün, Temel Haklar Şartı ile Antlaşmalarda da açıkça ifade edildiği gibi, ortak ekonomik pazarın işleyişini güvence altına alma ve idari politikaları uyumlaştırmanın ötesinde bir hal aldı; insan hakları, temel bir değer oldu.[394]

AB entegrasyon sürecinde insan haklarının korunup geliştirilmesine yönelik siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin ardında hangi dinamiklerin olduğunu böylece gördükten sonra, şimdi önce *Kurucu Antlaşmalardan* başlayarak bu gelişmelerin önemlilerine göz atabiliriz.[395]

---

[394] Føllesdal, **op.cit**, p.213.

[395] Girişte de belirttiğimiz gibi, bu gelişmeleri, temel dört başlık altında inceleyeceğiz. Önce Kurucu Antlaşma reformlarında insan haklarına yönelik gelişmeleri ele alarak bir anlamda jürisprüdansiyel korumanın nasıl kodifiye edildiğine bakacak; ardından da, kuruluştan itibaren insan haklarının korunup geliştirilmesi amacıyla gerek Üye Devletler, gerek Topluluk kurumları ve gerekse dış aktörler tarafından atılan adımlara, bu amaçla hazırlanan çalışmalara ve getirilen önerilere değineceğiz. Bunun akabinde ise, bu çalışma, girişim ve önerilerden özellikle önemli olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılım ve Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması bağlamındaki gelişmeleri ayrıca ele alacağız. Halihazırdaki kısım, bunlardan ilkiyle başlamaktadır.

2.2. KRONOLOJİK OLARAK SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER

2.2.1. Genel Olarak

1960'ların sonlarında Adalet Divanı eliyle oluşturulmaya başlanan *Topluluk İnsan Hakları Hukukunun* bu tarihsel oluşum ve gelişim sürecinin ilk aşaması sonunda, 1990'lara gelindiğinde, içtihadi olarak konmuş birtakım ilkeler ve somut davalar vesilesiyle ortaya çıkmış bir içtihadi haklar kataloğu ile karşı karşıyaydık. Ancak 1980'lere ve özellikle de 1990'lara gelindiğinde, başta meşruiyet tartışmaları ve genişlemelerin getirdiği pratik ihtiyaçlar olmak üzere yukarıda yer verdiğimiz dinamikler, bu yargıç-yapımı hukukun, Topluluğun bir nevi anayasası niteliğinde olan Kurucu Antlaşmalarda kodifiye edilip bir anlamda anayasal güvenceye kavuşturulması başta olmak üzere, siyasi-hukuki-kurumsal planda birtakım gelişmelerle desteklenmesini zaruri kılmaktaydı.

Bu anlamda, en önemli gelişmeler, hiç şüphesiz kurucu iradenin doğrudan yansıması niteliğindeki Kurucu Antlaşmalar'da insan haklarına yönelik atıflar ve hükümler olmakla birlikte; sadece bunlardan ibaret değildi. Daha Divan'ın insan haklarının Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu ve hukukun genel ilkeleri kapsamında korunduğunu söylediği 1970'lü yıllardan itibaren AB'de (daha doğrusu AT, hatta AET'de), insan hakları alanında birtakım siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler yaşanmaya başlamıştı. Kurucu Antlaşmalardaki atıfların yanısıra, Topluluk kurumlarının birtakım deklarasyonları; yine Topluluk bünyesinde gerek Avrupa Parlamentosu ve komiteleri gerek farklı bürokratik ve sivil kesimlerce hazırlanan raporlar ve birtakım resmi ve gayri resmi öneriler; Üye Devletlerce ilan edilen deklarasyonlar; AİHS'ye katılım ve bağlayıcı bir temel haklar belgesinin hazırlanması gibi gelişmeler, bu sürecin bileşenleri olmuştur.

Bu bölümün giriş kısmında da ifade ettiğimiz gibi, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri, 1960'lardan günümüze kadarki gelişmeleri kapsayan ''kronolojik'' ve zaman mefhumundan bağımsız olarak bu süreçte gerçekleşen ''kategorik'' gelişmeler olmak üzere iki yönlü ele almaktayız. İşte halihazırdaki kısımda bunlardan ilkini inceleyecek; ikincisine ise, bir sonraki kısımda yer vereceğiz.

Bu kısımdaki sistematiğimiz, 1960'lardan günümüze kadar yaşanan bu minvaldeki gelişmeleri, Kurucu Antlaşmalar'ı baz alarak incelemek olacaktır. Kurucu Antlaşmalar planında insan haklarına ilk atfın yapıldığı Tek Avrupa Senedi'ne kadarki gelişmeler; Tek Avrupa Senedi'nden Anayasa ve Lizbon'a kadarki gelişmeler ile bu süreçte Maastricht, Amsterdam ve Nice Antlaşmaları ile kaydedilen gelişmeler; ve nihayet Anayasa ve Lizbon ile kaydedilen gelişmeler şeklinde bir süreç takip edeceğiz. Bilindiği gibi, Kurucu Antlaşmaların sessizliğinin ardından bu bağlamda insan haklarına *ilk atıf, 1986 tarihli Tek Avrupa Senedi'nde* yapıldı ve ardından yaşanan bütün antlaşma reformlarında[396] da insan haklarına artan oranda yer verilmeye başlandı. Bu noktada gelişmeleri, ilk atfın yapıldığı Tek Avrupa Senedi ile başlatacağız. Bu süreçteki dönüm noktası ise, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması'dır. Aslında ondan da önce 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'dan bahsetmek gerekir. Zira, insan hakları noktasında, ondan önceki tüm Antlaşmalar bir yana; Anayasal Antlaşma'yı bir yana koyabiliriz. Ancak bilindiği

[396] Bu arada yeri gelmişken, bir bilgilendirici genel açıklamayı da, *AB Hukukunda* antlaşma reformları konusunda vermekte fayda vardır: Bu süreçte ilk antlaşmalar, daha önceden de belirttiğimiz gibi, 1951 tarihli ***Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması*** (AKÇTA veya Paris Antlaşması olarak da bilinir) ile 1957 tarihli ***Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması*** (AETA) ve ***Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması***'dır (EuratomA; bu son ikisi Roma Antlaşmaları olarak da bilinir). Daha sonradan yapılan antlaşma reformları, kendi adlarıyla bilinse de, aslında mevcut antlaşmalarda değişiklik yapan antlaşmalardır. Bu bağlamda, 1965 tarihli ***Birleşme/Füzyon Antlaşması*** ile 1986 tarihli ***Tek Avrupa Senedi***, hep bu 3 Antlaşma'da değişiklik yapan antlaşmalar olmuştur. Yani Maastricht'e kadar, AB hukuk düzeninde temel üç antlaşma vardır. 1992 tarihli Maastricht Antlaşması da, bir reform antlaşması olmakla birlikte, bir yönüyle farklıdır. Maastricht, hem önceki reform antlaşmaları gibi mevcut 3 antlaşmayı tadil etmiş; hem de AB hukuk düzenine yeni (4.) bir Antlaşmayı sokmuştur: ***Avrupa Birliği Antlaşması*** (ABA). Böylece Maastricht'ten sonra AB hukuk düzeninde ***4 kurucu antlaşma*** olmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, artık AET'nin adı da Avrupa Toplulukları olmuş ve dolayısıyla da AET Antlaşması da AT Antlaşması (veya tam adıyla Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma) olarak varlığına devam etmiştir. Ardından gelen 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile 2001 tarihli Nice Antlaşmaları ise, yine bu mantığa paralel olarak, bu 4 Antlaşma'da değişiklik yapmıştır. Yani, yine aslolan bu 4 Antlaşma'dır. Bu arada, 2002 yılında, başlangıçta 50 yıllık bir süre için kurulmuş bulunan AKÇT, sona ermiş ve dolayısıyla da AKÇT Antlaşması da, hukuk düzeninden kalkmış ve gereken kısımları, (Nice Antlaşması ve eki Protokoller'de öngörülen hükümler uyarınca) mevcut diğer 3 Antlaşma'ya alınmıştır. Bütün bu antlaşmaları ortadan kaldırıp yalnızca tek bir antlaşma ile yola devam etmek şeklinde bir yöntem getiren 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'nın (Anayasa'nın) yürürlüğe girememesinin ardından hazırlanan 2007 tarihli Lizbon Antlaşması da, bu anlamda bir reform antlaşmasıdır ve yine kendinden önceki reform antlaşmaları gibi, mevcut 3 Antlaşma'yı tadil etmiştir. Lizbon antlaşması, bunu yaparken, AT Antlaşmasını, ***Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma*** (ABİA, *Treaty on the Functioning of the European Union / TFEU*) olarak değiştirmiştir. Dolayısıyla şu an *halihazırda* AB hukuk düzeninde, ***3 Kurucu Antlaşma*** mevcuttur: ***Avrupa Birliği Antlaşması*** (*ABA, Treaty on the European Union/TEU*); ***Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma*** (*ABİA, Treaty on the Functioning of the European Union/TFEU*) ve ***Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması*** (*AAET, Euratom Treaty*). Tekrardan ifade edelim ki, reform antlaşmaları, tek başlarına bir anlam ifade etmez; içerdiği hükümler, mevcut Antlaşmalara yerleştirilmek suretiyle ortaya asıl mevcut Kurucu Antlaşmaların değişiklik sonrası hali (***consolidated version***) çıkar ve artık esas metin bunlar olur.

üzere, bu Antlaşma, referandumlarda reddedilmesine bağlı olarak yürürlüğe girememiş ve başlatılan reform, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ile tamamlanmıştır. Ancak birçok konuda olduğu gibi insan hakları alanındaki düzenlemeler bakımından da, Lizbon Antlaşması, 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'yı hemen hemen aynen takip etmiştir. Hatta denebilir ki, Anayasal Antlaşma'nın insan hakları noktasında Lizbon Antlaşması'ndan eksiği yoktur, fazlası vardır. Durum bu olmakla birlikte, neticede halihazırda geçerli olan hukuk, Lizbon Antlaşması'nın getirdiği hukuk olduğundan, dönemsel ayrım noktası olarak Lizbon Antlaşması esas alınacak, ancak bu alanda Anayasal Antlaşma'nın gerçekleşemeyen reformlarıyla da yer yer mukayeseler yapılacaktır.

Başlamadan bir şeyi daha vurgulamak gerekir ki, elbette ki, bütün bu süreçteki deklarasyon, rapor, öneri vs. gelişmeleri tek tek incelemek, bizce ne çalışmamızın kapsamına uygundur ne de gereklidir. Ancak bunlardan AT/AB'de insan haklarının korunması adına önemli olanlarını ismen zikretme ve gerektiği ölçüde içeriklerinden bahsetmenin de, AB İnsan Hakları Hukukunun oluşum ve gelişiminin tarihsel sürecinin daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağı şüphesizdir. Ayrıca *siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeden* kastımızın, mutlaka hukuken bağlayıcı gelişmeler olmadığını da hatırlatalım. Hatta bu ''diğer'' gelişmelerin, genelde, bağlayıcılığı olmayan (*soft-law* denen), fakat bağlayıcı hukuksal gelişmelerin (*hard-law*) arkaplanını oluşturan gelişmelerden (deklarasyon, karar, rapor, çalışma vs.) oluştuğunu da vurgulamakta fayda vardır.

2.2.2. Tek Avrupa Senedi'ne Kadarki Dönem: Solange-I'e İlk Tepkiler, Komisyon'un Harekete Geçmesi, Parlamento'nun İştiyakı ve İlk Kurumsal Destekler

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1974 yılında verdiği *Solange-I* kararında, kısaca Topluluk Hukukunda insan hakları korumasının Alman Anayasası'nın sağladığı genel koruma düzeyinin gerisinde olduğunu söylemesi (ve bunun Topluluk Hukukunun üstünlüğüne ve yeknesaklığına yönelttiği tehdit), Adalet Divanı kadar, başta Komisyon olmak üzere Topluluk kurumlarının da durumu etraflıca sorgulamasına yol açmıştı. Bu anlamda, özellikle 70'li yıllar ve bu süreçte de, bilhassa Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I*'i verdiği 1974'ten sonra olmak üzere, 1986'da Kurucu Antlaşmalar bazında Tek Avrupa Senedi ile ilk gelişmenin yaşandığı zamana kadar, Toplulukta bir yandan insan haklarına saygı prensibine vurgunun yapılmaya başladığı, bir yandan da,

Toplulukta insan hakları koruma düzeyinin halihazırdaki konumunun sorgulanarak buna yönelik önerilerin yapıldığı çalışmalarla dolu yıllar olmuştur.

1973/1 – Topluluk Normları Hazırlanırken Üye Devletlerin Vatandaşlarının Temel Haklarının Korunmasına Dair Avrupa Parlamentosu Kararı

Bu süreçte ilk zikredilebilecek gelişme, Avrupa Parlamentosu'nun, Komisyon'dan Toplulukta insan haklarının korunmasına ilişkin istediği bir çalışmaya dair karardır. Özellikle Alman mahkemelerinde, bireylerin Anayasadaki haklarının Topluluk tarafından ihlal edildiği iddiasıyla dava açmaları ve Alman mahkemelerinin de, gerek Divan'a *ön-karar* prosedürü gerekse kendi Anayasa Mahkemelerine somut norm denetimi yoluyla meseleyi intikal ettirmeleri gibi gelişmeler yaşanırken; ve Alman AYM, henüz *Solange-I* kararını vermemişken, Avrupa Parlamentosu, 1973 yılında Komisyon'u, Toplulukta insan haklarının durumuyla ilgili olarak bir rapor sunmaya davet etmişti. ''***Topluluk Hukuku (Normları) Hazırlanırken Üye Devletlerin Vatandaşlarının Temel Haklarının Korunmasına dair Karar***''da,[397] Parlamento, Komisyon'u, tüzükler, yönergeler ve kararları hazırlarken, ulusal anayasa hukuklarıyla ihtilafların doğmasını önlemeye ve bilhassa da Üye Devletlerin vatandaşlarının temel haklarının nasıl korunabileceğini incelemeye davet etti. Kararda, Komisyon, ayrıca, Avrupa Hukukunun oluşumu ve gelişiminde, Üye Devletlerin Anayasalarında düzenlenen temel haklara (ki Topluluğa Üye Devletlerin hepsi için ortak olan felsefi, siyasi ve yargısal temeli temsil eden ilkeler olarak) yönelik muhtemel bir ihlali nasıl önlemeyi düşündüğü konusunda da bir rapor sunmaya davet edilmiş ve Adalet Divanı'nın bireylerin erişimine daha açık hale getirilmesi ihtiyacı da vurgulanmıştı.[398]

1973/2 – Avrupa Kimliğine Dair Deklarasyon

---

[397] **European Parliament Resolution**, 4 April 1973, O.J. of the EEC, No:26/8, 30.4.1973. Bu karar, Parlamento bünyesindeki Hukuki İşler Komitesi'nin (*Legal Affairs Committee*) bir raporu temelinde alınmıştır (Doc. 297/72, EP 30/941 Final, Rapporteur Mr. Léon Jozeau-Marigné).

[398] *Dava ehliyeti* (*locus standi*) bakımından halen daha devam eden tartışmaları düşündüğümüzde, henüz 1970'lerde bu konunun Parlamento gündemine gelmiş olması ilginç; ve ilginç olduğu kadar, Parlamento'nun konuya ilişkin hassasiyetini göstermesi bakımından da önemlidir.

Parlamento'nun Komisyon'dan istediği bu rapor henüz hazırlanmadan, 14-15 Aralık 1973 tarihlerinde bir araya gelen 9 Üye Devletin liderleri,[399] ''***Avrupa Kimliğine dair bir Deklarasyon***''[400] yayınladılar. Bu Deklarasyon'da, *bir Avrupa kimliğinin tanımı çerçevesinde, Üye Devletlerin, temsili demokrasi, hukukun üstünlüğü, nihai hedefi ekonomik ilerleme olan sosyal adalet ve insan haklarına saygı ilkelerini savunmaya kararlı oldukları ve tüm bunların ''Avrupa kimliği''nin temel unsurları olduğu* ifade edilmekteydi.

İnsan haklarına ve onunla yakından ilişkili kavramlar olarak demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı ilkesine yapılan atıf ve inşa edilmekte olan Avrupa kimliğinin (yani bir anlamda Avrupa entegrasyonunun) temel unsurları olarak en yüksek ağızdan ilan edilmesi, elbette ki, *AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel oluşum ve gelişim sürecinde* zikredilmesi gereken bir gelişmeydi.

1974-1975 – Paris Zirvesi ve Devamında Avrupa Birliği'ne Dair Rapor (Tindemans Raporu)

Aslında daha Ekim 1972'deki Paris ve Aralık 1973'teki Kopenhag Zirvelerinde, Üye Ülkelerin Devlet ve Hükümet Başkanları, Topluluğun tedricen bir Avrupa Birliği'ne doğru ilerlemesine dair bir taahhüt üzerinde uzlaşmışlardı. Nitekim 9-10 Aralık 1974'te Paris'te bir araya gelen (o zamanki 9 ülkenin) Devlet ve Hükümet Başkanları, bu taahhütler ve 1980 yılından önce ulaşılması gerekli bir hedef olarak Avrupa Birliği hedefi temelinde, Belçika Başbakanı Tindemans'ı, böyle bir Birliğin alacağı şekil ve esasları üzerinde 1975'in bitiminden önce kapsamlı bir rapor hazırlamaya davet etmişlerdi.[401]

Nitekim Tindemans, kendisinden istenen bu raporu (***Tindemans Raporu***), 1975 yılı bitmeden hazırlamış ve sunmuştur.[402] Raporda, yalnızca devletler tarafından güvence altına alınamayacak hallerde, bireylerin haklarının korunmasının benimsenmesi gereği üzerinde durulmuştur. Topluluk kurumlarının yetkilerinin tedricen artmasına mukabil sosyal ve ekonomik hakları da içerir şekilde hak ve özgürlüklerin korunması

---

[399] Hatırlanacağı üzere, Üye Devletlerin liderleri, 1961'den itibaren belli periyotlarla çeşitli platformlarda toplanmaktaydı. 1974'ten sonra ise, artık bu toplantıların ''Avrupa Konseyi'' (*European Council*) adı altında yapılması kararlaştırılmış ve ilk Avrupa Konseyi toplantısı, 1975 Mart'ta Dublin'de yapılmıştı.

[400] http://aei.pitt.edu/1439/1/copenhagen_1973.pdf, Annex II, Erişim Tarihi: 25.1.2013.

[401] Zirve sonuç metni için bkz.: http://aei.pitt.edu/1459/, Erişim Tarihi:26.1.2013.

[402] **European Union, Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council**, Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76. Rapora şu adresten ulaşılabilir: http://aei.pitt.edu/942/, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

ihtiyacı doğduğu vurgulanmış ve Avrupa Konseyi'nin, bu tanıma ve korumanın en iyi ne şekilde yapılacağı konusunda önerilerde bulunmaları için Topluluk kurumlarına gerekli talimatları vermesi gerektiği; ve özellikle korumanın, mutlaka bireylerin temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı Adalet Divanı'na başvurabilme imkanını vermesi gerektiği belirtilmiştir.

1975 – Komisyon'un ''Avrupa Birliği'ne Dair Rapor''u ve Toplulukta İnsan Haklarının Korunmasına Dair Tespitler

Yine Parlamento'nun yukarıda bahsettiğimiz Komisyon'dan istediği asıl rapor hazırlanmadan, gerek Topluluk içinde gerekse dışında özellikle *Avrupa Konseyi* (*Council of Europe*) bünyesinde ve akademik çevrelerde, insan haklarının Topluluk düzeyinde korunmasına dair gelişmeler yaşanmaktaydı. Bilhassa bu dönemde Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I* kararını vermiş olması ve kararda Topluluk insan hakları koruma düzeyine yöneltilen (başta Divan içtihadına bağlı olarak kesinlik ve belirlilikten yoksun olma gibi) eleştiriler, daha önceden de söylediğimiz gibi, Toplulukta siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri de tetiklemişti.

Bunlardan birisi de, Komisyon tarafından 1975 yılında hazırlanan ''***Avrupa Birliği'ne Dair Rapor***'da,[403] Toplulukta insan hakları korumasının durumuna ilişkin yapılan tespitlerdi (paras.82-85). Burada, (olası bir AB Antlaşması'nda açıkça ortaya konması gereken) *Birliğin demokratik niteliğinin*, *yeni siyasi yapıda ve bu yapının kurumlarının işleyişinde, insan haklarının korunmasının temel bir unsur olması anlamına geldiği* söylenmekteydi. Rapor, Kurucu Antlaşmaların bu konudaki sessizliğine rağmen, Adalet Divanı'nın, insan haklarının, hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu yönündeki müstakar içtihadına ve bunu yaparken uluslararası antlaşmalar ve ulusal anayasal geleneklerden de ilham aldığı içtihatlarına atıf yapmaktaydı. Ayrıca, Birliğin, yetkilerindeki artışla paralel olarak bireylerin günlük yaşamlarıyla daha yakından bağlantılı hale gelmesi sonucu, insan

[403] **Report on the European Union**, Commission of the European Communities, COM (75) 400 final, 25 June 1975, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/75. Rapora şu adresten ulaşılabilir: http://aei.pitt.edu/1761/, Erişim Tarihi: 23.1.2013. Bu arada, Rapor, henüz 70'li yıllarda ***Birlik*** kavramının Topluluk çevrelerinde kullanılmaya başlandığını göstermesi bakımından ilginçtir. Aslında, bundan daha da önce (hem de çok daha yüksek perdeden), Devlet ve Hükümet Başkanları, Ekim 1972'deki Paris Konferansı'nda, içinde bulunulan 10 yıl sona ermeden Üye Devletler arasındaki tüm ilişkiler manzumesinin bir Avrupa Birliği'ne dönüştürülmesi temel hedeflerini koymuşlardı.

haklarının (bu jurisprudansiyel tanıma yanında) resmi olarak (yani kurumsal bazda) tanınmasını da gerektirdiğine vurgu yapılmış ve bu bağlamda da, gerek mahkemeler tarafından uygulanabilecek gerekse Birlik kurumlarının hem yetkilerini kullanırken uymak zorunda bulunacağı, hem de etkin bir şekilde uygulanmaları için pozitif standartları (özellikle ekonomik ve sosyal haklar bakımından) kabul edip pekiştirmek zorunda olacağı bağlayıcı normlar şeklinde düzenlenmesi gerekliliği ortaya konmuştur.

Bu anlamda, o dönemde 9 Üye Devletten oluşan AT'de, klasik haklar olan medeni ve siyasi haklar bakımından genel bir konsensüs olmakla birlikte, yabancılar gibi belli birey gruplarının hakları ile ekonomik ve sosyal haklar bakımından durumun böyle olmadığı; diğer uluslararası hukuk normları tarafından önerilen korumanın da tutarlılıktan uzak olduğu; dolayısıyla Birliğin üzerine oturacağı temel bir metinde özel olarak belirtilmiş bir haklar listesinin yer almasının en güvenceli yol olarak gözüktüğü tespitleri de, raporda yapılmıştır. Görüldüğü gibi, Birlik için bir temel haklar kataloğu noktasında 2000'lere kadar uzanan tartışmaların fitilinin aslında daha 1970'lerde atıldığını söyleyebiliriz.

Raporda belirtilen bir başka husus ise, bu anlamda ikinci bir opsiyonun da, *insan hakları ve temel özgürlüklere uyma noktasında genel bir yükümlülüğün getirilmesi olacağı*; hatta Divan'ın da – özel bir listedense – muhtemelen bunu tercih edeceği; ancak bunun, uygulamaya dair özel hukuki tedbirlerinin gerektiği ekonomik ve sosyal haklar bakımından çok da etkili bir yol olmayacağı; yine bu anlamda üçüncü bir opsiyon olarak da, AİHS'ye atıf yapılabileceği, ancak bu opsiyonun da, medeni ve siyasi haklar bakımından kapsayıcı olmakla birlikte yine ekonomik ve sosyal haklar bakımından pek katkı sağlayıcı olmayacağı ileri sürülmüş; dolayısıyla, bu anlamda *en etkili çözümün, Birlik için bir temel haklar listesi/kataloğu/şartı hazırlamak* olacağı söylenmiştir. Raporda insan hakları korumasının geliştirilmesi adına söylenen bir başka şey de, bireylere, temel hakların ihlali halinde başvurabilecekleri geniş (yargısal) yollarının sağlanması gerekliliğidir.

Görüldüğü gibi, daha 1970'lerde bile, kendimizi sanki Lizbon Antlaşması'nın hazırlanması aşamasındaki tartışmalarda gibi hissetmek mümkündür. Aşağıda Kurucu Antlaşmaları görürken hemen her Kurucu Antlaşma reformundan sonra yaptığımız değerlendirmelerde, ''halen çözülemedi'', ''gelecek reformlara bırakıldı'' dediğimiz, *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel meselelerinin (AİHS'ye bağlayıcı atıf, temel haklar şartı,

etkili yargısal başvuru mekanizmalarının getirilmesi gibi), 1970'lerden beri tartışıldığını ve Lizbon sonrası dönemde bile, bu tartışmaların tamamen bitmediğini söyleyebiliriz.[404]

Bu arada, özellikle bu zamana kadarki gelişmelerden (*73 Deklarasyonu, 1974* ve *1975'teki bu raporlar*) anladığımız bir şey de, aslında bu gelişmelerin temelinde Avrupa Birliği fikrinin yattığı; insan haklarının korunmasının ise, bu projenin önemli bir unsuru olarak düşünüldüğüdür. Yani aslında, bu ilk girişimlerin başlangıç noktası, Toplulukta insan haklarının nasıl daha iyi korunup geliştirilmesine yönelik sonuçlar çıkarmak değildi; asıl amaç, entegrasyonun bir ileriki aşaması olarak düşünülen ''Avrupa Birliği''ne yönelik çalışmalar ortaya koymaktı. Nitekim 1973'teki *Avrupa Kimliğine Dair Deklarasyon*'da da, *daha sonraki iki raporda da* asıl özne, ***Avrupa Birliği projesiydi***. Ancak bu projenin temel unsurlarından biri de, insan haklarının korunmasıydı ve böylece insan hakları da, bu süreçteki gelişmelerde kendine yer bulabilmişti. Ancak, asıl gayesi, bizzat Toplulukta insan haklarının korunması olan çalışmalara da sıra gelecekti.

1976 – Komisyon'un ''Avrupa Topluluğu'nda Temel Hakların Korunmasına Dair Raporları''

Yukarıda, Avrupa Parlamentosu'nun, 1973 yılında, Komisyon'u, Toplulukta insan haklarının korunup geliştirilmesi konusunda bir rapor sunmaya davet ettiğini söylemiştik. Komisyon, bunun üzerine harekete geçerek 1976 yılında Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e (Bakanlar Konseyi) sunulmak üzere ***''Topluluk Hukukunun (Normlarının) Oluşturulması ve Geliştirilmesinde Temel Hakların Korunması***'' başlıklı bir rapor[405] hazırlamıştır. Raporda, Üye Devletlerin ulusal hukuku uygularken ulusal insan hakları güvenceleri ile bağlı olduğu, ancak Topluluk Hukukunu uygularkenki tasarrufları

---

[404] Yine bu dönemde, *Avrupa Konseyi (Council of Europe) Parlamenterler Meclisi*'nin bünyesindeki Hukuki İşler Komitesi'nin, 12.6.1975'te, Strazburg'da, *Avrupa Toplulukları çerçevesinde temel hakların korunmasına* dair gerçekleştirdiği özel oturum (ve ortaya konan sonuçlar); Uluslararası Avrupa Hukuku Federasyonu'nun (FIDE) 2-4 Ekim 1975 tarihleri arasında Brüksel'de gerçekleştirdiği 7. Uluslararası Kongresi ve 5-8 Kasım 1975 tarihlerinde Roma'da gerçekleştirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dair 4. Uluslararası Kollokyum'un sonuçları, bu süreçteki akademik tartışmalar olarak dikkati çekmektedir (bkz: raporun 7. sayfası, dipnot 4).

[405] **The Protection of Fundamental Rights as Community Law is Created and Developed**, Report of the Commission of 4 February 1976 submitted to the European Parliament and the Council. Bu rapor, aslında ''*Avrupa Topluluğunda Temel Hakların Korunması*'' ana başlıklı bir dosyanın (**The Protection of Fundamental Rights in the European Community**; Commission of the European Communities, COM (76), Supplement 5/76, 4 February 1976) içindeki iki kısımdan birisidir. Bu dosyanın 1-17. sayfaları, şimdi burada bahsediyor olduğumuz raporu; 18-69. sayfaları ise, buna ek (*annex*) olarak dışarıdan bir bilim adamına hazırlatılan (ve aşağıda bahsi geçecek) ikinci raporu içermektedir.

bakımından artık bu standartların bir denetim standardı olamayacağı; Topluluk Hukukunun yeknesak uygulanması zaruretinin bunu gerektirdiği; böyle olunca da, Topluluk Hukukunda bir insan hakları standardı oluşturulması gerektiği; zira, temel hak ve özgürlüklere saygının demokrasinin temel bir gereği olduğu ve bunları güvence altına almayan bir demokrasinin düşünülemeyeceği ve bu gerçeğin hiç şüphesiz Topluluk içinde aynı oranda geçerli oluğu; bu anlamda, özellikle Topluluk tasarruflarının mimarı olarak Komisyon'un temel hakların ihlal edilmesini önlemekle yükümlü olduğu belirtilmiş; ardından, Divan'ın insan hakları temelli denetim taleplerini reddettiği ilk içtihatlarından (*Stork, Geitling, Sgarlata*) *Nold kararına* kadarki (*Stauder, Handelsgesellschaft* ve *Nold*) içtihatları özetlenmiş ve bu içtihatların geldiği nokta itibariyle, insan haklarının artık Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanarak, bir anlamda, *Divan'a, başlattığı girişimde siyasi/bürokratik bir destek verilmiştir*.

Raporda bu bağlamda, gelinen noktada, insan hakları standartları bakımından *maddi anlamda*, biraz Antlaşmalarda,[406] ancak asıl (hukukun genel ilkeleri olarak) Divan içtihatlarında güvencelerin sağlandığı; ve bunların korunmasına ilişkin olarak *usuli anlamda* da Antlaşmaların getirdiği davalar sisteminin yeterli derecede etkili olduğu öne sürülmüştür. Ayrıca Topluluk Hukukunun (tüzükler, yönergeler vs.) hazırlanırken, geniş bir ön-hazırlığın ve çalışmanın yapıldığı ve bu süreçte de, özellikle Komisyon tarafından yukarıda ifade edilen yükümlülüğe (insan haklarına saygı) binaen temel haklar noktasında gerekli kontrollerin yapılmakta olduğu da vurgulanmıştır. Bütün bunlar dikkate alındığında, Komisyon'a göre, Topluluktaki insan hakları koruma düzeyi, genel olarak vatandaşların temel haklarına yönelik ihlalleri önlemede, gerek maddi gerek usuli anlamda yeterlidir.

Raporun dikkat çeken bir yanı ise, Komisyon'un, AİHS'te güvence altına alınan hakların Toplulukta korunması gereğini kabul etmekle birlikte, ***Topluluğun şu an için AİHS sistemine resmen katılımının gerekli olmadığını*** ve Divan'ın *Nold kararında* – açıkça olmasa da – yaptığı şekilde, Sözleşme'ye, *Topluluk İnsan Hakları Hukuku* için bir referans kaynak olarak başvurulmasının yeterli olduğunu söylemesidir. Bu, Komisyon'un, o tarih için, Toplulukların AİHS'ye katılımına ilişkin ilk tavrının olumsuz olduğunu göstermektedir. İleride görüleceği üzere, daha sonraki süreçte katılımın en büyük

[406] Komisyon, burada, bizim de daha önceden yer verdiğimiz ancak doğrudan insan hakları hükümleri olarak görmediğimiz başta temel serbestiler ve ayrımcılık yasağı olmak üzere birtakım Antlaşma hükümlerine (bkz.: supra s.44 vd.) atıf yapmaktadır.

savunucularından biri olacak olan Komisyon'un, ilk tavrının böyle olumsuz olması, oldukça ilginçtir.

Raporun dikkat çeken bir diğer yanı ise, Komisyon'un, bir temel haklar kataloğu hazırlanmasına da, katılımda olduğu gibi, pek sıcak bakmamasıdır. Komisyon, bu ana rapor kapsamında Profesör Bernhardt'a hazırlattığı ek rapordaki[407] tespitler üzerinde yaptığı değerlendirme neticesinde, birçok avantajları olmasına ve henüz geçen yıl (yukarıda yer verdiğimiz *Avrupa Birliği'ne Dair Rapor*'da) savunulmuş olmasına rağmen, şu an entegrasyonun geldiği nokta açısından yargısal çözümün (yani jürisprüdansiyel korumanın) daha sonuç verici olduğunu ve böyle bir kataloğun birtakım dezavantajlarının da bulunduğunu söylemiştir. Ancak yine de, gelecekte hazırlanacak bir Avrupa anayasasında[408] temel hakların açık bir şekilde yer almasının – şart olmasa da – arzu edilebilir bir gelişme olduğu belirtilmiştir.

Nihai noktada, Topluluk Hukukunda Divan eliyle yapılan (j*ürisprüdansiyel*) korumayı – bireylerin Divan'a erişiminin kolaylaştırılması arzulanmakla birlikte – tatmin edici bulan Rapor, son olarak, *Topluluğun üç siyasi kurumunun (Komisyon, Konsey ve Parlamento), resmen ilan edecekleri bir deklarasyon ile, Toplulukta temel haklara uyulmasının teyit edilmesi gerektiğini* söylemiştir. Komisyon'a göre, böyle bir deklarasyon, AİHS'teki hakların önemini ve Divan tarafından korunması gerekliliğinin altını çizebilir ve böylece halihazırda sadece yargıç yapımı olduğu temelinde yürütülen eleştirilere de bir cevap niteliği taşıyabilirdi. Komisyon'un eleştirilerden kastının, başta Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I* kararındaki eleştirileri (korumanın Divan içtihatlarına dayandığı, bunun ise somut olaylar üzerinden işlemek suretiyle hukuki kesinlikten yoksun olduğu gibi) olduğu şüphesizdir.[409]

---

[407] ''**Avrupa Toplulukları için Bir Temel Haklar Kataloğu Hazırlamanın Problemleri**'' isimli rapor. (**The Problems of Drawing Up a Catalogue of Fundamental Rights for the European Communities, A Study Reguested by the Commission and Drawn Up by Professor R. Bernhardt, Director of the Max-Planck-Institute for Foreign Public Law and International Law, Heidelberg,** Bulletin of the European Communities, Supplement 5/76, pp.18-69, http://aei.pitt.edu/5378/, Erişim Tarihi: 4.2.2014). Az önce de ifade ettiğimiz gibi, bu rapor, yukarıda yer verilen asıl rapora bir anlamda ek olarak hazırlatılmış bir rapordur. Bu rapora, ileride, Temel Haklar Şartı'nın incelendiği başlıkta ayrıca değinilecektir.

[408] Birkaç yıl önce ortaya konan Avrupa Birliği kavramının ardından, ancak 2006'da ete kemiğe bürünecek bir anayasadan bahsedilmiş olmasını da yine bu anlamda not etmekte fayda vardır. Aslında bir yönüyle, doktrinde Değer'in de ifade ettiği gibi, Toplulukta Kurucu Antlaşmaların ilk zamanlardan itibaren formel bir anayasa gibi görüldüğü ve bu anlamda 2004'teki Anayasa'nın da, AB'nin evrimi içinde temel bir kırılmayı ifade etmediği (yani bir devam olduğu) söylenebilir. Değer, **a.g.e.,** s.61-62.

[409] Nitekim yine bu yıl içinde, Avrupa Parlamentosu, Alman AYM'nin *Solange-I* kararı üzerine aldığı ve Komisyon'a, Bakanlar Konseyi'ne ve bilgi amaçlı olarak Üye Devletlerin hükümetleri ile parlamentolarına gönderdiği kararında (Resolution of the European Parliament, 15 June 1976,

1977-1979 – Beklenen Adım ve Solange-I Sürecine Siyasi-Hukuki-Kurumsal İlk Ciddi Cevaplar: ''Temel Hakların Korunmasına Dair Ortak Deklarasyon'' ve ''Demokrasiye Dair Deklarasyon''

Hatırlanacağı üzere, Komisyon, yukarıdaki raporunu bitirirken, Topluluk kurumlarının, derhal, bir deklarasyonla, temel haklara bağlı olduklarını resmen ilan etmeleri gerektiğini söylemişti. Komisyon'un üzerinde durduğu bir nokta, böyle bir deklarasyonun derhal ve uzun tartışmalara mahal vermeksizin ilan edilmesiydi. Aksi halde, temel haklara bağlılığın vurgulanacağı bir deklarasyon üzerinde yapılacak tartışmalar, beklenen faydanın tam aksine Topluluk kurumlarının ve dolayısıyla Topluluğun temel hakların korunması noktasındaki samimiyetine gölge düşürebilirdi. Nitekim bu tespitlerin üzerinden yaklaşık 1 yıl geçtikten sonra, Topluluğun temel 3 (siyasi) kurumu, böyle bir deklarasyona imza attı. ***''Temel Hakların Korunmasına Dair Ortak Deklarasyon''***[410] adını taşıyan belgede, Toplulukları kuran Antlaşmaların hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde temellendiği; Topluluk Adalet Divanı'nın hukukun genel ilkeleri kapsamında temel hakları tanıdığı ve zaten tüm Üye Devletlerin de AİHS'ye taraf olduğu nazara verilerek, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un, özel olarak Üye Devletlerin anayasalarından ve AİHS'den kaynaklandığı şekliyle temel hakların korunmasına birinci dereceden önem atfettikleri vurgulanmış ve gerek yetkilerinin icrasında gerek Toplulukların amaçlarının gerçekleştirilmesinde bu haklara saygı duydukları ve duymaya da devam edecekleri ilan edilmiştir.

İçerik olarak bu korumanın ve saygının nasıl olacağına dair herhangi bir ifade bulunmasa ve bağlayıcı bir etkisi olmasa da, Topluluğun temel üç kurumunun böyle bir deklarasyonu ilan etmeleri, o tarih için en azından dikkate alınması gereken bir gelişmedir. Bu, yeni yeni Toplulukta insan hakları korumasını başlatan Divan içtihadının Topluluğun tüm kurumları tarafından (hem de üst perdeden) bir nevi onaylanması şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim Divan da, 1979 yılında verdiği *Hauer kararında*,[411] kendi içtihadının ve bu bağlamda AİHS'nin öneminin Topluluk siyasi organları tarafından

---

http://aei.pitt.edu/36165/1/A2381.pdf, Erişim Tarihi: 4.2.2014), Alman Mahkemesi'nin yaklaşımının Topluluk hukuk düzeninin bağımsızlığına halel getirdiğini ve Topluluk Antlaşmaları'na da aykırı olduğunu belirtmiş ve Komisyon'u, bu kararın doğurabileceği muhtemel gelişmeleri yakından izlemeye ve elindeki tüm imkanlarla, Topluluk Hukukunun yeknesak ugulanmasını temin etmeye davet etmiştir. Bkz.: Mower, **op.cit,** p.58.

[410] **Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission**, 5.4.1977, O.J. of the EC, No. C 103/1, 27.4.1977.

[411] C-44/79, *Hauer v. Land Rheinland-Phalz*, 13.12.1979, ECR 1979/3727.

da, 1977'de bir Deklarasyon'la onaylandığını söyleyecektir. Öte yandan, Alman AYM de, hatırlanacağı üzere, yukarıda yer verdiğimiz *Solange-II* kararında, Topluluktaki insan hakları koruma düzeyine ilişkin hüsn-ü zannının oluşmasında yol açan gelişmeler arasında, Divan içtihatları yanında başta bu Deklarasyon olmak üzere siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri de zikretmişti.

Bu arada Parlamento da, Komisyon'un 1976 yılındaki raporlarının takibi adına, 1977 yılının sonlarına doğru aldığı bir kararında,[412] Toplulukta bireylerin temel haklarının korunmasına vurgu yapmış; Komisyon'dan, özel bir takım haklara ilişkin önerilerde bulunmasını ve Üye Devletler arasında, AİHS, BM MSHS (*ICCPR*) ve ulusal anayasalardaki medeni ve siyasi haklar temelinde bir antlaşmaya varılarak Topluluk Antlaşmalarının ayrılmaz bir parçası olacak şekilde ortaya konması hususunda Üye Devletlere baskı yapmasını istemiştir. Kararda göze çarpan önemli bir husus, Komisyon'dan, Topluluk vatandaşlarına öncelikli olarak birtakım hakların verilmesini bir öncelik olarak gündeme almasının istenmesidir. Bu kapsamda, *Divan'a etkili başvuru hakkı, dilekçe hakkı, seçme seçilme ve kamu hizmetine girme hakkı, toplanma ve dernek kurma hakları, sendikal haklar, ikamet hakkı, vatandaşlar arasında tüm Toplulukta eşit muamele, mahkemelerde ana dilini serbestçe kullanma ve herhangi bir Üye Devletten avukat tutma, eğitim müesseseleri açma* gibi birçok hakkın tanınması için başta Komisyon olmak üzere Topluluk kurumlarının harekete geçmesi istenmektedir. Birkaç yıldır çeşitli platformlarda dile getirilen Topluluğa özel bir haklar listesi hazırlama çabalarının geldiği yer olarak, birtakım hakların belki de ilk kez isim isim zikredilmesi, hiç şüphesiz önemlidir.

Topluluğun temel kurumlarının bu ortak bildirisinin ardından bu üçlü içinde yer almayan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi)[413] de, hemen ertesi yıl, demokrasi üzerinde bir bildiri yayınlayarak, başlatılan bu siyasi-hukuki-kurumsal sürece destek verdiğini ortaya koymuştur. 7-8 Nisan 1978'de Kopenhag'da yapılan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısının ardından kabul edilen Zirve sonuç bildirgesinde, liderler, '***'Demokrasiye Dair bir Deklarasyon''***[414] yayınlamışlardır. Deklarasyon'da, entegrasyon sürecinin, kurucuların barış ve özgürlüklerin korunması noktasındaki kararlılığına işaret ettiği; ayrıca (1973 tarihli) *Avrupa Kimliği Üzerine Deklarasyon*'da da vurgulanan temsili

---

[412] **European Parliament Resolution on the Granting of special Rights to the Citizens of the European Community in Implementation of the Decision of the Paris Summit of December** 1974, 16.11.1977, O.J. of the EC, No. 299/26, 12.12.1977.

[413] Ki, 1974'ten beri Avrupa Konseyi olarak tanınmaya başlamıştı.

[414] **Declaration on Democracy**, Annex D, p.12 vd.; http://www.european-council.europa.eu/media/854616/copenhagen_april_1978__eng_.pdf, Erişim tarihi: 24.1.2013.

demokrasi, hukukun üstünlüğü, sosyal adalet ve insan haklarına saygı ilkelerini koruma iradesini teyit ettiği; bu ilkelerin uygulanmasının, hem anayasal sistem içinde fikirlerin serbestçe ifade edilmesini hem de insan haklarının korunması için gerekli prosedürleri güvence altına alan *çoğulcu bir demokrasinin* olduğu bir siyasi sisteme delalet ettiği; keza 1977'de üç Topluluk kurumunun Toplulukların amaçlarının gerçekleştirilmesinde temel haklara uyulması kararlılığını ifade ettikleri Ortak Deklarasyona katıldıklarını ve son olarak da, temsili demokrasi ile insan haklarının bütün Üye Devletlerde saygı görmesi ve sürdürülmesinin Avrupa Topluluklarının esaslı bir unsuru olduğunu resmen ilan etmişlerdir.[415]

Nitekim bu gelişmeler, Avrupa Parlamentosu'nun 18 Ocak 1979 tarihli ***''Topluluğun Genişlemesine İlişkin Beklentilere Dair Kararı''***nda[416] teyit edilmiştir. Parlamento, Yunanistan, İspanya ve Portekiz'in adaylık başvurularına ilişkin bildirdiği görüşünde, yukarıdaki (1973, 1977 ve 1978) Deklarasyonlara atıf yaparak, her üç ülkenin de, üyeliğine ilişkin görüşünün olumlu olduğunu söylemiş; ancak hem mevcut Üye Devletleri hem de aday ülkeleri (kendisinin 16 Kasım 1977 tarihli Kararı'na da uygun olarak) hem kendi ulusal hukuklarında hem de taraf oldukları uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan medeni ve siyasi haklar ile çoğulcu demokrasiye ilişkin düzenlemelerin (önerilerin) hayata geçirilmesine yönelik resmi bir yükümlülük altına girmeye (çünkü, bu hükümlere uyulmamasının Topluluk üyeliğiyle bağdaşmazlık teşkil edeceğini düşünerek) davet etmiştir.

1979 – Tarihi Adım ve ''Toplulukların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımına Dair Komisyon Memorandum''u

AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal ayağında zikredilmesi gereken çok önemli bir gelişme de, Komisyon tarafından hazırlanan ***''Toplulukların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımına Dair***

---

[415] Bu Deklarasyon, üyelik için kapıda bekleyen ve diktatörlüklerden demokratik rejimlere yeni geçmiş olan Yunanistan, İspanya ve Portekiz'e, üyelik için belli ilkelere bağlılığın hatırlatılması olarak da yorumlanabilir. Bkz.: Bernard Paulin, Mary Minch, ''The European Community and the European Convention on Human Rights'', **Government and Opposition**, Vol:15, Issue:1, 1980, p.34.

[416] **European Parliament Resolution on the Prospects of Enlargement of the Community**, 18.1.1979, O.J. of the EC, No: C 39, 12.2.1979.

Memorandum''*dur.*[417] Bu belgeye, ileride hem katılım hem de Temel Haklar Şartı bahislerinde, ayrıntılı olarak değineceğiz; ancak bu noktada birkaç cümleyle AB insan hakları tarihi içinde taşıdığı önemden bahsetmek gerekirse, bu Memorandum'da Komisyon'un, aslında üç önemli tespit ve öneride bulunduğunu söyleyebiliriz. Komisyon, öncelikle, Topluluk yargısı tarafından geliştirilen koruma metodunun genel anlamda tatmin edici olduğunu söylemiştir (ki bunu birkaç yıl önceki raporunda da dile getirmişti). Ancak ardından, buna rağmen yine de yazılı bir temel haklar kataloğunun yokluğunun, hangi hakların açıkça korunduğu ve Topluluk kurumları tarafından ihlal edilemeyeceğinin net bir şekilde bilinir olmasına mani olduğu; bu itibarla da, *hukuki kesinlik* adına, Topluluğun bir temel haklar kataloğuna ihtiyacı bulunduğu söylenmiştir. Ancak Komisyon, Üye Devletler arasında, özellikle, *ekonomik ve sosyal haklara* ilişkin halihazırdaki görüş farklılıkları dikkate alındığında, bunun hemen gerçekleştirilebilecek bir hedef olmadığını ve bu ihtiyacın Topluluğun AİHS'ye resmen katılımıyla daha kolay yoldan ve daha çabuk bir biçimde giderilebileceğini söylemiştir.[418]

Görüldüğü gibi Komisyon, katılımı derhal gerçekleştirilecek bir hedef ve insan hakları korumasının güçlendirilmesi için en net ve hızlı çözüm olarak görürken; temel haklar listesini ise, uzun vadede düşünülmesi gereken bir opsiyon olarak bu süreçten tamamen dışlamamaktadır. Bu arada, henüz 3 yıl önce 1976'da hazırladığı (yukarıda değindiğimiz) raporda, bunun gereksiz olduğunu söyleyen Komisyon'un, mevcut Divan içtihadının değişmediği ve hatta katılımı, daha da gereksizleştirecek şekilde Divan'ın doğrudan AİHS'ye atıflar yapmaya başlamış olduğu düşünüldüğünde, katılım noktasındaki görüşünü değiştirmiş olması gerçekten ilginçtir. Ayrıca, Memorandum'da dile getirilen Toplulukta insan haklarının korunmasına ilişkin özellikle *hukuki kesinlik* noktasındaki sorunlara ilişkin tespitlerin, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I kararındaki* tespitlerle/eleştirilerle örtüştüğünü de herhalde ayrıca söylemeye gerek yoktur. Bitirmeden ekleyelim ki, Komisyon'un bu girişimi, 29 Ekim 1982 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından da onaylanacaktır.

Jürisprüdaniyel korumaya ilk desteklerin verilmeye başlandığı 1970'ler, önce Toplulukların siyasi anlamda insan haklarının korunması meselesine sessiz kaldığı eleştirilerine bir cevap olarak (hatta bazı anlarda günü kurtarmaya yönelik) yapılan

---

[417] **Memorandum on the Accession of the Eyropean Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 4.4.1979, COM (79) 210 final, 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79.

[418] Hatırlanacağı üzere, Parlamento, bu süreçteki rapor ve kararlarında temel haklar şartı üzerinde ısrarla durmaktaydı. Böylece Komisyon, pratik bir takım gerekçelerle bunun yerine katılım opsiyonunu tercih etmiş oluyordu. Bkz.: Paulin, Minch, **op.cit**, p.37.

çalışmalar ve ortaya konan öneriler şeklinde başlamış; kurumların bile bazı alanlarda kafa karışıklıkları yaşadığı (Komisyon'un önce katılıma hayır, sonra evet demesi gibi), aralarında görüş ayrılıklarının bulunduğu (Parlamento'nun hak kataloğu ısrarına Komisyon'un çeşitli mülahazalarla destek sıcak bakmayıp katılımı veya AİHS'ye bağlayıcılık atfetmeyi tercih etmesi gibi); ancak özellikle Parlamento'nun ve Komisyon'un gayretleri sonucunda önemli gelişmelerin yaşandığı ve nihayet koruma iradesine dair ortak bir Deklarasyonun ortaya çıkabildiği (1977 Deklarasyonu) ve hatta hakların dahi isimlerinin ilk defa zikredildiği; sonuç olarak yönteme dair görüş farklılıklarıyla birlikte, ortak kurumsal desteğin var olduğunu söyleyebileceğimiz bir 10 yıl olmuştur. Bugün bile *AB İnsan Hakları Hukukunun* en önemli meseleleri olarak tartışmaya devam ettiğimiz AİHS'ye katılım, bağlayıcı bir temel haklar kataloğu ve insan hakkı ihlalleri için özel dava prosedürleri gibi meselelerin ilk kıvılcımlarının o yıllarda atıldığını görmekteyiz.

1980'ler ve Vizyoner Öneriler: 1984 Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma Taslağı ve İnsan Haklarına Vurgu

Komisyon'un katılıma ilişkin memorandumundan sonra geçen beş yıl, jürisprüdansiyel koruma bağlamında, Divan'ın yeni yeni hakları genel hukuk ilkeleri olarak Topluluk Hukukuna aktardığı ve bunu yaparken de yoğun biçimde AİHS'ye ve o bağlamda AİHM içtihatlarına atıf yaptığı (ve tüm bu gelişmelerin de başta Alman AYM olmak üzere ulusal mahkemelerin iltifatını celp ettiği) yıllar olsa da; siyasi-hukuki-kurumsal koruma bağlamında burada yer vermeyi gerektirecek çapta bir gelişme yaşanmamıştır. Ancak bu dönemde de, Parlamento'nun çabaları devam etmiş; daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, Parlamento, bu süreçteki en aktif Topluluk kurumlarından birisi olmuştur. Yukarıda yer verdiğimiz çeşitli raporlar ve tavsiyeler üzerinden dile getirdiği bir *Avrupa Birliği'nin* kurulmasına yönelik çalışmaları, bir anlamda ete kemiğe büründürmüş ve 14 Şubat 1984'te ''***Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma Taslağı***''nı[419] kabul etmiştir.

Taslak Antlaşma, henüz ''Giriş'' kısmında, *kurulacak Birliğin, eylemlerini, çoğulcu demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlılık üzerine bina edeceğini* vurgulamıştır. Daha sonra, Antlaşma'nın 4. maddesi ise, ''temel haklar''a

[419] **Draft Treaty Establishing the European Union**, 14 February 1984, O.J. of te EC, No. C 77/33. Antlaşma, hazırlanmasına önayak olan Avrupa Parlamentosu üyesi Altero Spinelli'den dolayı *''Spinelli Taslağı''* olarak da bilinmektedir. Antlaşma'ya şu adresten ulaşılabilir: http://www.eurotreaties.com/spinelli.pdf, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

ayrılmıştır. Burada, (kurulacak) Birliğin, bireyin onurunu koruyacağı ve yetkisi altındaki herkese bilhassa Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ve AİHS'den kaynaklanan temel hak ve özgürlükleri tanıyacağı; yine Üye Devletlerin anayasalarından ve Avrupa Sosyal Şartı'ndan (ASŞ) kaynaklanan ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, yetkisi çerçevesinde koruyup geliştireceği; [420] keza 5 yıl içinde, hem bu uluslararası belgelere (AİHS ve ASŞ) hem de BM'nin İkiz Sözleşmeleri'ne katılmaya dair kararları alacağı; daha da ötesi, yine aynı süre içinde, kendi temel haklar bildirgesini de kabul edeceği; ve son olarak, bir Üye Devlet tarafından demokratik ilkelerin ve temel hakların ciddi ve ısrarlı ihlali halinde yaptırım uygulanabileceği öngörülmüştür. Antlaşma, ayrıca, (kurulacak) Birliğin hedefleri arasında, tüm dünyadaki insanların siyasi, ekonomik ve sosyal haklarından tam olarak yararlanması hedefini öngörmüş (m.9); temel hakların Birlik karşısında korunması amacıyla Birlik Divanı'nın özel bir yargı yetkisinin bulunmasını açıkça düzenlemiş (m.43); sosyal politikalar kapsamında kadın-erkek eşitliği, sosyal güvenlik hakları, sendikal haklara ilişkin olarak Birliğe eylemde bulunma görevi yüklemiştir (m.56). Yine Antlaşma, Birliğin uluslararası ilişkilerinde, insan haklarına saygının sağlanmasını, bu ilişkilere hakim olan ilkelerden biri olarak öngörmüştür (m.63).

Bu Antlaşma taslağında, başta Avrupa Birliği'nin kurulması olmak üzere genel ve insan haklarının korunup geliştirilmesi adına öngörülen özel (katılım, haklar kataloğu gibi) hedeflerden bir kısmının epey yıllar sonra gerçekleştiğini (AB'nin 1992'de Maastricht ile kurulması, insan haklarını ciddi ihlal eden üyelere yaptırım uygulanmasının 1997'de Amsterdam ile gelmesi, bağlayıcı bir haklar kataloğuna 2009'da Lizbon ile ulaşılması gibi); hatta AİHS'ye katılım gibi hedeflerin günümüzde dahi tam olarak gerçekleştirilemediğini; daha da ötesi, bazılarının (ASŞ'ye ve İkiz Sözleşmeler'e katılım gibi) hiç gerçekleştiril(e)mediğini düşünürsek, bunların, insan haklarının korunması adına o döneme göre gerçekten ilginç ve hatta belki de marjinal, ancak ne olursa olsun ''vizyoner'' hedefler olduklarını görebiliriz.[421] Taslak Antlaşma, konumuz olan insan haklarının korunması noktasında gerçekten çıtayı yüksek tutmuş ve bu yüksek çıtadaki

[420] Burada kullanılan ifade, normal kişisel haklar için kullanılan ''protect'' kelimesi yerine ''maintain'' kelimesi olmuştur.

[421] Farklı bir bakış açısından şöyle bir yorum da yapmak mümkündür: Hatırlanacak olursa, yukarıda Kurucu Antlaşmalarda insan haklarını anlatırken, aslında daha 1953'te, Avrupa (Ekonomik) Topluluğunu kuran antlaşma taslağında, AKÇT ad-hoc komitesinin, AİHS'nin maddi hükümlerinin hazırlanacak antlaşmaya alınmasını önerdiğini, ancak bu önerinin kabul görmediğini söylemiştik. Şimdi ise, (hazırlanacak) bir Kurucu Antlaşma'da, insan hakları konusundaki bu önerinin ve hatta çok daha ileri önerilerin yer aldığını görüyoruz.

hedeflerin ileriki yıllarda gerçekleştirilmesine yönelik tartışmaların da fitilini yakarak, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim süreci içindeki siyasi-hukuk-kurumsal gelişmeler arasında önemli bir yer tutmuştur.[422]

1986 – Dışişleri Bakanları Tarafından İlan Edilen İnsan Haklarına Dair Deklarasyon

Yine bu süreçte, değinilmesi gereken bir gelişme de, o zamanki 12 Üye Devletin dışişleri bakanları tarafından 21 Temmuz 1986 yılında ilan edilen ‘***’İnsan Haklarına Dair Deklarasyon***’’dur.[423] Avrupa Siyasi İşbirliği[424] ve Bakanlar Konseyi çerçevesinde toplanan dışişleri bakanları, ilan ettikleri bu Deklarasyon’da, *insan haklarına saygının Avrupa işbirliğinin köşe taşlarından biri olduğunu; insan haklarını geliştirme ve koruma taahhütlerini bir kez daha teyit ettiklerini* ve bu bağlamda parlamenter demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin önemini vurguladıklarını belirtmişlerdir. Belgede yer alan, insan haklarının evrensel kontrol ve denetiminin arandığı; insan haklarını korumanın tüm dünya kamuoyunun meşru ve sürekli bir görevi olduğu; bu kapsamda hak ihlallerine yönelik dile getirilen kaygıların bir devletin içişlerine müdahale olarak görülemeyeceği ve insan haklarına saygının 12’lerin Avrupası ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilerin önemli bir unsuru olduğu yönündeki tespitler – Toplulukta insan haklarının korunmasına yönelik olarak – öne çıkan ifadelerdi.

Bu belge, içeriğinden de anlaşılacağı üzere, doğrudan Toplulukta insan haklarının korunmasına yönelik hedefler ve tespitler barındırmasa da, insan haklarına saygıyı, özellikle 12’lerin Avrupası ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilerin bir unsuru olarak ortaya koyması ve bu bağlamda, hak ihlallerine yönelik dile getirilen kaygıların (ki başta Avrupa Parlamentosu olmak üzere Topluluk kurumlarının zaman zaman üçüncü ülkelerdeki insan hakları ihlallerine dikkati çektikleri ve bu konuda kararlar alıp deklarasyonlar yayınladıkları düşünüldüğünde) içişlerine müdahale sayılamayacağını belirtmesi yönüyle önemlidir.

---

[422] Doktrinde Jacqué, insan haklarına ilişkin bu önerileri, entegrasyona biçilen rolle açıklamakta ve ‘’insan haklarını ihlal edemeyecek’’, ‘’insan haklarıyla ne işi olabilecek’’ ‘’ekonomik’’ nitelikli bir örgütten siyasi bir birliğe dönüşme arzularının tezahürü olarak görmektedir. Jean Paul Jacqué, ‘’The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms’’, **Common Market Law Review**, Vol: 48, Issue:4, 2011, p.995.

[423]**Declaration on Human Rights**, http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hurq9&div=12&id=&page, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

[424] 1970’te getirilen *Avrupa Siyasi İşbirliği* (*European Political Cooperation, EPC*), Maastricht Antlaşması ile *Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası* sütunu oluşturulana kadar, Toplulukta dış politikanın koordine edildiği bir yapıydı.

2.2.3. Tek Avrupa Senedi'nden Anayasa ve Lizbon Antlaşması'na Kadarki Dönem

Burada Kurucu Antlaşmalar düzeyinde insan haklarına ilk atfın yapıldığı Tek Avrupa Senedi'nden sonraki süreçte, başta Kurucu Antlaşmalardakiler (Maastricht, Amsterdam ve Nice) olmak üzere insan hakları bağlamında yaşanan siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere yer verilecektir. Yöntem olarak ise, bir yandan ilgili antlaşmanın insan hakları noktasında getirdiği düzenlemelere; bir yandan da, diğer reform antlaşmasına kadarki süreçte yaşanan diğer siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler incelenecektir.

2.2.3.1. Tek Avrupa Senedi – Maastricht Arası Dönem ve İnsan Hakları

2.2.3.1.1. Senet'in Getirdikleri

Paris ve Roma Antlaşmaları'ndaki bireysel hak ve özgürlük olarak yorumlanabilecek birkaç hükmü saymazsak, Topluluk Hukukunda insan haklarına Kurucu Antlaşmalar bazında ilk atıf, 1986 tarihli *Tek Avrupa Senedi*'nde (TAS, *Single European Act*) yapılmıştır. Mevcut üç Kurucu Antlaşma'da (AKÇT, AET ve AEET Antlaşmaları) değişiklik yapan bu Antlaşma, ''Giriş'' (*Preamble)* kısmının üçüncü paragrafında, *Toplulukların, Üye Devletlerin anayasaları ve kanunları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'nda tanınan temel haklar ve bilhassa da özgürlük, eşitlik ve sosyal adalet temelinde demokrasinin güçlendirilmesi için birlikte çalışmaya kararlı olduğunu* belirtmek suretiyle, ilk defa temel haklara açıkça atıf yapmıştır.

Bu atıf bağlamında dikkatlerden kaçmaması gereken bir husus, demokrasinin temelinde yükseleceği temel hakların kaynaklarının da sayılmış olmasıdır. Bu kaynaklara baktığımızda ise, o ana kadar Adalet Divanı içtihadı paralelinde bir çerçevenin çizildiği görülecektir. Hatırlanacağı üzere, Divan, ilk olarak *Handelsgesellschaft* kararında hukukun genel ilkelerinden olan temel hakların bulunup çıkartılacağı kaynak olarak ulusal anayasal gelenekleri; ardından *Nold* ve devamı kararlarda da uluslararası metinler

ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni referans almıştı. Tek Avrupa Senedi'nde, ilavelerle birlikte, bu içtihadi yaklaşımın kodifiye edildiğini söyleyebiliriz.

Bu noktada ilave olarak *Avrupa Sosyal Şartı*'na atıf yapılmış olması da, elbette ki önemlidir. Bu Şart, Avrupa Konseyi (*Council of Europe)* bünyesinde imzalanmış ve o dönemde tüm Topluluk üyesi ülkelerin imzaladığı bir uluslararası antlaşma idi.[425] Nitekim Divan da, kararlarında, AİHS sıklığında ve etkisinde olmasa da, Şart'a zaman zaman atıflar yapmaktaydı. Senet'in müzakereleri sırasında, uluslararası anlamda sadece AİHS'ye atıf yapılmasının, hakların ekonomik ve sosyal boyutunu eksik bırakacağı düşüncesiyle ve o zaman Topluluğun kendisinin de bu bağlamda bir belgesi olmadığı için, tüm Üye Devletlerin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'na atıf yapılması tercih edildi. Bu, Senet'in, ulusal anayasalara atıf yaptıktan sonra; uluslararası bakımdan, medeni ve siyasi haklar noktasında AİHS'ye, ekonomik ve sosyal haklar noktasında da Şart'a atıf yaparak, demokrasinin temeli olarak gördüğü temel hakları, her yönden kapsamak istediği şeklinde yorumlanabilir. Ancak Senet, bu kadarını yapmakla yetinmiş; Kurucu Antlaşmaların içeriğine temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir hüküm eklememiştir.

2.2.3.1.2. Maastricht Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler

1989/1 – Avrupa Parlamentosu'nun Temel Haklar Bildirgesi ve Birliğin İlk İnsan Hakları Kataloğu

Avrupa Parlamentosu'nun, daha 1970'lerin başından itibaren Birliğin kendisinin bir temel haklar listesine sahip olmasını arzuladığına ve hemen bütün raporlarında bunu dile getirdiğine; hatta Komisyon'a bu konuda harekete geçmesi için baskı yaptığına, ancak Komisyon'un kendine göre farklı mülahazalarla o dönem için bu ihtiyacı, ayrı ve özel bir listeden ziyade AİHS'i bağlayıcı olarak kabul ederek giderme yolunu tercih ettiğine yukarıda yer vermiştik. Nitekim Parlamento, hatırlanacağı üzere, en son olarak da, 1984'te, *Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma Taslağı*'nda, Birliğin bir temel haklar bildirgesini ilan etmesi gerektiğini söylemişti (m.4). İşte Parlamento, bu tespit ve

[425] Bilindiği üzere, bu Şart'ta düzenlenen hakların güncellenmesi amacıyla 1999 yılında *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı* yürürlüğe girmiştir. Her iki belgenin de halihazırda birlikte yürürlükte olduğunu ve ikincisinin tedricen birincisinin yerini almasının amaçlandığını hatırlatalım.

hedeflerin üzerinden fazla geçmeden 12 Nisan 1989'da bir ***Temel Haklar Bildirgesi***[426] ilan etmiştir.[427]

Bildirge'nin içeriğinde, *insan onurundan yaşam hakkına; kanun önünde eşitlikten düşünce, ifade, bilgi alma-verme ile bilim-sanat-araştırma özgürlüklerine; özel hayatın gizliliğinden ailenin korunmasına; seyahat özgürlüğünden mülkiyet hakkı, toplanma, dernek kurma ve meslek seçme özgürlüğüne; adil çalışma koşulları, kolektif sosyal haklar, sosyal refah hakkı gibi sosyal haklardan eğitim hakkına; demokratik prensipler ve seçme-seçilme haklarından, bilgiye erişim ve kişinin kendisi hakkındaki verilere ulaşma hakkına; mahkemelere erişim/başvuru hakkından non bis in idem, geriye yürümezlik, ölüm cezasının yasak olması gibi ceza hukukuna dair birtakım prensiplere, dilekçe hakkından çevrenin ve tüketicinin korunmasına* kadar geniş bir yelpazede hak ve özgürlükler listelenmiştir. Bu noktada belgenin sadece hakların belli boyutlarını ele alan uluslararası metinlerden çok medeni ve siyasi haklarla birlikte ekonomik ve sosyal hakları da güvence altına alan ulusal anayasalara benzediğini söyleyebiliriz. Yine bu noktada ulusal anayasalarla bir benzerlik olarak, bazı hakların sadece Avrupa vatandaşlarına, bazı hakların ise Topluluğun yargı yetkisi içindeki herkese tanındığını görmekteyiz.[428]

Bildirge, **Birliğin bir anlamda ilk insan hakları kataloğu** olması anlamını da taşıyordu. Parlamento, daha 1970'lerin başından itibaren savunduğu bu hedefi, belki de asıl harekete geçmesi gereken diğer kurumların hareketsizliği üzerine kendine vazife biçmiş ve bir anlamda 1977 yılında yarım bıraktığı işi[429] tamamlamıştır. Bu Bildirge, bağlayıcı olmasa da, bir yandan doğrudan seçimle göreve gelen bir Topluluk kurumunun

---

[426] **Declaration of Fundamental Rights**, 12 April 1989, O.J. of the EC, No. C 120/51, 16.5.1989.

[427] Bildirgenin kabulüne dair kararda, insan hakları alanındaki gerek BM gerek Avrupa Konseyi bünyesindeki hemen hemen bütün ilgili metinlere atıf yapılmış ve ayrıca insan haklarına saygının Topluluğun meşruiyeti için vazgeçilmez olduğu; Topluluk Hukukunun uygulanmasında her vatandaşın hak ve özgürlükleri bakımından eşit koruma görmemesi halinde bir Avrupa vatandaşlığından bahsedilmesinin mümkün olmayacağı; Parlamento'nun temel hakları güvence altına alan bağlayıcı niteliğe sahip temel bir Topluluk belgesine ulaşmaya kararlı olduğu; hele 1993'te ulaşılması hedeflenen Tek Pazar'ın tamamlanması hedefinin böyle bir metni daha da zaruri ve acil kıldığı ve herşeyin ötesinde Parlamento'nun Avrupa'nın vatandaşları tarafından doğrudan seçilen bir kurum olarak (ki AP için ilk doğrudan seçimlerin 1979'da yapıldığını hatırlatalım), böyle bir Bildirgeyi hazırlama sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Parlamento, ayrıca diğer Topluluk kurumları ile Üye Devletleri de, kendilerini bu Bildirge ile ilişkilendirmeye davet etmiştir. (Gerçi Parlamento'nun bu isteğinin ancak 2000'de Temel Haklar Şartı'nın kabulü ve ilanıyla gerçekleşeceğini söylemek gerekir.)

[428] Henüz daha resmi olarak bir AB vatandaşlığı söz konusu değilken (Birlik vatandaşlığı, Maastricht Antlaşması ile gelecektir), Avrupa vatandaşlarından bahsedilmesi ve herhangi bir Üye Devletin vatandaşının bu Bildirge kapsamında Avrupa vatandaşı sayılacağın belirtilmesi de, ilgi çekici bir durum olsa gerektir.

[429] Bkz.: supra s.204.

bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik böyle bir belge kabul etmesinin Topluluğun vatandaşların gözündeki imajına ve daha geniş çerçevede yukarıda da bahsettiğimiz meşruiyet problemlerinin çözümüne olumlu katkı sağlaması yönüyle;[430] bir yandan da, özellikle Konsey ve Komisyon ile Üye Devletleri, bir temel haklar şartının kabulü noktasında baskı altında tutma ve ileride hazırlanacak böyle bir metne de esin kaynağı olma yönüyle, *AB İnsan Hakları Hukuku* tarihinde oldukça önemlidir. Her şeyden öte, artık Topluluğun da, demokratik meşruiyeti belki de en yüksek olan bir kurumu tarafından hazırlanan bir temel haklar listesine sahip olmasının, insan haklarının korunması anlamında büyük bir siyasi-hukuki-kurumsal gelişme olduğu tartışmasızdır.[431]

1989/2 – İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı

1989 yılının AB'de insan haklarının korunması bağlamındaki ikinci önemli gelişmesi de, ''***İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı***''nın[432] kabul edilmesi olmuştur. 9 Aralık 1989 tarihinde Strazburg'da toplanan dönemin 12 üyesinin Devlet ve Hükümet Başkanları, İngiltere dışarıda kalmak suretiyle[433] ***İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı'nı*** kabul etmiştir.[434] Şart'ta, **Topluluktaki**

---

[430] Nitekim bütün bu yönler, Bildirge'nin kabul edilmesine yönelik Avrupa Parlamentosu kararında dile getirilmiştir.

[431] Doktrinde de, Bildirge'nin, bir yandan, Avrupa kimliğinin inşasında çok önemli bir unsur olduğu ve Avrupalı bireylere bu Topluluğun hak ve özgürlüklere sahip birer üyesi oldukları fikrini vermede önemli rol oynadığı; bir yandan da, Divan'ın, tedrici olarak buradaki hak ve özgürlükleri, AİHS'yi ve ulusal anayasal gelenekleri yaptığı gibi, Topluluk Hukukunun bir parçası haline getirmesinin hedeflendiği söylenmiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.87. Ancak bu hedefin Topluluk yargısınca pek benimsendiğini söyleyemeyiz. Aslında Divan, demokratik meşruiyeti yüksek böyle bir belgeye, AİHS'te yaptığı gibi, yol gösterici ilkeler olarak atıf yapabilirdi. Ancak Divan'ın, kararlarında, bu Bildirge'den pek yararlandığı söylenemez. Esasında Topluluğun üç temel siyasi kurumu tarafından 2000'de ilan edilecek Temel Haklar Şartı'na bile (hatta Anayasal Antlaşma'da bir antlaşma hükmü haline gelip artık öyle veya böyle bağlayıcılık kazanacağı belli olduktan sonra dahi), Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar atıf yapmakta oldukça çekingen davranmış olması karşısında, Divan'ın, bu Bildirge'ye atıf yapmamasını, çok da yadırgamamak gerekir.

[432] **The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers**, 9 December 1989. Şart'ın metni için bkz.: http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2013. Tez boyunca kısaca ''Topluluk (veya Birlik) Sosyal Şartı'' olarak ifade edilecektir.

[433] Doktrinde Quinn'e göre; 1990'lara gelindiğinde Avrupa Birliği'ne dair bir antlaşma tartışmaları sırasında en azından İngiltere'nin antlaşmalarda sosyal hakların genişletilmiş bir şekilde yer almasına sıcak bakmadığı belliydi. Böyle olunca kalan 11 Üye Devlet, en azından siyasi bir deklarasyonla bu konudaki niyetlerini ortaya koymayı amaçladılar. Quinn, **op.cit,** p.866. Zaten bu Şart'taki hak ve hedefler, ilk olarak (Maastricht ile değil) Amsterdam ile Antlaşmalara aktarılacak ve İngiltere de, bu şekilde Şart'taki hakları bir anlamda kabul etmiş olacaktır.

[434] Liderler, Tek Pazar hedefine ulaşmada, ekonomik boyut kadar sosyal boyutun da önemli olduğu ve her ikisinin de dengeli bir şekilde geliştirilmesi gerektiği; bu bağlamda iç pazarın

işçilerin *seyahat özgürlüğü, iş seçme ve adil ücretlendirme, adil çalışma koşulları, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, ücretli-ücretsiz yıllık izinler, sosyal koruma, örgütlenme ve toplu sözleşme yapma, mesleki eğitim, kadın-erkek eşitliği, bilgi alma-danışılma ve katılımın iyileştirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği, çocukların, gençlerin, yaşlıların ve engellilerin korunması* gibi birtakım hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Bunların bazıları işçilerin sahip oldukları haklar, bazıları ise Üye Devletlere ve Topluluğa düşen iyileştirme ve geliştirme yükümlülükleri olarak karşımıza çıkmaktadır.[435]

Elbette bu Şart da, bu süreçte kabul edilen diğer belgeler gibi, bağlayıcı bir Topluluk normu olarak öngörülmemiştir. Ancak yine de Şart'ı, bir yandan sosyal alanda o zamana kadar kaydedilen (ve 1986'daki Tek Avrupa Senedi reformu ile de bir miktar Kurucu Antlaşmalara giren) ilerlemelerin, bir yandan da gelecekte gerçekleştirilmesi hedeflenen gelişmelerin bir anlamda Topluluk düzeyinde en yüksek ağızdan ifade edilmesi olarak görmek mümkündür.

Ne var ki, Şart'ta öngörülen hakların, sadece işçilere tanınması, elbette ki Şart'ın etki alanını oldukça sınırlamıştır.[436] Bu anlamda Şart, Birliğin en azından işçiler noktasında sosyal haklara verdiği önemi göstermesinin yanında, bir yandan Antlaşmaların ilgili hükümlerine alınmak suretiyle artık Antlaşmaların yorumlanmasında teleolojik bir yorum aracı işlevi görmüş;[437] bir yandan da, ileride Temel Haklar Şartı'nın (ki ileride görüleceği üzere, bu Şart da, Lizbon'a kadar kendinden önceki Şart'tla

---

oluşturulmasında istihdamın geliştirilmesi ve azami refah seviyesine ulaşmanın temel öncelik olduğu ve gerek yaşam ve çalışma koşullarının gerekse ekonomik ve sosyal uyumun Topluluk içinde birbirine yakınlaştırılması gerektiği; yine iç pazarın tamamlanmasının, hareket serbestisi, yaşam ve çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal koruma ve eğitim gibi konularda iyileştirmeler yapılmasını gerektirdiği gibi düşüncelerle, böyle bir metni kabul etmişlerdir.

[435] Nitekim Şart'ın ''Şart'ın Uygulanması'' başlıklı kısımlarında da (para.27-30), düzenlediği temel sosyal hakların güvence altına alınmasının özellikle Üye Devletlerin sorumluluğu olduğu; ancak Komisyon'un da, yetkileri dahilinde bu Şart'taki hakların gerçekleştirilmesi için önerilerde bulunacağı; ayrıca Şart'ın uygulanmasını izlemek için her yıl Üye Devletlerde ve Toplulukta uygulamaya dair bir rapor hazırlanması gibi hususlar öngörülmüştür.

[436] Aslında Komisyon tarafından yapılan ilk öneride Şart'ın sadece işçileri değil, tüm vatandaşları kapsaması (ve dolayısıyla bir ***''Topluluk Temel Sosyal Haklar Şartı''*** olması) öngörülmüştü; ancak liderlerin kabul ettiği nihai metinde, haklar ve hedeflerin sadece işçileri kapsaması kararlaştırılmıştır. Lindfelt, **op.cit**, p.88. Sonradan, Şart'ta benimsenen birçok hak, ilke ve hedef – hem de sadece işçiler değil, diğer sosyal aktörleri de içine alacak şekilde – Amsterdam Antlaşması ile birlikte tedricen Kurucu Antlaşmalara alınmaya başlamış; en son da 2000 yılında kabul edilen Temel Haklar Şartı içinde kendisine yer bularak, bu Şart'ın Lizbon Antlaşması ile bağlayıcılık kazanması üzerine de (her zaman doğrudan etkili olmasa da) bağlayıcı birer Birlik normu olarak *AB İnsan Hakları Hukukundaki* yerlerini almıştır.

[437] Erika Szyszczak, **EC Labour Law**, Amsterdam, Longman, 1999, p.144.

bağlayıcılık açısından aynı kaderi paylaşmıştır) hazırlanmasında ilgili haklar bakımından bir esin kaynağı olmuştur.[438]

AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişim seyrinde 1980'ler, bir anlamda 70'ler ve 80'lerde dillendirilen hak ve özgürlüklerin belli bir sistematik içinde kataloglar halinde ete kemiğe büründürüldüğü yıllar olmuştur. Bu hukukun, katılım, AİHS'e bağlayıcı atıf, Topluluğa özgü bir haklar kataloğu ve insan hakları ihlalleri için özel dava yolu şeklinde özetlenebilecek temel meseleleri noktasından olaya baktığımızda, 80'lerin en karlısının, temel haklar kataloğu olduğu söylenebilir. Hem kişisel (medeni) ve siyasi hem de sosyal ve ekonomik haklara dair ortaya konan metinler, bağlayıcı olmasalar da, katalog mücadelesinde oldukça önemli birer tarihsel gelişme olmuşlardır. 90'lar ise, katılım tartışmalarının ve meselenin diğer boyutu itibariyle Kurucu Antlaşma reformlarının ön planda olduğu bir on yıl olacaktır.

1990'ların İlk Yarısı: Katılım Tartışmaları, İnsan Haklarına Dayalı Bir Anayasal Birliğin Taşlarının Döşenmesi ve Antlaşma Reformlarına Hazırlık

1990'ların ilk yarısı, yine insan haklarının, doğrudan özne olmadığı, fakat başka öznelerin temel bir bileşeni/unsuru olarak ortaya çıktığı gelişmelerle başlamıştır. Bunlardan biri, Avrupa Parlamentosu tarafından 1990'da kabul edilen ''***Avrupa Birliği'nin Anayasal Temeline Dair Karar***''dır.[439] Maastricht'e giden süreçte bir Avrupa Birliği kurulmasına yönelik tartışmalar bağlamında, Avrupa Parlamentosu'nun, bir anayasa temelinde Avrupa Birliği'nin kurulmasına yönelik stratejisi ve uzun yıllardır süregelen arzusunun (bkz.: *1984 Antlaşma Taslağı*) bir anlamda tezahürü olarak ortaya konan karar, hazırlanması düşünülen bir ''anayasa''ya temel teşkil edecek esasları içermektedir.

Bu esaslar arasında, Avrupa halklarının özgürlüğü ve onurunun temel bir değer olduğu; sosyal ve ekonomik kalkınmanın (ve bu bağlamda sosyal, kültürel ve ekonomik

---

[438] Lindfelt, **op.cit**, p.89. Şart, sosyal politika alanında çıkarılan ikincil mevzuat noktasında da, özellikle Komisyon için de bir rehber ve temel norm olmuştur. **Ibid.** Nitekim Komisyon, Şart'ta öngörülen hakları ve hedefleri gerçekleştirmek için, derhal bir eylem planı hazırlamış ve bu anlamda birçok ikincil mevzuat düzenlemesi için yasama sürecini başlatmıştır. Örneğin bu kapsamda Komisyon, 1992 sonu itibariyle gündeme getirmek üzere yaklaşık 50 öneri hazırlamıştır. Komisyon'un bu konudaki çalışmaları için bkz.: **The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers – European File**, 6/90, May 1990, http://aei.pitt.edu/4629/, Erişim Tarihi: 27.1.2013.

[439] **Resolution on the Constitutional Basis of European Union**, 12.12.1990, O.J. No C 19/65, 28.1.1991.

hakları sağlamanın) kurulacak Birliğin ve dolayısıyla da oluşturulacak yeni anayasanın temel hedeflerinden biri olacağı yer almaktadır. Kararın asıl önemli yönü ise, ''temel haklar ve özgürlüklere'' özel bir bölüm ayrılmış olmasıdır. Buna göre; öncelikle Parlamento'nun 1989'da ilan ettiği *Temel Haklar Bildirgesi*, yeni anayasanın ayrılmaz bir parçası olacaktır (para.12). Bunun yanında kurulacak Birlik, halihazırda Kurucu Antlaşmalar ve Divan tarafından korunan hakları teyit edecek (para.13); onun yanında vatandaşlara sağlıklı ve korunmuş bir çevre sağlayacak (para.14); temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalara taraf olacak (para.15); ve bütün bu hakların korunmasının önündeki engelleri kaldırarak ayrıca tam olarak kullanılması için etkili mekanizmaları temin edecektir (para.16).

Karara göre, ayrıca, temel hak ve özgürlükleri tam olarak destekleyip teyit etmeyen hiçbir devlet, Birliğin bir parçası olamaz (para.17). Ardından gelen hüküm ise, bu ifadeye ilişkin kararlılığı göstermektedir. Buna göre, bir Üye Devletin sürekli olarak temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğinin Adalet Divanı tarafından saptanması halinde Topluluk kurumları tarafından yaptırım uygulanabilecektir (para.18).[440]

Kararda yer alan insan hakları adına önemli bir düzenleme ise, bugün dahi henüz gerçekleştiril(e)memiş bir öneridir. Burada, bireylerin, temel hak ve özgürlüklerinin gerek Üye Devletler gerekse Topluluk tarafından ihlal edilmesi halinde, tüm iç hukuk yollarını da tükettikten sonra Adalet Divanı'na başvurabilmesi öngörülmüştür (para.19). Bu, bir nevi *AB (İnsan Hakları) Hukukunda,* bir *bireysel başvuru/anayasa şikayeti* mekanizmasıdır.

Yine kararda, kurulacak bir Avrupa Birliği'nin anayasal unsurlarından birinin de Birlik vatandaşlığı olması öngörülerek tüm Üye Devlet vatandaşlarının aynı zamanda Birlik vatandaşı oldukları söylenmiş ve bu statüye de birtakım haklar (özellikle seçme-seçilme gibi siyasi nitelikte) haklar bağlanmıştır.

Bu düzenlemelerin elbette ki hepsi, ilk defa bu kararla ortaya konan hususlar değildir.[441] Ancak yine de, bunların, yeni kurulması arzulanan bir Birliğin anayasal esası olarak dile getirilmesi ve tam da liderlerin bir antlaşma reformunu (Maastricht öncesi)

---

[440] Bu öneri, yıllar sonra Amsterdam ile gelecek olan (aşağıda inceleyeceğimiz) yaptırım mekanizmasının (Amsterdam sonrası AB Antlaşması m.7) tarihsel bir temelidir hiç şüphesiz.

[441] Örneğin AB'nin insan haklarına dair uluslararası sözleşmelere katılımı, vatandaşlık, ekonomik ve sosal haklar gibi hemen bütün meseleler, daha önceki süreçten beri gelen (özelliikle de pek çoğu yine bizzat Parlamento'nun, 1984'teki kendi AB Antlaşması Taslağı'nda da yer verdiği) hususlardır. Ancak bireysel başvuruya ilişkin önerinin, daha önceden bireylerin insan hakları ihlalleri için doğrudan Adalet Divanı'na başvurmalarına yönelik çeşitli öneriler olmuşsa da, bu şekilde ve bu kapsamda ilk defa burada ortaya konduğunu belirtmek gerekir.

tartıştıkları bir ortamda dile getirilmesi, elbette ki dikkate alınması gereken bir gelişmedir. Ne var ki, bunlardan vatandaşlık dışında somut herhangi bir önerinin (yaptırım mekanizması, bireysel başvuru usulü, uluslararası sözleşmelere katılım gibi), kararı takip eden ilk antlaşma reformunda (Maastricht) dikkate alınmadığını ya da alınmış olsa da, gerçekleştirilmediğini hatırlatmakta fayda vardır.[442]

1990'ların insan hakları koruması anlamında bir diğer önemli gelişmesi de, özellikle bu on yılın ilk yarısında, katılım tartışmalarının yoğun olarak yaşanması olmuştur. Komisyon'un, 1990'da, katılıma dair 1979'daki Memorandumu'nu revize etmesinden Adalet Divanı'nın 1994'te verdiği katılıma ilişkin olumsuz görüşüne kadarki süreç, katılıma dair rapor, çalışma, karar vs. açılardan oldukça hareketli ve bereketli bir dönem olmuştur. Bu süreçteki gelişmelere, ayrıntısıyla, ileride özel bir siyasi-hukuki-kurumsal gelişme olarak katılım bahsini ele alacağımız yerde değineceğimizden, burada sadece kronolojide yeri geldiği için belirtmekle yetiniyoruz.

Böylece 1990'ların ilk yarısı, genel anlamda, anayasal bir Birliğin kurulmasına yönelik taşların döşenmesi ve bu süreçte de insan haklarının korunmasının temel bir değer olarak öne çıktığı; özel olarak da, katılım tartışmalarının, yoğun olarak yaşandığı ve Divan'ın 1994'teki menfi görüşünden sonra da, bir süreliğine rafa kaldırıldığı yıllar olmuştur. Burada hacim olarak bu alt başlığın az yer kaplaması, bu yılların, insan hakları adına silik geçtiği izlenimini vermemelidir. Dediğimiz gibi, özellikle katılım noktasında, Komisyon'un yeni bir önerisi, ardından gelen rapor, karar vs. gelişmeler ve en sonda da Divan'ın sürece nokta (daha doğrusu bir noktalı virgül) koyan görüşü, bu süreçte çok önemlidir. Bu on yılın ikinci yarısı ise, Antlaşma reformları ve bu reformlara yönelik bağımsız uzmanların hazırladığı raporların önemli yer tuttuğu yıllar olacaktır.

---

[442] Parlamento, bu karardan sonra da boş durmayıp; Birlik için bir ''*anayasa*''ya ilişkin ilave çalışmalarla sahneye çıkmaya devam etmekteydi. Doktrinde Değer'in verdiği bilgiye göre; bunlardan biri de, Kurumsal İşler Komisyonu'nun hazırladığı ***''Avrupa Anayasası Çalışma Belgesi''*** adlı rapordu. Değer, **a.g.e.**, s.29. Belgede, diğerlerinde olduğu gibi, ayrıntılı bir şekilde hak ve özgürlüklere yer verilmekte, ayrıca bireylere insan hakları ihlalleri için Divan'a dava açabilme imkanı tanınmaktaydı. Ancak belge, Parlamento'da yeterli desteği bulamadığı için, somut bir karara dönüşememiş ve bir anlamda rafa kaldırılmıştır. Ercüment Tezcan, **Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2002 s.154; aktaran: Değer, **a.g.e**., s.29-30.

2.2.3.2. Maastricht Antlaşması Dönemi İnsan Hakları Gelişmeleri

2.2.3.2.1. Maastricht'in Getirdikleri

1992 tarihinde imzalanan ve 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması'nın insan hakları bağlamında getirdiği düzenlemeler, ''*Giriş*'' kısmı ile ''*F* ve *L maddelerinde''* ve *Birlik vatandaşlığı* ile ilgili hükümlerde[443] karşımıza çıkmaktadır.[444]

2.2.3.2.1.1. Birliğin Temel Bir Değeri Olarak İnsan Hakları ve Madde F

Tek Avrupa Senedi'nde daha çok demokrasinin bir temeli ve geliştirilmesinde bir vasıta olarak zikredilen insan hakları, Maastricht ile, bizzat Birliğin (özgürlük, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile birlikte) temel değerlerinden biri olarak zikredilmiştir.[445]

---

[443] Antlaşma'nın numaralama sistemi, harfler üzerinden olup A-S maddelerini (ve ayrıca çok sayıda Protokol ile Ek'i) içermektedir. A-F maddeleri, yukarıda bahsettiğimiz yeni kurulan Avrupa Birliği'ne ilişkin düzenlemelerdir. G maddesi, adını AET'den AT'ye çevirdiği Avrupa Toplulukları Antlaşması hakkında; H maddesi, AKÇT ve I maddesi de, Euratom Antlaşmaları'na ilişkin düzenlemeler getirmektedir. J ve K maddeleri ise, yine Maastricht ile kurulan AB'nin 3 sütunlu yapısında, sırasıyla *Ortak Güvenlik Politikası ve Dış Politika* (3. sütun) ile *Adalet ve İçişleri Alanlarında İşbirliği* (2. sütun) konularına ilişkin hükümler içermektedir. Kalan maddeler (L-S) ise, çeşitli konuları düzenlemektedir. Yukarıda, reform antlaşmalarının, kural olarak tek başlarına bir anlam ifade etmediğini ve değişiklik yaptığı orijinal Kurucu Antlaşma ile beraber değişiklikler işlenmiş şekliyle okunması gerektiğini söylemiştik. Ancak burada Maastricht Antlaşması, A-F maddeleri arasında yeni bir Kurucu Antlaşma (Avrupa Birliği Antlaşması) getirdiğinden, bu hükümlerin başka bir antlaşmayla birleştirilmesi söz konusu olmayıp, bunlar zaten başlı başına bir antlaşmanın (ABA) hükümleridir. Dolayısıyla özellikle Maastricht Antlaşması'nın *A-F maddelerinden* bahsederken, bizzat ve doğrudan *Avrupa Birliği Antlaşması* demek mümkündür.

[444] Aslında Antlaşma'da, insan hakları bağlamında, ''AB vatandaşlığının ihdası'' ile ''*kalkınma işbirliği alanında insan haklarına atıflar* da vardır. Antlaşma'nın AT Antlaşması'na *130U maddesi* olarak soktuğu hükmün 2. bendine göre; *kalkınma işbirliği alanındaki Topluluk politikası, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilmesi ve pekiştirilmesi genel amacına katkı sağlayacaktır*. Dolayısıyla ''Giriş'' kısmındaki yukarıda değindiğimiz insan haklarının temel değer olmasına paralel olarak kalkınma işbirliği alanındaki politikaların da insan haklarına saygı çerçevesinde yürütüleceği öngörülmüştür. Ancak bu, daha ziyade politik bir alana ilişkin atıf olduğundan, burada üzerinde durulmayacaktır. Birlik vatandaşlığına ise, aşağıda değineceğiz.

[445] *... confirming their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law...* Doktrinde, de Burca, bunun, kısmen, Soğuk Savaş'ın sona erip SSCB'nin dağılmasından sonra yeni bir demokrasiye geçiş süreci yaşayan Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin üyelik başvurusunda bulunacakları beklentisi üzerine Birliğin duruşunu net biçimde ortaya koymak anlamında bir tepki olarak görülebileceğini söylemektedir. De Búrca, **Beyond the Charter…,** p.696. Nitekim bu ''tepki'', birkaç yıl sonra Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) tarafından üyelik koşulları olarak ortaya konan kriterlerde

Hükmün 2. fıkrasında ise, *Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alındığı ve Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden doğduğu şekliyle Topluluk Hukukunun genel ilkeleri olarak temel haklara saygı göstereceği* ifade edilmiştir. Bunu, AB'de insan hakları korumasının **temeli, kaynakları** ve **kapsamı** bakımından inceleyebiliriz.

AB İnsan Hakları Korumasının ''Temeli'' Bakımından Hükmün Getirdikleri

İlk bakışta aslında Adalet Divanı içtihadının geldiği noktanın – hukuki temel ve kaynaklar açısından – aynen Antlaşma'da benimsenmesi olarak görünen bu hüküm, doktrinde iki türlü yorumlanmıştır. Kimi, bunun içtihat hukukunun kodifikasyonundan başka bir şey olmadığını söylemiştir.[446] Bunlara göre; söz konusu hüküm, elbette ki, bir bakıma Birlik'in insan haklarına saygı göstereceği esasının ve bu hakların kaynaklarının, anayasal anlamda güvence altına alınması noktasında, yine de önemli bir gelişmedir; ancak insan hakları korumasına yeni bir şey getirmediği de söylenebilir. Kimi ise, bu düzenlemenin insan hakları korumasını, içtihadi temelden anayasal temele oturttuğunu ve bunun aslında salt ''mevcudun kodifikasyonu''ndan öte bir anlam taşıdığını savunmuştur.[447]

AB İnsan Hakları Hukukunun ''Kaynakları'' Bakımından Hükmün Getirdikleri

İkinci olarak m.F'nin, bu hukukun ''kaynakları'' bakımından getirdiklerine dair de, yukarıdakiyle paralel iki görüş ortaya atılmıştır. Bazı yazarlar, hükmün, ''kaynaklar'' noktasında, mevcut içtihadın basit bir kodifikasyonundan öte bir değer taşıdığını

(Kopenhag kriterleri), kendini daha net biçimde gösterecek ve bir sonraki reform süreciyle de (Amsterdam Antlaşması), bizzat anayasal bir temele oturtulacaktır.

[446] Bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.78.

[447] Giorgio Gaja, ''The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty'', I**nstitutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers – Volume: II**, Ed. by Deirdre Curtin, Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.552. Yazara göre, bir kere, bundan önce, Topluluk yargısı tarafından korunan insan hakları, hukukun genel ilkeleri kapsamında korunmaktaydı; yani bu korumanın hukuki temeli ''hukukun genel ilkeleri'' idi. Hukukun genel ilkeleri ise, her ne kadar Topluluk Hukukunun Kurucu Antlaşmalarla birlikte birincil kaynakları arasında yer alsa da, neticede uygulamadaki hiyerarşik değeri antlaşmalardan altta olduğundan, buna dayanılarak oluşturulan insan hakları koruması da, haliyle ikincil mevzuatın üstünde fakat antlaşmalardan aşağıda bir statüdeydi. Ancak şimdi, Birlik'te, insan hakları korumasının hukuki temeli, doğrudan bir kurucu antlaşma oluyor; dolayısıyla *AB İnsan Hakları Hukuku*, genel AB Hukuku içinde, hiyerarşik statü olarak Kurucu Antlaşmaların seviyesine çıkartılıyordu. **Ibid.**

söylemiştir. Şöyle ki, içtihatlarında her ne kadar kaynak olarak bu iki kaynağa atıf yapsa da,[448] Divan, ileride de göreceğimiz üzere, bunları bağlayıcı olarak kabul etmemekte ve kendisine ''ilham verici'' (*inspiring*) ve ''yol gösterici'' (*guidelines*) kaynaklar olarak zikretmektedir.[449] Dolayısıyla m.F'nin yaptığı bir şey de, hukukun genel ilkeleri kapsamında Birlik Hukukuna aktarılacak hak ve özgürlüklerin bulunup çıkarılacağı kaynakları bağlayıcı hale getirmek olmuştur.

Buna karşılık, bazı yazarlar ise, Divan'ın bu iki kaynağı her ne kadar bağlayıcı kabul etmese de, bugüne kadar AİHS'de öngörülmüş herhangi bir ''yol gösterici ilke''nin tanınmaması yahut görmezden gelinmesinin de söz konusu olmadığını ve böyle (yani Divan'ın yargısal politikası gereği AİHM'nin bir asgari standart sağladığı şeklinde) yorumlandığı takdirde, m.F'nin, uygulamada zaten ''gönüllü'' bir şekilde bağlayıcı olarak görülen bir standardı basitçe kodifiye etmiş olduğu yorumunu yapmışlardır.[450] Ancak bu halde bile, hüküm, Sözleşme standardını anayasal statüye kavuşturarak yargısal tercihteki (politikadaki) olası bir değişiklik ihtimalinden beri tutması anlamında yine de önemli bir gelişmedir.[451]

Bizce, m.F, insan hakları korumasının Topluluk Hukukundaki hukuki temeli noktasında, hem Topluluk insan hakları korumasının temelini, içtihadi boyuttan anayasal boyuta taşıyarak statüsel bir yükseltme yapması; hem de böylece – pratik olarak uzak ihtimal olsa da – teorik olarak her zaman değişme olasılığı bulunan içtihadi

---

[448] Bu arada, bir ilginç farklılık olarak şuna da değinmek gerekir: Divan, kararlarında, *AB İnsan Hakları Hukukunun* bu iki kaynağına atıf yaparken, önce ortak anayasal gelenekleri, ardından da AİHS'yi zikretmektedir. *F* maddesi ise, tersini yapmıştır. Ancak Divan kararındaki bu formülasyon, hiçbir zaman iki kaynak arasında bir hiyerarşi öngörür şekilde yorumlanmadığı için, bunun Maastricht ile terse çevrilmesi de, kayda değer bir değişiklik olarak görülmemiştir. Bu anlamda, örneğin iki kaynak tarafından korunan haklar, pek mümkün olmamakla birlikte, çatışsa, ne Divan içtihadı ne de Maastricht m.F, bu konuda biri lehine hiyerarşi tayin etmektedir. Bkz.: **Ibid.** p.554.

[449] Örneğin Gaja'ya göre; Divan, ileride de göreceğimiz üzere, *Wachauf* kararında (C-5/88), bu anlamda kaynak olarak bakılacak uluslararası antlaşmaların Topluluk Hukuku bağlamında ele alınacak yol gösterici ilkeler sağlayacağını (''... can also supply guidelines to which regard should be had in the context of Community law''; para.17); söylemiş; keza hemen ardından verdiği *Schräder* kararında (C-265/87) da, benzer bir ifade kullanmıştır (para.14). Hatta Divan, Maastricht Antlaşması'nın kabulünden kısa bir süre önce konuya ilişkin verdiği *ERT* kararında, ulusal anayasalar geleneklerden dahi, ''ilham alınacak'' (yani bağlayıcı olacak değil) bir kaynak olarak (''... draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States...'') bahsetmiştir (C-260/89, para.41). **Ibid.** pp.549-550.

[450] **Ibid**. p.550.

[451] **Ibid**. Örneğin, doktrinde Schermers, bu değişiklikle birlikte, hem AİHS'nin hem de ulusal anayasal geleneklerin AB İnsan Hakları Hukukunda, eskisine göre daha yüksek bir statüye kavuşturulmuş olduğunu iddia etmektedir. House of Lords, Select Committee on the European Communities, Session 1992-93, 3rd Report, Human Rights Re-Examined, Minutes of Evidence, 1992, p.56; aktaran Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.553.

güvencedense, ancak bir antlaşma reformuyla mümkün olacak anayasal statüye kavuşturmuş olması yönüyle önemlidir (her ne kadar, bu, aşağıda görüleceği üzere bizzat Antlaşma'nın kendisi tarafından etkisiz kılınmış olsa da).

Ancak kaynakların bağlayıcı hale getirilmiş olması meselesine ise, biraz daha temkinli yaklaşmak gerekir. Zira Gaja'nın yukarıdaki yorumu kabul edilse bile, yine de bizce – anayasal güvenceye kavuşturulmuş olma dışında – bağlayıcılık bakımından çok da bir farkın olmadığı söylenebilir. Zira hüküm, ''bağlayıcı'' AİHS ve ulusal anayasalar temelinde dahi olsa, neticede, hak ve özgürlüklerin halen daha ''hukukun genel ilkeleri'' olarak korunacağını söylemektedir. Bu, temelin, hukukun genel ilkeleri olduğu belirtilmek suretiyle, bir anlamda bu hukukun yine Adalet Divanı içtihadıyla (yani bağımsız bir norm olarak değil) korunmaya devam edeceğinin de göstergesidir. Zira bilindiği gibi, bu ilkeler, her zaman (örneğin Lizbon ile yapılan değişikliklerden sonra bile), AB Hukukunda yazılı olmayan ve Topluluk/Birlik yargı organları eliyle ortaya konup uygulanan yazısız hukuk kaynağı olmuştur. Dolayısıyla AİHS ve ulusal anayasaların kaynak olma bakımından bağlayıcı olduğunu kabul etsek bile, ***neticede bunları hukukun genel ilkeleri olarak yorumlayıp uygulayacak olan Divan'dır.*** Nitekim Divan da, hemen yukarıda da değindiğimiz gibi, zaten insan haklarına ilişkin bu hukukun sınırsız olmadığını ve Topluluk/Birlik Hukukunun özellikleri çerçevesinde yorumlanacağını söylemekteydi. Divan'ın, bu sınırı/çerçeveyi, bu iki kaynağın bağlayıcı olduğunun kabulü halinde de devam ettireceği açıktır; ki, bundan sonraki süreçte de bu yaklaşımı devam etmiştir.[452]

Topluluk/Birlik Hukukunun Kapsamı Bakımından F Maddesinin Getirdikleri

Bu noktada *F maddesinin*, gerek denetime tabi Topluluk tasarruflarının kapsamı, gerekse Üye Devlet tasarruflarının denetimi için gerekli olan ''Topluluk Hukukunun kapsamında olma'' kavramına ilişkin içtihadi hukuka (yerleşik Divan içtihadına) etkilerini de incelemek gerekir.

[452] Oysa, doktrinde, Maastricht'teki bu değişiklikten sonra, artık Divan'ın, herhangi bir temel hakkın Topluluk Hukukunun çerçevesi veya Topluluk tarafından yürütülen genel menfaatin hedefleri gibi kavramlara dayanılarak sınırlayamayacağı (söz konusu AİHS veya ulusal anayasal geleneklerdeki ilgili hak ve özgürlüğün kapsamı buna izin vermedikçe) yönünde fikirler ortaya atılmıştı. Bkz.: **Ibid**, p.552. Nitekim, Szyszczak ve Cygan da, artık hak ve özgürlüklerin herhangi bir ekonomik faaliyetin yürütülmesine yahut mesleki veya akdi bir ilişkinin varlığına bağlı olmaksızın var olacağını söylemişlerdi. Erika Szyszczak, Adam Cygan, **Understanding EU Law**, London, Sweet & Maxwell, 2nd Edt., 2008, p.94. Ancak bu andan sonra gelişen yargısal pratik, bunun tam olarak böyle olmadığını göstermiştir.

İnsan Hakları Yükümlülüklerinin/Standartlarının Kapsamı-I. Topluluk Tasarrufları Bakımından Denetim ve Topluluk – Birlik Ayrımı. Bilindiği üzere, Maastricht Antlaşması, AB çatısı altında kurduğu sütunlu yapıda, ortak dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişleri alanlarında işbirliğine yönelik düzenlemeler de getirmişti. Bu yapı içinde, AET, AKÇT ve Euratom Antlaşmalarının uygulandığı sütun, Topluluklar sütununu; diğer yeni iki alan ise 2. ve 3. sütunu ifade etmekteydi. Dolayısıyla aslında ''Topluluk'', ''Topluluk Hukuku'' gibi kavramlar, teknik anlamda bu ilk sütuna dair yetki ve düzenlemeleri ifade etmekteydi. Böyle olunca, *F maddesinin* insan haklarının halen daha *Topluluk Hukukunun genel ilkeleri* olarak korunacağını ifade etmiş olması önemliydi. Bu, elbette ki tesadüf değildi. Antlaşma, kendisi AB'yi resmen kurmuş olmasına ve hatta hükmün başında özne olarak ''Birlik''e (*Union*) atıf yapmasına rağmen, hukukun genel ilkelerini ***Topluluk Hukukuna atfen*** vermişti. Bu da, bir yandan, o ana (yani Birlik kurulana) kadar Divan tarafından ortaya konan hukukun genel ilkeleri birikimine atıf yapılmak istenmesinden ve 2 ile 3. sütunlardaki yapıların yeni gelmesine bağlı olarak, bu alanlara ilişkin genel birtakım hukuk ilkelerinin henüz oluşmamış olmasından; bir yandan da, biraz sonra görüleceği üzere, özellikle bu sütunlardaki eylem ve işlemlerin henüz Birlik yargısının denetimine açılmamış olmasından kaynaklanmaktaydı. Haliyle bu durum, bir anlamda, Topluluk Hukukunun uygulanmadığı alanlarda (2. ve 3. sütunlar), *F maddesinin* geçerli olmadığı, diğer bir deyişle, Birliğin, bu alanlarda, m.F dolayısıyla insan hakları standartlarına uygun hareket etme yükümlülüğünün olmadığı anlamına gelmekteydi.[453] Bu da, Maastricht Antlaşması bağlamında, 2. ve 3. sütunlarda insan haklarının nasıl korunacağı meselesini ortaya koymaktaydı.

Maastricht Antlaşması ve 2. ile 3. Sütunlarda İnsan Hakları. Bahsettiğimiz durumun/eksikliğin bir ölçüde giderilmesi anlamında, Antlaşma'nın ''Giriş'' kısmında insan haklarını Birliğin genelinde temel bir değer olarak benimseyen kurucu irade, yeni ihdas ettiği bu politika alanlarında (2. ve 3. sütunlarda) da, insan haklarına, ***spesifik atıflar*** yapmıştır.[454] Ancak buralarda, *F maddesindeki* veya mevcut Divan içtihadındaki

---

[453] Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.559.

[454] Önce ***J.1/2 maddesinde***, *ortak dış politika ve güvenlik politkasının hedeflerinin, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile* ***insan hakları*** *ve temel özgürlüklere saygıyı geliştirip pekiştireceğini*; ardından da, adalet ve içişleri alanında işbirliğini düzenleyen K maddesi altındaki ***K.2/1 maddesinde***, *K.1. maddesinde (*maddede, özellikle kişilerin serbest dolaşımı bağlamında göç, sığınma, cezai ve medeni hukuk alanlarında işbirliği, gümrük işbirliği, uyuşturucuyla mücadele ve üçüncü ülke vatandaşlarının Birlik sınırlarından geçişi gibi konular düzenlenmektedir) *düzenlenen yetki alanlarının, özellikle de kişilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak, AİHS ve 28 Temmuz 1951 tarihli (BM) Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme'yle uyum içinde ve ayrıca siyasi sebeplerle baskıya uğrayan kişilere Üye Devletler tarafından sağlanan koruma da dikkate alınarak ele*

gibi, *hukukun genel ilkeleri, ortak anayasal gelenekler* gibi kavramlara hiç yer verilmediğini özellikle belirtmek gerekir. Üstelik, Adalet Divanı'nın yargı yetkisini düzenleyen (aşağıda inceleyeceğimiz) *L maddesi* uyarınca, bu iki politika alanı ve dolayısıyla insan haklarına atıf yapan bu hükümler, Birlik yargısının da, yargı yetkisi dışında tutulmuştur.[455]

İnsan Hakları Yükümlülüklerinin/Standartlarının Kapsamı-II: Üye Devlet Tasarruflarının Denetimi Bağlamında ''Topluluk Hukukunun Sınırı'' Kavramı. Bilindiği gibi, Divan, sadece Topluluk tasarruflarını değil; Topluluk Hukuku kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarını da insan hakları açısından denetlemektedir.[456] Maastricht Antlaşması'nın *F maddesi* ise, özne olarak ''Birlik'' ifadesini kullanmaktadır. Peki bundan, Maastricht Antlaşması'nın insan hakları denetimini sadece Topluluk tasarruflarına hasretmek ve Üye Devlet tasarruflarını bundan istisna etmek istediği anlamı çıkarılabilir miydi? Bu soruya, elbette ki olumsuz cevap verilmiştir. Zira, yukarıda zaten *m.F*'nin mevcut Divan içtihadını ortadan kaldırmayı amaçlamadığını söyledikten sonra, Divan'ın bu konudaki uygulamasının devam edeceği açıktı ve etmiştir de. Kaldı ki, böyle bile olsa, zaten buradaki Birlik, ''Birlik Hukuku''nu kapsamaktadır ve bu yönüyle de Topluluk tasarrufları ile Birlik Hukuku kapsamına giren Üye Devlet tasarrufları, bu alandaki Birlik Hukukunu oluşturmaktadır. Hem zaten Divan da, bu korumayı başlatırken ve daha

---

alınacağını öngörmek suretiyle, her iki politika alanında da insan haklarını bir temel değer olarak benimsemiştir. Ancak doktrinde Gaja'ya göre; bilhassa K.2/1 maddesi, hukuken pek de etkisi olan bir düzenleme değildir. Zira Üye Devletler, zaten her iki Sözleşme'ye de üye olmalarından ötürü, bunlardaki yükümlülüklerle zaten bağlıdır. Bu anlamda, bu hükmün pratik etkisi, eğer Antlaşma kapsamında Üye Devletler tarafından bir uluslararası antlaşma akdedilirse, bu antlaşmanın söz konusu iki Sözleşme'ye göre yorumlanması gerekliliğini doğuracak olmasıdır. **Ibid**, p.560. Ancak bizce, salt Üye Devletlerin zaten bu iki Sözleşme'ye taraf olmalarına bağlı olarak hükmün etkisini sınırlı addetmeye, biraz temkinli yaklaşmak gerekir; zira, AİHS de, bütün Üye Devletlerin taraf olduğu bir Sözleşme'dir; dolayısıyla onun, örneğin F maddesindeki etkisini de mi bu şekilde ''anlamsız'' olarak yorumlamak gerekir sorusu haklı olarak sorulabilir.

[455] Bunun temel sebebi, yeni gelen bu iki sütunun bu aşamada *hükümetler-arası* bir nitelikte öngörülmesi ve yargı organının denetiminin de – esas olarak ulus-üstü nitelikteki Topluluklar sütununa (1. sütun) hasredilerek, genel olarak bu alanlardan esirgenmesidir. Tabii, böyle bir mantık güdülmesi, bunun eleştirilmeyecek bir düzenleme olduğu anlamına gelmez. Ancak aşağıda görüleceği üzere, *L maddesinin, asıl* 1. sütuna ilişkin insan hakları düzenlemeleri getiren *F maddesini* de yargı denetimi dışında tutması karşısında, 2. ve 3. sütunlara ilişkin insan hakları düzenlemeleri içeren *J* ve *K maddelerinin* yargı denetimi dışında bırakılmasına, bir anlamda, eleştiri sırası gelememiştir bile. Nitekim ileride, Amsterdam Antlaşması ile *F maddesi* üzerindeki bu sınırlama kaldırılıp Divan'ın yetkili olduğunun kabul edilmesiyle, bu yargı yetkisinin esirgendiği alanlar olarak sadece 2. ve 3. sütunların kalması, doktrinde eleştirilmeye başlanacaktır. De Witte, **The Past and Future…**, p.866. Ayrıca ilerleyen reformlarla, gerek AB'nin bu (2. ve 3.) sütunlardaki yetkilerinin bir kısmı, 1. sütuna kaydırılmak suretiyle; hem de bu (2. ve 3.) sütunlarda ATAD'a sınırlı bir yargı yetkisinin verilmesiyle, bu sütunlarda da insan hakları denetimi – sınırlı da olsa – başlatılacaktır.

[456] Buna ileride değineceğiz.

sonradan ulusal tasarrufları da kapsama alırken, *Topluluk İnsan Hakları Hukuku* diye başlatıp sonra da *Üye Devlet İnsan Hakları Hukuku* şeklinde ikinci bir kavram geliştirmiş değildir. Yaptığı şey, Topluluk insan hakları koruması/hukuku kavramlarını ortaya koyup, ardından Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal tasarrufların da zaten ayrı bir sebepten değil, bu hukukun bir parçası olarak insan denetimine tabi olduğunu söylemek olmuştur. Bu yönüyle m.F'nin ***Topluluk/Birlik İnsan Hakları Hukukunun/korumasının*** kapsamını daralttığını söylemek de, elbette mümkün olmamıştır.

2.2.3.2.1.2. L Maddesi ve İnsan Hakları Standartlarının / Yükümlülüklerinin Yargısal Denetimi

Sağ Elle Verilenin Sol Elle Geri Alınması mı?

AB'nin, gerek Topluluklar sütununda gerekse yeni gelen diğer iki sütunda, insan hakları noktasındaki yükümlülükleri, yukarıda anlattığımız gibi olmakla beraber; bu yükümlülüklerin hangilerinin Topluluk/Birlik yargısının denetimine tabi olduğu sorusu, ayrı bir konudur. Bunu, Antlaşma'nın *L maddesi* düzenlemiştir. Buna göre Adalet Divanı;

- Maastricht Antlaşması'nın eski üç Kurucu Antlaşma'da yaptığı değişiklikler bakımından (yani yukarıda yer verdiğimiz *G, H ve I maddeleri ile yapılan değişiklikler*); diğer bir deyişle **AT, AKÇT ve Euratom Antlaşmaları'nın tamamı bakımından**
- K.3. maddesinin 2. fıkrasının c bendinin 3. alt-paragrafı bakımından (yani yeni gelen ''**Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliği''ne ilişkin hükümlerin kısıtlı bir parçası üzerinde**) ve
- L-S arasındaki maddelere ilişkin olarak

yargı yetkisine sahip olacaktır.[457]

Görüldüğü gibi, hüküm, insan hakları bağlamında, yukarıda yer verdiğimiz *F maddesi* ile getirilen ''insan haklarına uygun davranma yükümlülüğünü'' Adalet Divanı'nın yetkisi kapsamında saymamış; diğer bir deyişle, ***bu hükümlerdeki Birliğin yükümlülükleri bakımından Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin bulunmadığını***

[457] Yani bu tabloya göre; Divan'ın, AT, AKÇT ve Euratom Antlaşmaları bakımından tam yargı yetkisi olacak; 2. sütun bakımından sınırlı bir yargı yetkisi olacak; 3. sütun bakımından ise, hiç yargı yetkisi olmayacaktır.

söylemiştir. Bunun sonucunda ise, ortaya biraz karışık bir durum çıkmıştır. Öncelikle, bunun karmaşık olmayan doğrudan sonucu şudur: Birlik, Maastricht (Avrupa Birliği) Antlaşması'nın *F maddesi* ile, eylem ve işlemlerinde AİHS ve ortak anayasal gelenekler temelinde hukukun genel ilkeleri kapsamında temel hak ve özgürlüklere uygun davranmakla yükümlüdür; ancak bu yükümlülüğün yargısal denetimi yoktur. Diğer bir deyişle, herhangi bir Birlik tasarrufuna karşı, hukukun genel ilkeleri bağlamında AİHS ve ortak anayasal geleneklerde güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğü ihlal ettiği gerekçesiyle Divan önünde dava açılamaz. Bunun ise, Antlaşma'nın sağ eliyle (*F maddesi*) verdiğini, bir anlamda, sol eliyle (*L maddesi*) geri alması demek olduğu düşünülebilir.

Ancak bu, asıl hüküm olan *F maddesinin* nasıl yorumlandığına, ona ne anlam yüklendiğine bağlıdır. *F maddesi*, yukarıda yer verdiğimiz ilk şekilde yorumlanırsa; yani, mevcut içtihadın basit bir kodifikasyonundan öte artık AB hukuk düzeninde insan hakları korumasının hukuki temelinin oluşturduğu kabul edilirse, elbette ki, *L maddesi*, bu anlamda bir geriye gidiş, bir elle verilenin diğer elle geri alınması olarak görülecekti. Çünkü Antlaşma, bir maddesiyle (m.F/2) bu örgütün insan haklarına uygun davranmakla yükümlü olduğunu söylüyor; ancak başka bir maddesiyle (m.L) de, bu yükümlülüğün yargısal yönden denetime tabi olmadığını belirtiyordu. Ancak buna karşılık, m.F/2'nin diğer şekilde yorumu kabul edilir; yani, mevcut içtihadi insan hakları korumasını kodifiye ederek anayasal bir temele oturttuğu, yoksa artık ''temel'' olma işlevini uhdesine aldığı anlamına gelmediği şeklinde yorumlanırsa, bu takdirde, m.L'nin m.F/2 bakımından etkisi sınırlı olacaktı.[458]

Ancak bu ikinci görüşün benimsenmesi halinde dahi, maddenin (L), insan hakları yükümlülüğü bakımından oldukça kafa karıştırıcı bir düzenleme olduğuna şüphe yoktur. Peki o zaman, m.L'nin m.F/2'yi Divan'ın yargı denetiminden dışlamasının anlamı nedir; kanun koyucu (antlaşmayı yapanlar), m.F/2'yi Divan'ın yargı yetkisinden çıkararak

[458] Yani m.F/2, AB'de insan hakları korumasının hukuki temelini uhdesine almamakta; sadece mevcut Divan içtihadını kodifiye ederek anayasal bir temele kavuşturmaktadır. Eğer, aksi (yani artık m.F/2'nin tek hukuki temel olduğu ve AB'de insan hakları korumasının dayanağının 1969'dan beri gelen içtihadi hukuk değil de, yalnızca Maastricht ile gelen m.F/2 olduğu) kabul edilseydi, elbette ki, m.L'nin tek ve doğrudan sonucu, artık (m.F/2 ile gelen bu) insan haklarına saygı yükümlülüğünün, Birlik açısından yargısal denetime tabi bir yükümlülük olmadığı olurdu. Ancak m.F/2'ye böyle bir işlev yüklenmez de, mevcut jürisprüdansiyel korumayı kodifiye ederek anayasal bir temele oturttuğu söylenirse (ki doktrin ve Divan'ca makbul olan görüş bu olmuştur), o halde m.L'nin (m.F/2'ye yönelik) bu dışlaması, Birliğin insan haklarına saygı yükümlülüğü bakımından denetime tabi olmasının reddedildiği şeklinde yorumlanmamalıydı.

abesle iştigal mi etmiştir?[459] Doktrin ve uygulama (Adalet Divanı), bu hükmü böyle yorumlamamış ve *L maddesinin* bu bağlamdaki amacının, mevcut Divan içtihadını ortadan kaldırarak, Birliğin bağlayıcı bir insan hakları standartları ışığında yargısal denetime tabi olmasını engellemek olduğunun ileri sürülemeyeceğini söylemiştir.[460] Nitekim Antlaşma'nın, Divan'ın Topluluk tasarruflarını denetlemesini düzenleyen maddelerinde (veya başka herhangi bir yerinde), bu denetimi insan haklarına uygunluk açısından yapamayacağını öngören (yani denetimi yasaklayan) herhangi bir düzenleme olmadığı gibi; her Kurucu Antlaşma'da artan oranda insan haklarına atıf yapan kurucu iradenin, Birliğin insan hakları koruması bakımından geldiği nokta ve yapılanlar düşünüldüğünde, böyle bir niyetinin olduğunu söylemenin, asıl abes olacağı ileri sürülmüştür.[461] Bizce de, bu görüş isabetli ise de (ve neticede mevcut uygulama değişmemiş olsa da), ortaya garip bir durumun çıktığı da şüphesizdir. Buna göre; bir Birlik tasarrufu ile (AİHS veya ulusal anayasalardaki) bir hakkı ihlal edilen bir kimse, bu ihlali, içtihat hukuku bağlamında Topluluk yargısı önüne getirebilecek; ancak bu amacını, söz konusu içtihatla aynı içeriğe sahip yazılı bir anayasal metne (*F maddesi*) dayanarak gerçekleştiremeyecektir.[462] Bunun nereden bakılsa, ironik olduğu şüphesizdir.[463]

---

[459] Bu anlamda, *L maddesi*, m.F/2'ye bakan yönüyle, abesle iştigal ediyor olmamak adına ilk bakışta şöyle yorumlanabilirdi: Denebilirdi ki; aslolan Kurucu Antlaşmalardır; mademki Antlaşma, mevcut Divan içtihadını aynen antlaşma hükmü olarak (m.F/2) düzenlemiştir; bundan sonra AB'de insan haklarının korunması bakımından asıl hüküm budur. Bu hüküm de, Antlaşma'nın bir diğer (L) maddesi ile Divan'ın yargı yetkisinden çıkartıldığına göre, demekki kurucu irade, artık, gerek *F maddesi* gerek *mevcut Divan içtihadı* ile ortaya konan ''insan haklarına uygun davranma yükümlülüğü''nün Birlik için ''yargısal denetime tabi'' bir yükümlülük olmasını istememiştir. Zira, Divan içtihadı, yirmi yılı aşkın süredir istikrarlı bir şekilde uygulanıyorken; kurucu irade, bunun halen daha uygulanmaya devam etmesini (yani Birlik tasarruflarının bağlayıcı bir insan hakları denetimine tabi tutulmasını) isteseydi, *L maddesinde* bunu açıkça istisna etmesinin bir mantığı olmazdı. Diğer bir deyişle yirmi yıllık içtihadi birikim orada öylece dururken, *L maddesinin* bu anlamda bir değişiklik getirmediğini ileri sürmek, kanun koyucunun abesle iştigal ettiğini iddia etmek olurdu.

[460] Bkz.: Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.553.

[461] **Ibid.** Peki o zaman m.L'nin m.F/2'yi dışlamasının anlamı nedir? Gaja'ya göre, bu hüküm, bir yazım kazasının kurbanıdır. Zira bu hükmün asıl mantığı – E maddesinden de anlaşılacağı üzere – tüm Birlik organları gibi Divan'ın yetkilerini de, AT, AKÇT ve Euratom Antlaşmaları ile, yani Topluluklar sütunu (1. sütun) ile sınırlamak, yani yeni ihdas edilen 2. ve 3. sütunları istisna etmektir. Ancak hüküm, bir anlamda maksadını aşmıştır. Zira, AB'de insan haklarının korunmasının ve AB'nin insan haklarına uymasının tek dayanağı, kesinlikle m.F/2 değildir; böyle olunca da, m.L'nin m.F/2'yi istisna etmesinin 1. sütuna bakan bir boyutu, bu sütun kapsamındaki işlemler için bir etkisi, yoktur. *L maddesinin* amacı, 2. ve 3. sütunlardaki Birlik tasarrufları bakımından m.F/2 ile gelen insan haklarına uygun davranma yükümlülüğünün yargısal denetimden dışlanmasını ortaya koymaktır. **Ibid**. Doktrinde Arsava da, benzer görüştedir. Bkz.: Ayşe Füsun Arsava, ''Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar'', **AÜSBF Dergisi**, Cilt:52, No:1-4, Ankara, Ocak-Aralık, 1997, s.124.

[462] Lindfelt, **op.cit**, p.78.

2.2.3.2.1.3. Birlik Vatandaşlığı

Maastricht ve insan hakları dediğimizde, Birlik vatandaşlığına değinmeden bu bahsi kapatmak, Maastricht'e haksızlık olur.[464] Yukarıda da bir vesileyle değindiğimiz gibi, Maastricht ile gelen AB Antlaşması, ''Birlik vatandaşlığı'' kavramını ihdas etmiş ve buna da birtakım haklar bağlamıştır (m.8). Serbest dolaşım ve ikamet özgürlüğü (m.8/a), yerel seçimlerde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı (m.8/b), diplomatik korumadan yararlanma hakkı (m.8/c), Avrupa Parlamentosu'na ve Ombudsman'a dilekçe ile başvurma hakkı (m.8/d), bu minvalde getirilen haklardır.

Bu haklar, ileriki antlaşma reformlarında sürekli geliştirilmiş ve Birlik vatandaşlarına yeni bazı haklar tanınmıştır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, özellikle serbest dolaşım hakları, bireysel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkili olmakla birlikte, genelde bir temel hak ve özgürlük olmaktan ziyade, ortak pazarın devamı açısından olmazsa olmaz ekonomik serbestiler olarak görülmektedir ve zaten eskiden beri de mevcuttur. Ancak yine de, hem bu ''ekonomik serbestilerin'' Birlik vatandaşlığına bağlanması, hem de dilekçe ve seçme-seçilme gibi klasik anlamda bir (siyasi) hak ve özgürlük olarak görülebilecek hakların tanınması, ve hepsinden de öte bir siyasi hak olarak ''vatandaşlık hakkının'' ihdası, elbette ki, *AB İnsan Hakları Hukuku* adına kayda değer gelişmeler olmuştur.

Böylece bir temel haklar kataloğu halen daha gerçekleştirilmemiş olsa da, en azından artık Kurucu Antlaşmalar'ın, klasik anlamda temel hak ve özgürlük olarak nitelendirilebilecek hükümlere maddi anlamda yer vermediği eleştirisi, kısmen geçerliliğini yitirmeye başlamıştır. Üstelik, 8/e maddesine göre de, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine, Parlamento'ya da danışarak, bu hakları güçlendirmek ve aralarına yenilerini eklemek konusunda da yetkilendirilmiştir. Konsey'in ileriki antlaşma reformları dışında bu yetkisini pek kullandığını söyleyemesek bile; özellikle Adalet Divanı,

---

[463] Bu noktada, m.F'nin kaynaklar yönünden bağlayıcılık etkisi getirdiğini kabul ettiğimizde, cevaplanması gereken bir soru da, Divan içtihatlarında sadece AİHS değil, Üye Devletlerin üzerinde ittifak veya işbirliği yaptıkları uluslararası sözleşmelere de atıf yapılmasına rağmen, m.F'de sadece AİHS'in zikredilmiş olmasının sonucunun ne olacağıdır. Gaja'ya göre; m.F'nin mevcut Divan içtihadını ortadan kaldırmadığı kabul edilirse, zaten mesele kalmamaktadır; Divan'ın bağlayıcı bir standart olarak AİHS'nin yanında eskiden olduğu gibi ilham verici veya yol gösterici olarak diğer uluslararası metinlerden yararlanmasına da bir engel yoktur. Keza m.F'nin ek Protokollere atıf yapmamış olması da bu anlamda sorun doğurucu nitelikte değildir. Üye Devletler'ce halihazırda onaylanmış olan Protokollere, AİHS'in metninden sayılarak bağlayıcı bir standart olarak; diğer Protokollere ise, hukukun genel ilkeleri kapsamında ilham verici ve yol gösterici bir standart olarak başvurulmaya devam edeceği açıktır. Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, pp.556-557.

[464] Aynı doğrultuda bkz.: Bermann et. al. **op.cit**, p.226.

vatandaşlığın dinamik karakterini sürekli vurgulamış ve birçok olayda da, bireylere yeni hak ve özgürlükleri tanımada (yani Birlik hakkı olarak yeni hak ve özgürlükleri AB Hukukuna aktarmada), vatandaşlık statüsünü kullanmıştır.[465]

Bitirirken belirtmek gerekir ki, Maastricht Antlaşması, insan hakları alanında getirdiği düzenlemelere rağmen, AB'yi halen daha yazılı olmayan içtihadi bir insan hakları hukuku ile bırakmıştır. [466] Zira yukarıda da vurguladığımız gibi, hukuki temelinin anayasal niteliğe kavuşturulması ve kaynakları bağlayıcı hale getirdiği görüşlerine rağmen, sonuçta halen maddi anlamda klasik bir temel hak ve özgürlük olabilecek bir hükme yer vermemiş;[467] hak ve özgürlüklerin Birlik yargısı eliyle ***hukukun genel ilkeleri çatısı altında*** ortaya konup uygulanmasına devam edilmesini öngörmüştür. Öte yandan Tek Avrupa Senedi ile atıf yapılan (Avrupa Konseyi bünyesindeki) ***Avrupa Sosyal Şartı'na*** Maastricht ile hiç atıf yapılmamasını da, büyük bir eksiklik ve kurucu iradenin ekonomik ve sosyal hakları, halen daha yeterli derecede önemli görmediğinin göstergesi olarak görmek mümkündür. Birliğin insan hakları anlamında dış denetime tabi tutulması (AİHS'ye üyelik) ve bağlayıcı bir haklar kataloğu gibi talepler için, umutlar, gelecek antlaşma reformuna ertelenmiştir.

2.2.3.2.2. Amsterdam Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler

1990'ların İkinci Yarısı: Amsterdam Öncesi Bağımsız Uzmanların Raporları ve Genişlemeye Kurban Giden Öneriler

Yukarıda, 1990'ların ilk yarısının, genel anlamda, anayasal bir Birliğin kurulmasına yönelik taşların döşenmesi ve bu süreçte de insan haklarının korunmasının temel bir değer olarak öne çıktığı; özel olarak da, katılım tartışmalarının, yoğun olarak yaşandığı yıllar olduğunu; bu on yılın ikinci yarısının ise, Divan'ın katılım meselesinin bir

---

[465] **Ibid.**
[466] De Witte, **The Past and Future…**, pp.866-867.
[467] Bu anlamda Maastricht Antlaşması'nın G maddesiyle AT Antlaşması'nın 6. maddesine eklenen fıkra önemli olsa da, tabii ki, yukarıdaki tespiti değiştirecek bir düzenleme değildi. AET Antlaşması'nın Maastricht öncesi hali zaten ''Antlaşma'nın uygulanması bağlamında vatandaşlık temelinde herhangi bir ayrımcılığı yasaklamaktaydı. Maastricth m.G ise, yeni AT Antlaşması'nın bu 6. maddesine, Konsey'in, bu tür ayrımcılığı önlemek için gerekli tedbirleri kabul edebileceği yönünde bir hüküm eklemişti.

süreliğine rafa kaldırılmasına yol açan tavrının,[468] Antlaşma reformlarının ve bu reformlara yönelik bağımsız uzmanların hazırladığı raporların önemli yer tuttuğu yıllar olacağını söylemiştik.

Özellikle Divan'ın, 1994'te katılımın önünü kesen kararı ve insan haklarının korunup geliştirilmesi adına bu döneme kadar getirilen önerilerin Maastricht'te pek karşılık bulmayıp sonraki reformlara kalması, Komisyon'un da bu konuda harekete geçmesine yol açtı. Komisyon, *Comité des Sages (akil adamlar topluluğu)* olarak adlandırılan üç ayrı komite kurarak (ki bunlara yukarıda Kurucu Antlaşmalar bahsinde de kısmen değinmiştik), bunlardan, AB'de insan haklarının korunmasının farklı yönlerine ilişkin raporlar hazırlamasını istedi.

Bunlardan ilki, Komisyon tarafından Ekim 1995'te atanmış ve Şubat 1996'da '***'Bir Medeni ve Sosyal Haklar Avrupası İçin***'' adlı raporu[469] hazırlayıp Komisyon'a sunmuştur. Komitenin temel görevi, özellikle sosyal hakların Birlikteki geleceği bakımından (Topluluk Sosyal Şartı'nın revizyonunu da gündeme alacak şekilde) tespit ve öneriler ortaya koymaktı.[470] Raporda, sosyal konuların ve bu bağlamda sosyal hakların, Avrupa entegrasyonunu bekleyen zorlukların kalbinde yer aldığı; Avrupa'nın medeni ve sosyal haklar ile sosyal politikalar konusundaki mevcut yapısının oldukça karmaşık olduğu; böyle olunca, temel hakları Antlaşmalara dahil etmenin, bir çırpıda gerçekleştirilemeyecek kadar büyük bir iş olduğu; bu anlamda belli haklara ilişkin olarak (ki medeni ve siyasi haklar kastediliyor) Üye Devletler arasında (bu haklara ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olmalarına bağlı olarak) zaten geniş bir uzlaşı bulunduğu ve bunların bir sonraki Antlaşma reformu (ki Amsterdam Antlaşması kastediliyor) için toplanacak Hükümetler-Arası Konferans'ta mevcut antlaşmalara dahil edilmesi gerektiği;

---

[468] Katılımla ilgili gelişmeleri, ileride ayrı bir başlık halinde inceleyeceğimizi tekrardan hatırlatalım.

[469] **For a Europe of Civil and Social Rights – Report by the Comité des Sages, Chaired by Maria de Lourdes Pintasilgo**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1996. Raporun metnine şu adresten ulaşılabilir: http://en.youscribe.com/catalogue/reports-and-theses/knowledge/humanities-and-social-sciences/for-a-europe-of-civic-and-social-rights-1115401, Erişim Tarihi: 28.1.2013. Raporu hazırlayan Komite, Komisyon'un o zamanki İstihdam, Sınai İlişkiler ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü tarafından kurulmuştur. Komite üyeleri, Eduardo García de Enterría, Hartmut Kaelble, Louka Katseli, Frédéric Pascal, Bengt Westerberg ve Shirley Williams idi. Komite'nin kurulmasına dair bilgi için bkz.: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-95-1032_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom, Erişim Tarihi: 28.1.2013.

[470] Komisyon, daha önceden ilan ettiği *Sosyal Eylem Programı*'nda, Mart 1996'da ilk defa toplanacak olan *Avrupa Sosyal Politika Forumu*'na ve Birliğin bir organı olan *Ekonomik ve Sosyal Komite*'ye danışma niyetini ilan etmişti. İşte söz konusu Forum'daki tartışmalara temel olacak bir çalışmayı yapması için de böyle bir komite kurdu.

diğer haklara ilişkin olarak ise (ki genel anlamda sosyal, ekonomik ve kültürel haklar kastediliyor), biraz daha bir tartışma ve müzakere süreci gerektiği söylenmiştir.

Böylece, önümüzdeki 4-5 yıl içinde[471] muhtemel bir başka HAK'ta, Birlik vatandaşlarının hak ve ödevlerini içerecek kapsamlı bir listeye yönelik geniş bir tartışma ortamının hazırlanması önerilmiştir. Rapora göre, bu gibi gerekçelerle, halihazırda kapsamlı ve tam bir listenin (özellikle de sosyal haklara ilişkin olarak) hazırlanması pek mümkün ve arzu edilir olmasa da; bu, üzerinde uzlaşılması kolay olan birtakım sosyal hakları içerecek başlangıç mahiyetinde bir listenin derhal hazırlanmasını da engellememelidir. Bu anlamda örneğin zaten fiilen (*de-facto*) tanınan birçok sosyal hak, bu şekildeki bir kodifikasyonla daha etkili uygulanabilecektir. Hem Divan'ın da müteaddit defalar teyit ettiği gibi, eğer AB'nin bir anayasal düzeninden söz edilecekse, bu anayasal düzenin bu bahsedilen çerçevede bir temel haklar listesini (kural olarak bütün hak kategorilerini tek bir listede toplayan bir listeyi) içermesi gerektiği de açıktır. Bahse konu bu haklar, gelecek Antlaşma reformunda Antlaşmaların çatısı altına dahil edilmelidir.

Rapor, sonlarına doğru da, böyle bir listede yer almasını gerekli gördüğü haklara ilişkin olarak ikili bir ayrım yaparak; bir yandan klasik anlamdaki haklara ve bir yandan da, böyle olmayıp da ulaşılması gerekli hedefler şeklindeki birtakım haklara ilişkin önerilere yer vermiştir. Böylece, örnekleme kabilinden birtakım haklar ve ilkeler ve nasıl düzenlenmeleri gerektiği de, raporda yer almaktadır. Rapor, böyle bir listenin hazırlanmasına ilişkin usule dair tespit ve öneriler de içermektedir. Rapora göre, günlük hayatları en yakından etkilenenler olarak artık Avrupa vatandaşları sürece dahil olmalı ve AB'de insan haklarının nasıl korunup geliştirileceği, kurumlar ve uzmanların rapor ve öngörüleri tekelinden çıkarılmalı; hazırlanacak liste, geniş bir tartışma ortamı ve katılım sürecinin ürünü olmalıdır. Hatta usule dair bu gerekliliğin, özel bir hüküm ile Antlaşmalarda düzenlenmesi, bu anlamda en arzu edilir durumdur.

Bu bağlamda gelecek bir antlaşma reformunun içermesi gerekli değişiklikler olarak, öncelikle *basitlik* ve *okunabilirliğin* temel hakların etkin korunmasının temel bir şartı olduğundan hareketle, *Antlaşmaların tek bir metinde konsolide edilmesi* ve *Birliğe de açık olarak hukuki kişilik verilmesi* önerilmiştir. Ardından Maastricht ile gelen AB

[471] Raporda böyle bir süre gerekliliği, hem Üye Devletlerin temel haklara gereken değeri vermektense kurumsal reformlara odaklanması; hem de, halihazırda böyle bir örnek listenin olmaması ve bunun da geniş bir teknik-hukuki araştırmayı gerektirmesi ve Maastricht'teki hatanın tekrarlanmayarak sürecin vatandaşların aktif katılımına açık demokratik bir sürecin bir ürünü olması ihtiyacı (zira hakların içeriği ve kapsamı kadar ortaya çıktış süreçlerinin de önemli olduğu gerçeği) gibi sebeplere bağlanmıştır.

Antlaşması'nın (o zamanki) F maddesinin[472] (genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin bulunup çıkartılmasında referans olarak bakılacak) kaynaklara yaptığı atıf bakımından kapsamının genişleterek, bir yandan 1989'da ilan edilen Topluluk Sosyal Haklar Şartı'na (ki böylece bu Şart'ın bir anlamda dolaylı yoldan Antlaşmalara dahil edilmesi söz konusu olacaktır); bir yandan da, Üye Devletler tarafından insan hakları alanında imzalanmış temel uluslararası metinlere de yer verilmesi önerilmiştir. Ayrıca F maddesinin yine aynı Antlaşma'nın L maddesinin sınırlamasından çıkarılarak Divan'ın yargı yetkisine dahil edilmesi; daha da ötesinde F maddesinin tüm Birlik eylem ve işlemlerinde uygulama bulması da, bu anlamda raporun gerekli gördüğü değişikliklerdir. Bu önerilerin ne derece kabul gördüğünü, aşağıda Amsterdam Antlaşması'nı incelerken göreceğiz.

Raporun dikkat çeken bir başka tespiti/önerisi ise, AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkindir. Rapor, *halihazırda muhtemel bir katılımın, avantajlarından çok dezavantajları olacağını*[473] savunmuştur. Zaten, yukarıda önerildiği gibi, *F maddesi*, bir yandan tüm Birlik tasarruflarını kapsar, bir yandan da, Divan'ın yargı yetkisine dahil edilirse, AİHS, tüm Birlik işlem ve eylemleri ile Üye Devletlerin Birlik Hukuku kapsamındaki tüm eylem ve işlemlerinde uygulanır hale gelecek; bu ise resmen katılımın yol açması muhtemel sakıncalar ortaya çıkmadan, katılımdan beklenen faydanın elde edilmesini sağlayacaktır. Üstelik bu Sözleşme'nin özellikle sosyal hakları içermemesi, katılımı sosyal haklar bakımından iyice anlamsızlaştıracak ve Birliğin yine kendisinin bu alanda bir listeyi/kataloğu kabul etmesi ihtiyacını ortadan kaldırmayacaktır.

Bu bağlamda raporda yapılan bir başka öneri de, özellikle sosyal hakların korunması için özel bir başvuru yolunun getirilebilecek olmasıdır. Buna göre, Üye Devletlerin anayasa veya yüksek mahkemelerinden gelen daimi olmayan yargıçlardan oluşacak özel bir temyiz mahkemesi, hem Divan'ın (Maastricht sonrası AB Antlaşması'nın) *F maddesi* uyarınca dayanak alması gereken ulusal anayasal geleneklerin daha etkili bir şekilde uygulanmasını, hem de Birlik yargı organı ile Üye Devletlerin en yüksek yargı organları arasındaki koordinasyonun kolaylaşmasını sağlayabilecektir.

Rapor, bu süreçteki üç uzmanlık raporları içinde, antlaşma (Amsterdam) reformu için toplanacak HAK öncesinde yayınlanan; yani bu anlamda HAK'ı etkileme şansı olan

---

[472] Birliğin AİHS'ten ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle temel hak ve özgürlüklere uygun davranma yükümlülüğünü ortaya koyan madde.

[473] Raporun bu yöndeki tespitleri, gerekçeleriyle birlikte, ileride özel olarak katılım bahsinin işlendiği yerde incelenecektir.

bir rapordu. Ancak birazdan Amsterdam Antlaşması'nı incelerken de göreceğimiz gibi, getirdiği önerilerin pek azı, dikkate alınmıştır. Fakat yine de, bilhassa, temel hakların bir liste halinde düzenlenip Antlaşmalara dahil edilmesi; bunun sosyal hakları da içermesi, ancak bu konuda o an için kapsamlı bir liste yerine daha basit/iddiasız bir listenin tercih edilmesi ve özellikle de kendisini kuran Komisyon'un desteklediği AİHS'ye katılım opsiyonunu tercih etmemesi, raporun ilginç yanlarıdır. Bu yönleriyle rapor, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tartışmalı alanlarında önemli tespitlerde ve önerilerde bulunmuş ve bu hukukun oluşum sürecindeki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler içindeki yerini almıştır.[474]

2.2.3.3. Amsterdam – Nice Arası Dönem ve İnsan Hakları

2.2.3.3.1. Amsterdam'ın Getirdikleri

Maastricht, yeniliklerine rağmen, AB'yi, yine yargı (Divan) eliyle korunup geliştirilmeye muhtaç bir insan hakları hukuku ile başbaşa bırakmıştı. Keza Divan da, AB'nin AİHS'ye katılımına dair olumsuz görüş bildirdiği 1994'teki kararıyla, o an için yazılı ve bağlayıcı bir Avrupa haklar belgesinin Topluluk Hukukuna aktarılmasına sıcak bakmadığını izhar ederek, bir anlamda, kendisine yüklenen bu (insan haklarını genel hukuk ilkeleri olarak) koruma ve geliştirme işlevinden de memnun olduğunu ima ediyordu.[475] İşte 1997'de imzalanıp 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması,[476] insan hakları bakımından bu atmosferde hazırlanmıştı.[477]

---

[474] Bu süreçte, yine Konferans toplanmadan, Konferans'ın gündemini belirlemek üzere görevlendirilen İspanya Avrupa İşleri Bakanı Carlos Westendorp başkanlığındaki bir komisyon (*Reflection Group*) da, raporunda, *Birlik vatandaşlarının, halihazırda hak ve yükümlülüklerini açıkça ortaya koyan bir temel metinden yoksun olduklarını ve bu boşluğun doldurulmasının gerektiğini söylemişti*. Quinn, **op.cit**, p.869.

[475] De Witte, **The Past and Future…**, p.867.

[476] O.J. C-340, 10.11.1997, http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html, Erişim Tarihi: 9.1.2013.

[477] Amsterdam Antlaşması'na giden süreçte, özellikle 1995-1996 yıllarında yapılan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantıları da insan hakları alanında etkili olmuştur. 29 Mart 1996'da Turin'de; 21 Haziran 1996'da Floransa'da ve 14-15 Aralk 1996'da Dublin'de gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantıları, antlaşma reformu için toplanmış olan Hükümetler-Arası Konferans'a insan hakları alanında önemli malzemeler sağlamıştır. Lindfelt, **op.cit**, p.85.

2.2.3.3.1.1. Amsterdam ve Maddi Yönden İnsan Hakları Alanında Getirdikleri

Genel Olarak

Maastricht Antlaşması, getirdiği temel düzenlemelere rağmen, vatandaşlık bağlamında yukarıda zikrettiğimiz, tam anlamıyla bir temel hak ve özgürlük sayılamayacak ekonomik serbestiler ile bir iki siyasi hak dışında, maddi anlamda herhangi bir hak ve özgürlük hükmüne yer vermemiş; hele ki, bir insan hakları kataloğu olayına hiç girmemişti. Amsterdam Antlaşması da, bir katalog noktasında hayal kırıklığı olmakla birlikte, yine de maddi anlamda birtakım hak ve özgürlük düzenlemelerine yer vermiştir.

Amsterdam Antlaşması, 1. maddesi ile[478] Avrupa Birliği Antlaşması'nın (yani bu Antlaşma'nın Maastricht Antlaşması sonrası aldığı halinin) yukarıda gördüğümüz meşhur *F maddesi* (ki Amsterdam'daki yeni numaralama sonrasında 6. madde olmuştur) değiştirilmiştir. Hatırlanacağı üzere, AB Antlaşması'nın (Maastricht sonrası) *F maddesi*, insan haklarıyla ilgili olarak, 2. fıkrasında, *Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alındığı ve Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden doğduğu şekliyle Topluluk Hukukunun genel ilkeleri olarak temel haklara saygı göstereceğini* ifade etmekteydi. Amsterdam Antlaşması ise, yeni 6. maddede, bu hükmü aynen korumuş,[479] ancak bu maddedeki bütün fıkraların önüne yeni bir 1. fıkra eklemiştir. Bu yeni eklenen fıkraya göre; *Birlik, Üye Devletlerde ortak olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kuruludur*. Görüldüğü gibi, Maastricht'in ''Giriş'' kısmında yer alan Birliğin insan hak ve özgürlüklerine saygı ilkesine bağlılığı, bu sefer, daha güçlü ve net ifadelerle ve de bizzat Antlaşma maddesine alınmak suretiyle daha da vurgulanmıştır.

---

[478] Amsterdam Antlaşması da, öncekiler gibi, bir reform antlaşması olup, mevcut Kurucu Antlaşmalar'da değişiklik yapmıştır. Dolayısıyla Amsterdam Antlaşması'nı da, diğerleri gibi bağımsız olarak değil; tadil ettiği Antlaşmalarla birlikte (yani yaptığı değişiklikler bunlara işlenmiş şekilde) okumak gerekir. Amsterdam Antlaşması, toplam 15 madde ile çok sayıda Protokol ve Ek'ten oluşmaktadır. Antlaşma, 1. maddesi altındaki alt maddeler ile, ***AB Antlaşması'nda***; 2. ve 6. maddeleri altındaki alt maddeler ile ***AT Antlaşması'nda***; 3. ve 7. maddeleri altındaki alt maddeler ile ***AKÇT Antlaşması'nda*** ve 4. ile 8. maddeleri altındaki alt maddelerle de, ***Euratom Antlaşması'nda*** değişiklik yapmıştır. Ayrıca Amsterdam Antlaşması ile Antlaşmalardaki maddelerin numaraları da değiştirilmiş; yani yeni numaralandırmaya geçilmiştir.

[479] Dolayısıyla insan haklarının kaynakları noktasında Maastricht Antlaşması için söylediklerimiz (ve kaynakların bağlayıcılığı noktasındaki tartışmalar), Amsterdam sonrası dönemde de aynen geçerlidir.

Örneğin bunlardan ilki, Amsterdam Antlaşması'nın 6a maddesi ile ilk defa eklenen hükümdür.[480] Amsterdam öncesi (Maastricht sonrası) 6. maddenin 1. fıkrası, ***Antlaşma'nın uygulanması kapsamında vatandaşlık temelinde herhangi bir ayrımcılığı yasaklamakta*** ve (Maastricht ile eklenen) 2. fıkrası ise, Konsey'in bu amaca matuf gerekli tedbirleri kabul edebileceğini öngörmekteydi. Amsterdam Antlaşması ise, bu hükmü korumuş ve yeni bir madde (m.6/a, yeni numaralandırmada m.13) eklemiştir. Bu değişiklikle, *Konsey'in, Topluluğun yetkileri dahilinde kalmak kaydıyla,* ***cinsiyet, ırk veya etnik köken, din yahut inanç, engellilik, yaş veya cinsel eğilim*** *temelinde ayrımcılıkla mücadele etmek için (tabii ki hükümdeki gerekli usuli prosedürleri izleyerek) gerekli tedbirleri alabileceği* kabul edilmiştir. Bir hak ve özgürlük olmanın ötesinde, ortak pazarın işleyişi için getirildiği söylenen ''vatandaşlık'' temelinde ayrımcılığın yanında ayrımcılık yasağının temellerine bu sebeplerin de eklenmesi, hiç şüphesiz, salt ortak pazar gerekliliği ile açıklanamayacak olumlu bir gelişmedir.[481] Ancak yine de, bunların, Divan'ın koyduğu ilkeler çerçevesinde doğrudan etkili,[482] yani bireylerin ulusal mahkemeler ve Birlik yargısı önünde doğrudan dayanabilecekleri haklar olmadığını da belirtmek gerekir.[483]

---

[480] Amsterdam Antlaşması'nın 6a maddesi, Maastricht sonrası AT Antlaşması'nın 6. maddesinden sonra yeni bir hüküm olarak eklenmiş ve Amsterdam sonrası yeni numaralandırmada, AT Antlaşması'nın 13. maddesi olmuştur.

[481] Hatırlanacağı üzere, çalışmanın ikinci kısmında, Kurucu Antlaşmalardaki insan haklarını çağrıştıran hükümleri incelerken, özellikle (Roma Antlaşması'ndan beri var olan) bu *vatandaşlık temelinde ayrımcılığın* ekonomik ve sosyal yönleri bulunan ve dolayısıyla insan haklarıyla da yakından ilgili kavramlar olan; fakat bir hak ve özgürlük olmak için getirilmenin ötesinde, ilk Kurucu Antlaşmalardan beri var olan ve aslen ortak pazarın işleyişini temin etmeye yönelik bir düzenleme olduğuna değinmiştik (bkz.: supra s.46 vd.). Hatta, daha da ileriye giderek, serbest dolaşımdan bizzat AB vatandaşlarının yararlandırılmasını düşündüğümüzde, bu temel uygulamanın bizzat – 3. ülke vatandaşlarına karşı – vatandaşlık temelinde bir ayrımcılık olduğu bile söylenmekteydi. Betten, Grief, **op.cit**, p.137. İşte vatandaşlık bakımından böyle bir eleştiri getirilebilirse de, yeni eklenen temellerin salt ortak pazarın bir gereksinimi olmanın ötesinde, bir temel hak ve özgürlük olarak ayrımcılık yasağına anlam kattığı söylenebilir. Üstelik, bu yetkinin, *AT Antlaşması'nın Topluluğa verdiği yetkiler bağlamında kullanılacak olmasının*, hükmün etkisini sınırlayan bir düzenleme olduğu da söylenmiştir. Bermann et. al., **op.cit**, p.221. Hükmün olası sonuçlarına ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz.: Betten, Grief, **op.cit**, p.137; de Witte, **The Past and Future…**, p.884.

[482] *Doğrudan etkili olma* kavramına, ileride değinilecektir.

[483] Doktrinde, de Witte, bunun özellikle Üye Devletler tarafından bir yetki (yani doğrudan uygulanan değil, Topluluğa doğrudan uygulanabilecek tedbirler alma konusunda yetki veren) hükmü olarak düşünüldüğünü; ve Divan tarafından gerek Topluluk gerek Üye Devlet tasarruflarının denetiminde doğrudan etkili (bir standart) olarak yorumlanabilecek herhangi bir ifade veya imadan da özellikle kaçınıldığını söylemiştir. Ancak yine de, 13. madde, Divan tarafından bir genel hukuk ilkesi olarak eşitlik ilkesinin yorumlanmasında dolaylı bir ilham kaynağı olmaya da müsaittir. De Witte, **The Past and Future…**, p.884.

Yine bu bağlamda dile getirilecek bir diğer hüküm de, ilk defa Amsterdam Antlaşması ile m.213/b olarak eklenen (ve yeni numaralama sonrası AT Antlaşması'nda m.286 olarak yer alan) ***kişisel verilerin korunmasına*** ilişkin hükümdür. Hüküm, *1 Ocak 1999'dan itibaren, kişisel verilerin işlenmesi ve aktarımına ilişkin olarak bireylerin korunmasına dair Topluluk mevzuatının, Topluluk organ ve kurumları için de geçerli olacağını ve bu tür Topluluk tasarruflarının uygulanmasını takip için de bağımsız bir denetim organı oluşturulacağını* söylemektedir. Elbette ki, bu, insan haklarının korunması adına – yine doğrudan etki kapasitesini haiz bir düzenleme olmamakla birlikte – kayda değer bir gelişmedir.

Amsterdam ve Vatandaşlık Bağlamında Getirilen Haklar

Hatırlanacağı üzere, Maastricht, önemli bir gelişme olarak, ulusal vatandaşlıklar yanında, ''AB vatandaşlığı''nı ihdas etmiş ve buna birtakım (ekonomik ve) siyasi haklar bağlamıştı. Amsterdam ise, bu anlamda çok büyük bir katkı yapmamıştır; hatta hiçbir katkı yapmamıştır desek, herhalde haksızlık etmiş olmayız. Amsterdam'ın teknik bir iki değişiklik dışında, vatandaşlık statüsüne bağlı haklar bakımından getirdiği bir şey, (Parlamento'ya) dilekçe ve Ombudsman'a başvuru hakkının kullanılmasında veya Birlik kurumlarına (Konsey, Komisyon, Divan, Parlamento ve Sayıştay vs.) yapılacak başvurularda, Birliğin resmi dillerinden biri ile bu başvurunun yapılabileceği ve cevabın da aynı şekilde verileceği yönündeki düzenlemedir.

Amsterdam Antlaşması ve Şeffaflık (Transparency) Bağlamında Getirdikleri

Siyasi iktidarda, kararların, mümkün olduğu kadar vatandaşlara açık olarak alınması ve vatandaşların erişimine açık olması olarak ifade edilebilecek *şeffaflık* ilkesi de, günümüzde yeni trend bir insan hakkı olarak değerlendirilmektedir. Maastricht Antlaşması ile gelen AB Antlaşması'nın m.A/2 hükmü ile öngörülen ''kararların vatandaşlara mümkün olduğu kadar yakın'' alınacağına dair hüküm, Amsterdam Antlaşması ile pekiştirilmiştir. Antlaşma ile eklenen m.191a (yeni numaralamada m.255) ile, ***belgelere erişim hakkı*** getirilmiştir. Hüküm, *vatandaşların ve AB'de mukim veya kayıtlı ofisi bulanan kişilerin Parlamento, Konsey ve Komisyon belgelerine – tabii ki belli kayıtlar altında – erişim hakkının olduğunu* hükme bağlamıştır. Günümüzde bir insan

hakkı olarak kabul edilen *şeffaflık (transparency)* bağlamında bu düzenleme de elbette ki önemlidir.

Birçok Meselenin 2. ve 3. Sütundan 1. Sütuna Kaydırılması

Hatırlanacağı üzere, (Maastricht Antlaşması sonrası) ABA, genel insan hakları hükmü olan *F maddesinde*, ortak dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişlerinde işbirliğine ilişkin alanları kapsama almamış; bu eksikliği de, ilgili bölümlerde insan haklarına yaptığı ''cılız'' atıflarla (*J* ve *K maddeleri*) gidermeye çalışmıştı. Ancak ne olursa olsun, zaten bu alanlar, *L maddesi* uyarınca, insan hakları da dahil hiçbir yönden Birlik yargısının yargı yetkisine tabi değildi.

Amsterdam Antlaşması ise, eylem ve işlemlerin sınırı olarak insan haklarına saygı bağlamında, ortak güvenlik politikası ve dış politikaya ilişkin olarak (2. sütunda) hemen hemen selefi *J.1/2 hükmünü* tekrarlamıştır. Dolayısıyla bu anlamda pek bir yenilik/gelişme olduğundan bahsedilemez. Fakat 3. sütunda ise, öncelikle Maastricht Antlaşması ile bu sütuna konan birçok alan,[484] bu sütundan AET Antlaşması kapsamına alınmak suretiyle Topluluklar sütununa (yani 1. sütuna) kaydırılmış ve bu 2. sütunda, cezai konularda polisiye ve adli işbirliğine ilişkin (suçluların iadesi ve sınır-aşan suçlarla mücadele gibi) birtakım konular bırakılmıştır.[485] Birey hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili olan bu yetkilerin, Topluluklar sütununa (1. sütun) kaydırılması, bunların artık gerek yargısal denetim gerek karar almak mekanizmaları bakımından farklı düzenlemelere tabi tutulacağı, özellikle de kural olarak Divan'ın – insan hakları da dahil – denetiminde olacağı anlamına geliyordu. Dolayısıyla, aslında doğrudan insan hakları bağlamında bir değişiklik gibi gözükmese de, bu alandaki birçok konunun Topluluklar sütununa kaydırılmış olması, hiç şüphesiz insan hakları bakımından önemli bir gelişmeydi.[486]

Amsterdam Antlaşması ve Sosyal Haklar ve Bilhassa Kadın-Erkek Eşitliği

Amsterdam Antlaşması, sosyal haklar bakımından da birtakım yenilikler getirmiştir. Bir kere Antlaşma'nın 1. maddesi ile AB Antlaşması'nın ''Giriş'' kısmı

---

[484] Örneğin göç, sığınma, vizeler ve sınırlardan geçiş gibi.
[485] Bu arada *Adalet ve İçişlerinde İşbirliğine İlişkin Hükümler* başlığı (yani 3. sütunun ismi), ***Cezai Konularda Polisiye ve Adli İşbirliğine İlişkin Hükümler*** (*Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*) olarak değiştirilmiştir.
[486] Yeni 3. sütunda kalmaya devam eden konuların yargısal denetimine ise, aşağıda değineceğiz.

değiştirilmiş; bu kısma 4. paragraf olarak eklenen hüküm ile, ''Birliğin 18 Ekim 1961 tarihinde Turin'de imzalanan ***Avrupa Sosyal Şartı*** ile 1989 tarihli ***İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı***'nda tanımlandığı şekliyle temel sosyal haklara bağlılığının teyit edildiği'' ifade edilmiştir. Böylece, ilk defa Tek Avrupa Senedi ile Antlaşma'nın ''Giriş'' kısmında atıf yapılan Avrupa Sosyal Şartı, Maastricht'in anlamsız bir şekilde yer vermemesinin ardından tekrardan, hem de bu sefer yanına bir benzerini de alarak karşımıza çıkmaktadır. [487], Sosyal haklar noktasında *Giriş bölümünde* izhar edilen bu bağlılık, hem AB hem de AT Antlaşması'nın maddi hükümlerinde yapılan birtakım değişikliklerle de takviye edilmiştir. [488]

Özellikle bu anlamda, Amsterdam'ın kadın-erkek eşitliğine özel bir önem verdiğini söyleyebiliriz. Öncelikle AT Antlaşması'nın 2. maddesinde yapılan değişiklikle, Topluluğun ödevleri noktasında geliştirmekle yükümlü olduğu alanlar arasına ''kadın-erkek eşitliği'' de eklenmiş; 3. maddesine eklenen fıkrayla da (m.3/2), Topluluğun, tüm eylemlerinde, kadın-erkek arasındaki eşitsizlikleri gidermek ve eşitliği geliştirmek amacını taşıyacağı öngörülmüştür. Bunlara, yukarıda da değindiğimiz AT Antlaşması'nın 13. maddesinde öngörülen (diğer sebepler yanında) cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele yönündeki hüküm ile yine yukarıda değindiğimiz AT Antlaşması m.141'deki kadın ve erkek arasındaki eşit işe eşit ücret ilkesini de eklediğimizde, başta sosyal alanda olmak üzere her alanda bir insan hakkı olarak kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için Amsterdam'ın çaba sarf ettiğini söyleyebiliriz.

İnsan Hakkı İhlallerinde Üyelik Haklarının Askıya Alınması: Madde 7

---

[487] Betten, Grief, **op.cit**, p.130. Ancak atfın, maddeler yerine ''Giriş'' kısmında yapılması, doktrinde, kurucu iradenin (Üye Devletlerin), sosyal hakları, medeni (ve siyasi) haklardan daha az önemli ve değerli gördüklerinin göstergesi olarak yorumlanmıştır. **Ibid.** p.131. Ancak yazarlar, dolaylı bir yoldan da olsa, sonuçta 6. maddenin hem 1. hem de 2. fıkrasında Üye Devletlerin sistemlerine ve hukuklarına yapılan atıftan hareketle, Üye Devletlerin hemen hepsinin, anayasalarında, ekonomik ve sosyal haklara yer vermiş olmalarının, dolaylı olarak bu hakların da *AB İnsan Hakları Hukuku* kapsamına alınmış olduğu yorumunun yapılabilmesine imkan verdiğini söylemişlerdir. **Ibid.** p.133.

[488] **Ibid.** p.130; Lindfelt, **op.cit**, p.79. Örneğin AT Antlaşması'nın 2 ve 3. maddeleri, Topluluğun geliştirmek görevinin olduğu birçok sosyal politika ve eylem alanı (istihdam, sosyal koruma, kadın-erkek eşitliği, sosyal uyum gibi) öngörmüş; keza 136. maddede de (yeni numaralama öncesi m.117 idi), hem Topluluk hem de Üye Devletlerin, yukarıda atıf yapılan iki Şart'taki temel sosyal hakları göz önünde tutarak, istihdam, yaşam ve çalışma koşulları, sosyal koruma gibi alanların geliştirilmesi amacına sahip olacağı ortaya konmuştur. **Ibid**. Yine AT Antlaşması'nın 141. maddesi, eşit işe eşit ücret konusundaki Divan içtihadını kodifiye etmiş ve çalışma hayatında kadın-erkek eşitliğinin geliştirilmesine dair ilave tedbirlerin hukuki altyapısını sağlamıştır. Keza yukarıda yer verdiğimiz AT Antlaşması'nın 13. maddesi de, yine bu anlamda önemli bir hükümdür.

Amsterdam Antlaşması'nın insan haklarıyla bağlantılı olarak yaptığı bir yenilik de, temel değerleri ihlal eden Üye Devletlerin üyelikten kaynaklanan hak ve yetkilerinin askıya alınmasına olanak sağlayan bir yaptırım maddesi eklemiş olmasıdır. Bilhassa insan hakları karneleri nispeten zayıf olan Orta ve Doğu Avrupa ülkelerine doğru genişleme bağlamında[489] ilk defa Amsterdam Antlaşması ile eklenen (m.F.1) ve AB Antlaşması'nda (yeni numaralandırma sonrası) 7. madde olarak yer bulan hüküm, (yukarıda yer verdiğimiz) 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan ilkelerin ciddi ve devamlı ihlali (*serious and persistent breach*) halinde, bir Üye Devletin Birlik organlarında oy hakkı da dahil olmak üzere üyelikten kaynaklanan haklarının askıya alınmasına değin varan bir yaptırım sürecini öngörmektedir.[490]

Söz konusu 6. maddenin 1. fıkrasındaki ilkeler arasında, insan haklarına saygı ilkesinin de yer aldığını düşünürsek, meselenin konumuz olan insan haklarıyla bağlantısı da anlaşılabilir. Elbette bu yaptırım, bir süreçtir ve uygulanması da oldukça zor koşullara bağlanmıştır. Ancak gerek ağır koşullara, gerekse siyasi bir yaptırım mekanizması olmasına ve bugüne kadar gerçek anlamda hiç uygulanmamasına[491] rağmen, AB'nin,

---

[489] Horspool, Humphreys, **op.cit**, p. 157.

[490] Bu bir süreç olup, şöyle işlemektedir: Önce Üye Devletlerin üçte birinden veya Komisyon'dan bu yönde bir talep gelecek; ardından, Avrupa Parlamentosu'nun da onayı (görüşü değil) alınacak; bundan sonra ise, Konsey (devlet ve hükümet başkanları formatında toplanarak) ''oybirliğiyle'' ciddi ve devamlı bir ihlalin olduğuna karar verecek ve de ilgili Üye Devlet'i görüşünü bildirmeye davet edecek. Bu, otomatik olarak o üyenin haklarının askıya alınması demek olmayacak; ancak yukarıdaki karardan sonra artık Konsey, bu sefer nitelikli çoğunlukla (ama ilgili Devletin oy oranı dikkate alınmaksızın), Antlaşma'nın uygulanmasından doğan belli hakların (Konsey'deki oy hakkı dahil) ilgili Devlete karşı askıya alınmasına karar verebilecektir. Konsey, bu kararı alırken, böyle bir askıya almanın gerçek ve tüzel kişiler üzerindeki muhtemel sonuçlarını da göz önünde bulunduracaktır. Ancak ilgili Devletin Antlaşma'dan kaynaklanan tüm yükümlülükleri, her durumda devam edecektir.

Bu arada, bunlar, AB Antlaşması'ndaki düzenlemelerdir. Böyle bir askıya alma halinde, bunun AT Antlaşması bağlamındaki sonuçlarına ilişkin olarak Antlaşma'ya 236. madde eklenmiştir. Bu hükme göre; böyle bir askıya alma halinde, otomatik olarak, AT Antlaşması bakımından da oy hakkı askıya alınmış olacak; ayrıca Konsey, Antlaşma'nın uygulanması bağlamında başka hakların da askıya alınmasına karar verebilecektir. Elbette ki, böyle bir askıya alma kararı alınırsa, bu, bir Topluluk organı (Konsey) tasarrufu olduğu ve yargısal denetime tabi olan AT Antlaşması hükümleri arasında bulunduğu için, Divan'ın denetimine tabi olacaktır. Betten, Grief, **op.cit**, p.136.

[491] Hükmün gerçek anlamda uygulanması söz konusu olmasa da, uygulanmasına yaklaşıldığı bir olay yaşanmıştır. Avusturya'da Jörg Haider liderliğindeki aşırı sağ eğilimli Özgürlük Partisi'nin (FPO) seçimler sonucunda hükümete koalisyon ortağı olarak katılacak olması, Avusturya dışındaki üyelerin tepkisini çekmiş ve ilk kez 7. maddenin gündeme gelmesine yol açmıştır. Üye Devletler, söz konusu Parti'nin sığınmacılar ve göç konularındaki görüşlerinin oldukça özgürlük karşıtı olması, muhaliflerine karşı nefret suçu teşkil edebilecek söylemlerde bulunması ve liderinin II. Dünya Savaşı sırasında Nazi kuvvetleri tarafından yapılan eylemleri savunması gibi sebeplerle, AB üyesi bir ülke hükümetinde yer alacak olmasına tepki göstermiş; ancak seçimleri kazanan muhafakazar parti, baskılara aldırmayarak Özgürlük Partisi ile koalisyona gitmiştir. De Búrca, **Beyond the Charter...,** p.697. Bu noktada 7. maddenin uygulanması gündeme gelse de, söz

demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi kavramlarla beraber insan hakları kavramına verdiği önemi göstermesi bakımından zikredilmesi gereken bir hüküm olduğu açıktır.[492] Ayrıca, bu maddenin uygulanması kapsamında, Birlik kurumlarının rolü bakımından, asıl karar alıcı olarak Konsey'in dışında, Antlaşmaların ve dolayısıyla da insan haklarının ''bekçisi'' olarak Komisyon'a ve de halkların temsilcisi olarak Parlamento'ya verilen role karşılık,[493] Divan'a herhangi bir rol biçilmediğini de belirtmek gerekir.[494] Bu, söz konusu prosedürün hukuki olmaktan çok siyasi nitelik taşıması ile açıklanabilir.[495]

---

konusu hüküm uyarınca, yaptırım sürecinin başlatılabilmesi için ciddi ve devam eden bir ihlalin varlığı gerektiğinden, olayda henüz ***somut bir ihlalden ziyade ihlal riski*** bulunması karşısında, hüküm işletilememiştir. **Ibid.** Bundan sonra, bir gayri-resmi süreç başlatılmış; önce 14 Üye Devlet, Avusturya ile herhangi bir ikili ilşkiyi teşvik etmeyecekleri ve Avusturya vatandaşlarının uluslararası örgütlerdeki herhangi bir adaylığını da desteklemeyecekleri yönünde karar almışlar; ardından AB Dönem Başkanlığı, AİHM Başkanı'ndan 3 kişilik bir komite kurarak konuya ilişkin bir rapor hazırlatması ve söz konusu yaptırımların devamı konusunda tavsiyede bulunması için ricada bulunmuş; 2000'in sonlarına doğru hazırlanan raporda, söz konusu tavrın ülkede milliyetçi duyguları artırmakla beraber, ülkede genel insan hakları korumasının iyi durumda olduğunu belirterek yaptırımların kaldırılması önerilip, AB'de insan haklarının korunmasına ilişkin genel tavsiyelerde (insan haklarının izlenmesinden sorumlu bir AB birimi kurulması ve Üye Devletlerin politikalarının insan hakları bağlamında daha sistemli biçimde izlenmesi gibi) bulunulmuştur. Hospool, Humphreys, **op.cit**, p.157; de Búrca, **Beyond the Charter...,** p.698; Chalmers et. al., **op.cit**, p.245. Avusturya olayına ilişkin farklı bir perspektif için bkz.: Føllesdal, **op.cit**, p.217.

[492] Benzer bir hüküm, Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) üyeliği bakımından, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinde de öngörülmüştür: *Üçüncü maddeyi* (hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi ilkelerin belirtildiği madde) *ciddi biçimde ihlal eden herhangi bir Avrupa Konseyi üyesinin, (Konsey'deki) temsil hakları askıya alınabilir ve bu üye, Bakanlar Komitesi tarafından 7. madde uyarınca üyelikten ayrılmaya davet edilebilir. İlgili üye bu isteği yerine getirmezse, Komite, belirleyeceği bir tarihten itibaren olmak üzere o üyenin Konsey üyeliğinin sona ermesine karar verebilir.*

[493] Elizabeth Shaver Duguette, ''Human Rights in the European Union: Internal Versus External Objectives'', **Cornell International Law Journal**, Vol:34, 2001, p.374.

[494]Ancak, temel değerlerin ihlaline yönelik ilk kararın olmasa da; bu karardan sonra, AT Antlaşması (m.236) kapsamında alınacak askıya alma kararlarının denetime tabi olabileceğini yukarıda söylemiştik.

[495] Betten ve Grief, bu hükmün, AB Antlaşması'nın ''Birliğin Üye Devletlerin ulusal kimliklerine saygı göstereceğini'' söyleyen m.F/3 hükmü karşısında önceliğe sahip olduğunu; bu anlamda, örneğin, bir Üye Devletin ''kimliği'', hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir anayasal karakterden herhangi bir şekilde bir diktatörlüğe kayarsa, elbette ki, buna saygı gösterilmeyeceğini ve 7. maddenin işletilebileceğini söylemektedir. Betten, Grief, **op.cit**, p.135. Farklı bir yönden bakıldığında, Maastricht'in Birliğin temel değerleri arasında (demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile birlikte) insan haklarını zikretmesi ve ardından üyeliğe kabul şartı olarak birtakım kriterlerin (Kopenhag kriterleri) öngörülmesinin arkaplanındaki sebeplerden birinin de, SSCB'nin dağılışından sonra, demokrasi ve insan hakları karneleri nispeten zayıf olan Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinden gelebilecek üyelik başvurusu beklentilerine karşılık bir nevi önlem almak olduğu yönündeki görüşe yukarıda değinmiştik. İşte bu görüşe göre; Amsterdam ile gelen 7. madde de, aday ülkelere yönelik bu önlemlerin (Amsterdam sonrası ABA m.49'un atfıyla m.6/1) mevcut üyelere de teşmil edilerek ciddiyete büründürülmesi ve bir yaptırım mekanizmasıyla desteklenmesi çabasıydı. De Búrca, **Beyond the Charter...**, p.696. Yazar, bu anlamda bu maddenin uygulanmasının ilk olarak bir Batı Avrupa ülkesi (Avusturya) bağlamında söz konusu olmasını ise, ironik bulmaktadır. **Ibid.** Hükmün daha sonraki yıllarda bazı ülkeler bağlamında uygulanmasının gündeme gelmesi hakkında bkz.: Horspool, Humphreys, **op.cit**, pp.157-158.

Birliğe Üyeliğe Dair Kopenhag Kriterlerinin Kodifikasyonu

Amsterdam Antlaşması'nın insan haklarının korunup geliştirilmesi bağlamında getirdiği bir diğer (dolaylı) düzenleme de, Birliğe üyelik kriterlerine, aralarında *insan haklarına saygının* da bulunduğu birtakım koşulların eklenmesi olmuştur. Hatırlanacağı üzere, 1993 Kopenhag Avrupa Konseyi toplantısının (Liderler Zirvesi) sonuç bildirgesinde ortaya konan (yani Maastricht Antlaşması'ndan sonraki döneme rastlayan) ve sonradan da *Kopenhag Kriterleri* olarak bilinen koşulların içindeki siyasi kriterlerden birisi de, ***insan haklarına saygı*** idi. İşte Amsterdam Antlaşması, ABA'nın Birliğe üyelik konusunu düzenleyen *O maddesindeki* ''her Avrupa Devleti, Birlik üyesi olmak için başvurabilir'' hükmünü, yeni 49. maddede, ''6. maddenin 1. fıkrasındaki ilkelere saygılı olan her Avrupa Devleti...'' şeklinde değiştirmek suretiyle, m.6/1'deki diğer ilkeler yanında insan haklarına saygı ilkesini de, temel bir üyelik kriteri olarak öngörmüş oluyordu. Esasında, dediğimiz gibi, Kopenhag kriterlerine maddi anlamda pek bir şey eklemese de, kriterlerin, AB normlar hiyerarşisinde ''hukuken'' bağlayıcı olmayan bir sonuç bildirgesinden, anayasal statüdeki antlaşma çerçevesi içine alınmasını, hiç şüphesiz önemli bir gelişme olarak değerlendirmek mümkündür.[496]

Deklarasyonlardaki İnsan Hakları Hükümleri

Amsterdam Antlaşması, Antlaşma metninin içindeki bu bağlayıcı hükümler yanında, Antlaşma'yı hazırlayan Konferans'ın[497] – bağlayıcı olmayan – Antlaşma'ya ek

---

[496] Gerçi bu, pekala hukuki olmaktan ziyade insan hakları anlamında ***siyasi bir gelişme*** olarak görülebilir. Zaten konumuz da, bilindiği gibi, sadece hukuki gelişmeler değil, ''siyasi-hukuki-kurumsal'' gelişmelerdir.

[497] Antlaşma reformları için, Üye Devletlerin devlet ve hükümet başkanlarından oluşan Hükümetler-Arası bir Konferans (HAK; Inter-Governmental Conference/IGC) toplanmaktadır. Bu, AB Antlaşması'nın (Lizbon sonrası m.48) Antlaşmaların değiştirilmesi için öngördüğü resmi prosedürün bir parçasıdır. Bu, yine yukarıda bir vesileyle değindiğimiz Avrupa Konseyi'nden (Liderler Zirvesi) farklıdır. Her ikisinin de üyeleri, temelde Üye Devletlerin devlet ve hükümet başkanlarıdır (Komisyon ve Parlamento da belli ölçülerde katılmaktadır). Ancak Zirveler, yılda kural olarak 4 kez olmak üzere olağan olarak toplanır ve Lizbon'dan sonra da bu Konsey, AB'nin resmi 7 kurumundan biri olmuştur. Oysa Hükümetler-Arası Konferans, bir antlaşma reformu yapılacağı zaman toplanır; belli prosedürler çerçevesinde taslak antlaşmayı hazırlar ve yine bir Zirve toplantısında antlaşmanın onaylanması ile son bulur. Yani Üye Devlet hükümetleri arasında bir antlaşma değişikliği yapmak üzere gerçekleşen müzakere süreci, *Hükümetler-Arası Konferans* (*HAK*) olarak adlandırılmaktadır. Örneğin Tek Avrupa Senedi, Maastricht, Amsterdam, Nice ve Lizbon antlaşma reformları, hep ilgili HAK bünyesinde hazırlanmıştır. HAK konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: http://www.ikv.org.tr/sozluk.asp?bas_harf=H&anahtar=&sayfa=&id=1121#kancasosluk1121,

birtakım deklarasyonlarında da, doğrudan veya dolaylı olarak insan haklarını çağrıştıran düzenlemeler yer almıştır.[498]

2.2.3.3.1.2. Amsterdam ve İnsan Hakları Yükümlülüklerinin / Standartlarının Yargısal Denetimi

Genel anlamda Yargı Yetkisi ve Topluluklar Sütunu

Belirtelim ki, Birlik yargısının bir noktada yargı yetkisinin olması demek, söz konusu tasarrufların normal hukuka uygunluk denetimi prosedürü içinde, insan hakları açısından da denetlenebilmesi; olmaması ise, diğer açılardan olduğu gibi, insan hakları açısından da denetlenememesi demektir. Bu anlamda, yargı yetkisinin varlığı, insan hakları korumasını yakından ilgilendiren bir konudur. Yukarıda Maastricht Antlaşması'nı görürken, *F/2 maddesi* ile getirilen ''Birliğin (aslında Toplulukların) eylem ve işlemlerinde insan haklarına uygun hareket etme yükümlülüğünün'' *L maddesi* dolayısıyla Adalet Divanı'nın yargı yetkisinde olmadığını, yani bu hükmün yargısal bir davanın dayanağı olmasının önünün kapandığını; ancak *F/2 maddesinden* başka, Toplulukta insan hakları koruması aynı zamanda Divan içtihadına da dayandığından, Divan içtihadının belirlediği prensipler çerçevesinde Toplulukların bu yükümlülüğünün hukuki taleplere temel oluşturmaya devam edeceğini; ancak yine de *L maddesi* ile getirilen düzenlemenin kafa

---

Erişim Tarihi: 19.1.2013.; http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/intergovernmental_conference_en.htm, Erişim Tarihi: 19.1.2013.

[498] Örneğin Antlaşma'yı hazırlayan Konferans tarafından ''***Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 1 Numaralı Deklarasyon***'', AİHS'ye ek 6 numaralı Protokol ile ölüm cezasının kaldırıldığını ve bu Protokol'ün de Üye Devletlerin çoğu tarafından onaylandığını ve bu anlamda söz konusu Protokol'ün 28 Nisan 1983'te imzalanmasından itibaren çoğu AB üyesi Devlette de ölüm cezasının kaldırıldığını ve de uygulanmadığını not etmiştir. Bu, malumu ilan hükmünde bir hüküm olsa da, yine de yaşam hakkına Birliğin verdiği değeri göstermesi bakımından önemlidir. Keza doktrinde Betten ve Grief, bunun özellikle Birliğe üye olmak isteyen ülkelere yönelik bir mesaj olarak algılanabileceğini (her ne kadar bu konudaki asıl hüküm olan 49. maddenin atıf yaptığı m.6/1 hükmünde buna yönelik bir yükümlülük olmasa da) söylemişlerdir. (Aslında İtalya, bunun m.F/1 – yeni m.6/1 – deki ilkeler arasına alınmasını önermişti. Fakat bu öneri, diğer Üye Devletler tarafından kabul edilmemişti.) Betten, Grief, **op.cit**, p.138. Keza ''***Kiliselerin ve Dini Örgütlerin Statüsüne Dair 11 Numaralı Deklarasyon***''da da, AB'nin Üye Devletlerdeki kiliselerin veya dini dernek ya da toplulukların ulusal hukuktaki statüsüne saygı duyduğu ve halel getirmeyeceği; keza felsefi ve dini örgütlerin statüsüne de eşit oranda saygı duyduğu ilan edilmiştir. Bu ise, din ve vicdan özgürlüğü adına, hiç şüphesiz olumlu bir düzenlemedir. Yine ''***Engelli İnsanlara Dair 22 Numaralı Deklarasyon***''da, *belli alanlardaki Topluluk mevzuatının kabul edilmesinde Topluluk kurumlarının engelli kimselerin ihtiyaçlarını dikkate alma yükümlülüğünün belirtilmesi* de, bu anlamda temel hak ve özgürlükler adına odukça önemlidir.

karışıklığı meydana getirdiğini; aslında amacın 2. ve 3. sütunları insan hakları noktasında yargısal denetiminden çıkarmak olduğunu; ne var ki hükmün, bu maksadı aşar şekilde kaleme alındığını söylemiştik.

Amsterdam Antlaşması ise, Birliğin AİHS ile ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle temel hak ve özgürlüklere saygı göstereceğini düzenleyen AB Antlaşması'nın *m.6/2 hükmünü* (eski F/2 maddesi), Topluluk yargısının yetkisi kapsamında tutarak, bir nevi anormallik olan bu duruma son vermiştir. Amsterdam sonrası Divan'ın yetkilerini düzenleyen AB Antlaşması'nın 46. maddesi (Maastricht *L maddesi*), AT, AKÇT ve Euratom Antlaşmaları'nın Divan'ın yargı yetkisine ilişkin hükümlerinin hangi kapsamda AB Antlaşması için de geçerli olduğunu düzenlemiştir. Buna göre; Divan'ın Topluluk tasarruflarına ilişkin olarak bu üç Antlaşma kapsamında sahip olduğu yargı yetkisi, (*F/2 maddesinin* selefi olan) m.6/2 hükmü bakımından da geçerlidir.

Yani, artık AB'nin insan haklarına saygı yükümlülüğü, içtihadi temelin ötesinde, anayasal olarak da (antlaşma temelinde de) yargısal denetime tabi bir yükümlülük olarak tescillenmiştir. Bu, Divan içtihadıyla Antlaşma arasında tam bir uyumun sağlanması anlamına da gelmektedir. Amsterdam öncesinde de, Birliğin AİHS ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle insan haklarına uygun davranma yükümlülüğü, hem kadim Divan içtihadından, hem de AB Antlaşması'nın F/2 maddesinden kaynaklanıyordu; ancak iş, bu yükümlülüğün yargısal denetimine gelince, m.F/2 devreden çıkıyor, sadece dayanak olarak içtihat hukuku kalıyordu. Şimdi ise, artık bu yükümlülüğün yargısal denetimi noktasında da, hukuki dayanaklar, hem antlaşma (AB Antlaşması m.46'nın atfıyla m.6/2) hem de Divan içtihadıdır. Ancak bu ''dahil etme'', Üye Devlet tasarruflarını kapsamamaktadır. Bundan, tabii ki, hükmün, Topluluk Hukuku kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarını insan hakları denetimine tabi tutma şeklindeki Divan içtihadını ortadan kaldırmak istediği gibi bir anlam çıkmaz.[499] Fakat gelinen noktada, Üye Devlet tasarruflarının (tabii ki Topluluk Hukuku kapsamında olanlarının) insan haklarına uygunluğunun denetiminin, sadece içtihat hukuku üzerinden; Topluluk tasarruflarının ise, hem içtihat hem de AB Antlaşması m.6/2 üzerinden gitmesi söz konusu olacaktır.

---

[499] Doktrinde de Witte, Antlaşma'nın hazırlık belgelerinde (*travaux préparatoires*) böyle bir niyete dair bir bilgiye rastlanmadığını; zaten bu ifadenin asıl amacının da, aynı cümledeki ''*Divan, bu Antlaşma (AB Antlaşması) ve diğer Kurucu Antlaşmalar uyarınca yetkili olduğu ölçüde*'' anlamındaki ifadeyle birlikte değerlendirildiğinde, Divan'ın 2. ve 3. sütunlarda yargı yetkisinin olmadığını ortaya koymak olduğunu söylemiştir. De Witte, **The Past and Future…**, p.885.

Amsterdam Antlaşması ve 2. ve 3. Sütunların İnsan Hakları Bakımından Yargı Denetiminde Olması

Yine hatırlanacağı üzere Maastricht Antlaşması, 2. ve 3. sütunlar kapsamında kabul edilen Topluluk tasarruflarını (ve dolayısıyla insan haklarına atıf yapan J.1/2 ve K.2/1 hükümlerini de), *L maddesi* ile Divan'ın yargı denetimi dışında tutmuştu. Amsterdam sonrası yapıda ise, 2. ve 3. sütunlar bakımından da temel hükmümüz, yine (AB Antlaşması'nda düzenlenen konuların hangilerinin hangi ölçülerde Divan'ın yargı yetkisine girdiğini düzenleyen) yukarıda değindiğimiz (L maddesinin halefi olan) 46. maddedir. Bu maddeye baktığımızda, ''***Ortak Güvenlik Politikası ve Dış Politika Alanı***''nda, bu alana ait konularının düzenlendiği *V numaralı başlık* altındaki ***11-28 arası*** maddelerin (yani *2. sütunun*) 46. maddede Divan'ın yargı yetkisine dahil olan konular arasında sayılmadığını; dolayısıyla Topluluk yargısının bu konularda yargı yetkisinin olmadığını ve dolayısıyla da bu alanlardaki Birlik tasarruflarının insan hakları denetimine tabi olmadığını söyleyebiliriz.

3. sütuna ilişkin olarak ise; Amsterdam Antlaşması'nın, her şeyden önce, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, bu alandaki göç, sığınma vs. birey hak ve özgürlükleriyle yakından alakalı birçok yetki alanını, Topluluk sütununa (1. sütun) kaydırmak suretiyle, eskiden Divan'ın yargı yetkisi ve dolayısıyla da insan hakları denetimi dışında kalan birçok alanı, yargı denetimi ve dolayısıyla insan hakları denetimi kapsamına soktuğuna zaten yukarıda değinmiştik. Bu transferden sonra halen daha 3. sütunda kalan konulara ilişkin olarak ise, yine 46. madde, bir düzenleme getirmektedir. Buna göre; Antlaşma'nın *VI numaralı başlığı* (**cezai konularda polisiye ve adli işbirliği**) altında düzenlenen bu konular (**m.29-42 arası maddeler**), yine bu Antlaşma'nın *35. maddesi* hükmü uyarınca Divan'ın yargı denetimine (ve dolayısıyla da insan hakları denetimine) tabidir. O halde, 3. sütunda Adalet Divanı'nın **kural olarak var olan** yargı yetkisinin sınırları konusunda temel düzenleme, *35. madde* hükmüdür.[500]

Bu hüküm, kural olarak, bu maddeler uyarınca alınan kararlar ve gerçekleştirilen eylemler bakımından, Divan'ın, gerek ön-karar gerekse iptal anlamında yargı yetkisinin olduğunu söylemekle birlikte, bunu belli ölçüde kayıtlamıştır.

[500] Bu noktada ayrıca, 3. sütunda kalmaya devam eden konular bakımından, Amsterdam (sonrası AB Antlaşması)'nın, AİHS ve 1951 tarihli Mültecilere Dair BM Sözleşmesi'ne uygun hareket edileceğini düzenleyen Maastricht K.2/1 hükmüne – bu sütunda bırakılan konuların (cezai konularda polisiye ve adli işbirliği) zaten bu iki Sözleşme ile pek ilgisi bulunmayan teknik konular olmasından sebeple – yer vermediğini de, bir not olarak aktaralım.

- Öncelikle, Divan'ın, bu alanlara ilişkin Topluluk Hukukunun uygulanması bağlamındaki Topluluk tasarrufları veya imzalanan Sözleşmelere ilişkin ***ön-karar prosedürü*** **çerçevesindeki** yargı yetkisi, ilgili Üye Devlet'in bu yetkiyi önceden kabul etmiş olmasına bağlanmıştır (1. fıkra).[501] Divan ile ulusal mahkemeler arasında etkin bir diyalog mekanizması olan ön-karar prosedürünün insan haklarının gelişiminde ne kadar önemli rol oynadığını yukarıda görmüştük. Bu düşünüldüğünde, ''ihtiyari'' yargı yetkisinin kabulü, bir eksiklik olarak değerlendirebilir.
- Üstelik bu yargı yetkisi kabul edilmiş olsa bile, Divan, *Üye Devletlerin polis veya diğer kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen eylemlerin geçerliliği yahut orantılı olup olmadığı* üzerinde denetim yetkisine sahip olmadığı gibi; *Devletlerin hukukun ve düzenin idamesi ve iç güvenliğin sağlanmasına ilişkin vazifelerinin icrası üzerinde* de denetim yetkisine sahip olmayacaktır (5. fıkra).

Görüldüğü gibi, bu kayıtlamalar, ya ulusal tasarruflar bakımından, ya da Birlik tasarrufları noktasında da *ön-karar mekanizmasının* uygulanması bakımından söz konusudur. Bu bağlamda, **3. sütunda da olsa**, bu alandaki Birlik tasarruflarının iptali noktasındaki (veya Üye Devletlerin kendi aralarındaki bir uyuşmazlığa ilişkin) Divan'ın sahip olduğu yargı yetkisi ise, **genel kurala tabidir**; yani **ihtiyari değil, zorunludur** (6. fıkra). Diğer bir deyişle, bu sütundaki Birlik tasarrufları, aynı 1. sütundakiler gibi, herhangi bir kayıtlamaya maruz kalmaksızın Divan'ın yargı denetimine tabi olacak ve gerektiğinde iptal edilebilecektir.

Görüldüğü gibi, 3. sütunda, özellikle *ön-karar* prosedürüne ilişkin yargı yetkisinin ihtiyari olması ve genel anlamda da temel hak ve özgürlükleri yakından etkileme potansiyeli olan belli işlem ve eylemlerin zaten yargı denetimi (dolayısıyla da insan hakları denetimi) dışında tutulması, bu anlamda Amsterdam'ın eleştirilebilecek bir tercihi olmuştur.[502]

---

[501] Üstelik Üye Devletler, bu yetkiyi kabul ederken, bütün mahkemelerinin değil, sadece kararlarına karşı yargısal başvuru yolu bulunmayan mahkemelerinin Divan'a *ön-karar mekanizmasını* işletebileceği yönünde bir tercihte de bulunabilirler (2. fıkra). Halbuki normal *ön-karar* prosedüründe, ne böyle bir ön-kabul ne de başvurabilecek ulusal mahkemeler bakımından bir sınırlama söz konusudur.

[502] Bu noktada yine bağlayıcı olmayan bir Deklarasyonla (*AB Antlaşması'nın K.2 Maddesinin Uygulanmasına Dair 7 Numaralı Deklarasyon*), bu alandaki eylemlerin, her Üye Devlette kendi kuralları uyarınca yetkili ulusal makamların uygun yargısal denetimine tabi olacağının ifade edilmesi, deklarasyonun bağlayıcı nitelikte olmaması bir yana, zaten Üye Devletlerin idare hukukları uyarınca hukuk devletinin bir gereği olarak var olan bir durumu (yani malumu), ifade etmekten başka bir anlam ifade etmemektedir.

Sonuç olarak, 1. sütun bakımından; Divan'ın yargı yetkisi kural olarak tamdır ve dolayısıyla da bu alandaki tasarruflar, insan hakları denetimine de tabidirler. 2. sütunda, kural olarak yargı yetkisi (ve dolayısıyla da insan hakları denetimi) yoktur. 3. sütunda ise, kural olarak yargı yolu (ve dolayısıyla insan hakları denetimi) açıktır, kural olarak vardır; ancak bunun bazı istisnaları mevcuttur.

Amsterdam Antlaşması ile Getirilen Diğer İnsan Hakları Düzenlemeleri Bakımından Yargı Yetkisi

Bu noktada son olarak, Amsterdam Antlaşması'nın yukarıda yer verdiğimiz insan hakları alanındaki ''diğer'' düzenlemelerinin hangilerinin Divan'ın yargı yetkisine dahil olduğuna bakarsak; zaten bunlardan AT Antlaşması kapsamında olanların (m.13 ve m.286 ile sosyal ve ekonomik hakların düzenlendiği maddeler) Topluluk yargısının normal yargı denetimine ve dolayısıyla da bu bağlamda insan hakları denetimine tabi olduğunu (tabii ki, normal yargı yetkisine ilişkin kurallar ve usuller çerçevesinde) söyleyebiliriz.[503]

Yine bu bağlamdaki bir düzenleme olan 7. madde ise (m.6/1'in ihlali halindeki yaptırımı prosedürü), Divan'ın yargı yetkisini düzenleyen maddede sayılmadığı için, yargı denetimi dışındadır. Dolayısıyla gerek bu mekanizmanın işletilmesi sırasındaki usuli yükümlülükler; gerekse m.6/1'in ciddi ve sürekli bir şekilde ihlal edilip edilmediği hususları, yargısal denetime tabi tutulmamış; bir anlamda siyasi bir karar olarak öngörülmüştür. Bizce, bu tercihin, en azından maddedeki ''usuli gereklilikler'' yönünden isabetsiz olduğunda şüphe yoktur.[504] Prosedürel kısmın dışındaki asıl karara (ciddi ve sürekli bir ihlalin varlığına yönelik karar) ilişkin olarak ise, doktrinde farklı düşünceler ileri atılmıştır.[505]

Yine Amsterdam'ın bir yeniliği olan üyelik koşulları bağlamındaki 49. madde ise, yukarıda zikrettiğimiz 46. maddede Divan'ın yargı yetkisindeki konular arasında sayılmış ve böylece yargısal denetime tabi kılınmıştır. Buna göre; gerek bu maddede üyeliğe

---

[503] Burada bir hususu vurgulamakta fayda vardır. Bir konunun ve onun düzenlendiği antlaşma maddesinin Divan'ın yargı denetiminde olması başka şey; bireyler tarafından başvurulabilecek doğrudan etkili bir hüküm olması başka şeydir. Elbette ki, bu hükümlerden bir çoğu, doğrudan etkili hükümler değildir; ancak bu durum, onların Divan'ın yargı yetkisine girmesine engel teşkil etmeyecektir.

[504] Nitekim Nice Antlaşması, bu eksikliği giderecektir.

[505] Örneğin de Witte, günlük hayatta temel hak ve özgürlüklerin sıradan ihlalleri konusunda oldukça donanımlı bir hale gelmiş olan Adalet Divanı'nın, tamamen siyasi bir karar olan böyle bir alandan uzak tutulmuş olmasını isabetli bulmuştur. De Witte, **The Past and Future…**, p.884.

kabul bağlamında öngörülen usuli gereklilikler, gerekse maddi anlamda bir devletin m.6/1'deki (aralarında insan haklarına saygının da olduğu) değerleri benimseyip benimsemediği noktasında Divan, yine – normal yargı yetkisine ilişkin kurallar çerçevesinde – denetim yetkisine sahip olacaktır. Bu sefer de, usuli gerekliliklerin değil ama, siyasi bir karar olma niteliği ağır basan ''m.6/1'deki değerlerin benimsenip benimsenmediği kararı''nın yargı denetimine tabi kılınması, bizce ilginç olmuştur.

2.2.3.2.1.3. Değerlendirme-Amsterdam

Amsterdam ve Getirmedikleri

Bunlar, Amsterdam Antlaşması'nın eksik veya belli sınırlar dahilinde de olsa insan hakları alanında getirdikleriydi. Bir de, Amsterdam'ın getirmediklerinden bahsetmek gerekir. Öncelikle Maastricht Antlaşması'nın, insan haklarının kaynakları noktasında AİHS ile ulusal anayasal standartlara atıf yapan *F/2 maddesi* hükmü aynen korunmak (yeni m.6/2) suretiyle, korumanın halen daha ***Divan eliyle***, yani ***jürisprüdansiyel olarak*** yürütülmesinin devamı onaylanmıştı. Böylece yukarıda sayılan bir iki hüküm dışında (ki örneğin 13. maddenin doğrudan etkili nitelikte bir hüküm olmadığını da düşünürsek)[506] ***maddi anlamda yeni*** hak ve özgürlük hükümlerine yer verilmediği gibi; halen AB'nin bağlayıcı bir temel hak ve özgürlükler metnine olan ihtiyacı (tabii her dönemde olduğu gibi o dönemde de bunu savunmayanlar olduğunu hatırlatalım) giderilmemiş; daha da ötesi, AİHS'yi bağlayıcı kılarak bu meseleyi halletme yoluna da gitmeyerek, halen daha bu işin bir süre daha Divan eliyle ***genel hukuk ilkeleri olarak*** yürütülmesi şeklindeki devamı onaylanmıştı. Maastricht ile gelen bu ''atıf'' sisteminin devamı ise, özellikle kendisi ve kapsamı önceden bilinen bir standartlar dizisinin avantajlarından ve hukuki kesinlikten yoksun olduğu; insan haklarının gelişmesini olay bazında (*case-by-case*) ele aldığı ve somut olaylarla etkisi sınırlı bir sistem olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.[507] Bu atfı ilk kez yapan Maastricht bu yönüyle mazur görülebilirse de, Amsterdam'ın hala bu metodu devam ettirmeyi seçmesi, doktrinde yoğun biçimde eleştirilecekti.[508]

---

[506] Bkz.: Betten, Grief, **op.cit**, p.137.
[507] Lindfelt, **op.cit**, p.80.
[508] **Ibid.;** Toth, **op.cit**, p.494.

Amsterdam'dan beklenip de bulunamayan bir diğer husus da, bireylerin dava ehliyetleri (***locus standi***) konusunda bir iyileştirme idi. Antlaşma, insan hakları ihlalleri için bireylere ilişkin özel bir dava usulü getirmediği gibi (hatırlanırsa bu, doktrinde önerilen bir şeydi); jürisprüdansiyel korumanın sorunlu yanlarından biri olarak yukarıda yer verdiğimiz ve bireysel özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması noktasında eleştirilen bireylerin Topluluk yargısı önünde dava açabilme ehliyetleri meselesine de hiç değinmemişti.[509]

Yine Amsterdam, ***AB'nin AİHS'ye katılımına*** yönelik olarak da sessiz kalmıştı. Divan'ın, Birliğin AİHS'ye katılımına cevaz vermediği *2/94 sayılı karar*, halen daha ortada durmaktaydı. Bu karar, ileride görüleceği üzere, sadece AİHS'ye katılım bakımından değil; AB'nin hem iç hem dış işlerinde insan haklarını koruyup geliştirme görevinin sınırlanmasına dair sonuçları da olan bir karardı. Amsterdam, başta Birliğin AİHS'ye katılımına imkan sağlamak olmak üzere kararın bu etkilerini ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye yönelik de herhangi bir değişiklik getirmemişti. Örneğin AB'nin dış ilişkilerinde insan haklarının rolünü artıran ve aktif bir insan hakları politikası izlemesine – hele de *2/94 sayılı karardan* sonra daha da ihtiyaç olan bir durumda – imkan verecek düzenlemelerden yoksundu.[510]

Eleştiriler

Bütün bunlar düşünüldüğünde, Amsterdam'ın Maastricht'ten aldığı bayrağı bir adım ileriye götürdüğü elbette ki söylenebilirse de, özellikle akademik ve siyasi çevrelerce tatmin edici bulunmamıştır. Örneğin doktrinde Ward, Antlaşma'nın

---

[509] Ward, **op.cit**, p.640. Nitekim yazar, Avrupa Parlamentosu'nun da Antlaşma'nın hazırlanması sırasında bu duruma dikkat çekerek bundan duyduğu endişeyi dile getirdiğini söylemektedir. **Ibid**. Ayrıntı için Parlamento'nun Antlaşma taslağına dair hazırladığı genel görüşüne bakılabilir (**European Parliament Resolution on the General Outline for a Draft Revision of the Treaties**, 1997 O.J. (C 33), pp.66-67).

[510] Ancak yine de, doktrinde, Amsterdam Antlaşması'nın insan hakları alanında getirdiği düzenlemelere bir bütün olarak bakıldığında ve insan haklarına yaptığı vurgu dikkate alındığında, Üye Devletlerin insan haklarının Topluluğun bir iç ve dış (*transversal*) amaçlarından biri olduğunu zımnen kabul etmiş olduğunu söyleyenler (Barbara Brandtner, Allan Rosas, ''Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice'', **European Journal of International Law**, Vol:9, No:3, 1998, pp.468, 472); ve hatta bu değişikliklerin baştan yeni bir AB insan hakları politikasının oluşturulmasını gerektirdiğini savunanlar (bkz.: Comité des Sages'in 1998 tarihli Raporu; s.38-39) da vardı. Duguette, **op.cit**, p.374. Ancak bizce, Divan'ın eleştirilen söz konusu görüşüne ve orada Topluluğun insan hakları konusundaki yetkilerine dair yapılan tespitlere ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemekle, kurucu iradenin, Divan'ın başta katılım olmak üzere Topluluğun insan hakları konusundaki yetkilerine ilişkin tespitlerini zımnen onaylandığı söylenebilirdi.

hazırlanmasından önce, AB'de insan haklarının korunmasında siyasi ve akademik çevrelerdeki önerilerin üç grupta toplandığını; bunların, mevcut durumun (*status quo*) korunması, yani Divan eliyle (jürisprüdansiyel) korumaya devam edilmesi; Birliğin AİHS'ye katılması ve AİHS'nin Topluluk Hukukunda bağlayıcı bir norm olarak kabulü ve üçüncü olarak da, Birliğin kendisinin bağlayıcı bir temel haklar şartı hazırlaması şeklinde kategorize edilebileceğini; Amsterdam Antlaşması'nın ise, insan hakları alanında getirdiği değişikliklere bakıldığında mevcut durumu korumayı seçtiğini söylemektedir.[511]

Bizce de, bütün bu gelişmeleri bir kalemde değersizleştirmek elbette ki mümkün olmamakla birlikte, Maastricht sonrası dönemde, Birlik akademik ve siyasi çevrelerinde insan hakları tartışmalarının temelde odaklandığı dört konuyu (katılım, bağlayıcı bir temel haklar şartı veya en azından AİHS'ye bağlayıcılık atfedilmesi, yargısal korumanın sorunlu yanlarının – özellikle *locus standi*ye ilişkin – giderilmesi ve dış ilişkilerde insan haklarının daha aktif olarak kullanılması) düşündüğümüzde, Amsterdam'ın bunların hiçbirisine temas etmediğini de söylemek gerekir.[512]

---

[511] Ward, **op.cit,** p.648. Nitekim yazara göre; Antlaşma, yukarıda da yer verdiğimiz birtakım iyileştirmelerine rağmen, mevcut Divan içtihadıyla hangi hakların korunduğu ve insan hakları ihllalleri için hangi başvuru yollarının bulunduğu konusunda tatmin edici ve kapsayıcı bir yol göstermede bulunmaması ve bu itibarla da, *hukuki kesinlik* ilkesini tam olarak karşılayamaması; ayrıca *2/94 sayılı kararın* gerek AİHS'ye katılım gerek Topluluğun bu alandaki yetkilerine dair getirdiği belirsizlikleri izale edecek herhangi bir düzenleme de getirmemesi gibi hususlarla, statükoyu koruduğu yorumlarından/eleştirilerinden kurtulamamıştır. Yine yazara göre; bu anlamda, katlım ve bir insan hakları kataloğu konusundaki olumsuz tavrı, gerek insan haklarına uygun davranma yükümlülüğünü (m.6/2) Divan'ın yargı denetimine sokması (m.46), gerekse Konsey'e bu anlanda önemli icra ve gözetleme yetkileri vermiş olması (m.7 gibi) ile birlikte değerlendirildiğinde, kurucu iradenin, Topluluğu, AİHM eliyle bir dış denetime sokmaktansa, Topluluğun insan hakları alanındaki yetkilerinin ve de Divan'ın yargı yetkilerinin artırılması yönünde bir niyetinin olduğunu bize göstermektedir. **Ibid.** p.652. Benzer bir yorumu, Betten ve Grief de yapmıştır. Yazarlara göre; Antlaşma, bir yandan özellikle Birliğin temel değerleri, Birliğe üyelik koşulu ve ciddi ihlallerin yaptırımı gibi noktalarda insan haklarına atıf yapmış ve böylece bir anlamda Avrupa Konseyi Statüsü'nün özünü benimsemiş; ancak öte yandan da bu özün en önemli bileşenlerinden biri olan sözleşmesini (AİHS), Topluluk Hukukunun ''bağlayıcı'' bir parçası yapmamıştır. Bu, ilk bakışta ilginç gibi gözükse de, demokrasi ve insan haklarına gelen tehditlere karşı önlem geliştirmenin başka şey; Topluluk Hukukunun uygulanmasında Topluluğun ve Üye Devletlerin hertürlü insan hakları ihlalini AİHS temelinde Divan'ın yargı denetimine sokmanın başka şey olduğu ayrımına işaret eden ve Alman AYM'nin ifadesiyle ''antlaşmaların efendileri'' olan Üye Devletlerin ikinci yolu seçtiğini gösteren bir gelişmedir. Betten, Grief, **op.cit**, p.136. Yine yazarlara göre; özellikle *III. sütuna ilişkin sınırlı yargı yetkisi* düşünüldüğünde, Üye Devletlerin Divan'a daha etkili ve güçlü bir insan hakları koruma yetkisi vermedikleri de görülecektir. Topluluk yargısının içtihadi anlamda geldiği nokta göz önünde bulundurulduğunda, Üye Devletlerin bu konuda tereddüt etmiş olmaları, yadırganacak bir davranış olarak görülebilir. Hatta yazarlar, ironik bir şekilde, belki de Üye Devletlerin ve Topluluk bürokratlarının akıllarını başlarına almaları için Alman AYM'nin bu konuda da (*Solange*'yi andıran) bir hatırlatma yapmasının iyi bile olabileceğini söylemişlerdir. **Ibid.** pp.136-137.

[512] Bu anlamda yukarıda değindiğimiz ilk uzmanlık grubu (***Comité des Sages***) ile diğer (*Reflection Group*) çalışmalardaki, temelde Birliğe özgü bir medeni ve sosyal haklar listesinin

Tabii bu noktada şunu da unutmamak lazımdır: Amsterdam'ı hazırlaması için toplanan *Hükümetler-Arası Konferansın* temel amacı, Birliği bir insan hakları örgütüne dönüştürmek değildi. AB'nin Maastricht sonrası dönemde ***gelecek genişlemelere uyarlanması***, ***ekonomik meseleler*** gibi başka konular, temelde reform çağrısının tabanını oluşturmuş ve bu ortamda ortaya çıkan reform antlaşması da, insan haklarına ilişkin olarak, katılım, temel haklar şartı gibi daha çetrefilli, siyasi uzlaşmayı zorlayan ve diğer reformların önünü tıkayabilecek konular yerine, daha sorunsuz kolay uzlaşılabilecek birtakım düzenlemeler getirmekle yetinmişti. Bu, reformu yapmak üzere toplanması kararlaştırılan Hükümetler-Arası Konferans'a çizilen yetki çerçevesi ile de paraleldir.[513] Konferans'ın tartışması istenen konulara bakıldığında, insan haklarıyla ilgili olarak, herhangi bir özel belirleme (AİHS'ye katılım, insan hakları kataloğu gibi) yapılmadığını; sadece, ''temel hakların ne ölçüde güçlendirilmesinin ve korumanın ilerletilmesinin mümkün olduğu''nun görüşüleceği söylenmiştir.[514] Bu anlamda, reformu yapmak amacıyla toplanacak olan Hükümetler-Arası Konferans üzerinden Amsterdam'a yüklenen anlama bakıldığında, Antlaşma'nın insan hakları bakımından getirdiklerine şükredilmesi gerektiği bile söylenebilir.

2.2.3.3.2. Nice Antlaşması'na Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler

Bir Umutla Yeni Uzmanlık Raporları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Amsterdam Antlaşma reformu için toplanan HAK, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tartışmalı konularında çok tatminkar cevaplar getirmemişti. Örneğin halen daha AB'nin AİHS'ye katılımı ve bir temel haklar listesine yönelik herhangi

---

hazırlanması ve bağlayıcı olarak şekilde Antlaşmalara derc edilmesi üzerinde yoğunlaşan önerilerin Amsterdam'da makes bulmadığını söylemek, herhalde oldukça kolay olacaktır.

[513] Bu amaçla toplanacak Konferans'a verilen yetkiler (*mandate*) arasında, insan hakları sadece genel olarak zikredilmekten öteye geçememiş; bu alanda herhangi bir somut (örneğin katılım, insan hakları kataloğu gibi) yetkilendirme yapılmamıştır. Antlaşma reformu için bir Konferans toplanması, 1996 Mart'taki Turin Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi'nde) kararlaştırılmış ve toplanacak Konferans'ın yetki çerçevesi de bu Zirve'nin sonuç bildirgesinde çizilmiştir (bkz.: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/032a0001.htm, Erişim Tarihi: 17.1.2014).

[514] ''*As Member States are committed to respect human rights, democratic values, equality and non discrimination, and as the Union is a community of shared values, the* ***IGC should consider whether and how far it will be possible to strengthen these fundamental rights and improve the safeguarding of them***.'' (Yukarıdaki sonuç bildirgesinden)

bir ilerleme kaydedilebilmiş değildi. Dolayısıyla Amsterdam sonrası döneme de, bu alana ilişkin çözülmesi gerekli bir çok sorunla girilmekteydi. Komisyon, bu noktada yine belli uzmanları bir araya getirerek meselenin daha geniş bir perspektiften ele alınması için tekrardan girişimlerde bulundu.

1998 – Emsallerle Öncülük Etme: 2000 Yılında Avrupa Birliği İçin Bir İnsan Hakları Gündemi

Bunlardan ilki, bu süreçteki ikinci akil adamlar (uzmanlık) grubunun hazırladığı 1998 tarihli rapordur.[515] ***Emsallerle Öncülük Etme: 2000 Yılında Avrupa Birliği İçin Bir İnsan Hakları Gündemi*** başlıklı rapor, temel olarak insan haklarının görünürlüğünü ve rolünü artırmak için mevcut hukuki ve kurumsal yapı içinde atılabilecek pratik adımlar üzerinde yoğunlaşmıştır. Rapor, özellikle Birliğin iç ve dış politikalarında insan haklarının rolü noktasında bir zıtlık olduğu; dış ilişkilerinde insan haklarına aktif biçimde başvurulurken, bunun, AB'nin içişlerinde aynı rolü oynamaktan uzak olduğu; bu durumun ise, AB'nin uluslararası alanda üçüncü ülkelerin gözündeki inanılırlığını ve samimiyetini sorgulanmasına yol açtığı tespitlerini yapmıştır. Dolayısıyla bu grubun temel önerilerinden biri, AB'nin insan haklarına özellikle içte, yani bir anlamda AB Hukukunda daha fazla yer ve değer vermesidir.[516]

Grup, ilk *Comité des Sages*'den farklı olarak, Birliğin AİHS'ye katılımına da sıcak bakmıştır. Raporda, AB'de insan hakları koruması adına atılması gerekli adımlar olarak, özel olarak insan haklarından sorumlu bir Komisyon üyesinin (komiserin) atanması; Bakanlar Konseyi içinde uzmanlaşmış bir insan hakları biriminin oluşturulması; insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda Divan'a daha kolay ve etkili başvuru yollarının tanınması; Birlik için bir insan hakları izleme/gözetim biriminin kurulması; yıllık insan hakları değerlendirme raporlarının yayınlanması; insan hakları alanında Parlamento'nun kapasitesinin ve müdahale edebilirliğinin artırılması; Üye Devletler arasında mevcut

---

[515] **Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000 – Agenda of the Comité des Sages and Final Project Report**, Florence, European University Institute, 1998. Grup, Avrupa Komisyonu'nun *Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü* tarafından kurulmuştur. (1995'teki grubu ise, *İstihdam, Sınai İlişkiler ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü* kurmuştu.) Esasında, bu grubun araştırması, Floransa'daki Avrupa Üniversite Enstitüsü bünyesindeki Avrupa Hukuku Akademisi tarafından ve Profesör Philip Alston'un direktörlüğünde organize edildi ve grubun üyeleri, Catherine Lalumière (Başkan), Peter Leuprecht, Antonio Cassese ve Mary Robinson'du.

[516] Quinn, **op.cit**, p.868.

insan hakları çalışma gruplarına[517] ilave olarak daha fazla etkileşim mekanizmalarının oluşturulması; Komisyon'un kalkınma işbirliği programının insan hakları noktasında daha da genişletilmesi; iş dünyası için AB Davranış Kodu'nun (*EU Code of Conduct*) ortaya konması; ticaret anlaşmalarında insan hakları hükümlerinin daha yaygın kullanılması; bu konudaki STK'larla daha yakından işbirliği yapılması ve insan hakları eğitimine büyük öncelik verilmesi gibi, hepsi de daha ziyade kurumsal nitelikte olan somut öneriler ortaya konmuştur. [518]

Görüldüğü gibi bu rapor, temelde AB'nin iç ve dış işlerinde insan haklarının görünürlüğü ve sahip olduğu değer noktasındaki tutarsızlıklar ve çifte standartlar olduğu ve bunun da AB için bir samimiyet (ve belki de meşruiyet) sorunu doğurduğu tespitinden yola çıkarak, 1996'daki selefi gibi iddialı önerilerde bulunmadan, mevcut yapı içinde neler yapılacağı üzerinde durmuş; bu bağlamda da, önerilerini, daha çok kurumsal çözüm önerileri üzerinde yoğunlaştırmıştır. Özellikle bir temel haklar şartını selefi gibi ivedi ve zorunlu bir çözüm olarak görmemesi de, ilginç ve onu selefinden ayıran bir özelliği olmuştur.

1999 – Temel Haklara Dair Uzmanlar Grubu ve ''Avrupa Birliği'nde Temel Hakları Teyit Etmek: Eylem Zamanı'' Adlı Rapor

Bu süreçte Komisyon'un ''*Sosyal Eylem Planı''* kapsamında başlattığı AB'de temel hak ve özgürlüklerin durumuna ve koruma düzeyinin geliştirilmesine ilişkin bilimsel önerileri almasının bir başka örneği de, yine bir grup akademisyen ve siyasetçi tarafından 1999'da hazırlanan ''***'Avrupa Birliği'nde Temel Hakları Teyit Etmek: Eylem Zamanı***'' adlı rapordur.[519] Rapor, önce Amsterdam Antlaşması'nın insan hakları alanında

---

[517] *COHOM* gibi

[518] **Ibid.**

[519] **Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act, Report of the Expert Group on Fundamental Rights – 1999**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1999. Önceki iki raporun aksine bu grup, *Comité des Sages* adıya kurulmamıştır. Grubun asıl adı, **Temel Haklara Dair Uzmanlar Grubu**'dur (*Expert Group on Fundamental Rights*). Ancak bu grup da, doktrinde diğerleri gibi *akil adamlar komitesi* anlamına gelen *Comité des Sages* olarak nitelenmiştir. Bkz.: Quinn, **op.cit**, p.867. Bu grup da, 1996'daki ilk grup gibi, Komisyon'un (o zamanki) *İstihdam, Sınai İlişkiler ve Sosyal İşler Genel* Müdürlüğü tarafından 1998'de kurulmuş olup; üyeleri, Spiros Simitis (Başkan), Christine Bell, Lammy Betten, Jochen Frowein, Pirkko Koskinen, Lorenzo Martin Retorillo, Alessandro Pizzorusso ve Jean Rossetto'dur. Komisyon'un 1995'te kurduğu ilk akil adamlar komitesinin 1996'da sunduğu ''*Bir Medeni ve Sosyal Haklar Avrupası İçin''* adlı rapor, hedeflendiği üzere Mart 1996'da toplanan *Sosyal Politika Forumu*'nda görüşülmüş ve ardından yapılan tartışmalar neticesinde temel sosyal hakların teşkilinin AB'nin anayasal bir unsuru olduğu şeklinde görüşler ortaya çıkmıştı. Bunun

yaptığı değişiklikleri incelemiş; ancak bunların yıllardır dile getirilen ve önceki iki raporda da ileri sürülen önerileri karşılamak noktasında eksiklikler barındırdığı görüşünden hareketle, gelecekte (ve özellikle de gelecek antlaşma reformlarında) atılması gerekli adımlara ilişkin birtakım önerilerde bulunmuştur.

Raporda, öncelikle, yargısal korumanın mutlak bir gereklilik olmakla birlikte, AB'nin geldiği nokta açısından yeterli olmayacağı ve Antlaşmalarda mutlaka açık ve net yasal altyapıların olması gerekliliği vurgulanmış ve bundan hareketle de öneriler sıralanmıştır. Bu bağlamda; temel hakları korumanın, hem Birliğe hem de Üye Devletlere düşen ve bu anlamda sütunlara (sütunlu yapı ve özellikle de 2. ve 3. sütunlardaki yargısal denetim kısıtlamaları kastediliyor olsa gerek) bölünemeyecek bir mesele olduğu; Birliğin, gerek üçüncü ülke vatandaşlarının hakları, gerekse dış ilişkileri noktasında mevcut durumunun samimiyet açısından problemli olduğu ve bu konuda tutarlılığın sağlanması gerektiği; temel hakların ancak vatandaşların varlığından haberdar olması ve gerektiğinde de başvurabileceklerini bilmesi halinde gerçek işlevini icra edebileceğinden hareketle, bu konuda vatandaşlar nezdinde Birliğin insan hakları politikalarının ve bu alanda atılan adımların daha görünür kılınması gerektiği; bu bağlamda bunların net ve açık bir şekilde vatandaşların erişimlerine açık olması ve bunun bir gereği olarak da, bir listede bulunması gerektiği; korunmalarına ilişkin mevcut prosedürlerin mutlaka iyileştirilmesi ve özellikle sosyal hakların ''dava edilebilir''/''ileri sürülebilir'' niteliğe getirilmesi lüzumu ve hakların bölünmezliği ilkesinden hareketle medeni, siyasi haklar yanında mutlaka sosyal haklara da yer verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Raporda ayrıca, (yukarıda yer verdiğimiz) temel hakların açıkça tanımlanması gerekliliğine paralel olarak AİHS'nin Topluluk Hukukundaki önemi ve bu bağlamda Divan ile AİHM arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi ve belki de bir opsiyon olarak iki mahkeme arasında bir *ön-karar mekanizmasının* tesisi; ayrıca AİHS'nin 2-13. maddeleri ile Protokollerdeki bunlarla ilgili hakların[520] Topluluk Hukukuna aktarılması öngörülmüş; ayrıca kimi AİHS'te hiç olmayan kimi ise, olup da daha geliştirilmesi gerektiği düşünülen

---

üzerine Komisyon, bu konunun daha geniş bir analizinin yapılması ve bu bağlamda Kurucu Antlaşmalar'da (özellikle de o zaman henüz çiçeği burnunda olan Amsterdam Antlaşması'nda) temel sosyal hakların statüsü, yeri, bu bağlamdaki sorunlar gibi konularda – gelecek antlaşma reformlarına da bir temel teşkil etme işlevi görebilecek – ayrıntılı bir çalışma ihtiyacına binaen, böyle bir grup kurmuş ve sonucunda böyle bir rapor ortaya çıkmıştır.

[520] Raporda bunlar tek tek sayılmıştır.

birtakım haklar, AİHS'yi tamamlama maksadıyla ortaya konarak[521] bunların da, aynı şekilde Topluluk Hukukuna aktarılması gerektiği söylenmiştir. Ancak raporda, AİHS'ye bu kadar yer verilmesine ve hatta oluşturulacak bir temel haklar listesinin AİHS üzerinde temellenmesinin önerilmesine rağmen, AB'nin resmen AİHS'ye katılımına ilişkin bir şey söylenmemiş olması (hatırlanacak olursa, önceki raporlardan ilki açıkça olumsuz ikincisi ise açıkça olumlu tavır almıştı), gerçekten ilginçtir. Yine raporun nihai önerisi de, tüm bu hakların, onlarca antlaşmada değil, herkesin kolay ve net bir şekilde ulaşabileceği ve okuyup anlayabileceğin tek bir metinde toplanmasıdır.

Ancak Nice reformu öncesi hazırlanan bu raporlarda yapılan öneriler de, önceki gibi, kurumsal reform konusundaki ihtiyaçlara ve de özellikle sosyal haklar bakımından Avrupalı liderler arasında halen bir uzlaşının gerçekleşememiş olmasına bir anlamda kurban gidecek; aşağıda görüleceği üzere, rapordan sonra gelen antlaşma reformunda (Nice), bu konulara neredeyse hiç değinilmeyecektir. Raporun (ondan önceki benzer önerileri getiren diğer çalışmalar gibi) makes bulması, ancak 2004'deki Anayasal Antlaşma ve halefi Lizbon Antlaşması ile söz konusu olacaktır.

Başlarken de belirttiğimiz gibi, 1990'lar ve bilhassa da ikinci yarısı, genelde Antlaşma reformlarına ayrılmış bir dönemdir. Fakat bu antlaşma reformlarının esas gündemi Birliğin yeni üyelerle genişlemeye (ve ilerideki muhtemel genişlemelere) yönelik kurumsal altyapının hazırlanması olunca, insan hakları, bu süreçte kendine – doğal olarak – pek yer bulamamıştır. Ancak yine de, özellikle Komisyon, belki ''bir umut'' diyerek, her antlaşma reformu öncesinde, reformu yapacak Hükümetler-Arası Konferans'a sağlam bir ''bilimsel malzeme'' olması düşüncesiyle insan hakları meseleleriyle ilgili uzmanlık komiteleri kurmuş ve raporlar hazırlatmıştır. Ne var ki, *AB İnsan Hakları Hukukuna* dair bilimsel ve pratik değeri yüksek bu tespit ve öneriler, kurucu babalar nezdinde pek makes bulmamıştır. Ancak yine de, bu raporlar, hiç şüphesiz, bu hukukun tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler ayağı anlamında çok önemli birer gelişme olarak yerlerini almıştır.

[521] *Muamele ve fırsat eşitliği, meslek seçme özgürlüğü, kişisel verinin kullanılmasını belirleme hakkı, aile birleşimi hakkı, grev, toplu sözleşme ve bilgilendirme, danışma, katılım* gibi *sendikal haklar*.

2.2.3.4. Nice – Anayasa Arası Dönem ve İnsan Hakları

2.2.3.4.1. Nice ve Getirdikleri

Aslında Amsterdam Antlaşması'na başlarken söylediğimiz şeyi, Nice Antlaşması'na yapacağımız başlangıç için de söyleyebiliriz. Elbette ki Maastricht'ten çok öte düzenlemeler içermekle birlikte, neticede Amsterdam Antlaşması da, yine AB'yi Divan eliyle korunup geliştirilmeye muhtaç bir insan hakları hukuku ile başbaşa bırakmıştı. Dolayısıyla (Nice Antlaşması'na giden) Amsterdam sonrası dönemde de, insan haklarına ilişkin olarak yukarıda saydığımız temel konular, halen daha çözülmeyi beklemekteydi. Yine yukarıda yer verdiğimiz uzmanlık komitelerinin raporlarındaki önerilerin hemen hiçbirinin gerçekleştirilmemiş olduğunu da hatırlatalım.

Öte yandan Amsterdam Antlaşması, kendisine yüklenen bu (insan hakları dışında, genişlemeye yönelik) vazifeleri de tam olarak gerçekleştirememiş; genişlemenin kurumsal ve hukuki altyapısı konusunda da meseleleri halledici düzenlemeler getirememiş ve konuyu yeni toplanacak bir Hükümetler-Arası Konferans'a bırakmıştı. Dolayısıyla yeni reform antlaşmasını hazırlayacak Hükümetler-Arası Konferans da[522] – bu sefer hem de Amsterdam'dan çok daha belirgin olarak – genişlemenin kurumsal ve hukuki altyapısını hazırlamak (temel) amacıyla toplanacaktı. Böyle olunca Nice'ten de, insan hakları alanında dişe dokunur düzenlemeler çıkmasını beklemek zordu ve nitekim çıkmadı da.

İşte bu atmosferde, 26 Şubat 2001'de imzalanan ve 1 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe giren[523] Nice Antlaşması,[524] Temel Haklar Şartı'nın hukuki statüsüne değinmemenin yanısıra, diğer insan hakları meselelerinde de oldukça silik kalmıştır. İnsan hakları noktasında ''dişe dokunur'' tek değişiklik, Birliğin aralarında insan haklarının da bulunduğu m.6/1'deki temel değerlerini ihlal eden (veya etme riski bulunan)

---

[522] Konferans, Şubat 2000'de toplanmıştı.

[523] İmza ile yürürlük tarihi arasındaki bu denli uzun fark, bize, yine Antlaşma'nın bir referandum kazasına (Maastricht gibi) gittiğini göstermektedir. Nitekim Nice Antlaşması da, bütün Üye Devletlerde parlamantonun onayıyla yürürlüğe girmesine rağmen, İrlanda'da bir anayasa değişikliğini gerektirdiği şeklinde yorumlanmış ve böyle olunca da anayasa değişikliklerinin referanduma sunulması kuralından hareketle referanduma sunulmuştu. Antlaşma, Haziran 2001'de yapılan referandumda reddedilmiş ve ertesi yıl Ekim 2002'de yapılan ikinci bir referandumda kabul edilmesi üzerine İrlanda'da onaylanabilmişti.

[524] O.J. of the EU, C 80, 10.3.2001.

Üye Devletlere uygulanabilecek yaptırımları düzenleyen 7. maddede yapılan değişikliktir.[525]

Madde 7; 'Ön-uyarı'' Prosedürünün Eklenmesi ve Divan'ın Yargı Yetkisi

Antlaşma'nın 1. maddesiyle,[526] AB Antlaşması'nın temel değerleri ciddi şekilde ihlal eden Üye Devletlere belli yaptırımlar uygulanmasını öngören 7. maddesi (ki Amsterdam'ın bir yeniliğiydi) değiştirilmiştir. Bu değişikliğin ipuçlarını, yukarıda Amsterdam'ı görürken vermiştik.

Ön-Uyarı Mahiyetinde Eklenen Prosedür. Bu anlamda ilk değişiklik, ciddi ve sürekli somut bir ihlale karar verilip üyelikten doğan birtakım hakların askıya alınmasından önce, ''ön-uyarı'' niteliğinde bir prosedürün eklenmesi olmuştur. AB Antlaşması'nın 6/1. maddesindeki ilkelerin bir Üye Devlet tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi ''riski'' söz konusu olduğunda, Konsey, bu yönde bir karar alıp ilgili Devlete uygun tavsiyelerde bulunabilecektir.[527] Ancak bu noktada, üyelik haklarını askıya alma gibi herhangi bir yaptırımın söz konusu olmayacağını vurgulayalım. Bundan başka ise, somut bir (ciddi ve sürekli) ihlal halinde ise, Amsterdam ile gelen prosedür, yine geçerlidir; devlet ve hükümet başkanları formatında toplanan Konsey, yine yukarıda gördüğümüz prosedürü takip ederek, ciddi ve sürekli (somut) bir ihlalin varlığına karar verebilecek ve bundan sonra da, o Üye Devlet'in Konsey'de oy kullanma gibi üyelikten mütevellit birtakım haklarını askıya alabilecektir. Asıl prosedürden önce, ''gerekli uyarıların'' yapılacağı ikinci bir prosedürün öngörülmüş olması, bize yukarıda kısaca değindiğimiz Avusturya olayını hatırlatmaktadır. Hatırlanacağı üzere, Avusturya'da aşırı sağ bir partinin seçimler sonucu koalisyon ortağı olarak hükümete girmesi söz konusu

---

[525] Doktrinde, Bermann, Goebel, Davey, Fox, bu bağlamda bir de, Nice Antlaşması'nın AT Antlaşması'nın (belli temellerle ayrımcılığın önlenmesine yönelik tedbirler alınmasını öngören) 13. maddesine ilişkin olarak, Üye Devletlerin bu hedeflere katkıda bulunmasını güçlendirmek için teşvik edici tedbirler alınmasını öngörmesini ve bunu da, karar alma prosedürü bakımından Parlamento'nun etkili olduğu şekilde ve de nitelikli çoğunluk kuralına bağlamasını da, küçük de olsa bu meyanda bir değişiklik olarak zikretmektedir. Bermann et. al., **op.cit**, p.221.

[526] Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları için verdiğimiz antlaşmaların içeriğine dair kısa bilgiyi Nice için de vermek gerekirse; diğerleri gibi, Nice de, bir reform antlaşmasıydı ve dolayısıyla mevcut dört Kurucu Antlaşma'da değişiklik getirmekteydi. Toplamda 13 madde, 4 Protokol ve yine çok sayıda deklarasyondan oluşan Antlaşma'nın 1., 2., 3. ve 4. maddeleri ile, sırasıyla AB, AT, Euratom ve AKÇT Antlaşmaları'nda değişiklikler yapılmış olup; geri kalan maddelerle de, çeşitli konularda düzenlemeler getirilmiştir.

[527] Önce, Üye Devletlerin en az üçte birinden (1/3) veya Parlamento yahut Komisyon'dan bu yönde teklif gelecek; sonra Konsey (normal formatta, yani devlet ve hükümet Başkanları formatında değil), Parlamento'nun onayını alacak ve beşte dört (oybirliği değil) ile karar verecektir. Ayrıca bu süreçte, ilgili Üye Devlete görüşünü bildirme imkanının verilmesinin yanısıra, bağımsız kişilerden de konuya ilişkin bir rapor hazırlamaları istenebilecektir.

olduğunda, bu prosedürünü işletilmesi gündeme gelmiş; ancak (ihlal riski olsa da) somut ve ciddi bir ihlal olmadığı için, prosedürün işletilmesi, zaten daha en baştan mümkün olmamıştı.[528] Nice ile, artık somut bir ihlalin varlığından önce, ihlal riskinin varlığı halinde de, belki üyelik haklarını askıya almak değil ama en azından belli tavsiyelerde bulunmaya zemin hazırlayan bir ön-uyarı prosedürü işletilebilecektir.[529] Böylece, mekanizmanın Amsterdam'la gelen *bastırıcı* yönüne, *önleyici* bir mahiyet kazandırılmıştır.[530]

Divan'a Yargı Yetkisinin Verilmesi. Hatırlanacağı üzere, Amsterdam sonrası m.7'yi değerlendirirken, bu prosedürden, en azından usuli boyutu bakımından, yargı denetiminin dışlanmış olmasını yadırgadığımızı söylemiştik. Bu şekilde ciddi ve sürekli bir ihlale yönelik alınacak kararın, ''siyasi'' nitelikte olmasından bahisle yargısal bir değerlendirmeye tabi tutulmamasının normal ve hatta belki de uygun karşılanabileceğini; ancak hükmün işletilmesi noktasındaki prosedürel gerekliliklerin denetim dışı bırakılmasının kabul edilebilir olmadığını söylemiştik. İşte Nice, bunu telafi yoluna gitmiş; ve Birlik yargısının yetkisini düzenlediği AB Antlaşması'nın 46. maddesinde, m.7 bağlamında alınacak kararları, ''şekil'' yönünden Divan'ın yargı yetkisine dahil etmiştir (AB Antlaşması m.46/e). Divan, ilgili Üye Devletin Konsey kararından itibaren 1 ay içinde yapacağı başvuru neticesinde, kararın maddede öngörülen şekil şartlarına uygun alınıp alınmadığını inceleyecektir.

Nice Antlaşması, temelde 2004'te üye olması planlanan on (10) Orta ve Doğu Avrupa ülkesi bağlamında genişlemeye yönelik bir kurumsal ve hukuki altyapı hazırlanmasını amaçlamıştı ve bu bağlamda da, Antlaşma'yı hazırlamak için toplanan Hükümetler-Arası Konferans, o güne kadarkiler arasında belki de insan haklarının gündemde en az olduğu Konferans'tı. Nice, amacına hizmet etti; bu amaç içinde insan hakları yoktu. Hatta m.7'de yapılan değişiklikle önleyici bir prosedürün getirilmesi bile,

---

[528] Gerçi doktrinde, Bermann, Goebel, Davey ve Fox, bu ön-uyarı niteliğindeki prosedür, Amsterdam sonrası m.7'de olsaydı, bunun Avusturya'ya karşı kulanılıp kullanılamayacağının tartışmalı olduğunu söylemektedir. **Ibid.** p.222. Yine yazarlara göre; orada hatırlanacağı üzere, Birlik, herhangi bir yaptırım uygulamamış; Üye Devletler, birtakım diplomatik yaptırım kararları almıştı. Yine yazarlara göre; Antlaşma, böyle bir durum için özel bir prosedür getirdiğine göre, bu konuda Üye Devletleri toplu veya bireysel olarak eylemde bulunmak noktasında yetkisiz kılmış mıdır (*preemption of the Member States*) sorusu da haklı olarak sorulabilecek bir soru olarak belirmektedir. **Ibid**.

[529] Bu noktada, ön-uyarı prosedürü için ihtiyari rapor mekanizmasının da, Avusturya olayından esinlenilerek geldiği söylenebilir. Hatırlanacağı üzere, o zaman, böyle bir komisyon, gayri-resmi olarak görevlendirilmişti. Şimdi bu, en azından ön-uyarı mahiyetindeki süreç için, hukuki bir temele oturtulmuş olmaktadır.

[530] Lindfelt, **op.cit**, p.82.

Avusturya olayından ders alınarak, ama asıl yakında üye olması beklenen ve insan hakları, demokrasi gibi karneleri nispeten geri durumda olan Orta ve Doğu Avrupa ülkelerine karşı bir tedbir olarak görülebilirdi. Böyle olunca, *AB İnsan Hakları Hukukunun* çözülmeyi bekleyen temel meseleleri de, yine bir başka bahara kalıyordu.[531]

2.2.3.4.2. Anayasa'ya Kadarki Diğer Siyasi-Hukuki-Kurumsal Gelişmeler

2000'li Yıllar ve Anayasa Tartışmaları Işığında İnsan Hakları Meseleleri

2000'li yıllara girdiğimizde, insan haklarının kaderi biraz değişmiştir. 1990'ların ikinci yarısında başta genişleme olmak üzere başka mühim görülen meseleler karşısında geri plana itilen ve antlaşma reformlarında da yasak savma kabilinden birtakım makyajlarla idare edilen insan hakları meselesi, 2000'li yıllarda başlayan (daha doğrusu ete kemiğe bürünen) bir AB Anayasası tartışmaları kapsamında daha sık gündeme gelir olmuştur. Anayasaların devleti/siyasal kurumları organize etmek ve iktidar karşısında hak ve özgürlükleri güvence altına almak şeklindeki iki temel işlevi, ister istemez, bir anayasa yapma iddiasıyla ortaya çıkan bir siyasal toplum için insan hakları meselesini de gündemin baş sıralarına alma mecburiyetini doğurmuştur.

Temel Haklar Şartı İçin Konvansiyon

Bu süreçteki en önemli gelişme, hiç şüphesiz bir Temel Halar Şartı'nın hazırlanmasıyla neticelenen süreçtir. Haziran 1999'da toplanan Köln Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi), bir Konvansiyon teşkilini öngörmüş ve bu Konvansiyon'a da Birlik için bir ***Temel Haklar Şartı*** hazırlama görevini vermiştir. Bu Konvansiyon'un hazırladığı metin (Temel Haklar Şartı), Konsey (Bakanlar Konseyi), Parlamento ve Komisyon tarafından onaylanmış ve 7 Ekim 2000'de yine Nice'te ilan edilmiştir. Ancak Şart'ın hukuki statüsüne (ve dolayısıyla da bağlayıcılığına) dair karar verilmemiştir. Nice Antlaşması'nın hazırlandığı süreçte, bu, şüphesiz çok önemli bir gelişmeydi. Ne var ki, Nice Antlaşması da, Şart'ın hukuki statüsüne dair herhangi bir düzenleme

[531] Yine bu noktada, Nice reformu için insan hakları alanında önerilerde bulunmak amacıyla kurulan iki uzmanlık komitesinin hazırladığı raporlardaki önerilerin, reformu yapmak için toplanan HAK'ta hemen hiç dikkate (hatta gündeme dahi) alınmadığını hatırlatalım.

getirmeyecekti. Zaten Antlaşma'yı hazırlayan Hükümetler-Arası Konferans'ı sonuçlandıran ve taslak Antlaşma metnini onaylayan Aralık 2000'deki Nice Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) de, Zirve sonuç bildirgesinde, Şart'ın hukuki statüsünün – Köln Zirvesi'nde kararlaştırıldığı şekilde – ileride ele alınmasını öngörmekteydi.[532]

Anayasa tartışmalarına takaddüm eden Temel Haklar Şartı'nın kabulüyle birlikte, nihayet, 1970'lerden beri dillendirilen Birliğe özgü bir hak bildirgesi hayali – bağlayıcılık noktasındaki durum itibariyle hevesleri biraz kursakta bıraksa da – gerçekleşmiş ve anayasa tartışmaları ve ardından başlayan yeni antlaşma reformu süreci dolayısıyla da bu on yılın gündemini epey işgal etmiştir.

Bu süreçteki gelişmelere, aşağıda Anayasa ve Lizbon'u incelerken değineceğiz. Fakat şimdiden şu kadarını söyleyebiliriz ki, yeni binyılın ilk on yılı bittiğinde, *AB İnsan Hakları Hukukuna* dair eski binyıldan (90'lardan) tevarüs eden temel meseleler – arzulanan seviyede ve yönde veya değil, ancak bir şekilde – çözüme kavuşturulmuştur. Bu dönem bittiğinde, AB, bağlayıcı bir temel haklar kataloğuna kavuşacak; Birliğin AİHS'ye katılımı meselesi – tam olarak tamamlanmasa da – hukuki altyapısı itibariyle hallolacaktır. Bireylerin insan hakları ihlalleri bakımından dava açabilmelerine ilişkin olarak da, özel bir bireysel başvuru yolu şeklinde olmasa da, dava ehliyeti şartlarının biraz yumuşatılması suretiyle bir miktar gelişme sağlanacaktır.

Tabii bütün bunların başlangıcı, tarihsel olarak Anayasa ise de; hukuki planda Lizbon'un hanesine yazılmıştır. Dolayısıyla bu yıllar, öncelikle bir anayasa tartışmaları bağlamında katılım, Şart, dava ehliyeti gibi meselelerin çözümüne; bu arada da insan haklarının Birlik tasarruflarının bir çerçevesi, bir sınırı olma işlevi ötesinde, bir politika aracı olarak geliştirilmesi ve daha etkin korunmasına yönelik politikaların üretildiği ve belli kurumsallaşmanın sağlandığı yıllar olacaktır. Bundan sonra başlayacak ikinci on yıl ise, bir yandan, başta artık geri dönülemez bir şekilde gerçekleştirilmesi söz konusu olan AİHS'ye katılımın nasıl ve ne şekilde gerçekleştirileceğine; bir yandan da, insan haklarının bir iç ve dış politika aracı olarak ne şekilde rol oynayacağına ayrılacaktır. Tabii, dünya ve Avrupa siyasetinin diğer temel meseleleri (Orta Doğu, ekonomik kriz, terörle mücadele vs.) müsaade ettiği ölçüde...

---

[532] Bkz.: Zirve sonuç bildirgesi; http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm, Erişim Tarihi: 19.1.2013.

2.2.4. Anayasa'nın[533] Getirdikleri ve Halefi Lizbon Antlaşması ile Gelinen Nokta

2.2.4.1. Genel Olarak

Atmosfer

AB Kurucu Antlaşmaları, 1950'lerdeki Paris ve Roma Antlaşmaları'nın sessizliğinin ardından 1986 tarihli Tek Avrupa Senedi'yle ilk defa insan haklarına saygı kavramına atıf yapmış ve daha sonraki bütün antlaşma reformlarında da irili ufaklı ilavelerde bulunmuştu. Ancak yukarıda ilgili Antlaşma reformlarına dair değerlendirmelerde de söylediğimiz gibi, bu değişikliklerin hemen hiçbiri, AB'nin insan hakları koruması bağlamında – özellikle insan haklarının gerek iç gerek dış politikalarda aktif rol oynamasını isteyen çevreler tarafından – ortaya konan hedeflere ulaşması için önerilen adımları içermemekteydi. AB'nin AİHS'ye katılımı ve böylece insan hakları noktasında bir dış (AİHM) denetime tabi kılınması; 2000 yılından beri var olan Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı bir Topluluk/Birlik normu haline getirilmesi veya en azından AİHS'ye bağlayıcılık atfedilmesi; Adalet Divanı eliyle (jürisprüdansiyel olarak) şekillenen korumanın sorunlu yanlarının (özellikle bireylerin insan hakkı ihlallerin için dava açabilmelerine ilişkin ehliyet kurallarının katı yorumlanması) izalesi ve dış ilişkilerde de aktif bir insan hakları politikası izlemek gibi geniş bir yelpaze oluşturan öneriler, yeni binyılda, elbette ki artı ve eksileriyle, savunanları ve karşı olanlarıyla birlikte AB akademik ve siyasi çevrelerinde halen tartışılmaya devam etmekteydi.

Genişlemenin hukuki ve kurumsal altyapısını oluşturma perspektifini ön-plana alan Nice'ten sonra, artık gelecek reformlarda, artık insan haklarının, asıl amacı başka alanları ihya etmek olan reformların meşruiyetini güçlendirmek gibi tali ve dolaylı bir şekilde değil; doğrudan gelecek reformların asli bir bileşeni olarak ele alınması konusunda sesler yükselmeye başlamıştı. İşte ilk ürünü 2004 tarihli Anayasal Antlaşma ve onun başarısızlığa uğramasının ardından da 2007 tarihli Lizbon Antlaşması olacak olan *Avrupa'nın Geleceği Konvansiyonu*, bu atmosfer ışığında toplanacaktı.

---

533 Antlaşma'nın orijinal adı, ***''Avrupa İçin Bir Anayasa Teşkil Eden Antlaşma'' / ''Treaty establishing a Constitution for Europe***''dur. Ancak kısaca Anayasal Antlaşma, Avrupa Anayasası ve tek başına Anayasa isimleriyle de anılmaktadır. Biz çalışma boyunca, ''Anayasa'' ve ''Anayasal Antlaşma'' kavramlarını, birbirinin yerine kullanacağız.

Neden Anayasal Antlaşma?

Konvansiyon sürecine ve bu süreç sonunda gerek Anayasal Antlaşma gerek Lizbon Antlaşması ile insan hakları alanında ortaya çıkan gelişmelere girmeden önce (konuları ele alış yöntemimizi de etkileyen) bir iki hususu belirtmekte fayda vardır. Öncelikle halihazırdaki *AB İnsan Hakları Hukukunun* unsurları bağlamında Lizbon Antlaşması'nın getirdikleri olarak karşımıza çıkan bu gelişmeler, aslında 2004 tarihli Anayasal Antlaşma'nın ürünüdür. Ancak bilindiği üzere, bu Antlaşma'nın Hollanda ve Fransa'daki referandumlarda reddedilmesiyle başlayan süreçte yürürlüğe girememesi üzerine ortaya konulan Lizbon Antlaşması, pek çok alanda olduğu gibi insan hakları alanında da, selefinin öngördüğü düzenlemeleri büyük oranda (hatta biraz da azaltarak) benimsemiştir. Hatta denebilir ki, Anayasal Antlaşma'nın Lizbon Antlaşması'ndan eksiği yoktur, fazlası vardır. İleride göreceğimiz Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması, AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkin hukuki altyapının sağlanması gibi devrim niteliğindeki gelişmelerin hepsi, Anayasal Antlaşma'da mevcuttur. Durum bu olmakla birlikte, önümüzdeki gerçek, halihazırda hukuki bir metin olarak Lizbon Antlaşması'nın karşımızda durması ve mevcut Kurucu Antlaşmalarda yapılan değişikliklerin temelinin Lizbon Antlaşması olmasıdır.

Bu iki durumun (tarihsel temelin Anayasal Antlaşma, fakat halihazırdaki metnin Lizbon Antlaşması olmasının) bizim burada izleyeceğimiz yönteme ilişkin olarak bazı sonuçları da olmuştur. Öncelikle, Kurucu Antlaşmalarda insan haklarına atıflar konusunu işlerken, dönem olarak yaptığımız ayrımda, ikinci dönemin başlangıcı olarak Lizbon Antlaşması'nı esas alacağımızı zaten yukarıda bu bölümün girişinde ifade etmiştik ve öyle de yaptık. Zira hukuken, Anayasal Antlaşma yürürlüğe giremediği için, onun getirdiği değişiklikler de yürürlüğe girememiş ve böylece Lizbon'un kabulü ve yürürlüğe girişine kadar AB İnsan Hakları Hukuku, önce Tek Avrupa Senedi, sonra Maastricht ve Amsterdam ve en son da Nice Antlaşmaları'nın oluşturduğu yapı içinde şekillenmiştir. Yeni dönemi başlatan ise, Anayasal Antlaşma değil; Lizbon olmuştur. Dolayısıyla, belki tarihsel olarak Anayasal Antlaşma'dan öncesi ve Anayasal Antlaşma'dan sonrası var denebilirse de; ***hukuken, Lizbon'dan öncesi ve Lizbon'dan sonrası*** vardır. Buna bağlı olarak, **ilk dönemin başlığı** da, gerçek hukuki durumu yansıtması açısından ''***Tek Avrupa Senedi'nden Lizbon Antlaşması'na Kadarki Dönem***'' olarak atılmıştır.

Öte yandan Lizbon, temelde Anayasal Antlaşma ile öngörülen (insan haklarına ilişkin) değişiklikleri büyük oranda benimsediği için, tarihsel süreç içerisinde Anayasal

Antlaşma ve ona giden süreç de, bizce, incelenmeyi hak etmektedir. Üstelik Lizbon, selefinin getirdiği düzenlemelerin bazılarını da (örneğin en başta, Temel Haklar Şartı'nın Antlaşma metnine alınmaması ve ayrı bir metin olarak bağlayıcılık kazanması gibi) benimsememiştir. Bu ise, Lizbon'un insan hakları alanında getirdiklerini Anayasal Antlaşma ile birlikte değerlendirmenin zaruretini ortaya koymaktadır. Buna bağlı olarak da, Kurucu Antlaşmalarda insan haklarına atıfların incelendiği **bu kısımda ikinci başlık**, ''***'Anayasal Antlaşma ve Halefi Lizbon İle Gelinen Nokta***'' olarak atılmıştır. Dolayısıyla buradaki yöntem de, önce Anayasal Antlaşma'nın incelenmesi; ardından da Lizbon'un bunlara yaptığı ekleme ve çıkarmaların verilmesi şeklinde olacaktır.

Lizbon'u Ele Alış Yöntemimiz

Ancak bu noktada da başlamadan yapmamız gereken bir hatırlatma vardır. Lizbon Antlaşması ve onun temeli olarak Anayasal Antlaşma'ya kadarki süreç, bir anlamda bugün için **hukuki (etkileri olan fakat) sonucu olmayan** tarihsel bir süreçtir. Yani Tek Avrupa Senedi, Maastricht, Amsterdam ve Nice Antlaşmaları'nın hepsi, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinde birer tarihsel ve hukuksal olgudur. Bu hukukun güncel hali ise, Lizbon Antlaşması'nın getirdiği çerçeveye (daha doğru ifadesiyle mevcut üç Kurucu Antlaşma'da[534] yaptığı değişikliklere) bağlı olarak şekillenmiştir. Diğer bir anlatımla, Lizbon öncesi süreç, bir hukukun (*AB İnsan Hakları Hukuk*u) tarihsel gelişim sürecini; Lizbon sonrası süreç ise, bir yandan bu hukukun mevcut durumunu (*status quo*), bir yandan da bu mevcut duruma gelirken yaşanan tarihsel süreci yansıtmaktadır. Dolayısıyla **Lizbon sonrası süreç** dediğimizde, kastedilen, aslında arkaplanında tarihsel dinamikler bulunan, fakat neticede halihazırdaki hukuki yapıyı anlatan durumdur; yani kısaca **halihazırdaki AB İnsan Hakları Hukukudur**.

Bu hukukun daha iyi anlaşılmasını sağlaması amacıyla da, tüm Lizbon öncesi süreçteki Kurucu Antlaşmalar'a yer verilmiş ve bunların insan hakları alanında getirdikleri, tezin kapsamına uygun bir genişlikte verilmeye çalışılmıştır. Lizbon sonrası sürecin ''tarihsel bağlamda'' incelenmesi ise, biraz farklı olacaktır. Az önce de belirttiğimiz gibi, her şeyden önce, bu da, neticede bir tarihsel süreçtir ve bu yönüyle de, *AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel sürecinin* siyasi-hukuki-kurumsal boyutunun anlatıldığı bu kısımda değerlendirilecek yönlere sahiptir. Ancak getirdiği düzenlemeler

[534] AKÇT'nin 2002'de sona erdiğini ve artık 4 değil, 3 Kurucu Antlaşma kaldığını hatırlatalım.

sonucu ortaya çıkan yapı, yani bir anlamda sonuçları itibariyle ise, dediğimiz gibi, halihazırda bir disiplin olan *AB İnsan Hakları Hukukunu* oluşturmaktadır ve bu yönleri de, ileride bu hukukun esaslarının anlatılacağı tezin *3. bölümünde* incelenecektir. Dolayısıyla şimdi yapılacak olan, Lizbon ve selefi Anayasal Antlaşma'nın hazırlanmasına giden süreçteki gelişmelerin incelenmesi ve ayrıca gelen değişikliklere de tek tek değinilmesi olacaktır. Bu noktada da, önce, *Anayasal Antlaşma'ya giden süreç, beklentiler, atmosfer ve Konvansiyon'un oluşumu ve çalışması* üzerinde durulacak; ardından, *Anayasal Antlaşma'nın insan hakları alanında getirdiği düzenlemeler incelenecek*; en sonda da Lizbon üzerinde durulacaktır.

2.2.4.2. Beklentiler, Reforma Giden Süreç, Atmosfer, Anayasal Konvansiyon ve Anayasa

Anayasal Antlaşma'ya giden süreçte AB'de yaşanan siyasi tartışmaları ve atmosferi kapsayıcı bir şekilde ele almak, çalışmanın kapsamını aşacaktır. Ancak AB'de ve daha genel olarak da *Avrupa Kamu Düzeninde* insan haklarına ilişkin olarak var olan tartışmalar, dinamikler ve çözüm bekleyen konulara dair genel bir fotoğrafı yukarıdaki girişte vermeye çalıştık. Bununla birlikte Anayasal Antlaşma'ya vücut veren ***Avrupa Konvansiyonu***'nun (***European Convention***) oluşumunu ve amaçlarını bilmek de, Anayasal Antlaşma ile başlayan ve Lizbon Antlaşması ile tamamlanan reformları tam olarak anlayabilmek için gereklidir.

Antlaşma Reformunda Yeni Bir Yöntem ve Temel Haklar Şartı'ndan Esinlenme

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Anayasal Antlaşma'ya kadarki antlaşma reformlarının hepsi, bu iş için toplanan *Hükümetler-Arası Konferans*'lar tarafından hazırlanmıştı. Bu ise, özellikle bireyleri ilgilendiren reformların hep kapalı kapılar ardında siyasiler ve bir ölçüde de *Topluluk bürokratları* (*Avrokratlar*) tarafından hayata geçirildiği şeklinde eleştirilere yol açıyordu. Bu anlamda aslında ilk defa Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasında farklı bir yöntem denenmişti: ***Konvansiyon yöntemi***. Kısaca ifade etmek gerekirse, Haziran 1999'da toplanan Köln ve ardından yapılan Biarritz Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi), Birlik için bir temel haklar metni hazırlanması amacıyla (devlet ve hükümet başkanlarını temsilen 15, ulusal parlamentoları temsilen 30, Avrupa

Parlamentosu'nu temsilen 16 ve Komisyon'u temsilen de 1 üyeden oluşan) bir Konvansiyon'un kurulmasını öngörmüş; toplanan Konvansiyon, yaklaşık 10 aylık bir çalışma sonunda Temel Haklar Şartı'nı hazırlamış ve akabinde de Birlik kurumları tarafından bu Şart kabul ve ilan edilmişti.

Dolayısıyla, Anayasal Antlaşma'yı hazırlamak için kurulan Konvansiyon'dan önce AB tarihindeki ilk Konvansiyon (bir nevi kurucu meclis) denemesi, Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasına yönelik bu denemeydi. Şart, hazırlanış yöntemi itibariyle, AB için bir çığır açan; klasik HAK formatı dışında da temel metinlerin hazırlanabileceğini gösteren; bu yönüyle Birliğin kendisinin de kabul ettiği ve çeşitli platformlarda dile getirdiği yasama sürecinin halka yakın, açık ve şeffaf olmaması gibi eleştirileri bertaraf eden bir eğilimi de başlatmıştı. Nitekim, bu süreç, ardından başlayan daha büyük bir tartışmaya, *Avrupa'nın Geleceği* tartışmasına da ilham verecek ve Anayasa da buna benzer bir yöntemle hazırlanacaktı. Bu model, sadece temel haklar değil, AB'nin tüm anayasal yapısı ve sistemiyle ilgili atılacak adımların tartışılacağı meşruiyeti yüksek bir zemin olma yönüyle de, AB siyasal sistemine büyük katkılar sağlayacaktır.[535]

Aralık 2001 Laeken Zirvesi, ''Avrupa'nın Geleceğine Dair Deklarasyon'' ve Anayasal Konvansiyon'un Kurulması

İşte, AB'yi 2000'li yıllara taşıyacak bir hukuki ve kurumsal altyapıyı meydana getirecek kapsamlı bir reform için, bu sefer, bu tecrübeden de esinlenerek o ana kadar başvurulan klasik HAK usulünden farklı bir yöntem benimsendi ve sürecin yine (ve yeni) bir Konvansiyon eliyle yürütülmesi kararlaştırıldı. 14-15 Aralık 2001 tarihlerinde Belçika'nın Laeken kentinde toplanan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısında, Antlaşma reformunu yapacak gelecek HAK'ın mümkün olduğu kadar geniş tabanlı ve şeffaf olmasının sağlanması için, üye ve aday ülkelerin dahil olacağı bir Konvansiyon'un toplanmasına karar verildi.[536] Bu bağlamda Liderler, sonuç bildirgesine ek olarak

[535] Justus Schönlau, ''Courts, Charters and Conventions: The Institutionalisation of Human Rights Protection in the European Union'', **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime**, Ed. by Malte Brosig, Franskfurt am Main, Peter Lang, 2006, p.94.
[536]Toplantının sonuç bildirgesinin 3. paragrafı (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/68827.pdf), Erişim Tarihi: 19.1.2013.

''***Avrupa Birliği'nin Geleceğine Dair Laeken Deklarasyonu***''nu da (*Annex I*) kabul ettiler.[537]

Bu Deklarasyon'da, önce AB'nin gerek içeride gerek uluslararası arenadaki konumuna ilişkin değerlendirmeler yapılmış; ardından yenilenmiş bir AB'de karşılaşılan zorluklar ve reformlar tartışılmıştır. Bu kısımda, özel olarak ''Avrupa vatandaşları için bir Anayasaya doğru'' adında bir başlık açılmış ve burada mevcut Kurucu Antlaşmaların basitleştirilmesinden, Topluluk/Birlik ayrımına dayalı sütunlu yapının geleceğine; temel bir antlaşma ve tali antlaşma hükümleri şeklinde mevcut antlaşmaların yeniden organize edilmesinden, Temel Haklar Şartı'nın Antlaşmalara dahil edilmesi ve AİHS'ye katılıma kadar birçok konuda muhtemel bir reformun cevaplaması gereken sorular ortaya atılmış ve bütün bu soruların son tahlilde AB için bir ''anayasal metnin'' kabul edilmesine götürüp götürmeyeceği sorusu sorulmuştur.[538]

Bunun ardından ise üçüncü kısım olarak ''Avrupa'nın Geleceğine Dair Bir Konvansiyon''un kurulması için süreç belirlenmiştir. Buna göre, gelecek bir Hükümetler-Arası Konferans'a[539] temel teşkil etmesi için, Birliğin geleceğine dair (tartışmaya müdahil olacak ana taraflardan oluşan) bir Konvansiyon kurulacaktır. Konvansiyon'un temel işlevi, Birliğin gelecekteki gelişimine dair (Bildirge'de de dile getirilen) temel meseleleri tartışmak ve bunlara muhtemel cevapları tespit etmeye çalışmak olacaktır. Dolayısıyla konumuz bakımından özellikle iki temel konu olan AİHS'ye katılım ve THŞ'nin hukuki statüsü de, bu anlamda Konvansiyon'a yüklenen misyonun içindedir. Bildirge (Laeken Deklarasyonu), ayrıca, Konvansiyon'un başkan ve iki başkan yardımcısını tayin etmiş[540];

---

[537] Bkz.: sonuç bildirgesinin 19. sayfası. Bu noktada, yukarıda da belirttiğimiz gibi, fikir ve format olarak, Anayasa Konvansiyonu'nun, Temel Haklar Şartı Konvansiyonu'ndan esinlendiği şüphesizdir. Ancak, arada birtakım önemli farklılıklar da vardır. Bir kere, 2. Konvansiyon, daha geniştir; ki, bunun baş sebebi, hiç şüphesiz, Üye ve Aday Devlet sayısının artmasıdır. İkincisi, Liderler, bu sefer, Konvansiyon'a biraz daha etki etmek istemişler ve Başkan ile Başkan yardımcılarını, Konvansiyon'un kendisine bırakmayıp, bizzat kendileri belirlemişlerdir. Schönlau, **op.cit**, p.94. Keza 2. Konvansiyon, yetkisinin (yani ortaya çıkarmakla görevli olduğu şeyin) Şart'tan çok öte bir metin olması karşısında, çalışma yöntemi, Başkanlığa düşen rol, tematik çalışma gruplarının kurulması gibi yönleriyle de, 1. Konvansiyon'dan ayrılmaktadır. **Ibid**. p.96.

[538] Dikkat edilirse, henüz Konvansiyon'un bir ''anayasa'' hazırlamak için toplanacağı şeklinde kesin bir ifade ve kararlılık yoktur.

[539] Bilindiği gibi, öncesindeki hazırlık süreci ne olursa olsun, Antlaşma değişiklikleri için, son tahlilde resmen bir Hükümetler-Arası Konferans'ın toplanması gerekmektedir. Anayasal Antlaşma için de böyle olacaktır.

[540] Başkan olarak Fransa'nın eski cumhurbaşkanlarından *Valerie Giscard d'Estaing*; başkan yardımcıları olarak ise, İtalya'nın eski başbakanlarından *Giuliano Amato* ve Belçika'nın eski Başbakanlarından *Jean-Luc Dehaene* atanmıştır.

kompozisyonunu,[541] çalışma süresini, çalışma usullerini ve sekretaryasını düzenlemiş; kamuoyundaki tartışmaları destekleyecek bir Forum'un kurulmasını kararlaştırmış ve Konvansiyon'un, içinde çeşitli alternatifleri de içerecek şekilde nihai bir metni, Avrupa Konseyi'ne (Liderler Zirvesi) sunmasını öngörmüştür. Bu metin, daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, reform konusunda asıl yetkili olan Hükümetler-Arası Konferans'taki tartışmalar için bir başlangıç noktası olacaktır.

Konvansiyon'un Çalışmaya Başlaması ve İnsan Haklarıyla İlgili Meselelerin Ele Alınması: II Numaralı Çalışma Grubu

Anayasa Konvansiyonu,[542] 28 Şubat 2002'de ilk kez toplanmış ve çalışmalarını belli konularda çalışmak üzere oluşturulan **on bir (11) adet çalışma grubu** (*working group*)[543] üzerinden yürütmüştür. Bu grupların çalışmaları sonucunda hazırlayacağı

---

[541] Konvansiyon, Başkan ve iki başkan yardımcısına ilave olarak Devlet ve Hükümet Başkanlarını temsilen 15 (o zamanki 15 Üye Devletin her birinden birer); ulusal parlamentoları temsilen 30 (yine 15 Üye Devlet Parlamentosunun her birinden ikişer); Avrupa Parlamentosu'nu temsilen 16 ve Komisyon'u temsilen de 1 üyeden oluşacaktır. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu aday ülkeler de, aynı Üye Devletler gibi, iki kişi parlamentolarını temsilen, 1 kişi de hükümetlerini temsilen olmak üzere 3'er kişi ile Konvansiyon'da yer alacak; bunlar toplantılara katılacak, ancak Üye Devletler arasında oluşacak bir uzlaşıyı engelleme yetkisine sahip olmayacaklardır. Ayrıca Ekonomik ve Sosyal Komite, Bölgeler Komitesi ve AB Ombudsmanı da, Konvansiyon'da gözlemci olarak yer alacaktır. Son olarak, Adalet Divanı ile ve AB Sayıştayı'nın başkanları da, Konvansiyon başkanlığı tarafından toplantılara davet edilebilecektir. Bu noktada, Avrupa Konseyi'nin gözlemci olarak dahi Konvansiyon'da yer almasının öngörülmediğini not etmek gerekir. Oysa Temel Haklar Şartı'nı hazırlayan Konvansiyon'a, hem Konsey hem de AİHM gözlemci olarak davet edilmişti. Bu durum, ilgili çevrelerde hayal kırıklığı yaratmış ve iki örgüt (AB ve Avrupa Konseyi) arasındaki ilişkilerin ilerletilmesi adına kaçan önemli bir fırsat olarak görülmüştür. Tony Joris, Jan Vandenberghe, ''The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows'', **Columbia Journal of European Law**, Vol:15 Issue:1, 2008-2009, p.15. Ancak Konsey, yine de, aynı zamanda ulusal parlamentoların da üyeleri olan (ve böylece ulusal parlamentoları temsilen Konvansiyon'da yer alan) Parlamenterler Meclisi üyeleri vasıtasıyla, ulusal parlamentoların Konvansiyon'a ilişkin iletişim ve diyalog kanallarını kullanarak süreci yakından izlemeye çalışmıştır. **Ibid**.

[542] Konvansiyon, daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, aslında bir anayasa konvansiyonu, diğer bir deyişle bir anayasa hazırlama konvansiyonu olarak kurulmamıştır. Nitekim resmi adı, ***Avrupa'nın Geleceğine Dair Konvansiyon***'dur. Kuruluşuna ve misyonuna ilişkin *Laeken Deklarasyonu*'nda da, kendisine, açıkça AB için bir anayasa hazırlama görevi tevdi edilmiş değildir. Yukarıda da yer verdiğimiz gibi, ''*anayasa*'' kavramı, söz konusu Deklarasyon'da, sadece ''bütün bu çözülmesi gerekli meselelerin nihai noktada Birlik için bir anayasaya götürüp götürmeyeceği'' sorusu bağlamında geçmiştir. Ancak Konvansiyon, çalışmaya başladığı ilk günden itibaren ***kendisini bir anayasa konvansiyonu olarak görmüş*** ve bir anayasa taslağı hazırlama gayreti içine girmiştir.

[543] Bunların isimleri sırasıyla; *İkincillik, Şart/AİHS, Hukuki Kişilik, Ulusal Parlamentolar, Tamamlayıcı Yetkiler, Ekonomik Yönetişim, Dış Eylemler, Savunma, Basitleştirme, Özgürlük-Güvenlik ve Adalet, Sosyal Avrupa*'dır. (Gruplar hakkında ayrıntılı bilgi ve belge ve yetki

raporlar, Konvansiyon'un tümüne sunulacak ve birleştirilerek tek bir öneri halinde reform için toplanacak HAK'a sunulacaktır. Bunlardan, özellikle Birliğin AİHS'ye katılımı ile Temel Haklar Şartı'nın gerek gözden geçirilmesi gerek Antlaşmalara alınması ve hukuki statüsünün belirlenmesi konularında görevlendirilen[544] ***II numaralı Çalışma Grubu***, bizim konumuz açısından da oldukça önemlidir. [545]

II No'lu Çalışma Grubu,[546] temelde iki konuda Konvansiyon'a öneriler sunmakla yetkilendirilmiştir:

- Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesinin usulleri ile sonuçları ve
- Topluluğun/Birliğin AİHS'ye katılımının sonuçları

Yine yetki belgesinde, bu iki hususun birbirinin alternatifi olmadığı; zira herhangi birinin gerçekleşmesinin diğerinin gerekliliğini hiçbir şekilde azaltmayacağı da ifade edilmiştir. Yetki belgesinde vurgulanan önemli bir husus da, Çalışma Grubu'nun, bu iki konunun da siyasi yönleri (yani katılımın veya Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesinin uygun olup olmadığı) değil; bunların siyaseten uygun olması ihtimaline binaen, sadece özel olarak yukarıdaki çerçevede (yani ''sonuçları bakımından) meseleye yaklaşmasının öngörülmüş olmasıdır.

Nitekim Grup, çalışmalarının ardından 22 Ekim 2002 tarihinde sonuç raporunu Başkanlığa sunmuştur.[547] Grup, bu yetki bağlamında Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi olasılığının yolları ve sonuçları ile Birliğin AİHS'ye olası katılımının şekli ve sonuçlarını görüşmüş; ayrıca, bu sorudan bağımsız olarak ortaya çıkan, ancak temel haklarla yakından ilgili görülen bireylerin (özellikle insan hakları ihlalleri bakımından) Adalet

---

alanlarına ulaşmak için bkz.: http://european-convention.eu.int/EN/doc_wg/doc_wg2352.html?lang=EN, Erişim Tarihi:19.1.2013.)

[544] Hatırlanacağı üzere, Laeken Deklarasyonu'nda Avrupa'nın geleceği için toplanacak Konvansiyon'un bu konulara da eğilmesi gerektiği ifade edilmişti.

[545] Bu noktada, *katılım* ve *THŞ*'nin statüsü gibi iki temel meseleye doğrudan temas etmesi yönüyle bu çalışma grubu, insan hakları alanında baş aktör olsa da, özel olarak bu iki konuyla ve genel anlamda da AB'de insan haklarının korunmasıyla ilgili meselelere temas eden başka çalışma grupları da olmuştur. Örneğin, katılım deyince, katılımın maddi yönü ve gerekliliği kadar, AB'nin bir uluslararası hukuk kişisi olarak ***katılıma ilişkin ehliyeti*** de önemlidir ve örneğin bu konu, ''hukuki kişilik'' hakkında görevlendirilen *çalışma grubunun (III No'lu Grup)* yetkisi içindedir. Ayrıca, genel olarak AB'de temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından, *Dış Eylemler (V*II), *Adalet-Özgürlük ve Güvenlik* (X) ve *Sosyal Avrupa* (XI) konularında görevlendirilen grupların çalışmaları da önemlidir.

[546] *31 Mayıs 2002 tarih ve CONV 72/02 sayılı yetki belgesi*; http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00072.en02.pdf, Erişim Tarihi: 20.1.2013.

[547] CONV 354/02, http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00354.en02.pdf, Erişim Tarihi: 20.1.2013.

Divanı'na erişimi (dava açabilme ehliyetleri) meselesini de tartışmıştır.[548] Raporun, Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi ve katılım meselesine ilişkin olarak neler önerdiğini, ileride her iki meselenin özel olarak incelendiği yerlerde ele alacağız; ancak kısaca söylemek gerekirse, Grup, her iki meseleye de olumlu yaklaşmış[549] ve her iki gelişmenin de şekil ve sonuçlara ilişkin olarak farklı ihtimallere dayanan çeşitli önerilerde bulunmuştur.

Grup'un ilave olarak temel haklarla yakından ilgili gördüğü için gündemine aldığı bireylerin Adalet Divanı'na erişimi meselesine ilişkin olarak ise, esasında Birlik'te bireylere açık olan mevcut başvurular sistemi (bilhassa etkili yargısal koruma hakkı ışığında) tartışılmıştır. Bu bağlamda Grup, temel hakların korunması için Adalet Divanı önünde özel bir dava usulü ihdas etme fikrini (ki özellikle akademik çevrelerde bu yönde öneriler olduğunu daha önceden ifade etmiştik) değerlendirmiş ve üyelerinin çoğunun sıcak bakmaması üzerine nihai raporunda böyle bir öneriye yer vermemiştir. Ancak Grup, (o zamanki AT Antlaşması'nın 230. maddesi bağlamında) bireylerin Adalet Divanı'na erişimindeki soruna da dikkat çekmiş ve özellikle söz konusu hükümde aranan *doğrudan* ve *bireysel ilgi (menfaat)* şartının mevcut Divan içtihadı da dikkate alındığında, bireyler açısından *etkili yargısal başvuru yollarına sahip olma hakkı* bakımından sorunlu olduğunu söylemiştir.[550] Bununla birlikte Grup, gerek yetki çerçevesinin katılım ile Şart'ın hukuki statüsüyle sınırlı olması; gerekse konunun, Divan'ın adalet ve içişleri alanındaki yargı yetkisi veya ikincillik ilkesinin yargısal denetimi gibi (başka çalışma gruplarının yetkisine giren) konularla birlikte ele alınması gerektiğini düşünerek, dava ehliyeti noktasındaki bu soruna dikkat çekmenin ötesine geçmemiş, somut önerilerde bulunmaktan kaçınmıştır.

---

[548] Aslında yetki belgesinde böyle bir çalışma istenmemiştir. Ancak şunu da akılda tutmak gerekir. Bu çalışma gruplarından hiçbiri, temel haklar ve özgürlükler yahut insan hakları gibi genel bir başlıkta yetkili değildir; yani bu konuda (insan haklarına özgü) herhangi bir çalışma grubu teşkil edilmemiştir. Elbette ki, yukarıda da söylediğimiz gibi, birçok grubun konuları içinde, temel hak ve özgürlüklerle ve dolayısıyla AB'de insan hakları korumasıyla yakından ilgili görev konuları mevcuttur; ancak özel olarak AB'de temel hak ve özgürlüklerin korunmasına bir grup tahsis edilmemiştir. O dönemde, AB'de insan hakları koruması bakımından en önemli konular olarak bu iki konu gündemde olduğu için, AB'de insan haklarının korunması, bir anlamda bu iki konudan ibaret görülmüş olabilir. Ancak II No'lu Grup, herhalde kendisine verilen görevin genel çerçevesinin AB'de temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunu ve bunun da, yetki belgesinde, *katılım* ve *Şart'ın hukuki statüsü* şeklinde ifade edildiğini; ancak temel hak ve özgürlüklerle yakından alakalı herhangi bir meselede de görüş bildirmeye yetkisinin olduğunu düşünmüş olmalıdır.

[549] Gerçi onlara, bu konuda ''fikirleri'' sorulmamıştı hatırlanacak olursa.

[550] Nitekim bu hususu yukarıda jürisprüdansiyel korumanın sorunlu yanları bahsinde irdelemiştik.

Neticede Konvansiyon, çalışmalarını 10 Temmuz 2003'te tamamlamış ve 18 Temmuz 2003'te Avrupa Konseyi'ne (dönem başkanı olan İtalya'ya) ***Avrupa İçin Bir Anayasa Teşkil Eden Taslak Antlaşma***'yı (kısaca ***Anayasal Antlaşma***)[551] sunmuştur. Bu metin, bağlayıcı olmasa da, antlaşma reformu için 2004'te toplanan Hükümetler-Arası Konferans'ın tartışmalarında temel tartışma metni olmuş ve ortaya çıkan *Anayasal Antlaşma* metni de, büyük oranda Konvansiyon'un hazırladığı bu taslaktaki düzenlemeleri içermiştir.

Antlaşma'nın Akıbeti

Antlaşma'ya, Konvansiyon'un hazırladığı metin temel alınarak ve büyük ölçüde de bu metne sadık kalınarak reform için toplanan Hükümetler-Arası Konferans'ta son şekli verilmiş; ve 29 Ekim 2004'te, o zamanki 25 ülkenin Devlet ve Hükümet Başkanları (veya temsilcileri) tarafından da imza atılmıştır. Daha sonradan ise, Üye Devletlerin kendi anayasal sistemleri uyarınca onay prosedürü başlamıştır. Bu süreçte Devletlerin çoğu, parlamento onayını yeterli görürken, Danimarka, Fransa, İrlanda, Lüksemburg, Hollanda, İspanya ve Portekiz'de referanduma gidilmesine karar verilmiştir. Antlaşma, Haziran 2005'e gelindiğinde, 10 ülkede (ki aralarında istişari referandum neticesinde onaylanan İspanya da vardır) onaylanmış;[552] ancak 29 Mayıs 2005'te önce Fransa'da, 3 gün sonra da Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmesinin ardından, Üye Devletler, onay prosedürünü askıya almıştır.[553] Bundan sonra ise, bir ''*bekleme dönemi*''ne (*period of reflection*) karar verilip ne yapılması gerektiği konusunda bir tartışma ortamı başlatılacak; bu sürecin sonu ise, Lizbon Antlaşması olacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Anayasal Antlaşma yürürlüğe giremediğinden ve AB için bağlayıcı bir hukuki durum meydana getiremediğinden, hükümlerini ayrıntılı olarak incelemeyeceğiz. Ancak halihazırdaki hukuki yapının dayandığı Lizbon Antlaşması ve onun Kurucu Antlaşmalar'da yaptığı değişiklikler de, akşamdan sabaha bir anda yapılan değişiklikler değildi. Bunların daha iyi anlaşılabilmesi için, özellikle hangi

---

[551] *Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*

[552] Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_establishing_a_Constitution_for_Europe, Erişim Tarihi: 22.1.2014.

[553] Gerçi Lüksemburg'da, bu redlere rağmen Haziran 2005'te istişari bir referandum gerçekleştirilmiş ve büyük bir evet oyuyla olumlu sonuç alınmıştır. Belçika'da da, birçok Parlamento tarafından tamamlanması gereken onay sürecinde, o ana kadar onay veren iki Parlamento'dan sonra diğer Parlamentolarda onay süreci devam ettirilmiştir. Parlamenter onay sürecini işleten diğer bazı ülkelerde de, onay sürecinin devam ettirildiğini söyleyelim.

tarihsel tartışma süreçlerinin sonucunda kabul edildiğinin ve bu itibarla da Anayasal Antlaşma'nın bilinmesi gerekliydi. Biz de, bu amaçla, buraya kadar Anayasal Antlaşma'nın hazırlanma ve yürürlüğe giriş (daha doğrusu ''giremeyiş'') sürecine ve bu süreçte insan haklarının nasıl ele alındığına kısa bir bakış yaptık. Şimdi ise, Anayasal Antlaşma'nın insan hakları alanında getirdiği somut düzenlemelere/değişikliklere bakabiliriz.[554]

2.2.4.3. Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Getirdikleri

Herhalde Anayasal Antlaşma'nın AB'de insan haklarının korunması alanında getirdiği en temel iki değişiklik, Temel Haklar Şartı'nın Antlaşma'nın bir parçası olarak Anayasa'nın içine yerleştirilmesi ve AB'nin AİHS'ye katılmasına izin veren (hatta iznin de ötesinde AB adına bir yükümlülük getiren) düzenlemelerdir. Zaten hatırlanacağı üzere Anayasa Konvansiyonu'nun temel haklara ilişkin olarak kurduğu *II No'lu Çalışma Grubu*'nun temel iki yetkisi, bu iki hususun ne şekilde olabileceğini ve sonuçlarını tartışmak ve öneriler sunmaktı; bu hususa yukarıda değinmiştik.

Temel Haklar Şartı'nın Anayasa'ya Dahil Edilmesi ve AİHS'ye Katılım

---

[554]*Antlaşma'nın Kimliği ve Yapısı.* Ancak buna geçmeden önce, Antlaşma'nın yapısına ve içeriğine kısaca bakmak gerekirse; öncelikle Anayasal Antlaşma da, neticede diğerleri gibi, AB literatürü bağlamında bir **Kurucu Antlaşma**'dır. Hatırlanacağı üzere daha önceki reform Antlaşmaları (Tek Avrupa Senedi, Maastricht, Amsterdam ve Nice), kendi başlarına yeni birer Kurucu Antlaşma olmayıp (Maastricth'in getirdiği AB Antlaşması hariç), mevcut Kurucu Antlaşmalarda (AT, AKÇT, Euratom ve AB Antlaşmaları) değişiklik yapan ve sonuçta yine AB hukuk düzeninde mevcut Kurucu Antlaşmaların varlığını devam ettiren antlaşmalardı. Oysa Anayasal Antlaşma, bundan tamamen farklı bir yöntem benimsemiştir. Öncelikle, Avrupa Anayasası olma iddiasında olan bir metin olarak, mevcut Kurucu Antlaşmalarda değişiklik yapan değil; onların varlığına son vererek AB hukuk düzeninde tek bir antlaşma/anayasa/metin olarak karşımıza çıkan bir belge olmuştur. Yine buna paralel olarak yaptığı bir şey de, önce AB'nin sütunlu yapısını ortadan kaldırmak ve ardından da mevcut iki Avrupa Topluluğu'nun (AT ve Euratom) hukuki varlığına son vererek hukuken tek bir tüzel kişi olarak AB'yi ortaya koymak olmuştur. Antlaşma'nın içeriğine baktığımızda ise, tipik bir devlet anayasası modelinin izlendiğini görebiliriz. Antlaşma (Anayasa), Avrupa'nın tarihi, değerleri, ortak kültürel mirası vb. konulara temas eden bir ''Giriş'' kısmının ardından 4 kısımdan oluşmaktadır. *I. kısımda*, Birliğin tanımı ve hedefleri, temel haklar ve Birlik vatandaşlığı, Birliğin yetkileri, kurumları ve organları, Birlik yetkilerinin icrası, Birlikte demokratik yaşam, mali konular, komşularla ilişkiler ve Birliğe üyelik gibi konular düzenlenmekte; *II. kısımda*, Temel Haklar Şartı yer almakta; *III. kısım*, Birlik politikaları ve Birliğin işleyişi ile ilgilenmekte; *IV. kısım* ise, genel ve son hükümleri içermektedir.

Anayasa'nın yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, **başlı başına bir bölümü**, **Temel Haklar Şartı'**na (*II. kısım*) ayrılmıştır. Bunun ayrıntılarını ileride, Temel Haklar Şartı'na ayrılan hususi başlıkta göreceğiz; ancak burada kısaca bahsetmek gerekirse, *II No'lu Çalışma Grubu*'nun Şart'ın nasıl bağlayıcılık kazanacağına ilişkin getirdiği alternatif öneriler arasından (örneğin ayrı bir metin olarak düzenleyip Anayasa'da o metne atıf yapma veya doğrudan Anayasa metninin içine alma gibi), Anayasa'ya son şeklini veren Hükümetler-Arası Konferans, ikinci öneriyi tercih etmiş ve doğrudan Anayasa içinde bir kısmı buna ayırmıştır. Nitekim Antlaşma (Anayasa), hem Birliğe dair genel esasları ortaya koyduğu *I. kısımda* (m.*I-9/1), Birliğin Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlükler ile ilkeleri tanıdığını* belirtmiş; hem de *II. kısmında* (2000'de kabul edilmiş olan) Temel Haklar Şartı'na olduğu gibi yer vermek suretiyle Anayasa'nın dört kısmından birini Şart'a ve dolayısıyla da, özel olarak haklar ve özgürlükler listesine ayırmıştır. Keza AİHS'ye katılım noktasında da, Antlaşma'nın yine *I. kısmındaki m.I-9/2 hükmü*, Birliğin AİHS'ye katılacağını (katılabileceğini değil) hüküm altına alarak, 1994 tarihli Divan kararının katılıma yönelik getirdiği engeli, hem de bir yükümlülük yüklemek suretiyle, ortadan kaldırmıştır. Her iki gelişmeye de, dediğimiz gibi, ileride hususi olarak değineceğiz. Şimdi burada, bu iki temel gelişmeden başka, Anayasal Antlaşma'nın getirdiği (ve sonradan da Lizbon'a kaynaklık edecek) diğer insan hakları gelişmelerine bakalım.

''Birliğin Temel Bir Değeri'' Olarak İnsan Hakları

Antlaşma'nın ''Giriş'' kısmı, daha ikinci[555] paragrafında, *demokrasi, eşitlik ve hukukun üstünlüğü gibi kavramların yanında insanın dokunulamaz ve devredilemez haklarına ve özgürlük ilkesine* atıf yaparak başlamaktadır. Hatırlanacağı üzere, giriş kısımlarında Birliğin bir değeri olarak insan haklarıyla beraber bu kavramlara atıf yapılması, daha önceki Antlaşmalarda da (Maastricht, Amsterdam vs.) mevcuttu. Bu anlamda bir yenilik olmasa da, bu seferki atfın, *insanın dokunulamaz ve devredilemez haklarını zikretmesi* sebebiyle daha güçlü olduğu söylenebilirdi. Yine bu atıf, hemen üç paragraf sonra, *her bireyin haklarına gerekli saygının gösterileceği* söylenerek güçlendirilmiştir.[556]

---

[555] Aslında Devlet ve Hükümet Başkanlarının zikredldiği ilk paragrafı saymazsak, ilk paragraf olarak da sayılabilir.

[556] Bu noktada, Amsterdam sonrası AB Antlaşması'nın ''Giriş'' kısmındaki gibi, Avrupa Sosyal Şartı ile İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı'na bağlılığın teyit edildiği bir ifadeye,

Ancak bu noktada asıl vurguyu, *Birliğin tanımının ve hedeflerinin* yer aldığı *I. kısmın I numaralı başlığı* altındaki ''*Birliğin Değerleri*'' başlıklı *I-2 maddesinde* görmek mümkündür. Madde, *Birliğin, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulu olduğunu* söylemektedir. Maastricht'te, sadece ''Giriş'' kısmında yer alan bu tarz bir atıf, Amsterdam'da bizzat Antlaşma'nın metnine alınmıştı (Amsterdam sonrası AB Antlaşması m.6/1). Anayasa'nın ise, kullanılan ifadeler bakımından, özel olarak *insan onuru, eşitlik ve azınlıkların haklarına* atıf yapmış olması, bu anlamda önemlidir. Üstelik bu atıf, yine aynı maddede, *bu değerlerin, çoğulculuk, ayrımcılığın yasak olması, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin üstün geldiği bir toplumda, Üye Devletlerin hepsinde ortak olduğu* belirtilmek suretiyle pekiştirilmiş oluyordu. Ayrıca bu noktada *hukukun üstünlüğünü* kavramına yapılan atfı da vurgulamakta fayda vardır. Biz, genelde insan haklarının korunması bağlamında, doğrudan temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeler veya bunların yargısal güvenceleri konusundaki hükümlere odaklansak da, temel hak özgürlüklerin korunmasının ancak hukukun üstünlüğüne dayalı bir düzende olabileceğini ve bu yönüyle bu atfın da önemli olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Antlaşma'nın ''*Birliğin hedefleri*''ni düzenleyen *I-3 maddesinde*, hükmün farklı alanlara ilişkin hedefleri sıralayan beş fıkrasının hemen hepsinde, doğrudan ve dolaylı olarak, bir şekilde*, insan haklarına atıf yapılmış olması* da önemlidir. Örneğin ilk fıkrada, *Birliğin amacının yukarıda sayılan değerlerini geliştirmek ve ilerletmek olduğu* söylenmiştir. Bu değerlerden birisinin de insan haklarına saygı olduğunu düşündüğümüzde, Birliğin insan haklarını geliştirmek gibi bir amacı olduğunun bizzat Antlaşma'da teyit edildiğini söyleyebiliriz. Hemen ardından, *Birliğin, vatandaşlarına, iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı*[557] *ve aynı zamanda (teşebbüs özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerle çok yakından alakalı olarak) serbest ve adil bir rekabetin olduğu bir iç pazar temin edeceği* ifade edilmektedir. Bunlar, daha önceki Antlaşmalarda da yer alsalar da, yine de bu genişlikte ve netlikte değildi. Keza yine aynı maddede, *sosyal ilerlemenin sağlanması, sosyal dışlanma ile mücadele, sosyal adalet ve sosyal koruma ile kadın erkek eşitliğinin pekiştirilmesi ve özel olarak*

Anayasa'nın ''Giriş'' kısmında rastlanmadığını belirtelim. Ancak Antlaşma'nın III-209. maddesinde bu iki Şart'a da açıkça atıf yapılması karşısında, bunun bir eksiklik olmadığı söylenebilir.

[557] Ki, bu, Antlaşma'nın m.III-257 hükmünde, ''Birliğin temel haklara saygı çerçevesinde bir özgürlük-güvenlik ve adalet alanı kuracağı''nın öngörülmesi ile daha da pekiştirilmiştir. Nice sonrası AB Antlaşması (m.29), bu yöndeki politikaların insan haklarına saygı ilkesi bağlamında yürütüleceğine dair bir çerçeve çizmiyordu.

çocukların haklarının korunması gibi hepsi insan haklarıyla ilgili hedefler, ilk defa bu kadar vurgulu, açık ve doğrudan olarak AB için anayasal anlamda ifade edilmektedir. Keza, *Birliğin dış dünyayla ilişkilerinde de, yine özellikle çocukların hakları başta olmak üzere insan haklarının korunması* da bir hedef olarak ortaya konmuştur. Böylece Birliğin dış ilişkilerinde de aktif bir insan hakları politikası izlemesi; diğer bir deyişle, insan haklarının dış ilişkilerde aktif rol oynamasının arzulandığı düşünülebilir. Bunların, Nice sonrası yapıda (AB Antlaşması m.2) ya hiç ya da bu ölçekte ve kesinlikte yer almayan hükümler olduğunu herhalde söylemeye gerek yoktur.

Bunlar, Anayasal Antlaşma'nın AB'de insan haklarının korunması anlamında getirdiği – kimi (katılım ve Şart gibi) devrim niteliğindeki – *önemli değişiklikler/yeniliklerdi*. Tabii ki, Antlaşma'da insan haklarına atıflar bunlarla sınırlı değildi. Antlaşma, başta kişilerin, malların, sermayenin serbest dolaşımı ve iş kurma serbestisi (m.I-4/1) olmak üzere, vatandaşlık temelinde ayrımcılığın yasaklanması (m.I-4/2 ve I-45, II-80 vd.; III-123 vd.) hukukun genel ilkeleri olarak AİHS ve ortak anayasal geleneklere atıf yapılması (eski AB Antlaşması m.6/2'nin halefi olarak m.I-9/3;), Birlik vatandaşlığı ve ona yüklenen birtakım siyasi haklar (m.I-10 ve II-99 vd.), vatandaşların demokratik eşitliği (I-45), kişisel verilerin korunması (m.I-51 ve II-68), insan haklarına saygının Birlik üyeliğinin bir önkoşulu olması (eski AB Antlaşması m.49'un bir halefi olarak m.I-58;), aralarında insan haklarının da bulunduğu Birlik değerlerini ciddi ihlal eden Üye Devletlere yaptırım uygulanması (eski AB Antlaşması m.7'nin halefi olarak m.I-59;), sosyal ve ekonomik haklarla ilgili eskiden beri var olan birtakım düzenlemeler (başta II. kısımdaki THŞ hükümleri ve diğerleri olmak üzere) de, Anayasa'nın genelindeki insan hak ve özgürlükleriyle ilgili düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktaydı. Yine bu anlamda, din ve vicdan özgürlüğü adına önemli bir düzenleme olarak Antlaşma'nın I-52 maddesinde, kiliselerin, dini derneklerin ve toplulukların, felsefi ve dini cemaatlerin ulusal hukuklar altındaki statüsünü tanıması – Amsterdam Antlaşması'na ek bir deklarasyonda yer alan hükmün tekrarı olsa da – bağlayıcı olmayan bir deklarasyondan bağlayıcı bir Antlaşma hükmüne dönüştürülmesi itibariyle önemli bir gelişme olarak zikredilmelidir. [558] Son

[558] Bununla birlikte, örneğin birtakım hakların yanlarına birkaç Antlaşma maddesi yazmamızdan da anlaşılabileceği gibi, bir hakkın Anayasa'nın farklı yerlerinde düzenlenmesi (ki yalnızca burada yer verdiklerimizle sınırlı değildir), gereksiz tekrarların yanısıra, birtakım çelişkilerin ortaya çıkması riskini de beraberinde taşımaktaydı. Ancak dediğimiz gibi, Anayasa'nın insan haklarına ilişkin getirdiği dizenlemeleri/yenilikleri inceleme amacımızdan sapmamak adına, yürürlüğe giremediği için bağlayıcılık kazanamamış bir metnin bu yönleri gibi çalışmanın boyutunu aşan bu meselelere girmeyeceğiz. Ancak, bunlardan, Lizbon sonrası dönemde de devam edenler bakımından, halihazırdaki hukuki durumu yansıtması ve bu anlamda da bir eksiklik olması

olarak, katılımcı demokrasi ilkesinin (m.I-47) bir yansıması olarak, 1 milyon AB vatandaşının Komisyon'u bir konuda yasama sürecini başlatmaya zorlayabilmesi şeklindeki bir halk teşebbüsü mekanizmasının benimsenmesini de, dolaylı olarak, insan haklarına yönelik tasarrufların kabul edilebilmesi ihtimalini doğurması itibariyle, (önceki Antlaşmalarda olmayan) dolaylı bir insan hakları gelişmesi olarak zikredebiliriz.

Eski II. ve III. Sütunlarda İnsan Hakları

İnsan hakları bakımından önemli bir konunun, özellikle terörle mücadele bağlamında bireysel yaptırımlar ve cezai konularda işbirliğine dair birtakım hükümlerin yer aldığı alanlarda (Anayasa öncesi sütunlu yapıdaki 2. ve 3. sütunlar) getirilen düzenlemeler ve bilhassa da, bu konulardaki Birlik tasarruflarının yargısal denetimi meselesi olduğunu, önceki Antlaşma reformlarını incelerken vurgulamıştık. Anayasal Antlaşma'nın bu noktadaki katkısına baktığımızda; öncelikle, daha önceden de söylediğimiz gibi, Anayasa'nın sütunlu yapıyı ortadan kaldırdığını hatırlatmak gerekir. Ancak, tabii ki, bu, bu alanlara ilişkin Birlik yetkilerinin ortadan kalkması demek olmayıp; hem *ortak dış politika ve güvenlik politikasına* (m.III-294 vd.) hem de *cezai konularda polisiye ve adli işbirliğine* dair hükümler (m.III-270 vd.),[559] pekala yeni Anayasa'da da yer almaktaydı. Ancak sütunlu yapının kalkması, gerek karar alma yöntemleri gerekse alınan kararların yargısal denetimi noktalarında biraz ayrıcalıklı konumda bulunan bu konuların, en azından insan hakları noktasındaki ayrıcalıklarını biraz yitirmeleri anlamına geliyordu.

Anayasa öncesi sütunlu yapıda, hatırlanacağı üzere, Divan'ın her üç sütuna ilişkin yargı yetkisi noktasında, Divan, asıl AT Antlaşması bağlamında (yani 1. sütundaki konular bakımından) yetkili olmakta; bu yetkisi, ***belli kayıtlamalarla*** AB Antlaşması kapsamındaki alanlara da (2. ve 3. sütunlar) teşmil edilmekteydi. Adalet Divanı'nın genel işlevine ilişkin bu hüküm, Anayasa ile birlikte (m.I-29), tüm Anayasa'nın (içinde ODGP ve cezai konularda işbirliği, yani eski 2. ve 3. sütun işlemlerinin de bulunduğu tüm alanlarının) yorumlanmasına ve uygulanmasına teşmil edilmiştir. Böylece, sütunlu yapının ortadan kalkmasıyla, hem Birliğin genel insan haklarına uygun hareket etme yükümlülüğü (''*Giriş*'' kısmı ve *I-2 maddesi*), bu alanlarda da geçerli olmuş; hem de Divan'ın genel yargı yetkisi, bu alanların da içinde olduğu tüm Anayasa'ya teşmil edilmiş

---

itibariyle, ileride ''*AB İnsan Hakları Hukukunun Esasları*''nın incelendiği yerde tabii ki birşeyler söylenecektir.

[559] Kısım III-Başlık III-Bölüm IV-Alt-bölüm 4 ve 5.

oluyordu. Ancak, dediğimiz gibi, burada asıl önemli olan, bu yargı yetkisinin kullanılmasına getirilen sınırlamalardır.

ODGP bağlamında olaya baktığımızda, Anayasa öncesi dönemde Divan'ın yargı yetkisi, hemen hemen hiç yoktu. Anayasa ile birlikte, kural, yine yetkisizlik olmakla birlikte (m.III-376/1), gerçek ve tüzel kişiler aleyhine sınırlayıcı tedbirler öngören ODGP tasarrufları, Divan'ın yargı yetkisi (dolayısıyla insan hakları denetimi) altında olacaktı (m.III-376/2). Böylece alan, halen daha yargı denetimi dışında kalsa da, bireylere yönelik ihlaller bakımından bir denetim yolu açılıyordu ki, bu, devrim niteliğinde bir gelişme olsa gerekti. Bu düzenleme, Lizbon'un da aynen benimsenen bir değişiklik olduğu için, burada sadece bir yenilik olarak belirtmekle yetinecek ve ileride, *AB İnsan Hakları Hukukunun esaslarını* görürken ''*denetimin kapsamı*'' bahsinde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Eski 2. sütun bağlamında konuya baktığımızda ise; eskiden *2. sütun* olarak *cezai konularda adli ve polisiye işbirliği* adı altında düzenlenen; şimdi ise, ''*Adalet, Özgürlük ve Güvenlik*'' ana çatısı altında bir alt-bölüm olarak yer alan *cezai konularda işbirliğine* ilişkin hükümler, hatırlanacağı üzere, Anayasa öncesi dönemde, Divan'ın yargı yetkisine tabi olmakla birlikte, bu yetki, hem ihtiyari idi, hem de polis ve kolluk operasyonları bakımından bir sınır koymaktaydı (AB Antlaşması m.35). Anayasa ile birlikte ise, her şeyden önce, az önce de belirttiğimiz gibi, eski 2. sütunda yer alan konular da, artık diğer Birlik politikaları gibi bir politika alanı olmuştur. Böyle olunca da, cezai konularda işbirliği kapsamındaki Birlik yetkilerinin kullanılması, yani bu alanda kabul edilecek Birlik tasarrufları için, eski 35. madde gibi ayrı (ve sınırlayıcı ve ihtiyarileştirici) bir yargı yetkisi maddesi öngörülmemiş; bunlar da, **Divan'ın genel yargı yetkisine** tabi kılınmıştır. Birey hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili bu alanda böyle bir düzenleme, pek tabii çok önemliydi. Ancak polis ve kolluk kuvvetlerinin operasyonlarına ilişkin eski sınırlayıcı hüküm, Anayasa'da da benimsenmiştir (m.III-376/2). Bu da, ODGP alanındakiler gibi, Lizbon'da hemen hemen aynen benimsendiği için, yine ileride incelenecektir.

Etkili Yargısal Koruma ve Anayasal Antlaşma

AB İnsan Hakları Hukukunun belki de en sorunlu yanlarından birinin, bireylerin – özellikle düzenleyici işlemler bakımından – Divan'a erişimleri (*dava ehliyeti/locus standi*) olduğunu yukarıda uzun uzadıya tartışmış; ve bu konunun 1990'lardan sonra özellikle akademik çevrelerde yoğun biçimde tartışıldığını ve çeşitli raporlara da konu olduğunu

belirtmiştik. Bu anlamda getirilen önerilerden birisi de, hatırlanacağı üzere, bireylere, bilhassa insan hakları ihlali iddiaları için, Divan'a özel bir başvuru yapma imkanının verilmesine yönelik önerilerdi.

Bu anlamda Amsterdam ve Nice Antlaşmaları'nın ''eksik'' bıraktığı bu alanda, Anayasa da, esaslı bir değişiklik getirmemiş; bir anlamda bu yöndeki beklentileri boşa çıkarmıştır. Bireylerin özellikle düzenleyici işlem niteliğindeki tüzükler için dava açabilmesine yönelik şartlar biraz yumuşatılmış olsa da,[560] insan hakları ihlalleri için özel bir dava prosedürünün getirilmesi veya sivil toplum kuruluşlarının *grup davaları* (*toplu davalar, collective actions*) açması şeklinde beliren önerilerin (ki, bunların, AİHS'ye katılım yahut Şart'a bağlayıcılık kazandırma gibi, akademik ve siyasi çevrelerde üzerinde genel bir uzlaşının olduğu hususlar olmadığını da not edelim) Anayasa'da karşılık bulmadığını belirtelim.[561] Yine etkili yargısal korunma hakkı/ilkesi bağlamında, m.I-28/1'de öngörülen *Üye Devletlerin Birlik Hukukunun kapsamına giren alanlarda etkili yargısal koruma sağlamak adına kişilere gerekli başvuru/temyiz imkanlarını sağlayacağı* şeklindeki hüküm de, Divan içtihadını kodifiye ederek malumu ilan etmekten öte, olsa olsa, içtihadi bir hakkı anayasal bir hak haline getirmesi yönüyle anlam taşımaktadır.

AB için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın veya en kısa ifadesiyle *AB Anayasası*'nın insan hakları karnesine bakarsak, o zamana kadarki en ileri adımları getirdiğini söylemek mümkündür. O dönemde *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel üç meselesi olan *AİHS'ye katılım, Birliğin bağlayıcı bir temel haklar kataloğuna kavuşması* ve bireylerin özellikle insan hakları ihlallerinde Divan'a erişimlerinin kolaylaştırılması konularının ikisini kökten çözdüğü; birinde ise, sessiz kaldığı görülmektedir.

Öte yandan, bilindiği gibi, Anayasal Antlaşma, yürürlüğe girmesi için tamamlanması gereken ulusal onaylanma safhasında, onaylar devam ederken, önce Fransa ve hemen ardından da Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmesinin ardından, onay prosedürü askıya alındığı için, bir anlamda bitkisel hayata girmiş; akabinde öngörülen bekleme dönemi sonucunda karşımıza yeni bir reform antlaşmasının çıkmasıyla da gerçek anlamda ölmüştür. Ancak Anayasal Antlaşma'nın ruhu, bir anlamda – özellikle konumuz olan insan haklarının korunması bakımından – bu yeni reform antlaşmasında yaşatılmıştır. Biz de, bu yüzden, özellikle insan haklarına

---

[560] Anayasa m.III-365/4. Bu konu önemli olup; Lizbon da, hemen hemen Anayasa'daki sistemi benimsediği için, ileride ''AB İnsan Hakları Hukukunun Esasları'' kısmında ayrıca incelenecektir.

[561] Hatırlanırsa, insan haklarına (daha doğrusu spesifik olarak katılım ve Şart'ın hukuki statüsüne) ilişkin meseleleri görüşmek üzere oluşturulan *II No'lu Çalışma Grubu* da, bu konuda bir sorun olduğunu belirtmekle yetinmiş; fakat herhangi bir somut öneride bulunmaktan kaçınmıştı.

ilişkin getirdikleri bakımından Lizbon'u daha iyi anlayabilmek için, Anayasal Antlaşma'yı; Anayasal Antlaşma'yı daha iyi anlayabilmek (ve böylece değişikliklerin/yeniliklerin arkaplanını okuyabilmek) için de, Antlaşma'nın hazırlanmasına dair tarihsel süreci inceledik. Şimdi ise sıra, bu Antlaşma'nın küllerinden doğan Lizbon'da.

2.2.4.4. Süreci Kurtarmak ve Lizbon Antlaşması

Antlaşma'nın Hazırlanması ve Bu Süreçte İnsan Hakları Alanındaki Tartışmalar

Anayasal Antlaşma'yı hazırlayan HAK, daha önceki Maastricht ve Nice tecrübelerinden aldığı dersle, zaten Antlaşma'ya ek bir deklarasyonda,[562] Antlaşma'nın imzalanmasından sonraki iki yıl içinde Üye Devletlerin dörtte beşi Antlaşma'yı imzalar ve fakat bir ya da daha fazla Üye Devlet, onay prosedüründe problemle karşılaşırsa, meselenin Avrupa Konseyi'ne havale edilmesini öngörmüştü. Tabii ki, Anayasa'nın Fransa ve Hollanda gibi, AB projesinin ''*kurucu babaları*''ndan olan iki ülke halklarınca reddi, Avrupa için tam bir şok etkisi meydana getirmişti. Bunun üzerine, belki de şokun etkisi tam olarak hissedilmeden 2 Haziran 2005'te Letonya, parlamento onayı usulüyle Antlaşma'yı onaylamış ve Lüksemburg da, 10 Temmuz'da gerçekleştirdiği istişari bir referandumda, büyük bir çoğunlukla Antlaşma'ya evet oyu çıkarmıştı. Ancak öte yandan, örneğin İngiliz Hükümeti, 6 Haziran'da, *AB Kanunu* üzerindeki parlamento sürecini (ve dolayısıyla da onay sürecini) askıya almıştı.[563]

Bu gelişmeler yaşanırken, mutad üzere Haziran ayında Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) çatısı altında toplanan liderler, 16-17 Haziran'da Brüksel'de gerçekleştirdikleri Zirve'nin ardından, Anayasa'nın onaylanmasına dair bir Deklarasyon[564] kabul etmişler ve orada Antlaşma'nın onay prosedürünün devamına halel gelmemesini söylemekle birlikte; söz konusu referandum sonuçlarının vatandaşların ciddi endişeleri olduğunu ortaya çıkardığını ve bu endişelerin değerlendirilmesi için, her Üye Devlette, bireylerin, sivil toplumun, sosyal paydaşların, ulusal parlamentolar ve siyasi partilerin ve tabii ki Birlik

---

[562] *Avrupa için bir Anayasa Teşkil Eden Antlaşma'nın Onaylanmasına Dair 30 numaralı Deklarasyon*; O.J. of the EU; C 310/464, 16.12.2004.
[563] Lindfelt, **op.cit**, p.251.
[564] http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/85325.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013.

kurumlarının katılacağı geniş ölçekli tartışmaların yapılacağı bir ‘*’düşünme (bekleme) dönemi*’ (*reflection period*) öngörmüşlerdir.[565]

Tabii bu, sürecin liderler tarafından Zirve toplantıları üzerinden kamuoyuna yansıyan, daha doğrusu yansıtılan kısmıydı. Bu arada, özellikle AB siyasi ve akademik çevrelerinde çeşitli senaryolar da dile getirilmekteydi. Doktrinde Lindfelt, bunları dört grup altında toplamıştır: *Pek fazla destekçisi olmasa da mevcut durumun (yani Nice sonrası yapının) aynen devam ettirilmesi; bir süre geçtikten sonra tekrardan referandumlar yaparak Anayasa’nın onay prosedürüne devam edilmesi; yeni bir Konvansiyon toplayarak Anayasal Antlaşma’nın revize edilmesi; ve yeni bir reform antlaşmasıyla mevcut Antlaşmaların – tabii ki Anayasal Antlaşma’dan esinlenerek – tadil edilip yola devam edilmesi*.[566]

Tabii ki, bize, yani AB’de insan haklarının korunmasına bakan yönüyle, mevcut durumun (yani Nice sonrası hukuki yapının) aynen devamı, bir yandan, temel hak ve özgürlüklerin yine Divan eliyle hukukun genel ilkeleri kapsamında korunmaya devam etmesi; bir yandan da, hem Şart’ın bağlayıcı olmamaya devam etmesi,[567] hem de, (Divan’ın 1994 kararı bağlamında) AB’nin AİHS’ye katılımının başka bahara kalması demekti. Ancak, gerek Anayasa’nın hazırlanması aşamasındaki Konvansiyon ve Anayasa’yı kabul eden Hükümetler-Arası Konferans çerçevesinde, gerekse bu düşünme süresi (bekleme dönemi) sürecindeki tartışmalarda, ister halihazırdaki gibi bir Anayasa, ister eskisi gibi klasik Antlaşma reformu şeklinde olsun, her türlü ithimalde, bu iki konu (Şart’ın bağlayıcılığı ve AİHS’ye katılım) üzerinde, akademik çevrelerde ve asıl önemlisi de, ‘*’Antlaşmaların Efendisi*’ konumunda olan Üye Devletler nezdinde, nispeten bir uzlaşının olduğunu; görüş farklılıklarının ise, yöntemde (örneğin Şart, antlaşmanın içine

[565] Nitekim bundan sonra yapılan birkaç zirve toplantısında da, meseleye ya hiç değinilmemiş, ya da Avrupa’nın geleceği ve Anayasa üzerindeki tartışmaların devam ettiği ve izlendiği belirtilmekle yetinilmiştir. Yaklaşık bir buçuk yıl sonra 2006 biterken Aralık ayında yapılan toplantının sonuç bildirgesinde ise, Anayasa’nın geleceği üzerindeki tartışmaların devam ettiği ve dönem başkanlığının (*presidency*) Avrupa Konseyi’ne sunduğu değerlendirmenin 2007’nin ilk altı ayında dönem başkanlığı görevini üstlenecek olan Almanya’nın dönem başkanlığına aktarılacağı; ve Almanya’nın da, bu dönemde bir rapor sunacağı ifade edilmiştir (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/92202.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, para.3).

[566] Lindfelt, **op.cit**, p.252.

[567] Bu noktada bir ara bilgi olarak, o tarihlerde, Topluluk yargı organlarının (Divan ve İlk Derece Mahkemesi), hukukun genel ilkeleri kapsamında uyguladıkları temel hak ve hürriyetlerin yorumlanmasında, Şart’tan bir yorum kaynağı olarak yararlanmaya başladığını da not edelim.

mi alınsın, yoksa ayrı bir metin olarak kalıp da antlaşmada atıf mı yapılsın gibi) olduğunu söyleyebiliriz.[568]

Lizbon Antlaşması'na dönecek olursak, 2007'ye gelindiğinde, Birlik çevrelerinde, yukarıdaki dört senaryodan sonuncusu, yani yola – Anayasa'nın temel alınması suretiyle – öncekiler gibi klasik bir reform antlaşmasıyla devam etme fikri, ağır basmaya başlamıştı. Nitekim 2007'nin ilk altı ayında dönem başkanlığını üstlenen ve Aralık 2006'daki Zirve'de, bu konuda bir rapor hazırlamakla görevlendirilen Almanya da, artık düşünme (bekleme) döneminin sona erdiğini ve yeni bir antlaşma ile yola devam edilmesi gerektiğini ortaya atmış ve bu yönde aktif de bir politika yürütmekteydi. Bu yaklaşım, Haziran 2007'de toplanan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısında da, resmen benimsendi ve gelecek dönem başkanlığının (Portekiz) yeni bir reform antlaşması hazırlamak üzere derhal bir Hükümetler-Arası Konferans'ı toplaması öngörüldü.[569] Hatta Zirve'nin sonuç bildirgesinde, toplanacak HAK'ın yeni reform antlaşmasına yönelik yetkisinin çerçevesi de, bildirgeye eklenen (neredeyse küçük çaplı bir antlaşma uzunluğundaki) yetki belgesiyle çizildi.[570] Hedef, Antlaşma metninin 2007'den önce tamamlanarak imzalanması ve 2009 Avrupa Parlamentosu seçimlerinden önce de onay işlemleri tamamlanarak yürürlüğe girmesiydi.

Bu noktada, hemen araya girerek belirtelim ki, bu yetki çerçevesine baktığımızda, bazı hususların (içinin doldurulması mümkün olacak şekilde) genel çerçevede yetkiler verilmek suretiyle düzenlendiğini; bazı hususların ise, söz konusu ''Ek''te de açıkça belirtildiği gibi, [571] metni hazırlayacak olanlara herhangi bir hareket alanı bırakmayacak kesinlik ve netlikte yazıldığını görebiliriz. Nitekim Anayasa ortadan kalktığına göre, artık mevcut AB Antlaşması'nın temel haklara ilişkin 6. maddesinde yapılacak değişikliğin de, bu ikinci usulde belirtildiğini görmekteydik. Bu anlamda, yeni antlaşmada (Lizbon) yine 6. madde olarak karşımıza çıkacak hükmün, daha bu aşamada bir anlamda yazımının yapıldığını ve toplanacak HAK'a, bu anlamda bir söz hakkı bırakılmadığını söyleyebiliriz. Yani yetki belgesi, yeni antlaşmada, eski 6. maddenin yerini alacak maddeyi, **aynen kaleme alarak** o maddenin ileri tartışmalara konu olmasını önlemiştir. Bu kesin yetki kuralına göre, Şart'a bağlayıcılık atfedilmiş (ancak bunun Antlaşmaların içine alınmak

---

[568] **Ibid**. pp.255, 258, 259.

[569] http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, para. 8-14.

[570] Bkz.: Hükümetler-Arası Konferans'ın yetkisine dair Ek (Annex) I (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, pp.15-30).

[571] ''...The Purpose of this Annex is to clarify the exact drafting where necessary...''

suretiyle değil; bir Antlaşma hükmünde açıkça atıf yapılmak suretiyle olması uygun görülerek) ve ayrıca Birliğin AİHS'ye katılımı da, Birlik adına bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

Bizce bu durum, bir yandan özellikle AB'de insan hakları koruması adına çok önemli bu iki meselenin şimdiden karara bağlanarak ileride bir kazaya kurban gitmesinin önlenmesi; bir yandan da, Şart'a bağlayıcılık kazandırma noktasındaki tercihe ilişkin olarak Üye Devletler arasında oluşabilecek bir görüş ayrılığının (Antlaşma'da mı yer alsn, yoksa atıf mı yapılsın şeklindeki) ileride ortaya çıkıp da, diğer meselelerdeki tartışmalı konuların üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılmasının engellenmesi adına, önceden net bir biçimde karara bağlama[572] amacını taşımaktaydı.[573]

Neticede Portekiz dönem başkanlığı, 21-23 Temmuz 2007 tarihlerinde bir Hükümetler-Arası Konferans'ı toplamış ve bu Konferans da, 2003-2004'te Anayasal Antlaşma'yı hazırlayan HAK'ın ulaştığı sonuçları (yani Anayasal Antlaşma'yı) temel alarak bir reform antlaşması hazırlamıştır. Temmuz 2007'de ilk taslağı ortaya çıkan Antlaşma, 18 Ekim 2007'deki HAK'ta uzlaşıyı yakalamış ve Ekim 2007 Zirvesi'nde de tartışıldıktan sonra, 2007 biterken Aralık ayında Portekiz'in Lizbon kentinde yapılan yılın son Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısında, üzerinde nihai anlaşma sağlanarak, hedeflendiği gibi 2007 yılı bitmeden, 13 Aralık 2007 tarihinde Lizbon'da Üye Devletlerin devlet ve hükümet başkanları (veya temsilcileri) tarafından imzalanmıştır.[574] Bu arada, Temel Haklar Şartı'nın 12 Aralık 2007'de Fransa'nın Strazburg şehrinde tekrardan ilan edildiğini de not etmekte fayda vardır. Halihazırdaki ve Lizbon'un (daha doğrusu tadil ettiği AB Antlaşması'nın) ilgili maddesinin atıf yaptığı Şart metni, bu yeni metindir.

---

[572] Zaten Lizbon m.6'nın nihai halinde, yetki belgesinden farklı olarak Şart'la ilgili tek değişiklik, Şart'ın kabul edildiği tarihe atıfta olmuştur. O dönemde mevcut THŞ, 7 Aralık 2000'de Nice'de kabul edilen THŞ olduğu için, yetki belgesindeki taslak hükümde de, o şekilde atıf yapılmış; ancak sonradan Şart, 12 Aralık 2007'de Strazburg'da bir kez daha (ikinci kez) ilan edildiği için, nihai Lizbon metninde bu ikinci şekliyle yer almıştır.

[573] Tabii, insan haklarından başka, daha bu aşamada karara bağlanan başka temel konular da vardı. Örneğin en başta Anayasa projesinin rafa kaldırılarak yola mevcut Kurucu Antlaşmaları tadil edecek klasik bir reform antlaşması ile devam edilmesi ve sadece bu isim değişikliğinin de ötesinde, yeni metinde anayasayı çağrıştıracak bayrak, marş, kanun, dışişleri bakanı gibi kavramların da kullanılmayacağı, net bir biçimde (ileride herhangi bir tartışmaya meydan vermemek adına) daha o aşamada ortaya konmuştu.

[574] Avrupa Birliği'nde Antlaşmaların imzalandığı şehirlerin isimleriyle anılmaları şeklinde bir gelenek vardır. Nitekim Portekiz, Antlaşma'nın kendi dönem başkanlığı sırasında tamamlanıp imzalanması için büyük çaba sarf etmişti. Ekim ayında toplanan Avrupa Konseyi toplantısında Portekiz, dönem başkanı olmasının nüfuzunu da kullanarak, Antlaşma'nın, başkenti Lizbon kentinde imzalanmasını istemiş ve bu isteğin kabul görmesi üzerine Antlaşma, o andan sonra Lizbon Antlaşması olarak adlandırılmaya başlamıştır. (http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Lisbon, Erişim Tarihi: 21.1.2013).

Kabusun Tekrardan Hortlaması ve Antlaşma'nın Yürürlüğe Girişi

Antlaşma'nın daha önceden belirlenen takvime göre; 2007 bitmeden imzalanarak onay prosedürünün başlaması ve 2008 yılı bitmeden de ulusal anayasalar uyarınca onay prosedürlerinin tamamlanarak 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi planlanmıştı. Ancak bu sefer de, Antlaşma, (o dönemde anayasasına göre referandum yapmak zorunda olan tek ülke olan) İrlanda'da 12 Haziran 2008'de (tam da birkaç gün sonra toplanacak Avrupa Konseyi'nin arefesinde) halkın vetosuna takılmıştır. Bu noktada, İrlanda halkının vetosunun ardında yatan sebeplerden bir grubunun da,[575] Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması halinde, İrlanda Anayasası'nda güvence altına alınan başta ''doğmamış bebeğin yaşam hakkı'' (ki halk arasında kürtaj yasağı olarak bilinmektedir) olmak üzere,[576] eğitim ve aile kurmaya ilişkin hakların olumsuz etkileneceğine yönelik (insan hak ve özgürlükleriyle ilgili) kaygılar olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Bu ''yol kazası'' üzerine, Anayasal Antlaşma'daki gibi ''düşünme süreci'' adı altında kapsamlı bir duraksama dönemi öngörülmemiş ve referandumdan birkaç gün sonra yapılan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısında, meselenin Ekim (2008) ayındaki Konsey toplantısında görüşülerek, bir yol haritasının belirlenmesi kararlaştırılmıştır.[577] Tabii bu, ister istemez, Antlaşma'nın planlandığı gibi 1 Ocak 2009'da yürürlüğe girişini de imkansız hale getirmiştir. Ekim 2008 Zirvesi'nde de, meselenin Aralık 2008 Zirvesi'ne havale edilmesinin ardından,[578] Aralık 2008 Zirvesi'nde, İrlanda'ya, yukarıda zikredilen konularda belli güvencelerin (mesela bize bakan yönüyle THŞ'nin hiçbir şekilde İrlanda Anayasası'nda düzenlenen bahsettiğimiz haklara halel getirmeyeceği güvencesi gibi) verilmesiyle sonuçlanmış; ve ardından Antlaşma, bu sefer

---

575 Vergilendirmeye ilişkin Birlik yetkilerinin İrlanda Parlamentosu'nun aleyhine genişlediği ve Antlaşma'nın ortak dış politika ve güvenlik politikasına ilişkin hükümleri bağlamında İrlanda'nın askeri tarafsızlığının zedelendiği de, diğer sebepler olarak gösterilmekteydi. Ancak asıl sebebin, kamuoyunun Antlaşma konusunda yanlış yönlendirilmesi, Antlaşma'nın ve dolayısıyla Avrupa entegrasyonuna karşı olan siyasi partilerin etkili kampanyaları ve İrlanda Hükümetinin bu konuda zayıf kalması olduğu söylenebilir.

576 Özellikle kürtaj meselesi, daha önceden de İrlanda Yüksek Mahkemesi, Divan ve AİHM'nin dahil olduğu bir yargısal süreçten de geçmişti. Nitekim, buna, ileride yine *AB İnsan Hakları Hukukunun Esasları* kısmında değinilecektir.

577 Zirve sonuç bildirgesi için bkz.: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/101346.pdf, Erişim Tarihi: 22.1.2013, para. 1-5.

578 Zirve sonuç bildirgesi için bkz.: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/103441.pdf, Erişim Tarihi: 22.1.2013, para. 15.

lehte etkili bir kampanyanın da başlatılmasıyla, 2 Ekim 2009'da yapılan ikinci referandumda onaylanmıştır.

Tabii bu süreçte Lizbon Antlaşması'nın ''başına gelenler'', bununla da sınırlı değildir. Özellikle Polonya, Litvanya ve Almanya Anayasa Mahkemeleri önünde Antlaşma'nın ulusal anayasalara uygunluğuna yönelik yargısal süreçler de, süreci sıkıntıya sokan gelişmeler olmuştur. Bilhassa bu süreç, yukarıda *AB İnsan Hakları Hukukunun jürisprüdansiyel gelişimini* görürken değindiğimiz ve çok önemli bir köşetaşı olan *Solange-II* sürecinin devamı niteliğinde olması yönüyle de oldukça önemlidir ve ileride de incelenecektir. Nihayet bu yargı testlerinin geçilmesi ve bütün bu ''badirelerin'' atlatılmasının ardından, Antlaşma, 1 Aralık 2009 tarihinde[579] (asıl planlanandan 11 ay gecikmeyle) yürürlüğe girebilmiştir.

Klasik Bir Reform Antlaşması Olarak Lizbon Antlaşması ve Sistematiği

Elbette ki, burada, Lizbon Antlaşması'nın ayrıntılı incelemesini yapacak değiliz; ancak sistematiğinin anlaşılmasının, yeni ortaya çıkan metnin ve onun içindeki insan haklarına ilişkin yeniliklerin anlaşılması için gerekli olması düşüncesinden hareketle, daha önceden Maastricht, Amsterdam, Nice ve Anayasal Antlaşma için yaptığımız yapısal bilgilendirmeyi, Lizbon'dan esirgememek gerekir. Bir kere Lizbon, kendinden öncekiler (Tek Avrupa Senedi, Maastricht, Amsterdam ve Nice) gibi bir reform antlaşması olması yönüyle Anayasal Antlaşma'dan farklıdır. Tüm Antlaşmaları (*Euratom* hariç) kaldırarak tek bir hukuki belge olma iddiasındaki Anayasa'dan farklı olarak Lizbon Antlaşması, **mevcut iki Kurucu Antlaşma'da** (AB ve AT Antlaşmaları)[580] **değişiklik yapan klasik bir reform antlaşmasıdır**. Bu yönüyle de, diğer Reform Antlaşmaları gibi, tek başına değil, **değiştirdiği Antlaşmalarda yaptığı tadilatlarla birlikte okunması** gerekir. Çok temel birkaç özelliği olarak da, ***AT Antlaşması***'nın ismini ''***Avrupa***

[579] Antlaşma'nın 6. maddesi uyarınca, Antlaşma, 1 Ocak 2009 tarihinde; bu olmazsa, son onay belgesinin tevdiini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecekti. Son onay belgesi, Çek Cumhuriyeti tarafından 13 Kasım 2009'da tevdi edilmiş ve Antlaşma da, planlanandan 11 ay sonra 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmiştir.

[580] Euratom Antlaşması, daha önceden de belirttiğimiz gibi, halen bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir. Ancak buna ilişkin Lizbon'un içinde herhangi bir değişiklik hükmü mevcut olmayıp; Lizbon'a eklenen (bağlayıcı) bir Protokol ile (2 numaralı Protokol) Euratom Antlaşması'nın bazı hükümleri tadil edilmiştir.

Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'' (ABİA)[581] olarak değiştirmiş ve Antlaşmalarda da, yeni bir numaralama sistemi getirmiştir.[582]

Bunları gördükten sonra, Lizbon'un insan hakları bağlamında ne gibi ilaveler getirdiğini incelemeye geçebiliriz.[583]

2.2.4.5. Lizbon Antlaşması ve İnsan Hakları

Birliğin Değerleri Noktasındaki İlave

Anayasal Antlaşma'nın ''Giriş'' kısmında, *insanın dokunulamaz ve devredilemez haklarına ve bununla birlikte özgürlük, demokrasi, eşitlik ve hukukun üstünlüğüne* yapılan atıf, Lizbon'da da (AB Antlaşması'nın ''Giriş'' kısmı olarak) aynen korunmuştur. Ancak hemen iki paragraf sonra, özgürlük, demokrasi, insan hak ve özgürlüklerine saygı ve hukukun üstünlüğüne bağlılığın teyit edilmesi, Anayasa'nın ''Giriş'' kısmında olmayan bir takviyedir.[584] Böylece Lizbon Antlaşması, bu anlamda Anayasa ile Nice sonrası AB Antlaşması hükümlerinden bir nevi sentez yapmış ve her ikisinin de ''Giriş''

---

[581] ***Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)***

[582] Böylece Amsterdam'dan sonra Antlaşma maddelerinin numaraları ikinci kez değiştirilmiştir. Dolayısıyla, örneğin hukukun genel ilkeleri olarak AİHS'ye ve ortak anayasal geleneklere atıf yapılan antlaşma hükmüne atıf yapmak istediğimizde, **Amsterdam öncesi** (AB Antlaşması m.F), **Lizbon öncesi (**veya **Amsterdan sonrası**) (m.6) ve **Lizbon sonrası** (AB Antlaşması m.6 – iki maddenin aynı numarayı taşıması raslantıdır) şeklinde atıf yapmak gerekecektir. Nitekim çalışma boyunca da, karışıklık olmaması için, gereken yerlerde bu şekilde belirtmeler yapılmıştır.

[583] Bu bağlamda, ''ilave''den ne kastettiğimize gelince; daha önceden de belirttiğimiz gibi, Lizbon Antlaşması, (diğer pek çok konuda olduğu gibi) insan hakları alanında da, temelde Anayasal Antlaşma'nın getirdiği düzenlemeleri büyük oranda benimsemiştir. Hatta yine önceden de vurguladığımız gibi, bu konuda iki belge arasında farklılıklar elbette ki olmakla birlikte, bunlar, Anayasal Antlaşma'ya ilave değil; olsa olsa eksiltme şeklinde gerçekleşmiş farklılıklardır. Ancak şu da vardır ki, Anayasal Antlaşma, hiçbir zaman yürürlüğe girmediği için, sonuçta cari hukuki durum olarak, Lizbon'un Nice sonrası hukuki durumla karşılaştırılması gerekir. Böyle olunca da, bazı noktalarda Anayasal Antlaşma'dan daha az veya eksik düzenleme bile getirmiş olsa, neticede getirdiği herşey eski (Nice sonrası) hukuki duruma göre bir yenilik olarak kabul edilecektir. Ancak biz, çalışmanın bu kısmında, siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri tarihsel bir perspektiften incelediğimiz için, yukarıda, yürürlüğe girip hukuki bir durum doğuramamış olmakla birlikte Anayasal Antlaşma'ya da, bu tarihsel sürecin önemli bir parçası olarak yer verdik. Dolayısıyla şimdi Lizbon'u, tarihsel **sürecin bir bileşeni olarak** incelerken, yöntemimiz, **Lizbon'u Anayasa ile karşılaştırmak** şeklinde olacaktır. Ancak tabii ki, Lizbon'un getirdiği hukuki yapı, *AB İnsan Hakları Hukukunun* halihazırdaki güncel durumunu belirlediğinden, Lizbon, daha önceden var olanlar ve kendisinin getirdikleri ile birlikte, *AB İnsan Hakları Hukukunun* halihazırdaki halini oluşturmaktadır ve bu yönüyle de, tezin bir sonraki bölümünde incelenecektir.

[584] Bunun Nice sonrası AB Antlaşması'nda olduğunu hatırlatalım. Dolayısıyla aslında hukuken bir değişiklik söz konusu değildir; Lizbon öncesi (Nice sonrası) yer alan atıf, Lizbon sonrası da devam etmiştir. (Ayrıca Anayasa noktasında da, ''Giriş'' kısmında olmasa da, böyle bir atfın, maddeler arasında (I-2) olduğunu, yukarıda belirtmiştik.)

kısımlarındaki insan haklarına atıf yapan paragrafları almıştır. Yine ''*Birliğin Değerleri*'' noktasında, AB Antlaşması'nın 2. maddesi, Anayasa'nın ilgili hükmünü (I-2) aynen muhafaza etmiştir. Bu yönüyle de, Anayasa'nın Nice Antlaşması'na göre getirdiği ilave (insan onuru, eşitlik ve özellikle de azınlık haklarına atıf yapılması), Lizbon'un onu aynen benimsemesi neticesinde hukuki anlamda da hayata geçirilmiş olmaktadır.

Temel Haklar Şartı, Katılım ve AB İnsan Hakları Hukukunun Kaynakları

Lizbon sonrası AB Antlaşması'nın 6. maddesinde ise, *Birliğin Temel Haklar Şartı'ndaki hak ve özgürlükler ile ilkeleri tanıdığı ve Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu* belirtilmektedir. Şart ile ilgili açıklamalara ileride ayrıntılı olarak değinilecektir; ancak burada şu kadarını söyleyebiliriz ki, görüldüğü gibi, Şart'ın bağlayıcılığı noktasında Lizbon, Anayasal Antlaşma ile aynı yaklaşımı (dolayısıyla hukuki anlamda Nice sonrası yapıdan farklı bir durumu) benimsemiş olmakla birlikte, Şart'ı, (Anayasal Antlaşma'nın aksine) Antlaşmaların içine almamış, ayrı bir metin olarak Şart'a atıf yapmıştır.

Katılım noktasında da, Anayasa ile aynı şekilde, Birliğin AİHS'ye katılması, hem de Birlik adına bir yükümlülük olacak şekilde öngörülmüştür. Bu konuda tarihsel anlamda Lizbon'un (Anayasal Antlaşma'ya göre) bir ilavesi olmasa da, hukuki anlamda Divan'ın 1994'teki kararının şekillendirdiği Nice sonrası yapı, artık değiştirilmiş ve katılıma kapı aralanmıştır. Bu konu, zaten, dediğimiz gibi, ileride ayrı bir kısım olarak incelenecektir. Üstelik hatırlanacak olursa, 6. maddenin, daha Aralık 2006'da, reform için toplanacak HAK'a yönelik yetki belgesinde, tartışmaya imkan vermeyecek kesinlikte yazıldığını ve böylece HAK sırasında, katılım ve Şart'ın ne şekilde hukuki bağlayıcılık kazanacağı meselelerinin tartışmalara konu olmasının önlendiğini söylemiştik.

Yine yetki belgesiyle şekillenen maddenin son fıkrasında ise, *temel hakların, AİHS'te güvence altına alındığı ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle Birlik Hukukunun hukukun genel ilkelerini teşkil edeceği* belirtilmişti. Zaten bunun, Maastricht'ten beri, aşağı yukarı bu çerçevede Antlaşmalarda yer alan bir düzenleme olduğunu pek çok defa vurgulamıştık.

Eski II. ve III. Sütunlarda Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi

Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, birey özgürlüklerinin temel güvencesinin ''hukuk devleti ilkesi'', hukuk devletinin temel güvencesinin ise, etkin bir yargısal denetim olduğuna şüphe yoktur. Birliğin özellikle eski III. ve terörle mücadele önlemlerinin artırılmasından sonra II. sütundaki yetkilerinin insan hak ve özgürlükleriyle ne kadar yakından ilgili olduğunu düşünürsek, aslında bu alanlarda yargısal denetimin ve bu anlamda yapılan değişikliklerin de insan hakları adına o kadar önemli ve doğrudan etkili olduğunu görebiliriz. Bu anlamda, Lizbon Antlaşması, gerek sütunlu yapının kaldırılması, gerek Birliğin temel bir değeri olarak insan haklarına atfın ve Adalet Divanı'nın genel işlevi olan Antlaşmaların yorumlanmasının artık bu alanları da kapsaması gibi konularda; keza ODGP alanında kural olan yargı yetkisinin olmamasına (ABİA m.275/1) karşılık, kişiler aleyhine sınırlayıcı tedbirler halinde istisnaen tanınan yargı yetkisine (ABİA m.275/2) ve keza cezai konularda işbirliğine ilişkin olarak eski AB Antlaşması m.35'in sınırlayıcı düzenlemelerinin kaldırılıp bu alanın da (polis ve kolluk operasyonlarına dair istisna ile birlikte) kural olarak Divan'ın yargı yetkisine tabi kılınmasına ABİA m.276) ilişkin olarak **Anayasa'nın getirdiği düzenlemeleri aynen** kabul etmiştir. Dolayısıyla bunların ayrıntıları ve insan haklarının korunması adına ne gibi bir önem arz ettikleri için yukarıya bakılabilir. Ancak yine şu hatırlatmamızı yapalım ki; neticede Anayasal Antlaşma yürürlüğe giremediği için, bütün bunlar, ***hukuken*** Lizbon ile birlikte Nice sonrası yapının değiştirilmesi ve böylece *AB İnsan Hakları Hukukunda* Lizbon'un etkileri olarak değerlendirilmelidir.

Yine bu noktada, AB Komisyonu'nda eskiden *Adalet, Özgürlük ve Güvenlik*'ten sorumlu Komiser'in, 2010-2014 dönemi için *Adalet, Temel Haklar ve Vatandaşlık Komiseri* olarak atandığını; böylece temel haklara ilişkin özel birtakım yetkilerle donatılmış bir Komiser'in de, ilk defa, Komisyon gibi önemli (ve Antlaşmaların uygulanmasından sorumlu) bir organda yer aldığını not etmek gerekir.[585]

Bununla birlikte Lizbon (daha doğru ifadeyle Lizbon'un AB ve ABİ Antlaşmalarında yaptığı değişiklikler), insan haklarıyla ilgili birçok hükmü de, Anayasa'dan aynen almıştır. Örneğin;

- Yukarıda yer verdiğimiz Birliğin üzerine kurulu olduğu değerlerin ifade edildiği AB Antlaşması'nın 2. maddesi yanında, yine aynı Antlaşma'nın *Birliğin Hedeflerinden*

[585] Sionaidh Douglas-Scott, ''The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon'', **Human Rights Law Review**, Vol:11, Issue:4, 2011, p.646.

bahseden 3. maddesinin *insan hak ve özgürlüklerine yaptığı atıf* (Anayasa m.I-3; karş. Nice sonrası AB Antlaşması m.2)

- Vatandaşların demokratik eşitliğine ilişkin AB Antlaşması m.7 hükmü (Anayasa m.I-45),
- Birliğin *insan haklarına saygı çerçevesinde* bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı kuracağına ilişkin ABİ Antlaşması m.67 hükmü (Anayasa m.III-257; karş. Nice sonrası AB Antlaşması m.29 ve AT Antlaşması m.61) ve
- *1 milyon vatandaşın* Komisyon'u bir konuda yasama sürecini başlatmaya zorlaması şeklindeki halk teşebbüsü mekanizmasına dair m.11/4 hükmü (Anayasa m.I-47/4)

gibi hükümler, Anayasal Antlaşma'dan aşağı yukarı olduğu gibi alınan düzenlemelerdi.

Ancak tekrardan hatırlatmakta fayda vardır ki; bunlar, Anayasal Antlaşma'ya göre bir yenilik olmamakla birlikte, Anayasal Antlaşma yürürlüğe giremediği için sonuçta mevcut hukuki durum olan Nice Antlaşması sonrası yapıyla karşılaştırıldığında, hepsi *AB İnsan Hakları Hukukunda* gerçek anlamda yeniliklerdir.

Öte yandan, kişisel verilerin korunması; vatandaşlık temelinde ayrımcılığın yasaklanması ve temel dört serbestinin tanınması; aralarında insan haklarının da bulunduğu Birliğin üzerine kurulu olduğu değerleri ihlal eden Üye Devletlere yaptırım uygulanması; sosyal politikaların düzenlendiği kısımda Birlik ve Üye Devletlerin Avrupa Sosyal Şartı ile İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı'nda düzenlenen temel sosyal hakları göz önünde bulunduracağının belirtilmesi,[586] sosyal ve ekonomik haklarla ilgili yine gerek Antlaşmalardaki gerek Şart'ın içindeki haklar; kiliselerin ve dini toplulukların ulusal hukuklar altındaki statülerine saygı gösterilmesi gibi hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler, gerek Antlaşmaların içerisindeki gerek Şart'ta düzenlenen Birlik vatandaşlığı ve ona yüklenen haklar; insan haklarına saygının Birlik üyeliğinin bir önkoşulu olması da; Lizbon'un hem Anayasa'dan aynen aldığı, hem de aşağı yukarı daha önceden beri (yani Nice sonrası yapıda da) var olan düzenlemelerdi.[587]

Kurucu Antlaşmalarda insan hakları bağlamında yaşanan gelişmeleri incelemeyi böylece tamamlamış oluyoruz.

---

[586] ABİ Antlaşması m.151; karş. Anayasa m.III-209 ve Nice sonrası AT Antlaşması m.136.

[587] Nitekim bütün bunlardan önemli olanlar, tezin bir sonraki bölümünde, ''AB İnsan Hakları Hukukunun Esasları'' başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.3. KATEGORİK OLARAK SİYASİ-HUKUKİ-KURUMSAL GELİŞMELER

Yukarıda, *AB İnsan Hakları Hukukunda*, 1970'lerden itibaren (jürisprüdansiyel gelişimin yanısıra) siyasi-hukuki-kurumsal planda yaşanan gelişmeleri, kronolojik bir bakış açısıyla ele aldık. Ancak bu kısma başlarken de belirttiğimiz gibi, bazı gelişmeleri ise, kendi arasında bir kategori oluşturması dolayısıyla kronoloji içine yedirmedik, konu bazında ele almayı uygun gördük. Bu noktada, genel kronoloji içinde değil de, konu bazında zikretmemiz gereken en önemli iki gelişme, tabii ki, Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile AİHS'ye katılım hadiseleridir. Onun dışında, Temel Haklar Ajansı'nın kurulması bağlamında cereyan eden kurumsal kapasiteyi geliştirmeye yönelik gelişmeler, Parlamento'nun yıllık raporları eliyle yürütülen parlamenter gözetim, dış ilişkilerde insan haklarının bir politika aracı olarak kullanılması ve (Kurucu Antlaşmalar dışındaki) ikincil mevzuatta insan haklarının korunması, bu sürece dair yer verilmesi gereken insan hakları gelişmeleridir.

2.3.1. Kurumsal Kapasitenin Geliştirilmesi

AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal ayağında, uzun bir sürece yayılan tematik bir gelişme, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusundaki kurumsal kapasitenin artırılması bağlamında yaşanmıştır. Bu noktada özellikle yabancı düşmanlığı ve ırkçılıkla mücadele alanında kaydedilen gelişmeler; temel haklarla ilgili bağımsız bir uzmanlar ağının kurulması; özel bir temel haklar biriminin (Temel Haklar Ajansı) kurulması ve insan hakları konularından sorumlu özel bir Komisyon üyeliği tayin edilmesi, AB'de insan haklarının korunup ilerletilmesinde kurumsal kapasitenin geliştirilmesi bağlamında yaşanan gelişmeler olmuştur.

Bu noktada siyasi-hukuki-kurumsal bağlamda önemli gelişmelerin yaşandığı ve uzun vadede insan hakları alanında kurumsal sonuçları da olan bir alan, **yabancı düşmanlığı ve ırkçılıkla mücadele** olmuştur.[588] Avrupa'da milliyetçi ve hatta ırkçı

[588] Başlamadan da belirttiğimiz gibi, bu süreçteki gelişmeler, 10 yılı aşkın bir süreye yayılan bir süreç olduğu için, AB insan hakları tarihinde nispeten özel bir alan olan yabancı düşmanlığı ve ırkçılıkla mücadele kavramını ve bu kavram çerçevesinde yaşanan gelişmeleri, konu bütünlüğü açısından, diğer gelişmeler gibi kronolojik olarak değil; bir bütün olarak ayrı bir alt-başlık halinde vermeyi uygun gördük.

akımların destek kazandığı ve ırkçı partilerin güçlenmeye başladığı 1980'lerin ikinci yarısından itibaren bu sorunla mücadele etmek adına, gerek AB kurumları gerek Üye Devletler tarafından çok sayıda belge, deklarasyon, karar vs. kabul edilmiştir.[589] Tüm bu gelişmeler ise, 1997'de kurumsal bir yapıyla taçlandırılmış ve çıkarılan bir Tüzükle,[590] **Avrupa Irçılık ve Yabancı Düşmanlığı İzleme Merkezi** (*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, AIYDİM*) kurulmuştur. Tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan Merkeze, Avrupa düzeyinde *ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve anti-semitizm* yönündeki gelişmeleri ve akımları izleme, değerlendirme ve bunlarla mücadele için gerekli çalışmaları yaparak öneriler sunma işlevi yüklenmiştir. Merkez, daha sonradan yerini daha geniş bir faaliyet alanında kurulacak olan Temel Haklar Ajansı'na bırakacaktır.

Bu süreçte ''kurumsal'' noktada bir diğer önemli gelişme de, Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Parlamentosu'nun önerisi üzerine, 2002 yılında, *AB Temel Haklara Dair Bağımsız Uzmanlar Ağı* adlı bir oluşumun meydana getirilmesidir. Bu grup, Üye Devletlerdeki ve AB'deki temel haklara ilişkin durumu, Temel Haklar Şartı bağlamında incelemektedir. Grubun çalışma mantığında; öncelikle her bir Üye Devlet için o ülkeden sorumlu olan grup üyeleri tarafından birer rapor hazırlanır; ayrıca AB'nin bir yıl içindeki faaliyetleri de ayrı bir raporda değerlendirilir; ardından da, Grup tarafından bir sentez

---

[589] Bu anlamda özellikle 1986 yılında Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon tarafından **ortaklaşa** ilan edilen ''**Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Ortak Deklarasyon**'' (*Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission against Racism and Xenophobia*, 11 June 1986, O.J. C 158, 25.6.1986).; Avrupa Konseyi'nin Haziran 1990 Dublin Zirvesi'nde ilan ettiği ''***Anti-Semitizm, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Dair Deklarasyon***'' (*Declaration on Anti-Semitism, Racism and Xenophobia*, Annex III, p.30. Zirve sonuç bildirgesi için bkz.: http://www.european-council.europa.eu/media/848690/1990_june_-_dublin__eng_.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.2013); Parlamento'nun 1994 ve 1995 tarihli ***Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı ve Anti-Semitizm'e Dair Kararları*** (*Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia, and Anti-Semitism*, 27 October 1994, O.J. C 323/154, 20.11.1994 ve *Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism*, 26 October 1995, O.J. C 308/140, 20.11.1995); Bakanlar Konseyi'nin 1996 yılında kabul ettiği ''***Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığıyla Mücadeleye Dair Kabul Ettiği Ortak Eylem***'' (*Joint Action Adopted by the Council on the Basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, Concerning Action to Combat Racism and Xenophobia*, 15 July 1996, O.J. L 185, 24.7.1996); yine Parlamento'nun 1997'de, ''***Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı ve Anti-Semitizm ve Irkçılığa Karşı Avrupa Yılına (1997) Dair Kararı***'' (*Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism and the European Year Against Racism (1997)*, 30 January 1997, O.J. C 55/17, 24.2.1997) ile ardından 1998'de, ''***Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı ve Anti-Semitizm'e ve Irkçlığa Karşı Avrupa Yılının Sonuçlarına Dair Kararı***'' (*Resolution on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism and the Results of the European Year Against Racism*, 29 January 1998, O.J. C 56/02, 23.2.1998) bu süreçte önemli belgeler (ve dolayısıyla siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki diğer belge, metin, karar vs. için bkz.: Flaherty, Lally-Green, **op.cit**, p.257, note: 30.

[590] **Council Regulation (EC) No 1035/97 of 2 June 1997 Establishing a European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia**, O.J. L 151, 10.6.1997.

raporu hazırlanır ve bu rapordaki tespit ve öneriler, Birlik kurumlarına sunulur. Bu Grup da, özellikle hazırladığı geniş kapsamlı raporlarla gerek Topluluk gerek Üye Devlerdeki insan hakları açısından sorunlu uygulamalara dikkat çekmek suretiyle AB İnsan Hakları Hukukunda bir takım iyileştirmelerin yaşanmasına katkı sağlamıştır. Hazırlanan raporlar, AB Parlamentosu'nun raporları gibi, genel durumun yanında her yıl özel olarak seçilen bir konuya ilişkin (tematik)[591] ayrıntılı tespitler de içermektedir. Grubun ayrıca AB'nin yetkisine giren konularda, insan haklarına ilişkin olarak Komisyon'a özel bilgi ve görüş bildirmek; Komisyon ile Parlamento'ya (yetkilerine giren alanlarda), Birliğin insan hakları politikasını geliştirmelerine yardımcı olmak gibi iki temel görevi daha vardı.[592] Grup, aşağıda inceleyeceğimiz Temel Haklar Ajansı'nın yapmadığı şekilde, normatif bazda da insan hakları incelemeleri yapmaktaydı.[593] Bu bağlamda, örneğin, AB'de veya bir Üye Devlette insan haklarının durumuyla ilgili normatif değerlendirmeler yapma; bir Üye Devletteki uygulamaları, AB Antlaşması'nın 7. maddesi bağlamında inceleme gibi çalışmalar, Grup'un yürüttüğü faaliyetler arasındaydı.[594]

Bu oluşum, *Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığıyla Mücadele İzleme Merkezi* ile birlikte faaliyet göstermiş; ancak Temel Haklar Ajansı'nın kurulması söz konusu olunca, Komisyon tarafından sona erdirilmiştir.

AB Temel Haklar Ajansı

---

[591] Mesela *güvenlik ve özgürlük arasındaki denge* (2002 Raporu), *adalet, sığınma ve göç alanlarında AB'nin dış eylemlerinde temel haklar* (2003 Raporu); *azınlıkların korunması* (2004 Raporu) ve *çocuk haklarının uygulanması* (2005 Raporu) gibi. Rapor metinlerine şu adreslerden ulaşabilirsiniz. http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/document/index_en.htm, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

[592] Katarzyna Cuadrat-Grzybowska, **The Protection of Fundamental Rights in the European Union: Selected Aspects**, Frankfurt am Main, Lang, 2006, p.75.

[593] Lindfelt, **op.cit**, p.318.

[594] Komisyon da, 7. maddenin uygulanmasına dair tebliğinde, Ağ'ın (Grup'un) ana görevinin, her bir Üye Devletteki duruma ilişkin net bir resim ortaya koyarak, AB'de insan haklarının durumuyla ilgili yıllık bir rapor hazırlamak olduğunu söylemiştir (**Commission Communication on Article 7 of the Treaty on European Union: Respect for and Protection of the values on which the Union is based**, COM (2003) 606 Final, Brussels, 15.10.2003, p.9). Hatta bu sebeple, doktrinde, Temel Haklar Ajansı'na yüklenen misyon göz önünde bulundurulduğunda, Ajans'ın kurulmasından sonra bile, bu Ağ'ın devamının anlamsızlaşmadığı söylenmiştir. Martin Scheinin, ''The Relationship between the Agency and the Network of Independent Experts'', **Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Contribution of the Fundamental Rights Agency**, Ed. by Philip Alston, Olivier de Schutter, Oxford, Hart Publishing, 2005, p.83; aktaran: Lindfelt, **op.cit**, p.319.

2007'de kurulan Temel Haklar Ajansı'nın oluşturulmasına yönelik girişimler, 2003 yılına dek uzanmaktadır.[595] Aralık 2003'te Brüksel'de toplanan Avrupa Konseyi'nde (Liderler Zirvesi), Üye Devlet temsilcileri, insan hakları alanında Birlik politikalarının belirlenmesinde veri toplama ve analiz etmenin önemini vurgulayarak, mevcut Merkez'i (*AIYDİM)* temel almak suretiyle, onu bir **insan hakları ajansına** dönüştürmek için yetki çerçevesini genişletmekte anlaşmışlardır.[596] Bu süreçteki ana tartışma, kurulacak birimin yetki çerçevesi noktasında olmuştur. Bu birim, AB kurumları dışında Üye Devletleri de, özellikle AB Antlaşması'nın 7. maddesi[597] bağlamında izleyecek midir;[598] keza bu birim, Birlik ile anlaşma yapmış olan üçüncü ülkeleri, özellikle anlaşmalardaki insan hakları hükümlerinin uygulanması amacıyla takip edecek midir?[599] Bu tartışmalar ekseninde, 2006'da (Finlandiya Dönem Başkanlığı sırasında), böyle bir birim kurulması konusunda siyasi planda anlaşmaya varılmış; [600] nihayet 2007'de kabul edilen bir Konsey Tüzüğü[601] ile Avusturya'nın başkenti Viyana'da tüzel kişiliğe sahip ve tam bir bağımsızlık içinde faaliyet gösterecek **AB Temel Haklar Ajansı** (*THA, European Union Agency for Fundamental Rights – FRA*) kurulmuştur.[602]

---

[595] Lindfelt, **op.cit**, p.315.

[596] Zirve sonuç bildirgesi için bkz.: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/78364.pdf, p.27, Erişim Tarihi: 27.1.2014.

[597] Aralarında insan haklarının da bulunduğu Birlik değerlerinin ihlali halinde yaptırım uygulanmasına ilişkin hüküm

[598] Lindfelt, **op.cit**, p.315; Craig, de Búrca, **op.cit**, p.390. Daha önceden, ***Temel Haklar Uzmanlar Ağı'nın*** (*Network of Experts on Fundamental Rights*), bu maksatla Üye Devletleri, (*bağlayıcı olmayan*) Temel Haklar Şartı'na uygun davranıp davranmadıkları yönünden (*gayr-i resmi olarak*) izlemeye başladığına yukarıda değinmiştik. **Ibid.**

[599] Lindfelt, **op.cit**, p.315.

[600] Bunun hukuki temeli, (o zamanki) AT Antlaşması'nın (ortak pazarın işleyişi bağlamında Topluluğun hedeflerinden biri gerektirdiğinde, Antlaşma, gerekli yetkiyi vermiyorsa, Konsey'in oybirliğiyle gerekli önlemleri alabileceğini söyleyen) **308. maddesi** olmuştur. Topluluğun hedeflerinden birisi de, insan haklarına saygı olduğuna göre, buna katkı sağlayacak bir birimin kurulması mümkündür. Lindfelt, **op.cit**, p.316. Ancak hatırlatalım ki, Divan, aynı mantıkla AB'nin AİHS'ye katılımı meselesinde bunu kabul etmemiş; m.308'i, bu anlamda, Birliğin insan haklarını koruyup geliştirme hedefi doğrultusunda bir uluslararası sisteme ve yargı denetimine tabi olmasına cevaz verir şekilde yorumlamamıştır. Buna aşağıda katılım bahsinde değineceğiz.

[601] **Council Regulation (EC) No.168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights**, O.J. of the EU No.L 53/1, 2007.

[602] Bu arada Ajans'ın isminin ''İnsan Hakları Ajansı'' (*Human Rights Agency*) değil de, Temel Haklar Ajansı (*Fundamental Rights Agency*) olmasına da dikkat etmek gerekir. Bu anlam, Temel Haklar Şartı'ndaki tercihle de paralel olup; ''insan hakları'' kavramının daha çok uluslararası metinlerde kullanılmasına karşılık, ulusal anayasal güvenceleri karşılamak adına ''temel haklar'' kavramının kullanılmasıdır. Jacqueline Dutheil de la Rochere, ''Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty'', **Fordham International Law Journal**, Vol:33, Issue:6, June, 2011, p.1794. (Makaleye şu adresten ulaşılabilir: http://fordhamilj.org/articles/challenges-for-the-protection-of-fundamental-rights-in-the-eu-at-the-time-of-the-entry-into-force-of-the-lisbon-treaty/, Erişim Tarihi: 4.2.2014.) Biz de,

Ajans'ın temel görevleri, *haklar konusundaki farkındalığı artırmak; Birlik kurumları ile Üye Devletlere AB Hukuku kapsamındaki meselelerde insan hakları noktasında yardım ve uzmanlık desteği sağlamak ve yine insan haklarına ilişkin olarak bilgi ve veri toplamak ve bunları analiz etmektir*.[603] Ajans, bu görevlerini yerine getirmek için, sivil toplumla yakın işbirliği içinde insan hakları alanında veri toplama, görüşler oluşturma, iyi uygulamaları öne çıkarma, sivil toplum arasında bir ağ kurma ve spesifik konularda (yabancı düşmanlığı, ırkçılık, adalete erişim, suç mağdurlarının hakları, çocukların hakları, ayrımcılık vs.) tematik raporlar yayınlama faaliyetlerinde bulunur.[604]

Bunlara baktığımızda, bu yeni insan hakları biriminin, yukarıdaki tartışmalarda ortaya konan (iddialı) işlevlerle donatılmadığını görmekteyiz. Her şeyden önce, örneğin, Üye Devletleri, AB Antlaşması m.7'nin uygulanması kapsamında izleme, insan hakları koruma düzeyiyle ilgili periyodik raporlar hazırlama gibi yetkileri söz konusu değildir. Keza, Ajans, bireysel olaylarla ilgili olarak bir hakem gibi çalışan ve bireysel şikayetleri inceleyen bir insan hakları kurulu da değildir.[605] Ortaya çıkan tercih, Birlik kurumlarına ve

---

yukarıda *AB Hukukunda* ''insan hakları'' ve ''temel haklar'' arasındaki kavram farkına değinmiştik (bkz.: supra dipnot:64).

[603] http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1964-FRA-2012_Booklet_EN.pdf, p.9, Erişim Tarihi: 27.1.2014. AB'nin 40'ın üzerindeki idari biriminden (*Agency*) biri olan Ajans'ın faaliyetleri, hukukçular, sosyal iletişim uzmanları, siyaset ve sosyal bilimcilerden oluşan personeli tarafından yürütülmekte olup; yönetim kurulu tarafından idare edilmektedir. Yönetim kurulu, Üye Devletlerden birer (halihazırda toplam 28), Komisyon'u temsilen atanan 2 ve Avrupa Konseyi'ni (*Council of Europe*) temsilen atanan 1 bağımsız uzmandan oluşmaktadır. Üye Devletlerle yakın çalışma ilişkisi ve işbirliğini sağlayabilmek adına da, her bir Üye Devlet, Ajans nezdinde bir *irtibat görevlisi* atamaktadır. Craig, de Búrca, **op.cit**, p.390.

[604] Örneğin, Ajans, 2010'da homofobi, transfobi ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık temalı; 2011'de ise, ''adalete erişim'' temalı raporlar hazırlamış; Mart 2014'te de Avrupa genelinde kadına karşı şiddet temalı bir araştırma ve anket çalışmasını kamuoyuyla paylaşacaktır.

[605] Lindfelt, **op.cit**, pp.316-317. Yazara göre; Komisyon tarafından getirilen öneri (hazırlanan tasarı), Ajans'ın görev alanını ırkçılık ve yabancı düşmanlığından Temel Haklar Şartı'nda kabul edilen hak ve özgürlüklerle ilgili tüm konulara teşmil edebilir; sadece (kurulduğu dönem için) Topluluklar sütununda değil, cezai konularda polis ve adli işbirliği alanında da faaliyet göstermesi benimsenebilir; aday ülkelerin de Ajans'ın çalışmalarına katılması öngörülebilir; keza üçüncü ülkelerle ortaklık vs. anlaşmaları ve bunlardaki ''insan hakları klozları'' bağlamında, izleme ve gözetim yetkisiyle donatılabilirdi. Ancak ortaya çıkan tercih, Birlik kurumlarına ve Üye Devletlere, insan hakları boyutu olan politikalar belirlerken veya mevzuat hazırlarken teknik uzmanlık desteği vermek şeklinde ortaya çıkmıştır. **Ibid.** Üstelik, bu veri toplama işi de, insan hakları uygulamalarının sorunlu yanları, insan hakları politikalarının geliştirilmesine matuf öneriler şeklinde, örneğin bu alanda çalışan bir sivil toplum veya düşünce kuruluşunun yaptığı gibi veri toplama ve değerlendirme değil; daha çok istatistiki vs. teknik düzeyde veri toplama şeklinde söz konusu olmaktadır. Böylece Konsey, normatif bir izleme görevi yapmaktan ziyade, AB'nin siyasi kurumlarının insan haklarına ilişkin (AB Antlaşması m.6'dan kaynaklanan) yetkileri bağlamında ortaya koydukları insan hakları politikaları ve mevzuatı için bir nevi veri toplama ve bu verileri analiz etme birimi şeklinde çalışacak bir yapıyı tercih etmiştir. Bu anlamda Ajans'ın işlevi, yukarıda yer verdiğimiz *Temel Haklara Dair Bağımsız Uzmanlar Ağı*'nın işlevinden de ayrılmaktadır. **Ibid.**

Üye Devletlere, temel haklar boyutu olan politikalar belirlerken veya mevzuat hazırlarken teknik uzmanlık desteği veren bir birim kurmak olmuştur.

Tüzüğün 3. maddesine göre; Ajans, Topluluğun AT Antlaşması (Lizbon'dan sonra ABİ Antlaşması olarak anlamak gerekir) kapsamındaki yetkileri bağlamında faaliyet gösterecektir. Bu, diğer temel Kurucu Antlaşma olan AB Antlaşması kapsamındaki konuların Ajans'ın faaliyet alanında olmadığını göstermektedir.[606] İkinci olarak, Ajans, Üye Devletlerin (AB Hukukunu uygularken yaptıkları) eylem ve işlemlerine ilişkin olarak faaliyet gösterecektir.[607] Son olarak, Ajans'ın, faaliyetlerini yürütürken referans alacağı hak ve özgürlükler, AB Antlaşması'nın 6. maddesinde atıf yapılan hak ve özgürlükler olacaktır. Bu anlamda, Lizbon'dan sonra, m.6/2 anlamında AB için esas referans metin, Temel Haklar Şartı olduğuna göre, Ajans için de, Şart'taki hak ve özgürlükler olacak; ayrıca ortak anayasal geleneklerden ve AİHS'ten kaynaklanan ve Adalet Divanı tarafından şimdiye kadar ortaya konmuş olan hak ve özgürlükler de, Ajans için birer kaynak olmaya devam edecektir.[608] Ancak, bu referans almanın, herhangi bir Birlik veya Üye Devlet uygulamasını Şart veya başka bir metin temelinde denetleme amacıyla olmadığını; zira Ajans'ın yukarıda da vurguladığımız gibi, böyle bir işlevi olmadığını tekrardan vurgulayalım.

Öte yandan, Ajans'ın AB'de insan haklarının korunması adına etkinliği elbette ki tartışılmaktadır. Ancak bizce böyle bir tartışma, çok da anlamlı olmayabilir; zira dediğimiz

---

[606] Bu, başlangıçta, eski sütunlu yapıda 2. ve 3. sütunlar olarak bilinen alanlarda Ajans'ın faaliyet gösteremeyecek olması yönüyle eleştirilmiştir. Özellikle bunlardan (belki dış politika ve güvenlik politikası değil ama) 3. sütundaki cezai konularda adli ve polis işbirliğine giren konular bakımından Ajans'ın devre dışı bırakılması eleştirilmiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.320; de la Rochere, **op.cit**, p.1796. Ancak Lizbon ile birlikte, sütunlu yapı kalktığı ve eski 3. sütundaki konular (cezai alanda polis ve adli işbirliği), AT Antlaşması'nın yerini alan ABİ Antlaşması kapsamına alındığından, artık Ajans için böyle bir problem kalmamıştır. Fakat eski 2. sütuna denk gelen ve halihazırdaki anayasal yapıda ABİ değil AB Antlaşması'nda düzenlenen güvenlik politikası ve dış politika (ODGP) kapsamındaki meselelerde ise, Ajans'ın faaliyet gösteremeyeceğini belirtmek gerekir.

[607] Bu, zaten Üye Devletlerin Birlik Hukukunu uygularken veya Birlik Hukuku kapsamındayken Antlaşmalardan ve Divan içtihadından kaynaklanan insan hakları yükümlülükleriyle bağlı olmaları ilkesiyle de paraleldir. Örneğin, *Temel Haklar Şartı* da, Üye Devletler için, *Birlik Hukukunu uygularken yaptıkları (...only when are implementing Union Law)* eylem ve işlemleri için bağlayıcıdır. Fakat doktrinde, de la Rochere, bu noktada şöyle bir nüansa dikkat çekmektedir. Ajans'ın Üye Devletleri kapsama alırken kullandığı ifade, ''*Topluluk Hukukunun uygulanması kapsamındaki*..'' (*within the scope of application of Community Law*) şeklinde olmayıp – Şart'taki gibi (m.51/1) – *Topluluk Hukukunu uygularlarken* (*when implementing Community Law*) şeklindedir. Bu iki ifadeden birincisi, ikincisinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. De la Rochere, **op.cit**, p.1796. Bu farka, ileride Temel Haklar Şartı'nı incelerken değinilecektir.

[608] Ancak Şart'ın bağlayıcı olarak kabulünden sonra, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin etkisi tartışılmaktadır. Buna, tezin, *AB İnsan Hakları Hukukunun esasları* başlıklı bir sonraki bölümünde ''kaynaklar'' bahsini incelerken değineceğiz.

gibi, bu şekilde bir kurumun olması, tamamen bir tercihtir. Üye Devletler, bir insan hakları ombudsmanı değil, bir insan hakları veri toplama ve değerlendirme kurumu oluşturmak istemişler ve Ajans'ı kurmuşlardır. Yine de, Ajans'ın kurulduğu günden itibaren yürüttüğü faaliyetlere, yaptığı araştırmalara bakıldığında, tabii ki yine bireysel şikayetleri inceleme veya bir Üye Devletteki spesifik bir durumu insan hakları açısından soruşturma gibi bir düzeye varmamakla birlikte, *AB İnsan Hakları Hukukunda* etkinliğini artırması mümkündür.[609]

Ajans'ın AB'de insan haklarının korunmasına katkısı, doktrinde farklı tepkiler çekmiştir.[610] Bu tepkilerin haklılık payı elbette olmakla birlikte; belirttiğimiz gibi, AB'nin, Ajans'ın halihazırdaki işlevinden öte gerçek bir insan hakları kurumuna ihtiyacı olup olmadığı pekala tartışılabilir. Biz de buna ileride AB'nin insan hakları korumasındaki genel durumunu değerlendirirken değineceğiz.[611] Sonuç olarak, hiç şüphesiz *AB Temel*

---

[609] Örneğin, Ocak 2014'te yayınladığı bir raporunda; AB'deki insanların, gerek özel gerek kamu sektörü tarafından bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygın kullanımına bağlı olarak veri koruma ihlallerine maruz kaldıklarını söyleyerek, kişilere, etkin ve erişilebilir bir koruma sağlanması gerektiğini söylemesi, Ajans'ın, istatistik tutan teknik bir kurumdan öte, artık *AB İnsan Hakları Hukukunun* sorunlu gördüğü yanlarına temas eden ve bu konuda gerek Birlik kurumlarına gerekse Üye Devletlere tavsiyelerde bulunan bir pozisyonda olduğunu göstermektedir. (Rapora şu adresten ulaşılabilir: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2014).

[610] Lindfelt, böyle bir birimin kurulmasının, AB'nin insan hakları noktasındaki pozisyonunun ihlallere karşı koruma şeklindeki pasif yaklaşımdan, koruma ve geliştirmeye yönelik aktif yaklaşıma geçmesi şeklinde yorumlanabileceğini söylemektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.321. De la Rochere de, biraz daha geriye giderek, 1993'te Birliğe üyelik için Kopenhag kriterlerinin getirilmesiyle, artık AB'nin korumadan inceleme, takip etme, denetleme gibi aktif bir pozisyona geçişin başladığını; böyle bir Ajans'ın da bu anlamda gerekli olduğunu söylemektedir. De la Rochere, **op.cit,** p.1794. Ancak, bizce, Ajans'a böyle bir vazifenin verilmemiş olması karşısında, bu tespit doğru olmakla birlikte, bunu yapacak olan organ olarak Ajans düşünülmemiştir. Hatta doktrinde Kaczorowska, Ajans'ın birçok yönden bir hayal kırıklığı yarattığını söylemektedir: Ona göre, sadece birinci sütun kapsamında faaliyet gösterecek olup, özellikle 3. sütun bakımından yetkili olmaması (ancak dediğimiz gibi Lizbon'dan sonra bunun, artık ciddi bir problem olmaktan çıktığını düşünüyoruz); aday ülkeler bakımından kural olarak yetkisinin olmaması (ancak ilgili Ortaklık Konseyi, devreye girmesine dair karar verirse Ajans, bir aday ülkeye yönelik olarak devreye girebilecektir); insan haklarının korunması bağlamında önerilerde bulunma, Üye Devletleri AB Antlaşması m.7 bağlamında gözetime tabi tutma gibi ''dişini gösterebileceği'' yetkilerinin olmaması; Divan önünde temel hakları ihlal eden Birlik tasarruflarının iptali için dava açma yetkisinin (*locus standi*) bulunmaması; bireysel şikayetleri inceleyememesi; görüşlerinin bağlayıcı etkisinin olmaması; Birlik tasarruflarının insan haklarına uygunluğu noktasında görüş bildirmesinin, ancak Birlik kurumlarının talebi ile söz konusu olması gibi hususlar, yıllardan beri akademik çevrelerde dillendirilen bir ''AB insan hakları kurumu'' hayalinden oldukça uzak bir birimle bizi karşılaştırmıştır. Alina Kaczorowska, **European Union Law**, New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp.241, 242.

[611] Mesela Ajans'ın Avrupa Konseyi'nin (*Council of Europe*) faaliyetlerine halel getirebileceği ve gereksiz bir kopyasının olacağı gibi görüşler de mevcuttur. **Ibid.** p.240.

Haklar Ajansı da, *AB İnsan Hakları Hukukunun* gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal boyutunda yer verilmeyi hak eden bir gelişme olmuştur.[612]

Temel Haklar Komiseri

Son olarak, 2000'li yıllarda AB'de insan haklarının korunması bağlamında kurumsallaşma bakımından yaşanan bir gelişme de, ilk defa temel haklardan sorumlu bir Komiserin görevlendirilmiş olmasıdır. İlk defa, Avrupa Komisyonu'nun 2010-2014 dönemi için, ''*Adalet, Temel Haklar ve Vatandaşlık"*tan sorumlu bir üye (*Commissioner for Justice, Fundamental Rights and Citizenship*) görevlendirilmiştir. Komisyon'un ''Antlaşmaların koruyucusu'' (*guardian of the Treaties*) olması bağlamında, bu Komiserlik, genel planda, tüm AB'de, başta Şart olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını; özel olarak da, Komisyon'un yasama sürecinin başlatıcısı olması bağlamında, Komisyon'un tüm eylem ve işlemlerinde ve özellikle de mevzuat önerilerinde (ve önerinin yasama süreci sonunda aldığı şekilde) Şart'a uygunluğun sağlanması görevini yürütecektir. Keza Üye Devletlerin de, AB Hukukunu uygularlarken Şart'la bağlı olmalarına bağlı olarak, Komisyon'un (bu komiserlik eliyle) bir vazifesi de, bunu incelemek, Birlik mevzuatının ulusal hukuka aktarılmasında Şart'a uyulup uyulmadığını gözetmek ve gerekirse Divan önündeki (Üye Devletlere yönelik) dava yetkilerini kullanmak olacaktır.

2.3.2. Parlamenter Gözetim: Parlamento'nun Yıllık Raporları

Bir siyasal toplumda bireysel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuki anlamda yargı organlarının olduğu kadar; hiç şüphesiz siyasi anlamda da halkın doğrudan temsilcileri olan parlamentoların görevleridir. Hatırlanacak olursa, 1960'lar ve 70'lerde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* durumuna ilişkin *Solange-I kararında,* Alman Anayasa

[612] Temel Haklar Ajansı'yla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Olivier de Schutter, Valérie van Goethem, ''The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Fundamental Rights Policy of the Union'', **ERA Forum**, No:4, 2006, p.587; Armin von Bogdandy, Jochen von Bernstorff, ''The EU Fundamental Rights Agency in the European and International Human Rights Architecture'', **Common Market Law Review**, Vol:46, Issue:4, 2009, p.1035.; Gabriel N. Tottenburg, ''The Role of the New EU Fundamental Rights Agency: Debating the Sex of Angels or Improving Europe's Human Rights Performance?'', **European Law Review**, Vol:33, Issue:3, 2009, p.385.; Anthony Arnull, ''Does Europe Need a Fundamental Rights Agency?'', **European Law Review**, Vol:31, Issue:2, 2007, p.285.

Mahkemesi, AB'nin sorunlu yanlarını ortaya koyarken, seçilmiş bir parlamentonun yokluğunu da zikrediyordu. Bu, hiç şüphesiz, gerçek (doğrudan seçime dayalı) bir parlamento kavramının, bireysel hak ve özgürlüklerle ne kadar ilintili olduğunu ortaya koyması yönünden önemliydi. Nitekim Parlamento da, 1979'daki ilk doğrudan seçimlerden sonra, insan hakları alanında aktif olmaya başlamıştı. Yukarıda yer verdiğimiz kronolojik gelişme seyrinde, Kurucu Antlaşmalar dışındaki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler noktasında başat aktör kim diye sorulursa, herhalde önce Parlamento, sonra da Komisyon'u göstermek, yanlış olmaz. Biz, Parlamento'nun bu süreçteki girişimlerine, dediğimiz gibi, kronolojik olarak meseleyi incelediğimiz yukarıda yer verdik. Ancak özellikle 1990'lardan sonra Parlamento bünyesinde Dünya'da ve özel olarak da AB'de insan haklarının durumuna ilişkin hazırlanmaya başlanan ve istikrar kazanan raporlar, insan haklarının korunmasına ''parlamenter gözetim'' boyutu katması yönüyle kronolojiden ayrı bir yerde zikredilmeyi hak etmektedir.

Parlamento, Maastricht Antlaşması'ndan sonra, *Dünya'da ve AB'de insan haklarının durumuyla ilgili* olarak **yıllık raporlar** hazırlamaya başlamıştır. Bu anlamda, özellikle 1993'ten itibaren Parlamento bünyesindeki farklı komiteler[613] tarafından hazırlanan Dünya'da insan hakları ve Birliğin insan hakları politikasına ilişkin raporlar[614] ile sadece AB'ye ilişkin olarak 1994'ten beri hazırlanmaya başlanan ***''Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarına Uyulmasına Dair Yıllık Rapor"*** adlı belgeler[615] oldukça önemlidir.

---

[613] Aşağıda da görüleceği üzere komiteler, Parlamento dönemlerinde farklı isimlendirilebilmektedir. 2009-2014 Parlamento (Yasama) Dönemi'nde temel hak ve özgürlüklerle ilgili çalışmalar yürüten komiteler olarak şu komiteler sayılabilir: *Dış İşleri* (kısaca AFET); *Kalkınma* (kısaca DEVE; özellikle üçüncü ülkelere mali yardımlar noktasında); *İstihdam ve Sosyal İşler* (kısaca EMPL; özellikle sosyal haklar noktasında); *Medeni Özgürlükler, Adalet ve İçişleri* (kısaca LIBE); *Kadın Hakları ve Cinsiyet Eşitliği* (kısaca FEMM); *Dilekçe* (kısaca PETI) Komiteleri ile Dış İşleri Komitesi altındaki *İnsan Hakları Alt Komitesi* (kısaca DROI)'dir.

[614] Dış İşleri, Savunma ve Güvenlik Politikası Komitesi tarafından 1993-1994, 1995-1996, 1997-1998 yılları için hazırlanan iki yıllık periyotları kapsayan *''… Yılında Dünya'da İnsan Hakları ve Birliğin İnsan Hakları Politikası''* başlıklı raporlar; yine bunun devamı olarak ismi Dış İşleri, İnsan Hakları ve Ortak Güvenlik Komitesi olarak değiştirilen Komite'nin yıllık olarak 2000-2003 yıllarına ilişkin olarak *''Dünya'da ... Yılında İnsan Hakları ve Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Politikasına Dair Yıllık Rapor''* başlığıyla hazırladığı raporlar; yine bunun devamı olarak bu sefer ''Dış İşleri Komitesi'' tarafından 2004 yılından bu yana yıllık olarak hazırlanan *''Dünya'da ... Yılında İnsan Hakları ve Avrupa Birliği'nin Konuya ilişkin Politikasına Dair Yıllık Rapor"* başlıklı raporlardır. Yine bu Komite'nin 2012 yılında hazırladığı AB'nin İnsan Hakları Stratejisinin Gözden Geçirilmesine Dair Rapor da, önemli raporlar arasındadır. Bu raporların hazırlanmasında ''İnsan Hakları Alt Komitesi'' (kısaca DROI) destek vermektedir.

[615] Bu raporlar 1994-1997 yılları için *Medeni Özgürlükler ve İç İşleri Komitesi* (kısaca LIBE) tarafından yıllık olarak hazırlanmıştır. Bunun devamı niteliğinde, V*atandaşların Özgürlükleri ve Hakları, Adalet ve İç İşleri Komitesi* tarafından 1998-1999 yıllarını kapsayan bir rapor hazırlanmıştır. Ardından yine aynı Komite, 2001 yılına ilişkin olarak, ''***Avrupa Birliği'nde İnsan***

Dünya ve AB'de insan haklarının belli bir yıldaki genel durumunu ele alan raporlar, bunun yanında her yıl raporu kaleme alan Parlamento üyesinin (Raportör) tercihine göre özel olarak belli bir konuya da odaklanmaktadır. Bu anlamda bugüne kadar ırkçılık ve yabancı düşmanlığından iltica hakkına; işkence yasağı ve tutuklu haklarından kadın-erkek eşitliğine; ekonomik ve sosyal haklardan çocuk haklarına kadar geniş bir yelpazede temel hak ve özgürlükleri konu alan bu raporlar,[616] özellikle AB'nin kendisine bakan yönüyle, gerek Birlik gerekse Üye Devletlerdeki insan haklarına ilişkin sorunlu uygulamaları ortaya koyan, AB İnsan Hakları Hukukunun önemli bir parçası konumundadır.[617]

2.3.3. Dış İlişkiler ve İnsan Hakları

Bu süreçte kronolojiden ayrılıp özel olarak verilmesi gereken bir diğer siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler grubu da, AB'nin dış yani üçüncü ülkelerle ilişkilerinde insan haklarının oynadığı rol ve bu kapsamdaki gelişmelerdir. Özellikle 1990'lardan itibaren Topluluk/Birlik, iki yönden insan haklarına bir dış politika aracı olarak başvurmaya başlamıştır. Bunlardan biri, başta Kopenhag kriterlerinin konması olmak üzere, aday (ve potansiyel aday) ülkelere yönelik olarak birtakım kriterlerin belirlenmesi ve bunların takibinin yapılması; diğeri ise, kimi zaman bir içişlerine müdahale, kimi zaman o ülkedeki hak ve özgürlükler çıtasını yükseltme arzusunu gerçekleştirme ve kimi zaman da kendini koruma aracı olarak insan haklarına başvurulmasıdır.[618]

Birlik, bu bağlamda, Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantılarının sonuç bildirgelerinde belli bir ülkedeki insan hakları açısından sorunlu yanlara temas etme; diğer Topluluk kurumlarının, yine belli bir ülkedeki genel insan hakları durumuna yahut

---

Haklarının Durumuna Dair Raporu'' hazırlamıştır. Ancak daha sonraki yıllarda bu kapsamda bir yıllık rapor hazırlamaya son verilmiştir.

[616] Değer, **a.g.e.**, s.30.

[617] Yine Parlamento, yukarıda zikrettiğimiz komite ve alt komiteleri vasıtasıyla özellikle Dünya'da insan hakları alanındaki spesifik birçok hususta raporlar hazırlamakta ve kararlar almaktadır.

[618] Aslında bunlardan ilki için, insan haklarının bir dış politika aracı olarak kullanılmasından ziyade, artık aday olma iradesini ortaya koyarak AB'nin öyle veya böyle bir partneri haline gelmiş bir ülkenin, bu ilişkiyi mutlu sonla bitirmek için insan hakları (ve onunla birlikte demokrasi ve hukukun üstünlüğü) bakımından oyunun kuralları olarak belli bir düzeye varabilmesi adına gerekli kontrol ve gözetim mekanizmalarının uygulanması olarak görmek; böylece de, bunu bir dış politika ve dış ilişkiler meselesi olmaktan ziyade, AB'nin iç meselesi olarak değerlendirmek de mümkündür. Ancak, yukarıdaki iki veçheden özellikle ikincisi, insan haklarının, bazen samimi bir şekilde, bazen içişlerine müdahalenin meşru bir zemini olması niyetiyle, bazen de ticari bir ilişkide kendini koruma güdüsüyle kullanılmasından başka birşey değildir.

somut bir olaya ilişkin genel normatif (rapor vs. yoluyla) veya sübjektif (spesifik bir karar vs. yoluyla) tepkiler vermesi; veya üçüncü bir ülkeyle imzalanan bir antlaşmaya (özellikle karşılıklı hak ve yükümlülükler getiren ve karşı ülkeye ticari birtakım ayrıcalıklar tanıyan ticaret anlaşmaları gibi) insan hakları hükümleri koyma; yahut kalkınma ve insani yardım politikası bağlamında işbirliği ve yardımının bir devam koşulu olarak insan haklarını öne sürme gibi yollarla, insan haklarını birer dış politika aracı olarak kullanmaya başlamış ve halen de kullanmaktadır. Aşağıda bu bağlamdaki önemli somut gelişmelere yer verilecektir. Amacımız, bu alandaki gelişmeleri elbette ki tüketmek değildir; mühim görülenler vasıtasıyla bir fotoğraf verilmeye çalışılacaktır.[619]

Dış Politikada İnsan Haklarının Gündeme Gelmesi: 1991 – Bakanlar Konseyi ve Üye Devlet Temsilcilerinin ''Demokrasi ve Kalkınma'' Konulu Bildirisi

Bu minvalde gösterilebilecek önemli bir gelişme, Bakanlar Konseyi ve Üye Devletlerin[620] ''***İnsan Hakları, Demokrasi ve Kalkınmaya Dair Kararı***''dır.[621] İnsan haklarının önemine vurgu yapan ve bu bağlamda daha önceden alınmış kararlara bağlılığı teyit eden bu belge, AB'nin kendi içinden ziyade üçüncü ülkelerle ilişkileri ve özellikle de kalkınma politikaları bağlamında insan hakları ve demokratik değerlerin oynaması gereken role vurgu yapmaktadır.[622]

---

[619] Ancak başlamadan, ''dış ilişkiler'' kavramı noktasında bir hususu vurgulamakta fayda vardır. Bizim, bu başlık altında ''dış ilişkiler''den maksadımız, sadece eski 2. sütunda veya yeni AB Antlaşması'nda düzenlenen ''dış politika'' kapsamındaki hususlar olmayacak; üçüncü ülkelere yönelik (tüm Antlaşmalardaki) tüm politika alanlarını kapsayacaktır.

[620] Üye Devletler, Bakanlar Konseyi'nde genelde Konsey'in bir üyesi olarak bulunurken; kimi zaman da hükümetlerini temsilen veya her iki kimlikte birden bulunabilmektedir.

[621] **Resolution of the Council and of the Member States meeting in the Council on Human Rights, Democracy and Development**, 28.11.1991, Bulletin of the European Communities, No.11/1991, http://aei.pitt.edu/1802/1/democracy_declaration_1991.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

[622] Bu anlamda Topluluğun ve Üye Devletlerin gelişmekte olan ülkelerle ilişkilerinde her üç kavrama (insan hakları, demokrasi ve kalkınma) ilişkin tutarlı ve bütüncül bir politika geliştirmesine olan ihtiyaca vurgu yapılmış ve kalkınma işbirliğinin, bir yandan ekonomik ve sosyal hakları, diğer yandan da (insan haklarına saygı ilkesi üzerine temellenmiş olan temsili demokrasi yoluyla) medeni ve siyasi özgürlükleri geliştirmeyi amaçlaması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, demokrasiyi kurumsallaştırmak ve insan hakları performanslarını geliştirmek için çabalayan ülkelerin bu çabalarının desteklenmesi; bu bağlamda hukukun üstünlüğünün, yargının, adaletin işleyişinin ve suçlulara adil muamelenin güçlendirilmesi; seçimlerin yapılması ve yeni demokratik kurumların oluşturulması; çoğulcu bir toplum için çok önemli olan STK'ların rolünün artırılması; işbirliğine yönelik adem-i merkezi bir yaklaşımın benimsenmesi ve herkes için eşit fırsatların temin edilmesinde bu ülkelere aktif destek verilmesi gereği gibi hususlar, raporun öne çıkan yönleridir. Bu anlamda, demokratik süreçteki ciddi kesintiler veya insan hakları alanında önemli ve sürekli ihlaller halinde, söz konusu ülkeyle olan kalkınma işbirliği çerçevesindeki ilişkilerin gözden geçirilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması; ancak bu noktada hükümetlerin

Söz konusu karar, tabii ki, bağlayıcı bir Topluluk normu olmamakla birlikte, 90'lı yılların başında, özellikle insan haklarının, Birliğin üçüncü ülkelerle olan ilişkilerinin çerçevesini belirleyen bir kavram olma rolünün, AB'nin birini dereceden karar organı (Bakanlar Konseyi) tarafından vurgulanması anlamını taşımaktadır. Nitekim bu kararda çizilen çerçevenin, ilerleyen yıllarda hukuki ve fiili olarak (örneğin ticaret anlaşmalarına veya mali yardımlara ilişkin anlaşmalara insan haklarına saygının bir devam koşulu olarak eklenmesi gibi) hayata geçirildiğini görmekteyiz. Ancak madalyonun öteki yüzünde ise, bu kararda öngörülen ilkeler ve hedeflerin, ileride AB'nin bir samimiyet testine sokulmasına ve daha önceden de değindiğimiz gibi, üçüncü ülkelerle ilişkilerinde bu kadar ön planda tuttuğu insan haklarına aynı oranda kendi iç siyasi ve hukuki düzeninde yer vermediği eleştirileriyle karşılaşmasına yol açacak olması bulunmaktadır.[623] Bu karar, elbette ki, dış ilişkilerde insan haklarının rolü bağlamında zikredilebilecek tek karar değildir; ancak, henüz 90'lı yıllarda ortaya konan ve Birliğin bu anlamda yol haritasını teşkil eden çerçeveyi çizen bir karar olması itibariyle burada özellikle belirtilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 50. Yıldönümü Münasebetiyle Avrupa Birliği Deklarasyonu ve Yeni Hedefler

Bu süreçte İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10 Aralık 1948'de kabulünün 50. yılı sebebiyle, 10 Aralık 1998'de Viyana'da ilan edilen ''***İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 50. Yıldönümü Münasebetiyle Avrupa Birliği Deklarasyonu***[624] da, bu anlamda insan haklarının Birlik için taşıdığı önemi teyit etmenin yanında, dış politikada ve üçüncü ülkelerle yürütülen ilişkilerde insan haklarının rolüne dair birtakım hedef ve

---

yanlışlarından ötürü bu ilkelerdeki insanların cezalandırılmasına yol açacak tedbirlerden kaçınılması ve bu durumda özellikle mali yardımların doğrudan bu kesimlere ulaştırılmasına çalışılması; askeri harcamaların makul düzeyi aştığı ülkelerle ilişkilerin ve özellikle kalkınma işbirliği çerçevesinde yardımların gözden geçirilmesi; gelecekte akdedilecek bu tür anlaşmalara mutlaka insan haklarının korunmasına dair hükümlerin eklenmesi öngörülmüştür.

[623] Nitekim, Birlik de, bu problemle mücadele etmek için, ilerleyen yıllarda *soft-law* dediğimiz hukuki bağlayıcılığı olmayan siyasi tedbirlerine (bildirge, karar, rapor vs.) başvurmaya başlayacaktır.

[624] **Declaration of the European Union on the Occasion of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights**, Vienna, 10 December 1998. Deklarasyon'un metnine şu adresten ulaşılabilir: http://eeas.europa.eu/human_rights/docs/50th_decl_98_en.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.213.

niyetleri ortaya koyması bakımından önemlidir.[625] Deklarasyonda, Birliğin insan haklarına saygıyı tüm eylemlerinde temin edeceğine olan kararlılık vurgulanmış ve özel olarak da, şu somut adımların atılması hedef olarak konmuştur: Dünya'da insan haklarının durumu alanında özellikle yıllık raporlar eliyle etkin olmak; eğitim faaliyetleri gibi insan hakları alanında işbirliğini ilerletmek; insan hakları ve demokrasi alanında uluslararası operasyonel gerekliliklere (insan hakları ve demokrasi uzmanları, insan haklarına ilişkin saha operasyonları ile seçim izleme ve denetimi gibi) yanıt verme kapasitesini güçlendirmek; bilhassa işbirliği operasyonlarının uygulanması kapsamında üçüncü ülkelerde demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile insan hakları ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmek ve bu bağlamda ilgili AB araçlarının güçlendirilmesi de dahil olmak üzere tüm araçları kullanmak.

Görüldüğü gibi, hedeflerin daha ziyade üçüncü ülkelere yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Bir anlamda, AB, İHEB'i vesile kılarak üçüncü ülkelerle olan ilişkilerinde insan haklarının oynayacağı role ilişkin bir gelecek perspektifi çizmiş; öte yandan kendisine bakan yönüyle ise, insan haklarına saygı ve bağlılığa dair klasik ifadelerini yinelemekle yetinmiştir. Yine bu bağlamda, o tarihlerde yakında yürürlüğe girecek Amsterdam Antlaşması ile gelen meşhur yaptırım mekanizmasının (AB Antlaşması m.7) siyasi arkaplanını, bu Deklarasyon'da görmek mümkündür.

Avrupa Komisyonu Eliyle Yürütülen Çalışmalar

Dış ilişkilerde insan haklarının rolü bağlamında yer verilebilecek bir diğer gelişmeler zinciri de, Avrupa Komisyonu tarafından 1990'lardan itibaren, üçüncü ülkelerde insan hakları ve demokrasi gibi kavramların geliştirilmesine yönelik alınan kararlar, yapılan planlar ve bunları uygulamaya geçiren program ve projelerdir. ''Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Politikasının Dış Boyutu'';[626] Topluluk ve Üçüncü Ülkeler

---

[625] Bundan önce Avrupa Konseyi'nin (Liderler Zirvesi), Aralık 1997 Lüksemburg Zirvesi'nde ''**İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 50. Yıldönümünün Başlangıç Yılına Dair Deklarasyon**'u (*Declaration by the European Council at the Beginning of the Year of the Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, Luxembourg Presidency Conclusions, Annex 3, 12.12.1997) ilan ettiğini de not edelim. Sonuç bildirgesine ve söz konusu Deklarasyona şu adresten ulaşılabilir: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/032a0008.htm, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

[626] **The European Union and the External Dimension of Human Rights Policy**, COM (95) 567 final.

Arasındaki Anlaşmalara Demokratik İlkelere ve İnsan Haklarına Saygının Eklenmesi;[627] Demokratikleşme, Hukukun Üstünlüğü, İnsan Haklarına Saygı ve İyi Yönetişim: Avrupa Birliği ve AKP Ülkeleri Arasındaki Ortaklığın Güçlükleri;[628] Aday Ülkelerde Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı ve Anti-Semitizmle Mücadele[629] ve AB Seçim Gözlem ve Desteğine Dair Tebliğ,[630] bunlardan birkaçıdır. Bu belgelerin başlıkları, insan haklarının AB'nin üçüncü ülkelerle ilişkilerinde ne şekilde bir rol oynadığı konusunda bir fikir vermektedir.

Bunların yanında, 1994'ten itibaren bir bütçe ayırmak suretiyle üçüncü ülkelerdeki insan hakları ve demokratikleşme çabalarına destek verilmesi de söz konusudur. Önceleri başka isimlerle yürütülen program, 2000-2006 yılları arasında **Avrupa Demokrasi ve İnsan Hakları Girişimi** (*European Initiative for Democracy and Human Rights – EIDHR*) ismini almış; ardından, 2007-2013 dönemi için, **Avrupa Demokrasi ve İnsan Hakları Aracı** (*European Instrument for Democracy and Human Rights – EIDHR*) adı altında yürütülmüştür.[631] Komisyon, ayrıca, 2001 yılında, ***Üçüncü Ülkelerde İnsan Haklarını ve Demokratikleşmeyi Güçlendirmede Avrupa Birliği'nin Rolüne Dair Tebliğ***[632] yayınlayarak, AB'nin, özellikle üçüncü ülkelerle ilişkilerinde insan haklarının (ve demokrasinin) rolünün güçlendirilmesi ve bu anlamda kullanılacak araçlara (başta *EIDHR*) ilişkin öneriler ve yol haritasını sunmuştur.[633]

Parlamento'nun Raporları

Bu bağlamda zikredilebilecek gelişmelerden biri de, Parlamento'nun, yukarıda da yer verdiğimiz, periyodik olarak hazırladığı Dünya'da insan haklarının durumuna ve Birliğin bu kapsamdaki politikasına ilişkin raporlarıdır. Bunlar da, gerek üçüncü

---

[627] **The Inclusion of Respect for Democratic Principles and Human Rights in Agreements between the Community and Third Countries**, COM (95) 216 final.

[628] **Democratisation, the Rule of Law, Respect for Human Rights and Good Governance: the Challenges of the Partnership between the European Union and the ACP States**, COM (98) 146 final. (**AKP Ülkeleri**: Afrika, Karayipler, Pasifik.)

[629] **Countering Racism, Xenophobia and Anti-Semitism in the Candidate Countries**, COM (99) 256 final.

[630] **Communication on EU Election Observation and Assistance**, COM (2000) 191 final.

[631] Ayrıntılı bilgi için bkz.: http://www.eidhr.eu/whatis-eidhr, Erişim Tarihi: 30.1.2013. Bu kapsamda söz konusu araca 2007-2013 yılları için ayrılan bütçe, 1.104 milyon Avro'dur.

[632] **The European Union's Role in Promoting Human Rights and Democratisation in Third Countries – Communication from the Commission to the Council and the European Parliament**, COM (2001), 252 fnal, Brussels, 8.5.2001, http://aei.pitt.edu/37812/1/com2001_0252en01.pdf, Erişim Tarihi: 30.1.2013.

[633] Nitekim Komisyon, 2004 yılında da, bu tebliğin nasıl uygulandığının değerlendirilmesine ilişkin bir rapor yayınlamıştır (**Review of the implementation of Commission Communication No.252**).

ülkelerdeki insan hakları durumunun ve bilhassa ihlallerinin yakından takip edilerek ortaya konması; gerekse AB'nin üçüncü ülkelere ilişkin bu anlamda takınması gerekli tavra ilişkin önerilerde bulunulması yönleriyle parlamenter gözetimin meşruiyetini taşıyan gelişmeler olmuştur.

Ticaret ve Kalkınma İşbirliği Politikası Bağlamında İnsan Hakları

Topluluğun, ilk zamanlardan beri, aday ülkelerden, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi ilkelere uygun davranmalarını istediğini biliyoruz.[634] Nitekim bunun 1993'te Kopenhag kriterleriyle ete kemiğe büründüğünü ve sonra da Amsterdam ile anayasallaştırıldığını görmüştük. 1980'lerden itibaren ise Topluluk, aday olmayan, fakat AB ile ilişki kurmak isteyen ülkelere yönelik olarak da bu tarz yükümlülükler aramaya başlamış; kalkınma işbirliği ve ardından da ticaret anlaşmalarında, insan haklarına saygı ilkesini, anlaşmaya dayalı ilişkilerin devamının bir şartı olarak kullanmaya başlamıştır.[635] İlk olarak 1982'de AKP (Afrika-Karayipler-Pasifik) ülkeleriyle imzalanan *AKP-AET Sözleşmesi'nde (Lomé Konvansiyonu*), Topluluğun bu ülkelere ilişkin kalkınma işbirliği politikasının temel bir bileşeni olarak insan hakları ortaya konmaktaydı.[636]

Nihayet, 1991'de imzalanan *4. Lomé Konvansiyonu'nda* ise, bu anlamda ilk ''gerçek'' *insan hakları hükmü* (*human rights clause*) ile karşılaşmaktaydık.[637] Anlaşmanın 5. maddesi, *insan haklarına saygının gerçek bir kalkınmanın temel bir bileşeni olarak tanındığı ve işbirliğinin de, bu hakların geliştirilmesine bir katkı olarak görüldüğü ''müspet yaklaşım'' ile uyumlu olduğu ölçüde işbirliği faaliyetlerinin devam*

---

[634] Bartels, **Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements**, p.1.

[635] **Ibid.**

[636] Duguette, **op.cit**, p.379. Yazar, bundan önceki iki Lomé Konvansiyonu'nda, insan haklarına dair herhangi bir hüküm bulunmadığını; ancak Uganda'da Idi Amin yönetiminde 1970'lerin ortalarında yaşanan ağır insan hakkı ihlallerinden sonra, 3. Lomé Konvansiyonu'nda, bu ülkelerle kalkınma işbirliğinin bir hedefi olarak insan haklarını da eklenmesini istediği bilgisini vermektedir. **Ibid**. note:113. Ancak, Topluluğun, bunun ötesinde, anlaşmada öngörülen kalkınma plan ve desteklerinin devamının insan haklarına uyulması şartına bağlanması (yani bunun, ilişkilerin ve yardımın bir devam şartı olarak öngörülmesi) yönündeki niyeti gerçekleşmemiş ve sadece bir ''hedef'' olarak ortaya konan insan haklarına saygı ilkesi, bir anlamda ''etkisiz'' kalmıştı. **Ibid.** p.379.

[637] Marise Cremona, ''Human Rights and Democracy Clauses in the EC's Trade Agreements'', **The European Union and World Trade Law: After the GATT Uruguay Round**, Ed. by Nicholas Emiliou, David O'Keeffe, New York, Wiley Publishing, 1996, p.62; aktaran: Duguette, **op.cit**, p.379.

edeceğini söylemekteydi.[638] Bunun ardından Komisyon'un girişimi üzerine Konsey, 1991'de bir karar[639] alarak, bu uygulamanın istikrar kazanmasına yönelik bir yön çizmiş, insan haklarını açık biçimde demokrasi kavramına bağlamış ve *Lomé IV Konvansiyonu*'ndaki yaptırım eksikliğini çözmek adına, anlaşmalardaki insan hakları hükümlerinin ihlalinin yol açacağı sonuçları özel olarak listelemiştir.[640] Bu tarihlerin, SSCB'nin dağılıp, AB'nin buradan ayrılan ülkelerle yakın ilişkiler kurmaya başladığı tarihler olduğunu vurgulamakta fayda vardır.[641]

Bu süreçte Konsey (Bakanlar Konseyi), bu konudaki tavrın daha net biçimde ortaya konması adına, 1995'te model bir ''insan hakları klozu'' kabul etmiştir.[642] Model hüküm, İHEB'de öngörüldüğü şekliyle insan haklarına ve demokratik ilkelere saygının, Topluluğun ve üçüncü ülkelerin iç ve dış politikalarına esin kaynağı olacağını açık biçimde ifade etmekte ve düşük düzeyli tepkilerden tümden bir askıya almaya kadar menfi ve müspet tedbirlerin uygulanmasına bir temel olması açısından, bu hükmün, ikili anlaşmaların esaslı bir unsuru olması gerektiğini söylemektedir.[643] Burada, hükmün içerdiği ifade ve niteliği bakımından dikkat edilmesi gereken iki şey vardır: Öncelikle, hüküm, insan haklarına ve demokratik ilkelere saygının üçüncü ülkelerin iç ve dış politikasına referans olacağını; bir anlamda ülkenin iç ve dış politikasının İHEB'de öngörülen hak ve özgürlüklere dayanacağını söylemektedir. Aradaki ilişkilerin dayanmasından öte bir koşul olarak, bir ülkenin Toplulukla ilişkileri kapsamında veya haricinde tüm iç ve dış politikası için öngörülen bu yükümlülük, oldukça ''sert'' bir yükümlülük olarak görülebilir. İkinci olarak ise, bu yükümlülüğü öngören hükmün aradaki anlaşmanın ''esaslı'' bir unsuru olmasının kabulü, olası bir ihlal halinde, Topluluğa,

---

[638] Ancak, bu ifade tarzı bile, öncekilerden daha kesin ifadeler içermekle birlikte, yine de, demokrasiyi temel bir insan hakkı olarak öngörmediği ve ihlal halinde bir yaptırım mekanizması öngörmediği gerekçesiyle Avrupa Parlamentosu tarafından eleştirilmiştir. Karen E. Smith, ''The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?'', **European Foreign Affairs Review**, Vol:3, Issue:2, 1998, pp.253, 257; aktaran: Duguette, **op.cit**, p.379. Bartels, bundan önce 1990'da Arjantin'le imzalanan İşbirliği Anlaşması'nda da, bir insan hakları hükmü olduğunu hatırlatmaktadır. Bartels, **Human Rights and Sustainable Development in EU Free Trade Agreements**, p.2. Ancak yaptırıma tabi gerçek anlamdaki insan hakları hükümleri, daha sonradan gelecektir.

[639] **Resolution of the Council and the Member States Meeting in Council on Human Rights, Democracy and Development**, Bulletin of the E.C., 11-1991, p.122.

[640] Wolfgang S. Heinz, ''EU External Relations and Human Rights'', **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime**, Ed. by Malte Brosig, Frankfrm am Main, Peter Lang, 2006, p.190; Duguette, **op.cit**, p.379.

[641] Bartels, **Human Rights and Sustainable Development in EU Free Trade Agreements**, p.2.

[642] **Report on the Communication from the Commission on the Inclusion of Respect for Democratic Principles and Human Rights in Agreements Between the Community and Third Countries**, COM (95) 216; aktaran: Duguette, **op.cit**, p.381.

[643] **Ibid.**

uluslararası hukuk (başta *Viyana Sözleşmeler Hukuku Konvansiyonu* m.60/3 olmak üzere) bağlamında, anlaşmanın askıya almaya yönelik meşru bir zemin hazırlamaktadır.[644]

Yine bu süreçte, 1997'de, Konsey (Bakanlar Konseyi) tarafından Topluluğun koşulluluk stratejisinin geleceğine yönelik bir karar[645] kabul edilmiş ve burada, üçüncü ülkelerle ikili ilişkilerin demokrasi, hukukun üstünlüğü, azınlıklar için yüksek standartlar ve insan haklarının geliştirilmesi çerçevesinde yürütüleceği söylenmiştir.[646] Bu, bir anlamda Topluluğun, aday ve aday adayı dahi olmayan (dahası coğrafi anlamda olması mümkün dahi olmayan) ülkeleri, insan hakları ve diğer ilkeler bağlamında takip edip denetlemesi anlamına gelmektedir.[647] Nitekim bundan sonra da, 90'lı yıllardan itibaren bu yöndeki hükümler, Topluluğun kalkınma işbirliği, ticaret ve ortaklık anlaşmalarına – yaptırım mekanizmasına bağlı olarak kimi zaman güçlü, kimi zaman zayıf karakterde olsa da – istikrarlı biçimde konulmaya başlamıştır.[648] Özellikle 1990'ların ortalarından sonra, insan hakları ve demokrasiye saygının ''esaslı bir unsur'' olarak öngörüldüğü anlaşmalara konulmuş olan ''insan hakları klozu'' da, ihlali halinde anlaşmanın esaslı bir unsurunun ihlal edilmesi demek olacak ve böylece uluslararası hukuk uyarınca da, uygun karşı önlemlerin (yardımın kesilmesi veya ayrıcalıklara son verilmesi gibi) alınmasına imkan verecektir.[649]

Halihazırda, AB'nin üçüncü bir ülkeyle yaptığı ticaret, kalkınma işbirliği vs. anlaşmalarda, insan hakları hükmü bakımından şöyle bir sistematik vardır: Anlaşmada, insan haklarına ve demokratik değerlere genel atıf yapan ''giriş'' kısmı yer almakta; ardından, anlaşmanın ''esaslı unsurları''nı düzenleyen bir madde (ki bunların arasında işte bu değerler de vardır) konmakta; daha sonra da, anlaşmanın (anlaşmadan doğan yükümlülüklerin) yerine getirilmemesi halinde alınabilecek tedbirleri öngören bir başka madde yerleştirilmektedir.[650]

---

[644] **Ibid.**

[645] **Council Conclusions on the Principle of Conditionality Governing the Development of the European Union's Relations with Certain Countries of South-East Europe**, Bulletin of EU, 4-1997, p.132.

[646] Duguette, **op.cit**, p.380. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Brandtner, Rosas, **op.cit**, p.473 vd.

[647] Duguette, **op.cit**, p.380.

[648] **Ibid.**; Rosas, Brandtner, **op.cit**, p.474.

[649] Cremona, **op.cit**, pp.72-75; aktaran: Duguette, **op.cit**, p.380.

[650] Örneğin AB ile 77 Afrika-Karayip-Pasifik (AKP) ülkesi arasında 2000'de Cotonou'da imzalanan ve daha sonradan 2001 ve 2010 yıllarında iki kez revize edilen (AKP ülkelerinin sayısı da 77'den 79'a yükselen) ''Ortaklık Anlaşması'', ''Giriş'' (*Preamble*) kısmında, insan haklarına saygı, demokratik ilkeler ve hukukun üstünlüğüne atıf yapmakta (para.5); Anlaşmanın 9. maddesi, ''insan haklarına, demokratik ilkelere ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ''esaslı'' unsurları

Bu süreç, Topluluk ile anlaşma imzalayan ve bu anlaşma uyarınca da kalkınma politikası bağlamında belli yardımlar ve ticari anlamda belli ayrıcalıklar elde eden ülkelerin, bu yardım ve ayrıcalıkların devamı için demokrasinin gelişmesi ve insan haklarının korunması ilkelerine saygı göstermeleri ve bu yönde çaba sarf etmelerinin gerektiği bir sürece yol açmıştır. [651] Ancak bitirmeden belirtelim ki, madalyonun öteki yüzünde, söz konusu hükümlerin tüm devletlere aynı şekilde ve standartta uygulanmadığı, bu noktada hukuki olmaktan çok siyasi saiklerle hareket edildiği; hatta bazen karşı tarafa böyle bir hükmün kabul dahi ettirilemediği (Avustralya'nın 1995'teki bir anlaşmada kabul etmemesi gibi) eleştirileriyle sıklıkla muhatap olması da söz konusudur.[652]

Diğer Dış İlişkiler Bakımından İnsan Hakları

Dış ilişkiler bağlamında insan hakları bahsine başlarken, dış ilişkilerden kastımızın, sadece eski 2. sütun, yeni AB Antlaşması kapsamında düzenlenen ''dış politika'' anlamındaki gelişmeler olmadığını söylemiştik. Hemen yukarıda ''dış ilişkiler''in çok önemli bir boyutunu teşkil eden ticaret ve kalkınma işbirliği bağlamında insan haklarının rolünü inceledik. Keza ondan önce gördüğümüz Avrupa Komisyonu'nun bu alandaki çabaları da, daha çok bu minvaldeydi (destek, mali yardım, projeler vs.). İlk başlarda ise, özellikle Bakanlar Konseyi'nin ve Üye Devletlerin daha çok ''dış politika'' anlamında telakki edilebilecek birtakım girişimlerine (deklarasyon, karar vs.) yer

---

düzenlemekte; ve nihayet 96. maddesi de, ''esaslı unsurlar: insan haklarına, demokratik ilkelere ve hukukun üstünlüğüne ilişkin istişare prosedürü ve gerekli tedbirler'' başlığını taşımaktadır. Anlaşma metni için bkz.: http://ec.europa.eu/europeaid/where/acp/overview/documents/devco-cotonou-consol-europe -aid-2012_en.pdf, Erişim tarihi: 3.2.2014. Ayrıca bkz.: Der-Chin Horng, ''The Human Rights Clause in the European Union's External Trade and Development Agreements'', **European Law Journal**, Vol:9, Issue:5, 2003, pp.580. Keza 29 Haziran 2012 tarihli AB-Orta Amerika Ortaklık Anlaşmasının 1. maddesi, *''İHEB'de yer verildiği şekliyle demokratik ilkelere ve temel insan haklarına ve de hukukun üstünlüğüne saygı, her iki akit tarafın ulusal ve uluslararası politikalarının altını güçlendirmekte ve bu Anlaşma'nın esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir''* hükmünü içermektedir. Antlaşma metni için bkz.: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147661.pdf, Erişim Tarihi: 22.5.2015.

[651] Duguette, **op.cit**, p.380; Heinz, **op.cit**, p.190.

[652] Duguette, **op.cit**, p.382. Konuya dair ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Lorand Bartels, **Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements**, Oxford, Oxford University Press, 2005; Horng, op.cit, pp.577-591; Bartels, **Human Rights and Sustainable Development in EU Free Trade Agreements**, p.9. Afrika ve Latin Amerika ülkeleri, genelde bu yöndeki bir hükme kolayca razı olurken; ASEAN ülkeleri, Çin ve Arap ülkeleri, oldukça direnmiştir. Heinz, **op.cit**, p.191; Nowak, **op.cit**, p.242.

vermiştik. Bunlar dışında, ODGP kapsamında da, insan haklarına ilişkin birtakım siyasi gelişmelere rastlamak mümkündür.

Bir kere, ODGP'yi ilk kez kuran Maastricht Antlaşması (yani AB Antlaşması), *J.1 maddesinde*, Birliğin hedefleri arasında, *demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygıyı geliştirmek ve bütünleştirmeyi de* saymıştı. İşte o zamandan beri gelen ve Lizbon ile de devam eden bu hedef bağlamında Birlik, ortak stratejiler, ortak pozisyonlar, ortak eylemler, diplomatik girişim ve deklarasyonlar, siyasi diyalog, seçim gözlem ve yardımı, sahada insan hakları izleme uygulamaları, ve uluslararası planda Birlik eylemlerinin koordinesi gibi çeşitli mekanizmalarla, bu alanda sahneye çıkmıştır. Tabii ki, insan haklarını koruma ve kollama amacından çok, bir politika aracı olarak kullanma şeklinde ve ayrıca genelde Afrika ve Asya ülkelerine yönelik olarak...[653] Bunlar, ortak dış politika ve güvenlik politikası (ODGP) bağlamında tarihsel gelişme bağlamında söylenebilecek olanlar. Bunun dışında, Lizbon sonrası anayasal yapıda bu alanda insan haklarının yerine, zaten ileride, *AB İnsan Hakları Hukukunun* esaslarını görürken değineceğiz.

Sonuç olarak dış ilişkiler bağlamında insan hakları, Topluluk'ta, özellikle 1990'lı yıllardan sonra siyasi irade bakımından gündeme gelen bir kavram olmuştur. Burada ara bir değerlendirme sadedinde şu kadarını söyleyebiliriz ki, özellikle 1990'lardan itibaren, Topluluk/Birlik, iki yönden insan haklarına bir dış politika aracı olarak başvurmaya başlamıştır. Bunlardan biri, başta Kopenhag kriterlerinin konması olmak üzere, aday (ve potansiyel aday) ülkelere yönelik olarak birtakım kriterlerin belirlenmesi ve bunların takibinin yapılması; diğeri ise, bazen içişlerine müdahale, bazen o ülkedeki hak ve özgürlükler çıtasını yükseltme arzusunu gerçekleştirme ve bazen de kendini koruma aracı olarak insan haklarına başvurulmasıdır.

Bu noktada şunu da vurgulayalım ki, yukarıda yer verdiğimiz gelişmeler, AB'de, dış ilişkiler alanında, insan hakları bakımından ''bir şeyler'' yapmaya çalışan birçok aktör olduğunu göstermektedir.[654] Diğer alanlarda da geçerli olan bu durum, ''dış ilişkiler'' alanında daha da net biçimde görülmektedir. Aslında bu, Topluluk'ta/Birlik'te, dış ilişkiler alanının genel bir ''sorunu'' olagelmiştir. AB'nin ''meşhur'' bir sorunu olan dış ilişkiler alanında birden fazla kurumun farklı farklı konularda yetkili olmasının, insan hakları

[653] **Ibid.** pp.243, 246. Keza, 2001'de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin desteklenmesine yönelik ortak tematik pozisyonu da burada zikretmek mümkündür. **Ibid.**
[654] Heinz, **op.cit,** p.184.

bağlamındaki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerde de kendini göstermesi, gayet doğaldır.[655]

Yine bitirmeden vurgulanması gereken bir nokta olarak, yukarıda değindiğimiz, bu kriterlerin hakkaniyetle uygulanmadığı ve objektif/hukuki olmaktan çok sübjektif/siyasi bir temelde yürütülmesi eleştirilerinin yabana atılmaması gerektiğini de belirtelim. Üçüncü ülkelerle yapılan anlaşmalara derc edilen insan hakları klozlarının konulması ve ihlali halinde yaptırıma tabi tutulması bakımından karşılaşılan samimiyetsizlik eleştirilerine yer vermiştik. Ancak, yine de ticaret antlaşmalarındaki insan hakları hükümleri, bu anlamda belki de en ''masum'' olanları bile olabilir. Meseleye dış politika ve güvenlik politikası boyutunu da eklediğimizde, işin hukuki olmaktan çok siyasi olma boyutu çok daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, AB'nin üçüncü ülkelere ilişkin olarak kalkınma işbirliği, mali yardımlar, ticari ayrıcalıklar vs. anlamında kabul ettiği yaptırımlara baktığımızda,[656] neredeyse tamamının (Nijerya ve Küba hariç) küçük ülkeler (ve bilhassa da küçük Afrika ülkeleri) olduğu görülebilir.[657] Daha da ötesi, yaptırımların sebebine bakıldığında ise, günlük yaşamda karşılaşılabilen insan hakları ihlallerinden ziyade, hükümetlerin demokratik olmayan yollarla değişmesi ve askeri darbeler gibi sebeplerin yaptırım uygulanmasına yol açtığını görmek mümkündür.[658] Bunlar, AB'nin bu anlamda, sistematik ve şeffaf bir yaptırım prosedürüne sahip olmadığını göstermektedir.[659]

---

[655] Örneğin ana kurumlar arasında, hem Avrupa Konseyi, hem (normal) Konsey (Bakanlar Konseyi), hem Parlamento, hem de Komisyon, bu anlamda çalışmaktadır. Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Ombudsmanı da, bu noktada ilave birer aktör olarak devreye girmektedir. Ancak iş bu kadarla kalmamakta, kurumların içinde dahi çeşitlilik devam etmektedir. Örneğin, Komisyon'da, dış ilişkilerden sorumlu yüksek temsilci; kalkınmadan sorumlu komiser; (dış) ticaretten sorumlu komiser; uluslararası işbirliği ve insani yardımdan sorumlu komiser; genişleme ve komşuluk politikasından sorumlu komiser ve bunların sorumluluğundaki genel müdürlükler, dış ilişkilerin farklı boyutlarına dair görevleri olan birimler olup; bu görevleri kapsamında insan haklarıyla da ilgili çalışmalar yapmaktadır. **Ibid.** p.185. (Tabii bunlar, dış ilişkiler bağlamında insan hakları bakımından devrede olan birimlerdir; bundan başka bir de tüm insan haklarıyla öyle veya böyle bir şekilde uğraşan birimlere bakmaya kalkarsak sayı artacaktır. Örneğin en başta, adalet, temel haklar ve vatandaşlıktan sorumlu komiser olmak üzere, çevreden sorumlu komiser ile istihdam ve sosyal işlerden sorumlu komiser ve onlara bağlı genel müdürlükler de devreye girer.) Bu durum, sadece Komisyon'a da özgü değildir; örneğin, Parlamento içinde de yukarıdaki bir dipnotta yer verdiğimiz gibi, çok sayıda komite, komisyon vs. insan hakları konusunu kendine dert edinip çalışmalar yapmış ve yapmaktadır.

[656] Bir istatistik için bkz.: **Ibid.** pp.203-204.

[657] **Ibid.** p.204.

[658] **Ibid.** Örneğin, somut bir iki örnek olarak, Cezayir, 80'lerde terörle mücadeledeki insan hakları açısından sorunlu uygulamalarına rağmen Topluluk'tan destek almaya devam etmiş (ki desteğin dayanağı olan anlaşmada insan hakları klozu mevcuttu); yine örneğin, 1991-1994 yılları arasında Etiyopya'daki diktatörlük, Topluluktan mali yardım almaya devam etmiş; 1990'larda yine benzer

2.3.4. İkincil Mevzuat ve İnsan Hakları

1980'lerde siyasi-hukuki-kurumsal sessizliğin kırılmasıyla ve Topluluğun üç maymunu oynamayı bırakmasıyla birlikte, ikincil mevzuat alanında da temel hak ve özgürlüklere ilişkin gelişmeler yaşanmıştır. Komisyon'un yukarıda da vurguladığımız gibi, Parlamento ile birlikte bu sürecin en aktif aktörü olması, yasama sürecinin başlatıcısı olarak da bir anlamda ''sazı eline almasını'' beraberinde getirmiştir. Böylece, artık, sadece Antlaşmalar planında değil; tüzük, yönerge gibi ikincil mevzuat alanında da insan haklarıyla ilgili düzenlemeler kabul edilmeye başlamıştır. Göç, sığınma, çalışma koşulları, vizeler, rekabet soruşturmaları gibi alanlarda, bireysel özgürlüklerin geliştirilmesine matuf düzenlemeler bir yana, özellikle Maastricht ile artık insan haklarına saygının AB'nin temel değerlerinden biri olmasıyla birlikte, Antlaşmaların koruyucusu olarak Komisyon ve parlamenter denetim noktasında Parlamento, çıkarılacak tüm ikincil mevzuatın genel anlamda Antlaşmalara uygunluk yanında özel olarak insan haklarına uygunluğunu da gözetmeye başlamışlardır.

Burada elbette ki, bu minvaldeki tüm ikincil mevzuat düzenlemelerine yer verilecek değildir. Ancak örnek kabilinden saymak gerekirse; (o zamanki) AT Antlaşması'nda düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğünün (m.39/3 ve 46) uygulanmasına ve Antlaşmalarda öngörülen *kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı* gibi sınırlama sebeplerinin uygulanmasında içerik ve usul olarak denetlenmesine ilişkin getirilen düzenlemeler;[660] keza eşit ücretlendirmeye ilişkin *5/117 No'lu Yönerge* ile eşit muameleye ilişkin *76/207 No'lu Yönerge;*[661] Amsterdam Antlaşması'yla gelen 13. madde bağlamında[662] çıkarılan iki Yönerge[663] ve Divan'ın eşitlik ilkesine dair koyduğu esasların

---

durumlarda bulunan Arnavutluk ve Yugoslavya da, bu anlamda herhangi bir yaptırıma maruz kalmamıştır. **Ibid.** p.204.

[659] Heinz'ın şu tespitleri önemlidir*: İnsan hakları, AB'nin dış politikasında artan bir öneme sahip; ancak ülkelere, çoğu zaman ilkeler üzerinden değil de, siyasi ve ekonomik saiklerle yaklaşılıyor. Bu noktada, AB dış ilişkilerinin, siyasi ilişkiler olduğu gerçeğini kabul etmek gerek. Örneğin, özellikle problemli ülkelerle, insan hakları üzerinden siyasi diyalog kurma çabaları (anlaşmalardaki hükümlerin askıya alınması, yaptırımlar vs. yollarla), ilgili ülkenin büyüklüğü, gücü, güvenlik politikası, ekonomik önemi gibi kriterler üzerinden yürüyor. Dış ilişkileri münhasıran yöneten baskın bir insan hakları çerçevesi mevcut değil. Yani bu anlamda insan hakları, AB'nin birçok merkezi siyasi hedeflerinden (ticaret, kitle imha silahlarının imhası, kriz önleme, terörle mücadele gibi) sadece biri...* **Ibid,** p.206**.**

[660] Enver Bozkurt, Mehmet Özcan, Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Asil, 5. Bası, 2011, s.249-251.

[661] Değer, **a.g.e.**, s.25.

[662] Bkz.: supra s.234.

[663] Quinn, **op.cit**, p.870 vd.

Topluluk mevzuatına aktarıldığı düzenlemeler,[664] bunların ''ilk'' örneklerindendir. Yine, AB'nin adalet, özgürlük ve güvenlik alanındaki önceliklerini ortaya koyan *Tampere, Hague (Lahey)*[665] *ve (en son 2010-2014 dönemleri için) Stockholm Programı*[666] (ve bunun uygulanmasına yönelik eylem planı)[667] da, bu minvalde zikredilmesi gerekli gelişmelerdir. Bunun yanında, dış ilişkilerde, ticaret ve kalkınma politikası bağlamında yapılacak yardımlara ilişkin düzenlemeler, Temel Haklar Ajansı gibi çeşitli kurumların kurulmasına ilişkin ikincil mevzuatları da, yukarıda başka bağlamlarda gördüğümüzü hatırlatalım.

2.3.5. AB'ye Özgü Bir Temel Haklar Kataloğu Hazırlanmasına Yönelik Süreç: Temel Haklar Şartı

2.3.5.1. Genel Olarak

Topluluk/Birlik entegrasyonunda, insan haklarının korunması adına siyasi-hukuki-kurumsal manada yaşanan ve yukarıdaki ''diğer'' gelişmelerden ayrı olarak ele alınmayı hak eden en önemli gelişmelerden birisi de, hiç şüphesiz, yaklaşık kırk yıllık bir çabanın ardından AB'nin kendine özgü bir temel haklar ve özgürlükler kataloğuna kavuşmasıdır. 1970'lerde başlayan ve önce sıcak bakılmayan, ancak sonradan hemen her platformda dile getirilen böyle bir metin, nihayet 2000'de hazırlanabilmiş ve Lizbon'un yürürlüğe girişiyle de *AB İnsan Hakları Hukukunun* adı gibi ''temel'' normatif kaynaklarından biri olmuştur.

Başlığımızı, görüleceği üzere, biraz genel tuttuk ve süreci ''Topluluk/Birlik için özel bir temel haklar kataloğu hazırlanması'' süreci şeklinde ifade ettik. Çünkü, başlangıçta bunun bir ''Şart'' olma boyutuyla dillendirilmesi söz konusu değildi. Dile getirilen, bütün hak ve özgürlüklerin bir arada olduğu, klasik hak bildirgelerine benzer,

---

[664] Defeis, **op.cit**, p.1113.

[665] http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l16002_en.htm, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

[666] **The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens**; O.J. of the EU, C 115 of 4.5.2010.

[667] **Action Plan on the Stockholm Programme**; COM(2010) 171 final, 20.4.2010, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0171:EN:NOT, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

Topluluğun kendine özgü bir metninin olmasıydı ve bu arzu, süreç içerisinde bir ''temel haklar şartı'' olarak somutlaştı.

Biz, burada bu yöndeki bir talebin ilk dillendirildiği 1970'lerden, bağlayıcı bir metin olarak hukuk sahnesine çıktığı Lizbon Antlaşması'na kadarki süreci vermeye çalışacağız. Şart, bizi, çalışmamız kapsamında iki açıdan ilgilendiriyor: Öncelikle, Şart, hiç şüphesiz, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinin çok ama çok önemli bir bileşeni ve bizatihi kendi içinde de bir tarihsel sürecin ürünü. İkincisi ise, Şart, AB'nin halihazırdaki anayasal sistemini şekillendiren Lizbon sonrası süreçte, *AB İnsan Hakları Hukukunun* en temel normatif metni ve daha da ötesi, bugüne kadar temel kaynağı hukukun genel ilkeleri olan bu hukukun artık hukukun genel ilkelerinden de önce gelen temel kaynağı.

Bu bağlamda, Şart, bu iki yönden birincisi itibariyle, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişimini (ve bu gelişimin siyasi-hukuki-kurumsal ayağını) incelediğimiz halihazırdaki (2.) bölümde; ikinci yönü itibariyle de*, AB İnsan Hakları Hukukunun* ''esaslarını'' ve bu bağlamda da ''kaynaklarını'' göreceğimiz bir sonraki (3.) bölümde kendine yer bulacaktır. O halde, halihazırdaki başlık altında yapacağımız şey, Şart'a giden süreçteki gelişmeleri vermek olacak; Şart'ın içeriği, kapsamı, düzenlediği hak ve özgürlükler, hukuki niteliği gibi meseleler, bir sonraki bölümdeki ilgili başlığa bırakılacaktır.

2.3.5.2. Şart'a Giden Tarihsel Süreç ve Öncüller

Topluluğun bir haklar kataloğuna sahip olmasının muhtemelen ciddi biçimde ilk dillendirildiği yer, Komisyon tarafından 1975'te hazırlanan ''Avrupa Birliği'ne Dair Rapor''du. Yukarıda ''diğer siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler'' bahsinde de yer verdiğimiz raporda; [668] o dönemde 9 Üye Devletten oluşan Toplulukta, klasik haklar olan medeni ve siyasi haklar bakımından genel bir konsensüs olmakla birlikte, yabancılar gibi belli birey gruplarının hakları ile ekonomik ve sosyal haklar bakımından durumun böyle olmadığı; diğer uluslararası hukuk normları tarafından önerilen korumanın da tutarlılıktan uzak olduğu; dolayısıyla Birliğin üzerine oturacağı temel bir metinde özel olarak belirtilmiş bir haklar listesinin yer almasının en güvenceli yol olarak gözüktüğü tespitleri

[668] Bkz.: supra s.198.

yapılmıştı. Görüldüğü gibi, bu cümleler, Birlik için bir temel haklar kataloğu noktasında 2000'lere kadar uzanan tartışmaların bir anlamda fitilini ateşleyen ifadelerdi.[669]

Ardından bir yıl sonra, bu sefer, Komisyon'un çeşitli mülahazalarla bu fikirden – geçici olarak – vazgeçtiğini görmekteyiz. ***''Topluluk Hukukunun (Normlarının) Oluşturulması ve Geliştirilmesinde Temel Hakların Korunması***'' başlıklı raporda,[670] Komisyon, bir akademisyene hazırlattığı ek rapordaki[671] tespitler üzerine yaptığı değerlendirme neticesinde, birçok avantajları olmasına ve henüz geçen yıl (yukarıda yer verdiğimiz *Avrupa Birliği'ne Dair Rapor*'da) savunulmuş olmasına rağmen, şu an entegrasyonun geldiği nokta açısından yargısal çözümün (yani jürisprüdansiyel korumanın) daha sonuç verici olduğunu ve böyle bir kataloğun birtakım dezavantajlarının da bulunduğunu söylemiş; ancak yine de, gelecekte hazırlanacak bir Avrupa anayasasında[672] temel hakların açık bir şekilde yer almasının – şart olmasa da – arzu edilebilir bir gelişme olduğunu belirtmiştir.

Bundan yine bir yıl sonra ise, önemli bir adım da, Parlamento'dan gelmiştir. Parlamento, Komisyon'un 1976 yılındaki raporlarının takibi adına, 1977 yılının sonlarına doğru aldığı bir kararında,[673] Toplulukta, bireylerin temel haklarının korunmasına vurgu yapmış; Komisyon'dan, özel bir takım haklara ilişkin önerilerde bulunmasını ve Üye

---

[669] Raporda, bu anlamda ikinci bir opsiyonun da, *insan hakları ve temel özgürlüklere uyma noktasında genel bir yükümlülüğün getirilmesi olacağı*; hatta Divan'ın da – özel bir listedense – muhtemelen bunu tercih edeceği; ancak bunun, uygulamaya dair özel hukuki tedbirlerinin gerektiği ekonomik ve sosyal haklar bakımından çok da etkili bir yol olmayacağı; yine bu anlamda üçüncü bir opsiyon olarak da, AİHS'e atıf yapılabileceği, ancak bu opsiyonun da, medeni ve siyasi haklar bakımından kapsayıcı olmakla birlikte, yine ekonomik ve sosyal haklar bakımından pek katkı sağlayıcı olmayacağı ileri sürülmüş; dolayısıyla, bu anlamda *en etkili çözümün, Birlik için bir temel haklar listesi/kataloğu/şartı hazırlamak* olacağı söylenmiştir.

[670] **The Protection of Fundamental Rights as Community Law is Created and Developed**, Report of the Commission of 4 February 1976 submitted to the European Parliament and the Council. Bu rapor, aslında ''*Avrupa Topluluğunda Temel Hakların Korunması*'' ana başlıklı bir dosyanın (**The Protection of Fundamental Rights in the European Community**; Commission of the European Communities, COM (76), Supplement 5/76, 4 February 1976) içindeki iki kısımdan birisidir. Bu dosyanın 1-17. sayfaları, şimdi burada bahsediyor olduğumuz raporu; 18-69. sayfaları ise, buna ek (*annex*) olarak dışarıdan bir bilim adamına hazırlatılan (ve birazdan bahsi geçecek) ikinci raporu içermektedir.

[671] **''Avrupa Toplulukları için Bir Temel Haklar Kataloğu Hazırlamanın Problemleri''** isimli rapor (*The Problems of Drawing Up a Catalogue of Fundamental Rights for the European Communities, A Study Reguested by the Commission and Drawn Up by Professor R. Bernhardt, Director of the Max-Planck-Institute for Foreign Public Law and International Law, Heidelberg*). Az önce de ifade ettiğimiz gibi, bu rapor, yukarıda yer verilen asıl rapora bir anlamda ek olarak hazırlatılmış bir rapordur.

[672] Avrupa Birliği kavramından sonra ancak 2006'da ete kemiğe bürünecek bir anayasadan bahsedilmiş olmasını da, yine bu anlamda not etmekte fayda vardır.

[673] **European Parliament Resolution on the Granting of special Rights to the Citizens of the European Community in Implementation of the Decision of the Paris Summit of December** 1974, 16.11.1977, O.J. of the EC, No. 299/26, 12.12.1977.

Devletler arasında, AİHS, BM MSHS (*ICCPR*) ve ulusal anayasalardaki medeni ve siyasi haklar temelinde bir antlaşmaya varılarak Topluluk Antlaşmalarının ayrılmaz bir parçası olacak şekilde ortaya konması hususunda Üye Devletlere baskı yapmasını istemiştir. Kararda göze çarpan önemli bir husus, Komisyon'dan, Topluluk vatandaşlarına öncelikli olarak birtakım hakların verilmesini bir öncelik olarak gündeme almasının istenmesidir. Bu kapsamda, *Divan'a etkili başvuru hakkı, dilekçe hakkı, seçme seçilme ve kamu hizmetine girme hakkı, toplanma ve dernek kurma hakları, sendikal haklar, ikamet hakkı, vatandaşlar arasında tüm Toplulukta eşit muamele, mahkemelerde ana dilini serbestçe kullanma ve herhangi bir Üye Devletten avukat tutma, eğitim müesseseleri açma* gibi birçok hakkın tanınması için başta Komisyon olmak üzere Topluluk kurumlarının harekete geçmesi istenmektedir. Birkaç yıldır çeşitli platformlarda dile getirilen Topluluğa özel bir haklar listesi hazırlama çabalarının geldiği yer olarak, birtakım hakların isim isim zikredilmesi, belki de ilk olması yönüyle bir temel haklar metninin hazırlanması yolunda hiç şüphesiz önemli bir adımdı.

Bu dönemde 70'ler biterken, konuya dair bir önemli gelişme de, Komisyon tarafından hazırlanan ***''Toplulukların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımına Dair Memorandum''****dur.*[674] Bu Memorandum'da Komisyon, öncelikle, Topluluk yargısı tarafından geliştirilen koruma metodunun genel anlamda tatmin edici olduğunu söylemiş (ki bunu birkaç yıl önceki raporunda da dile getirmişti); ancak buna rağmen, yine de, yazılı bir temel haklar kataloğunun yokluğunun, hangi hakların açıkça korunduğun ve Topluluk kurumları tarafından ihlal edilemeyeceğinin net bir şekilde bilinir olmasına mani olduğunu ve bu itibarla da, *hukuki kesinlik* adına, Topluluğun bir temel haklar kataloğuna ihtiyacı bulunduğu söylemiştir. Ancak bunu diyen Komisyon, Üye Devletler arasında, özellikle, *ekonomik ve sosyal haklara* ilişkin halihazırdaki görüş farklılıkları dikkate alındığında, bunun hemen gerçekleştirilebilecek bir hedef olmadığını ve bu ihtiyacın, o an için Topluluğun AİHS'ye resmen katılımıyla daha kolay yoldan ve daha çabuk bir biçimde giderilebileceğini söylemiştir. Böylece Komisyon, özellikle Parlamento'nun üzerinde ısrarla durduğu özel bir temel haklar metni/kataloğu noktasında, pratik bir takım mülahazalarla, bunu değil, AİHS'ye katılım opsiyonunu tercih etmiş oluyordu.[675]

---

[674] **Memorandum on the Accession of the Eyropean Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 4.4.1979, COM (79) 210 final, 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79.

[675] Paulin, Minch, **op.cit**, p.37. Komisyon'un bu yaklaşımından, oluşturulacak bir temel haklar kataloğunda mutlaka sosyal ve ekonomik haklara yer verilmesi gerektiğini düşündüğünü de anlamaktayız. O tarih için Üye Devletler arasında bunun olmayacağını bildiği için, bu opsiyonu zorlamanın, hem bireyleri daha uzun süre korumasız bırakacağını hem de olsa bile ancak asgari

Görüldüğü gibi, 1970'li yıllar, bu anlamdaki ilk tartışmaların işaret fişeğinin ateşlendiği yıllar olmuştur. Tabii yine, bu yıllardaki diğer gelişmelerde olduğu gibi, daha siyasi nitelikteki Konsey ve Avrupa Konseyi değil, Parlamento ve Komisyon'un esas oğlanı oynadığı bir süreç vardı.

1980'ler, Topluluğun bir temel haklar listesine/kataloğuna/şartına sahip olmasının ''gereklilik'' noktasındaki fikri boyutunun ötesine geçilip, bu anlamda ilk somut listelerin hazırlandığı yıllar olmuştur. Bunların ilk adımı, yukarıda da zikrettiğimiz, Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Şubat 1984'te kabul edilen ''***'Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma Taslağı***'' ile atılmıştır.[676] Diğer yönleriyle yukarıda yer verdiğimiz[677] Antlaşma'nın 4. maddesi, ''temel haklar''a ayrılmış ve burada, ***(kurulacak) Birliğin, 5 yıl içinde kendi temel haklar bildirgesini kabul etmesi*** öngörülmüştür.

Bu gelişmeyi, iki hak bildirgesi izleyecektir. Parlamento, önce, 12 Nisan 1989'da bir ***Temel Haklar Bildirgesi*** ilan etmiştir.[678] Bildirge'nin içeriğinde hangi hak ve özgürlüklere yer verildiğine yukarıda[679] değindiğimiz için, burada tekrardan saymıyoruz.[680] Bildirge, böylece, Birliğin bir anlamda ilk insan hakları kataloğu olması anlamını taşıyordu. Parlamento, daha 1970'lerin başından itibaren savunduğu bu hedefi, belki de asıl harekete geçmesi gereken diğer kurumların hareketsizliği üzerine kendine vazife biçmiş ve bir anlamda, 1977 yılında yarım bıraktığı işi[681] tamamlamıştır. Bu Bildirge, özellikle Konsey ve Komisyon ile Üye Devletleri, bir temel haklar şartının kabulü noktasında baskı altında tutma ve ileride hazırlanacak böyle bir metne de esin kaynağı

---

müşterekler üzerinde uzlaşılabileceğini ve böylece katalogdan yüksek koruma standartlarının çıkmayacağını düşünmüştür. Bizce, bu düşüncesinde haksız da sayılmaz; zira örneğin, birinci kuşak olarak bilinen kişisel ve siyasal haklar üzerinde bağlayıcı ve yargısal denetim öngörücü bir tarzda (AİHS) anlaşan Avrupa devletlerinin; konu ekonomik ve sosyal haklara gelince, ilki gibi bir denetim sistemi kurmaya yanaşmamaları da (ASŞ), bu tezi doğrular niteliktedir.

[676] ''*Spinelli Taslağı''* olarak bilinen taslak için bkz.: supra s.207.

[677] Bkz.: supra. s.207.

[678] **Declaration of Fundamental Rights**, 12 April 1989, O.J. of the EC, No. C 120/51, 16.5.1989. Bildirgede – diğer hususlar yanında – Parlamento'nun temel hakları güvence altına alan bağlayıcı niteliğe sahip temel bir Topluluk belgesine ulaşmaya kararlı olduğu; üstelik 1993'te ulaşılması hedeflenen Tek Pazar'ın tamamlanması hedefinin böyle bir metni daha da zaruri ve acil kıldığı ve herşeyin ötesinde Parlamento'nun Avrupa'nın vatandaşları tarafından doğrudan seçilen bir kurum olarak (ki AP için ilk doğrudan seçimlerin 1979'da yapıldığını tekrardan hatırlatalım.) böyle bir Bildirgeyi hazırlama sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiş ve diğer Topluluk kurumları ile Üye Devletler de, kendilerini bu Bildirge ile ilişkilendirmeye davet edilmiştir.

[679] Bkz.: supra. s.212.

[680] Bunlara bakıldığında, belgenin sadece hakların belli bazı boyutlarını ele alan uluslararası metinlerden çok, medeni ve siyasi haklarla birlikte ekonomik ve sosyal hakları da güvence altına alan ulusal anayasalara benzediğini ve ulusal anayasalarla bir benzerlik olarak, bazı hakların sadece Avrupa vatandaşlarına, bazı hakların ise Topluluğun yargı yetkisi içindeki herkese tanındığını söylemiştik.

[681] Bkz.: supra s.204.

olma yönüyle, *AB İnsan Hakları Hukuku* tarihinde oldukça önemlidir. Her şeyden ötesi, artık Topluluğun da, demokratik meşruiyeti belki de en yüksek olan bir kurumu tarafından hazırlanan bir temel haklar listesine sahip olmasının, insan haklarının korunması anlamında büyük bir siyasi-hukuki-kurumsal gelişme olduğu tartışmasızdır.

Bu bildirgeyi, temel haklar kataloğu serüvenine çok önemli bir katkı sağlayacak ve sonradan hazırlanacak olan Temel Haklar Şartı'nı da etkileyecek başka bir Şart takip edecekti: *İşçilerin Temel Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı.*[682] 9 Aralık 1989 tarihinde Strazburg'da toplanan dönemin 12 üyesinin (İngiltere dışarıda kalmak suretiyle) Devlet ve Hükümet Başkanları, Şart'ı kabul etmiştir. Şart'ın dinamiklerine, içeriğine ve sonuçlarına, yine yukarıda değindiğimizden, burada girmiyoruz. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, sonradan, Şart'ta benimsenen birçok hak, ilke ve hedef – hem de Şart'taki gibi sadece işçiler değil, diğer sosyal aktörleri de içine alacak şekilde – Amsterdam Antlaşması ile birlikte tedricen Kurucu Antlaşmalara alınmaya başlamış; en son da 2000 yılında kabul edilen Temel Haklar Şartı içinde kendisine yer bularak, bu Şart'ın Lizbon Antlaşması ile bağlayıcılık kazanması üzerine de (her zaman doğrudan etkili olmasa da) bağlayıcı birer Birlik normu olarak *AB İnsan Hakları Hukukundaki* yerlerini almıştır. Bu anlamda Şart, yukarıda yer verdiğimiz diğer katkılarının yanında, ileride Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasında ilgili haklar bakımından bir esin kaynağı olmuştur.[683]

Bağlayıcı bir temel haklar belgesine giden süreçte 80'ler, bir anlamda 70'ler ve 80'lerin başlarında dillendirilen hak ve özgürlüklerin belli bir sistematik içinde kataloglar halinde ete kemiğe büründürüldüğü yıllar olmuştur. O dönemde AB insan hakları bağlamında söz konusu olan k*atılım, AİHS'ye bağlayıcı atıf, Topluluğa özgü bir haklar kataloğu* ve *insan hakları ihlalleri için özel dava yolu* şeklinde özetlenebilecek temel meseleleri noktasından olaya baktığımızda, 80'lerin en karlısının temel haklar kataloğu olduğu söylenebilir. Hem kişisel (medeni) ve siyasi hem de sosyal ve ekonomik haklara dair ortaya konan metinler, bağlayıcı olmasalar da, katalog mücadelesinde oldukça önemli birer gelişme olmuşlardır.

1990'lı yıllar, yukarıda da değindiğimiz gibi, genel *AB Hukuku* adına antlaşma reformları; *AB İnsan Hakları Hukuku* adına ise, bu antlaşma reformlarında gündeme alınması ümidiyle belli meselelerin Komisyon'un girişimi üzerine raporlara konu olması,

---

[682] **The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers**, 9 December 1989. Şart'ın metni için bkz.: http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2013. Tez boyunca kısaca ''Topluluk (veya Birlik) Sosyal Şartı'' olarak ifade edeceğimizi söylemiştik.

[683] Lindfelt, **op.cit**, p.89.

fakat hemen hiçbirinin antlaşma reformlarında kendine yer bulamaması ile geçen yıllar olmuştur. Bu durum, AB İnsan Hakları Hukukunun o yıllardaki temel iki-üç meselesinden biri olan temel haklar listesi/şartı için de geçerlidir elbet. 1996 ile 1999 arasında Komisyon tarafından toplanan üç bağımsız uzmanlar grubunun (genelde akil adamlar grubu olarak bilinir), antlaşma reformları (Amsterdam ve Nice Antlaşmaları) için toplanacak olan Hükümetler-Arası Konferanslara tartışma zemini oluşturmak adına üç rapor hazırladığına, yukarıdaki kronolojik gelişme seyrinde değinmiştik. Bu raporlara, yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimizden, burada tekrar etmeyeceğiz; ancak halihazırdaki meselemiz olan temel haklar kataloğu bahsine bakan yönüyle raporların ne dediğine bakmak faydalı olabilir.

Bunlardan 1996 tarihli ilk raporun (*Bir Medeni ve Sosyal Haklar Avrupası İçin*) temel iddiası, hatırlanacağı üzere, ***eğer AB'nin bir anayasal düzeninden söz edilecekse, bu anayasal düzenin bir temel haklar listesini (kural olarak bütün hak kategorilerini tek bir listede toplayan bir listeyi) içermesi gerektiğiydi***. Ancak rapor, bilhassa sosyal ve ekonomik haklar noktasında Birlik düzeyindeki uzlaşının medeni ve siyasi haklar noktasındaki kadar olmadığını ve bu yüzden de, böyle bir listenin önümüzdeki 4-5 yıllık bir sürede hazırlanabileceğini söylüyordu. Rapor, böyle bir listenin hazırlanmasına ilişkin usule dair de tespit ve öneriler de içermekteydi. Rapora göre, günlük hayatları en yakından etkilenenler olarak artık Avrupa vatandaşları sürece dahil olmalı ve AB'de insan haklarının nasıl korunup geliştirileceği, kurumlar ve uzmanların rapor ve öngörüleri tekelinden çıkarılmalı; hazırlanacak liste, geniş bir tartışma ortamı ve katılım sürecinin ürünü olmalıydı.

Ancak, diğerleri gibi temel haklar kataloğu konusundaki önerilerin de Amsterdam için toplanan HAK'ta kendine hemen hiç bulamaması üzerine, bu gündemlerin gelecek antlaşma reformlarına kaldığına ve bu süreçte, Komisyon'un, bir tartışma zemini olması açısından başka uzmanlık grupları oluşturduğuna değinmiştik. Bunlardan biri, 1998 raporuyla (*Emsallerle Öncülük Etme: 2000 Yılında Avrupa Birliği İçin Bir İnsan Hakları Gündemi)* karşımıza çıkan gruptu. Hatırlanacaktır, bu rapor, belki de Nice gündeminin Amsterdam'dan çok daha fazla kurumsal altyapı gündemli olmasını görüp, selefi gibi iddialı önerilerde bulunmanın ''olmayacak duaya amin'' demek olacağını düşündüğünden, katılım ve bağlayıcı bir temel haklar şartı gibi önerileri bırakıp, insan haklarının görünürlüğünü ve rolünü artırmak adına mevcut hukuki ve kurumsal yapı içinde atılabilecek pratik adımlar şeklinde (gerçekleşmesi daha mümkün) önerilerde

bulunmuştur. Rapor, selefinin aksine ‘‘katılım’’ meselesine sıcak bakmakla birlikte, ***bir temel haklar şartını, selefi gibi ivedi ve zorunlu bir çözüm olarak görmemişti.***

Bu süreçteki son heyet de, Komisyon tarafından, Nice Hükümetler-Arası Konferansı toplanmadan oluşturulan heyettir. Heyetin 1999’da hazırladığı rapor (*Avrupa Birliği’nde Temel Hakları Teyit Etmek: Eylem Zamanı),* temel hakların ancak vatandaşların haberdar olmaları ve gerektiğinde de başvurabileceklerini bilmeleri halinde gerçek işlevini icra edebileceğinden hareketle, bu konuda vatandaşlar nezdinde Birliğin insan hakları politikalarının ve bu alanda atılan adımların daha görünür kılınması gerektiğini; bu bağlamda bunların net ve açık bir şekilde vatandaşların erişimlerine açık olması ve bunun bir gereği olarak da, ***medeni-siyasal ve sosyal tüm hakların bir listede bulunması gerektiğini*** söylemiştir.

Başlarken de belirttiğimiz gibi, 1990’lar ve bilhassa da ikinci yarısı, genelde Antlaşma reformlarına ayrılmış bir dönemdir ve bu antlaşma reformlarının, esas gündeminin Birliğin yeni üyelerle genişlemeye (ve ilerideki muhtemel genişlemelere) yönelik kurumsal altyapının hazırlanması olunca, genel anlamda insan hakları, özel olarak da bir temel haklar listesinin hazırlanması gibi meseleler, bu süreçte kendine – doğal olarak – pek yer bulamamıştır. Ancak yine de, özellikle Komisyon, belki ‘‘bir umut’’ diyerek, her antlaşma reformu öncesinde, reformu yapacak Hükümetler-Arası Konferans’a sağlam bir ‘‘bilimsel malzeme’’ olması düşüncesiyle insan hakları meseleleriyle ilgili uzmanlık komiteleri kurmuş ve raporlar hazırlatmıştır. *AB İnsan Hakları Hukukuna* dair bilimsel ve pratik değeri yüksek bu tespit ve öneriler, kurucu babalar nezdinde pek makes bulmasa da; bulacağı zaman geldiğinde ve gerek katılım gerek bir temel haklar listesi tartışmaları ciddiye binince, hiç şüphesiz çok önemli bir malzeme sağlamıştır.

2000’li yıllar ise, insan haklarının kaderinin de değişmeye başladığı yıllar olmuştur. 1990’ların ikinci yarısında başta genişleme olmak üzere başka mühim görülen meseleler karşısında geri plana itilen ve antlaşma reformlarında da yasak savma kabilinden birtakım makyajlarla idare edilen insan hakları ve dolayısıyla da onun temel iki-üç meselesinden biri olan AB’nin bağlayıcı bir haklar kataloğuna kavuşturulması hususu, 2000’li yıllarda başlayan (daha doğrusu ete kemiğe bürünen) bir AB Anayasası tartışmaları kapsamında daha sık gündeme gelir olmuştur. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, Anayasaların devleti/siyasal kurumları organize etmek ve iktidar karşısında hak ve özgürlükleri güvence altına almak şeklindeki iki temel işlevi, ister istemez, bir anayasa yapma iddiasıyla ortaya çıkan bir siyasal toplum için bağlayıcı bir haklar listesinin

hazırlanmasını, gündemin baş sıralarına alma mecburiyetini doğurmuştur. Anayasa tartışmaları henüz ete kemiğe bürünmeden 2000'de kabul edilen bir temel haklar listesi, nihayet, 1970'lerden beri dillendirilen Birliğe özgü bir hak bildirgesi hayalini – bağlayıcı olmaması yönüyle hevesleri biraz kursakta bıraksa da – gerçekleştirmiş ve anayasa tartışmaları ve ardından başlayan yeni antlaşma reformu süreci dolayısıyla da, gelecek on yılın gündemini epey işgal etmiştir. Bu arada, artık bunu liste/şart/katalog şeklinde bir genelleme yerine, doğrudan ismiyle anmak da uygun olacaktır: **Temel Haklar Şartı** (**Charter of Fundamental Rights**).

2.3.5.3. Projenin Temel Haklar Şartı Olarak Ete Kemiğe Bürünmesi

Şart'ın hazırlanmasında etkili olan teorik ve pratik sebepleri, ileride ele alacağız; burada önce tarihsel anlamda süreci tamamlamak ve sonra arkaplandaki sebepleri analiz etmenin, daha sağlıklı bir yol olduğunu düşünüyoruz. Yeni binyıla kadarki (yukarıda yer verdiğimiz) gelişmeler, bir temel haklar listesi/kataloğu/şartı hazırlanmasına yönelik inanca bağı olarak, bunun, başta gerekliliği olmak üzere, yol ve yöntemi ile kapsaması gereken hak-özgürlük ve ilkeleri ortaya koyan çalışmalardı. Şimdi ise, artık adı sanı belli olan bir metnin (*Temel Haklar Şartı*) hazırlanmasına yönelik somut çabalara yer verilecektir. Bu noktada ilk işaret fişeği, dönemin Alman Dışişleri Bakanı'nın Ocak 1999'da Strazburg'da Avrupa Parlamentosu'nda yaptığı konuşmada, vatandaşların haklarının güçlendirilmesi için, Almanya'nın, uzun vadede bir Avrupa Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasını önerdiğini ve bu yönde bir girişimi, (Ocak-Haziran 1999'daki) dönem başkanlıkları sırasında gündeme getireceklerini söylemesiyle çakılmıştır.[684] Nitekim birkaç ay sonra Nisan'da, Bakanlar Konseyi'nin dönem başkanı sıfatıyla Alman Adalet Bakanı, Haziran'da Köln'de toplanacak Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) toplantısında, bir AB Temel Haklar Şartı'nın yazımı için girişim başlatacaklarını söyleyerek bir anlamda ilk resmi niyeti ortaya koymuştur.[685] Böyle bir Şart projesi,

[684] **European Parliament Minutes of 12 January 1999**; aktaran: Lindfelt, **op.cit**, pp.103.104.
[685] Lindfelt, **op.cit**, pp.104-105. Yazar, bu girişimlerin arkaplanında, yukarıda yer verdiğimiz Akil Adamlar Heyetlerinin raporlarının olduğunu ileri sürmektedir. **Ibid.** Schönlau ise, farklı bir perspektiften bakarak, meselenin Almanya'nı dönem başkanlığı zamanında gündeme gelmiş olmasını, Almanya'nın Topluluk entegrasyonunun ilk zamanlarından itibaren AB'de insan haklarının korunmasına verdiği önemden ayrı okumamak gerektiğini söylemektedir. Nitekim yazara göre; 1995'te Alman Parlamentosu'nun bir kanadı olan Bundestag'ın, AB'yi bir temel

Bakanlar Konseyi toplantıları sırasında diğer Üye Devletler tarafından da hızlı biçimde kabul görmüştür.[686] Nihayet Liderler (Avrupa Konseyi), Köln Zirvesi'nde, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı hazırlanmasına yönelik bir karar** almışlardır.[687]

Temel Haklar Şartı Hazırlanmasına Dair Avrupa Konseyi Kararı

Bir Şart'ın Tesis Edilmesi. Kararda, temel hakların korunmasının Birliğin temel bir ilkesi ve meşruiyeti için de vazgeçilemez bir gereklilik olduğu ve bu yükümlülüğün Adalet Divanı tarafından da teyit edildiği vurgulanarak, gelinen noktada (Birliğin geldiği gelişme düzeyi itibariyle), hakların üstün önemini ve alakasını Birlik vatandaşlarına daha görünür (*visible*)[688] kılmak maksadıyla temel haklara yönelik bir şartı hazırlamanın gerekli olduğu belirtilmiştir.

Karar, ardından Şart'ın içeriğine dair belirlemeler yapmaktadır. Karara göre, Şart, AİHS'de ve ortak anayasal geleneklerden olup genel hukuk ilkeleri olarak (Divan tarafından jürisprüdansiyel şekilde) korunan temel haklar ve özgürlükler ile temel usuli güvenceleri içermeli; aynı zamanda sadece Birlik vatandaşlarına özgü haklara da yer vermelidir. Ayrıca böyle bir Şart hazırlanırken, gerek Avrupa Sosyal Şartı'ndaki gerekse Topluluk (AB) Sosyal Şartı'nda yer alan ekonomik ve sosyal nitelikli haklara da uygun şekilde (Birliğe salt bir hedef koyan, Birliğin eylemine muhtaç nitelikte olmadığı ölçüde) yer verilmelidir.

---

haklar kataloğu hazırlamaya davet etmesi de, bu anlamda, Alman hükümetlerinin ellerini taşın altına koymalarında etkili olmuştur. Justus Schönlau, ''Courts, Charters and Conventions: The Institutionalisation of Human Rights Protection in the European Union'', **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime**, Ed. by Malte Brosig, Franskfurt am Main, Peter Lang, 2006, p.89.

[686] **Ibid.** p.90. Yazar, bunun biraz sürpriz olduğunu; zira özellikle, anayasal çağrışımlar doğuran herhangi bir metne sıcak bakmayan (ve henüz 1 yıl önce de AİHS temelinde *İnsan Hakları Yasası* çıkaran) İngiltere'nin ikna edilmesinin beklenenden kolay olduğunu söylemektedir. **Ibid.** Yazar, bu olumlu iklimde iki gelişmenin etkili olduğunu söylemektedir: Biri, AB'nin Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerine doğru genişleme sürecinin başlaması bağlamında, AB'nin demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi her platformda tekrarlanan değerleri noktasında sembolik fakat güçlü bir vurgu yapmak (ki genişlemenin genel olarak siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelere etkisine, biz de, yukarıda değinmiştik); diğeri de, AB'nin, hemen yanı başında yeni patlak veren Kosova krizi bağlamında, yine bu üç değerin koruyucusu olduğuna ilişkin sergilenmek istenen imaj. **Ibid.**

[687] **European Council Decision on the Drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union**, Presidency Conclusions – Cologne 3 and 4 June 1999, Annex IV. Zirve sonuç bildirgesine, şu adresten ulaşabilirsiniz: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/57886.pdf, Erişim Tarihi: 6.2.2014.

[688] Bunun, yukarıda yer verdiğimiz uzmanlık raporlarından özellikle üçüncüsündeki temel argümanlardan biri olduğunu vurgulayalım. Lindfelt, **op.cit**, p.106.

Karar, Şart'ın nasıl hazırlanması gerektiği konusunda da yol göstermektedir. Buna göre; Şart, Devlet ve Hükümet Başkanlarının (yani Üye Devletlerin) temsilcilerinden, Komisyon Başkanı'nın (yani Komisyon'un) temsilcilerinden ve Avrupa Parlamentosu ile ulusal parlamentoların üyelerinden oluşan bir kurul tarafından hazırlanmalıdır. Ayrıca Adalet Divanı'nın temsilcisi, mutlaka ''gözlemci'' olarak kurulda yer almalı; Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesi'nin temsilcileri ile sosyal gruplar da, mutlaka görüşlerini bildirmek üzere davet edilmelidir. Kurulun sekretaryasının ise, Konsey (Bakanlar Konseyi) Genel Sekreterliği tarafından sağlanması kararlaştırılmıştır.

Kararda, kurulun Şart'ı hazırlayıp sunması gerekli periyot ile Şart'ın ne şekilde sahneye sürüleceği de öngörülmüştür. Buna göre; kurul, Aralık 2000'deki Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) öncesinde taslak metni Konsey'e sunmalıdır. Ardından, Konsey, Avrupa Parlamentosu ile Komisyon'a Konsey (Bakanlar Konseyi) ile birlikte, söz konusu taslak metni esas alarak bir Temel Haklar Şartı'nı ilan etmeleri için öneride bulunacaktır. Bundan sonra ise, Şart'ın Antlaşmalarda yer alıp almaması gerektiği ve alması gerekiyorsa ne şekilde yer alacağı gibi meseleler, tartışılacaktır.[689]

Kararın Okunması

Şart'ın Hazırlanış Sebepleri ve İçeriği Açısından Okuma. AB'nin böyle bir Şart'a ihtiyacı olup olmadığı ve Avrupa Konseyi'nin yaptığı bu tespitlere (''Birliğin geldiği gelişme düzeyi itibariyle''[690] ve ''hakların vatandaşlara görünür kılınması'' gibi), ileride, ''arkaplanda yatan sebepleri'' incelerken değineceğiz. O yüzden kararı, bu yönden okumayı, burada yapmıyoruz. Keza, Şart'ın içeriği; yani hangi hak-özgürlük ve ilkelere yer verdiği, bunların hangi metinler üzerinde temellendiği, mevcut Divan içtihadıyla ve de AİHS ile korunan hakların kodifikasyonundan ibaret (yani malumu derleyen toplayan) bir belge mi olduğu, yoksa bunlardan ileriye gidip yeni haklar getirip getirmediği gibi meseleler de, bizi, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişimi bakımından değil, içerdiği haklar-özgürlükler-ilkeler itibariyle bu hukukun ''kaynakları'' bakımından

[689] Tüm bu bağlamda Konsey, Genel İşler (Bakanlar) Konseyi'ne, Ekim 1999'da Tampere'de toplanacak Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) öncesinde gerekli önlemleri almak konusunda yetki vermiştir.

[690] Lindfelt, bunun ne demek olduğunun belirsiz olduğunu, kararın bu konuda bir tespit içermediğini söylemektedir. **Ibid.**

ilgilendirmektedir. O yüzden, bunlar da, tezin bir sonraki bölümünde Şart'ın bir ''kaynak'' olarak incelendiği yerde görülecektir.

Şart'ın Hazırlanması Açısından Okuma: Konvansiyon (Kurucu Meclis) Modeli. Karar, Şart'ın, hem Birlik'ten hem de Üye Devletlerden farklı kesimleri bir araya getiren bir kurul tarafından hazırlanmasını istemiştir. Kararda, kurul, organ veya birim olarak adlandırılabilecek ''body'' ismi verilmiş olsa da, bu 'birim'', kendini **Şart Konvansiyonu** olarak adlandırmıştır. İsmi ne olursa olsun, bir Kurucu Meclis formatında olan bu oluşum, temel hukuk metinlerinin hazırlanması noktasında AB tarihinde de bir ilktir. Nitekim bu yönüyle, ilk Konvansiyon (Kurucu Meclis) olarak bilinen bu oluşum, birkaç yıl sonra başlayacak olan anayasa hazırlıklarına da ilham olmuş ve anayasayı da hazırlamak üzere bir konvansiyon modeli teşkil edilmiştir. Bu oluşum, Konvansiyon olma şeklindeki yeniliğin dışında, bir temel AB metninin hazırlanmasında, ulusal parlamentoların da, Topluluk kurumları gibi yer alması yönüyle de bir ilktir.[691] Bu arada, Konvansiyon'un yeni bir antlaşma reformu (Nice Antlaşması) için toplanacak HAK'ın bir parçası olmadığını ve tamamen onun dışında bir çalışma/oluşum olduğunu da vurgulamak gerekir.[692]

Takvim Açısından Okuma. Öncelikle toplamda yaklaşık 1.5 yıllık bir süreç öngörülmüş (Haziran 1999-Aralık 2000) ve Konvansiyon'un kurulması akabinde de, yaklaşık 1 yıllık bir çalışma süresi söz konusu olmuştur. Bu, sivil ve siyasi toplumun geniş kesimleriyle gerekli istişareleri yapmak için hiç şüphesiz yeterli bir süredir. Hatta bir yönüyle, Şart'ta düzenlenecek hakların alınacağı kaynak metinlerin (AİHS, Divan içtihadı, Avrupa sosyal Şartı ve Topluluk Sosyal Şartı) ve dolayısıyla hak ve özgürlüklerin zaten belli olduğu, keza bu yönde yapılmış çalışmalar da bulunduğu (daha 1980'lerde Parlamento'nun karar ve bildirgelerinde haklar listesinin verilmesi ve sonradan da bunların revize edilmesi) gibi gerekçelerle, sürenin uzun olduğu bile düşünülebilir. Ancak özellikle, *sosyal ve ekonomik haklar* noktasındaki (bu hakları bir metinde toplama açısından) zorluk düşünüldüğünde (ki, bu da, çok eskiden beri çeşitli raporlarda dillendirilmektedir[693]), böyle bir aralığın gerekli olduğu söylenebilir.

Hukuki Statü Açısından Okuma. Şart'ın hukuki statüsüne gelince ise,[694] Avrupa Konseyi, bizce isabetli bir öngörüyle, Şart'ın hukuki statüsü meselesini sonraya

---

[691] **Ibid.** p.110.
[692] **Ibid.**
[693] Mesela yukarıda yer verdiğimiz akil adamlar raporlarından 1996 tarihli olan ilkinde, 4-5 yıllık bir süre öngörülmüştü.
[694] Bu noktada belirtelim ki, Şart'ın hukuki statüsü meselesi de, Şart'ın içeriği gibi, *AB İnsan Hakları Hukukunun* esaslarını ilgilendiriyor gibi gözükse de, Lizbon'dan sonra, bir anlamda ''tarihe karışan'' yani aslında tarihsel olarak bizi ilgilendiren bir meseledir. Lizbon ile birlikte Şart'ın hukuki

bırakmıştır. Konsey, muhtemelen Şart'ın bağlayıcı olup olmaması ve olacaksa ne şekilde bunun sağlanacağına ilişkin bir tartışmanın, böyle bir tartışmadan önce metnin ortaya çıkarılmasını zora sokacağı düşüncesiyle, ilk hedef olarak Şart'ın bir şekilde ortaya çıkarılmasını; ardından bağlayıcı olmayacak bir biçimde Birlik kurumları tarafından kabul ve ilan edilmesini; hukuki statüsünün belirlenmesinin ise, sonraya bırakılmasını öngörmüştür.[695] Yukarıda da değindiğimiz gibi, bir Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması noktasındaki genel atmosfer olumlu ve Liderler arasında (İngiltere dahil) bir uzlaşı olmakla birlikte; aynı uzlaşı, bağlayıcı bir metin hazırlama noktasında yoktu.[696] O yüzden, Almanya, dönem başkanlığı sırasında, çok istemesine rağmen, diğerlerinin karşısına ''bağlayıcı'' olacak bir Şart fikriyle değil, ''bağlayıcı olup olmayacağı sonradan kararlaştırılacak bir Şart fikriyle çıkmıştı ve Köln kararı da bunu yansıtıyordu.[697] Tabii ki, bunu ''sonradan'' tartışacak ve kararlaştıracak olanın, bu Konvansiyon olmadığını da belirtelim.[698]

Ancak Konvansiyon, işin gerçeği, meselenin bu yönüyle pek alakadar olmamış ve sadece verilen görevi yapıp metni hazırlamaya odaklanmıştır.[699] Bu, hiç şüphesiz isabetli bir yaklaşımdır. Bir kere, bu metnin, öyle veya böyle, bir gün mutlaka bağlayıcı olacağını kestirmek güç değildir; o yüzden şimdiden bağlayıcı olacakmış gibi düzenlemekten doğal bir şey yoktur. İkincisi ise, bu metni kabul ve ilan edecek olan Birlik

---

statüsü, artık Antlaşmalar seviyesinde bağlayıcı olarak karara bağlandığı için, Lizbon sonrası dönemde (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel hali – kaynakları bakımından), artık söylenecek çok fazla şey yoktur. Ancak şunu da ekleyelim ki, Lizbon sonrası dönemde de, Şart'ın bağlayıcı olan hukuki statüsünün ötesinde*, AB Hukuku* içindeki yeri, hiyerarşisi, AİHS ve genel hukuk ilkeleriyle çatışması hali gibi meseleler, irdelenmesi gerekli meselelerdir ve yeri geldikçe incelenecektir.

[695] Avrupa Parlamentosu'nun ve Komisyon'un en baştan beri tavrı ise, bağlayıcı bir Şart'ın hazırlanıp kabul edilmesiydi. **Ibid.** p.107.

[696] Doktrinde Lindfelt'in verdiği bilgiye göre, birçok Üye Devlet (İrlanda, İngiltere, Hollanda, İsveç, Finlandiya ve Danimarka), bu süreçte başlangıçta, bağlayıcı bir Şart'a sahip olma (ve de AİHS'ye katılıma) fikrine sıcak bakmıyordu. **Ibid.** p.225.

[697] **Ibid.**

[698] Doktrinde Lindfelt, bu yönleriyle Konvansiyon'un gerçek anlamda bir yasama organı (*legislator*) olmadığı yorumunu yapmaktadır. **Ibid**. p.107. Bizce böyle olsa bile, bu, Konvansiyon'un bizim deyimimizle bir ''kurucu'' meclis olmasına halel getirmeyecektir. Zira, referandumlarla onaylanması gereken anayasaları hazırlayan meclislere, kurucu meclis dendiğine, göre, Şart'ın bağlayıcı olup olmaması veya bu bağlayıcılığın bu meclis tarafından belirlenemeyecek olması, bizce bunun ''kurucu meclis'' olarak nitelenmesine engel değildir. Burada, zaten bizim bu ifadeyi kullanmaktaki maksadımız, AB'nin en üst düzey siyasi organı (Avrupa Konseyi) tarafından temel bir metin (ki sonradan bağlayıcılık kazanacak bir metin) hazırlamak amacıyla geniş kesimleri içerecek şekilde kurulan bir yapıyı betimlemektir.

[699] Nitekim Konvansiyon'un Başkanı, Konvansiyon çalışmalarının açılış konuşmasında, ''sanki bağlayıcı bir metin hazırlıyormuş gibi hareket etmeleri gerektiğini ve sonuçta hazırlayacakları metnin Birlik kurumlarına yönelik olup, onların da, bununla bir şekilde bağlı olacaklarını akılda tutmaları gerektiğini söylemiştir (17 Aralık 1999 tarihli konuşması; aktaran: Lindfelt, **op.cit,** p.107).

kurumlarının artık geri dönülemez bir şekilde bu metinle – en azından ahlaki ve hatta pratik olarak – bağlı olacaklarını söylemek de pekala mümkündür. Nitekim, aşağıda da görüleceği üzere, Şart'ın ilan edildiği 2000 ile hukuken bağlayıcılık kazandığı 2009 arasında, altına imza atan her üç kurum da, her türlü karar ve politikalarında Şart'ı dikkate almışlar (en azından öyle gözükmüşler); hiçbir zaman, Şart'ın hukuken bsağlayıcı olmadığı gerekçesiyle Şart'a uymak zorunda olmadıklarını söylememişlerdir.[700]

Kararın Arkaplanındaki Saikler

Sürecin işleyişine ve Konvansiyon'un kurulmasına geçmeden önce, kararın okunması bağlamında, Liderleri, böyle bir karar almaya iten sebeplere de kısaca değinmek gerekir.[701]

Şart'ın hazırlanma sürecini başlatan Köln kararının kendisi, bize bu konuda bir şeyler söylemektedir. Karar, Birliğin gelişiminin geldiği nokta itibariyle, hakların üstün önemini ve ilişkisini Birlik vatandaşlarına göstermek (daha doğrusu ''görünür'' kılmak) için, bir Şart hazırlanmasının lüzumundan bahsetmektedir[702]. Zaten kararda, ''Birliğin geldiği kalkınma düzeyi'' ifadesinden sonra vurgulanan husus da, hakları, vatandaşlara daha görünür (*visible*) kılma arzusudur. Liderler, bu görünür kılmanın en güzel yolunun da, yıllardan beri, gerek Parlamento ve Komisyon gerekse de sivil toplum (bkz.: *Comité des Sages* raporları) tarafından dillendirilen şekilde, dağınık halde Divan içtihatlarında,

[700] Bu, Temel Haklar Ajansı, Bölgeler Komitesi, Ekonomik ve Sosyal Komite vs. Birlik organ, birim ve ajansları için de söylenebilir.

[701] Aslında yukarıda bu kısmın en başında *siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin arkaplanındaki dinamikler* olarak verdiğimiz faktörler, elbette genel planda Temel Haklar Şartı'nın da hazırlanmasının arkaplanındaki dinamikler olarak etkili olmuştur. Burada, onlara tekrardan girecek değiliz; amacımız, Temel Haklar Şartı özelinde arkaplandan bahsetmektir. Yine bu noktada birşeyi daha belirtmek gerekir ki, bu ''arkaplanı'' da, iki şekilde görmek mümkündür: Biri, Avrupa Konseyi'ni (yani AB'yi), 2000'lere gelindiğinde böyle bir metin hazırlamaya iten sebepler (yani bu yönde etkili olan dinamikler); biri de, yine Avrupa Konseyi'nin (yani AB'nin), bu dinamikler ortaya çıktıktan sonra bir Şart hazırlaması için siyasi iklimi müsait hale getiren gelişmeler (yani bu yönde etkili olan dinamikler). Biz, ikinci grup dinamiklere kısaca yukarıda değindik (genişleme, Kosova krizi vs. gelişmeler). Dolayısıyla burada asıl üzerinde duracağımız dinamikler, ilk grup, yani AB'yi bir Temel Haklar Şartı hazırlamaya iten (özel) dinamikler olacaktır.

[702] Herhalde, 2000'li yıllara gelindiğinde, insan haklarını bir iç ve dış politika aracı olarak kullanan; Kurucu Antlaşmalarda, temel değeri olarak insan haklarına atıf yapan; aday olmak isteyen ülkelere yönelik ciddi insan hakları standartları koyan ve bunları da kimi zaman içişlerine karışırcasına denetleyen, izleyen; Dünya'nın dört bir tarafındaki insan hakları ihlallerine, bildiri, karar, rapor vs. yollarla sesini yükselten, ancak kendisinin bütün demokratik devletler gibi derli toplu bir hak ve özgürlükler listesi olmayan bir Birlik tablosu, herhalde, ''Birliğin geldiği nokta''yı oldukça güzel tarif etmektedir.

AİHS'te, Avrupa Konseyi ve Topluluk Sosyal Şartlarında ve ulusal anayasalarda bulunan hak ve özgürlükleri, bir metinde toplamak olduğunu düşünmüşler ve bir Şart hazırlanmasını istemişlerdir. Tabii bütün bunların gerisinde ise, kararın ilk cümlesinde de ifade edildiği şekliyle, temel hakların korunmasının Birliğin temel bir değeri ve ''meşruiyetinin'' de bir ön-koşulu olması bulunmaktadır.[703]

Bu noktada bir etken de, siyasi bir toplumun meşruiyetini artırıcı bir faktör olarak temel hakları bir metinde toplamanın dışında, özel olarak ''anayasa'' denen bir metin hazırlama bağlamında, bu kavramın temel hak ve özgürlükleri düzenleyip güvence altına alma şeklindeki mutad rolü gösterilebilir. Belki o tarihte AB'de ''resmi'' bir anayasa tartışması yoktu; ancak bu, AB'de bir anayasa tartışmasının, bir anayasa gündeminin de olmadığı anlamına gelmiyordu elbette.[704] Bu yönüyle Şart'ı, ileride hazırlanacak bir anayasanın öncülü; böyle bir anayasanın bir ayağını hazır etme çabası olarak da görmek mümkündür.[705]

Nihayet, Şart'ın hazırlanmasında etkili olan dinamiklere başka bir yönden baktığımızda, Şart'ı, AB'nin 2000'li yıllardaki temel hak koruma ''stratejisi''nin bir gereği olarak etiketlemek de mümkündür: Avrupa düzeyinde var olan mevcut koruma sistemlerine katılmak veya onları *AB Hukukuna* katmak; bir yandan da, kendine özgü bir sistem kurmak şeklindeki strateji.[706]

---

[703] Temel haklar-meşruiyet ilişkisi ve özelde AB'ye bakan yönleri hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: **Ibid.** pp.111 vd.

[704] Belki, o tarihlerde henüz ''resmi'' bir anayasa tartışması yoktu (zira anayasa tartışmaları, birkaç yıl sonra başlıyor). Hatta birkaç yıl sonra bile, bilindiği üzere, Liderler, bunu ''anayasa'' olarak değil, ''Avrupa'nın geleceği'' tartışması şeklinde başlatacaklar ve ''resmen'' de bir ''anayasa'' konvansiyonu kurmayacaklardır. Ancak böyle olsa da, kurulan Konvansiyon'un kendini çabucak bir ''anayasa konvansiyonu'' olarak nitelediğini ve bir anayasa hazırlamaya giriştiğini biliyoruz. Bu, aslında onu kuran iradenin de, zımnen bunu istediğini göstermektedir.

[705] Aynı doğrultuda bkz.: **Ibid.** p.106. Gerçi, Konvansiyon'un başkanı olarak seçilen Roman Herzog, seçilmesinden sonra yaptığı Konvansiyon'un açılış konuşmasında, Şart'ın hazırlanması sürecinin, bir federal devlet kurma yahut yahut bir Avrupa Anayasası hazırlama projesini içeren ve gerektiren bir süreç olmadığını; burada, bir Avrupa Anayasası yazmak için bulunmadıklarını; anayasası ve anayasa mahkemesi olan devlet-benzeri bir oluşumu konuşmayacaklarını; tüm bunların, ileride kendi zamanlarında müzakere edilip değerlendirilmesi gereken süreçler olduğunu söyleyecektir. Aktaran: **Ibid.**, note:325. Bunun, Konvansiyon'un görevini tasrih etme ve şüpheyle yaklaşanların (ki Kurul'un içinde, içtihatta ve çeşitli metinlerde dağınık halde bulunan mevcut hak ve özgürlükleri kodifiye etmekten başka bir işlevleri olmadığını savunanların bile bulunduğunu yukarıda söylemiştik) şüphelerini bertaraf etme niyetiyle söylenmiş sözler olduğunu söyleyebiliriz. Esasında, bunlar, yanlış da değildir; zira, Konvansiyon, bunları yapmak veya konuşmak için toplanmış değildir; onun görevi, bir Şart hazırlamaktır. Ancak bu da, yukarıda belirttiğimiz, ''anayasanın öncülü'' olma rolünü, pekala dışlamamaktadır.

[706] Schönlau, **op.cit**, p.89. Yazar, ulusal düzeyde, bilhassa temel haklar konusunda özel bir hassasiyeti olan ülkelerden gelen baskı ve talepleri de, bu stratejiyle beraber değerlendirmektedir (örneğin, bu anlamda, Almanya Parlamentosu'nun Bundestag kanadının, 1995'te AB'ye bir temel

Ekim 1999 – Konvansiyon'un Kurulması ve Çalışmalara Başlaması

Haziran Zirvesi'ndeki kararı bu şekilde okuduktan sonra, artık Konvansiyon'un teşkili ve çalışmasıyla ilgili gelişmelere geçebiliriz. Köln Zirvesi'nden birkaç ay sonra Tampere'de (Finlandiya) toplanan Ekim Zirvesi'nde, Liderler, kabul ettikleri bir Ek ile, Şart'ı hazırlamak için kurulacak kurulun oluşumunu, çalışma yöntemini ve uygulamaya yönelik birtakım düzenlemeleri belirlemişlerdir.[707]

Buna göre Kurul;[708] Devlet ve Hükümet Başkanlarının (yani Üye Devletlerin) temsilcileri olarak 15 (o zamanki her bir Üye Devletten 1'er); Komisyon temsilcisi olarak 1; Avrupa Parlamentosu temsilcisi olarak (kendisi tarafından seçilecek) 16; ulusal parlamentolar adına 30 (15 Üye Devletin Parlamentosundan kendileri tarafından belirlenecek 2'şer üye[709]) olmak üzere toplamda 62 kişiden (ve aynı sayılarda yedekten) oluşacaktı. Kurul'un başkanının kendisi tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Kurul'un üç başkan yardımcısı olacak; her birimden (AP, Üye Devlet temsilcileri ve ulusal parlamentolar) birer başkan yardımcısı (bu birimlerin kendisi tarafından) seçilecektir.[710] Bu noktada, ağırlığın parlamenter temsilden (62 içinde 46) yana olduğu da göze çarpmaktadır.[711] Bu yapılanmanın, AB'nin sıklıkla maruz kaldığı, kompleks ve halka kapalı bir yasama süreciyle hukuki tasarrufları kabul ettiği eleştirileri bağlamında, meşruiyeti artırıcı etkisinin olacağı şüphesizdir.[712] İnsan haklarının her türlü siyasal

---

haklar kataloğu çağrısı yaptığını hatırlatmaktadır). Yazar, ayrıca bu stratejinin, Şart'ın (ileride göreceğimiz) genel/yatay hükümlerine de yansıdığını söylemektedir. **Ibid.**

[707] **Composition Method of Work and Practical Arrangements for the Body to Elaborate a Draft EU Charter of Fundamental Rights, as Set out in the Cologne Conclusions**, European Council Predidency Conclusions, 15-16 October 1999, Annex. Zirve sonuç metnine şu adresten ulaşılabilir: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en9.htm, Erişim Tarihi: 6.2.2014.

[708] Avrupa Konseyi'nin, buna henüz Konvansiyon demediğini vurgulayalım. O yüzden biz de, ''body'' karşılığı olarak ''kurul'' kelimesini kullandık.

[709] Çift meclisli (*bicameral*) parlamentoların her kanadının temsil edilmesini sağlamak adına... Bkz.: Dashwood et. al., **op.cit**, p.360.

[710] Kurul'un Başkanı olarak Almanya Hükümeti'ni temsilen Kurul'a atanan Roman Herzog'un (eski Almanya Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi Başkanı); Başkan Yardımcılıklarına ise, ulusal parlamentoları temsilen Gunnar Jannson (Finlandiya Parlamentosu), Avrupa Parlamentosu'nu temsilen Iñigo Méndez de Vigo ve Komisyon'u temsilen de António Vitorino seçilmiştir.

[711] Lindfelt, **op.cit**, p.110.

[712] Bu noktada, Konvansiyon'a Komisyon'u temsilen katılan António Vitorino'nun tespitleri önemlidir. Vitorino, bundan önce hiçbir Topluluk/Birlik tasarrufunun hem Topluluk/Birlik hem de Üye Devletlerin temsilcilerinin beraberce katılımıyla yapılmadığını; bunun, bu yönüyle ilk olduğunu; dahası, hem Avrupa hem de Üye Devletler düzeyinde demokratik anlamda seçilmiş parlamenterlerin katılımının ve sayısal üstünlüğünün, AB'nin sürekli eleştirildiği bir konu olan yasama sürecindeki karmaşıklık ve halka kapalılık noktasında, hiç şüphesiz Şart'ın kamuoyu nezdindeki demokratik meşruiyetini üst düzeye taşıyacağını söylemiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.110.

toplum için meşrulaştırıcı ve tam tersi yönden meşruiyeti zedeleyici işlevleri bağlamında düşünüldüğünde, bunun AB'nin geleceği açısından ne kadar önemli olduğu meydandadır.

Adalet Divanı tarafından atanan iki kişi ile Avrupa Konseyi[713] tarafından iki kişi (biri, AİHM'den olmak üzere), gözlemci olarak bulunacak; Ekonomik ve Sosyal Komite, Bölgeler Komitesi ve Ombudsman, görüşünü bildirmek üzere Kurul'a davet edilecek; ayrıca aday ülkelerle görüş teatisi yapılması sağlanacak ve nihayet, bunlardan başka birim, sosyal grup ve uzmanlar da, görüş bildirmek üzere Konvansiyon'a (daha doğrusu Kurul'a) davet edilebilecektir.[714] Kurul'un sekretaryası ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi, Konsey (Bakanlar Konseyi) Genel Sekretaryası tarafından sağlanacaktır.

Kurul'un çalışma yöntemine gelince; Başkan'ın, Başkan yardımcılarıyla yakın uyum içinde bir çalışma (iş) planı yapması ve diğer gerekli hazırlık işlerini yürütmesi öngörülmüş; kural olarak, Kurul toplantılarının ve Kurul'da sunulan belgelerin, kamuya açık olması benimsenmiş; Kurul'un, tüm üyelerine açık olacak şekilde geçici (*ad hoc*) çalışma grupları kurabilmesi ve de Brüksel'de Konsey ve Parlamento binalarında çalışmalarını yapması kararlaştırılmıştır. Şart'ın yazımına gelince; Kurul tarafından onaylanan çalışma planı esas alınarak, Başkan, Başkan Yardımcıları, Komisyon temsilcisinden (yani 4 kişiden) oluşan ve Konsey Genel Sekreteri tarafından da asiste edilen bir ''Yazım Komitesi'', Kurul üyelerinden gelecek önerileri de dikkate alarak Şart'ın taslak yazımını gerçekleştirecektir. En sonda Başkan, ortaya çıkan taslak Şart metninin tüm taraflarca kabul edileceğine kanaat getirdiğinde, metni, Avrupa Konseyi'ne (Liderler) gönderecektir.

Aralık 2000: Mutlu Son

Konvansiyon,[715] 17 Aralık 1999'da ilk toplantısını yapmış ve yaklaşık 9.5 aylık bir çalışmanın ardından 2 Ekim 2000 tarihinde de,[716] taslak Şart metnini kabul ederek

---

[713] Bunun, AB'nin dışında ayrı bir uluslararası bir örgüt olan Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) olduğunu (yani AB'nin Avrupa Konseyi olmadığını) vurgulayalım.

[714] Bu konuda, sivil toplumdan sadece görüş alınabilecek olması ve ''masada'' onlara da bir yer verilmemesi ile Konvansiyon'un pratik birtakım uygulamalarına ilişkin eleştiriler için bkz.: **Ibid.** p.121.

[715] Kurul, o isimle kurulmasa da, ilk andan itibaren kendisini bir Konvansiyon olarak adlandırmaya ve anayasal çağrışımlar uyandıracak şekilde öyle (bir Kurucu Meclis gibi) hareket etmeye başlamıştır. Schönlau, **op.cit**, p.92.

[716] Bunun, Köln Zirvesi'nde belirlenen Aralık 2000 hedefinden daha erken bir tarih olduğunu vurgulayalım.

Avrupa Konseyi'ne göndermiştir.[717] Konvansiyon'un Şart'ı Avrupa Konseyi'ne göndermesinin ardından, 13-14 Ekim'de Biarritz'de (Fransa) toplanan Liderler, taslak Şart metnini, oybirliğiyle onaylayarak Avrupa Parlamentosu ile Komisyon'a göndermişler; bundan sonra da, önce Parlamento, 14 Kasım 2000'de, ardından Komisyon, 6 Aralık 2000'de, taslak metni onaylamış ve nihayet Şart, **7 Aralık 2000'de** Fransa'nın Nice şehrinde, Konsey (Bakanlar Konseyi), Parlamento ve Komisyon'un başkanları tarafından, kurumları adına imza ve ilan edilmiştir.[718]

İlandan Sonraki Tartışmalar

Şart ilan edildiğine göre, hukuki statüsü ne olacaktı? Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu, o zaman için Liderlerin pek konuşmak istemediği bir konuydu. Bu noktada ilk işaret, Şart'ın ilanıyla aynı zamanda toplanan Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi)

---

[717] Bu arada, Şart'ın hazırlanmasını, daha doğrusu Konvansiyon'un işini hiç şüphesiz kolaylaştıran faktörlerden de bahsetmek gerekir. Bir kere, Şart'ın arkasında Liderlerin olması, en yüksek perdeden siyasi irade noktasında önemli bir destektir. Tabii ki, hepsi de, AİHS'yi onaylamış ülkelerin vatandaşları olarak, medeni ve siyasi haklar noktasında bir uzlaşıyı yakalamak, zor olmasa gerekti. Ancak sosyal ve ekonomik haklar noktasında da, Konvansiyon'un işi, beklenenden kolay oldu denebilir. Medeni ve siyasi hakların aksine asgari müştereklerin az olduğu böyle bir konuda da, devreye Şart'ın hukuki statüsünün Konvansiyon'da tartışılmayacak olması girdi denilebilir. Bu, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Konvansiyon'un asıl işine odaklanmasını ve hukuki statüsünün Şart'ın üzerinde *Demokles'in Kılıcı* gibi sallanmasını engellemiştir. Schönlau, buna, Konvansiyon Başkanı'nın, Konvansiyon görüşmelerini mümkün mertebe bir konsensüs aramaya yönelten ve meseleler üzerinde oylama yapmaktan kaçınan tavrını da eklemektedir. **Ibid.** p.93. Yazar, bundan da önce, Konvansiyon ilk toplandığında, AİHS'te ve içtihatlarda dağınık halde bulunan hak ve özgürlükleri bir araya getirecek bir liste yapmaktan öte bir işlevleri olmadığını savunan (böylece, örneğin, sosyal ve ekonomik haklara girmeye pek sıcak bakmayan Konvansiyon üyelerinin dahi bulunduğunu; ancak aksi yöndeki hakim görüşün, onları da erittiğini söylemektedir. **Ibid**. p.92. Elbette ki, Konvansiyon, olağan tartışmaları aşıp AB'nin genel yapısına dair doneler veren görüş ayrılıklarından da, tamamen beri olmamıştır. Konvansiyon'un neticede bir Şart'ı ortaya çıkarabilmesi, hiçbir tartışmanın yaşanmadığı ve yaşanan görüş ayrılıklarının da çözüldüğü anlamına gelmemekte olup; uzlaşma, bunların genelde ''sonra''ya bırakılarak bir nevi üzerinin örtülmesi veya hasır altı edilmesi sayesinde gerçekleşebilmiştir. **Ibid**. p.93. Mesela, Konvansiyon'un sonlarına doğru baş gösteren ''Giriş'' kısmında atıf yapılacak değerler ve bilhassa da, ''Avrupa'nın dini kökleri'' noktasındaki tartışmalar, bir ''dil oyunu'' ile; metnin Almanca versiyonunda, Avrupa'nın ''dini'', diğer versiyonlarında ise, ''manevi'' mirasına atıf yapılarak çözülmüştür. **Ibid**. Böyle bir tartışma, ileride, Şart kabul edilir edilmez, AB'nin temel kurumları arasında, Şart'ın hukuki statüsüne ilişkin olarak da yaşanacaktır. **Ibid**. p.94.

[718] Bu arada, Komisyon'un, önce 13 Eylül 2000'de; ardından da 11 Ekim 2000'de, ilki birtakım önerilerle birlikte içeriğine **(Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union)**; ikincisi de, hukuki statüsüne **(Commission Communication on the Legal Nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union)** dair iki kez görüş bildirdiğini not edelim. Kaynak: http://www.eucharter.org/home.php?page_id=65, Erişim Tarihi: 6.2.2014.

toplantısında geldi. Nice'te toplanan Zirve'nin sonuç bildirgesinde,[719] Şart'ın ilanının memnuniyetle karşılandığı ve Köln Zirvesi'ndeki sonuç bildirgesi doğrultusunda, hukuki niteliğinin daha sonradan değerlendirileceği söylendi. Bu ''sonra''dan kasıt, muhtemelen, birkaç yıl sonra başlatılacak ve daha sonradan da bir anayasa tartışmasına dönüşecek olan ''Avrupa'nın Geleceği'' hakkındaki tartışmalardı. Nitekim Nice Antlaşması için toplanan HAK da, bu konuda bir karar almadı ve bir deklarasyonla (23 No'lu Deklarasyon), Birliğin geleceğine dair tartışmalar ve 2004'te toplanacak HAK'ın, diğer hususlar yanında, Şart'ın hukuki statüsünü de gündemine alacağını söyledi.[720] Bundan sonra geçen dört Avrupa Konseyi toplantısında,[721] Şart'tan tek kelime bahsedilmedi.

Ancak yukarıda, Köln kararı bağlamında Şart'ın hukuki statüsüne ilk değindiğimiz yerde de belirttiğimiz gibi, Komisyon ve Parlamento, bu ''sonra''yı beklemeden, Şart ile kendilerini bağlı kabul edeceklerini; tüm eylem ve işlemlerini, Şart ile uyumlu biçimde yürüteceklerini ilan ettiler.[722] Yargısal boyutta ise, biraz direnme söz konusu olsa da, en azından (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nin ve de hukuk sözcülerinin, Şart'a atıf yaptığını; hatta hukuk sözcülerinin bunu ''adet'' haline getirdiklerini söyleyebiliriz (ki,

---

[719] Nice European Council Meeting, Presidency Conclusions, 7, 8 and 9 December 2000; http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm, Erişim Tarihi: 6.2.2014.

[720] Schönlau, **op.cit**, p.94.

[721] Ancak bunlardan ikisinin, 11 Eylül saldırıları bağlamında olağanüstü gündemle toplandığını belirtelim.

[722] Bilindiği gibi, Parlamentosu'nun en baştan beri tavrı, bağlayıcı bir Şart'ın hazırlanıp kabul edilmesiydi. Lindfelt, **op.cit**, p.107. Bunun, Parlamento'nun uzun yıllardır savunduğu bir durum olduğunu hatırlatmaya herhalde gerek yoktur. Nitekim, Parlamento'nun temsilcileri olarak Konvansiyon'da bulunan heyetin başındaki kişi de, Şart'ın bağlayıcı olması gerektiğini ve Antllaşmalar, AB'nin anayasal bir şartı (kısaca anayasası) olduğu ölçüde, Şart'ın da bu düzenin bir parçası olması gerektiğini söylemişti (Iñigo Méndez de Vigo'nun konuşması; aktaran: **Ibid.**). Nitekim Parlamento, kabulden sonra da, hemen kendisinin Şart ile bağlı olacağını açıkladı. Hatta daha ileriye giderek, Mart 2000'de kabul ettiği bir karar ile, bağlayıcı olmayan bir metin olarak ortaya çıkan ve bu anlamda varolan hakları basitçe listelemekten öte bir anlam ifade etmeyen Şart'ın, vatandaşların meşru beklentilerini hayal kırıklığına uğrattığını belirtmiş (**EP Resolution, C5-0058/1999-1999/2064 (COS)**; keza Komisyon da, ortaya çıkan durumun kamuoyunu tatmin etmediğini söylemiştir (**Communication from the Commission on the Legal Nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, COM 644 final, 11.10.2000). Aktaran: Lindfelt, **op.cit**, p.224. Daha sonradan Nice reformunu yapan HAK'ta da, konuya ilişkin bir adım atılmaması, hiç şüphesiz bu kurumlar için hayal kırıklığını devam ettirmiştir. Ancak bu süreçte Parlamento ve Komisyon'unkine benzer böyle bir uygun davranma taahhüdünün Avrupa Konseyi ile Bakanlar Konseyi'nden gelmediğini de not edelim. **Ibid.** p.225. Yasama sürecinin doğrudan bir aktörü olmaması itibariyle Avrupa Konseyi bir yana tutulabilirse de; Bakanlar Konseyi'nin, Şart'ı kabul ve ilan eden üç kurumdan biri olması, Parlamento ve Komisyon gibi gönüllü bir bağlayıcılık altına girmesini önemli kılabilirdi hiç şüphesiz.

buna ileride değineceğiz).[723] Bu ise, Şart'ın siyaseten bağlayıcı, fakat hukuken bağlayıcı olmadığı bir ara döneme işaret etmektedir.[724]

Bu noktada, bir anlamda Şart'ın imdadına, Aralık 2001'deki Laeken (Belçika) ''Avrupa'nın Geleceği'' adıyla başlatılan ve sonradan bir anayasa hazırlanmasına dönüşen dramatik süreç yetişmiştir. Bu süreci, yukarıda, Kurucu Antlaşmalar bağlamında yaşanan gelişmeleri incelediğimiz yerde ayrıntılı biçimde gördük; o yüzden, burada tekrardan üzerinde durmayacağız. Ancak oradan hatırlanacak olursa, Liderler, AB'yi 2000'li yıllara taşıyacak bir hukuki ve kurumsal altyapıyı meydana getirecek kapsamlı bir reform için, bu sefer klasik HAK usulünden farklı bir yöntem benimsemiş ve Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasındaki süreçten de esinlenerek, sürecin yine (ve yeni) bir Konvansiyon eliyle yürütülmesini kararlaştırmışlardı. Liderler, ''***Avrupa Birliği'nin Geleceğine Dair Deklarasyon***''da, özel olarak ''Avrupa vatandaşları için bir Anayasaya doğru'' adında bir başlık açarak, aralarında insan haklarıyla ilgili meselelerin ve bilhassa Temel Haklar Şartı'nın Antlaşmalara dahil edilmesinin de olduğu birçok konuda

---

[723] Zaten Birlik kurumları içinde, bağlayıcı olmadığı sürede Şart'ı uygulamaktan en çok imtina eden kurumun Adalet Divanı olduğu söylenebilir. Kendileri tarafından ilan ve kabul edildiği için siyasi anlamda bağlı oldukları muhakkak olan diğer kurumlardan farklı olarak, yargısal bir denetim organı olan Divan, bağlayıcı değilken Şart'ı elbette bir kaynak olarak uygulamamıştır. Ancak bu noktada, Divan'ın, pekala, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlükleri bulup çıkarırken, AİHS ve ortak anayasal geleneklerden önce veya en azından onlarla birlikte, ortada hazır duran böyle bir metinden esinlenebileceği, hatta esinlenmesi gerektiği ortadadır. Divan ve (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi gibi Birlik yargı organları ise, bunu bile yapmakta uzun süre direnmiş; ancak Lizbon'dan kısa süre önce Şart'a bağlayıcı olmayan atıflar yapmaya başlamıştır. Fakat *hukuk sözcüleri* ise, bu konuda çok daha istekli olmuşlar ve çok sayıda görüşte, Şart'a atıf yapmışlardır. Komisyon ve doktrin tarafından da, Divan içtihadı üzerinden (Divan'ın genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlükleri tespit ederken Şart'a referans vermesiyle) Şart'ın pratik bir bağlayıcılık kazanabileceği söylenmiştir. **Ibid.** (Bu konuya, yani Şart'ın Divan nezdindeki ''pratik ve ahlaki'' bağlayıcılığı meselesine, tezin bir sonraki bölümündeki ''kaynaklar'' başlığında, Divan'ın genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlükleri kabul ederken atıf yaptığı referans kaynaklar bahsini görürken daha ayrıntılı olarak değineceğiz.)

[724] Bu noktada, Şart'la bağlı olmak ile Şart'ın hukuken bağlayıcı olması arasında bir ayrım yapmak gerektiğini düşünüyoruz. Bunu, ''siyasi'' bağlayıcılık ve ''hukuki'' bağlayıcılık olarak da ifade edebiliriz. Örneğin, devlet kurumlarının anayasa ile bağlı olmalarının, anayasayı ihlal etmeyecekleri anlamına gelmediği gibi, Birlik kurumlarının da, bağlayıcı olmadığı dönemde kimi zaman Şart'a aykırı tasarruflarda bulunmaları, Şart'ın hukuken bağlayıcı olmamasına bağlanamaz. İkisi arasındaki fark, birinin yargısal denetime konu (yani dava edilebilir) olması iken, diğerinin olmamasıdır. Bu anlamda, Şart, bu ara dönemde hukuken bağlayıcı olsaydı ne kadar etkisi olacak idiyse, böyle değilken de, bizce, kurumlar nezdinde o kadar etkisi olmuştur. Bu anlamda, hukuken bağlayıcı olan ve olmayan bir Şart'ın doğurduğu farklılık, bireylerin Birlik kurumları önünde Şart'a dayanmalarında (Şart'ı ileri sürmelerinde) değil; Şart'ın ihlali halinde buna dayanarak Birlik yargısı önünde hak iddia etmeleri ve dava açmaları noktasında söz konusudur. Dolayısıyla Şart'ın siyasi olarak kurumları bağladığı; ancak hukuki olarak bu bağlayıcılığın denetiminin yapılamadığı bir durumla karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. (Uygulamada Şart'ın ne kadar etkili olduğu, yasama sürecinde ne derece dikkate alındığı ve bilhassa komisyon ile Parlamento'nun konuya dair karar, rapor vs. çalışmaları için hakkında bkz.: **Ibid**. p.235 vd.).

muhtemel bir reformun cevaplaması gereken soruları ortaya atmışlar ve bu soruları tartışıp cevaplaması için de bir Konvansiyon kurmuşlardı. Dolayısıyla konumuz bakımından THŞ'nin hukuki statüsü (ve onunla birlikte AİHS'ye katılım) bahsi de, bu anlamda Konvansiyon'a yüklenen misyonun içindeydi.[725]

2.3.5.4. AB Anayasası ve Temel Haklar Şartı'nın Durumu

Anayasa ve Temel Haklar Şartı'nın Durumu

Ortaya çıkan Anayasa metninde, Şart'ın hukuki statüsüne dair nasıl bir öneri ve yol haritası sunulduğuna baktığımızda; öncelikle, Grup aşamasında, bunu hukuki bağlayıcılık atfederek Antlaşmalara dahil etme noktasında farklı önerilerin söz konusu olduğunu görmekteyiz:[726] Grup, bunların hepsini tartışmış; hangisinin Şart'a ne kadar

[725] Yine yukarıdan hatırlanacağı üzere, Anayasa Konvansiyonu, 28 Şubat 2002'de ilk kez toplanmış ve çalışmalarını belli konularda çalışmak üzere oluşturulan **on bir (11) adet çalışma grubu** (*working group*) üzerinden yürütmüştü. Bunlardan, özellikle, Birliğin AİHS'ye katılımı ile Temel Haklar Şartı'nın gerek gözden geçirilmesi gerek Antlaşmalara alınması ve hukuki statüsünün belirlenmesi konularında görevlendirilen ***II No'lu Çalışma Grubu***, bizi ilgilendiren gruptu. Grup, temelde iki konuda Konvansiyon'a öneriler sunmakla yetkilendirilmişti: Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi (*incorporation*) kabul edilecek olursa, bunun usulü (nasıl yapılabileceği) ile sonuçları ve Topluluğun/Birliğin AİHS'ye katılımının sonuçları. Bu noktada önemli bir husus olarak, yetki belgesinde, bu iki hususun birbirinin alternatifi olmadığının; zira herhangi birinin gerçekleşmesinin diğerinin gerekliliğini hiçbir şekilde azaltmayacağının ifade edildiğini; ve yine belgesinde vurgulanan önemli bir hususun da, Grup'un, bu iki konunun siyasi yönleri (yani katılımın veya Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesinin uygun olup olmadığı) değil; bunların siyaseten uygun olması ihtimaline binaen (ki buna karar verecek olan, Anayasayı nihai kertede kabul edecek olan birimlerdir), sadece özel olarak yukarıdaki çerçevede (yani ''sonuçları bakımından) meseleye yaklaşmasının öngörülmüş olduğunu hatırlatmak gerekir. Yani, bir anlamda, Temel Haklar Şartı'nın artık bağlayıcılık kazanacağı ve bunun da Kurucu Antlaşmalarla belirlenen anayasal yapı içinde bir şekilde yer verilmek suretiyle olacağı, daha en baştan Liderler tarafından kararlaştırılmış ve Grup'a (ve dolayısıyla da yeni Konvansiyon'a), bu konuda bir söz hakkı bırakılmamıştı. Onun işi, bunun ne şekilde olabileceğini, usul ve esaslarını belirlemekti.

[726] Öncelikle Grup, yetki belgesindeki ''Antlaşmalara dahil etme'' (*incorporation*) ifadesinden, geniş manada, Şart'ın hukuki değerinin Antlaşmalarda kabul edilmesine yönelik çeşitli şekil ve düzeyleri (yani farklı şekil ve düzeylerde olabileceğini) anlamıştır (Çalışma Grubu'nun **Modalities and Consequences of Incorporation into the Treaties of the Charter of Fundamental Rights and Accession of the Community/Union to the ECHR** adlı çalşma belgesi; CONV 116/02, 18.6.2002, p.7, note:2; http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00116.en02.pdf, Erişim Tarihi: 7.2.2014). Yani, Grup'taki hakim kanaate göre, yetki belgesinde söylenen, bunun mutlaka antlaşmanın içinde yer alması olmadığı gibi, antlaşmanın herhangi bir maddesiyle antlaşma seviyesinde bağlayıcılık vermek de değildir. Zira, öyle olsa, kendisinin bu ''incorporation''un usul ve esaslarının tartışmakla görevlendirilmesinin bir anlamı olmazdı. Bu bağlamda yürütülen tartışmalar neticesinde ortaya çıkan öneriler şu şekilde özetlenebilir: *Şart'ın ''resmi bir deklarasyon'' (solemn declaration) olarak Antlaşmalara iliştirilmesi; Şart'a, mevcut 6/2. madde formatında AİHS'ye ve ortak anayasal geleneklere yapıldığı gibi – dolaylı – bir atıf*

etki ve güç (hiyerarşi) verdiğini göz önünde bulundurmuş; her bir opsiyonun genel *AB Hukuku* içindeki etkilerini tek tek analiz etmiştir.[727]

Tüm bu müzakerelerin sonunda Grup, 22 Ekim 2002'de Konvansiyon'a nihai önerilerini sunmuştur.[728] Bu bağlamda Grup, Şart ile ilgili üç konuda yol haritalarını sunmuştur: **Muhtemel ''aktarmanın'' (*incorporation*) yöntemi; Şart'ın özüne dokunmadan yapılması gerekli ''teknik'' değişiklikler** ve **diğer hususlar**.

Muhtemel aktarmanın yöntemi noktasında; Anayasa'nın[729] içine bir başlık veya bölüm olarak tüm Şart maddelerinin yazılması; Şart'a Anayasa'nın maddelerinden birinde bağlayıcı bir atıf yapılması (ve Şart'ın Anayasa'ya özel bir bölüm veya ayrı bir Protokol olarak ek yapılması); ve de Şart'a dolaylı bir atıf yaparak (yukarıda önerildiği gibi) anayasal statü vermeden bağlayıcı bir norm haline getirilmesi şeklinde üç öneri ortaya çıkmıştır. Tek bir üye tarafından getirilen son öneriyi (bir anlamda muhalefet şerhini) saymazsak, Grup'un, ya Anayasa'nın içinde bir bölüm olarak, ya da Anayasa'nın herhangi bir maddesiyle atıf yapılan ayrı bir metin olarak, ancak her şekilde Şart'a

---

yapılması (tabii bu halde, Birlik yargısı için, AİHS gibi bir esin kaynağı olmasının söz konusu olacağını vurgulayalım); Antlaşmada doğrudan Şart'a atıf yapılması (''AB, Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkeleri tanır...'' gibi); Antlaşma'nın ''Giriş'' (Preamble) kısmında yukarıdaki şekillerde doğrudan veya dolaylı atıf yapılması; Şart'a, Antlaşmalara ek bir Protokol olarak yer verilmesi; ve Şart'ın tüm maddelerinin tek tek Antlaşma'nın bir başlığının/bölümünün/kısmının içinde düzenlenmesi. **Ibid**. Bunların birbiriyle kombine edilebileceği de (örneğin, birinci ve beşinci opsiyonları birleştirmek gibi) söylenmiştir. **Ibid**. Doktrinde Lindfelt, bunlardan m.6/2'deki gibi dolaylı atıf yapılması şeklindeki opsiyonun, Şart'a anayasal statü vermemesi yönüyle sorunlu olduğunu söylemektedir. Zira, yazara göre, ''incorporation''un farklı ihtimalleri kapsadığı doğrudur; ancak bu farklı ihtimallerin, Şart'a, öyle veya böyle anayasal statüde bir bağlayıcılık verilmesi sonucuna ulaşması gereken farklı yol ve yöntemler olarak anlaşılması gerekmektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.243.

[727] Örneğin Antlaşmaya madde madde dahil edilecekse, yapılması gerekli değişiklikler belirtilmiş ve opsiyonlara göre muhtemel çatışma ve yatay uygulanma ihtimalleri nazara verilmiş; Şart'ın ''Giriş'' kısmının ne olacağı sorusu sorulmuş; keza böyle bir durumda Adalet Divanı'nın yetkilerinde değişiklik yapılması gerekip gerekmediği; bireylere Şart'a dayalı olarak Divan önünde bireysel başvuru/anayasa şikayeti imkanı tanınması gerekip gerekmediği gibi meseleler irdelenmiştir.

[728] **Final Report of Working Group II**, CONV 354/02, 22.10.2002, http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00354.en02.pdf, Erişim Tarihi: 7.2.2014. Hemen belirtelim ki, Grup, Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi (*incorporation*) meselesinin, sadece Şart veya temel hakları değil, Konvansiyon'un reforma dair nihai noktada benimseyeceği genel yapıyı (bir anayasa formatında mı yoksa klasik antlaşma tadili şeklinde mi olacak gibi) ilgilendiren bir mesele olduğu düşüncesinde olmuş ve o itibarla da, Konvansiyon'u bu anlamda sınırlamamak adına farklı yöntemler önermiştir. **Ibid.** p.3.

[729] Grup'un ilk çalışmaya başladığı zamanla raporunu sunduğu zaman arasında artık ortaya çıkacak metnin bir Anayasal Antlaşma (Anayasa) olacağı anlaşılmıştır. Bu durum, Grup, ilk çalışmalarına başladığı zamanda sarih değildi.

''anayasal'' (yani antlaşmalarla denk) bir statü vermek şeklinde bir uzlaşıya vardığını görebiliriz.[730]

Öze dokunmadan yapılması gerekli teknik düzenlemeler noktasında; Grup'un önerisi, Şart'ın içeriğinin (getirdiği hak-özgürlük ve ilkeler, giriş kısmı ve genel hükümlerinin Şart'ı hazırlayan ve temel haklar konusunda özel bir uzmanlığı bulunan bir Konvansiyon tarafından önerildiği ve Nice Avrupa Konseyi tarafından da onaylandığı şekliyle) aynı kalması ve halihazırdaki Konvansiyon (Anayasa Konvansiyonu) tarafından tekrardan tartışmaya açılmaması yönündedir. Bu itibarla, Grup'un kendisi de, Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlükleri revize etme yönünde herhangi bir çabaya girmemiştir.[731]

Şart'ın aktarılmasıyla ilgili diğer hususlar noktasında ise, Grup, Şart'ın ''Giriş'' (*Preamble*) kısmının Şart'a anlam katan bir parça olduğunu belirterek, bunun mutlaka yeni Anayasa'da da, Şart maddeleriyle birlikte yer alması gerektiğini (aktarırken tercih edilecek yukarıdaki iki öneriden birine göre) söylemiş; mevcut m.6/2'deki AİHS'ye ve ortak anayasal geleneklere atfın aktarımdan sonra halen korunup korunmaması noktasında, her iki yönde (''artık gereksiz'' veya ''halen daha gerekli'' olduğu yönünde) de geçerli argümanlar olduğunu, bu meselenin de, benimsenecek aktarma yöntemine göre kabul edilmesi gerektiğini; fakat, ilgisi düzgün kurulduğu takdirde Şart'ın bağlayıcı bir şekilde AB Hukukuna aktarılmasının mutlaka böyle bir referansın devamını dışlamadığını belirtmiş; 2000'de Şart'ı hazırlayan Konvansiyon'un Şart maddelerine dair yaptığı (bir nevi maddelerin şerhleri veya gerekçeleri niteliğindeki) ''açıklamalar''a (*explanations*) yeni dönemde de – hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte – çok önemli bir yorum aracı olarak başvurulabileceğini vurgulamış; ve nihayet, Şart'ın gelecekte nasıl değiştirileceği mevzuuna ilişkin olarak ise, bunun kendi yetkisini aştığını ve artık genel Antlaşma (Anayasa) değiştirme prosedürünün bir parçası olarak Konvansiyon tarafından karara bağlanması gerektiğini söylemiştir.

Şart, 2 No'lu Çalışma Grubu'ndan bu şekilde çıkmış ve Konvansiyon'a gelmiştir. Konvansiyon da, nihai taslak metni, 18 Temmuz 2003'te kabul ederek, Avrupa Konseyi'ne göndermiştir. Peki, Konvansiyon, Şart'a dair neleri benimsemiştir? Yukarıda,

---

[730] Ayrıca Grup üyelerinin ekseriyetinin bu iki öneriden ilkini tercih ettiğini de belirtelim.

[731] **Ibid.** p.4. Bununla birlikte, Grup, bu şekilde işin özüne dokunmadan, teknik bir takım ayarlamaların da yapılması gerektiğini düşünerek, Şart'ın kapsamı ve uygulanması, yorumu, Birlik ile Üye Devletler arasındaki yetki paylaşımına etkisi, AİHS ile irtibatı, haklar ve ilkeler arasındaki ilişki gibi hususlara dair, açıklığa kavuşturucu, varılan uzlaşıları tasrih edici yani ''teknik'' nitelikte birtakım eklemeleri de önermiştir. (Bunlara, ileride, Şart'ın kapsamı ve içeriğini görürken değineceğiz.)

Anayasa'yı genel olarak incelerken de belirttiğimiz gibi, Anayasa'nın **başlı başına bir bölümü** (*II. kısım, 1-54 arası maddeler*) **Temel Haklar Şartı'**na ayrılmış ve Anayasa'nın I. Kısmının 7/1. maddesinde de, *''Birliğin, Anayasa'nın 2. kısmını teşkil eden Temel Haklar Şartı'ndaki hak, özgürlük ve ilkeleri tanıdığı''* açıkça belirtilmiştir. Böylece Grup'un üç önerisinden, tek tek maddeler halinde Antlaşma (Anayasa) içinde düzenleme şeklindeki çoğunluk önerisinin kabul edildiği görülmektedir.[732] Asıl mesele olan bu hususun dışında, Grup'un, teknik düzenlemeler ve uyarlamalar şeklindeki ikinci grup önerilerinin de Konvansiyon tarafından kabul edildiğini söyleyebiliriz. Grup'un ''diğer hususlar'' ile ilgili önerilerine gelince de, Şart'ın ''Giriş'' kısmının korunduğunu ve Anayasa'nın II. Kısmının bu ''Giriş'' paragrafıyla başladığını (böylece bir Anayasa'nın genel ''girişi'' bir de ikinci kısmına başlarkenki giriş olmak üzere 2 girişli bir metnin ortaya çıktığını) görmekteyiz.[733]

Nice sonrası AB Antlaşması'nın 6/2. maddesindeki AİHS ve ortak anayasal geleneklere atfın korunup korunmaması (yani Şart'ın aktarımının buna etkisi) noktasında ise, Anayasa'nın I. kısmının 7/3. maddesi ile bu atfın devam ettirildiğini görmekteyiz. Şart'a ilişkin yapılan açıklamalara (*explanations*) gelince, zaten Şart'ın ''Giriş'' kısmında, *Şart'ın, Birlik mahkemeleri ve Üye Devletler tarafından Konvansiyon Başkanlığı'nca hazırlanan ve sonradan da revize edilen ''açıklamalar'' (explanations) doğrultusunda yorumlanacağı* söylenmekteydi. Bu ''Giriş'' kısmı, dediğimiz gibi Anayasa'nın II. Kısmının başına alınınca, açıklamalara yapılan bu atıf da, böylece (Anayasa'nın güvencesi altındaki bir yorum aracı olarak) Anayasa'ya girmiş oldu. Son olarak, Şart'ın revizyonuna gelince, zaten Grup, bu konuda bir şey söylememiş; meseleyi, Antlaşmaların/Anayasanın genel tadil usulü çerçevesine bırakmıştı. Nitekim Şart,

---

[732] Söz konusu m.7/1 hükmünü koyduktan sonra, Şart hükümlerinin Anayasa'nın içinde olup olmaması arasında, zaten hukuki değil, olsa olsa ahlaki ve siyasi bir tercih farkı olabilirdi. Bunu, ''madem bir Anayasa hazırlıyoruz ve madem Şart'a öyle veya böyle anayasal değer atfedeceğiz; öyleyse, neden bunu Anayasa'nın içine koymayıp da, bütün demokratik dünya anayasalarında olduğu gibi bir anayasayı en doğal özelliği olan hak ve özgürlükler listesinden mahrum bırakalım'' fikrinin tezahürü olarak da görebiliriz.

[733] Lindfelt, bunun, Şart'ı, bağlayıcı ve anayasal statüde bir metin olarak Antlaşma yapısı içine aktarmanın bir bedeli olduğunu; yani böyle bir aktarma dolayısıyla bu ''teknik'' ayarlamaların yapıldığını söylemektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.245. Schönlau da, özellikle İngiliz Hükümeti'nin temsilcisinin Şart'ın kapsamını sınırlama konusunda oldukça girişgen davrandığını; bunun arkasında, aksi bir durumda Şart'ın iç siyasette Avrupa entegrasyonuna şüpheyle yaklaşan (*Euro-sceptic*) muhalifler tarafından AB'nin yetkilerini artıran bir belge gibi lanse edilebileceği endişesinin yattığını söylemekte; bunun neticesi olarak, bu tür kaygıları bertaraf etmek ve Şart'ın tamamını tartışmaya açmaktan da kurtarmak adına, yatay hükümler (*horizontal articles*) denen birtakım ilavelerin yapıldığını söylemektedir. Schönlau, **op.cit**, p.96.

Anayasa'nın bir parçası olduğuna göre, artık onu değiştirmenin de, Anayasa'yı değiştirmenin tabi olacağı prosedüre (IV. Kısım m.7) tabi olacağı açıktı.

Anayasa'nın ortaya çıkış sürecindeki **Gruplar-Konvansiyon-HAK üçgeninde**, Şart'ın önce Grup ve sonra da Konvansiyon'dan çıkışı böyleydi. Peki o zaman son soru olarak, neticede mevcut anayasal yapı içerisinde Anayasa'yı kabul edecek olan (yani bir antlaşma reformuna yetkili olan) Hükümetler-Arası Konferans'ın bu konuda neyi/neleri benimsediğini sormak gerekir? Aslında bu, bir anlamda cevabı belli bir sorudur. Antlaşma reformu için (İtalyan Dönem Başkanlığı altında) toplanan HAK, ufak tefek değişiklikler dışında Konvansiyon'un hazırladığı taslak metni aynen kabul etmiştir. Temel Haklar Şartı noktasında da, yukarıda Konvansiyon'un benimsediği olarak verdiğimiz tüm hususlar, aynen (madde numaraları biraz değişmek suretiyle) HAK'ta da benimsenmiş ve Resmi Gazete'de yayınlanıp onaya çıkan Anayasa metninde yer almıştır.[734]

2.3.5.5. Anayasa Projesinin Rafa Kaldırılması ve Şart'ın Geleceği

Kağıt üzerinde durum bu olmakla birlikte, Anayasa'nın akıbeti konusunda olanlar malumdur. Anayasa, yürürlüğe girmesi için tamamlanması gereken ulusal onaylanma safhasında, onaylar devam ederken, önce Fransa ve hemen ardından da Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmesinin ardından, onay prosedürü askıya alındığı için, bir anlamda bitkisel hayata girmiş; akabinde öngörülen bekleme dönemi sonucunda karşımıza yeni bir reform antlaşmasının çıkmasıyla da gerçek anlamda ölmüştür.

Ancak Anayasa'nın ruhunun – özellikle konumuz olan insan haklarının korunması bakımından – bu yeni reform antlaşmasında bir anlamda yaşatıldığını yukarıda belirtmiştik. Bu süreçte, yeni reformun nasıl yapılacağı konusunda farklı farklı düşünceler ortaya atılmış ve netice, bilindiği üzere, anayasanın terk edilip yola yeni bir kurucu antlaşma reformuyla devam etmek olmuştur.

Ancak, gerek Anayasa'nın hazırlanması aşamasındaki Konvansiyon ve Anayasa'yı kabul eden Hükümetler-Arası Konferans çerçevesinde, gerekse bu düşünme süresi (*reflection period*) sürecindeki tartışmalarda, ister halihazırdaki gibi bir anayasa,

[734] Bu süreçte bir direnç noktası olarak İngiliz Hükümeti'nin Şart'ın kapsamı noktasındaki itirazlarının, ''teknik'' birtakım ilaveler ve özellikle Şart maddelerine dair yapılan ''açıklamalara'' (*explanations*) yer vermek suretiyle Grup'tan ve Konvansiyon'dan çıkan metinlerde karşılık bulduğunu biliyoruz. Böyle olunca, yine bu noktalardaki ufak tefek değişiklikler dışında, taslak Antlaşma'nın Şart'a ilişkin kısmı, HAK'ta, fazla ''gerginliğe'' yol açmadan kabul edilmiştir. **Ibid.** p.98.

ister eskisi gibi klasik antlaşma reformu şeklinde olsun, her türlü ihtimalde, bu iki konu (Şart'ın bağlayıcılığı ve AİHS'ye katılım) üzerinde, akademik çevrelerde ve asıl önemlisi de, ''*Antlaşmaların Efendisi*'' konumunda olan Üye Devletler nezdinde, nispeten bir uzlaşının olduğunu; görüş farklılıklarının ise, yöntemde (örneğin Şart, Antlaşmanın içine mi alınsın, yoksa ayrı bir metin olarak kalıp da Antlaşma'da atıf mı yapılsın gibi) olduğunu söyleyebiliriz.

Bu süreçte yeni bir kurucu antlaşma reformu olarak ortaya çıkan Lizbon'un hangi aşamalardan geçtiğini ve nasıl kabul edilip yürürlüğe girdiğini, yukarıdaki kronolojik gelişme seyrinde etraflıca inceledik. Bu sürecin bizi Temel Haklar Şartı bakımından alakadar eden kısmına baktığımızda, hatırlanacağı üzere, Liderler tarafından yeni bir reform antlaşmasının çerçevesinin çizildiği metinde, bazı hususların (içinin doldurulması mümkün olacak şekilde) genel çerçevede yetkiler verilmek suretiyle düzenlendiğini; bazı hususların ise, metni hazırlayacak olanlara herhangi bir hareket alanı bırakmayacak kesinlik ve netlikte tasrih edildiğini; bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerin[735] de, bu ikinci usulde belirlendiğini tekrardan ifade edelim. Bu anlamda, yeni antlaşmada (Lizbon), yine (rastlantı sonucu) **6. madde** olarak karşımıza çıkacak hükmün, daha bu aşamada (bir anlamda) yazımının yapıldığını ve ne antlaşma metninin yazımını yapacak olanlar ne de nihai karar için toplanacak HAK'a, bu noktada bir söz hakkı bırakılmadığını görmekteyiz. Bu kesin yetki kuralına göre, **Şart'a** net bir biçimde **bağlayıcılık atfedilmiştir.** Ancak bunun Antlaşmaların içine alınmak suretiyle değil; bir Antlaşma hükmünde açıkça atıf yapılmak suretiyle olması uygun görülerek olduğunu da belirtelim.[736]

Bu arada, 12 Aralık 2007'de Temel Haklar Şartı'nın (Strazburg'da) tekrardan ilan edildiğini de not etmekte fayda vardır. 2000'de bunu yapan üç kurumun (Komisyon, Parlamento ve Bakanlar Konseyi) Başkanları, Temel Haklar Şartı'nı tekrardan kabul ve ilan etmiştir. Halihazırdaki ve Lizbon'un (daha doğrusu tadil ettiği AB Antlaşması'nın) ilgili maddesinin atıf yaptığı Şart metni, bu yeni metindir.

---

[735] Anayasa ortadan kalktığına göre, Nice sonrası **mevcut AB Antlaşması'nın** temel haklara ilişkin **meşhur 6. maddesinde** yapılacak değişikliklerle ilgili düzenlemeler...

[736] Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bizce bu, bir yandan özellikle AB'de insan hakları koruması adına çok önemli bu iki meselenin o andan karara bağlanarak ileride bir kazaya kurban gitmesinin önlenmesi; bir yandan da, Şart'a bağlayıcılık kazandırma noktasındaki tercihe ilişkin olarak, Üye Devletler arasında oluşabilecek bir görüş ayrılığının (Antlaşma'da mı yer alsın, yoksa ayrı bir metin olarak atıf mı yapılsın şeklindeki) ileride ortaya çıkıp da, diğer meselelerdeki tartışmalı konuların üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılmasının engellenmesi adına, daha o andan net bir biçimde karara bağlama amacını taşımaktaydı.

Böylece, nihai noktada reform sonucu ortaya çıkan metinlerde meselenin nasıl düzenlendiğine bakarsak, Lizbon ile tadil edilen AB Antlaşması'nın 6. maddesinde, *Birliğin Temel Haklar Şartı'ndaki hak ve özgürlükler ile ilkeleri tanıdığı ve Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu* belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, Şart'ın bağlayıcılığı noktasında Lizbon, Anayasa ile aynı yaklaşımı (dolayısıyla hukuki anlamda Nice Antlaşması sonrası yapıdan farklı bir durumu) benimsemiş olmakla birlikte, Şart'ı, (Anayasa'nın aksine) Antlaşmaların içine almamış, ayrı bir metin olarak atıf yapmıştır.

Bitirirken

AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal ayağının çok önemli bir aktörü olan Temel Haklar Şartı'nı tamamlamadan, şu tespiti yapmak gerekir. Şart, içeriği ve hukuki statüsü ne olursa olsun; hazırlanış yöntemi itibariyle, AB için bir çığır açan; klasik HAK formatı dışında da temel metinlerin hazırlanabileceğini gösteren; bu yönüyle (AB kurumlarının da kabul ettiği ve çeşitli platformlarda dile getirdiği) yasama sürecinin halka yakın, açık ve şeffaf olmaması gibi eleştirileri bertaraf eden bir eğilimi başlatmıştır. [737]

Nitekim, bu süreç, ardından başlayacak daha büyük bir tartışmaya, *Avrupa'nın Geleceği* tartışmasına da ilham vermiş ve Anayasa da, buna benzer bir yöntemle hazırlanmıştır. Belki Anayasa, yürürlüğe girememiştir ve sonradan gelen Lizbon, yine klasik HAK formatında gerçekleştirilmiştir; ancak unutulmaması gereken bir şey var ki, o da, Lizbon'un, anayasa nosyonunu çağrıştıran makyajının temizlenmesi dışında hemen hemen Anayasa'nın getirdiklerini aynen benimsemiş olduğudur. Böylece, AB'nin halihazırda (Lizbon ile) anayasal yapısını üzerine oturttuğu süreç, temelde hiç şüphesiz bir Konvansiyon'un eseridir.

Temel Haklar Şartı'nın anayasal bağlayıcılık atfedilerek kabulü, bir başka yönden, 1984'te Avrupa Parlamentosu'nun bir AB Anayasası'nın parçası olarak başlattığı (ya da başlangıcı daha da eskiye götürülebilecek bir süreci ''ete kemiğe büründürdüğü'') temel hakların kodifiye edilerek kurumsallaştırılması sürecinin – 2000'de yarım bırakılmasının ardından – tamamlanmasıdır.[738] Gerçi, hukuken bağlayıcı bir metin halini alamadığı için, bu yakıştırmayı, ''resmen'' Lizbon'a atfetmek gerekse de, herhalde

[737] Schönlau'nun da belirttiği gibi, bu modelin, sadece temel haklar değil, AB'nin tüm anayasal yapısı ve sistemiyle ilgili atılacak adımların tartışılacağı meşruiyeti yüksek bir zemin olma yönüyle de, AB siyasal sistemine katkısı büyüktür. Schönlau, **op.cit**, p.94.
[738] **Ibid.** p.97.

tarihsel anlamda buna ilk niyet edenin Anayasa olduğunu da teslim etmek gerekir. Üstelik, bu, bazı ''euro-sceptic'' siyasetçilerin muhalefetine rağmen çok zor olmamış; adeta vaktinin geldiği düşünülerek, AB İnsan Hakları Hukukunun ''doğal, olağan'' bir gelişmesi gibi gerçekleştirilmiştir.[739] Ayrıca Şart, Üye Devletlerde onay sürecine giren ve bir kısmında referanduma sunulan Anayasa'nın, en ''popüler'' kısımlarından da biri olmuştur.[740] Referandumlardaki redleri, burada tartışmaya açmak gibi bir çaba içerisine girmeden belirtmek gerekirse, bu redlerin, daha çok başka sebeplerden kaynaklandığını; bu anlamda Şart'ın, belki de bu redlerdeki en masum faktörlerden biri olduğunu söylemek; hatta daha öteye gidip Şart'ın dahi Anayasa'yı kurtaramadığı yorumunu yapmak mümkündür.

2.3.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılıma Yönelik Süreç

2.3.6.1. Genel Olarak

Hiç şüphesiz, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinin siyasi-hukuki-kurumsal ayağında, *Temel Haklar Şartı*'yla birlikte en önemli gelişme, **Topluluğun/Birliğin Avrupa Konseyi'ne/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımına ilişkin süreçtir**. Tezin birinci bölümünün Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunmasına genel olarak baktığımız birinci kısmında, Avrupa Konseyi'nin, Kıta'da, insan haklarını (ve onunla birlikte demokrasi ile hukukun üstünlüğünü) korumak için kurulmuş ilk ve en geniş örgüt olduğunu görmüştük. Bu amaçla Konsey bünyesinde başta 1950 tarihli AİHS olmak üzere birçok sözleşme imzalanmış olup, bunların bir kısmı siyasi ve/veya yargısal denetim ve icra mekanizmalarıyla donatılmıştır. Hiç şüphesiz bunlardan en önemlisi, AİHS sistemi bağlamında kurulan ve zorunlu yargı yetkisiyle donatılan **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**'dir. Yine Avrupa Birliği'nin de, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde Kıta'da entegrasyonu gerçekleştirmek ve barışı tesis etmek amacıyla kurulan bir örgüt olduğuna değinmiştik. Başlangıçta daha çok ekonomik

---

[739] **Ibid.** pp.97-98.

[740] **Ibid.** p.99. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Julia de Clerck-Sachsse, Marco Incerti, Sebastian Kurpas, Justus Schönlau, ''Update on the Ratification Debates: What Prospects for the European Constitutional Treaty; Results of an EPIN Survey of National Experts'', **European Policy Institutes Network Working Paper-13**, Brussels, 2005.

entegrasyonu sağlama misyonuyla kurulan bu projeye, zamanla siyasi entegrasyonu sağlama fonksiyonunun dahil edildiğini ve bu sürecin bir ürünü olarak, insan haklarını koruma ve geliştirmenin, Birlik'in temel bir hedefi haline getirildiğini de, herhalde yukarıda yer verdiğimiz gelişmelerden rahatlıkla çıkarmak mümkündür. AB'nin, geldiğimiz noktada, bir insan hakları örgütüne dönüşmesi ve bir insan hakları örgütü-vari fonksiyonlarla donatılması bağlamında yaşanan tartışmalar, AB siyasi hayatının en canlı ve netameli konularındandır; ve biz bunlara çalışmanın sonuç kısmında değineceğiz. Şimdilik bu konudaki tartışmaları oraya havale ederek, özellikle *Lizbon* sonrası süreçte *Temel Haklar Şartı*'nın da bağlayıcılık kazanmasıyla birlikte, öyle veya böyle AB'nin de *Avrupa kamu alanında* insan hakları bakımından denetim ve icra işlevi olan bir örgüt olduğunu – dediğimiz gibi, bunun arzu edilir bir durum olup olmadığı tartışmalarını ileriye bırakarak – rahatlıkla söyleyebiliriz.

Avrupa kamu alanının insan hakları alanında faaliyet gösteren bu iki aktörü arasındaki ilişki ve etkileşim, oldukça eskiye dayanmaktadır.[741] Bu ilişkiler sürecinin önemli bir ayağını ise, Topluluğun/Birliğin Konsey'e ve/veya onun bir enstrümanı olan AİHS sistemine katılımı/üyeliği oluşturmuştur. Özellikle *Solange-I* sonrası sürecin bir bileşeni olarak[742] 1970'li yıllardan itibaren çeşitli mülahazalarla, Topluluğun Sözleşme sistemine entegre olmasına yönelik öneriler, Topluluk Komisyonu'nun 1979 tarihli önerisiyle somut bir hal almış; ardından süreç, 1994'te Adalet Divanı'nın, mevcut sistemde AB'nin katılıma yetkili olmadığını söylemesiyle sekteye uğramış ve özellikle 90'larda (akademik gündemdeki yerini kaybetmese de aynı Temel Haklar Şartı gibi) antlaşma reformlarını domine eden diğer mühim gündem maddelerinin (genişleme, kurumsal altyapı, terör vs.) bir anlamda kurbanı olmuştur. Ancak mesele, 2000'lere gelindiğinde, anayasa tartışmaları bağlamında yeniden gündeme gelmiş ve önce Anayasal Antlaşma, sonra da onun yürürlüğe girememesinin ardından ortaya çıkan Lizbon Antlaşması ile süreçte son aşamaya girmiştir. Birliğin, gittikçe genişleyen ve bunun sonucu olarak bir zamanlar devletlerin uhdesindeyken zamanla kendisine geçen yetkilerine paralel olarak AİHM denetimine tabi tutulması ihtiyacı; kendi içinde bir insan

[741] Hatta bunun yargısal noktada mahkemeler – *AİHM ve ABAD* – arasındaki boyutuna, aşağıda *AB İnsan Hakları Hukukunun kaynakları* bahsinde değineceğiz.

[742] Jacqué, **op.cit**, p.998. Elbette ki, *Solang-I* kararı, tek yol olarak katılımı önermiyordu. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Topluluk Hukukunun üsütünlüğü ve özerkliğini tehdit eden bir yaklaşımı ve bu yaklaşımına da dayanak aldığı olgular (Topluluk'ta korunan hak ve ögrüklüklerin hukuki kesinlikten yoksun olması gibi); ve bu olgulara da Topluluk nezdinde başta (içtihadi planda) Divan olmak üzere kurumlar eliyle verilen cevaplar vardı. İşte yukarıda da vurguladığımız gibi, katılımı da, bu sürecin bir parçası, bir bileşeni olarak görmek ve değerlendirmek gerekir.

hakları koruma sistemi bulunsa da, aynı devletler gibi uzmanlaşmış bir dış denetime bağlanması ve böylece *Avrupa kamu hukukunda* insan hakları hukukunun bütünleştirilmesi gibi fikirlerin neticesi olarak AİHS'ye[743] katılım meselesi, şu an için Kıta'da, insan haklarının korunması bağlamında en önemli gelişmelerden biri olarak karşımızda durmaktadır.[744]

Her iki örgütün (Avrupa Konseyi ve AB) de temel/anayasal belgelerinde kesin bir şekilde hukuki temeli atılan katılım hadisesi, iki taraf arasında yapılacak müzakereler neticesinde ortaya çıkacak anlaşmaya göre hayata geçirilecektir. Ortaya atılan farklı öneriler arasından, bunun, halihazırda, iki taraf arasında imzalanacak bağımsız bir katılım anlaşması şeklinde olması kararlaştırılmış; katılımın usul ve esaslarının, taraf arasında imzalanacak bağımsız bir katılım anlaşmasıyla belirlenmesi öngörülmüştür. Nitekim, AB tarafında Lizbon'un (2009), Avrupa Konseyi tarafında da 14 No'lu Protokol'ün (2010) yürürlüğe girmesiyle başlayan süreç, Haziran 2013'te taslak bir katılım anlaşmasının hazırlanmasıyla önemli bir aşama kaydetmiştir. Halihazırda ise, bu katılım anlaşmasına son şeklinin verilmesi ve ardından da her iki örgüt tarafından kendi anayasal usullerine göre kabul edilip yürürlüğe konması şeklindeki son (fakat uzun ve zorlu) aşamada bulunmaktayız.

Elbette bu katılım olayı, birçok dinamiği ve beraberinde de çözülmesi gerekli birçok problemi getiren bir hukuki gelişmedir. Her şeyden önce bir uluslararası / ulus-üstü örgütün başka bir uluslararası örgüte katılması boyutuyla **uluslararası hukuku**

---

[743] Avrupa Konseyi'ne değil… Katılım hadisesinin, geldiğimiz noktada Birliğin Avrupa Konseyi'ne üye olmadan, sadece Sözleşme sistemine üyeliği şeklinde tezahür edeceğini şimdiden belirtelim.

[744] Bu süreçte AB İnsan Hakları Hukukunda AİHS eksenindeki tartışmalar, **usuli** ve **maddi** olmak üzere iki yönlü olmuştur: ***AİHS'ye katılım*** (yani AİHS ve AİHM denetim sistemine tabi olma) ve ondan bağımsız olarak ***AİHS'nin bağlayıcı bir metin olarak Topluluk Hukukunda*** **kabulü**. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, bunlardan ilki, bu alanın kaynaklarını ilgilendiren (AİHS'nin bağlayıcı bir norm olarak *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynağı olması şeklinde ''maddi'') bir mesele iken; diğeri ise, Topluluğun/Birliğin AİHS'ye üyeliğini ilgilendiren (AİHS'nin denetim sistemine ve onun mahkemesi olan AİHM'nin yargı yetkisine girme şeklinde – maddi yönleri de olan fakat öncelikle – ''usuli'') bir meseledir. Birincisi, ikincisinden bağımsız bir tartışmadır ve hatta gerek Kurucu Antlaşmalarla gerekse Divan eliyle (içtihadi olarak) bu ''bağlayıcılığın'' sağlandığı da söylenmiştir. İşin bu boyutu, üçüncü bölümde *AB İnsan Hakları Hukukunun* ''kaynakları''nın anlatıldığı yerde incelenecektir. İkincisi ise, birincisini de kapsayan bir süreçtir. Eğer katılım gerçekleşirse, AB, hem AİHS ile ''maddi planda'' bağlı olacak; hem de AİHS'nin kurduğu denetim sistemine ''usuli planda'' tabi olacaktır. Biz, burada, AİHS'in kaynak olması değil, ''AİHS'ye katılım'' ve bunun da tarihsel serüveni üzerinde duracağız. Katılım gerçekleştiğinde, bunun *AB İnsan Hakları Hukukundaki* ''usuli'' (AİHM denetimine tabi olma) ve ''maddi'' (AİHS'nin bağlayıcı bir norm olması) sonuçları, *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel (halihazırdaki) durumunu ilgilendirmesi yönüyle, dediğimiz gibi bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

ilgilendiren bu olay, elbette ki anlaşmanın öznelerden birisinin AB olması hasebiyle **AB Hukukunu**; anlaşmanın konusunun insan haklarının korunması olması yönüyle **insan hakları hukukunu**; katılımın, bu iki örgüte üye olan devletlerin anayasal sistemlerinde doğurabileceği etkiler yönüyle de **anayasa hukukunu;** ve nihayetinde siyasi sonuçları olabilecek bir gelişme olması itibarıyla da **siyaset bilimi** ile **uluslararası ilişkiler** disiplinlerini ilgilendiren, *multi-disipliner* etkilere sahip bir gelişme olacaktır.

Yine katılım deyince, bunun hukuki zemini, gerek AK gerek AB cephesinden incelenmesi gerekli bir meseledir. Sözleşme'nin ilk defa devlet dışı bir aktörü içine alacak olması; AB'nin bir uluslararası sözleşmeye katılması (*hukuki-anayasal temel*); bunun nasıl ve ne şekilde olacağı (*hukuki altyapı ve usul*); katılımın her iki tarafın hukuk düzeninde yapılmasını gerektireceği (veya gerektirmeyeceği) değişiklikler (AİHM'de AB yargıcı, AK Bakanlar Komitesi'nde AB temsilcisi vs.); katılım sonucu doğabilecek hukuki ve teknik problemler (yargı yolunun tüketilmesi, AİHM-ABAD arası ilişkiler vs.) ve bunlara ilişkin çözüm önerileri, hep katılım hadisesine bağlı olarak ortaya çıkacak gelişmeler ve belki de sorunlardır. Yine katılımın gerek AB'de ve gerek Avrupa Kıtası'ndaki insan hakkı korumasına yapacağı etkiler de, katılıma bağlı olarak tartışılması gerekli bir meseledir. Öte yandan şu an için katılımın olup olmaması gerektiği sorusu gerilerde kalmış olsa da, gerek katılımın gerçekleşeceği usul ve esaslar ve gerekse bundan sonra doğabilecek sorunlara ilişkin çözüm önerileri bağlamında katılımın lehinde ve aleyhindeki görüşler de, meselenin anlaşılması için üzerinde durulması gerekli bir husustur.

Velhasıl, katılım hadisesinin kendisi, AB İnsan Hakları Hukukunun tarihsel gelişiminin bir bileşeni olmanın yanısıra – Temel Haklar Şartı gibi – bizatihi (kendi içinde) bir tarihsel gelişme sürecinin ürünüdür. Burada elbette ki, başlı başına bir çalışmanın konusu olabilecek çapta bir mesele olan katılım hadisesi, bütün bu saydığımız yönleriyle incelenecek değildir. Biz, katılım hadisesine, iki açıdan bakacağız: Bir yön, bunun, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinde bir gelişme olması olup; bunu, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal boyutunu incelediğimiz bu bölümde yapacağız. Diğer yön ise, katılım gerçekleşince, *AB İnsan Hakları Hukukunun* bundan nasıl etkileneceği ve ne şekil alacağı olup; bunu da, aşağıda *AB İnsan Hakları Hukukunun* halihazırdaki halinin anlatılacağı bölümde inceleyeceğiz. Katılım, halihazırda (henüz tam anlamıyla gerçekleşmediği için), sadece bir tarihsel gelişmedir; gerçekleştikten sonra ise, (çalışmamızın bir sonraki bölümünü ayırdığımız)

AB İnsan Hakları Hukukunun güncel halinin bir parçası; diğer bir deyişle, AB'de insan haklarının korunmasının güncel bir bileşeni olacaktır.

Bir siyasi-hukuki-kurumsal gelişme olarak katılım hadisesini incelerken, önce, sürecin iki esas oğlanı olan AB ile Konsey arasındaki – katılımdan bağımsız – diğer siyasi ve hukuki ilişkilerin genel bir fotoğrafını vermek; ardından özel olarak katılım bağlamında yaşanan sürece temas etmek şeklinde bir yol izleyeceğimizi de belirtelim.

2.3.6.2. Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyi Arasındaki İlişkiler (İşbirliği mi Rekabet mi?)

Genel Olarak

Avrupa Kıtası'nın 2. Dünya Savaşı sonrası uluslararası örgütler eliyle siyasi-sosyal-iktisadi entegrasyonu projesinde sacayağını oluşturan iki örgüt olarak AET/AT/AB ile AK[745] arasındaki ilişkiler, AB'nin AK ve/veya onun parçası olan AİHS'ye katılımından bağımsız olarak oldukça eskiye dayanmaktadır. Çalışmanın başlarında da ifade ettiğimiz gibi, bu entegrasyon ve barış projesinin siyasi ve (konumuza bakan yönüyle) insan hakları ve demokrasiyi yerleştirme boyutlarının, **Konsey**; sosyal ve iktisadi boyutunun ise **Topluluk** eliyle yürütülmesi planlanmıştı. Başlangıçta faaliyet alanları farklı gibi gözükse de, her şeyden önce Konsey üyelerinin tamamının aynı zamanda Topluluk üyesi olması, iki oluşum arasındaki ilişkileri de kaçınılmaz kılıyordu. Bunun ötesinde, AB'nin içtihadi planda da olsa insan haklarını korumaya başlayan bir hukuk sistemine dönüşmesi, içtihadi plandan hukuki/anayasal plana geçiş ve oradan da iktisadi ve dış ilişkiler alanında bir politika aracı olarak kullanılmaya başlanması ile insan hakları alanında özellikle 90'lı yıllardan itibaren artan rolü, Temel Haklar Ajansı'nın kurulması ve Temel Haklar Şartı'nın kabulü gibi gelişmeler ve nihayetinde AB'nin de bir insan hakları örgütüne dönüştüğü/dönüşeceği/dönüşmemesi gerektiği tartışmaları, elbette ki bu iki örgütü birbirine oldukça yaklaştırmaktaydı.

Başlangıçta yargısal planda her iki örgütün yargı organları arasında cereyan eden (ve tezin bir sonraki bölümünde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz) bu diyalog/ilişki/rekabet, siyasi alana da yansımış ve AB'nin Konsey'e ve/veya temel metni kabul edilen AİHS'ye katılımına yönelik öneriler ile farklı bir aşamaya girmiştir. Bütün bu

[745] Üçüncüsü olarak da, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nı (AGİT) gösterebiliriz.

gelişmeler, ilişkide, tabiri caizse, talep eden ve talep edilen dengesinde de, zamanla bir evrilmeye yol açmıştır. Başlangıçta, Konsey'in daha büyük bir üye çoğunluğuyla kurulması gibi sebeplerle, belli bir döneme kadar AB'den gelen işbirliği arzu ve çağrıları, yukarıda değindiğimiz gelişmelerin de etkisiyle terse dönmüş ve bu sefer Konsey'den AB'ye doğru bir rağbet süreci başlamıştır. Konsey'in, Kıta'daki temel insan hakları birimi, insan haklarının korunmasında başat muhafız olma gibi rollerinde aşınmaya yol açan bu gelişmeler, Konsey çevrelerinde, zaman zaman, bu konudaki rolün AB'ye kaptırılmaya başlandığı kaygılarına dahi yol açmıştır.[746] Bu, bir yönüyle Konsey cephesinde işbirliğine dair girişimlerin artırılması arzusuna dönüşmüş; bir yönüyle de, (Konsey cephesinde) iki örgütün benzer faaliyetlere girişmesi ve böylece birbirini kopyaladığı ve kaynakların israf edildiği gibi rahatsızlıklar (veya kuruntular) meydana getirmiş;[747] bu da, AB cephesinden gerginliğin azaltılması adına ortak hareket etme ve işbirliği yapma ve hatta Konsey'e veya en azından AİHS'ye üye olma yönündeki girişimleri tetiklemiştir.

Öte yandan, bu süreçte, Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla başlayan 1989 sonrası dönem, özellikle önemlidir ve ilişkilere yeni bir ivme kazandırmıştır.[748] Berlin Duvarı'nın yıkılması, Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve SSCB'nin dağılması süreci, uluslararası planda belki de en çok Avrupa Konseyi'ni etkilemiştir. SSCB'nin dağılması sürecinde özellikle Merkez ve Doğu Avrupa ülkelerinin demokratik yönetime geçiş sürecinde Konsey önemli bir rol oynamış ve süreçten, üye sayısını neredeyse ikiye katlayarak çıkmıştır.[749] Konsey, bu süreçte, yeni demokratik anayasalar yapan bu ülkelere teknik ve hukuki destek vermiş ve bu ülkelerin gelecek yıllarda AB üyeliğine giden yolculuklarında bir nevi bekleme odası işlevi görmüş; Konsey üyeliği, AB cephesinde de, açıkça bir belgede yer almamakla birlikte, üyelikte bir ön-koşul olarak kabul edilmeye başlanmıştır.[750] Bu yıllar, her iki örgüt arasındaki ilişkilerin yoğunlaştığı yıllar olmuş ve özellikle 2004 yılında 10 Merkez ve Doğu Avrupa ülkesinin AB'ye üyeliklerinin

---

[746] Joris, Vandenberghe, **op.cit**, p.2.
[747] **Ibid.** p.3.
[748] **Ibid.** p.12.
[749] **Ibid.**
[750] **Ibid.** p.13. Örneğin, Konsey'e üyeliğin kriterlerini ortaya koyan 9 Ekim 1993 tarihli *Viyana Deklarasyonu*, aday ülkelerin kurumlarını ve hukuk sistemlerini, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı temel ilkeleriyle uyumlu hale getirmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Joris, Vandenberghe, **op.cit**, p.13. Bu kriterlerle, AB için üyelik kriterleri ortaya koyan ve *Kopenhag kriterleri* olarak bilinen kriterlerin siyasi kısmı (insan haklarını, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü garanti eden istikrarlı kurumların varlığı ve azınlıkların korunması), bir anlamda örtüşmektedir. Bu anlamda Konsey üyeliği, bir ülkenin Kopenhag kriterlerinin en azından siyasi yönünü başlangıç itibariyle karşıladığı konusunda bir hareket noktası ve meşruiyet zemini sayılmıştır. **Ibid.**, p.14.

gerçekleşmesi sürecinde tavan yapmıştır.[751] 2007'de ise, dönemin Lüksemburg Başbakanı Jean-Claude Juncker tarafından hazırlanan rapor temelinde iki taraf arasında *Mutabakat Zaptı* (*Memorandum of Understanding*) imzalanmış ve bununla, işbirliği ve diyalogda yeni bir çerçeve çizilmiştir. Belgede kabul edilenler, rapordaki önerilerin çok gerisinde kalsa da, yine de, işbirliği adına önemli bir yol haritası sunmaktadır.

İlişkide İleri Nokta: AB'nin Konsey Sözleşmelerine Katılımı ve Bu Bağlamda Bağlantısızlık Klozları

Bugün için Konsey bünyesinde hazırlanan sözleşmeler, *AB Hukukunda* özellikle kişisel verilerin korunması, sosyal politika ve adalet ve içişleri konularında işbirliği gibi konularda önemli bir *referans kaynak* işlevi görmenin[752] ötesinde, AB'nin bizzat taraf olduğu birçok Konsey sözleşmesi de vardır. 1987 yılında taraflar arasındaki bir mektup teatisinde, bilhassa Konsey bakımından buna ilişkin gerekli hukuki tedbirlerin alınacağı öngörülmüş ve bundan sonra da katılımlar gerçekleşmeye başlamıştır.[753] Buna, doktrinde, **Topluluk hükmü** (*Community clause*) veya **Avrupa hükmü** (*European clause*) denmektedir.[754] Konsey bünyesinde bugüne kadar[755] imzalanan 223 sözleşmeden 54'ü böyledir. Ancak AB, kendi katılımına açık olan bu 54 sözleşmeden 15 tanesini imzalamış ve 11'i için de gerekli onay prosedürünü tamamlamıştır.[756] Böyle bir

---

[751] **Ibid.** p.13.
[752] **Ibid.** p.31.
[753] **Ibid.** Ancak bundan çok daha önceden beri, Konsey sözleşmelerinde AT/AB'nin katılımına olanak sağlandığını söyleyebiliriz (bkz.: 1958'de imzalanan 26 Numaralı Konsey Sözleşmesi, m.7).
[754] **Ibid.** note: 188. Örneğin, Avrupa Vahşi Yaşamın ve Doğal Yaşam Alanlarının Korunması Sözleşmesi'nin (CETS No.:104) 19/1. maddesi; *''işbu Sözleşme, Avrupa Konseyi'nin Üye Devletleri, hazırlanmasına katılmış veya Bakanlar Komitesi tarafından davet edilmiş üye olmayan Devletler ve **Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun** imzasına açıktır*" hükmünü taşımaktadır. Buna karşılık AİHS ise, 59. maddesine göre; yalnızca Konsey üyesi Devletlere ve (14 No'lu Protokol sonrasında) AB'nin katılımına açıktır.
[755] 2014 sonu itibariyle
[756] Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, 1987 yılında taraflar arasında gerçekleştirilen bir mektup teatisinde, AT'nin Konsey sözleşmelerine taraf olması için, Konsey'in gerekli önlemleri alması öngörülmüştü. Konsey bünyesinde hazırlanan sözleşmelere bakıldığında, bunların bazılarının yalnızca Konsey üyesi devletlere; bazılarının Konsey üyesi devletler yanında Konsey üyesi olmayan Avrupa devletlerine ve hatta bazılarının Avrupa devleti dahi sayılmayan devletlere ve yine bazılarının, AT/AB'nin katılımına açık olduğunu görebiliriz (tam liste için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG; Erişim Tarihi: 22.10.2014). Yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bugüne kadar (2014 sonu itibariyle) Konsey bünyesinde hazırlanmış 223 sözleşme ve protokolden **54'ünün** AT/AB'nin de katılımına açık olduğunu söyleyebiliriz. Tam liste için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=13&CL=ENG; Erişim Tarihi:

durumda o sözleşme, AT/AB'nin sözleşme organlarına katılımı, orada temsili, oy kullanması vs. hususları da düzenlemektedir.[757]

Yine bu bağlamda Birliğin Konsey sözleşmelerine katılımından doğabilecek problemleri çözmek adına, AB'nin de katılımına izin verilen Konsey sözleşmelerinde genelde, o sözleşmenin AB içi (AB'nin iç işleyişine ilişkin) meselelerde uygulanmayacağını öngören bir **bağlantısızlık klozu** (*disconnection clause*) da konmaktadır.[758] Böylece ilgili konvansiyona taraf üçüncü ülkelere karşı, konvansiyon kapsamındaki yükümlülüklerine halel getirmemek kaydıyla, *AB Hukukunun* devrede olduğu ve AB üyesi devletleri ilgilendiren hallerde, o konvansiyondan ziyade Topluluk/Birlik kurallarının uygulanmasının önü açılmaktadır.[759]

Tabii, bu noktada etkileşimin tek yönlü olmadığını da belirtmek gerekir. AB'den de Konsey müktesebatına doğru önemli referanslar; AB normlarının Konsey sözleşmelerini etkilediği sayısız örnekler söz konusudur.[760] Bütün bunlar olumlu örnekler olsa da, her iki örgütün faaliyet alanları çakıştıkça, birbirini tekrarlama ve dolayısıyla da çelişme/çatışma ihtimalinin de arttığını söyleyebiliriz. [761] Özellikle akademik ve siyasi

---

22.10.2014). Bu 54 belgenin ekserisi, AB ile birlikte Konsey üyesi olmayan Avrupalı ve hatta Avrupalı olmayan devletlere de açık iken; başta AİHS ve ona ek bazı Protokoller olmak üzere bir kısmı, ***Konsey üyeleri dışında yalnızca AB'ye açıktır***. Yani, AB'ye açık olan 53 sözleşme ve protokol içerisinde, AİHS, (Konsey üyeleri dışında) sadece AB'ye açık olan (yani Konsey üyesi olmayan başka ülkelere açık olmayan) birkaç belgeden biridir. Bu durum da, 2004 yılında imzalanan ve 2010'da yürürlüğe giren **14 No'lu Protokol'le** gerçekleştirilmiştir. Bu noktada belirtelim ki, AB, Konsey tarafından kendi katılımına açık olarak düzenlenen bu 54 belgeden, halihazırda (2014 sonu itibariyle) yalnızca 15 tanesini (26, 33, 39, 50, 84, 87, 104, 123, 134, 153, 170, 178, 180, 193 ve 198 No'lu metinler) imzalamış; bu 15 Sözleşme'nin de 11'ini onaylararak (henüz onaylanmayanlar: 153, 178, 193 ve 198) *AB Hukuku* için bağlayıcı bir metin haline getirmiştir. Halen daha **başta AİHS olmak üzere** AB'nin katılımına açık 39 metin, imza beklemektedir. AB'nin katılmış oldukları bakımından da, **genelde** katılıma dair özel bir prosedür öngörülmemekte; normal devletler gibi, ilgili onay belgesinin depo edilmesi ile katılım sağlanmaktadır. Ancak AİHS'ye katılım, elbette ki böyle olmayacak; hususi bir katılım anlaşmasıyla gerçekleştirilecektir.

[757] Joris, Vandenberghe, **op.cit**, p.31. Örneğin, yukarıda örnek aldığımız Konsey'in 104 No'lu Sözleşmesi'nin 13. maddesi, bir ''daimi komite'' (*standing committee*) kurmakta ve akit taraf olarak (o zamanki) AET'nin de, kendi yetkisine giren alanlarda, kendine Üye Devletlerin (örneğin şu an için 28) bu Sözleşme'ye üye olanlarının oy hakkı kadar oy hakkının olduğunu söylemektedir. Ancak herhangi bir Üye Devlet, oy hakkını kullandığında AB; AB oy hakkını kullandığında da ilgili Üye Devlet oy kullanamayacaktır (yani AB ve Üye Devletlerinin bu daimi komite içindeki toplam oy sayısı, Sözleşme'ye taraf olan AB Üyesi Devletlerin sayısı kadardır).

[758] **Ibid.** p.32.

[759] **Ibid.** Zaten, yukarıda da dediğimiz gibi, katılımlar da, bu yıldan sonra gerçekleşmeye başlamıştır.

[760] **Ibid.** p.34.

[761] **Ibid.**

çevrelerde önemli bir mesai, bu durumun bir handikapa dönüşmeden nasıl izale edileceği hususuna harcanmaktadır.[762]

2.3.6.3. Genel Olarak Avrupa Siyasetinde Katılım Bağlamında Yaşanan Gelişmeler

AT/AB'nin AİHS'ye katılımı, 1970'lerden beri önce içtihadi olarak ardından da normatif planda oluşmaya ve gelişmeye başlayan *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde bir parçadır. Yani katılım olayı, tek başına değil; bu sürecin diğer bileşenleriyle birlikte ele alınmalıdır. İleride, katılımın lehinde ve aleyhinde görüşler bahsinde de kısaca üzerinde duracağımız üzere, Topluluğun/Birliğin Konsey'e üyeliği ve/veya onun temel metni olan AİHS'ye katılımı, belli çevrelerce, doğduğuna inanılan belli ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya atılan bir öneri olmuştur. Hep vurguladığımız gibi, kuruluşta tamamen ekonomik nitelikli addedilen bir örgüt ve siyasi entegrasyonu çağrıştıracak insan haklarına atıfların reddedilmesi; üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinin ulusal mahkemelerde yarattığı kaygıyı gidermek vs. sebeplerle içtihadi olarak insan hakları korumasının başlatılması; akabinde içtihatla ulaşılan noktanın başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere siyasi kurumlar eliyle normatif yapıya büründürülmesi; bütün bunlar olurken bir zamanlar Üye Devletlerin yetkisinde olan ve temel hak ve özgürlükleri etkileme potansiyeline sahip birçok alanın (vize, göç, sığınma, terörle mali mücadele gibi) yavaş yavaş Birliğin yetki alanına kaydırılması ve bunun sonucu olarak Avrupa düzeyinde AİHM eliyle yürütülen dış denetimde – AİHM'nin de ''katkılarıyla'' (*Matthews ve Bosphprus kararları*) – ortaya çıkan boşluk; eş zamanlı olarak, insan haklarının, Topluluk normlarının bir sınırı olma noktasındaki pasif rolünden dış politikada da kullanılmaya başlanması sonucu aktif bir işlev kazanmaya başlaması ve neticede AB'nin de 2000'li yıllar geldiğinde bir insan hakları örgütüne dönüşüp dönüşmediği tartışmaları şeklinde özetleyebileceğimiz bu süreç, beraberinde birçok konunun tartışılmasına; birçok önerinin de çözüm olarak ortaya atılmasına yol açmıştır. AİHS'nin temel standart norm olarak AB için bağlayıcı hale gelmesi; AB'nin Avrupa Konseyi'ne ve/veya AİHS'ye taraf olması; AB'nin kendisinin de – AİHS'ten ayrı – bir temel haklar metnine sahip olması; bireylerin insan hakları ihlalleri için özel bir bireysel başvuru imkanına kavuşturulmaları (veya en azından *locus standi* kurallarının genişletilmesi) ve özel bir insan hakları biriminin kurulması gibi siyasi-

[762] **Ibid.**

hukuki-kurumsal yönlü yenilikler/öneriler, işte hep bu sürecin ürünleri olarak ortaya çıkan gelişmeler olmuştur. Katılım da, bu sürecin bir parçasıdır.

Avrupa Topluluğunun Avrupa Konseyi'ne üye ve/veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması sürecinin başlangıcı olarak genelde Avrupa Komisyonu'nun – daha önceden de çeşitli defalar değindiğimiz – **1979 tarihli bilgi notu (memorandum)**[763] gösterilmektedir. Katılım sürecinin diğer dönüm noktaları ise, AB Konseyi'nin istediği istişari mütalaa neticesinde, Adalet Divanı'nın ''mevcut Kurucu antlaşmalar değişmediği sürece AB'nin katılıma yetkili olmadığını'' söylediği 1996 tarihli meşhur (birçoklarına göre aynı zamanda tartışmalı) **Görüşü** ile; bunun üzerine katılıma uygun hukuki temel oluşturma çabalarının bir sonucu olarak, önce **2004 tarihli Anayasa'da** ardından bunun akamete uğraması üzerine de **2007 tarihli Lizbon Antlaşması'nda** AB'nin Sözleşme'ye katılacağının açıkça öngörülmesidir. **Avrupa Konseyi cephesinde** ise, Sözleşme'ye katılım ve/veya Konsey'e üyelik, daha öncelerden beri tartışılıyor olmakla birlikte, 2004 yılında imzaya açılan, ancak özellikle Rusya olmak üzere uzun süren bir muhalefetle karşılaşmasının[764] ardından 2010'da yürürlüğe girebilen **14 No'lu Protokol'de** AB'nin de Sözleşmeye katılımının mümkün hale getirilmesi, tarihi bir köşe taşı olarak gösterilebilir. Tabii ki, gerek Lizbon gerek 14 No'lu Protokol, katılımı gerçekleştiren değil; yalnızca katılıma dair her iki örgüt nezdinde bunu hukuken mümkün kılan düzenlemelerdir. Katılım, taraflar arasında yapılacak müzakereler neticesinde ortaya konacak metin (**katılım anlaşması**) ve bu metnin taraflarca onaylanmasıyla gerçekleşecektir. Özellikle Konsey cephesinde 47 üye ülkenin de, bu katılım anlaşmasını onaylamasının gerekmesi, katılımın tam anlamıyla gerçekleşip AB'nin AİHS'le bağlı ve AİHM denetimine tabi olacağı günün gelmesi için birkaç yıl daha beklenmesi gerektiğini göstermektedir.

Katılımın tarihsel panoraması kısaca böyle ifade edilebilecek olmakla birlikte, elbette ki, katılım hadisesi, sadece yukarıda verdiğimiz gelişmelere indirgenemez. Komisyon, 1979'daki bilgi notunu, akşamdan sabaha gelen bir ilham ile ortaya koymadığı gibi; Lizbon'da katılıma dair hukuki bir temelin konması da, basit bir tercihin sonucu olmayıp; arkaplanında uzun yıllara dayanan bir tartışma ortamının bulunduğu gelişmelerdir. Keza Konsey cephesinde de, 14 No'lu Protokol'e, Birliğin Sözleşme'ye

---

[763] **Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum**, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/29, COM (79) final. Metin içinde ve bundan sonraki atıflarda, **Komisyon bilgi notu** veya **2/79 sayılı Memorandum** şeklinde ifade edilecektir.

[764] Bu muhalefetin AB'nin Sözleşme'ye katılımı ile ilgili olmayan noktalara yönelik olduğunu belirtelim.

katılımının mümkün hale gelmesine dair konan hüküm de, yine uzun süren tartışmaların ürünüdür; hatta Protokol'ün kendisinin onaylanması dahi – dediğimiz gibi temel sebep, AB'nin katılımıyla ilgili olmasa da – uzun tartışmaların ardından gerçekleşebilmiştir. Katılımın ve örneğin halihazırda katılımın hangi şekillerde gerçekleşeceğini ortaya koyan taslak katılım anlaşmasında benimsenen ilke ve kuralların anlaşılması, ancak bu tarihsel sürecin bilinmesiyle mümkün olabilir.

2.3.6.4. Katılıma Giden Tarihsel Süreç

1970'ler: İlk Dillendirmeler ve 79 Memorandumu'na Giden süreç

Topluluklar ile Avrupa Konseyi arasındaki ilişkilerin mazisi daha eskiye dayansa da, bu ilişkilerin en ileri safhası olan Topluluğun Konsey'e veya onun başyapıtı AİHS'ye üye olması/katılması, yukarıda da belirttiğimiz üzere – aynı Temel Haklar Şartı gibi – 1970'lerde gündeme gelmeye, daha doğrusu dillendirilmeye başlamıştır. Zaten, hatırlanacağı üzere, bu tarihler, Divan tarafından 70'lerin başlarında başlatılan içtihadi korumaya siyasi-hukuki-kurumsal destek çabalarının da başladığı tarihlerdir. Ve yine bu tarihler, halkların temsilcisi konumunu yerleştirmek ve böylece AB siyasetinde etkinliğini artırmak isteyen Parlamento ile, siyasi nitelikteki Bakanlar Konseyi karşısında yasama sürecinin başlatıcısı ve anlaşmaların da bekçisi konumunu güçlendirmeyi arzulayan Komisyon'un, insan haklarını kullanarak (hatta bazılarına göre ''bahane'' ederek) Topluluk siyasetinde etkin olmaya çalıştığı yıllardır. Katılım da, bu sürecin aktif bir bileşeni, bu kurumların bir ''malzemesi'' olmuştur.

Bu anlamdaki ilk gelişme (daha doğrusu ''gelişmeme''), 1976'da Komisyon'dan gelmiştir. Yukarıda siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri kronolojik olarak gördüğümüz yerden hatırlanabileceği üzere, Avrupa Parlamentosu, 1973 yılında, Komisyon'u, Toplulukta insan haklarının korunup geliştirilmesi konusunda bir rapor sunmaya davet etmiş ve Komisyon da, bunun üzerine harekete geçerek 1976 yılında Parlamento'ya ve Konsey'e (Bakanlar Konseyi) sunulmak üzere ***''Topluluk Hukukunun (Normlarının) Oluşturulması ve Geliştirilmesinde Temel Hakların Korunması***'' başlıklı bir rapor[765] hazırlamıştı. Bu rapora, bir temel haklar kataloğu hazırlanması ve *AB İnsan Hakları Hukukunun* diğer meselelerini ilgilendiren boyutlarıyla yukarıda ilgili yerlerde değindik.

[765] Bkz.: supra s.200.

Raporun dikkat çeken bir yanı ise, Komisyon'un, AİHS'te güvence altına alınan hakların Toplulukta korunması gereğini kabul etmekle birlikte, ***Topluluğun şu an için AİHS sistemine resmen katılımının gerekli olmadığını*** ve Divan'ın *Nold kararında* – açıkça olmasa da – yaptığı şekilde, Sözleşme'ye, *Topluluk İnsan Hakları Hukuku* için bir referans kaynak olarak başvurulmasının yeterli olduğunu söylemesi olmuştur. Bu, Komisyon'un, o tarih için, Toplulukların AİHS'ye katılımına ilişkin ilk tavrının olumsuz olduğunu göstermektedir. İleride görüleceği üzere, daha sonraki süreçte katılımın en büyük savunucularından biri olacak olan Komisyon'un, ilk tavrının böyle olumsuz olması, oldukça ilginçtir.[766]

1979 tarihli ünlü memorandumdan önceki bir gelişme de, bundan kısa bir süre önce, Parlamento'nun konuya dair aldığı bir karardır. Parlamento, ***27 Nisan 1979 tarihli*** oturumunda, Topluluğun AİHS'ye katılımına dair bir karar[767] almıştır. Parlamento, bu kararda, Topluluğun AİHS'ye katılımının lehinde olduğunu belirtmiş; Konsey ve Komisyon'u, kendisiyle daha yakın işbirliği içinde katılıma dair acil hazırlıkları yapmaya davet etmiş ve kendi komitelerini de mümkün olan en kısa sürede konuya dair bir rapor hazırlamaya çağırmıştır. Katılımın süreci, genelde 79 Memorandum'u ile başlatılsa da, aslında ondan 5 gün kadar da önce olsa, Parlamento'nun bu girişimi vardır ve oldukça önemlidir.

1979 ve Ünlü Memorandum

[766] Aslında rapor, Topluluğa özgü bir temel haklar kataloğu hazırlanmasına da, pek sıcak bakmamıştır. Bütün bunlar, Komisyon'un, o tarih için Divan eliyle yürütülen insan hakları korumasını yeterli görmesinden ve ''katılım'' ve ''katalog'' gibi ''dramatik'' gelişmelere girmek istememesinden olabilir. Tam bu noktada şöyle bir bağlantıyı da kurmak icap edebilir: Yukarıda, bu süreçte, AİHS'nin Topluluk Hukukunda iki eksende tartışıldığını söylemiştik. Bunlardan biri, Topluluğun AİHS sistemine üyeliği (*usuli yön*) iken; diğeri, AİHS'nin Topluluk Hukukunda bağlayıcı bir kaynak olarak kabulü (*maddi yön*) idi. Bu anlamda, bu rapordan daha önceki tarihli bir gelişme, yine yukarıda değindiğimiz Komisyon'un 1975 tarihli *Avrupa Birliği'ne Dair Raporu*'dur (bkz.: supra s.198) aslında. Komisyon, bu raporda, Toplulukta insan haklarının korunması adına sıraladığı opsiyonlar arasında, Antlaşmalarda AİHS'ye atıf yapılabileceğini, ancak bunun sadece medeni ve siyasi hakları kapsayacak olması dolayısıyla sosyal ve ekonomik hakları dışlayacağı, o yüzden en iyi yolun, Birliğe özgü bir temel haklar kataloğu hazırlamak olduğunu söylemişti. Yani ''katılım'' şeklinde (''usuli'' anlamda) olmasa da, ''kaynak'' şeklinde (''maddi'' anlamda) AİHS'nin devreye girmesi, daha önceden dile getirilmişti denebilir. Ancak ''katılım''ın – olumsuz da olsa – bir opsiyon olarak dillendirilmesi, bahsettiğimiz **1976 tarihli** raporda söz konusu olmuştur.

[767] **Resolution on the Accession of the European Community to the European Convention on Human Rights**, O.J. of the EC 21.5.1979, No: C 127/69.

Komisyon, 1976'daki olumsuz tavrından üç yıl sonra, 1979'da, katılım konusunda dönüm noktası niteliğindeki meşhur bilgi notunu (memorandum) yayınlamıştır.[768] Burada Komisyon, Topluluk düzeyinde temel hak ve özgürlükleri korumanın en etkili yolunun Topluluğun AİHS'ye taraf olmasını gerektirdiğini söylemekteydi. Belgede, önce, Üye Devletler ile Topluluktaki genel insan hakları koruma düzeyi, AİHS'nin işleyiş yöntemi ve Topluluğun mevcut hukuki durum itibariyle AİHS ile ilişkisi üzerinde durulmuş (s.6-10); ardından katılımın lehinde ve aleyhine argümanlar ortaya konmuş (11-16) ve en sonda da, katılımın kurumsal ve teknik yönleri (Topluluğun Sözleşme organlarında temsili vs.) incelenmiştir (s.17 vd.). Komisyon, yukarıda da değindiğimiz gibi, öncelikle, Topluluk yargısı tarafından geliştirilen koruma metodunun genel anlamda tatmin edici olduğunu söylemekle birlikte (ki, bunu birkaç yıl önceki raporunda da dile getirmişti); buna rağmen, yine de yazılı bir temel haklar kataloğunun yokluğunun hangi hakların açıkça korunduğunun ve Topluluk kurumları tarafından ihlal edemeyeceğinin net bir şekilde bilinir olmasına mani olduğunu; bu itibarla da, *hukuki kesinlik* adına, Topluluğun bir temel haklar kataloğuna ihtiyacı bulunduğunu söylemiştir. Ancak tam bu noktada da, Komisyon'a göre, Üye Devletler arasında, özellikle, *ekonomik ve sosyal haklara* ilişkin halihazırdaki görüş farklılıkları dikkate alındığında, bunun hemen gerçekleştirilebilecek bir hedef olmadığı ve bu ihtiyacın Topluluğun AİHS'ye resmen katılımıyla daha kolay yoldan ve daha çabuk bir biçimde giderilebileceği düşünülmektedir.[769] Üstelik bu, uzun vadedeki asıl hedef olması gereken Birlik temel haklar kataloğuna ulaşmak için de, ilk adımı teşkil edecektir.[770]

Görüldüğü gibi Komisyon, bireylerin hukuki korunmaları bakımından mevcut tartışmalar bağlamında en kestirme ve etkili yolun AİHS'ye taraf olma olduğunu düşünmekteydi. Komisyon'a göre, aslında uzun vadedeki çözüm, içinde ekonomik ve sosyal hakların da bulunduğu Topluluğun yetkileri dikkate alınarak hazırlanmış bir temel haklar kataloğu olmakla birlikte; o, yakın vadede buna ulaşmayı mümkün görmemiş ve katılımı, kestirme bir çözüm olarak öne sürmüştür. Komisyon, katılımın gerekli olduğunu (ki bu konudaki argümanlarına, aşağıda aleyhe ve lehe görüşlerde değineceğiz) ve bu bağlamda ortaya çıkabilecek sorunların da, üstesinden gelinemeyecek meseleler olmadığını belirtmekte ve uygun kurumsal mekanizmaları ortaya koymadan önce,

---

[768] **2/79 sayılı Memorandum.**

[769] Hatırlanacağı üzere, Parlamento, bu süreçteki rapor ve kararlarında temel haklar şartı üzerinde ısrarla durmaktaydı. Böylece Komisyon, pratik bir takım gerekçelerle bunun yerine katılım opsiyonunu tercih etmiş oluyordu. Bkz.: Paulin, Minch, **op.cit**, p.37.

[770] **2/79 sayılı Memorandum**, Preamble, para.2.

konunun, bu belge ışığında, ilgili tüm kurumlarca tartışılmasını arzuladığını söylemektedir.[771] Komisyon'un, burada ''katılım''a, Topluluğu insan hakları açısından bir dış denetime tabi tutma şeklindeki ''usuli'' yönüyle değil; AİHS'yi, Topluluk (İnsan Hakları) Hukuku için bağlayıcı bir kaynak yapma şeklindeki ''maddi'' yönüyle yaklaştığını görmekteyiz. Yani ilk yıllarda, katılım, Topluluk Hukukunda korunacak hak ve özgürlükleri net biçimde ortaya koymak adına bağlayıcı bir haklar kataloğu hedefine giden yolda kestirme ve geçici bir alternatif çözüm olarak görülmüştür. [772] Bu arada, henüz 3 yıl önce, bunun gereksiz olduğunu söyleyen Komisyon'un, mevcut Divan içtihadının değişmediği ve hatta katılımı, daha da gereksizleştirecek şekilde Divan'ın doğrudan AİHS'ye atıflar yapmaya başlamış olduğu bir ortamda, katılım noktasındaki görüşünü değiştirmiş olması gerçekten ilginçtir.[773]

Parlamento'nun Cevabı ve Destek

Bu belgenin ardından Parlamento, 29 Ekim 1982 tarihli oturumunda, Komisyon'un katılıma Memorandumu'na dair görüşünü ortaya koyan bir karar kabul

---

[771] **2/79 sayılı Memorandum**, Preamble, para.3. Ayrıca Memorandum'da dile getirilen Toplulukta insan haklarının korunmasına ilişkin özellikle *hukuki kesinlik* noktasındaki sorunlara ilişkin tespitlerin, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Solange-I kararındaki* tespitlerle/eleştirilerle örtüştüğü de, herhalde görülmektedir.

[772] Ancak burada belki, katılımdan önce Kurucu Antlaşmalara AİHS'nin bağlayıcı olduğuna dair bir hüküm eklenme yöntemi de önerilebilirdi; ki bu, nispeten uzun bir prosedürü ve Konsey cephesinden de onayı gerektiren *katılım* yerine, sadece Topluluğu ilgilendiren, daha kolay olabilecek bir Antlaşma reformunu gerektirmesi açısından daha kolay bir yol olabilirdi de. Ancak Komisyon, belgede, bu yöntemi neden tercih etmediğini söylememekte; bunu hiç gündem yapmamaktadır. Bizce maksat, AİHS'nin maddi bir standart olarak bağlayıcı kılınmasıysa, bu, katılıma gerek kalmaksızın, bağlayıcı atıf yoluyla da yapılabilirdi. Buna karşılık, maksat, maddi bir standardın ötesinde, AİHS'ten usuli anlamda yararlanmak ve Topluluğu bir dış denetime tabi tutmak idiyse, katılım, ancak o zaman mantıklı olabilirdi. Ancak belgeden anlaşıldığına göre, Komisyon, katılımı, uzun vadedeki asıl çözüm olan bir temel haklar kataloğunun yerine kısa vadedeki çözüm olarak önermektedir. Yani, katılım, katalog hedefinin alternatifidir; böyle olunca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, AİHS'ten dış denetim şeklinde usuli değil, kaynak noktasında maddi olarak yararlanmanın düşünüldüğü açıktır. Böyle olunca da, madem fikir buydu; o zaman katılım yerine daha kolay bir süreç olduğu açık olan AİHS'ye bağlayıcı atfın neden tercih edilmediği sorulabilir. Dediğimiz gibi, Komisyon, Memorandumu'nda, buna ikna edici açıklamalar getirememiştir. Elbette ki, katılımın faydalaları oldukça etraflıca irdelenmiştir; ancak katalog fikrinin kestirme yoldan bir alternatifi olarak, AİHS'ye bağlayıcı atıf yerine, neden katılım fikrinin düşünüldüğü, tam olarak izah edilmemiştir.

[773] Doktrinde Jacobs, bunu, Topluluğun uluslararası örgütlerde daha fazla temsiline yönelik olarak Topluluk içindeki siyasi uzlaşının bir parçası olarak görmekte; ancak (o zamanki) AİH Komisyonu ile AİHM üyelerinin Devletleri temsil etmediğini söyleyerek, Komisyon'un bu yöndeki ifadelerini ''garip'' bulmaktadır. Francis G. Jacobs, ''European Community Law and the European Convention on Human Rights'', **Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol: II**, Ed. by: Deirdre Curtin, Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, p.561.

etmiştir.[774] Parlamento, bu kararında, Topluluğun AİHS'ye katılımının, Topluluğun, hukukun üstünlüğüne dayalı bir siyasal aktör olma rolünü güçlendireceğini; parlamenter demokrasinin ilkelerini bütünleştireceğini ve Toplulukta temel hakların korunmasını güçlendireceğini; keza tüm bireysel eylemlerin Strazburg yargı organları önüne gelmesini sağlayacağını söylemiş; o zamanki AET Antlaşması'nın 235. maddesinin katılım için uygun bir hukuki temel teşkil edeceğini ve katılımın kayda değer anayasal, siyasi, hukuki ve teknik zorlukları içermekle birlikte, Komisyon'un bütün bunların üstesinden gelecek çözümleri bulacağına inandığını belirtmiş; ve nihayet yasal düzenlemelerin başlatıcısı olarak Komisyon'dan katılıma dair resmi bir öneriyi (o dönem için Topluluğun karar/yasama organı olan) Bakanlar Konseyi'ne sunmasını istemiştir.[775] Ancak Komisyon, ilginç bir şekilde, katılım tartışmasını devam ettirmemeyi ve Parlamento tarafından istenen girişimi ileri bir tarihe ertelemeyi uygun görmüştür.[776]

Parlamento'nun sürece katkıları, 1980'ler ve 90'lardaki başka çalışma ve girişimlerle devam etmiştir. Bunlardan biri de, 1984 tarihli ''***Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma Taslağı***''dır.[777] Hatırlanacağı üzere, Parlamento, bir *Avrupa Birliği'nin* kurulmasına yönelik çalışmalarını, 1980'lerde ete kemiğe büründürmüş ve 14 Şubat 1984'te bu konuda bir Antlaşma taslağı kabul etmişti. Burada, temel hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesiyle ilgili birçok öneri ve hedef arasında, konumuza bakan yönüyle, Birliğin, 5 yıl içinde, aralarında AİHS'nin de olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere (*BM İkiz Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı* vs.) katılmaya dair karar alacağının belirtilmesini, hiç şüphesiz, katılım hadisesinin tarihsel dinamikleri arasında saymak gerekir. Parlamento'nun bir diğer katkısı da, yine yukarıda yer verdiğimiz 1990'daki

---

[774] **Resolution embodying the opinion of the European Parliament on the Memorandum from the Commission of the European Communities on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms** (O.J. 1982, No: C 304/253). http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1982:304:0252:0273:EN:PDF, Erişim Tarihi: 24.10.2013.

[775] Parlamento, ayrıca, katılım gerçekleştiği takdirde, ASŞ'nin özellikle 1 ve 2. kısımlarında yazılı hukuken icra edilebilir hakların AİHS'ye alınmasını Avrupa Konseyi'nden rica etmiş; ayrıca Komisyon'u da, diğer temel sosyal, ekonomik ve kültürel hakların Sözleşme'ye alınması bağlamında cereyan eden tartışmalarda aktif olarak yer almaya davet etmiştir.

[776] Lindfelt, **op.cit**, p.91. Yazar, bunun sebebinin, Üye Devletler nezdinde yeterince destek bulamaması olduğunu belirtmektedir. **Ibid.** Nitekim Parlamento, daha sonradan da (mesela 1985'te) katılım noktasındaki ısrarını yinelemiş ve bunun üzerine Komisyon, katılım fikrini birkaç Üye Devletin (Yunanistan, Danimarka, İrlanda ve İngiltere) olumsuz tavrı dolayısıyla (ki temel sebep, bu ülkelerin henüz AİHS sisteminde bireysel başvuruyu tanımamış olmasıyla, katılımın Topluluğa insan hakları alanında genel bir yetki vereceği endişesiydi) ertelediğini kabul (itiraf) etmek zorunda kalmıştır. **Ibid.**

[777] **Spinelli taslağı** olarak bilinen metne, yukarıda değinmiştik.

‘***’Avrupa Birliği’nin Anayasal Temeline Dair Kararı***’’dır.[778] Karara göre, yine temel hak ve özgürlüklerle ilgili birçok öneri ve hedef arasında, oluşturulacak Birliğin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalara taraf olması (15 numaralı hedef), Parlamento’nun katılım (üstelik sadece AİHS’ye de değil) fikrini halen benimsediğini ve her vesileyle de gündeme getirdiğini göstermektedir.[779]

1990’ların İlk Yarısı ve Katılıma ‘’Darbe’’: Komisyon’un Girişimi ve Divan’ın 2/94 Sayılı Kararı

Komisyon’un Memorandumu Yenilemesi. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1990’ların ilk yarısı, katılım tartışmalarının alevlendiği, biraz daha ciddiye bindiği, ancak son tahlilde Divan’ın mevcut şartlarda hukuki olarak katılımı imkansızlaştırmasıyla sona eren yıllar olmuştur. Bu süreçte ilk önemli gelişme, Komisyon’un 1979 tarihli Memorandumu’nu yenilediği çalışmadır. Komisyon, 1990’da, ***Topluluğun AİHS’ye katılımına dair bir Tebliğ*** yayınlamıştır.[780] Komisyon, burada, AİHS’ye katılım doğrultusunda yıllardır öne sürülen klasik gereklilikleri sıralamış[781] ve bunların Topluluğun AİHS’ye katılımı ile giderilebileceğini söylemiştir. Komisyon’a göre, özellikle de son dört yıldaki siyasi ve teknik yönlere dair yaşanan gelişmeler[782] dikkate alındığında, Topluluğun AİHS’ye katılımına ilişkin ‘’resmi’’ bir talebin yapılmasının zamanının gelmiştir. [783]

---

[778] **Resolution on the Constitutional Basis of European Union**, 12.12.1990, O.J. No C 19/65, 28.1.1991.

[779] Bu arada, bu süreçte başka gelişmelerin de olduğunu, Komisyon’un aşağıda yer vereceğimiz Tebliği’nden öğrenmekteyiz. Tebliğ’in verdiği bilgiye göre; Komisyon’un 79 tarihli Memorandumu’nu Ekonomik ve Sosyal Komite, 1980’de onaylamış; Parlamento, yukarıda yer verdiklerimiz dışında 1989’daki bir kararında da katılımın gerekliliğini teyit etmiş; keza Bakanlar Konseyi de, 21-22 Nisan 1986’daki bir toplantısında, Komisyon’un 79 önerisi bağlamında katılımın gerekli olup olmadığını tartışmış ve bu noktada bir çalışma metni (9 Nisan 1986) ortaya konmuş; nihayet Konsey başkanlığı, öne sürülen çeşitli argümanlar ışığında, konuya dair hangi adımların atılmasının gerektiğine yönelik tepkilerin ortaya konmasına karar vermiştir. Bunlar da, hiç şüphesiz katılımın tarihsel dinamikleri olmaları hasebiyle, içerik olarak olmasa da, ismen zikredilmeyi hak etmektedir.

[780] **Commission Communication on Community Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Some of its Protocols**, Commission of the European Communities, SEC (90) 2087 final, Brussels, 19 November 1990.

[781] Tüm Üye Devlet tasarruflarının AİHK (o dönemde henüz Komisyon vardır) denetimine tabi olmasına karşın, demokratik değerler ve insan haklarına saygı ilkesine bağlılığını her fırsatta belirten Topluluğun kendisinin bu denetim mekanizmasına tabi olmaması ve Sözleşme’den bir nevi ‘’bağışıklık’’tan istifade eder bir hale gelmesi dolayısıyla, Topluluk hukuk sisteminde insan haklarının korunması bakımından bir boşluk doğması ve bu boşluğun da, Topluluğun AİHS sistemine katılımı ile doldurulabilecek olması gibi sebepler...

[782] Bu ‘’son dört yıl’’dan maksat, insan haklarına Kurucu Antlaşmalar düzeyinde ilk atfın yapıldığı *Tek Avrupa Senedi*’nin kabulünden itibaren geçen zamandır. Katılımı icap ettiren gelişmeler de,

Komisyon'a göre, katılım, Avrupa Konseyi'nin yetkili organlarıyla müzakere edilecek bir ek Protokol uyarınca gerçekleştirilecek;[784] ayrıca, Topluluk hukuk sisteminin özerk yapısı düşünüldüğünde, Topluluğun Sözleşme organları içinde, diğer Devletlerle aynı hak ve yükümlülüklere sahip olmasına dikkat edilecektir (AİHM ve AİHK nezdinde temsil, Bakanlar Komitesi'nde söz hakkı gibi). Komisyon, Topluluğa Üye Devletlerin, Avrupa Konseyi'nin de üyeleri olarak katılım müzakerelerine tam bir destek vermelerinin gerektiğini ve meselenin, siyasi niteliği dolayısıyla, uygun düzeylerde ve gerekli öncelik verilerek tartışılması gerektiğini düşünmektedir. Bu bağlamda, Komisyon, Topluluk Konseyi'nden (Bakanlar Konseyi), Topluluğun AİHS'ye **katılımı yönündeki bu talebi onaylamasını ve katılımın detaylarını müzakere etmek üzere de kendisini yetkilendirmesini** istemiştir.[785]

Diğer Gelişmeler. Komisyon, bundan sonra, Ekim 1993'te, **''Topluluğun AİHS'ye Katılımı ve Topluluk Hukuk Düzeni**'' başlıklı bir çalışma belgesi[786] hazırlamış; Parlamento da, Ocak 1994'te katılım lehinde **bir karar**[787] kabul etmiştir. Kararda, katılımın hukuki ve teknik boyutları üzerinde durulmuş; faydaları anlatılmış ve aleyhine ileri sürülen argümanlar çürütülmeye çalışılmış; katılımın hukuki temeli konusundaki görüşler paylaşılmış; katılımın AB'nin kendi kataloğunu hazırlaması ihtiyacına asla

---

özellikle, insan haklarının korunmasına ilişkin yapılan bu ''anayasal'' atıf, *Tek Pazar* hedefi doğrultusunda Topluluğun yetkilerinin artırılması ve böylece birtakım yetkilerin artık ulusal düzeyden Topluluk düzeyine geçmiş olması; üçüncü ülkelerle yapılan anlaşmalara insan haklarına ilişkin hükümlerin – esaslı unsur – olarak eklenmeye başlaması (ki buna yukarıda değinmiş ve bunun Topluluğu bir samimiyet testine tabi tutulmasına yol açtığını söylemiştik) gibi gelişmelerdir. Bunlara, katılımın lehinde ve aleyhinde argümanlar olarak ileride daha ayrıntılı değineceğiz.

[783] Komisyon, bunun elbette ki, vatandaşlık vs. temellerde AİHS'ye atfen yeni haklar verilmesine ve öte yandan Topluluğun kendine özgü bir katalog hazırlama çabalarına engel olmayacağını belirtmiş; katılımın, bu maddi standartları, usuli bir denetimle destekleme şeklinde uzun vadeli bir gereksinimi karşılayacağını; AİHS'nin temel hakların korunmasındaki öncelikli rolünün teslim edilmesi suretiyle ikincillik (*subsidiarity*) ilkesine de uygun hareket edilmiş olacağını vurgulamıştır.

[784] Bunun, günümüzde, bağımsız bir katılım anlaşması formatını aldığını söylemiştik.

[785] Tebliğ'de, bu yetkilendirmenin çerçevesini çizen iki adet ek (*Annex*) bulunmaktadır. 2 numaralı Ek'te; katılımın Üye Devletlerin AİHS kapsamındaki yükümlülüklerine halel getirmeyeceği (ki bu bir karşı-tez olarak öne sürülmekteydi; buna aşağıda değineceğiz); bunun sadece Topluluk tasarrufları bakımından bir etkisinin olacağı; Topluluğun başta Bakanlar Komitesi olmak üzere Sözleşme organlarında temsilinin nasıl olması gerektiği; AT Antlaşması m.235, AKÇT Antlaşması m.95 ve Euratom Antlaşması m.203'ün bu anlamda uygun hukuki temel olacağı ve katılımın Topluluğa özgü bir temel haklar kataloğunun alternatifi değil, tamamlayıcısı olduğu belirtilmiştir.

[786] **Accession of the Community to the European Convention on Human Rights and the Community legal order**'', 26 October 1993, SEC (93) 1979, final.

[787] **Resolution on Community Accession to the European Convention on Human Rights**, O.J. of the EC, 1994, C 44, p.32. Karar, *Hukuk İşleri ve Vatandaşların Hakları Komitesi*'nin hazırladığı bir rapor temelinde, 18 Ocak 1994'te alınmıştır.

alternatif olmayıp onu tamamlayıcı bir gelişme olacağı vurgulanmış; katılım yolunda izlenmesi gerekli prosedüre dair önerilerde bulunulmuştur.

Görüşü İçin Divan'a Başvuru. Bu Tebliğ'le birlikte AB'de (ve tabii ki Avrupa Konseyi'nde) katılım tartışmaları tekrardan canlanmıştır.[788] Bunun üzerine Bakanlar Konseyi, katılım doğrultusunda bir karar almadan ve Komisyon'a istediği şekilde müzakereleri başlatma konusunda yetki vermeden önce, (o zamanki) AT Antlaşması'nın 228/6. maddesi[789] uyarınca, 26 Nisan 1994'te Divan'ın görüşüne başvurmuştur.[790] Konsey'in tam olarak cevabını aradığı soru, ***Avrupa Topluluğu'nun AİHS'ye katılımının mevcut AT Antlaşması ile uyumlu olup olmadığıdır***. Konsey, görüşünü oluşturma aşamasında yol göstermek maksadıyla Divan'a, katılımın nasıl bir hukuki çerçevede gerçekleştirileceğine ilişkin bilgileri de sunmuştur.[791] Konsey, belirttiğimiz gibi,

---

[788] Bu arada, İspanya, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerden de olumsuz işaretler gelmeye başlamıştır. Jacqué, **op.cit**, p.1002.

[789] Hükme göre; *Konsey, Komisyon veya bir Üye Devlet, (yapılması) öngörülen bir anlaşmanın Antlaşma hükümleriyle uyumlu olup olmadığına ilişkin olarak Adalet Divanı'nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın (bu prosedür neticesinde bildirdiği) görüşü olumsuz ise, söz konusu anlaşma, ancak AB Antlaşması'nın N maddesi uyarınca yürürlüğe girebilir*. O zamanki (Maastrict sonrası dönem) AB Antlaşması'nın *N maddesi* ise, Kurucu Antlaşmaların nasıl tadil edileceğini düzenlemektedir. Böylece, Birlik, Divan'ın Antlaşmalara uygun olmadığı yönünde görüş bildirdiği bir uluslararası anlaşmayı – Antlaşmaları değiştirmeden – imzalayamayacaktır. Görüldüğü gibi, Divan'dan görüş almak zorunlu olmasa da, bir kere bu yola başvurulduktan sonra, Divan'ın ortaya koyduğu görüş, bir anlamda bağlayıcı gibi sonuç doğurmaktadır.

[790] Konsey, bu konuda Divan'ın görüşüne kadar, müzakereleri başlatma yönünde bir karar almayı ilkesel olarak uygun görmemiştir. Ayrıca belirtelim ki, Konsey, Adalet Bakanları formatında 30 Kasım 1993'teki toplantısında buna karar vermiştir. Doktrinde Betten ve Grief, Konsey'in bu toplantısının, Maastricht sonrası sütunlu yapıda, 3. sütun kapsamında yapılan ilk toplantı olduğunu; bu anlamda da, böyle bir başvuru kararının, Birliğin (supranasyonel değil) ''hükümetler-arası'' nitelikteki bir sütunu kapsamında gelmesinin ilginç olduğunu söylemektedirler. Betten, Grief, **op.cit**, p.111.

[791] Buna göre; her üç Topluluk da (o tarih için AT, AKÇT ve Euratom) Sözleşme'ye katılacak; katılım, ana Sözleşme ile tüm Protokollere olacak; Üye Devletlerin AİHS bağlamındaki çekincelerine halel gelmeyecek; bireysel başvuru ve devlet başvurusu tanınacak (fakat Üye Devletler ile Topluluk arasında AT Antlaşması uyarınca Divan'ın yetkisine giren konular, bundan hariç olacak); Mahkemede temsil noktasında, farklı opsiyonlardan biri seçilecek (Topluluğun yargıcının bulunmaması, normal üyelerin yargıçlarıyla aynı statüde bir Topluluk yargıcı bulunması veya sadece Toplulukla ilgili davalara katılabilecek özel statüde bir Topluluk yargıcı bulunması gibi opsiyonlar), ancak herhalükarda bu yargıç, aynı zamanda Divan'ın da yargıcı olamayacak; Bakanlar Komitesi'ne katılım öngörülmeyecek (ki Komite'nin zaten gelecekte de yargısal çerçevede bir fonksiyonunun olması söz konusu olmayacak); keza Avrupa Konseyi'ne de üyelik söz konusu olmayacak (tabii bunlar, Avrupa Konseyi cephesinde de birtakım değişiklikleri gerektirecek); katılım halinde, Topluluk, yalnızca kendi (Antlaşmalardan kaynaklanan) yetkileri çerçevesinde Sözleşme ve denetim mekanizması ile bağlı olacak ve Topluluk ile Üye Devletleri arasında Sözleşme birimleri önünde yetki dağılımını belirlemek için bir mekanizma olacak; Topluluğun katılım yetkisinin ve Sözleşme'nin öngördüğü mahkeme sisteminin, AT Antlaşması'nın 164. (Divan'ın Antlaşma'nın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamaktan sorumlu organ olduğunu söyleyen hüküm) ve 219. (Üye Devletlerin Antlaşma kapsamındaki bir uyuşmazlığı, Antlaşma'da öngörülenden farklı bir çözüm yoluna

bu veriler ve öngörüler bağlamında, muhtemel bir katılımın, mevcut Antlaşmalar yapısı içinde Topluluk Hukukuna uygun olup olmadığını öğrenmek istemektedir.[792]

Divan'ın Görüşü: ''Yetki''de Takılma. Divan, konuya ilişkin görüşünü, Mart 1996'da açıklamıştır. [793] Divan, AİHS'ye katılıma ilişkin yapılması düşünülen anlaşmanın AT antlaşması m.228/6 anlamında (yapılması) öngörülen bir anlaşma olduğuna karar verip işin esasını incelemeye geçtikten sonra, (katılımı, Konsey'in yukarıda çerçevesini çizdiği ''Divan'ın yetkileri ve Topluluk Hukukunun özerkliği'' gibi ''maddi anlamda esasına'' ilişkin olarak incelemeden), ilk olarak meseleyi, **Topluluğun, katılıma ehil olup olmadığı** bakımından incelemiştir. [794] Bilindiği gibi, Konsey'in görüşü, insan hakları

---

taşımama yükümlülükleri) maddeleriyle uyumlu olup olmadığı ortaya konacak; Kurucu Antlaşmalar, Topluluğa insan hakları alanında özel bir yetki vermediğinden (ki koruma, o yüzden hukukun genel ilkeleri kapsamında jürisprüdansiyel olarak yürütülüyor zaten), böyle özel bir insan hakları yetkisi hükmünün yokluğunda, AT Antlaşması'nın 235. maddesi, katılım için uygun hukuki temel olabilecektir.

[792] Bu genel soru bağlamında cevabını aradığı spesifik sorular şunlardır: **Katılım, Divan'ın (yukarıda yer verdiğimiz m.164 ve 219'dan kaynaklanan) münhasır yargı yetkisine ve Topluluk hukuk düzeninin özerk niteliğine halel getirir mi**? Ayrıca, AB'nin yine bir uluslararası anlaşmaya dahil olması ve onla kurulmuş bir mahkemenin yargı yetkisi altına girmesine ilişkin Divan tarafından daha önceden bildirilen **1/91 sayılı Görüşü'te** (14.12.1991, ECR 1991/I-6079) yer alan *''Topluluğun bir uluslararası anlaşmaya oluşturulan yargı mekanizmasına dahil olup kendini tabi kılması, oluşturulan mahkeme, salt o uluslararası anlaşmayı yorumlayıp uyguladığı ve Topluluk hukuk düzeninin özerk yapısını tartışmaya açmadığı müddetçe mümkündür''* görüşünden hareketle, bu cevaz verici yaklaşım, sadece, söz konusu mahkemenin (örneğin AİHM'nin) vereceği kararlar, salt o uluslararası anlaşmayı (örneğin AİHS'yi) ilgilendirmesi halinde mi geçerlidir; yoksa, aynı zamanda bu mahkemenin (AİHM) kararlarının, bir şekilde, Topluluk Hukukunun söz konusu anlaşmayla (AİHS) uyumlu olup olmadığı meselesine temas etmesi ithimali de, yine bu 1/91'de verilen cevazın kapsamına girmekte midir?

[793] **Opinion 2/94 of the Court of Justice**, 28 March 1996, ECR 1996/I-1759.

[794] Divan'ın görüş bildirmesi noktasında bir tartışma, Divan'ın bu konuda görüş bildirip bildiremeyeceği konusunda olmuştur. Tartışmanın detaylarına girmeden kısaca belirtmek gerekirse (her iki yöndeki argümanlar, kararda genişçe yer almaktadır), mesele, 228/6. maddedeki ''öngörülen bir anlaşma'' ifadesinden çıkmıştır. Bazı Üye Devletler, Konsey'in müzakereleri henüz başlatmadığını, ortada sadece soyut olarak AİHS'ye katılım meselesinin bulunduğunu, ancak bunun nasıl olacağını düzenleyecek bir anlaşmanın henüz taslak olarak bulunmadığını, ve hatta dediğimiz gibi, müzakerelerin dahi henüz başlatılmadığını ileri sürmüş ve ortada ''yapılması öngörülen bir anlaşma''nın (*envisaged agreement*) bulunmadığı gerekçesiyle, 228. maddedeki görüş alma prosedürünün işletilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak buna karşılık, Divan, bunlar doğru olsa da, sonuçta katılımın söz konusu olacağı anlaşmanın (AİHS) ortada ve her yönüyle değerlendirilebilir olduğunu; bu anlamda katılımın hukuki modülü noktasında sonradan benimsenebilecek farklı yöntemler olsa da, neticede katılmın olacağı anlaşmanın ulaşılabilir vaziyette olduğunu ve üstelik, **1/78 sayılı Görüşü'nde** (4.11.1978, ECR 1979/2871) de belirttiği gibi, bir yetki sorununun çözülmesi gerektiğinde, bu sorunun müzakerelerin en başından ve hatta yapılması planlanan anlaşmanın temel noktaları müzakere bile edilmeden önce açıklığa kavuşturulmasının hem Topluluğun hem de o anlaşmaya taraf olacak üçüncü ülkelerln menfaatine olduğunu; bu anlamda Konsey'in de müzakerelere başlamadan önce, akdedilmesini düşündüğü bir anlaşmanın Kurucu Antlaşmalara uygun olup olmadığını bilmeyi istemesinin gayet doğal olduğunu; bu bağlamda, öngörülen anlaşmanın ''amacının'' (*purpose*) müzakereler başlamadan bilinmesinin, görüş bildirmek için yeterli olacağını söyleyerek, görüş talebinin ''kabul edilebilir'' olduğuna hükmetmiş ve işin esasına geçerek görüşünü bildirmiştir.

konusunda Topluluğa yetki veren herhangi bir özel hükmün yokluğunda, 235. maddenin uygun hukuki zemin olacağı yönündeydi.[795] O zamanki 235. madde; *ortak pazarın işleyişi bağlamında Topluluğun (Antlaşma'da öngörülen) hedeflerinden birinin gerçekleştirilmesi için, herhangi bir konuda Topluluk tarafından harekete geçilmesi gerekiyorsa ve bu noktada da, Antlaşma, Topluluğu (özel olarak) yetkilendirmemişse, Konsey'e (Komisyon'un önerisi üzerine Parlamento'ya da danıştıktan sonra, oybirliğiyle) gerekli önlemleri alabilme yetkisi vermekteydi*. Bilindiği gibi, Topluluk Hukukundaki altın kurallardan biri, Toplulukların, Antlaşmalarla yetkilendirildikleri alanlarda ve yetkilendirildikleri kadarıyla faaliyet göstermeleridir.[796] Bu madde ise, bir anlamda, Antlaşma'da öngörülmemiş bir yetkinin, sonradan, Antlaşmalarda değişiklik yapmaya gerek olmadan, Konsey tarafından Topluluğa verilmesine kapı aralamaktadır. Bunun esasa müteallik şartı ise, ''**ortak pazarın işleyişi bağlamında Topluluğun Antlaşmada öngörülmüş hedeflerinden (*objectives*) herhangi birinin gerçekleştirilmesi için Topluluğun harekete geçmesi noktasındaki gerekliliktir**''. AB veya AT Antlaşmaları'nın Topluluğa/Birliğe, insan hakları konusunda özel bir yetki vermediği açıktır; ki, bunu Konsey (Komisyon, Parlamento vs.) de kabul etmektedir. O halde, insan hakları alanında bir uluslararası sözleşmeye taraf olabilme ehliyeti noktasında tek yol olarak *235. maddeyi* işletmek kalmaktadır. Bu maddenin uygun hukuki zemin (temel) olup olmadığı noktasında ise yapılması gereken (yani Divan'ın yapması gereken) değerlendirme, yukarıdaki hususu incelemek, yukarıdaki soruya cevap vermektir: ***İnsan hakları ve insan haklarının korunması, ortak pazarın işleyişi bağlamında Topluluğun hedeflerinden birisi midir ve bu hedefin gerçekleştirilmesi için Topluluk tarafından bir adım atılması (harekete geçilmesi) gerekmekte midir?***

Davada görüş bildiren Komisyon'a göre; insan haklarına saygı, Topluluğun (tüm) hedeflerinin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden ve hepsiyle kesişen (*transverse*) bir hedeftir. Ayrıca, ona göre; Divan'ın 1976 tarihli *Defrenne kararı*[797] uyarınca, m.235 anlamında Topluluğun hedefleri, Antlaşmaların ''Giriş'' kısımlarından da çıkarılabilir. Tek Avrupa Senedi'nin ''Giriş'' kısmı da, hem insan haklarına saygı ilkesine hem de AİHS'ye atıf yapmaktadır. Keza Parlamento'ya göre de, insan haklarının korunması, Topluluğun

[795] Bu görüşü, Komisyon ve Parlamento ile birlikte bazı Üye Devletler (Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İsveç, İtalya ve Yunanistan Hükümetleri olmak üzere o zamanki 15 Üye Devletin 8'i) de benimsemişti. Diğer Üye Devletler ise, bunun uygun bir hukuki zemin olamayacağını; mevcut Antlaşma yapısının (yetki noktasında) katılıma imkan vermediğini savunmaktaydı.
[796] Verilmiş yetkiler ilkesi (*attributed competence*)
[797] C-43/575, *Defrenne v. SABENA*, 8.4.1976, ECR 1976/455.

hedefleri arasında yer almaktadır.[798] Bu teze destek veren Üye Devletlere göre de, insan haklarının korunması, tüm faaliyetlerinin yerine getirilmesinde Topluluk için geçerli olan genel bir yatay ilke olup; ortak pazarın düzgün işleyişi için de gereklidir. Üstelik Divan da, bunu yıllardır kabul etmektedir ki; insan haklarını, hem de AİHS'ye atıf yapmak suretiyle, genel hukuk ilkeleri olarak tüm Topluluk tasarruflarının uygun olmak zorunda olduğu bir değer olarak uygulamaktadır.[799] Velhasıl, tüm bu görüştekilere göre; AİHS'ye katılım ve dış yargısal denetim, bireylerin, Sözleşme'nin Topluluk organları tarafından ihlal edilmesine karşı korunması için gereklidir.[800]

Buna karşılık, bazı Üye Devletler[801] ise, hiçbir Kurucu Antlaşma'nın Topluluğa insan hakları alanında katılıma temel teşkil edebilecek nitelikte özel yetkiler tahsis etmediğini; AT Antlaşması'nın 2 ve 3. maddelerinde öngörülen hedefler arasında, insan haklarının korunmasının kesinlikle yer almadığını; insan haklarının korunmasını söyleyen ve bu bağlamda AİHS'ye atıf yapan Antlaşma hükümlerinin (meşhur Maastricht sonrası ABA m.F/2 gibi) insan haklarının korunması alanındaki mevcut içtihadi

---

[798]Parlamento'ya göre, en son Maastricht ile Birlik vatandaşlığının getirilmesi de, bu argümanı destekleyen güncel bir gelişmedir. Ayrıca, AB Antlaşması'nın B/3 *maddesi* (Birliğin hedefleri arasında, ''Birlik vatandaşlığının oluşturulması ve Üye Devletlerin vatandaşlarının hak ve menfaatlerinin korunmasının güçlendirilmesini'' sayan hüküm) ile AT Antlaşması'nın 8. maddesinin (AB vatandaşlığını düzenleyen hükümler) beraber değerlendirilmesinden de, normal devletlerin vatandaşlarına sağladığı korumaya denk bir korumanın Topluluk eylem ve işlemleri bakımından da Topluluk vatandaşlarına sağlanmasının, Topluluk için açık bir hedef olduğu anlaşılmaktadır. (Parlamento, bu noktada ayrıca usuli birtakım argümanları da, destekleyici olarak öne sürmüştür. Örneğin, kural olarak ''görüşü'' aranıyorken, istisnaen belli uluslararası anlaşmaların yapılabilmesi için Parlamento'nun onayını arayan m.228/3 hükmünü göstermiştir. Konumuzla yakın bağlantısı olmadığından, olaya bu perspektiften bakmıyoruz.)

[799] Yunan Hükümeti, ayrıca, kalkınma ve işbirliğinde insan haklarına saygı hedefini açıkça belirten AT Antlaşması m.130(u)/2 hükmüne de atıf yapmış; Avusturya hükümeti, Antlaşma'nın ''hedeflerini'' tespit ederken, Antlaşma'nın ''Giriş'' kısmına bakılması gerektiğini ve orada da, barış ve özgürlüğün korunması hedefine atıf yapıldığını; bunun ise, AİHS ile güvence altına alınmış hakları da hiç şüphesiz içerdiğini ileri sürmüştür. Fin Hükümeti ise, bunlara katılmakla birlikte; Antlaşma reformları ile Antlaşmalara yeni yetki hükümlerinin eklenmesi ve özellikle ''ikincillik'' ilkesi karşısında, 235. maddenin uygulanma kapsamının daraltılmış olduğunu; dolayısıyla meselenin katılım için yapılacak anlaşmanın yapısına ve içeriğine göre değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.

[800] Bundan başka, elbette, Sözleşme'ye katılımın neden gerekli olduğu, faydaları gibi hususlarda da çok sayıda argüman ileri sürülmüştür. Ancak şu anda meseleye, ''yetki'' ve m.235'in bu anlamda uygun bir hukuki temel olup olmadığı bağlamında yaklaştığımız için, bunlara yer vermiyoruz. Bunlara, aşağıda, katılımın lehinde ve aleyhinde görüşler faslında değineceğiz.

[801] Fransa, Portekiz, İspanya, İrlanda ve İngiltere. Danimarka Hükümeti ise, hem lehte hem aleyhte argümanlar ortaya koymuştur. Danimarka'nın nihai tespiti, Topluluk'ta insan haklarının korunmasında birtakım problemler olduğu; nihai önerisi ise, bu problemlerin halli adına, katılım yerine, Divan'ın insan hakları ile ilgili meselelerde AİHS'ye, Topluluk Hukuku ile ilgili meselelerde de AİHS'nin Divan'a ön-karar başvurusunda bulunmasına yarayacak çift-taraflı bir mekanizmanın tesis edilmesine yönelik bir anlaşmanın yeterli olacağıdır. Bu Devletlerin bazıları için katılıma sıcak bakmamanın ardında başka sebepler de yatmaktadır. Bunlara da, aşağıda yer yer değinilecektir.

yaklaşıma anayasal bir statü verme anlamını taşıdığını (yoksa Birliğe, bu anlamda gerçekleştirilmesi gereken bir hedef yüklemediğini) savunmuştur. Bu Hükümetlere göre; mevcut içtihadi koruma ve onun AİHS'ye atfettiği değer karşısında, insan haklarının korunması bakımından Topluluk Hukukunda, katılımı gerektirecek şekilde bir hukuki boşluk bulunmamakta; Topluluk Hukuku, bireyler için muntazam bir koruma/başvuru sistemi öngörmekte ve bu anlamda katılım, (m.235'in aradığı) ''ortak pazarın işleyişi'' bağlamında da gerekli bulunmamaktadır.

Divan'a gelince. Divan, önce, Topluluğun genel ve uluslararası anlaşma yapma noktasındaki özel yetkileri zaviyesinden olaya yaklaşmış; bu bağlamda Topluluğun – yukarıda yer verdiğimiz – kendisine verilmiş yetkiler çerçevesinde hareket edebileceğini ve bu (altın) kuralın hem iç hem de dış eylemler bakımından geçerli olduğunu söyleyerek, Topluluğun sadece Antlaşma'nın birtakım özel hükümlerinin ''açık'' sonucu olan (yani oralarda açıkça yazan) yetkiler değil, bu yetkilerden zımnen çıkarılabilecek yetkilere dayanarak da hareket edebileceği yönündeki müstakar yaklaşımını tekrarlamış ve bunu Topluluğun uluslararası anlaşma yapma noktasındaki ehliyetine uyarlayarak, Topluluğun uluslararası anlaşma imzalama yetkisinin Antlaşma'nın açık hükümleri yanında, bu hükümlerden ''zımnen'' çıkarılabilecek alanlarda da bulunduğunu söylemiştir (paras.23-25). Divan, ardından, kendisinin konuya ilişkin yakın tarihli *2/91 sayılı Görüşü*'ne[802] atıf yaparak, Topluluk Hukuku, herhangi bir özel hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla kendi iç sisteminde Topluluk kurumları için bir yetki (mesela bir Topluluk tüzüğü veya yönergesi kabul etme yetkisi gibi) ihdas ettiğinde, Topluluğun, söz konusu bu amacı gerçekleştirmek için gerekli uluslararası yükümlülüklere girmeye – velev ki buna ilişkin açık bir yetki Antlaşma'da öngörülmemiş olsun – ehil olduğunu söylemiştir (para.26).[803]

Bu noktada, Divan'a göre; Topluluk kurumlarına insan hakları alanında kurallar kabul etme veya bu alanda uluslararası anlaşmalar yapma yetkisi veren herhangi bir Antlaşma hükmü mevcut değildir. Böyle olunca da, bir hukuki temel olup olamayacağı noktasında m.235'in incelenmesi gerekmektedir. Bu hüküm, Antlaşma hükümlerinin, Topluluk kurumlarına yukarıda ortaya konulduğu gibi açık veya zımni bir yetki vermediği ve fakat Topluluğun da ortak pazarın işleyişi bağlamında amaçlarını/hedeflerini gerçekleştirmek için hareket geçmesinin gerektiği hususlarda ortaya çıkan ''boşluğu'' doldurmak için getirilmiş bir hükümdür. Ancak kendisi de, ''verilmiş yetkiler'' ilkesine

[802] **Opinion 2/91 of the Court of Justice**, 19 March 1993, ECR 1993/I-1061.
[803] Buna, uluslararası anlaşma yapmada ''zımni yetki'' doktrini denmektedir.

dayalı bir kurumsal sistemin bir parçası olan söz konusu hüküm, Topluluğun yetkilerini, bir bütün olarak Antlaşma hükümleriyle ve özel olarak Topluluğun görev ve faaliyetlerini tanımlayan hükümlerle belirlenmiş genel çerçevenin ötesinde genişletmeye yarayacak bir temel olarak görülemez. Bu bağlamda, ***235. madde, (gerekli değişiklik prosedürü izlenmeden) maddi anlamda bir Antlaşma değişikliği sonucunu doğuracak bir yetkinin kabulüne temel olarak kullanılamaz*** (paras.27-30).

235. maddeyle ilgili bu ilkesel açıklamalardan sonra da Divan, artık, özel olarak Topluluğun Sözleşme'ye katılımının 235. maddeye dayandırılıp dayandırılamayacağını incelemeye geçmiştir. Bu noktada, insan haklarının Topluluk Hukukundaki rolüne ve önemine vurgu yapan klasik birtakım övücü ifadelerden[804] ve bu bağlamda insan haklarına saygının tüm Topluluk tasarruflarının hukuka uygunluğu için bir koşul olduğunu söyledikten sonra; ne var ki, ***AİHS'ye katılımın, insan haklarının korunmasına dair mevcut Topluluk sisteminde esaslı bir değişikliği gerektirdiğini***; zira bu hadisenin Topluluğun, ayrı bir uluslararası kurumsal sisteme girmesini ve tüm AİHS hükümlerinin de Topluluk hukuk düzenine entegre edilmesini gerektirdiğini (işte hep dediğimiz katılımın ''maddi ve ''usuli'' etkileri); Topluluk insan hakları koruma sisteminde böyle bir değişikliğin ise (ki Topluluk ve Üye Devletler için de aynı şekilde esaslı kurumsal etkileri olabilecek bir gelişme olarak), anayasal öneme sahip olduğunu ve bu itibarla da ***235. madde ile yapılabileceklerin ötesine geçtiğini*** söylemiş; ve *böyle bir değişikliğin ancak bir Antlaşma değişikliği ile yapılabileceğini* söyleyerek, ***Topluluk Hukukunun mevcut durumu itibariyle, Topluluğun AİHS'ye katılıma yetkisi olmadığına*** karar vermiştir (paras.34-36).

Ara-Değerlendirme. Aslında yaklaşık 24 sayfalık kararın sadece iki paragrafı, Divan'ın kararını ortaya koyan ve böylece katılıma, o an için kapıları kapatan kısımlar olmuştur. Divan'ın kapıyı kapatırken ortaya koyduğu gerekçe, oldukça kısadır: *''Katılım, Topluluk Hukukunda insan haklarının korunması sistemine köklü değişiklikler getirecektir; zira hem Topluluk, bir uluslararası sisteme girmekte hem de bu uluslararası sistemin normları Topluluk Hukukuna aktarılmaktadır. Böyle bir değişiklik, anayasal önemi haizdir ve ancak Antlaşma değişikliği ile yapılabilir; 235. madde, burada kullanılamaz*.'' Divan, aslında, hukuki temel noktasında, 235. maddeye kadar meseleyi getirmiştir. Burada normalde yapması gereken – yukarıda aleyhte ve lehte görüş bildiren

[804] İnsan haklarının içtihadi olarak korunduğu; bu korumanın Üye Devletler ve Topluluk kurumları tarafından da çok sayıda karar, rapor ve deklarasyonda teyit edildiği; Kurucu Antlaşmalar'da da, Tek Avrupa Senedi'nin Giriş kısmı ile Maastricht'te vurgulandığı; kalkınma işbirliği alanındaki Topluluk politikasının insan haklarına saygı hedefine katkı sağlayacağı gibi (paras.32-33).

tüm kurumlar ile Üye Devletlerin yaptığı gibi – 235. maddenin uygulanıp uygulanamayacağını tespit etmek için, insan haklarının korunmasının ortak pazarın işleyişi bağlamında gerçekleştirilmesi ve gerçekleştirilmesi için de Topluluğun adım atması gereken bir hedef olup olmadığını tespit etmekti. Ancak konunun lehinde ve aleyhinde görüş beyan eden Topluluk kurumları ile Üye Devletlerin aksine, bu noktayı pek fazla tartışmadığını görüyoruz. Çünkü o, esasen başka bir yere takılmıştır. Divan, bu takıldığı yerin hazırlığını da, önceki paragraflarda, *''bir konu, ne kadar Topluluğun gerçekleştirmesi gereken bir hedef olursa olsun; ve gerçekleştirmesi için de ne kadar Topluluğun adım atması gerekirse gereksin, eğer, bir Antlaşma değişikliğini gerektirecek çapta ise, m.235, orada kullanılamaz diyerek''* yapmıştır. Dolayısıyla o, 235. maddenin uygulanmasına, *içtihadi bir ilave kriter* eklemiştir: *Antlaşma değişikliği sonucunu ve etkisini doğuracak bir gelişme olmaması*. İşte, katılımı, böyle gördüğü için (ki buna dair gerekçeleri de birkaç cümleden ibaret olup, cılızdır), m.235'in uygulanamayacağını söylemiş ve katılım için antlaşma değişikliğini işaret ederek ''şimdilik'' katılıma kapıyı kapatmıştır.[805]

Bitirirken. Elbette ki, bu karar, gerek doktrinde gerekse siyasi çevrelerde, yoğun biçimde eleştirilmiştir. Ancak ne kadar eleştirilirse eleştirilsin, karar ortadaydı ve AT Antlaşması'nın 228. maddesi uyarınca da, artık bir antlaşma değişikliği yapılmadan katılımın gerçekleştirilmesi söz konusu değildi. Bu arada belirtmek gerekir ki, Görüş, Amsterdam Antlaşması'nın müzakereleri sırasında açıklanmıştı; ancak bu, diğer ''önemli'' gündem maddeleri arasında, bazı Üye Devletlerin Antlaşma'ya katılıma yönelik hüküm koyma önerisinin gündeme alınmasında etkili olamadı.[806] Bundan sonraki yıllarda

---

[805] Görüş talebinin kabul edilebilir olup olmadığı ve Topluluğun katılıma ehil olup olmadığı ile birlikte Divan önüne getirilen üçüncü mesele de, hatırlanacağı üzere, katılımın özellikle AT Antlaşması'nın 164 ve 219. maddeleri bağlamında, Topluluk Hukukunun özerk niteliği ve Divan'ın Topluluk Hukukuna müteallik meselelerde münhasır yetkili olması ilkesine halel getirip getirmeyeceği idi. Bu konuda da, Konsey, Komisyon, Parlamento ve Üye Devletler tarafından – yetki meselesinde olduğu gibi – lehte ve aleyhte birçok argüman öne sürülmüştür. Ancak Divan, bir olgu olarak ''katılım''a dair yetki noktasında görüş bildirebileceğini söylerken (yani görüş talebini kabul edilebilir bulurken); katılımın maddi anlamda Topluluk Hukukuyla bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda, görüş bildirmekten kaçınmıştır. Çünkü ona göre; bu sorulara (m.164 ve 219 ile uyumluluk) tam anlamıyla cevap verebilmek için, Topluluğun Sözleşme sistemi ile kurulmuş bulunan yargısal denetim mekanizmasına ne şekilde katılacağı ve kendini tabi kılacağına ilişkin yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir. Halihazırda ise, öngörülen böyle bir (uluslararası mahkemeye) tabi olma noktasında öngörülen çözümlerin neler olduğu konusunda ayrıntılı bilgi kendisine verilmiş değildir. Bu itibarla Topluluğun AİHS'ye katılım yetkisinin ötesinde, katılımın bizzat (maddi anlamda) Kurucu Antlaşmalarla uyumlu olup olmadığı konusunda görüş bildirecek pozisyonda olmadığını söylemiştir.

[806] Jacqué, **op.cit**, p.1002. Doktrinde Sera'ya göre; Avrupa Konseyi (Liderler), Avrupa'daki Sosyalistler, AB vatandaşları, Parlamento ile Komisyon ve Almanya başta olmak üzere bazı Üye

da, katılım, akademik çevrelerin ve o ana kadar olduğu gibi Parlamento ile Komisyon'un gündeminden düşmeyecekti. Ancak yukarıda da vurguladığımız gibi, özellikle 90'ların ikinci yarısı ve 2000'lerin başları, başta *genişleme* olmak üzere daha önemli gündem maddeleriyle işgal edilecekti. Bilimsel planda katılım halen savunulacak olsa da, siyasilerin o yıllarda, Avrupa bütünleşmesi adına ''daha önemli'' meseleleri bulunacaktı. Katılımın ciddi manada tekrar gündeme gelmesi ise, Avrupa'nın geleceğinin tartışılması ve bu bağlamda Avrupa için bir anayasa hazırlanması tartışmaları esnasında söz konusu olacaktı.

1990'ların İkinci Yarısı, Antlaşma Reformları ve Bağımsız Uzmanların Raporları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, katılım meselesi (Birliğe özgü bir temel haklar kataloğu gibi), anayasa tartışmaları başlayana kadar, akademik çevreler ile Komisyon ve Parlamento çevrelerinde tartışılan bir mesele olacak kalacaktı. Bu yılların antlaşma reformlarıyla geçen yıllar olduğunu yukarıda birkaç kez söylemiştik. Yine bu yılların, insan hakları açısından, özellikle de, temel iki mesele olan katılım ve Temel Haklar Şartı bağlamında pek iç açıcı olmadığını da birkaç kez vurguladık. Bu antlaşma reformları sürecinde, özellikle Komisyon'un girişimleriyle, insan hakları alanında reform için toplanacak Hükümetler-Arası Konferanslara fikir vermesi açısından (''bir ümit'') birkaç uzmanlık grubunun kurulduğuna ve raporlar hazırladığına da değinmiştik. Elbette ki, katılım ve Şart, *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel meseleleri olarak bu raporların da, temel gündem maddelerinden biriydi. Yukarıda, raporları, Temel Haklar Şartı'na bakan yönleri itibariyle ele almıştık. Katılım noktasında ise, raporlar, konjonktürden de etkilenerek farklı önerilerde bulunmuştur.

Komisyon tarafından atanan ilk grup (*Comité des Sages*), Divan'ın yukarıdaki Görüşü serd etmesinden yaklaşık bir ay önce Şubat 1996'da hazırladığı ''***Bir Medeni ve Sosyal Haklar Avrupası İçin***'' adlı raporda,[807] ilginç bir şekilde, *halihazırda muhtemel bir katılımın, avantajlarından çok dezavantajları olacağını* savunmuştu. Rapora göre;

Devletler katılımın sıkı destekçileriydi. Buna karşılık İngiltere'nin başı çektiği bir grup ise, karşı cephede yer almaktaydı. Sera, **op.cit**, p.182 vd. Aşağıda bir değerlendirme vesilesiyle de tekrardan değinileceği gibi, özellikle AİHS konusunda o tarihlerde henüz ''düalist'' yaklaşımı benimsemiş olan İngiltere, İrlanda, Danimarka gibi ülkeler, katılım ile, AİHS'nin iç hukuklarının bir şekilde parçası olacağı düşüncesiyle katılıma karşı çıkmaktaydı. Ward, **op.cit**, p.648. Bunlar, Görüş sürecindeki itirazlarını ise, hatırlanacağı üzere, m.235'in uygulanamayacağını ispat etmek üzere, katılımın ortak pazarın işleyişi için gerekli olmadığı üzerinde yoğunlaştırmıştı.

[807] Künye için bkz.: supra dipnot:469.

eğer AB Antlaşması'nın (o zamanki) *F maddesi,* sadece Topluluk sütununu değil her üç sütun kapsamındaki eylem ve işlemleri de kapsar ve bir de, Divan'ın yargı yetkisine dahil edilirse, zaten AİHS, tüm Birlik işlem ve eylemleri ile Üye Devletlerin Birlik Hukuku kapsamındaki tüm eylem ve işlemlerinde uygulanır hale gelecek; bu ise, resmen katılımın yol açması muhtemel sakıncalar ortaya çıkmadan, ondan beklenen faydanın elde edilmesini sağlayacaktı. Üstelik bu Sözleşme'nin özellikle sosyal hakları içermemesi, katılımı sosyal haklar bakımından iyice anlamsızlaştıracak ve Birliğin yine kendisinin bu alanda bir listeyi/kataloğu kabul etmesi ihtiyacını devam ettirecekti. Yine rapora göre; AİHS'ye katılımdansa, Üye Devletlerin anayasal veya yüksek mahkemelerinden gelecek geçici yargıçlardan kurulu Birliğe özgü bir temyiz mahkemesi şeklinde bir yargısal mekanizmanın kurularak temel hakların korunması için özel bir başvuru usulünün getirilmesi evla olacaktı. Bu grubun temel mottosu, sosyal haklara vurgu ile birlikte, Birliğin bir temel haklar şartına ihtiyacı olduğu ve bunu başka hiçbir alternatifin ikame edemeyeceğiydi.[808]

Bu süreçteki ikinci rapor ise, 1998 yılında Komisyon'a sunulan ***Emsallerle Öncülük Etme: 2000 Yılında Avrupa Birliği İçin Bir İnsan Hakları Gündemi*** başlıklı rapordu.[809] Rapor, temelde AB'nin iç ve dış işlerinde insan haklarının görünürlüğü ve sahip olduğu değer noktasındaki tutarsızlıklar ve çifte standartlar olduğu ve bunun da AB için bir samimiyet (ve belki de meşruiyet) sorunu doğurduğu tespitinden yola çıkarak, 1996'daki selefi gibi iddialı önerilerde bulunmadan, insan haklarının görünürlüğünü ve rolünü artırmak için mevcut yapı içinde atılabilecek pratik adımlar üzerinde yoğunlaşmış ve bu bağlamda da, önerilerini, daha çok kurumsal çözüm önerileri üzerinde

[808] Raporun katılımı, ''gereksizlik'' ve gereksizliğin de ötesinde bir ''dezavantaj'' olarak görmesinin ardında, Sözleşme'nin esas olarak medeni ve siyasi hakları içerdiği ve sosyal haklar konusunda sessiz kaldığı ve katılımın bu anlamda pek bir katkısının olmayıp kendi kataloğunu hazırlama ihtiyacını da ortadan kaldırmayacağı (*gereksizlik*); katılımın Sözleşme'de değişiklik yapılmasını gerektireceği ve bunun da (o zamanki) 38 Konsey üyesi Devletin rızasını gerektirdiği; (o tarih için) bunların bile hepsinin Sözleşme'yi tam anlamıyla kabul edip onaylamadığı düşünülürse, Topluluk tasarruflarının Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin kapsamına girmesi üzerinde uzlaşılsa bile bunun oldukça uzun zaman alıcı bir süreç olacağı; katılımın dış denetim bakımından ilave bir mekanizma getirecek olması söz konusu olsa bile, özellikle sosyal haklar bakımından bunun yukarıda yer verdiğimiz gibi özel bir başvuru mekanizması tesis edilerek sağlanabileceği (*dezavantaj*) gibi düşüncelerdir (raporun 4 ve 47. sayfaları). Bizce, bunların isabeti bir yana, geçerli öneriler olarak kabul edilse bile, katılımın devre dışı bırakılmasını hiçbir şekilde haklı kılmayan argümanlar olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Katılımın zaman alabilecek veya sosyal hakları etkilemeyecek bir gelişme olacak olması vs. argümanların hepsi, katılımın tek başına *AB İnsan Hakları Hukukunun* ihya edilmesi için yeterli olmayacağını ortaya koyan argümanlardır (ki, zaten katılımı savunanlar da, katılımdan böyle bir süper-kahramanlık beklememektedir); yoksa katılımın değerini ve gerekliliğini azaltan, hele hele ''dezavantajlı'' nitelemesini hak ettiren argümanlar kesinlikle değildir.

[809] Künye için bkz.: supra dipnot:515.

yoğunlaştırmıştı. Bu minvalde de, gerek katılımı, gerek bir temel haklar şartını, selefi gibi ivedi ve zorunlu birer adım olarak görmemekle birlikte, özellikle katılıma, önceki gibi ''soğuk'' bakmamış; hele hele ''dezavantajlı'' nitelemesini yapmamıştır.

Bu süreçte üçüncü gelişme ise, 1999'da hazırlanan ''***'Avrupa Birliği'nde Temel Hakları Teyit Etmek: Eylem Zamanı***'' adlı rapordu.[810] Raporda, bireylerin Topluluk Hukuku kapsamında sahip oldukları temel hakların açıkça tanımlanması gerekliliğine paralel olarak, AİHS'nin Topluluk Hukukundaki önemi; bu bağlamda Divan ile AİHM arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi ve belki de bir opsiyon olarak iki mahkeme arasında bir *ön-karar mekanizmasının* tesisi ve ayrıca AİHS'nin 2-13. maddeleri ile Protokollerdeki bunlarla ilgili hakların Topluluk Hukukuna aktarılması öngörülmüş; ayrıca kimi AİHS'te hiç olmayan kimi ise, olup da daha geliştirilmesi gerektiği düşünülen birtakım haklar, AİHS'yi tamamlama maksadıyla tek tek sıralanarak bunların da, aynı şekilde Topluluk Hukukuna aktarılması gerektiği söylenmişti. Strazburg sistemiyle ilgili bu kadar önerinin yanında katılımın bir opsiyon olarak değerlendirilmemesi ise, raporun gerçekten ilginç bir yanıydı.

Bitirirken. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1990'lar ve bilhassa da ikinci yarısı, genelde Antlaşma reformlarına ayrılmış bir dönemdi. Bu antlaşma reformlarının da, esas gündeminin Birliğin yeni üyelerle genişlemeye (ve ilerideki muhtemel genişlemelere) yönelik kurumsal altyapının hazırlanması olunca, insan hakları, bu süreçte kendine – doğal olarak – pek yer bulamamıştı. Ancak yine de, özellikle Komisyon, belki ''bir umut'' diyerek, her antlaşma reformu öncesinde, reformu yapacak Hükümetler-Arası Konferans'a sağlam bir ''bilimsel malzeme'' olması düşüncesiyle insan hakları meseleleriyle ilgili uzmanlık komiteleri kurmuş ve raporlar hazırlatmıştı. Bu raporlarda katılım da, elbette ki, temel gündem maddelerinden biriydi. Ne var ki, AB İnsan Hakları Hukukuna dair bilimsel ve pratik değeri yüksek bu tespit ve önerilerin, kurucu babalar nezdinde pek makes bulmadığını biliyoruz.[811] Ancak yine de, bu raporlar, 2000'li yıllarda tekrardan canlanan katılım tartışmalarında önemli bir altyapı sağlamıştır.

---

[810]Künye için bkz.: supra dipnot:519.

[811] Lindfelt, bir çarpıcı örnek olarak, Nice Antlaşma reformu için toplanan HAK'ta Finlandiya Hükümeti'nin AB'nin AİHS'ye katılımına dair yasal altyapının sağlanması yönünde bir önerisi olduğunu; ancak bu önerinin reddedildiği bilgisini paylaşmaktadır. Lindfelt, **op.cit**, p.20. Keza Belçika tarafından Amsterdam reformu sürecinde yapılan benzer bir öneri de, aynı kaderi paylaşmıştı.

2.3.6.5. AB Anayasası ve Katılım

2000'li Yıllar, Anayasa Tartışmaları ve Talihin Dönmesi

2000'li yıllara girdiğimizde, Birlik entegrasyonunda insan haklarının kaderinin biraz değiştiğine; 1990'ların ikinci yarısında başta genişleme olmak üzere başka mühim görülen meseleler karşısında geri plana itilen ve antlaşma reformlarında da yasak savma kabilinden birtakım makyajlarla idare edilen insan hakları meselesinin, 2000'li yıllarda başlayan (daha doğrusu ete kemiğe bürünen) bir AB Anayasası tartışmaları kapsamında daha sık gündeme gelir olduğuna değinmiştik. Tabii *AB İnsan Hakları Hukukunun* en temel iki meselesi olan katılım ve Şart da, bu yeni trendden nasibini almıştır. Bunun Şart'a bakan boyutuna yukarıda değinmiştik; şimdi, katılıma dair bu süreçteki gelişmelere bakalım.

Yukarıda, 2000'lere gelindiğinde, *Maastricht-Amsterdam-Nice* antlaşma reformlarından ''ağır yaralı'' olarak çıkan *AB İnsan Hakları Hukuku* ve özellikle onun temel gündem maddelerinden biri olan Temel Haklar Şartı'nın imdadına, Aralık 2001'de Laeken'da (Belçika) ''Avrupa'nın Geleceği'' adıyla başlatılan ve sonradan bir anayasa hazırlanmasına dönüşen sürecin yetiştiğini söylemiştik. Aynı şey, hiç şüphesiz AİHS'ye katılım mevzuu için de geçerli olmuştur. Hatta denebilir ki, bu süreçte, katılım ve Şart, kaderleri birbirine bağlı adeta bir yapışık ikiz gibi değerlendirilmiştir. Kurucu babalar, bu süreçte bu iki evladının birini diğerinden ayırmamış; akıbetlerini beraber belirlemiştir. Kısaca hatırlamak gerekirse, Liderler, AB'yi 2000'li yıllara taşıyacak bir hukuki ve kurumsal altyapıyı meydana getirecek kapsamlı bir reform için, bu sefer klasik HAK usulünden farklı bir yöntem benimsemiş ve Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasındaki süreçten de esinlenerek, sürecin, yine (ve yeni) bir Konvansiyon eliyle yürütülmesini kararlaştırmıştı. Liderler, ''***Avrupa Birliği'nin Geleceğine Dair Deklarasyon***''da,[812] özel olarak ''Avrupa vatandaşları için bir Anayasaya doğru'' adında bir başlık açarak, aralarında insan haklarıyla ilgili meselelerin de olduğu birçok konuda muhtemel bir reformun cevaplaması gereken soruları ortaya atmışlar ve bu soruları tartışıp cevaplaması için de bir Konvansiyon kurmuşlardı. Dolayısıyla konumuz bakımından

[812] Bkz.: supra. s.263 vd.

katılım (ve onunla birlikte THŞ'nin hukuki statüsü) bahsi de, bu anlamda Konvansiyon'a yüklenen misyonun içindeydi.[813]

Anayasa'nın Getirdikleri

Çalışma Grubundan Çıkışı. Bilindiği gibi, Anayasa sürecini incelerken, bunu Çalışma Grubu-Konvansiyon-HAK (nihai metin) üçgeninde inceliyoruz. Öncelikle II No'lu Çalışma Grubu'nun AB'nin AİHS'ye katılımına dair neler önerdiğine bakarsak; bir kere, Grup'un tüm üyeleri, katılımı şiddetle desteklemekte ve katılıma ilişkin anayasal bir yetkilendirme yapma noktasında mutabık durumdadır. Grup, katılımın gerekliliğini tespit ettikten sonra,[814] katılımı, önce *Topluluk/Birlik Hukukunun özerk yapısı* ve *Adalet Divanı'nın statüsü ve otoritesi* noktasından tartışmıştır. Grup'a göre; bir kere, Topluluk Hukukunun özerkliği ilkesi, katılımın önünde hukuki bir engel değildir; zira, katılımdan sonra da, Divan, Topluluk/Birlik Hukukuna dair meselelerde ve Birlik tasarruflarının geçerliliğinde münhasır yüksek karar verici olmaya devam edecektir.[815] Keza Grup'a göre; Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi ve bağlayıcı anayasal bir statü kazanması ile katılım, birbirinin alternatifi değil; tam aksine insan haklarının daha etkin korunması için gerçekleştirilmesi gereken, biri *maddi* biri ise *usuli* yönden birbirini tamamlayıcı iki adımdır. Anayasal bir hak kataloğunun varlığı, katılımın getireceği ''dış denetim'' ihtiyacını ortadan kaldırmayacağı gibi; Birliğin AİHM denetimine tabi tutulması da,

[813] Yukarıdan hatırlanacağı üzere, Anayasa Konvansiyonu, 28 Şubat 2002'de ilk kez toplanmış ve çalışmalarını belli konularda çalışmak üzere oluşturulan **on bir (11) adet çalışma grubu** (*working group*) üzerinden yürütmüştü. Bunlardan, özellikle, ***II No'lu Çalışma Grubu***, bizi ilgilendiren gruptu. Grup'un yetkilendirildiği iki konudan birisi de, Topluluğun/Birliğin AİHS'ye katılımının sonuçları idi (diğeri de, Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesi (*incorporation*) kabul edilecek olursa, bunun usulü (nasıl yapılabileceği) ile sonuçlarıydı). Bu noktada önemli bir husus olarak, Grup'un, bu iki konunun siyasi yönleri (yani katılımın veya Şart'ın Antlaşmalara dahil edilmesinin uygun olup olmadığı) değil; bunların siyaseten uygun olması ihtimaline binaen sadece özel olarak yukarıdaki çerçevede (yani ''sonuçları bakımından) meseleye yaklaşmasının öngörülmüş olduğunu hatırlatmak gerekir. Yani, bir anlamda, AB'nin AİHS'ye katılacağı, daha en baştan Liderler tarafından kararlaştırılmış ve Grup'a (ve dolayısıyla da Konvansiyon'a), bu konuda bir söz hakkı bırakılmamıştı. Onun işi, bunun, ne şekilde olabileceğini, usul, esas ve muhtemel sonuçlarını ortaya koymaktı.

[814] Ki bilindiği gibi, aslında bu, ona sorulan bir soru değildi; ancak yine de lehte birkaç kelam edip katılımın lehinde olduğunu söylemekten geri durmamıştır. Raporun bu noktada öne sürdüğü katılım lehindeki argümanlara, ileride katılımın lehinde ve aleyhindeki görüşleri incelerken değineceğiz.

[815] Bu anlamda AİHM, Divan'ın üstünde bir yüksek mahkeme olmaktan ziyade, Birliğin AİHS'ye taraf olmakla altına girdiği uluslararası hukuk yükümlülükleri üzerinde dış denetim yapan bir ihtisas mahkemesi olarak görülmelidir. Divan'ın AİHM ile olan ilişkisi, halihazırda bu sisteme üye Devletlerin anayasal veya yüksek mahkemelerinin AİHM ile olan (ve AİHM'yi asla bu mahkemelerin üzerinde temyiz mahkemesi olarak konumlandırmayan) ilişkileri gibi olacaktır.

(sosyal, kültürel ve ekonomik hakları da içeren) bağlayıcı bir temel haklar kataloğuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmayacaktır.[816] Bu sebeplerle, hazırlanacak anayasaya, *katılıma imkan veren (yani basitçe AB'nin AİHS'ye katılabileceğini söyleyen) bir yetki hükmü konmalı; ancak katılımın anayasal önemi göz önünde bulundurulduğunda, normal uluslararası anlaşma yapma prosedüründen farklı olarak, hazırlanacak katılım anlaşmasının, hem Konsey'in oybirliğini hem de Parlamento'nun onayını gerektirmesi koşulu da, yine bu anlaşmaya eklenmelidir*.

Grup'un tartıştığı bir başka husus da, ***katılımın muhtemel hukuki sonuçlarıdır***. Grup'a göre; AİHS'ye katılım, Birliğin halihazırda Kurucu Antlaşmalar uyarınca yetkili olduğu alanlara ilişkin gerçekleştirilmiş olacak ve böylece değil Birliğe temel haklar noktasında genel bir yetki ihdas etmek, Birlik ile Üye Devletler arasındaki (Kurucu Antlaşmalardan kaynaklanan) mevcut yetki dağılımını dahi hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Bu bağlamda AİHS'e üyelikten kaynaklanan ''pozitif yükümlülükler'' de, Birlik için, yalnızca zaten Antlaşmalar uyarınca yetkili olduğu alanlarda geçerli olacaktır. Grup, bu durumu kesin bir şekilde ortaya koymak adına, uygun teknik mekanizmaların ve araçların da ortaya konmasını önermektedir.[817]

Yine Grup'a göre, AİHS'ye katılım, Avrupa Konseyi'ne katılım anlamına gelmeyecek (yani AB, AK'nın bir üyesi olmayacak); Birlik, Strazburg'da genel bir siyasi aktör olmayacak; katılım ile basitçe, Birliğin ve hukuk düzeninin (yetkileri kapsamında sınırlı olarak) AİHS tarafından oluşturulan yargısal denetim mekanizmasına tabi kılınması söz konusu olacaktır. Sözleşme organlarında temsil noktasında ise, Birliğin AİHM'de mutlaka (katılım anlaşmasına ilişkin müzakerelerde tartışılmaya bile açılmadan) bir yargıcı olacak; yine Sözleşme'nin icra mekanizması olan Bakanlar Komitesi'nde de, temsilcisi yer alacaktır.[818]

Yine Grup'un tartıştığı bir başka husus da, Üye Devletlerin halihazırda bireysel AİHS üyeliklerinden kaynaklanan pozisyonlarının akıbeti olmuştur. Rapora göre, katılım,

---

[816] Aynen Üye Devletlerde, anayasa mahkemelerinin ve hakları listeleyen anayasaların varlığı ile AİHS'ye taraf olma durumunun birbirini dışlamadığı gibi.

[817] Bu bağlamda, bu hususun katılıma imkan verecek yetki hükmünde açıkça belirtilmesi; yine bu durumun imzalanacak bir katılım anlaşmasında da tasrih edilmesi; AİHM önündeki *Birlik Hukukunu* ilgilendiren davalarda, Birlik ile Üye Devletlere ortak-davalı (*co-defendant*) olarak katılabilme imkanının verilmesi ve AİHM'nin, Birlik ile Üye Devletler arasındaki yetki dağılımına dair kesinlikle söz sahibi olmamasının sağlanması gibi önlemler düşünülebilecektir.

[818] Grup, özellikle, Komite'nin mesela yetki dağılımı gibi meselelere ilişkin olarak Topluluk Hukuku hakkında ''doğru'' bilgilendirilmesinin sağlanması adına, bu temsili önemli görmektedir. Ancak, Birlik, Komite'de, Sözleşme'nin 46. maddesinden kaynaklanan ''icra'' fonksiyonu dışında söz sahibi olmayacaktır (tabii ki, iki örgüt arasında AİHS'ten bağımsız olarak halihazırda var olan ilişki ve işbirliği mekanizmalarına halel gelmesi söz konusu değildir).

Üye Devletlerin bireysel olarak AİHS bağlamında benimsedikleri hukuki pozisyonları (Protokollere katılım, Sözleşme ve Protokollere konulan çekinceler vs.) asla etkilemeyecektir. Bu bağlamda da, Birliğin hangi Protokollere katılacağı veya hangi çekincelerin ne kapsamda ve sürede konulacağı, Üye Devletlerden bağımsız olarak AB Bakanlar Konseyi tarafından (oybirliğiyle) belirlenecektir.

Grup, katılım bağlamında son olarak, süreç içerisinde katılıma alternatif olarak sunulan çözüm önerilerini (Divan ile AİHM arasında bir danışma veya ön-karar mekanizmasının tesisi, katılım olmaksızın Topluluk kurumlarının tasarruflarına karşı AİHM'ye başvurabilmeye dair özel bir prosedür veya her iki mahkemenin yargıçlarından kurulu ortak bir mahkeme gibi) de tartışmış; ancak bunların hiçbirini önermeyi uygun bulmamıştır.

Grup, bunları söyledikten sonra, Konvansiyon'a nihai öneri olarak, yalnızca Birliğin AİHS'ye katılımına imkan veren anayasal bir yetkilendirme yapmakla yetinilmesi; bunun ötesinde, katılım için müzakerelerin başlatılmasına karar verme, müzakerelerin yürütülmesi için somut çerçeveyi belirleme, müzakereler esnasında teknik bakımdan katılımın alacağı şekli ve yöntemi tayin etme gibi hususlar ile muhtemel bir katılım için uygun zamanın belirlenmesini, daha sonradan karar verilmek üzere Birlik kurumlarına (örneğin Bakanlar Konseyi'ne) bırakılması gerektiğini vurgulamıştır. Zira, Grup'a göre, bu meselelerin hiçbiri, anayasal nitelikte değildir; anayasal nitelikte olan, yalnızca Birliğin AİHS'ye katılımına imkan verecek hukuki altyapının hazırlanmasıdır; dolayısıyla diğer meseleler, Konvansiyon'un gündeminde olmamalıdır.

Konvansiyon'da Benimsenen. Katılım meselesi, 2 No'lu Çalışma Grubu'ndan bu şekilde çıkmış ve Konvansiyon'a gelmiştir. Konvansiyon da, nihai taslak metni, 18 Temmuz 2003'te kabul ederek, Avrupa Konseyi'ne göndermiştir. Peki, Konvansiyon, katılıma dair neleri benimsemiştir? Konvansiyon, Grup'un yaptığı öneriyi dikkat aldığını gösterir biçimde, katılımla ilgili olarak, bir yetkilendirme hükmü ve de muhtemel bir katılım anlaşmasının imzalanma ve yürürlüğe giriş prosedürü dışında herhangi bir noktaya temas etmemiştir. Anayasa taslağının I-*7/2. maddesi*, **''Birliğin AİHS'ye katılmak için girişimde bulunacağını''**[819] ve **''bu katılımın Birliğin Anayasa ile**

[819] ''*The Union shall seek accession to the European Conv*. ...'' Bu noktada, Konvansiyon'un, katılımı, salt bir yetkilendirmenin ötesinde, bir yükümlülük olarak Birliğin üzerine bırakma şeklinde bir ifade kullanmasına dikkat çekmek gerekir. (''Katılabilir'' (*may accede*) yerine; ''katılmak için girişimde bulunur'', ''katılımı gerçekleştirmeye çalışır'' mealinde bir ifade (*shall seek accession*) kullanılmıştır.)

belirlenmiş yetkilerini etkilemeyeceğini''[820] söylemiştir. Prosedürel olarak da, ileride müzakere edilecek katılıma dair anlaşma için, III-227. madde, bu anlaşmayı, **Parlamento'nun onayının** (*consent*) gerektiği anlaşmalar arasında saymış; ayrıca Bakanlar Konseyi'nin de katılım anlaşmasına dair her türlü kararda, normal kural olan nitelikli çoğunluk yerine **oybirliğiyle** hareket edeceğini söylemiştir.

HAK'ta Benimsenen: Nihai Anayasa Metni. Anayasa'nın ortaya çıkış sürecindeki **Gruplar-Konvansiyon-HAK üçgeninde**, katılımın önce Grup, sonra da Konvansiyon'dan çıkışı böyleydi. Peki o zaman son soru olarak, neticede mevcut anayasal yapı içerisinde Anayasa'yı kabul edecek olan Hükümetler-Arası Konferans'ın bu konudaki kararına, yani ortaya çıkan ve onaya sürülen Anayasa'nın bu konuda neyi/neleri benimsediğine bakmak gerekir. Aslında bu, aynı Şart'ta olduğu gibi, bir anlamda cevabı belli bir sorudur. Antlaşma reformu için toplanan HAK, ufak tefek değişiklikler dışında Konvansiyon'un hazırladığı taslak metni, aynen kabul etmiştir. Katılım noktasında da, Konvansiyon'un benimsediği düzenlemeler, (madde numaraları biraz değişmek suretiyle)[821] iki fark dışında aynen HAK'ta da benimsenmiş ve Resmi Gazete'de yayınlanıp onaya çıkan nihai Anayasa metninde yer almıştır. HAK'ın farklılaştırdığı iki husustan biri, Bakanlar Konseyi'nin oybirliği yerine, diğer normal uluslararası anlaşmalar gibi, **''nitelikli çoğunlukla''** hareket edebilecek olmasıdır. İkinci olarak ise, Birliğin katılım için girişimde bulunacağı (''*shall seek accession*'') şeklindeki ifade, Birliğin Sözleşme'ye katılacağı (''*shall accede''*) şeklinde değiştirilmiştir.[822] Böylece, *2/94 sayılı Görüş* ile kapatılan kapı, bu sefer, bir yetkinin (ehliyet) ötesinde, bir yükümlülük olarak *AB Hukukuna* girmiş olmaktadır.[823]

Anayasa'da ayrıca katılıma dair birtakım ek metinler de mevcuttur. Bunlardan biri, Birliğin AİHS'ye katılımına dair **I-9/2 maddesine ilişkin Protokol**'dür.[824] Bu Protokol'ün amacı, 2 numaralı Çalışma Grubu'nun yukarıda yer verdiğimiz katılıma dair birtakım meselelere ilişkin ortaya koyduğu fikirleri, bağlayıcı biçimde Anayasa'ya aktarmaktır. Üç maddelik Protokol'e göre; öncelikle, *katılım için akdedilecek anlaşma,*

---

[820] ''*Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution*.''

[821] I-7, I-9; III-227 ise, III-325 olmuştır.

[822] Bunun ''katılmak için girişimde bulunur/çaba sarf eder''den daha kesin bir ifade olduğu söylenebilir. Artık, yükümlülük, katılıma yönelik çaba sarf etmekten, bizzat katılımı gerçekleştirmeye yükseltilmiştir. Aynı doğrultuda bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.282.

[823] Bu hükmün (ve daha sonradan Lizbon'da da kabul edilecek aynı doğrultudaki hükmün) AB'ye, diğer uluslararası sözleşmelere (*ICCPR* gibi) de taraf olma konusunda genel bir yetki verip vermediği tartışmaları için bkz.: **Ibid.** p.285.

[824] **Protocol Relating to Article I-9(2) of the Constitution on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**

özellikle, Birliğin AİHS organlarında yer almasına ilişkin özel düzenlemeler ve üçüncü ülkeler ile bireylerin yaptıkları başvuruların (açtıkları davaların) doğru biçimde Üye Devlete mi Birliğin kendisine mi yöneltilmesini sağlayacak mekanizmalar olmak üzere, Birliğin ve Birlik Hukukunun özel niteliklerinin muhafaza edilmesine dair hükümleri barındıracaktır (Protokol m.1). Ayrıca yine *akdedilecek anlaşma, katılımın Birlik ve Üye Devletlerin yetkilerini ve Üye Devletlerin Sözleşme'ye ilişkin bireysel pozisyonlarını (çekince ve istisnalar vs.) etkilememesini temin edecektir* (Protokol m.2). Son olarak, *katılım için yapılacak anlaşma, hiçbir şekilde, Anayasa'nın III-375/2 hükmüne (Üye Devletlerin Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasına dair herhangi bir uyuşmazlığı, Anayasa'da öngörülenlerden farklı bir çözüm yoluna taşımama yükümlülükleri) halel getirmeyecektir* (Protokol m.3). Bu minvalde ikinci ek metin de, **Anayasa'nın I-9/2. maddesine dair Deklarasyon**'dur.[825] Bu Deklarasyon'da da, *katılımın Birlik Hukukunun özel niteliklerini muhafaza edecek bir tarzda gerçekleştirilmesi gerektiği* vurgulanmış; ayrıca, *Divan ile AİHM arasında halihazırda düzenli bir diyaloğun işlediği ve bu diyaloğun katılım halinde güçlendirilebileceği* vurgusu yapılmıştır.

2.3.6.6. Anayasa'nın Ölümü, Lizbon ve Gelinen Nokta

Kağıt üzerinde durum bu olmakla birlikte, Anayasa'nın akıbeti konusunda olanları biliyoruz. Anayasal Antlaşma'nın, yürürlüğe girmesi için tamamlanması gereken ulusal onaylanma safhasında, onaylar devam ederken, önce Fransa ve hemen ardından da Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmesinin ardından, onay prosedürü askıya alındığı için, bir anlamda bitkisel hayata girdiğine; akabinde öngörülen bekleme dönemi sonucunda karşımıza yeni bir reform antlaşmasının çıkmasıyla da gerçek anlamda öldüğüne (yani anayasa projesinin sona erdiğine) yukarıda değinmiştik. Yine yukarıda, Anayasa'nın bir anlamda ruhunun – özellikle konumuz olan insan haklarının korunması bakımından – bu yeni reform antlaşmasında yaşatıldığını da söylemiştik. Bu süreçte, yeni reformun nasıl yapılacağı konusunda farklı farklı düşünceler ortaya atılmış ve netice, bilindiği üzere, anayasanın terk edilip yola yeni bir kurucu antlaşma reformuyla devam etmek olmuştu. Ancak, gerek Anayasa'nın hazırlanması aşamasındaki Konvansiyon ve Anayasa'yı kabul eden Hükümetler-Arası Konferans çerçevesinde,

[825] **Declaration on Article I-9(2)**

gerekse bu düşünme süresi (*reflection period*) sürecindeki tartışmalarda, ister halihazırdaki gibi bir Anayasa, ister eskisi gibi klasik Antlaşma reformu şeklinde olsun, her türlü ihtimalde, bu iki konu (*Şart'ın bağlayıcılığı* ve *AİHS'ye katılım*) üzerinde, akademik çevrelerde ve asıl önemlisi de, ''*Antlaşmaların Efendisi*'' konumunda olan Üye Devletler nezdinde, nispeten bir uzlaşının olduğunu da ifade etmiştik.[826]

Bu süreçte yeni bir kurucu antlaşma reformu olarak ortaya çıkan Lizbon'un hangi aşamalardan geçtiğini ve nasıl kabul edilip yürürlüğe girdiğini, yukarıda Kurucu Antlaşmalar bahsinde etraflıca inceledik. Bu sürecin bizi AB'nin AİHS'ye katılımı bakımından alakadar eden kısmına baktığımızda, hatırlanacağı üzere, Liderler tarafından yeni bir reform antlaşmasının çerçevesinin çizildiği metinde, bazı hususların (içinin doldurulması mümkün olacak şekilde) genel çerçevede yetkiler verilmek suretiyle düzenlendiğini; bazı hususların ise, metni hazırlayacak olanlara herhangi bir hareket alanı bırakmayacak kesinlik ve netlikte tasrih edildiğini; bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerin[827] de, bu ikinci usulde belirlendiğini tekrardan ifade edelim. Bu anlamda, yeni antlaşmada (Lizbon), yine (rastlantı sonucu) **6. madde** olarak karşımıza çıkacak hükmün, daha bu aşamada (bir anlamda) yazımının yapıldığını ve ne antlaşma metninin yazımını yapacak olanlar ne de nihai karar için toplanacak HAK'a, bu noktada bir söz hakkı bırakılmadığını görmekteydik. Bu kesin yetki kuralına göre, Birliğin AİHS'ye katılımı, Birlik adına bir yükümlülük olarak öngörülmekteydi.[828]

Lizbon'un Getirdiği Düzenleme

Nihai noktada Antlaşmalarda meselenin nasıl düzenlendiğine bakarsak, Lizbon ile tadil edilen AB Antlaşması'nın **6. maddesinde**, *Birliğin AİHS'ye katılacağı ve bu*

---

[826] Yine bu süreçte, Lizbon'dan önce Parlamento'nun Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin Mart 2008'de hazırladığı katılımla ilgili rapor da önemlidir (**The Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights**, Report – Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Marie-Louise Bemelmans-Videc, 18 March 2008, Doc.11533). Rapor, katılımı şiddetle desteklemekte ve daha öncekiler gibi, katılımın teknik yönleri, dikkat edilmesi gerekli hususlar, takip edilmesi gerekli prosedür gibi konularda Parlamento'nun fikrini ortaya koymaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, katılım anlaşması için Parlamento'nun ''onayının'' alınacağını düşünürsek, Parlamento'nun bu süreçteki ''fikirleri'', hiç şüphesiz önemlidir.

[827] Anayasa ortadan kalktığına göre, Nice sonrası **mevcut AB Antlaşması'nın** temel haklara ilişkin **meşhur 6. maddesinde** yapılacak değişikliklerle ilgili düzenlemeler...

[828] Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu, özellikle AB'de insan hakları koruması adına çok önemli bu iki meselenin şimdiden karara bağlanarak ileride bir kazaya kurban gitmesinin önlenmesi adına oldukça önemli bir stratejiydi.

katılımın Birliğin Antlaşmalarda belirlenmiş yetkilerini etkilemeyeceği söylenmiştir.[829] Katılıma dair imzalanacak anlaşmanın prosedürü noktasında ise, Anayasa'ya göre bazı farklılıklar mevcuttur. ***Parlamento'nun onayının*** alınması (yeni *ABİA m.218/6, a*) dışında (ki bu, Anayasa'da da böyleydi), ***Bakanlar Konseyi'nin (nitelikli çoğunluk yerine) oybirliğiyle*** hareket etmesi aranmış (ABİA m.218/8)[830] ve ayrıca ilave bir prosedürel gereklilik olarak, ***katılım anlaşmasının tüm Üye Devletlerde kendi anayasal sistemleri uyarınca onaylanması*** öngörülmüştür (ABİA m.218/8). Bunların dışında, Lizbon'da da, (Anayasa'daki gibi) Antlaşma hükmüne *ek metinler* görmekteyiz. Bunlardan biri, Birliğin AİHS'ye katılımına dair **8 numaralı Protokol**;[831] diğeri de, **AB Antlaşması'nın 6/2. maddesine dair Deklarasyon**'dur.[832] Her iki metin de, içerikleri itibariyle yukarıda yer verdiğimiz Anayasa'ya ek Protokol ve Deklarasyon ile tamamen aynıdır.

Böylece bağlayıcı bir hukuki metin haline gel(e)meyen Anayasa'dan sonra bağlayıcı olan ve artık *AB Hukukunu* anayasal anlamda şekillendiren Lizbon ile, yeni bir döneme girilmiş olmaktaydı. Artık, Birlik cephesinden, katılım yönünde 2/94'ün kapattığı kapı açılmış ve açılmanın da ötesinde bir yükümlülük olarak Birlik organlarına yüklenmiştir. Bundan sonrası, önce, Avrupa Konseyi cephesinde de katılımın hukuki zemininin tesis edilmesi; ardından da, artık katılım müzakereleri çerçevesinde cereyan edecek bir süreçtir.

---

[829] ''*The Union shall accede to the European Conv*. ...'' Bu, Anayasa'nın (nihai metin olarak) benimsediği ile aynıdır.

[830] Hatırlanacağı üzere, Anayasa'yı hazırlayan Konvansiyon, bu konuda oybirliğini aramış; ancak metne nihai şeklini veren HAK, oybirliğini nitelikli çoğunluğa çevirmişti. Doktrinde Jacgué, bunun Danimarka'nın isteği üzerine geldiğini söylemektedir. Danimarka Hükümeti, Lizbon için bir referandum yapmaktan ısrarla kaçındığı için, halkına, ''nitelikli çoğunlukla'' AB'nin yetkilerinin genişletilmesinin mümkün hale getirildiği imajını vermemek adına, böyle bir düzenlemede ısrar etmiştir. Ancak yazarın da belirttiği gibi, 6. maddenin, katılımın böyle bir yetki genişlemesine yol açmayacağını açıkça söylemesi karşısında, halen daha böyle bir kaygının ne kadar geçerli ve ''samimi'' bir kaygı olduğu, haklı olarak sorulabilir. Jacqué, **op.cit**, p.996.

[831] *Protocol (No 8) Relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*

[832] *Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union*

2.3.6.7. Avrupa Konseyi Cephesinde Katılımın Hukuki Zemininin Oluşturulması[833]

Katılım, elbette ki tek taraflı bir hadise değildir. Burada bir uluslararası hukuk süjesi olarak AB'nin başka bir uluslararası hukuk süjesi olan Avrupa Konseyi'nin bir sözleşmesine taraf olması söz konusudur. Yukarıda ele aldığımız süreç, meselenin AB'ye bakan boyutudur; peki Avrupa Konseyi cephesinde katılıma ilişkin hukuki durum nedir? Avrupa Konseyi'ne veya 200'ü aşkın sözleşmesine kimler taraf olabilmektedir? Veya daha spesifik sorarsak, uluslararası örgütler, hatta daha da indirgersek AT/AB, Konsey'e veya sözleşmelerine taraf olabilmekte midir? Belki de soruyu tam isabet ettirebilmek adına şöyle sormak gerekir: AİHS sistemi bakımından, AB'nin AİHS'ye taraf olması mümkün müdür; değilse nasıl imkan dahiline getirilebilir?[834] İşte Divan'ın 2/94 sayılı Görüşü ile Anayasa ve Lizbon süreci, bu sorunun AB adına – farklı boyutlardan – cevaplanmasıydı. AİHS'nin, üyeliği sadece Konsey üyelerine (dolayısıyla da devletlere) hasreden eski hali ile bunu revize eden 14 No'lu Protokol de, bu sorunun Konsey cephesinden – yine farklı boyutlardan – cevabıdır

İhtimaller. Öncelikle katılım, Konsey'e değil sadece AİHS'ye olacağından, meseleyi bu çerçevede incelemek gerekir.[835] Bilindiği gibi, 14 No'lu Protokol'le değiştirilmeden önce, AİHS'nin üyeliği düzenleyen 59/1. maddesi, ***Sözleşme'nin Avrupa Konseyi üyelerinin katılımına açık olduğunu*** söylemekteydi. Konsey üyeliği

---

[833] Bu noktada hukuki zemin meselesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, elbette, AB'deki kadar olmasa da, Avrupa Konseyi bünyesinde de, katılım bağlamında birtakım gelişmeler (raporlar, kararlar, çalışmalar, gruplar vs.) yaşanmıştır. Örneğin, Avrupa işbirliğinin geleceğine dair Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 1984'te kurulan (bkz.: **Future of European Co-operation – General Policy of the Council of Europe**, Recommendation No:994, June 1986) **Kolombo Komisyonu (Commission of Eminent Statesmen)** ve onun Haziran 1986'da hazırladığı rapor (**Colombo Report**); 1993'te Viyana'da gerçekleştirilen ilk Avrupa Konseyi Zirve toplantısının sonuç bildirgesi; keza yine Parlamenterler Meclisi'nin 2002 tarihli kararı (**The Council of Europe and the New Issues Involved in Building Europe**, Recommendation No:1578, 2002) ve Lüksemburg eski Başbakanı Jean-Claude Juncker'in hazırlayp Nisan 2006'da Parlamenterler Meclisi'ne sunduğu rapor (**Juncker Report,** http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf, Erişim Tarihi: 10.3.2015), bu süreçte, Avrupa Konseyi adına katılım bağlamında yapılan temel çalışma ve girişimlerdir. Joris, Vandenberghe, **op.cit**, p.37.

[834] Bu konulara yukarıda değinmiştik (bkz.: supra s.340). Konsey'in bazı sözleşmelerinin ''Avrupa hükmü'' ile AB'nin de katılımına açıldığını; halihazırdaki (2014 sonu itibariyle) 223 metninden 54 tanesinin böyle olduğunu; bu 54'ünün de 15 tanesini AB'nin halihazırda (2014 sonu itibariyle) imzalayıp 11 tanesi için onay prosedürünü de tamamladığını; öte yandan, AB'nin böyle bir katılım halinde, ilgili Sözleşme organlarında nasıl temsil edildiği gibi meseleleri, yukarıda örneklerle açıklamıştık.

[835] Bunun dışında, konuya bir hazırlık olması açısından AT/AB ile Konsey arasındaki ilişkilerin tarihsel geçmişine yukarıda kısaca değinmiştik.

ise, Konsey Statüsü'nün 4. maddesi ile ''devletlere'' hasredilmiştir. O halde, şu durumda AB'nin AİHS'ye taraf olması hukuken mümkün değildir. İşte bunu hukuken imkan dahiline almak için, iki şeyden birini yapmak gerekmekteydi: Ya Konsey Statüsü'nü değiştirip, uluslararası örgütlerin (veya özel olarak AB'nin) Konsey üyesi olabileceğini öngörmek veya AİHS'yi değiştirip Konsey üyesi olmadan da AİHS üyesi olabilmenin yolunu açmaktı. Ancak başlarken de belirttiğimiz gibi, tarihsel süreç içerisinde bu yönde birkaç dillendirme olsa da, ''katılım''dan maksat, Avrupa Konseyi'ne değil, ***yalnızca AİHS'ye katılım*** olarak anlaşıldığı için, burada ilk ihtimalin pek bir geçerliliği yoktu; zira bu kulübe girmek isteyen (AB), kulübün tamamına değil, bir branşına girmek istemekteydi.[836] AB Komisyonu'nun 79 memorandumu ile başlayıp Divan'ın 2/94 sayılı Görüşü ile devam eden süreçte de, hep bu çerçevede yetki ve uygunluk meselesi tartışılmıştı; Lizbon sonrası da AB'ye bu noktada yetki verildi. O halde, geriye tek ihtimal kalıyordu: AİHS'yi değiştirip, Konsey üyelerinden başka aktörlerin de üyeliğine veya özel olarak AB'nin taraf olmasına imkan tanımak.[837] Bunun ise, Sözleşme'de değişiklik yapan bir Protokol ile olması, zaten tek geçerli yoldu. Bu, 14 No'lu Protokol ile yapıldı.

14. No'lu Protokol ve AB'ye Katılım Yolunun Açılması

AB'nin Sözleşme'ye (Konsey üyesi olmasına gerek olmaksızın) katılmasına imkan veren düzenleme, 13 Mayıs 2004'te imzalanan ve1 Haziran 2010'da yürürlüğe giren 14 No'lu Protokol'le yapılmıştır.[838] Protokol'ün 17. maddesi ile, Sözleşme'nin ''imza

---

[836] Yani AB'nin zaten Konsey üyesi olmak gibi bir düşüncesi yoktu. Dolayısıyla Konsey cephesinde böyle bir değişiklik yapmak (yani AİHS'ye taraf olabilmek için Konsey üyeliği şartını aramaya devam etmek, fakat Konsey üyeliğinin şartlarını değiştirip AB'nin de üyeliğine imkan tanımak), zaten daha baştan anlamsız bir girişim olurdu.

[837] Bunun, AİHS' için bir yenilik olsa da, Avrupa Koneyi için yeni bir şey olmayacağını; zira bugüne kadar AT/AB'nin, Konsey'e üye olmadan onlarca Konsey belgesine taraf olduğunu yukarıda belirtmiştik.

[838] Protokol kabul edildiğinde (Mayıs 2004), AB cephesinde gündemde, anayasa tartışmaları vardı; ancak henüz resmen bir anayasa yoktu (Anayasa, resmen Ekim 2004'te imzalanacaktır). Ancak ortada ''resmen'' bir anayasa olmasa da, Anayasa'yı hazırlamakla görevlendirilmiş olan Konvansiyon, Anayasa taslağını nihai kararı verecek olan HAK'a sunmuş ve böylece katılımın AB açısından çerçevesi çizilmişti. Gerçi sonradan Anayasa'nın akamete uğraması üzerine süreç bir miktar geciktiyse de, yerine gelen Lizbon da, zaten katılımı tartışmasız benimseyecekti. Protokol yürürlüğe girdiğinde ise (Haziran 2010), artık ortada Lizbon vardı (2009 Aralık). Bu yönüyle, katılımın hukuki zemininin oluşturulması çalışmaları, önce AB'de başlamış ve somutlaşmış (Anayasa ile); sonra, Anayasa'nın akamete uğraması dolayısıyla, hukuken ilk adımı atan Avrupa Konseyi cephesi olmuş (14 No'lu Protokol ile); ancak nihai noktada bu sefer de Protokol'ün yürürlüğe girişi için 6 yıl beklenmesi dolayısıyla (ki bunun Rusya'nın muhalefetinden kaynaklandığına yukarıda değinmiştik) yine hukuken bağlayıcı olarak katılım, ilk AB cephesinde (Lizbon ile) temellendirilmiştir. Bir ek bilgi olarak belirtmek gerekirse; Protokol, 19. maddesi

ve onay'' başlıklı 59. maddesine, ''*Avrupa Birliği, işbu Sözleşme'ye katılabilir*''[839] şeklinde bir fıkra eklenmiştir.[840] Görüldüğü gibi, Konsey cephesinde de, ilk adım olarak sadece katılımın hukuki zemininin tesisi ile yetinilmiş; daha öte bir düzenleme yapıl(a)mamıştır.[841]

---

uyarınca, Sözleşme'ye üye tüm Devletlerin onayını takip eden 3 aydan sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girecekti. (İlk imzalandığında, Protokol'ün 2 yıl içinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştü; Ali Rıza Çoban, ''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkeme'nin İş Yükü Derdine Deva Olur mu?'', **AÜHFD**, Cilt:54, Sayı:2, 2005, s.319). Rusya hariç 46 Konsey üyesi, Protokol'ü 2004-2006 yılları arasında onaylamıştır. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi, Rusya, Protokol'ün bazı hükümlerine uzun süre muhalefet etmiş ve metni, ancak 18 Şubat Şubat 2010'da onaylamıştır. Protokol, böylece, 1 Haziran 2010'da yürürlüğe girebilmiştir.

[839] ''*The European Union may accede to this Convention*.''

[840] Belirtelim ki, bu Protokol'ün esas amacı, Sözleşme'nin yargısal denetim ve icra mekanizmasında etkinliği ve hızı artırmak adına reform yapmak olup, AB'nin katılım meselesi de, bir maddeyle metnin içinde kendine yer bulmuştur. Ana Sözleşme'yi tadil eden 22 maddelik Protokol'ün 17 maddesi, AİHS'nin çeşitli maddelerinde değişiklik yapmakta; kalan 5 madde ise, Protokol'ün yürürlüğü ve uygulanmasını ilgilendirmektedir. Özetle, Mahkeme'nin daha etkin ve hızlı çalışmasını sağlamak amacıyla başvuruların kabul edilmesine dair yeni kriterler eklenmesi; birbirinin benzeri (*repetitive*) başvurular ile açıkça kabul edilemez bulunan başvurulara dair bir takım düzenlemeler getirilmesi; Bakanlar Komitesi'ne icra işlevi noktasındaki etkinliğini artırmak amacıyla Mahkeme'nin verdiği hükme uymayı reddeden Devlete karşı Mahkeme önünde dava açma yetkisinin verilmesi; yine Komite'ye, kararların icrası için alınması gerekli tedbirleri doğru biçimde belirleyebilmek adına, bir hükmün yorumlanmasını Mahkeme'den isteyebilme imkanı verilmesi; Mahkeme yargıçlarının tek seferliğine 9 yıl için seçilmesi gibi. Protokol hakkında ayrıntılı bir analiz için bkz.: Ali Rıza Çoban, **a.g.e.**, s.319-320.

[841] Protokol'e ilişkin açıklayıcı raporda, şimdilik sadece katılımın mümkün hale getirilmesinin söz konusu olduğu; ancak katılımı hukuki ve teknik açıdan da mümkün hale getirebilmek için ileride Sözleşme'de başka değişikliklerin de yapılması gerektiği; keza bu bağlamda ilgili uzmanlık komitesinin (*CDDH*) raporuna göre yapılması gerekli uyarlamaların Sözleşme'ye ek bir Protokol'le yahut taraflar arasında imzalanacak bir katılım anlaşmasıyla yapılabileceği; hatta raporun ikinci opsiyonu tercih etmesine rağmen, ilerisi için tüm alternatifleri açık tutmak adına, halihazırdaki Protokol'de bu yönde herhangi bir tercihi ortaya koyacak düzenleme yapılmadığı söylenmektedir (para.101). Yine açıklayıcı raporda; halihazırdaki Protokol'ün yazımı sırasında, katılıma dair böyle bir anlaşmayı imzalamak bir yana, müzakeresini başlatmanın dahi henüz mümkün olmadığı; zira henüz AB'nin hukuken buna yetkili olmadığı (Protokol'ün imzalandığı Mayıs 2004'te henüz AB adına ortada katılıma imkan veren bir yasal metin olmadığını tekrardan hatırlatalım); o itibarla henüz Sözleşme'de katılıma yönelik somut değişiklikler yapmak için erken olduğu; bunun da, ileriki bir Protokol veya anlaşma ile olabileceği söylenmiştir. **Explanatory Report**, http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

Ek Bilgi: *CDDH*, ''**İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi**'' olarak Türkçe'ye çevirebileceğimiz *Steering Committee for Human Rights* adlı birimin Fransızca adının kısaltmasıdır. 14 No'lu Protokol'ün kabul edilmesinden önce, Avrupa Konseyi cephesinde, Bakanlar Komitesi'nin uzmanlık birimi olan (ve ileride AB ile müzakereleri yürütmekle de görevlendirilecek olan) bu birim (*CDDH*), 2002 yılında, katılımın teknik ve hukuki yönlerine dair bir çalışmayı hazırlayıp Bakanlar Komitesi'ne sunmuştu (**Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights**, Report Adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53rd Meeting of 28 June 2002, DG-II (2002)006).

2.3.6.8. Katılıma Yönelik Müzakereler ve Bu Süreçte Yaşanan Diğer Gelişmeler: Lizbon ve 14 No'lu Protokol'den Taslak Katılım Anlaşması'na Kadarki Süreç

AB cephesinde Lizbon'un Aralık 2009'da yürürlüğe girmesinden sonra, AK cephesinde de, 14 No'lu Protokol'ün Haziran 2010'dan yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuki temeli sağlanan (ve hatta Lizbon ile AB adına bir yükümlülük olarak ortaya konan) katılım olayını gerçekleştirmek için, artık taraflar arasında katılımın nasıl olacağına ilişkin usul ve esasların görüşüleceği ve bir anlaşmayla hüküm altına alınacağı müzakere süreci başlamıştır. Önce **26 Mayıs 2010**'da[842] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bünyesindeki *CDDH*'ye, AB (organları) ile birlikte AİHS'te yapılması gerekli değişiklikleri ortaya koymak üzere geçici bir yetki vermiştir. AB tarafında da, (Adalet Bakanları formatında toplanan) Bakanlar Konseyi, **4 Haziran 2010**'da, Avrupa Konseyi organları ile müzakereleri yürütme konusunda Birlik Komisyonu'nu yetkilendirmiştir.[843] Böylece her iki taraf adına müzakere yetkilendirmelerinin tamamlanmasının ardından, taraflar arasında katılıma yönelik resmi görüşmeler, **7 Temmuz 2010** tarihinde başlamıştır.[844]

---

[842] Protokol, bu tarihte henüz yürürlüğe girmese de, son onayın da, Rusya'dan Şubat ayında gelmesi ile Haziran başında yürürlüğe gireceği kesinleştiği için, Konsey, kendi adına süreci başlatmıştır.

[843] 3-4 Haziran 2010 tarihlerinde Lüksemburg'da yapılan 3018. Konsey toplantısında kabul edilen müzakere yetki belgesi (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/114900.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014). Bundan önce, Komisyon, 17 Mart 2010'da, katılıma dair müzakere yönergelerini hazırlayıp kabulü için Bakanlar Konseyi'ne sunmuştu: **European Commission Acts to Bolster the EU's System of Protecting Fundamental Rights**; IP/10,291, Brussels, 17.3.2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-291_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi:3.1.2014. Doktrinde Douglas-Scott'ın verdiği bilgiye göre; Konsey'in Komisyon'u yetkilendirmesine ilişkin bu karar, **gizli** (*confidential*) olup, parlamentonun denetimine açık değildir. Bu da sürecin şeffaf ve kamuoyu denetimine açık olarak yürütülmediği eleştirilerine yol açmış; ve hatta İngiltere Parlamentosu'ndaki Avrupa Denetim Komitesi (*European Scrutiny Committee*) tarafından da sert biçimde eleştirilmiştir. Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.661.

[844] Bu süreçte, Lizbon'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra kabul edilen (yukarıdaki genel siyasi gelişmeler kısmında da yer verdiğimiz) **Stockholm Programı** ile ona dair **Eylem Planı**'nda da, katılımın acil bir mesele olduğu vurgulanmaktaydı. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle, AB Konseyi (Bakanlar Konseyi) tarafından 2010-2014 yılları için *adalet-özgürlük-güvenlik* alanındaki önceliklerin ortaya konması amacıyla kabul edilen 5 yıllık yol haritası niteliğindeki belgede (**The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens**; bkz.:supra dipnot: 666), AB'nin AİHS'ye ''hızlı'' biçimde katılımının kilit önemde olduğu vurgulanmakta ve Komisyon, aciliyet arz eden bir mesele olarak katılıma dair resmi önerisini hazırlayıp sunmaya davet edilmekteydi. Nitekim Komisyon da, kısa bir süre içinde (Mart 2010), yukarıdaki dipnotta yer verdiğimiz müzakere yönergelerini hazırlayıp Konsey'e sunmuştu. Ardından Komisyon'un hazırladığı bu programdaki önceliklerin uygulanmasına yönelik

Bunun üzerine *CDDH*, 15-18 Haziran 2010 tarihlerindeki toplantısında, katılıma dair bir metin hazırlamaları için 7'si AB'ye üye olan Avrupa Konseyi üyelerinden 7'si de AB üyesi olmayan Konsey üyelerinden gelecek 14 kişilik bir gayri-resmi çalışma grubu (*CDDH-UE*) kurmuştur. Bu grup, Temmuz 2010 ile Haziran 2011 arasında, (AB adına müzakereye yetkili olan) Avrupa Komisyonu ile 8 toplantı yapmış[845] ve bu toplantıların ardından ***Temmuz 2011'de*** bir katılım antlaşması taslağını (gerekçesi niteliğindeki açıklayıcı raporuyla birlikte) *CDDH*'ye;[846] *CDDH* de, bu metin temelinde hazırladığı nihai (taslak) metni, ***Ekim 2011'de*** Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne bir raporla sunmuştur.[847] Bakanlar Komitesi, gerekli incelemeleri yaparak, **Haziran 2012'de**, *CDDH*'ye, *47+1 formatında* bir geçici grup şeklinde AB ile müzakereleri yürütmesi ve katılımın usul ve esaslarına dair bir hukuki belgeyi gecikmeksizin sonuçlandırması yönünde (yeni) bir yetki daha vermiştir.[848]

---

yol haritasını ortaya koyan Eylem Planı'nda da, Konsey, müzakerelerin başlatılması için Komisyon'a yetki vermeye davet edilmişti. Bu yetki de, yine hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, Haziran 2010'da verilmişti. Yine bu süreçte, **Divan** da, katılımın çeşitli yönlerine dair bir tartışma belgesi hazırlamış ve müzakere sürecine katkıda bulunmuştur. Bkz.: **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**, Luxembourg, 5 May 2010, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

[845] Grup, bu süreçte, *CDDH*'ye, gelişmeler ve ortaya çıkan tartışmalı meseleler hakkında sürekli rapor vermiş; yine bu süreçte, sivil toplum temsilcileriyle de görüşlerini almak üzere iki kez bir araya gelmiştir. Toplantılar ve toplantılara ilişkin raporlar için bkz.: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports_en.asp, Erişim Tarihi: 3.3.2014. Bu süreçte ve bundan sonra, gerek sivil toplum kuruluşları gerekse AB üyesi olmayan Konsey üyesi Devletler, konuya dair hazırladıkları çalışma ve raporları da, *CDDH*'ye sunmuştur. Bunlar için bkz.: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/working_documents_EN.asp?, Erişim Tarihi: 3.3.2014. Keza Divan ile AİHM Başkanlarının 24 Ocak 2011'de ortaya koydukları tebliğ de, bu anlamda önemlidir. Tebliğde, iki Mahkeme'nin de, müzakere sürecinde görüşlerinin bilinmesinin önemli olduğu ve bu konulardaki diyaloglarını devam ettireceği söylenmiştir. Bkz.: Jacqué, **op.cit**, p.997.

[846] **Draft Legal Instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**, CDDH-UE(2011)16-Final Version, Strasbourg, 19 July 2011. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

[847] **Report to the Committee of Ministers on the Eloboration of Legal Instruments for the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**, CDDH(2011)009, Strasbourg, 14 October 2011, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_en.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

[848] **Decisions of the 1145th Meeting of the Ministers' Deputies**, 13 June 2012, 47+1(2012)001. bil, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2012)01_CM_Decision_BIL.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014. 47 rakamı, Konsey üyesi Devletleri, artı 1 de, Komisyon'u ifade etmektedir. *CDDH*, 75. toplantısında, bu grubun çalışma esaslarını belirlemiş;

Ardından, ***Haziran 2012 ile Nisan 2013*** arasında[849] *CDDH* (*Geçici Müzakere Grubu*) ile AB Komisyonu arasında 5 toplantı yapılmış;[850] nihayet ***5 Nisan 2013'te*** bir taslak ortaya çıkarılarak, taslak katılım anlaşması şeklinde *CDDH*'ye sunulmuştur.[851] Raporda, imzalanacak katılım anlaşmasının içeriği dışında önümüzdeki sürece dair de birtakım hususlara dikkat çekilmiş; bu bağlamda, öncelikle, bir katılım anlaşması imzalanmadan evvel, her iki taraf bakımından da tamamlanması gereken ''iç prosedürlerin'' (mesela AB adına Adalet Divanı'nın görüşünün alınması ve Bakanlar Konseyi'nin oybirliğiyle karar alması gibi) olduğuna vurgu yapılmıştır.

Şu An Neredeyiz –1?

Bu sorunun cevabı, yukarıda nerede kaldıysak, halihazırda da orada olduğumuzdur. Dolayısıyla bu soruyu, ''neredeyiz''den ziyade, ''bundan sonra ne yapılacak'' şeklinde sormak gerekir. Çünkü yukarıda nerede kaldıysak, şu an halen

---

ayrıca başkan olarak da, Norveç'ten Tonje Meinich'i atamıştır. Komisyon temsilcisi de, bu kararlara muvafakat vermiştir.

[849] Bu arada, AB adına nihai kararda onayı aranacak kurumlardan biri olan Avrupa Parlamentosu'nun da kendi çapında katılıma dair çalışmaları olmuştur. Mesela Parlamento, 19 Mayıs 2010'da, katılımın ''kurumsal'' yönlerine dair bir karar kabul etmiştir (**Institutional Aspects pf Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 2009/2241(INI); http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0184&language=EN&ring=A7-2010-0144, Erişim Tarihi: 5.3.2014). Kararda, katılımın faydaları, getirecekleri, AB'nin yetkilerini ve AB ile Üye Devletler arasındaki yetki dağılımını etkilemeyeceği gibi bilinen hususlar tekrarlanmış; ayrıca, kendisi ile Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi arasında bilgi paylaşımını koordine etmek üzere gayrı-resmi bir birimin kurulmasının da önemli olduğu vurgulanmıştır. Yine bu süreçte, 20 Kasım 2012'de, Avrupa Konseyi ile Avrupa Parlamentosu arasında katılıma yönelik bir çalıştay düzenlenmiş ve katılım meselesi tartışılmıştır (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Others_docs_en.asp, Erişim Tarihi:5.3.2014).

[850] Toplantılara dair raporlar için bkz.: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/working_documents_EN.asp?, Erişim Tarihi: 3.3.2014. Bu Grup da, bu süreçte sivil toplum temsilcileri ile üç kez görüş alışverişinde bulunmuştur.

[851] **Final Report to the CDDH**, 47+1(2013)008rev2, Strasbourg, 10 June 2013, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014. Bu arada belirtmek gerekir ki, raporun önerdiği metni, yukarıda taslak katılım anlaşması olarak ifade ettiysek de, aslında burada katılım anlaşması ile birlikte birkaç metnin daha söz konusu olduğu bir ''paket''ten bahsetmek daha doğru olur. Bu paketin içinde, başta **bir katılım anlaşması (taslağı)** olmak üzere; **AB adına bir deklarasyon** (taslağı); **AB'nin taraf olduğu davalara ilişkin olarak AİHM kararları ile dostane çözüm kararlarının icrası bakımından Bakanlar Komitesi Kuralları'na eklenecek bir hüküm** (taslağı); **model bir mutabakat zaptı** (taslağı) ve **Katılım Anlaşmasına ek bir Açıklayıcı Rapor/Gerekçe** (taslağı), yer almaktadır. Rapora göre, bunlar bir bütün olup; katılım için de hepsi eşit şekilde gereklidir.

oradayız. Bilindiği gibi, ***katılım, bir katılım anlaşmasının imzalanması ve bunun da yürürlüğe girmesi ile gerçekleşecektir***. Önce katılım anlaşmasının imzalanması noktasından başlarsak; son olarak sunulan taslak katılım anlaşmasında (daha doğrusu katılım için gerekli metinlerin olduğu pakette), bir katılım anlaşması imzalanmadan evvel, her iki taraf bakımından da, tamamlanması gereken ''iç prosedürlerin'' olduğunu; bu bağlamda, AB bakımından, böyle bir imzadan önce, Adalet Divanı'nın görüşünün (anlaşmanın Kurucu Antlaşmalara uygunluğu noktasında) alınması ve Bakanlar Konseyi'nin de imzaya dair oybirliğiyle bir karar alması gerektiğinin söylendiğini hemen yukarıda belirtmiştik. Bundan sonra ise, her iki örgütün de kendi ''anayasal'' gereklilikleri uyarınca, anlaşmanın imzalanması (ve ardından da yürürlüğe girmesi) söz konusu olacaktır. Yukarıda bıraktığımız yer olan **Haziran 2013'ten** bu yana bu konuda henüz kayda değer bir adım atılmış değildir.[852]

AB Adına Yaşanacak Süreç. Bu noktada, anlaşmanın AB adına imza aşamasına gelene kadarki süreçte yapılması gerekenler (neticede bu da bir uluslararası anlaşma olacağından), **ABİA'nın 218. maddesinde** düzenlenmiştir. Bu noktada, müzakerelerin başlatılması aşamasının geçtiğini düşünürsek, önümüzde bizi bekleyen süreç şöyle özetlenebilir:

- *Adalet Divanı'nın görüşünün alınması.* Yukarıda 2/94 sayılı Görüş bağlamında buna değinmiştik. Maastricht döneminde geçerli olan sistem, Lizbon sonrası dönemde de (*ABİA m.218/11*) mevcuttur. Yani Konsey, bir Üye Devlet, Parlamento veya Komisyon, öngörülen bir anlaşmanın Kurucu Antlaşmalarla uyumlu olup olmadığı konusunda Divan'dan görüş alabilirler ve Divan'ın konuya ilişkin görüşü olumsuz olursa da, söz konusu anlaşmanın kendisinde veya Kurucu Antlaşmalarda değişiklik yapılmadan, anlaşmanın imzalanması mümkün değildir. Daha önceden de söylediğimiz gibi, bu, başvurulması zorunlu olmamakla birlikte, başvurulduğu takdirde sonuçları açısından bağlayıcı bir

[852] Aslında bir adım atılmış; ancak bu adım, süreci ileriye götürmeyi başaramamış; hatta bir yönüyle geriye bile götürmüştür. AB Komisyonu, ***Temmuz 2013'te*** görüş için Adalet Divanı'na başvurmuş; Divan da, yaklaşık 1.5 yıl sonra ***Aralık 2014'te*** görüşünü açıklamıştır (*Opinion, 2/13*). Görüş'e göre, ***halihazırdaki katılım anlaşması, AB Hukukuyla (Lizbon sonrası Kurucu Antlaşmalarla) uyumlu değildir***. 18 yıl önce (2/94 sayılı Görüş ile) daha ''yetki''de problem çıkaran ve dolayısıyla katılımı içerik olarak AB Hukukuna uygunluk yönünden incelemeyen Divan, Lizbon'daki anayasal yetki hükmü karşısında bu sefer yetkiye değil; fakat katılımın (halihazırdaki katılım anlaşması ile alacağı) mevcut şekline takılmıştır. Divan'ın gerekçelerine ve kararın aldığı tepkilere, aşağıda değineceğiz; ancak hemen burada söylenmesi gereken bir şey var ki, o da, sürecin bıraktığımız yerde kaldığıdır. Hatta Görüş doğrultusunda ortaya yeni bir katılım anlaşması taslağı konması gerekeceğinden, bıraktığımız yerden daha geriye gittiğimiz dahi söylenebilir.

mekanizmadır. Ayrıca işletilmesi bağlayıcı olmasa da, böyle bir Görüşün alınması, neredeyse Birlik içinde bütün kurumlar ve birçok Üye Devlet tarafından önerilmektedir. Fakat bu sefer, 94'tekinin aksine, Divan, Birliğin katılım yetkisi üzerinde değil; ortada somut biçimde çıkan katılım anlaşmasının Kurucu Antlaşmalara uygunluğu üzerinde çalışacaktır.[853] Yukarıda değindiğimiz gibi, aslında halihazırda bu süreç işletilmiş; ancak Divan'ın olumsuz görüş bildirmesi dolayısıyla süreci ilerletememiştir. Görüş doğrultusunda hazırlanacak yeni katılım anlaşması taslağı ile bu aşama tekrardan yaşanacaktır.[854]

- Konsey (Bakanlar Konseyi), müzakereciden (Komisyon) alacağı rapor üzerine anlaşmanın imzalanması yetkisi veren bir karar alacaktır. Hatırlanacağı üzere, Konsey'in bu kararı ''oybirliğiyle'' alması gerekmektedir.[855]
- Ardından Avrupa Parlamentosu'nun ''onayının'' alınması gerekecektir.[856]
- Bunun akabinde, Konsey, müzakereciden (Komisyon) gelecek rapor üzerine, yine oybirliğiyle, bu sefer anlaşmanın nihai olarak akdedilmesine (*conclusion of the agreement*) dair bir karar alacak ve anlaşma da böylece akdedilmiş olacaktır (ABİA m.218/6).
- Bundan sonra ise, anlaşmanın yürürlüğe giriş süreci başlayacaktır. ABİA m.218/8, 2, 2 uyarınca, bu katılım anlaşmasının, Üye Devletlerin her birinin ''anayasal'' usullerine göre onaylanması gerekmektedir. Buna göre, her bir Üye

---

[853] Hatırlanacak olursa, 2/94 sayılı Görüşünde Divan, ortada bir katılım anlaşması, hatta katılıma yönelik bir müzakere başlatma kararı dahi olmamasına rağmen, görüş talebini kabul edilebilir bularak incelemiş; ancak AB'nin yetkili olup olmaması meselesinin ötesinde, ortada bir katılım anlaşması bulunmadığından, katılımın kendisinin Kurucu Antlaşmalara uygun olup olmadığını incelemesinin mümkün olmadığını söylemişti. Bu sefer, hiç şüphesiz (taslak katılım anlaşmasıyla ortaya konacak olan) katılımın esasını inceleyecektir.

[854] Bu satırları ilk yazdığımızda, Divan, henüz görüşünü bildirmemişti. Biz de, burada bir kanaat olarak, süreç, Divan ile koordineli biçimde yürütüldüğü ve Divan'ın taslak katılım metinlerinin çıkmasında görüşlerinin dikkate alındığını düşündüğümüzde, bu konuda ufak tefek ayrıntılar dışında, büyük bir problemle karşılaşılmasının beklenmediğini belirtmiştik. Ancak ortaya çıkan Görüş, pekçokları gibi bizi de bu anlamda yanıltmış oldu.

[855] Konsey, bir uluslararası anlaşma sürecinde alacağı tüm kararları (müzakerelerin açılması, müzakere çerçeve belgelerinin kabulü, imza yetkisinin verilmesi ve anlaşmanın nihai olarak akdedilmesi), kural olarak nitelikli çoğunlukla alırken; bazı anlaşmalar için oybirliğine ihtiyaç vardır. Katılım da, *ABİA m.218/8, 2, c.2* hükmü uyarınca oybirliğine tabi olan alanlardandır.

[856] Parlamento'nun bir uluslararası anlaşmanın akdedilmesi sürecindeki yetkisi de, kural olarak ''görüş bildirmektir'' (yani kendisine ''danışılır''). Ancak bazı hallerde Antlaşma (ABİA), Parlamento'nun onayını aramaktadır. Katılıma ilişkin akdedilecek anlaşma da, ''onay''ın arandığı konulardan biridir (ABİA m.218/6, a, ii). Belirtelim ki, Parlamento bu onayı, basit çoğunlukla (kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğu) vermelidir (ABİA m.218/6). Ancak Parlamento'nun bu işin en sıkı destekçilerinden biri olduğu ve bazı Üye Devleter ve Divan gibi ''kaprisleri'' olmadığını düşündüğümüzde, Parlamento'dan bu kararın çıkmasında problem yaşanmayacağını söyleyebiliriz.

Devlet, bir uluslararası anlaşmayı kendi anayasal sistemi uyarınca nasıl onaylıyorsa, o şekilde katılım anlaşmasını da onaylaması gerekecektir.[857]

Avrupa Konseyi Adına Yaşanacak Süreç. Bıraktığımız yer olan Haziran 2013'ten sonra katılımın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için Avrupa Konseyi cephesinde yaşanacak süreç, yukarıdaki kadar karışık değildir, ama en az onun kadar uzun sürecek bir süreçtir. İlk önce Bakanlar Komitesi, hem Parlamenterler Meclisi'nin hem de AİHM'nin konuya dair görüşünü alacak; ondan sonra ise, söz konusu katılım belgelerini (katılıma ilişkin ''paketi'') kendi usulünce kabul edecektir. Bundan sonra ise, tüm Avrupa Konseyi metinlerinde olduğu gibi, bu belgeler için de, Konsey üyesi 47 Devlet bakımından **imza** (*signature)* ve **onay** (*ratification*) süreci başlayacaktır.[858]

Şu An Neredeyiz – 2?

Bu soruyu ikinci kez soruyoruz. Öncelikle, belirtelim ki, akademik ve siyasi çevrelerce, bu, taslak metinlerin ortaya çıktığı tarih olan 2013 Haziran'dan itibaren, her şey yolunda giderse, en az 3-4 yıllık bir süreç olarak öngörülmekteydi.[859] Nitekim bu satırların yazıldığı 2014 sonu itibariyle yukarıdaki sürecin hiç bir parçasında ilerleme kaydedilememiş olması, bu sürenin bizce daha da uzayacağını göstermektedir. Hatta Adalet Divanı'nın olumsuz görüşü ve buna bağlı olarak katılım anlaşması taslağının revize edilmesi gerekliliği dolayısıyla bir anlamda sürecin – başa dönmese de –

[857] Belirtelim ki, bu, AB Hukuku içinde – Kurucu Antlaşmalarda yapılacak reformları saymazsak – sadece ''katılım'' için öngörülmüş bir (ilave) uluslararası anlaşma prosedürüdür. Bu noktada, Üye Devletlerin her birinin zaten Avrupa Konseyi üyesi olduğunu ve aşağıda göreceğimiz üzere, Konsey adına yürütülecek akdetme ve yürürlük sürecinde zaten hepsinin, kendi anayasal usullerine göre imzalaması gerektiği düşünüldüğünde, aynı Devletlerin (hem de Bakanlar Konseyi'nin oybirliğiyle hareket ettiği ve Parlamento'nun da onayını verdiği bir anlaşma için) bir de AB Üyesi Devletler olarak ulusal onay aşaması geçirmelerinin aranması, ilginç bir durum olmuştur.

[858] Hemen yukarıdaki notta da belirttiğimiz gibi, böylece, AB Üyesi Devletler (şu an için 28 ülke), hem AB cephesinde, hem de Avrupa Konseyi cephesinde bir ''ulusal'' (anayasal) onay süreci daha geçirecektir.

[859] Bkz.: Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin konu hakkında sık sorulan sorulara dair hazırladığı metin (**Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to Frequently Asked Questions**, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Accession_documents/EU_accession-QA_updated_2013_E.pdf, Erişim Tarihi: 5.3.2014). 30 Nisan 2013 tarihli belgede, bu sürecin en az 3 yıl süreceği öngörülmüştür (p.7).

durmaktan da öte geriye gittiği dahi söylenebilir.[860] Peers'in de belirttiği gibi, Divan, yaklaşık on hususta itirazlarını sıralamıştır. Bu itirazlar giderilmeden katılımın gerçekleşmesi, Divan görüşünün AB anayasal düzenindeki hukuki etkisi dolayısıyla mümkün değildir. Bu itirazların giderilmesi içinse, AB, Konsey cephesi (yani 47 ülke) ile tekrardan müzakere etmek zorundadır. İşin kötüsü, Divan'ın bu noktalardaki itirazları ''net'' olduğuna göre, bunların yerine getirilmesi gerekliliği karşısında, bunun ne kadar bir '''müzakere'' olacağı; böyle bir ''zorunlu'' ''müzakere''ye Konsey'in AB dışı üyelerinin ne kadar sıcak bakacağı da, şüphelidir. Nisan 2013'te ortaya çıkan katılım anlaşması taslağının üzerinde uzlaşının nasıl zor sağlandığı düşünüldüğünde, önümüzdeki süreçte bu noktaların – hepsi olmasa da – bazıları üzerinde uzlaşının gerçekleştirilmesinin pratikte neredeyse imkansız olduğu bile düşünülebilir.[861]

Üstelik, bütün bu süreç, anlaşmanın taraflar arasında imzalanmasına yöneliktir ve daha bu sürecin ilk adımları dahi geçilememiştir. Bunlar tamamlandıktan sonra ise, onay prosedürü başlayacaktır. 47 Devletin bir yandan AB adına bir yandan da Konsey adına onay (*ratification*) prosedürünü tamamlaması, bugüne kadarki Avrupa Konsey sözleşmeleri performansına baktığımızda, konuyla ilgili siyasi uzlaşma üst düzeyde olsa bile, başlı başına uzun yılları alacak bir süreç olacaktır.

---

[860] Hatta öyle ki, Divan'ın bu görüşünde öne sürdüğü (*insan hakları kaygılarından ziyade meseleye tamamen AB Hukukunun özel yapısı ve kendisinin AB Hukukuyla ilgili meselelerde münhasır söz hakkının olması penceresinden bakan*) itirazları gerçekleştirmenin çok ama çok zor olduğu ve buna AB üyesi olmayan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin evet dememe ihtimallerinin bulunduğu ileri sürülmüş; hepsinden öte tüm bu zorluklar aşılıp Divan'ın istediği şekilde bir katılım anlaşmasına ulaşıldığında, böyle bir katılımın gerçekten 40 yılı aşkın bir süredir hedeflenen katılım olup olmayacağı (yani bir anlamda AİHS sisteminin AB noktasında gerçek bir AİHS sistemi olmaktan çıkıp çıkmayacağı) sorusu da haklı olarak sorulmuştur. Bu konuda Görüş'ün ardından yapılan iki önemli değerlendirme için bkz.: Sionaidh Douglas-Scott, **Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice**, http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/, Erişim Tarihi: 21.2.2015; Steve Peers, **The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection**, http://eulawanalysis.blogspot.com.tr/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html, Erişim Tarihi: 21.2.2015.

[861] **Ibid.** Hatta bu yüzden yazar, Divan'ın, neredeyse katılımı mümkün olduğu kadar zorlaştırmak istediği gibi bir düşünceye dahi kapılmanın mümkün olduğunu söylemektedir. **Ibid**. Tam da bu yüzden, AB çevrelerinde, Kurucu Antlaşmalara, ''Divan'ın görüşü ne olursa olsun AB AİHS'ye katılacaktır'' tarzında bir hüküm eklenmesi gibi ''marjinal'' fikirler bile öne sürülmüştür. Douglas-Scott, **Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice**.

2.3.6.9. Katılımla Ortaya Çıkacak Meseleler

Niçin Katılım? Katılımın Faydaları (Avantajları) veya Dezavantajları

Katılım meselesi, daha ilk başlardan itibaren gördüğümüz üzere, 1970'lerden beri gündemde olan bir meseledir ve gündeme gelmesinin ardında da birçok saik ve argüman yatmaktadır. Eskiden Üye Devletlerde olan ve dolayısıyla kullanılması, iç denetimin yanısıra AİHM denetimine de tabi olan birçok yetkinin (göç, ticaret, gümrük, vize, rekabet, terörle mücadele vs.) süreç içerisinde peyderpey Topluluğa/Birliğe devredilmesi ve Topluluk/Birlik kurumları tarafından kullanılması karşısında, bu kullanmanın herhangi bir dış denetime tabi olmaması ve bunun da kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunmasında bir alanın denetimsiz bırakılması suretiyle bir boşluğa yol açması; Üye Devletlerin Topluluk/Birlik Hukukundan kaynaklanan tasarrufları iç hukuka aktarma ve iç hukukta uygulama sırasında Sözleşme'yi ihlal etme durumuna karşılık, Sözleşme ve AB yükümlülükleri arasında bir ikilemde kalması; AB'nin başta kendisine aday olmak isteyen ülkeler olmak üzere kendisiyle ilişki kurmak, işbirliği yapmak ve ticari birtakım ayrıcalıklar elde etmek isteyen ülkelere karşı insan hakları üzerinden adeta ''yön verirken'', kendisini *Avrupa Kamu Hukukunun* en önemli insan hakları denetim aracı olan AİHM denetimine tabi kılmamasının doğurduğu samimiyet sorunu gibi meseleler başta olmak üzere birçok gerekçe, katılımı desteklemek adına ortaya atılmıştır.

Bugün, neredeyse katılımın ''kötü'' bir şey olduğunu söyleyen yoktur. Azınlıkta kalan muhalefet içinde de, ya AB'nin, zaten Divan ve Temel Haklar Şartı'yla özgürlük koruması bakımından iyi bir sisteme sahip olması dolayısıyla katılımın ''gereksizliği''; ya da AB Hukukunun özerk yapısına ve Divan'ın konumuna halel getirebileceği gibi sebeplere binaen ''çözülmesi güç sorunlar getireceği'' ileri sürülmektedir. Yukarıda katılıma dair süreci anlatırken yer verdiğimiz tüm belgelerde de (raporlar, kararlar, deklarasyonlar, anlaşma gerekçeleri vs.), katılımın getirileri üzerinde az veya çok mutlaka durulmuştur. Bunların hemen hepsinin de, 1970'lerden beri, hemen aynı faydalara/getirilere/çözülmesi gerekli problemlere yöneldiğini rahatlıkla görebiliriz.

Çözülmesi Gerekli Meseleler

AB'nin AİHS'ye katılımı, makro planda AB'de ve Avrupa'da insan hakları korumasına etkileri ve ondan da önce, mikro planda kendi içinde çözülmesi gereken çok

sayıda meseleyi beraberinde getirmektedir. Biz katılımın Avrupa Kıtası'na yönelik makro plandaki muhtemel etkilerini tezin sonunda yapacağımız genel değerlendirme kısmına bırakarak, katılımın AB İnsan Hakları Hukuku içinde getireceği birtakım meselelere cevap arayabiliriz. *Mikro plandaki meseleler* olarak, öncelikle Birliğin 28 üyesi, zaten Sözleşme'ye taraftır ve *ulusal tasarruflardan* kaynaklanan insan hakları ihlalleri bakımından AİHM'nin yargı yetkisine girmektedir. Buna ilaveten, yukarıda belirttiğimiz sürecin sonucunda, AB de, Birlik olarak Sözleşmeye taraf olacak ve *Birlik organlarının tasarruflarından* kaynaklanan insan hakları ihlalleri bakımından AİHM'nin yargı yetkisine girecektir. Öte yandan gerek AB kurumlarının gerekse Üye Devletlerin (*AB Hukuku* kapsamındaki) tasarrufları, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Birliğin erken dönemlerinden itibaren Birlik yargısınca insan hakları bakımından denetlenmektedir. Üstelik bugüne kadar bu denetimi, *hukukun genel ilkeleri* bağlamında AİHS ve insan haklarına ilişkin diğer uluslararası belgeler ve Üye Devletlerin ortak anayasal gelenekleri bağlamında yapan Birlik yargısı, Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı hale gelmesiyle yeni ve bağlayıcı bir referans norma daha kavuşmuştur.

Birlik tasarrufları bakımından, görüldüğü gibi, önümüzdeki süreçte, bunlara karşı, kişiler için hem Divan hem de AİHM'ye başvuru imkânının doğması söz konusudur. Bu ise, uzun süredir savunulan ve ulaşılmaya çalışılan bir durum olmakla birlikte, çözülmesi gerekli birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Nitekim Lizbon Antlaşması'na eklenen katılıma ilişkin Protokol'de, *katılıma ilişkin akdedilecek anlaşmanın Birliğin ve Birlik Hukukunun özel niteliklerine halel getirmeyeceğinin* zikredilmesinin ve nihayet Adalet Divanı'nın yukarıda zikrettiğimiz görüşünde katılım anlaşmasının mevcut haliyle Antlaşmalara aykırı olduğu yönünde görüş belirtmesinin de, bu tür kaygılardan kaynaklandığını söyleyebiliriz. Bilindiği gibi, AİHM'ye başvuru için, Sözleşme gereği, kural olarak iç hukuk yollarının tüketilmiş olması aranmaktadır. Böyle bir durumda Divan'ın, AİHM denetimi bağlamında bir iç hukuk yolu olarak görülmesinin Divan'ın özerklik kaygıları ve prestiji noktasında ne gibi etkiler meydana getirebileceğini de bekleyip görmek gerekecektir. Nitekim bu kaygılar, Divan'ın, yukarıda değindiğimiz 2014 Aralık tarihli olumsuz görüşünde de, kendine epeyce yer bulmuş gözükmektedir.

Öte yandan konunun, AB Üyesi Devletlerin (ulusal) tasarrufları bakımından da birtakım sorunları beraberinde getireceği söylenebilir. Bugüne kadar *AB Hukukunun*, Üye Devletlerin eylem ve işlemleri üzerinden AİHM tarafından dolaylı olarak denetlenmesi zaten söz konusuydu. Ancak Üye Devletlerin *AB Hukukundan* kaynaklanan tasarruflarının denetlendiği davalarda AİHM, AB'nin, genel olarak AİHS

sistemine denk bir insan hakları koruma sistemine sahip olduğunu söylemekte ve koruma düzeyinin bunun altına düştüğü açıkça ortaya konmadıkça, akit devletlerin salt *AB Hukukundan* kaynaklanan tasarruflarının kural olarak Sözleşme'yi ihlal edip etmediğinin denetlenmeyeceği şeklinde bir yaklaşımı benimsemekteydi. Her ne kadar AİHM, teorik olarak bu durumun (AB'nin AİHS sistemine eş bir insan hakları koruma sistemine sahip olduğu karinesinin) çürütülmesi halinde yine denetim yolunun açılacağını belirtmiş olsa da, AİHM'nin *Bosphorus* yaklaşımı olarak bilinen bu tavrı, süreçte ciddi olarak eleştirilmekteydi. İşte katılımdan sonra AİHM'nin halen daha *Bosphorus* yaklaşımını sürdürüp sürdürmeyeceği veya ne ölçüde sürdüreceği de, merak edilen konulardan biridir.

Tam bu noktada bu yaklaşım devam ettirilirse, Birliğin AİHS'ye katılıp AİHM denetimine tabi olmasının anlamının sorgulanması; bu yaklaşımın devam ettirilmemesi halinde ise, AİHM'nin Adalet Divanı üzerinde konumlanması sonucunun doğması gibi bir handikaptan bahsedilmektedir. Örneğin, ön-karar prosedürünü işleterek Divan'dan görüş soran bir Üye Devlet mahkemesinin, *AB Hukuku* açısından bu görüşle bağlı olup, davayı Divan'ın görüşü doğrultusunda sonuçlandırmakla yükümlü olduğu açıktır. Ancak karardan memnun olmayan ve kararın AİHS kapsamındaki bir hakkını ihlal ettiğini düşünen davanın tarafları ise, o devleti, AİHM'ye şikâyet edebilecekler ve neticede AİHM'nin, (*Bosphorus* yaklaşımını devam ettirip ettirmeyeceğine bağlı olarak) o mahkemenin kararını Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmesi mümkün olabilecektir. Elbette bu durum, halihazırda da caridir. Fakat dediğimiz gibi, *Bosphorus* yaklaşımı çerçevesinde bugüne kadar ciddi bir krize yol açmamıştır. Ancak AİHM'nin, katılımdan sonra bu yaklaşımını devam ettirmemesi ve 47 akit devletten hiçbirine göstermediği bu toleransı AB'ye ve yargısına göstermekten vazgeçmesi halinde, iki Mahkeme arasında bir mücadele alanı da doğabilecektir. Bu noktada, meseleye, ''üstünlük'' penceresinden bakmak belki doğru olmasa da, en azından kesin olan bir şey, normalde *AB Hukukuyla* ilgili tüm meselelerde münhasır son söz yetkisine sahip olan Divan'ın, bu yetkisini, en azından insan hakları boyutu içeren AB meselelerinde, AİHM ile paylaşması sonucunun doğacağıdır.

Diğer yandan, her ne kadar her iki Mahkeme, süreç içerisinde birbirlerinin kararlarından karşılıklı olarak etkilenmiş ve açık bir çatışma içine girmekten özenle kaçınmış olsa da, yine de özellikle AİHS'nin özel hayatın gizliliği ve adil yargılanmayı düzenleyen hükümleri bağlamında iki Mahkeme'nin birbiriyle çelişen içtihatlarına rastlanmıştır (ki bunlara tez boyunca yer verdik). Katılım sonrası süreçte, AB'nin,

doğrudan AİHM'nin denetimine gireceği düşünüldüğünde, örneğin Divan'ın ihlal görmediği bir durumun AİHM tarafından (*Bosphorus* yaklaşımının terk edilmesi veya somut olayda çürütülmesine bağlı olarak) ihlal olarak nitelenmesi gibi bir ihtimal söz konusu olabilecektir. Bunun ise, beraberinde Mahkemeler için prestij kaybı ve meşruluklarının zedelenmesi gibi riskleri getireceği yönünde görüşler de, isabeti tartışmalı olmakla birlikte, bilimsel ve siyasi çevrelerde dile getirilmektedir. Bilindiği gibi, Divan, AİHM'nin belli bir konuya ilişkin yaklaşımının olmadığı noktalarda, Sözleşme'ye ilişkin kendi yorumunu sergilemekten çekinmemekte; fakat bu yaklaşım, sonraki bir AİHM kararıyla reddedilebilmektedir. Bugüne kadar, Divan'ın, bir ''gurur'' içine girmeden feraset göstererek, kendi yaklaşımını AİHM yaklaşımı doğrultusunda revize ettiği birçok örneğe rastlanmış ve böylece açık bir çatışma söz konusu olmamıştır. Ancak yine de bu ihtimalin varlığının, katılımdan sonra bir mücadele alanı oluşturacağı söylenmektedir.

Yine bir diğer husus olarak, Sözleşme sisteminde var olan devletler-arası başvuru sisteminin, katılımdan sonra nasıl işleyeceği de, önemli bir meseledir. *AB Hukuku'nda*, bazı hallerde, Üye Devletlerin, başka bir Üye Devleti, Birlik yargısı önünde dava etmesi mümkündür. Fakat bilindiği gibi, AB Antlaşması'nın ilgili hükümleri uyarınca, Üye Devletler, aralarında, AB Hukukunun uygulanmasından doğan herhangi bir problemi, Lüksemburg'dan başka bir yargı platformuna taşımama yükümlülüğü altındadır. İşte AİHS'nin devletler-arası başvuruya izin veren sisteminin – pratikte çok karşılaşılabilecek olmasa da – bu yükümlülükle ne derece uyuşacağı da tartışılmaktadır. Nitekim, bu kaygının da izleri, Divan'ın sözünü ettiğimiz görüşünde izlenmekte ve Divan, taslak anlaşmanın, böyle bir ihtimali bertaraf edecek düzenlemeleri yeterince net olarak içermediğini düşünmektedir.

Keza halihazırdaki taslak katılım anlaşması metninden anlaşıldığı üzere, ister Birlik ister ulusal tasarruflar bakımından olsun, *AB Hukukunun* uygulanmasına ilişkin AİHM önünde açılacak davalarda, AİHM'nin karar vermesinden önce, Divan'ın o konuda mutlaka bir karar vermiş olmasının aranması (yani Divan, konuya ilişkin görüşünü belli etmeden AİHM'nin bir karar vermemesi) ve buna bağlı olarak diğer tarafın davaya müdahil olabilmesi müessesesinin getirilmesi, yukarıda bahsettiğimiz *AB Hukukunun* ve Divan'ın AB ile ilgili meselelerde birincil yetkili olması ve böylece özerkliğinin korunması çabalarının bir yansımasıdır. Fakat öte yandan, bu, insan haklarıyla ilgili meselelerde son sözü, artık Divan'ın değil AİHM'nin söyleyeceğinin de onaylanması anlamına gelmektedir.

Özellikle Divan, AB Hukukuyla ilgili bir meselede, kendi karar vermeden önce AİHM'nin karar vermemesi noktasında oldukça hassastır ve bunu, sözünü ettiğimiz görüşüne de yansıtmıştır. Örneğin, bu yüzden, AB yargısal sistemi içinde Divan denetimine tabi olmayan ve böylece de Divan'ın yargısal anlamda herhangi bir söz söyleme yetkisinin olmadığı *Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası* alanındaki bazı Birlik tasarruflarının, katılımdan sonra AİHM denetimine tabi olacak olmasını, problemli bulmuştur. Ancak madalyonun öteki yüzünde ise, Divan'ın ''kaygıları'' doğrultusunda getirilecek böyle bir istisnanın, AİHS sistemiyle ne derece bağdaşacağı sorusu bulunmaktadır.

Nihayet AB'nin başta AİHM olmak üzere Sözleşme organlarında temsili de (örneğin AİHM'de Birlik yargıcının nasıl yer alacağı), yine bu süreçte çözülmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmıştır. Bu bağlamda, hiç yargıcının olmaması, sadece AB ile ilgili davalarda devreye girecek yarı zamanlı bir yargıcının bulunması ve tüm akit taraflar gibi tam zamanlı bir yargıcının bulunması gibi alternatifler arasından, tam zamanlı bir AB yargıcı şeklindeki formülde uzlaşılmıştır.

Bunlardan başka, AB'nin ana Sözleşme yanında hangi Protokollere katılacağı; katılımın Üye Devletlerin AİHS sistemindeki bireysel pozisyonlarını (çekince, istisna vs.) nasıl etkileyeceği; iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının nasıl anlaşılacağı; AB Hukukundan kaynaklanan ulusal tasarruflar bağlamında Üye Devletlere karşı açılacak davalarda ön-karar mekanizmasının işletilmesinin ve işletilmemesinin sonuçları; AİHM kararlarının AB Hukukundaki etkisi ve uygulanması; AB'nin Sözleşme sisteminin finanse edilmesine nasıl katkıda bulunacağı gibi meseleler, hep katılımın sonuçları olarak önemli meseleler şeklinde karşımızda durmaktadır.

Bitirirken

Hiç şüphesiz, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinin siyasi-hukuki-kurumsal ayağındaki *en önemli gelişmelerden biri de*, Topluluğun/Birliğin Avrupa Konseyi'ne/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımına ilişkin süreç olmuştur. Avrupa Konseyi'nin AİHS ve AİHM eliyle Kıta'da insan haklarının korunması bağlamındaki rolünü biliyoruz. AB de, özellikle *Lizbon* sonrası süreçte, *Temel Haklar Şartı*'nın da bağlayıcılık kazanmasıyla birlikte, öyle veya böyle AB'nin de *Avrupa kamu alanında* insan hakları bakımından denetim ve icra işlevi olan bir örgüt olduğunu – yukarıda da değindiğimiz gibi, bunun arzu edilir bir durum olup olmadığı tartışmalı olsa da – rahatlıkla

söyleyebiliriz. *Avrupa kamu alanının* insan hakları alanında faaliyet gösteren bu iki aktörü arasında da, oldukça eskiye dayanan bir ilişki ve etkileşim mevcut ve bu ilişkiler sürecinin önemli bir ayağını da, Topluluğun/Birliğin Konsey'e ve/veya onun bir enstrümanı olan AİHS sistemine katılımı/üyeliği oluşturmuş ve oluşturmaktadır.

Özellikle 1970'li yıllardan itibaren yukarıda gördüğümüz *Solange-I* süreci başta olmak üzere çeşitli mülahazalarla, Topluluğun Sözleşme sistemine entegre olmasına yönelik öneriler, Topluluk Komisyonu'nun 1979 tarihli önerisiyle somut bir hal almış; ardından süreç, Adalet Divanı'nın 1994 tarihindeki mevcut sistemde AB'nin katılıma yetkili olmadığını söylemesiyle sekteye uğramış ve özellikle 90'larda (akademik gündemdeki yerini kaybetmese de) antlaşma reformlarını domine eden diğer mühim gündem maddelerinin (genişleme, kurumsal altyapı, terör vs.) bir anlamda kurbanı olmuştur. Ancak mesele, 2000'lere gelindiğinde, anayasa tartışmaları bağlamında yeniden gündeme gelmiş ve önce Anayasal Antlaşma, sonra da onun yürürlüğe girememesinin ardından ortaya çıkan Lizbon Antlaşması ile süreçte son (büyük) aşamaya girmiştir. Birliğin, gittikçe genişleyen ve bunun sonucu olarak bir zamanlar devletlerin uhdesindeyken zamanla kendisine geçen yetkilerine paralel olarak AİHM denetimine tabi tutulması ihtiyacı; kendi içinde bir insan hakları koruma sistemi bulunsa da, aynı devletler gibi uzmanlaşmış bir dış denetime bağlanması ve böylece *Avrupa kamu hukukunda* insan hakları hukukunun bütünleştirilmesi gibi fikirlerin neticesi olarak AİHS'ye katılım meselesi, şu an için Kıta'da, insan haklarının korunması bağlamında en önemli gelişmelerden biri olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim, AB tarafında Lizbon'un (2009), Avrupa Konseyi tarafında da 14 No'lu Protokol'ün (2010) yürürlüğe girmesiyle başlayan süreç, Haziran 2013'te taslak bir katılım anlaşmasının hazırlanmasıyla önemli bir aşama kaydetmiştir. Halihazırda, birtakım ön-prosedürlerin tamamlanması; ardından da her iki örgüt tarafından kendi anayasal usullerine göre kabul edilip yürürlüğe konması şeklindeki son aşamada bulunmaktayız. Ancak 2014 biterken AB Adalet Divanı'nın bildirdiği katılımın mevcut şekline dair olumsuz görüşün de, biraz ''can sıkıcı'' olduğunu söyleyebiliriz. Bu, artık her iki örgüt cephesinden de (hatta AB için bir yükümlülük olarak) hukuki temeli atılan katılım olayını imkansızlaştırmasa da, zaten uzun sürmesi beklenen süreci, daha da öteleyecek bir gelişme olmuştur hiç şüphesiz.

Tabii katılım deyince, meseleye iki boyutlu yaklaşmak gerektiğini ve bizim burada bunlardan birini gözettiğimizi de hatırlatmak gerekir. Bir yön, bunun, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinde bir gelişme olması olup; bunu, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin siyasi-hukuki-kurumsal boyutunu incelediğimiz bu

bölümde inceledik. Diğer yön ise, katılım gerçekleşince, *AB İnsan Hakları Hukukunun* bundan nasıl etkileneceği ve ne şekil alacağı olup; bunu da, aşağıda *AB İnsan Hakları Hukukunun* halihazırdaki halinin anlatıldığı bölümde inceleyeceğiz. Katılım, halihazırda (yani henüz tam anlamıyla gerçekleşmediği için), sadece bir tarihsel gelişmedir; gerçekleştikten sonra ise, (çalışmamızın bir sonraki bölümünü ayırdığımız) *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel halinin bir parçası; diğer bir deyişle, AB'de insan haklarının korunmasının bir bileşeni olacaktır.

Bitirmeden şunu da söylemek gerekir ki; katılım gerçekleştiğinde, hiç şüphesiz, bunun elbette hem *AB Hukukuna ve* onun bir disiplini olan *AB İnsan Hakları Hukukuna*, hem ulusal hukuklara, hem de *Avrupa İnsan Hakları Hukukuna*, yani Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunmasına önemli etkileri olacaktır. Öncelikle bunun, AB tasarruflarının AİHM denetimine tabi olması yönüyle doğrudan etkisinin *AB Hukuku* ile *AB İnsan Hakları Hukukuna* olacağı açıktır. Ancak AB üyesi Devletlerin kendi iç hukuklarını büyük oranda şekillendiren ve kimi zaman da AİHM nezdinde dava edilmelerine sebep olan *AB Hukuku* kapsamındaki tasarrufları noktasında bu ülkeleri de etkileyeceği şüphesizdir. Ayrıca, ilk defa Devlet dışı bir aktörü bünyesine alması ve organlarında yer vermesi itibariyle AİHS sistemini ve bir yönüyle Avrupa Konseyi'ni de etkileyeceği; üstünlük/hiyerarşi tartışmaları bir yana, her şeyden önce Konsey'in insan haklarının korunması bağlamındaki etkisini ve prestijini güçlendireceği de söylenebilir. Nihayet kişiler için, hakları ihlal edildiğinde artık bir denetim yolunun (hem de konunun uzmanı prestijli bir organ eliyle) daha gelmiş olması düşünüldüğünde, elbette en müspet etkisi, bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasına olacaktır. Tüm bunlar ise, hiç şüphesiz, Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunmasının bir adım daha ileriye götürülmesidir.

2.3.7. Değerlendirme: Siyasi-Hukuki-Kurumsal Diğer Gelişmeler

Genel Tablo

Siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin genel fotoğrafına baktığımızda, 1970'lerde, özellikle Alman Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere bazı ulusal mahkemelerden gelen itirazlar ve *Solange-I* süreci diye adlandırdığımız süreç ve bu süreçte Adalet Divanı'nın da Toplulukta insan hakları korumasını başlatması, jürisprüdansiyel korumanın siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerle de desteklenmesi konusunda Topluluk

kurumlarının bir anlamda aklını başına getirmiş ve harekete geçmesine yol açmıştır. *Solange-I* sürecinde ulusal mahkemelerin Topluluk Hukukunun ve Divan'ın geleceği adına benimsediği ''tehlikeli'' yaklaşım ve bu yaklaşımlarına temel olarak Toplulukta insan haklarının korunmasına dair getirdikleri ''eleştiriler'', bunlara bir cevap mahiyetinde önce Divan'ın (içtihadi planda), sonra da siyasi aktörlerin (siyasi-hukuki-kurumsal planda) birtakım adımlar atmalarını teşvik etmiştir. Bunun Divan eliyle olan (jürisprüdansiyel) kısmını, birinci bölümde; siyasi aktörler eliyle olan (siyasi-hukuki-kurumsal) kısmını da halihazırdaki bölümde inceledik.

Bu ikinci boyut (yani siyasi-hukuki-kurumsal cevap) bağlamında, 70 ve 80'lerdeki ilk öneri/girişimler, Topluluk insan hakları korumasını, ''maddi'' standartlar noktasında geliştirmeye yönelmişti. Burada da karşımıza, asıl kalıcı çözüm olarak Topluluğa özgü bir temel haklar kataloğu hazırlamak ve kestirme bir çözüm olarak AİHS'yi bağlayıcı bir norm olarak Topluluk Hukukuna aktarmak şeklinde iki gelişme çıkmaktaydı.[862] Topluluk İnsan Hakları Hukukuna maddi standartlar sağlamak adına başlatılan bu süreçte, bu iki gelişmeye, sonradan – bu ikisine bir alternatif olmamak, yani beraberce var olmak üzere – AİHS'ye katılım da eklenecekti.[863] 1980'li yıllar, Topluluk kurumlarının bir yandan ırkçılık ve yabancı düşmanlığıyla mücadeleye yönelik rapor, bildirge, çalışma vs. gelişmelere ağırlık verdiği; bir yandan da, Topluluğun AİHS sistemine katılımı ve kendine özgü bir temel haklar listesine sahip olmasının altyapısının hazırlandığı yıllar oldu. Bu arada, Divan'ın Topluluk ve Üye Devlet tasarruflarını insan haklarına uygunluk açısından denetlerken, referans norm olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapmaya başlaması ve gittikçe de atıfları sıklaştırması, Topluluk içinde, ikisi AİHS eksenli olmak üzere birbirinin tamamlayıcısı veya alternatifi şeklinde bu üç konunun (özel bir katalog, bağlayıcı bir AİHS ve AİHS'ye katılım) daha ciddi konuşulmasını tetikledi.[864]

---

[862] İkincisinin handikapı olarak, özellikle sosyal haklar bakımından korumanın eksik kalacağı; ilkinin handikapı olarak ise, Üye Devletler arasında sosyal haklara yönelik bir uzlaşının o an için imkansız olduğu düşüncesine bağlı olarak ortaya bir metin çıkarılamayacak olması veya çıksa bile bunun oldukça düşük bir koruma düzeyi getireceği ileri sürülmekteydi.

[863] Yani AİHS'ye katılımın ilk ortaya atılması, Topluluğu ''usuli'' anlamda bir dış denetime tabi tutmaktan ziyade, ''maddi'' anlamda bir standartlara kavuşturmaktı.

[864] Doktrinde Jacqué, bu süreci (*Solange-I* sonrası Alman AYM'ye cevap verme süreci), ''tek-taraflılık'' (*unilateralizm*), ''tedrici aktarma'' (*progressive incorporation*) ve ''katılım yoluyla üstünlük kurma'' (*hierarchization*) kavramları üzerinden açıklamaktadır. Ona göre; *Bundesveefassungsgericht*'in *Solange-I* kararı, ilk etapta ''katılımı'' değil belki ama, Topluluğun kendi kataloğunu hazırlaması (*tek-taraflılık*) veya kestirmeden AİHS'yi bağlayıcı bir norm olarak iç hukuka aktarması (*aktarma*) yollarından birinin gerçekleştirilmesini gerektirmişti. Bunlardan daha ön-planda olan ise, bağımsız bir katalogdu. Nitekim bu, daha Komisyon'un 1970'lerdeki raporlarından ve 1977 tarihli ünlü Ortak Deklarasyon'dan başlamak üzere, Parlamento'nun çalışmalarında, taslak anlaşmalarında vs. açıkça ortaya konmuş ve nihayet 2000'lerde Temel

1990'lı yılar ise, herşeyden önce, önemli antlaşma reformlarının yapıldığı ve insan haklarının da – beklenen düzeyde olmasa da – bundan nasibini aldığı yıllar olarak kaydedilebilir. Ancak bu tartışmalarda, gündem hep başka hususlar (genişleme, ekonomik kriz, kurumsal altyapı gibi) olmuş ve insan hakları adına bir nevi ''yasak savma kabilinden'' makyajlar yapılmış; katılım ve temel haklar şartı gibi insan hakları gündeminin asıl maddeleri, 2000'li yıllara tevarüs etmiştir. Öte yandan 1990'ların ilk yarısı, katılım tartışmalarının tekrardan canlandığı ve yoğun olarak yaşandığı yıllar olmuştur. Komisyon'un, 1990 yılında, katılıma dair 1979 tarihli Memorandumunu revize etmesinden Adalet Divanı'nın 1996'da bildirdiği katılıma ilişkin olumsuz görüşüne kadarki süreç, konuya ilişkin rapor, çalışma, karar vs. gelişmeler açısından oldukça hareketli bir dönem olmuştur. 1990'lı yılların bu anlamdaki bir diğer önemli gelişmesi ise, AB'nin, artık dış ilişkilerinde de, insan haklarını aktif olarak kullanmaya başlaması ve üçüncü ülkelerle yaptığı ve ticaret, kalkınma ve ortaklık anlaşmalarına, ihlal halinde anlaşmadan doğan hakları askıya almasına imkan veren ''insan hakları klozları'' koymaya başlaması olmuştur. 2000'li yıllar ise, yine bir antlaşma reformu, ancak bu sefer bir anayasa heyecanına bürünmüş bir antlaşma reformu ile geçen yıllar olacaktır. Bu sefer, belki de bir ''anayasa'' yapıyor olmanın getirdiği mecburiyetle temel hak ve özgürlüklerin korunması, biraz daha gündemde olmuş ve neticede önce Anayasa, sonra da Lizbon ile birlikte, katılım ve temel haklar şartı meselelerinde önemli bir mesafe kat edilmiştir. Günümüzde ise, altyapısı Lizbon ile tamamlanan katılım hadisesi, taraflar arasında (*AB-Avrupa Konseyi-Council of Europe*) müzakere edilmiş, ortaya taslak bir anlaşma metni çıkmış ve onun onay süreci beklenmektedir. Ayrıca, bir yandan, *adalet-özgürlük-güvenlik* konsepti altında, ikincil mevzuat üzerinden bireysel özgürlükleri geliştirme çabaları ise, zaten AB için mutat bir gelişme olarak devam etmekte; bir yandan da, ortak dış politika ve güvenlik politikası bağlamında üçüncü ülkelere yönelik insan hakları denetimleri aktif olarak sürdürülmektedir.

Başat Aktörler

Haklar Şartı'nın kabulüyle de gerçekleştirilmiştir. Jacqué, **op.cit**, p.998. Bu arada, tedrici aktarma süreci de, siyasi-hukuki-kurumsal anlamda değil; fakat Divan eliyle AİHS'ye atıfların sıklaşması ve AİHM kararlarının da dikkate alınması ile sürekli devam etmiş; nihayet katılım ile de tam anlamıyla gerçekleşmesi öngörülmüştür. 1980'lerden sonra bunlara bir de, katılım yoluyla AİHS'yi bağlayıcı kılma (*tedrici aktarma*) ve Topluluğu/Birliği (daha doğrusu onun yargı organını) AİHM denetimine tabi kılma şeklinde ''katılım yoluyla üstünleştirme'' süreci eklenmiştir. **Ibid.**

Bu süreçte, Topluluk kurumlarından hangilerinin başat rol oynadığına baktığımızda, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu'nun, bu sürecin ''esas oğlanları'' olduğunu söyleyebiliriz. Elbette ki, yukarıda da yer verdiğimiz gibi, gerek zirve toplantılarında insan haklarının çeşitli yönlerine dair kabul ettiği deklarasyonlarla Avrupa Konseyi; gerekse, çeşitli rapor ve çalışmalarında ve bu alana ilişkin çıkardığı Topluluk mevzuatıyla Bakanlar Konseyi de, bu sürece destek vermiştir. Hatta başta Anayasa ve Lizbon olmak üzere antlaşma reformlarını yapan Üye Devletleri de, herhalde burada saymadan geçemeyiz. Fakat, özellikle katılım ve temel haklar şartının hazırlanması ve insan haklarının Birliğin bir temel değeri olması noktasında, Komisyon ile Parlamento'nun rapor vs. surette yaptığı çalışmalar, oldukça önemli ve (bağlayıcı olmasa da) etkili olmuştur. Hatta kimi çevrelere göre; diğer Topluluk kurumlarının insan haklarına dair vizyonları – en azından başlangıçta – insan haklarını, Topluluk kurumlarının eylemlerinin biri sınırı olarak görmekten ibaretken; özellikle Parlamento, bunun ötesinde bir vizyonla meseleye yaklaşmış ve insan haklarının bir ölçü norm olmanın dışında, korunup geliştirilmesi gereken temel değerler ve bir politika alanı olarak anlam kazanmasını sağlamıştır. Hatırlanırsa, bunları, bir katalogda, ete kemiğe büründüren de, ilk parlamento olmuştur. Nitekim Kurucu Antlaşmalarda, özellikle Maastricht ile gelen değişiklikler, diğer Topluluk kurumlarının insan haklarına biçtiği rolü – Topluluk tasarruflarının bir sınırı olma rolü – net olarak göstermektedir.[865] Bu yorumun isabeti – en azından AB Komisyonu bakımından – tartışılır olsa da, neticede haklılık payı da mevcuttur. Özellikle Üye Devletler, onların siyasi temsilcilerinin bulunduğu Avrupa Konseyi (Liderler Zirvesi) ve Bakanlar Konseyi gibi organlar, vizyon olarak bu noktaya, 1970'lerden çok sonra gelmişlerdir.[866]

Gelişmelerin Niteliği: *Genelde Rapor, Deklarasyon vs. Şekillerde ''Soft-Law''*

---

[865] Chalmers et. al., **op.cit,** p.242.

[866] Alston ve Weiler, bunu, temel hakları gerçekleştirmek ve ilerletmek için müsbet bir politika gütmekten ziyade, sadece ihlal edilmemesine yönelik güçlü bir taahhüt verme şeklinde değerlendirmekte ve bu ''ihlal etmeme'' şeklindeki vizyonu, *negative entegrasyon* olarak nitelemektedir. Philip Alston, Joseph H. H. Weiler, ''An Ever Closer Union'' in need of a Human Rights Policy'', **European Journal of International Law**, Vol:9, No:4, 1998, pp.661 vd. Yazarlar, bu durumun retorik ve gerçeklik arasında bir boşluğa yol açtığını; Birliğin birçok hakkın önemini söylem olarak onayladığını, fakat onları (ihlal etmemenin ötesinde) korumak için pek fazla bir şey yapmadığını ortaya çıkardığını söylemektedirler. **Ibid.** Bu konuda daha ileri tartışmalara, ileride AB İnsan Hakları Hukukunun mevcut haline ilişkin kısımda değineceğiz.

Siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin, Kurucu Antlaşma reformları ve ikincil mevzuatta yapılan düzenlemeler dışında, genelde, rapor, deklarasyon, sonuç bildirgesi gibi ‘’*soft-law*’’ dediğimiz bağlayıcı olmayan gelişmeler üzerinden yürüdüğünü söyleyebiliriz. Bunlar (1977 Bildirgesi’nde olduğu gibi) bütün Topluluk kurumları tarafından ilan edilen bir deklarasyon da olsa; veya 1989 Sosyal Haklar Şartı’nda olduğu gibi ‘’antlaşmaların efendileri’’ olan Üye Devletler tarafından ilan edilen bir metin de olsa, bu süreçteki gelişmeler, genelde bağlayıcı olmayan; diğer bir deyişle, AB İnsan Hakları Hukukunun bağlayıcı bir normu olarak değer kazanmayan gelişmelerdir. Ancak yine de, iki açıdan önemlidirler ve o yüzden burada, kendilerine yer bulabilmişlerdir. Herşeyden önce, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecinin siyasi-hukuki-kurumsal boyutunun öyle ya da böyle bir parçasıdırlar ve bu süreç bir bütün olarak değerlendirilmek gerekir. Bununla paralel bir diğer boyut ise; dediğimiz gibi, bu hukukun oluşumu ve gelişimi bir süreçtir ve gerçek anlamda (bağlayıcı) kazanımlar dahi, bir gecede ortaya çıkan gelişmeler değildir. Bir tarihte yaşanan bir gelişme, örneğin Parlamento’nun bir komitesinde kabul edilen bir rapor, yıllar sonra bir Kurucu Antlaşma reformunda veya ikinicil mevzuatta bağlayıcı bir Topluluk normu olarak karşımıza çıkacak olan bir gelişmenin oluşum sürecinin temeli olabilmiştir. Bu itibarla, şu anda *AB İnsan Hakları Hukukunun* mevcut durumundaki birtakım meselelerin anlaşılması için, hangi tarihsel süreçlerden geçtiği; etrafında hangi tartışmaların yaşandığı ve kimi zaman ne tür eleştirilere maruz kaldığı gibi hususların da bilinmesi elzemdir.

Örneğin AB’nin AİHS’ye katılımını, bugün Lizbon Antlaşması sonrası AB Antlaşması’nın bir hükmü olduğu için hukuki bir durum gibi görmek ve gerisinde 1970’lerin başından beri yaşanan tartışmaları ve bu anlamdaki önerileri görmemek; yahut Temel Haklar Şartı’nın tarihini sanki bir gecede olmuş gibi sadece kabul edildiği 2000 yılından itibaren başlatıp, yine 1970’lerden beri bu alanda yaşanan tartışmaları es geçmek; keza Kurucu Antlaşmaların ve halihazırdaki Lizbon sonrası yapının ekonomik ve sosyal haklar alanındaki gelişmelerini değerlendirirken, 1989’daki Sosyal Şart’a hiç atıf yapmamak; yine Kurucu Antlaşma reformlarını öncelerinde toplanan akil adamlar ve uzmanlık gruplarının çalışmalarından bağımsız okumak, hiç şüphesiz, bu (bağlayıcı) meselelerin kamil manada kavranmasına engel olacaktır. Daha 1970’lerde dillendirilen ‘’Avrupa Birliği’’ fikrini bilmeden ne Maastricht’in anlamak mümkündür; ne de yine 1970’lerde ortaya konan bir temel haklar kataloğu arzusunu görmeden 2000’li yılları idrak etmek.

Solange-II Sürecine Etkisi. Yukarıdaki tabloyu, *Avrupa Kamu Hukukunda* meydana getirdiği etkiler ve tepkiler bakımından okuduğumuzda, öncelikle, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Topluluğun insan hakları koruması bakımından durumuna dair *Solange-I* kararında ortaya koyduğu görüşünü değiştirdiği *Solange-II* sürecinde etkili olduğunu söyleyebiliriz. Hatırlanacağı üzere Alman AYM, 1986 yılında verdiği *Solange-II* olarak bilinen kararında, Toplulukta insan hakları koruma düzeyinin gerek kavram ve içerik gerek etkinlik açısından genel olarak Alman Anayasası'nın sağladığı düzeye denk hale geldiğini ve böyle olduğu sürece de Topluluk normlarının kural olarak Alman Anayasası'na (ve ondaki temel hak güvencelerine) uygunluğunun denetlenmeyeceğini söylemişti. Alman AYM'nin 1974'teki *Solange-I*'de ortaya koyduğu aksi yöndeki görüşünden sonra, Topluluk'ta insan haklarının korunmasına dair bu müsbet yaklaşımında, bu süreçteki Divan içtihadı kadar, hiç şüphesiz Toplulukta yaşanan bu siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler de etkili olmuştur. Zaten Mahkeme'nin *Solange-I* kararına bakarsak, insan haklarının korunması yönünden Topluluğa yöneltilen eleştirilerin[867] büyük kısmının, Divan eliyle yürütülen jürisprüdansiyel korumadan çok siyasi-hukuki-kurumsal noktada meseleye kalınan kayıtsızlığa yöneldiğini görebiliriz. Zira, Divan, 1974'ten çok önce 1969'dan beri insan haklarını jürisprüdansiyel olarak korumaya başlamıştı; eleştiriler ise, tam da bu korumanın jürisprüdansiyelliğe terk edilmesineydi. Nitekim, Topluluk kurumları, biraz da akılları başlarına gelmiş olarak ''üç maymunu'' oynamayı bırakıp sürece müdahil oldular ve bu eleştirilere cevap mahiyetinde gelişmelere imza attılar. Mahkeme'nin, daha sonradan bu konudaki ''su-i zannın'' ''hüsn-ü zanna dönüşmesi olarak görülebilecek olan *Solange-II* kararına baktığımızda, bu arada yaşanan gelişmeler (örneğin 1977 tarihli Deklarasyon gibi) zikredilmekteydi.

Samimiyet Testi. Tabii kurumsal cevabın bu niteliği, öte taraftan, Topluluğun bir samimiyet testiyle karşı karşıya gelmesine ve birtakım eleştirilere maruz kalmasına da yol açtı. Özellikle 2000'li yıllara kadar Toplulukta insan haklarının korunması bağlamında yaşanan siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler, bir anlamda *Solange-II* sürecinin etkisinde kalmıştır diyebiliriz. Gelişmelerin ana ekseni, Topluluğu/Birliği, bir temel haklar

[867] Genel oya dayalı bir Parlamento'nun yokluğu, hakların belli bir yerde liste halinde bulunmaması ve somut olaylar üzerinden içtihadi olarak korunmasına bağlı hukuki kesinlikten yoksunluk gibi... (Bkz.: *Solange-II* kararı.)

kataloğuna kavuşturmak olmuştur. Hatta AİHS'ye katılım meselesi dahi, hatırlanacak olursa, ilk başta bir temel haklar listesine ulaşmanın – Üye Devletler arasındaki farklılıklar sebebiyle – zor olmasının düşünülmesi üzerine, buna, kısa yoldan bir alternatif olarak ortaya konmuştu. Tabii bu yönüyle siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler, tarihsel olaylara bir reaksiyon olarak ortaya çıkmasına bağlı olarak, kapsamlı, iyice düşünülmüş ve vizyoner bir insan hakları politikasının ortaya çıkmadığını da gösteriyordu.[868] Ancak 2000'li yıllardan itibaren ve özellikle de Anayasa tartışmaları bağlamında, halen birçok eksiklikleri olsa da, en azından tarihsel gelişmelere tepki yahut ulusal otoritelere bir cevap üretme maksadından ziyade, kendi başına bir değer olarak insan hakları alanında politikalar üretilmeye başlandı.

Ancak öte yandan, özellikle insan haklarının, ticaret, kalkınma ve ortaklık anlaşmaları ile dış politika üzerinden dış ilişkilerde aktif bir unsur olarak kullanılmaya başlanması, AB için bir samimiyet krizinin doğmasına da yol açtı. Anlaşmalarda öngörülen insan hakları klozlarının adil ve objektif bir şekilde uygulanmaması; ülkelere göre farklı muamelelerin yapılması; aday ülkeleri insan hakları noktasından kıyasıya eleştirirken, kendisinin örneğin bir dış denetime tabi olmaması ve (Lizbon'a kadar) bağlayıcı bir temel haklar listesinden yoksun olması gibi hususlar, yukarıda da yer verdiğimiz Alston ve Weiler'ın deyimiyle retorikle realite arasında bir boşluğun doğmasına ve AB'nin bir samimiyet krizine girnesine yol açtı.

Kurumsallaşmaya Etkiler. Bütün bu gelişmeler önemli olmakla birlikte, burada bir önemli soru da, bu siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin Toplulukta/Birlikte insan hakları koruması ve geliştirilmesinin ''kurumsallaşmasına'' (yani yerleşmesine) ne ölçüde katkı sağladığıdır. 1970'lerin başlarından itibaren deklarasyonlar, raporlar, kararlar ile gerçekleştirilen gelişmeler, önce, biraz jürisprüdansiyel korumanın teyidi ve ulusal mahkemelere cevaplar, sonra da birtakım değerlere atıfların yapılması gibi gelişmeler, ancak 90'ların ikinci yarısından itibaren, ilk defa Amsterdam ile insan haklarının *Birliğin temel değerleri* arasında sayılması ve ciddi ihlaller halinde Üye Devletlere yaptırım uygulanabilme ihtimalini gündeme getiren bir sebep olması şeklindeki düzenlemelerle, bir nebze olsun gerçek manada ''kurumsal'' daha doğrusu ''kurumsallaşmış'' bir nitelik kazanmıştır denebilir.[869] Kurucu Antlaşmalar noktasında atıf, ilk olarak Tek Avrupa Senedi ile olsa da, bu ve halefi Maastricht Antlaşması, mevcut Divan içtihadını kodifiye etmenin ötesinde devrim niteliğinde bir değişiklik getirmemişti. Ancak Amsterdam'da,

[868] De la Rochere, **op.cit**, p.1794.
[869] Chalmers et. al., **op.cit**, p.245.

gerek 6. maddede, insan haklarının Birliğin üzerine kurulu olduğu değerler arasında sayılması, gerekse ahlaki planda kalacak ve uygulanma ihtimali pek olmayacak olsa da, 7. maddedeki yaptırım mekanizmasının getirilmesi, ilk defa bütün bu siyasi-hukuki-kurumsal gelişmelerin ete kemiğe büründürülmesi olarak yorumlanabilecek gelişmelerdi. Keza bu süreçte, gerek bir Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması, gerek Temel Haklar Ajansı'nın kurulması gibi izleme ve denetim mekanizmalarının eklenmesi ve nihayet Lizbon Antlaşması ile de, hem Şart'ın bağlayıcılık kazanması ve hem de katılım sürecinin artık geri dönülemez bir şekilde işlemeye başlaması, insan hakları adına gerçek anlamda ''kurumsallaşma'' olarak addedilebilecek gelişmeler oldu. Nitekim bundan sonra da, katılım sürecinin tamamlanıp AB'nin AİHS'ye katılımının kesin ve somut olarak gerçekleştirilmesi de, bu anlamda yeni bir aşama olacaktır.

Neden Bu Gelişmeler?

Bu bahsi kapatmadan şunu da eklemek gerekir: Tabii ki, bu süreçte Topluluk kurumları tarafından yapılan çalışmalar, hazırlanan raporlar, kabul edilen deklarasyon ve kararlar vs., bunlardan ibaret değildir. Komisyon'un sayısız raporu ve girişimi, Parlamento'nun yine aynı şekilde alt komiteleri aracılığıyla kabul ettiği çok sayıda karar, keza Avrupa Konseyi'nin (AB Liderler Zirvesi) birçok zirve toplantısının sonuç bildirgelerinde insan haklarıyla ilgili atıflar ve değerlendirmeler, AB Bakanlar Konseyi'nin raporları gibi çok sayıda gelişmeden bahsetmek mümkündür. Bunların hepsine burada yer vermek, elbette ki mümkün değildi; *AB İnsan Hakları Hukukunun* gelişimi açısından önemli görülenler üzerinde durulup, diğer gelişmeler için kaynaklara atıf yapmakla yetinildi.[870]

---

[870] *Önemli Olmanın Ölçüsü*. Tabii ki burada ''önemli'' olmanın ölçüsü görecelidir. Ancak bizim buradaki ölçümüz, daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, geneli itibariyle bağlayıcı olmayan bu gelişmeler içinde, daha sonraki başta Kurucu Antlaşmalarda yapılacak değişikliklere bir zemin teşkil eden; veya bu kadar etkili olamasa da, en azından *AB İnsan Hakları Hukuku* alanında gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerin temelinin anlaşılmasına yarayabilecek nitelikteki gelişmeleri vermek olmuştur. Diğer bir deyişle, bizce, ''soft-law'' olarak bile adlandırılamayacak ve ileriki herhangi bir gelişmenin temeli niteliğinde olmayan gelişmelere ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Bu bağlamda gerek Avrupa Parlamentosu (ayrıntılı bilgi için bkz.: Cuadrat-Grzybowska, **op.cit**, pp.71-72) gerek AB Bakanlar Konseyi tarafından yılda belli periyotlarla düzenli olarak yayınlanan genel raporlar (Konsey, 1999'dan beri bu konuda raporlar yayınlamaktadır) ile konu özelinde hazırlanan tematik raporlar, insan hakları alanına tahsis edilen ödüller, 2004 yılında Komisyon bünyesinde kurulan *Temel Haklar, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşit Fırsatlar Komiserler Grubu* gibi kurumsal düzenlemeler; Komisyon'un temel hakların söz konusu olduğu çok sayıda davada (özellikle ön-karar başvuruları bağlamında) temel hak ve özgürlükler lehine (aksine de zaman zaman rastlanmış olmakla birlikte) görüş bildirmesi (Komisyon'un yine

Sorunlar

Yukarıda tarihsel gelişimin yargısal ayağını gördüğümüz çalışmanın ilk bölümünü, bu ayağa ilişkin sorunların tartışılmasıyla bitirmiştik. Elbette ki, işin siyasi-hukuki-kurumsal yönüne ilişkin de, birçok sorunlu alan mevcuttur. Nitekim, hem yukarıda ilgili alt-başlıkları görürken hem de halihazırda noktalamak üzere olduğumuz genel değerlendirme alt-başlığında, yer yer bunlara değindik. Bu bağlamda da, en başta Topluluk kurumlarının tutarlı bir insan hakları politikası izlemediği olmak üzere, birçok eleştirinin dile getirildiğini söyledik. Ancak çalışmanın bu ikinci bölümünün amacı, *AB İnsan Hakları Hukukunun* oluşum ve gelişim sürecinde Topluluk kurumları tarafından gerçekleştirilen gelişmeleri vermekti. Bu tarihsel yöne bakan eleştirilere; diğer bir deyişle, tarihsel dönem içinde ortaya çıkmış ve kiminin artık pek bir etkisi kalmamış sorunlara ve eleştirilere, bu kısımda yer vermeye çalıştık. Ancak bu alana ilişkin problemler ve yöneltilen eleştiriler, gerisi itibariyle, halihazırdaki *AB İnsan Hakları Hukukunun* genel problemleri ve eleştirel yanları olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla yer yer ve kısa kısa değinmek dışında, çalışmanın bu kısmında – jürisprüdansiyel koruma kısmında olduğu gibi – ayrı bir *sorunlar/eleştiriler* başlığı açmadığımızı ve bu hususu, ileride *AB İnsan Hakları Hukukunun* genel olarak değerlendirileceği yere bıraktığımızı söyleyelim.

---

bu süreçte insan haklarının korunması adına gerçekleştirdiği bazı girişimleri ve benimsediği pozisyonları için bkz.: 2**/76 sayılı Rapor**, s.11) gibi gelişmelere ayrıntılı olarak yer verilmemiş; bunlar ismen zikredilmekle yetinilmiştir. Mesela, Komisyon'un, örneğin, (o zamanki) AET Antlaşması'nın 229. maddesi bağlamında BM içinde yürüttüğü çalışmalar; bazı ülkelerdeki insan hakları geliştirme çabalarına verdiği katkılar (örneğin, Güney Afrika'da; özellikle de *Sharpeville Six* üzerinde 1988'de ölüm cezalarının uygulanmasının kınanması gibi); keza Üye Devletlerin, örneğin *Avrupa Siyasi İşbirliği (European Political Co-operation)* bünyesinde insan hakları için bir çalışma grubu (*working group*) kurarak çalışmalar yürütmesi ve yine onların BM ve AGİK bünyesindeki çalışmaları gibi gelişmeler de mevcuttur. Vincent J. G. Power, ''Human Rights and the EEC'', **Human Rights: A European Perspective**, Ed. by Liz Heffernan, Dublin, The Round Hall Press, 1994, pp.83-84. Komisyon ve Avrupa Parlamentosu'nun insan hakları alanında ne tür faaliyetler gerçekleştirdiği ve bu alana ne şekilde katkı sağladığı hakkında bkz.: **2/76 sayılı Rapor** s.12 vd.; Mower, **op.cit**, p.55 vd.; Woods, **op.cit**, p.356. Bu bağlamda 1993'e kadarki bir tablo için bkz.: **2/94 sayılı Görüş**, s.I-6.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ESASLARI: TEMEL HAKLAR ŞARTI VE AİHS'YE KATILIM BAĞLAMINDA LİZBON SONRASI DURUM

Buraya kadar, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişimini inceledik. Bu noktada da, önce, bu tarihsel gelişimin yargısal ayağına, yani Adalet Divanı eliyle başlatılan ve sürdürülen *jurisprüdansiyel* (içtihadi) korumaya; ardından da siyasi-hukuki-kurumsal ayağına, yani Üye Devletler ve Topluluk/Birlik kurumları tarafından Kurucu Antlaşmalardakiler başta olmak üzere bu alanda kaydedilen gelişmelere yer verildi. Bu iki bölüm, bu hukukun tarihsel gelişimine odaklandı ve süreç, bir kronoloji içinde verilmeye çalışıldı.

Ancak *AB İnsan Hakları Hukuku*, elbette ki, sadece bu tarihsel oluşum ve gelişim sürecine ingirgenemez. Bu hukuk disiplini, arkaplanında bu tarihsel sürecin yattığı şüphesiz olmakla birlikte; halihazırda ilke ve kurumlarıyla, *AB Hukuku* üst çatısı altında (Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, Medeni Hukuk gibi) başlı başına bir disiplin olarak yer almaktadır. Çalışmanın şimdiki kısmında yapılacak olan da, kronolojiden bağımsız olarak bir sistematik içinde, bu disiplinin (***AB İnsan Hakları Hukuku*'nun**) esaslarının, halihazırdaki son anayasal metin olan Lizbon Antlaşması'nın getirdikleri doğrultusunda incelenmesidir.

Temelinde, (anayasal anlamda) *Kurucu Antlaşmaların* bulunduğu bu hukukun mevcut hali, en son 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile tadil edilmiş bulunan **iki Kurucu Antlaşma'ya** (*AB Antlaşması* ile *ABİ Antlaşması*) dayanmaktadır. Tabii ki, bu Antlaşmalarda öngörülen kural ve ilkelere ilişkin olarak eskiden beri gelmekte olan **içtihat hukuku** (*case law*) da, bu Antlaşmalarla tesis edilen hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla aslında *AB İnsan Hakları Hukuku* dediğimizde somut olarak anladığımız şey, **bu hukuksal yapıların ilke, kurum, kural ve esaslarıdır.**

Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, örneğin bu hukukun temel kaynağı olarak *Kurucu Antlaşmalar* noktasında, Lizbon Antlaşması'na kadarki Kurucu Antlaşmalar yapısı (*1951 Paris-2001 Nice*), **bu hukukun tarihini**; Lizbon ile gelen yapı ve ortaya çıkan Kurucu Antlaşmalar ise, **bu hukukunun halihazırdaki esaslarını** ortaya

koymaktadır. Yine temel ikinci kaynak olarak *içtihat hukuku* noktasında olaya baktığımızda da, Adalet Divanı'nın örneğin ilk olarak 1969'da hukukun genel ilkeleri olarak insan haklarının *Topluluk Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemesi veya 1974'te, bu hukukun bir kaynağı olarak uluslararası sözleşmelere ve *daha sonra* ilk defa ismen AİHS'ye atıf yapması; ardından ilk defa Üye Devlet tasarruflarının da insan haklarına uygunluk açısından denetleneceğini söylemesi, hep bu hukukun tarihsel birer dinamiğidir. Ancak halihazırdaki durumda, bu içtihat birikiminin getirdiği ilke ve kurallar ise (örneğin insan haklarının, hukukun genel ilkeleri kapsamında *Birlik Hukukunun* bir parçası olması; ortak anayasal gelenekler ve AİHS'nin bu hukukun birer kaynağı olması; yahut gerek Birlik gerek Üye Devlet tasarruflarının bu hukukunun kapsamında olması), **halihazırdaki mevcut hukukun jürisprüdansiyel olarak şekillenmiş kısmını** oluşturmaktadır. İşte biz de, buradan hareketle, önce (yukarıdaki iki bölümde) bu süreçteki gelişmelere tarihsel olarak baktık; şimdi ise, temelde bir yandan Lizbon sonrası Kurucu Antlaşmalar, bir yandan da içtihat hukuku üzerine bina edilmiş bu hukukun mevcut durumunu (statükoyu/*status quo*) ve temel ilke, kural ve esaslarını inceleyeceğiz.

Konuya girmeden önce usule dair son bir husus olarak da, yine diğer bölümlere başlarken yaptığımız gibi, tezin bu bölümünün bir planını vermek faydalı olacaktır. Bu bölümde, önce, her hukuk dalını anlatırken yapılması gerektiği gibi, *AB İnsan Hakları Hukukunu* anlatırken de, **AB İnsan Hakları Hukukunun kaynakları** bahsine girecek ve bu bağlamda *içtihadi kaynak olarak eskiden beri gelen hukukun genel ilkelerine, yeni ve bağlayıcı bir bağımsız kaynak olarak Temel Haklar Şartı'na* ve *katılım sonrası Avrupa İnsan Hakları* Sözleşmesi'nin yeni bir bağımsız kaynak olmasına değineceğiz. Sonra **ikinci kısım** olarak, **AB'de halihazırda korunan hak ve özgürlükleri,** yani ***AB İnsan Hakları Hukukunun*** **yazılı ve yazısız insan hakları kataloğunu inceleyecek**; ilk kısımda saydığımız kaynaklarda ortaya konan, düzenlenen, güvence altına alınan **hak ve özgürlüklerin listesini** vereceğiz. Bölümümüzün **üçüncü temel (gündem) maddesi** ise, ***AB İnsan Hakları Hukukunun*** **kapsamı** olacak. Burada, *AB Hukukunda insan hakları denetimine tabi Birlik ve Üye Devlet tasarrufları* ile *insan haklarının bir denetim aracı olarak devreye girdiği alanlara* değinecek; *temel haklarla temel (ekonomik) serbestiler arasındaki dengeyi* tartışacak ve ardından da, *hak ve özgürlüklerin yatay (bireyler arası) etkisi* meselesini ele alacağız. Bu kısmın **sonunda** ise, temel iki gelişme olarak gördüğümüz **Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması** ile **AİHS'ye katılım süreçlerinin** gerek **AB İnsan Hakları Hukukunun güncel durumuna gerekse Avrupa Kıtası'ndaki insan hakları koruma sistemine etkilerini** ele alacağız.

3.1. AB İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN KAYNAKLARI

3.1.1. Genel Olarak

AB İnsan Hakları Hukukunun kaynaklarından önce, kısaca genel olarak *AB Hukukunun* kaynaklarına değinmek gerekir. Doktrinde farklı tasnifler olmakla birlikte, bunların, en genel anlamda **birincil** *(primary)* ve **ikincil** *(secondary)* **kaynaklar** olarak sınıflandırıldığını söyleyebiliriz. Başta *Kurucu Antlaşmalar*[871] olmak üzere, (Lizbon ile birlikte bu statüye çıkartılan) *Temel Haklar Şartı*, *Üye Devletlerin AB'ye katılım antlaşmaları* ve Adalet Divanı tarafından ortaya konan *hukukun genel ilkeleri*, *AB Hukukunun* birincil kaynaklarını oluştururken; Birliğin üçüncü ülkelerle veya kuruluşlarla yaptığı uluslararası anlaşmalar ile Birlik organlarının (Kurucu Antlaşmalar kapsamında kabul ettikleri) tasarrufları (yani mevzuat)[872] da, ikincil kaynakları oluşturmaktadır.

---

[871] Paris ve Roma Antlaşmaları olarak bilinen AKÇT, AET ve Euratom Antlaşmalarından başlayarak en son 2009 tarihli Lizbon Antlaşması'na kadar uzanan süreçte Üye Devletler tarafından imzalanan antlaşmalar

[872] Bunların başlıcaları, (Lizbon sonrası) *ABİA m.288/2* uyarınca, **tüzükler** (*regulation*), **yönergeler** (*directive*), **kararlar** (*decision*), **tavsiyeler** (*recommendation*) ve **görüşlerdir** (*opinion*). Bunların birbirleriyle ilişkisini kısaca izah etmek gerekirse; Lizbon Antlaşması'na kadar, Kurucu Antlaşmalar, bu normlar arasında açıkça bir hiyerarşi öngörmüş değildi. Ancak yine de doktrinde, **kurucu antlaşmalar-hukukun genel ilkeleri-uluslararası antlaşmalar-mevzuat** şeklinde bir sıralama yapılmaktaydı. ''Mevzuat'' (ikincil normlar) dediğimiz kaynaklar noktasında ise, Lizbon Antlaşması'yla tadil edilen ABİA (m.288), **yasama işlemleri** (*legislative act*) ve **yasama işlemi niteliğinde olmayan işlemler** (*non-legislative act*) şeklinde **ikili bir ayrım** yaptı. Antlaşma'nın yasama usulüne göre çıkarılmasını öngördüğü ve dolayısıyla Antlaşma'da düzenlenen yasama usullerinden birine göre kabul edilen tüzük, yönerge ve kararlar, **yasama işlemi** (*legislative act*); bu usule göre kabul edilmeyen tüzük, yönerge ve kararlar ise, **yasama niteliğinde olmayan işlem** (*non-legislative act*) olarak kabul edilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gerekli husus; görüldüğü gibi, işlemin içeriğinin kural koyucu veya uygulayıcı (idari) olmasının bir öneminin olmayıp, ayrımın, tamamen şekli kritere göre yapıldığı ve nitelik itibariyle aslında yasama işlemi karakteri taşıyan birtakım işlemlerin bile, *Birlik Hukuku* bağlamında yasama işlemi olarak kabul edilmemesidir. (Bu durumun eleştirisi ve ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında bkz.: Craig, De Búrca, **op.cit**, p.113 vd.) Yasama işlemi niteliğinde olmayan tasarruflar da, **devredilmiş yetki işlemleri** / **yetki devrine dayalı işlemler** (*delegated acts*) ve **uygulama işlemleri** (*implemeting acts*) olmak üzere iki çeşittir. Bir yasama işleminin Komisyon'a belli konularda genel düzenleyici işlem yapma yetkisi devretmesi ile kabul edilecek tasarruflar, **devredilmiş yetki işlemleri**; Üye Devletlerin bağlayıcı Birlik tasarruflarını iç hukukta uygulamaya yönelik kabul ettiği tasarruflar da, **uygulama işlemi** adını alacaktır. Dolayısıyla şu şöylenebilir ki; *AB Hukuku* bağlamında kabul edilen bir tüzük, yönerge yahut karar, yasama işlemi niteliğinde olabileceği gibi, idari nitelikte de olabilir. Bu ise, tamamen bir konuda çıkarılacak işlemin **hangi usule göre yapılacağı ile ilgili** olup; böylece bir tasarrufun hukuki statüsünü belirleyen, onun tüzük, yönetmelik veya karar türünde olmasından ziyade yasama işlemi olup olmadığıdır. Ancak bitirmeden şunu da ifade etmek gerekir ki, *AB Hukukunda* ikincil norm olarak bu üç kategorinin hiçbirine (*legislative-delegated-implementing*) oturmayan işlemler de olacaktır. En basitinden, belli bir kişiye yönelik alınan standart bir idari karar, yukarıdaki tanımlamalar ışığında ne bir yasama

AB İnsan Hakları Hukukunun halihazırdaki kaynaklarına baktığımızda ise, genel olarak yaptığımız yukarıdaki sınıflandırmanın bu noktada da geçerli olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla, insan haklarına ilişkin hükümleri bakımından **Kurucu Antlaşmalar**, **Temel Haklar Şartı**, **hukukun genel ilkeleri**, **AB'nin tarafı olduğu insan haklarına dair sözleşmeler**[873] ve yine temel hak ve özgürlüklere dair **ikincil mevzuat hükümleri**, *AB İnsan Hakları Hukukunun* başlıca kaynaklarıdır.[874]

Kaynakların Kronolojik Sıralanması

Yukarıda, *AB İnsan Hukukunun* oluşum ve gelişim sürecini anlatırken, insan haklarının ilk olarak Adalet Divanı içtihadıyla *Topluluk Hukukunda* korunmaya başladığını söylemiştik. Divan, yukarıda tartıştığımız felsefi ve pratik birtakım dinamiklerin de etkisiyle ilk defa 1969 tarihli *Stauder* kararında, insan haklarının hukukun genel ilkeleri içinde *Topluluk Hukukunun* bir parçası olduğunu ve böylece korunduğunu söylemişti. Dolayısıyla bu anlamda **temel hak ve özgürlüklerin aslında tarihsel olarak ilk kaynağı; daha isabetli bir ifadeyle dayanağı (*legal ground*), içtihat** (***case law***) olmuştur. Divan, içtihat temelinde *Topluluk Hukukuna* soktuğu bu korumayı ise, yine hatırlanacağı üzere, başta Kurucu Antlaşmalar olmak üzere yukarıda yer verdiğimiz kaynakların sessizliği veya henüz yokluğu karşısında, birtakım **genel hukuk ilkelerine** dayandırmıştı. Bu anlamda, **hukuki temeli içtihat** olan insan hakları korumasının tarihsel anlamda belki de **ilk kaynağını**, **hukukun genel ilkeleri** (***general principles of law***) adını verdiğimiz bu ilkeler oluşturmuştu.

---

işlemi olacak; ne de devredilmiş yetki veya uygulama işlemi sayılabilecektir. Ancak bu tür tasarrufların varlığı da bir realite olduğundan (Türk Hukukundaki ''adsız düzenleyici işlemlerin'' varlığının kabulü gibi) hiyerarşik anlamda bu üç kategoriye girmeyen birtakım Birlik tasarruflarının da varlığını kabul etmek gerekir. Keza, Lizbon Antlaşması ile eski sütunlu yapı kaldırılmış olsa da, halen Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasına (*Common Foreign and Security Policy*) ilişkin konularda, **pozisyon belgesi**, **ortak tutum** vs. adlarda birçok tasarrufun kabul edileceğini de, bu sefer bir diğer Kurucu Antlaşma olan ABA m.25 söylemektedir. Dolayısıyla bunlar da, *AB Hukuku* bağlamındaki hukuki işlemler/tasarruflardır. **Ibid.** p.118. Ayrıca, genel anlamda uluslararası hukuk ve Birlik yargı organlarının içtihatları (*case-law*) da, *AB Hukukunun* farklı hiyerarşik etki ve derecelerdeki kaynakları olarak zikredilebilir.

[873] AB'nin halihazırda taraf olduğu Avrupa Konseyi sözleşmelerine yukarıda değinmiştik (bkz.: supra s.340) AİHS'ye katılım gerçekleştiğinde, AİHS de, bu anlamda bir kaynak olacaktır (ki, zaten bu ihtimale binaen ileride ''bağımsız'' bir kaynak olarak AİHS için bir başlık açacağız).

[874] *Tarihsel Süreç-Güncel Hal Ayrımı*. Bu liste, *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel halinin yansımasıdır ve haihazırdaki bölümde esas alınacak liste de odur. Ancak, unutulmaması gereken bir husus, bu hukukun, akşamdan sabaha kaynakları yazılmış bir kurallar bütünü olmayıp, hatta kökeni itibariyle yazılı bir hukuk dahi olmayıp, uzun bir tarihsel sürecin ürünü olduğu ve dolayısıyla kavranabilmesinin de, ancak bu süreci de içine alacak bütüncül bir bakış açısıyla mümkün olduğudur.

Tabii bu ilkeler, herhangi bir yerde bir liste halinde yazılı olmadığından, Divan'ın, yargılama faaliyeti çerçevesinde bunları, başka yerlerden bulup çıkarması gerekiyordu. Divan, hatırlanacağı üzere, önce 1970 tarihli *Handelsgesellschaft* kararında, hukukun genel ilkeleri kapsamında korunduğunu söylediği hak ve özgürlüklerin nerelerden bulunup ortaya çıkarılacağı konusunda ilk adımı atmış ve **Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerin** (*constitutional traditions common to the Member States*) *bu anlamda bir alt-kaynak olduğunu* söylemişti. Divan, ikinci adımı ise, birkaç yıl sonra, *Nold* kararında atmış ve ***Üye Devletlerin taraf oldukları yahut üzerinde ittifak ettikleri uluslararası metinlerin*** *de, bu anlamda hukukun genel ilkeleri kapsamında bir (alt) kaynak olacağını* belirtmişti. Bu anlamda son adım ise, 1975 tarihli *Rutili* kararında gelmiş ve Divan, *açıkça **AİHS'yi**, hak ve özgürlüklerin hukukun genel ilkeleri kapsamında bulunup çıkarılacağı bir (alt) kaynak olarak* zikretmişti. Böylece aslında ''içtihat'' temelinde ve ''hukukun genel ilkeleri'' kaynağı çerçevesinde koruduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin ''alt'', diğer bir deyişle, bir nevi ''esin kaynağı'' olan, yol gösterici kaynakların gelişimini tamamlamıştı. Bu anlamda, tarihsel gelişim bağlamında, *AB İnsan Hakları Hukukunun* **ilk kaynağı**, **hukukun genel ilkeleri** (ki, zaten yukarıda belirttiğimiz gibi, genel *Topluluk Hukukunun* da asli/birincil kaynaklarından biridir ve sadece insan haklarından da ibaret değildir) ve onun birer **alt-kaynağı** olarak da **ortak anayasal gelenekler** ve **başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmalar** olmuştur.

Lizbon'a Kadarki Kurucu Antlaşmalar ve Kodifikasyon. 1992 tarihli Maastricht Antlaşması (hatta 1986 tarihli Tek Avrupa Senedi) ile başlayan süreçte Kurucu Antlaşmalar bazında (Lizbon'a kadar) yapılanların ise, hukuki etkisi bir yana, pratik anlamda mevcut içtihadi birikimin kodifikasyonundan çok da öte bir anlam taşımadığını, zaten yukarıda söylemiştik. Hukuki bakımdan ise, Maastricht m.F ile benimsenen formülasyonun ilk yaptığı şey, Topluluğun/Birliğin insan haklarına saygı göstereceğinin ve AB'de insan haklarının korunacağının belirtilmesi suretiyle, o ana kadar Antlaşmalarda açık bir hukuki dayanağı bulunmayan ve içtihadi temele oturtulmuş bulunan AB insan hakları korumasının (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun*) hukuki dayanağını, Kurucu Antlaşmalar çatısı içine almak olmuştur. Ancak bu reform zinciri, söz konusu hukukun ''temeli'' dışında, ''kaynakları'' noktasında ise, yine *hukukun genel ilkelerini* bırakmış ve bu bakımdan, ''pratik'' bir yana ''hukuken'' dahi pek bir değişiklik getirmemişti.

Fakat bir adım ileriye gittiğimizde, bundan önce Divan'ın içtihadi tercihinin bir sonucu olarak (yani bir anlamda kendi inisiyatifiyle gönüllü olarak) başvurduğu *ortak*

anayasal gelenekler ve *AİHS*, artık hukukun genel ilkeleri bağlamında tespit edilip uygulanacak temel hak ve özgürlükler bakımından, bir anlamda (Antlaşmalar uyarınca bakılması gerekli) birer referans norm haline gelmişti. Ancak sonuçta bunları uygulayacak olan, yine Divan'ın kendisi olacağı için, antlaşma reformlarıyla gelen bu kodifikasyonun, reform olarak nitelenebilecek, büyük bir pratik-hukuki etkisinin olmadığını söylemiştik. Nitekim Divan da, *Nold* kararından itibaren ısrarlı ve istikrarlı bir şekilde bu kaynakların kendisi için bağlayıcı olmadığını; ilham alacağı, rehber niteliğindeki ilkeler olduğunu tekrarlayıp durmuştur.[875]

Tarihsel olarak meseleye bakmaya devam ettiğimizde; bu noktada, 2000 yılında kabul edilen **Temel Haklar Şartı** da, etkileri olabilecek bir gelişmeydi. Yukarıda, bu Şart'ın ilk fikirlerin ortaya atılmasından Lizbon ile bağlayıcılık kazanmasına kadar geçirdiği evreleri gördük. Şart'a, kabul edildiği 2000 yılından Lizbon ile bağlayıcılık kazandığı Aralık 2009'a kadar, önce (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi, ardından Divan'ın kendisi tarafından zaman zaman atıflar yapıldığını biliyoruz. Ancak bu halde dahi, Şart'ın, *AB İnsan Hakları Hukukunun* yeni ve bağımsız bir kaynağı değil; **o an için halen asıl ve tek kaynak** olan *hukukun genel ilkeleri* kapsamında birer alt/yardımcı kaynak olan *ortak anayasal gelenekler* ile *AİHS'nin (ve diğer uluslararası sözleşmelerin)* yanında üçüncü grup bir alt/yardımcı kaynak olarak kullanıldığını söylemek gerekir.[876]

Özetlemek gerekirse, Divan'ın bu alandaki içtihadı Kurucu Antlaşmalarda kodifiye edildikten sonra, eskiden sadece ''içtihat'' olan, AB'de insan hakları korumasının (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun*) hukuki temeli, artık ikiye çıkmıştı: **içtihat** ve **Kurucu Antlaşmalar** (Amsterdam öncesi m.F/2, Amsterdam sonrası m.6/2).[877] Ancak konumuz

---

[875] Esasında bu kaynaklar, birer hukuk normu olarak, doğası gereği yorum ameliyesine muhtaç kaynaklar olduğu için, gerek bir ilkenin ortak bir anayasal ilke olduğunu tespit etmek gerek herhangi bir AİHS hükmünü AB İnsan Hakları Hukukunun bir alt-kaynağı olarak uygulamak, Divan'ın yargısal faaliyet çerçevesindeki yorumuna muhtaç hususlardı. Bu yönüyle de, bir Kurucu Antlaşma hükmünde bakılması gerekli/zorunlu bir alt-kaynak/esin kaynağı olarak yer almasının da, pratik bakımdan hukuki bir etkisi pek söz konusu olamazdı.

[876] Zira ne olursa olsun, Lizbon'a kadar, *AB İnsan Hakları Hukukunun* ''anayasal temeli'', Nice Anlaşması sonrası haliyle **AB Antlaşması'nın 6/2. maddesidir** ve bu madde de, bu hukukun kaynağı olarak, ''**hukukun genel ilkelerini**'' ve ''alt-kaynakları'' olarak da, **ortak anayasal gelenekler** ile **AİHS başta olmak üzere uluslararası sözleşmeleri** zikretmektedir. Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesi, bağlayıcılık kazanana kadar buna bir şey eklememiştir. Adalet Divanı tarafından bu süreçte zaman zaman Şart'a atıf yapılması ise, onun başlı başına bir kaynak olmasıyla değil; Adalet Divanı'nın asıl kaynak olarak gördüğü genel hukuk ilkelerinin bulunup çıkarılmasında – ortak anayasal gelenekler ve AİHS gibi – Şart'ı da bir yardımcı kaynak olarak kabul etmesiyle ilgilidir.

[877] Bu noktada, elbette ki, farklı bir bakış açısıyla, hukuki temel olarak, artık ''içtihadın'' da, bu kodifikasyon sonrasında bağımsız bir temel olma özelliğini yitirdiği; tek temelin Kurucu Antlaşma (ve ilgili maddesi) olduğu ve içtihadın da bu asıl hukuki dayanağın bir unsuru haline geldiği

olan kaynaklar bakımından pek de değişen bir şey yoktu. Zira halen daha **anayasal temeli** ''içtihat'' ve ''Kurucu Antlaşmalar'' olan bu hukukun kaynağı, Divan tarafından belirlenecek ''hukukun genel ilkeleri''ydi. Böylece tarihsel bağlamda, 2000'lere gelindiğinde, ***AB İnsan Hakları Hukukunun*** **kaynağı** olarak **sadece ''hukukun genel ilkeleri''** söz konusuydu. Bu kaynağın **alt/yardımcı kaynakları** ise, **ortak anayasal gelenekler** ve **başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmelerdi**. Bunlara, Birlik yargısı tarafından 2000'li yıllardan itibaren **Temel Haklar Şartı'nın** da eklediğini görüyoruz.

Lizbon'un Getirdikleri: İki Yeni Bağımsız Kaynak. Meseleyi tarihsel sürece uygun olarak sürdürdüğümüzde, şu an için bu sürecin son halkası, Lizbon ile oluşan yapıdır. Lizbon (daha doğrusu tadil ettiği AB Antlaşması), *AB İnsan Hakları Hukukunun* hukuki dayanağına ilişkin eskiden beri gelen hükümde (m.6), bu hukuka yeni kaynaklar eklemiştir. Yeni 6. madde, bu kaynaklar arasında açık ve net bir biçimde ''Temel Haklar Şartı'nı da zikretmektedir. Böylece tarihsel sürecin – şu an için noktalanmasında – artık hukukun genel ilkeleri yanında *AB İnsan Hakları Hukukunun* ikinci (ve hatta hiyerarşik öncelik açısından daha önde gelen) bağımsız bir kaynağından bahsetmek mümkündür: **Temel Haklar Şartı**. Yani Lizbon (sonrası AB antlaşması) ile, Şart, asıl kaynak olan ''hukukun genel ilkeleri''nin Divan tarafından ihtiyari olarak başvurulan bir alt-kaynağı olmaktan, Kurucu Antlaşmalar temelinde uygulanan bağımsız (alt-kaynak değil) ve bağlayıcı (ihtiyari değil) ve hatta en birincil sıradaki kaynağı olma statüsüne yükseltilmiştir.

Yine Lizbon'un *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynakları arasına kattığı (daha doğrusu katılmasının yolunu açtığı) bir bağımsız kaynaktan daha bahsetmek mümkündür: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**. Lizbon Antlaşması, Birliğin AİHS'ye katılımını öngörmektedir (ki, buna ilişkin tarihsel sürece, yukarıda kısaca değindik). Taraflarca yapılacak müzakereler neticesinde bir katılım anlaşması imzalanır ve yürürlüğe girerse, AB'nin AİHS'ye katılması söz konusu olacak ve böylece Sözleşme, 47 akit Devletin iç hukukları gibi, *AB (İnsan Hakları) Hukuku* için de, bağlayıcı bir norm olacaktır. Diğer bir deyişle, süreç sonunda AİHS de, AB'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olacak ve bu yönüyle de *AB Hukukunun* (**ikincil kaynaklar arasında, ancak**

---

söylenebilir. Ancak bu, çok daha derin hukuki tartışmaları beraberinde getirecektir. Zira Adalet Divanı'nın, halen, Antlaşmalardan kaynaklanan *Topluluk Hukukunu* uygulamak ve yorumlamak temel görevi/işlevi vardır ve daha Maastricht'in ilgili hükmü yokken bile Divan, sonuçta belli Antlaşma hükümlerinden hareketle içtihat üretmektedir. Dolayısıyla eğer Divan içtihadı, bağımsız değil fakat bir Antlaşma hükmüne iliştirilerek değerlendirilecekse, Maastricht m.F/2'den önce de böyle söylenmesi ve bu (Maastricht öncesi) hükümlere iliştirilmesi gerekir.

mevzuattan daha üstte) **ayrı** ve **bağımsız bir kaynağı** haline gelecektir. Bu noktada AİHS, hem halen daha hukukun genel ilkeleri kapsamında hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasında (şimdiye kadar olduğu gibi Divan tarafından başvurulan) bir *alt-kaynak, bir esin kaynağı* olmaya devam edecek; hem de, tarafı olan Devletlerin ulusal yargı organları tarafından nasıl bir kaynak olarak uygulanıyor ise (örneğin 1982 T.C. Anayasası m.90/5 gereği), Birlik yargı organları tarafından da, **AB'nin tarafı olduğu bir uluslararası sözleşme olarak** (*ikincil mevzuat* kapsamında), *AB İnsan Hakları Hukukunun* bağımsız bir kaynağı şeklinde uygulanacaktır.[878] Tüm bunlar, belki doğrudan Lizbon'un değil (imzalanacak bir katılım anlaşmasının); fakat Lizbon'un izin verdiği, hatta bir yükümlülük olarak AB'nin üzerine yüklemek suretiyle başlattığı sürecin (katılım süreci) sonucudur hiç şüphesiz.

Bu bağlamda, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynakları meselesine ''tarihsel'' olarak baktığımızda, bunu, esas olarak iki döneme ayırabiliriz: Lizbon öncesi birinci dönemde, önce hukukun genel ilkelerini, onun içinde de önce ortak anayasal gelenekleri ve ardından AİHS'yi ve yine o bağlamda (bağlayıcı olmadığı dönemde) THŞ'yi zikredebilir; Lizbon sonrası ikinci dönemde ise, bu kaynaklara, bağlayıcı olarak THŞ'yi ve hatta potansiyel bir bağımsız bir kaynak olarak AİHS'yi ekleyebiliriz. O halde tarihsel süreçte ortaya çıkış ve kullanılış sıralarına göre, **hukukun genel ilkeleri (ortak anayasal gelenekler – AİHS – bağlayıcı olmayan Temel Haklar Şartı) – bağlayıcı olan Temel Haklar Şartı ve (katılım sonrasında) AİHS** şeklinde bir sıralama yapılabilecektir.

Fakat artık bu hukukun asli ve birincil kaynağı, en son olarak Lizbon ile şekillenen anayasal yapıda (ABA m.6), **Temel Haklar Şartı**'dır. Şu an için temel hukuki dayanak olan ***AB Antlaşması'nın 6. maddesine*** baktığımızda, ***önce Şart'ın***; ardından da, ***hukukun genel ilkelerinin*** zikredildiğini görmekteyiz.[879] Artık diğer kaynakları ortadan kaldırmamakla birlikte, bu hukukun mevcut durumunda (yani Lizbon sonrası dönemde) **temel kaynak**, **Temel Haklar Şartı** olacaktır.[880] Nitekim Divan da, artık temel hak ve

---

[878] Bunun pratik sonucu, ayrıca tartışılması gereken bir konudur ve ileride katılımın *AB İnsan Hakları Hukukunun* güncel haline etkileri bahsinde tartışılacaktır.

[879] Katılıma bağlı olarak AİHS'nin üçüncü bir bağımsız kaynak olarak eklenmesi ise, zikredilmemektedir; zira daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, bu, doğrudan Antlaşmaların değil; ayrıca imzalanması öngörülen ''katılım'' anlaşmasının sonucu olacaktır.

[880] Tabii ki, böyle bir ''öncelik'' ve ''aslilik'' nitelemesinin haklılaştırılması, sadece 6. maddenin, ilk olarak Şart'ı zikrediyor olmasına ingirgenemez. Diğer bir deyişle, artık *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel ve asli kaynağı olarak Şart'ı zikretmemizin sebebi, elbette ki, bir Antlaşma hükmünde, hangi kaynağın maddenin yazımı içinde daha önce zikredilmesine indirgenecek bir basitliğin sonucu değildir.

özgürlükler söz konusu olduğunda, o hep yer verdiğimiz *Nold*'daki meşhur formülasyonu[881] yerine, esas olarak Şart'ı zikretmekte; korumayı, Şart'a dayandırmakta ve ihlal iddiasını, öncelikle Şart temelinde incelemektedir.

Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz kronolojik/tarihsel sıralamanın ötesinde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* mevcut durumu (*status quo*) açısından, bu hukukun **birincil ve asli kaynağı**, **Temel Haklar Şartı** ve onun ardından da, **katılımın gerçekleşmesi ihtimalinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'dir. **Hukukun genel ilkeleri** (ve tabii onun uygulanmasında **ortak anayasal gelenekler** ve **başta AİHS** olmak üzere **uluslararası sözleşmeler**) ise, artık bir nevi destekleyici kaynak olarak (örneğin Şart ve AİHS ile çözülemeyen meselelerde) var olacaktır.

Ancak yine vurgulamak gerekir ki, bu hukuk, yaklaşık 30 yıl boyunca (1969-2009) hukukun genel ilkeleri üzerinden yürütülmüş; buna dayalı olarak devasa bir hak kataloğundan ve ilke ve esaslardan müteşekkil tedrici bir AB İnsan Hakları Hukuku oluşmuştur. Elbette ki, bu dev birikimin bir anda çöpe atılması da söz konusu değildir. Temel Haklar Şartı ve onun *AB İnsan Hakları Hukukuna* getirdiği başta hak ve özgürlükler olmak üzere ilke ve esasların da, AB'nin AİHS'ye katılımı meselesinin de anlaşılması, ancak bu 30 yıllık birikimin, yani bir kaynak olarak hukukun genel ilkelerinin bilinmesi ile mümkündür. Zira bir yandan henüz katılım gerçekleşmemiştir ve AİHS'nin halen daha bağımsız bir kaynak olarak uygulanması söz konusu değildir; AİHS, bu anlamda (katılım sürecinde her şey yolunda gitse bile) birkaç yıl daha ancak hukukun genel ilkeleri kapsamında bir esin kaynağı referans norm olarak uygulanmaya devam edecektir. Keza, Temel Haklar Şartı da, 2009 Aralık'tan itibaren uygulanmakla birlikte, tahmin edileceği gibi buna dayalı içtihadi birikimin henüz hukukun genel ilkeleri kapsamında oluşan içtihadi birikime yaklaşması söz konusu değildir. Üstelik Şart, gökten zembille inmiş ve o ana kadar kimsenin bilmediği birtakım hak ve ilkeleri düzenleyen bir metin de değildir; tam aksine hukukun genel ilkeleri çerçevesinde şekillenmiş uzun yıllara dayalı bu içtihadi birikimi yansıtmakta, bir anlamda kodifiye etmiş bulunmaktadır. Bu anlamda bu içtihadi birikimin, Temel Haklar Şartı'nın yorumlanmasını ve uygulanmasını büyük ölçüde etkileyeceğine şüphe yoktur. Öte yandan, katılımın akabinde, AİHS'nin bağımsız bir kaynak olarak uygulanması söz konusu olduğunda da,

---

[881] *Temel hakların, Divan'ın, uyulmasını temin ettiği hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olduğu ve Divan'ın, bu hakları korurken, Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden esinlenmekle yükümlü bulunduğu; benzer şekilde, insan haklarının korunmasına dair Üye Devletlerin taraf olduğu yahut üzerinde işbirliği yaptığı uluslararası antlaşmaların da, Topluluk Hukukunun çerçevesi içinde izlenecek rehber ilkeler sağlayabileceği* … şeklindeki klasik formülasyon (*Nold*, para.13).

bu uygulamanın Divan'ın ağırlıklı olarak AİHS üzerinden oluşturduğu bu 30 yıllık içtihadi birikim temelinde olacağını söylemek de herhalde büyük bir iddia olmaz. Bu anlamda hukukun genel ilkelerinin ve onun insan hakları alanında getirdiği birikimin incelenmesi, salt tarihsel kaygıların ötesinde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* mevcut durumunun kavranabilmesi için de elzemdir.

Dolayısıyla başta kaynakları olmak üzere bu hukuk, bir tarihsel sürecin ürünüdür ve bu tarihsel süreç, salt bir hukuk tarihi vermek amacından öte bir değere sahiptir. Temel Haklar Şartı başta olmak üzere *AB İnsan Hakları Hukukunun* halihazırdaki kaynaklarını doğru biçimde kavrayabilmek için – günümüzde geçerli olan bu sıralama unutulmadan – tarihsel sürece uygun bir sistematiğin takip edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu anlamda, **öncelikle, hukukun genel ilkeleri** (nin bir parçası olarak insan hakları) ile meseleye girecek; bu bağlamda da, **ortak anayasal gelenekler** ve **başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmeleri** inceleyeceğiz. Kaynaklar bahsinde ikinci olarak, **Temel Haklar Şartı** üzerinde duracak; katılım sonrası bağımsız bir kaynak olarak bu düzende kendine yer bulacak olan **AİHS**'yi ise, üçüncü bağımsız kaynak olarak en sonda inceleyeceğiz.[882]

3.1.2. Hukukun Genel İlkeleri – İçtihadi Kaynak

Yukarıda tarihsel gelişim kısmında da ifade ettiğimiz gibi, Divan, birtakım dinamiklerin etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasını *Topluluk Hukukuna* sokmaya karar verdiğinde, Kurucu Antlaşmaların sessizliği karşısında, Topluluk normlarının denetiminde daha önceden beri başvurduğu bir kaynağa başvurmuş; bu korumayı, (*Topluluk Hukukunun* asli kaynaklarından biri olan) **hukukun genel ilkelerine** dayandırmıştı. Tabii bu genel hukuk ilkelerinin, daha doğrusu genel hukuk ilkeleri olarak korunacak hak ve özgürlüklerin tespitinde (aslında keşfinde) de, iki (alt/yardımcı) kaynaktan ilham almış, hareket etmişti. Bunlar, **Üye Devletlerde ortak olan birtakım**

[882] Ancak tabii ki, Lizbon ile oluşan bu yeni hukuki durum, hukukun genel ilkelerinin bu çalışmada işgal edeceği hacmi de etkileyecek niteliktedir. 2009'dan önce yazılması halinde, bu hukukun temel kaynağı olarak, hukukun genel ilkelerine ve bu ilkelerin alt-kaynakları/esin kaynağı referans normları olarak da ortak anayasal gelenekler ile başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmelere ayrılacak yer ile; 2009 sonrası anayasal durumda ayrılacak yer, elbette ki farklı olmalıdır. Bir kez daha vurgulamak gerekirse, artık **aslolan kaynak**, **Temel Haklar Şartı** ve onunla birlikte (katılım sonrası) **AİHS**'tir. Bu anlamda, bölüm içinde, hukukun genel ilkelerine (ve bu bağlamdaki alt-kaynaklara), bunların anlaşılmasına hizmet ettiği ölçüde ve 2009 sonrası hukuki durumda oynayabileceği rol ve devreye girebileceği ihtimaller nispetinde yer verilecektir.

anayasal gelenekler (prensipler, standartlar) ve de **uluslararası sözleşmelerdi**. Bu uluslararası sözleşmeler içinde de Divan, **AİHS'ye** özel bir önem vermişti. Böylece aslında hukukun genel ilkeleri kaynağından türetilecek temel hak ve özgürlüklerin *Topluluk/Birlik Hukukuna* kazandırılması bağlamında, **ulusal hukuklar** ile **uluslararası hukuk**, birlikte rol oynamıştı. Hatta Divan, 2000 yılında kabul edilmesinden sonra 2009'da Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar bağlayıcı nitelikte olmayan **Temel Haklar Şartı'na** da, yer yer hukukun genel ilkeleri kapsamında hak ve özgürlüklerin tespitinde bir esin kaynağı olarak başvurmuştu.[883] Böylece hukukun genel ilkelerinin alt kaynakları noktasında, ulusal ve uluslararası hukuklara AB Hukuku boyutu da eklenmiş ve böylece sac ayağı tamamlanmıştır.

3.1.2.1. AB Hukuk Düzeninde Hukukun Genel İlkeleri

Kavram ve Felsefi Temel

Hukukun genel ilkelerini, işlevsel bir bakış açısıyla, basitçe, Adalet Divanı'nın, Topluluk/Birlik normlarını Kurucu Antlaşmalara uygunluk açısından denetlerken başvurduğu (yani tüm Birlik ve *Birlik Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet normlarının uygun olmak zorunda olduğunu söylediği) bir ölçü normlar grubu olarak tanımlayabiliriz. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, bu ilkeler, elbette sadece insan haklarından ibaret değildir. Temeli içtihat olan bu ilkeler, insan haklarının ortaya çıkışının kabulü olarak gösterilen 1969'dan çok önce, Adalet Divanı tarafından *Topluluk Hukukunda*, Kurucu Antlaşma hükümlerinin yorumunda, ikincil mevzuat hükümlerinin hukuka uygunluğunun

[883] Bu noktada, bu (alt/yardımcı) kaynaklar arasında, Divan için **temel kaynağın AİHS** olduğunu da yeri gelmişken belirtelim. Özellikle ilk defa açıkça zikrettiği 1975 tarihli *Rutili* kararından sonra Sözleşme'ye sürekli atıf yapılmış; yer yer Sözleşme'nin yargı organı (AİHK veya AİHM) ile çelişkili içtihatlar söz konusu olsa da, Sözleşme, hukukun genel ilkeleri kapsamında *Topluluk Hukukuna* aktarılacak hak ve özgürlüklerin tespitinde ağırlıklı bir rol oynamıştır. Doktrinde Tezcan'ın sunduğu bir istatistik, bu tezi net bir şekilde doğrulamaktadır. Bu istatistiğe göre; 1969-1997 yılları arasında Adalet Divanı'nın temel hak ve özgürlüklere atıf yaptığı toplam karar sayısı **77** olup; bu 77 kararın **61**'inde AİHS'ye, **20**'sinde de ortak anayasal geleneklere atıf yapılmıştır. Bu, bir yandan, bazı davalarda, hukukun genel ilkeleri olarak Topluluk hakkı olarak benimsenecek hak ve özgürlüklerin tespitinde, hem ortak anayasal geleneklere hem de AİHS'ye aynı anda atıf yapıldığını göstermekte; bir yandan da, bu noktada hukukun genel ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin ortaya konup uygulanmasında, asıl alt/yardımcı kaynağın AİHS olduğunu göstermektedir. Tezcan, **a.g.e.**, s.214. Bu trendin daha sonraki yıllarda da devam ettiğini söyleyebiliriz; ta ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 2009'da Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanıp da temel kaynak olmasına ve böylece temel kaynaklık işlevini uhdesine almasına kadar.

denetlenmesinde ve genel anlamda hukuki boşlukların doldurulmasında temel bir kaynak olarak uygulanmaya başlamıştır. Divan, önceleri, *hukuki kesinlik*, *geriye yürümezlik* gibi idare hukukuna hakim olan birtakım prensipleri Topluluk Hukukuna sokmak için başvurduğu bu ilkelere, daha sonradan insan hakları korumasını Topluluk Hukukuna kazandırırken de, bir kaynak olarak başvurmuştur. Bu anlamda, Toplulukta insan haklarının korunmasının ortaya çıkışı, bu ilkeler üzerinden olduğu için, kısaca da olsa, bu ilkelerin *Birlik Hukukunda* genel olarak ne anlam ifade ettiğinin bilinmesi gerekir. Bu itibarla, AB İnsan Hakları Hukukunun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerine geçmeden önce, meselenin daha iyi kavranmasına yarayabileceği düşüncesiyle, bu ilkelerin Birlik Hukukunda genel olarak ne anlama geldiği, hangi işlevleri gördüğü gibi hususlara değinmekte fayda vardır.[884]

Hukukun genel ilkeleri (veya diğer bir deyişle genel hukuk ilkeleri), AB Hukukunun temel (ve hatta birincil) kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Bu bağlamda, derinlemesine felsefi ve sosyolojik tartışmalara girmeden, genel hukuk ilkelerinin hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk düzeninde, özellikle devlet işlemlerinin yargısal denetimi faaliyetinde, gerek yazılı ölçü normların yorumlanması, gerekse ilave ölçü normlar teşkil ederek boşlukların doldurulması maksadıyla başvurulan ilke ve esaslar olduğunu söyleyebiliriz.[885]

Öte yandan, AB bağlamında, ne hukukun genel ilkeleri, ne de bu ilkelerin içinde ortaya çıkıp evirildiği hukukun üstünlüğü kavramı (aynı temel hak ve özgürlükler gibi), ilk Kurucu Antlaşmalarda kendine açıkça yer bulabilmiştir.[886] Örneğin, medeni milletlerce

---

[884] Ancak her zaman yaptığımız gibi, konunun sınırları hakkında bir hatırlatmayı yine yapacak olursak; ''hukukun genel ilkeleri'', *AB Hukukunun* (Kurucu Antlaşmalar gibi) **birincil kaynakları** arasında yer almakta olup; *orantılılık, hukuki kesinlik, iyi yönetişim, şeffaflık* gibi idare hukuku ilkelerinden, *temel hak ve özgürlüklere* kadar geniş bir yelpazedeki hak ve ilkeleri içermektedir. İnsan hakları da, bunlardan – en önemlisi olsa da – biridir. Dolayısıyla, her biri ayrı birer tez konusu olabilecek bu ilkeleri tek tek incelemek gibi bir niyetimiz olmayıp; insan hakları da, neticede bu ilkelerin içinde ortaya çıktığı için, meselenin anlaşılmasına hizmet edeceği düşüncesiyle, hukukun genel ilkelerinin *AB Hukuku* için ne anlama geldiği, bu hukuk düzenindeki yeri gibi hususlara kısaca değinmenin faydalı olacağı görüşünden hareketle ve bu ölçüde meseleye değinilecektir.

[885] Hartley, **op.cit**, p.141. Bir hukuk sisteminde, yasa koyucunun her türlü hukuki probleme cevap verecek düzenlemeleri önceden yapması mümkün olmadığı gibi; bir probleme ilişkin kuralların kimi zaman yorumlanmaya muhtaç olduğu da bir gerçektir. Diğer bir deyişle, bazen birtakım boşlukların yargıçlar tarafından doldurulması veya mevcut normların yorumlanması, hukukta adiyattandır. Yargıçlar, bu faaliyetleri sırasında birtakım ilkelerden hareket ederler. **Ibid**. Nitekim genel hukuk ilkeleri, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün m.38/1,c hükmü uyarınca uluslararası hukukun kaynaklarından da birisidir.

[886] Rosas, Armati, **op.cit**, p.36. Yazarlara göre; özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bu ilkeye hemen istisnasız yer veren Batı Demokrasilerini düşündüğümüzde, bu ilkenin bu ülkelerin kurduğu bir örgütün kurucu antlaşmalarında yer almaması şaşırtıcı gelebilirse de, temel hak ve

kabul edilmiş genel hukuk ilkelerini, uluslararası hukukun kaynakları arasında sayan *Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine* benzer bir hüküm, Kurucu Antlaşmalar'da yoktu.[887] Ancak gerek Topluluk organlarının yalnızca Antlaşmalar'da kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde hareket edebileceğini belirten (o zamanki) AET Antlaşması'nın 4. (Lizbon sonrası ABA'nın 5.); gerek Adalet Divanı'na, Antlaşmaların uygulanmasında ''hukuka'' (sadece Kurucu Antlaşmalara değil genel olarak ''hukuka'') uyulmasını gözetme yetkisi veren AET Antlaşması'nın 164. (Lizbon sonrası ABİA'nın 19/1.) maddeleri, kurucu babaların, daha Topluluğun ilk yıllarından itibaren bu ilkeyi, Topluluğun temellerinden birisi olarak düşündüğünü ortaya koymaktadır.[888] Bu hükümlerle, hem her düzeydeki otoritenin, yetki kullanırken, önceden belirlenmiş kurallarla bağlı olacağı; hem de günümüzde hukukun üstünlüğü ilkesinin şiarı olan ilkeye aykırılık halinde, bunun yaptırıma uğratılacağı (sistemden ayıklanacağı) öngörülmek suretiyle, hukukun üstünlüğü ilkesinin başta yargısal denetim olmak üzere temel bileşenleri zaten daha başlangıçta ortaya konmuş olmaktaydı.[889]

Birliğin süreç içerisinde yetkileri arttıkça, Birlik tasarruflarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerini daha çok etkilemesi söz konusu olmuş; bu durum da, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için (başka hususların yanında) birtakım ilkelerin geliştirilmesini gerektirmiştir. Bu noktada da, Topluluk yargı organı, gerek yukarıdaki genel felsefi ve evrensel dayanaklardan gerek aşağıda değineceğimiz Antlaşmalardaki birtakım hükümlerden hareketle, hukukun genel ilkelerine daha ilk yıllardan itibaren *Topluluk Hukukunun* kaynakları arasında yer vermiştir. *AB Hukukunda* jürisprüdansiyel bir hukukun genel ilkeleri doktrininin ortaya konup geliştirilmesine bu açıdan bakmak da mümkündür ve bu, incelediğimiz kavramın, AB Hukukundaki işlevini de ortaya koymaktadır.[890] Bu anlamda hukukun genel ilkelerinin *AB Hukukunda* icra ettiği temel üç işlevden bahsetmek mümkündür: *Topluluk ve Üye Devlet tasarruflarının hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde ölçü norm olma; Antlaşma hükümlerinin (özellikle*

özgürlüklere yer verilmemesinin ardında yatan sebepler (temeldeki ekonomik nitelik, bkz.: supra s.25 vd.), bu noktada da hiç şüphesiz geçerli bir argümandır. Nitekim yazarlar, Maastricht Antlaşması'nda temel haklarla birlikte hukukun üstünlüğü kavramının da yer almasını, ekonomik bütünleşmeden siyasi bütünleşmeye doğru bir dönüşüm olarak değerlendirmektedirler. **Ibid**.

[887] Antlaşmalar, sadece Topluluğun sözleşme-dışı verdiği zararlardan ötürü sorumluluğuna ilişkin olarak (aşağıda görüleceği üzere) *hukukun genel ilkeleri kavramına* atıf yapmıştı. De Witte, **The Past and Future…**, p.864.

[888] Nitekim de Witte'ye göre; gerek Antlaşmayı hazırlayanların gerek akit devletlerin, *Topluluk Hukukunun* sadece yazılı kurallardan oluşacağını ve kendi ulusal hukuk sistemlerindeki gibi birtakım yazısız ilkeleri içermeyeceğini düşündüklerini söylemek, pek gerçekçi değildir. **Ibid**.

[889] **Ibid**.

[890] Steiner, Woods, **op.cit**, pp.134, 135.

Birlik organlarının yetkilerinin sınırları noktasında) yorumlanmasında kullanılma ve olgun bir hukuk düzeni inşa etme sürecinde adaletsizliklere imkan vermemek adına normatif boşlukları doldurma.[891]

Anayasal Dayanaklar

Divan, bu genel ilkelere başvururken, sadece bu felsefi ve işlevsel noktalardan hareket etmemiş; esinlendiği somut bazı Antlaşma hükümleri de olmuştur. Divan, bu hükümlerden de meşruiyet bularak, Topluluk/Birlik kurallarının sadece Antlaşmalar ve (ikincil) mevzuattan değil, aynı zamanda birtakım ilkelerden de çıkarılabileceği yönünde bir doktrin geliştirmiştir.

Bunlardan ilki, **ABA m.19/1** (eski AETA m.220 ve ATA m. 164) hükmüdür.[892] Birliğin yargı organının temel yetkisini düzenleyen hükümde, *Adalet Divanı'nın Antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında ''hukuka'' uygunluğun sağlanmasını temin edeceği* belirtilmektedir. Buradaki ''hukuk'' kavramının, sadece Antlaşmalar ve ikincil mevzuata değil; onların da ötesinde ve hatta üstünde başka bir kavrama işaret ettiği daima söylenmiştir.[893] Dolayısıyla bu hüküm, birtakım genel hukuk ilkelerinin Topluluk hukuk düzeni içine yerleştirilmesine zaten hevesli olan Adalet Divanı'nın işini kolaylaştırmıştır.[894]

Yine hukukun genel ilkeleri kavramına ilham veren bir diğer antlaşma hükmü de, **ABİA m. 263** (eski AETA m.230 ve ATA m.173) olmuştur.[895] Mevzuat dediğimiz Birlik (ikincil) tasarruflarının (işlemlerinin) hukuka aykırılık dolayısıyla iptal sebeplerini düzenleyen bu hüküm, iptal sebepleri arasında, *Antlaşmaların veya Antlaşmaların uygulanmasına ilişkin* ***herhangi bir hukuk kuralının*** *ihlalini* saymaktadır.[896] Ayrıca zikredilmiş olması dolayısıyla buradaki ''herhangi bir hukuk kuralı'' ibaresinin de, yine

---

[891] Koen Lenaerts, José Gutiérrez-Fons, ''The Role of General Principles of EU Law'', **A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Oxford, Hart Publishing, 2011, p.179. Bu anlamda hukukun genel ilkelerinin, *Avrupa kamu düzeninde ortak bir anayasal alanın* ortaya çıkarılıp geliştirilmesine katkı sağladığı da söylenebilir.

[892] Hartley, **op.cit**, p,142.

[893] **Ibid**, p,143; Craig, De Búrca, **op.cit**, p.110.

[894] **Ibid.** Hatta Hartley'e göre; bu hüküm, genel bir takım hukuk ilkelerinin Topluluk yargısı tarafından dikkate alınmasını, tercihin de ötesinde bir zorunluluk olarak ortaya koymaktadır. Hartley, **op.cit**, p,143.

[895] **Ibid**. p,143.

[896] Hükümdeki diğer iptal sebepleri olarak; *yetkisizlik*, *esaslı bir usul kuralının ihlali* ve *yetkinin kötüye kullanılması (saptırılması)* vardır.

Antlaşmaların ötesinde bir kavrama atıf yaptığı söylenmiştir.[897] Böylece hükümdeki biraz da muğlak ifade tarzı, birtakım idare hukuku prensiplerini iptal sebebi olarak ortaya koyup uygulamada, Adalet Divanı'nın işini kolaylaştırmıştır.[898]

Bu bağlamda gösterilebilecek bir diğer hüküm de, yine **ABİA'nın** Birliğin sözleşme dışı (*non-contractual*) sorumluluğunu düzenleyen **m.340** (eski AETA m.288 ve ATA m.215) hükmüdür.[899] *Birliğin gerçek ve tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan akdi sorumluluğunun, sözleşmenin tabi olduğu hukukun kurallarına göre çözülmesini* öngören hüküm, *Birliğin sözleşme dışı (haksız fiil ve idari) sorumluluğu* noktasında ise, *Birliğin, kurumları veya görevlileri vasıtasıyla verdiği zararları, Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak olan genel hukuk ilkelerine göre telafi edeceğini* öngörmektedir. Daha çok haksız fiil ve idare hukukunu ilgilendiren bu hükmün ayrıntısına girmeden şunu söyleyebiliriz ki; bu hüküm de, hem daha en baştaki, hem de aynı düzenlemeyi günümüzdeki Antlaşmalarda da devam ettirerek halihazırdaki kurucu iradenin, Topluluk/Birlik hukuk sisteminde birtakım evrensel hukuk ilkelerinin yer alması yönündeki iradesini göstermektedir.

Bunlar, Divan'ın o zamandan itibaren, Kurucu Antlaşmalar ve Topluluk/Birlik mevzuatı dışında birtakım yazılı olmayan ilke ve kuralların, Topluluk/Birlik işlemlerinin denetiminde ölçü norm olarak kullanılması yönündeki yaklaşımının ''anayasal'' dayanaklarıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hükümler, kurucu irade noktasında, genel hukuk ilkelerinin sistemde yer almasının düşünüldüğünün göstergesi olma anlamında önemli olmakla birlikte; Divan, bu açık Antlaşma hükümlerinin hiçbirisi olmasaydı da, muhtemelen yine, birtakım genel hukuk ilkelerini bulup çıkaracak ve başta da söylediğimiz gibi, hukukun üstünlüğüne dayalı her hukuk sistemi gibi, *AB Hukukunun* da temel bir kaynağı olarak uygulayacaktı.[900]

Alt-Kaynaklar / Esin (İlham) Kaynakları

---

[897] Hartley, **op.cit**, p,143. Doktrinde Craig-De Búrca'ya göre; o zamanki AET Antlaşması'nın hazırlık belgelerinin (*travaux préparatoires*) yokluğu, ibaredeki bu ikinci kısımdan ne kastedildiğini tam olarak bilmemizi engellemektedir. Onlara göre; bu noktada akla ilk gelebilecek yorum, ölçü norm olarak Kurucu Anlaşmaların yanında tüzük, yönetmelik, karar gibi (Antlaşmalar doğrultusunda çıkarılan) ikincil normların kastedildiği olabilirse de; bu, gerçekten istenseydi, basitçe ifade edilebilirdi. Dolayısıyla, burada esas olarak, Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuatın yanısıra, Topluluk yargı organları tarafından geliştirilecek birtakım ilkelerin kastedilmiş olacağını düşünmek daha isabetlidir. Craig, De Búrca, **op.cit**, pp.109-110.
[898] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.110.
[899] Hartley, **op.cit**, p,143.
[900] **Ibid**.

Hukukun genel ilkeleri noktasında cevap verilmesi gerekli bir soru da, kendisi *AB Hukukunun* bir kaynağı olan bu genel ilkelerin *iç/alt/esin kaynaklarının* ne olduğu; diğer bir deyişle, nerelerden veya hangi metinlerden elde edildiğidir? Bu soruya verilecek cevap, ister istemez hukukun genel ilkeleri olarak uygulanan insan haklarının da alt-kaynaklarını ortaya çıkaracaktır. Bu ilkeler, çeşitli kaynaklardan çıkarılabilmektedir. Ancak tabii ki, bunların başında, **Kurucu Antlaşmalar** (ve **Temel Haklar Şartı**) ve **Üye Devletlerin hukuk sistemleri** gelmektedir.[901] Bunun yanında **uluslararası hukuk** (ve uluslararası hukukta benimsenen genel ilkeler) ile **ikincil AB mevzuatı** da, Adalet Divanı tarafından bir ilkenin hukukun genel ilkesi olarak ortaya konup uygulanmasında başvurulan kaynaklardır.[902] İnsan hakları noktasında ise, bunlardan en çok uluslararası antlaşmalar boyutu (ve onun içinde de bilhassa AİHS) etkili olmuştur.

Bu noktada yukarıda değindiğimiz bir hususu tekrardan önemle vurgulamak gerekir ki, söz konusu ilkeler, yargı tarafından Kurucu Antlaşmalardan ve çoğunlukla da Üye Devletlerin hukuk sistemlerinden devşirilmekte; fakat ardından Birlik hukuk sistemi içinde yoğrularak tekrardan, fakat bu sefer (*üstünlük* ve *doğrudan etki* doktrinlerinin de etkisiyle) daha etkili bir şekilde ulusal hukuk sistemlerine dönmektedir. Ayrıca, AB'nin faaliyet alanı ve yetkileri genişledikçe (ve böylece *AB Hukuku,* ulusal hukuklarda günden güne etkisini artırdıkça), bu karşılıklı etkilenme ve beslenme de, o oranda artmaktadır.[903] Ancak unutmamak gerekir ki, kaynağı veya temeli ne olursa olsun, artık o ilke, ulusal hukukun değil, *AB Hukukunun* bir ilkesi olarak uygulanmaktadır.[904]

Yine bu bahsi bitirmeden bir hususu daha vurgulamak gerekir ki, o da, Divan'ın, hem Birlik tasarruflarının yargısal denetimini öngören ABİA m.263 bağlamında açılan davaları, hem de aynı Antlaşma'nın 267. maddesinde düzenlenen *ön-karar* prosedürünü, bu ilkeleri geliştirme araçları olarak kullanmış ve kullanıyor olmasıdır. Diğer bir anlatımla, Divan, genel hukuk ilkelerini bulup çıkarırken yöntem olarak yukarıdaki yöntemleri izlerken; başta 263 ve 267. maddeler olmak üzere öngörülen yargısal yollar da, Divan'a, bu yöntemleri uygulayarak genel hukuk ilkelerini ve böylece de Birliğin hukuk düzenini geliştirme ve şekillendirme imkanını vermektedir.[905]

---

[901] **Ibid**. p,142.
[902] Koen Lenaerts – Piet Van Nuffel, **European Union Law**, Sweet & Maxwell, 3rd Edt., 2011, p.853; Kaczorowska, **op.cit,** p.231. Hatta Birlik yargı organının, ne ulusal hukuk düzenlerinde ne de Kurucu Antlaşmalar veya uluslararası metinlerde yer alan bir ilkeyi de, pekala hukukun genel ilkesi olarak kabul edip uygulaması mümkündür. Lenaerts, Van Nuffel, **op.cit**, p.853.
[903] Weatherill, **op.cit**, p.73
[904] Hartley, **op.cit**, p,142.
[905] Weatherill, **op.cit**, p.73

Kurucu Antlaşmalar, AB hukuk düzeninde açıkça bir normlar hiyerarşisinden bahsetmiş olmamakla birlikte; doktrin ve yargı kararlarında, birincil ve ikincil kaynaklar şeklinde bir ayrım yapıldığını ve hukukun genel ilkelerinin de, Kurucu Antlaşmalar ve Temel Haklar Şartı ile birlikte birincil kaynaklar içerisinde yer aldığını biliyoruz. O halde hukukun genel ilkelerinin teorik olarak tüzük, yönerge, karar ve uluslararası anlaşmalardan oluşan ikincil kaynakların hiyerarşik olarak üzerinde yer aldığını da söyleyebiliriz. Nitekim yukarıda da değindiğimiz gibi, bu ilkelerin zaman zaman bu ikincil mevzuat dediğimiz Birlik tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılması da, bunu doğrular niteliktedir.

Peki birincil kaynaklar içerisinde bu ilkeler nerede yer almaktadır? Bu noktada da kabul edilen, hukukun genel ilkelerinin Kurucu Antlaşmalar ve (onunla aynı statüde bulunan) Temel Haklar Şartı'ndan sonra geldiği; Kurucu Antlaşmalara ve Temel Haklar Şartı'na aykırı bir genel hukuk ilkesinin Birlik yargı organı tarafından ortaya konup uygulanamayacağıdır.[906] Nitekim Adalet Divanı da, *Sgarlata kararında*,[907] hukukun genel ilkelerinin Antlaşma'nın açık bir hükmünü bertaraf edemeyeceğini ve ona üstün gelemeyeceğini kesin bir şekilde söylemiştir (p.227). Ancak bu ilkelerin genelde bir hukuk düzeninde, özelde ise Birlik hukuk düzeninde icra ettiği fonksiyon (Kurucu Antlaşma hükümlerinin yorumlanması ve boşlukların doldurulması) düşünüldüğünde, zaten böyle bir çatışma/çelişme ihtimalinin pek de mümkün olmadığı söylenebilir. O halde hukukun genel ilkeleri (ve dolayısıyla onun kanatları altında bulunan insan hakları), *AB Hukuku* içinde, hiyerarşik olarak, Kurucu Antlaşmalar ile Temel Haklar Şartı'ndan altta, fakat diğer tüm kaynaklardan üsttedir.[908] Nitekim Divan, özellikle yakın tarihte verdiği kararlarında, hukukun genel ilkelerinin *anayasal statüsünü* açıkça dile getirmeye başlamıştır.[909]

---

[906] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.108. Tabii, eşitlik, temel hakların korunması, orantılılık gibi, kökeni Kurucu Antlaşmalar'da bulunan ilkeler bakımından, bunların, hiyerarşiden konuşulacaksa, bu hiyerarşinin en üstünde olduğu söylenebilir.

[907] C-40/64, *Sgarlata v Commission of the EEC*, 1.4.1965, ECR 1965/279.

[908] Ancak elbette, bu durum, söz konusu ilkelerin geçerliklerini antlaşmalardan yahut Şart'tan aldığı anlamına gelmediği gibi; bir genel hukuk ilkesinin herhangi bir antlaşma hükmüne aykırı düştüğü gerekçesiyle iptal edilebileceği gibi bir netice de doğurmamaktadır.

[909] Horspool, Humphreys, **op.cit**, p.139. Hatta öyle ki, Divan'ın, Kurucu Antlaşmalar'ın lafzına açıkça aykırı bir sonuca ulaşmak için, bir genel hukuk ilkesinden yararlandığı dahi olmuştur. Lenaerts, Van Nuffel, **op.cit**, p.853. Divan, yakın tarihli *Kadi* kararında (C-402/05), Antlaşmalardaki hiçbir hükmün, Birlik hukuk düzeninin temellerini teşkil eden ilkelerden

Başta konumuzu da oluşturan *insan hakları (temel haklar)* olmak üzere, Birlik yargı organı, bugüne kadar çok geniş yelpazede bir genel hukuk ilkeleri ağı oluşturmuş ve bundan sonra da, yeni yeni ilkeleri *Birlik Hukukuna* katmaya istekli olduğunu ortaya koymuştur. Bu ilkelerden bazıları (örneğin *Üye Devletler arasında yakın işbirliği* ve *cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı* gibi), daha en baştan beri bir şekilde Kurucu Antlaşmalarda kendisine yer bulmuşken; çoğu ise, tamamen bir içtihadi sürecin ürünü sayılabilir. Bu ikinci gruptaki ilkelerden bazıları da, zamanla Üye Devletler tarafından Kurucu Antlaşmalara alınmış; yani kodifiye edilmiştir. Dolayısıyla bu ilkelerden bazıları, Kurucu Antlaşmalarda yazılı biçimde yer alırken; bazıları da, halen, herhangi bir Kurucu Antlaşma veya ikincil mevzuat hükmünde yazılı olmayan bir şekilde varlığını sürdürmektedir.[910] Ancak daha önceden belirttiğimiz bir hususu tekrardan hatırlatmak

---

(demokrasi, özgürlük, insan hakları vs.) bir sapmaya izin verir şekilde anlaşılamayacağını söylemiştir (para.303).

[910] Doktrinde, temel haklar dışında bugüne kadar Adalet Divanı tarafından benimsendiği kabul edilen ilkeler olarak şunlar zikredilmektedir: *İkincillik* (*subsidiarity*, ABA m.5/3); *Üye Devletler arasında samimi ve yakın işbirliği* (*sincere cooperation*, ABA m.4/3), *yetkilendirilmeye dayanma* (*conferral*, ABA m.5/2) *orantılılık* (*proportionality*, ABA m.5/4); *kurumsal denge* (*institutional balance*, ABA m.13/2), *sürdürülebilirlik ve sürdürülebilir kalkınma* (*sustainability & sustainable development*), *ayrımcılık yasağı* (*non-discriminiation*) ve *eşit muamele*/eşitlik (*equal treatment*, ABİA m.18 ve daha birçok Antlaşma hükmü), *hukuki kesinlik* (*legal certainty*); ve bunun içinde *kazanılmış haklara saygı* (*respect for acquired rights*), *birey aleyhine kararların geçmişe yürümemesi* (*non-retroactivity of measures having adverse effect*), *idari işlemlere karşı dava açmada süreye tabi olma* (*time limits for challenging Union acts*), *meşru beklentiler* (*legitimate expectations*), *mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliği taşıması* (*res judicata*); *ihtiyatlılık ilkesi* (*precautionary principle*), *hukukun ve hakkın kötüye kullanılması yasağı* (*abuse of law*), *haksız zenginleşme* (*unjust enrichment*), *sorumluluktan kurtulmada mücbir sebebe dayanabilme* (*force majeure*), *iş hukukuna dair birtakım ilkeler* (*mali bir hakkı veya yararı kaldırırken işçiye danışma yükümlülüğü* vs.); *idari işlemlerin ve süreçlerin makul sürede tamamlanması*; *şeffaflık* (*transparency*) gibi. Bunlardan insan haklarıyla yakından ilişkili olanlar ve bu ilkelerin insan haklarına bakan yönlerine, ileriki bölümlerde yeri geldikçe değinilecektir. Bu noktada, daha önceden üzerinde durduğumuz ve AB'de temel hakların korunması süreciyle yakından ilişkili kavramlar olan ***üstünlük*** *(supremacy/primacy)***, *doğrudan etki*** (*direct effect*) ve ***doğrudan uygulanma*** (*direct applicability*) gibi kavramların hukukun genel ilkeleri ile ilişkisi, doktrinde tartışmalı bir husustur. Bunları hukukun genel ilkeleri içinde mütalaa etmeyen görüşe göre; bunlar, ilk bakışta Birliğe özgü bir takım ilkeler olarak değerlendirilebilir. Ancak bunlar, genel hukuk ilkelerinin yukarıda yer verilen işlevleri gibi birtakım normların yorumlanmasında ve denetlenmesinde kullanılan rehber niteliğinde ilkeler olmaktan ziyade; *Birlik Hukuku* ile *ulusal hukuklar* arasındaki ilişkiye ve *Birlik Hukukunun* ulusal düzenlerdeki etkisine ilişkin geliştirilen (yani genel hukuk ilkelerindeki gibi, var olanın biryerden bulunup alındığı, benimsenen, keşfedilen değil; bir anlamda icat edilen, inşa edilen) doktrinler olarak görülmekte ve bu itibarla da hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmemektedir. Horspool, Humphreys, **op.cit**, pp.142, 143. Keza doktrinde, de Witte'ye göre de; bunlar, *Birlik Hukukunun* bütünü bağlamında bir yorum ilkesidir (*principles of interpretation*); Antlaşmaların ve ikincil mevzuatın içinde veya onlardan ayrı bir norm değil, *AB Hukukunun,* hukukun genel ilkeleri de dahil olmak üzere tüm normlarının sahip

gerekirse; bu ilkeler, ister yazılı olarak Kurucu Antlaşmalarda yer alsın, ister ikincil mevzuattan yahut üye devletlerin hukuk sistemlerinden çıkarılan yazılı olmayan ilkeler şeklinde bulunsun, Adalet Divanı tarafından bir kez genel hukuk ilkesi olarak kabul edildiğinde, artık *Birlik Hukukunun* ''hukukun genel ilkeleri'' kaynağı kapsamında bağımsız bir ilke olarak bu hukuk düzeninin bir parçası olmaktadır.[911]

İnsan Hakları İle İlişkisi

Hukukun genel ilkeleri konusundaki genel açıklamaları bitirmeden önce, bu ilkelerle bunların bir parçası olan insan hakları/temel haklar arasındaki ilişkiye dair birkaç hususu vurgulamak gerekmektedir. Çeşitli defalar belirttiğimiz gibi, *AB Hukukunda* insan haklarının korunması, başlangıçta – Kurucu Antlaşmalarda yer almazken – hukukun genel ilkeleri kapsamında bu hukuk düzenine enjekte edilmiştir. Burada akla gelebilecek bir soru, insan haklarının hukukun genel ilkeleri içindeki konumunun ne olduğudur. Bu noktada hukukun genel ilkeleri kavramının, AB Hukukuna, ilk olarak, insan haklarının korunmaya başladığı 1969 tarihli *Stauder kararıyla* girmediğini ve Divan'ın, Topluluğun ilk yıllarından itibaren *orantılılık, hukuki kesinlik, kazanılmış haklar, eşitlik* gibi birtakım idare hukuku prensiplerini, hukukun genel ilkeleri kapsamında Topluluk Hukukunda uyguladığını biliyoruz. Divan, 1970'lere gelindiğinde, insan hakları korumasını, Topluluk Hukukuna sokmaya karar verdiğinde, Kurucu Antlaşmalardaki sessizlik karşısında, bunu, uzun yıllardır Topluluk Hukukunun bir kaynağı olarak kullandığı hukukun genel ilkelerine dayandırmış; hem hukuki temel olarak hem de korunacak hak ve özgürlüklerin tespiti noktasında bu ilkelere başvurmuştur. Tabii zamanla, önce kodifikasyonlar neticesinde hukuki temel, Antlaşmalar olmuş; ancak korunacak hak ve özgürlükler noktasında ise, yine, Antlaşmalar ve mevzuat herhangi bir hak kataloğuna yer vermediği için, bağlayıcı bir hak listesi (2009'da Lizbon ile THŞ'nin gelmesi) gelene kadar, yine genel hukuk ilkeleri temelinde devam ettirmiştir. Bağlayıcı bir Şart'ın kabulü ve muhtemel

---

olduğu bir özellik, bir ayrıcalıktır. Lindfelt, **op.cit,** pp.36-37; Bruno de Witte, ''Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law'', **General Principles of European Community Law**, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p.148. Ancak örneğin Tridimas'a göre ise, bunlar, Birliğin Üye Devletlerle, *Birlik Hukukunun* da *ulusal hukuklarla* ilişkisini düzenleyen Birliğin anayasal yapısına dair genel hukuk ilkeleridir. Takis Tridimas, **The General Principles of EU Law**, 2nd Edt. Oxford University Press, Oxford, 2006, p.3. Bunların bir genel hukuk ilkesi olup olmadığı hakkında hak ve ilkelere dair Dworkin'ci bir bakış açısından tartışma için bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.37.

[911] Lenaerts, Van Nuffel, **op.cit**, pp.854-861.

bir AİHS'ye katılım ile geri plana itilmiş olsa da, elbette bu kaynağın tamamen ortadan kalkması söz konusu değildir.[912]

Bu noktada insan hakları ve diğer genel hukuk ilkeleri ilişkisine dair söylenebilecek bir şey de, yukarıda bir notta da belirttiğimiz gibi, bunların arasında kesin çizgilerle ayrım yapmanın imkansız olduğu ve birçoğunun insan haklarına bakan yönlerinin bulunduğudur. Örneğin, *karar vermeden önce adil bir şekilde dinlenilme (right to fair hearing)* ve *avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği (legal and professional privilege)* gibi, hem temel haklar içinde görülebilecek, bir yönden de, idari işlemin hukuka uygunluğuna yönelik birtakım ölçüler olarak da nitelenebilecek ilkeler, burada karşımıza çıkmaktadır.[913] Keza *orantılılık* ilkesinin de, hiç şüphesiz temel haklara bakan bir yönü mevcut olup;[914] yine *eşitlik* ilkesi de, bu anlamda insan haklarıyla yakından ilgili bir idare hukuku (genel hukuk) ilkesi olarak karşımızda durmaktadır.[915] Ayrıca vurgulanması gerekli bir husus da, hem diğer genel hukuk ilkelerinin hem de insan hakları genel hukuk ilkesinin bulunup çıkarıldığı yerin temelde aynı olduğudur: Ulusal anayasal ilkeler ve uluslararası metinler; ve bazen de bizzat bir AB (birincil ve ikincil) normu.[916]

---

[912] Bu noktada, Divan'ın *Stauder*'den önce bu ilkelere atıf yaparken kullandığı *Topluluk Hukukunun genel ilkeleri* (*general principles of law*) yerine, *Stauder* kararından sonra, *hukukun genel ilkeleri (general principles of law)* kavramını kullanmaya başlamasının manası da, doktrinde tartışılmıştır. Bkz.: Betten, Grief, **op.cit**, p.57. Ancak bu sorunun cevabını bilmek, hem pek mümkün olmamış, hem de gerek görülmemiştir. Zira, Divan, bundan sonraki kararlarında, ister insan haklarının korunması anlamında isterse idare hukuku ilkeleri anlamında atıf yapsın, hukukun genel ilkeleri kavramına atıf yaparken hep ''hukukun genel ilkeleri'' kavramını kullanmıştır. **Ibid.**

[913] Craig, De Búrca, **op.cit**, p.519.

[914] Örneğin gerek temel haklara yönelik sınırlamalarda, gerek rekabet hukuku ve birçok alandaki idari yaptırımların ve cezaların (ki bunların da insan haklarıyla yakından ilgili olduğunda şüphe yoktur) uygulanması ve ardından hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, orantılılık ilkesinin önemli bir kriter olarak istikrarlı bir şekilde uygulandığını, aşağıda yer vereceğimiz kararlarda sık sık göreceğiz. Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: **Ibid.** p.529 vd.

[915] Antlaşmalardaki eşitliğe atıf yapan birçok özel hükmün yanında (vatandaşlık temelinde ayrımcılığı yasaklayan ABİA m.18; tarım sahasında üreticiler ile tüketiciler arasında ayrımcılığı yasaklayan ABİA m.40/2, cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit işe eşit ücret ilkesini getiren ABİA m.157), Adalet Divanı'nın da, bunların ötesine geçerek, *AB Hukukunda* bir temel hak olarak genel bir ayrımcılık yasağı ilkesinin bulunduğunu kabul ettiğini ve uyguladığını yukarıda söylemiştik. Bkz.: Hartley, **op.cit**, p,167; bkz.: *Frilli v. Belgium*, Case 1/72, 1972 ECR, s.457, para.19; *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Case 152/73, 1974 ECR, s.153, para.11; *ECSC v. Ferriere Sant'Anna*, Case 168/82, 1983, ECR 1681.

[916] Böyle olmakla birlikte, doktrinde Hartley, insan hakları söz konusu olduğunda, ulusal hukukun, alt-kaynaklık etme noktasında, diğer genel hukuk ilkelerine göre daha etkin ve ön-planda olduğunu söylemektedir. Hartley, **op.cit**, p,147. Yazara göre, bunun sebebi, insan haklarının Toplulukta ortaya çıkmasında ulusal mahkemelerden gelen direncin etkili olması ve bu dirence karşılık Divan'ın mesaj gönderme kaygısıdır. Divan, o süreçte ulusal mahkemeleri ikna etmek için, insan hakları denetimi yaparken, ulusal hukuklara – diğer hukuk ilkelerinde yaptığına nazaran – daha yoğun olarak başvurmuştur. **Ibid.**; ayrıca bkz.: Akehurst, **op.cit**, p.41.

Yine bu noktada sorulabilecek bir diğer soru ise, insan haklarının, hukukun genel ilkeleri kavramı içinde mütalaa edilmesinin hak ve özgürlük teorisi açısından ne kadar uygun olduğudur. Temel hak ve özgürlükler, genelde, niteliği itibariyle ulusal planda anayasalarda, uluslararası planda da antlaşmalarda düzenlenir ve bu metinlerde yazılı olarak güvence altına alınması tercih edilir. Diğer bir deyişle, her hukuk sisteminde olan yazılı olması gerekmeyen ve muğlak, ucu açık genel birtakım ilkeler gibi olmayıp, güvence özelliği itibariyle çerçevesi net olarak çizilmiş ve de kendi başına bir değeri olan değerler bütünüdür. Böyle olunca da, *AB Hukukunda* yazılı olmayan hukukun genel ilkeleri kavramı içinde *Topluluk Hukukuna* sokulması sorgulanmıştır.[917] Yine diğer yandan temel hak ve özgürlükler, birey için kamusal otoritelerin (ve hatta belli ölçülerde diğer bireylerin) saygı duymakla yükümlü olduğu bir özgürlük alanı meydana getirirken; idare hukukuna ve iyi yönetişime dair diğer genel hukuk ilkeleri ise, kamu otoritelerinin her türlü eylem ve işleminde – bireysel özgürlüklere haksız bir müdahalede bulunulmaması için – rehber alacağı birtakım yol gösterici ilkeler ve değerler ortaya koymaktadır. Dolayısıyla iki grubun (insan haklarına dair genel hukuk ilkeleri ve diğerlerinin), bu açıdan birbirinden farklı olduğu söylenmiştir.[918]

Bu noktalardan bakıldığında, gerek hak teorisi gerek ulusal ve uluslararası boyutta ele alınış tarzı açısından, aslında kendi başına bir kategori teşkil eden insan haklarının hukukun genel ilkeleri şeması içine ne kadar oturduğu sorgulanabilir. Ancak sorgulanamayacak bir şey var ki, o da, Adalet Divanı'nın, Kurucu Antlaşmalarda yer almayan hatta atıf dahi yapılmayan insan hakları kavramını*, Topluluk Hukukuna* sokarken, hukukun genel ilkeleri kavramının belki de elindeki tek imkan olduğudur.[919] Yukarıda da değinildiği gibi, hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı her hukuk sistemi, gerek hukuk boşluklarını doldurmak gerek kamu gücü kullananlara yetkilerini kullanırken yazılı kuralların da ötesinde birtakım yol gösterici ilkeler sunmak gibi amaçlarla yazılı olmayan birtakım genel hukuk ilkelerinin varlığını kabul eder ve bunlardan beslenir. Bu anlamda, temelde yargıç yapımı bu ilkelerin, belli sınırlar dahilinde, bir hukuk sisteminde meşruiyeti vardır. *Birlik Hukukunda* da, zaman zaman uygulanış tarzı itibariyle yargısal aktivizm eleştirileriyle karşılaşılmış olsa da, hukukun genel ilkeleri kavramı, daha ilk yıllardan itibaren hem Topluluk içinde hem de Üye Devletler nezdinde kabul görmüştür.

---

[917] Betten, Grief, **op.cit**, p.57.
[918] **Ibid.**
[919] **Ibid.**

Böylece AB Hukukunda hukukun genel ilkeleri kavramına, bu hukuk düzeninin asli bir kaynağı olarak genel hukuk ilkelerinin ne anlama geldiğine değindik. Nitekim bu ilkelerin asıl konumuz olan insan hakları ile ilişkisine de kısaca bir göz attık. Elbette ki, konumuz, başlı başına AB Hukukunda hukukun genel ilkelerini tüm yönleriyle ele almak değildi. Şimdi ise daha özel olarak, bu ilkelerin Adalet Divanı tarafından temel hak ve özgürlüklerin korunmasında nasıl kullanıldığını; bu ilkelerin nelerden ilham alınarak çıkarıldığını ve bugüne kadar bu kapsamda hangi hak ve özgürlüklerin genel hukuk ilkeleri olarak ortaya konup uygulandığını görebiliriz.

3.1.2.2. Temel Haklar Olarak Hukukun Genel İlkelerinin Alt/Yardımcı Kaynakları

Hukukun genel ilkelerinin bir parçası olarak AB hukuk düzenine giren temel hak ve özgürlüklerin de bulunup ortaya konmasında ve somut olaylara uygulanmasında, Adalet Divanı'na yol gösteren, kaynaklık eden alt/yardımcı kaynakların, yine bu sac ayağı (*ulusal hukuklar, uluslararası hukuk ve Temel Haklar Şartı* gibi AB metinleri) olması doğaldır.[920] Şimdi hukukun genel ilkelerinin alt-kaynakları olarak, sırasıyla bu üç kaynağı inceleyeceğiz.[921]

---

[920] Ancak daha önceden de vurguladığımız gibi, Kurucu Antlaşmalarda yahut ikincil mevzuatta, özellikle bu korumanın başladığı yıllarda, klasik anlamda temel hak ve özgürlük olarak görülebilecek bir hükme rastlamanın pek söz konusu olmadığını düşünürsek, Divan'ın elinde, insan haklarının korunması bağlamında hukukun genel ilkelerinin kullanılmasında yararlanılabilecek ''temel'' alt kaynaklar olarak ulusal hukuklar ile uluslararası hukukun (sözleşmeler vs.) kaldığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, Kurucu Antlaşma hükümleri ve bazen ikincil mevzuat hükümleri de, Divan'a, bir genel hukuk ilkesi olarak bir temel hak ve özgürlüğü keşfedip uygulamada yardımcı olabilmiş; 2000'lerde Temel Haklar Şartı'nın kabulüyle birlikte bu metin de (Lizbon ile bağlayıcılık kazanıp temel kaynak olana kadar) bunlara eklenmiştir. (Hatta Divan, bir süre sonra, daha önceden kabul ettiği bir hakkı/ilkeyi genel hukuk ilkesi olarak tekrardan uygulayacakken, sadece kendi önceki içtihadına atıf yapmaya başlamış (örneğin C-49/88, para.15 ve C-5/88, para.17); hatta bazen bunu bile yapmadan (herhangi bir yazılı kaynağa atıf yapmaksızın) genel hukuk ilkesi olarak insan haklarını tartıştığı olmuştur (örneğin C-149/77, para.27 ve C-122/99 P&C-125/99 P, para.58). Flaherty, Lally, **op.cit**. note:392.

[921] Ancak tam bu noktada yönteme/kapsama dair bir-iki hususu vurgulamakta fayda vardır. Burada asıl amaç, ortak anayasal geleneklerin ve başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmelerin (ve bir ölçüde de Temel Haklar Şartı'nın) genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin ortaya konup uygulanmasında nasıl kullanıldığının, nasıl işlev gördüğünün; diğer bir deyişle, Divan'ın, hangi kapsamda, ne şekilde bu kaynaklara/metinlere başvurduğunun ortaya konmasıdır. Dolayısıyla *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin anlatılacağı burada da, cevap aranacak sorular, bunlar olacaktır. ***Bu itibarla, ortak anayasal geleneklerin veya örneğin AİHS'nin söz konusu edildiği tüm davalar değil; genel hukuk ilkeleri olarak ortak anayasal geleneklerden veya örneğin AİHS'ten hareketle temel hak ve özgürlüklerin tanınıp uygulanmasında temel ilke ve esasların ortaya konduğu ''özellikli''***

3.1.2.2.1. Ulusal Standartlar – Ortak Anayasal Gelenekler

3.1.2.2.1.1. Genel Olarak: İlk Atıflar ve Müesesenin Tesisi

Divan'ın, *Topluluk Hukukunda* korunacak hak ve özgürlükleri, yazılı bir metnin yokluğu karşısında bulup çıkarmada ilk istifade ettiği kaynak, Üye Devletlerin hukuklarında (anayasal sistemlerinde) ortak olan birtakım gelenekler/standartlar, yani kısacası ulusal hukuklar olmuştur. Divan, insan hakları korumasını AB Hukukuna soktuğu ilk kararlarında, herhangi bir yerde yazılı olarak yer almayan bu genel hukuk ilkelerini bulup çıkaracağı, keşfedeceği bir esin kaynağı olarak, Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerine bakmıştır.

O halde, bu noktada öncelikle **ortak anayasal geleneklerden** kasıt nedir, onu konuşmak gerekir. Bu ifadede açıklanması gerekli **iki kavram** söz konusudur. **''Anayasal gelenekler''** ve **''ortak''** kavramı. **Ortak olma**, bu temel hak ve özgürlüklere

---

davalar incelenecektir. Bu anlamda, örneğin, ortak anayasal geleneklere veya AİHS'ye ilk atfın yapıldığı; veya bir hakkın ortak anayasal geleneklere atfen ilk kez *AB Hukukunda* tanındığı; yahut yine bu geleneklere atfen bir hakkın sınırlarının çizildiği; hakların uygulanmasına ilişkin prensiplerin tespit edildiği gibi özel yönleri olan kararlar, ilgi alanımızda olan kararlar olacaktır. Bugüne kadar Divan'ın ortak anayasal gelenekleri ve AİHS gibi metinleri kaynak alarak *AB Hukukunda* genel hukuk ilkeleri olarak koruduğu hakların bir listesi ise, içinde bulunduğumuz bölümün bir sonraki kısmında ''katalog'' bahsinde ayrıca verilecektir. Yine bu bağlamda vurgulanması gereken bir husus da şudur: İster ortak anayasal geleneklere, ister AİHS'ye atıfla olsun, hukukun genel ilkeleri kapsamında bir hak veya özgürlüğün tanındığı (aşağıda yer vereceğimiz) dava ve kararlardan bazıları, kimi zaman *AB İnsan Hakları Hukukunun* birçok yönüyle birden ilgili olabilir. Örneğin, *bu hukukun kaynakları, kaynakları noktasında ortak anayasal gelenekler ve AİHS'ye (ve hatta diğer uluslararası sözleşmelere) atıf* ve *bu bağlamda bir hakkın Birlik hakkı olarak ilk kez AB Hukukunda tanınması*; yahut *Birlik tasarrufları yanında ulusal tasarrufların da insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi*; bu bağlamda *birtakım (Kurucu) Antlaşma hükümlerine Üye Devletler tarafından getirilen uygulama istisnalarının insan hakları denetimine tabi tutulması* ve yine bu bağlamda *temel (ekonomik) serbestiler (serbest dolaşım hükümleri) ile temel hak ve özgürlükler arasındaki denge* meselesi olmak üzere, A*B İnsan Hakları Hukukunun* birçok yönü vardır. Temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu bir dava/karar da, bu yönlerden birine yahut birkaçına temas edebilir; diğer bir deyişle, bir dava/karar, *AB İnsan Hakları Hukuku* için birden fazla açıdan önemli olabilir, birden fazla anlam ifade edebilir. Dolayısıyla unutulmaması gereken, burada benimsenen sistematiğin, Adalet Divanı'nın insan haklarıyla ilgili bugüne kadar verdiği tüm kararları, sırasıyla bütün yönleriyle şerh etmek değil; bunları, yukarıda belirttiğimiz (ve tezin içeriğinden de daha net olarak görülebilecek) konular sistematiğinde incelemek olduğudur. Bu anlamda bir karar/dava, örneğin hukukun genel ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynağı olarak ortak anayasal gelenekleri ilgilendirdiği nispette aşağıdaki ilk başlıkta; AİHS'yi ilgilendirmesi yönüyle AİHS'nin ele alındığı bir sonraki başlıkta; yahut diğer (*sınır, denge, çatışma* vs.) hususları ilgilendirdiği nispette de, ilgili başlıklarda tekrar tekrar (fakat orayı ilgilendiren yönleriyle) ele alınabilir. Velhasıl, halihazırdaki başlık (***temel haklar olarak hukukun genel ilkelerinin alt/yardımcı kaynakları***) bağlamında bir Divan kararına yer verilmesi, kararın, *AB Hukukunun* kaynakları olarak hukukun genel ilkeleri ve bu bağlamda birer alt/yardımcı kaynak olarak nitelediğimiz ortak anayasal gelenekler ve AİHS ile ilgili olmaları nispetinde olacaktır.

ilişkin anayasal geleneklerin bir genel bir hukuk ilkesi olarak kabulü ve *AB Hukukunda* uygulanması için yerine getirmesi gerekli bir kriterdir ve hangi anayasal geleneklerin bu anlamda ''ortak'' olduğu meselesine aşağıda değinilecektir. Ancak bundan önce, **ortada bir anayasal gelenek** bulunması gerekmektedir.

Divan, tahmin edileceği gibi, herhangi bir kararında ''anayasal geleneklerin'' tanımını vermiş değildir. Genellikle kullandığı ifade, ''Üye Devletlerde ortak olan anayasal gelenekler'' (*constitutional traditions common to the Member States*) şeklindedir. Bu noktada, mutlaka Üye Devletlerin teknik anlamda anayasalarının kastedildiği şeklinde dar bir yorum yapmamak gerekir. Kararlarında kullandığı ifadelerden ve de anayasal gelenek olarak kabul ettiği hak ve özgürlüklerden anlaşıldığı kadarıyla Divan'ın kastettiği, ulusal hukuk sisteminin bütünüdür. Divan, *Avrupa Kamu Hukukunun* ortak bir takım ilke ve değerlerinin peşindedir ve bu (ortak) değerleri keşfe çıktığında da, elbette ki, sadece anayasalara bakmayacak; ulusal hukuk düzenlerini bir bütün olarak ele alacaktır.[922]

Kaynağın Sisteme Yerleştirilmesi

Handelsgesellschaft, 1970. Hatırlanacağı üzere, Divan, insan hakları korumasını ilk başlattığı *Stauder kararında*, insan haklarının hukukun genel ilkeleri kapsamında *Topluluk Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemiş, ancak bu ilkelerin neler olduğuna; yahut nerelerden elde edileceğine dair herhangi bir şey söylememişti. Ardından verdiği *Handeslgesellschaft kararında* ise, bu esası yineledikten sonra, ''***söz konusu korumanın Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden esinleneceğini***'' ifade etmiştir.[923] Fakat Divan, hukukun genel ilkeleri kapsamında korunacak hak ve özgürlüklerin tespiti ve uygulanması noktasında ulusal hukuklara (ortak anayasal gelenekler) atıf yaparken, örneğin bir hakkın ortak anayasal

[922] Eğer bu ortak değerler, anayasa dışındaki yasal düzenlemelerden, hatta idari birtakım uygulamalardan dahi anlaşılıyorsa, zaten hukukun genel ilkelerinin alt/yardımcı kaynağı anlamında bir anayasal gelenektir ve ''ortak'' olma şartını da taşıdığında, *Birlik Hukukuna* yeni bir temel hak ve özgürlüğün dahil edilmesi için yeterli olacaktır. Ayrıca bir devlette bir hak ve özgürlüğün tanınmasına yahut belli bir düzeyde korunmasına yönelik anayasa-altı bir yasal düzenleme ve hatta idari uygulama olsa bile, hukuk tekniği içinde zaten normal olan, o mevzuat veya uygulamanın o Devletin anayasasına uygun olması durumudur. Böyle olunca, o da, hiç şüphesiz o Devletin anayasal düzeninin bir parçası sayılabilir. Nitekim Divan da, zaman zaman kararlarında, ''anayasal'' vurgusunu atarak, ''Üye Devletlerde ortak olan/paylaşılan değerler'' gibi ifadelere atıf yapmaktadır.

[923] ''*The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured* ...'' (p.1134).

geleneklerde korunduğunun nasıl anlaşılacağına dair herhangi bir ipucu vermemiştir. Yine Divan, doğrudan çok açık olarak ifade etmemekle birlikte, somut olayda ticaret yapma özgürlüğünü korumuş; ancak bu özgürlüğün de nereden geldiği veya ne şekilde ortak anayasal geleneklerde korunduğu gibi hususlara değinmemiştir. Mukayeseli bir hukuk analizini görmek ise, zaten söz konusu değildir. Tek yapılan, davayı kendisine gönderen yerel mahkemenin ve davacının iddialarına (ve orada dile getirilen hangi hakların ihlal edildiğine) atıf yapmak suretiyle, başta **ticaret yapma özgürlüğü olmak üzere, söz konusu hak ve özgürlüklerin** Alman Anayasası'nda güvence altına alındığını ve bu sebeple de ''ortak bir anayasal ilke'' olarak bu hakkı/özgürlüğü koruduğunu ima etmek olmuştur.

Nold, 1974. Divan, 1974 yılında verdiği *Nold* kararında ise, konuya ilişkin biraz daha açıklayıcı ifadeler kullanmıştır. Davacı, Komisyon kararı şeklindeki bir Topluluk tasarrufunun – diğer bazı sebepler yanında – Alman Anayasası ve diğer Üye Devletlerin Anayasaları ile başta AİHS olmak üzere çeşitli uluslararası antlaşmalarda düzenlenen **mülkiyet hakkı kapsamındaki birtakım haklarını** ve aynı zamanda **serbest ticari faaliyet yürütme hakkını** ihlal ettiğini iddia etmiştir. Divan, insan haklarının *Topluluk Hukukunda* korunduğu şeklindeki artık yerleşik içtihadını yineledikten sonra yine, *bu hakları korurken, kendisinin Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden esinlenmekle yükümlü olduğunu ve bu Devletlerin Anayasaları tarafından tanınan ve korunan temel haklarla çelişen tasarrufların desteklenemeyeceğin*i; *dolayısıyla davacının iddialarının bu ilkeler ışığında incelenmesi gerektiğini* söylemiştir. Divan, bu tespitlerin ardından, mülkiyet hakkının ulusal anayasalardaki statüsüne ilişkin birtakım değerlendirmeler yapmış; bu bağlamda, mülkiyete ilişkin haklar ve bu kapsamda ticaretini ve mesleğini serbestçe seçme ve icra etme haklarının bütün Üye Devletlerin anayasa hukuklarınca güvence altına alındığını söylemiştir. Görüldüğü gibi Divan, (Kurucu Antlaşmalarda, haklarında herhangi bir hüküm bulunmayan) **mülkiyet, meslek ve iş seçme ve icra etme** gibi hakları, tüm Üye Devletlerde ortak olan anayasal haklardan kabul ederek, hukukun genel ilkeleri olarak *Topluluk Hukukunda* da güvence altına alındığını söylemiştir.[924] Divan, ayrıca söz konusu hakların ulusal anayasa sistemlerinde sınırsız olmadığını ve gerektiğinde meşru sınırlamalara tabi kılınabileceğini

[924] Divan, bu sırada **Üye Devletlerin üzerinde ittifak ettikleri uluslararası sözleşmelere** de atıf yapmıştır; ancak konumuz, burada ortak anayasal gelenekler olduğu için, kararın bu yönünü kullanmamaktayız.

de söylemiştir.[925] Görüldüğü gibi, Divan, gerek hakkın bizzat varlığının tespiti ve *AB Hukukuna* aktarılması, gerekse sınırlarının belirlenmesi noktasında ortak anayasal geleneklere atıf yapmıştır. Ancak bu, yine, herhangi bir ayrıntılı analize girilmeden, mutat bir kabul şeklinde olmuştur. Divan'ın genelde ortak anayasal geleneklere atfen benimsediği hak ve özgürlüklerdeki genel yöntemi de, zaten bu olacaktır.[926]

3.1.2.2.1.2. ''Ortak'' Kavramı – Ortak Anayasal Gelenek Olarak Kabulde Yaklaşımlar: Minimalist ve Maksimalist Koruma ve Orta Yol

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir hak veya özgürlüğün genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktarımında önemli bir kriter, bu ilkenin Üye Devletlerde ortak olan birtakım (anayasal) ilkelerden çıkarılmasıdır. Korunacak hak ve özgürlükleri ortaya çıkarmada ulusal hukuklara özellikle de ulusal anayasalara bakılması ise, gerek korunan haklar gerek bunların kapsamı ve koruma düzeyi gibi açılardan farklı farklı uygulamalarla karşılaşılması demektir. Tabii hemen bu noktada akla gelecek bir soru, bir hak veya özgürlüğün ortak bir anayasal gelenek/ilke olarak kabul edilebilmesinin kriterinin ne olduğudur? Daha somut olarak sormak gerekirse, bir hak ve özgürlüğün bu anlamda bir genel hukuk ilkesi olarak kabulü için, kaç Üye Devletin anayasasında/anayasal sisteminde kabul edilmesi gerekmektedir? Hatırlanacağı üzere, aynı soruyu, yukarıda,

---

[925] Ve bu sebeple somut olaydaki Topluluk tasarrufunu da, bu minvalde görerek davayı reddetmiştir.

[926] Bu noktada genel hukuk ilkeleri olarak uygulanacak hak ve özgürlüklerin bulunup ortaya çıkarılmasında, bir kaynak olarak ulusal hukuklara bakmanın, koruma düzeyini düşürebileceği iddia edilmişse de, bu görüş pek rağbet görmemiştir. Örneğin bu süreçteki etkin aktörlerden biri olan ve en son Lizbon'da da olduğu gibi AB'nin tepesinde adeta Demokles'in kılıcı gibi sallanan Alman Anayasa Mahkemesi, yukarıda gördüğümüz *Solange-II* kararında, bir kaynak olarak ulusal anayasal geleneklere başvurmanın koruma düzeyini düşürebileceği şeklindeki görüşlerin doğru olmadığını söylemiştir. Mahkeme'ye göre; bu geleneklerin/standartların Üye Devletlerde farklı düzeylerde olabileceği ve hatta arada önemli farklılıklar bulunabileceği gerçek olmakla birlikte, sonuçta Divan'ın buradaki yöntemi, asgari bir ortak müştereği bulmak (ve böylece o hakla ilgili koruma düzeyini, en az koruma düzeyi öngören ulusal anayasal standarda endekslemek) olmayıp; mukayeseli bir incelemenin ardından *Topluluk Hukuku* bağlamında en uygun (bazı Üye Devletlere uymasa bile) çözümü bulmak şeklinde olacağından, bu anlamda bir tehlike söz konusu olmayacaktır. Üstelik ikinci kaynak olarak AİHS'e ve AİHM içtihatlarına başvurulması da, bu anlamda (Alman Anayasası'nın da aradığı) asgari bir koruma düzeyini ister istemez sağlayacaktır. Bu anlamda Topluluğun Sözleşme'ye taraf olmamasının, konuyla bir ilgisi de yoktur. Alman AYM'nin bu tespitlerinin şöyle bir yönü de mevcuttur ki; Mahkeme, burada bir anlamda, aşağıda yer vereceğimiz bir anayasal geleneğin ''ortak'' olma noktasındaki tartışmalara ilişkin olarak, hangi yöntemin en isabetli ve adil olduğu konusundaki tercihini de ortaya koymuş ve bir anlamda mesajını vermiş olmaktadır.

hukukun genel ilkeleri kavramından genel olarak bahsettiğimiz yerde de sormuş ve çok fazla ayrıntıya girmeden konuya dair farklı yaklaşımlar olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda, bir yandan, herhangi bir Üye Devlet hukuk sisteminde benimsenen bir ilkenin Divan tarafından Birlik Hukukunda genel hukuk ilkesi olarak uygulanabileceğini savunan; diğer yanda da, bu konuda bir uzlaşıyı arayan ve tüm Üye Devlet hukuk sistemlerinde bir şekilde benimsenmesi gerektiğini düşünen görüşler olduğunu; ancak gerek doktrininin çoğunluğunun gerekse Divan'ın bu iki uç görüşün ortasında bir yolu benimsediğini söylemiştik.

Biraz farklılaşmakla birlikte benzer görüşler, pekala insan haklarının hukukun genel ilkeleri olarak kabulünde bir alt/yardımcı kaynak olarak başvurulan ortak anayasal gelenekler noktasında da geçerlidir. Bu anlamda yukarıdaki görüşleri biraz açmak gerekirse, bir görüş, bir hak veya özgürlüğün ortak anayasal gelenek olarak görülüp hukukun genel ilkeleri kapsamında *AB Hukukunda* korunabilmesi için, tüm Üye Devletlerin anayasalarında (veya en azından anayasal sistemlerinde) öyle ya da böyle benimsenmesi ve korunması gerektiğini söylemektedir. [927] Karşı uçta ise, bir ilkenin (bizim konumuz itibariyle bir hak veya özgürlüğün) ortak anayasal gelenek sayılması ve bu şekilde de bir genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukunda* uygulanabilmesi için, herhangi bir Üye Devletin anayasasında (veya anayasal sisteminde) benimsenmesini yeterli gören

[927] Bu görüşü savunanlar, çeşitli pratik ve felsefi görüşlerden hareket etmektedir. Örneğin kimi, Roma Hukukundan beri gelen meşhur kural olan ''kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez'' (*nemo pluris juris transferre potest quam ipse habet*) ilkesinden hareket etmekte ve buna göre hiç bir Üye Devlet, kendi anayasasına aykırı bir yetki devrini gerçekleştiremeyeceğine göre, neticede bu yetki devrinin bir ürünü olan Adalet Divanı'nın da, o devletin anayasasına düzenlenmeyen bir hak veya özgürlüğü, yine bu yetki devrinin bir ürünü olan *Birlik Hukukunda* uygulayamayacağını ileri sürmektedir. Nielsen, **op.cit**, p.225. Aslında bu düşünce, hatırlanacağı üzere, ulusal mahkemelerin Adalet Divanı'nın üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine, ulusal anayasalarındaki hak ve özgürlük güvencelerinin korunması kaygısıyla itirazlarının da temellerinden birini oluşturmaktaydı. Anayasaları, kendisine aykırı bir yetki devrine izin veremeyeceğine göre, Üye Devletler, Topluluğu kurmakla, ona, ulusal anayasalardaki güvencelere aykırı hareket etme yetkisi vermiş olamazlardı. Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri'nin direnişlerinin arkasında yatan temellerden birisi de buydu. Yine bu görüşü savunanlar, anayasaya saygı ve anayasanın üstünlüğü gibi ilkeleri de, bu anlamda bir dayanak olarak kullanmaktadırlar. Aslında az önceki argümanla da paralel olan bu fikre göre, bir devletin anayasasına saygı, o anayasaya aykırı bir ilke yahut hak ve özgürlüğün, *AB Hukukunun* ortak bir genel hukuk ilkesi olarak benimsenmemesini gerektirecektir. Bu fikirlerin ardında **anayasal çoğulculuk fikrinin** en yoğun biçimde uygulanmasının yattığı söylenebilir. Bu anlamda ''anayasal çoğulculuğun'' hukukun genel ilkeleri ve özellikle de temel hak ve özgürlükler bakımından yansıması, Adalet Divanı'nın, yeknesaklığı sağlamakla yükümlü olduğu ortak değerlerin esas çekirdeği dışında, hukukun genel ilkelerinin uygulanmasından doğan ''Avrupa ortak hukukunu'' (*ius commune europaeum*) ve ulusal anayasal geleneklerin bir parçası olan kültürel, tarihi ve sosyal mirası gözardı edemeyeceği düşüncesidir. Bu anlamda Divan, ulusal anayasal farklılıklara ''zarar'' verirken, hukukun genel ilkelerine ve bilhassa da, temel hak ve özgürlüklere, önü alınamaz bir merkez-kaç kuvveti olarak başvuramamalıdır. **Ibid.**

görüş durmaktadır. Bu görüştekiler, diğer görüşün (yani tüm Devletlerde benimsenmenin aranmasının) hak ve özgürlükler açısından çok daraltıcı olacağını; bu anlamda, bir anayasada kabul edilen hakkın, bir genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukunda* da kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.[928]

Bu fikirler, hak ve özgürlüklerin korunması penceresinden bakılarak **maksimalist** ve **minimalist** olarak nitelenmiştir. Bir hakkın hukukun genel ilkesi olarak uygulanabilmesi için, tüm Üye Devletlerde benimsenmesi savunulduğunda, bir uzlaşı, bir asgari müşterek aranacak ve ancak bütün Üye Devletlerde korunan bir hak veya özgürlük, hukukun genel ilkesi olarak kabul edilecektir. Bu ise, bir hakkın hukukun genel ilkesi olarak kabulünü zorlaştıracak ve neticede daha az sayıda hakkın hukukun genel ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktarılmasını netice verecektir. Bu ise, insan hakları perspektifinden bakınca, koruma düzeyi bakımından ''asgarici'' de denilebilecek *minimalist yaklaşım* olarak nitelenmiştir. Buna karşılık, tek bir Üye Devlette benimsenmeyi, ortak anayasal gelenek olarak bir hakkın korunması için yeterli saydığımızda ise, elbette ki, daha fazla sayıda ve daha geniş kapsamda hakların korunması söz konusu olacaktır. Bu da, bu yönüyle *maksimalist yaklaşım* olarak adlandırılmıştır. Ayrıca belirtelim ki, bu tartışma ve yaklaşımlar, sadece bir hak veya özgürlüğün tümden ortak anayasal gelenek sayılarak korunup korunmamasını değil;

---

[928] Örneğin 1976 tarihli *IRCA davasına* (C-7/76, 7.7.1976, ECR 1976/1213) ilişkin *Hukuk Sözcüsü* görüşü, bu anlamda oldukça ileri giden bir örnek oluşturur. *Hukuk Sözcüsü* Warner, herhangi bir Üye Devletin anayasası tarafından tanınan ve korunan bir temel hakkın, *Topluluk Hukukunda* da tanınıp korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Warner'a göre; ''*Topluluk Hukuku*, varlığını, her bir Üye Devletin Topluluğa kısmen yaptığı yetki devrinden alır. Bu anlamda hiçbir Üye Devlet, Topluluğa, kendi Anayasası tarafından korunan hakları ihlal edecek bir tasarrufta bulunma yetkisini devretmiş sayılamaz. Aksini iddia etmek, bir Üye Devlete, Topluluk Antlaşmalarını onaylamakla, kendi Anayasasını gözardı etme yetkisi vermek sonucunu doğurur'' (p.1237). Besselink de, böylece hem bireyler açısından olumlu bir şekilde azami düzeyde bir koruma sağlanacağını; hem de *Birlik Hukuku* ile ulusal hukuklar arasında muhtemel çatışmaların önleneceğini savunmaktadır. Leonard F.M. Besselink, ''Entrapped by the Maximum Standart: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union. **Common Market Law Review**, Vol:35, Issue:3, 1998, pp.629-680. Cartabia'ya göre de, Divan, tartışılmaz ortak değerlerin öz çekirdeğinin dışında kalan ulusal anayasa hukuklarının hassas alanlarına temas ederken, anayasal çoğulculuğa saygı ilkesi (aşağıda *Omega kararında* da görüleceği üzere), Divan'ın, yargısal anlamda ulusal düzeye belli bir derecede saygı göstermesini gerektirir. Marta Cartabia, ''Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously'', **European Constitutional Law Review**, Vol:5, Issue:1, 2009, p.5. Akehurst da, yukarıda değindiğimiz aksi görüşü, *Sözleşmeler Hukukuna dair Viyana Konvansiyonu* üzerinden eleştirmektedir. Yazara göre; Konvansiyon'un 46. maddesi, çok istisnai hallerde, egemen bir devletin geçerli ve bağlayıcı bir antlaşmaya taraf olmasının anayasası ile sınırlanmasına cevaz vermektedir. Bu hallerin, bizim burada gördüğümüz davalar bağlamında geçerli olmadığı ise açıktır. Akehurst, **op.cit**, p.44. Görüldüğü gibi, her iki tezin de ''anayasal çoğulculuk'' kavramını, karşı görüşü çürütmek için kullanması, ironiktir. Ancak ironik olmakla birlikte, ''anayasal çoğulculuk'' kavramına nereden bakıldığına göre, her ikisi de kendi içinde mantıklıdır. Buna aşağıda değineceğiz.

aynı zamanda korunan bir hak veya özgürlüğün hangi düzeyde, hangi kapsamda korunduğuna da ilişkindir. Üye Devletler arasında farklı düzeylerde korunan bir hak veya özgürlük söz konusu olduğunda, örneğin kapsamı, getirilen istisnalar vs. bakımlardan hangi koruma düzeyinin uygulanacağı noktasında da yine aynı tartışma ve bu tartışmaya ilişkin bahse konu yukarıdaki yaklaşımlar söz konusu olacaktır.

Ancak doktrinin çoğunluğu bakımından, genel olarak her iki yaklaşım da problemli görülmüştür. Öncelikle temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, olgun bir hukuk sisteminin ***farklı ilkeler arasında bir denge kurmak*** durumunda olduğu açıktır.[929] Üstelik Divan'ın, bir hakkın en fazla korunduğu Üye Devletteki koruma düzeyini benimsemesi (*maksimalist* yaklaşım), AB'de insan hakları korumasını, bir Üye Devlette önerilen koruma düzeyine tabi kılmak anlamına gelirken; aynı olumsuz sonuç, tersi yaklaşımın benimsenmesi halinde de söz konusu olacak; AB İnsan Hakları Hukuku, bu sefer de, sadece bütün Üye Devletlerde ortak olarak korunan bir hakkı ve de ortak koruma düzeyi kadarıyla koruyacaktır.[930] Diğer bir deyişle, tam bir minimalist yaklaşımın benimsenmesi ve tüm Üye Devletlerde kabulün aranması, bir hakkın ulusal anayasal gelenek olarak kabulünü oldukça zorlaştıracak veya kabul edilse bile koruma düzeyini ve kapsamını oldukça aşağılara çekecekken; tek bir Üye Devlette kabulün yeterli görülmesi yahut tek bir Üye Devlette benimsenen koruma düzeyinin benimsenmesi ise, bu sefer, hak ve özgürlüklere (özellikle koruma düzeyi bakımından) ilişkin farklı farklı tercihleri ve değer yargıları olan ulusal anayasal sistemlerden birisini ve birisinin koruma düzeyi tercihini diğerlerine üstün kılmak anlamına gelecek; bu ise, anayasal çoğulculuğa saygıyı ve bizim için daha da önemlisi, ortak anayasal geleneklerdeki ''ortak'' olma unsurunu göz ardı edecektir.[931] Bu bağlamda, maksimalist yaklaşımın daha çok birey ve bireysel

---

[929] Lindfelt, **op.cit**, p.68.

[930] **Ibid**.

[931] Lindfelt, **op.cit**, p.69. Üstelik, bunun bir handikapının da, Divan'ın bir anlamda ''canını dişine takarak'' yerleştirdiği ve adeta üzerine titrediği AB Hukukunun özerkliği ve üstünlüğü ilkelerine yönelik potansiyel bir tehdit teşkil etmesi olduğu söylenmiştir. Hatırlanacağı üzere, tarihsel gelişim sürecini anlatırken, Divan'ın, bazı Topluluk tasarruflarının ulusal anayasalardaki hak ve özgürlük güvencelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali için açılan davaları, kendisi de dahil olmak üzere Topluluk organlarının bir Topluluk normunu ulusal standartlara göre denetleyemeyeceği gerekçesiyle reddetmesine değinmiş ve bunları, insan hakları temelli denetim taleplerinin reddi olarak aktarmıştık. Daha sonradan ise, 1969'da, ilk defa insan haklarının Topluluk Hukukunda korunmaya başladığını söylerken de, Divan'ın yaptığı, bu ilk içtihadından dönerek ulusal anayasalar temelli bir denetim yapılmasını benimsemek değil; insan haklarının, *Topluluk Hukukunun* bir parçası olduğunu söylemek ve bu hukukun ayrılmaz bir parçası olarak genel hukuk ilkeleri şeklinde korunacak olan hak ve özgürlüklerin bulunup çıkarılmasında, ortak anayasal geleneklerden (ve örneğin AİHS gibi diğer bazı kaynaklardan) ilham almayı (yararlanmayı) kabul etmek idi. Dolayısıyla, tek bir Üye Devlette benimsenen bir hak veya özgürlüğü, bu anlamda ''AB hakkı'' olarak kabul etmenin veya tüm Üye Devletlerde kabul edilen

haklardan yana olduğu; mümkün olan en yüksek korumayı sağladığı ve anayasal çoğulculuğun sağlanması ve Birliğin ortak yararının gözetilmesi noktasında minimum bir düzey öngördüğü söylenebilirken; minimalist yaklaşımın ise, anayasal çoğulculuk[932] ve Birliğin genel menfaati kavramına daha fazla vurgu yaparak, bireyden çok Birliğin menfaatlerine ve tek tek Üye Devletlerin anayasalarına saygı ilkesine hitap ettiği söylenebilir.[933]

---

bir hak olsa bile, bunu, tek bir Üye Devlette öngörülen düzey ve kapsamda korumanın, Divan'ın bu yaklaşımına da aykırı olacağı ve diğer sıkıntılar yanında ''*AB Hukukunun* özerkliğini'' de tehlikeye düşüreceği söylenmiştir. **Ibid.** p.68.

[932] Gerçi bu noktada ***anayasal çoğulculuk*** ve Üye Devletlere saygı noktasında, hangi görüşün daha çok buna hizmet ettiği, biraz da meseleye nereden bakıldığına göre değişebilir. Yukarıda, anayasal çoğulculuk adına, her ülkenin anayasal düzenine saygı gösterilmesi gerektiği ve bu itibarla da, ''tüm ülkelerde benimsenmenin'' esas alınacağı; aksi halde, bir ülkenin anayasal sisteminde benimsenmeyen bir hak ve özgürlüğü, Birlik hakkı olarak benimsemenin, bu ''saygıya'' ve çoğulculuğa zarar vereceği yönündeki görüşe yer verdik. Fakat başka bir açıdan bakıldığında da, bu yaklaşımı kabul ettiğimizde, tüm ülkelerde birden kabul edilmeyen bir hak veya özgürlüğün Birlik hakkı olarak kabul edilmemesi, o hak veya özgürlüğü anayasal sisteminde benimsemiş olan ülkenin üyesi olduğu örgütün o hakkı korumamasına yol açacağından, bu sefer bunun, ''saygısızlık'' anlamına gelip gelmeyeceği ve böylece ''çoğulculuğu'' zedeleyip zedelemeyeceği de haklı olarak sorulabilir. Diğer bir anlatımla, ''çatışma''dan kasıt ne olacaktır? Bir yönden, *maksimalist* yaklaşım veya orta yol benimsenerek, bütün Üye Devletlerde kabul edilmeyi aramadığımızda, o hakkı tanımayan (yahut o düzey ve kapsamda tanımayan) Üye Devletlerin anayasal sistemleriyle çatışma olduğu mu varsayılacak; yoksa *minimalist* yaklaşım benimsenip de bir hakkın Birlik hakkı olarak tanınması için tüm Üye Devletlerde tanınması şartı arandığında ve böylece bir devlette dahi kabul edilmediği takdirde AB'de de genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmeyen bir hak için, bu hakkı kendi anayasasında koruyan bir ulusal hukuk sistemiyle çatışma mı, gerçek çatışma olarak kabul edilecektir? Aslında burada bizce, bir anayasada ''düzenlenmeme'' ile bir anayasaya '''aykırı olma'' durumlarını birbirinden ayırmak gerekir. En basit ifadesiyle, bir hak veya özgürlüğün bir anayasada düzenlenmemiş olması, bireylere öyle bir hak veya özgürlüğün tanınmasının, otomatik olarak anayasaya aykırı olduğunu anlamına gelmez. Konumuza bakan yönüyle de, bir Üye Devletin anayasasında düzenlenmeyen (veya belli bir düzey ve kapsamda düzenlenen) bir hak veya özgürlüğün, diğer bazı Üye Devletlerin anayasalarından hareketle Divan tarafından ortak anayasal gelenek olarak kabul edilmesi ve *AB İnsan Hakları Hukukuna* aktarılması, otomatik olarak, bu hakkı düzenlemeyen devletin anayasasına aykırı hareket edildiği ve o devletin anayasasının ihlal edildiği anlamına gelmez. Yeter ki, öyle bir hakkın kabulü, o Üye Devletin anayasasını açıkça ihlal ediyor olmasın... Nitekim Schermers'e göre de, eğer bir Üye Devlet, bir değeri/ilkeyi, anayasasına alacak kadar önemli görmüşse, bunun ortak anayasal gelenek bağlamında bir Topluluk hakkı olarak kabulü, herhangi başka bir Üye Devletin hukuk düzenine açıkça aykırı olmadıkça, kabul edilebilir. Henry G. Schermers, **Judicial Protection in the European Communities**, Kluwer Law International, 2nd Edt., 1979. Hepsi de AİHS sistemine taraf AB üyesi ülkelerin haklar noktasında böyle açık bir çatışma yaşamaları ise, imkansız değilse de, zordur. Böyle açık bir aykırılığın/çatışmanın olduğu hallerde ise, kabul etmek gerekir ki, Divan'ın işi zor olmuştur. Bu noktada, hiçbir Üye Devlet, kendi anayasasında güvence altına alınan bir hakkın *Birlik Hukukunda* korunmamasına (dolayısıyla ihlal edilmesine) rıza göstermeyeceği için, elbette ki Divan'ın, bu takdirde tek bir Üye Devlette dahi korunan bir hakkı, ortak anayasal geleneklerden kabul ederek hukukun genel ilkeleri içinde koruması gerektiği söylenebilecektir. Bu, artık minimalist-maksimalist gibi bir yaklaşımın benimsenmesinden öte bir husustur. Buna, güzel bir örneği olan *Grogan* davası üzerinden aşağıda değineceğiz.

[933] Mesela Weiler, Divan'ın bu şekilde maksimalist yaklaşımı benimsemesinin, Birlik için dengenin her alanda kamusal ve genel yarar aleyhine en sınırlayıcı şekilde olması demek

Bu anlamda gerek öğretinin büyük bir kısmı gerekse Adalet Divanı, daha önceden de söylediğimiz gibi, ''orta bir yolu'' benimsemektedir: *Ne tek bir Üye Devlette korunmayı yeterli saymak (yahut oradaki koruma düzeyini benimsemek) ne de mutlaka tüm Üye Devletler nezdinde asgari bir müştereği arayarak hepsinde korunmayı aramak (yahut hepsinde ortak olarak korunan düzeyi ölçü almak).* Nitekim doktrinde Hartley'e göre; bir ilke/hak veya özgürlüğün ortak anayasal bir gelenek sayılabilmesi için, tüm Üye Devletlerde kabul edilmesi gerekmemekte olup; çoğunda genel olarak kabul edilmesi veya Devletlerdeki ''genel bir trend'' ile uyum içinde olması (ki böylece ulusal hukuk sistemlerinde o yönde bir gelişme var denilebilsin), yeterlidir.[934]

Divan'ın Tavrı: Orta Yol

Nitekim Divan'ın da, kararlarında daha ziyade benimsediği yaklaşım, ''orta yol'' olarak nitelenebilecek bu yaklaşım olmuştur. Bu noktada Divan'ı, bir hak veya özgürlüğü ortak bir anayasal gelenek (ve dolayısıyla genel hukuk ilkesi) olarak kabul ederken, isim isim Devletleri sayarak şu hak şu Üye Devlette şöyle düzenlenmiştir gibisinden bir analiz içinde görmek pek mümkün değildir. Divan, genelde bu tür tespitler yapmadan, bir hakkın Üye Devletlerde genel olarak kabul edildiğini söylemekle yetinmektedir.[935] Divan,

---

olacağını; bunun da, Birliğin yönetilebilirliği açısından minimalist bir yaklaşıma yol açacağını söylemektedir. Joseph Weiler, ''Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights'', **The European Union and Human Rights**, Ed. by Nanette Neuwahl, Allan Rosas, Brill, 1995, pp.51, 61.

[934] Hartley, **op.cit**, p,142. Keza Craig ve De Búrca'ya göre de; doğru yaklaşım, her bir Üye Devletin hukuk sisteminin taranmasından ziyade, büyük hukuk sistemlerindeki ilkeleri dikkate almak, bunlardan da en gelişmiş olduğu düşünülenlere başvurmak ve yine son tahlilde de bunları AB'nin kendi ihtiyaçlarına uyarlamak olacaktır. Craig, De Búrca, **op.cit**, p.110. Bir başka görüşe göre de; Divan, maksimum, minimum yahut ortalama standartlara bakmak zorunda değildir; farklı hukuk sistemlerinde kabul edilen yaklaşımları ölçerken kullanacağı kriter, Antlaşmaların ruhundan ve (ilk zamanlar için) halen daha inşa edilmekte olan bir Birliğin gerekliliklerinden kaynaklanmaktadır. Hartley, **op.cit**, p.139. Hem böylece Divan'ın, bir yandan Avrupa ortak değerleri ile ulusal çeşitlilik arasında bir arabulucu gibi davrandığı; bir yandan da, ikincillik (*subsidiarity*) ilkesine uygun hareket etmiş olacağı söylenmiştir. Lenaerts, Gutiérrez-Fons, **op.cit**, p.193. Bunun ise, genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin bulunup uygulanmasında, bu ilkelerin tek bir AB standardı uğruna ulusal anayasal geleneklerin içinin boşaltılmasına yol açacak tepeden inmeci bir yaklaşımı da reddeden bir yöntem olacağı ileri sürülmüştür. **Ibid.** p.196; ayrıca bkz.: J. H. H. Weiler, ''Fundamental Rights and Fundamental Boundaries'', **The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor' and Other Essays on European Integration**, Ed. by J. H. H. Weiler, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.126.

[935] **Ibid**. Elbette bu noktada, belli ülke hukuklarının zaman içinde bu noktada daha fazla etkili olduğu söylenebilir. Örneğin Alman doktrini ve içtihadı, özellikle *orantılılık* (ve genel idari ilkelerden olarak *meşru beklentiler*) gibi ilke ve haklar bakımından oldukça etkili olmuştur; hatta bu anlamda en fazla etkili olan ulusal hukuk sistemi de denebilir. **Ibid.** Ancak bu, maksimalist bir

kendi deyimiyle, dikkatini, Üye Devletlerde ortak olan anayasal ilkelere/kurallara yoğunlaştırmakta; ancak bu bağlamda ''tüm'' Üye Devletlerin bir hakkı kabul etmesini de aramamakta;[936] bunun yerine, Birliğin yapısı ve hedefleri çerçevesinde korunacak temel hak ve özgürlükleri tespit ederken *Avrupa Kamu Hukukundaki* bu ortak standartlara ve algılara bakmaktadır.[937]

Zor Sınavlar ve Orta Yoldan Sapma

Bu noktada da, bir genel hukuk ilkesi olarak bir temel hak ve özgürlüğün tanınıp korunması veya korunma düzeyi bakımından ulusal hukuklar arasında ne kadar benzerlik varsa, Divan da o ölçüde bu eğilimi takip etmek durumunda olacak; yine benzer şekilde bu uyumun mutlak olmadığı ve fakat çoğunluk bakımından belirli bir yaklaşımın ortak olarak tespit edildiği hallerde, bu trendi takip edecektir.[938] Ancak bir hak ve özgürlüğün varlığına ve özellikle de daha muhtemel olarak kapsamına ve koruma düzeyine ilişkin anayasal tercihler arasındaki fark açıldığı ölçüde de, Divan'ın işi daha zor olacak ve bu noktada bir orta yolu bulup, o orta yolu da, Birliğin kendi esas ve gerekliliklerine uydurmak durumunda kalacaktır. Diğer bir anlatımla, Üye Devletlerde yaygın biçimde uygulanan bir ilkenin genel bir hukuk ilkesi olarak ortaya konması kolayken; (hak ve özgürlükler de dahil) herhangi bir hukuk ilkesinin varlığı, içeriği (kapsamı, sınırları) veya ilkeye yönelik istisnalar (ilkeden sapma) konusunda daha az

---

yaklaşımın benimsendiği anlamına da gelmez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Lenaerts, Gutiérrez-Fons, **op.cit**, p.181 vd. Yine bu konuda öğretide ileri sürülen teoriler ve çeşitli ihtimallere gore tartışmalar için bkz.: Akehurst, **op.cit**, p.32 vd.

[936] Evet, Divan'ın, birçok kararında, bir hak veya özgürlüğün ulusal hukuklardaki durumuna atıf yaparken ''tüm'' Üye Devletlerde düzenlendiğini söylemesine rastlamaktayız. Ancak bunu, Divan'ın, o hakkı/özgürlüğü, ortak anayasal gelenek için kabulü için aradığı bir kriter olarak değil; tüm Üye Devletlerde ve dahası *Avrupa Kamu Hukukunda* korunduğu çok net olan (örneğin insan onuru, mülkiyet hakkı gibi) bazı haklar ve özgürlükler söz konusu olduğunda, güçlendirici etkisi bağlamında ''tüm'' Üye Devletlerin hukuk sistemlerine gönderme yapması olarak düşünebiliriz.

[937] Lindfelt, **op.cit**, p.69.

[938] Lenaerts, Gutiérrez-Fons, **op.cit**, p. 181. Örneğin, Divan'ın, yargı organlarının eylemlerinden ötürü devletin sorumluluğu ilkesinin içeriği ve kapsamı noktasında, Üye Devlet sistemleri arasındaki farklılıklara rağmen, bireylerin mahkemeler dolayısıyla uğradıkları zararlardan ötürü tazminat talep edebilecekleri konusunda ulusal düzeylerde ortak bir eğilimin olduğunu söyleyerek böyle bir sorumluluğu kabul etmesi gibi (C-224/01). Bu noktada, anayasada düzenlenmeme durumunun, otomatik olarak, anayasaya aykırı olma/anayasayı ihlal etme anlamına gelmeyeceği yönündeki görüşümüzü tekrardan hatırlatalım. Bu yaklaşımı, AİHM'nin de Sözleşme'yi yorumlamakta kullandığını görmekteyiz. Örneğin evlilik dışı çocuğun hakları bağlamındaki 1979 tarihli *Marckx* kararında (*Marckx v. Belgium*, No:6833/74, 13.6.1979), Sözleşme'nin 8. (aile hayatı ve özel hayat); 14. (ayrımcılık yasağı) ve 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyet hakkı) hükümlerini yorumlarken, evlilik-içi ve evlilik-dışı çocuğa bakışta, Akit Devletlerin hukuklarında da ''geleneksel'' kalıpları değiştiren yeni yaklaşımlar olduğundan hareket etmiştir (para.41).

netlik (yani daha belirgin bir ayrışma) olan hallerde, mesele, biraz daha karmaşıktır (yani Divan'ın işi biraz daha zordur). Böyle bir durumda, Divan'ın ulusal hukuk düzenlerinde veya Üye Devletlerin imzaladığı uluslararası anlaşmalar noktasında daha derinlemesine bir analiz yapmak durumunda kalması söz konusu olacaktır.[939]

Bu bağlamda, Divan, kimi zaman, Üye Devletlerden üstünlük doktrinine (özellikle Topluluğun ilk yıllarında) gelen tepkileri savuşturma kaygısıyla hareket ederek bir Üye Devletin anayasasındaki bir temel hakkı, rahatlıkla ortak anayasal gelenek olarak tanımış;[940] kimi zaman ise, böyle hassas (kırmızı çizgilerin olduğu) bir durum olmasa da, özellikle bir hakkın sınırları ve korunma düzeyi noktasında Üye Devletlere belli oranda takdir marjı tanımasına bağlı olarak, tek bir Üye Devletin anayasal düzeninde korunduğu şekliyle ve ölçüde (sınır, kapsam ve istisnalar noktasında) bir temel hakkı ortak anayasal gelenek olarak kabul edip uygulamıştır.[941] Bunları, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Divan'ın ortak anayasal gelenekler noktasında maksimalist yaklaşımı benimsemesinden ziyade, belli hassas durumlara veya konjonktüre bağlı olarak bir Üye Devletin anayasal tercihine saygı duyduğu kararlar olarak nitelemek de mümkün olabilir.[942]

---

[939] Lenaerts, Van Nuffel, **op.cit**, p.853.

[940] *Handelsgesellschaft* ve *Nold* gibi ilk kararlar... Nitekim doktrinde Nielsen'in verdiği bilgiye göre, kararın verildiği tarihte Üye Devletler arasında sadece Almanya ve Lüksemburg'da bunlar, gerçek anlamda (çelişen yasaları ortadan kaldırma kapasitesine sahip) birer insan hakkı olarak düzenlenmekteydi (Alman Anayasası m.12 ve Lüksemburg Anayasası m.11/6). Örneğin yine Nielsen'in verdiği bilgiye göre; Danimarka Anayasası'nın 74. maddesi, bir kişinin ticari faaliyete serbest ve eşit erişiminin ancak kanunla engellenebileceğini söylemekteydi. Bu hüküm, Danimarka doktrininde, yasama organı üzerinde herhangi bir sınırlama koyan bir hüküm olarak görülmemekte; yani yasama organının istediği gibi bu özgürlüğe sınırlar getirebileceği kabul edilmekteydi. Böyle olunca da bir insan hakkı olarak etkisi çok sınırlı olarak kabul edilmekteydi. Oysa diğer iki Anayasada bunlar, çelişen yasal düzenlemeleri dahi ortadan kaldırabilecek haklar olarak görülüyordu. Nielsen, **op.cit**, p.227.

[941] Örneğin, Alman makamlarının, kişilerin lazer silahlarla birbirlerini öldürmeleri şeklindeki bir oyunu, insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklamaları noktasında (insan onuru her ülkede korunsa da), böyle bir yasaklamaya yol açacak düzeyde belki de sadece Alman anayasal düzeninde korunmasına rağmen, bu düzendeki koruma düzeyini, temel hak olarak tanıdığı *Omega* kararı... Divan'a göre; zaten insan onuru, Birlik hukuk düzeninde de, genel bir hukuk ilkesi olarak korunan bir temel haktır; ayrıca bir Üye Devlet de (somut olaydaki Almanya), böyle bir hakka dayanarak bir tasarrufta bulunuyorsa (somut olayda hizmet sunma serbestisini sınırlıyorsa), onun bu tercihine saygı duymak gerekmekte ve korumayı hedeflediği hakkın (somut olayda insan onurunun) ne şekilde korunacağına ilişkin olarak mutlaka tüm Üye Devletlerde genel geçer bir kural veya uygulamanın varlığını aramak gerekmemektedir. (Karar, Üye Devlet tasarruflarının insan hakları bakımından denetiminin sınırı yönüyle *AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamı; ekonomik serbestiler ile insan hakları arasındaki gerilim gibi hususlar bakımından da çok önemli bir karardır. Ancak burada ortak anayasal gelenekler bağlamında, belli hak ve özgürlüklerin *Birlik İnsan Hakları Hukukuna* aktarılması yönüyle bizi ilgilendirmektedir; diğer yönleri itibariyle ileride temas edilecektir.)

[942] Asında İrlanda'da kürtaj yasağı ve anayasada güvence altına alınan doğmamış çocuğun yaşam hakkı bağlamında cereyan eden *Grogan* (C-159/90) davası da, konumuz için güzel bir örnek olabilirdi. Ön-karar başvurusuyla önüne getirilen davada Divan, (AB üyesi ülkeler içinde

Bunlar dışında, Divan'ın genel yaklaşımının, belirttiğimiz gibi, *maksimalist* veya minimalist bir yaklaşım peşinde koşmaktansa; orta yol olarak tarif ettiğimiz şekilde, Üye Devletlerde (daha doğrusu çoğunda) bir hakkın varlığı yahut kapsamı ve koruma düzeyi bakımından ortak bir eğilim tespit etmeyi aramak ve bunu bulabildiği anda da o eğilimi ortak anayasal gelenek olarak kabul edip *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarmak olduğunu söyleyebiliriz.[943] Aşağıda Divan'ın konuya ilişkin yaklaşımını güzel bir biçimde ortaya koyan içtihatlardan derleme yapacağız.

Konuya İlişkin Divan İçtihatları

Hauer Kararı.[944] Dava, mülkiyet hakkını sınırlayan bir Topluluk tasarrufunun AB Hukukuna (yani AB'de genel hukuk ilkeleri olarak korunan hak ve özgürlüklere) aykırı olup olmadığıyla ilgilidir. Divan, mülkiyet hakkının ortak bir anayasal gelenek olarak Topluluk Hukukunda korunduğunu söyledikten sonra, *olaydaki sınırlamanın hukuka aykırı olup olmadığının tespiti için o zamanki 9 Üye Devletin anayasal kurallar ve uygulamalarının da dikkate alınması gerektiğini söylemiştir*. Divan'a göre, *bu noktada ilk söylenecek şey, bu kural ve uygulamaların yasama organına özel mülkiyetin genel yarar doğrultusunda kontrol edilebileceği ve sınırlanabileceği yetkisini verdiğidir*.[945] Dolayısıyla

---

sadece) İrlanda'da güvence altına alınan doğmamış çocuğun yaşam hakkı ve bu kapsamda kürtaj (yaptırma ve ona yönelik hizmet verme) yasağı bağlamında sorulara muhatap olmuş; ancak somut olayı, AB Hukukunun kapsamına giren bir olay olarak görmeyerek (bilindiği gibi, ancak AB Hukuku kapsamındaki ulusal tasarruflar insan hakları açısından incelenebilir), davayı, bu ''kritik'' ve yaklaşımını belli edici soruya cevap vermeden reddetmiş; aslında bir anlamda ''savuşturmuştur''.

[943] Hatta Hartley, bunun tamemen Divan'ın insan hakları konusundaki politikasına ve tercihine bağlı olacağını; eğer bir hak veya özgürlük, AB düzeyinde genel olarak kabul ediliyorsa ve AB'nin temel amaç, hedef ve esaslarına da aykırı değilse, Divan'ın, bir politika olarak onu *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir parçası olarak kabul edeceğini (velev ki sadece bir Üye Devlette anayasal olarak korunuyor olsun); buna karşılık, bir hak veya özgürlük, bu kriterleri taşımıyorsa, çoğu Üye Devlette anayasal olarak korunuyor olsa da, Divan'ın, onu bir Birlik hak ve özgürlüğü olarak benimsemeyeceği tespitini yapmaktadır. Hartley, **op.cit**, p.147.

[944] C-44/79, *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, 13.12.1979, ECR 1979/3727.

[945] Örneğin, bazı anayasalar, mülkiyet hakkından doğan birtakım yükümlülüklere atıf yapmakta (Alman AY m.14/2, c.1); bazıları, mülkiyet hakkının sosyal işlevinden bahsetmekte (İtalyan AY m.42/2); bazıları, bu hakkın kullanımını ortak yararın gereklerine tabi kılmakta (Alman AY m.14/2, c.2 ve İrlanda AY m. 43.2.2); bazıları da, yine bu hakkın kullanımına ilişkin olarak sosyal adaletten kaynaklanan bazı yükümlülüklerden bahsetmektedir (İrlanda AY m.43.2.1.). Keza bütün Üye Devletlerde mülkiyet hakkının bu sosyal işlevini somutlaştırma amacı taşıyan çok sayıda yasal düzenlemeler mevcuttur (para.20). Bütün Üye Devletlerde tarım ve ormancılık, su kaynakları, çevrenin ve şehir planlamasının korunması gibi amaçlarla mülkiyet hakkının kullanımına sınırlar getiren yasal hükümlere rastlamak mümkündür. Üstelik bütün üzüm üreten ülkeler, değişik şekillerde de olsa, üzümlerin ekimi ve toplanma yöntemleri gibi konularda

bu anlamda söz konusu Tüzüğün öngördüğü sınırlamalar, Üye Devletlerde ortak olan anayasal ilkeler ve bunlara uygun olan yasal uygulamalar dikkate alındığında, *Topluluk (İnsan Hakları) Hukuku* bağlamında meşru görülmelidir; zira bu, tüm Üye Devletlerin anayasal yapılarında hukuka uygun olarak bilinen ve kabul edilen aynı veya benzer şekillerde söz konusu olan bir sınırlama türüdür (para.30). Görüldüğü gibi Divan'ın temel tezi, *Avrupa Kamu Hukukundaki* ortak anayasal eğilimin, gerek hakkı gerek de sınırlamaları kabul ettiğidir. Divan için önemli olan da bu tespite ulaşabilmektir. Sınırlama sebepleri, devletlerde farklı farklı olabilir; önemli olan, bu hakkın varlığının ve daha da önemlisi genel yarar vs. sebeplerle bu hakkın sınırlanabileceği konusunda ortak bir anayasal geleneğin (eğilimin) olduğudur.

AM & S v. Commission Kararı.[946] Bu davaya konu olaylarda, AB Komisyonu, bir rekabet soruşturması kapsamında bir şirketten birtakım belgeleri istemiştir. Firma ise, bu belgelerden bazılarını, avukatlarıyla (ki bunlardan bir kısmı dışarıdan tutulan, bir kısmı da firmada kadrolu olarak istihdam edilen avukatlardır) arasındaki haberleşme ve kayıtlar olduğu gerekçesiyle Komisyon'a sunmayı reddetmiş ve uyuşmazlık Divan'a intikal etmiştir. Şirketin iddiası, avukatlarla müvekkilleri arasındaki haberleşmenin gizliliğinin söz konusu olduğu ve bunun – korumanın kapsamı ve araçları konusunda farklılaşmakla birlikte – bütün Üye Devletlerde ve dolayısıyla da *AB Hukukunda* korunan bir temel hak olduğudur.[947] Divan, Üye Devlet hukuk sistemlerine yönelik kapsamlı bir araştırma yapmış ve koruma düzeyi bakımından farklı hüküm ve uygulamalara rastlasa da, bilhassa avukat ve müvekkil arasındaki belirli iletişimler olmak üzere gizliliğin gözetilmesine ilişkin Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak olan ilke ve kavramların bulunduğunu söylemiştir. Divan'a göre, söz konusu gizlilik, önemi ***tüm Üye Devletlerde tanınan*** bir takım gerekliliklere hizmet etmektedir. Ancak Divan'a göre; bu ilkenin/hakkın, müvekkile bir iş ilişkisiyle bağlı olmayan yani bağımsız avukatlar için söz konusu olduğu da, yine Üye Devletlerin ulusal hukuklarındaki ortak bir özelliktir.

Görüldüğü gibi, Divan, ilk etapta avukatla müvekkili arasındaki haberleşmenin gizliliğine yönelik bir temel hakkı, genel olarak Üye Devletlerde korunduğu gerekçesiyle

---

sınırlayıcı düzenlemelere sahiptir ve hiçbirinde de bu gibi hükümler, mülkiyet hakkının doğrudan ihlali olarak görülmemektedir.

[946] C-155/79, *AM & S v Commission*, 18.5.1982, ECR 1982/1575.

[947] Nitekim davacı lehine davaya müdahil olan Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Toplulukları İstişari Komitesi (*Consultative Committee of the Bars and Law Societies of the European Community*) de, avukatla müvekkili arasındaki gizli iletişim hakkının, diğer açıkça tanınmış benzer hakların bir parçası ve tamamlayıcısı konumundaki temel anayasal hak olduğunu iddia etmiştir (p.1607).

(yani tümünde korunmasını aramadan), bir hak olarak *AB Hukukuna* aktarmıştır. Ancak devamında, kadrolu istihdam edilen ve dışarıdan tutulan bağımsız avukatlar bakımından bir ayrım yapmış; Üye Devletlerde, ancak ikincisine yönelik bir ortak anayasal gelenek tespit edebildiğini; kadrolu avukatlar bakımından böyle bir ''ortak'' gelenek bulamadığını söylemiştir. Divan, **hakkın (bir hak olarak) varlığı** noktasında tespit ettiği **ortak eğilimi**, **hakkın kapsamı** noktasında tespit edememiş ve bu sebeple de gizlilik hakkını kadrolu avukatlar bakımından bir AB hakkı olarak tanımamıştır. [948]

Orkem Kararı.[949] Burada, Komisyon'un bir şirkete yönelik yürüttüğü rekabet soruşturmasında, şirketten rekabeti ihlal ettiğini gösterecek birtakım belgeleri istemesinin, *kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama ilkesine* aykırı olup olmadığı söz konusu olmuştur. Divan, tüzel kişiler için Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinde böyle bir ortak ilkenin bulunmadığını; çeşitli hukuklara baktığımızda, cezai bir suçlamayla karşılaşan gerçek kişilere bu hakkın verildiğinin görülebileceğini; ancak ekonomik alanda özellikle rekabet hukuku ihlallerinde, o tarih için, söz konusu ilkeye, tüzel kişiler tarafından da dayanılabileceği şeklinde ortak bir ilkenin olmadığını söylemiştir (para.29 vd.).

Hoechst Kararı.[950] Bu davaya konu olaylarda, Komisyon, bir rekabet soruşturması kapsamında bir işletmenin faaliyet gösterdiği birtakım yerlerde arama yapmak istemiş; işletmenin olumsuz cevap vermesi üzerine de, hem aramaya izin verilmeyen günler için para cezası kesmiş hem de yerel rekabet otoritesinin desteği ve Alman mahkemelerinden aldığı karar uyarınca istediği aramayı gerçekleştirip elde ettiği bulgular ve yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu işletmeye, rekabete aykırılıktan ilave para cezası uygulamıştır. Bunun üzerine ilgili işletme, söz konusu aramanın – diğer sebepler yanında – konut dokunulmazlığını ihlal ettiği gerekçesiyle arama kararına karşı Adalet Divanı önünde dava açmıştır. Divan'a göre; söz konusu hak, gerçek kişilerin özel mülkleri bağlamında Üye Devletlerin hukuklarında ortak bir ilke olarak Topluluk hukuk düzeninde korunmakla birlikte; aynı durum, işletmelere ilişkin olarak geçerli değildir. Çünkü iş yerlerine kamu otoritelerinin müdahalelerine karşı sağlanan korumanın niteliği ve düzeyine ilişkin olarak, ***Üye Devletlerin hukuk sistemleri arasında, önemsiz sayılabilecek derecenin ötesinde farklılıklar*** vardır. Bu sebeple Divan, gerçek kişilerin

---

[948] Nielsen, **op.cit**, p228. Görüldüğü gibi, davacının kendi ulusal hukuku olan *İngiliz Hukukunda* söz konusu hakkın tanınıyor olması, Divan için, ortak anayasal gelenek saymaya yeterli gelmemiştir. Bu, minimalist denemese bile, en azından *maksimalist* (yani tek bir devlette bile var olmayı yeterli gören) yöntemin de reddedildiğini göstermektedir.
[949] C-374/87, *Orkem v Commission*, 18.10.1989, ECR 1989/I-1286.
[950] C-46/87 & 227/88 (Joined Cases), *Hoechst v Commission*, 21.9.1989, ECR 1989/2859.

özel mülkündeki yerler bakımından geçerli olan konut dokunulmazlığı hakkının, işletmelerin özel mülkündeki yerler için de tanınması talebini, bu yönde Üye Devletler arasında ortak bir eğilim tespit edemediği için reddetmiş; diğer bir deyişle ortak bir anayasal gelenek kabul edip hukukun genel ilkeleri bağlamında Topluluk hakkı olarak kabul etmemiştir.[951]

Grant Kararı.[952] ''Yaş'' ve ''cinsel eğilim'' temelinde eşitlik ilkesinin/ayrımcılık yasağının, hukukun genel ilkeleri bağlamında ortak bir anayasal gelenek sayılarak bir temel hak olarak *AB Hukukuna* aktarılması, Divan'ın ortak anayasal gelenekler

---

[951] Ancak hemen ardından Divan, konut dokunulmazlığı hakkı şeklinde olmasa da, Üye Devletlerde, ister gerçek ister tüzel herhangi bir kişinin özel faaliyetlerine kamu otoriteleri tarafından yapılacak herhangi bir müdahalenin bir yasal temele ve kanunun öngördüğü sebeplere dayanmasının kabul edildiğini; dolayısıyla farklı şekillerde de olsa, bütün ulusal sistemlerin, keyfi ve orantısız müdahalelere karşı kişilere koruma sağladığını söylemiştir. Divan'a göre, böyle bir koruma ihtiyacı, *Topluluk Hukukunun* genel bir ilkesi olarak kabul edilmek zorundadır. *Hoechst* kararı, doktrinde bazı yönleriyle eleştirilmiştir. Örneğin Nielsen'e göre, herşeyden önce bu tespit, davanın *Hukuk Sözcüsü*'nün tespitlerini tamamen göz ardı etmektedir. Zira *Hukuk Sözcüsü* Mischo, görüşünde (para.103 vd.), ulusal hukuk sistemlerinde işyerlerinin bu anlamda bir ev gibi telakki edilmesine doğru bir genel eğilimin fark edilebilir olduğunu; Üye Devletlerin büyük çoğunluğunda, işyerlerinin aranmasının özel yasal düzenlemeler yoluyla daha katı veya daha esnek birtakım şekli ve usuli şartlara tabi kılındığını; dolayısıyla Topluluk düzeyinde işyerlerinin de dokunulmazlığına dair bir temel hakkın açıkça tanınması gerektiğini söylemiştir. **Ibid.** p.229. Ancak bizce, söz konusu görüş daha detaylı okunduğunda, aslında Mischo, bu ilk söylediklerinin etkisini azaltacak şeyleri de söylemiştir. Mischo'ya göre; konut dokunulmazlığına yönelik anayasal güvencenin işyerlerine (tüzel kişilerin ofis vs. alanlarına) teşmil edildiği Üye Devletlerde bile, özel kişilerin özel mülkleriyle aynı kapsamda ve derecede uygulanmamaktadır. Ona göre; Üye Devlet hukuk sistemleri incelendiğinde, çok çeşitli şekillerde aramaya yönelik kurallar mevcut olup, bunların hepsinde de koruma düzeyi birbiriyle örtüşmemektedir. Örneğin bazı Üye Devletlerde rekabet hukuku kapsamındaki aramalarda, herhalükarda mutlaka önceden bir mahkeme kararı aranırken; bazı sistemlerde, aramanın yapıldığı yerde bulunan temsilcinin rızasına dayalı aramalarda böyle bir izne ihtiyaç olmayıp, sadece rızaya dayalı olmayan aramalarda böyle bir ön mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Mischo, isim isim bazı Üye Devletlerin konuya ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerini karşılaştırmış ve neticede işyerlerinin de konut dokunulmazlığı hakkı kapsamında konut gibi güvencelerden yararlanması konusunda genel bir eğilim tespit edilebilir olsa da; ayrıntılı bir analiz sonucunda bu dokunulmazlığın içinin farklı farklı doldurulduğunu; Üye Devletler arasındaki güvencelerin farklılaştığını söylemiştir. Zaten Divan da, tam olarak bu farklılıklar yüzünden konut dokunulmazlığı hakkının işyerlerine uygulanamayacağını söylemektedir. Nielsen, Divan'ın söz konusu kararını, daha önceki *Handelsgesellschaft* ve *Nold kararları* ile çeliştiği gerekçesiyle de eleştirmektedir. Yazara göre; o kararlarda Divan'ın ortak anayasal gelenek olarak tanıdığı bir meslek veya ticareti serbestçe icra etme hakkı bakımından Üye Devletler arasında var olan farklılık, *Hoechst davasında* konut dokunulmazlığı hakkının işletmelerin mülklerine de teşmili konusundaki farklılıktan daha az değildir. Orada bu hakları tanımaktan ve Alman Anayasası'nın 12. maddesini *Topluluk Hukukuna* aktarmaktan çekinmeyen Divan'ın, *Hoechst*'da olumsuz tavır benimsemesi, mesele bir ulusal tasarruf değil de Topluluk tasarrufu ve üstelik de rekabetin korunması gibi hassa bir mesele olduğunda, Divan'ın tutarsız davranabildiğini göstermektedir. **Ibid**. Yazarın bu eleştiri ve tespitlerinde haklılık payı bulunmakla birlikte, Divan'ın söz konusu (Nielsen'e göre çelişkili) tutumunun ardındaki dinamikleri es geçmemek; o iki ilk kararda, ulusal mahkemelerden üstünlük doktrinine gelen salvoların savuşturulması kaygılarının olduğunu hatırlamak gerekir.

[952] C-249/96, *Grant v South-West Trains*, 17.2.1998, ECR 1998 I-621.

konusundaki yöntemine ilişkin önemli ipuçları veren ve bu anlamda ayrıca incelenmesi gereken ilginç bir örnek oluşturmaktadır. *Grant* kararı, cinsel eğilim temelinde ayrımcılık yasağı ile ilgilidir. Dava, İngiltere'de faaliyet gösteren bir tren firmasının, çalışanlarının eşlerine sağladığı birtakım mali katkıları, lezbiyen olan davacının kadın partneri için sağlamayı reddetmesine dayanmaktadır. Davacının iş sözleşmesi, evli personelin yasal eşleri için imtiyaz biletlerinden verileceğini öngörmektedir. Yine söz konusu hükme göre, bu biletler, personelin İngiliz Hukuku (*common law*) uyarınca, evli olmasa da, birliktelik yaşadığı ''karşı cinsten'' kişiler (partner) için de, 2 yıl veya daha fazla süredir ciddi bir ilişkinin sürmesi koşuluyla verilecektir. Kendisi de bir kadın olan davacı Grant, kadın eşi (partneri) için, iki yıldır bu şekilde (yani ''ciddi'' şekilde) birlikte olduklarını beyan ederek böyle bir imtiyaz talebinde bulunmuş; ancak firma, evli olmayan kişiler bakımından böyle bir imtiyazın ancak karşı cinsle birliktelik halinde verilebileceği gerekçesiyle, davacının bu talebini reddetmiştir.

Uyuşmazlık önüne gelen Divan'a göre; Üye Devletlerin bazılarında, aynı cinsten iki insanın birlikteliği ile farklı cinsten iki insanın birlikteliği, tamamen olmasa da bir dereceye kadar aynı (ve bu anlamda evliliğe eş) muamele görse de; çoğu Üye Devlette, ya hiç bir şekilde tanınmamakta, ya da en iyi ihtimalle sınırlı sayıda haklardan yararlanma imkanı veren evlilik dışı heteroseksüel ilişki olarak kabul edilmektedir. Divan'a göre, Strazburg yaklaşımı da böyledir.[953] Tüm bunlara dayalı olarak Divan, davacının iddia ettiği gibi, söz konusu iki durumun *Topluluk Hukukunda* ''denk'' sayılması yönünde genel bir hukuk ilkesinin bulunmadığına karar vermiştir. Görüldüğü gibi Divan, o tarih için ''aynı'' cinsten birlikteliklerin, ''aile hayatına saygı'' ve ''eşitlik'' hakkı gibi temellerde bir genel hukuk ilkesi ve dolayısıyla da bir Topluluk hakkı olarak kabulü noktasında, Üye Devletlerin hukuk sistemleri arasında büyük ayrışmaların olduğunu düşünmüş; böyle olunca da, bir ortak anayasal gelenek, bir genel hukuk ilkesi ve dolayısıyla da AB Hukukunda korunan bir temel hak veya özgürlük olarak görülemeyeceğine karar vermiştir. Divan, eğer, o tarihte, aynı cinsten birlikteliklerin farklı cinsten birliktelikler gibi muamele gördüğüne ilişkin Üye Devletler arasında ve Avrupa düzeyinde bir **ortak eğilimi keşfedebilmiş olsaydı**, muhtemelen bu hakkı tanıyacaktı.

[953] Divan, (o zamanki formatıyla) AİHK'nın, o tarihte, homoseksüelliğe doğru modern bir yönelim olduğunu söylemekle birlikte, sabit homoseksüel ilişkileri, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamındaki aile hayatına saygı hakkı kapsamında görmediğini ve bu yöndeki ulusal normları, cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı bulmadığını; ve daha da ötesi, AİHM'nin, Sözleşme'nin 12. maddesinin, ancak karşıt biyolojik cinsiyetteki iki kişi arasındaki geleneksel evliliklere uygulanabileceğine yönelik bir yaklaşım sergilediğini söyleyerek, bu yöndeki AİHK ve AİHM kararlarına atıf yapmıştır.

Ancak *Avrupa Kamu Hukukunda* tek tük Devletler dışında, çoğunluk kabul etmediği ve böyle bir ortak eğilimin bir nevi yansıması niteliğinde sayılan AİHS ve onun yargı organlarının içtihatları da bu konuda olumsuz tavır takındığı için, Divan, böyle bir hakkı, ortak anayasal gelenek kabul etme noktasında istekli davranmamıştır. Belirtelim ki, bu içtihadı, sonraki yıllardaki gelişmelere paralel olarak kısmen değişecektir.

Mangold Kararı.[954] Bu ise, bu sefer ''yaş'' temelinde ayrımcılık yasağı/eşit muamele görme hakkı bağlamında ''ortak anayasal gelenek'' mefhumuna dair çarpıcı bir karardır. Davaya konu olaylarda, 56 yaşındaki davacı, davalı ile belirli süreli (8 aylık) bir iş sözleşmesi yapmıştır. Sözleşme'nin dayanağı, 52 yaşın üzerindeki kişilerle belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilmesine izin veren Alman İş Kanunu'nun ilgili hükmüdür.[955] Davacı ise, Alman İş Kanunu'nun salt ''yaş''tan ötürü belirli iş sözleşmesi yapılmasına izin veren hükmünün AB normlarına aykırı olduğunu düşünmektedir.[956] Mesele ön-karar usulüyle önüne gelen Divan, yaş temelinde ayrım yapma yasağının, Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinde (ve ayrıca uluslararası metinlerde yer aldığını belirterek (para.74); *AB Hukukunun* genel bir ilkesi sayılması gerektiğini söylemiştir. Bunu yaparken ise, hangi ülkelerin anayasal sistemlerinde (en azından örnek kabilinden bile olsa) böyle bir ilkenin/temel hakkın olduğunu söyleme ''zahmetine katlanmadığını'' söylemek, herhalde şaşırtıcı olmasa gerek. Karar, aslında bize, bir temel hak/özgürlük/ilkenin, Birliğin temel değerleri ve amaçlarıyla uyuşuyorsa, ulusal anayasal geleneklerde büyük bir sayısal destek almasının Divan nezdinde çok da gerekmediğini göstermektedir.

Karar, beklendiği gibi, doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiştir. Dougan'ın da belirttiği gibi, bir hak veya ilkenin genel hukuk ilkesi olarak kabulünde, iki şeyden en az biri aranmaktadır: O hak/ilkenin ya ortak bir anayasal gelenek olması; ya da, Üye Devletlerin üzerinde ittifak ettikleri bir uluslararası metinde yer alması.[957] Oysa burada ikisi de mevcut değildir. Ortak bir anayasal gelenek olması söz konusu değildir; zira bunu

---

[954] C-144/04, *Mangold*, 22.11.2005, ECR 2005/I-9981.

[955] Yani belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının diğer yasal sebepleri, somut olayda söz konusu değildir; tek sebep, işçinin (davacının) yaşıdır.

[956] Davalı ise, belli bir yaşın üstündekilerin iş bulma noktasındaki zorlukları düşünüldüğünde, bu gibi kimselerle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesinin, söz konusu Çerçeve Anlaşma'nın bu tür sözleşmelere izin veren hükmü bağlamında ''haklı ve objektif'' bir sebep sayılabileceğini ileri sürmüştür.

[957] Michael Dougan, ''In Defence of Mangold?'', **A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by: Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Hart Publishing, Oxford, 2011, p.221.

bu şekliyle anayasal sisteminde kabul eden sadece bir iki Devlet vardır.[958] Nitekim Divan da, bu yönde bir iddia ortaya atmamış; sadece yukarıda yer verdiğimiz kadarıyla birkaç kelimeyle, bunun Üye Devletlerin anayasal geleneklerinde yer aldığını söylemiştir (para.74). Dougan'a göre, bunu bu şekilde net biçimde ortaya koyan uluslararası bir belge de bulunmamaktadır.[959] Eleştirilerin ucu, tahmin edileceği gibi, Divan'ın yetkisini aştığı ve aşırı aktivist davrandığı noktasına kadar varmıştır.[960] Her ne kadar, Lizbon ile birlikte Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı hale gelmesi ve orada da bu ilkenin açıkça düzenlenmesi (m.21/1) karşısında, artık yaş temelinde ayrımcılık yasağı, içtihada (*Mangold*) dayanan bir genel hukuk ilkesi olmaktan önce, bir Şart hükmü olarak ''anayasal temelde'' korunsa ve böylece *Mangold* kararının hukuki etkisi bir anlamda sıfırlanmış olsa da,[961] bu karar, Divan'ın, ''canı istediğinde'', orta yol gibi bir yaklaşımı

---

[958] Jürgen Schwarze, ''The Future of European Public Law, **The European Union Legal Order after Lisbon**, Ed. by: Patrick Birkinshaw, Mike Varney, Kluver Law International, 2010, **s.27** vd.

[959] Dougan, **op.cit, p.221.** Eşitlik ilkesine genel olarak yer veren uluslararası metinler olmakla birlikte; ayrımcılık yasağı ve özel olarak da ''yaş'' temelinde ayrımcılık yasağına yer veren (Üye Devletlerin taraf olduğu veya üzerinde işbirliği yaptıkları) bir uluslararası anlaşma mevcut değildir. Lenaerts, Gutierrez-Fons, **op.cit**, p.183.

[960] Örneğin Schwarz, Divan'ın *Mangold*'da, bir anlamda ''hoyratça'' davrandığını ve genel hukuk ilkesi tespit ederken, biraz daha dikkatli olması gerektiğini; eğer ''yaş'' temelinde ayrımcılığı yasaklayan sadece bir veya iki Üye (Finlandiya ve bir ölçüde de Portekiz) Devlet varsa, böyle bir ilkeyi/hakkı, *AB Hukukuna* aktarmamasının uygun olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, Divan'ın *Mangold*'daki tavrı, *Avrupa Kamu Hukukunda* (Avrupa) genel hukuk ilkelerinin sınırsız genişlemesine yol açma potansiyelini barındırmaktadır. Schwarze, **op.cit,** p.26. Hatta karar, Birlik yargısının kendi içinde bile Hukuk Sözcülerini tatmin edememiştir. Örneğin, *Mangold*'dan sonraki *Palacios de la Villa* davasına (C-411/05) ilişkin görüşünde, Hukuk Sözcüsü, *Mangold*'daki mantık somut olayda da izlenirse, sadece ''yaş'' değil; başka sebeplerle (din ve inanç, engellilik, cinsel yönelim vb.) ayrımcılık yasağının da, genel hukuk ilkesi olarak kabulünün gerekeceğini (para.96); bunun ise, mevzuatla yapılması gereken bir düzenlemenin ciddi bir yargısal aktivizm sonucu içtihatla getirilmesi olacağını söylemiş; Divan'ın, *Grant'*da, nasıl ulusal hukuklarda yeterince ortak bir eğilim tespit edemediği için cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasağını AB hakkı olarak kabul etmediyse, burada da onu yapması gerektiğini belirterek (para.95), yaş temelinde ayrımcılık yasağının bir genel hukuk ilkesi olarak varlığını ortaya koyan *Mangold* yaklaşımından dönülmesini önermiştir (para.97). Divan ise, ilginç bir şekilde, ''yaş'' temelinde ayrımcılık yasağından bir genel hukuk ilkesi olarak bahsetmemiş; bu sefer, olayda söz konusu olan AB tasarrufu (2000/78 sayılı Yönerge) üzerinden yaş temelinde ayrımcılık yasağını, ulusal tasarruflara sınır teşkil etmesi gereken bir norm olarak uygulamıştır.

[961] Burada ilginç olan bir nokta ise, Temel Haklar Şartı'nın yaş temelinde ayrımcılığı açıkça yasaklamış olması (m.21/1) karşısında, Divan'ın, kararda, Şart'a başvurmamış olmasıdır. Bilindiği gibi, Divan, Lizbon ile bağlayıcılık kazanana kadar Temel Haklar Şartı'na da, genel hukuk ilkelerinin tespitinde yardımcı bir kaynak olarak başvurmaktaydı. Aslında Divan, aşırı aktivizme kaydığına yönelik eleştirileri, söz konusu ilkeyi/hakkı (yaş temelinde ayrımcılık yasağı), genel bir hukuk ilkesi olarak tanırken başvurduğu alt-kaynaklar noktasında Temel Haklar Şartı'na atıf yaparak bertaraf edebilirdi. Böyle bir ilkenin/hakkın Şart'ta yer alması, hiç şüphesiz gerek Birlik gerek Üye Devletler düzeyinde o yönde bir oydaşmayı göstermektedir. Eğer Divan, söz konusu ilkeyi tanırken hukukun genel ilkelerinin bir alt/esin kaynağı olarak Şart'a da atıf yapsaydı ve bunu oraya dayandırsaydı, herhalde bu eleştirilerin çoğunu izale edebilirdi. Belki sonuç, yine buraya çıkmaktadır; ancak Divan'ın Şart'a atıf yapmaya bile gerek görmeden söz konusu ilkeyi genel

dahi çok umursamayabileceğini; Birliğin temel değer ve hedefleriyle uyuşan bir hak veya ilkenin – ulusal hukuklarda bir ''ortaklık'' tespit edilemese bile – rahatlıkla genel hukuk ilkesi olarak benimsenebileceğini göstermektedir.[962]

3.1.2.2.1.3. Lizbon Sonrası Dönemde Ortak Anayasal Geleneklerin Yeri

Hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak ortak anayasal gelenekleri bitirmeden, *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir anlamda ''ilk göz ağrısı'' olan bu kaynağın, biri doğrudan ''ortak anayasal geleneklerin'' ''hukukun genel ilkeleri'' içindeki; diğeri de, ''hukukun genel ilkelerinin'' genel anlamda *''AB İnsan Hakları Hukuku''* içindeki konumunu zayıflatan iki gelişmeden ötürü, pratikteki etkisinin azaldığına ve azalmaya da devam ettiğine değinmek gerekir. Bunlardan ilki, Divan'ın özellikle 1980'lerden itibaren hukukun genel ilkelerinin ikinci alt (esin) kaynağı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kullanmaya başlaması; diğeri de, Lizbon sonrası süreçte Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanarak *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel kaynağı haline gelmesidir. Divan, daha önceden de değindiğimiz gibi, hukukun genel ilkelerinin tespitinde ikinci bir alt-kaynak olarak AİHS'yi (ve diğer uluslararası sözleşmeleri) kullanmaya başlamasıyla birlikte (ki bunu bir sonraki başlıkta inceleyeceğiz), özellikle 1980'li yıllardan sonra ortak anayasal geleneklere daha seyrek atıf yapmaya başlamıştır. Hatta denebilir ki, Divan, AİHS'yi keşfettikten sonra, salt ortak anayasal geleneklere dayanarak bir hakkın AB hakkı olarak tanınmasına pek rastlanmaması bir yana; bu alt-kaynak, AİHS yanında bir destek kriter konumuna düşmüş (yani bir anlamda ''pabucu dama atılmış''), hatta çoğu zaman ortak anayasal geleneklere hiç atıf dahi yapılmadan[963] yeni hakların *AB Hukukuna* aktarılması söz konusu olmuştur.[964]

---

hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktarması, bu konuda ne kadar cüretkar olabildiğini göstermesi yönüyle – pek de haksız olmayacak biçimde – eleştirilmiştir. Dougan, **op.cit**, pp.221, 222. Nitekim Lenaerts ve Gutierrez-Fons'a göre de, bu noktada Şart'a atıf, ulusal hassasiyetleri ve Divan'ın (ve dolayısıyla da AB'nin) yetkilerini aştığı yönündeki eleştirileri bertaraf etmekte rol oynayabilirdi. Lenaerts, Gutiérrez-Fons, **op.cit**, p.185.

[962] Dougan, **op.cit,** pp.222, 223.

[963] Bu yüzden Murray, Divan'ın ortak anayasal geleneklere atıflarının (sistematik olmaktan ziyade) *tek tük* ve (bilimsel olmaktan ziyade) *üstünkörü* olduğunu söylemektedir. Murray, **op.cit**, p.537.

[964] Bu konuda çarpıcı bir istatistiğe yukarıda yer vermiştik (bkz.: supra dipnot: 883.). Ancak yine de, mesela *Mangold*'da olduğu gibi, ortak anayasal geleneklerin kritik noktalarda devreye girdiği olaylara da rastlanmaktaydı (ki biz de o yüzden burada halen yer vermekteyiz).

Ancak ortak anayasal geleneklere asıl darbe, Lizbon sonrası süreçte Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması ile vurulmuştır (ve vurulmaya da devam edecektir). Lizbon'la, daha önceden de belirttiğimiz gibi, *AB İnsan Hakları Hukukunda* asıl kaynağın, içtihadi nitelikteki hukukun genel ilkelerinden anayasal nitelikteki Temel Haklar Şartı'na kaymasıyla birlikte, hukukun genel ilkelerinin *AB İnsan Hakları Hukukundaki* etkisi, pek tabii erozyona uğrayacaktır. Artık temel kaynak Şart olduğuna göre ve Şart da hemen hemen bütün hak ve özgürlükleri düzenlediğine göre, Divan'ın, genel hukuk ilkesi olarak bir hakkı/özgürlüğü/ilkeyi *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* sokmasına ve dolayısıyla da onun bir alt-kaynağı olarak ortak anayasal geleneklere başvurmasına pek ihtiyacı kalmayacağı düşünülebilir. Böylece, 1980'lerden sonra AİHS'nin keşfedilmesiyle genel hukuk ilkelerinin tespitindeki rolü bir ölçüde zayıflayan ortak anayasal gelenekler; Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması (ve hatta katılım sonrasında AİHS'nin de bağımız bir kaynak olacak olması) dolayısıyla hukukun genel ilkelerinin *AB İnsan Hakları Hukukunda* oynayacağı rolün azalmasına bağlı olarak, bir kez daha etki kaybına uğrayacaktır.[965]

Fakat bu, ortak anayasal geleneklerin, Lizbon sonrası dönemde (yani güncel durumda) *AB İnsan Hakları Hukukunda* hiçbir şekilde etki ve rolünün olmayacağı anlamına da gelmemelidir. Herşeyden önce, yukarıda kaynaklar bahsine başlarken de belirttiğimiz gibi, ulusal hukuklardaki ortak anayasal geleneklerde karşılığı olan Şart hükümleri,[966] bizzat Şart'ın getirdiği düzenleme gereği bu ilkelerle uyumlu yorumlanacaktır (m.52/4). Bu bağlamda, ortak anayasal geleneklerin, belki artık başlı başına bir hakkın *AB Hukukuna* kazandırılmasında olmasa da; fakat özellikle Şart'taki hak ve ilkelerin yorumlanmasında rol oynamaya devam edeceği söylenebilir. Bu noktada, ortak anayasal gelenekleri, halen daha bizim için önemli tutmaya devam eden bir diğer durum da, meşhur *Solange-II* sürecidir. *AB İnsan Hakları Hukukunun* sağladığı

---

[965] Elbette, halen daha genel hukuk ilkeleri, ABA m.6/1 uyarınca bir kaynaktır ve ortak anayasal gelenekler de, bu ilkelerin bulunup aktarılmasında bir esin kaynağıdır. Fakat Şart ile AİHS'yi düşündüğümüzde, bunlarda düzenlenmeyip de AB'de korunması gerekecek (ve böylece genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmeye ihtiyaç duyulacak) bir hak veya özgürlüğün ortaya çıkması, herhalde oldukça düşük bir ihtimaldir. Örneğin, *Mangold* kararı, bunun onlarca örneğinden birisidir. Hatırlanacağı üzere, Divan, *Mangold*'da, ''yaş'' temelinde ayrımcılık yasağını, ortak anayasal gelenek olarak kabul etmiş ve böylece bir genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarmıştı (ve hatta bu yüzden de aşırı aktivist davranmakla suçlanmıştı). Fakat bilindiği gibi, *Mangold*'da genel hukuk ilkesi olarak *AB İnsan Hakları Hukukuna* sokulan bu hak/ilke, Temel Haklar Şartı'nda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla böyle bir dava, mesela Lizbon'dan sonra söz konusu olsaydı, böyle bir hakka başvurmak için hukukun genel ilkelerine ihtiyaç kalmayacaktı.

[966] Ki, Şart'taki hükümlerin büyük kısmı, Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde de düzenlenmektedir.

koruma düzeyi, oldukça ileri bir durumda olsa da; özellikle en son Lizbon Antlaşması'nın kabulü sürecinde ulusal anayasa mahkemelerinin verdiği kararlar, meşhur *Solange-II* sürecinin devam ettiğini (ve AB var olduğu sürece de devam edeceğini) göstermektedir. Ulusal mahkemeler, uzunca bir süredir, AB'deki genel insan hakları koruma düzeyi tatmin edici olduğundan, Birlik tasarruflarını ulusal insan hakları güvencelerine uygunluk açısından denetlememektedir. Ancak bu ''mutlu birlikteliğin'' kendi anayasalarında güvence altına alınan hakların korunduğu müddetçe olacağını ve ulusal yargı organlarının, kendi anayalarında güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlal edilmesi ve ihlalin de (o hak korunmayarak) desteklenmesi halinde, itiraz edeceklerini söylemek de, büyük bir ileri görüşlülük olmasa gerektir. Dolayısıyla Divan, gerek Temel Haklar Şartı gerek AİHS temelinde temel hak ve özgürlükleri yorumlar ve uygularken, ulusal anayasaları bir ölçüde dikkate almak zorunda olacak; bu noktada da Topluluğun ilk yıllarında ortak anayasal gelenekler olarak ete kemiğe bürünen ulusal hukuklar, Lizbon sonrası dönemde farklı bir yönden *AB İnsan Hakları Hukukunda* etkili olmaya devam edecektir.[967]

3.1.2.2.2. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt/Yardımcı Kaynağı Olarak Uluslararası/Ulusal-üstü Standartlar ve Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Adalet Divanı'nın, *AB İnsan Hakları Hukukunu* şekillendirirken, ortak anayasal gelenekler yanında baktığı (ve hatta yukarıda da dediğimiz gibi, bir süre sonra uğruna ortak anayasal geleneklerin bile ''pabucunu dama attığı'') diğer bir alt-kaynak da, başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmeler/belgelerdir. Divan, hatırlanacağı üzere, genel hukuk ilkeleri olarak tanıyıp koruyacağı hak ve özgürlüklerin hangi alt/yardımcı kaynaklardan esinlenilerek ortaya konacağı konusunda bir şey söylemediği 1969 tarihli *Stauder kararında*n ve bu noktada esinleneceği bir (alt) kaynak olarak ortak anayasal

[967] Bu noktada ön-karar prosedüründen kaynaklanan bir ilave etkiden de bahsedilebilir. Adalet Divanı'nın bu ilkeleri ve bu bağlamda hak ve özgürlükleri ortaya koyup uygulamasında, ulusal mahkemelerden *ön-karar prosedürü* çerçevesinde gönderilen davaların çok hayati bir araç olduğunu biliyoruz. Ulusal mahkemelerin hem bu mekanizmayı işleterek Divan'a bu fırsatı sunma ve hem de Divan'ın kararını somut olaya uygulayarak bir anlamda Divan kararının ete kemiğe bürünmesini sağlamadaki rolleri dikkate alındığında, bu ilkelerin ve dolayısıyla bu ilkelerden olan hak ve özgürlüklerin ortaya çıkarılıp uygulanmasında birinci derecede sorumlu olan Birlik yargı organının, bu verimli işbirliğinin aktif biçimde devamı için ulusal mahkemelerin beklentilerine (ve dolayısıyla ortak anayasal geleneklere) uygun içtihatlar üretme ve yöntemler kullanma baskısı şeklinde bir etkiden de bahsetmek mümkündür.

gelenekleri zikrettiği 1970 tarihli *Handelsgesellschaft kararından* sonra, 1974 tarihli *Nold kararında*, genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin tespitinde, Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerin yanında ikinci bir kaynak olarak **Üye Devletlerin taraf oldukları yahut üzerinde işbirliği yaptıkları uluslararası metinlere** de atıf yapmaya başlamıştır.[968] Her ne kadar Divan, ismen herhangi bir uluslararası sözleşmeden bahsetmese de ve hatta somut olayda, uluslararası metinlerin de genel hukuk ilkelerine kaynaklık edebileceği şeklinde genel-ilkesel bir atıf yapmaktan öte bir şey söylemese de,[969] hukukun genel ilkeleri bağlamında temel hak ve özgürlüklerin *Topluluk Hukukuna* aktarımında ulusal hukuklar yanında ikinci bir kaynağı daha *AB İnsan Hakları Hukukuna* sokmuş oluyordu. Divan, bundan sonra, temel hak ve özgürlüklerle ilgili davalarda, sık sık bu alt-kaynağa atıf yapacak ve yanına zaman zaman başka sözleşmeleri/metinleri eklese de, temelde AİHS üzerinden *AB İnsan Hakları Hukukunu* şekillendirecektir. Biz de, burada, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynaklarından biri olan *hukukun genel ilkelerinin – ortak anayasal gelenekler* yanındaki – bu ikinci alt (esin) kaynağını ele alacak; önce ve esas olarak AİHS üzerinde duracak; akabinde, Divan'ın bu kapsamda atıf yaptığı diğer uluslararası sözleşmelere/belgelere de yer vereceğiz. [970]

---

[968] ''*... fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States ... Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have colloborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law*'' (para.13). Atfın özel olarak uluslararası sözleşmelere mi, yoksa daha genel bir çerçevede uluslararası belgelere mi olduğu tartışmasına ileride değineceğiz.

[969] Divan, Topluluk Hukukunda hukukun genel ilkeleri olarak korunacak hak ve özgürlüklerin varlığının ve kapsamının tespitinde ortak anayasal geleneklerden ve uluslararası belgelerden yararlanılacağını genel olarak söyledikten sonra; somut olayda ihlal edildiği iddia edilen mülkiyetle ilgili hakların, gerek Topluluk Hukukunda genel bir hukuk ilkesi olarak tanınmasını, gerekse bunların sınırsız olmadığını ve belirli sebeplerle sınırlanabileceğinin kabul edilmesini, ortak anayasal gelenekler bağlamında incelemiş; uluslararası metinler yönünden herhangi bir inceleme yapmamıştı. Dolayısıyla özel olarak herhangi bir metnin zikredilmesi söz konusu olmadığı gibi; genel olarak mülkiyet haklarının uluslararası hukukta ve uluslararası sözleşmelerde korunduğu şeklinde genel bir tespite dahi rastlanmamaktaydı.

[970] Bu noktada, başlamadan, yukarıda ortak anayasal geleneklere başlarken vurguladığımız yönteme dair bir hususu tekrardan hatırlatmkakta fayda vardır. Esas olarak bu başlık altında yapacağımız şey, AİHS başta olmak üzere uluslararası hukuk metinlerinin genel hukuk ilkelerinin belirlenmesi noktasında Divan kararlarında nasıl yer aldığı, nasıl kullanıldığıdır; yoksa örneğin AİHS'e atfen genel hukuk ilkeleri olarak kabul edilen hak/özgürlük/ilkelerin tamamını ortaya koymak gibi bir niyetimiz bulunmamaktadır. Bu yüzden de, örneğin AİHS'ye atıf yapılan tüm Divan kararları değil; yukarıda ortak anayasal geleneklerde yaptığımız gibi, AİHS'nin genel hukuk ilkesi çıkartmada nasıl rol oynadığını gösteren özellikli kararlara yer vereceğiz. Hep söylediğimiz gibi, bir karar, *AB İnsan Hakları Hukuku* için birçok açıdan önem arz edebilir. Biz, burada bunun bir yönüne (genel hukuk ilkesi olarak hak ve özgürlüklerin tespitinde oynanan rol) bakacağız; o kararın diğer yönlerini ise, yeri geldikçe çalışmanın ilgili yerlerinde ele alacağız.

3.1.2.2.2.1. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt-Kaynağı Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Divan, ilk olarak 1974 tarihli *Nold* kararında, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlükleri bulup çıkarırken – ortak anayasal gelenekler yanında – Üye Devletlerin taraf oldukları veya üzerinde işbirliği yaptıkları uluslararası sözleşmelerden de yararlanacağını söylemişti. Her ne kadar burada Divan, açıkça bir sözleşmeyi zikretmemiş ve genel ifadelerle[971] bir atfı tercih etmişse de, burada niyetinin AİHS olduğu; ancak o tarihte henüz Sözleşme'ye ilişkin onay prosedürünü tamamlamayan Üye Devletler bulunduğu için isim vermekten kaçındığı söylenmiştir. [972] Zaten Divan, bundan bir yıl sonra *Rutili*'de, bu ismi de açıkça zikredecektir. Nitekim sonraki yıllarda da, başta Divan olmak üzere Birlik yargı organları, AİHS'yi, açıkça ve daha sık zikretmeye başlamış; hatta AİHS'nin bu anlamda özel bir öneme sahip olduğunu söylemiştir.[973] Günümüze kadar gelen uygulama da, zaman zaman diğer uluslararası belgelere yapılan atıflara rastlanmakla birlikte, Sözleşme'nin, bu süreçteki temel metin olarak kullanıldığını ve hukukun genel ilkeleri bağlamında AB Hukukuna aktarılan temel hak ve özgürlükler listesinin oluşumunun büyük oranda Sözleşme'ye

---

[971] ''... Üye Devletlerin taraf olduğu veya üzerinde işbirliği yaptıkları uluslararası belgeler...'' şeklinde...

[972] Aslında bu kararı verirken Divan'ın aklındaki uluslararası metnin bilhassa AİHS olduğu; ancak o tarihte Üye Devletlerden Fransa, henüz Sözleşme'ye dair onay sürecini tamamlayıp Sözleşme'yi iç hukukunda yürürlüğe sokmadığı için, açıkça zikretmekten kaçındığı söylenmektedir. Nitekim bu sebeple sadece ''taraf olduğu'' değil aynı zamanda ''işbirliği yaptığı'' (*colloboration*) ifadesi kullanılmıştır. (Aynı doğrultuda bkz.: James Hanlon, **European Community Law**, Sweet & Maxwell, 2nd Edt., 2000, p.59.) Sözleşme'nin, *Fransız Hukuku* bakımından 3 Mayıs 1974'te yürürlüğe girdiğini de belirtelim.

[973] ''... *The European Convention on Human Rights has special significance in that respect*.'' (C-260/89, *ERT*, para.41; C-274/99P, *Connoly*, para.39; C-540/03, *Parliament v Council*, para.35; C-299/95, *Kremzow*, para.14; C-20/00&64/00, *Booker...*, para.65).

dayanılarak gerçekleştiğini göstermektedir.[974] Aşağıda bu konuda süreci belirleyici içtihatlardan bir derleme yapılmıştır.[975]

Sözleşme'nin Topluluk Hukukuna (De Facto) Aktarımı ve İlk Atıflar

Nold'daki zımni atfı saymazsak, bu süreçte, AİHS'nin (tam olarak bir hak veya özgürlüğün genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukuna* aktarılmasını sağlar şekilde olmasa da) ismen bir Divan kararında zikredilmesi, ilk defa 1975 tarihli *Rutili* kararında[976] olmuştur.[977] Dava, esas olarak, bir ulusal tasarrufun, (o zamanki) AET Antlaşması m.48/3'te yer alan ''kamu düzeninin haklı kıldığı sebeplerle'' ifadesindeki ''haklılık''

---

[974] Doktrinde Rosas ve Armati, *AB Hukuku-AİHS* ve *Lüksemburg-Strazburg* arası etkileşimi beş döneme ayırmaktadır: 1950-1969 (Divan'ın ve dolayısıyla *AB Hukukunun* insan haklarına kapalı olduğu dönem); 1969-1975 (AİHS'ye ilk atfın yapılması ve hukukun genel ilkelerinde bir alt/yardımcı kaynak olarak kullanılmaya başlanması); 1975 sonrası (AİHS'nin hukukun genel ilkelerini domine edip *AB İnsan Hakları Hukukunun* artık çoğunlukla AİHS üzerinden yürümeye başlaması); 1989 sonrası (AİHS'e özel önem atfedilmeye başlanan dönem) ve 1990'lar (ve artık AİHM kararlarına da atıf yapılmaya ve içtihatların AİHM içtihatlarına uyarlanmaya başlanması). Allan Rosas, ''Fundamental rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts'', **The EFTA Court: Ten Years On,** Ed. by Carl Baudenbacher, Per Tresselt, Thorgeir Orlygsson, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005; pp.163, 168-169; aktaran: Harpaz, **op.cit,** pp.108, 109, note:18.

[975] Yukarıda ortak anayasal geleneklere dair içtihatları verirken yaptığımız yönteme dair hatırlatmayı tekrardan yapalım ve yaklaşık 40 yıllık bir süreçte AİHS'ye atıf yapılan tüm kararlara değil; Sözleşme'nin bir alt-kaynak olarak hukukun genel ilkeleri ve de *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde oynadığı rolü gösteren kararlara yer vereceğimizi vurgulayalım. Bu bağlamda, Divan'ın, hukukun genel ilkeleri olarak temel hak ve özgürlükleri Topluluk/Birlik hakkı olarak kabul edip uygulamada AİHS'ye bir alt/yardımcı kaynak olarak başvurmasında, farklı aşamalardan bahsetmek mümkündür: *Uluslararası hukuka ilk atıf (Nold); AİHS'nin (bir temel hakkın tespiti için olmasa da) ilk kez zikredilmesi (Rutili); AİHS'nin bir temel hakkın tespitinde zımnen kullanılması (Prais); AİHS'nin ilk kez bir temel hakkı AB Hukukuna aktarmada açıkça kullanılması (Hauer); ikincil AB normlarının bir sınırı olarak temel hakların tespiti ve uygulanmasında AİHS'ten yararlanma (Johnston v Chief Constable); AB tasarrufları yanında Üye Devlet tasarruflarının da Antlaşmalara uygunluğunun değerlendirilmesinde temel hakların devreye girmesi ve AİHS'ye atıf (Wachauf)* olmak üzere, Sözleşme, genel hukuk ilkelerinin tespitinde, farklı boyutlardan katkılar sağlamış ve sağlamaktadır. Aşağıda bu işlev, rol ve katkıyı ortaya koyan örnek kararlardan bir derleme yapılmıştır.

[976] C-36/75, *Rutili v Ministre de l'intérieur*, 28.10.1975, ECR 1975/1219.

[977] Aslında *Nold* ile *Rutili kararları* arasında, yine bir temel hakkın söz konusu olduğu başka bir Divan kararından bahsedilebilir. *Nold kararından* birkaç ay sonra verilen *Union Syndicale kararında* (C-175/73), örgütlenme ve sendikaya üye olma hakkı söz konusu olmuştur. Divan, işçilerin bu haklara sahip olduğundan bahsederken, bu hakları, Personel Tüzüğü'ne (*Staff Regulation*) dayandırmış; bu Tüzükte zaten açıkça düzenlenen bu hakları, bir de AİHS'ye (veya genel olarak Üye Devletlerin işbirliği yaptıkları uluslararası anlaşmalara) dayandırma ihtiyacı hissetmemiştir. O yüzden, bu, genel hukuk ilkesi olarak Topluluk Hukukuna giren bir hak ve özgürlük gelişmesi olarak kaydedilmemiştir.

kriterini karşılayıp karşılamadığı ile ilgilidir.[978] Divan, değerlendirmeleri bağlamında, gerek söz konusu Antlaşma hükmündeki ve gerekse ona dayanılarak çıkarılmış sınırlama sebeplerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüklerdeki sınırlama sebeplerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesindeki genel hükümlerin özel bir ifadesi olduğunu; bu itibarla da ulusal güvenlik ve kamu güvenliği gibi sebeplerle haklara getirilecek sınırlamaların, (bu AİHS hükümlerinde sınırlamanın bir sınırı olarak yer alan) **demokratik toplumda gereklilik kriterine uygun olması** gerektiğini söylemiştir (para.32).

Davada, bir temel hakkın AİHS'ye atfen genel hukuk ilkesi olarak *AB İnsan Hakları Hukukuna* aktarılması söz konusu olmasa da, Divan, Kurucu Antlaşma hükümleriyle AİHS arasında bir bağlantı kurmuş ve Kurucu Antlaşma hükümlerinden kaynaklanan serbest dolaşım haklarına yine bu hükümlerdeki sebeplerle sınırlama getirildiğinde, bu sınırlamaların hukuka uygun/meşru/haklı olup olmadığının değerlendirilmesinde, AİHS'nin benzer nitelikteki hükümlerinin ve bu bağlamda da *demokratik toplumda gereklilik kriterinin* dikkate alınacağını söylemiştir. Antlaşmalardan kaynaklanan serbest dolaşım haklarına getirilen sınırlamaların insan haklarına uygun olup olmadığı, ileride de görüleceği üzere, *AB (İnsan Hakları) Hukuku* bağlamında en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardan biridir. Divan'ın, ilk olarak *Rutili* ile AİHS'ye atfen koyduğu demokratik toplumda gereklilik kriteri, ilerleyen yıllarda AİHS'nin gerek temel hakların kapsamı gerekse sınırlanma sebepleri gibi hususlardaki ilke ve kurallarının *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmasında, ilk adımı teşkil etmiştir.

Bir Temel Hakkın AB Hakkı Olarak Uygulanmasında Sözleşme'ye İlk Atıf ve Hauer Kararı

Divan, ilk olarak (yukarıda ortak anayasal gelenekler bağlamında da yer verdiğimiz) 1979 tarihli *Hauer kararında,* bir temel hak ve özgürlüğün genel bir hukuk

[978] Fransa'da yaşayan bir İtalyan vatandaşı olan Roland Rutili hakkında, Fransız makamları, 1968 olayları bağlamındaki siyasi ve sendikal faaliyetlerinin kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle sınırdışı ve belli bölgelerde ikamet etmesinin yasaklanmasına yönelik bir dizi karar almıştır. Rutili, bir Topluluk Üyesi Devletin (İtalya) vatandaşı olarak Fransız makamlarına oturum izni için başvurmuş; ancak yine önceki gibi, belli bölgelerde ikamet etmesini sınırlayan (ki bu ikamet edemeyeceği yerler arasında davacının ve ailesinin normalde oturduğu yer de vardır) bir şekilde oturum iznini verilmesi üzerine, bu karara karşı Fransız idari yargı yerlerinde dava açmıştır. Davaya bakan Paris İdare Mahkemesi de, davayı, ön-karar prosedürü çerçevesinde Adalet Divanı'na taşımıştır.

ilkesi olarak uygulanması noktasında AİHS'ye açıkça atıf yapmıştır.[979] Esaslarına yukarıda yer verdiğimiz dava sürecinde hatırlanacağı üzere davacı, maliki olduğu bir alana üzüm asmalarından ekmek istemiş; ancak bu isteği, yerel otoriteler tarafından ilgili Topluluk Tüzüğü uyarınca kabul edilmeyince, ulusal mahkeme önünde mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmış; bu dava da, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Divan'a intikal ettirilmiştir. Divan ise, mülkiyet hakkının Topluluk hakkı olarak tanınmasının tespiti noktasında, hatırlanacağı üzere, ortak anayasal geleneklerle birlikte, Sözleşme'ye de (1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi) atıf yapmış ve *mülkiyet hakkının, Divan'ın hak ve özgürlükleri korurken esinleneceği (ilham alacağı) bu Sözleşme'de de düzenlendiğini* vurgulamıştır (paras.17-18).

Ancak Divan'ın karar bağlamında Sözleşme'ye asıl atfı, bu **hakkın kapsamı ve sınırları noktasında** olmuştur. Divan, söz konusu Sözleşme hükmünün 2. fıkrasında getirilen sınırlama hükmünü[980] yorumlamış ve bu bağlamda mülkiyet hakkının **genel yarar (kamu yararı) sebebiyle** sınırlanabilmesine izin verilmesi üzerinde durmuştur. Divan'a göre, söz konusu Protokol (yani dolayısıyla Sözleşme), genel yararın korunması için gerekli olması halinde ve ölçüsünde bu hakkın sınırlanabileceğini kabul etmektedir (para.19).[981] Görüldüğü gibi, Divan'ın burada Sözleşme'ye atfı, hem mülkiyet hakkının

---

[979] Aslında *Rutili kararından* bir yıl sonra (*Hauer* kararından önce) verilen *Watson and Belmann davasında* da (C-118/75), *Rutili* davasına benzer şekilde davacılar, olayda dava konusu olan ulusal tasarrufların (o zamanki) AET Antlaşması ve ikincil bazı mevzuat ile birlikte AİHS'nin 8 ve 14. maddelerine ve 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdi. Gerek davacıların iddialarında, gerek Komisyon'un ve davaya müdahil olan örneğin İngiltere gibi ülkelerin görüşlerinde ve gerekse *Hukuk Sözcüsü*'nün mütalaasında, Sözleşme'nin somut olayda uygulanması üzerinde yoğun biçimde durulmuştur. Ancak Divan, kararında, bu iddia ve görüşleri tekrarlamanın ötesinde, Sözleşme'nin *Topluluk Hukukundaki* yeri konusunda herhangi bir tespitte bulunmamış; somut olayda da Sözleşme'den herhangi bir şekilde yararlanmamıştır. Kararda, iddialar ve görüşler bağlamında yaklaşık otuz kere Sözleşme'ye atıf yapılmış olmasına rağmen, Divan'ın, esas hükümde, Sözleşme'ye hiç değinmemiş olması, ilginçtir. Keza bu karardan birkaç ay sonra nihai kararı verilen *Prais davasında* da (C-130/75), din ve vicdan özgürlüğü bağlamında AİHS'ye atıf yapılmış ve söz konusu hakkın AİHS'ye atfen bir Topluluk hakkı olarak korunması gerektiği iddia edilmiştir. Ancak, Divan, kararında, din ve vicdan özgürlüğünü tanır nitelikte ifadeler kullanmış olmakla birlikte (para.10 ve 16), değil AİHS'ye atfen olmak, din ve vicdan özgürlüğünün bir genel hukuk ilkesi olarak Topluluk'ta korunduğuna ilişkin dahi açık bir ifade kullanmamıştır. Bu karar, din ve vicdan özgürlüğünün zımnen *AB İnsan Hakları Hukukunda* tanındığı bir karar olarak yansıtılsa da, bunun genel hukuk ilkesi olarak ve hele hele ortak anayasal gelenekler veya AİHS'ye atfen olmadığı söylenmelidir.

[980] *Yukarıdaki hükümler, bir Devletin, mülkiyet hakkının genel yarar doğrultusunda kullanılmasını sağlamak veya vergi, diğer katkılar yahut cezaların ödenmesini teminat altına almak için gerekli gördüğü kuralları uygulama hakkını hiçbir suretle engellemez.*

[981] Bu noktada, Sözleşme'ye ek Protokollerin de, Divan tarafından Sözleşme gibi dikkate alındığını görmekteyiz. Aslında Maastricht ile başlayan ve Lizbon ile devam eden süreçte, Kurucu Antlaşma atıfları, sadece Sözleşme'nin kendisini zikretmekte; ek Protokollerden bahsetmemektedir. Ancak gerek doktrinde gerek Divan uygulamasında, Üye Devletlerin tamamının taraf olduğu Protokoller bakımından (burada Ek 1 No'lu Protokol gibi), herhangi bir

genel bir hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukunda* tanınıp korunmasının hem de bu hakkın sınırsız olmadığı ve gerektiğinde genel yararın temini için sınırlanabileceğinin tespiti noktasında olmuştur. [982] Divan, mülkiyet hakkını, zaten ortak anayasal gelenekler bağlamında insan hakları korumasını başlattığı *Stauder* kararından beri korumakta ve Topluluk hakkı olarak uygulamakta; hatta sınırsız olmadığını ve belli sebeplerle sınırlanabileceğini de söylemektedir. Bu anlamda *Hauer* kararı, bu yöndeki ilk karar değildir. Ancak Divan, daha önceden sadece ortak anayasal geleneklere atfen yaptığı bu tespitleri, burada AİHS'ye de dayandırarak desteklemiştir. Bu dava, ***ilk kez bir temel***

---

duraksama yaşanmamıştır. Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.556. Yazar, atıflardaki ''ihmalin'' sebebinin, Sözleşme'nin zaten kapsadığı düşünülen bir metni (Prokolleri) ayrıca zikredip de, gereksiz bir uzatmadan kaçınmak olduğunu söylemektedir. **Ibid**. Buna karşılık tüm Üye Devletlerin taraf olmadığı Protokoller bakımından ise, doktrinde iki görüş belirmiştir. Bir yönden, Sözleşme'ye, gerek Adalet Divanı'nın 1970'lerden beri gerek kurucu iradenin Maastricht'le başlayan süreçte yaptığı atıfların, hep, Sözleşme'nin Avrupa kamuoyunun medeni ve siyasal haklar noktasında geldiği uzlaşıyı yansıttığı düşüncesinden, bunun da, Üye Devletlerin hepsinin bu metne taraf olmasından kaynaklandığı; bu itibarla bu şekilde olmayan bir Protokol bakımından, bu durumun geçerli olmadığı söylenmiştir. Bir yandan ise, Sözleşme'nin, zaten bağlayıcı olarak değil, hukukun genel ilkelerinin tespitinde yardımcı bir kaynak olarak gerek Divan kararlarında gerek Kurucu Antlaşmalarda atıf aldığı ve bunun sebebinin de, diğer görüşü kabul edenlerin de söylediği gibi, bu metnin Avrupa kamuoyundaki uzlaşıyı yansıtmasından ileri geldiği; bu itibarla, bir uluslararası metinden esin kaynağı olarak yararlanmak için, ona tüm Üye Devletlerin taraf olmasının şart olmadığı; hem bir Protokol, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilmiş, imzalanmış ve onun için onay prosedürü başlatılmışsa, henüz onay süreci tamamlanmamış bile olsa, zaten o noktada tüm Üye Devletler bakımından bir uzlaşının olduğunun kabul edilebileceği; dahası, Fransa tarafından henüz onay prosedürü tamamlanmamışken bile, (*Nold* kararında) zımnen Sözleşme'ye atıf yapan Divan'ın, *AB (İnsan Hakları) Hukukunun* bünyesiyle uygun bir hakkı düzenleyen bir Protokolden henüz tüm Üye Devletler tarafından tam anlamıyla onaylanıp yürürlüğe sokulmadığı gerekçesiyle yararlanamayacağını söylemenin çok da doğru olmayacağı söylenmiştir. Görüşler için bkz.: Steve Peers, ''Human Rights and the Third Pillar'', **The EU and Human Rights**, Ed. by: Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp.174 vd. Keza, Üye Devletlerin Sözleşme'ye koydukları istisna ve çekincelerin de, bu (ikinci) mantıkla, Divan tarafından dikkate alınması gerekli olan durumlar olmadığı da ileri sürülmüştür. Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.556.

[982] Zaten Divan'ın amacı, bir genel hukuk ilkesi olarak tanıdığı mülkiyet hakkının sınırsız olmadığını ve gerek ortak anayasal gelenekler gerek AİHS'te belli hallerde sınırlanabileceğinin öngörüldüğünü ortaya koymaktı. Bu noktada (mülkiyet hakkının sınırsız olmadığı noktasında) da, Sözleşme'den destek aldıktan sonra, önündeki dava bakımından ilgili Tüzük hükümlerinin getirdiği sınırlamaların bu anlamda haklı bir sınırlama olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Ancak bu noktada, Divan, Sözleşme'nin yeterli kesinlikte bir cevap veremediğini ve ortak anayasal geleneklere bakılması gerektiğini söylemiştir. Yukarıdan hatırlanacağı üzere de, ardından çeşitli Üye Devlet anayasaları bağlamında mukayeseli bir inceleme yapmış ve somut olaydaki sınırlamaların mülkiyet hakkı bakımından insan haklarına ve dolayısıyla da Kurucu Antlaşmalara uygun olduğuna hükmetmişti. Davacıların ihlal öne sürdüğü bir diğer hak olan *ticari faaliyet veya mesleğin serbestçe icrası* hakkı bağlamında ise, Divan, ismen ve yüzeysel de olsa, Sözleşme'ye herhangi bir atıfta bulunmamış; bu hakkı, sadece ortak anayasal gelenekler üzerinden yürütmüştür. Bunun sebebi, hiç şüphesiz, Sözleşme'nin özel olarak meslek veya ticari faaliyet özgürlüğünü düzenlememiş olmasıdır. Sözleşme açıkça böyle bir hakkı düzenlemediği için, bu hakkın Topluluk hakkı olarak tespitinde Divan, yalnızca ortak anayasal geleneklere dayanmıştır.

hak veya özgürlüğün, AİHS'ye atfen Topluluk Hukukunda (kabul edildiği olmasa da) uygulandığı karar olarak görülebilir.[983]

Sözleşme'ye Atıfların Sıklaşması ve Sözleşme'nin Yavaş Yavaş Genel Hukuk İlkelerini Domine Etmeye Başlaması

Sözleşme'nin dolaylı ve doğrudan ilk olarak zikredildiği bu üç (*Nold, Rutili, Hauer*) karardan sonra Divan, Sözleşme'ye atıflarını sıklaştırmıştır. Bir kere, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının söz konusu olduğu hemen her davada, ortak anayasal geleneklerle birlikte AİHS'ye atıf görmek mümkündür. Başlangıçtaki (belki de Sözleşme'nin bütün Üye Devletlerde tam olarak onaylanmamasına bağlı olarak yaşadığı) kısa süreli bir tereddütten sonra, Sözleşme, Divan için neredeyse bir ''başucu kitabı'' haline gelmiş; bundan sonraki temel hak ve özgürlüklerle ilgili hemen her davada öyle ya da böyle başvurulan bir metin olmuştur. Divan, bu güne kadar *din hürriyetinden ifade ve toplanma hürriyetlerine; özel hayata saygı ve cinsiyet değişikliği sonrası evlenme hakkından konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği haklarına; etkili yargısal başvuru hakkından adil yargılanma hakkına; avukat-müvekkil arası haberleşmenin gizliliği hakkından cezai hükümlerin geçmişe yürütülememesi hakkına ve mülkiyet hakkından sendikal haklara* kadar oldukça geniş yelpazede hak ve özgürlükleri, kimini ortak anayasal geleneklerle beraber kimini de yalnızca AİHS'yi bir alt/yardımcı kaynak olarak kullanarak, hukukun genel ilkeleri bağlamında *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarmış; Topluluk/Birlik hak ve özgürlükleri olarak kabul etmiştir.[984] Bu süreçte, hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak ortak anayasal geleneklerin

[983] Bu noktada bir antir-parantez açarak, Divan'ın, temel hak ve özgürlüklerin hukukun genel ilkeleri kapsamında tespit edilip uygulanması sürecinde ortak anayasal gelenekler ve AİHS'e bir alt/yardımcı kaynak olarak başvurulması bakımından, Topluluk kurumlarının (Konsey, Komisyon ve Parlamento) 1977 tarihli meşhur Deklarasyonu'na da atıf yapmasını ve önceki kararlarında benimsediği bu yöntemin, Topluluk kurumları tarafından da en üst düzeyde siyasi olarak teyit edildiğini söylemesini de not etmek gerekir. Divan, özellikle ilk yıllarda bu korumayı yeni yeni başlattığı zamanlarda, böyle bir siyasi desteğe ihtiyaç duymuş olabilir. Divan, bu tür (siyasi-hukuki-kurumsal) gelişmeleri Sözleşme'ye atıf yaptığı ilerleyen kararlarında da yer yer vurgulayacaktır (Örneğin bkz.: *Johnston v Chief Constable* kararı, infra dipnot:1265).

[984] Sözleşme'ye atfın yöntemi noktasında ise, bazen, ortak bir anayasal gelenek olarak varlığını tespit ettiği bir hakkın genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukuna* aktarımında destekleyici olarak, söz konusu hakkın/özgürlüğün AİHS'te de korunduğunu belirterek genel atıflar yapmış; bazense, Sözleşme hükümlerinin ayrıntılı analizini yaparak Sözleşme sisteminde korunan bir hak veya özgürlüğü Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak benimsemiştir.

etkisinin giderek azaldığını[985] ve hak ve özgürlüklerin *AB Hukukuna* aktarılmasında, Sözleşme'nin temel referans metin/alt-kaynak haline geldiğini tekrardan hatırlatalım.[986]

Daha da ötesi, Divan, bir aşamadan sonra, AİHS'te güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü genel hukuk ilkesi olarak kabul ederken, bunu ilk zamanlarda yaptığı gibi gerekçelendirme ihtiyacı dahi hissetmemeye başlamış; doğrudan AİHS'te düzenlendiği (ve kimi zaman buna ilaveten Üye Devlet hukuklarında da ortak bir anayasal gelenek olarak bulunduğu) gerekçesiyle, Topluluk hakkı olarak kabul etmeye başlamıştır.[987] Hatta Divan'ın, daha da ileri giderek, bazen bunu dahi yapmadığı; ilk defa *AB Hukuku* bağlamında uyguladığı bir hak veya özgürlüğü, sanki uzun zamandır kendisi tarafından korunuyormuş veya Kurucu Antlaşmalar veya herhangi bir yazılı AB normunda düzenleniyormuş gibi, sırf AİHS'de düzenlendiği için doğrudan kabul etmesine dahi rastlanmaktadır.[988]

---

[985] Hatta o kadar ki, Lawson'un verdiği bilgiye göre; Maastricht Antlaşması'nın taslağı hazırlanırken, dönem başkanı olan Hollanda, Antlaşma'nın ilgili maddesinde (şimdiki ABA m.6/2'nin muadili), bir alt-kaynak olarak ''ortak anayasal geleneklere'' yer verilmemesini dahi önermişti. Rick Lawson, Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg, **The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers**, **Vol: III**, Ed. by: Rick Lawson, w. place, Matthijs de Blois, Martins Nijhoff Publishers, 1994, p.223.

[986] Örneğin daha 1991'deki *ERT kararında*, Divan, ifade özgürlüğünü bir temel hak ve özgürlük olarak *Topluluk Hukukuna* (ilk defa olarak) aktarırken, ortak anayasal geleneklere atıf yapmamış, sadece AİHS'ye (m.10) atıfla yetinmiştir. İfade hürriyeti, tüm ulusal hukuk sistemlerinde korunduğu açık olan bir özgürlük olması itibariyle aslında rahatlıkla ortak bir anayasal gelenek olarak kabul edilebilecek bir genel hukuk ilkesiyken, sadece AİHS'ye atıf yapılması, Divan'ın, bir hak veya özgürlüğü, genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukuna* aktarırken, AİHS'te düzenlenmesini yeterli gördüğünü göstermektedir. Yeri gelmişken belirtelim ki, bu, aynı zamanda, Divan'ın, klasik atfını yaparken, hukukun genel ilkelerinin alt-kaynağı olarak, önce ortak anayasal gelenekleri, sonra uluslararası metinleri zikretmesinin, iki alt-kaynağın çıkışı noktasındaki tarihsel bir sıralamayı çağrıştırmaktan öte bir anlam ifade etmediğini de göstermektedir. **Ibid.** p.220.

[987] Örneğin 1986 tarihli *Johnston v Chief Constable kararında* (C-222/84), *etkili yargısal koruma hakkını*, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan bir temel hak olarak olarak kabul ederken tek söylediği, söz konusu hakkın, AİHS'nin 6 ve 13. maddelerinde düzenlendiğidir (ve aynı zamanda Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde de ortak bir ilke olduğudur).

[988] Örneğin 2004 tarihli *K.B.* kararında (C-117/01), Divan, evlenme hakkını, AİHS m.12'ye atfen *AB Hukukunda* ilk defa bir temel hak olarak tanırken, ortak anayasal geleneklere atıf yapmadığı gibi (ki davanın *Hukuk Sözcüsü*, görüşünde, meseleye ortak anayasal gelenekler bağlamında da bakmış; hatta bazı Üye Devletleri ismen zikrederek mukayeseli bir inceleme dahi yürütmüştür; Opinion, para.27 vd.); en azından *Johnston v Chief Constable kararında* yaptığı gibi, ''söz konusu hakkın AİHS'te tanındığı ve AİHS'nin de ortak anayasal geleneklerin tespitinde başvurulacak bir esin kaynağı olduğu ve dolayısıyla da evlenme hakkının *AB Hukukunda* ortak bir anayasal gelenek olarak kabul edilmesi gerektiği gibi'' bir gerekçelendirme dahi yapmamış; ''söz konusu tasarruf, AİHS m.12'de düzenlenen evlenme (ve aile kurma) hakkına aykırıdır'' demek suretiyle (paras.33-34), sanki o hak, kendisinin yerleşik içtihadıymış veya bir Kurucu Antlaşma hükmünde uzun süredir açıkça tanınıyormuş yahut Sözleşme, AB Hukukunun bağlayıcı bir parçasıymış gibi *AB Hukukuna* aktarmıştır.

Aslında tüm bunları, bir yönüyle normal de karşılamak gerekir. Zira AİHS'nin özellikle 1970'lerden sonra tüm Üye Devletlerin taraf oldukları bir anlaşma olduğu düşünüldüğünde, buradaki düzenlemelerin, bir anlamda, Avrupa Kamu Hukukunda temel hak ve özgürlükler noktasındaki bir uzlaşıyı yansıttığı ve bu yönüyle de, burada düzenlenen hak ve özgürlüklerin, rahatlıkla, ''ortak'' bir anayasal gelenek olarak kabulünün mümkün olduğu söylenebilir. Başka bir yönden ise, bu, ulusal hukukların önemli ölçüde ayrıştığı ve dolayısıyla ortak bir anayasal geleneğin varlığının tespit edilemediği konularda dahi, AİHS'te düzenlendiği takdirde, bir hak veya özgürlüğün, rahatlıkla genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılacağının da göstergesidir.

Yine bitirmeden; AİHS'nin, hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak oynadığı rol bağlamında temas edilmesi gerekli bir nokta da, Divan'ın, Sözleşme hükümlerini yorumlarken AİHM kararlarını da dikkate aldığı ve somut olayda kullanmayı düşündüğü bir Sözleşme hükmünün yorumu noktasında AİHM'nin bir kararı veya yaklaşımının yokluğu halinde, kendisinin o hükmü yorumlamaya hazır olduğu; hem de Sözleşme'ye dair kendi yorumunu, AİHM yorumu doğrultusunda değiştirmeye, yani Sözleşme'yi, AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlamaya hazırlıklı olduğudur.[989] Yani Sözleşme'ye atıf, onun yargı organının yorum ve içtihatlarıyla bir bütün olarak atıf alması demektir.

Bitirirken – AİHS'nin Bir Alt-Kaynak Olarak Kullanılmasının AB (İnsan Hakları) Hukukunun Gelişimine Katkıları

Divan'ın, hukukun genel ilkeleri üzerinden *AB İnsan Hakları Hukukunu* şekillendirdiği süreçte, Sözleşme'nin adeta bir başucu kitabı şeklinde kullanılmasının ve

[989] Mesela yukarıda değindiğimiz *K.B.* kararında, Divan, bir transseksüelin cinsiyet değişikliğini hukuken tanımayarak onu evlenme hakkından mahrum bırakan ilgili (ulusal) düzenlemelerin AİHM tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunduğunu (burada Divan, AİHM'nin 11.7.2002 tarihli *Goodwin v United Kingdom* (No:28957/95, paras.97-104) ve *I. v United Kingdom* (25680/94, paras.77-84) kararlarına atıf yapmıştır); bu bağlamda eldeki dava bakımından *Topluluk Hukukuna* da aykırı olduğunu söylemiştir (paras.34-35). Yine yukarıda yer verdiğimiz *Hoechst* kararında, hatırlanacağı üzere, tüzel kişilerin mülkiyetlerindeki taşınmazlar için konut dokunulmazlığı hakkının bulunmadığını söylerken, AİHS m.8 bağlamında AİHM'nin de böyle bir hakkı tanır içtihadı olmadığını söylemiş (para.18); fakat AİHM'nin, birkaç ay sonra verdiği *Niemietz* kararında (No:13710/88), AİHS m.8'den böyle bir hakkın çıkarılabileceğini söylemesinden sonra, Divan da, 2002 tarihli *Roquette Frères* kararında (C-94/00) – aslında *Hoechst* sonrası süreçte ulusal hukuklarda, yani ortak anayasal geleneklerde bu yönde bir değişiklik olmamasına rağmen – içtihadını değiştirmiş ve ''konut'' kavramını, tüzel kişilerin elindeki işyerlerine de teşmil edecek şekilde yorumlamıştır (para.29). Bu ilişkiye, ileride daha ayrıntılı olarak değineceğiz.

bir süre sonra da ortak anayasal gelenekleri adeta ''işe yaramaz'' kılmasının birtakım getirilerinden de bahsetmek mümkündür. Öncelikle Divan'a katkısı, bir hakkı/ilkeyi, ortak anayasal gelenek olarak tespit etmek için her seferinde mukayeseli bir anayasa/insan hakları hukuku çalışması yapmaktansa, zaten tüm Üye Devletlerin üzerinde uzlaştıkları bir metni kullanmanın kolaylaştırıcılığından ve de yargısal olarak dokunamayacakları bir metne dayanmanın meşruiyet ve otonomi adına sunduğu sayısız ''nimetlerden'' yararlanma imkanı vermesidir.[990] Divan'ın Sözleşme'ye atıf yapması ve özel önem vererek hem Sözleşme hükümlerine hem de onun yorumlayıcısı AİHM'nin kararlarına kendini uydurması, ufak bir özerklik kaybı maliyeti karşılığında, hem kendisinin meşruluğunu hem de Topluluk Hukukunun otoritesini güçlendirmiştir.[991]

Öte yandan, Divan'ın Sözleşme'ye atıfla onun standartlarını *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarması, bu hukukun geliştirilmesinde de önemli bir işlev görmüştür. Bir yandan Avrupa'nın insan hakları (en azından medeni ve siyasi haklar noktasında) ulaştığı düzeyi yansıtan dinamik bir belge olan ve uzmanlaşmış ve etkin bir yargısal organ tarafından da dinamik ve bireyler lehine bir yoruma tabi tutulan Sözleşme'ye atıf yapılması ve atfın da ötesinde Sözleşme sisteminin norm ve içtihat birikiminden

---

[990] Henckaerts, **op.cit**, s.232. Doktrinde Schimmelfennig, bunun iki türlü avantajı olduğundan bahsetmektedir: Ona göre, öncelikle Sözleşme, bütün Üye Devletler tarafından imzalanmış tek metindi, yani ortak değerleri yansıtıyordu. Genel hukuk ilkeleri olarak ortak değerler çıkarmak ise, Divan'ın en çok aradığı şeydi; bu yönüyle Sözleşme, ortak anayasal geleneklere nazaran daha kolay hedefe götüren bir (alt) kaynaktı. İkinci olarak da, Sözleşme, ulusal mahkemelerin yetki alanı dışındaydı. Divan, böylece, hem ulusal anayasa mahkemelerinin/yüksek mahkemelerin yorum yetkisine sahip olmadığı bir metin üzerinden *AB İnsan Hakları Hukukunu* şekillendirebiliyor; hem de genel hukuk ilkelerini, insan hakları standardı noktasında herkesin saygı duyduğu bir metne dayandırarak bir nevi Sözleşme'nin saygınlığından ve meşruiyetinden istifade ediyordu. Örneğin, bazı çetrefilli ve netameli davalarda, Divan, bir hakkı/özgürlüğü veya ona ilişkin spesifik bir koruma düzeyini, AB hakkı/özgürlüğü olarak kabul ederken veya reddederken, Sözleşme'nin bu yönünden oldukça istifade etmiştir. Schimmelfennig, **op.cit**, p.1255. Ayrıca, tüm Üye Devletlerin taraf olduğu bir metin olarak Sözleşme standartlarının hukukun genel ilkeleri çatısı altında *AB Hukukuna* aktarılması, Divan'ın özellikle erken dönemde üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine insan hakları kaygılarıyla direnen ulusal mahkemeler karşısında elini güçlendirmiş; bir anlamda isyanın bertaraf edilmesi ve tarihsel gelişim sürecinde ayrıntılı olarak izah ettiğimiz *Solange-II* sürecine gelinmesinde de etkili olmuştur. Hatta bir görüşe göre; Divan'ın başta AİHS'ye açıkça atıf yapmamasının sebeplerinden birisi de, ''otonomisini'' koruma kaygısı olmuş; ancak ulusal mahkemelerin *Solange-I* sürecindeki direnişini kırmak için Sözleşme'yi açıkça zikretmekten başka yol bulamamıştır. **Ibid.** İlk kararlarda, Sözleşme açıkça zikretmemesinin ardında, otonomiyi koruma kaygısından ziyade, henüz o tarihte tüm Üye Devletlerin Sözleşme'ye tam anlamıyla taraf olmaması bulunsa da; Sözleşme'yi açıkça zikretmeye başladıktan sonra dahi, Sözleşme'yi hiçbir zaman ''bağlayıcı'' bir metin olarak görmemesinin ardında, işte yazarın bahsettiği bu otonomi/özerklik kaygısının olduğu söylenebilir.

[991] **Ibid.** Bu noktada tüm bu yerine ve değerine ve yukarıda da belirttiğimiz gibi Divan'ın ''sonsuz'' saygısına mazhar olmasına rağmen, Sözleşme'nin, Divan tarafından hiçbir zaman ''bağlayıcı'' bir norm olarak görülmediğini; hep bir rehber/ilham kaynağı/referans/alt-kaynak olarak muamele gördüğünü de belirtelim. Bu meseleyi, daha ayrıntılı olarak ileride ele alacağız.

yararlanılması, haliyle *AB İnsan Hakları Hukukunun* gelişimini olumlu yönde etkilemiş; bir yandan da, *Avrupa Kamu Düzeninin* hak ve özgürlükler noktasındaki anayasal bir şartı olarak telakki edilen bu metindeki standartların *AB Hukukunda* da uygulanması, gerek Topluluk/Birlik organlarının gerekse Üye Devletlerin (*AB Hukuku* kapsamındaki) tasarruflarının denetiminde, ulusal anayasal güvenceler yanında ikinci bir standardı ortaya koyarak bu alanın gelişimini sağlamıştır. Bu, aynı zamanda *AT/AB İnsan Hakları Hukukunun* sosyal değişimlere ayak uydurmasını da sağlamıştır.[992]

Bitirmeden değinilmesi gereken bir husus da, Divan'ın, Toplulukta insan hakları alanında siyasi-hukuki-kurumsal bir gelişme yaşandıkça, kararlarında buna yer vermesi eğilimine paralel olarak, Sözleşme noktasında yaşanan gelişmeleri de, an be an kararlarına yansıtmasıdır. Sözleşme'nin *AB Hukukundaki* yeri bağlamında, gerek kurumların meseleye yaklaşımı bazında gerekse Kurucu antlaşmalar noktasında yaşanan (ve bizim de çalışmanın bir önceki bölümünde ayrıntılı olarak yer verdiğimiz) önemli gelişmeler, Divan kararlarına da, Sözleşme'ye olan yaklaşımının desteklendiğini göstermek adına yansımıştır.[993] İlk olarak 1977 tarihli meşhur ''Ortak Deklarasyon''la başlayan bu atıflar, Maastricht ile başlayan Kurucu Antlaşma reformlarında devam etmiş ve Lizbon'a kadar uzanmıştır. Bu anlamda, siyasi-kurumsal planda Sözleşme'ye yapılan atıflar, Divan'ı da bir anlamda cesaretlendirmiş ve AİHS'ye yaptığı atıfların sıklaşmasında ve bu atıflarda AİHM yaklaşımlarının benimsenmesinde önemli rol oynamıştır.

3.1.2.2.2.2. Diğer Uluslararası Belgelere/Sözleşmelere Atıf

Divan'ın, AİHS kadar sık ve yoğun biçimde olmasa da, hukukun genel ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin tespitinde AİHS dışındaki diğer uluslararası sözleşmelere de zaman zaman atıf yaptığını söylemiştik. Hatta bu anlamdaki ilk karar olan 1974 tarihli *Nold*'da, Divan'ın formülasyonu, hatırlanacağı üzere, ''*Üye Devletlerin imzacı (taraf) oldukları veya üzerinde işbirliği yaptıkları temel hakların korunmasına dair uluslararası belgelerin/antlaşmaların da, temel hakların tespitinde yol gösterici ilkeler sağlayabileceği*'' şeklindeydi.[994] Divan'ın buradaki atıfla, zımnen AİHS'yi kastettiği

---

[992] Penelope Kent, **Law of the European Union**, Pearson Longman, w. place, 4th Edt., 2008, p.73.
[993] Bkz.: C-274/99P, *Connoly*, para.38.
[994] ''… *Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have colloborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be*

söylenmiş ve Divan, sonraki yıllarda açıkça ve yoğun olarak AİHS'ye başvurup, Sözleşme'nin bu anlamda ''özel bir öneme sahip olduğunu'' sürekli vurgulamışsa da, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin tespiti ve uygulanmasında, bu formülasyondaki ifadelerin hakkını verir şekilde yer yer diğer uluslararası sözleşmelere/belgelere de atıf yapmış; AİHS dışındaki uluslararası sözleşmeleri/belgeleri de, genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve hürriyetleri bulup ortaya koymada bir alt/yardımcı kaynak olarak kullanmıştır. Aşağıda bu süreçteki özellik arz eden kararlardan bir derleme yapılmıştır.[995] Ancak başlamadan, bir-iki hususu da, açıklığa kavuşturmak gerekir.

Öncelikle, Kurucu Antlaşmalarda Maastricht ile başlayan insan haklarına atıf sürecinde, insan hakları koruması ve bu korumanın kaynaklarına ilişkin hükümde (örneğin Lizbon sonrası ABA m.6/3) ortak anayasal geleneklerle birlikte AİHS'nin zikredilmesine rağmen, diğer uluslararası hukuk normlarının zikredilmemesinin, bunları Divan'ın kullanması noktasında çok da engelleyici bir durum teşkil etmediğini söylemek gerekir. Yukarıda AİHS'nin Protokolleri bahsinde de vurguladığımız gibi, bunlar, zaten bağlayıcı olmaktan ziyade genel hukuk ilkelerinin tespitinde Birlik yargısı tarafından

---

followed within the framework of Community law'' (para.13). Ancak tam bu noktada, doktrinde Lawson'un dikkat çektiği bir hususa değinmekte fayda vardır: Divan'ın *Nold kararında* kullandığı ifade, yukarıda yer verdiğimiz alıntıdan da görüleceği üzere, ''antlaşma/sözleşme'' kavramının karşılığı olarak ''*treaty''* kelimesidir. Kararın Almanca versiyonunda da aynı kavram (*die international Verträge*) kullanılmıştır. Oysa Fransızca karar metninde (ki, Divan'ın iç çalışma dilidir) ise, ''uluslararası metin/belge'' karşılığı olarak ''*les instruments internationaux*'' ve Hollandaca çeviride de, aynı şekilde ''*internationale wilsverklaringen*'' ifadeleri kullanılmıştır. Lawson'a göre; İngilizce ve Almanca metinlerdeki ifade (''sözleşme''), Fransızca ve Hollandaca metinlerdeki ifadeye (''belge'') göre daha sınırlayıcıdır. Zira, sözleşme deyince, örneğin İHEB gibi bağlayıcı olmayan metinler veya AGİT bünyesinde hazırlanan belgeler devre dışı kalmaktadır. Lawson'a göre; burada tercih edilmesi gerekli kavram, daha geniş olan ''belge'' ifadesidir; zira Divan'ın bağlayıcı olmayan ve bir ilham kaynağı olarak başvurduğu bir kaynağın (tabii ki, Üye Devletler taraf veya üzerinde işbirliği yapmışlar ise) dikkate alınmamasının bir mantığı olamaz (Lawson, **op.cit**, pp.221, 222, note:8). Nitekim Divan da, ekseriyet itibariyle teknik anlamda bir ''sözleşme'' aramamış; bundan sonraki bazı kararlarında, ''antlaşma'' kelimesinin karşılığı olarak ''treaty'' ifadesini kullansa da (bkz.: C-5/88, para.17); özellikle 90'lı yılların sonundan itibaren, ''belge'' kelimesinin karşılığı olarak ''instrument'' ifadesini kullanmaya başlamıştır (bkz.: C-249/96, para.44; C-341/05, para.90; C-244/06, para.39). Bu anlamda İHEB gibi metinlere yaptığı atıflara, aşağıda değineceğiz.

[995] Burada yine yukarıda hem ortak anayasal gelenekler hem de AİHS için yaptığımız yönteme dair hatırlatmayı tekrardan yapalım ve özellik arz eden (yani herhangi bir uluslararası metne atıf yapılan tüm sözleşmeleri ele alma gibi bir yol izlemeden) davaları/kararları inceleyeceğimizi belirtelim. Amacımız, Divan'ın hukukun genel ilkeleri bağlamında AİHS dışında uluslararası sözleşmelere/belgelere atıf yaptığı kararları, bu sözleşmelerin ve belgelerin genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmasında oynadığı rolü ortaya çıkarmak maksadıyla incelemek olacaktır. Yine, bu içtihatlar neticesinde genel hukuk ilkeleri olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılan hak ve özgürlüklere, ileride katalog bahsinde ayrıca değineceğiz.

ilham alınan kaynaklar olduğundan, Maastricht ile başlayan süreçte AİHS yanında bunların zikredilmemesi,[996] Divan'ın bunları kullanmasına engel olmamıştır.[997] Örneğin doktrinde Craig ve de Burca, bu durumu, kurucu iradenin diğer uluslararası metinleri dışlamaktan ziyade, *AB Hukukunun* bünyesine daha çok uyan ve Divan'ın da bariz biçimde Sözleşme'yi daha yoğun biçimde kullandığı içtihatlarına atfı yapma amacını gösterdiği şeklinde yorumlamışlardır.[998]

İlk Spesifik Atıf: Defrenne v Sabena Kararı

Adalet Divanı, hatırlanacağı üzere, bir referans norm olarak uluslararası hukuk kurallarına atıf yaptığı 1974'teki *Nold kararından* sonra, ilk defa 1975 yılında (*Rutili kararında*) AİHS'yi zikretmiş; 1979'da *Hauer*'de de, AİHS'ye atfen bir hakkı genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktarmıştı. Divan'ın, hukukun genel ilkeleri kapsamında, ilk defa AİHS dışında bir uluslararası sözleşmeye/belgeye esin kaynağı olarak atıf yapması ise, 1978 tarihli *Defrenne v Sabena kararı*[999] ile olmuştur. [1000] Topluluk Hukukunda kadın ve erkek arasındaki istihdam ve çalışma koşulları bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına (yani eşit muamele hakkına) yönelik bir genel hukuk

---

[996] Üstelik, AİHS dışındaki birtakım sözleşme ve metinler, temel hüküm olan m.6 ve seleflerinde olmasa da, Kurucu Antlaşmaların farklı hükümlerinde birçok kez atıf almıştır. Örneğin, ABİA m.78/1, mültecilerle ilgili olarak Cenevre Sözleşmesi'ne; yine aynı Antlaşma'nın 151/1 hükmü de, sosyal politika ile ilgili olarak Avrupa Sosyal Şartı ile Topluluk Sosyal Şartı'na atıflar yapmaktadır.

[997] Tabii özellikle m.6/3 ve seleflerindeki atfın, AİHS'yi *AB Hukuku* için bağlayıcı kıldığı şeklindeki görüşleri dikkate alırsak (ki bunu aşağıda tartışacağız), diğer uluslararası sözleşmelere/belgelere atıf yapılmamasının elbette ki, hukuken bir sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, AİHS, hukukun genel ilkelerinin tespitinde bağlayıcı bir metin olurken; AİHS dışındakiler, sadece bir ilham kaynağı metinler olarak kalmaktadır. Bkz.: Gaja, **The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty** pp.555, 556. Öte yandan, Üye Devletlerin, *AB Hukuku* kapsamındaki faaliyetleri de dahil olmak üzere eylem ve tasarruflarında, taraf oldukları uluslararası sözleşmelerle uluslararası hukuk uyarınca bağlı olduklarını da herhalde hatırlatmaya gerek yoktur.

[998] Craig, de Burca, **op.cit**, p.336. Üstelik bu noktada Divan'ın, diğer uluslararası sözleşmelere başvurmada, AİHS'e göre biraz daha rahat davrandığını bile söyleyebiliriz. Hatırlanacağı üzere, Divan, ilk atfı yaptığı *Nold*'da, aslında AİHS'yi kastetmiş olmasına rağmen, Fransa henüz onay prosedürünü tamamlamadığı için, Sözleşme'yi açıkça zikretmekten kaçınmıştı. Divan, aynı tedirginliği, AİHS dışındaki uluslararası sözleşmeler için duymamış; aşağıda *Defrenne* ve *Orkem* kararlarından görüleceği üzere, tüm Üye Devletlerin taraf olmadığı (AİHS dışındaki) uluslararası sözleşmelere açıkça isim vererek atıf yapmaktan kaçınmamıştır.

[999] C-149/77, *Defrenne v Sabena*, 15.6.1978, ECR 1978/1365.

[1000] Doktrinde Craig ve De Búrca, aslında 3 yıl önceki bir davada (C-6/75, *Horst v Bundesknappschaft*, 26.6.1975, ECR 1975/823) *Hukuk Sözcüsü* Reischl'in, *Göçmenlerin Emeklilik Haklarına Dair 1935 Tarih ve 48 Numaralı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nin* 22/2. maddesine atıf yaparak sosyal güvenliğin uluslararası boyutta tanınan bir ilke olduğunu ileri sürdüğü bilgisini vermektedir. Craig, De Búrca, **op.cit**, p.368, note:31. Ancak burada ''sosyal güvenlik'' kavramı, temel haktan ziyade bir ilke olarak atıf almıştır.

ilkesinin bulunduğu iddiası bağlamında Divan, temel hakların *Topluluk Hukukunun* genel ilkelerinden biri olduğunu (para.26) ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın da hiç şüphesiz bu temel hakların bir parçası olduğunu söylemiş (para.27); tam bu noktada da, 1961 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı'na* ve *Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1958 tarihli 11 numaralı Sözleşmesi'ne*[1001] atıf yaparak, benzer kavramların istihdam ve meslek bakımından ayrımcılıkla ilgili bu belgelerde de tanındığını ifade etmiştir (para.28).

Görüldüğü gibi, Divan, cinsiyet temelinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının bir genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukunda* korunan bir temel hak olduğunu söylemiş; bunu yaparken de – destekleyici mahiyette de olsa – iki uluslararası sözleşmeye açıkça atıf yapmıştır.[1002] Karar, genel hukuk ilkesi olarak bir hak veya özgürlüğün *AB Hukukuna* aktarılması sürecinde, ilk defa AİHS dışında bir uluslararası hukuk belgesine atıf yapılmış olması yönüyle önemlidir.[1003]

Avrupa Sosyal Şartı, Topluluk Sosyal Şartı ve ILO Sözleşmelerine Atıflar

Divan, daha sonraki birçok kararında da, sosyal ve ekonomik haklar bağlamında, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) bünyesinde hazırlanan sözleşmelere ve özellikle de *Avrupa Sosyal Şartı* ile *Topluluk Sosyal Şartı*'na[1004] atıflar yapmıştır. Divan, örneğin 1988 tarihli *Blaizot*[1005] ve 2008 tarihli *Impact*[1006] kararlarında, *Avrupa Sosyal Şartı*'na (10.

[1001] *Convention No 111 of the International Labour Organization of 25 June 1958.*

[1002] Ancak atıfların ayrıntılı ve özel olarak bir hükme istinaden olmadığını belirtmek gerekir. Mesela, Divan (başka hak ve özgürlükleri, AİHS'ye atfen *Topluluk Hukukuna* aktarırken yaptığı gibi) söz konusu hakkı, bu iki Sözleşme'de düzenlendiği gerekçesiyle değil; doğrudan herhangi bir yere atıf yapmaksızın genel hukuk ilkesi olarak kabul etmiş, ardından da destekleyici mahiyette bu iki *Sözleşme'ye* atıf yapmıştır.

[1003] Kararda AİHS'ye atıf yoktur. Bu kapsamda bir hak, AİHS'te düzenlenmediği için böyle bir atfın olmaması normaldir; fakat Divan, ilginçtir ki, ortak anayasal geleneklere de başvurmamıştır. Aslında Divan, dediğimiz gibi, herhangi spesifik bir yere başvurmadan söz konusu hakkı, Topluluk hakkı olarak tanımış; bu kararını destekleme kabilinden de, bu iki uluslararası belgeye atıf yapmıştır. Ayrıca, karar tarihinde Topluluğun dokuz üyesinden (Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, İngiltere, İrlanda, Danimarka) üçünün (Hollanda, Belçika ve Lüksemburg), henüz Şart'ı (imzalamış fakat) onaylamamış olmasına rağmen, Divan'ın, Şart'a atıf yapmış olmasını (*Nold'da* AİHS bakımından bundan kaçındığını hatırladığımızda) zikretmek gerekir.

[1004] Yukarıda siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeleri incelerken, Topluluğun da kendi bünyesinde işçilerin sosyal haklarına dair (bağlayıcı olmayan, deklarasyon niteliğinde) bir metin kabul ettiğini söylemiştik. Divan, bu belgeye de, hukukun genel ilkeleri kapsamında temel hakların ortaya konması ve uygulanmasında zaman zaman atıf yapmıştır. Aslında bu, Topluluk-içi bir belge olması yönüyle diğerleri gibi bir uluslararası sözleşme/belge değildir; ancak doktrinde, genelde hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak ''diğer uluslararası belgeler'' kapsamında ele alınmaktadır.

[1005] C-24/86, *Blaizot v Université de Liège and Others,* 2.2.1988, ECR 1988/379.

[1006] C-268/06, *Impact,* 15.4.2008, ECR 2008/I-2483.

maddesine); 2007 yılında birer hafta arayla verdiği iki kararında,[1007] grev hakkının tanınması bağlamında *Avrupa Sosyal Şartı*, *Topluluk Sosyal Şartı* ve *ILO'nun 87 Numaralı Sözleşmesi*'ne; yine *Impact* ve 2009 tarihli *Meerts*[1008] kararlarında, *Topluluk Sosyal Şartı*'na atıflar yapmıştır.

Çocuk Haklarının Korunması Bağlamında Çocuk Hakları Sözleşmesi ile MSHS'ye Atıflar

Divan, hukukun genel ilkeleri bağlamında çocuk haklarının korunmasının söz konusu olduğu bir dizi davada, *BM MSHS (ICCPR)* ve özellikle de *Çocuk Hakları Sözleşmesi*'ne atıflar yapmıştır. Örneğin Divan, *Parliament v Council* kararında,[1009] çocuğun aile birleşimi (temel) hakları kapsamında bir ülkeye giriş ve orada ikamet etme hakkına ilişkin olarak (AİHS'ye atıf yapmanın yanısıra),[1010] *''MSHS'nin, hukukun genel ilkelerini uygularken dikkate aldığı insan haklarının korunmasına dair uluslararası belgelerden biri olduğunu''* söylemiş (para.37); ayrıca *BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'*ni de, yine Birliğin tüm Üye Devletleri için bağlayıcı (yani hepsinin taraf olduğu) bir sözleşme olarak nitelemiştir (para.37).[1011] Özellikle *Çocuk Hakları Sözleşmesi* bakımından Divan'ın, Sözleşme'nin gerek ''Giriş'' kısmı, gerek özel hükümleri üzerinden spesifik atıflar yapmış olduğunu söylemek gerekir (bkz.: para.57).[1012] Bir Üye Devletten

---

[1007] *The International Transport Workers's Federation and The Finnish Seamen's Union* ve *Laval un Partneri kararları;* bkz.: infra s.560.
[1008] C-116/08, *Meerts,* 22.10.2009, ECR 2009/I-10063.
[1009] C-540/03, *Parliament v Council*, 27.6.2006, ECR 2006/I-5679.
[1010] Ki, Divan'ın bu davayı esas olarak AİHS temelinde yürüttüğüne, yukarıda AİHS'in bir alt-kaynak olarak incelendiği yerde değinmiştik.
[1011] Aslında davayı açan Parlamento, dava dilekçesinde, *AİHS, THŞ, ICCPR* ve *Çocuk Hakları Sözleşmesi* dışında, gerek BM gerek Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış olan birçok uluslararası metne daha atıf yapmıştı (atıf yapılan sözleşmeler için bkz.: para.33). Ancak Divan, bunların, zaten halihazırda atıf yapılan bu dört Sözleşmeden daha öte bir koruma getirmediğini belirterek (para.40), meseleyi bunlar üzerinden de ayrıca incelememiştir (sadece Avrupa Sosyal Şartı'na, ismen değindiğini söyleyebiliriz). Divan, ayrıca, somut olaydaki uyuşmazlık konusu AB yönergesinin 3/4. maddesinde, bu yönergenin, 1961 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı*'na, 1987 tarihli *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*'na, 1977 tarihli *Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Sözleşmesi*'ne ve de Topluluk ile üçüncü ülkeler arasında imzalanmış ikili ve çok taraflı anlaşmalara halel getirmeyeceğinin açıkça belirtilmiş olmasına da gönderme yapmıştır (para.107). Bu noktada, Konsey'in, bu antlaşmaların hiçbirinin AB'nin taraf olmaması sebebiyle AB için uluslararası kamu hukuku bağlamında bağlayıcı olmadığını ileri sürmesi ilginç ve isabetsiz olmuştur. Şöyle ki, zaten burada hareket noktası, bunların AB için uluslararası hukuk noktasında hukuken bağlayıcı olmasından ziyade, hukukun genel ilkeleri olarak Topluluk/Birlik haklarının uygulanmasında bir esin kaynağı, bir rehber/yol gösterici olarak dikkate alınması gerekliliğidir.
[1012] Divan, söz konusu hak ihlalleri bakımından, bunların bir genel hukuk ilkesi olarak uygulanması noktasında asıl değerlendirmeyi, AİHS üzerinden yapmış olmakla birlikte, biraz da davacının (Parlamento) iddialarına cevap vermek amacıyla (Parlamento atıf yapmasa, muhtemelen Divan, bu kadar çok sözleşmeyi kararında zikretmeyecek, *AİHS*, *THŞ* ve belki bir de

bir başka Üye Devlete ihraç edilecek bir çizgi film DVD'sine yaş sınırı konmasının malların serbest dolaşımına aykırı olup olmadığının incelendiği ve bu bağlamda bu serbestinin sınırlanma sebebi olarak çocuk haklarının korunması iddiasının söz konusu olduğu *Dynamic Medien kararı*[1013] da, Divan'ın, hukukun genel ilkelerinin referans normları olarak *MSHS* ve *Çocuk Hakları Sözleşmesi*'ne atıf yaptığı bir başka kararı olmuştur (bkz.: para.39). Kararda, özellikle Çocuk Hakları Sözleşmesi bakımından, maddeler bazında (örneğin m.17'ye) yapılan spesifik atıfları (para.40) zikretmek gerekir.

MSHS'ye Diğer Atıflar

Divan, çocuk haklarının korunması dışında kişisel özgürlüklerle ilgili birçok davada da, (AİHS ile birlikte) MSHS'ye (genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin tespiti ve uygulanmasında) atıflar yapmıştır. Örneğin yukarıda kısaca değinilen 1989 tarihli *Orkem kararında*, hem, kimsenin kendisi aleyhine delili göstermeye zorlanamayacağı ilkesinin bir genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna aktarılmasında* AİHS ile birlikte MSHS'ye de (14. maddesine) atıf yapmış (para.18); hem de bu hakkın/ilkenin cezai süreçlere ilişkin olup rekabet soruşturmalarını kapsamayacağı şeklinde yorum getirirken, aynı Sözleşme'nin spesifik bir hükmünden (m.14/3, g) hareket etmiştir (para.31).[1014] Benzer şekilde 1999 tarihli *Acme kararında*[1015] da, İlk Derece Mahkemesi, daha sonradan kabul edilen lehe yaptırım hükümlerinin kendisine uygulanmasının *AB (İnsan Hakları) Hukukundan* kaynaklanan bir hakkı olduğunu iddia eden davacının iddiası bağlamında, MSHS m.15'e atıf yaparak, lehe cezai hükmün uygulanması ilkesinin, cezai soruşturmalara ilişkin olduğunu ve haksız rekabet soruşturmalarını kapsamadığını söylemiştir. Keza bir sınırdışı kararına karşı mahkemeye (yargısal) başvuru hakkının ileri sürüldüğü 1990 tarihli *Dzodzi kararında*[1016] da, Divan, (AİHS m.6 ile birlikte) MSHS''nin 14. maddesine; yine yukarıda AİHS bağlamında yer

---

Çocuk Hakları Sözleşmesi ile yetinecekti), başta *MSHS* ve *Çocuk Hakları Sözleşmesi* olmak üzere birçok uluslararası belgeye, hukukun genel ilkelerinin tespiti ve uygulanmasında alt-kaynak olarak atıf yapmıştır.

[1013] C-244/06, *Dynamic Medien*, 14.2.2008, ECR 2008/I-505; paras.39-40.

[1014] İlginçtir ki, Divan, o tarihte henüz Yunanistan bu Sözleşme'yi onaylamamış olmasına rağmen atıf yapmaktan çekinmemiştir. Benzer bir durum, hatırlanacağı üzere, *Defrenne v Sabena*'da, Avrupa Sosyal Şartı bakımından da söz konusu olmuştu.

[1015] T-48/96, *Acme v Council*, 12.10.1999, ECR 1999/II-3089.

[1016] C-297/88 & C-197/89 (Joined Cases), *Dzodzi v Belgian State*, 18.10.1990, ECR 1990/I-3763.

verdiğimiz *Grant kararında* da, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa uğramama hakkı bağlamında MSHS'ye atıf yapmıştır (para.44).[1017]

Bu bağlamda, özellikle 1991 tarihinde karara bağlanan *Konstandinidis davasında*[1018] *Hukuk Sözcüsü*'nün dava kapsamında sunduğu görüşünde,[1019] MSHS''ye yaptığı atfa da, yer vermek gerekir. Almanya'da hizmet sunan bir Yunan vatandaşının, Almanya'da evlenirken isminin kendi alfabesindeki gibi yazılması talebinin reddedilmesi bağlamında cereyan eden davada, *Hukuk Sözcüsü* Jacobs, AİHS'nin isim ve kişisel kimlik hakkının korunmasını açıkça güvence altına alan bir hüküm içermemesi karşısında[1020] (para.35), bir ortak anayasal geleneğin varlığının tespiti noktasında ulusal anayasalara ve aynı zamanda MSHS'ye atıf yapmış ve bu Sözleşme'nin m.24/2 hükmünden somut olayda davacı için isminin yazımı noktasında yapılan haksız müdahalelere itiraz hakkının çıkarılabileceğini söylemiştir.[1021]

İnsan Haklar Evrensel Beyannamesi'ne Atıflar

Uluslararası hukukun hukuken bağlayıcı olmayan bir kaynağı olarak *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi* (İHEB) de, başta Divan olmak üzere diğer AB yargı organlarının (İlk Derece Mahkemesi ve Kamu Hizmeti Mahkemesi) içtihatları ve *Hukuk Sözcülerinin* görüşlerinde hukukun genel ilkeleri olarak temel hakların ortaya konması ve yorumlanması noktasında zaman zaman atıf alan bir diğer uluslararası hukuk metni olmuştur.[1022] Örneğin (o zamanki adıyla) Kamu Hizmeti Mahkemesi, 2007 tarihli

---

[1017] Ancak Divan, bu noktada MSHS'nin yorum organı olan BM İnsan Hakları Komitesi'nin ''sex'' kavramının içine cinsel eğilimin de girdiği yönündeki görüşünü kabul etmemiştir. Bu noktaya ileride başka bir vesileyle değinilecektir.

[1018] C-168/91, *Konstandinidis*, 30.3.1993, ECR 1993/I-1214.

[1019] C-168/91, *Konstandinidi*s, Opnion of Mr. Jacobs of 9.12.1992.

[1020] Gerçi AB Komisyonu, hem Alman Anayasası'nın 2. maddesine hem de AİHS'nin 5. (özgürlük ve güvenlik) ve 8. (özel hayatın korunması) maddelerine atıf yaparak, söz konusu ulusal tasarrufun hukuka aykırılığının bu hükümlere de dayandırılabileceğini söylemiştir.

[1021] Ancak Divan, hiç temel hak ve özgürlük tartışmasına girmeden, meseleyi serbest dolaşım hükümleri üzerinden incelemiş ve ulusal tasarruf sonucu doğan telaffuzdaki değişikliğinin, davacının hizmet serbestisi vb. haklarına aykırı olduğuna karar vermiştir.

[1022] Allan Rosas, ''The European Union: In Search of Legitimacy'', **60 Years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe**, Ed. by Vinodh Jaichand, Markku Suksi, Intersentia, 2009, p.420. Yazara göre, bu atıflar, özellikle Divan bakımından bakıldığında, daha ziyade, davanın taraflarının iddialarında yer aldığı için o bağlamda yer verilen ve özel olarak bir İHEB hükmünün anlam ve kapsamını değerlendirir nitelikte olmayan atıflar olsa da (**Ibid.**), özellikle aşağıda ele alınacak birkaç kararda İlk Derece Mahkemesi, uluslararası hukukun emredici kurallarını da devreye sokarak Beyanname'ye ''etkili'' atıflar yapmıştır.

Chassagne kararında[1023] bir Topluluk çalışanının kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kimseler bakımından kendi ülkesi ile çalıştığı yer arasındaki yıllık seyahat masraflarının hesaplanma tarzına yönelik iddiaları bakımından, söz konusu hakkın sadece Topluluk yasamasının bir takdiri olarak çalışanlara verildiğini ve herhangi bir üst Topluluk normu veya uluslararası hukuk kuralının emri olmadığını söylerken, İHEB'nin ''herkesin kendi ülkesinde kamu hizmetlerinden eşit biçimde yararlanma hakkını'' öngören m.21/2 hükmüne atıf yapmış ve (*AB Hukukundaki* bağlayıcı etkisi bir yana) bu hükümden, davacının iddia ettiği gibi bir hak çıkarılamayacağını söylemiştir (para.53).[1024]

2010 tarihli *Rottmann kararında* da,[1025] Divan, İHEB'ye (ve onunla birlikte vatandaşlık hakkıyla ilgili biri BM biri de Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan iki sözleşmeye) atıf yapmıştır. Davacının bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlı olarak vatandaşlığa alınma kararının iptalinin, AB vatandaşlığını düzenleyen ve tüm Üye Devlet vatandaşlarının AB vatandaşı olduğunu söyleyen (o zamanki) AT Antlaşması'nın 17. maddesine aykırı olup olmadığının incelendiği davada, Divan, BM bünyesinde imzalanan 1961 tarihli *Devletsizliğin Azaltılmasına Dair Sözleşme'nin*[1026] m.8/2 hükmü (paras.34, 52) ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 6.11.1997 tarihli *Vatandaşlığa Dair Avrupa Sözleşmesi'nin*[1027] m.4/c hükmü bağlamında (paras.34, 52) vatandaşlık hakkını incelemiş; ayrıca İHEB m. 15/2'deki *''kimsenin vatandaşlık hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılamayacağı''* hükmüne de atıf yapmıştır.[1028] Bitirmeden belirtmek gerekir ki, Divan ve diğer AB mahkemelerinin yanında (ve hatta onlardan daha sık olarak) *Hukuk Sözcüleri* de, Beyanname'ye yoğun atıflar

---

[1023] F-43/05, *Chassagne v Commission*, 23.1.2007, ECR 2007 FP-I-A-1-27; FP-II-A-1-139.

[1024] Doktrinde Rosas, AİHS'te benzer bir hak bulunmadığı için Mahkeme'nin yalnızca İHEB'ye atıf yaptığını söylemektedir. Ancak yine yazar, MSHS'de (m.25), benzer bir hükmün bulunduğunu söyleyerek buna da atıf yapılabileceğini ima etmektedir. **Ibid.** p.421.

[1025] C-135/08, *Rottmann*, 2.3.2010, ECR 2010/I-1449.

[1026] *Convention on the Reduction of Statelessness*, 30.8.1961.

[1027] *European Convention on Nationality*, 6.11.1997, CETS No: 166.

[1028] Vatandaşlık hakkının kararda nasıl yorumlandığı ve neticesinde *AB İnsan Hakları Hukuku* açısından ne gibi bir sonuç çıkarılabileceği, ileride katalog bahsinde ele alınacaktır; ancak burada bizi ilgilendiren yönüyle, İHEB'ye ve diğer iki Sözleşme'ye atıf yapılmış olması, elbette ki, uluslararası hukuk kurallarının hukukun genel ilkelerinin yorumunda bir alt-kaynak/esin kaynağı olarak uygulanması noktasında hiç şüphesiz önemlidir.

yapmışlardır.[1029] Divan nezdinde pek makes bulmayan bu atıflara baktığımızda, İHEB'nin örneğin m.11/2, 27, 7, 25/1, 24, 20/2, 22 hükümlerine atıflar yapıldığını görmekteyiz.[1030]

Uluslararası Hukukun Emredici Kuralları ve Bu Bağlamda İHEB'ye Atıf

AB yargı organları, yukarıdaki durumlar haricinde Beyanname'ye, *jus cogens* olarak da bilinen **uluslararası hukukun emredici kuralları** bağlamında da atıf yapmıştır. Bu anlamda, genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin ortaya konmasında, uluslararası hukukun diğer bileşenleri bağlamında atıf yapılan bir diğer kaynak da, *jus cogens* olarak bilinen **uluslararası hukukun emredici kuralları** olmuştur. Özellikle (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi, BM Güvenlik Konseyi kararları kapsamında alınan terörle mücadele önlemlerinin bir neticesi olarak belli gerçek ve tüzel kişilere uygulanan malvarlıklarının dondurulmasına yönelik Birlik tasarruflarının iptali için açılan davalarda, bu işlemlerin *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* uygun olup olmadığını denetlerken, uluslararası hukukun emredici kurallarını devreye sokmuş ve bunlara aykırı

[1029] Yine Rosas'a göre; bu atıflar da, kimi zaman sadece taraflardan birinin iddialarında dile getirmesi sebebiyle ona yer vermek için, kimi zaman da diğer bir sözleşme veya belge (AİHS veya THŞ gibi) üzerinden varılan bir sonucu desteklemek için, Beyanname'de düzenlenen bir hakkı (kimi zaman bir dipnot olarak kimi zaman da mütalaanın asıl metninde) zikretmek şeklinde yapılan atıflardır. **Ibid.** Atfı yapılan kararların ayrıntılı listesi için bkz.: **Ibid.** notes:30-31.

[1030] Bu atıflarda, *Hukuk Sözcülerinin* İHEB'in *AB (İnsan Hakları) Hukukundaki* yerine dair herhangi bir tespitine rastlamamaktayız. Keza, bu atıflarda, Beyanname'nin, AİHS ve ortak anayasal geleneklerin oynadığı rolü oynayıp, bir hakkın tek başına tanınması ve *AB Hukukuna* aktarılmasında kullanılmasına da rastlayamayız. Ancak diğer uluslararası hukukta bağlayıcı olan belgelerle birlikte atıf yapılmasına bağlı olarak, zaten en azından *Hukuk Sözcülerinin* görüşlerinde, bunun da diğerleri gibi genel hukuk ilkeleri olarak temel hakların ortaya konmasında bir alt/yardımcı kaynak olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Örneğin, *Hukuk Sözcüsü* van Gerven, 1992 tarihli bir görüşünde (C-206/91, *Opinion of Advocate General van Gerven* delivered on 22 October 1992, ECR 1992/I-6685), İHEB'nin uluslararası bir ilkeler deklarasyonu olduğunu ve Divan'ın da, *Nold kararından* beri bu tür deklarasyonları *Topluluk Hukukunun* genel ilkelerinin içeriğinin belirlenmesinde eş-belirleyici olarak gördüğünü söyleyerek (para.12), İHEB'in rolünü, salt atıf yaparak zımnen ima etmenin ötesinde, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin tespiti ve yorumlanmasında bir alt-kaynak olarak açık bir şekilde ortaya koymuştur. Ancak şunu da belirtelim ki, Divan, bu görüşlerin ilişkin olduğu davalarda verdiği kararlarında, Beyanname'yi neredeyse hiç zikretmemiş ve söz konusu haklara yaptığı atıflarda bile başka kaynakları referans olarak kullanmıştır. Doktrinde Rosas, İHEB'ye nispeten az atıf yapılmasını, biraz da *Nold kararının* İngilizce çevirisindeki yukarıda değindiğimiz hataya bağlamaktadr. Yazara göre, Divan'ın *Nold* kararında atıf yaptığı uluslararası hukuk kaynağının İngilizce çeviride antlaşma (*international treaties*), Fransızca çeviride ise belge (*instruments internationaux*) olarak yer alması, ister istemez teknik anlamda antlaşmalara ve o bağlamda da bağlayıcı hukuk metinlerine yoğunlaşılmasına yol açmıştır. Ancak bir süre sonra Divan da, kararlarında Fransızca tercümeye uygun şekilde uluslararası belgelere atıf yapmaya başlamıştır. Nitekim Yazar, bu geniş yorumun hem Fransız metne, hem de hukukun genel ilkelerindeki yardımcı kaynak çıkarma noktasında, uluslararası antaşmalar ile diğer uluslararası belgeler arasında keskin bir ayrımı terk etme eğilimlerine uygun olduğunu söylemektedir. Rosas, **op.cit,** p.424.

tasarrufların iptal edileceğini belirtmiştir.[1031] Dolayısıyla bu anlamda *jus cogens*, yani uluslararası hukukun emredici kuralları da, genel hukuk ilkeleri olarak temel hakların varlık ve kapsamının ortaya konmasında başvurulan bir referans kaynak olmuştur. Bu noktada, İlk Derece Mahkemesi, herhangi bir yerde listelenmiş olarak bulunmayan bu *jus cogens* kurallarının kapsamını tespitte, İHEB'den yararlanmış; ve böylece İHEB, bu açıdan da, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak devreye girmiştir.

Bu anlamda İlk Derece Mahkemesi'nin aynı gün verdiği 2005 tarihli *Yusuf and Al Barakaat* ile *Kadi* kararları[1032] önemlidir. Mahkeme, bu kararlarında, önce yukarıda da yer verdiğimiz gibi, AB'nin uluslararası hukukun emredici kurallarıyla bağlı olduğunu ortaya koyduktan sonra, mülkiyet hakkı bağlamında İHEB'nin 17. maddesine[1033] atıf yapmıştır (sırasıyla para.292 ve para.241). Kararların ayrıntıları ileride görülecektir; ancak burada bizi ilgilendiren kısmı itibariyle değinmek gerekirse, bu, bir yönüyle mülkiyet hakkının İHEB'ye ve *''jus cogens''e* atfen bir genel hukuk ilkesi olarak uygulanması anlamına gelmekle birlikte; Mahkeme, asıl, somut davalardaki mülkiyet hakkı kısıtlamalarını meşrulaştırmak amacıyla bu hükme atıf yapmıştır.[1034] Keza bu

---

[1031] Kararlar, bu yönüyle yine Üye Devletlerin ve bu anlamda AB'nin *uluslararası hukuktan* kaynaklanan yükümlülüklerinin *AB Hukukuyla* çatışması meselesine dokunmaktadır ve bu yönü itibariyle de ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

[1032] T-306/01, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, 21.9.2005, ECR 2005/II-3533; T-315/01, *Kadi v Council and Commission*, 21.9.2005, ECR 2005/II-3649.

[1033] ''*Herkes, tek başına veya başkalarıyla birlikte mülkiyet hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden alıkonulamaz*.''

[1034] Nitekim Mahkeme, hemen devamında da, BM Şartı'na, özellikle ''Giriş'' kısmına, buradaki uluslararası terörizmle mücadele, uluslararası barışın ve güvenliğin sağlanması ve bu anlamda BM Güvenlik Konseyi'nin rolü gibi hususlara atıf yaparak, somut olaydaki sınırlamaların keyfi bir sınırlama olmadığını; yani davacıların söz konusu haklarından keyfi biçimde mahrum bırakılmadığını söylemiştir. Doktrinde Rosas, evrensel planda bu ölçeğin bağlayıcı metinleri olan İkiz Sözleşmeler'de söz konusu hakkın düzenlenmediğini ve evrensel ölçekte bu hakkı ortaya koyan tek metnin de İHEB olduğunu söylemekte ve Mahkeme'nin, kararında, neden Beyanname'ye atıf yaptığını bu şekilde yorumlamaktadır. Bu davalara ileride eleştirel yönden değinilecektir. Ancak burada şunu söylemek gerekir ki; Mahkeme'nin, *Topluluk Hukukunda* genel hukuk ilkesi olarak içtihadi temelde belki de ilk tanınan hak olan ve *Nold* kararından bu yana 30 yıldan fazla bir süredir birçok kez bir Topluluk hakkı olarak uygulanan mülkiyet hakkının bir hak olarak tespitinde, bu 30 yıllık içtihat birikimi ve AİHS dururken, o ana kadar mülkiyet hakkı bağlamında hiç yapılmayan bir şekilde İHEB'ye atıf yapmasının, mülkiyet hakkının korunmasından ziyade, somut olaydaki sınırlamanın meşruluğunu ortaya koyacak bir dayanak bulma ihtiyacından kaynaklandığını söylemek gerekir. Zira Mahkeme'nin, mülkiyet hakkını, bu *jus cogens*'in bir parçası sayarak ve hemen ardından da aynı maddenin 2. fıkrasından hareketle bir güvence olarak getirilmiş bulunan keyfi sınırlama yasağından hareket edip, mülkiyet hakkının sınırlanması için ulusal anayasalar, AİHS ve de içtihatta öngörülmüş diğer sınırlamalara bakmadan, yalnızca ''keyfi sınırlama'' kavramı üzerinden gitmesi, ve daha da ileri giderek, bu keyfi sınırlama sınırını da ''garip'' bir biçimde yorumlayarak terörle mücadele bağlamında alınan

kararlarda İHEB'ye atfen yer verilen/tanınan bir diğer hak da, *mahkemeye erişim (dava açma) hakkı* olmuştur. Divan, davacıların BM Güvenlik Konseyi kararlarının denetimini yapacak bir uluslararası mahkemenin yokluğunda, onun kararlarını sorgulamadan uygulayan AB'nin o temelde aldığı yaptırım kararlarının et*kili yargısal koruma (effective judicial protection)* hakkını ihlal ettiği iddialarını değerlendirirken; söz konusu hakkın hem İHEB'nin 8. hem de MSHS'nin 14. maddelerinde tanındığını söylemiştir (sırasıyla para.342 ve para.287).[1035] Divan'ın ise, temyiz aşamasında, İHEB'ye bu yönüyle hiç değinmediğini ve meseleyi başka açılardan çözmeye çalıştığını söyleyelim.[1036]

Diğer Atıflar

Doktrinde, Divan'ın genel hukuk ilkeleri kapsamında temel hakları koruma bağlamında atıf yaptığı AİHS dışındaki uluslararası sözleşmeler arasında, Cenevre Sözleşmesi olarak da bilinen 1951 tarihli BM Mülteciler Sözleşmesi,[1037] Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi,[1038] Uluslararası Ceza Divanı'nın (Roma)

önlemleri, keyfiliği otomatik olarak kaldırır bir haklı sebep olarak görmesi, gerçekten ilginç olmuştur.

[1035] Ancak Mahkeme, yine devamında, davacıların bu iddiasını da, söz konusu hakkın, gerek *jus cogens* kuralları, gerek AİHM içtihatları ile MSHS uyarınca mutlak olmadığını söyleyerek reddetmiş; somut olayda bu yönden bir hak ihlali bulunmadığına karar vermiştir.

[1036] Divan, temyiz incelemesinde, bu ''alt-kaynaklara'', sadece tarafların iddialarına ve İlk Derece Mahkemesi'nin tespitlerine yer vermek sadedinde değinmiş; meseleyi, bu ''alt-kaynaklar'' üzerinden çözmemiştir. Divan'ın yine başvurduğu referans normlar, AİHS ve o an için henüz bağlayıcı olmayan Temel Haklar Şartı olmuştur. Divan'ın bu davadaki *AB İnsan Hakları Hukuku* bakımından çok önemli olan tespitlerine ileride yer verilecektir.

[1037] *The Convention relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations Treaty Series, Vol.189, p.150, No.2545 (1954). Aslındaki buradaki atıf, hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak değil; Temel Haklar Şartı'nın yorumlanması bağlamında bizzat ilgili Şart hükmünün yollaması sonucu yapılan atıftır. Üçüncü ülke vatandaşlarının ve devletsiz kişilerin mülteci veya sığınmacı statüsünde nitelendirilmelerine ilişkin asgari standartları düzenleyen Konsey Yönergesi'nin bazı maddelerinin yorumlanmasına ilişkin bir *ön-karar* başvurusu neticesinde verilen *Salahadin Abdulla and Others* kararında (C-175, 176, 178 and 179/08, Joined Cases), Divan, Cenevre Sözleşmesi üzerinden söz konusu aykırılık iddialarını incelemiştir. Dava, daha önceden açılsa da, karar, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği, dolayısıyla Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazandığı dönemde verilmiştir. İleride de görüleceği gibi Şart, sığınma hakkını düzenlemekte ve bu hakkın niteliği ve kapsamı bakımından söz konusu Sözleşme'ye gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla Divan'ın buradaki atfı, herhangi bir yazılı Birlik normunda olmayan bir hakkı, hukukun genel ilkeleri kapsamında *AB Hukukuna* aktarmak adına referans olarak Sözleşme'ye yaptığı bir atıf olmaktan ziyade; bağlayıcı bir Birlik normunda (Şart) açıkça güvence altına alınan bir hakkın yorumlanması noktasında ve de zaten söz konusu Birlik normunun zorunlu olarak gönderme yapması sonucunda yapılan bir atıftır. Nitekim Divan da, kararda hukukun genel ilkelerine herhangi bir atıf yapmamıştır.

[1038] *Council of Europe Convention on Human Rights ans Biomedicine, 4.4.1997, No:164.*

Statüsü[1039] de, zikredilmektedir.[1040] Ayrıca Divan, bu süreçte tam olarak hukukun genel ilkeleri kapsamında bir temel hakkı/özgürlüğü/ilkeyi *AB Hukukuna* aktarmak yahut bir hakkın kapsamını ve sınırlarını tespit etmek maksadıyla olmasa da, temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu başka davalarda da, AİHS dışındaki uluslararası sözleşmelere (mesela BM bünyesinde imzalanan ve İkiz Sözleşmeler'den birisi olarak kabul edilen *Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*'ne) atıflar yapmıştır.[1041]

Hukukun genel ilkeleri olarak uygulanacak hak ve özgürlüklerin tespitinde Divan'ın, AİHS kadar sık ve yoğun biçimde olmasa da, diğer uluslararası sözleşmelere ve belgelere başvurduğunu böylece gördük. Divan, kimi zaman başvurucuların dava dilekçelerinde bolca yer vermesi karşısında bunlara cevap verme niyetiyle; kimi zaman da, kendi inisiyatifiyle başta BM bünyesindeki *MSHS* ve *ESKHS* olmak üzere birçok uluslararası norma atıflar yapmıştır. Bu atıflar, başvurucularınki (veya Divan'ın *Hukuk Sözcülerininki)* kadar yoğun olmasa da, yine de, *AB İnsan Hakları Hukukuna* (özellikle AİHS'te bulunmayan) yeni yeni hak/özgürlük/ilkelerin eklenmesini sağlamıştır.[1042]

[1039] *Rome Statute of the International Criminal Court, 17.7.1998.*

[1040] Craig, de Burca, **op.cit**, p.432.

[1041] Örneğin 2010 tarihli *Bressol and Others* davasında (C-73/08), Belçika, ülkenin Fransız Bölgesi'ndeki üniversitelere son yıllarda özellikle Fransa'dan yaşanan yoğun akım sonrasında, Belçika'da ikamet eden öğrencilerin üniversiteye girişinde sıkıntı yaşandığı gerekçesiyle, bunu önlemek adına, üniversite'ye girişte o bölgede ikamet etme ve kayıtlı olma gibi şartlar getiren bir karar kabul etmiştir. Bunun üzerine Fransız bir grup öğrenci, mukim olan ve olmayan öğrenciler arasında haklı bir sebebe dayanmaksızın ayrım yaptığı gerekçesiyle kararın iptali için Belçika Anayasa Mahkemesi'nde dava açmış; bu Mahkeme de, meseleyi, ön-karar usulüyle Divan'a intikal ettirmiştir. Belçika Hükümeti, savunmasında, taraf olduğu ESKHS Sözleşmesi'nin m.13/2, c hükmüne (y*üksek öğrenim, tüm uygun vasıtalar ve bilhassa da ücretsiz eğitimin tedrici olarak yerleştirilmesi yoluyla, yetenek temelinde herkesin eşit şekilde erişimine açık hale getirilir*) dayanarak bu tedbiri aldığını iddia etmektedir. Divan ise, kararında, doğrudan bir genel hukuk ilkesi çıkarmak şeklinde olmasa da, ilgili AB normlarının yorumlanmasında söz konusu Sözleşme'ye atıf yapmış ve Belçika'nın dayandığı Sözleşme hükmünün, Belçika'nın iddia ettiği şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. (Divan'ın buradaki atfı, özellikle AB vatandaşlığına ilişkin Antlaşma hükümlerinin (ABİA m.18 ve 21) yorumlanması noktasında olmuştur.)

[1042] Doktrinde Ahmed ve Butler ise, bunların *AB İnsan Hakları Hukukunda* oynadığı role biraz daha temkinli yaklaşmaktadır. Yazarlara göre; bu ''diğer'' uluslararası sözleşmelerden muhtemelen en ''etkilisi'' olan MSHS bile, *Hukuk Sözcülerinin* dahi gerçekten zorlayıcı bir sebep olmadan (ortaya koymak istedikleri hakkın/özgürlüğün AİHS'te olmaması gibi) başvurmadığı ve Divan'ın da, zaman zaman başvurmakla birlikte, gerçekten buna dayanarak bir sonuca vardığı bariz bir örneğin bulunamayacağı bir ''diğer'' kaynaklardır. Bu anlamda, Divan bakımından AİHS dışındaki uluslararası sözleşmeler/belgeler, *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde çok da ağırlık teşkil edememiştir. Tawhida Ahmed, Israel de Jesús Butler, ''The European Union and Human Rights: An International Law Perspective'', **The European Journal of International Law**, Vol:17 Issue:4, 2006, pp.774, 775.

3.1.2.2.3. Hukukun Genel İlkelerinin Bir Alt/Yardımcı Kaynağı Olarak Temel Haklar Şartı

Bu süreçte, Temel Haklar Şartı da, genel hukuk ilkeleri olarak hak ve özgürlüklerin bulunup uygulanmasında ve *AB Hukukuna* aktarılmasında bir alt/yardımcı kaynak olarak başvurulan normlardan olmuştur. Divan, 2000 yılında kabul edilmesinden 2009'da Lizbon ile bağlayıcılık kazanıp bağımsız bir anayasal kaynak olmasına kadar geçen sürede, Temel Haklar Şartı'na, bu anlamda atıflar yapmıştır. Ancak bunun Divan için kolay olmadığını söylemek gerekir. Zira, bir kere 2000'de kabul edilmesinden sonra uzun sayılabilecek bir süre, Divan, Şart'a atıf yapmamıştır. Birkaç yıl sonra ise ilk atıf, (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nden gelmiştir.[1043] Divan ise, 2004'te Anayasal Antlaşma ile birlikte Kurucu Antlaşmalar çatısı altına alındıktan ve hatta AB kurumları tarafından kabul edilip ulusal onay safhasına sokulduktan sonra bile, Şart'ı kullanmakta tereddüt etmiş ve ancak 2006 yılında ilk defa Şart'ı, genel hukuk ilkeleri bağlamında kullanmıştır.[1044]

Esasında, AİHS'nin ve ortak anayasal geleneklerin, genel hukuk ilkelerinin birer alt-kaynağı olmasının ardındaki mantık (esas olarak Avrupa kamuoyunun belli bir hak noktasında ulaştığı koruma düzeyini ortaya koymak) düşünüldüğünde, tüm AB Üyesi Devletler ve AB kurumları tarafından altına imza atılmış bir metnin, bu kriteri, öncelikle karşıladığı söylenebilirdi.[1045] Divan, bundan sonra da, Şart'a, genelde – diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi destekleyici mahiyette – atıflar yapmaya devam

---

[1043] İlk Derece Mahkemesi'nin Şart'a atıf yaptığı kararlar için bkz.: Rosas, **op.cit,** p.424, note:37.

[1044] Divan, ilk kez yukarıda da yer verdiğimiz *Parliament v Council* kararında (C-540/03), *Şart'ın, (o tarih için) henüz hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, temel amacının – ''Giriş'' kısmından da anlaşılacağı üzere – Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ve yükümlülüklerinden, Kurucu Antlaşmalardan, AİHS, Avrupa ve Topluluk Sosyal Şartları, kendi içtihatları ve AİHM kararlarında ortaya konan hakları teyit etmek olduğunu söylemiş ve genel hukuk ilkelerinin tespitinde ''esinlenilebilecek'' bir kaynak olduğunu belirtmiştir* (para.38). Divan, *somut olayda aile hayatının korunması ve özel hayatın gizliliği hakları bağlamında, Şart'ın 7. maddesinde bunların güvence altına alındığını; bu hakların (aileyle ilişki kurulması bağlamında) yine Şart'ın çocuğun menfaatinin ve ihtiyaçlarının gözetilmesini düzenleyen 24. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini* söylemiştir (para.58). Bu noktada, davalı Konsey'in, savunmasında, Parlamento'nun atıf yaptığı diğer uluslararası sözleşmelere AB'nin taraf olmadığı iddiası yanında (buna yukarıda değinmiştik); Şart'ın da, henüz *AB Hukukunda* bağlayıcı olmadığı ve dolayısıyla uygulanamayacağı yönündeki ''sığ'' ve genel hukuk ilkelerinin alt-kaynağı olma rolünün mantığı ile bağdaşmayan savunmasının (para.34) Divan tarafından böylece dikkate alınmamış olduğunu da not etmekte fayda vardır.

[1045] Aynı doğrultuda bkz.: Lenaerts, Gutierrez-Fons, **op.cit**, p.184. Hatta hatırlanacaktır, yukarıda, *Mangold* kararını incelerken, Divan'ın aşırı aktivist davranmakla suçlandığını; hatta eğer ''yaş temelinde ayrımcılık yasağını'' *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarırken, ''bir esin kaynağı olarak'' Şart'ı kullanmış olsaydı, belki de, ''aktivizm'' ve ''ultra-vires'' eleştirilerinin böyle yüksek dozda olmayabileceğinin söylendiğine değinmiştik.

etmiştir.[1046] Doktrinde Murray, bunu, zaten AİHS, ortak anayasal gelenekler veya başka herhangi bir alt/yardımcı kaynak temelinde tespit edilen bir hakkın, bir de Temel Haklar Şartı'na dayandırılması şeklindeki ''vitrin süsleme'' sadedinde atıflar olarak görmektedir.[1047]

Ancak bu durum, başta da dediğimiz gibi, Lizbon'un yürürlüğe girmesine kadar sürmüştür. Zaten Lizbon ile tadil edilen AB Antlaşması'nın 6/1. maddesi, Şart'ı Antlaşmalar statüsünde bağlayıcı hale getirdiği için, Şart, artık, *AB (İnsan Hakları) Hukukunun* bağımsız bir kaynağı olmuştur (ve bu yönüyle de aşağıda incelenecektir). Böyle olunca aslında Şart'ın genel hukuk ilkesinin bir alt-kaynağı olarak oynadığı rol, aslında tarihsel bir önemden öte bir anlam ifade etmemektedir; zira artık Şart'ın böyle bir rol oynaması söz konusu değildir. Bundan sonra, Şart'ın *AB İnsan Hakları Hukukuna* getirdikleri üzerinde durmak gerekir (ki bunu da, dediğimiz gibi, ileride yapacağız). Şart'ın kabul ediliş sürecine ve bu bağlamda 1970'lerden beri yaşanan gelişmelere, tezin yukarıdaki bölümünde değinmiştik. Şart'ın maddi olarak getirdiği hak ve özgürlüklere de, aşağıda, ''AB'de korunan haklar kataloğu'' bahsinde değinecek; Şart'ın uygulanması, etkili olduğu alanlar, bireyler arasındaki ilişkilere etkisi ve bilhassa AİHS ile olan ilişkisi gibi hususlara ise, ileride yerleri geldikçe gireceğiz. Halihazırdaki başlık altındaki amacımız, bağlayıcı olmadığı dönemde, Şart'ın, genel hukuk ilkelerinin uygulanmasında bir referans norm/alt-kaynak/esin kaynağı olarak kullanıldığını göstermekti ve bunu da gerektiği kadarıyla yaptık.

[1046] *Promusicae*'de (C-275/06), **özel hayat, kişisel verileriin korunması, fikri mülkiyet hakkı** ve **etkili yargısal başvuru hakkı** bağlamında, Şart'ın 7, 8, 17 ve 47. maddelerine; *Varec*'te (450/06), yine **özel hayatın korunması** bağlamında Şart'ın 7. maddesine; *Dynamic Medien*'de (244/06), **çocuğun korunması** bağlamında Şart'ın 24. maddesine; *Unibet* (C-432/05), *Mono Car Styling* (C-12/08) ve *Kadi and Al Barakaat'*de (Joined Cases, C-402/5P & 412/05P), yine **etkili yargısal koruma hakkı bağlamında** Şart'ın 47. maddesine; *Advocaten voor de Wereld*'de (C-303/05), **eşitlik, ayrımcılık yasağı** ve **suçta ve cezada kanunilik ilkesi** bağlamında Şart'ın (sırasıyla) 20, 21 ve 49. maddelerine); *International Transport Workers' Federation* (C-438/05) ve *Laval un Partneri* (C-341/05) kararlarında da, **grev ve toplu eylemde bulunma hakkı** bağlamında Şart'ın 28. maddesine atıflar görebiliriz. Buralarda aslında Divan, sıfırdan yeni bir hakkı/özgürlüğü, *AB Hukukuna* sokmamakta; daha önceden çeşitli içtihatlarında genel hukuk ilkesi olarak tanıdığı ve AİHS'te de yer alan hakları, bir de Şart'a dayandırmakta; veya yeni bir hakkı *Birlik Hukukuna* aktaracak olsa da, kimi zaman sadece AİHS kimi zaman da AİHS'le birlikte ortak anayasal geleneklere veya başka herhangi bir uluslararası sözleşmeye dayandırdığı hakkın aynı zamanda Şart'ta da yer aldığını söyleyerek kendini desteklemektedir. *Hukuk Sözcüleri* ise, bu dönemde Şart'a daha sık başvurmuş; hatta Rosas'ın deyimiyle bunu ''rutine bağlamışlardır'' (liste için bkz.: Rosas, **op.cit,** pp.421-423, notes:30-36). Ayrıca bazı Üye Devlet Anayasa Mahkemelerinin de, Şart'a, kararlarında zaman zaman atıflar yaptığını görebiliriz. Chalmers et. al., **op.cit**, p.249.

[1047] Murray, **op.cit**, p.541.

3.1.2.3. Ortak Anayasal Geleneklerin ve AİHS ile Diğer Uluslararası Belgelerin (Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Bir Referans Olma Noktasındaki) Bağlayıcılıkları

Yukarıda, önce ulusal hukuklarda ortak olan birtakım ilke ve standartların (ortak anayasal gelenekler), ardından da başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası belge ve sözleşmelerin, Divan'ın hukukun genel ilkeleri kapsamında *Topluluk/Birlik Hukukuna* aktardığı hak ve hürriyetlerin ortaya konmasında (yani yazısız bir temel haklar kataloğunun oluşmasında) nasıl bir rol oynadığı; diğer bir deyişle bunlardan nasıl yararlanıldığı, bunların ne şekilde bir alt/yardımcı kaynak olarak işlev gördüğü gibi sorulara cevap vermeye çalıştık. Bu noktada sorulması gerekli soru ise, bütün bu alt-kaynak/referans norm ve esin kaynağı grupların *AB İnsan Hakları Hukuku* bağlamında (hukukun genel ilkeleri olarak temel hakların tanınmasında, kapsam ve sınırlarının ortaya konmasında) Divan için ne ölçüde bağlayıcı görüldüğüdür. Tabii bu, bizi, ister istemez, ortak anayasal gelenekler bakımından Divan ile ulusal mahkemeler (özellikle anayasa mahkemeleri); AİHS ve diğer uluslararası belgeler bakımından ise, Divan ile başta AİHM olmak üzere bu sözleşme düzenlerinin yorumlayıcısı olarak tayin edilmiş bulunan yargısal veya yarı yargısal organlar arasındaki etkileşime ve çelişen içtihatlar meselesine götürecektir.[1048]

3.1.2.3.1. Alt Kaynakların AB Hukukundaki Yerleri ve Hukuki/Yumuşak (Soft) Bağlayıcılık Meselesi

Öncelikle burada tartışacağımız ''bağlayıcılık''tan ne kastettiğimizi netleştirmemiz gerekir. Bu noktada bağlayıcılık deyince, akla ilk gelen ''hukuki'' bağlayıcılıktır elbette. Hemen söyleyebiliriz ki, ne ortak anayasal geleneklerin ne de yukarıda yer verdiğimiz (başta AİHS olmak üzere) uluslararası belgelerin, kural olarak, AB açısından bir hukuki bağlayıcılığı bulunmaktadır. Ortak anayasal gelenekler bakımından, üstünlük doktrini bağlamında *AB Hukukunun* ulusal hukuklar karşısındaki otonomisi ve özerkliğinin artık yerleşik bir AB ilkesi olması bir yana, zaten bu anayasal gelenekler, yukarıda da

[1048] Lizbon sonrası süreçte, Temel Haklar Şartı'nın temel kaynak haline gelmesiyle birlikte, hukukun genel ilkelerinin *AB İnsan Hakları Hukuku* içindeki rolünün yavaş yavaş azalması ve böylece bu ilkelerin birer alt-kaynağı olan ortak anayasal gelenekler ile AİHS gibi uluslararası metinlerin ''bağlayıcılığı'' meselesinin eski önemini yitirmesi söz konusu olsa da, hukukun genel ilkelerinin *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde icra etmeye devam edeceği rol bağlamında, bu tartışma büsbütün de anlamsızlaşmayacaktır. Bunun sebelerini yukarıda izah etmiştik.

vurguladığımız gibi (zaman zaman öyle olmasına yol açan kararlar var olsa da), herhangi bir ulusal hukuk sisteminde var olduğu için alınıp uygulanan değil; Divan'ın yeterli derecede ortak gördüğü birtakım ulusal hukuk ilkelerini, ulusal hukuklardan ayrıştırarak tamamen bir AB ilkesi/kuralı olarak *AB Hukukuna* aktardığı ilke ve kurallardır. Bu anlamda onlar, *AB Hukukunun* bağlayıcı bir kaynağı değil; içtihadi bir kaynak olan hukukun genel ilkelerinin temel hak ve özgürlükler alanında bulunup ortaya çıkarılması için başvurulan rehber ilkelerdir. Meselenin diğer yönü olan ulusal hukuklar noktasından baktığımızda da, yukarıda tartıştığımız üstünlük doktrini ve *Solange* sürecinde, ulusal mahkemelerin, AB'nin ulusal anayasal kurallar ile bağlı olduğunu iddia etmekten ziyade, kendi anayasalarıyla çelişen AB normlarının uygulanmayacağı şeklinde bir iddiaları ve itirazları olduğunu hatırlamak gerekir. Keza aynı şey, başta AİHS olmak üzere uluslararası belgeler için de geçerlidir. Bunlar da, en basit ifadesiyle, AB'nin taraf olduğu anlaşmalar olmadığı için, kural olarak, ne uluslararası hukuk ne de *AB Hukuku* açısından hukuken bağlayıcı kaynaklardır. [1049] Bunlar, Divan'ın da, ilk

[1049] Söz konusu olan, hem AB gibi bir yapı, hem de bir uluslararası sözleşme olduğundan, bir yandan ***Uluslararası Hukuk*** bir yandan da ***AB Hukuku*** açısından bağlayıcılık olarak iki boyut söz konusudur. AB, ulus-ötesi nitelikleri haiz bir yapı olsa da, genel manada neticede uluslararası hukuk alanı içindeki (devletler gibi) bir aktördür ve bu yönüyle de kural olarak bu hukuk düzeninin kurallarıyla bağlıdır. Ayrıntılı bir ''uluslararası hukukun bağlayıcılığı'' tartışmasına girmeden kısaca söyleyebiliriz ki, ***Uluslararası Hukuk açısından***, AB'nin bu hukuk düzeninin temel normları olan uluslararası sözleşmeler ile bağlı olması için, kural olarak o sözleşmeye (imzacı veya halef olarak) taraf olması (veya bir *jus cogens* kuralının söz konusu olması) gerekmektedir. AB, bu anlamda yukarıda insan haklarının tespit edilip uygulanmasında başvurulan uluslararası sözleşmelerin hemen hiçbirine taraf olmadığı için bu sözleşmelerle *Uluslararası Hukuk* açısından bağlı olması da söz konusu değildir. (AİHS, katılım gerçekleştikten sonra olacaktır; ayrıca AB'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi sözleşmeleri arasında da, yukarıda bir alt-kaynak olarak zikrettiklerimiz bulunmamaktadır.) Hem öte yandan, uluslararası hukukta bağlayıcılık dediğimizde, bu, AB'yi de kendi kurum ve mekanizmaları ile ilgilendiren bir durum olmaktan ziyade; *Uluslararası Hukukun* kendi kurum ve mekanizmaları (örneğin AİHS için AİHM ve Bakanlar Komitesi yahut MSHS için İnsan Hakları Komitesi gibi) eliyle yürütülen bir bağlayıcılıktır. Oysa halefiyet vs. teorilere dayanarak aksi yönde görüşler ileri sürenler olsa da, örneğin AİHS bakımından, hem Avrupa İnsan Hakları Komisyonu hem de AİHS, bugüne kadar AT/AB aleyhine açılan davalarda, her zaman kişi bakımından (*rationae personae*) kendilerini yetkisiz görerek Topluluğun/Birliğin uluslararası hukuk bağlamında Sözleşme ile bağlı olduğu fikrini reddetmiştir. ***AB Hukuku zaviyesinden*** ise, konuya, AB'nin taraf olduğu ve olmadığı sözleşmeler/antlaşmalar şeklinde bakmak gerekir. AB'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar, yukarıda da belirttiğimiz gibi, *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğinden, Birlik hukuk düzeninin bir normudur ve bu anlamda hiyerarşik yeri ayrı bir mesele olmakla birlikte, başta Divan olmak üzere tüm Birlik kurumları için bağlayıcıdır. Ancak yine insan haklarının uygulanması bağlamında Divan tarafından başvurulan (yukarıda yer verdiğimiz) uluslararası anlaşmalar, bir ikisi haricinde AB'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar olmadığı için, bu şekilde bir kaynak niteliği kazanmaları ve bağlayıcılık kesbetmeleri de söz konusu değildir. Dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin/antlaşmaların (özellikle de AİHS'nin) *AB Hukuku* açısından da, kural olarak, teknik/hukuki bir bağlayıcılığından bahsetmek mümkün değildir. Bundan başka, bir antlaşmaya herhangi bir AB normunda bağlayıcı olduğu şeklinde atıf yapılması da, o antlaşmaya atıf yapan normun değerine eş bir hiyerarşik değer ve dolayısıyla da bağlayıcılık kazandırabilir (Lizbon'un

kararlarından itibaren ısrarla söylediği gibi, genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve hürriyetlerin ortaya konmasında, yorumlanmasında ve uygulanmasında, destek olarak başvurulan birer yardımcı kaynaktır.

Dolayısıyla buradaki bağlayıcılık, ''hukuki''den ziyade başka tür bir bağlayıcılıktır. Bunu, *pratik* ve *sosyolojik*, veya uluslararası ilişkilerin moda deyimiyle ''yumuşak'' (''soft'') bağlayıcılık olarak adlandırabiliriz. Bu anlamda, (en azından şimdilik) hukuken bağlayıcı olmayan bu uluslararası hukuk kaynaklarının bir alt-kaynak/esin kaynağı olma noktasındaki güçleri ve etkileri, onların bu ''yumuşak'' bağlayıcılık dediğimiz güçlerini etkileyecektir. Buradaki temel soru şudur: ***Divan, bir yandan ortak anayasal gelenekler, bir yandan da başta AİHS olmak üzere hukukun genel ilkeleri kapsamında hak ve özgürlükleri tespit etmede birer alt/yardımcı kaynak olarak başvurduğu bu kaynakları, ne ölçüde kendisi için bağlayıcı olarak görmüştür***? Bu, bunların zaten bağımsız bir bağlayıcı kaynak olmadıkları ve hukukun genel ilkelerinin temel hak ve özgürlükler alanında uygulanması noktasında Divan'ın ihtiyari olarak başvurduğu kaynaklar olduğu şeklindeki ilk aşamada verilecek (*klişe*) cevabın ötesinde bir soruyu içinde barındırmakta; teorik plandaki bu özerkliğin/bağlamazlığın ötesinde, Divan'ın, pratikte bunlara ne ölçüde riayet ettiği, hatta ne ölçüde bunlara (ve de bu metinlerin uygulayıcıları olan AİHM gibi yargısal ve yarı-yargısal organların yorumlarına) saygı gösterdiğinin incelenmesini gerektirmektedir.

Yumuşak (Soft) Bağlayıcılık Açısından Ortak Anayasal Gelenekler ve AİHS Başta Olmak Üzere Uluslararası Belgelerin Genel Durumu

Öncelikle *ortak anayasal gelenekler bakımından*, bunların, zaten tek bir yargısal otantik yorumlayıcısı olan belirli bir metinden alınan hak ve özgürlük normları şeklinde bir

---

THŞ'ye yaptığı gibi). Bu noktada ise, Kurucu Antlaşmalarda özellikle AİHS'ye yapılan atıflar önemlidir. Yukarıda *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişim sürecindeki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler bağlamında Kurucu Antlaşmalarda insan haklarının yer almasını incelerken, özellikle Maastricht ve ardından Amsterdam Antlaşmaları ile AİHS'ye yapılan atıfları incelemiş ve bunların Sözleşme'yi AB anayasal düzeni içinde ne şekilde konumlandırdığını uzunca tartışmıştık. Burada o tartışmalara girmeden, AİHS'nin hukuken bağlayıcı bir kaynak olarak hukuki değer kazanıp kazanmadığına yönelik görüşler olmakla birlikte, Divan'ın hiçbir zaman AİHS'ye bağlayıcı bir Topluluk normu olarak bakmadığını ve her zaman ve halen daha tam bir saygı içinde hareket etse de, hukukun genel ilkelerinin tespitinde bir ilham kaynağı, yol gösterici ilkeler bütünü olarak muamele ettiğini bilmekteyiz. Bu anlamda başta AİHS olmak üzere yukarıda genel hukuk ilkeleri olarak temel hak ve hürriyetlerin ortaya konup uygulanmasında bir referans olarak başvurulan uluslararası sözleşmelerin/metinlerin, uluslararası hukukun yanısıra, AB'nin kendi iç düzeni noktasında da hukuki bağlayıcılığa sahip metinler olmadıklarını söyleyebiliriz.

grup olmadıklarını biliyoruz. O yüzden bunların ''soft'' bağlayıcılığının *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde çok da önemli bir mücadele alanı olmadığını söyleyebiliriz. Ancak Divan'ın, özellikle ilk yıllarda, bir yandan ulusal anayasa mahkemelerini, temel hakları koruduğu konusunda ikna etmek; bir yandan da yazısız bir Topluluk normu ortaya koyarken bunu Üye Devletlerin ortak uygulamalarına ve kabullerine dayandırarak meşruiyetini sağlamak gibi kaygılar güttüğünü görmüştük. Tabii bir yandan da, anayasal olarak hassas meselelerde, bir Üye Devletle açıkça çatışma içine girmemek gibi bir durum da söz konusuydu. Hepsinin son durağı ise, bugüne kadar somut bir kriz çıkmamış olsa da, Demokles'in Kılıcı gibi AB yargısının üzerinde sallanan *Solange-II* sürecidir. Bütün bunların, ortak anayasal geleneklere başvurmada, ***Divan için, teorik olmasa da pratik; hukuken olmasa da sosyolojik bir bağlayıcılığı*** beraberinde getirdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

Aynı durumun AİHS için, üstelik ortak anayasal geleneklerden daha da kuvvetli bir biçimde geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Farklılaşan ve birçok zaman ortak olmayan ve hatta ortak olarak kabul edildiği zamanlarda bile zamana göre 10, 15, 28 üyeli bir anayasal sistemler ağının tam anlamıyla ortak bir uzlaşısını yansıtmayabilen ''ortak anayasal gelenekler'' kaynağından çok daha ''ortak'' olduğu şüphesiz olan AİHS'nin, bu anlamda Divan için pratik ve sosyolojik bağlayıcılık etkisinin daha fazla olduğu rahatlıkla söylenebilir. Avrupa kamu düzenindeki temel hak ve hürriyetler noktasındaki ortak uzlaşıyı/gelinen noktayı yansıtan, tüm Üye Devletlerin taraf olduğu ve AİHM'nin de ifadesiyle *Avrupa'nın anayasal bir şartı* konumundaki Sözleşme'nin, etki ve yukarıdaki anlamlarda bağlayıcılık yönünün üst düzeyde olduğu açıktır.[1050] Bu anlamda, AİHS'nin, *AB İnsan Hakları Hukukunun* Divan tarafından şekillendirilmesinde ve özellikle (Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasına kadar) bu hukukun yazısız temel haklar listesinin oluşturulmasında ne denli etkili olduğunu, yukarıda yer verdiğimiz (özellikle nicelik olarak bütünün çok az bir parçasını teşkil eden) içtihatlar, zaten yeterince ortaya koymaktadır. Yani Birlik standartlarının yorumlanmasında, Sözleşme standartlarının oynadığı rol ve bu anlamda genel manadaki yumuşak gücü, zaten oldukça açıktır.

[1050] Nitekim, Divan'ın da, ortak anayasal geleneklere atıf yaptığı ilk kararlarından sonra bir alt/yardımcı kaynak olarak AİHS'yi keşfetmesinin (ve de Üye Devletlerin tamamının Sözleşme'yi onaylamasının) ardından, neredeyse bütün kararlarında Sözleşme'yi kullandığını; bir hakkın varlığını ve kapsamını tanıyan veya tanımayan kararlarını Sözleşme üzerinden verdiğini; bu anlamda ortak anayasal geleneklere nadir başvurur hale geldiğini hatırlatalım.

Bu noktada bu ''yumuşak güç''/''soft bağlayıcılık'' meselesi, özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından bizi, ister istemez başka bir mecraya taşımaktadır. İnsan haklarının davalarda somut olarak devreye girdiği noktalar ve bu bağlamda Divan'ın insan hakları ile ilgili davalarda, çözüme bağlaması gereken hususlar (somut hakkın bir AB hakkı olarak tanınması başta olmak üzere, kapsamı, sınırları, sınırlanma sebepleri vs.), bir yorum sürecini beraberinde getirmekte; bu yorum sürecinde kaynak olarak kullanılan ilgili uluslararası metnin (örneğin AİHS'nin) yorumlanması söz konusu olmakta ve işte bu noktada da, söz konusu hakka ilişkin olarak o metnin asıl yorumlayıcısının (örneğin AİHS için AİHM'nin) içtihatları devreye girmektedir. Böylece o metnin bağlayıcılığı meselesi, iki mahkeme (Divan ile örneğin AİHM) arasındaki etkileşimi gündeme getirmekte ve ''soft'' bağlayıcılık, bir anlamda diğer mahkemelerin verdiği kararların (içtihatların) Divan için bağlayıcılığı meselesine gelip oturmaktadır. Bu anlamda Divan'ın, örneğin AİHM kararlarına ne ölçüde değer verdiği; hatta bundan da öte, kendi içtihatlarını AİHM'nin içtihatlarıyla ne derece uyumlaştırdığı ve hatta çelişen içtihatlarını ne derece değiştirdiği, o metnin ''soft'' bağlayıcılığı meselesinde belirleyici olmaktadır.

Özerk Yorum İlkesi

Bu noktada Topluluk/Birlik yargısının daha ilk kararlardan itibaren geliştirdiği ''özerk yorum'' ilkesini, çalışmanın buraya kadarki kısımlarında farklı vesilelerle dile getirdik. Bunu, ***ortak anayasal gelenekler bağlamında***, yukarıda yer verdiğimiz *minimalist-maksimalist* yaklaşım tartışmaları noktasında görmek mümkündür. Divan'ın ''orta yol'' olarak verdiğimiz ''hepsinde tek tek olanı almak zorunda değilim'' şeklindeki yaklaşımı ile AB Hukukuna aktardıktan sonra ''artık o hak/özgürlük, AB'nin bir hakkı/özgürlüğüdür'' şeklindeki yaklaşımlarında, hep bu özerkliği koruma çabasının izlerini görmekteyiz.[1051]

Kaldı ki, burada şunu unutmamak gerekir: Adı üstünde, bunlar ''ortak anayasal geleneklerdir''. Karşımızda AİHS veya MSHS gibi tek bir metin değil; döneme göre 6, 9,

[1051] Divan, örneğin *Handelsgesellschaft* kararında, genel hukuk ilkesi olarak bulunup uygulanacak hakların tespitinde ortak anayasal geleneklerden yararlanılacağını söylerken, hemen ardından bunun Topluluğun yapısı ve hedefleri çerçevesinde olacağını söylüyor ve somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verirken, bu hakkın (ortak anayasal geleneklerde) sınırsız olmadığını ve Topluluğun gereklilikleri (tarım piyasasının ortak organizasyonunun sürdürülmesi ve o zamanki AET Antlaşması m.43'ün gerekleri) doğrultusunda sınırlanabileceğini vurguluyordu (paras. 4 ve 20).

15, 28 ülkenin anayasaları (hatta anayasalarından da öte tüm hukuk sistemleri) vardır ve Divan, bunlardaki ''ortak'' bir hak ve özgürlük kuralını bulup AB Hukukuna aktarmaktadır. Yani her şeyden önce, bu ''ortaklığı'' tespit etme, Divan'ın takdirindedir.[1052]

Ancak tam bu noktada, yukarıda da değindiğimiz *Solange-II* sürecinin Lizbon'dan sonra da (yani halen) devam ettiği ve Üye Devletlerin kendi anayasalarındaki hak ve özgürlük güvenceleriyle açıkça çelişen bir Divan kararına saygı duymayabilecekleri hususunu göz önünde bulundurduğumuzda, yine de bunların yukarıda kastettiğimiz türden 'bir ''soft/pratik'' bağlayıcılık baskısı altında olduğunu söyleyebiliriz.[1053] Bu anlamda, ''ortak olma'' noktasındaki takdirin (*Solange-II* ''tehdidi'' altında) tamamen Divan'da olduğunu unutmadan; ''ortak'' olma tespit edildikten sonra, Divan'ın bir anayasal geleneği uygulamaması elbette düşünülemeyeceğinden, bu anlamda bir ''soft'' bağlayıcılıktan bahsedilebilir.

Uluslararası metinler ve bilhassa da AİHS bakımından ise, Divan, uluslararası antlaşmaların benzer şekilde bir (alt) kaynak olabileceğini söylerken, yine bunun *Topluluk Hukukunun* çerçevesi içinde olacağını[1054] vurgulamıştır. Divan, bu yaklaşımdan hiçbir zaman vazgeçmedi; gerekirse örneğin AİHS bağlamında kendi içtihadını AİHM içtihadına uydurdu, hatta değiştirdi; fakat hak ve özgürlükleri, *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarırken bunu, bu hukukun yapısı ve özelliklerine göre yapması demek olan ''özerk yorum'' ilkesinden (*autonomous concept*) hiçbir zaman geri adım atmadı. Divan, hukukun genel ilkeleri bağlamında temel hakların ortak anayasal gelenekler ve uluslararası sözleşmeler doğrultusunda korunacağını söylese de,[1055] hiçbir zaman

---

[1052] Diğer bir deyişle, ''ortak anayasal gelenekler'', spesifik herhangi bir anayasa olmayıp; bir ''anayasalar havuzundan'' çıkarılması gereken bir ilkeler grubu olduğu için, bunun ''soft/pratik'' bağlayıcılığı da, ister istemez AİHS'nin bağlayıcılığı gibi olamamakta; ancak Divan tarafından ''ortak'' olarak kabul edildiği takdirde, *AB Hukukuna* aktarılabilmektedir.

[1053] Ancak ortada tek bir anayasal metin söz konusu olmadığından, o anayasanın yorumlayıcısı olan ulusal mahkeme ile Divan arasında, Divan ile AİHM arasında olduğu gibi bir ilişkiden de bahsedilemez. Zaten uygulamada da, Divan'ın içtihatları hep AİHM'nin içtihatları ile karşılaştırılmış; bu karşılaştırma, spesifik bir hakka/özgürlüğe ilişkin olarak ulusal mahkemelerle yapılmamıştır.

[1054] ''*... can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law*'' (C-4/73, para.13). Bu noktada, Divan'ın ortak anayasal geleneklere atıf yaparken ''ilham almak zorunda olduğunu'' (*the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States*) söylemesine rağmen; uluslararası metinlere atıf yaparken ''onların bir yol gösterici olabileceğini'' (... *can supply guidelines*...) söylemesinin, sanki ortak anayasal gelenekleri bağlayıcı görüp, uluslararası metinleri böyle görmediği gibi bir izlenime yol açmaması gerektiğini vurgulayalım. Lawson, **op.cit**, p.227. Zaten Lindfelt'in de vurguladığı gibi, Divan'ın kendini bakma yükümlülüğü altına soktuğu şeyin ''ilham almak'' olduğunu düşünürsek, bunun ne ölçüde bir bağlayıcılık getirebileceğini herhalde daha net görebiliriz. Lindfelt, **op.cit**, p.67.

[1055] ''*... fundamental rights ..... the observance of which the Court of Justice ensures, in accordance with constitutional traditions .... and with international treaties* ...'' (C-44/79, para.18).

bunlara bağlayıcı addetme muamelesi yapmamış; kullandığı üslup ne olursa olsun, ilk kararlarındaki yaklaşımını daima muhafaza etmiştir.[1056]

Divan'ın bu özerk yorumunun ona birkaç açıdan faydası olduğunu söyleyebiliriz. Öncelikle Divan, bir kere her iki kaynağın da, kendisi için bağlayıcı olmadığını tekrar tekrar vurgulayarak bunun psikolojik rahatlığı altında bu kaynakları kullanabilmiş; temel esin kaynakları bu normlar olsa da, her zaman bunları uygulama ve yorumlama noktasında kendi yorumunu yapabilmiştir. Yine Divan, özellikle temel haklar ile serbest dolaşım noktasındaki temel serbestiler arasında bir denge kurulması veya bir hak ve özgürlüğün Topluluğun/Birliğin gereklerine göre uygulanması icap eden hallerde; bilhassa hak ve özgürlüklerin sınırlanması gerektiğinde; ''Topluluğun/Birliğin ihtiyaçlarına ve özelliklerine göre alır ve aktarırım'' olarak tarif edebileceğimiz bu ''özerk yorum'' ilkesinden oldukça istifade etmiştir. Örneğin mülkiyet hakkının sınırlanmasında,[1057] özel hayatın gizliliği hakkının sınırının belirlenmesinde, konut dokunulmazlığının çerçevesinin çizilmesinde, insan onurunun hizmet sunma serbestisi ile dengelenmesi ve ifade özgürlüğünün malların serbest dolaşımı ile ilişkisinin belirlenmesinde, Divan, hep bu limana sığınmıştır.[1058]

3.1.2.3.2. Çelişen İçtihatlar ve ''Soft'' Bağlayıcılık Meselesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, özellikle (başta AİHS olmak üzere) uluslararası metinlerin hukukun genel ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynak olma noktasındaki bağlayıcılığından bahsederken, mesele, Divan'ın, bu metinlerin kurduğu yargısal ve yarı-yargısal denetim organlarının yaklaşım ve yorumlarına ne ölçüde itibar ettiği ve bu metinlerdeki bir hak ve özgürlüğe ilişkin yorumunu, bu yargısal/yarı-yargısal organların yorumuyla ne derece uyumlaştırdığı meselesine gelmektedir. Bu, yukarıda değindiğimiz

---

[1056] Lawson, **op.cit**, p.227; Gaja, T**he Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty**, p.550.

[1057] Mesela *Nold*'da, Divan, davacının dayandığı hakların Topluluk tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan genel hedefler bağlamında (özlerine dokunmadan) meşru sınırlamalara tabi tutulabileceğini söylemiştir (para.14).

[1058] Lawson, aslında insan haklarının ''medeniyetin en üstün değerleri'' olma şeklindeki tarifi düşünüldüğünde, belki bu ''ihtiyaçlara uyarlama'' şeklindeki yaklaşımın insan haklarının mantığıyla bağdaşmayacağının söylenebileceğini; ancak derinlemesine bakıldığında ve tüm medeni milletlerdeki yargısal uygulamalar değerlendirildiğinde, insan haklarının mutlak ve statik nosyonlar olmaktan öte, uygulandıkları toplumlarla daima iç içe geçmiş bir yapıya sahip olduklarının görüleceğini söylemektedir. Lawson, **op.cit**, p.227.

''özerk yorum'' ilkesinin, pratikte nasıl işlediği sorusunun da bir anlamda cevabıdır. Bunu, bilhassa AİHS ve AİHM temelinde ele alacağız.

Bu soruyu cevaplayabilmek için, bir yandan Divan'ın insan haklarının söz konusu olduğu davalarda karar vermek durumunda olduğu noktaları (*AB Hukuku* boyutu); bir yandan da, bu noktalarda AİHS'nin nasıl devreye girebileceğini, bir alt-kaynak olarak ne şekilde işlev görebileceğini (*AİHS Hukuku* boyutu) ortaya koymak gerekir. (Yani bir temel hak ve özgürlük davasında, Divan, hangi hususlara temas eder ve o hususlarda AİHS nasıl devreye girer?) Sözleşme'de düzenlenen hakların genelde çerçeveyi çizip, içini doldurmayı içtihada bırakan yapısı ve bir hakkın içinde birçok ''alt'' hakların olduğu düşünüldüğünde, ister istemez ''yorum'' devreye girmekte; yorum devreye girdiğinde de, Sözleşme'nin yorumlayıcısı olarak AİHM ve kararları karşımıza çıkmaktadır. Bu da bizi, işte yukarıdaki soruya; Divan'ın, AİHM içtihatlarına ne ölçüde itibar ettiği ve o doğrultuda gerektiğinde içtihat değişikliğine gittiği sorusuna götürmektedir. ''Soft'' bağlayıcılığı asıl test etme noktası, burasıdır. Bu noktada da, asıl mesele, **bu hakların kapsamı ve meşru olarak sınırlanabilmesinde** karşımıza çıkmaktadır.[1059] Burada yapılacak olan da, iki Mahkeme arasındaki bu içtihadi ilişki ve etkileşimi, mahkemelerin dile gelmesi olan kararları üzerinden ele almak olacaktır.

İnsan Haklarına İlişkin Davalarda Divan'ın Tespit Etmesi Gerekli Hususlar ve Sözleşme'den Yararlanma Noktaları

Yukarıda sorduğumuz temel soruyu cevaplayabilmek için, önce yapmamız gereken, insan haklarının, Divan önündeki davalarda devreye girdiği noktaları tespit etmektir. Birlik yargısının en çok karşılaştığı davalar ve hak ihlali iddialarının ileri sürüldüğü olaylar, Birlik veya Üye Devlet tasarruflarının AİHS ile korunan temel haklara aykırı olduğu iddialarıdır. Peki bu noktada Divan'ın ihlal iddiası bakımından değerlendirme yapması gereken konular neler olacaktır? Bu bağlamda, öncelikle, **ileri sürülen hakkın *AB Hukukunda* tanınıp tanınmadığı** (yani bir genel hukuk ilkesi olarak AB hukuk düzeninde korunup korunmadığı), bu noktada **kapsamı ve çerçevesi**; ikinci olarak da, birçok hak için geçerli olan **meşru (yani ihlal sayılmayacak) şekilde sınırlanması** ve bu noktada da **sınırlanma sebepleri** zikredilebilir. Yani Sözleşme'ye,

[1059] Örneğin, ticari işletmelerin işyerlerinin AİHS m.8'de korunan konut dokunulmazlığının kapsamına girip girmediği (ya da mesela MSHS bağlamında m.2'de düzenlenen cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğramama hakkı bakımından cinsiyet kavramına cinsel eğilimlerin de girip girmediği) gibi hususlar...

bazen hakkın bizzat varlığının tanınmasında ve **bazen de, bunun da ötesinde, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde** bir alt-kaynak, bir referans olarak başvurulacaktır. İşte AİHS'nin bütün bu durumlarda ''soft'' gücü nedir?[1060]

Bir Hak veya Özgürlüğün Başlı Başına Kabulü. Divan, bir temel hak iddiasıyla karşılaştığında, söylediğimiz gibi, **öncelikle ileri sürülen hakkın *AB Hukukunda* korunup korunmadığını** tespit edecektir. Yani örneğin davacı, bir Birlik veya Üye Devlet tasarrufunun (daha somut örnek vermek gerekirse örneğin Komisyon'un yürüttüğü bir rekabet soruşturması kapsamında uyguladığı bir para cezasının) adil yargılanma veya konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğini ileri sürebilir. Divan'ın bu noktada yapacağı ilk şey, söz konusu hakkın genel olarak *AB Hukukunda* korunup korunmadığını tespit etmektir. *Yani adil yargılanma veya konut dokunulmazlığı hakkı, AB hukuk düzeninde korunmakta mıdır*? Kurucu Antlaşmalar veya başka bir Birlik normu (tabii ki THŞ'den önce) bu konuda bir şey içermediği için Divan'ın bunu yapmasının yolu, genel hukuk ilkesi olarak bu hakkı *AB İnsan Hakları Hukukuna* aktarmaktır. Bunu hukukun genel ilkeleri üzerinden yapacak; bu işlem sırasında da, AİHS'ten (ve ortak anayasal geleneklerden) yararlanacaktır. Bu noktada, Divan'ın daha önceden de söylediğimiz gibi, Avrupa'daki ortak uzlaşıyı yansıtan bu metinden hareketle bir hakkı Birlik hakkı olarak tanıması, bu tanıma için ne kadar meşru ise; tam tersine tanımaması da o ölçüde meşruluk problemi meydana getirebilecek bir durumdur. Yani Divan'ın AİHS'te açıkça düzenlenen bir hakkı, hukukun genel ilkeleri kapsamında bir AB hakkı olarak tanımamasını düşünmek, söz konusu bile değildir. Bu anlamda, **AİHS'te tanınan bir hak veya özgürlüğün, bir AB hakkı/özgürlüğü olarak tanınması noktasında, Sözleşme'nin ''soft/pratik'' bağlayıcılığının, hukuki bağlayıcılığa yakın bir derecede** olduğunu söylemek mümkündür.

Hakkın Kapsamı Meselenin Söz Konusu Olması. Bir hak veya özgürlüğün genel anlamda AB hakkı/özgürlüğü olarak tanınması bakımından, görüldüğü gibi, durum nispeten nettir. **Divan'ın örneğin adil yargılanma hakkını veya konut dokunulmazlığını veya AİHS'te düzenlenen başka herhangi bir hak ve özgürlüğü,**

[1060] Hukuken bu soruya da verilecek cevap bellidir: *Özerklik*. Belki de bu anlamda en keskin ifadeleri, *Orkem* kararına ilişkin *Hukuk Sözcüsü* görüşünde görmek mümkündür. *Hukuk Sözcüsü* Darmon'un şu cümleleri, Divan tarafından teyit edilmese de, oldukça ilginçtir: ''Son ve en mühim husus olarak hatırlatmayı unutmamalıyım ki, Divan, mevcut içtihadını düşündüğümüzde, AİHS'ten esinlenilerek *Topluluk Hukukuna* aktarılmış hak ve özgürlükleri, Strazburg makamları tarafından yorumlandığı şekliyle uygulanmak zorunda değildir'' (C-374/87, *Opinion*, para.139). Ancak bizim burada cevabını aradığımız şey, Divan'ın kağıt üzerindeki ''özerklik'' retoriği değil; pratikteki yaklaşımıdır.

AB hukuk düzeninde de tanımak zorunda olduğu söylenebilir. Fakat bir hak ihlali davasında, durum, her zaman bu kadar net olmayabilir. Bazen ihlal edildiği ileri sürülen bir hak, AİHS'teki çerçeve bir hakkın içindeki bir alt haktır.[1061] Divan, böyle bir durumda **hakkın kapsamına dair bir yaklaşım alma durumuyla** karşı karşıya kalabilir.[1062] Bu gibi hallerde, Divan'ın işi, bir hakkı/özgürlüğü genel hukuk ilkesi olarak AB hukuk düzeninde korunan bir hak/özgürlük olarak kabul etmekle bitmeyecek; Divan, **somut ''alt-hak'' taleplerinin bu genel hak veya özgürlüğün içine girip girmediğine de karar vermek zorunda** olacaktır. Yani burada ***hakkın kapsamı*** meselesi devreye girecektir. Hakkın kapsamı dendiğinde de, mantıki olarak bu ''kapsamı'' belirleme yetkisi, o hakkın orijinal olarak bulunduğu metni (yani AİHS'yi) (otantik) yorumlama yetkisiyle donatılmış olan mercide (yani AİHM'de) olsa da; önümüzde *AB Hukuku* boyutunda cereyan bir eden bir dava olduğu için, burada bu kapsamı, Birlik yargısı belirleyecektir. Bu durum ise, meseleyi, ister istemez Divan ile AİHM arasındaki etkileşime; Divan'ın AİHM yaklaşımlarını ne ölçüde benimsediğine getirecektir.

Böyle ''hassas'' konularda Divan'ın tavrı, yukarıdan da hatırlanacağı üzere, o konuda AİHM'nin bir yorumu/yaklaşımı yoksa, kendi kanaatine göre Sözleşme'deki ilgili hükmü yorumlamak; ancak AİHM'nin bir yorumunun/yaklaşımının olduğu durumlarda da, bunu benimsemek ve hatta kendi önceki çelişen yaklaşımını değiştirmektir. Bunu birçok

---

[1061] Bu noktada bir antir-parantez açıp, kısaca Sözleşme sistemine dair birkaç hususu hatırlatmakta fayda vardır. Bilindiği gibi Sözleşme, birçok hakkı ismen düzenlemekte; içinin doldurulmasını ise uygulamaya bırakmaktadır. Tabii bu noktada temel uygulayıcı olarak Sözleşme'nin yargı organı olan AİHM devreye girmektedir. Örneğin Sözleşme, adil yargılanma hakkını yahut özel hayatın gizliliği hakkını güvence altına almakta, fakat bir dereceye kadar içeriğe dair birşeyler söyleyebilmekle birlikte, asıl içinin doldurulmasını uygulamaya ve bu anlamda da AİHM'ye bırakmaktadır. Zaten bu, Sözleşme'den beklenen *yaşayan bir belge* olması amacının da gereğidir. Tabii ki, Sözleşme'nin açık ve net olarak düzenlediği bir hak bakımından, yukarıda el aldığımız gibi, sorun çıkması zordur. Ancak az önce belirttiğimiz gibi, örneğin Sözleşme, *adil yargılanma hakkını* düzenlemekte ve onun altında da sadece ''makul sürede yargılanma'' hakkından bahsetmektedir; bu noktada ''makul sürenin'' ne olduğu, uygulamaya (AİHM içtihatlarına) kalmış bir meseledir. Yine mesela AİHS, *konut dokunulmazlığı hakkını* düzenlemekte, ancak tüzel kişilerin de bu haktan yararlanabilecekleri konusunda açıkça birşey söylememektedir. Benzer şekilde AİHS, *evlenme hakkını* düzenlemekte, fakat aynı cinsten birlikteliklerin evlenme hakkı kapsamına girip girmediği konusunda açıkça birşey söylememektedir. Dolayısıyla bütün bunlar, Sözleşme sistemi içinde onun yargı organı olan AİHM; AB'yi ilgilendiren boyutuyla ise Divan tarafından belirlenecek hususlardır. İşte asıl mesele de, Divan'ın Sözleşme'ye atıfla tanıyıp uyguladığı bu hakların kapsam ve sınırı noktasında ne ölçüde AİHM içtihatlarını dikkate aldığıdır.

[1062] Örneğin *Baustahlgewebe* kararında olduğu gibi, İlk Derece Mahkemesi'nin, sözlü yargılamanın ardından belirli bir sürede karar vermemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiasıyla karşılaşabilir; yahut *K.B.* davasındaki gibi, aynı cinsten birlikteliklerin tanınmamasının AİHS'teki evlenme hakkını ihlal ettiği iddiasına cevap vermek durumunda kalabilir; veya *Hoechst* davasında olduğu gibi, tüzel kişilerin mülkiyetindeki işyerlerinin hukuka aykırı olarak aranmasının AİHS m. 8'deki konut dokunulmazlığı hakkının ihlali olduğu iddiasına muhatap olabilir.

kararda görmek mümkündür. Örneğin Divan'ın, konut dokunulmazlığı hakkının tüzel kişilere (onların ellerindeki işyerlerine) de teşmil edilip edilemeyeceği bakımından, ilk tavrının olumsuz olduğu; sonra AİHM'nin AİHS m.8'in kapsamına tüzel kişilerin de gireceğine dair bir karar verdiği; nihayet Divan'ın da, ilk içtihadını AİHM kararı doğrultusunda revize ettiği *Hoechst*[1063]*-Nimietz*[1064]*-Roquette Frères*[1065] davaları, bunun güzel bir örneğidir.

Yine bu bağlamda güzel bir örnek de, AİHS m.6'daki adil yargılanma hakkının, idari soruşturmalar bakımından geçerli olup olmadığı hususunda karşımıza çıkan karşılıklı kararlardır. Divan, burada da, önce, Komisyon'un, m.6 anlamında bir mahkeme olmadığını ve bu itibarla da rekabet soruşturmaları kapsamındaki yetkilerinin icrasında adil yargılanma hakkının geçerli olmadığını söylemiş; (o zamanki) AİHK ise, rekabet

---

[1063] Divan, yukarıda da yer verdiğimiz 1989 tarihli *Hoechst* kararında, (gerçek kişi olmayan) işletmelerin mülkiyetlerindeki işyerleri için bu haktan yararlanmaları hususunda, böyle bir hakkın, hem ulusal hukuklarda ''ortak bir anayasal gelenek'' olarak kabul edilmek için yeterince ''ortak'' olmadığını, hem de AİHS'in ilgili hükmünün (m.8), bireyin kişisel özgürlüğünün gelişimiyle ilgili olup işyerlerine genişletilemeyeceğini (yani yalnızca gerçek kişileri kapsadığını) söylemiştir (para.18). Divan, AİHS penceresinden olayı değerlendirirken ve m.8'in bu kapsamda olmadığını söylerken, konuya ilişkin olarak AİHM'nin de bir içtihadının bulunmadığını eklemeyi ihmal etmemiştir (para.18). Bu ifade, doktrinde, Divan'ın, konuya ilişkin AİHM'nin bir içtihadı bulunsa (ve kendi ulaştığı sonuçtan da farklı bir doğrultuda olsa) idi, bunu dikkate almaya hazır olduğu anlamına gelecek şekilde yorumlanmıştır. Lawson, **op.cit**, p.229. Aslında doktrinde, AİHM'nin, *Hoechst*'tan kısa bir süre önce verdiği *Chappell kararında* (No:10461/83, 30.3.1989), konuya ilişkin yaklaşımını belli ettiği ve tüzel kişilere de m.8'i uyguladığı; yani Divan'ın dediği gibi, *Hoechst* zamanında AİHM'nin bir içtihadının bulunmadığının doğru olmadığı da ileri sürülmüştür. Fakat Lawson, *Chappell*'de, her ne kadar bir tüzel kişinin mülkü söz konusu olsa ve bu bağlamda AİHM, m.8'i uygulamış gözükse de, söz konusu olan işletmede, işletme sahibinin yatmak amacıyla kullandığı bir odanın da bulunduğu ve Mahkeme'nin, bu oda bakımından yapılan aramalar için m.8'i uyguladığı; bu itibarla yine gerçek kişilere uygulanmasının söz konusu olduğu; dolayısıyla bu kararda, AİHM'nin m.8'in tüzel kişilere de uygulanabileceğine dair net bir şey söylemediğini belirtmektedir. Bkz.: **Ibid**. p.241. Dolayısıyla Divan'ın da dediği gibi, *Hoechst* zamanında, AİHM'nin konuya ilişkin bir içtihadı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

[1064] *Hoechst*'tan birkaç ay sonra verilen *Nimietz* kararında (No:13710/88), Alman makamlarının bir ceza soruturması kapsamında Niemietz isimli davacının hukuk bürosunda yaptığı aramanın AİHS m.8'e aykırı olduğu iddiası söz konusu olmuş, AİHM (Divan'ın *Hoechst* kararına da atıf yaparak), hükümdeki ''özel yaşam'' kavramının Divan'ın yaptığı gibi yorumlanmasının çok sınırlayıcı olduğunu; bu anlamda özel yaşamla ilgili mesleki ve ticari faaliyetleri dışlayacak bir yorum yapmanın makul bir gerekçeye dayanmadığını; nitekim bazı akit devletlerde de, ''konut'' (*home*), kavramının kişilerin mesleklerini icra ettikleri mülkleri de kapsar nitelikte genişletildiğini; üstelik hükümdeki bu ''konut'' kavramını bu şekilde yorumlamanın, 8. maddenin temel amacı olan bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinden korumak ile de uyumlu olacağını söylemiştir (paras. 29-31). Dava, davacının niteliği itibariyle doğrudan bir tüzel kişiyi ilgilendirmese de, Mahkeme, açıkça, 8. maddedeki ''*home*'' kavramının, sadece bireyin dar anlamda evini değil; ticari ve mesleki faaliyetlerin yürütüldüğü yerleri de kapsayacağını söylemiştir.

[1065] *Roquette Frères* kararında (C-94/00) ise, Divan, söz konusu hakka ilişkin olarak *Hoechst*'tan sonraki AİHM içtihadına bakılması gerektiğini; bu noktada da, AİHM'nin, *Niemietz* ve *Colas Est* (No: 37971/97) kararlarında, m.8'deki ''konut'' kavramını işletmelerin mülkiyetlerindeki işyerlerine de teşmil edecek şekilde uyguladığını belirtmiş ve bunu dikkate almıştır (para.29).

otoriteleri tarafından verilen para cezalarının da m.6 anlamında bir yaptırım olduğu yaklaşımını benimsemiş; Divan da, sonraki bir kararında, ilk içtihadını değiştirmiştir.[1066]

Buna benzer örnekleri artırmak mümkündür. Nitekim Divan, sonraki yıllarda, cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı ve cinsel yönelim (özellikle ''transseksüel'' kavramının tanımı); isim hakkı vs. konularda da, içtihatlarını ya değiştirmiş; ya da AİHM'nin o konuda içtihadı varsa, o doğrultuda yorumlamış ve uygulamıştır.[1067]

Hakkın Sınırları Meselesinin Söz Konusu Olması. Yine Divan'ın karşılaşabileceği insan hakları temelli bir başka dava da, *AB Hukukunun* bireylere tanıdığı bir hakkın (örneğin serbest dolaşım hakları gibi) sınırlanması söz konusu olduğunda, bu sınırlamanın *Birlik Hukukuna*, dolayısıyla Birlikte korunan temel haklara (insan haklarına) uygun olup olmadığının incelenmesi gereken davalardır.[1068] Örneğin yukarıda kaynaklar

---

[1066] Önce *Musique Diffusion Française* kararında (C-100-103/80, Joined Cases), Divan, Komisyon'un rekabet soruşturmaları kapsamındaki birtakım yetkileri bakımından hem savcı (iddia makamı) hem de yargıç (savunma makamı) işlevlerini yerine getirdiği ve bunun da AİHS m.6'daki adil yargılanma hakkına aykırı olduğu iddialarına karşılık, Komisyon'un, AİHS m.6 anlamında bir mahkeme (*tribunal*) olmadığını ve dolayısıyla da m.6'daki usuli güvencelere tabi olmayacağını söylemiştir (paras. 9, 10). Ardından AİHK, 1992 yılında verdiği *Société Stenuit v. France* kararında (No: 11598/85), Fransız rekabet otoritesi tarafından bir Fransız firmasına verilen para cezasının m.6 anlamında bir cezai yaptırım olduğunun söylemiştir. Bu andan itibaren Divan'ın, Strazburg organlarının henüz konuya dair bir yaklaşımları yokken benimsediği *Musique Diffusion Française*'deki 6. madde yorumunun AİHS sistemine aykırı haline geldiği açıktır. (Hatta doktrinde Betten ve Grief, Strazburg organlarının başka birtakım kararlarında da, bunun açıkça ortaya konduğunu ve hatta özel olarak rekabet soruşturmalarının – soruşturma sonucunda verilen para cezasından bağımsız olarak – m.6 anlamında ''medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi'' kavramı içinde mütalaa edildiğini söylemektedirler; **Ibid.** pp.102-103.) Nitekim Divan, bundan sonra verdiği *Orkem* kararında (C-374/87), 6. maddeye, rekabet soruşturmasına tabi tutulan bir işletme tarafından dayanılabileceğini belirtmiş ve böylece içtihadını AİHM içtihadı ile uyumlaştırmıştır. Ancak öte yandan, bu karar, başka bir yönden – yine ileride çözülecek – bir çatışmayı da beraberinde getirmiştir. Divan, adil yargılanma hakkının idari soruşturmalara da teşmil edileceğini söylemiş; fakat somut olay bakımından AİHS m.6'dan, davacının iddia ettiği gibi, ''kimsenin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı'' ilkesinin çıkarılamayacağını söylemiştir. (Davacı, bir alt-kaynak olarak MSHS'ye de başvurmuş; ancak Divan, Sözleşme'deki m.14/3, g hükmünün masumiyet karinesiyle birlikte böyle bir hakkı içerdiğini; ne var ki, onun da, cezai nitelikteki soruşturmalara ilişkin olup, rekabet soruşturmalarını kapsamadığını söylemiştir; paras. 31-32). AİHM ise, bunun ardından verdiği *Funke* kararında (No:10828/84), m.6'nın bu kapsamda yorumlanmasının doğru olmadığını ortaya koymuş ve hükmün, kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama (sessiz kalma) ilkesini/hakkını da içerdiğine karar vermiştir. Nitekim Divan da, bundan sonra konuyla ilgili verdiği kararlarında, adil yargılanma hakkını, bu kapsamda uygulamaktan kaçınmamıştır.

[1067] Bir transseksüele, cinsiyet değişikliğinden önce taşıdığı cinsiyetten biriyle evlenme hakkının verilmemesinin AİHM tarafından Sözleşme'nin 12. maddesindeki evlenme hakkının ihlali olarak görüldüğüne atıf yaparak söz konusu hakkı bu doğrultuda yorumlamasına ilişkin bkz.: *K.B. kararı* (C-117/01).

[1068] Yine bir antir-parantez açıp AİHS sistemiyle ilgili bir hususu paylaşmak gerekir: Bilindiği gibi, AİHS, birçok hak bakımından, hakkı/hürriyeti tanıyıp güvence altına aldıktan sonra belli sebeplerle sınırlanabileceğini öngörmüştür. Bu sebeplerin içinin doldurulması da, yine uygulamaya, yani AİHM içtihatlarına bırakılmış durumdadır.

bahsini incelerken sıkça örneklerini gördüğümüz gibi, bir Birlik organının veya Üye Devletin, malların veya hizmetlerin serbest dolaşımına bir sınırlama getirmesi halinde, genelde bu sınırlamanın *AB İnsan Hakları Hukukuna* (yani AB'de korunan temel haklara) aykırı olduğu ileri sürülmekte ve Divan'dan bu konuda bir karar vermesi istenmektedir. Divan da, konuya ilişkin yapacağı değerlendirmede, somut sınırlamanın Sözleşme'deki sınırlama standartlarına/kriterlerine uygun olup olmadığını inceleyecek; bu bağlamda da, yine (ortak anayasal geleneklerle birlikte) AİHS'ye (ve dolayısıyla ister istemez AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımına) bakacaktır. Bu gibi hususlarda da, Divan'ın tavrı (hakların kapsamının belirlenmesinde olduğu gibi) **içtihadını AİHM ile uyumlaştırmak ve ona aykırı bir görüş benimsemekten kaçınmak** olmuştur.[1069]

Görüldüğü gibi, burada asıl çatışma ihtimali, ''hakkın kapsamı'' noktasında karşımıza çıkmaktadır. Hakkın bizatihi varlığı noktasında, AİHS'te açıkça düzenlenen bir hak veya özgürlüğün Divan tarafından genel hukuk ilkesi olarak tanınmamasının pek olası olmadığını belirttik. Keza, hakkın sınırları noktasında da, AİHS sisteminde genelde haklar için sınırların öngörüldüğü ve buna ilişkin yerel/ulusal/AB yargı mercilerinin de belli bir düzeye kadar takdir marjı bulunduğunu düşündüğümüzde ve buna AİHM'nin *Bosphorus* doktrinini eklediğimizde, bu alanda da bir çatışma ihtimalinin düşük olduğunu söyleyebiliriz. Ancak mesele, bir alt-hakkın bir hak veya özgürlüğün kapsamına girip girmediğine gelince, işte burada Lüksemburg ve Strazburg arasındaki yaklaşımlar farklılaşabilmekte; bu farklılaşmanın olduğu yerde de, burada tartıştığımız ''soft'' bağlayıcılık meselesi devreye girmektedir. Bu noktada ise, Divan'ın tavrının, hukuken bağlı olmasa da, pratikte AİHM kararlarına büyük oranda uyum sağlamak yönünde olduğunu; o anda AİHM'nin bir yorumu/yaklaşımı olan konularda onu takip ettiğini; olmayan konularda ise,[1070] kendi kanaatine göre Sözleşme hükümlerini yorumladığını,

---

[1069] Tabii burada şunu da unutmamak gerekir. Sınırlama sebepleri noktasında Sözleşme, sebepleri zikretmekte; AİHM de, eline fırsat geçtikçe bu sebeplerin yorumlanmasındaki esasları ortaya koymaktadır. Ancak özellikle kamu düzeni, genel sağlık, başkalarının haklarının korunması gibi sebepler bakımından, Mahkeme'nin, kimi zaman nihai takdir yetkisini, ortaya konan bu esaslar çerçevesinde ulusal otoritelere ve bilhassa da ulusal mahkemelere bıraktığını düşünürsek; bu sebeplerin bir esin kaynağı ve bir referans olarak uygulanması noktasında, aynı mantıkla nihai değerlendirmenin Birlik yargısında (yani Divan'da) olacağı ve bu noktada, bariz bir aykırı yorum ihtimali dışında bir çatışmanın zaten söz konusu olmayacağı söylenebilir.

[1070] Özellikle Divan'ın Toplulukta insan hakları korumasını başlattığı ve bu bağlamda AİHS'ye atıf yapmaya başladığı 1970'li ve bir ölçüde bu atfı sıklaştırdığı 80'li yıllarda, AİHM'nin bir görüş belirtmediği ve içtihadının olmadığı alanlara rastlamak mümkündü. Dolayısıyla bazı davalarda Divan, bir Sözleşme maddesinin kapsamına dair görüşünü bildirirken, o konuda AİHM'nin mevcut bir içtihadı bulunmamaktaydı. Örneğin **tüzel kişilerin konut dokunulmazlığı hakkından yararlanmaları** veya **aynı cinsten evliliklerin evlenme hakkı kapsamında görülüp görülmeyeceği** gibi konularda Divan, AİHM'den daha önce görüşünü bildirmek durumunda

fakat sonradan bu yorumuna aykırı bir AİHM yorumu/yaklaşımı geldiğinde de eski yorumunu/yaklaşımını değiştirmeye hazırlıklı olduğunu görmekteyiz.[1071] Tüm bu pozisyon ise, AİHS'nin burada kastettiğimiz anlamdaki ''soft'' bağlayıcılığının üst düzeyde olduğunu bize göstermektedir.[1072]

Ancak vurgulanmadan geçilmemesi gereken bir şey ise, birçoğu sonradan düzeltilse de, belli konularda iki Mahkeme arasında önemli görüş ve anlayış farklılıkları olduğunun açık olduğudur. Aslında mesele, Lüksemburg Mahkemesi'nin birincil işlevinin, ortak pazarın düzgün işleyişini temin etmek iken; Strazburg Mahkemesi'nin önceliğinin (daha doğrusu tek ve temel işlevinin) temel hak ve özgürlüklerin korunmasını temin etmek olmasından kaynaklanmaktadır.[1073] Her iki Mahkeme'nin önceliklerinin farklı olması, ister istemez temel haklara bakışlarını ve özellikle de hak ve özgürlüklerin sınırlanması noktasındaki yaklaşımlarını etkilemektedir. AİHM'nin daha ''hak ve özgürlük yanlısı'' zihniyeti, söz konusu olan *AB Hukuku* olunca, Divan tarafından ''AB'nin gerekliliklerivle'' dengelenmektedir.[1074]

Diğer Uluslararası Sözleşmeler Bakımından Durum

---

kalmıştı. Mahkeme'nin özellikle tam zamanlı olarak çalışmaya başladığı ve yargı yetkisinin de zorunlu olduğu 1990'lı yıllarda ise, içtihatları artmış ve Divan, böyle bir durumla daha az karşılaşır hale gelmiştir.

[1071] Ancak hemen belirtelim ki, bu etkileşim tek yönlü de olmamıştır. Strazburg'dan da Lüksemburg'a doğru bir atıf, esinlenme halleri söz konusu olmuştur. Mesela bu anlamda, transseksüellerin cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı bağlamında ''cinsiyet'' kavramı içine alınmasına ilişkin olarak, AİHM'nin, *Goodwin v UK* kararında (No:28957/95), Divan'ın *P v S and Cornwall County Council* kararına (C-13/94) atfı oldukça önemlidir. Ancak konumuz AİHS'nin genel hukuku ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynağı olarak ''soft'' bağlayıcılığı ve bu bağlamda da AİHM kararlarına riayet olduğu için, biz etkileşimin bu yönü üzerinde durmadık.

[1072] Tabii bunun Divan için başka bir açıdan bir handikap meydana getirdiği de söylenmiş; Divan'ın AİHS'nin hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak uygulanmasında AİHM içtihatlarına bu denli ''saygı göstermesinin'', bir anlamda kendi eliyle kendini Divan'ın kollarına bırakmak ve kendi kendini ''tuzağa düşürmek'' sonucuna yol açtığı ileri sürülmüştür. Zira Sözleşme ve yargı organları, *AB Hukukunda* ve Divan nezdinde etkinlik ve meşruiyetlerini artırdıkça, Divan'ın AİHS ve AİHM'ye olan ''saygı'' ve ''bağlılığı''nın suiistimal edilmesi mümkün hale gelebilecektir. Schimmelfennig, **op.cit**, p.1258.

[1073] Lindfelt, **op.cit,** p.74.

[1074] Örneğin doktrinde Değer'in bir örnek üzerinden yaptığı şu tespitleri, üzerinde düşünülmeye değerdir. Yazar, cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı bağlamında, Divan'ın, *P v S.*'de, transseksüeller noktasındaki genişletici yorumu/olumlu tavrı ile *Grant*'ta, homoseksüeller noktasındaki genişletici olmayan yorumu/olumsuz tavrı arasındaki farkı, transseksüellerin sayısının homoseksüellere göre oldukça az olması ve bu anlamda AB ile Üye Devletlere getirebileceği mali yükün çok fazla olmayacak olmasına rağmen, homoseksüellikte durumun tam tersi olması ile izah etmektedir. Değer, **a.g.e.**, s.103. Bunun hak ve özgürlüklerin doğası ve hak teorisi açısından ne kadar isabetli bir yaklaşım olduğu ise, elbette tartışmaya açıktır.

Divan'ın hukukun genel ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynağı olarak başvurduğu AİHS dışındaki uluslararası sözleşmelerin, hukuki bağlayıcılıklarının ötesinde, ''soft/pratik'' bağlayıcılıklarının da, AİHS (ve AİHM) kadar olduğunu söyleyemeyiz. Elbette yine, Divan'ın, Üye Devletlerin taraf oldukları herhangi bir uluslararası sözleşmede (mesela Avrupa Sosyal Şartı veya MSHS) tanınan bir hak veya özgürlüğü AB hakkı/özgürlüğü olarak tanımayı reddetmesi, söz konusu değildir. Ancak yine hakların özellikle *kapsam ve sınırlarının* belirlenmesinde, bir yorum ameliyesinin devreye girmesi karşısında, Divan, AİHS'te olduğu gibi, hakları, kendi görüşü doğrultusunda yorumlamaktadır. Üstelik bu metinler bakımından AİHM gibi bağlayıcı ve zorunlu yargı yetkisine sahip bir yargısal kuruluş da söz konusu olmadığından, buradaki etkileşimin, AİHS ile olan ilişkideki gibi cereyan etmediğini söyleyebiliriz. Hatta Divan, zaman zaman açıkça bir ''çatışmaya'' girmekten dahi kaçınmamıştır. Örneğin, MSHS'ye ilişkin BM İnsan Hakları Komitesi'nin Sözleşme'nin 2. maddesindeki ''cinsiyet'' (*sex*) kavramının ''cinsel yönelim'' temelinde ayrımcılığı da yasakladığı şeklindeki yorumuna[1075] karşılık Divan, cinsiyet kavramına ilişkin bu yorumun genel olarak kabul edilen bir yorum olmadığını belirterek, (o zamanki) AT Antlaşması'nın 119. maddesinde düzenlenen cinsiyet temelinde ayrım gözetmeksizin eşit ücret ödeme hükmünün uygulanmasında dikkate almamıştır.[1076] Hatta Divan'ın, bazen, tüm Üye Devletlerin taraf olmadığı gerekçesiyle bir Avrupa Konseyi sözleşmesini tümüyle dikkate almadığı dahi olmuştur.[1077] Bu anlamda bunların hukuki bağlayıcılıkları bir yana, pratik ve yumuşak (*soft*) olarak adlandırdığımız bağlayıcılıkları da, AİHS ile aynı düzeyde değildir. [1078]

Bitirirken

Bitirirken, daha önceden de yaptığımız şu uyarıyı tekrardan hatırlatmakta fayda görüyoruz: Bilindiği üzere, hukukun genel ilkeleri, başta Üye Devletlerin ortak anayasal gelenekleri olmak üzere çok çeşitli kaynaklardan elde edilen kaynaklardır. Ancak

---

[1075] **Communication No: 488/1992**, *Toonen v. Australia*, 31.3.1994, para.87. Lindfelt, **op.cit**, p.72.

[1076] Lindfelt, **op.cit**, p.72.

[1077] *De Fruytier* kararında (C-237/09), Divan, *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'ni (Sözleşme No: 164), AB'nin imzalamadığını ve bireysel olarak Üye Devletlerin de çok azının onay prosedürünü tamamladığını öne sürerek, davacıların ona dayanarak ileri sürdüğü bir hakkı kabul etmeye yanaşmamıştır (para.27). Halbuki böyle bir durumu dikkate almadığı başka kararlarına ise, yukarıda değinmiştik (bkz.: supra dipnot: 998).

[1078] Üstelik, AİHS'nin gerek sözleşme olarak yeri ve gerekse yargısal yorumlayıcısı olan AİHM'nin Avrupa kamu düzenindeki konumu ve etkinliğinin, diğer sözleşme ve mahkemelerle denk tutulamayacağı açıktır.

kaynağı – *AB (İnsan Hakları) Hukuku* dışında – her nerede olursa olsun (ulusal veya uluslararası hukuk), bir genel hukuk ilkesi, bir kez Birlik yargısı tarafından bu bağlamda benimsendi mi, artık bu hukukun bir ilkesi olarak varlığına devam etmektedir. İşte temelde, bu ilkeler kapsamında ortaya çıkarılan insan hakları için de aynı durum söz konusudur. Her ne kadar Divan, AB'de insan haklarının kaynakları olarak ulusal (ortak anayasal gelenekleri) ve (başta AİHS olmak üzere uluslararası antlaşmalardan oluşan) *Uluslararası Hukuku* işaret ettiyse de, neticede korunan insan hakkı, artık AB hukuk düzeninin bir öğesi olmakta ve bu hukuk kapsamında korunmaktadır. Ulusal ve *Uluslararası Hukukun* rolü ise, bu hakların bulunup çıkarılmasında Divan'a ilham kaynağı olmakla sınırlı olmaktadır.[1079] Elbette bu durum, Lizbon Antlaşması sonrası dönemde de, halen *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir kaynağı olarak açıkça zikredilmeye devam eden hukukun genel ilkeleri kapsamında Adalet Divanı tarafından bulunup çıkarılan/çıkarılacak olan hak ve özgürlükler içindir. Yoksa, özellikle Lizbon sonrası dönemde bizzat Antlaşmalarda yahut ikincil mevzuatta yer alan veya Temel Haklar Şartı'nda güvence altına alınan haklar, zaten *AB Hukukunun* bizzat kendi haklarıdır. Bu, Divan'ın ta *Handelsgesellschaft*'tan beri söylediği, insan haklarının niteliği ve kapsamının *AB Hukukunun* özellikleri içinde değerlendirileceği tezinin de bir anlamda sonucudur.[1080]

3.1.3. Yeni, Bağımsız ve Bağlayıcı Temel Kaynak Olarak Temel Haklar Şartı

Kaynaklar bahsine başlarken de belirttiğimiz gibi, Temel Haklar Şartı da, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynaklarından biridir. Bu kaynak, tarihsel süreç içinde hukukun genel ilkelerinden sonra gelmiştir ve hukukun genel ilkeleri, yine *AB İnsan Hakları Hukukunun* bir kaynağı olarak uygulanmaya devam edecektir. Ancak bu hukukun mevcut durumunda, Lizbon sonrası dönemde temel kaynak, AB Antlaşması'nın 6. maddesi uyarınca Temel Haklar Şartı olacaktır. Biz, Şart'ın da daha iyi anlaşılacağına hizmet edeceğini düşündüğümüzden, önce Şart'ın da üzerine bina edildiği, ilk ''göz

[1079] Ahmed, Butler, **op.cit**, p.773. Nitekim benzer görüşler için *Grogan* davasında (C-159/90) *Hukuk Sözcüsü* Warner'in görüşlerine de (para.30) bakılabilir.

[1080] Tabii bunun meşhur ''üstünlük'' doktriniyle de ilgisini atlamamak gerekir. Divan, ulusal ve uluslararası hukuklardan esinlense bile, neticede söz konusu genel hukuk ilkesinin ve hakkın Birlik normu olduğunu ortaya koymak suretiyle bir anlamda Topluluğun ilk yıllarından beri oturtmaya çalıştığı bu hukukun gerek ulusal gerek uluslararası hukuktan bağımsız, özerk ve yeni bir hukuk düzeni olduğu iddiasını desteklemiş olmaktadır. Aksi halde *AB Hukukunun* örneğin Üye Devlet hukuklarına bağlı olduğunu kabul etmiş olurdu ki, bunun da üstünlük ve özerklik iddialarıyla telif edilemeyeceği açıktır.

ağrısı'' olan hukukun genel ilkelerine ve o bağlamda da ortak anayasal gelenekler ile AİHS başta olmak üzere uluslararası sözleşmelere baktık. Şimdi ise, Lizbon'la bağlayıcı ve anayasal hale gelen Şart'ın *AB İnsan Hakları Hukukundaki* kaynak olma rolüne bakacağız.

Temel Haklar Şartı'nın ele alınmasında üç yönden bahsedilebilir: Şart'ın tarihsel arkaplanı ve kabulü – Şart'ın içerdiği haklar – Şart'ın uygulanma kapsamı ve kaynak olmadaki işlevi. Biz, bunlardan tarihsel ayağı, tezin bir önceki bölümünde siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler faslında ele aldık. Şart'ın içerdiği hak ve özgürlük güvencelerine bu bölümün bir sonraki kısmında, *AB İnsan Hakları Hukukunda* korunan haklar kataloğu başlığı altında yer vereceğiz. Burada ise, Lizbon sonrası dönemde *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel anayasal kaynağı haline gelen Şart'ın, bu *''kaynak olma'' rolüne* ve bu rolü tespit için de, *uygulanma alanı, kapsamı, hangi hallerde Birliği ve Üye Devletleri bağladığı, başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmeler, ortak anayasal gelenekler ve de ilgili Kurucu Antlaşma hükümleriyle ilişkisi, getirdiği güvencelerin yargısal olarak ileri sürülebilirliği/sürülemezliği, içerdiği hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi ve kötüye kullanılma yasağı* gibi hususlara değineceğiz.[1081]

[1081] *''Açıklamalar''ın Rolü*. Ayrıca bu noktada belirtelim ki, bu başlık altında Şart'a dair yapacağımız açıklamalarda, Şart'ı hazırlayan Konvansiyon'un Başkanlığı tarafından hazırlanan ''Açıklamalar'' (*Explanations*) metninden istifade edilecektir. Burada, Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkelerin ne anlama geldiği; AİHS'te veya diğer uluslararası metinlerde (mesela Avrupa Sosyal Şartı gibi) hangi hak veya özgürlüğe karşılık geldiği; uygulanma kapsamı gibi hususlar ile özellikle yatay hükümler dediğimiz Şart'ın genel olarak uygulanma ve yorumlanma kapsamını ve sınırlandırılması rejimini düzenleyen 51 vd. maddelerin anlamı üzerinde açıklamalar mevcuttur. Şart'ın m. 52/7 hükmü, Şart'ın yorumlanmasına yardımcı olmak üzere hazırlanan (yukarıda tarihsel gelişim kısmında değindiğimiz bir nevi ''şerh'' veya ''gerekçe'' niteliğindeki) bu ''Açıklamalar'' metninin, hem Birlik hem de Üye Devlet mahkemeleri tarafından yorum ve uygulamada dikkate alınacağını söylemektedir. *Açıklamalar*, ilk olarak 2000'de Şart'ı hazırlayan Konvansiyon'un Başkanlığı tarafından hazırlanmış ve daha sonradan Anayasa'yı hazırlamak için toplanan ikinci Konvansiyon'da (Anayasa Konvansiyonu), Şart'ta (özellikle de kapsam ve yoruma dair 51 ve 52. maddelerde) yapılan değişikliklere uyum sağlamak adına bu sefer bu (Anayasal) Konvansiyon'un Başkanlığı tarafından revize edilmiştir. (Son metin, AB Resmi Gazetesi'nin 14.12.2007 tarihli nüshasında (C-303) bulunabilir.) Buradaki izahat, örnek ve açıklamalar, hukuken bağlayıcı olmasa da, bizzat Şart'ın kendisi tarafından Şart'ın yorum ve uygulamasında bakılması gerekli hususlar olarak takdim edilmiştir.

3.1.3.1. Şart'ın Hukuki Statüsü ve Genel Hatlarıyla İçeriği

Hukuki Statü

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Lizbon sonrası yeniden şekillenen AB Antlaşması'nın 6. maddesi, *Birliğin, Temel Haklar Şartı'nda düzenlenen hak, özgürlük ve ilkeleri tanıdığını ve Şart'ın (Kurucu) Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğunu* söylemektedir. O halde Şart, AB Hukukunun en üst normatif kaynakları olan Kurucu Antlaşmalar seviyesinden bu hukukun normlar hiyerarşisine giriş yapmıştır. Keza Şart'ın ''Giriş'' (*Preamble*) bölümünde de, *Birliğin işbu Şart'ta öngörülen hak, özgürlük ve ilkeleri tanıdığı* belirtilmiştir. Böylece 2000'de kabul edildiği andan itibaren bağlayıcı olmayan Şart'ın hukuki statüsü, Lizbon Antlaşması (sonrası AB Antlaşması) ile açığa kavuşturulmuştur.

Genel İçerik

Şart, bir ''Giriş'' kısmı ile birlikte 54 maddelik ''7 Bölüm''den oluşmaktadır. Yaklaşık 50 hak, özgürlük ve ilkeyi içeren metinde, ilk bölüm *insan onuruyla* ilgili hükümlere; ikinci bölüm, *özgürlüklere*; üçüncü bölüm, *eşitlik ilkesine*; dördüncü bölüm, sosyal ve ekonomik nitelikli hakların olduğu *dayanışma hükümlerine*; beşinci bölüm, *AB vatandaşlarının vatandaşlık haklarına*; altıncı bölüm, *suç ve cezalar ve yargılanma bağlamında adalet ile ilgili güvencelere* ve yedinci bölüm de, Şart'ın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili *genel hükümlere* ayrılmıştır.

Şart'ta, sadece AİHS'te (ve MSHS gibi belgelerde) düzenlenen klasik hak ve özgürlüklere değil; ilave güvencelere de yer verildiğini şimdiden söylemek gerekir. Bu anlamda hem medeni ve siyasi haklar, ilave hak ve özgürlük güvenceleriyle tahkim edilmiş (mesela veri koruma ve klonlama gibi konularda); hem de Avrupa Sosyal Şartı, Topluluk Sosyal Şartı ve ESKHS gibi metinlerde düzenlenen sosyal-ekonomik nitelikli hak, özgürlük ve ilkelere yer verilmiştir. Bu yönüyle Şart, şimdiden söylemek gerekir ki, medeni ve siyasi haklarla sosyal ve ekonomik hakları ayrı ayrı metinlerde düzenleyen uluslararası hukuk pratiğinden de önemli bir sapmayı temsil etmektedir. Yine Şart'ta, çevre hakkı gibi üçüncü kuşak haklar denen hak/özgürlük/ilkelere rastlamak da

mümkündür.[1082] Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkelere, tek tek, aşağıda, *AB İnsan Hakları Hukukunda* korunan temel hak ve özgürlükler başlığı altında ayrıca yer vereceğimizi tekrardan hatırlatalım.

Hak-İlke Ayrımı

Yine belki Şart'ın içeriği noktasında söylenmesi gereken bir başka husus da, Şart'ın getirdiği güvencelerin ''haklar'' ve ''ilkeler'' olarak sınıflandırılmış olmasıdır. Şart'ın 52/5 hükmü, *Şart'ın ''ilkeleri'' içeren hükümlerinin, Birlik organ ve kurumları tarafından kabul edilecek yasal ve idari tasarruflar ve Üye Devletlerin AB Hukukunu uygulamaları kapsamındaki eylem ve işlemleri vasıtasıyla uygulanabileceğini ve bunların, yalnızca onları uygulamaya geçiren yasal ve idari tedbirlerin (tasarrufların) hukuka uygunluğunun denetlenmesi söz konusu olduğunda bir yorum aracı olarak yargı organları önünde ileri sürülebileceğini* söylemektedir. Yani Şart, getirdiği güvenceleri, bir yanda, doğrudan uygulanabilen ve gerçek kişileri, Birlik organlarını ve Üye Devletleri bağlayıcı haklar; bir yanda da, doğrudan uygulanma ve ileri sürülme kapasitesi olmayan ve ancak yasal ve idari tasarruflarla uygulamaya geçirilebilecek ilkeler şeklinde ikiye ayırmıştır.[1083] Bu ikinci gruptakiler, ancak, Birlik ile Üye Devletlerin (tabii ki antlaşmalardan kaynaklanan yetkileri bağlamında) onları uygulamaya geçiren yasal ve idari tedbirlerinin yargısal bir denetime konu olmaları halinde, bunları yorumlamak amacıyla başvurulabilecek ilkelerdir.[1084] Bu, sondaki değerlendirme faslında da değineceğimiz üzere, sosyal ve ekonomik nitelikli hakları, medeni ve siyasi haklar karşısında ezdirdiği ve böylece insan haklarının ''bölünmezliği'' ilkesini zedelediği yönüyle eleştirilmiştir.[1085]

[1082] Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.651.

[1083] Nitekim *Açıklamalar*'a göre de, Şart, hakları, uyulması gereken (*to be respected*); ilkeleri ise, gözetilmesi gereken (*to be observed*) normlar/ilkeler şeklinde ifade ederek bu durumu ortaya koymuştur. Yine *Açıklamalar*'a göre, bu, Divan'ın o güne kadarki hukukun genel ilkeleri kapsamındaki yaklaşımına da uygundur; Divan, birçok kararında, ''ihtiyatlılık ilkesi'' (*precautionary principle*), tarım piyasasına ilişkin ilkeler, piyasa istikrarı ilkesi gibi hususlarda, ilkelerin, doğrudan ileri sürülebilen haklar meydana getirme ehliyetinin bulunmadığını söylemiştir.

[1084] Yani örneğin, bir kimse, Şart'ın 37. maddesinde düzenlenen çevrenin korunması ilkesine binaen herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Fakat Birlik, çevrenin korunması bağlamında bir adım attığında (örneğin bir tüzük veya yönerge çıkarttığında), artık o tasarruf, hukuka uygunluk denetiminde, Şart'ın 37. maddesi bakımından da incelenebilecek ve gerekirse iptal edilebilecektir. Veya diyelim ki, söz konusu Birlik tüzüğü/yönergesi, belli noktalardan yoruma ihtiyaç duyarsa, bu yorum, yine Şart'ın 37. maddesi bağlamında yapılacaktır. Dashwood et. al., **op.cit**, pp.384, 385.

[1085] Bunların aslında yargısal korumadan ve ilgili merciler önünde ileri sürülebilir haklar meydana getirmekten bütünüyle de uzak olmadığı yönünde güzel bir tartışma için bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.167 vd.

Tabii bu noktada, Şart'ın hangi hükümlerinin bu anlamda bir ''ilke'' olduğu sorusunun cevaplanması gerekir. Şart, sadece üç maddesinde açıkça ''ilke'' ifadesini kullanmaktadır.[1086] Ancak tabii ki, ilkeler, sadece bunlardan ibaret değildir. Bunların, genelde Şart'ın ''Dayanışma'' başlıklı IV. bölümünde düzenlenen hususlar olduğu söylenmektedir. Bunlardan bazıları, sadece ilke niteliğindeki güvenceleri içerirken; bazıları ise, hem ilke hem de hak boyutu olan düzenlemelerdir.[1087] Ancak belirtelim ki, Şart, bu konuda net bir listeleme yapmış değildir; net olarak hangi maddenin hak hangi maddenin ilke içerdiği belli olmadığı gibi; dediğimiz gibi, bazı maddelerin içinde hem bir hak/özgürlük hem de bir ilkeye rastlamak da mümkündür. Bu da, nihai noktada, Şart'ın getirdiği güvencelerden hangilerinin ileri sürülebilen talepler meydana getiren hak-özgürlük, hangilerinin yorumda kullanılacak ilkeler olduğu yönündeki son sözün Birlik yargısına kaldığını göstermektedir.

3.1.3.2. Şart'ın Uygulanma Kapsamı: Yatay Hükümler

Şart, Birlik organlarının tasarrufları ile Üye Devletlerin *AB Hukukunu* uygulamaları kapsamındaki tasarruflarını kapsayacaktır.

Birlik Tasarruflarına İlişkin Kapsamı

Bu anlamda tüm Birlik kurum (*institutions*), organ (*body*), ofis (*office*) ve ajansları (*agency*), tüm eylem ve işlemlerinde Şart ile bağlıdır. *Açıklamalar*'a göre; buradaki kurumlar, ABA'nın 13. maddesinde tek tek sayılan Birlik kurumlarını;[1088] organ, ofis ve

---

[1086] m.23 – *kadın ve erkek arasında eşitlik ilkesi*; m.37 – *sürdürülebilir kalkınma ilkesi* ve m.47 – *cezaların orantılılığı ve kanuniliği ilkesi*. Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.652.

[1087] *Yaşlıların haklarına* ilişkin 25., *engelli insanların topluma entegrasyonuna* dair birtakım hususları düzenleyen 26., *çevrenin korunmasını* öngören 37. veya *tüketicinin korunmasına* ilişkin 38. madde, birinci gruba; *erkek ve kadın arasında her alanda eşitliği* öngören 23., *ailenin hukuki, ekonomik ve sosyal korumadan istifade etmesini* öngören 33. ve *sosyal güvenlikle sosyal yardım hakkına* ilişkin 34. maddeler de, ikinci gruba örnek olarak verilebilir. Örneğin, Şart'ın 33. maddesinin ''aile, hukuki, ekonomik ve sosyal korumadan yararlanır'' diyen ilk fıkrası, bir ''ilke'' niteliğindeyken; ''aile ve meslek hayatını uyumlaştırmak (beraberce yürütülmesini sağlamak) için, herkes, annelikle bağlantılı bir sebepten dolayı işten çıkarılmaya karşı korunma ve bir çocuğun doğumu veya evlat edinilmesini takiben ücretli annelik ve doğum izni alma hakkına sahiptir'' diyen ikinci fıkrası ise, bir ''hak'' niteliğindedir. Schütze, **op.cit**, p.426.

[1088] Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi, Konsey (Bakanlar Konseyi), Komisyon, Adalet Divanı, Avrupa Merkez Bankası ve Hesap Mahkemesi (Sayıştay)

ajanslar ise, Antlaşmalar ve ikincil mevzuatla oluşturulmuş bulunan tüm birimleri[1089] kapsamaktadır.

Üye Devlet Tasarruflarına İlişkin Kapsamı

51. madde, Üye Devletlere[1090] ilişkin olarak ise, ***onların yalnızca Birlik Hukukunu ''uyguladıkları esnada'' (when they are implementing Community law) Şart ile bağlı olacaklarını*** söylemektedir. Bilindiği gibi, Divan, Üye Devlet tasarruflarını da insan haklarına uygunluk açısından denetlemeye başladığı 1989 tarihli *Wachauf* kararından (C-5/88) itibaren, Üye Devletlerin *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki tasarruflarını insan haklarına uygunluk açısından denetlemektedir. Divan'ın burada kullandığı formülasyon, ''Topluluk/Birlik Hukuku kapsamındaki ulusal tasarruflar'' anlamında *''within the scope of Community/Union law''* ifadesidir. Oysa, Şart'ın 51. maddesinde, ''Birlik Hukukunu uygularkenki'' anlamında *''when they implement Union law''* ifadesi tercih edilmiştir. Bu noktada, Şart'ın getirdiği formülasyon olan *''Birlik Hukukunu uygularkenki (uygulamaları kapsamındaki) tasarruflar''* ile Divan'ın eskiden beri benimsediği *''Birlik Hukuku kapsamındaki tasarruflar''* ifadelerinin farklı olup olmadığı sorusu sorulmuştur. Kimi, Şart'ın getirdiği yaklaşımın uzun yıllardır süre gelen içtihadi yaklaşıma göre daha daraltıcı (ve böylece Üye Devletleri biraz daha denetim dışı bırakıcı) olduğunu söylemiş;[1091] kimi ise, bunun uygulamada çok bir farklılık doğurmayacağını, zira yine ''uygulama'' kavramının kapsamının Divan tarafından doldurulacağını ve Divan'ın benimseyeceği yaklaşımın yine eski içtihadi yaklaşımı gibi

---

[1089] Örn: Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ombudsman'ı, Avrupa Yatırım Bankası, Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesi, Avrupa Yatırım Fonu, Avrupa Dış Eylem Servisi vb. 40 civarında Ajans vs. birim.

[1090] *Açıklamalar*'a göre, ''Üye Devlet'' dendiğinde, merkezi birimler ile birlikte, bölgesel ve yerel otoriteler ve tüm kamu kurum ve kuruluşları anlaşılmalıdır.

[1091] Divan'ın yaklaşımına göre, teknik anlamda bir ''uygulama'' aranmadan bir şekilde *AB Hukukunun* kapsamına giren her meselenin *''AB Hukukunun* kapsamı'' kavramı içine girip insan hakları denetimine tabi tutulduğu; oysa bu kapsamda olup da teknik anlamda ''uygulama'' kavramı içine girmeyecek ulusal tasarrufların, 51. madde uyarınca Şart'ın denetiminde olmayacağı söylenmiştir. Dashwood et.al., **op.cit,** p.383. Bu anlamda, bir Birlik tüzüğünün ulusal tasarruflar vasıtasıyla uygulanması; ya bir Birlik yönergesinin iç hukuka aktarılması bağlamında birtakım ulusal tasarrufların kabul edilmesi (mesela mevzuatın değiştirilmesi) veya doğrudan etkili bir Kurucu Antlaşma hükmünün somut bir olayda uygulanması gibi işlem ve eylemler, bu anlamda ''uygulamanın'' kapsamına girecektir. Bunun ise, içtihadi yaklaşıma göre daha daraltıcı olduğu ileri sürülmüştür. Schütze, **op.cit**, p.440. Keza, örneğin Üye Devletlerin Antlaşmalar'daki serbest dolaşım hükümlerine sınırlamalar getirirken de (*derogasyon* durumu), *AB Hukukunun* kapsamında oldukları, fakat *AB Hukukunu* uyguluyor olmadıkları belirtilmektedir. **Ibid.**

olacağını ileri sürmüştür.[1092] Burada cevaplanması gereken soru, ''Üye Devletlerin ne zaman *Birlik Hukukunu* uyguluyor'' olduklarıdır.

Bu konuda *Açıklamalar*'a kulak verdiğimizde, şu ifadeleri görmekteyiz: ''*Üye Devletlere ilişkin olarak, Divan içtihadı, net bir şekilde, Üye Devletlerin yalnızca Birlik Hukuku kapsamında hareket ettiklerinde AB İnsan Hakları Hukukunun kurallarıyla bağlı olduklarını ortaya koymaktadır (Wachauf ve devamı kararlar). Nitekim Divan, bu yaklaşımını, 'Topluluk hukuk düzeninde temel hakların korunmasından doğan yükümlülükler, Topluluk Hukukunu uyguluyorlarken ('when they implement Community rules') Üye Devletler için de bağlayıcıdır*' demek suretiyle teyit etmiştir *(2000 tarihli Karlsson kararı, C-292/97).''* Görüldüğü gibi, burada, Divan'ın içtihadi yaklaşımındaki ifadeler (*Birik Hukuku kapsamında hareket etme*) kullanılmıştır.[1093] Bundan – tabii ki yine nihai yorum merci Divan olmakla birlikte – yukarıdaki ikinci yorumun daha isabetli olduğu (yani *Birlik Hukukunu* uygulamak ile *Birlik Hukuku* kapsamında hareket etmek arasında esaslı bir fark olmadığı) çıkarılabilir.[1094] Nitekim Lizbon sonrası süreçte de, bugüne kadarki mevcut yaklaşımın değiştiğini ortaya koyan herhangi bir karara, şu ana dek rastlamadığımızı not etmek gerekir.

[1092] Nitekim Lindfelt, mukayeseli bir gramatik yorum yaparak meseleye yaklaşmaktadır. Yazar, Üye Devletlerin Divan içtihadı uyarınca, sadece *AB Hukukunu* uyguluyorken değil; Antlaşmalarda öngörülen ekonomik serbestilere (malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi) sınırlamalar getirirken de, hukukun genel ilkeleri kapsamında *Topluluk Hukukunda* tanınan hak ve özgürlüklerle bağlı olduğunu; zira her iki halin de Divan tarafından *AB Hukukunun* kapsamı içinde mütalaa edildiğini; ancak Şart'taki bu formülasyondan, sanki bu ikinci durumun Şart'ın kapsamı dışında tutulduğu anlamının çıkarılabileceğini söylemekte; ancak devamında, bu durumun Şart'ın İngilizce metnindeki ''*implement*'' ibaresinden kaynaklandığını; diğer dillerdeki yazımlara bakıldığında, Şart'ı hazırlayanların, uygulanma kapsamını, *Wachauf*'tan beri gelen mevcut içtihadi yaklaşıma göre daraltmak (mesela yukarıdaki sapma ve sınırlamaları istisna etmek) niyetinde olmadıklarının görüleceğini ileri sürmektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.131.

[1093]Rochere, **op.cit**, p.1785. 51. maddede, ''Üye Devletler *Birlik Hukukunu* uyguluyorken'' (*when they are implementing Union law*) denmesine karşılık; *Açıklamalar*'da – aynı içtihadi yaklaşımdaki gibi – ''Üye Devletler *Birlik Hukuku* kapsamında hareket ediyorlarken'' (*when then act in the scope of Union law*) ifadesinin kullanılması, elbette ilginçtir. Gerçi devamında bunu izah etmek üzere örnek gösterilen kararda (*Karlsson*), Divan'ın, Üye Devletlerin ne zaman kapsamda olduklarına ilişkin olarak ''implement'' ifadesini kullanmış olması, biraz kafa karışıklığına yol açmışsa da; neticede Divan, bu kararında *Wachauf* ve *ERT* kararlarından beri gelen müstekar çizgisini bozmuş olmayıp; sadece klasik yaklaşımını farklı bir şekilde ifade etmiştir. O halde ''uygulama''nın kapsamını örnekleme noktasında bu karara atıf yapılması, eskiden beri gelen içtihadi yaklaşımın devam ettirileceğini göstermektedir. Bu noktada İngiliz Yüksek Mahkemesi, 2011 yılında verdiği bir kararında, Üye Devletlerin, *AB Hukukuna* (bu hukuktan kaynaklanan haklara) sınırlama getirirken (ondan saparken, ondaki hakları sınırlandırırken), Şart'ın 51/1. maddesi anlamında *AB Hukukunu* uyguluyor olduğunu belirtmiştir. Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.653, note:29.

[1094] Ancak Schütze, görüşünde ısrar etmekte ve Açıklamalar'daki ifadeye rağmen, Divan, gözünü karartıp 51. maddeyi ''tadil'' etmeye niyetlenmedikçe, ''uygulama'' (*implement*) kavramının kapsamına, yukarıda örneklediğimiz sapma-sınırlama-derogasyon hallerinin girmeyeceğini savunmaktadır. Schütze, **op.cit**, p.440.

Bu görüşler bir yana, Şart'ın Üye Devlet tasarruflarına ilişkin getirdiği yaklaşımın iddia edildiği gibi ''daraltıcı'' olduğu kabul edilse bile, bunun Üye Devlet tasarruflarının denetimini zedelediği ve eskiden, içtihadi yaklaşımla denetime tabi olan birtakım ulusal tasarrufların artık denetim dışında kalacağı gibi bir halin doğmasına yol açmayacağını söylemek gerekr. Zira, defalarca vurguladığımız gibi, Lizbon sonrası yeni düzen olarak adlandırdığımız yapıda, Temel Haklar Şartı, *AB İnsan Hakları Hukukunun* ''temel'' kaynağı olacaktır; ''tek'' kaynağı değil. Eskiden olduğu gibi, hukukun genel ilkeleri de, bu hukukun kaynaklarından biri olmaya devam edecektir. Evet, yukarıda, hatırlanacak olursa, hukukun genel ilkelerinin, Şart uygulamasının yerleşmesinden sonra etkisinin azalacak olduğunu söyledik; ancak tamamen devre-dışı kalmayacağını eklemeyi de ihmal etmedik. Dolayısıyla Divan, Şart'taki bu ''uygulama'' ifadesini daraltıcı yorumlasa ve Üye Devletlerin bazı tasarrufları, Şart'ın kapsamı dışında kalsa bile; böyle tasarruflar (eskiden beri süregelmekte olan içtihadi yaklaşım bağlamında ''*AB Hukukunun* kapsamındaki ulusal tasarruf'' olarak sayılabildiği takdirde), zaten hukukun genel ilkeleri (ve o bağlamda da ortak anayasal gelenekler ve AİHS başta olmak üzere uluslararası sözleşmeler) kapsamında yine insan hakları denetimine tabi olmaya devam edecektir.

Şartın Özel Kişileri/Bireyleri Bağlaması

Bu arada, Şart'ın bireyleri ne ölçüde bağladığı, yani kişiler arası ilişkilerde de ileri sürülebilecek haklar verip vermediği de, belki kapsam noktasında sorulabilecek bir sorudur. Ancak bu, aslında sadece Şart'a özgü olmayan, AB'de insan haklarının (ki Şart da, bunun kaynaklarından en önemlisi, fakat biridir) ''yatay etkisi'' bağlamında cevaplanması gereken bir meseledir. Bunu, yine tezin bu bölümünde, ''insan haklarının yatay etkisi'' başlığı altında diğer kaynaklarla beraber tartışacağız.

AB'nin Yetkilerini ve AB Hukukunun Uygulanma Alanını Genişletmemesi

Şart, kesinlikle Birliğin yetkilerini artıran veya AB'ye birtakım insan hakları yetkileri yükleyen bir metin değildir. O sadece Birlik organları ve Üye Devletlerin normal Antlaşmalar kapsamındaki yetkilerini icra ederkenki eylem ve tasarruflarında Şart'ta güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle bağlı olmalarını öngören bir belgedir. Nitekim Üye Devletler de, bu meselede oldukça hassas olmuştur. Yukarıda Şart'ın tarihsel gelişim sürecini incelerken de değindiğimiz, özellikle bazı Üye Devletlerden (İngiltere,

İrlanda vs.) gelen itirazların ve süreci uzatma iradelerinin ardında yatan önemli bir mücadele alanı, bu olmuştur. Nitekim bu hassasiyet, hem Antlaşma'da hem de Şart'ta üzerine adeta basa basa vurgulanmıştır. Önce, Şart'a anayasal statü atfeden AB Antlaşması'nın 6. maddesi, *Şart hükümlerinin hiçbir şekilde Birliğin yetkilerini Antlaşmalarda belirlenenin ötesinde genişletmeyeceğini* söylemiştir. Şart da, bundan geri kalmamış; önce, 51/1, c.2 hükmü ile, *Birlik organları ve Üye Devletlerin, Antlaşmalar'ın kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde Şart'taki haklara uyacakları ve ilkeleri gözetecekleri ve bunların uygulanmasını geliştirecekleri* söylenmiştir. Yani buradaki ''geliştirme'', başlı başına Birliğe bir yetki vermeyecektir.[1095]

Nitekim aynı maddenin 2. fıkrası ile de, *Şart'ın, Birlik Hukukunun uygulanma alanını (Birliğin yetkilerinin ötesine) genişletmeyeceği ve Birliğe Antlaşmalarda belirlenenin ötesinde yeni bir yetki ve görev vermeyeceği yahut mevcut yetkileri tadil etmeyeceği* açıkça hükme bağlanmıştır.[1096] Keza son vuruş da, ikincillik (*subsidiarity*) ilkesi hatırlatılarak yapılmış; *Şart'ın Birlik organlarını bağlaması noktasında ikincillik ilkesine uygunluğun gözetileceği* de vurgulanmıştır.[1097]

[1095] Buradaki ''geliştirme''nin, başlı başına AB'ye insan hakları alanında yetki verdiği ve dolayısıyla artık Şart'taki hak, özgürlük ve ilkeleri geliştirmenin de Birliğin – Antlaşmalardan kaynaklanan – bir yetkisi olduğu şeklindeki (bizce ''zorlayıcı'') yorum için bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.135.

[1096] Nitekim *Açıklamalar*'da da, bu hususlar tekrar edilmiş; hatta daha da ileri gidilerek, Şart'ta öngörülen ilkelerin dahi (ki bunlar, yukarıda gördüğümüz üzere, hak ve özgürlük olmaktan ziyade, gerçekleştirilmesi gereken ''hedefler''di), Antlaşmalar'ın verdiği yetkiler çerçevesinde Birlik tarafından gerçekleştirileceği söylenmiştir. Yani, örneğin, Şart'ta gerçekleştirilmesi gereken bir ilkenin öngörülmüş olması, eğer Antlaşma o konuda Birliğe yetki vermemişse, sırf Şart'ta öngörülmesine bağlı olarak Birlik organlarına o konuda adım atma yetkisi vermeyecektir. Bu arada, Şart, sadece AB'nin Antlaşmalar'dan kaynaklanan yetkilerini değil; *AB Hukukunun* uygulama alanını da genişletmeyecektir. *Açıklamalar*'da da vurgulandığı üzere, ABA m.6'da Şart'a bağlayıcı olarak atıf yapılması, tek başına, bir ulusal tasarrufun, *AB Hukukunun* uygulanması kapsamındaki bir tasarruf olarak sayılması için yeterli olmayacaktır. *Açıklamalar*'a göre, bu husus, Divan'ın *Grant* kararındaki yaklaşımının kodifiye edilerek vurgulanmasından başka bir şey değildir. *Grant*'ta (C-249/96), çalışma hayatında ayrımcılık yasağını düzenleyen (o zamanki) AET Antlaşması'nın 119. maddesinde geçen ''cinsiyet temelinde'' ayrımcılık'' kavramının kapsamına ''cinsel eğilimin'' de girip girmediği meselesi söz konusu olmuş; Divan, temel hakların, *Topluluk Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olsa da, Antlaşma hükümlerinin kapsamını Topluluğun yetkilerinin ötesinde genişletemeyeceğini; nitekim bunu, *2/94 sayılı Görüşü'nde* de söylediğini belirtmiştir (para.45).

[1097] *Subsidiarity* ilkesi, zaten Birliğin genel yetkilerini Üye Devletlerle paylaşması ve kullanmasna ilişkin doğasında sınırlama potansiyeli taşıyan bir ilkedir. Bunun Şart'ın uygulanması bakımından da geçerli olacağı vurgulanmıştır. Bunu, olumsuz anlamda ilave bir sınırlama olarak görmekten ziyade; AB sisteminin bütününe hakim bir ilkenin insan haklarının korunması noktasında da gündeme getirilmesi olarak görmek mümkündür. Keza Wyatt ve Dashwood da, bu ilkenin ''hatırlatılmasının'', Şart'ın Birliğin yetkilerini artırmayacağının bir başka yönden tahkim edilmesine yönelik; ''hukuki'' olmaktan çok ''siyasi'' bir boyutu olduğunu söylemektedirler. Dashwood et.al., **op.cit,** p.383. Aksi yönde görüş için bkz.: Lindfelt, **op.cit.** p.131.

Doktrinde Rochere'nin de belirttiği gibi, aslında bütün bunlar, insan haklarının *AB Hukukunda* oynadığı rolü tam olarak kavrayamamanın getirdiği bir ''korku''dan kaynaklanmaktadır.[1098] Zira Şart, *AB Hukukunda* korunan hak ve özgürlükler konusunda yeni bir kaynaktır; yani Birlik ve Üye Devlet tasarrufları Antlaşmalara uygunluk açısından denetlenirken, insan haklarına uygunluk açısından da denetlenmekte; bu denetimde de ölçü norm bloklarından biri insan hakları olmaktadır. Hatta insan haklarının korunuyor olmasının, AB'nin yetkilerini artırmayacağı, ''acı'' bir şekilde Divan'ın 1996'da, AİHS'ye katılıma set çektiği meşhur 2/94 sayılı kararında da görülmüştür.[1099] Bu anlamda tekrardan vurgulamak gerekir ki, Şart, Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının insan haklarına uygunluk denetiminde başvurulacak ilave bir kaynaktır; yoksa ne Birliğin Antlaşmalardan kaynaklanan yetkilerini artıran bir belge ne de Birlik ve Üye Devlet normlarının denetlenmesinde yeni bir denetim prosedürü öngören bir normdur.[1100]

Şart'ın Mevcut Yetkilere Etkisizliği Noktasındaki Başta İngiltere ve Polonya Protokolü Olmak Üzere Diğer Protokoller

Bu noktada, Üye Devletler de, bireysel olarak yukarıda söylediğimiz hususları kendilerince tahkim edecek birtakım iddiaları, çeşitli Protokollerle ortaya koyma gayreti içine girmiştir. Bu noktada ilk göze batan, yukarıda tarihsel gelişimi anlattığımız bölümde de değindiğimiz Polonya ve İngiltere ile ilgili Protokol'dür. ***Temel Haklar Şartı'nın Polonya ve İngiltere'ye Uygulanmasına Dair 30 No'lu Protokol***, Polonya ve

[1098] Rochere, **op.cit,** 1783. Mesela yazar, Çek Cumhuriyeti'nin Deklarasyonundaki bu ''garantiye alma çabasının'' altında, *Beneš kararları* olarak bilinen ve Çekosloyvakya hükümetinin 2. Dünya Savaşı sırasında Alman ve Macar kökenliler ile vatan hainlerinin vatandaşlıktan çıkarılması ve mallarına el konulması amacıyla çıkarılan yasal-idari düzenlemeler dizisinin sıkıntı doğurabileceği şeklindeki – makul temele sahip bir hukuki tavsiye olmaktan çok – siyasi bir kaygının yattığını söylemektedir. **Ibid**.

[1099] Divan'ın AİHS'ye katılıma set çekerken kullandığı şu ifadeleri hala akıllardadır: ''*Topluluk, sadece Antlaşma'nın ilgili maddelerinin kendisine verdiği yetkileri kullanabilir. Toplulukta insan haklarının korunuyor olması, Topluluk eylem ve işlemlerinin bir sınırı olarak insan hakları güvencelerinin uygulanmasıdır; yoksa Topluluğa, Antlaşmaların verdiğinin ötesinde insan hakları alanında harekete geçmek ve politika üretmek veya bu konuda uluslararası sözleşme akdetmek yetkisinin verilmesi değil*.'' Daha sonradan Anayasa ve Lizbon ile Birliğe AİHS'ye katılma yetkisinin verilmesi de, bu durumun tersine çevrildiğini değil; tam aksine Divan'ın bu yaklaşımının geçerliliği bağlamında Birliğe, bir uluslararası sözleşmeye katılım yetkisinin açıkça verildiğinin ispatıdır. Nitekim, Anayasa Konvansiyonu da, Divan'ın, 2/94'te, insan haklarına uymakla yükümlü olmak ile insan hakları alanında yasal düzenleme yapıp eyleme geçmek durumlarını ayırdığını vurgulamıştır. Lindfelt, **op.cit**, p.133.

[1100] Yine bu konuda Rochere'nin güzel bir örneğini paylaşabiliriz. Şart'ta din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması, Birlik ve Üye Devlet eylem ve tasarruflarının bu özgürlüğü ihlal edememesi anlamına gelir; yoksa Birliğe din ve vicdan özgürlüğü alanında – Antlaşmalarda olmayan bir surette – hareket geçme yetkisinin verilmesi anlamına değil. Rochere, **op.cit**, p.1783.

İngiltere'nin, Şart'ın, kendi ulusal yasal ve idari tasarruflarına uygulanmasını ve yetkili merciler önünde (yargısal) olarak ileri sürülebilmesini açıklığa kavuşturma arzusu üzerine kaleme alınmıştır. Protokol'ün 1. maddesine göre, *Şart, Adalet Divanı ile Polonya ve İngiliz mahkemelerine, Polonya ve İngiltere Hukukundaki herhangi bir kanun, tüzük, idari işlem, eylem ve uygulamayı Şart'taki hak, özgürlük ve ilkelere aykırı bulma yetkisi vermeyecektir*. *Keza* (herhangi bir şüpheye mahal bırakmamak adına), *Şart'ın 4. kısmındaki hiçbir hüküm, bu iki ülkede, iç hukuk tarafından tanınmış olmadıkça, yargısal olarak ileri sürülebilir haklar doğurmayacaktır*. 2. maddeye göre de, *bir Şart hükmü, ulusal yasalara ve uygulamalara atıf yapıyorsa, ancak iç hukukta tanındığı ölçüde bu iki ülkeye uygulanacaktır.*

İlk bakışta, bunun klasik bir *opt-out* olduğu ve sanki İngiltere ve Polonya'nın Şart ile bağlı olmadıkları gibi bir anlam çıksa da, doktrinde, çoğunluk, bunun böyle olmadığını ileri sürmüştür.[1101] Nitekim Divan'ın da yaklaşımı aynı yöndedir. 2010 yılındaki bir ön-karar başvurusunda, [1102] Divan, söz konusu Protokol'ün, Şart'ın Polonya ve İngiltere bakımından uygulanmasına ve bu iki ülkeyi bağlamasına bir halel getirmediğini; bu hususun Protokol'ün ''Giriş'' kısmından da açıkça anlaşıldığını; zira bilhassa buranın 3. paragrafında, Şart'ın Polonya ve İngiltere mahkemeleri tarafından *Açıklamalar* ile tam bir uyum içinde yorumlanacağının ve uygulanacağının söylendiğini; bu anlamda Protokol'ün

---

[1101] Joris ve Vadenberghe, bunun geleneksel bir *opt out* olarak görülmemesi gerektiğini; zira Şart'ın zaten AİHS ve ortak anayasal gelenekler temelinde şekillenmiş içtihatta var olanı kodifiye ettiğini; bu anlamda bu iki ülkenin – bireysel olarak AİHS sistemiyle bağlı olmaktan başka – halen daha ''hukukun genel ilkeleri'' olarak *AB Hukuku* kapsamındaki tüm eylem ve işlemlerinde insan haklarıyla bağlı olduğunu söylemektedirler. Joris, Vandenberghe, **op.cit**, p.21; aynı doğrultuda bkz.: Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.655. Buna karşılık, Timmermans ise, evet, Divan'ın hem Şart'ta hem de ortak anayasal geleneklerde var olan bir hakkı, farklı yorumlamasını beklemenin zor olduğunu; fakat Protokol'ün de özellikle Birlik yargısına açık bir mesaj verdiğini ve bu mesajın göz ardı edilmesini beklemenin de aynı oranda zor olduğunu söylemektedir. Christiaan Timmermans, ''The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights'', **A Constitutional Order of States? Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by: Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Hart Publishing, Oxford, 2011, p.160. Hatta Szyszczak ve Cygan'a göre; bu Protokoller, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, *Handelsgesellschaft* ve *Brunner* kararlarında, *AB Hukukunun* Almanya'da uygulanabilirliği ve Kurucu Antlaşmaların Alman Anayasası'yla bağdaştığı yönündeki görüşünü dayandırdığı ''mütekabiliyet'' kriterini karşılamadığı eleştirileriyle de karşılaşabilir. Szyszczak, Cygan, **op.cit**, p.95.

[1102] 2010 yılında İngiltere'de, Şart'taki bazı hakların doğrudan uygulanıp uygulanamayacağına dair bir mesele söz konusu olmuş ve ilgili İngiliz mahkemesi, Divan'a bir *ön-karar başvurusunda* bulunarak – diğer hususlar yanında – *30 No'lu Protokol'*ün Şart'a ilişkin genel bir *opt-out* olarak düşünülüp düşünülemeyeceğini ve İngiltere'nin Şart'tan kaynaklanan yükümlülüklerine etkisinin ne olduğunu sormuştur (C-411/10 & 493/10; Joined Cases). Öncelikle, davaya ilişkin görüşünde, *Hukuk Sözcüsü*, Protokol'ün lafzına ve özellikle de ''Giriş'' kısmına bakıldığında, bu sorunun cevabının basit bir cümleyle ''hayır'' olması gerektiğini söylemiştir (para.167; *Hukuk Sözcüsü* Trstenjak'ın konuya ilişkin ayrıntılı analizi için bkz.: paras.167 vd.).

zaten Şart'ın 51. maddesinde belirtilen hususu açıklama mahiyetinde olup, bu iki ülkeyi Şart hükümleriyle bağlı olmaktan ve mahkemelerini de Şart hükümlerini uygulamaktan alıkoymadığını; netice olarak somut olayda İngiltere'de (ve Polonya'da) Şart hükümlerinin uygulanması bakımından, 30 No'lu Protokol'ün dikkate alınmayı gerektirecek nitelikte bir etki yapmayacağını söylemiştir (paras.116-122). Böylece Divan, *30 No'lu Protokol* konusunda doktrinde çoğunluk tarafından dile getirilen, esaslı bir anlam taşımadığı ve ''hukuki'' olmaktan çok ''siyasi'' olduğu yönündeki görüşü haklı çıkartmıştır.[1103]

Keza konuyla ilgili olarak bazı Üye Devletler tarafından Lizbon'a ek olarak yapılan deklarasyonlar da vardır. Örneğin ***Şart'a dair Polonya tarafından yapılan 61 No'lu Deklarasyon***, *Şart'ın, Üye Devletlerin genel ahlak, aile hukuku, insan onurunun korunması ve maddi-manevi varlığın bütünlüğüne saygı alanlarındaki yasama yetkilerini hiçbir şekilde etkilemeyeceğini* vurgulamaktadır.[1104] Yine Polonya tarafından yukarıdaki Protokol'e dair yapılan ***62 No'lu Deklarasyon***'da, özellikle 4. kısma ilişkin olarak, P*olonya'nın sosyal haklar ile işçi haklarına (özellikle de Şart'ın 4. kısmında öngörülenlere) tam bir saygı gösterdiğ*i belirtilmiştir.[1105] Yine Çek Cumhuriyeti de, Şart'a dair yaptığı ***53 No'lu Deklarasyon***'da, Şart'ın yukarıda yer verdiğimiz ''yatay'' hükümlerini biraz tasrih edici, biraz da aynen tekrarlayıcı hususlara değinmiştir. Deklarasyon'da, *Şart'ın AB'nin yetkilerini artırmayacağı; ''ikincillik'' ilkesine tam bir saygıyla uygulanacağı; Üye Devletleri, yalnızca AB Hukukunu uygularlarken ilgilendireceği ve AB Hukukundan bağımsız olarak ulusal hukuku uyguluyorken Şart'ın devrede olmayacağı; AB Hukukunun uygulama alanını ve Birliğin yetkilerini genişletmeyeceği; keza ulusal hukukun da alanını daraltmayacağı ve ulusal otoritelerin bu alandaki yetkilerini sınırlandırmayacağı* vurgulanmıştır. Keza son olarak tüm Üye Devletlerin ortak iradesi olan ***1 No'lu Deklarasyon***'da da, *Şart'ın, Birlik Hukukunun uygulanma alanını, Antlaşmalarla belirlenenin ötesinde genişletmeyeceği, Birliğe yeni bir yetki veya görev ihdas etmeyeceği veya mevcut görev ve yetkileri tadil etmeyeceğini*

[1103] Ancak Divan, somut olayda söz konusu olan haklar Şart'ın IV. kısmındaki haklardan olmadığı için, Protokol'ün yukarıda değindiğimiz m.1/2 hükmünün (*IV. kısımdaki hakların yargısal olarak ileri sürülebilir haklar doğurmayacağı*) etkisi üzerinde yorum yapmaya – o an için – gerek görmemiştir.

[1104] Horspool ve Humphreys'e göre, Polonya, kendi ''kamusal ahlak'' anlayışını; İngiltere de, sosyal haklar ve bilhassa işçilerin haklarına ilişkin kendi perspektifini garanti altına almak için bu Protokol ve Deklarasyonları talep etmiştir. Ancak yazarlar, yukarıda dile getirilen gerekçelerle, bu deklarasyonların ''hukuki'' olmaktan çok ''siyasi'' olduğu görüşündedirler. Horspool, Humphreys, **op.cit**, p.161.

[1105] Bu, bir nevi, yukarıdaki Protokol'ün 1. maddesinde Şart'ın 4. kısmına ilişkin olarak getirilen hükmün ''estirdiği'' olumsuz havayı dağıtmak amacıyla yapılmış bir deklarasyon gibi durmaktadır.

söyleyen Şart hükmü (m.51/2) aynen tekrarlanmıştır. Yine belki burada doğrudan Şart'ı hedef almasa da, İrlanda'nın ***35 No'lu Deklarasyonu***'na da değinmek gerekir. Bu Deklarasyon'a göre; *bu Antlaşmalardaki, Avrupa Atom Enerjisi Antlaşması'ndaki veya bu Antlaşmaları tadil eden herhangi bir Antlaşma veya tasarruftaki hiçbir hüküm, İrlanda'da, İrlanda Anayasası'nın 40.3.3. (doğmamış çocuğun yaşam hakkı) hükmünün uygulanmasını engellemeyecektir*. Burada Anayasa'nın ilgili hükmüne halel getirmeyecek olanlar, aslında *AB Hukukudur* ve Şart da, elbette birlikte bu hukukun bir parçasıdır.

Bu bahsi bitirmeden bir hususa daha değinmek gerekir ki, bazı hak ve özgürlükler yazılırken, ''*ulusal hukuk ve uygulamalar bağlamında''* kaydının konulmasını da, yetkileri artırmama kaygısının farklı bir tezahürü olarak görmek mümkündür. Mesela işçilerin ''danışılma'' ve ''bilgi alma'', ''toplu eylem'' ve ''toplu sözleşme'' gibi hakları (Şart, m.27, 28), hep böyledir. Nitekim bunları da, m. 52/6 hükmü desteklemiş ve *bu haklar ve özgürlükler bakımından yorum ve uygulamada ulusal hukukların tam anlamıyla dikkate alınacağını* açıkça vurgulamıştır.[1106]

Yorum ve Başta AİHS Olmak Üzere Uluslararası Hukuk ve Ulusal Hukuklar İle İlişkisi

Şart, düzenlediği hak, özgürlük ve ilkelerin, Kurucu Antlaşmalarda, ulusal anayasalarda ve AİHS'te muadillerinin olması halinde, bunların nasıl yorumlanacağına ilişkin de hükümler getirmektedir. Şart'ın 52/2. maddesine göre, *Kurucu Antlaşmalarda da mukabil bir hüküm öngörülmüş haklar, Antlaşmalarda belirlenen koşullar ve sınırlar dahilinde kullanılabilecektir*. Bu anlamda örneğin vatandaşlara tanınan *ombudsmana başvurma* (m.43), *dilekçe* (m.44), *serbest dolaşım ve ikamet* (m.45) gibi haklar, ABİA m.18 vd. maddelerde düzenlenen haklardır. Buna göre, Şart'ta güvence altına alınan bu hakların kullanılması, Antlaşmadaki bu hükümler çerçevesinde olacaktır. Ayrıca *Açıklamalar*'da, Şart'ın, Üye Devletlerin savaş hali veya olağanüstü hallerde Sözleşme hükümlerinden sapmalarına imkan veren AİHS m.15'e başvurmalarını engellemeyeceği de vurgulanmıştır.

[1106] Doktrinde Lester, bunların, İngiltere'nin talebi üzerine böyle formüle edildiğini; özellikle İngiliz sermaye dünyası ile basından bu yönde büyük baskılar geldiğini söylemektedir. Hatta netice, gerek İngiliz Hükümeti gerekse yukarıdaki çevrelerce olumlu karşılanmış; buna karşılık, sivil toplum kesimlerince ise, kıyasıya eleştirilmiştir. Anthony Lester, ''The EU Charter of Fundamental Rights: Its Purpose and Effectiveness'', **Human Rights Protection: Methods and Effectiveness**, Ed. by: Frances Butler, Kluwer Law Institute, 2002, p.200; İngiliz kamuoyunda bu konuda yaşanan ayrıntılı tartışmalar için bu esere bakılabilir.

Benzer şekilde m. 52/3 hükmüne göre de, *Şart'ın AİHS ve eki Prokoller'deki hak ve özgürlüklere tekabül eden bir hak veya özgürlüğü düzenlemesi söz konusu olduğunda, bu hakların anlam ve kapsamı, Sözleşme ile öngörülen şekilde olacak ve yorumlanacaktır.*[1107] Bu anlamda, örneğin Şart'ta düzenlenen *yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın bütünlüğü*, *etkili başvuru ve adil yargılanma*, *mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü* gibi AİHS'te de düzenlenen hak ve özgürlüklerin anlam ve kapsamı, asgari olarak AİHS'nin onlara verdiği anlam ve kapsam bağlamında olacaktır. Keza *Açıklamalar*'a göre, bu hüküm, özellikle Birlik yasamasının bu haklara bir sınırlama getirirken, AİHS'te haklara ilişkin olarak öngörülmüş ayrıntılı sınırlama güvencelerine uymak zorunda olmasını gerektirecektir. Ancak hemen belirtelim ki, bu, asgari nokta içindir; yoksa bu hükmün, Şart'ın herhangi bir konuda daha geniş bir koruma getirmesini engellemeyeceği özellikle vurgulanmıştır.

Tabii bu noktada, yine yorum ve içtihatların devreye girmesi kaçınılmazdır. Neticede hak ve özgürlüklerin hemen hemen aynı olan yazımı ve formülasyonu düşünüldüğünde, AİHS'teki anlam ve kapsamı dendiğinde, ister istemez AİHM'nin onlara verdiği anlam ve kapsam devreye girecektir. Hukuken AİHM kararları zikredilmese de, ''bir norm, kendisini en üst düzeyde ve nihai olarak yorumlama ve uygulamaya yetkili kılınmış olan merci ne anlam veriyorsa o anlama gelir'' ilkesinden hareketle, bizce – tabii ki asgari koruma düzeyi olarak – AİHS'ye yapılan bu atıf, AİHM kararlarını da içermektedir. Nitekim *Açıklamalar*'da, AİHS noktasında sadece metinlerin değil; içtihatların da dikkate alınacağı vurgulanmıştır. Bu noktada, yukarıda da ayrıntılı olarak tartıştığımız gibi, uygulamada zaten Divan, AİHM kararlarına gereken ''saygıyı'' gösterdiği için, ciddi bir problemin doğmayacağını düşünebiliriz. Üstelik AB'nin AİHS'ye katılımından sonra, *AB İnsan Hakları Hukuku* ile ilgili meselelerde nihai karar merci bir anlamda AİHM olacağından, zaten Divan'ın – böyle bir katılım ilişkisi yokken bile – gösterdiği ''saygıyı'', katılımdan sonra evleviyetle göstereceği de söylenebilir. Nitekim bu noktada da Divan, 2010 tarihli *PPU – MCB.* kararında tartışmalara noktayı koymuş ve *Şart'ın 7. maddesinin AİHS m.8'in muadili olduğunu ve bu anlamda 52/3 gereği AİHM*

[1107] *Açıklamalar*'da, Şart'ta düzenlenen haklardan, gerek anlam ve kapsamı AİHS ile aynı olan ve gerekse anlamı AİHS'le aynı fakat kapsamı ondan daha geniş olanlar tek tek belirtilmek suretiyle eşleştirme yapılmıştır. Bu noktada, belki niçin hükmün aynı AİHS'te olduğu şekliyle Şart'ta yazımının yapılmadığı sorulabilir. Lindfelt, bir yandan 1949'larda kullanılan dil ve yapılan kavramlaştırmayı güncelleme ihtiyacı; bir yandan da Şart'ın ne olursa olsun AB denen entegrasyon projesinin kendine özgü ve bağımsız bir kataloğu ve *Birlik Hukukunun* da AİHS'ten bağımsız bir disiplin olduğunu gösterme çabasının bunda etkili olmuş olabileceğini söylemektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.147.

tarafından yorumlandığı şekliyle AİHS m.8 ile aynı kapsam ve anlamın verilmesi gerektiğini söylemiştir (para.53).[1108] Tabii bu noktada, tekrardan, Şart'ın, AİHS'teki muadili hükümlerinin birebir aynısı olarak kaleme alınmadığını hatırlatmalıyız.[1109] Burada *Açıklamalar*, bir miktar yardımcı olmaktadır; ancak son söz, elbette ki, Divan'da olacaktır.

Son olarak Şart'ın m. 52/4 hükmü, ortak anayasal gelenekleri de unutmamış ve Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde ''ortak'' olarak korunan hak ve özgürlüklerin muadili olarak Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlüklerin de, bu ortak anayasal geleneklerle uyumlu biçimde yorumlanacağını söylemiştir.[1110] Bu da, Şart'ın ulusal anayasalarda düzenlenen hak ve özgürlükleri zedeleme, geriye götürme, onları getirdiği korumaya halel getirme endişelerine karşı konmuş bir hüküm olarak görülebilir.[1111] Yine hüküm, bir yönüyle de, yukarıda vurguladığımız ''ikincillik'' ilkesini desteklemektedir. Bu anlamda Şart'ta düzenlenen birçok hak (*mülkiyet hakkı, insan onuru, aile hayatının gizliliği, evlenme hakkı* vs.), genelde ulusal anayasalarda da düzenlendiği ve yaklaşık 40 yıllık Divan uygulamasıyla da ortak anayasal gelenek olarak kabul edildiği için, bunlar, yine Şart'ın getirdiği güvencelerin asgari sınırını teşkil edecektir.[1112]

Asgari-Azami Koruma Düzeyleri

Böylece aslında Şart'ta düzenlenen birçok hak ve özgürlüğün hem AİHS'te hem de (ortak anayasal gelenek olacak şekilde) ulusal hukuklarda beraberce düzenlendiği düşünülecek olursa, her iki kaynağın (AİHS ve ortak anayasal gelenekler), Şart'ın uygulanması noktasında asgari bir koruma düzeyi getirmesi söz konusudur. Bunun tam tersini de, m.53 düzenlemektedir. Bu sefer de, *Şart'ın kendi bağlamında asgari bir koruma düzeyi teşkil ettiği ve Şart'taki hiçbir hükmün, genel AB Hukuku, Uluslararası*

[1108] Ardından da Divan, AİHM'nin benzer bir olayda verdiği kararlara atıf yaparak, somut olayı, oradaki esaslar ışığında yorumlamıştır (bkz.: paras. 54 vd.). Divan'ın, bundan sonraki kararlarında da, sık sık AİHM kararlarına; AİHM'nin bir hakkı/özgürlüğü belli bir bağlamda nasıl yorumlayıp uyguladığına atıflar yaptığını görebiliriz (Örneğin bkz.: C-92/09 & C-93/09, Joined Cases, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, 9.11.2010, ECR 2010/I-11063, paras. 52, 59, 72, 79, 80).

[1109] Mesela bir örnek olarak, güvenlik ve özgürlük hakkının AİHS'te (m.5), 5 paragraf halinde düzenlenmiş; oysa Şart'ta (m.6), sadece bir fıkrayla yer bulabilmiştir.

[1110] Keza bu husus, yukarıda yer verdiğimiz *Çek Cumhuriyeti'nin Deklarasyonu'nda* da vurgulanmıştır.

[1111] **Ibid.** p.175.

[1112] Ayrıca hatırlanacaktır; bu hükmü, Lizbon sonrası süreçte Temel Haklar Şartı'nın *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel kaynağı haline gelmesi ve buna bağlı olarak hukukun genel ilkelerinin ve onun bir alt-kaynağı olan ortak anayasal geleneklerin geri plana atılmasına yol açmasına rağmen, yine de bu alt-kaynağın bu hukuk içinde rol oynamaya devam etmesini sağlayacak etkenlerden biri olarak göstermiştik.

Hukuk, Birliğin veya tüm Üye Devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler (başta AİHS) ve Üye Devletlerin anayasaları[1113] *ile tanınan hak ve özgürlükleri sınırlayan veya etkisini azaltan şekilde yorumlanamayacağı* söylenmiştir.[1114]

Fakat tam bu noktada, bu hükmün, ulusal hukuklara, Şart karşısında bir üstünlük tanıma anlamına geldiği düşüncesine de kapılmamak gerekir. Hatta bunun da ötesinde, Divan'ın 2013'te verdiği bir karar, bu hükmün görebileceği işlevi dahi sorgulatır hale gelmiştir. Bir AB normuna (*European Arrest Warrant*) dayanarak bir kimse hakkında yakalama kararı çıkarılmasına ilişkin ulusal tasarrufun İspanya Anayasası'ndaki belli güvencelere aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için açılan davada,[1115] yerel mahkeme, Divan'a ön-karar başvurusunda bulunarak; söz konusu normun Şart'ın ilgili hükümlerine aykırı olup olmadığını ve eğer aykırı değilse, Şart'ın 53. maddesi uyarınca, İspanya Anayasası'nın daha fazla güvence getiren hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını sormuştur.[1116] Divan, söz konusu tasarrufun Şart'ın ilgili hükümlerine aykırı olmadığını söylemiş;[1117] ve bu noktada da, 53. maddeye dayanılarak ulusal anayasadaki hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağını ele almıştır. Divan'a göre; ulusal makamların, (Şart'taki koruma düzeyinden daha ileri bir koruma getirdiği gerekçesiyle) kendi anayasalarındaki temel hak güvencelerini uygulayabilmeleri, bunun, Şart'la gelen koruma düzeyi ve *AB Hukukunun* üstünlüğüne halel getirmemesi halinde mümkün olabilir (para.60). Bu anlamda, 53. maddeyi, bir Üye Devlete, bir temel hakka ilişkin olarak kendi anayasasında öngörülen (Şart'tan daha ileri düzeydeki) koruma düzeyini uygulama ve anayasal kurallarına, Birlik kuralları karşısında üstünlük/öncelik tanıma konusunda genel bir ruhsat verir şekilde yorumlamak, somut olayda, o devletin, ilgili AB normunun uygulanmasını, o normda hiçbir şekilde öngörülmeyen koşullara tabi kılabilmesi sonucunu doğuracaktır (para.56). Oysa 53. maddenin bu şekilde yorumlanması kabul edilemez (para.57); zira böyle bir şey, Üye Devletlerin, Şart'a tam olarak uygun olan Birlik kurallarını (kendi anayasalarına aykırı olduğu düşüncesiyle Şart'ın 53. maddesi üzerinden) uygulamayabilmelerine imkan vermek suretiyle *AB*

[1113] Bunu bizce sadece anayasa metni değil, anayasal sistemleri veya tüm hukukları olarak anlamak gerekir.

[1114] Bu husus da, yine yukarıda yer verdiğimiz *Çek Cumhuriyeti'nin Deklarasyonu'nda* vurgulanmıştır.

[1115] C-399/11, *Melloni*, 26.2.2013 (2014 sonu itibariyle Resmi Gazete'de henüz yayımlanmamıştır).

[1116] Mahkemeye göre; belki bu tasarruf, Şart'a uygun olabilir; fakat İspanya Anayasası'nın ilgili hükümlerine uygun değildir. Böyle olunca da, THŞ m.53 uyarınca, meselenin İspanya Anayasası'na göre çözülmesi gerekir (mi)!?

[1117] Divan, Şart'a aykırı deseydi, zaten 3. maddeye gerek kalmayacak; söz konusu tasarruf, bizzat Şart'a aykırı olacaktı.

Hukukunun üstünlüğü (önceliği) ilkesini ihlal edecektir (para.58). Divan'ın, *AB hukukunun* üstünlüğü noktasındaki hassasiyetinin başrol oynadığı (Şart'ın 53. maddesine yönelik) bu yaklaşım/yorum tarzının, bu hükmün içini boşaltıp boşaltmadığı; getirilen asgari koruma düzeyini anlamsız kılıp kılmadığı ise, beklenip görülmesi gereken bir meseledir.

Sınırlama Rejimi ve Kötüye Kullanma Yasağı

Şart, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve kötüye kullanılamaması ile ilgili olarak da, AİHS'tekine (ve ulusal anayasalardakine) benzer düzenlemeler getirmiştir. Önce, m.52/1'de, *Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlüklerin ancak kanunla ve özlerine dokunmaksızın sınırlanabileceği; ayrıca sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olarak ve de yalnızca Birliğin genel çıkarları bağlamındaki hedefler veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerçekten gerekli olduğu takdirde yapılabileceği* söylenmektedir. Nitekim bunun da, Divan'ın AB Hukukunda korunan hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin olarak belirlediği yaklaşımın kodifiye edilmesi olduğunu söyleyebiliriz.[1118] *Açıklamalar*'a göre; hükümde geçen ''Birliğin genel çıkarları'', bir yandan ABA'nın 3. maddesindeki hedefleri; bir yandan da, spesifik Antlaşma hükümleriyle korunan çıkarları (mesela ABİA m.41 ve 42 gibi) kapsamaktadır.[1119]

Kötüye kullanma yasağıyla ilgili olarak da, 54. maddede, *Şart'taki hiçbir hususun, Şart'ın tanıdığı hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasını yahut burada öngörülenden daha geniş biçimde sınırlanmasını amaçlayan bir faaliyette bulunma (veya eyleme girişme) hakkını verir şekilde yorumlanamayacağı* açıkça belirtilmiştir. Bu yasağın bir yönü, Şart'taki hak ve özgürlüklerin muhatabı olan gerçek ve tüzel kişilere yönelik (klasik) hakkın kötüye kullanılması yasağı iken; bir yönü de, bu hakları sınırlama potansiyeli olan Üye Devlet ve Birlik kurumlarına yönelik bir sınırlama; bir nevi, onların m.52/1'de esasları düzenlenen hak ve özgürlükleri sınırlama yetkilerinin kötüye kullanılması yasağı ve bu yönüyle de bir anlamda m.52/1'deki kriterlere bir ilavedir.

Şart'ın Tadili

[1118] *Açıklamalar*'da da, Divan'ın örneğin yukarıda değindiğimiz *Karlsson* kararına (para.45) atıf yapılarak mesele örneklendirilmiştir.

[1119] Bu noktada genel bir sınırlama hükmü koyan Şart sisteminin, sınırlanabilme kriterlerini her hak ve özgürlük bakımından özel olarak tesis eden AİHS sisteminden ayrıldığı görülmektedir. Buna yönelik eleştirilere, ileride Şart'a dair yapacağımız değerlendirme kısmında değineceğiz.

Son olarak, Şart'ın nasıl değiştirileceği de, konuşulması gereken bir konudur. Antlaşmalarda atıf yapılan, fakat neticede Antlaşma yapısından ayrı bir hukuki metin olarak Şart'ın değiştirilmesi nasıl olacaktır? Bu konuda Antlaşmalarda veya Şart'ın kendisinde herhangi bir hükmün bulunmadığını hemen söyleyelim.[1120] Burada, ilk olarak akla, ilk defa kabul edildiği 2000'de ve sonrasında 2007'de nasıl kabul, ilan ve revize edildiyse, bundan sonra da o şekilde Şart'ta değişiklik yapılabileceği şeklinde bir çözüm gelebilir: Yani yine bir Konvansiyon kurularak, ardından da temel AB kurumlarının onayından geçirilerek. Fakat Şart'a bağlayıcılık kazandıran hüküm, bilindiği gibi, Lizbon ile tadil edilen AB Antlaşması'nın 6/1. maddesidir. Burada da, *Birliğin, 12 Aralık 2007'de Strazburg'da revize edildiği şekliyle, 7 Aralık 2000 tarihli Temel Haklar Şartı'nda yer alan hak, özgürlük ve ilkeleri tanıdığı* ifade edilmektedir. Yani Antlaşma, soyut olarak Şart'a değil; belli bir tarihte ve belli bir yerde kabul, ilan ve revize edilen Şart'a bağlayıcı olarak atıf yapmakta ve anayasal değer vermektedir. Böyle olunca, bizce Şart'ın, daha önceden olduğu şekilde değiştirilmesi her zaman mümkün olmakla birlikte; *AB Hukuku* için bağlayıcı olacak olan Şart, söz konusu 6. maddede spesifik olarak atıf yapılan Şart metni olacak; yeni bir Şart metnine atıf yapılmak isteniyorsa, bu hükümde bu yeni metne atıf yapılması gerekecektir.

3.1.3.3. Değerlendirme: İşlevi ve Oynayabileceği Rol, Yapabileceği Katkılar

Öncelikle, Şart'ın *AB Hukukundaki* ''gerekliliği'' ile ilgili tartışmalara burada pek fazla girmeyeceğimizi belirtelim. Zira 15 yıl önce kabul edilen, (Anayasa'dan beri) yaklaşık 11 yıldır ''bağlayıcı'' olması düşünülen ve 5 yılı aşkın bir süredir de bağlayıcı bir şekilde uygulanan bir metnin, bu saatten sonra gerekliliği üzerinde çok fazla cümle sarf etmenin makul bir tarafı olmasa gerek. Ayrıca Birliğin neden böyle bir belgeye ihtiyaç duyduğu meselesine de, zaten yukarıda Şart'ın tarihsel gelişim sürecini konuşurken

[1120] Anayasa döneminde, bilindiği gibi Şart, bizzat Antlaşma'nın içinde onun bir parçasıydı. Böyle olunca, tadilinin de, Anayasa'nın kendisinin değiştirilmesi için öngördüğü prosedüre tabi olduğunu söylemiştik. Zira ilgili *Çalışma Grubu*, Şart'ın gelecekte nasıl değiştirileceği mevzuuna ilişkin olarak, bunun kendi yetkisini aştığını ve genel Antlaşmaları (Anayasa'yı) değiştirme prosedürünün bir parçası olarak Konvansiyon tarafından karara bağlanması gerektiğini söylemişti. Tabii bunu söylerken, Şart'ın Antlaşma içine alınacağı da (o an için) kesin değildi. Sonradan Şart, Anayasa'nın içine alınınca, dediğimiz gibi, değiştirme meselesi de kendiliğinden çözülmüş oldu.

ayrıntılı olarak değinmiştik. Ancak Şart'ın bizatihi varlığını tartışmaya açmamak, Şart'ın içeriğini ve *AB İnsan Hakları Hukukundaki* rolünü tartışmamak demek de değildir. Nitekim aşağıda, bu minvaldeki eleştiri ve değerlendirmelere yer vereceğiz.

Uzun Bir Serüven

Başlarken de belirttiğimiz gibi, Şart, 1970'lerde, Topluluğun da kendine özgü bir temel hak ve özgürlükler kataloğu olsun düşüncesiyle başlayan serüvenini, 2000'lerde ete kemiğe bürünerek belli bir noktaya getirmiş; nihayet 2009'da Lizbon ile ''anayasallaştırılarak'' da tamamlamıştır. Artık Şart, *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel kaynağıdır. Nitekim Birlik yargısı da, artık kararlarında meseleleri, önce Şart bağlamında çözmekte; Şart'ın yetersiz kaldığı alanlarda yine ta 1960'lardan beri olduğu gibi, hukukun genel ilkelerini devreye sokmaktadır. 2009 Aralık'tan beri gerçekleşen yargısal pratiğin bu yönde olduğunu yukarıda belirtmiştik.

Hakların Bölünmezliği ve Sosyal ve Ekonomik Haklar

AİHS ve bugüne kadar Divan kararlarında atıf yapılan farklı metinlerden bir derleme niteliğindeki Şart, bu anlamda AB siyasi aktörlerince, Divan tarafından oluşturulan ve geliştirilen jürisprüdansiyel temel haklar kataloğunun kodifiye edilmesi olarak lanse edilmektedir.[1121] Temel haklara topluca yer veren ve bu yönüyle bir anayasayı andıran Şart, bu anlamda, sivil ve siyasi (klasik) haklarla sosyal-ekonomik hakları ayrı ayrı düzenleyen gelenekten de ayrılmaktadır.[1122] Her türlü olumsuz ve etkisini azaltıcı düzenlemeye rağmen, yine de sosyal ve ekonomik hakların Şart'a alınması, nereden bakılırsa bakılsın olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.[1123] Şart'ın, bu yönüyle, Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunması sistemindeki

---

[1121] Murray, **op.cit**, p.540.
[1122] Dashwood et.al., **op.cit**, p.361.
[1123] Doğan, **op.cit,** p.73. Şart'ın, ''(yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi) bazı hak ve özgürlükler doğası gereği diğerlerinden 'öncelenebilirse' de, hiçbir hakkın diğerine hiyerarşik anlamda üstünlüğü olmaz'' diyerek, esas itibariyle medeni ve siyasi haklarla sosyal ekonomik haklar arasında bir hiyerarşi tesis etmeyi reddeden anlayışı da temsil eden bir yapıda olduğu söylenmiştir. Lindfelt, **op.cit**, pp.157-158. Bu, *Ulusararası İnsan Hakları Hukukunda* ve de AB'nin insan haklarına ilişkin iddia, beyan ve açıklamalarında yıllardır dile getirilen ''insan haklarının bölünmezliği'' ilkesiyle de tutarlı bir sonuçtur hiç şüphesiz. Tabii bunun ''hukuki'' olmaktan çok ''siyasi'' bir ''motto'' olduğu yönünde tartışmalar ve bazı hakları bu şekilde kategorize etmenin imkansızlığı yönündeki görüşler de yok değildir. Bkz.: **Ibid**. pp.158, 159.

''bölünmüş'' yapıyı birleştirici bir etki yaptığı ve daha öte bir bölünmeyi engellediği söylenmektedir.[1124]

AB'nin Artan Yetkileri ve Korunması İcap Eden Yeni Haklar/Özgürlükler

Şart'ta hangi hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığına esas olarak ileride yer vereceğimizi söylemiştik. Ancak Şart'ın genel olarak içeriğine dair kısa açıklamalar ve vurgulamalar da yaptık. Şart'ta özellikle *yaşam hakkı, işkencenin, ölüm cezasının ve onur kırıcı cezanın yasak olması* gibi hak/özgürlük güvencelerinin bulunması, ilk bakışta, ulusal-üstü bile olsa, neticede bir tüzel kişiliğin bu özgürlükleri nasıl ihlal edebileceği düşünülerek garip karşılanmıştır. Ancak hem derli toplu bir hak ve özgürlükler kataloğu düzenleme niyetindeki bir metnin bu tarz hak ve özgürlükleri – velev ki gerekli olmasın – göz ardı etmesinin pek makul olmaması; hem de sonuçta Şart'ın belli oranda Üye Devletlere de uygulanacak olması düşünüldüğünde, bu durumu çok da anormal karşılamamak gerekir.[1125]

Bağlayıcılığın Bedeli, Pazarlık ve Yatay Hükümler

Şart'a dair en netameli meselelerin, yukarıda incelediğimiz yatay hükümlerden çıktığını söylesek, herhalde manipülasyon yapmış olmayız. Bir insan hakları metnine, ilk başta olmayan birtakım hususların sonradan adeta bir ''kurban pazarlığı'' sonucu eklenmesi, beraberinde birçok tartışmayı da getirmiştir. Şart, 2000'de ilk hazırlandığında, hatırlanacak olursa, hukuki statüsü sonraya bırakılmıştı. Bunun, Şart'ın kabulünü kolaylaştırmak ve süreci rahatlatmak maksatlı olduğunu söylemiştik. Nitekim hukuki statüsünün sonraya bırakılması ve metne herhangi bir ''bağlayıcılık'' atfedilmemesi, muteriz ülkelerin direnişlerinin dozunu çok yükseltmemelerini sağlamıştı. Ancak Anayasa tartışmaları sırasında Anayasa Konvansiyonu'nun yetkisi çerçevesinde Şart'ın artık *AB Hukuku* için bağlayıcı bir norm olması peşinen kararlaştırılınca, bu sefer, 2000'lerden beri Şart'a şüpheyle yaklaşan ülkeler, çoğunlukla siyasi kaygılarla Şart'ın etkisini sınırlayacak hükümlerin monte edilmesi konusunda ısrarcı oldular. Aslında

---

[1124] Brosig, **op.cit**, p.22.

[1125] Doktrinde Craig ve de Burca da, bu duruma dikkat çekmiş ve farklı bir yönden olaya bakarak, AB'nin özellikle son yıllarda terörle mücadele bağlamında suç ve cezalara ilişkin genişleyen yetkileri (ki yazarlar, bu noktada Amerikan Merkezi Haberalma Teşkilatı CIA'nın AB ülkelerindeki gizli sorgu kampları ve kişilerin gizli operasyonlarla alınıp buralarda sorgulanması örneğini vermektedir) ve bu yetkiler oranında bu meselelere artan oranda dahli düşünüldüğünde, bunun, çok da garipsenmemesi gerektiğini söylemektedirler. Craig, de Burca, **op.cit**, pp.395, 396.

Konvansiyon'da bu konu için kurulan *2 No'lu Çalışma Grubu*, Şart'ın 2000'de kabul edilen içeriğini tekrardan tartışmaya açmayacağını ilan etmişti. Ancak özellikle belli devletlerin ısrarı sonucunda, güvencelenen hak ve özgürlükler noktasında olmasa da, Şart'ın kapsam ve uygulanma alanı noktasında birtakım ayarlamalar yapıldı. Şart'ın, AB'nin yetkilerini artırmayacağı, *AB Hukukunun* uygulanma alanını genişletmeyeceği gibi yatay hükümler, bu ısrarla gelen ayarlamaların sonucu oldu.[1126]

Başta AİHS Olmak Üzere Var Olan Uluslararası Metinlerin Tekrarı ve Koruma Düzeyinin Düşmesi Tartışmaları

Tezin yukarıdaki tarihsel gelişim bölümünden de hatırlanacaktır; Topluluk/Birlik için (daha sonradan karşımıza Şart olarak çıkacak olan) bir insan hakları kataloğu hazırlama fikrinin ardında yatan sebeplerden birisi de, bu düzende korunan hak ve özgürlükleri tek bir metinde bir araya getirerek ''görünür'' kılma isteğiydi.[1127] Bu da, tabii bir yandan, bizzat AB'nin kendi Kurucu Antlaşmaları, bir yandan da, diğer uluslararası metinlerdeki hak ve özgürlüklerin bir ''derlemesi'', bir ''tekrarı'' formatında bir metnin karşımıza çıkmasına yol açtı.[1128] Bu, AB'nin aslını unutup bir insan haklarına örgütüne dönüştüğü gibi AB'nin kendi içine bakan eleştiriler bir yana, bilhassa Avrupa Kıtası'nda halihazırda işleyen mevcut koruma sistemlerini (mesela Avrupa Konseyi bünyesindeki AİHS sistemi gibi) ve neticede bireyin korunmasını olumsuz etkileyeceği yönünde itirazları da beraberinde getirmişti.[1129] Bu kaygı ve itirazları ne kadar izale ve tatmin etti bilinmez; fakat bu durumun kişilere zarar vermemesi ve koruma düzeyini düşürmemesi için de,[1130] işte yukarıda yer verdiğimiz, başta asgari koruma düzeyi olmak üzere yorum

---

[1126] Burca, **Beyond the Charter...,** p.691. Lindfelt, bunun, Şart'ı, bağlayıcı ve anayasal statüde bir metin olarak Antlaşma yapısı içine aktarmanın bir bedeli olduğunu; yani böyle bir aktarma dolayısıyla bu ''teknik'' ayarlamaların yapıldığını söylemektedir. Lindfelt, **op.cit**, p.245. Schönlau da, özellikle İngiliz Hükümeti'nin temsilcisinin Şart'ın kapsamını sınırlama konusunda oldukça girişgen davrandığını; bunun arkasında, aksi bir durumda Şart'ın iç siyasette Avrupa entegrasyonuna şüpheyle yaklaşan (*Euro-sceptic*) muhalifler tarafından AB'nin yetkilerini artıran bir belge gibi lanse edilebileceği endişesinin yattığını söylemekte; bunun neticesi olarak, bu tür kaygıları bertaraf etmek ve Şart'ın tamamını tartışmaya açmaktan da kurtarmak adına, yatay hükümler (*horizontal articles*) denen birtakım ilavelerin yapıldığını söylemektedir. Schönlau, **op.cit**, p.96.

[1127] Nitekim bu, daha Şart'ın ''Giriş'' kısmında, *''hakların Şart ile ortaya çıkarılmadığı; sadece 'görünür' kılındığı''* söylenerek dile getirilmiştir.

[1128] Dashwood et.al., **op.cit,** p.362.

[1129] Hatta Avrupa Kıtası'nın yine, bu sefer insan hakları alanında bölüneceği şeklinde yorumlara bile rastlamaktayız. Bu yönde görüşler için bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.146.

[1130] Her iki ''supranasyonel'' düzeyde insan haklarının korunması bakımından uyumun sağlanması, hem Birliğin kendisi hem de Üye Devletler için hayati önemdedir. Zira halihazırda

ve uygulamaya dair ''yatay'' hükümler kondu.[1131] Tabii özellikle Divan'ın yukarıda yer verdiğimiz 2013'teki *Mellonni* yaklaşımını[1132] düşündüğümüzde, bu hükümlerin bir etkisinin olup olmayabileceği, ayrı bir tartışma konusudur.

Uyum Hükümlerinin İşe Yararlığı

Bıraktığımız yerden devam edersek; ortak anayasal gelenekler ve AİHS bağlamında gelen bu ''uyum'' hükümlerinin ne ölçüde işe yarayacağı, dile getirilen kaygıları ne ölçüde izale edeceği, ayrı bir tartışmadır. Ortak anayasal gelenekler bağlamında konan hüküm, bir yönüyle, *AB İnsan Hakları Hukukunun* – hepsi de nihai olarak tek bir yargı organınca yorumlanacak – hükümleri arasında uyumu sağlama çabasının ürünü olarak görülebilir. Fakat bir başka yönden de, Divan'ın Şart'ı yorumlamaktaki özerkliğini zedelemeye hizmet etmeye meyyal olduğu ileri sürülmüştür[1133] Öte yandan, ortak anayasal gelenekler noktasında, bu durum, yukarıda genel hukuk ilkelerini anlatırken yer verdiğimiz minimum-maksimum yaklaşım tartışmalarını da canlandırmaya elverişlidir.[1134]

AİHS ile ilişki bakımından ise, sonuçta iki metni de nihai noktada yorumlayacak yargısal otoriteler farklı olduğundan – her ne kadar Divan, AİHM'ye kendini uydurmaya istekli ve AİHM de işbirliğine hazır olsa da – m.52/3, iki metindeki muadil hak ve özgürlükler noktasındaki yorum farkını da tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Neticede karşımızda, farklı hedefleri olan iki örgüt; farklı ''zihniyetle çalışan'' iki mahkeme ve farklı

Üye Devletlerin ve katılım gerçekleştiğinde de Birliğin AİHS ile bağlı ve AİHM denetimine tabi olduğunu/olacağını düşündüğümüzde, bu ''uyumun'' önemi, daha da belirginleşmektedir.

[1131] Lindfelt, Avrupa Konseyi temsilcilerinin sonuç olarak bundan tatmin olduklarını belirtmektedir. **Ibid.** p.145.

[1132] Bkz.: supra s.491 .

[1133] Dashwood et.al., **op.cit**, p.385. Yazarlara göre, ortak anayasal geleneklerle kurulan bu ilişki, *Açıklamalar*'da söylenenin aksine, Divan'ın mevcut içtihadını kodifiye etmekten çok, *AB Hukukunun* ilk yıllarından itibaren iğne oyası yapar gibi tesis edilmeye çalışılan ve üzerine titizlenilen ''üstünlük'' doktrinini zedeleyebilecektir. **Ibid.**; aynı doğrultuda bkz.: Chalmers et.al., **op.cit**, p.260.

[1134] Hükmün katı bir yorumu, Şart'ın yorumunda, bir hak veya özgürlüğe ilişkin olarak Üye Devletlerin herhangi birinde sağlanan koruma düzeyinin altına inilemeyeceği ve böylece ''maksimum yaklaşım''ın benimsenmek durumunda kalacağı şeklinde okunabilir. Lindfelt, **op.cit**, p.176. Ancak orada da belirttiğimiz gibi, gönderme, sınırlayıcı olarak anayasalara değil; ortak anayasal gelenekleredir. Neyin ortak olup olmadığı noktasındaki son söz Divan'da olduğuna göre, Divan'ın orada benimsediği ve bizim ''orta yol'' olarak ifade ettiğimiz genel yaklaşımın buradaki ilişki bakımından da geçerli olacağı söylenebilir. (Hükmün ilk halinde, atıf, Üye Devletlerin ''anayasalarına'' idi. Böyle kalsaydı, yukarıdaki tartışma, hiç şüphesiz daha da alevlenebilirdi.)

iki metin[1135] vardır.[1136] Öte yandan, ortak anayasal geleneklerle kurulan uyum ilişkisinin Divan adına özerkliğe mal olabileceği yönündeki değerlendirmeler, AİHS bağlamında da öne sürülmüştür. Bazı noktalarda uluslararası standartların altında kalındığı ve bazı noktalarda da ötesine geçildiği düşüncesinden hareketle, bu hükümlerin konulduğu ve böylece mevcudun gerisine düşüldüğü/düşüleceği endişelerine kapının kapatılmak istendiği şeklindeki ''iyiniyetli'' yoruma[1137] karşılık; m.52/3'ün atfından sonra, artık Şart'ta düzenlenen AİHS hak ve özgürlüklerinin, bir anlamda *AB Hukuku* içerisine anayasal düzeyde entegre edildiği ve katılımdan dahi önce, Sözleşme'nin *AB İnsan Hakları Hukuku* için ''bağımsız'' olmayıp Şart'la beraber yorumlanarak da olsa, bağlayıcı bir kaynak haline getirildiği (gibi Divan adına özerkliğin kaybı demek) şeklinde yorumlara da rastlanmaktadır.[1138]

Yetkilerin Artması Kaygısı ve ''Törpüleyici'' Yatay Hükümlerin İşe Yararlığı

Diğer yatay hükümler gibi Şart'ın 2000'de ilan edilen ilk halinde olmayan ve sonradan çeşitli pazarlıklar sonucunda eklenen yetki(sizlik) hükümlerinin,[1139] konulma kaygılarını izale edip edemeyeceği de, yine bu süreçteki kritik sorulardan biridir. AB'nin sınırları belirsiz yetkileriyle birlikte düşünüldüğünde, bu hükümlerin Şart'ın uygulanma kapsamını net biçimde çözüme bağladığı söylenebilir mi?[1140] Örneğin, doktrinde, Divan'ın, AB'nin yetkileri meselesine yaklaşımı noktasındaki ''tahmin edilemezliği'' dolayısıyla, Şart'ın kapsamının ve özellikle de Birliğin yetkilerini artırmayacağı hususunun hükme bağlanmış olmasının sorunları çözmeyeceği ciddi biçimde ileri

---

[1135] İki kataloğun (*THŞ ve AİHS*) üslup ve kapsam bakımından farklı teknikler ile oluşturulduğu hesaba katıldığında, aynı niteliklere sahip ancak farklı hukuk teknikleri ile kaleme alınmış maddelerin, yorum sorununa yol açabileceği de sürpriz değildir. Mesela Şart'ın 7 ve 8. maddeleri ile AİHS'nin 8.; yine Şart'ın 11 ve 13. maddeleri ile AİHS m. 10'un farklı yorumlanabilecek niteliklere sahip olmasının, iki ayrı görüş ve içtihadın oluşmasına neden olabileceği belirtilmiştir. Değer, **a.g.e.** s.142, 143**.** Bu noktada Divan'ın Topluluğun bir uluslararası örgüte (*Avupa Ekonomik Alanı – European Economic Area*) üyeliğine ilişkin bildirdiği *1/91 sayılı Görüşünde*, Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine gönderme yaparak, bir antlaşmanın kendi bağlamı, hedefi ve amacı ışığında verilecek mutat anlama göre yorumlanacağı şeklindeki yaklaşımına dikkat çekmek gerekir. Lindfelt, **op.cit,** p.148.

[1136] Değer, **a.g.e.**, s.142, 143; Lindfelt, **op.cit**, p.148.

[1137] Quinn, **op.cit**, p.872.

[1138] Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.656.

[1139] Şart'ın, AB'nin yetkilerini ve AB Hukukunun uygulama alanını genişletmeyeceğine yönelik başta ABA m.6/1, c.2 olmak üzere Şart'ın kendisi ve çeşitli deklarasyonlar ile protokollerde bulunan hükümler...

[1140] Rochere, **op.cit,** p.1784.

sürülmüştür.[1141] Aslında, burada problem, temel hakların, Birliğin yetkilerinin sınırıyla otomatik olarak denkleşmeyen geniş bir alanı kapsamasından ziyade (zira bu, insan haklarını koruyan belgelerin doğasında vardır); *AB Hukuku* içinde yetkilerin bir kısmının Birliğe ait, fakat uygulamasının Üye Devletler tarafından yapılıyor olmasından çıkmaktadır. AB Hukukunun kapsamının belirsiz sınırları, Birlik Hukuku ile Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlükler arasındaki kesişme ve etkileşimin muhtemel etkilerini kimsenin kestirememesi sonucunu doğurmaktadır.[1142] Örneğin, ilk bakışta, *AB Hukukunun* kapsamına girmiyor gibi görünen bir meselenin (*aile hukuku, özel mülkiyet, isim hakkı bağlamında hizmet sunma hakkı vs.*), pekala *AB Hukukunun* kapsamında mütalaa edilmesi ve böyle olunca da Şart'ın devreye girmesi (ve mesela bu bağlamda *İngiltere ve Polonya Protokolü*'nün bu ülkelerin beklediği sonucu doğuramaması) mümkündür. Ancak unutmamak gerekir ki, bu olasılık, Şart'taki hak ve özgürlüklerden ziyade; AB sisteminde yetkilerin kesin çizgilerle belli olmamasından kaynaklanan bir olasılıktır.[1143]

Pazarlığın Bir Başka Boyutu: Hak ve İlkeler Ayrımı

Başından beri AB'nin bir temel haklar kataloğu olmasına; o olmayınca en azından ''bağlayıcı'' bir temel haklar kataloğu olmasına; o da olmayınca bari bu bağlayıcı metnin içinde sosyal-ekonomik-kültürel nitelikte hakların yer almasına şüpheyle bakan İngiltere, bunları tam olarak başaramamış; fakat en azından yine bir ''yatay'' hükümle, haklar ve ilkeler arasındaki ayrıma net biçimde dikkat çekilmesini sağlayabilmiştir. Diğer haklara göre daha yüksek düzeyde bir pozitif aksiyon almayı ve sosyal harcamayı gerektiren sosyal-ekonomik nitelikteki hakların tam olarak gerçekleştirilemediği gerekçesiyle Birlik ve de (*AB Hukukunu* uygulamaları kapsamında) Üye Devletlere karşı (Divan ve ulusal mahkemeler önünde) somut talepler ileri sürülememesini temin etmek üzere, Şart'ın ''sistemik ayarlarıyla'' oynanmıştır.[1144] Sonuç, hukuken ileri sürülebilme bakımından, daha çok sosyal ve ekonomik hak niteliğindeki ''ilkeler'' ile medeni ve siyasi hak niteliğindeki ''haklar'' arasında bir ayrımın yapılmış (ve üstelik bazı hakların da

[1141] **Ibid.** p.1785.
[1142] **Ibid.**
[1143] **Ibid.**
[1144] Burca, **Beyond the Charter...,** p.692.

sadece AB vatandaşlarına tanınmış) olmasıdır. Bunun sonucu ise, ''insan haklarının evrenselliği ve bölünmezliği'' retorikleri karşısında, gerçeklerle yüzleşmektir.[1145]

Yine Bir Törpüleme: Vatandaşlara Özgü Haklar

Şart'a bir hücum da, bazı hak ve özgürlük güvencelerini, sadece AB vatandaşlarına tanımış olması noktasından gelmektedir. Batı demokrasilerinin ileri düzeyde hak ve özgürlük güvenceleri getiren anayasalarına bakıldığında da rastlanabilecek bu türden ''vatandaşlık'' haklarının Şart'ta olması, bu yönüyle makul karşılanabilirse de; AB gibi ulus-üstü ve klasik egemenlik iddiaları bakımından normal devletlerden ayrışan bir yapı için yine de eleştirilmektedir.[1146] Ancak Şart'ın 39-46. maddeleri arasında düzenlenen bu haklara baktığımızda, bir kısmının[1147] öznesi olarak sadece vatandaşların değil ''herkes''in gösterilmiş; birçoğunun[1148] ise, yine vatandaşlarla birlikte AB'de yasal olarak ikamet eden/bulunan gerçek ve tüzel kişi yabancılara da tanınmış olması karşısında; sadece vatandaşlara tanınan haklar olarak, *seçme-seçilme* ve *diplomatik korumadan yararlanma* gibi ''siyasi'' haklar ve de AB projesinin temellerinden olan *serbest dolaşım* ve *ikamet hakları* kalmaktadır. Esasen vatandaşlara hasredilmesi yönüyle eleştirilen hakların da, bu sonuncular olduğunu söyleyebiliriz. Ancak dediğimiz gibi, başlangıçtan beri AB projesinin temellerinden olan ve bir haklar belgesinde yer alıp almaması gibi basit bir tercihe konu edilemeyecek bu temel ekonomik serbestileri vatandaşlara hasretmiş olması, bizce Şart'ın en son eleştirileceği nokta olmalıdır.

Açıklamalara Yüklenme

Keza *Açıklamalar*'ın oynaması öngörülen rol de, yine üzerinde eleştiri toplayan bir başka husus olmuştur. Divan'ın Şart'ı yorumlamada *Açıklamalar*'a bakmakla yükümlü

[1145] Bununla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Şart'ın, bunların hangilerinin hak/özgürlük hangilerinin ilke olduğu noktasında açık bir liste vermemesi karşısında, son tahlilde burada nihai yorumun Divan'da olduğu düşünülürse, ilkelerin anlam kazanması, biraz da Divan'ın tavrına ve aktivizmine göre şekillenecektir. Öte yandan bu durumun, farklı bir bakış açısıyla, Divan'a ''sömürebileceği'' (kötüye kullanabileceği) bir alan bıraktığı şeklinde bir görüş de mevcuttur. Weatherill, **Cases & Materials on EU Law,** p.69.

[1146] Schönlau, bunun, Şart'ın *AB Hukukundaki* ikili rolünü ortaya koyduğunu söylemektedir: Bir yandan Birliğin evrensel insan haklarının küresel serüvenine bağlılık ve yükümlülüğü; bir yandan da, bu küresel sistem içinde ayrı bir Avrupa kimliği oluşturma çabası bağlamında bu hakların AB'ye özgü bir yorumunu ortaya koyma iradesi. Schönlau, **op.cit**, p.96.

[1147] *İyi yönetişim ve idare edilme hakkı*

[1148] B*elgelere erişim* ve *bilgi edinme, ombudsmana başvurma, dilekçe hakkı* gibi

tutulmasının, Divan'ı bağlama ve Şart'ı daraltma potansiyeli taşıdığı;[1149] evrilen bir toplumun taleplerini karşılayacak yorumlardan ziyade, güncelliğini yitirmiş yorumlara Divan'ı mahkum ettiği;[1150] hatta bunun İngiltere'nin isteği üzerine Şart'a eklendiği ve amacın da, Şart'ın yaşayan bir belge olmasının ve yargı organlarınca evrilen toplumun gereklilikleri bağlamında yorumlanmasını engellemek olduğu[1151] ileri sürülmüştür.

Sınırlama Rejimindeki Potansiyel Tehdit

Şart'ın hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine ilişkin getirdiği esaslar da, yine eleştiri alan bir başka noktadır. Şart'ın bütün hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlama rejimi tesis etme şeklindeki düzenlemesini (m.52/1 hükmünü) yukarıda görmüştük. Bu noktada, Şart sisteminin AİHS sisteminden ayrıldığına dikkati çekmek gerekir. AİHS'te sınırlanması öngörülen hakların sınırlanabilme kriterleri, her hak ve özgürlüğe ilişkin olarak kendisini düzenleyen maddede özel olarak öngörülmüşken; Şart, hak ve özgürlük hükümlerinde bu anlamda herhangi bir sınırlama rejimine yer vermemiş; tüm hak ve özgürlükler için yukarıda yer verdiğimiz genel hükmü koymuştur. Bu kriterlere (*öze dokunmama, ölçülülük ilkesine uygunluk* gibi) bakıldığında, AİHS'te spesifik haklar bazında da, bunların benzeri bir sınırlama rejiminin getirildiği söylenebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, Şart'ta hakların sınırlanması için birtakım sınırlama kriterlerinin getirilmesinin yanında genel veya özel sınırlama sebepleri/halleri öngörülmüş değildir. Bu da, tabii ki, Şart'taki hakların her durumda sınırlanabileceği ve örneğin öze dokunmadıkça her hakkın sınırlanmasının mümkün olacağı anlamına gelmektedir.[1152] Bu yaklaşım, doktrinde eleştirilmiştir.[1153] Bu eleştirilere katılmakla birlikte, koruma düzeyi

---

[1149] Dashwood et.al., **op.cit,** pp.362, 385.
[1150] Chalmers et.al., **op.cit**, p.258.
[1151] Dominique Rousseau, ''Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı'', **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:22, 2005, s.276. Yazar, iddiasına destek olarak, örneğin Şart'ta bir mesleği seçme ve bir işte çalışma hakkının düzenlendiğini (m.15); ancak bunun meslek edinme hakkını içermediğini söylemekte ve işte eğer bu hüküm, *Açıklamalar* ışığında yorumlanmak zorunda olmasaydı, belki de Birlik yargısının biraz genişletici bir yorumla, meslek edinme hakkını da, bu çalışma ve mesleğini seçme hakkının içine katabileceğini; oysa artık bunun mümkün olmadığını ileri sürmektedir. **Ibid.**
[1152] Aynı doğrultuda bkz.: Lindfelt, **op.cit**, p.139. Tabii ki, doğası gereği sınırlanamayacak hak ve özgürlüklerin (m.4'teki işkence yasağı veya m.49'daki kanunilik gibi) sınırlanmasının yine mümkün olmayacağını söyleyelim. **Ibid.** p.140.
[1153] AİHS'teki her hak veya özgürlüğe özgü sınırlama sebebi sisteminin ardında, bazı hakları sınırlanamaz kılmak, bazılarının belli hallerde sınırlanabilmesine izin vermek ve böylece bir yandan bireylere bir kesinlik sağlamak bir yandan da ulusal otoritelerin takdir marjlarını azaltmak gayelerinin olduğunu söyleyen Wyatt ve Dashwood, Şart'ın benimsediği sistemin bu güvenceleri getirmekten uzak olduğunu ve bu yönüyle tatmin edici olmadığını ileri sürmektedirler. Dashwood

noktasında asgari standardı AİHS'ye endeksleyen m.52/3 hükmünün, Şart'ın düzenlediği hak ve özgürlüklerin ''sınırlanması'' bakımından da geçerli olduğu yorumunu yapabiliriz. Böylece yukarıda dile getirilen kaygılar da bir ölçüde izale edilmiş olacaktır.

AİHS ile Sistematik Farklılıklar

Şart, yukarıda değindiğimiz hususların dışında da, sistematik ve zihniyetsel açıdan AİHS'ten önemli yönleriyle farklılaşmaktadır. Daha önceden de değindiğimiz gibi, her şeyden önce, sadece medeni ve siyasi nitelikte hakların değil, sosyal ve ekonomik hakların da düzenlenmesi başta olmak üzere; benzer içeriğe sahip hak ve özgürlüklerin kaleme alınış forrmülasyonlarındaki farklılıklar; Şart'ın, bağladığı devletleri, AİHS gibi her türlü eylem ve tasarruflarında değil, sadece *AB Hukukunu* uyguluyorlarken bağlaması; genel sınırlama rejimi getirmesi; ve nihayet düzenlediği hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylere, AİHS sisteminde olduğu gibi özel bir bireysel başvuru imkanını vermemesi, Şart'ın AİHS'ten ayrışan yönleri ve aynı zamanda da handikapları olarak gösterilmiştir.[1154] Ancak öte taraftan, hakların kaleme alınışlarındaki ayrışmanın kimi zaman AİHS'ten daha kapsayıcı ve koruyucu bir hak ve özgürlük meydana getirmeye matuf olması; Sözleşme'nin getirdiği bireysel başvuru yolunu kullanarak AİHM'ye gitmek ve Sözleşme'yi devreye sokmak için tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliyken, Şart'ı yargısal olarak ileri sürmek için buna gerek olmayıp, ulusal mahkemeler önünde açılan herhangi bir dava ile *ön-karar prosedürünü* işleterek Divan'a Şart'ı yorumlatmanın mümkün olması gibi prosedürel avantajları olduğu da söylenebilir.[1155] Hatta Şart'ın m.52/3 hükmünü düşündüğümüzde, bu, bir yönüyle AİHS'nin ve AİHM içtihatlarının Şart ve Divan içtihatları üzerinden *AB Hukukunda* daha etkili, prestijli ve bağlayıcı ve de icra edilebilir hale gelmesine de, dolaylı olarak yol açabilecektir.[1156]

---

et.al., **op.cit**, p.384. Craig ve de Burca da, özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasının, ''ekonomik hedeflerin'', temel hakları sınırlamak için 52/1 bağlamında kullanılabilmesinin yolunu açabileceğini; oysa AİHS sisteminde bu mantıkta bir sınırlamanın mümkün olmadığını söylemektedirler. Craig, de Búrca, **op.cit**, p.397, note:221)

[1154] Bkz.: Greer, **op.cit**, p.50.

[1155] Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.657. Aslında yerel mahkemede açılan bir davada, ilgili ulusal tasarruf, ister AİHS'ye ister Şart'a aykırı olsun, ulusal mahkemeden beklenen, o tasarrufu değil, AİHS veya Şart hükmünü uygulamaktır. Ne var ki, anayasal anlamda AİHS'nin gücü, *AB Hukukunun* (üstünlük ve doğrudan etkisi ışığında) gücü kadar olmayabilir. Kaldı ki, olsa (mesela Türk Anayasası'nın 90/5, c.2 hükmü gibi bir hüküm bulunsa) bile, pratikte bunun her zaman böyle olmadığını düşündüğümüzde, devreye Divan ile AİHM'nin girmesi söz konusu olmaktadır. Ve işte o noktada da Divan'a (*ön-karar* yoluyla) ulaşmak, AİHM'ye (tüm iç hukuku tüketerek) ulaşmaktan zannederiz daha kolaydır.

[1156] **Ibid.** Mesela yazar, *İngiliz Hukukundan* şu örneği vermektedir: İngiltere'de bilindiği gibi, İnsan Hakları Kanunu'na (*Human Rights Act*) göre, İngiliz mahkemeleri, temel hakları ihlal eden bir

Özel Bir Bireysel Başvuru Usulünün Yokluğu

Bu noktada bitirmeden, Şart'a yöneltilen – bizce haksız – bir eleştiriyi de cevaplayalım. Şart'ın bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında, bilhassa kendisinde veya AB Antlaşmalarında etkili bir bireysel başvuru yolunun olmaması karşısında etkili olamayabileceği söylenmiştir.[1157] Ne var ki, bizim de yukarıda AB'de insan hakları korumasının handikapları olarak kabul ettiğimiz bu hususların doğurabileceği olumsuzlukları, bizce Şart'a yıkmamak gerekir. Evet, uluslararası/ulusal-üstü insan hakları hukukunda, bir hak ve özgürlük belgesinin etkinliğinin temel göstergelerinden biri, getirdiği hak ve özgürlüklerin ihlali halinde bireylere sunduğu ''denetlettirme'' mekanizmasıdır. Ve evet, Şart, bu anlamda bunlardan yoksundur. Ancak unutmamak gerekir ki, Şart, bir siyasi coğrafyada, insan hakları alanında tek başına bir koruma rejimi kuran bir metin değildir. Şart'ın etki mekanı, *Avrupa Birliği* ve bu siyasi organizasyonun da temel metinleri, Kurucu Antlaşmalar'dır. Şart, sadece bu siyasal alanda kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlükleri derleyip toplamak, açık, net ve görünür kılmak maksadıyla ortaya konmuş bir katalogdur. *AB Hukukunda* bireylerin hak ve özgürlük ihlallerine karşı ''etkili'' başvuru yollarının olup olmaması, aslında Şart'ı pek de ilgilendirmeyen yapısal noksanlıklardır. Ayrıca, ''iç hukuku tüketme'' koşulunun aranması karşısında, AİHS sisteminde bir bireysel başvurunun, pratikte, bir insan hakkı ihlalini ön-karar prosedürüyle Divan önüne getirmekten daha kolay olmayacağına ilişkin yukarıda yaptığımız tespitleri de tekrardan hatırlatalım.

Geçen Beş Yıldaki Uygulama

Yukarıda Divan'ın, Şart'ı, Lizbon'la bağlayıcılık kazanmasından sonra yoğun bir şekilde kullandığını belirtmiştik. Bu, Lizbon sonrası anayasal yapıda, Şart'ın AB İnsan Hakları Hukukunun temel kaynağı olmasının doğal sonucudur. Divan, artık insan haklarının söz konusu olduğu bir davada, çözümü, başka bir yere gitmeden önce Şart'ta

---

yasal tasarrufu iptal etme yetkisine sahip olmayıp, sadece ''bağdaşmazlık kararı'' (*declaration of incompatibility*) verebilmekte ve konu, ardından Parlamento tarafından özel bir prosedüre (hızlı yasa çıkarma prosedürü) göre ele alınmaktadır. Ne var ki AİHM, bu sistemi, (*Burden & Burden v United Kingdom*'da), AİHS m.13 bağlamında etkili bir yol (*effective remedy*) olarak görmemiştir (**Ibid.**). Oysa *AB Hukukuyla* çelişen bir İngiliz normunun uygulanmaması, zaten tezin birinci bölümündeki ''*AB Hukukunun* üstünlüğü'' tartışmalarından da hatırlanacağı üzere, İngiltere'de uzun süre önce (bkz.: *Factortame* kararı) çözümlenmiş bir meseledir.

[1157] Bkz.: Değer, **a.g.e.**, s.58.

aramakta; hukukun genel ilkelerinde (yani ortak anayasal geleneklerde veya AİHS vb. uluslararası sözleşmelerde) olup da, Şart'ta olmayan bir hak/özgürlük pek bulunmadığından da, Şart, meselelerin çözümünde genelde tek başına yeterli gelmektedir. Divan ile AİHM Başkanlarının 2011'in başlarında yaptığı açıklama, Şart'ın, Divan içtihadında hızlıca birincil önemi aldığını ortaya koymaktadır.[1158] Bu açıklamaya göre, Lizbon'un yürürlüğe girdiği Aralık 2009 ile 2011 Ocak ayı itibariyle geçen yaklaşık 14 ayda, 30 civarında kararda, Şart, bağlayıcı bir metin olarak kullanılmıştır.[1159] Bu istatistiğin, benzer şekilde günümüze kadar da sürdüğünü söyleyebiliriz.

Kıta'daki İnsan Hakları Korumasına Etkileri

Kıta'daki insan hakları koruma sistemine etkileri noktasında ise; Şart, bilhassa en büyük ''rakibi'' olarak kıyaslandığı AİSH'ye göre daha çok hak içermektedir. Bir de lazım olursa, hemen devreye girebilecek hukukun genel ilkeleri hazırda beklemektedir. Tüm bunlarla birlikte, *Mangold* ve *Küçükdeveci* kararlarındaki gibi, Divan'ın aktivizmin sınırlarını zorladığı bir içtihadi temayülün varlığını da göz önünde tutup; bunlara, bir de, AB'nin günden güne yetkilerinin artması olgusunu ekler; öte yandan bu olgu ve gelişmeleri, AİHM'ye bireysel başvuru yoluyla ulaşmaktansa Divan'a ön-karar yoluyla ulaşmanın nispeten daha kolay, kararlarının etkinlik, bağlayıcılık ve icra edilebilirliğinin de, AİHM kararlarına nazaran daha üst düzeyde olduğu tespitiyle harmanlarsak, bireylerin haklarını, AİHS hakkı/özgürlüğü olarak ileri sürmektense, (Şart ve genel hukuk ilkeleri temelinde) Birlik hakkı/özgürlüğü olarak ileri sürmeyi tercih edebilmesi gibi bir gelişmeyle karşı karşıya kalabileceğimizi ve bunun da, uzun vadede, AİHS'nin AB ülkeleri için ''gereksizleşmesi'' sonucunu doğurabileceğini dahi söyleyebiliriz.[1160] Bu, bir yönüyle, aşırı yükten bunalmış ve işlemez hale gelmiş olan Strazburg sisteminin ve böylece hızlı adaletin ve neticede bireylerin de menfaatine olabilecek bir gelişmedir hiç şüphesiz.[1161]

Son Sözler

[1158] **Joint Communication from Presidents Costa and Skouris**, Press Release No:75, 27.1.2011. Aktaran Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.656, note:42.
[1159] **Ibid.**
[1160] **Ibid.** p.658.
[1161] **Ibid.**

Özellikle yatay hükümlerle birlikte düşünüldüğünde, Şart'ın, bazılarınca, AB'nin insan hakları konusundaki ''ne etliye ne sütlüye dokunma'' şeklinde tarif edilen pozisyonuna uygun bir metin olduğu; insan hakları konusunda AB'ye ilave hiçbir yetki vermediği; Divan'ın insan haklarını ''ciddiye almadığı''[1162] tavrının bir başka boyutu olduğu; *AB Hukukunun* uygulanma alanını artırmadığı ve Divan'a da dar bir alan bıraktığı eleştirilerine muhatap olmuştur.[1163] Tabii bu noktada, Divan'ın meseleye yaklaşımı her zamanki gibi ve hatta her zamankinden de çok önem kazanacaktır. Doktrinde Doğan'ın da belirttiği gibi, özellikle ilke niteliğindeki hükümlerin pratik değeri olan birtakım güvencelere dönüşmesi yahut sembolik (yani yukarıda da dediğimiz gibi diğer haklardan ayrılmayıp kataloğa dahil edilmesi şeklinde) değerde kalması, büyük oranda Divan'ın bunlara bakışına ve m.52/5 hükmüne vereceği anlama göre belli olacaktır.[1164] Bu süreçte Şart'ın en büyük manevi destekçisi ise, AB kurumları nezdindeki ''saygınlık'' ve ''prestiji'' olacaktır.[1165]

[1162] Mesela Coppel ve O'Neill, ''insan haklarını ciddiye almak mı'' adını verdikleri makalelerinde bu yönde sağlam eleştiriler getirmekte; bir örnek olarak vermek gerekirse, Divan'ın, bireysel idari işlemlere karşı açılan davalar ile iş davaları dışında, bir AB normunu insan haklarına dayalı olarak iptal etmesinin çok nadir olduğu örneğini paylaşmaktadırlar. Coppel, O'Neill, **op.cit**, p.124.

[1163] Búrca, **Beyond the Charter**…, pp.694, 695. Doktrinde Karakaş, bunu, ulusal anayasal düzenlerin ulusal-üstü anayasanın etki alanında kalmaktan kurtarılması ve böylece devlet egemenliğinin korunması olarak, dokunulmaz olana dokunmayan bir metin ile karşı karşıya olduğumuz şeklinde değerlendirmektedir. Işıl Karakaş, ''Ulusalüstü Anayasa'da Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar'', **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:22, 2005, s.297. Keza Weiler da, Şart'ın *AB İnsan Hakları Hukukuna* getirileri noktasında o kadar da heyecanlı değildir. İnsan onuru, vazgeçilmez-devredilmez haklar, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler vs. bakımlardan kullanılan ''şaşalı'' dile rağmen; özellikle temel slogan olan ''açıklık'' (*clarity*) noktasında, tam olarak neyin korunup neyin korunmadığı ve neyin ne ölçüde korunduğunun cevabını, Şart''ın tam anlamıyla veremediğini düşünmektedir. Joseph H. H. Weiler, ''A Constitution For Europe? Some Hard Choices'', **Journal of Common Market Studies**, Vol: 40 Issue:4, 2002, pp.563, 576, 577. Yazarın, AB'nin böyle bir temel haklar şartına sahip olmasına da itirazları vardır (mesela hukukun genel ilkeleri üzerinden jürisprüdansiyel olarak sürdürülen sürecin insan haklarının doğal gelişimi ve değişim sürecine daha uygun düştüğü ve her bir Üye Devletin anayasal sistemini, insan hakları korumasının organik ve canlı bir laboratuvarı olarak kullanıp anayasal sistemlerle iç içe karşılıklı diyaloğa da katkı yaparak temel hakların daha iyi korunmasını sağladığı gibi düşüncelerle... Bkz.: **Ibid.**). Ancak burada bu tür tartışmalara girmeyeceğimizi başta belirttik. İçtihadi korumanın yeterliliğini ise, tezin birinci bölümünün sonunda içtihadi korumanın handikapları başlığı altında uzun uzadıya tartıştık. Bu saatten sonra, Şart'ın bizzat varlığına taalluk etmeyen fakat içeriğine hitap eden eleştiri ve değerlendirmelere ise, burada yer vermekteyiz.

[1164] Doğan, **op.cit**, p.73.

[1165] İlk kabul edildiği yıllarda, Birlik yargısı tarafından bir süre göz ardı edilse de, neticede Birliğin 3 büyük kurumu (Parlamento-Konsey-Komisyon) tarafından ilan edildiği için, başta bunlar olmak üzere Birlik organ ve kurumlarının – o dönem için hukuken bağlı olmamakla birlikte – en azından bir politika olarak, eylem ve işlemlerinde Şart'ı dikkate alacaklarını, ona uygun hareket edeceklerini söylediklerine değinmiştik. (Hatta mesela Lindfelt'in yaptığı aktarmaya göre, dönemin Avrupa Ombudsman'ı Jacob Söderman, Temel Haklar Şartı ile yasaklanan yaş ve diğer temellerde ayrımcılık yasağını açıkça ortaya koymayan herhangi bir belgenin altına imza

3.1.4. Katılım Sonrası Bağımsız Bir Kaynak Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AB İnsan Hakları Hukuku için Lizbon'la (aslında tarihsel olarak daha 1970'lerde) başlayan ve önümüzdeki yıllarda tamamlanması öngörülen önemli bir gelişmeden daha bahsetmiştik: ***AB'nin AİHS'ye katılımı.*** Buna ilişkin süreci, yukarıda tezin tarihsel gelişime ayırdığımız ikinci bölümündeki siyasi-hukuki-kurumsal gelişmeler bahsinde, ayrıntılı olarak gördük. İşte Lizbon'un armağanı denebilecek ''katılım'' hadisesi gerçekleştiğinde, AB de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olacak ve böylece Sözleşme, 47 akit Devletin iç hukukları gibi, *AB (İnsan Hakları) Hukuku* için de, bağlayıcı bir norm haline gelecektir. Diğer bir deyişle, süreç sonunda AİHS de, AB'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olacak ve bu yönüyle de *AB Hukukunun* (**ikincil kaynaklar arasında, ancak mevzuattan daha üstte**) **ayrı** ve **bağımsız bir kaynağı** haline gelecektir.

Bu noktada AİHS, hem halen daha hukukun genel ilkeleri kapsamında hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasında (şimdiye kadar olduğu gibi Divan tarafından başvurulan) bir alt-kaynak, bir esin kaynağı olmaya; ayrıca yukarıda gördüğümüz gibi, Şart hükümlerinin de yorumlanmasında, Şart'ın 52/3. maddesi uyarınca bir asgari standart görevi görmeye devam edecek; hem de, tarafı olan Devletlerin ulusal yargı organları tarafından nasıl bir kaynak olarak uygulanıyor ise (örneğin 1982 T.C. Anayasası m.90/5 gereği), aynen öyle AB kurum ve organları ve yargısal planda Adalet Divanı tarafından da, **AB'nin tarafı olduğu bir uluslararası sözleşme olarak** uygulanacaktır. Böylece, katılım sonrası AB de, diğer 47 Devlet gibi AİHS'ye taraf olacağına göre, bu Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerle, şimdiye kadar olduğu şekliyle hukukun genel ilkelerinin **ötesinde, sırf Sözleşmeye taraf olması** sebebiyle bağlı olacak; tüm Birlik organları ve Adalet Divanı, bu Sözleşme hükümlerine, *Birlik Hukuku* kapsamındaki tüm meselelerde uymak ve bunları uygulamakla yükümlü olacaktır. Bu, AİHS'nin (aynı Temel Haklar Şartı'nda olduğu gibi) Adalet Divanı tarafından, hukukun genel ilkeleri kaynağının bir alt/yardımcı kaynağı olarak uygulanmanın ötesinde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* bağımsız bir kaynağı olarak uygulanması demektir. Bu ise, belki doğrudan Lizbon'un değil (imzalanacak ve

---

atmayacağını dahi söylemiştir. Lindfelt, **op.cit**, p.240, note:719.) Şart'ın hukuken bağlayıcı olmadığı dönemdeki etki ve prestijinin bu olduğunu düşünmek, günümüzde bağlayıcı ve anayasal statüye yükseltilmiş bir Şart'ın prestiji noktasında herhalde yeterince aydınlatıcı olmaktadır. Kurumsal saygınlığın ise, böyle bir belgenin geleceği için ne denli mühim olduğu, herhalde tartışmalı bir husus olmasa gerektir.

halihazırda hazırlıkları devam eden bir katılım anlaşmasının); fakat Lizbon'un izin verdiği, hatta bir yükümlülük olarak AB'nin üzerine yüklemek suretiyle başlattığı sürecin sonucudur hiç şüphesiz.

Tabii bunun *AB İnsan Hakları Hukukuna* etkileri, ayrıca tartışılması gerekli bir meseledir. Bu noktada, belki Sözleşme'nin *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* nasıl etki ettiğini, bu hukukun gelişiminde nasıl rol oynadığını bir kez daha hatırlamak gerekir. Bilindiği gibi, Sözleşme'nin ilk devreye girişi, hukukun genel ilkeleri olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılacak hak ve özgürlüklerin bulunup tespitinde bir alt/yardımcı kaynak olarak kullanılması şeklindedir. Bunu, yukarıda ayrıntılı olarak görmüş ve bu anlamdaki ''(soft) bağlayıcılığını'' da tartışmıştık. Sözleşme, hiç şüphesiz, Lizbon sonrası yapıda da, AB Antlaşması'nın 6/3. maddesi uyarınca bu şekilde rol oynamaya devam edecektir.

Öte yandan yine yukarıda hukukun genel ilkelelerinin kaynak olma rolünü incelerken, Lizbon ile birlikte Şart'ın bağlayıcı olarak kabul edilmesinden sonra, hukukun genel ilkelerinin *AB (İnsan Hakları) Hukuku* içinde oynayacağı rolün azalacağına da değinmiştik. Zira yukarıda Şart ile ilgili yaptığımız açıklamalardan da görüleceği üzere, Şart, içerik olarak AİHS'ye göre, ''eksiği yok fazlası var'' denebilecek bir metindir. Bu anlamda, diyelim ki, AİHS'de düzenlenip de, bugüne kadar hukukun genel ilkesi olarak Divan tarafından tespit edilmemiş bir hak veya özgürlük olsa bile, bu, zaten büyük ihtimalle Şart'ta da güvence altına alınmış olacak ve uygulanması da, doğrudan Şart'a dayandırılacaktır. Nitekim tam bu noktada Şart ile AİHS, Divan ile de AİHM arasında çatışmayı engellemek adına da, Şart'a bir yorum hükmü konmuştu; ki 52/3. madde olarak bunu da yukarıda inceledik. Dolayısıyla AİHS, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* halen bir ''yardımcı kaynak rolü'' oynamaya devam edecek; ancak bu rol, biraz değişecektir. Sözleşme'den, artık, hukukun genel ilkeleri olarak yeni yeni hak ve özgürlüklerin bulunup uygulanmasından ziyade; Şart'ta düzenlenen birtakım hak ve özgürlüklerin yorum ve uygulanmasında yararlanılacağını (bir nevi ''çıpa'' vazifesi göreceğini) söyleyebiliriz.

Bu anlamda katılımın *AB İnsan Hakları Hukukunun* ''kaynakları'' bahsine olabilecek etkisi bu şekilde biraz sınırlı ise de (yani her ne kadar Sözleşme'nin AB Antlaşması **m. 216/2 uyarınca** bir uluslararası sözleşme olarak bağımsız bir kaynak şeklinde oynayabileceği pratik rol, sınırlı da olsa); neticede, *AB (İnsan Hakları) Hukukunun* – diğer tüm uluslararası sözleşmeler gibi – bağımsız bir kaynağı olacağı da bir gerçektir ve bu yönüyle de burada ele alınmıştır.

3.1.5. Değerlendirme: Kaynaklar

AB İnsan Hakları Hukukunun kaynakları bahsini böylece bitirmiş oluyoruz. Aslında yukarıda her üç kaynak (Şart-hukukun genel ilkeleri-AİHS) için de, kendi başlıklarının sonunda ayrıntılı değerlendirmeler yaptık; o yüzden burada tekrardan aynı değerlendirmelere girmeyeceğiz. Fakat toparlama sadedinde birkaç şey söylemek faydalı olacaktır. Herhangi bir normatif düzenlemenin yokluğunda, Divan, 1960'ların sonlarında, AB'nin eylem ve işlemlerinin insan haklarına uygun olması gerektiğini; bu anlamda olağan usuller çerçevesinde AB tasarruflarına yönelik yargısal denetimde, insan haklarına uygunluğun da bir kriter olarak dikkate alınacağını ortaya koymuştu. Tabii ki, sadece AB normları insan haklarına uygun olmalı demek yetmiyor; bir de hangi hak ve özgürlüklere uygun olmalı sorusu gündeme geliyordu. Yine yazılı hukukun sessizliği karşısında, Divan, daha önceki yıllardan beri *AB Hukukunun* bir parçası olarak uyguladığı ***hukukun genel ilkelerine*** başvurdu. Tabii bu sefer de, yazılı olmayan ve bir yerlerden bulunup çıkarılması gereken bu genel hukuk ilkelerinin nereden bulunup ortaya konacağı sorusu belirdi. Divan, bu noktada da, önce Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde ***ortak olan geleneklere/standartlara/ilkelere***; ardından da Üye Devletlerin taraf olduğu (veya üzerinde işbirliği yaptığı) ***uluslararası sözleşmelere*** baktı. Bu uluslararası sözleşmeler içinde de, özellikle ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi***'ne önem verdi. Divan, daha sonradan bu iki alt kaynağa, 2000'de kabul edildiği dönemden Lizbon ile bağlayıcılık kazandığı dönem arasında ***Temel Haklar Şartı***'nı da – bir müddet direnmekle birlikte – ekleyecekti.

Tabii bu noktada ortak anayasal gelenekler deyince, hemen bir başka soru daha devreye giriyordu. Hangi geleneklerin ''ortak'' olduğu sorusu. Daha açılmış haliyle, bir Üye Devlette kabul edilen bir anayasal hak/özgürlüğün ortak anayasal gelenek olarak *AB Hukukuna* aktarılması için, asgari kaç ülkenin anayasal sisteminde kabul edilmesi gerekirdi? Divan, hiçbir zaman bir hak veya özgürlüğün ortak anayasal gelenek olarak kabulü için, rakamsal bir mantık peşinden gitmedi. Belirli bir Üye Devletle (yani onun anayasasıyla) açıkça bir çatışma yaşamaktan kaçındığı veya belirli bir Üye Devletin anayasal olarak hassasiyeti bulunan bir mesele olan hallerde onun bu anayasal/toplumsal hassasiyetine saygı gösterdiği ve böylece tek bir Üye Devlette kabul edilen bir hak ve özgürlüğü dahi ortak anayasal gelenek olarak *Topluluk/Birlik Hukukuna* aktardığı örnekleri saymazsak; Divan'ın genel tavrı, belirli bir Üye Devlet sayısı aramadan, anayasal sistemlerde o hak ve özgürlüğe dair bir ortak eğilimi aramak ve

bunu tespit edebildiği anda da, o hakkı, kaç (5, 10, 20) Üye Devlette kabul edilirse edilsin, ortak anayasal gelenek olarak kabul etmek; böyle bir ''ortak'' eğilimi tespit edemediği noktada da (özellikle belki bizatihi bir hakkın varlığı noktasında değil fakat ''korunma düzeyi'' bakımından), birkaç Üye Devlette benimsenen bir koruma düzeyini ''ortak'' olarak kabul etmemek oldu. Ve unutmamak gerekirdi ki, hangi Üye Devletin/Devletlerin sisteminden alınmış olursa olsun, bir hak veya özgürlük, artık *AB Hukukunun* bir normuydu; Üye Devletlerin anayasaları emrediyor diye değil, Topluluğun/Birliğin ortak bir anayasal geleneği olduğu için bu düzende uygulanıyordu ve dolayısıyla da onun gerekliliklerivle, hedef ve önceliklerivle de uyumlu biçimde anlaşılmalı, yorumlanmalı ve uygulanmalıydı.

Öte yandan, Divan, bu süreçte AİHS'yi kullandıkça ve keşfettikçe (ve AİHS'nin meşruiyetinden yararlanıp kendi insan hakları anlayışını ulusal hukuklara ve ulusal yüksek mahkemelere de kabul ettirdikçe), ortak anayasal geleneklere başvurmayı da, süreç içinde önemli ölçüde azalttı. Yani hukukun genel ilkeleri içinde, ortak anayasal geleneklerin rolü azaldı. Zira AİHS, Avrupa Kıtası'ndaki uzlaşıyı yansıtma noktasında, ortak anayasal geleneklere oranla çok daha ''ortak''tı ve bulunup uygulanması da, ortak anayasal geleneklere göre oldukça kolaydı. Divan, bir süre sonra kararlarını genelde AİHS üzerinden vermeye ve ortak anayasal geleneklere değinmemeye; değinse bile ''AİHS'te olan şu hak/özgürlük, Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde de ortaktır'' şeklinde destekleyici mahiyette cümleler ile gönderme yapmaya başladı. Yani, AİHS, hukukun genel ilkelerini domine etmeye başlamıştı. Böylece AİHS, yavaş yavaş, *AB Hukukuna* aktarılıyordu.

Tam bu noktada da, bu alt-kaynaklar ve bilhassa da AİHS bakımından, bu alt-kaynakların hukukun genel ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynağı olmadaki ''bağlayıcılıkları'' meselesi doğdu. Baştan söylemek gerekir ki, Divan, bunları, hiçbir zaman ''hukuken'' bağlayıcı görmedi. Elbette ki, bunlar, Divan'ın genel hukuk ilkeleri olarak birtakım hak ve özgürlükleri *AB Hukukuna* aktarırken, başlangıçta kendi tercihiyle; sonra ise Maastricht Antlaşması'yla birlikte Kurucu Antlaşmaların emri gereği baktığı kaynaklardı. Evet, Divan, anayasal bir emir olarak genel hukuk ilkelerini tespit ederken bunlara bakmak zorundaydı. Ancak bir kere ortak anayasal gelenekler bakımından, bunlar, ''ortak'' oldukları ölçüde dikkate alınmak zorundaydı ve yeterince ''ortak'' olup olmadığına karar verecek olan da, Divan'ın bizzat kendisiydi. AİHS bakımından da, evet, bu da, belki bakılması mecburi bir alt-kaynaktı ve ortak anayasal gelenekler gibi de değil, belli bir yerde derli toplu ve yazılı olarak bulunan bir metindi; ancak yine de, hak ve özgürlük

kavramının mahiyeti gereği yoruma muhtaçtı. Divan'ın AİHS'te düzenlenen bir hakkı veya özgürlüğü tanımaması, belki mümkün değildi; ancak her hak ve özgürlük, kapsamı, sınırları vs. noktalarda yoruma tabi tutulduğundan, ''bağlayıcılık'' meselesi, bu yorum noktasına gelip dayanmakta ve tam bu noktada da Sözleşme'nin nihai yorum mercii olan AİHM'nin içtihatları devreye girmekteydi. Bu noktada da, Divan, eğer o konuda AİHM'nin bir içtihadı varsa, söz konusu hakkı/özgürlüğü onunla uyumlu olarak yorumladı; AİHM'nin o ana kadar bir yorumu/yaklaşımı yoksa da, Sözleşme hükümlerini, kendisi yorumlamaktan çekinmedi. Hatta bu durum, AİHM'nin sonradan o konuda farklı bir yorumda bulunması halinde içtihadi çelişmeleri de beraberinde getirdi. Ancak Divan, o noktada da basiretli davranıp, kendi içtihadını, AİHM içtihadı doğrultusunda revize etmekten yüksünmedi. Yani Sözleşme ve onun yargısal yorum organı olan AİHM içtihatları, Divan için – hukuken bağlayıcılığını hiçbir zaman kabul etmese de – daima ''saygıyla'' dikkate alındı. Biz, buna hatırlanacak olursa ''yumuşak'' (*soft*) bağlayıcılık demiştik.

2000'li yıllara gelindiğinde, kaynaklar noktasında çok önemli bir, hatta iki gelişme yaşandı. Önce 1970'lerden beri dillendirilen AB'ye özgü bir temel haklar kataloğu fikri nihayet hayata geçirildi ve Temel Haklar Şartı kabul edildi. Ancak Şart'a o an için herhangi bir hukuki statü atfedilmedi. Bu dönem, Şart'ın bağlayıcı olmadığı dönemdi ve Şart, yukarıda da belirttiğimiz gibi, olsa olsa genel hukuk ilkelerinin tespitinde, ortak anayasal gelenekler ve AİHS gibi bir alt-yardımcı kaynak olarak kullanılabilirdi. Bu şekilde bir rol oynamasına bile Divan, uzun süre direndi ve çok sonraları Şart'a bu minvalde atıflar yapmaya başladı (ki o da, bir hakkı/özgürlüğü, başlı başına Şart'a dayandırarak korumak şeklinde değildi zaten). Ardından anayasa tartışmaları başladı ve bu tartışmalar esnasında Şart'ın bağlayıcılık kazanması söz konusu oldu. Nihayet bu süreç, 2009'da Lizbon'un yürürlüğe girmesi ile hukuki anlamda tamamlandı ve süreç sonunda Şart, ''bağlayıcılık'', hem de ''anayasal düzeyde bir bağlayıcılık'' payesiyle şereflendi. Artık, Şart, *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel kaynağıydı. Şart, AB'ye, insan hakları alanında yeni yetkiler vermiyordu; bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak için onlara yeni başvuru yolları da getirmiyordu. Yaptığı şey, basitçe, başta hukukun genel ilkeleri olarak bugüne kadar Divan tarafından kabul edilip *AB Hukukuna* aktarılmış olanlar olmak üzere, farklı kaynaklardaki hak ve özgürlükleri derli toplu bir hale getirmekti; ki başlangıçtan beri ona yüklenen misyon da buydu.

Artık *AB İnsan Hakları Hukukunda*, temel metin Şart idi. Divan, önce buna bakacak; yetmezse, yine ortak anayasal gelenekler ve AİHS'ten yararlanarak hukukun

genel ilkeleri kaynağını devreye sokabilecekti. Ancak Şart'ın, gerek Üye Devlet anayasalarındaki gerekse AİHS'teki hak ve özgürlüklerin büyük kısmını düzenlediğini düşündüğümüzde, artık hukukun genel ilkelerine başvurmak, neredeyse imkansız hale geliyordu. Hukukun genel ilkeleri, bugüne kadar genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiş hak ve özgürlükler ve bu konudaki içtihadi birikim, elbette ki, ortadan kalkmıyordu; ancak artık, genel hukuk ilkesi olarak kullanılan birçok hak ve özgürlük, bizzat Şart tarafından korunmaktaydı.

1980'lerden sonra, AİHS'nin hukukun genel ilkelerini domine etmesi ve bu ilkeler içinde ortak anayasal gelenekleri bir kenara itmesine benzer bir durum, şimdi daha genel planda, Şart'ın, bu sefer hukukun genel ilkelerinin tümünü – *AB İnsan Hakları Hukuku* içinde – bir kenara itmesi şeklinde yaşanıyordu. Tabii ki, henüz bunu söyleyebilecek kadar bir pratik oluşmasa da, Divan'ın 2009 Aralık'tan sonraki kararlarına baktığımızda, neredeyse hukukun genel ilkelerine atfa rastlamamamız (çünkü korunması istenen bir hak ve özgürlük olduğunda, çok büyük ihtimalle Şart, bunu zaten düzenlemektedir), bize bu tespiti yaptırmaktadır. Ancak belirtelim ki, Şart'ın, hukukun genel ilkelerini bir kenara itmesi, belki hukukun genel ilkelerinin bir alt/yardımcı kaynağı olarak AİHS'nin de bir kenara itilmesine yol açıyor gibi gözükse de; Şart'ın AİHS'teki hak ve özgürlükleri, hemen bütünüyle düzenlemesi ve Şart'ın açık hükmü uyarınca bu tür hak ve özgürlüklerin yorumunda AİHS'nin (ve de AİHM içtihatlarının) dikkate alınacak olması karşısında, Sözleşme, bu sefer, farklı bir kanaldan *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* giriş yapıyordu.

Bu anlamda süreç, hukukun genel ilkelerinin ve ona ilişkin yaklaşık 40 yıllık içtihadi birikimin büsbütün önemsizleşmesi anlamına gelmiyordu. Evet, hep dediğimiz gibi, Lizbon'dan sonra artık temel metin, Temel Haklar Şartı idi ve Şart da, bugüne kadar genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiş hemen bütün hakları içeriyordu. Fakat Şart, her hukuk ve hele ki her insan hakları normunda olduğu gibi, yoruma muhtaç, yorumla anlam kazanacak, kapsam ve sınırları belirlenecek bir metindi. Ve, yukarıda gördüğümüz gibi, bir Şart hükmü, ortak anayasal geleneklerdeki veya AİHS'teki bir hak veya özgürlükle aynı/benzer ise, o hüküm, Divan tarafından ortak anayasal gelenekteki veya AİHS'teki anlam ve kapsamıyla uyumlu olarak yorumlanacaktı. Böyle olunca, Divan'ın, temel hak özgürlüklere ilişkin olarak, yaklaşık 40 yıl boyunca (1969-2009) ortak anayasal gelenekler ve AİHS'ten ilham alarak genel hukuk ilkeleri olarak benimseyip uyguladığı yaklaşım ve yorumlar, yani devasa içtihadi birikim, Şart uygulamasında da önemli bir yol gösterici olacaktı. Örneğin mülkiyet hakkının veya teşebbüs hürriyetinin,

yahut din ve vicdan özgürlüğünün söz konusu olduğu bir davayı, Divan, artık, hukukun genel ilkeleri kapsamında *Nold* ve *Prais* kararlarına göre değil; Şart'ın ilgili hükümlerine (sırasıyla m.17, 16 ve 10) dayandıracak, onlara göre çözecekti. Ancak mülkiyet hakkını ve teşebbüs özgürlüğünü, anlam, kapsam, özne ve sınırlar bakımından yorumlarken, *Nold* ve devamındaki içtihat birikiminden; keza din ve vicdan özgürlüğünü yorumlarken de, *Prais* vd. kararlardan muhakkak surette istifade edecekti. Halihazırda, zaten 40 yıllık bir birikimle, ortak anayasal gelenekler ve AİHS temelinde oluşturulmuş bir mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti, din ve vicdan özgürlüğü pratiği varken, esasen macera arayıp Amerika'yı yeniden keşfedecek, yeni yeni ilke, yaklaşım, doktrin ve teoriler üretecek değildir.

Velhasıl, bu, Lizbon'un bize kaynaklar noktasındaki ilk armağanıydı. İkinci armağan ise, yine geçmişi 1970'lere uzanan bir hedefin gerçekleşmesi; AB'nin AİHS'ye katılımının hukuken mümkün (hatta AB açısından mecburi) hale getirilmesiydi. Katılımın diğer sonuçları, getirecekleri/götürecekleri bir yana, eğer gerçekleşirse, ''kaynaklar'' noktasında bize yapacağı bir katkı daha vardı; o da, artık AİHS'nin de, AB'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olması ve böylece diğer tüm uluslararası sözleşmeler gibi, Kurucu Antlaşmalar'ın altında fakat ikincil mevzuat normlarının üstünde, ve de ''bağımsız'' bir kaynak olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* girecek olmasıydı. Yine Şart'ın temel metin olması ve AİHS'teki hak ve özgürlüklerin hemen hepsini içermesi karşısında, Sözleşme'nin bu noktada oynayacağı rol sınırlı olsa da, yine de, bu, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynakları arasına bağımsız bir kaynağın katıldığı gerçeğini değiştirmeyecekti.

Bunlar, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kaynaklarıydı; yani *AB İnsan Hakları Hukukunda* korunan hak ve özgürlüklerin bulunduğu hukuki ''yerler''. Bu normların getirdiği hak ve özgürlükleri ise, hemen aşağıda bu hukukun yazılı/yazısız insan hakları kataloğu başlığı altında göreceğiz.

3.2. AB (İNSAN HAKLARI) HUKUKUNUN YAZILI VE YAZISIZ İNSAN HAKLARI KATALOĞU

3.2.1. Genel Olarak

Kurucu Antlaşmalarda ve diğer ikincil mevzuatta herhangi bir düzenleme olmamasına bağlı olarak yargıç yapımı/içtihadi bir hukuk olarak genel hukuk ilkeleri kapsamında ortaya çıkan ve bu noktada da Üye Devletlerde ortak olan birtakım anayasal gelenekler/ilkeler ve de AİHS'te kaynağını bulan *AB İnsan Hakları Hukuku*, bu içtihadi hak ve özgürlüklerin Temel Haklar Şartı'nda kodifiye edilmesi ve Lizbon sonrası dönemde de bir yandan bu Şart'ın bağlayıcılık kazanması bir yandan da AİHS sistemine katılımın öngörülerek AİHS'nin de bu zincire farklı bir yönden daha eklenmesiyle, yazılı ve yazısız üç temel kaynak üzerinde kurulmuş bir disiplin olarak karşımızda durmaktadır. Yukarıda bu kaynakların *AB Hukuku* içinde ne şekilde ortaya çıktığını, nasıl bir rol oynadığını ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki fonksiyonlarını gördük.

Yine gördüğümüz bir başka şey de, yazılı ve yazısız bu kaynakların halihazırda ortaya koydukları içtihadi veya kodifiye bir hak ve özgürlükler yumağının bulunduğu ve bunun da *AB İnsan Hakları Hukukunu* oluşturduğu idi. Biz, özellikle hukukun genel ilkeleri çatısı altında kabul edilen bu hakların birçoğunu, aslında farklı vesilelerle gördük. Burada, şimdiye kadar değindiğimiz ve değinmediğimiz bu hak ve özgürlükleri ve de Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkeleri, derli-toplu olarak vereceğiz. Böylece değineceğimiz hak ve özgürlüklerin kimi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, herhangi bir normda yazılı olmayan ve Birlik yargı organlarının gerek ortak anayasal gelenekler gerek AİHS başta olmak üzere uluslararası sözleşmelerden esinlenerek genel hukuk ilkeleri olarak ortaya koyduğu hak ve özgürlükler; kimi de, gerek bunların kodifiye edilmesi gerek yeni hakların ilave edilmesi suretiyle Temel Haklar Şartı'nda düzenlenen hak ve özgürlüklerdir. Üçüncü bir kaynak olarak ise, AB'nin AİHS'ye katılımından sonra Sözleşme'nin devreye gireceğini; ve buradaki hak ve özgürlüklerin de, *AB İnsan Hakları Hukukunun* korunan haklar kataloğuna ekleneceğini biliyoruz. Ancak hem katılım henüz

gerçekleşmediğinden, hem de zaten Sözleşme, ''ayrı bir dünya'' olduğundan,[1166] AİHS'teki haklara burada yer vermeyeceğiz.

Başlamadan bir hususu daha vurgulamak gerekir. Yukarıda kaynakları incelerken, hatırlanacağı üzere, bugün için *AB İnsan Hakları Hukukunda* temel kaynağın Temel Haklar Şartı olduğunu söylemiş; ancak meselenin daha net anlaşılması için tarihsel gelişime paralel olarak, ''kaynaklar'' bahsine, *hukukun genel ilkelerinden* başlamıştık. Ancak iş, halihazırda bu hukuk düzeninin koruduğu hak ve özgürlükler konusunda genel bir çerçeve çizmeye geldiğinde; önce temel metin olan Şart'tan başlamak, buradaki hak ve özgürlükleri ortaya koymak; ardından gerek tekrar gerek ilave olarak genel hukuk ilkeleri olarak korunan hak ve özgürlükleri vermek şeklinde bir yöntem, daha isabetli olacaktır. Yine hemen belirtmek gerekir ki, burada amaç, halihazırda geçerli olan her bir hak ve özgürlüğün tek tek şerhini yapmak değil, bu hukuk düzeninde korunan hak ve özgürlüklerin genel bir tablosunu vermektir.

3.2.2. Temel Haklar Şartı'nda Düzenlenen Hak ve Özgürlükler

3.2.2.1. Genel Yapı

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, Şart, bir ''Giriş'' (*Preamble*) ve yedi ''Başlık''tan (*Title*) oluşmaktadır. Başlıklar, sırasıyla,

- onur / dignity (m.1-5)
- özgürlükler / freedoms (m.6-19)
- eşitlik / equality (m.20-26)
- dayanışma / solidarity (m.27-38)
- vatandaşların hakları / citizens' rights (m.39-46)
- adalet / justice (m.47-50) ve
- Şart'ın yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin genel hükümler (m.51-54)[1167] olarak adlandırılmıştır.

[1166] Katılımın sonucu olarak AİHS'teki haklar buradaki kataloğa eklendikten sonra da, bunların *AB Hukukuna* özgü bir incelemeden ziyade; genel AİHS ile ilgili bir incelemeyi icap ettireceğini söyleyebiliriz.

[1167] *General Provisions Governing the Interpretation and Application of the Charter*. ''Yatay hükümler'' dediğimiz bu hükümlere, yukarıda ''kaynaklar'' bahsinde Şart'ı anlatırken değinmiştik.

Bu noktada tek tek hak ve özgürlüklerin isimlerini zikretmeden önce belirtmek gerekir ki, bunlardan bazıları, yukarıdaki bölümde de üzerinde durduğumuz gibi, ''ilke'' (*principles*) olarak düzenlenmiştir. Ancak, bunların hangilerinin ilke, hangilerinin hak/özgürlük olduğu konusu net değildir. Şart, birkaç hükmünde açıkça ''ilke'' ifadesini kullanmak dışında, bu konuda bir belirleme yapmamış; keza *Açıklamalar*'da da, bu konuda meseleyi halledici bir yol gösterme yapılmamıştır. Üstelik kendi içinde hem hak hem de ilkelere yer veren bazı Şart hükümleri de vardır. O yüzden, yukarıda, bu noktada nihai sözün Divan'a kaldığını belirtmiştik. ''İlkeler'', bireylere veya tüzel kişilere doğrudan uygulanabilir birtakım haklar vermekten ziyade; Birlik kurum ve organlarının uymakla yükümlü olduğu, temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili (temel hak ve özgürlük boyutu olan) hükümler şeklinde formüle edilmiştir. Bu ayrımın sonucu nedir diye sorulduğunda ise, yukarıdaki bölümde de belirttiğimiz gibi, ilkeler, kişilere, yargısal olarak doğrudan ileri sürülebilir, dayanılabilir haklar vermemekte; eğer Üye Devletler veya Birlik kurumları, buradaki hakları uygulamaya geçirmek, gerçekleştirmek için – Antlaşmalar'ın verdiği yetkiler çerçevesinde – hareket ederlerse (yani bir eylem veya işlem yaparlarsa), işte o eylem ve işlemlerin yargısal denetiminde bir yorum aracı olarak kullanılabilmektedir.

Yine değinilmesi gerekli bir başka husus da, Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkelerin ***özneleridir***. Şart, içerdiği hak/özgürlük ve ilkelerden **bazılarını, herkese** (vatandaş veya mukim olup olmadığına bakılmaksızın Birlik kurum ve organlarının egemenlik yetkisi içinde olan herkese); **bazılarını yalnızca AB vatandaşlarına**; **bazılarını da** AB vatandaşı veya vatandaş olmasa da **AB'de mukim/tescilli olan gerçek/tüzel kişilere** tanımıştır. Yine bazı hak ve özgürlükler ise, belli kategorilerdeki (çocuklar ve engelliler gibi) kişiler için güvence altına alınmıştır. Bunlara, aşağıda, tek tek hak ve özgürlüklerin isimleri sayılırken değinilecektir.

Başlamadan söylenebilecek bir şey de, bazı hak ve özgürlüklerin başlı başına kapsamı ve sınırları belli olmasına karşılık; bazılarının, sadece Birlik kataloğunda yer alması düşüncesiyle konmuş ve sadece ismen zikredilerek, kapsam ve sınırlarının ulusal hukuklar ve uygulamalar çerçevesinde belirleneceği söylenmiş hak ve özgürlükler olmasıdır. Örneğin evlenme hakkı ve bilhassa dayanışma başlığı altındaki hak ve özgürlüklerin bir kısmı (sosyal güvenlik hakkı, işten çıkarmaya karşı koruma gibi) böyledir. Nitekim yukarıdaki bölümde de değindiğimiz gibi, bu gibi hak ve özgürlüklerin yorum ve uygulanmasında, Şart, ulusal hukuk ve uygulamaların gözetileceğini açıkça söylemiştir (m.52/6).

3.2.2.2. Liste: Hak, Özgürlük ve İlkeler

Şimdi Şart'ta düzenlenen hak, özgürlük ve ilkeleri saymaya başlayabiliriz.

Onur (*dignity*) başlığını taşıyan başlık altında güvence altına alınan hak ve özgürlükler şunlardır:

- insan onuru (m.1)
- yaşam hakkı (ölüm cezasının yasak oluşu da dahil olmak üzere) (m.2)
- fiziki ve ruhsal vücut bütünlüğü (tıp ve biyoloji alanlarında hür ve bilgiye dayalı iradenin varlığı, soy geliştirme uygulamalarının yasaklanması, insan bedeninin maddi bir getiri kaynağı haline getirilmesinin yasaklanması ve insanın yeniden üretime yönelik klonlanmasının yasaklanması gibi hak ve özgürlükler de dahil olmak üzere) (m.3)
- işkencenin ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın yasaklanması (m.4)
- köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması (insan ticaretinin yasaklanması da dahil olmak üzere) (m.5)

Özgürlükler (freedoms) başlığını taşıyan bölümde, şu hak ve özgürlükler düzenlenmiştir:

- Özgürlük ve güvenlik hakkı (m.6)
- Özel hayat ve aile hayatına saygı (konut ve haberleşmeye saygı da dahil olmak üzere) (m.7)
- Kişisel verilerin korunması (m.8)
- Evlenme ve aile kurma hakkı (m.9)
- Düşünce, vicdan ve din hürriyeti (vicdani ret hakkı da dahil olmak üzere) (m.10)
- İfade ve bilgi alma/verme özgürlüğü (medyanın özgürlüğü ve medyada çoğulculuk da dahil olmak üzere) (m.11)
- Toplanma ve dernek kurma özgürlüğü (sendika kurma ve sendikaya üye olma ve siyasi parti özgürlüğü de dahil olmak üzere) (m.12)
- Sanat ve bilim özgürlüğü (sanat ve bilimsel araştırma ve akademik özgürlük de dahil olmak üzere) (m.13)

- Eğitim hakkı (mesleki ve sürekli eğitim, bedava zorunlu eğitim, eğitim kurumları kurma, velilerin çocuklarının eğitim ve öğretimlerinin dini, felsefi ve pedagojik inançlar doğrultusunda verilmesini talep etme hakkı da dahil olmak üzere) (m.14)
- Meslek seçme ve bir iş sahibi olma özgürlüğü (vatandaşlar için iş arama, iş kurma serbestisinden yararlanma ve öte yandan üçüncü ülke vatandaşları için bir Üye Devlette yasal olarak çalışmada Birlik vatandaşları ile aynı çalışma koşullarına tabi olma hakkı) (m.15)
- Bir işi yürütme ve yapma özgürlüğü (teşebbüs özgürlüğü de denebilir) (m.16)
- Mülkiyet hakkı (fikri mülkiyet de dahil olmak üzere) (m.17)
- Sığınma hakkı (m.18)
- Çıkarma, sınırdışı ve iade halinde koruma (toplu sınırdışıların yasak olması ve ölüm cezası yahut kötü muameleye maruz kalma riski olan ülkelere yollanamama da dahil olmak üzere) (m.19)

Eşitlik (equality) başlığını taşıyan başlıkta düzenlenen hak ve özgürlükler şunlardır:

- Kanun önünde eşitlik (m.20)
- Ayrımcılık yasağı (cinsiyet, ırk, renk, etnik ve sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya her türlü görüş, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş ve cinsel yönelim ve de vatandaşlığa dayalı olarak) (m.21)
- Kültürel, dinsel ve dilsel farklılıklara saygı (m.22)
- Kadın ve erkek arasında eşitlik (istihdam, iş ve ücret de dahil olmak üzere her alanda) (m.23)
- Çocukların hakları (bakım ve korunma, görüşlerini serbestçe ifade etme, kendisiyle ilgili meselelerde çıkarına en uygun olanın dikkate alınması ve ebeveyniyle ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere) (m.24)
- Yaşlıların hakları (onurlu ve kimseye bağımlı olmayan bir yaşam ve sosyal ve kültürel hayata katılma) (m.25)
- Engelli kişilerin entegrasyonu (toplum hayatına sosyal ve mesleki entegrasyonları ve katılımları) (m.26)

Dayanışma (solidarity) başlıklı dördüncü bölümde düzenlenen daha ziyade sosyal ve ekonomik nitelikli hak ve özgürlükler şunlardır:

- İşçilerin çalıştıkları yerde bilgi alma ve kendilerine danışılma hakları (m.27)
- (İşçi ve işverenler ile bunların örgütlerinin) toplu sözleşme ve grev hakkı (m.28)
- (Herkesin) iş bulma hizmetine erişim hakkı (m.29)
- (İşçilerin) haksız işten çıkarma halinde korunma hakkı (m.30)
- (İşçilerin) adil ve hakkaniyete uygun çalışma koşulları talep etme (günlük, haftalık dinlenme süreleri ve ücretli yıllık izin de dahil olmak üzere) hakkı (m.31)
- Çocuk istihdamının yasaklanması ve genç işçilerin işte korunmaları ilkesi (m.32)
- Aile hayatı ve profesyonel (mesleki) hayat (ailenin hukuki, ekonomik ve sosyal korumadan yararlanması; annelikten dolayı işten atılamama ve ücretli annelik izni ve doğum veya evlat edinmenin ardından doğum izni gibi) (m.33)
- Sosyal güvenlik ve sosyal destek hakkı (m.34)
- Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı (m.35)
- Genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlere erişim hakkı (m.36)
- Çevrenin korunması ilkesi (m.38)

Vatandaşların hakları (citizens' rights) başlığı altında, şu hak ve özgürlükler vardır:

- Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanma ve aday olma hakkı (m.39)
- (Üye Devletlerdeki) yerel seçimlerde oy kullanma ve aday olma hakkı (m.40)
- (Herkes için geçerli olacak şekilde) iyi yönetilme hakkı (işlerinin Birlik organ ve kurumlarınca tarafsız, adil ve makul süre içinde görülmesini isteme; kendisini olumsuz yönde etkileyebilecek kararlarda önceden dinlenilme; kendisiyle ilgili bilgi ve belgelere erişme ve idarenin kararlarında sebep gösterilmesini isteme; idareden verdiği zararların tazminini isteme ve Birlik kurumlarına herhangi bir AB dilinde yazma ve aynı dilde de cevap isteme hakkı) (m.41)
- (Vatandaşlar ve AB'de mukim veya kayıtlı gerçek ve tüzel kişilerin) her türlü yolla Birlik kurum, organ, ofis ve ajanslarının belgelerine erişim hakkı (m.42)
- (Vatandaşlar ve AB'de mukim veya kayıtlı gerçek ve tüzel kişilerin) Avrupa Ombudsmanı'na başvuru hakkı (m.43)

- (Vatandaşlar ve AB'de mukim veya kayıtlı gerçek ve tüzel kişilerin) (Avrupa Parlamentosu'na) dilekçe hakkı (m.44)
- (Vatandaşlar ve Antlaşmalardaki kurallar çerçevesinde üçüncü ülke vatandaşları için) Üye Devlet topraklarında dolaşım ve ikamet özgürlüğü (m.45)
- Diplomatik yardım ve konsolosluk koruması(ndan faydalanma) hakkı (m.46)

Adalet (justice) başlığı altında ise, şu hak ve özgürlükleri görmekteyiz:

- Etkili (yargısal) başvuru ve adil yargılanma hakkı (adli yardım hakkı da dahil olmak üzere) (m.47)
- Masumiyet karinesi ve savunma hakkı (m.48)
- Suçta ve cezada kanunilik ve orantılılığa ilişkin ilkeler (m.49)
- Aynı suçtan iki kez yargılanamama veya cezalandırılamama hakkı (m.50)

3.2.2.3. Değerlendirme

Hak Kategorileri Bakımından

Öncelikle, hak ve özgürlükler için yapılan klasik ayrımda;

- 1. (onur), 2. (özgürlükler), 3. (eşitlik) ve 6. (adalet) başlıklardaki hakların, genel olarak, **medeni/sivil/1. kuşak denebilecek hak ve özgürlüklere**;[1168]
- 5. başlıktaki (vatandaşların hakları) hakların, uluslararası metinler ve ulusal anayasalardaki **siyasi haklara**;[1169]
- 4. başlıktaki (dayanışma) düzenlemelerin de, daha ziyade **sosyal ve ekonomik haklara** tekabül ettiğini söyleyebiliriz.
- Ayrıca bazı düzenlemelerin ise (m.37'deki çevrenin korunması gibi), **3. kuşak dediğimiz haklardan** olduğunu söylemek mümkündür.

[1168] Ancak örneğin ''eşitlik'' başlığı altındaki ''kültürel, dinsel ve dilsel farklılıklara saygı ilkesi'' (m.22); çocuklarla yaşlıların haklarına (m.24, 25) ve engellilerin toplum yaşamına entegrasyonuna ilişkin (m.26) hükümler, aslında, uluslararası metinlerde ve ulusal anayasalarda, daha çok ikinci kuşak olarak adlandırılan sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmesine karşın, Şart'ta ''eşitlik'' başlığı altında düzenlenmiştir.

[1169] Burada da, 45. maddedeki seyahat ve yerleşme hürriyetinin, anayasalarda, genelde, sivil/medeni haklar ve özgürlükler arasında düzenlendiğini belirtelim.

Hak ve Özgürlüklerin Özneleri Bakımından

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bunların bazıları, herkese; bazıları sadece AB vatandaşlarına; bazıları, vatandaşlarla birlikte AB'de mukim veya tescilli gerçek ve tüzel kişilere de ve bazıları da, belli gruptaki kişilere tanınmış haklardır. Bu noktada;

- 1. (onur) ve 2. (özgürlükler) ve 6. (adalet) başlıklardaki hakların genelde herkese tanındığını görmekteyiz.[1170]
- Keza 3. (eşitlik) ve 4. başlıktaki (dayanışma) hak ve ilkelerin de, işçiler, yaşlılar ve çocuklar gibi belli gruplar için olmakla birlikte, vatandaşlık aranmaksızın herkes için geçerli olduğu söylenebilir.
- 5. başlıktaki (vatandaşlara yönelik) hakların ise, adından da anlaşılabileceği üzere, kural olarak vatandaşları; ancak bazılarının (ki hemen yukarıda hakları sıralarken her bir hakkın başında buna dikkat çektik) vatandaşlarla birlikte AB'de ikamet etmekte olan veya yasal olarak tescilli bulunan gerçek ve tüzel kişileri[1171] kapsadığını görmekteyiz.
- Hak ve özgürlüklerin öznesine *toplumsal gruplar penceresinden* baktığımızda da, bazı hak, özgürlük ve ilkelerin herkes için; bazılarının ise, işçiler, işverenler, çocuklar, yaşlılar, engelliler gibi gruplar için tanındığını görmekteyiz. Bunlar da, genelde *eşitlik* başlıklı 3. bölüm ile *dayanışma* başlıklı sosyal ve ekonomik haklar arasında karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada Şart'a yöneltilen eleştirilere ise, Şart'ı bir kaynak olarak incelediğimiz yukarıdaki bölümde değinmiştik.

Ulusal Hukuklar Çerçevesinde Tanınan Haklar Bakımından

Yukarıda, bazı hak, özgürlük ve ilkelerin ulusal hukuklara atıf yapılarak ulusal hukuklar çerçevesinde tanındığını söylemiştik. Bu anlamda evlenme ve aile kurma hakkı (m.9); vicdani ret hakkı (m.10/2); eğitim müesseseleri kurma ve anne-babanın dini, felsefi ve pedagojik tercihleri bağlamında çocuklarına eğitim ve öğretim imkanı sağlama hakkı (m.14/3); iş kurma ve yürütme hakkı (m.16); işçilerin bilgi alma ve işletmeyle ilgili konularda danışılma hakkı (m.27); işçi ve işverenlerin toplu sözleşme yapma ve

[1170] Ama mesela, bu başlıktaki bazı alt hakların sadece vatandaşlara tanıması da söz konusu olabilmektedir (m.15/2'deki Üye Devletlerde iş arama, yerleşme ve hizmet sunma hakkından yararlanma gibi).
[1171] Ve hatta iyi yönetilme hakkında (m.41) olduğu gibi, ''herkesi''...

anlaşmazlık halinde grev ve toplu eylemde bulunma hakkı (m.28); haksız işten çıkarmaya karşı korunma hakkı (m.30); sosyal güvenlik ve sosyal yardımlar ile hizmetlerden yararlanma hakkı (m.34); önleyici sağlık hizmeti ve tıbbi tedaviden faydalanma hakkı (m.35); genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerden yararlanma hakkı (m.36), bu minvaldeki hak, özgürlük ve ilkeler olarak zikredilebilir. Bunların genelde dayanışma başlığı altındaki sosyal ve ekonomik haklar olduğunu vurgulamak gerekir.

Şart'ın 52/6. maddesinin de belirttiği gibi, bu hak, özgürlük ve ilkelerin yorum ve uygulanmasında, ulusal mevzuat ve uygulamalar, ''tam olarak'' gözetilecektir. Bunlar, bir nevi, sırf Şart'ta göz ardı edildi denmesin diye eklenmiş; fakat anlam, kapsam, yararlanan ve sınırı konusunda tamamen ulusal hukukların belirleyici kılındığı düzenlemelerdir. Örneğin Şart'ın m.10/2 hükmü, *vicdani ret* hakkı vermemektedir; bu konudaki takdir hakkı, tamamen ilgili Üye Devlettedir. Şart, sadece bunu, bir hak olarak tanımaktadır. Eğer bir Devlet, bu hakkı kendi hukukunda tanıyorsa, kişi, bu haktan istifade edebilecektir. Keza mesela evlenme ve aile kurma hakkı noktasında, Şart (m.9), herkese evlenme ve aile kurma hakkı vermemekte; bu hakkı, kapsamı ve öznesi ulusal hukuklara bırakılmak üzere sadece tanımaktadır. Böyle olduğu için, örneğin bu hüküm, aynı cinsten kimselere evlenme hakkı vermemekte; ilgili ulusal hukuk, bu hakkı tanırsa, bu hakkı tanımaktadır. Bu anlamda aslında doğrudan ileri sürülebilir talepler meydana getirmeyen Şart hükümleri, sadece ''ilke'' denen sosyal ve ekonomik nitelikli haklar değil; bu örnekte olduğu gibi, kişisel/medeni/sivil bir hak olsa da, tanınma kapsamı, ulusal hukuklar uyarınca olacağı söylenmiş hak ve özgürlüklerdir de.

Hak-İlke Ayrımı Bakımından

Son olarak **hak-ilke ayrımı** penceresinden yukarıdaki hükümleri değerlendirdiğimizde; daha önceden de söylediğimiz gibi, bu konuda maalesef Şart, bize net bir cevap vermemektedir. İçinde ''ilke'' ifadesi geçen düzenlemeler, 3 tanedir. [1172] Oysa ilkeler, bu 4-5 hükümden ibaret olmadığı gibi; nitelendirilmesi ilke olmakla birlikte, içerik olarak talep edilebilir bir kişisel veya siyasi hak niteliğinde olan (mesela *non bis in idem* ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi) düzenlemeler de vardır. Bu noktada genelde söylenen, ''dayanışma'' başlığı altındaki düzenlemelerin Şart'ın 52/5. maddesi

[1172] m.23/2 – *kadın ve erkek arasında eşitlik ilkesi*; m.37 – *sürdürülebilir kalkınma ilkesi* ve m.47 – *cezaların orantılılığı ve kanuniliği ilkesi*... Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.652.

anlamında bir ilke olduğudur. Bu yanlış olmamakla birlikte; burada olup da, bir hak ve özgürlük niteliğinde olan (m.28'deki toplu sözleşme ve grev hakkı, m.29'daki yerleştirme hizmetlerine erişim hakkı, m.32/1'deki çocuk istihdamının yasaklanması gibi) veya tam aksine, başka bir başlık altında olup da, ilke olarak nitelendirilebilecek düzenlemeler de (mesela m.24 ve m.25'teki çocuklar ve yaşlıların hakları, m.26'daki engellilerin toplumsal yaşama entegrasyonu gibi) mevcuttur. Bir kez daha vurgulayalım ki, bu konu, Divan tarafından son sözü söylenecek bir konu olacaktır.[1173]

Şart'ta düzenlenen hak ve özgürlükler, bunlardır. Şimdi de, Divan tarafından bugüne kadar genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılan, yani bir AB hakkı/özgürlüğü olarak kabul ve tatbik edilen hak ve özgürlüklere bakalım.

3.2.3. Genel Hukuk İlkeleri Olarak (Divan tarafından) Tanınan Hak ve Özgürlükler

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, yukarıdaki hak ve özgürlüklerden bir kısmı, zaten 1970'li yıllardan itibaren Adalet Divanı'nın içtihadi olarak hukukun genel ilkeleri kapsamında *Topluluk/Birlik Hukukuna* soktuğu haklardır. Divan'ın, bunu yaparken, ulusal anayasalar (daha genel ifadesiyle ulusal hukuk sistemleri) ve AİHS'ten ve hatta birçok uluslararası metinden yararlandığını söylemiştik. Ayrıca bu sürecin nasıl geliştiğine, yukarıda, hem ortak anayasal gelenekler hem de AİHS bazında ayrıntılı olarak değindik. Şimdi ise, bugüne kadar bu çerçevede içtihadi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmış hak, özgürlük ve ilkeleri, bir katalog bakış açısıyla inceleyeceğiz.[1174] Belirtelim ki, burada her bir hakla ilgili verilmiş içtihatların tamamına değinecek değiliz. Ancak

---

[1173] Burada belki *Türk Anayasa Hukukundan* şu benzetme yapılabilir. 1982 Anayasası'nda bilindiği gibi hak ve özgürlükler, *kişisel – sosyal ve ekonomik – siyasi* olmak üzere üç grup halinde düzenlenmektedir. Sosyal ve ekonomik haklar, daha ziyade devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektiren, *pozitif statü hakları* olarak görülmektedir. Nitekim Anayasa'nın 65. maddesi de, Devletin bu haklara ilişkin yükümlülüklerini, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini söylemektedir. Bunu, bir anlamda, ''ilkeler, doğrudan ileri sürülebilen haklar doğurmaz'' diyen Şart'ın 52/5. maddesine benzetebiliriz. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenen bazı hakların (toplu sözleşme, grev, ücretli tatil gibi) 65. maddenin getirdiği sınırlamaya tabi olmadığını söylemiştir. İşte Şart m.52/5'in uygulanmasında da, burada Anayasa Mahkemesi'nin işlettiği mantığa benzer bir mantığın geçerli olacağı söylenebilir.

[1174] Hak ve özgürlüklerin listesi verilirken, farklı kaynaklardan yararlanılmakla birlikte, temelde Lenaerts ve Nuffel'in ''European Union Law'' adlı eserindeki listelemeden yararlanılmıştır. Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, p.844 vd. Burada sadece hak ve özgürlüklerin isimlerine ve önemli birkaç karara yer verilmiştir. Herhangi bir hak veya özgürlükle ilgili diğer ilgili kararların isimlerine, bu kaynaktan bakılabilir.

önemli olduğu ölçüde, belirli bir kararda, belirli bir hak nasıl ele alınmış, nasıl uygulanmış, kapsamı ve sınırları nasıl çizilmiş; bu, bizim temel gündemimiz olacaktır.[1175]

Mülkiyet Hakkı (*Fikri Mülkiyet Hakları da Dahil*)

Divan'ın, *AB Hukukunda* insan hakları korumasını başlattığı 1970'li yıllarda, bu kapsamda maddi olarak ilk tanıyıp uyguladığı hak, **mülkiyet hakkı** olmuştur. Yukarıda, *AB İnsan Hakları Hukukunun* tarihsel gelişiminin jürisprüdansiyel boyutunda da değindiğimiz gibi, Divan, ilk önce *Nold*'da, ortak anayasal gelenekleri; ardından bir süre sonra da *Hauer*'de, AİHS'yi (1 No'lu Protokol, m.1) kullanarak mülkiyet hakkını, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan bir hak olarak tanımış ve uygulamıştır. [1176]

Yine fikri haklar da, Divan'ın mülkiyet hakkı bağlamında, bir genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukunda* tanıdığı ve uyguladığı haklar olmuştur. 2006 tarihli *Laserdisken* davasında,[1177] davacı, bir yönergenin iç hukuka aktarılması bağlamında yapılan yasal düzenlemelerin iş hacminde önemli oranda düşüşe yol açtığını; söz konusu yönergenin – diğer hususlar yanında – telif ve ilgili haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.[1178] *Ön-karar prosedürü* uyarınca mesele önüne gelen Divan, *''somut olayda, bilgi alma hürriyeti üzerinde iddia edilen sınırlama, telif hakkını içeren ve mülkiyet hakkının bir parçasını teşkil eden fikri mülkiyet haklarını koruma ihtiyacı ışığında hukuka uygundur''* demek suretiyle (para.65), **telif hakkı vs. fikri mülkiyet haklarının**, uzun yıllardır genel hukuk ilkesi olarak korunan mülkiyet hakkı kapsamında bir hak olduğunu ortaya koymuştur.

[1175] Tam bu noktada, mademki Lizbon sonrası anayasal yapıda *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel kaynağı Temel Haklar Şartı; ve Şart, hemen hemen bütün hak ve özgürlükleri düzenliyor; o halde neden halen daha, bugüne kadar *hukukun genel ilkeleri* olarak bu hukuka aktarılmış hak ve özgürlükleri incelemenin gerekli olduğu sorusu sorulabilir. Buna, bir önceki kısmı bitirirken yaptığımız genel değerlendirme başlığında cevap vermiştik.

[1176] Mülkiyet hakkı ile lgili kararlara, yukarıdaki bölümlerde fazlasıyla yer verildiği için, burada tekrardan üzerinde durulmayacaktır. Daha fazla karar için bkz.: **Ibid.** p.847, note:151.

[1177] C-479/04, *Laserdisken*, 12.9.2006, ECR 2006/I-8089.

[1178] Uyuşmazlık, ilgili yönergedeki tüketme kuralının, söz konusu Üye Devlet tarafından iç hukuka aktarılmasındaki yorumu üzerinedir. 2001/29 sayılı Yönerge'nin 4. maddesinin ilk fıkrası, yazarlara, çalışmalarının orijinali veya kopyaları üzerinde satış vs. yollarla kamuya her türlü dağıtımına ilişkin olarak izin verme veya yasaklama münhasır yetkisini vermekte; ikinci fıkrası ise, bu hakkın tüketilmesine ilişkin olarak, söz konusu eserin ilk satımı veya mükiyetinin transferi Topluluk içinde ve hak sahibinin kendisi tarafından ve rızasıyla yapılması durumu hariç söz konusu hakkın tüketilmiş olmayacağını öngörmektedir (yani tüketilmiş olma için, sahibinin bizzat kendisi tarafından veya rızası ile ve de Topluluk içinde piyasaya sürülmesi gerekmektedir). Davacı, söz konusu hükmün, sadece Topluluk içinde değil Topluluk (Üye Devletler) dışında da piyasaya sürülen eserler açısından, kendi ulusal hukuklarında tüketmeye dair kuralları kabul edip uygulayabilecekleri konusunu Üye Devletlere bıraktığını iddia etmektedir. Divan ise, Topluluk dışında piyasaya sürülen eserler için, Yönerge'nin, Üye Devletlere, kendi tüketme kurallarını benimseme yetkisi verir şekilde yorumlanamayacağını söylemiştir (paras.21-24).

Keza farklı temel hak ve özgürlükler arasında bir dengenin kurulmasının güzel bir örneğini teşkil etmesi yönüyle asıl ileride incelenecek olan yakın tarihli *Promusicae* kararında da,[1179] Divan, *mülkiyet hakkının, telif hakkı gibi fikri mülkiyet haklarını da içerdiğini* söylemiştir (para.62).[1180]

Çalışma ve Teşebbüs Hürriyeti

Yine Divan'ın ayrı bir hak olarak fakat genelde mülkiyet hakkıyla beraber gündeme getirdiği ve yorumladığı bir temel hak ve özgürlük de, bizim kısaca teşebbüs ve çalışma hürriyeti dediğimiz, **bir meslek ya da ticari faaliyeti yürütme hürriyetidir** (*freedom to carry on an economic activity – trade or profession*). Örneğin 1979 tarihli *Eridania* kararında,[1181] İtalyan Hükümeti'nin ilgili Topluluk tüzüğüne dayanarak şeker kotalarıyla ilgili yaptığı düzenlemenin, Üye Devletlere, kotalarda azaltmaya dair olağanüstü geniş yetkiler vermesinin, serbestçe ekonomik faaliyetlere girişme hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüş; Divan ise değerlendirmesinde, söz konusu özgürlüğün, bir Topluluk hakkı/özgürlüğü olduğunu açıkça söylememekle birlikte, somut olayda Üye Devletlere verilen kota belirleme yetkilerini bu bağlamda irdelemiş ve neticede söz konusu hakkın/özgürlüğün ihlal edilmediğini söylemek suretiyle, bir anlamda ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü, AB hakkı/özgürlüğü olarak tanımıştır (paras.20-22).[1182]

Özel Hayatın Gizliliği Bağlamındaki Hak ve Özgürlükler

Yine Divan'ın yaygın içtihadına konu olan bir hak ve özgürlük gurubu da, kısaca **özel hayatın gizliliği** bağlamında değerlendirilebilecek hak ve özgürlüklerdir. Divan, bu

---

[1179] C-275/06, *Promusicae*, 29.1.2008, ECR 2008/I-271.

[1180] Yukarıda Temel Haklar Şartı'nın 2009 öncesinde hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak işlev görmesi bahsinde de değindiğimiz gibi, kararda, söz konusu haklar yönünden Temel Haklar Şartı'na da atıf vardır; ancak o tarihte henüz Lizbon yürürlüğe girip de Şart bağlayıcı hale gelmediğinden, yine hukuki temel olarak, hukukun genel ilkeleri bağlamında bir koruma söz konusudur. Bugün içinse, bu hak, yukarıda da gördüğümüz gibi, Şart'ın 17/2. maddesinde açıkça güvence altına alınmış durumdadır.

[1181] C-230/78, *Eridania*, 27.9.1979, ECR 1979/2749.

[1182] Meşhur *Handelsgesellschaft* kararının da, bu hak ve özgürlüğün tanındığı bir karar olduğunu hatırlatalım. Yine 1998 tarihli *Metronome Musik v Music Point Hokamp* (C-200/96) kararında da, Divan, net biçimde, ''yerleşik içtihadına göre, bir ticaret veya mesleği icra etme özgürlüğünün (ve keza mülkiyet hakkının) *Topluluk Hukukunun* genel ilkelerinden olduğunu söylemiştir''' (para.21). (Ancak yine Divan'a göre, bu hak ve özgürlükler, mutlak olmayıp; sosyal işlevleriyle ilişkileri ışığında değerlendirilmelidir (para.21). Meselenin bu yönü, ileride temel haklar ve temel serbestiler arasındaki denge bahsinde irdelenecektir.)

bağlamda bugüne kadar, **aile hayatına saygı, özel hayata saygı, konutun gizliliği** ve **haberleşmenin gizliliği** başta olmak üzere bir çok hak ve özgürlüğü, genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktarmıştır.

Konutun Gizliliği (Konut Dokunulmazlığı) Hakkı: Divan, ilk olarak yukarıda da başka bir vesileyle değindiğimiz 1980 tarihli *National Panasonic* kararında, (ortak anayasal gelenekler ve AİHS m.8 temelinde) **konut dokunulmazlığı (konutun gizliliğine saygı) hakkını**, bir *AB hakkı* olarak tanımıştır.[1183] Karar, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen hakların – tüzel kişiler için olmasa da – *AB* (*İnsan Hakları*) *Hukukunda* ilk kez tanındığı karardır.[1184] Divan, daha sonraki kararlarında ise, bu hakkı, AİHM içtihadı doğrultusunda, kapsamını da genişleterek (örneğin 2002 tarihli *Roquette Frères* kararında,[1185] tüzel kişilerin ellerindeki mülkleri de kapsaması yönüyle) uygulamaya devam etmiştir. [1186]

Aile Hayatına (Aile Hayatının Gizliliğine) Saygı Hakkı: Divan'ın bu bağlamda genel hukuk ilkesi olarak tanıdığı bir başka hak da, **aile hayatının gizliliğine saygı hakkıdır**. Divan, Almanya'nın 1612/68 sayılı Topluluk Tüzüğü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla açılan davaya ilişkin verdiği 1989 tarihli *Commission v Germany kararında*,[1187] söz konusu Tüzüğün AİHS m.8'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı/ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini; zira bunun *Topluluk Hukukunun* bir gereği olduğunu söyleyerek (para.10), bir anlamda söz konusu hakkı, bir

---

[1183] Kararda, ilginçtir ki, özel yaşam, aile hayatı, konut ve haberleşmenin gizliliği hakkının, bir genel hukuk ilkesi olarak tanındığına dair bir ifadeye rastlamak (ve hatta AİHS yahut ortak anayasal gelenekler temelinde hakkın, genel hukuk ilkesi olarak Topluluk'ta korunduğunu söyleme şeklinde dahi bir ifade) söz konusu değildir. Ancak somut olayda, Divan, Komisyon'un ilgili Topluluk tüzüğü kapsamındaki yetkilerini AİHS m.8 bağlamında değerlendirdiği için, zımnen m.8'de düzenlenen bu hakları tanıdığı kabul edilmiştir.

[1184] Ancak hatırlanacağı üzere, Divan, bu hakkı ilkesel olarak tanımakla berber, kapsamı yönünden tüzel kişilere uygulanmasını (yani tüzel kişilerin elindeki özel mülkleri kapsamasını) kabul etmemişti. Divan, bu konuda net bir tavır almamış; somut olaydaki işletmeye karşı uygulanan tedbirleri değerlendirirken, ''söz konusu hak tüzel kişilere uygulanabildiği ölçüde'' şeklinde bir ifade kullanmak suretiyle, tüzel kişiler bakımından böyle bir hakkın varlığı konusunda net bir tavır almadan, uygulansa bile, somut olayda somut bir ihlal olmadığına karar vermiştir (paras. 18, 19). Nitekim Divan, daha sonradan (1989) vereceği *Hoechst* kararında da, yine aynı sorunla karşılaşmış; bu sefer daha net biçimde AİHS m.8'de düzenlenen konut dokunulmazlığı/konutun gizliliği hakkının bireyin kişisel gelişimiyle ilgili olduğunu ve AİHM'nin de konuyla ilgili bir içtihadının yokluğunda, bu yönüyle işyerlerine (tüzel kişilerin mülkiyetindeki ofis vs.) teşmil edilemeyeceğini söylemiştir (para.18). Ancak buna (yani tüzel kişilere teşmil edilemeyeceğini söylemesine) rağmen, hatırlanacağı üzere, Divan, bu tür arama vs. uygulamaların yine de birtakım ilkelere uyması gerektiğini eklemişti (bkz.: supra dipnot: 951).

[1185] C-94/00, *Roquette Frères*, 22.10.2002, ECR 2002/I-9011.

[1186] Bu konudaki kararlara, yukarıda gerek AİHS'nin bir alt-kaynak olarak uygulanması gerekse AİHS'nin ''yumuşak'' bağlayıcılığı'' meselelerinde yer verilmişti. Ayrıca bkz.: Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, p.847, note:144.

[1187] C-249/86, *Commission v Germany*, 18.5.1989, ECR 1989/1263.

genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* tanımıştır. Bu bağlamda *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* davası da,[1188] aile hayatının bir temel hak olarak tanınması noktasında örnek gösterilebilir. Türkiye ile (o zamanki) AET arasındaki Ankara Antlaşması'nın yorumu bağlamında,[1189] aile birleşimine ilişkin[1190] olarak cereyan eden davaya ilişkin kararında, Divan, söz konusu Antlaşma hükmünün doğrudan etkili olmadığını ve dolayısıyla da olayda *Topluluk Hukukunun* uygulanmasının söz konusu olmadığını belirtmiş; bu sebeple de, somut olayda, AİHS m.8'in etkisinin tartışılmasının anlamsız olduğunu söylemiştir (para.28). Burada Divan'ın söz konusu hakka ilişkin temel hak noktasında bir değerlendirme yapmamasına rağmen, zımnen m.8'deki aile hayatına saygı hakkını tanıdığı sonucu çıkarılabilir.

Nitekim sonraki kararlarında da, Divan, bu hakkı, daha net biçimde tanımış ve uygulamıştır. Örneğin, 2002 tarihli *Carpenter* kararı,[1191] aile hayatının bir genel hukuk ilkesi olarak uygulandığı ilginç bir karardır. Dava, davacının sınırdışı edilmesine yönelik ulusal tasarrufun hukuka uygunluğunun araştırıldığı bir davadır ve bu yönüyle de, temelde, ilgili Kurucu antlaşma ve yönerge hükümleri ışığında cevaplanması gereken tipik bir serbest dolaşım meselesidir.[1192] (Nitekim Divan da, meseleyi, öncelikle bu

---

[1188] C-12/86, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, 30.9.1987, 1987/3719.

[1189] Bilindiği gibi, Türkiye ile (o zamanki) AET arasında bir ortaklık kuran Ankara Antlaşması da, Topluluğun/Birliğin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olması yönüyle Topluluğu ve Üye Devletleri bağlamaktadır. Divan, her uluslararası anlaşma gibi bunu da, birincil kaynakların altında ve fakat mevzuat dediğimiz ikincil kaynakların üstünde bir norm olarak yorumlamakta ve uygulamaktadır. Yani *ön-karar prosedüründeki ''AB Hukukunun* uygulanmasını ve yorumlanmasını ilgilendirme'' noktasında, bunlar da, Divan'ın deyimiyle, *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçasıdır (*an integral part of Community law*).

[1190] *Ön-karar prosedürü* çerçevesinde ilgili Alman mahkemesinin sorduğu sorulardan biri, Ortaklık (Ankara) Antlaşması'ndaki ''serbest dolaşım'' ifadesinin, Üye Devletlerde ikamet eden Türk işçilerine, ergenlik yaşına ulaşmamış çocukları ve eşini, kendisiyle birlikte yaşamaları için yanına getirme hakkı verir şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağıdır.

[1191] C-60/00, *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department*, 11.7.2002, ECR 2002/I-6279.

[1192] Davaya konu olaylarda, bir Filipinler vatandaşı olan Carpenter, turist olarak İngiltere'ye gelmiş, ancak vize süresinin bitiminde İngiltere'yi terk etmemiştir. Bir süre sonra ise, bir İngiliz vatandaşıyla evlenmiş ve İngiltere İçişleri Bakanlığı'na oturum izni için başvurmuştur. Bakanlık, bu başvurusunu reddetmiş ve Carpenter hakkında ülkeyi rızasıyla terk etmediği takdirde sınırdışı etme kararı almıştır. Carpenter, kararın iptali için idari ve yargısal yollara başvurmuş; neticede dava önüne gelen Göç Temyiz Mahkemesi, olayın çözümünün *Topluluk Hukukunu* ilgilendirdiği gerekçesiyle davayı, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Lüksemburg'a taşımıştır. Dava kapsamındaki temel soru, Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuatın hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerinin, somut olaydaki şartlar dikkate alındığında Carpenter'ın sınırdışı edilmesini yasaklayıp yasaklamadığıdır. Carpenter'ın iddiası; kocasının işi icabı diğer Üye Devletlere sürekli iş seyahatleri yapmasının gerektiği; kendisinin de bu ziyaretler esnasında kocasının ilk evliliğinden olan çocuklarına baktığı ve sınırdışı edilirse bunu yapamayacağı; ya kendisinin gidip kocasının İngiltere'de kalması (ki bu halde çocuklarına bakamayacaktır) ya da kocasının Filipinler'e gelmesinin gerekeceği ve her iki halde de kocasının Antlaşmalardan

minvalde incelemiş ve bu normlardan, davacının için İngiltere'ye girme ve orada kalma hakkı çıkmayacağını söylemiştir.) Ancak tam bu noktada, sınırdışı edilme halinde, **aile birliğinin bozulması** durumu da ortaya çıkacağından, meselenin ucu, bu yönü itibariyle temel hak ve özgürlüklere dokunmuş ve Divan, bu yönden de inceleme yapmıştır.[1193]

Bu noktada Divan, sınırdışı kararının davacının kocası bakımından, AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan ve *Topluluk Hukukunda* da korunan temel haklar arasında yer alan **aile hayatına saygı hakkının** kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir (para.41). Divan, ardından, aile hayatına saygı hakkının bir anlamda kapsamını değerlendirmiştir. Divan'a göre, elbette ki, Sözleşme'de düzenlendiği şekliyle bu hak, bir kimseye, vatandaşı olmadığı ülkeye giriş ve orada ikamet hakkı vermese de, bir kişinin, yakın aile fertlerinin yaşadığı bir ülkeyi terk etmek mecburiyetinde bırakılması, söz konusu hakkın ihlaline yol açabilir. Böyle bir müdahale, anılan hükmün ikinci fıkrasındaki sınırlama koşullarını yerine getirmediği takdirde Sözleşme'nin ihlali olacaktır. Divan, ardından ikinci fıkra bağlamında aile hayatının sınırlanmasının şartlarına değinmiş ve AİHM içtihadına da atıf yaparak[1194] söz konusu hükmü yorumlamıştır. Buna göre, sınırlama, yasaya uygun olmalı, fıkrada yer verilen meşru amaçlardan bir veya birkaçını gerçekleştirmeyi hedeflemeli ve demokratik bir toplumda gerekli olmalı; bu bağlamda da mübrem bir sosyal ihtiyaç ile haklı kılınmalı ve ulaşılmaya çalışılan amaçla da orantılı olmalıdır (para.42).[1195]

---

kaynaklanan hizmet sunma ve alma hakkının sınırlanacağı ve hatta engelleneceğidir. İngiltere ise, diğer Üye Devletler bakımından belki, fakat İngiltere'de kalma ve dolaşma bakımından bunun tamamen bir iç mesele olduğunu ve diğer Üye Devletlere seyahati ilgilendirmemesi yönüyle de *Topluluk Hukukunun* kapsamına giren bir mesele olmadığını iddia etmektedir. (Böyle kabul edilirse, yukarıda kısaca değindiğimiz ve ileride ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, bir eylem, konu vs. tek bir Üye Devleti ilgilendirdiği ve diğer Üye Devletleri etkilemediği sürece, bir iç (*purely internal*) meseledir ve dolayısıyla *AB Hukukunun* kapsamına girmez. *AB Hukukunun* kapsamına girmeyince de, Divan tarafından, insan haklarına uygunluk veya başka herhangi bir temelde denetlenemez. Zira bilindiği gibi insan hakları veya başka herhangi bir temelde denetimin devreye girmesi için ilk şart, bunun *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki bir mesele olmasıdır.

[1193] Divan'a göre; sınırdışı edilme durumunda davacı ve kocasının ayrılması, hiç şüphesiz davacının kocasının hizmet sunması ve almasını olumsuz etkileyecek; davacının kocası, bu serbestiden tam anlamıyla ve özgürce yararlanamayacaktır. Dolayısıyla bu yönüyle sınırdışı kararı, hiç şüphesiz serbest dolaşımın sınırlanması anlamını taşımaktadır. Elbette ki (daha önceden de gördüğümüz gibi) Üye Devletler, serbest dolaşım hükümlerine sınırlamalar getirebilmektedir. Ancak yine bildiğimiz üzere, bu sınırlamalar, Divan tarafından temel hak ve özgürlüklere uygunluk yönünden denetlenmektedir. İşte tam bu noktada İngiltere'nin davacı hakkında aldığı sınırdışı kararının, Toplulukta korunan hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmiştir.

[1194] Divan'ın atıf yaptığı AİHM kararı, *Booltif v Switzerland* (no.54273/00, paras. 39, 41 and 46, ECHR 2001-IX)'dır.

[1195] Divan, somut olaydaki sınırdışı kararını bu esaslar uyarınca değerlendirmiş ve neticece yarışan dengeler (bir yanda davacının kocasının aile hayatına saygı hakkı, bir yanda da kamu

Yine yakın tarihte verdiği *Akrich* kararında da,[1196] Divan, birkaç kez sahte kimliklerle İngiltere'ye giren ve son girişinden sonra da bir İngiliz vatandaşıyla evlenip daha sonradan AB vatandaşının eşi sıfatıyla ikamet izni verilmesi talebinde bulunan davacının talebinin reddedilmesine ilişkin olarak, meselenin insan haklarına uygunluk yönünden incelenmesi gerektiğini söylemiş ve bu noktada da, ortada gerçek bir evliliğin bulunması halinde, AİHS m.8'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı açısından değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir (para.58).[1197]

Divan'ın (AİHS ve diğer birtakım uluslararası sözleşmelere atıfla) aile hayatının korunmasına saygı gösterilmesi hakkını (ve bu bağlamda aile birleşimi gibi fer'i birtakım hakları) tanıyıp uyguladığı (ve böylece *AB İnsan Hakları Hukukuna* aktardığı) bir kararı da, *Parliament v Council*'dir.[1198] Karar (Üye Devlet topraklarında hukuka uygun olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları tarafından aile birleşimi hakkının kullanılmasına dair) bir Konsey yönergesinin[1199] bazı maddelerinin Avrupa Parlamentosu tarafından – diğer sebepler yanında – başta AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Divan önünde açılan davada verilmiştir.[1200] Divan, aile hayatına saygı hakkının *AB Hukukunda*

---

düzeni ve güvenliğinin sağlanması) arasında adil bir denge kurmadığını düşünerek (para.44) gözetilen amaçla orantılı olmayan bir tedbir ve bu yönüyle de söz konusu hakkın bir ihlali olduğuna karar vermiştir (para.45). Divan, burada somut olay bakımından gerek davacının gerek kocasının durumunu dikkate alarak ayrıntılı bir değerlendirme ve gerekçelendirme yapmıştır. Buradaki tespiti, özetle, davacının salt İngiltere'nin göç yasalarını ihlal etmiş olmasının, başka herhangi bir şikayet vs. olmadığı düşünüldüğünde, kamu düzeni için demokratik bir toplumda gerekli olacak şekilde bir tehdit oluşturmadığı yönündedir. Ayrıntı için kararın ilgili paragrafına bakılabilir.

[1196] C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich*, 23.9.2003, ECR 2003/I-9607.

[1197] Divan, bu noktada, yine *Carpenter* kararında yaptığı gibi, Sözleşme'nin 8. maddesinin (yani aile hayatına saygı hakkının) tek başına, bir yabancıya, bir devlete giriş ve orada ikamet hakkı vermese de, mesele, o kişinin o ülkeyi terk etmesine gelince, bundan sonraki sürecin söz konusu hakkın sınırlanmasına ilişkin (AİHS m.8/2'deki) esaslara uygun olması gerektiğini söylemiştir (para.59). Bu noktada da Divan, ilkesel bazda bu durumu tespit ettikten ve nasıl hareket edilmesi gerektiğini ortaya koyduktan sonra, somut olayı, bu tespitler ışığında değerlendirmeyi, ilgili ulusal mahkemeye bırakmıştır.

[1198] C-540/03, *Parliament v Council*, 27.6.2006, ECR 2006/I-5769.

[1199] Council Directive, 2003/86/EC of 22 September 2003, O.J. 2003 L 251, p.12.

[1200] Bu arada Yönerge'nin, birçok yerinde, başta AİHS ve Temel Haklar Şartı olmak üzere konuyla ilgili birçok uluslararası hukuk metnine ve uluslararası anlaşmalara gönderme yaptığını söylemek gerekir. Örneğin ''Giriş'' kısmında (2. paragraf), aile birleşimine ilişkin tedbirlerin, birçok uluslararası hukuk belgesinde yer alan ailenin korunması ve aile hayatına saygı yükümlülüğüyle uyumlu biçimde alınacağının belirtilmesi ve ayrıca, bilhassa AİHS m.8 ve (o zaman için henüz bağlayıcı olmayan) Temel Haklar Şartı'nda tanınan temel haklara saygı gösterileceğinin ve bunlardaki ilkelerin gözetileceğinin belirtilmesi, şüphesiz insan hakları adına önemlidir. Yine örneğin Yönerge'nin 34. maddesinde, kendisinin, 1961 ve 1987 tarihli *Avrupa Sosyal Şartları* (ilk hali ve gözden geçirilmiş olanı) ile 1977 tarihli *Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne Dair Avrupa*

korunan temel haklardan biri olduğunu ve bu anlamda bir kimsenin yakın ailesiyle yaşama hakkının Üye Devletler için, kimi zaman olumsuz bir edim (örneğin sınırdışı etmemek gibi) kimi zaman da olumlu bir edim (kişinin ülkesine girmesine ve orada ikamet etmesine izin vermek gibi) şeklinde birtakım yükümlülükler getirdiğini (para.52); bu anlamda yine daha önceden (*Carpenter* ve *Akrich* kararlarında) söylediği gibi, her ne kadar AİHS, bir kimseye, vatandaşı olmadığı bir devlete girme ve orada ikamet etme hakkı vermese de, kişinin yakın aile fertlerinin yaşadığı ülkeden ayrılmak zorunda bırakılmasının aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabileceğini (para.53) vurgulamıştır. Divan, devamında; AİHS m.8'in, AİHM'nin de belirttiği gibi,[1201] aile hayatına etkili biçimde saygı gösterilmesi için devletlere olumlu yükümlülükler de yükleyebileceğini; bu tür olumlu yükümlülüklere/edimlere uygulanan ilkelerin de, olumsuz edimlere uygulananlarla kıyaslanabileceğini; her iki durumda da, bir yanda bireyin diğer yanda da bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini (ancak her iki durumda da devletlerin bir ölçüde takdir paylarının bulunduğunu eklemeyi ihmal etmeyerek) söylemiştir (para.54).[1202]

Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: **Özel hayatın gizliliği** ve bu bağlamdaki birtakım fer'i haklar da (**kişisel verilerin korunması, tıbbi gizlilik, sağlık durumunun gizliliğinin korunması** gibi), Divan'ın, ilk yıllardan itibaren hukukun genel ilkeleri kapsamında *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktardığı hak ve özgürlükler olmuştur.

Sözleşmesi'nin daha lehe olan hükümlerine asla halel getirmeyeceğinin belirtilmesini de, hak ve özgürlükler adına önemli görmek gerekir.

[1201] Bu noktada Divan, AİHM'nin 21 Aralık 2001 tarihli *Sen v. the Netherlands* kararına atıf yapmıştır.

[1202] Bu noktada da Divan, AİHM'nin 19 Şubat 1996 trihli *Gül v. Switzerland* ve 28 Kasım 1996 tarihli *Ahmut v. the Netherlands* kararlarına atıf yapmıştır. Ardından Divan, AİHM'nin yukarıda yer verdiğimiz *Sen v. the Netherlands* kararında ortaya koyduğu, aile birleşiminin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için gözetilmesi gerekli esaslara atıf yapmış (para.55, 56); ayrıca THŞ ve diğer uluslararası belgelere de atıf yaparak, bunlara bakıldığında, çocuğun haklarına büyük önem verildiğini; ancak hiçbirinin, bir aile ferdine bir devletin ülkesine girme hakkı verir ve devletlerden de aile birleşimine dair talepleri incelerken belli ölçüde bir takdir payını esirger nitelikte olmadığını söylemiştir (para.59). Divan, başta AİHS temelinde olmak üzere bu kriterleri koyduktan sonra, bu esaslar ışığında iptali istenen yönerge hükümlerini oldukça ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve aile hayatına saygı hakkının AİHS'te ve diğer belgelerde öngörüldüğü şekilde korunması için gerekli esasları barındırdığını düşünerek söz konusu hakka ve dolayısıyla da *Topluluk/Birlik Hukukuna* aykırı bulmamış ve dolayısıyla da iptal talebini reddetmiştir. Ayrıca belirtelim ki, görüldüğü gibi, burada hakkın tanınması, AİHS alt-kaynağı kullanılarak hukukun genel ilkeleri temelinde olmuştur. Zira bu hak, açıkça Şart'ta düzenlense de, henüz Şart bağlayıcı olmadığı için, söz konusu hakkın bağımsız olarak buna dayandırılması mümkün değildi; Şart, ancak hukukun genel ilkesi olarak söz konusu hakkın benimsenmesinde bir alt-kaynak olarak işlev görebilirdi. Ne var ki, kararda bu şekilde bile bir rol oynamamıştır. (Divan'ın Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasından sonra, hem temel norm olarak Şart'a; hem de AİHS'ye atıf yaparak aile hayatına saygı hakkını uyguladığı bir karar için bkz.: C-578/08, *Chakroun*, 4.3.2010, ECR 2010/I-1839.)

Örneğin 1992 tarihli *Commission v Germany* kararı,[1203] **özel hayatın gizliliği hakkı genel çerçevesi içinde onun özel bir yönü olan tıbbi gizliliğin korunması hakkının** (*right to the protection of medical confidentiality*) *AB Hukukunda* tanındığı bir karardır. Divan, **özel hayatın** ve onun özel bir yönü olan **tıbbi gizliliğin korunması hakkının**, Topluluk hukuk düzeninde korunduğunu söylemiştir.[1204]

Özel hayatın gizliliği ve bu bağlamda **kişinin fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının** söz konusu olduğu bir diğer karar da, 1994 tarihli *X v Commission* kararıdır.[1205] AB Komisyonu tarafından açılan bir pozisyona atanabilmek için girmesi gerekli bir sağlık testine girmeyi reddetmesi üzerine ataması yapılmayan davacının, bu işlemin insan haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada,[1206] Divan, ''**özel hayata saygı hakkının** AİHS'nin 8. maddesinde düzenlendiğini ve ayrıca Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden de kaynaklandığını ve bu yönüyle de, Topluluk hukuk düzeni

---

[1203] C-62/90, *Commission v Germany*, 8.4.1992, ECR 1992/I-2575.

[1204] Bu noktada, Divan'ın, ortak anayasal gelenekler ve AİHS temelinde bir analiz yapmamak bir yana, hakkın tanınması noktasında dahi, bunlara basit bir gönderme yapmadan söz konusu hakkı tanıdığını belirtelim. Divan, bu noktada sadece önceki bir içtihadına – 1980 yılında verdiği (hemen yukarıda incelediğimiz) *National Panasonic* kararına – atıf yapmıştır. Ancak burada ilginç olan şudur ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, o kararda Divan, açıkça söz konusu hakkın korunduğunu söylememekteydi; fakat biz, zımnen korunduğu anlamının çıkarılabileceğini söylemiştik. Şimdiki kararında ise, söz konusu hakkın Topluluk hukuk düzeninde korunduğunu temellendirirken, AİHS yahut ortak anayasal geleneklere atıf yapmaya gerek görmeden doğrudan oraya atıf yapması, o kararda, özel hayatın gizliliği hakkını (zımnen) koruduğu/benimsediği şeklinde yaptığımız tespitleri doğrulamaktadır. Ancak yine de, özel hayatın gizliliği hakkının özel bir türü olarak *tıbbi gizliliğin korunması hakkı* noktasında, *National Panasonic*'te zaten herhangi bir şey söz konusu değildir. Böylece Divan'ın, *Commission v Germany* kararında, aslında spesifik hiçbir alt-kaynağa atıf yapmadan *tıbbi gizliliğin korunması hakkını,* bir *AB hakkı* olarak tanımış olduğunu söylemek mümkündür.

[1205] C-404/92 P, *X v Commission*, 5.10.1994, ECR 1994/I-4737.

[1206] İlgili Topluluk düzenlemesi uyarınca bir sağlık testine girmesi gereken davacı, Komisyon'un görevlisi olan bir doktor tarafından bu testlere alınmış; ancak aids taraması da yapılması gerektiğine yönelik öneriyi reddetmiştir. Ardından Komisyon doktoru, davacının fiziki olarak söz konusu pozisyonun gerektirdiği sağlık koşullarını taşımadığı yönünde görüş bildirmiş ve bunun üzerine kişinin ataması yapılmamıştır. Bunun üzerine idari itiraz prosedürüne başvuran ve hem söz konusu kararların iptal edilmesini hem de uğradığı zararlardan ötürü tazminat ödenmesini isteyen davacı, buradan da istediği sonucu alamayınca, aynı taleplerle Adalet Divanı'nda dava açmıştır. Davaya bakan (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nin davayı reddetmesi üzerine, davacı, Divan'a temyiz başvurusunda bulunmuştur. İddiası, aids taramasına girmek istemediğini belirtmiş olmasına rağmen, başka testler için alınan kan örneklerinin bir tür analizde kullanılması; bunun ise, HIV (aids) virüsünün varlığının tespit edilmesine yönelik bir test olduğu ve bu itibarla da ancak kendisinin rızasıyla alınabileceği; böyle yapılmadığı için de, vücut bütünlüğüne ve ayrıca AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkına aykırılık teşkil ettiğidir. Komisyon ise, söz konusu analizin özel olarak aidsin tespitine yönelik olmadığını ve atanacak personelin girdiği sağlık taramasındaki olağan testlerden biri olduğunu ve zaten davacının da baştan sağlık taramasına girmeyi kabul etmekle, bu analizi de zımnen kabul etmiş olduğunu iddia etmektedir.

tarafından korunan temel haklardan biri olduğunu söylemiştir.[1207] Divan'a göre, bu hak, özel olarak **kişinin sağlık durumunun gizli tutulması hakkını** da içermektedir (para.17).[1208]

Yine özel hayatın gizliliği çerçevesi içinde genel bir hukuk ilkesi olarak *AB İnsan Hakları Hukukuna* aktarılan bir diğer hak da, **kişisel verilerin korunması hakkı** olmuştur. 2000 tarihli *Fisher* kararında,[1209] Divan, davada söz konusu olan kişilerin kişisel nitelikteki bilgilerine ilişkin olarak menfaatlerinin, temel hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini (para.32); bu anlamda kişisel verilerin işlenmesi ve serbestçe dolaşıma sokulmasına ilişkin dava konusu yönergenin, ulusal makamların bu bağlamda gerekli olan değerlendirmeyi yapmasına imkan veren kriterleri karşıladığını (para.33) belirterek, kişisel verilerin korunması hakkını, bir AB hakkı olarak tanımış ve uygulamıştır. Yine 2003 tarihli bir başka kararda da,[1210] Divan, bireylerin mesleki gelirlerine ilişkin verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması amacıyla toplanmasının AİHS m.8'de düzenlenen ''özel hayat'' kavramının içinde mütalaa edilmesi gerektiğini belirterek (para.73), kişisel verilerin korunması hakkını bir de bu yönden uygulamıştır. Bir işverenin kayıt tutmak ve üçüncü kişilerle paylaşmak üzere işçilerinin aldığı maaş vs. bilgileri saklamasının hukuka (insan haklarına) uygunluğunun değerlendirildiği davada, Divan, m.8'i, mesleki (profesyonel) faaliyetleri ''özel hayat'' kavramının dışında bırakarak sınırlayıcı bir yoruma tabi tutmak için makul bir sebep olmadığı yönündeki AİHM içtihadına atıf yapmıştır.[1211] Keza 2010 tarihli *Commission v Germany* kararında[1212] da, Divan, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayat kapsamında *AB Hukukunda*

[1207] Divan, ardından yine söz konusu hakkın belli hallerde sınırlanabileceğini söyleyerek somut olayı bu kapsamda değerlendirecektir. Bu noktaya ileride temel hakların sınırı bahsinde ayrıca değineceğiz.

[1208] Hemen yukarıda yer verdiğimiz *Commission v Germany* kararında, özel hayatın gizliliği hakkının özel bir yansıması olan **tıbbi gizliliğin korunması hakkı** (*right to the protection of medical confidentiality*) denmişti. Bu sefer hakkın nitelenmesi noktasındaki ifade biraz farklı olsa da (*a person's right to keep his state of health secret*), neticede özel hayatın gizliliği kapsamındaki aynı (alt) haktan bahsedilmektedir. Ayrıca bkz.: (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nin 1995 tarihli *K v Commission* (C-176/94) kararı.

[1209] C-369/98, *Fisher*, 14.9.2000, ECR 2000/I-6751.

[1210] C-465/00 & C-138/01 & C-139/01, *Österreichischer Rundfunk and Others*, 20.5.2005, ECR 2003/I-4989.

[1211] Divan'ın burada gönderme yaptığı AİHM kararları, *Amann v. Switzerland*, No: 27798/95 ve *Rotaru v. Romania*, No: 28341/95'tir. Divan, bir işverenin, kayıt tutmak amacıyla işçilerinin aldığı maaş vs. bilgileri saklamasının bu anlamda özel hayatın ihlali sayılmayacağını; ne var ki, bunları, üçüncü kişilerle paylaşmasının, bu üçüncü kişinin bir kamu kurumu olması yahut paylaşılan bilgilerin ne için kullanılacağı <u>önemli olmaksızın</u>, keza bilgileri paylaşılan kişilerin bundan bir zarar görmeleri de aranmaksızın, kişisel verilerin korunmasını ve o bağlamda özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğini söylemiştir (paras.74, 75).

[1212] C-518/07, *Commission v Germany*, 9.3.2010, ECR 2010/I-1885.

korunan bir hak olduğunu tekrarladıktan sonra, bu korumanın yerine getirilebilmesi için, ilgili idari makamlarca, bu hak ile kişisel verilerin serbest dolaşımı (sirkülasyonu) bağlamındaki menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiştir (para.24).

Yine **gizli bilgilerin ve ticari sırların korunması** da, Divan tarafından bu kapsamda mütalaa edilen bir hak olmuştur. Divan, birçok kararında,[1213] ticari sırların genel bir hukuk ilkesi olduğunu belirtmiştir. Örneğin 2010 tarihli *Varec*'te Divan, cezai/idari soruşturmalarda ''çekişmelilik'' ilkesine saygı gösterilmesinin AİHS m.6'da güvence altına alınan ''adil yargılanma'' hakkının bir gereği olduğunu (paras.45, 46) ve bu ilke uyarınca, tarafların mahkemeye sunulan bilgi, belge vs. delil ve gözlemler üzerinde inceleme ve görüş bildirme haklarının olması gerektiğini; ancak bazı olaylarda, üçüncü kişilerin haklarının yahut önemli bir kamusal menfaatin, birtakım bilgi ve belgelerin taraflardan ''esirgenmesini'' gerektirebileceğini (para.47); işte temel hak ve özgürlüklerin korunmasının da bu meyanda korunması gerekli bir hak olduğunu ve nihayet bir ihale sürecinde yer almaya ilişkin faaliyetler bağlamında ticari sırların da, bu şekilde ''çekişmelilik'' ilkesi karşısında korunması gerekli temel haklardan olabileceğini (paras.48, 49) söylemiştir. Karar, yine bir temel hak sayılabilecek ''çekişmelilik'' ilkesini bir AB hakkı olarak uygulamanın ve onu başka temel haklarla dengeleme gereğini ortaya koymak gibi yönlerinin ötesinde, ticari sırları, AİHS m.8'deki ''özel hayat'' kavramı içinde mütalaa edip güvence altına alması yönüyle de kendini göstermektedir.

Avukat – Müvekkil Arası Haberleşmenin Gizliliği Hakkı

Avukatla müvekkil arasındaki yazışma vs. haberleşmelerin gizliliği hakkı da, Divan tarafından genel hukuk ilkesi olarak benimsenen ve uygulanan bir temel hak olmuştur. Yukarıda kaynaklar bahsinde yer verdiğimiz *AM & S v. Commission* kararında,[1214] Divan, haberleşmenin gizliği hakkının Toplulukta korunması gerekli temel haklardan biri olduğunu; Topluluk kurumlarının işlem ve eylemlerinde, bilhassa avukat ve müvekkil arasındaki belirli iletişimler olmak üzere, gizliliğin gözetilmesine ilişkin Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak olan ilke ve kavramları göz önünde bulundurmak zorunda olduklarını söylemiştir (paras.18 vd.). Divan'a göre, söz konusu gizlilik, önemi tüm Üye Devletlerde tanınan bir takım gerekliliklere hizmet etmektedir. Buna göre bir

[1213] Bu kararların listesi için *Varec* kararının (C-450/06) 49. paragrafına bakılabilir.
[1214] Bkz.: supra s.

kimse, mesleği, ihtiyacı olan herkese bağımsız hukuki tavsiyeler verme yetkisini içeren bir avukata, herhangi bir sınırlama olmaksızın danışabilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, yukarıda da vurguladığımız gibi, Divan, bu hakkı, sadece müvekkil ile arasında bir istihdam ilişkisi olmayan bağımsız avukatlar bakımından tanımıştır. Yani firmaya bir iş ilişkisiyle bağlı avukatlar bakımından, böyle bir *AB hakkı* söz konusu değildir.[1215]

Evlenme Hakkı

Evlenme hakkı da, Divan'ın, Temel Haklar Şartı'nın kabulünden önce AİHS'ye atıfla bir genel hukuk ilkesi olarak *AB Hukukuna* aktardığı temel hak ve özgürlüklerden biridir. *K.B.* davasında,[1216] aynı cinsten biriyle kilisede evlenen kişinin eşine, yasal eşlere tanınan birtakım hakların verilmemesinin temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu iddia edilmiş; Divan, kararında, meseleyi, *evlenme hakkı* üzerinden değerlendirmiştir.[1217] *İngiliz Hukuku* uyarınca, ancak bir erkek ve bir kadın evlenebilmektedir ve bir kimsenin cinsiyeti, doğum belgesinde ne yazıyorsa odur; maddi bir hata dışında bu kaydın değiştirilmesi de – cinsiyet değişikliği bile olsa – mümkün değildir. Diğer bir deyişle, bir transseksüelin (olayda davacının kocası erkek R'nin) cinsiyet değiştirmeden önceki cinsiyetinden (kadın) olan biriyle (olayda davacı kadın K.B. ile) evlenmesi mümkün değildir. Çünkü ikisi de, hukuken aynı cinsiyeti (kadın-kadın) taşımaktadır ve aynı cinsten kişilerin evlenmesi de *İngiliz Hukukunda* mümkün değildir. Bu tespitleri yapan Divan'a göre; İngiltere'nin bu (transseksüelin yeni kimliğini tanımayan) mevzuatı, AİHM

[1215] Divan, buna gerekçe olarak, Üye Devletlerin hemen hepsinin hukuk sistemlerinde bu hakkın tanınmasına karşılık, içerik ve kapsam bakımından farklı farklı uygulamalar olmasını; özellikle sadece bağımsız çalışan avukatlar bakımından bunu, bir ''ortak anayasal gelenek'' olarak tespit edilebilmesini göstermiştir (bkz.: supra s.429).

[1216] C-117/01, *K.B.*, 7.1.2004, ECR 2004/I-541.

[1217] Bir kadın olan davacı (K.B.), İngiliz ulusal sağlık birimi NHS'de yaklaşık 20 yıldır çalışan bir işçidir. K.B., doğuştan kadın olan ve doğum kütüğünde de bu şekilde kayıtlı bulunan, ancak sonradan operasyonla erkek olan, fakat medeni halindeki bu değişikliği resmi olarak ilgili kütüğe işletemeyen R ile evlenmek istemiş; ancak *İngiliz Hukuku* (o tarihte) aynı cinsten kişilerin evliliğine izin vermediği için evlenememiştir. Fakat kilisede, resmen evlenen iki kişi gibi rahibin huzurunda evlilik seremonisini yerine getirmişlerdir. Bu esnada işveren NHS, K.B'ye, R ile resmen evli olmadıklarından ötürü, kendisi R'den önce ölürse, R'nin evli çiftlerin yararlandığı dul aylığından yararlanamayacağını; zira bu aylığın sadece hayatta kalan eşe verildiğini; oysa İngiliz kanunları uyarınca hukuken var olmayan bir evliliğin yokluğunda çiftlerin ''eş'' olarak tanınamayacağını bildirmiştir. Bunun üzerine K.B., ilgili İngiliz mahkemesi önünde dava açmıştır. K.B.'nin iddiası, böyle bir uygulamanın, (o zamanki) AT Antlaşması (m.141) ile ikincil mevzuata (75/117 sayılı Yönerge) aykırı olduğudur. Zira ona göre R, cinsiyet değiştirmeseydi, bu haktan yararlanabilecek iken; şimdi bu hakkın verilmemesi, cinsiyet temelinde eşit muamele hakkına ayırıdır. Dava aşamasında uyuşmazlık önüne gelen İngiliz mahkemesi, *ön-karar prosedürü* uyarınca davayı Divan'a taşımıştır.

tarafından[1218] AİHS'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla somut olayda K.B. ve R'nin eş olmadan kaynaklanan birtakım mali imkanlardan yararlanmak için yerine getirmeleri gereken evlilik koşulunu, evlenmelerine izin vermemek suretiyle AİHS'ye aykırı bir şekilde yerine getirmelerini engelleyen İngiliz mevzuatı, (o zamanki) AT Antlaşması'nın (kadın ve erkek bakımından eşit işe eşit ücret ilkesini öngören) 141. maddesine (yani hukuka) aykırıdır.[1219] Kararın bize söylediği şey şudur: Divan (ve atıf yaptığı AİHM), cinsiyet değişikliğini hukuken tanımayarak iki kişinin evlenmesinin engellenmesini, AİHS'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının ihlali olarak görmüştür. Bunun bize söylediği bir şey ise; her şeyden önce **evlenme hakkının** Divan tarafından bir genel hukuk ilkesi olarak AİHS'ye (ve hatta AİHM kararlarına) atıfla bir AB hakkı olarak tanındığıdır.[1220]

Yine *evlenme* ve onunla bağlantılı olarak *özel hayata saygı hakkının* söz konusu olduğu bir başka karar da, *D and Sweden v Council kararıdır.*[1221] Avrupa Birliği

---

[1218] Divan'ın atıf yaptığı AİHM kararları, 11.7.2002 tarihli *Goodwin v United Kingdom* (No:28957/95, paras.97-104) ile *I. v United Kingdom* (25680/94, paras.77-84) kararlarıdır.

[1219] Ancak Divan, devamında, AİHM'nin atıf yapılan kararlarında da belirtildiği gibi, cinsiyet değiştirmenin hangi koşullarda hukuken tanınacağına yönelik belirlemenin Üye Devletlerin yetkisine girdiğini; buna bağlı olarak somut olayda K.B.'nin durumundaki bir kişinin, partnerini, dul aylığından yararlanmaya aday gösterme hakkının tanınması noktasında söz konusu Antlaşma hükmüne (m.141) dayanıp dayanamayacağının ulusal mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiğini söylemiştir. Yani burada Divan, şunu demektedir: Eğer R, *İngiliz Hukukuna* uygun olarak cinsiyet değiştirmişse, ona evlenme hakkının verilmesi gereklidir. Ancak R'nin bu ameliyesinin dediğimiz gibi *İngiliz Hukukuna* uygun olması gerekmektedir; çünkü cinsiyet değişikliği, her devletin kendi hukuku bağlamında düzenlenen bir hukuki durumdur. Bu noktada da elbette ki, buna karar verecek olan ulusal mahkemelerdir. Böylece, bundan, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda*, doğrudan ileri sürülebilecek ''cinsiyet değiştirme'' gibi bir hakkın olmadığını da anlamaktayız.

[1220] Divan, ortak anayasal geleneklere atıf yapmadan; sadece AİHS'ye atıfla evlenme hakkının Toplulukta korunan temel haklardan biri olduğunu (ve hem de ilk kez olarak) söylemiştir. Divan, daha önceden de değindiğimiz gibi, artık bunu sık yapar olmuştur. Kimi zaman bir hakkı tanırken oldukça temkinli davranan Divan, artık AİHS'te düzenlenen bir hakkı, doğrudan tanımakta beis görmemektedir. İlginç olan ise, artık, eskiden yaptığı gibi, temel hakların Toplulukta korunduğu, bu konuda ortak anayasal gelenekler ile AİHS'ten faydalanılacağı gibi klasik göndermelerini dahi yapmamakta, ''söz konusu ulusal tasarruf, AİHS m.12'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkına aykırıdır'' gibi bir ifadeyle, sanki o hak kendisinin yerleşik içtihadı yahut bir Kurucu Antlaşma hükmünde uzun süredir açıkça tanınıyormuş gibi, *AB hakkı* olarak benimsemektedir. Bunu, yukarıda, AİHS'nin devreye girişinden sonra, ortak anayasal geleneklerin hukukun genel ilkeleri içindeki rolünün azalması ve AİHS'nin temel belirleyici metin olması şeklinde yorumlamış; keza AİHM kararlarını takip etmesini de, AİHS'nin ''soft'' bağlayıcılığının delili olarak değerlendirmiştik. Özellikle, Divan'ın AİHM içtihatlarına atıf yapmasına da değinmek gerekir. Divan, belki ilk defa AİHM içtihadına atıf yapmıyordur; ancak henüz AİHM tarafından verileli çok olmamış kararlara atıf yaparak AİHS'yi ve dolayısıyla da *Topluluk Hukukunu* bu bağlamda yorumlaması, Divan'ın, yaşayan bir belge olarak Sözleşme'nin bu niteliğinden istifade ederek, *Topluluk Hukukunu* sosyal değişme ve gelişmelere uydurma imkanını sağlamıştır. Aynı doğrultuda bkz.: Kent, **op.cit**, p.73.

[1221] C-122/99 P and C-125/99 P, Joined Cases, *D and Sweden v Council*, 31.5.2001, ECR 2001/I-4319.

Konseyi'nde görevli olan bir personelin aynı cinsten biriyle yaşadığı birlikteliğin, aile yardımından yararlanma bakımından evlilikle eş kabul edilmemesinin evlenme hakkının ihlali iddiasıyla açılan davada,[1222] Divan, somut olayda, ulusal hukuk uyarınca tescil edilmiş ve evlilikle aynı sonuçlar bağlanmış bir birlikteliğin söz konusu olduğunu söylemiş ve meseleyi evlenme hakkı üzerinden değerlendirmiştir.[1223] Divan, evliliğin tanımı konusunda, Üye Devletlerin uygulamalarına bakmış ve evliliğin, genelde kabul edildiği üzere, farklı cinsten iki kişi arasındaki birlik olarak tanımlandığını (para.34); ancak özellikle 1989'dan bu yana, artan sayıda Üye Devlette, evlilik dışındaki aynı

[1222] Davaya konu olaylarda davacı (D), aynı cinsten bir kimseyle birliktelik yaşamaktadır ve bu birlikteliklerini de İsveç kanunlarına göre tescil ettirmişlerdir. Yine İsveç kanunlarına göre, kural olarak tescil edilmiş bir birlikteliğin, birtakım istisnalar dışında evlilikle aynı sonuçları doğurması kabul edilmektedir. D, çalıştığı AB Konseyi'ne, ilgili Personel Tüzüğünde öngörülen aile yardımından yararlanmak için başvurmuş; *İsveç Hukukuna* göre tanınan birlikteliğinin ilgili tüzükte aile yardımı için aranan evlilik koşulu bakımından evlilik statüsü kapsamında değerlendirilmesi ve aynı muameleye tabi tutulmasını istemiştir. Konsey ise, tüzüğün, açıkça, evli (veya boşanmış, dul kalmış vs. ama neticede evli) kişilere bu imkanı verdiğini ve bu anlamda tescil edilmiş bir birlikteliğin evlilikle aynı muameleye tabi tutulamayacağını belirterek D'nin talebini reddetmiştir. D, idari itiraz yollarından da bir netice alamayınca (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'ne red kararının iptali dava açmıştır. D'nin iddiası; öncelikle *İsveç Hukukuna* göre tescil edilmiş ve evlilikle de aynı sonuçları doğurduğu kabul edilen birlikteliğinin Konsey tarafından aile yardımından yararlanma bakımından evlilikle eş kabul edilmemesi dolayısıyla AİHS m.12'de güvence altına alınan evlenme hakkının ihlal edildiğidir. D, ayrıca, AİHS m.8'de güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı haklarına da, hukuka aykırı bir şekilde müdahale edildiğini ileri sürmüştür. Ancak İlk Derece Mahkemesi, bu iddiaları yerinde bulmamış ve davayı reddetmiştir (T-264/97). Mahkeme, öncelikle ilk iddiaya ilişkin olarak, AİHS'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesi üzerinden gitmiş; bu maddenin AİHM tarafından, yalnızca karşıt biyolojik cinsiyetlere mensup iki insan arasındaki geleneksel evliliği kapsadığını; dolayısıyla somut olayda uygulama alanının bulunmadığını söylemiştir. (Ancak Mahkeme'nin, bu noktada, bu yorumu, hangi AİHM kararından aldığına dair herhangi atıf yapmamış olması ilginçtir.) Mahkeme, ardından, Divan'ın da yakın zamanda verdiği *Grant* kararına atıf yaparak, Divan'ın, orada, *Topluluk Hukukunun* halihazırda geldiği nokta itibariyle, aynı cinsten iki kişi arasındaki sabit ilişkilerin evli iki kişi arasındaki ilişkiyle aynı sayılamayacağını söylediğini; bu anlamda da, bir işverenin (Konsey), aynı cinsten bir kimseyle sabit bir ilişki yaşayan kişinin, bu ilişkisi, ulusal makamlar tarafından tescil edilmiş olsa bile, geleneksel evlilikle gelen medeni halden doğan etkilerin aynısını tanımak zorunda olmadığını belirtmiştir (para.28-30). İkinci iddia bakımından da, Mahkeme, yine *Grant* kararına atıf yaparak, Divan'ın, orada (AİHM'in ve AİHK'nın ilgili içtihatlarına atıf yapmak suretiyle), her ne kadar homoseksüelliğin tanınması yönünde günümüzde bir eğilim varsa da, bu tür ilişkilerin Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunan aile hayatına saygı hakkının kapsamına girmediğini söylemesine gönderme yapmış ve bu sebeple davacının bu iddiasını da yerinde bulmamıştır. Bu karar üzerine davacı, Divan'a temyiz başvurusunda bulunmuştur.

[1223] Ve bu noktada Divan'ın ilk yaptığı şey, eldeki davanın, İlk Derece Mahkemesi'nin atıf yaptığı *Grant* kararından farklı olduğunu ortaya koymak olmuştur. Divan'a göre, önümüzdeki davada, ulusal hukuk uyarınca tescil edilmiş ve evlilikle aynı sonuçlar bağlanmış bir birliktelik söz konusudur. Oysa *Grant*'ta, sadece *fiili (de facto)* olarak var olan sabit bir aynı cins birlikteliği söz konusudur ve bunun, hukuki sonuçları bakımından tescilli bir birliktelik veya bir resmi evlilik gibi hukuki sonuç doğurması isteği kabul edilmemiştir. Oysa eldeki davada durum farklıdır (para.33). Görüldüğü gibi Divan, ilk aşamada, davacının taleplerinin *Grant* emsali üzerinden otomatik olarak reddedilmesini doğru bulmamıştır.

cinsten yahut karşıt cinsten birlikteliklere, gerek çiftler arasında gerekse üçüncü kişiler nezdinde evliliğe benzer hukuki sonuçların tanındığını; yani bu yönde bir eğilim olduğunu (para.36); fakat yine de, bu Üye Devletlerde bile bu ilişkinin ''hukuki sonuçları'' itibariyle evlilikten farklı görüldüğünü (para.36) söylemiştir.[1224] Bu itibarla, Divan'a göre, Topluluk organlarının ve yargısının, Topluluk normlarını ve özelde de ilgili Personel Tüzüğünü, evlilikten farklı hukuki durumları evlilikle aynı tutar şekilde yorumlaması mümkün değildir (para.37). Divan, ardından, meseleyi, AİHS m.8'deki aile hayatı ve özel hayat bağlamında incelemiş;[1225] ancak yaptığı değerlendirme neticesinde, Topluluk organlarının, davacının aile yardımı talebini reddetmesinin, iddia edildiği gibi, davacının kişisel durumuyla ilgili olarak, kişisel verilerinin yayılması yahut başka herhangi bir yönden ihlal teşkil etmediğine hükmetmiştir (para.59).[1226]

[1224] Fakat Divan'ın, bu değerlendirmeyi yaparken, AİHS m.12'ye herhangi bir şekilde atıf yapmadığını da vurgulamak gerekir. Divan, ilgili tüzükteki evlilik şartının klasik evlilikler dışındaki ilişkileri kapsar şekilde yorumlanamayacağını söylerken; (İlk Derece Mahkemesi'nin yaptığı kadar bile olsa) AİHS'in 12. maddesinin bu yorumu gerektirdiğine yahut AİHM kararlarının bu yorumu desteklediğine dair herhangi bir şey söylememiştir.

[1225] Divan, bu hakkın *Topluluk Hukukunda* korunduğuna dair açık bir ifadede bulunmamış; doğrudan söz konusu hakkın somut olayda ihlal edilip edilmediğini incelemeye geçmiştir. (para.58). Bunun sebebi, herhalde, Divan'ın zaten uzun yıllardır bu hakları Topluluk Hukukunda tanıyor olmasıdır.

[1226] Görüldüğü gibi, bu sefer dava, yukarıda yer verdiğimiz çoğu davada olduğu gibi, ulusal otoritelerin veya Topluluk kurumlarının, bireylerin örneğin Antlaşmalardan veya ikincil mevzuattan kaynaklanan bir hakkını insan hakları gerekçesiyle sınırlaması ve dolayısıyla da bu sınırlamanın temel hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının incelenmesi şeklinde değil; Topluluk organlarının insan haklarına aykırı bir surette bir Topluluk normunu (evli olma statüsünü) yorumladıkları iddiası üzerine, bu yorum tarzının (Toplulukta korunan) temel hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının incelenmesi şeklinde cereyan etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, AİHS m.12'nin, karşıt iki cins arasında yapılan evlilikleri kapsadığını; bu anlamda aynı cinsten birlikteliklerin, ulusal hukuk uyarınca tescil edilmiş ve evlilikle aynı sayılıyor olsa bile, *AB Hukuku* bağlamında evlilikle aynı sayılmamasının 12. maddeyi ihlal etmediğini; ve yine benzer şekilde, homoseksüel birlikteliklerin tanınmasının da, AİHS m.8'in (aile hayatına saygı) ihlali olmadığını; yani m.8'in, devletlere, homoseksüel birlikteliklerin hukuken tanınması yükümlülüğünü yüklemediğini söylemiştir. Bütün bunları, AİHS üzerinden ve de konuyla ilgili önceki Divan içtihatlarından (temel olarak *Grant* kararı) hareketle yapmıştır. Divan ise, meseleye insan hakları boyutundan değil; bir normun kanun koyucunun amacı doğrultusunda yorumu penceresinden yaklaşmıştır. Divan, söz konusu Personel Tüzüğünde, kanun koyucunun (*Community legislature*) amacının, aile yardımını sadece klasik anlamda evlilere tanımak olduğunu; bu sebeple, evlilik dışındaki birlikteliklere tanımanın, ancak yine bir yasal düzenleme ile mümkün olabileceğini söyleyerek, bir anlamda insan hakları temelli yorum taleplerine göz yummuş; meseleyi salt bir tarihsel ve lafzi yorum penceresinden ele almıştır. Özellikle ilgili tüzükteki evlilik şartının kapsamını yorumlarken, olumsuz anlamda bile olsa, AİHS m.12 ve ilgili AİHM kararlarına atıf yapmamış olması, gerçekten ilginçtir. Davacının aile hayatı ve özel hayat bağlamında AİHS m.8 üzerinden gitmesi noktasında ise, bu hakların *Topluluk Hukukunda* tanındığını söylemiş; ancak somut olay bakımından bir ihlal bulmamıştır. Fakat bu noktada da, Divan'ın, İlk Derece Mahkemesi'nin tespitinden çok farklı bir noktadan olaya bakması ilginçtir. İlk Derece Mahkemesi, hatırlanacağı üzere, uzun dönemli homoseksüel ilişkilerin, AİHS m.8 kapsamına girmediğini ileri sürerek davacının ihlal iddiasını reddetmişti. Oysa Divan, hiç bu noktaya girmeyerek; davacının

İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü de, Divan'ın başta AİHS olmak üzere çeşitli kaynaklara başvurarak, genel bir hukuk ilkesi şeklinde *AB Hukukuna* aktardığı ve sonraki içtihatlarıyla da çerçevesini çizdiği bir temel hak ve özgürlüktür. Yukarıda AİHS'nin bir alt-kaynak olması bahsinde yer verdiğimiz 1991 tarihli *ERT kararı*, Divan'ın, *AB Hukukunda,* (ilk kez) ifade hürriyetini tanıdığı karardır. Yunan radyo ve televizyon idaresinin, tekel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle özel bir televizyon istasyonunun yayınlarının durdurulması için açtığı davada, böyle bir tekel hakkının ifade hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[1227] Dava kapsamında Divan'a sorulan bir soru da, AİHS m.10'da güvence altına alınan ifade özgürlüğü karşısında televizyon yayını konusundaki tekel durumunun uygunluğu ve Üye Devletlere bir yükümlülük getirip getirmediği ve sınırları hakkındadır.[1228] Divan'a göre; Üye Devletlerin, kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi sebeplerle AET Antlaşması'nın ilgili maddelerindeki sınırlama hükümlerine başvurması kapsamındaki tasarrufları, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ışığında değerlendirilmelidir (para.45). Böylece AİHS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü de, Divan tarafından *AB Hukukunun* genel bir hukuk ilkesi olarak bu hukuka aktarılmış olmaktadır.[1229]

---

kişisel durumuyla ilgili bilgilerin red kararı sonucu hukuka aykırı olarak Topluluk içinde dolaştırıldığı iddiası üzerinden gitmiş ve salt bir reddin, böyle bir sonuç doğurmayacağını söylemiştir. Bu, ister istemez, Divan'ın homoseksüel ilişkilerin AİHS m.8 kapsamında olup olmadığı konusunda bir görüş beyan etmemiş olduğu anlamına da gelmektedir.

[1227] Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (ERT), 1987 yılında bir kanunla kurulan ve Yunanistan sınırlarında radyo ve televizyon yayını yapma konusunda tekel yetkisiyle donatılan bir kurumdur. İlgili kanun, başka bir kişi ya da işletmenin, ERT'nin izni olmaksızın, tekel yetkisine sahip olduğu faaliyetleri (yani radyo ve televizyon yayıncılığını) yasaklamaktadır. Buna rağmen yerel bir bilişim şirketi olan DEP ile Selanik Belediye Başkanı, 1989'da bir televizyon istasyonu kurmuş ve yayın yapmaya başlamıştır. Bunun üzerine ERT, Yunanistan mahkemelerinde bu yayınların önlenmesi için dava açmış; davada, davalılar (DEP ve Belediye Başkanı), söz konusu kanunun *Topluluk Hukukunun* bazı düzenlemelerine ve özellikle de, AİHS'nin ifade hürriyetini düzenleyen hükümlerine aykırı olduğunu iddia etmişler; davaya bakan Yunan mahkemesi de, *Topluluk Hukuku* noktasındaki bu meselelerin açıklığa kavuşturulması için Divan'a *ön-karar* başvurusunda bulunmuştur.

[1228] Bilindiği gibi, (o zamanki) AET Antlaşması'ndaki serbest dolaşım hükümleri sınırsız olmayıp; Üye Devletler, kamu düzeni vs. sebeplerle bu serbestilere sınırlamalar getirebilmektedir. Yunan Hükümeti de, televizyon yayınındaki tekeli, bu gibi sebeplere dayandırmaya çalışmıştır. Ancak yine hatırlanacağı üzere, Divan, bu kapsamda getirilecek sınırlamaların (yani Antlaşma hükümlerinden sapmaların) temel hak ve özgürlüklere uygun olması gerektiğini söylemekte ve önüne gelen uygulamaları, bu yönden incelemektedir.

[1229] Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, Divan'ın, ifade hürriyetini ilk kez tanıyor olmasına rağmen, herhangi bir ayrıntılı analiz yapmadan salt AİHS'te korunmasına bağlı olarak bir genel hukuk ilkesi olarak tanıdığıdır. İkincisi ise, Divan, hiç ortak anayasal geleneklere atıf dahi yapmamıştır; ki bu da, önemlidir. Divan, sadece temel hakların *Topluluk Hukukunda* tanındığı ve

Divan, *ERT*'de, ifade özgürlüğünü bir Topluluk hakkı olarak tanıdıktan sonra, birçok kararında bu özgürlüğe atıf yaparak çerçevesini genişletmiş ve yeni yeni alt-hak ve özgürlükleri, bu özgürlük çerçevesinde *AB Hukukuna* aktarmıştır. 1991 tarihli *Commission v Netherlands* kararı da[1230] bunlardan biridir. Hollanda'da ulusal yayın kuruluşlarının programlarının tamamını veya bir kısmını yine bir Hollandalı işletmeden almasını öngören ve ayrıca diğer Üye Devletlerde yayınlanan ve özel olarak Hollanda halkına yönelik reklamları içeren programların kablo ile aktarılmasında belli koşullar öngören (yani sınırlayan) Hollanda mevzuatı, Komisyon tarafından (o zamanki) AT Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımını öngören 59. maddesine aykırı görülmüş ve Hollanda'nın Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğinin tespiti için Adalet Divanı'nda dava edilmiştir.[1231] Divan ise, bu politikanın korumayı amaçladığı çoğulculuğun temininin, AİHS m.10'da güvence altına alınan ve de Topluluk hukuk düzeninde korunan temel haklardan biri olan ifade özgürlüğüyle[1232] bağlantılı olduğunu söylemiş ve bir anlamda bu özgürlüğün basın ve medya alanındaki boyutunu ortaya koymuştur (para.30).[1233]

1991 tarihli *ERT* kararıyla başlayan süreçte, *medya çeşitliliği, radyo ve televizyon yayıncılığında tekel ve diğer ülkelerden sağlanan hizmetlerde kısıtlamalar* bağlamında AİHS m. 10'a atfen ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu kararların yanısıra, ifade

---

bu kapsamda AİHS ile ortak anayasal geleneklerden yararlanılacağı yönündeki klasik (ve yerleşik) içtihadını tekrarlama babında ortak anayasal gelenekleri zikretmiş (para.41); hakkın tanınmasını, sadece Sözleşme'ye atfen yapmıştır. Bunu, hatırlanacak olursa, yukarıda, bir yandan, AİHS'nin keşfinden sonra, hukukun genel ilkeleri bağlamında ortak anayasal geleneklerin etkisinin azalması ve bir yandan da, AİHS'nin, üst düzeyde bir ''soft'' bağlayıcılığa erişmesinin göstergesi olarak değerlendirmiştik.

[1230] C-353/89, *Commission v Netherlands*, 25.7.1991, ECR 1991/I-4069.

[1231] Komisyon'a göre, özellikle bir hizmet olarak başka Üye Devletlerdeki program yapımcılarından bu tür programların alınmasının sınırlanması, hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine aykıdır. Hollanda, söz konusu düzenlemelerin amacının Hollanda'yı oluşturan çeşitli (özellikle de sosyal, kültürel, dini ve felsefi) bileşenlerin ifade özgürlüklerini koruma amacı taşıdığını; söz konusu özgürlüğün, basın, radyo ve televizyonda da olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre, söz konusu düzenlemeler, Hollanda sesli-görsel sisteminin çoğulcu ve ticari olmayan yapısını sürdürmeye yöneliktir. (Yine bir Antlaşma hükmünün, yani Antlaşma'dan doğan serbest dolaşım hakkının insan hakları ''kaygılarıyla'' sınırlandırılması söz konusudur.)

[1232] Görüldüğü gibi Divan, artık herhangi bir analiz veya gerekçelendirme yapmaksızın ifade hürriyetini, sadece AİHS'ye (ve de kendi önceki bir kararına – *ERT* kararı) atıfla Topluluk hakkı olarak kabul etmekte ve uygulamaktadır. Daha önceden tanıdığı bir hakkı tekrardan uygulayacakken izlediği yöntemin bu olduğuna değinmiştik.

[1233] Ancak devamında Divan, bu sınırlamayı, ölçüsüz ve demokratik toplumla bağdaşmaz bulacak ve *Topluluk Hukukuyla* bağdaşmayacağını söyleyecektir. Kararın bu yönüne, ileride temel hakların sınırı bağlamında değineceğiz.

özgürlüğü, başka boyutlarıyla da Divan kararlarına konu olmuştur. 2001 tarihli *Connolly v Commission* kararında,[1234] bir Avrupa Komisyonu çalışanının Komisyon'dan ön-izin almadan bir kitap yayınladığı ve bu kitapta Topluluk kurumları için ağır ifadeler kullandığı gerekçesiyle görevinden uzaklaştırılmasına ilişkin olarak, Divan, daha önceden tanıdığı ifade özgürlüğünü ve özellikle de sınırlarını AİHM kararları ışığında yeni bir yoruma tabi tutmuş; söz konusu özgürlüğün, Topluluk bürokratları ve diğer çalışanlar için de; ve Topluluk kurumlarının faaliyetleri kapsamına giren durumlarda da geçerli olduğunu ve ayrıca işveren olan Topluluk kurumuyla bir uyuşmazlık veya çekişmeden kaynaklanan fikirlerin sözlü veya yazılı olarak ifade edilmesini de kapsadığını söylemiştir (para.43).[1235]

Yine 2003 tarihli *Schmidberger* kararında da,[1236] ifade hürriyeti, bu sefer **toplanma (ve gösteri yürüyüşü düzenleme) hakkı** bağlamında söz konusu olmuştur. Ulusal mercilerin, bir otoyolun protesto amacıyla belli bir süre ulaşıma kapatılmasını engellememesinin malların serbest dolaşımına aykırılık oluşturduğu iddiasıyla açılan davada,[1237] Divan, **toplanma (gösterisi yürüyüşü düzenleme) hürriyetinin** de, ifade hürriyeti genel çerçevesi içinde bir genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukunda* korunduğunu belirtmiştir. Divan, ''dava, bu itibarla Toplulukta temel hakların korunması gerekliliği ile Antlaşma'da (AT Antlaşması) düzenlenen bir temel serbestinin (AİHS m.10 ve 11'de güvence altına alınan ifade ve toplanma özgürlükleri ile malların serbest dolaşımının korunması gerekliliğinin) uzlaştırılması ihtiyacı sorununu ortaya atmaktadır'' demek suretiyle (yine ayrıntılı bir analiz yahut ortak anayasal geleneklere atıf yapmadan; ve hatta bu hakların varlığı noktasında önceki bir içtihadını dahi zikretmeden) AİHS m.10 ve 11'de düzenlenen söz konusu hakları, birer *AB hakkı* olarak tanımış ve ayrıca bunların demokratik bir toplumun temel sütunlarını teşkil ettiğini söylemiştir (para.77).[1238]

[1234] C-274/99 P, *Connolly v Commission*, 6.3.2001, ECR 2001/I-1611.
[1235] Ancak tabii ki bunun da belli koşulları ve sınırları vardır. Bu yöne ileride değinilecektir.
[1236] C-112/00, *Schmidberger*, 12.6.2003, ECR 2003/I-5659.
[1237] Alpler bölgesindeki yaşam havzasını korumak amacıyla kurulmuş bir derneğin ilgili ulusal makamlardan gerekli izin vs. prosedürleri tamamlayarak protesto amacıyla bir otoyolu 28 saat süreyle trafiğe kapatması üzerine, Schimidberger adlı uluslararası taşıma yapan bir firmanın, bu eylem dolayısıyla zarara uğradığını ileri sürerek Avusturya'ya karşı (eylemi engellemeyerek *Topluluk Hukukuna* aykırı hareket ettiği gerekçesiyle) açtığı dava, *ön-karar* prosedürü çerçevesinde Divan önüne gelmiştir. Divan, söz konusu sorumluluğun tespiti noktasında, öncelikle ilgili Devletin söz konusu tavrının (eylemi engellememe) *Topluluk Hukukuna* uygunluğunun belirlenmesi gerektiğini söylemiş ve davalı Avusturya, bu tavrının gerekçesi olarak ifade ve toplanma hürriyetini gösterdiği için de, davayı, temel haklar ve özgürlükler eksenine taşımıştır. Mesele, yine önceki davalarda olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve ekonomik serbestilerle dengelenmesi noktasına gelmektedir ve bu yönü itibariyle de, ileride incelenecektir.
[1238] İfade özgürlüğü hakkında daha fazla karar için bkz.: Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, p.847, note:146.

Yine ifade özgürlüğünün farklı bir boyutu olarak, yukarıda, telif (mülkiyet) hakkı bağlamında yer verdiğimiz 2006 tarihli *Laserdisken* kararı da,[1239] fikir eserlerine ilişkin olarak getirilen tüketme kuralı[1240] bağlamında ifade özgürlüğünü, bir genel hukuk ilkesi olarak uygulaması yönüyle ilginçtir. Davacı, söz konusu tüketme kuralının, telif hakkı sahiplerini fikirlerini aktarmaktan alıkoyduğu gerekçesiyle, mülkiyet hakkı yanında, AİHS m.10 ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne de aykırı olduğunu iddia etmiş; Divan ise, eser sahiplerinin söz konusu hüküm uyarınca ilk satışa veya ilk mülkiyet transferine izin verdiği takdirde hakkın tüketilmiş olacağını; dolayısıyla söz konusu eserin piyasaya ilk sürülmesinde kontrol icra edecek bir pozisyonda olduğunu; bu anlamda tüketme kuralının hukuka aykırı olduğunun tespitinde ifade özgürlüğüne dayanılamayacağını söylemiştir (para.63). Öte yandan, eserden istifade edenler açısından bilgi alma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak ise, Divan, bunun da bir temel hak olduğunu; fakat böyle olsa bile, söz konusu özgürlüğün bizzat AİHS'nin 10/2 maddesinde sınırlanabileceğinin öngörüldüğünü ve somut durumun da, bu bağlamda değerlendirilebileceğini (para.63); bu açıdan bakıldığında da, bilgi alma özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın mülkiyet hakkının bir parçası olan fikri mülkiyet haklarının korunması ihtiyacına binaen meşru olduğunu (para.65) söylemiştir. Olayda davacının iddiası kabul edilmese de, ifade özgürlüğünün fikri mülkiyet haklarına bakan birtakım yönlerinin genel hukuk ilkesi olarak ortaya konmuş olması, bu kararı da zikredilmeye değer kılmaktadır.

Eşitlik / Eşit Muamele İlkesi / Ayrımcılık Yasağı

Temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili, hatta bazı tasniflerde bir ''temel hak'' olarak ele alınan **eşitlik ilkesi** de, yine Temel Haklar Şartı'nda ve Kurucu Antlaşmalarda düzenlenmeden çok önce Adalet Divanı tarafından bir genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılan bir haktır. Örneğin, yukarıda, uluslararası sözleşmelere ilk atfın yapıldığı karar olarak üzerinde durduğumuz *Defrenne v Sabena* kararında, (o zamanki) ***AET Antlaşması'nın 119. maddesinde yer alan kadınla erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesinin***, salt ücreti aşarak, kadınla erkek arasında eşit çalışma koşullarını da kapsar biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağı söz konusu

[1239] C-479/04.
[1240] Bkz.: supra dipnot:1178.

olmuş;[1241] Divan, *m.119'un kapsamının net olduğunu ve Antlaşma'nın sosyal hedeflerini ileri sürerek hükmü (yani hükümdeki ayrımcılık yasağını), eşit ücret dışında iş ilişkisinin diğer yönlerine teşmil etmenin mümkün olmadığını* söylese de (para.24); 119. maddeden bağımsız olarak, *Topluluk Hukukunda*, ***kadın ve erkek arasındaki istihdam ve çalışma koşulları bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik bir genel hukuk ilkesinin bulunduğunu*** (1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 11 No'lu Sözleşmesi'ne de gönderme yaparak) belirtmiştir (paras.25-27). Karar, uluslararası sözleşmelerden hareketle, cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağının, bir genel hukuk ilkesi olarak benimsendiğini göstermektedir.[1242]

Divan, daha sonradan, birçok kararında, genel anlamda **cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını** (veya **cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğramama hakkını**), bir *AB hakkı* olarak benimsemiş ve uygulamıştır. Örneğin yine yukarıda kaynaklar bahsinde yer verdiğimiz 1996 tarihli *P. S. and Cornwall County Council* kararında,[1243] cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğramama hakkının, kendisinin korumakla yükümlü olduğu temel insan haklarından biri olduğunu söylemiş (para.19); yine *Coote v Granada* kararında da,[1244] cinsiyet ayrımcılığına dair bir yönergenin yorumlanması bağlamında, söz konusu yönergenin **kadın ve erkek arasında eşit muamele** temel hedefine ulaşmak için esaslı bir etken olduğunu söyleyerek, bu eşitliğin, Divan'ın korumakla yükümlü olduğu temel insan haklarından biri olduğunu yinelemiştir (para.23). Bu noktada eşitliğin başka bir yönü olarak **yaş temelinde ayrımcılık yasağını** da, bir genel hukuk ilkesi olarak, *Mangold* kararında tanıdığına (ve hatta aktivizmde çok ileriye gittiği eleştirilerine

---

[1241] Davacı Defrenne, Belçika menşeli bir havayolu şirketi olan Sabena'da hostes olarak çalışmaktadır. Sözleşmesi, kadın çalışanların sözleşmelerinin 40 yaşına geldiklerinde sona ereceğini düzenleyen sözleşme hükmü nedeniyle sona erdirilmiştir. Mesele, erkek çalışanlar için söz konusu olmayan bir sona erme sebebinin (40 yaş) iş sözleşmesinde yer almasının, söz konusu hükme aykırı olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, soru, kadın-erkek arasında *eşit işe eşit ücret* şeklinde bir eşitlik getiren ve ayrımcılığı yasaklayan kuralın, kadınla erkek arasında çalışma koşullarına ve çalışma hayatına dair genel bir eşitlik ilkesinin varlığına işaret edip etmediğidir. Davacı, Antlaşma'nın ekonomik yönü kadar sosyal yönünü ve sosyal hedeflerini de göstererek bu şekilde genel bir ayrımcılık yasağının çıkartılabileceğini ileri sürmüştür.

[1242] Ancak davanın sonucu itibariyle, davacı, istediğini alamamıştır. Davacının, burada bir anlamda, henüz ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluk açısından denetlenmemesinin kurbanı olduğunu söyleyebiliriz. Divan, belirttiğimiz gibi, aslında davacının iddia ettiği gibi bir genel hukuk ilkesinin varlığını kabul etmiş; fakat, o tarihte henüz Üye Devlet tasarruflarını, insan haklarına uygunluk açısından denetlemeye başlamadığı için (bunu bir yıl sonra *Wachauf* kararıyla yapmaya başlayacaktır), *Defrenne*'de, meseleye sadece 119. madde penceresinden yaklaşmış ve belirttiğimiz gibi oradan da davacının iddia ettiği gibi bir ilkenin çıkmayacağını söyleyerek (insan hakları açısından bir ihlal değerlendirmesi yapmadan) davayı reddetmiştir.

[1243] C-13/94.

[1244] C-185/97, *Coote v Granada Hospitality*, 22.9.1998, ECR 1998/I-5199.

muhatap olduğuna) da, yukarıda ayrıntılı olarak değinmiştik.[1245] Neticede Divan'ın, başta cinsiyet ve yaş temelinde olmak üzere çeşitli sebeplerle ayrımcılığa uğramama (eşit muamele görme) hakkını da, Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesinde güvence altına alınmadan çok önce, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* (hukukun genel ilkeleri kapsamında) tanıdığını görmekteyiz.

Din ve Vicdan Özgürlüğü

Din ve vicdan özgürlüğü veya başka bir ifadesiyle **din temelli ayrımcılık yasağı** olarak eşitlik ilkesi de, yine bu bağlamda zikredilmesi gerekli bir hak ve özgürlüktür. *Prais* kararı,[1246] AİHS m.9'da güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün *AB Hukukunda* tanındığı bir karardır. Yahudi bir AB vatandaşının, bir pozisyon için açılan sınavın kendi inancına göre dini bayrama denk geldiği gerekçesiyle günün değiştirilmesi talebinin reddedilmesi üzerine açtığı davada,[1247] Divan, bir pozisyon için yazılı sınav söz konusu olduğunda, bu sınavın tüm adaylar için aynı tarihte yapılmasının eşitlik açısından büyük önem taşıdığını ve adaletin gereği olduğunu; bu anlamda sınava katılacak kişiler için (herhangi bir sebeple) uygun olmayan bir tarihin belirlenmemesindeki menfaatin bu gereklilikle dengelenmesi gerektiğini söylemiştir. Bu bağlamda bir aday, dini bir sebeple sınav giremeyeceğini ilgili Topluluk kurumuna

[1245] Bkz.: supra s.432 vd.
[1246] C-130/75, *Prais v Council*, 27.10.1976, ECR 1976/1589.
[1247] Vivien Prais adlı bir İngiliz vatandaşı, çevirmenlik pozisyonu için açılan sınava başvurmuş ve Konsey tarafından 16 Mayıs 1975 günü yazılı sınava tabi tutulacağına dair bir yazı almıştır. Prais, Yahudi olduğunu ve sınavın yapılacağı günün kendi inancına göre bir dini bayramın ilk gününe denk geldiğini; o gün, dini inancı gereği seyahat etmesinin ve yazmasının yasak olduğunu; bu sebeple sınavın başka bir gün yapılmasını talep etmiştir. Komisyon ise, bunun mümkün olmadığını, çünkü bütün adayların aynı gün aynı sınava girmesi gerektiğini davacıya bildirmiştir. Bunun üzerine davacı, sınava girmemiş ve ardından da kararın düzeltilmesi ve kendisine sınav hakkı verilmesi için idari bir başvuru yapmış; bu başvurusunun reddedilmesi üzerine de, işlemin iptali ve uğradığı zararın tazmini için Divan önünde dava açmıştır. Davacı, ilk olarak söz konusu reddin, dini yükümlülükleri dolayısıyla söz konusu sınavda yer almasını engellediğini; bunun da tüm Topluluk personelinin ırk, inanç ve cinsiyete bağlı olmadan seçileceğini öngören Personel Tüzüğünün ilgili maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Davacının bir iddiası da, dinsel temelli ayrımcılığın, temel hak ve özgürlüklere ve dolayısıyla da *Topluluk Hukukuna* aykırı olduğudur. Ona göre; söz konusu işlemler, AİHS'nin 9 ve 14. maddelerine aykırıdır. Bu bağlamda hem söz konusu tüzük hükmü hem de AİHS'nin ilgili hükümleri, Topluluk organlarının din ve vicdan özgürlüğüne saygı göstererek bu bağlamda gerekli idari düzenlemeleri yapmasını; dolayısıyla somut olayda Konsey'in davacının dinsel durumuna göre tarihleri revize etmesini gerektirmektedir. Konsey ise, bir ayrımcılığın söz konusu olmadığını; söz konusu red kararlarının, davacının dinsel inancıyla ilgisinin olmadığını; tam aksine diğer adaylar bakımından adaletsiz bir durumun doğmaması için tarihin değiştirilmediğini; hatta davacı, henüz tarih belirlenmeden durumdan bahsetmiş olsaydı bile, Konsey'in, tarihi belirlemede, bunu dikkate alamayacağını iddia etmiştir.

bildirirse, söz konusu kurum, mümkün mertebe bunu dikkate almalı ve böyle tarihler belirlemekten kaçınmalıdır. Ancak özellikle aday, makul bir sürede ilgili birimi bilgilendirmemişse ve özellikle de sınav için diğer adaylar da halihazırda çağrılmışsa, ilgili kurumun tarihi revize etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ne ilgili tüzük ne de AİHS'ten atıf yapılan söz konusu haklar, bir Topluluk kurumuna böyle bir yükümlülük yüklemektedir. Divan, kararında, din ve vicdan hürriyetinin hukukun genel ilkeleri kapsamında bir Topluluk hakkı olarak korunduğu şeklinde açık bir ifade kullanmamakla birlikte;[1248] gerek yukarıda yer verdiğimiz ifadelerinden (özellikle mümkün mertebe gerekli ayarlamaların yapılması yükümlülüğü) gerekse davalının savunmasına gönderme yaparken kullandığı ifadelerden,[1249] AİHS'te tanınan din ve vicdan hürriyetini, *bir AB hakkı* olarak zımnen tanımıştır.[1250]

Savunma Hakları ve Özellikle Dinlenilme Hakkı

Savunma hakları ve bu bağlamda özel olarak **dinlenilme/savunma verme hakkı** da, Divan'ın kimi zaman başlı başına, kimi zaman adil yargılanma hakkı bağlamında, bir temel hak ve özgürlük veya *AB Hukukuna* hakim olan birtakım idari nitelikteki genel hukuk ilkeleri olarak sık sık başvurduğu haklardan biri olmuştur. Divan, ilk olarak 1979 yılında verdiği *Hoffmann-La Roche v Centrafarm* kararından[1251] itibaren bu hakka birçok kere[1252] atıfta bulunmuş ve *AB hakkı/ilkesi* olarak uygulamıştır. Adı geçen kararda, Divan, özellikle parasal cezalar vs. yaptırımların uygulanmasının söz konusu olduğu tüm hukuki süreçlerde dinlenilme hakkına uyulmasının, söz konusu süreç idari nitelikte olsa da, uyulması gerekli bir *Topluluk Hukuku* ilkesi olduğunu söylemiştir

---

[1248] Örneğin kararda; ''din ve vicdan özgürlüğü, gerek Üye Devletlerde ortak olan anayasal prensipler gerekse Divan'ın temel hak ve özgürlükleri çıkarırken ilham aldığı AİHS'de düzenlenmiş olup, bu yönüyle bir genel hukuk ilkesi olarak *Topluluk Hukukunda* korunmaktadır'' gibi bir ibareye rastlanmamakta; diğer bir deyişle, Divan'ın daha önceki kararlarında olduğu gibi, ne din ve vicdan özgürlüğünün Topluluk hakkı/özgürlüğü olarak kabulünde ne de bu özgürlüğün çıkarılmasında Sözleşme'den (veya ortak anayasal geleneklerden) ilham alındığına dair açık bir ifade yer almaktadır.

[1249] ''... davalı, davacının AİHS'te düzenlenen din özgürlüğünün *Topluluk Hukukunda* tanınan temel hakların bir parçasını oluşturduğu iddiasını reddetmemektedir'' (para.10).

[1250] Doktrinde de, sonradan Temel Haklar Şartı'nın özgürlük olarak 10. ve ayrımcılık yapmama boyutuyla da 21. maddelerinde düzenlediği din ve vicdan özgürlüğünün, *Prais* kararında, hukukun genel ilkeleri kapsamında bir temel hak ve özgürlük olarak tanındığı kabul edilmiştir.

[1251] C-102/77, *Hoffman-La Roche v Centrafarm*, 23.5.1978, ECR 1978/1139.

[1252] Kararlar için bkz.: C-322/81, para.7; C-46/87 & 227/88 (Joined Cases), para.14-16. Savunma ve bu bağlamda özel olarak dinlenilme hakkına ilişkin çok önemli bir karar da, meşhur *Kadı* kararıdır. Buna, etkili yargısal başvuru yolu hakkıyla birlikte aşağıda yer vereceğiz.

(para.9). Yine savunma hakkı bağlamında cereyan eden *Sopropé* kararında da,[1253] davacının, gümrük birimlerince uygulanan vergiye ilişkin hukuki süreçte kendisine verilen savunma süresinin yeterli olmadığı itirazları bağlamında, Divan, savunma haklarının, ilgili birimlerin, bireyi olumsuz etkileyecek her türlü kararı alma niyetinde oldukları tüm işlemler için geçerli genel bir *AB Hukuku ilkesi* olduğunu (para.36) ve bu bağlamda kararlardan menfaatleri etkilenen kişilerin, idarenin kararını dayandırdığı hususlara ilişkin olarak görüşlerini etkili biçimde sunabileceği bir imkanın oluşturulması gerektiğini (para.37) söylemiştir.[1254] Kararlarda, her ne kadar, ''ilke'' boyutuyla öne çıksa da (yani temel hak ve özgürlük olmaktan ziyade *AB İdare Hukukuna* hakim genel hukuk ilkelerinden biri gibi gözükse de), neticede, bunlar da, temel hak ve özgürlük boyutu olan bireysel güvencelerdir ve bu yönleriyle de *AB İnsan Hakları Hukukunun* içtihadi kataloğunda yerini almaktadır.

Kendi Aleyhine Delil Göstermeye ve Bilgi Vermeye Zorlanamama Hakkı

Kişilerin, uğradıkları soruşturma ve incelemelerde, **kendileri aleyhine delil göstermeye veya suçunu ikrar edici (ispatlayıcı) bilgi ve belgeler sunmaya zorlanamayacağı ilkesi** de, yine Divan tarafından içtihadi olarak ortaya konmuş bir temel hak ve özgürlük güvencesidir. Bunun aslında biri cezai soruşturma ve kovuşturmalar biri de idari soruşturmalar/incelemelere ilişkin olmak üzere iki boyutundan bahsedilebilir. Divan, yukarıda ortak anayasal gelenekler bahsinde de yer verdiğimiz *Orkem kararında*,[1255] Komisyon'un, rekabet soruşturması kapsamında, ilgili işletmeden rekabete aykırı eylemde bulunduğunu gösterir sorular sorup cevaplar istemesinin, savunma haklarına aykırı olduğunu belirtmiştir (paras. 35, 36, 41).[1256] Hatta yukarıda

[1253] C-349/07, *Sopropé*, 18.12.2008, ECR 2008/I-10369.
[1254] Divan, kararda, bu savunma/görüşünü bildirme hakkının – herhangi bir Topluluk normunda öngörülmese bile – o norm kapsamında alınacak tüm işlemler için gerekli olduğunu söylemiş ve ve ne şekilde tanınması gerektiğine ilişkin ilkeleri sıralamıştır.
[1255] C-374/87.
[1256] Hatırlanacağı üzere, davacı, aslında, olayda ''kişinin kendi aleyhine delil göstermeye/bilgi vermeye zorlanamama hakkının'' ihlal edildiğini iddia etmiş ve dayanak olarak da, AİHS m.6 ile MSHS m.14/3,g hükümlerini göstermişti. Divan ise, AİHS m.6'nın, tüzel kişilere uygulanmakla birlikte, içerik itibariyle böyle bir hakkı kapsamadığını; MSHS'nin ilgili hükmünün de, sadece cezai soruşturmalara ilişkin olarak gerçek kişileri kapsadığını ve keza Üye Devlet hukuk sistemlerine (ortak anayasal gelenekler) bakıldığında da, aynı şekilde böyle bir hakkın cezai prosedürlere ilişkin olmak üzere (sadece) gerçek kişiler için var olduğunu ve idari soruşturmalarda geçerli olacak şekilde ortak bir anayasal gelenek tespit edemediğini söylemişti. Yani Divan, AİHS, ortak anayasal gelenekler veya diğer bir uluslararası sözlemeye dayanarak, bunu, bu kapsamda bir temel hak/özgürlük olarak benimsemeyi reddetmişti. Ancak hemen ardından, böyle bir AB hakkı

AİHS'nin ''*soft''* bağlayıcılığı bahsinden hatırlanacağı üzere, AİHM, *Funke* kararında,[1257] AİHS m.6'yı, böyle bir hakkı içerir şekilde yorumlamış ve Divan da, bundan sonra verdiği *Limburgse Vinyl* kararında,[1258] aynı yaklaşımı benimsemiştir (paras.273 vd.). Böylece, ilk başta savunma hakkı bağlamında birtakım güvenceler olarak; sonra da, AİHS m.6 temelinde olmak üzere, bu da, içtihadi haklar kataloğunun bir parçası olarak benimsenmiş ve uygulanmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

Şu an için Temel Haklar Şartı'nın 47/2. maddesinde güvence altına alınan **adil yargılanma hakkı** da, çeşitli alt haklarla birlikte Divan'ın bir *AB hakkı* olarak tanıdığı ve de genişçe bir içtihat birikimi oluşturduğu bir haktır. Genel olarak adil yargılama yanında, (AİHS m.13'te düzenlenen) *etkili yargısal denetim hakkı; makul sürede yargılanma ve yargısal süreçlerin tamamlanmasını isteme hakkı; bağımsız ve tarafsız bir yargısal organ tarafından yargısal denetimi talep etme hakkı; genel anlamda savunma haklarına riayet; çekişmeli nizalarda cevap verme hakkı; avukat yardımından yararlanma hakkı* ve *şahit dinletme hakkı* gibi bir çok hak ve ilke,[1259] Divan tarafından bugüne kadar, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, AİHS m.6 temelinde içtihadi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmıştır.[1260] Örneğin Divan, daha 1980 yılında verdiği *Pecastaing v Belgian State* kararında,[1261] Belçika'ya yasal olarak girmiş ve orada çalışan bir Fransız vatandaşının yaptığı çalışmalı ikamet izni başvurusunun, hayat kadınlığı yapması dolayısıyla kamu düzeni gerekçesiyle reddedilerek ülkeyi terk etmesinin istenmesi ve aksi halde zorla sınrdışı edileceği işlemine ilişkin olarak, herkesin adil bir medeni yargılama isteme şeklinde bir temel hakkı bulunduğundan bahsederek (paras.6, 21, 22)

---

olmasa da, Komisyon'un, rekabet soruşturmalarında, özellikle savunma haklarına riayet etme noktasında birtakım ilkelere dikkat etmekle yükümlü olduğunu ve bu bağlamda kendisinin üzerine düşen bir ispat yükümlülüğünü yerine getirmek adına, ilgili işletmeyi, rekabete aykırı eylemde bulunduğunu ortaya koyar nitelikte bilgi ve belge vermeye zorlayamayacağını; bunun savunma haklarına aykırı olduğunu söylemişti. Neticede, açıkça bir hak olarak olmasa da, bu da, savunma hakları bağlamında bir bireysel güvence olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmıştı. Karardan çıkan bir netice ise, cezai soruşturmalara ilişkin olarak, ''gerçek kişiler'' için böyle bir hakkın (kendi aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmaya/delil göstermeye zorlanamama) var olduğuydu. Divan, hem ortak anayasal gelenekler hem de MSHS m.14/3, g bağlamında bunun bir temel hak olduğunu (zımnen de olsa) ortaya koymaktaydı.

[1257] *Funke v. France*, No:10828/84, 25.2.1993.

[1258] C-238/99P

[1259] Her bir hakka ilişkin örnek davalar için bkz.: Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, pp.844-845, notes:125-132.

[1260] **Ibid.**

[1261] C-98/79, *Pecastaing v Belgian State*, 5.3.1980, ECR 1980/691.

söz konusu hakkı, bir *AB hakkı* olarak açıkça ortaya koymuş[1262] ve o tarihten sonra da sürekli uygulamıştır.

Etkili Başvuru Hakkı

Etkili başvuru hakkı da, Divan'ın, 1980'lerden beri hukukun genel ilkeleri kapsamında benimseyip uyguladığı haklardan olmuştur. 1986 tarihli *Johnston v Chief Constable* kararı,[1263] bunun güzel bir örneğidir. Bir idari kararın kamu düzeni ve kamu güvenliği gerekçesiyle alındığına ilişkin ilgili bakan tarafından yapılacak bir bildirimin, o kararın kamu düzenine ve güvenliğine hizmet ettiği yönünde kesin delil sayılmasının etkili yargısal başvuru hakkına aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada,[1264] Divan, öncelikle genel anlamda *Topluluk Hukukunun,* özel olarak da, söz konusu Yönerge'nin 6. maddesinin, Üye Devletlere, Yönerge ve ilgili ulusal mevzuat hükümlerinin yargısal

[1262] Ancak Divan, olayda söz konusu olan yönergenin zaten AİHS m.6'da öngörülen adil yargılanma hakkının gereklerini karşıladığını söyleyerek, uyuşmazlığı bir de ayrıca AİHS m.6'ya uygunluk yönünden incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir.

[1263] C-222/84, *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15.5.1986, ECR 1986/1651.

[1264] Davaya konu olaylarda, kadın bir polis memuru olan Johnston, polis idaresinin kendisini göreve tekrardan atamaması ve silah taşıması ve kullanmasına yönelik eğitimi de vermeyi reddetmesi üzerine, ilgili İrlanda mahkemesinde dava açmıştır. Birleşik Kralllık'ta, o tarihte polis memurları (erkek veya kadın), genel bir kural olarak özel operasyonlar dışında ateşli silah taşımamaktadır. Ancak Kuzey İrlanda'da, son yıllarda polislere yönelik cinayetler dolayısıyla, ilgili polis idaresi, bu uygulamayı değiştirmiş ve erkeklerin ateşli silah taşımasına, fakat kadın polislerin yine silah taşımamalarına ve silah taşımaya ve kullanmaya yönelik eğitimi de almamalarına karar vermiştir. Yine bu esnada polis idaresi, bünyesindeki kadın polislerin kadınlara tahsis edilen görevleri yapmak için yeterli olduğunu düşünmüş ve bu gibi haller dışında erkeklerin istihdam edilmesine karar vermiş ve bu karar kapsamında davacının sözleşmesini yenilememiştir. Johnston, bunun üzerine, ülkedeki cinsiyet ayrımcılığına ilişkin mevzuat bağlamında hukuka aykırı bir ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle dava açmış; mahkeme de davayı, istihdam ve çalışma koşulları bakımından kadın-erkek arasında eşit muameleyi öngören 76/207 sayılı Topluluk Yönergesi'ne uygunluğunun değerlendirilmesi için *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Divan'a göndermiştir. Dava, bu yönüyle istihdam bakımından kadın-erkek eşitliğini ilgilendirmektedir. Ancak yerel mahkeme önünde cereyan eden bir olay, davayı temel hak ve özgürlükler boyutuna taşımıştır. Davacının dayandığı söz konusu İrlanda mevzuatı, çalışma hayatında kadın-erkek eşitliğini genel olarak öngördükten sonra, 53/1. maddesinde, bu düzenlemenin hiçbir hükmünün, ulusal güvenliği, kamu güvenliğini ve kamu düzenini korumak maksadıyla alınan tedbirleri hukuka aykırı kılmayacağını; ve bir kararın yukarıdaki amaçlarla alındığına dair ilgili bakan tarafından verilecek yazının, bu anlamda o kararın oradaki amaçlar doğrultusunda alındığı konusunda kesin delil sayılacağını hükme bağlamıştır. İşte yerel mahkemedeki dava sırasında, davalı polis idaresi, ilgili bakandan alınan böyle bir yazıyı sunmuştur. Belgede, polis idaresinin davacı Johnston'la tam zamanlı bir sözleşme yapmamasının, ulusal güvenlik ve kamu düzenini korumak maksadı doğrultusunda olduğu belirtilmektedir. Davacı ise, bunun, ''ilgili Topluluk Yönergesi kapsamında yasaklanan tarzda bir ayrımcılığa maruz kaldığını düşünen herkesin, bu iddiasını, yargısal yollara başvurarak öne sürebileceğini'' açıkça hükme bağlayan aynı Yönerge'nin 6. maddesine aykırı olduğunu; zira böyle bir kesin delilin (bakan yazısı) kabulünün, mahkemelerin söz konusu ulusal tasarruf üzerinde (etkili) yargısal denetim icra etmesini engellediğini iddia etmiştir.

denetimi konusunda bir yükümlülük yükleyip yüklemediğini incelemiş ve bu noktada söz konusu 6. maddenin, Üye Devletleri, söz konusu hükmün ve dolayısıyla Yönerge'nin amaçlarına erişmek için yeterince etkili yargısal yolları sağlamakla yükümlü kıldığını söylemiştir. Bu noktadan sonra kilit soru, söz konusu bakan yazısı uygulamasının, bu gereklilikle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. İşte tam bu noktada da Divan, *AB (İnsan Hakları) Hukukunu* devreye sokmuştur. Ona göre, *''Yönerge'nin 6. maddesinde öngörülen yargısal denetim gerekliliği, Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerin altında yatan bir genel hukuk ilkesini yansıtmakta olup; bu ilke, aynı zamanda AİHS'nin 6 ve 13. maddelerinde de düzenlenmektedir''* (para.18).[1265] Böylece söz konusu 6. madde, bu ilkeler ışığında yorumlanmalıdır. Böyle yorumlanınca da, bakandan alınacak söz konusu belgenin kesin delil teşkil etmesi, bireylerin bizzat söz konusu Yönerge tarafından öngörülen ''haklarını yargı organları önünde ileri sürmeleri'' olasılığını ortadan kaldırır niteliktedir ve bu yönüyle de, söz konusu 6. maddeye aykırıdır.[1266]

Yine Divan, 1998 tarihli *Coote v Granada Hospitality*[1267] ve 2006 tarihli *Wilson*[1268] kararlarında da, gerek **etkili bir yargısal denetim ve yargısal başvuru hakkı** gerekse **bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hak ve ilkelerini** (bağımsızlık ve tarafsızlığın kriterleriyle birlikte), genel hukuk ilkeleri olarak uygulamıştır (sırasıyla paras.21, 22 ve paras.46-62).[1269] Benzer şekilde daha yakın zamanda verilen 2009

[1265] Bu arada belirtelim ki, Divan, bu Sözleşme'nin dayandığı ilkelerin *Topluluk Hukukunda* dikkate alınması gerektiğinin, hem 5 Aralık 1977 tarihli Ortak Deklarasyon'da hem de kendi içtihatlarında ortaya konduğunu ve vurgulandığını söylemiştir. Divan'ın, yine daha önceden yaptığı gibi söz konusu Deklarasyon'a gönderme yapmasını, AİHS'nin bir kaynak olarak kullanılması konusundaki yaklaşımının Topluluktaki en üst düzeydeki siyasi irade tarafından da onaylandığını gösterme çabası olarak değerlendirmek mümkündür. Divan, siyasi gelişmeler yaşandıkça, bunları – siyasi iradenin de kendi yaklaşımını desteklediğini göstermek adına – kararlarına yansıtmaktadır.

[1266] Kararda, örneğin (*Hauer* tarzı) diğer kararlarda olduğu gibi, ortak anayasal geleneklerin yahut Sözleşme'nin bir analizi söz konusu değildir. Divan, çok basitçe*, ''etkili yargısal koruma hakkı''nın ortak anayasal gelenekler ve AİHS uyarınca bir genel hukuk ilkesi olarak Topluluk (İnsan Hakları) Hukukunda korunduğunu söylemiş* ve davada uygulanan hüküm olan bir Topluluk normunu da (ilgili Yönerge'nin 6. maddesi), bu bağlamda yorumlamıştır. Aslında yorumlamıştır dahi dememek gerekir belki. Zira Divan'ın neye göre 6. maddenin yukarıdaki gibi bir sonucu gerektirdiğini söylediğini bilmemekteyiz. Divan, sadece bu hükmün ortak anayasal gelenekler ve AİHS bağlamında yorumlanması gerektiğini söylemiştir, o kadar. Ancak *AB İnsan Hakları Hukuku* açısından kararın şüphesiz önemli bir sonucu, ne olursa olsun, ayrıntıya girilmeden de olsa, cümle arasına da sıkıştırılsa, etkili yargısal koruma hakkının, hem Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerde hem de AİHS'te güvence altına alınan bir hak olduğunun ve bu yönüyle de genel bir hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunduğunun söylenmiş olmasıdır.

[1267] C-185/97, *Coote v Granada Hospitality*, 22.9.1998, ECR 1998/I-5199.

[1268] C-506/04, *Wilson*, 19.9.2006, ECR 2006/I-8613.

[1269] Kararlar, özellikle bağımsız ve tarafsız bir yargı merciinin özellikleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler yapması yönüyle önemlidir.

tarihli *Gorostiaga Atxalandabaso v Parliament* kararında da,[1270] Divan, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının, bir genel hukuk ilkesi olduğunu ve bu hakkın **herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye erişim hakkını** içerdiğini, bu bağlamda da, **mahkemenin oluşumuna ilişkin güvencelerin** varlığının adil yargılanma hakkının köşetaşı olduğunu söylemiştir (para.42).

Kadı kararı[1271] ise, mülkiyet hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkının kapsam ve etkisi bakımından çok önemli bir karardır.[1272] Teröre destek verdiği gerekçesiyle çeşitli kişi ve organizasyonlara yönelik malvarlığı dondurma vs. tedbirlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nde açılan birtakım davalarda,[1273]

[1270] C-308/07 P, *Gorostiaga Atxalandabaso v Parliament*, 19.2.2009, ECR 2009/I-1059.

[1271] C-432/05P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, 3.9.2008, ECR 2008/I-6351.

[1272] Kararın ''kaynaklar'' noktasındaki hususiyetlerine yukarıda değinmiştik; *AB Hukuku* ile (BM çerçevesinde şekillenen) uluslararası hukuk arasındaki ilişki, önemi, ulaştığı nokta ve Birlik ile Üye Devletlere yüklediği vazifeler noktasında neler dediğine ise, ileride *AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamını anlatırken değineceğiz. Burada şimdi, kararın, adil yargılanma ve özellikle de etkili yargısal başvuru hakları noktasında, *AB İnsan Hakları Hukukunun* içtihadi hak ve özgürlükler kataloğuna neler eklediğine bakalım.

[1273] Kısaca davaya konu olayların gelişiminden bahsetmek gerekirse; BM Güvenlik Konseyi (GK), Ekim 1999'da Usame Bin Ladin liderliğindeki terörist faaliyetlerle mücadele adına, Bin Ladin'e Afganistan topraklarında barınma imkanı ve destek veren Taliban'a ve ona destek veren, onunla bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler tarafından kontrol edilen malvarlığı değerlerinin ve mali kaynakların dondurulmasına yönelik bir karar almış ve bu kararın icrası bağlamında, bir *Yaptırım Komitesi* kurmuştur (1267 sayılı Karar). AB (Bakanlar Konseyi) de, Güvenlik Konseyi'nin bu kararının gereğini yerine getirmek için, önce Kasım 1999'da, o zamanki Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası sütunu altında bir *Ortak Pozisyon belgesi* kabul ederek Taliban tarafından yurtdışında kontrol edilen fon ve diğer mali kaynakların ilgili BM Güvenlik Konseyi kararı doğrultusunda dondurulmasını öngörmüş; ardından da, Şubat 2000'de, yukarıda belirttiğimiz 60. ve 301. maddeler uyarınca, Afgan Talibanı için uçuş yasağı ile fonların ve tüm mali kaynaklarının dondurulmasına ilişkin bir Tüzük (No:337/2000, 14.2.2000) kabul etmiştir. (Bilindiği gibi, BM Şartı'nın 24/1 ve 48/2. maddeleri, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğini temini için aldığı kararların, Akit Devletlerce, doğrudan ve üyesi oldukları elverişli tüm uluslararası birimler vasıtasıyla yerine getirileceğini öngörmektedir. Daha da ötesinde, Şart'ın 103. maddesi, bir devletin Şart kapsamındaki bir yükümlülüğüyle başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğünün çatışması halinde, Şart'tın öngördüğü yükümlülüğün üstün tutulacağını söylemektedir. Keza, o zamanki AB Antlaşması'nın 11/1. maddesi de, Birliğin, BM Şartı'ndaki ilkelerle uyumlu bir dış politika ve güvenlik politikası benimseyeceğini söylemektedir. Bunu tamamlayıcı olarak da, o zamanki AT Antlaşması'nın 301. maddesi, AB Antlaşması çerçevesinde güvenlik politikası ve dış politikaya ilişkin alınan kararların, Topluluğun üçüncü ülkelerle ekonomik ilişkilerini kısmen veya tamamen kesmesi veya azaltmasını gerektirmesi halinde, Bakanlar Konseyi'nin derhal gerekli tedbirleri almasını öngörmekte ve aynı Antlaşma'nın 60/1. maddesi de, 301. madde çerçevesinde gerekmesi halinde, Bakanlar Konseyi'nin, üçüncü ülkelere ilişkin sermaye ve ödemelerin dolaşımına ilişkin gerekli tedbirleri alacağını söylemektedir.) Ardından BMGK, bir karar daha alarak (1333 sayılı Karar), Usama Bin Ladin'in ve Yaptırım Komitesi tarafından Ladin ve El-Kaide örgütü ile irtibatlı olarak listelenen gerçek ve tüzel kişilerin malvarlığı değerlerinin derhal dondurulmasını istemiş ve Yaptırım Komitesi'nden de, bu ''bağlantılı'' kişilerin listesini güncellemesini istemiştir. Hemen ardından, yine bu kararın gereğini yerine getirmek adına AB de, Yaptırım Komitesi'nin hazırladığı listedeki gerçek ve tüzel kişilerin malvarlığı ve fonlarının dondurulmasına ve uçuş yasağı konulmasına ilişkin bir Ortak Pozisyon

davacı, (diğer teknik hususlar yanında) *adil yargılanma* ve *etkili yargısal denetim hakları* ile *mülkiyet hakkının* (ve bu hakkın sınırlanmasında orantılılık ilkesinin) ihlal edildiğini iddia etmiştir.[1274] İlk Derece Mahkemesi'nin davacının iddialarını reddetmesi üzerine,[1275] karar, Divan önünde temyiz edilmiştir.

---

belgesi ve onun icrası adına önceki Tüzüğü revize eden yeni bir tüzük (No:467/2001) kabul etmiştir. Tüzüğün ekinde, malvarlığı ve fonları dondurulacak kişilerin (Yaptırım Komitesi'nin listesini aynen tekrar eden) bir listesi vardır. Bundan sonra da, Komite, listeyi zaman zaman güncellemiş ve AB de, buna uyum sağlamak adına, söz konusu Tüzükteki listeyi güncellemiştir. Bu güncellemeler esnasında, Yasin Abdullah Kadı'nın da ismi listeye girmiş ve AB ülkelerindeki malvarlığı ve fonları dondurulmuştur. Bu süreç (BMGK'nın yaptırım kararını uzatması, Yaptırım Komitesi'nin listeyi güncellemesi ve akabinde AB'nin derhal ilgili Ortak Pozisyonunu, ona bağlı ilgili Tüzüğü ve Tüzüğün ekindeki isim listesini güncellemesi şeklindeki gelişmeler), birkaç yıl devam etmiştir. (Bu arada belirtelim ki, listede adı olan kişilerin, ilgili listeden çıkarılmak veya tedbirlerin kapsamını daraltmak adına ilgili Üye Devlet mercilerine başvurmaları mümkündür.) Bu listelerde adı olan ve dolayısıyla da dondurma tedbirlerinden etkilenen Yasin Abdullah Kadı, Aralık 2001'de, ilgili Tüzüğün iptali için (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur (T-315/01). (Yusuf ve El Bereket Uluslararası Vakfı tarafından da, aynı işlemlere karşı aynı gerekçelerle bir dava açılmış (T-306/01); bu iki kararın temyizi, Divan tarafından beraberce incelenmiştir.)

[1274] Ona göre, gerekli delilleri ortaya koymadan salt Güvenlik Konseyi kararına dayanarak terör listesine eklenmesi bağlamında GK kararlarına uyma mecburiyeti, AB kurumlarına, daha 1970'lerden beri *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olan temel hakları ihlal etme yetkisi veremez. Özellikle böyle bir listeye alınmadan önce, kendisine bilgi ve savunma hakkının verilmemesi, **adil yargılanma hakkının** açık bir ihlalidir. Zira (yukarıda da gördüğümüz gibi), Topluluk kurumlarının kişileri olumsuz etkileyecek bir kararı almadan önce, ilgili kişiye söz/savunma hakkını vermeleri, Divan'ın daha 1970'lerde ortaya koyduğu bir temel haktır. Keza, Topluluk kurumlarının hiçbir somut değerlendirme, böyle bir tedbiri gerektirecek uygun delilleri ortaya koyma ve menfaatleri dengeleme noktasında bir değerlendirme yapma yetkileri olmaksızın, salt BMGK listesine atfen malvarlığını dondurmaları, **mülkiyet hakkına**; söz konusu Tüzüğün böyle bir listelemeye karşı herhangi bir başvuru imkanını getirmemiş olması yönüyle de, yine Divan'ın uzun zaman önceden beri kabul edip benimsediği **etkili yargısal başvuru hakkına** aykırıdır. Konsey ve Komisyon ise, savunmalarını, temelde, BM Şartı uyarınca BMGK kararlarının bağlayıcı olduğu; AB'nin de Antlaşmalar uyarınca bu kararların gereklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu ve söz konusu kararlar bağlamında hazırlanan listelere müdahale edemeyeceği; davacının iddia ettiği gibi hak ihlalleri olsa bile buna ilişkin bir takdir ve tasarrufunun olamayacağı; BMGK kararlarının müdahalesiz uygulanması gerektiği ve bu anlamda Divan'ın, ayrıntılı bir esas denetimi yapmayıp sadece iptali istenen tüzüğün, BM GK kararlarının icrası bağlamında bariz bir yanlışlık içerip içermediğine bakabileceği üzerine kurmuş; eğer Mahkeme, bunlara rağmen bir insan hakları denetimine girişecek olursa da, somut olayda zaten bir hak/özgürlük ihlalinin bulunmadığını belirtmiştir.

[1275] Fazla ayrıntıya girmeden belirtecek olursak, İlk Derece Mahkemesi'nin bu noktadaki tespitleri ilginçtir. Mahkeme, temelde, Konsey ve Komisyon'un savunmaları doğrultusunda düşünmüş ve Birlik kurumlarının BMGK kararlarının uygulanması noktasında yükümlülüklerinin olduğunu; dolayısıyla kendisinin de yapacağı yargısal denetimin, söz konusu kararların *AB Hukukundaki* geçerliliğini sorgulatır bir denetim olamayacağını belirtmiştir (para.225). Ona göre; bunun tek istianası, *jus cogens* olarak tabir ettiğimiz uluslararası hukukun (BMGK'nın da uymak zorunda olduğu) emredici kurallarına aykırılıktır (para.226). Böyle bir kurala aykırılık tespit edilemediği müddetçe, salt BMGK kararlarının icrası, *AB Hukukuna* aykırılık doğurmayacaktır. Böylece Mahkeme, aslında somut hak ihlali iddialarını incelemeye geçmiştir; ancak bu denetimi, *jus cogens* çerçevesinde yapacak, ona bir aykırılık bulmazsa, davacının söz konusu ihlal iddialarını, *AB (İnsan Hakları) Hukuku* ışığında incelemeyecektir. Nitekim Mahkeme, mülkiyet hakkı, adil yargılanma ve etkili yargısal denetim hakları bakımından böyle bir *jus cogens* kuralları tespit

Divan ise, bu savunmaları tutmamış ve ***insan haklarının AB'de işgal ettiği konum itibariyle, tüm eylem ve işlemlerin insan haklarına uyma yükümlülüğünün BM Şartı dahil hiçbir uluslararası hukuk normuyla ortadan kaldırılamayacağını*** söyleyerek, her zaman olduğu gibi ayrıntılı denetime geçmiştir.[1276] Divan'a göre, etkili yargısal korunma ve savunma (özellikle de dinlenilme) hakkı bağlamında, davacıların adının söz konusu Tüzüğe ek listeye konulmasında açık ihlaller vardır (para.334). Ona göre; müstakar içtihatlar uyarınca, *savunma* ve bilhassa da *dinlenilme hakkı*, olayda davacıların adının listeye eklenmesinde olduğu gibi, bir kişinin aleyhine olacak şekilde karar alması icap eden Birlik kurumunun, ilgili kişiye, mümkünse kararı almadan önce veya en azından karardan hemen sonra, kişinin dava hakkını bihakkın kullanabilmesi için, hangi sebeplerle hakkında böyle bir tedbirin alındığını bildirmesini gerektirmektedir (para.336). Bu, hem ilgili kişinin en iyi biçimde haklarını savunabilmesi hem de gerektiğinde söz konusu tedbirin *Topluluk Hukukuna* uygunluğunu inceleyecek olan Topluluk yargısının etkin ve tüm faktörlere vakıf şekilde denetim yapabilmesi için gereklidir (para.337). Bununla birlikte, kural (yani ilkesel durum) bu olmakla birlikte, Divan'a göre, somut olay bakımından bu kural/ilke, ilgili Birlik kurumu için, bir kimsenin isminin ilk kez listeye alınmasından önce, böyle bir kararı gerektiren sebepleri ilgilisine bildirme yahut ilgili kimseyi dinleme (savunmasını alma) yükümlülüğü doğurmayabilir (zira aksi durum, mahiyeti itibariyle malvarlığını dondurma tedbirinin etkinliğinin azalmasına yol açabilir; böyle bir tedbir, bir nevi sürpriz olmalı ve derhal uygulanmalıdır). Keza yine bu ilke/kural, uluslararası terörizmle mücadelenin mahiyeti gereği, bazı hususların ilgilisine bildirilmesi ve ilgilisinin o konuda dinlenilmesi yükümlülüğünün biraz ''gevşetilmesini'' de tolere edebilir.[1277]

Divan'a göre; bu açıdan bakıldığında, somut olayda, ne alındığı esnada ne de sonradan, ilgili kişilere, haklarında böyle bir tedbir uygulanmasını gerektirecek hususların bildirilmediği ve listeden çıkarılmaları noktasında gerekli yerlere başvurularını yapabilme imkanının verilmediği açıktır. Üstelik, bu durum (bildirmekten kaçınma), adın listeye ilk

---

edemediğinden (yani bunları *jus cogens* saymadığından) (paras.238, 276, 286, 290, 291) nihai olarak bir ihlal tespit etmemiştir.

[1276] Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Divan'ın bu noktadaki tespitleri, AB'de insan hakları denetiminin sınırı ve çerçevesi, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin bu noktadaki etkileri gibi hususlarda tarihe not düşülecek cinstendir.

[1277] Fakat bu durum, bu tür tasarrufların (somut olayda Tüzüğün ve ek listenin), ulusal güvenlik ve terör gibi hassas meselelere ilişkin olduğu gibi gerekçelerle Birlik yargısı tarafından etkili yargısal başvuru hakkı açısından denetlenememesi sonucunu asla doğurmaz (para.343). Bilakis böyle bir durumda, bir yandan meselenin (meşru güvenlik kaygıları) hassasiyetine uygun öncelikleri, bir yandan da, ilgili kimsenin etkili bir şekilde hakkını araması zaruretini dengeleyecek teknikleri uygulama ve karar verme yetkisi, Birlik yargısına aittir.

kez eklenmesi noktasında kabul edilebilirse de, olaydaki gibi müteaddit defalar BMGK kararları uyarınca revize edilen Ortak Pozisyon ve tüzüklerde, ilk seferden sonraki seferler için böyle bir imkanının sağlanmaması, söz konusu hakların açıkça ihlalidir ve söz konusu ihlal, dava esnasında da halen giderilmiş değildir (paras.347-353).[1278] Böylece Divan, adil yargılanma ve etkili yargısal başvuru (hem de aşağıdaki dipnotta belirttiğimiz üzere mülkiyet hakkı) noktasında davacıları haklı bulmuş ve ilgili Tüzüğün, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu gerekçesiyle (davacılara ilişkin kısımlarının) iptal edilmesine karar vermiştir.[1279]

Etkili (yargısal) başvuru/korunma hakkı bakımından dikkat çekilmesi gerekli bir nokta, bunun, diğerleri gibi bir hak olmanın yanında; diğer bütün hak ve özgürlüklerin bilhassa ulusal düzeyde etkili bir şekilde korunabilmesi için gerekli olan bir güvence olması yönüdür. Yukarıdaki davalardan da görülebileceği üzere, bir kimsenin somut herhangi bir hakkına yönelik bir ihlal olmasa da, hakkını elde edebilmek için uygun yargısal yollara başvuramaması, başlı başına etkili (yargısal) başvuru hakkının ihlali olacaktır. Nitekim Divan da, bunu, yukarıda yer verdiğimiz *Johnston* ve *Kadi*

[1278] Divan, ardından davacıların mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasını incelemeye geçmiştir. Burada da, zaten ortada bir mülkiyet hakkının var olduğu; bu hakkın AB hukuk düzeninde tanındığı; söz konusu tasarrufun (tüzük) davacıların mülkiyet haklarını sınırladığı açıktır. Böyle olunca, mesele, her zaman olduğu gibi, bu sınırlamanın meşru olup olmadığı noktasına gelmekte ve bu noktada da Divan'ın, ''mülkiyet hakkı sınırsız değildir, belli şartlarla sınırlandırılabilir'' yaklaşımı bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Meselenin bu boyutuna, ileride *temel hakların sınırı* bahsinde değineceğiz. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, Divan, ilgili Tüzük ve onun dayandığı BMGK kararlarının, dondurma tedbirlerine yönelik gözden geçirme ve gerekirse listeden çıkarma ve dondurmayı kaldırma prosedürlerini ihtiva etmesi yönleriyle, özü itibariyle mülkiyet hakkının meşru şekilde sınırlanması sayılabileceğini; ancak somut olay bakımından buradaki prosedürlerin davacılara uygulanması noktasında sıkıntılar olduğunu; davacıların bu yolları etkin biçimde kullanma imkanından mahrum bırakıldığını ve dolayısıyla mülkiyet haklarının ihlal edildiğini söylemiştir (paras. 364-372).

[1279] Ancak tam bu noktada, Divan, iptal kararının yürürlüğe girişini ertelemiştir. Divan'a göre, kararın derhal uygulanması halinde davacıların adı listeden çıkartılacak ve malvarlıkları üzerindeki tedbirler de kaldırılacaktır. Oysa ortada alınmış bir BMGK kararı vardır. Olaydaki iptal sebebi ise, davacıların adının söz konusu listede olmasının hukuka aykırı olması değil; bu listeye koyma sürecinde etkili yargısal başvuru, adil yargılanma ve de mülkiyet haklarının ihlal edilmiş olmasıdır. Davacılara uygulanan tedbirlerin derhal kaldırılması, bu usuli/teknik ihlallerin giderilerek tekrardan listeye alınmaları halinde, yeni tedbirlerin anlamsız kalabilme riskini içermekte olup; bu da, terörle mücadele bağlamında mahzurlu neticelere yol açabilir. Bu sebeplerle Divan, kararın 3 ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır. Yani Divan'ın yaptığı, bir nevi, Birlik kurumlarına 3 aylık bir süre vererek, bu süre içinde yukarıda dile getirilen ihlaller yapılmadan (davacıların ihlal edilen hak ve özgürlüklerine uygun biçimde) ilgili BMGK kararlarının uygulanmasını beklemektir. Örneğin Konsey, bu karardaki hususları gözeterek (mesela kişiye, neden aleyhinde bu tür tedbirlerin alındığını bildirip, onu dinleyerek ve savunmasını da alarak) davacıların isimlerini söz konusu Tüzüğe ek listeye aldığı takdirde, ihlal giderilmiş olacaktır. Velhasıl, davacılar, belki davayı kazanmışlardır; ancak neticede (dava giderleri dışında) somut bir şey elde ettiklerini söylemek de mümkün değildir. Divan'ın bu tavrının ardında, meselenin uluslararası terörizm gibi hassas bir mesele olmasının yattığını söyleyebiliriz.

kararlarında, AİHS m.6 ve 13'ten esinlenerek açıkça vurgulamıştır. Bu hak, (*Kadi* kararında olduğu gibi) elbette Birlik düzeyinde de söz konusu olmakla birlikte; bilhassa Üye Devletlere, önemli yükümlülükler yüklemektedir. Üye Devletler, *AB Hukukunun* uygulanması bağlamında, ondan doğan hak ve özgürlüklerin icrası ve olası bir ihlal halinde de dava edilebilmesi için, uygun tüm mekanizmaları hayata geçirmekle yükümlüdür.[1280]

Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Adil yargılanmanın farklı bir boyutu olarak **makul sürede yargılanma hakkı** da, yine Divan tarafından Lizbon öncesi süreçte ortaya konup uygulanan bir temel hak olmuştur. Divan, 1998 yılında verdiği *Bustahlgewebe v Commission* kararında,[1281] makul sürede yargılama yapma boyutu üzerinden adil yargılanma hakkını, bir Topluluk hakkı olarak uygulamıştır. Bir Topluluk tasarrufunun iptali için (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi önünde açılan davanın 5.5. yıl sürmesinin makul sürede yargılanma hakkına

[1280] Bu hak, bugün için, Şart'ın 47. maddesinde açıkça yer almanın yanısıra; AB Antlaşması'nın 19/2. maddesinde de (''*Üye Devletler, Birlik Hukukunun kapsadığı alanlarda, etkili yargısal korumayı temin etmek üzere yeterli tedbirleri alırlar*''), açıkça yer almaktadır (Rosas, Armati, **op.cit**, p.231). Bu noktada ise, devreye, ''usuli özerklik'' (*procedural autonomy*) diyebileceğimiz bir kavram girmektedir. Kısaca, AB düzeyinde herhangi bir uyumlaştırma (kodifikasyon) yapılana kadar, her Üye Devletin (mahkemelerinin), bireylerin (*AB Hukukundan* doğan) haklarına yönelik ihlallerin telafisi adına, kendi usul kurallarını benimseyebilmesi (yani ortak bir yargısal telafi/tazmin yolunun aranmaması) olarak tarif edebileceğimiz bu doktrin, Üye Devletlerin, yargısal başvuru noktasındaki ihlal iddialarının değerlendirilmesinde, Divan tarafından 1970'lerden beri uygulanmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, bu ''özerklik'', başlarda ''ulusal anayasal haklara tanınanla eş düzeyde koruma'' (*condition of equivalece*) ve ''etkili koruma'' (*condition of effectiveness*) kriterlerine bağlanmış; daha sonraki süreçte ise, Divan'ın, bunu, bir genel hukuk ilkesi olarak benimseyip uyguladığı etkili yargısal başvuru hakkının içinde görmesiyle, yukarıda yer verdiğimiz esas ve ilkelerle (THŞ m.47 ve ABA m.19/2 bağlamında Divan'ın bu hakka verdiği anlam) çerçevelenmiştir. Chalmers et.al., **op.cit**, pp.391 vd. Nitekim Divan da, zaman zaman oldukça ayrıntıya girerek, bir Üye Devletin ulusal hukukundaki usul hükümlerinin, somut olarak bu kriterleri yerine getirip getirmediğini incelemektedir. Bu noktada örneğin, İngiltere'de, kişinin *Topluluk Hukukundan* doğan bir hakkının korunması için ''ihtiyati tedbir'' mekanizmasının olmamasını (daha doğrusu bizzat kanunun bunu engellemesini) *Topluluk Hukukuna* aykırı bulduğu meşhur *Factortame* kararı (C-213/89) ile, Yönerge'yi iç hukukuna vaktinde ve gereği gibi aktarmayan İtalya'yı, bundan doğacak zararları ödemeye mahkum ederek ''devletin sorumluluğu'' müessesesini getirdiği meşhur *Francovich* kararı (C-6 & 9/90, Joined Cases), buna örnek gösterilebilir. Hatta doktrinde, bu ''usuli özerklik'' ilkesinin, Divan'ın, hiçbir zaman tam anlamıyla tatmin olmuş gözükmediği birşey olduğu; Divan ve *AB Hukuku* ile ulusal mahkemeler ve ulusal hukuklar arasındaki sınırları açıkça çizen federalizmin bir köşetaşı gibi görülebileceği; Divan'ın, defalarca Topluluk yasamasını, usul hukukunun (illiyet, gıyabi yargılama, ihtiyati tedbir, süreler, zararın hesaplanması gibi) birtakım yönlerini uyumlaştırması konusunda tahrik ettiği; ancak bu çağrıya, bugüne kadar istediği gibi bir yanıt alamadığı söylenmiştir. **Ibid.** pp.390 vd.

[1281] C-185/95 P, *Baustahlgewebe v Commission*, 17.12.1998, ECR 1998/I-8417.

aykırılığı iddiasıyla açılan davada,[1282] Divan, AİHS'nin 6. maddesinin – diğer hususlar yanında – davaların makul sürede bitirilmesini aradığını söyledikten (para.20) sonra, herkesin adil ve özel olarak da makul sürede tamamlanacak bir hukuki sürece hakkı olduğu şeklindeki genel (Topluluk) hukuk ilkesinin, (bir şirkete rekabet kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle para cezası uygulayan) Komisyon kararlarına karşı açılan davalarda da uygulanacağını hükme bağlamıştır (para.21).[1283] Bu, bir yönüyle makul sürede yargılanma hakkının da, adil yargılanma hakkı çatısı içinde mütalaa edildiğini; bir yönüyle de, adil yargılanma hakkının, bir idari organ sayılabilecek Komisyon'un kararlarına karşı açılan davaları da[1284] kapsadığının kabul edildiğini göstermektedir.

Çekişmeli Nizalarda (Adversarial Proceedings) Cevap Verme Hakkı / Çelişmelilik İlkesi

Yine adil yargılanma hakkı bağlamında bir alt hak olarak tanınan bir hak da, **çekişmeli nizalarda tarafların iddialara cevap verme hakkı** olmuştur. Yukarıda (özel hayatın ve bu kapsamda ticari sırların korunması hakkı bağlamında da) yer verdiğimiz *Varec* davasında, ilgili idari merciin ihaleyle ilgili bilgi ve belgeleri taraflara vermemesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddia edilmiş;[1285] Divan, davaların veya hukuki

[1282] Bir Alman şirketi, Komisyon'un, bir rekabet soruşturması kapsamında verdiği para cezasını da içeren kararına karşı iptal istemiyle (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuş; yaklaşık 5.5 yıl süren dava sonunda verilen kararda, söz konusu para cezası, kısmen iptal edilmiş; davacının diğer talepleri ise reddedilmiştir. Bunun üzerine şirket, Adalet Divanı önünde davayı temyiz ederek (rekabet cezası ve diğer ilgili taleplerinin yanında) İlk Derece Mahkemesi'nde 5.5 yıl süren yargılama dolayısıyla, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

[1283] Divan, ardından, her iki tarafın iddia ve savunmaları, davanın özelliği gibi faktörler ışığında yaptığı değerlendirme neticesinde, İlk Derece Mahkemesi önündeki yargılamanın makul süre içinde tamamlanmaya yönelik gereklilikleri karşılamadığına karar vermiştir (para.47). Öte yandan, davacı, idari ceza kararının, yaklaşık 66 ayda verilmesinden başka, İlk Derece Mahkemesi önündeki sözlü yargılama safhasının bitirilmesinin ardından 22 ayda verilmesinin de, ayrıca ivedilik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Ancak Divan, ne Mahkeme'nin İçtüzüğünde ne de başka herhangi bir yerde, kararın sözlü yargılama safhasının bitirilmesinin ardından belli bir sürede verileceğine dair bir hüküm olmadığını belirterek bu iddiayı reddetmek suretiyle, bir anlamda böyle bir genel hukuk ilkesinin varlığını; yahut AİHS m.6'daki adil yargılama ilkesinin böyle bir gerekliliği de içerdiğini kabul etmemiştir. Divan, genel süre olan 5.5 yılın bir bütün olarak bakıldığında, makul süreyi aştığını söylemekle yetinmiştir.

[1284] Komisyon'un rekabet mevzuatı kapsamındaki bir kararı, 45 ay gibi bir sürede almasının adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul süreyi ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak, İlk Derece Mahkemesi'nin, adil yargılanma hakkının hem bir genel hukuk ilkesi hem de Komisyon'un idari prosedürlerinde de uyulması gerekli bir ilke olduğu yönündeki görüşü için bkz.: T-213/95&18/96, Joined Cases, *SCK and FNK v Commission,* para.56).

[1285] Bir kamu ihalesine ilişkin olarak yaşanan uyuşmazlıkta, işletmelerden biriyle ilgili bir hale süreci noktasındaki bilgilerin karşı tarafa verilmemesi ve bu bağlamda, bir yanda ticari sırrın korunması diğer yanda da adil yargılanma hakkı söz konusu olmuş; Divan, bu bağlamda, bir ihale sürecinde, ilgili iktisadi işletmelerin meşru menfaatlerinin gerektirmesi ve adil rekabetin

süreçlerin çekişmeli olma niteliğinin, adilliklerini değerlendirmede bir faktör olduğunu belirten AİHM içtihatlarına atıf yaparak (para.46),[1286] bir anlamda, ***adil yargılanma hakkının, çekişmeli nizalarda iddialara cevap verme (yani sürecin çekişmeli olması) ilkesini de kapsadığını*** söylemiştir.[1287]

Suç ve Cezalara İlişkin Hak, Özgürlük ve İlkeler

Suç ve cezalara ilişkin (temel hak ve özgürlük boyutu olan) ilkeler de, Divan'ın ortak anayasal gelenekler ve AİHS başta olmak üzere uluslararası belgeler temelinde *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktardığı ilkeler olmuştur. Bu bağlamda,

- (AİHS m.7'de düzenlenen) suçta ve cezada kanunilik[1288] ve suç ve cezaların geriye yürütülememesi[1289]
- (MSHS m.15'te düzenlenen) lehe cezai hükümlerin geçmişe yürütülmesi[1290]
- Masumiyet karinesi[1291]
- Kişinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamamaması[1292]

---

sağlanması için ihaleyle ilgili denetim sürecini yürüten otoritenin, ihaleye ilişkin bilgileri, taraflara verip vermemeye karar verme yetkisinin olmasının, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını incelemiştir.

[1286] Atıf yapılan AİHM kararlarının isimleri için bkz.: kararın 47. paragrafı.

[1287] Bununla birlikte Divan, bu ilkenin/hakkın, diğer hak ve menfaatlerle dengelenmesi gerektiğini belirtmiş (para.46); bu bağlamda korunması gereken haklardan birinin de, AİHS m.8'de düzenlenen özel hayatın gizliliği olduğunu ve bu hakkın da, gerek gerçek gerek tüzel kişilerin gerek mesleki gerek ticari faaliyetlerini kapsadığını (para.47); bu anlamda ticari sırların korunmasının Divan tarafından tanınan bir genel hukuk ilkesi olduğunu (para.49), keza adil rekabetin korunmasının da, bu anlamda gözetilmesi gerekli bir etken olduğunu (para.50); dolayısıyla ihale süreçlerinde çekişmelilik ilkesinin tarafların sürece ilişkin tüm verilere erişimi demek olmadığını ve erişim hakkının diğer (gizli bilgiler ve ticari sırların korunması gibi) hak ve ilkelerle dengelenmesi gerektiğini (para.51) söylemiştir.

[1288] C-74/95, para.25; 266/06, paras. 38-40. Daha fazla karar için bkz.: Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, p.846, note: 133.

[1289] 63/83, para.22; 60/02, para.63; C-550/09, para.59. Daha fazla karar için bkz.: Lenaerts, Nuffel, p.846, note: 134. Örneğin *Kirk* kararında (C-63/83), Divan, İngiltere'nin ilgili Topluluk Tüzüğüne dayanarak balık avlama yasağına ilişkin 10 yıllık geçiş süresini bir 10 yıl daha uzatma yetkisini kullanması bağlamında, söz konusu yetkinin, bir Üye Devlete, cezai hükümleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe koymak ve uygulamak; ve işlendiği tarihte suç sayılmayan fiilleri, sonradan tüzüğün verdiği yetkiye dayanarak suç olarak düzenlemek yetkisi vermeyeceğini söylemiştir. Zira Divan'a göre, cezai hükümlerin geçmişe etkili olamaması, hem Üye Devletlerin hepsinde ortak olan bir ilkedir; hem de AİHS'nin 7. maddesinde bir temel hak olarak düzenlenmektedir (para.22).

[1290] 387/02, para.68, T-48/96 para.30. Daha fazla karar için bkz.: **Ibid.** p.844, note: 130.

[1291] 199/92, paras. 149-150; 235/92 paras.175-176; 189/02 P paras. 69-76. Daha fazla karar için bkz.: Lenaerts, Nuffel, **op.cit,** p.845, note: 130.

[1292] Hatırlanacak olursa, yukarıda, savunma hakları çerçevesinde yer verdiğimiz *Orkem* kararında, Divan, idari soruşturmalarda, kişinin kendi aleyhine delil göstermeye/bilgi vermeye

- (AİHS 7. Protokol m.4'te düzenlenen) bir fiilden dolayı iki kez yargılanamama (ne bis in idem)[1293]

İnsan Onuru (Hakkı)

İnsan onuruna saygı veya başka deyişle **insan onurunun korunması** (*right to respect for human dignity*) da, Divan'ın hukukun genel ilkeleri altında 2000'li yıllarda *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktardığı bir temel hak olmuştur. Divan, 2001 tarihli

---

zorlanamama hakkının olmadığını söylerken; ''sadece'' cezai soruşturmalar bakımından böyle bir hakkın var olduğunu söylemişti. Nitekim daha sonradan da, bunu, çeşitli vesilelerle uygulamış; hatta sonradan AİHM'nin aksi yöndeki içtihadına uyarak, idari soruşturmalar bakımından da bu hakkı, bir AB hakkı olarak tanımıştı. Bu hak, halihazırda Temel Haklar Şartı'nın 48. maddesinde düzenlenen ''savunma hakları'' çerçevesinde güvence altına alınmıştır. Tam da, bu durum, neden Şart'ın temel metin olarak uygulamaya geçmesinden sonra dahi, hukukun genel ilkelerinin büsbütün önemsizleşmeyeceğini; tarihsel süreç içinde içtihadi olarak ortaya konup uygulanan hak ve özgürlüklerin incelenmesinin halen daha gerekli olduğunu mükemmel biçimde ortaya koymaktadır. Burada belirttiğimiz türden bir hak (kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama hakkı), Şart'ın herhangi bir yerinde açıkça düzenlenmiş bir hak değildir. Ancak Şart'ta, savunma hakları düzenlenmektedir ve Divan da, bu hakkı, savunma hakları bağlamında mütalaa etmektedir. İşte Şart'ın 48. maddesinde güvence altına alınan savunma haklarının kapsamının ne olduğu, hangi alt-hakları kapsadığı (mesela buradaki gibi aleyhe delil göstermeye zorlanamama hakkını kapsayıp kapsamadığı) gibi meselelerde, bize yol göstericiler, halen daha Divan'ın yaklaşık yarım asırlık içtihadi birikimi olacaktır.

[1293] Örneğin yukarıda değindiğimiz 2002 tarihli *Limburgse Vinyl* davasında (C-238/99), Komisyon'un bir işletmeye verdiği rekabet cezası, Divan tarafından usuli bir takım nokanlıklardan ötürü iptal edilmiş; bunun üzerine Komisyon, tekrardan bir soruşturma yaparak yeniden bir ceza vermiştir. İşletme de, bunun *non bis in idem* ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Temyiz aşamasında mesele önüne gelen Divan, *non bis in idem* ilkesinin, AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün 4/1. maddesinde de düzenlenen temel bir *Topluluk Hukuku* ilkesi olduğunu; bu ilkenin, rekabet konularında, daha önceden soruşturulup da cezalandırılan veya aklanan bir eyleme dayalı olarak ikinci kez soruşturma yapılmasına veya ceza verilmesine engel olduğunu söylemiştir (para.59). Divan, ilkenin kapsamı noktasında, daha da ayrıntıya inerek, bu ilkenin, önceki bir cezayla sorumluluğun ortaya konduğu bir konuda ilave ikinci bir cezayı doğuracak şekilde; yahut önceki bir kararla sorumluluğun ortaya konmadığı bir durumda, ikinci kararla sorumluluğun ortaya konması sonucunu doğuracak şekilde, söz konusu suçun/ihlalin yeniden bir değerlendirme veya incelemeye tabi tutulmasını dahi yasakladığını söylemiştir (para.61). Bu anlamda örneğin bir Komisyon tasarrufu, hukuka aykırı görülüp iptal edilirse, iptal edilen cezanın dayandığı eylemlerden ötürü ikinci kez bir soruşturma yapılması mümkün değildir. Fakat, tabii ki bu, önceki kararın esasa dair herhangi bir karar verilmeksizin usuli/şekli yönden iptal edilmesi halinde, soruşturmanın yeniden başlatılmasını da engellemeyecektir (para.62). Daha fazla karar için bkz.: **Ibid.** p.846, note: 136. Bu hak, halihazırda, **Temel Haklar Şartı'nın 50. maddesinde** düzenlenmektedir. Ayrıca, kararda, savunma hakları (para.85), adil yargılanma ve bu bağlamda makul sürede yargılanma hakkı (para.166) ve idari soruşturmalarda kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama haklarının (paras.273 vd.) da uygulanması söz konusu olmuştur. Hatta bu kararı, Divan'ın, AİHS m.6'nın idari soruşturmalarda da kişilerin kendileri aleyhine delil göstermeye, bilgi ve belge sunmaya zorlanamama hakkını içermediği yönündeki yaklaşımını (*Orkem* kararı), AİHM içtihadı (*Orkem*'den sonra verilen *Funke* kararı) doğrultusunda değiştirmesinin temel bir örneği olarak yukarıda zikretmiştik.

Netherlands v Parliament and Council kararında,[1294] biyoteknolojik icatların hukuken korunmasına dair (Parlamento ve Konsey ortak yapımı) bir Yönerge'nin[1295] – diğer sebepler yanında – insan vücudunun belli kısımlarını patente konu edilebilir kılmasının insan onuruna aykırı olduğu iddiası bağlamında; Topluluk tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetiminde insan onuru (ve fiziki varlığın bütünlüğü) temel hakkına uyulup uyulmadığını gözetmenin kendi görevi olduğunu (para.70) söyleyerek, söz konusu hakkı, bir *AB hakkı* olarak tanımış ve uygulamıştır.[1296]

Yine yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz 2004 tarihli *Omega* kararında da, Almanya'nın, katılımcıların kızılötesi vs. silahlarla birbirlerini vurup öldürmeye çalıştıkları (canlı hedeflere ateş etme şeklinde oynanan) bir lazer oyununu insan onurunu gerekçe göstererek yasaklaması ve bu yasaklamanın malların serbest dolaşımına aykırılığının iddia edilmesi bağlamında, Divan, insan onurunun Birlik hukuk düzeninde genel bir hukuk ilkesi olarak korunan bir temel hak olduğunu ve bu bağlamda bunun korunması amacıyla alınan tedbirlerin *AB Hukukuyla* uyumlu olabileceğini söylemiştir (para.34)[1297]

Vatandaşlık Hakkı

Vatandaşlık hakkı da, Divan'ın – yukarıda kaynaklar bahsinde de değindiğimiz gibi AİHS dışındaki uluslararası sözleşmelere atıf yaparak – *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* tanıdığı hak ve özgürlüklerden biridir. 2010 tarihli *Rottmann* davasında,[1298] ulusal vatandaşlığın ve dolayısıyla da AB vatandaşlığının kaybettirilmesinin AB Hukukuna aykırı olduğu iddiası söz konusu olmuş;[1299] Divan, birtakım uluslararası hukuk

---

[1294] C-377/98, *Netherlands v Parliament and Council*, 9.10.2001, ECR 2001/I-7079.
[1295] O.J. 1998, L 213, p.13.
[1296] Divan, daha sonradan, bizzat söz konusu Yönerge hükümlerinin insan vücudunun şekillenmesi ve gelişmesinin belli aşamalarında patente konu olabilir bir icat teşkil edemeyeceğini öngördüğünü (para.71) ve bu anlamda insan onuruna gereken saygının gösterilmesine yönelik hükümler içerdiğini belirterek (para.77), iptal istemine yönelik bu gerekçeyi geçerli bulmamıştır.
[1297] Tabii mesele, yine pek çok kez olduğu gibi, temel serbestilerin temel hakların korunması sebebiyle sınırlanması ekseninde cereyan etmekte olup; Divan'ın da, konuya ilişkin önemli tespitleri vardır ve bunlar, ileride temel haklar ile temel (ekonomik) serbestiler arasındaki denge bahsinde incelenecektir.
[1298] C-135/08, *Rottmann*, 2.3.2010, ECR 2010/I-1449.
[1299] Davaya konu olaylarda, hakkında Avusturya'da ceza davası açılan Avusturya vatandaşı Rottmann'ın, bu esnada Alman vatandaşlığına başvurması ve söz konusu cezai süreci de Alman makamlarına bildirmemesi; ardından Alman vatandaşlığını kazanması ve buna bağlı olarak Avusturya vatandaşlığını ilgili mevzuat gereği otomatik olarak kaybetmesi; daha sonradan Alman makamlarının, davacı hakkındaki ceza kovuşturmasından haberdar edilince, şahsın, ilgili mercileri durumdan haberdar etmediği ve bunun da hile yoluyla vatandaşlığı kazanma teşkil ettiği gerekçesiyle vatandaşlığa alma işlemini geçmişe etkili olarak geri alması söz konusu olmuş; ve

kaynaklarına atıf yaparak meseleyi incelemiş ve bu bağlamda, ''vatandaşlık hakkının'', AB'de korunan temel haklardan biri olduğunu ortaya koymuştur.[1300]

Dernek Kurma, Barışçıl Toplanma ve Sendika Kurma Hakkı

AİHS m.11'de düzenlenen **dernek kurma** ve **barışçıl toplanma** ve yine AİHM tarafından bu bağlamda değerlendirilen **sendika kurma** ve **sendikaya üye olma** hakları da, Divan tarafından genel hukuk ilkeleri olarak *AB Hukukuna* aktarılan hak ve özgürlüklerdendir. Örneğin 1995 tarihli meşhur *Bosman* kararında,[1301] Divan – diğer hususlar yanında – dernek kurma özgürlüğü bağlamındaki iddialara ilişkin olarak, gerek AİHS m.11'te güvence altına alınan gerekse Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden kaynaklanan söz konusu özgürlüğün, Topluluk hukuk düzeninde korunan temel haklardan biri olduğunu söylemiştir (para.79). Yine dernek kurma ve örgütlenme

---

neticede şahıs, – Avusturya vatandaşlığını da kaybettiği için – vatansız kalmıştır. Rottmann, bunun üzerine, yerel mahkeme önünde geri alma işleminin iptali için dava açmış; Alman vatandaşlığını kaybetmesinin doğal sonucu olarak AB vatandaşlığı da gittiğinden, mesele *AB Hukukuyla* ilgili görülüp, *ön-karar prosedürü* işletilerek Divan'a intikal ettirilmiştir. Temel soru, Alman makamlarının söz konusu geri alma işleminin, AB vatandaşlığını düzenleyen ve tüm Üye Devlet vatandaşlarının AB vatandaşı olduğunu söyleyen (o zamanki) AT Antlaşması'nın 17. maddesine aykırı olup olmadığıdır. Fakat vatandaşlığın, aynı zamanda bir temel hak boyutu da olduğu için, insan hakları noktasından değerlendirme de devreye girmiştir.

[1300] Divan'a göre, öncelikle somut olaydaki gibi bir vatandaşlığa alma kararının iptali, BM bünyesinde imzalanan *Devletsizliğin Azaltılmasına Dair Sözleşme'nin* (*Convention on the Reduction of Stateless*) ilgili hükümlerinin kapsamına girmektedir. Bu Sözleşme'nin m.8/2 hükmü, bir kimsenin, yanıltma ve hile gibi hallerle bir Akit Devletin vatandaşlığını elde etmesi halinde, bu vatandaşlığın elinden alınabileceğini söylemektedir. Benzer şekilde Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan *Vatandaşlığa Dair Avrupa Sözleşmesi* de (*European Convention on Nationality*), vatandaşlığın hileli davranışlar, yanlış bilgi veya gizleme vs. yollarla elde edilmesi halinde, velev ki bu alıkoyma kişiyi vatansız kılacak olsun, Akit Devletleri, vatandaşlığı geri almaktan alıkoymamaktadır (para.52). Ayrıca Divan'a göre; bu durum, *Uluslararası Hukukun* bir genel ilkesi olan ve *İHEB* m.15/2 ile yukarıdaki Sözleşme'nin 4/c maddesinde düzenlenen ''kimsenin keyfi biçimde vatandaşlığından mahrum bırakılamayacağına'' ilişkin hükümlerle de uyumludur. Zira yukarıdaki hükümlerle birlikte yorumlandığında, söz konusu işlemin keyfi bir alıkoyma olmadığı açıktır. Divan, ilkesel planda bu tespitleri yaptıktan, yani kural olarak kişinin vatansız kalacak olmasının, devletleri, hileli hallerde çıkarma, alıkoyma gibi tedbirler alabilmekten alıkoymadığını söyledikten sonra; ikinci olarak tespit edilmesi gereken hususun (ki bunu yerel mahkemenin yapması gerektiği söylemiş, ona bırakmıştır), somut olaydaki kararın (davacı hakkında vatandaşlığa kabul kararının geri alınması), gerekçe olarak gösterilen davacının hareketleriyle (hakkındaki cezai soruşturmadan Alman makamlarını haberdar etmeme) orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi olduğunu söylemiştir. Yani kural olarak, bu gibi hallerde, kişinin vatandaşlıktan mahrum bırakılması mümkün olmakla birlikte, somut olayda bu alıkoyma işlemi bir orantılılık (*proportionality*) testine tabi tutulmalı ve bireyin hileli davranışlarının söz konusu kararı almayı gerektirecek ciddilikte olup olmadığı, bireyin ailesi gibi faktörler de hesaba katılarak değerlendirilmelidir.

[1301] C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association and Others v Bosman and Others*, 15.12.1995, ECR 1995/I-4921.

özgürlüğünün siyasi faaliyetlere bakan yönüyle ilgili bir karar olan ve (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi tarafından verilen (ve daha sonradan Divan tarafından esastan onanan) *Martinez and Others v Parliament* kararı da,[1302] farklı bir yönden AİHS m.11'deki dernek kurma (ve örgütlenme) hakkının bir Topluluk hakkı olarak teyit edildiği ve uygulandığı bir karar olmuştur. Bir grup Avrupa Parlamentosu milletvekilinin herhangi bir siyasi angajmanı olmayan bir grup kurma talebinin, Parlamento tarafından reddedilmesinin AİHS m.11'deki dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğüne aykırı olduğu iddiası[1303] bağlamında, (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi, söz konusu özgürlüğün, gerek AİHS m.11 gerekse ortak anayasal gelenekler bağlamında *AB Hukukunda* korunan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğunu söylemiştir (para.231).[1304]

Yine 1999 tarihli *Montecatini v Commission* kararında,[1305] Komisyon'un rekabet soruşturması kapsamında polipropilen üreticilerinin belli toplantılarda bir araya gelerek rekabet düzenlemelerine aykırı birtakım uygulamalara karar verdiği gerekçesiyle rekabet kurallarına aykırılıktan verdiği cezanın iptali bağlamında, ilgili firma, söz konusu Komisyon kararının – diğer hususlar yanında – toplanma hakkı, görüşlerini bildirme

---

[1302] T-222/99, T-327/99, T-329/99, Joined Cases, *Martinez and Others v Parliament*, 2.10.2001, ECR 2001/II-2823. Divan'ın onama kararı: C-486/01 P, *Front National v European Parliament*, 29.6.2004, ECR 2004/I-6289.

[1303] 1999'da bir grup Avrupa Parlamentosu milletvekili, Parlamento Başkanı'nı, bir yazı ile, herhangi bir siyasi angajmanı olmayan ve tamamen birbirlerinden bağımsız hareket edecek olan ''Groupe technique des députés indépendants (TDI) – Groupe mixte (Bağımsız Üyeler Teknik Grubu – Karma Grup) adında bir grup kurduklarına dair bilgilendirmiştir. Ancak Meclis Başkanı, grubun İçtüzüğe uygunluğundan şüphe duyduğu için meseleyi Parlamento içindeki Anayasal İşler Komitesine havale etmiş; Komite de, ''üyeler, *siyasi bağlılıklarına* göre gruplar teşkil edebilirler'' diyen İçtüzüğün 29/1. maddesini gerekçe göstererek, söz konusu grubun kurulmasının İçtüzüğe aykırı olduğu yönünde görüş bildirmiş; bu görüş, Parlamento'da da oylamaya sunularak kabul edilmiştir. Bunun üzerine, grubu kurmak isteyen bazı milletvekilleri, söz konusu Parlamento tasarrufunun başka hususlarla birlikte AİHS m.11'deki dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur. Davacılar, söz konusu özgürlük uyarınca, demokrasinin düzgün işleyişi için gerekli olan bir dizi ayrıcalıklara erişebilmek ve bunu yaparken de kendilerini bağlayıcı ve siyasi bağımsızlıklarına ve demokratik sürece halel getirebilecek bir siyasi programa tabi kılmadan grup kurmalarına izin verilmesi gerektiğini; bir siyasi bağlılığı olmayan üyelerin yaşadığı olumsuzlukları sona erdirme gibi meşru bir amacı olan grubun kurulmasını engellemek suretiyle, Parlamento'nun, siyasi sebeplerle dernek kurma özgürlüğünü sınırladığını ileri sürmüşlerdir.

[1304] Ancak Mahkeme, devamında, söz konusu özgürlüğün Parlamento'nun iç işleyişine uygulanabilse bile, mutlak olmadığını ve daha önceki bir dizi kararda da belirtildiği gibi, meşru sebeplerle ve orantılı olmak kaydıyla sınırlanabileceğini (para.232) somut olayda da, söz konusu özgürlüğün, üyeleri, siyasi bağlılık gibi meşru bir sebebe tabi kılarak bu şartı yerine getirmeyen bir grubun kurulmasına izin vermeme hakkını Parlamento'nun elinden almayacağını (para.233); dolayısıyla davacıların somut olayda söz konusu özgürlüğe dayanamayacaklarını (para.234) söylemiştir.

[1305] C-235/92 P, *Montecatini v Commission*, 8.7.1999, ECR 1999/I 4539.

özgürlüğü, tartışma ve dernek kurma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüş;[1306] Divan, kararında, gerek ifade gerekse barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğünün AİHS m.10 ve 11'de güvence altına alındığını ve daha önceden de kendisi tarafından ortaya konduğu gibi Toplulukta korunan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğunu söylemiştir (para.137).[1307]

Keza **sendikal haklar** ve özellikle **sendikaya üye olma hakkı** ve **grev hakkı** gibi haklar da – genelde AİHS dışındaki metinlere atıf yapılarak – Divan tarafından hukukun genel ilkeleri kapsamında *AB hakkı* olarak tanınan haklar olmuştur.[1308] Örneğin Toplulukta insan hakları korumasının başlatıldığı ilk yıllarda söz konusu olan iki davada,[1309] bir sendikanın üyeleri adına dava açıp açamayacağı meselesi söz konusu olmuş; Divan, Personel Tüzüğü'nün 24/a maddesinde tanınan sendikal faaliyet özgürlüğünün, *İş Hukukunun* genel ilkeleri ışığında, çalışanların herhangi bir engellemeyle karşılaşmadan tercihlerine göre örgütlenmeler (sendikalar) meydana getirme hakkını içermesi yanında, aynı zamanda, bu örgütlenmelerin, üyeleri olan işçilerin menfaatlerini korumak amacıyla yasal her türlü araca başvurmakta serbest olduğunu (sırasıyla para.14 ve para.10) ve dava hakkının da, bu araçlardan biri olduğunu (sırasıyla para.15 ve para.11) söylemiştir.[1310]

Yine 1990 tarihli *Maurissen and Union syndicale v Court of Auditors* kararında da,[1311] bu tespitleri tekrarlamış (para.13) ve daha da ileri giderek, Topluluk kurumları ve organlarının, çalışanlarının sendikalara veya personel derneklerine üye olmalarını yahut sendikal faaliyetlere katılmalarını engelleyemeyeceğini; ayrıca bu tür bir üyelikten yahut

---

[1306] Firma, bu sebeple, üreticiler arasında yapılan ve hiçbir zaman gizli tutulmayan toplantıların hukuka aykırı olduğu şeklinde keyfi bir varsayıma dayanıldığını ileri sürerken; Komisyon ise, cezaların salt toplantıya katılmaktan değil, toplantıların, fiyatları ve satış hacmi hedeflerini belirlemek amacı taşımasından dolayı verildiği savunmasını yapmıştır.

[1307] Ancak Divan, devamında, söz konusu Komisyon kararının ve onu hukuka uygun bulan İlk Derece Mahkemesi'nin tespitlerinin, salt toplantıya katılmayı değil, toplantıların düzenleniş amacını da – deliller ışığında – rekabete aykırı bulduğuna ve yaptırım uyguladığına ve bu yönüyle de söz konusu hak ve özgürlükleri ihlal eder bir yanı olmadığına hükmetmiştir (para.138).

[1308] Yukarıda, ''kaynaklar'' bahsinde buna değinmiş ve AİHS'te açıkça düzenlenmemesine bağlı olarak, sendikal hakların, genelde, Divan tarafından, iki Sosyal Şart (*Avrupa Sosyal Şartı* ve *AB Sosyal Şartı*) ve (Lizbon öncesi dönemde) *Temel Haklar Şartı*'na atıfla genel hukuk ilkeleri olarak tanındığını; hatta bazen de, ikincil bir mevzuat hükmünde açıkça yer alması halinde, bir genel hukuk ilkesi olarak değil; mevzuatın bireylere tanıdığı bir hak olarak uygulandığını söylemiştik.

[1309] C-175/73, *Union Syndicale and Others v Council*, 8.10.1974, ECR 1974/917 ve C-18/74, *Syndicat personnel européen v Commission*, 8.10.1974, ECR 1974/933.

[1310] Görüldüğü gibi Divan, bu hakları, Personel Tüzüğü'ne (*Staff Regulation*) dayandırmış; bu Tüzükte zaten açıkça düzenlenen bu hakları, bir de AİHS (henüz yine Fransa onaylamadığı için doğrudan AİHS'e atıf yapamazdı belki ama) veya genel olarak uluslararası sözleşmelere dayandırma ihtiyacı hissetmemiştir.

[1311] Joined Cases C-193/87 and C-194/87, *Maurissen and Union syndicale v Court of Auditors*, 18.1.1990, ECR 1990/I 95.

faaliyetten ötürü herhangi bir ceza, yaptırım vs. de uygulayamayacağını açıkça söylemiştir (para.14). Yine Divan'a göre; Topluluk kurum ve organları, sendikaların ve diğer personel örgütlerinin, üyelerini bilgilendirerek, kurumlar nezdinde temsil ederek ve kendilerini etkileyen tüm meselelerde kendilerine danışılmasını bekleyerek rollerini düzgün biçimde yerine getirmelerine izin verme ve haklı bir sebep olmadan ayrımcı davranmama yükümlülüğü altındadır (para.15).[1312]

Yine bu bağlamda **grev hakkını** da içeren **toplu eylemde bulunma hakkı** da, Divan'ın içtihadi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* (Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasından önce) tanıdığı ve uyguladığı haklardan olmuştur.[1313] Önce *The International Transport Workers's Federation and The Finnish Seamen's Union* ve hemen ardından da, *Laval un Partneri* kararlarında,[1314] grev hakkının tanınması bağlamında Divan, grev hakkının (o zamanki) AT Antlaşması'nda düzenlenen hizmet sunma serbestisi üzerinde bir sınırlama olup olmadığını ve bir sınırlama olarak kabul edildiği takdirde, haklı bir sınırlama olup olmadığını incelemiş; grev hakkının (*right to collective action*), hem *Avrupa Sosyal Şartı* ve *87 Numaralı ILO Sözleşmesi*[1315] gibi Üye Devletlerin imzacı veya işbirlikçi olduğu uluslararası sözleşmelerde, hem de *AB Sosyal Şartı* ve *Temel Haklar Şartı* gibi AB bağlamında kabul edilmiş metinlerde tanındığını tespit ederek (sırasıyla para.43 ve para.90), hukukun genel ilkeleri bağlamında bir temel hak olarak tanınması gerektiğini söylemiştir (sırasıyla para.44 ve para.91).[1316] Daha

---

[1312] Divan, söz konusu hak ve özgürlüklerin varlığı ve kapsamı noktasındaki bu tespitlerinden sonra, somut olayda, bir sendika üyesi olan davacının, AB Sayıştay'ı içerisinde sendikal faaliyetlerin duyurulması için kurumun iç mesajlaşma servisini kullanmasına izin verilmemesini, faaliyetlerin duyurulması için başka yolların mümkün olduğu, davacının istediği yolun söz konusu duyuruyu kolaylaştırabilecek olmakla birlikte verilmediği takdirde de tamamen engellemeyeceği gibi gerekçelerle, ilgili kurumun sendikal faaliyetleri engellememenin ötesinde böyle bir kolaylaştırma (iç mesajlaşma sistemini sendikal faaliyetlerin duyurulmasına açma gibi) yükümlülüğünün bulunmadığını söylemiş (yani bir anlamda söz konusu sendikal hakların çerçevesini çizmiş) ve herhangi bir ihlal görmemiştir (paras.18-24).

[1313] Yukarıda, bu haklara, AİHS dışındaki uluslararası metinlere atfen tanınan hak ve özgürlükler olmaları yönüyle, ''kaynaklar'' bahsinde değinmiştik.

[1314] C-438/05, *The International Transport Workers's Federation and The Finnish Seamen's Union*, 11.12.2007, ECR 2007/I-779 ve C-341/05, *Laval un Partneri*, 18.12.2007, ECR 2007/I-11767.

[1315] *Convention No 87 of the International Labour Organisation concerning Freedom of Association and Protection of the Rights to Organise of 9 July 1948*.

[1316] Davalar, daha önceki birçok davada olduğu gibi, söz konusu temel hak (grev hakkı) ile Antlaşmalarda düzenlenen bir temel serbesti (hizmet sunma serbestisi) arasındaki çatışma ve dengeye ilişkindir. Toplu eylemde bulunma ve grev hakkının bir Topluluk hakkı olarak tespitinden sonra, mesele, somut olayda teorik olarak hizmetlerin serbet dolaşımına bir sınırlama olduğu şüphesiz olan eylemlerin bu anlamda söz konusu serbestinin sınırlanmasında haklı bir sebep teşkil edip edemeyeceği hususuna gelmiştir. Divan bu sınırlamanın meşru olup olmadığını, gerek

önceden, birçok kararında ***işçilerin korunması ilkesini***, hizmetlerin serbest dolaşımı gibi temel serbestilerin sınırlanmasında meşru bir sebep olan *kamu yararı* (*public interest*) kapsamında değerlendiren Divan,[1317] bu iki kararla ilk kez, açıkça ***toplu eylemde bulunma*** ve onun içinde de ***grev hakkını***, bir temel hak olarak tanımıştır.

Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü

Bir Üye Devlette yasal olarak bulunan bir kimsenin **orada dolaşma (seyahat)** ve **ikamet edeceği yeri serbestçe seçme (yerleşme) özgürlüğü** de, Divan tarafından *AB Hukukunun* genel ilkeleri bağlamında tanınan hak ve özgürlüklerden biri olmuştur. Örneğin, henüz 1975 yılında, başka boyutlarıyla yukarıda da ele aldığımız *Rutili* kararında,[1318] bir İtalyan vatandaşının Fransa'da ikamet etmek için yaptığı başvurunun, (o zamanki) AT Antlaşması'nın 48. maddesi uyarınca, kamu düzeni gerekçesiyle, **belli yerlerde ikamet etme sınırı konularak** kabulüne itiraz edilmesi üzerine cereyan eden davada, Divan, AB vatandaşlarının Antlaşmalardan kaynaklanan seyahat ve yerleşme hürriyetlerinin sınırlanmasına yönelik tedbirlerin AİHS m.8-11 arasındaki güvencelere uygun olması gerektiğini söyleyerek bir anlamda (yabancıların) yerleşme ve seyahat hürriyetlerini güvence altına almıştır.[1319] Keza 2007 tarihli *Festersen* kararında da,[1320] belli büyüklüğün ötesindeki tarımsal taşınmaza malik olmayı, 6 ay içinde orada ikamet etmeye başlama gibi birtakım şartlara bağlayan düzenlemenin Antlaşmalardaki serbest dolaşım hükümlerine uygunluğu bağlamında, Divan, söz konusu ikamet mecburiyetinin hedeflenen amaçlar için gerekli olan ölçüde kalıp kalmadığı değerlendirmesini yaparken; meselenin, Anlaşma'daki sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümler yanında, AİHS'ye Ek Protokol m.2/1'de güvence altına alınan ***kişinin ikametgahını serbestçe seçme hakkı*** bağlamında da değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. Bundan, Divan'ın, söz konusu hakkı, bir genel hukuk ilkesi olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* tanıdığı sonucunu çıkarmak mümkündür hiç şüphesiz.

önceki içtihatları (*Schmidberger* ve *Omega* gibi), gerekse ulusal anayasalar temelinde değerlendirmiştir. Bu noktaya, ileride değinilecektir.

[1317] Bu yöndeki kararların listesi için *Laval un Partneri* kararının 103. paragrafına bakılabilir.

[1318] C-36/75.

[1319] Tipik bir temel hak ve özgürlük şeklinde olmaktan çok, Antlaşmalardaki serbest dolaşım hükümleri ekseninde cereyan etse de, karar, yine de, AİHS'teki güvencelerin geçerli olacağının söylenmesi boyutuyla bir temel hak ve özgürlük gelişmesi olarak görülebilir.

[1320] C-370/05, *Festersen*, 25.1.2007, ECR 2007/I-1129.

Serbest Seçim (Seçme ve Seçilme) Hakkı

AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde güvence altına alınan **serbest seçimler, seçme ve seçilme hakkı** da, Divan tarafından hukukun genel ilkeleri kapsamında bir AB hakkı olarak tanınan ve uygulanan bir hak olmuştur. Örneğin, *Cebelitarık (Gibraltar) kararı* olarak da bilinen 2006 tarihli *Spain v. United Kingdom* kararı,[1321] bu anlamda güzel bir örnektir. Karara konu davanın gelişimi şöyledir. Cebelitarık, uluslararası hukuk bakımından, Birleşik Krallık'a (İngiltere) bağlı bir koloni; *AB Hukuku* bakımındansa, o zamanki AT Antlaşması'nın 299/4. maddesi uyarınca, dış ilişkilerinden bir Üye Devletin sorumlu olduğu ve Topluluk Antlaşmalarının (belli istisnalar dışında) uygulandığı bir Avrupa toprağıdır. Birleşik Krallık, 2003 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nda oy kullanmanın usul ve esaslarını düzenleyen bir kanun (AP Temsil Yasası) çıkarmış ve Cebelitarık'ta ikamet eden kişilere belli şartlarla Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanma hakkı vermiştir.[1322] Bunun üzerine İspanya, söz konusu yasal düzenlemenin Antlaşmalara aykırı olduğunu belirterek ihlal davası açması için Avrupa Komisyonu'na başvurmuş; Komisyon ise, iddiaları yerinde bulmayarak ihlal prosedürü başlatmayı reddedince, İspanya, kendisi Adalet Divanı önünde dava açmıştır.[1323]

[1321] C-145/04, *Spain v United Kingdom*, 12.9.2006, ECR 2006/I-7917.

[1322] Bu noktada birtakım gelişmeleri aktarmak gerekir: Bu düzenleme yapılmadan önce, İngiliz mevzuatı, Cebelitarık'ta ikamet edenlere böyle bir hak vermiyordu. Zira AP seçimlerinde oy verme ve aday olmanın usul ve esaslarını düzenleyen 1976 tarihli ilgili Topluluk normu, ''Birleşik Krallık, bu belgeyi, yalnızca Birleşik Krallık'a ilişkin olarak uygulayacaktır'' demekteydi. Bu durum, AİHM önünde dava konusu yapılmış; AİHM, verdiği kararında (*Matthews v. the United Kingdom*, 18.2.1999, 24833/94, ECHR 1999-I), İngiltere'nin Cebelitarık'ta AP için bir seçim organize etmemesini ve böylece İngiliz vatandaşı olup da Cebelitarık'ta ikamet eden başvurucunun AP üyelerinin seçiminde fikrini ortaya koyacak herhangi bir imkandan mahrum bırakılmasını, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermişti (para.64). Bunun üzerine 1976 tarihli Topluluk tasarrufu, 2002'de değiştirildi (2002/72 sayılı Konsey Kararı ile) ve yukarıdaki hüküm çıkarıldı. İspanya ise, bu değişikliğe itiraz etti. Bu arada, İngiltere de, bir deklarasyonla, *AB Antlaşması'nın insan hakları korumasına atıf yapan 6/2 maddesine (ve onun bir yandan AİHS bir yandan da ortak anayasal geleneklerden kaynaklanan temel hakları korumasına) gönderme yaparak, AİHM'nin ilgili kararının gereğini yerine getirebilmek için, Cebelitarık vatandaşlarının mevcut bir İngiltere seçim bölgesinin bir parçası olarak ve mevcut seçmenlerle aynı şartlarda AP seçimlerinde oy kullanması için gerekli değişikliklerin yapılacağını* ilan etti. Daha sonradan da işte eldeki uyuşmazlığa konu olan 2003 tarihli AP Temsil Yasası'nı çıkararak, Cebelitarık'ı, ''yeni bir seçim bölgesi'' teşkil edecek şekilde mevcut bir seçim çevresiyle birleştirdi ve böylece orada ikamet edenlere AP seçimlerinde belli şartlarla oy kullanma (ve seçilme) hakkı verdi.

[1323] İspanya'nın, sonucu itibariyle biri doğrudan temel haklara bakan iki temel iddiası vardır. İspanya, öncelikle, bu kişilerin İngiliz ve dolayısıyla da AB vatandaşı olmadığı ve Kurucu Antlaşmaların da yalnızca AB vatandaşlarına seçme ve seçilme hakkı verdiği; bu sebeple de böyle bir düzenlemenin Kurucu Antlaşmalara aykırı olduğu iddiasındadır. Komisyon ise, söz konusu düzenlemenin, *AB Hukukunca,* Üye Devletlere bırakılan takdir yetkisi içinde kaldığını ve

Divan, AİHM'nin *Matthews* kararına atıf yapmış; ardından başta İspanya'nın ihlal edildiğini ileri sürdüğü Deklarasyon olmak üzere, durumun temel haklar ve bilhassa da *Matthews* kararında söz konusu olan serbest seçim hakkı ve onun temel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.[1324] Neticede Divan, AİHM'nin Cebelitarık'ta seçim yapılmamasını, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesine aykırı bulmuş olması karşısında, İngiltere'nin, kendi topraklarında uygulananla aynı şartlar altında orada yaşayanlara oy verme hakkı vermesini, hukuka aykırı bulmamış ve dolayısıyla olayda, Antlaşmalara aykırılık bulunmadığını söylemiştir (para.95). Bundan, (AİHM kararlarına gösterilen saygı ve bunların *AB Hukuku* üzerindeki ''soft'' bağlayıcılığı hususu yanında) bizi burada ilgilendiren yönüyle, AİHS'te düzenlenen ***serbest seçim hakkının***, bir *AB hakkı* olarak benimsenip uygulandığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

Yine söz konusu hakkın bir Topluluk hakkı olarak uygulanmasına örnek teşkil edebilecek bir diğer karar da, aynı gün verilen *Eman and Sevinger* kararıdır.[1325] İkisi de Hollanda vatandaşı olan davacıların, 2004'teki AP seçimleri için ilgili birime kayıt

---

herhangi bir normda, AP seçmenliğinin AB vatandaşlığının ötesine teşmil edilemeyeceğini söyleyen bir düzenleme olmadığını; ilgili düzenlemelerin seçim bölgelerini belirleme yetkisini Üye Devletlere bıraktığını; bu düzelemelerin AİHS ışığında incelenmesi gerektiğini ve böylece İngiltere'nin Cebelitarık seçmenini AP seçimlerinde oy veren bir seçim bölgesine dahil etmeye yetkili olduğunu düşünmektedir. İspanya, ikinci olarak ise, Cebelitarık'ta mukim olan seçmenleri, İngiltere vatandaşlığına sahip kişiler olarak herhangi bir İngiliz seçim bölgesiyle ilişkilendirmek yerine; Cebelitarık topraklarını, İngiltere'deki mevcut bir seçim bölgesiyle birleştirmek suretiyle, İngiltere'nin, 2002 tarihli (yukarıda yer verdiğimiz) deklarasyondaki taahhüdüne aykırı davrandığını iddia etmektedir. Ona göre, Cebelitarık topraklarına hiç atıf yapmadan, burada yaşayan kişileri İngiltere'deki mevcut bir seçim bölgesine dahil etmesi, İngiltere'nin AİHM kararına uyması bakımından yeterli olacaktı. Divan ise, ilk iddiaya ilişkin olarak, AİHM'nin konuya ilişkin verdiği kararına ve İngiltere'nin söz konusu karara uymak adına söz konusu yasal düzenlemeyi kabul etmesine atıf yaparak (para.60 vd.); herşeyden önce, *Topluluk Hukukunun* mevcut durumu itibariyle, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy verme ve aday olma hakkı bulunan kişileri belirlemenin Üye Devletlere düştüğünü ve İspanya'nın iddia ettiği Antlaşma hükümlerinin (o zamanki 17, 19, 189, 190. maddeler), Üye Devletleri, kendi normal vatandaşları olmayıp da belli birtakım yakın bağları bulunan kişilere seçme ve seçilme hakkı vermekten alıkoymadığını söylemiştir (para.78).

[1324] Divan'a göre; ilgili AİHM kararında (para.63), Akit Devletlerin oy kullanma hakkı üzerinde şartlar belirlemede geniş bir takdir yetkileri olduğu söylenmekte, ancak bu koşulların söz konusu hakkın özünü zedeler ve etkililiğini ortadan kaldırır ölçüde sınırlayamayacağı da belirtilmekte; bu anlamda meşru bir amaca hizmet edip, öngörülen araçların da orantısız olmaması gerektiği vurgulanmaktadır (para.94). İspanya'nın ihlal edildiğini iddia ettiği deklarasyonun da, bu ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda, Divan'a göre, söz konusu deklarasyondaki, ''mevcut İngiltere seçmenleriyle aynı şartlarda'' ifadesi, somut olayda, ancak İngiltere'nin yaptığı gibi karşılanabilecek olup, buradaki seçmenlerin de, Cebelitarık'ın statüsünden kaynaklanan ve oy kullanma hakkını elinden alacak veya kullanılamaz kılacak bir güçlükle karşılaşmadan, normal bir İngiltere seçmeni gibi oy kullanması gerekmektedir. İspanya'nın iddia ettiği yol izlenirse, bu, tam anlamıyla gerçekleştirilemeyecektir; çünkü böyle olursa, orada yaşayanlar, kayıt yaptırmak için İngiltere'ye gitmek, oy kullanmak için de İngiltere'ye gitmek veya postayla oy kullanmak ve seçim uyuşmazlıkları için İngiltere'de dava açmak zorunda kalacaklardır (paras. 92, 93).

[1325] C-300/04, *Eman and Sevinger*, 12.9.2006, ECR 2006/I-8055.

yaptırma taleplerinin, (Kurucu Antlaşmalar'a göre deniz aşırı ülkeler ve topraklar statüsünde bulunan) Aruba'da yaşıyor olmaları gerekçesiyle reddedilmesi üzerine Hollanda mahkemeleri önünde açtıkları dava, *ön-karar prosedürü* uyarınca Divan önüne gelmiş; Divan, oy kullanma yetkisine sahip olanları belirlemenin, kural olarak her Üye Devletin kendi takdir yetkisine giren bir konu olduğunu tekrarladıktan (para.45) sonra, temel haklara bakan yönüyle, AİHS'nin yukarıda yer verdiğimiz hükmünde güvence altına alınan ***serbest seçim hakkının*** bir *Topluluk hakkı* olduğunu belirten ifadeler kullanmıştır (para.48).[1326]

Çocukların Hakları

Çocuk hakları ve bu bağlamda özellikle **çocukların haklarının korunması** ve **aileleriyle iletişim bağlamında bir ülkeye giriş ve orada ikamet hakları** da, genel hukuk ilkesi olarak Divan tarafından benimsenip uygulanan haklardan olmuştur.[1327] Bu anlamda nispeten yakın tarihli sayılabilecek *Dynamic Medien* kararı,[1328] örnek olarak gösterilebilir. Çocukların ahlaki ve ruhi gelişimi gerekçe gösterilerek bir DVD'nin ülkeye girişine izin verilmemesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada,[1329] Divan, çocukların haklarının korunmasının, BM MSHS ve 1989 tarihli BM Çocuk Hakları

[1326] Aslında Divan'ın Parlamento seçimlerine olan bakışı şöyle ifade edilebilir: Divan, (o zamanki) AT Antlaşması'nın ilgili hükümlerinin, AP seçimlerinde oy kullanabilecek olanlarla ilgili olarak net bir belirleme yapmadığını ve bunu Üye Devletlerin takdir yetkisine bıraktığını; ancak bu yetkinin de, AİHS'te düzenlenen serbest seçim hakkı (ve ona ilişkin AİHM içtihatları) ışığında yorumlanması gerektiğini (paras.45, 46); ayrıca AB vatandaşlığının da, kişilere mutlak bir oy kullanma hakkı vermediğini (para.52); bu anlamda ikamet şartı gibi sınırlamaların AİHM içtihatları bağlamında da söz konusu hakka dair meşru sınırlamalar olduğunu düşünmektedir. Nitekim bu yaklaşımı, eldeki davada da, Aruba'nın özel statüsü bağlamında somut olarak hayata geçirecektir. Bu bağlamda, Divan, Aruba'nın – Cebelitarık'ın aksine – bir deniz aşırı ülke/toprak olması ve dolayısıyla da burada AT Antlaşması'nın uygulanmaması dolayısıyla, Üye Devletlerin buralarda AP seçimleri yapmasının zorunlu olmadığını; kısacası, Avrupa Parlamentosu'nun, bu tür ülkeler bakımından, AİHS'in ilgili hükmündeki anlamda (yani oluşumunda görüşlerini belirtmeleri demokratik açıdan gerekli olan ve orada yaşayanları etkileyen vs.) bir yasama organı (*legislature*) niteliğinde sayılamayacağını belirterek (paras. 47-49) davacıların bu iddiasını reddetmiştir.

[1327] Yukarıda kaynaklar bahsinde diğer uluslararası sözleşmelere atıf konusunu işlerken, bu minvaldeki kararlara yer vermiştik (bkz.: supra s.451 vd.).

[1328] C-244/06, *Dynamic Medien*, 14.2.2008, ECR 2008/I-505.

[1329] İngiltere'den Almanya'ya ihraç edilecek bir çizgi filme, ilgili İngiliz otoritesi tarafından 15 yaş sınırının konması ve bunun üzerine bu DVD'yi ithal eden firmanın rakibi olan bir firma tarafından, internet üzerinden Almanya'ya siparişlerin alınmasının yasaklanması için yerel mahkemeler önünde açılan dava neticesinde yapılan *ön-karar başvurusunda*, söz konusu nitelemenin (*15 yaş altı için uygun değildir* nitemelesi) ve akabinde DVD'nin piyasaya sürülmesinin engellenmesi girişiminin, malların serbest dolaşımına aykırı olup olmadığını incelenmiştir. Alman Hükümeti, bu tedbirin sebebi olarak, gençlerin ve çocukların korunmasını ileri sürmüştür.

Sözleşmesi gibi Üye Devletlerin taraf oldukları veya üzerinde işbirliği yaptıkları çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlendiğini (para.39) söylemiş; bu genel atfın ardından, özellikle Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine spesifik bir atıf yaparak, *çocuğun sosyal, ruhsal ve ahlaki durumunu ve fiziki ve akli sağlığını geliştirecek ulusal ve uluslararası farklı kaynaklara erişim hakkının bulunduğu*; ancak *devletlerin de, onun bu gelişimine zarar verebilecek bilgi ve materyalden korunması için uygun önlemlerin geliştirilmesini teşvik etme yükümlülükleri olduğunu* belirtmiştir (para.40). Bütün bunlar neticesinde Divan, çocuğun haklarının korunmasının AB'de korunan bir temel hak olarak serbest dolaşım hakkının sınırlanması üzerinde meşru bir sınırlama sebebi olarak kabul edileceğini söylemiş; ardından ise, *Schmidberger* ve *Omega* gibi kararlarında yaptığı gibi, söz konusu sınırlamanın söz konusu meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemeye geçmiştir (para.42)[1330]

Diğer Sosyal ve Ekonomik Haklar

Divan, tarihsel süreç içinde, yukarıdakilerden (grev, sendika, çocuk vs.) başka birtakım sosyal ve ekonomik nitelikte hakları daha, Kurucu Antlaşmalar'ın sessizliği karşısında, hukukun genel ilkeleri olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarmış ve uygulamıştır. Divan, örneğin 2008 yılında verdiği *Impact* kararında,[1331] (o zamanki) AT Antlaşması'nın 136. maddesinin, istihdam, yaşam standartları vs. sosyal hakların gerçekleştirilmesinde Topluluğun ve Üye Devletlerin Avrupa Sosyal Şartı'nda düzenlenen temel sosyal hakları dikkate almasını öngördüğünü belirtmiş ve somut olay bakımından, söz konusu Şart'ın 1. bölümünün 4. bendinde, tüm **çalışanların, kendileri ve ailelerine yeterli bir yaşam düzeyi sağlamak için adil bir ücret alma hakkının** öngörüldüğünü söylemiştir (para.113). Buradan, Divan'ın, tabii ki, doğrudan uygulanma kapasitesi ve diğer özgürlükler karşısındaki değeri gibi noktalar saklı kalmak kaydıyla, Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan Avrupa Sosyal Şartı'ndaki hakları tanıdığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

[1330] Kararın bundan sonrası, yine pek çok kez olduğu gibi, temel haklar ile temel serbestiler arasındaki denge meselesine gelmektedir. Divan, bu somut olayda da, malların serbest dolaşımına ilişkin Antlaşma hükmünün (AT Antlaşması m.28), olaydaki gibi çocukların korunması sebebiyle bir DVD'nin piyasaya sürülmesinin engellenmesine yönelik ulusal tedbire mani olmadığını söyleyecektir (para.52).

[1331] C-268/06, *Impact*, 15.4.2008, ECR 2008/I-2483.

3.2.4. Değerlendirme: Yazılı ve İçtihadi Katalog

Bunlar, Divan'ın, 1970'lerden itibaren, hukukun genel ilkeleri kapsamında, ortak anayasal gelenekler ve başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlerden esinlenerek *AB Hukukuna* sokup uyguladığı hak ve özgürlüklerdir. Yukarıda temel metin olarak Temel Haklar Şartı'nda saydığımız hak ve özgürlüklerin birçoğu, yaklaşık 40 yıllık süre (1969-2009) içinde, AB yargısı tarafından jürisprüdansiyel olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktarılmıştır. Diğer bir deyişle, Şart'ın düzenlediği bir çok hak, özgürlük ve ilke, aslında genel hukuk ilkeleri olarak *AB (İnsan Hakları) Hukukunda*, halihazırda yer almaktadır. Bu açıdan bakınca, Şart'ın, halihazırda genel hukuk ilkeleri olarak var olan; yahut antlaşmalarda dağınık halde bulunan (vatandaşlık hakları, eşitlik vs. ilkeler gibi) hak ve özgürlükleri, sistematik biçimde bir katalog halinde sunmak ve bunun yanında, özellikle sosyal ve ekonomik haklar noktasında birtakım ilaveler (yeni hak, özgürlük ve ilkeler) getirmek (yani Şart'ın kendisinin de deyimiyle ''hakları görünür kılmak'') şeklindeki temel misyonu da net olarak ortaya çıkmaktadır. Müzakereler sonuçlanıp AİHS'ye katılım gerçekleştiğinde, AİHS'nin de bağımsız ayrı bir kaynak olacağını tekrardan hatırlatalım.

Bu anlamda vurgulayalım ki, Lizbon sonrası oluşan anayasal yapıda, artık hak ve özgürlükler noktasında bakılacak temel metin, Temel Haklar Şartı olacaktır. Burada yer almayan hak ve özgürlük talebi söz konusu olduğunda da, yine hukukun genel ilkelerine başvurulabilecektir. Ancak bugüne kadar genel hukuk ilkeleri olarak içtihadi planda benimsenen hak ve özgürlüklerin hemen hepsinin Şart'ta düzenlendiğini düşündüğümüzde, bu ''yedek'' kataloğa pek ihtiyaç kalmayacağını söyleyebiliriz. Fakat bunun, 40 yıllık dev içtihadi birikimin ve jürisprüdansiyel kataloğun işlevsiz kalacağı anlamına gelmeyeceğini de, tekrar tekrar vurgulayalım (ki buna, yukarıda çok sayıda örnek gösterdik). Özellikle Şart hükümlerinin ortak anayasal gelenekler ve AİHS ekseninde şekillenmiş jürisprüdansiyel kataloğu tekrar etmesi ve buralardaki hak ve özgürlüklere tekabül eden hallerde, Şart hükümlerinin bu metinler ışığında yorumlanacağının belirtilmesi karşısında, bu birikimin – yukarıda da somut örneklerini verdiğimiz gibi – bundan sonra da çok önemli bir ''yardımcı'' kaynak olacağını söyleyebiliriz.

3.3. AB İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN KAPSAMI

3.3.1. Genel Olarak

AB İnsan Hakları Hukuku olarak tarif ettiğimiz disiplinin esaslarını gördüğümüz tezin bu bölümünde, önce bu hukukun *kaynaklarını*, ardından da bu kaynaklardan elde edilmiş *hak ve özgürlükleri* gördük. Şimdi ise, bu hak ve özgürlüklerin bu hukuk düzeninde oynadığı rolün ve gördüğü işlevin ne olduğu; gerek Topluluk/Birlik gerek Üye Devletlerin tasarruflarının ne zaman/hangi hallerde ve ne ölçüde denetlenebildiği gibi hususlara cevap arayacağız. Bunu, kısaca *AB İnsan Hakları Hukukunun kapsamı* meselesi olarak da nitelendirebiliriz.

İnsan haklarının bu hukuk düzeninde oynadığı rol dendiğinde, aslında ilk söylenmesi gereken husus, elbette, insan haklarının – diğer birtakım ilke ve değerlerle birlikte – AB ve Üye Devletlerin bu hukuk kapsamındaki tüm eylem ve işlemlerinde gözetilmesi gereken temel bir değer olduğudur (ABA m.2). Bu anlamda hem Birlik kurum ve organları hem de (Birlik Hukukunun uyguluyorlarken) Üye Devletler, her türlü eylem ve işlemlerinde gerek hukukun genel ilkeleri gerek Temel Haklar Şartı'nda güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uymak, bunlara aykırı hareket etmemek yükümlülüğü altındadır.

Bu yükümlülüğünün somutlaşmasının ise, iki şekilde olduğu söylenebilir: İlki, bir politika aracı ve konusu olarak (yukarıda saydığımız kaynaklarda düzenlenen) hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesi;[1332] diğeri de, tüm Birlik ve Üye Devlet eylem ve işlemlerinin bu hak ve özgürlüklere uygun olması. Bu çalışmada, insan haklarını, bilindiği gibi, bunlardan ikincisi (yani insan haklarının tüm Birlik ve Üye Devlet eylem ve işlemlerin sınırını teşkil etmesi) yönüyle ele almaktayız. O yüzden, bu kısımda insan haklarının *AB Hukuku* içinde oynadığı rolü (yani *AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamını) incelerken yapacağımız şey de, bunların Birlik işlem ve eylemlerinin bir sınırı olarak *AB Hukuku*

[1332] İnsan hakları kaygılarının tedricen bir dizi politikaya entegre edilmesi (örneğin, özellikle son yıllarda önemli oranda genişleyen *ayrımcılıkla mücadele hukuku* gibi alanlarda); veri koruma ve kişisel verilerle ilgili düzenlemelerin yoğun gündem işgal etmesi; birçok ülkede insan hakları ve demokratikleşmenin aktif olarak teşvik edilmesi; uluslararası ticaret ve kalkınma politikalarına ilişkin anlaşma vs. metinlere insan hakları klozlarının konması; aday ülkeler yönelik insan hakları temelli bir siyasi koşulluluk öngörülmesi ve insan haklarını, dış politika alanına da entegre etme çabaları gibi... Craig, de Búrca, **op.cit**, p.362.

içinde gördüğü işlevi incelemek; ve dolayısıyla Birlik yargısının, olağan yargısal denetim usulleri içinde bir ölçü norm olarak müdahalesi bağlamında konuyu ele almaktır.

Bu noktada, konu, Birlik yargısının, Birlik kurum ve organlarının tasarrufları üzerinde önce ne şekilde bir denetim yetkisinin olduğu; diğer bir deyişle, Divan başta olmak üzere Birlik yargısının hangi hallerde ve ne şekilde devreye girdiğinin incelenmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla bu noktada öncelikle cevap verilmesi gerekli soru, ***hangi tasarrufların, hangi hallerde ve ne ölçüde AB yargısı tarafından insan hakları denetimine tabi tutulduğu*** sorusudur. Yukarıdaki kısa girişten de anlaşılabileceği üzere, hem Birlik normları hem de Üye Devletlerin tasarrufları, kural olarak insan hakları denetimine tabidir. Bir diğer deyişle, insan hak ve özgürlükleri, hem Birlik hem de Üye Devlet tasarruflarının normal AB yargısal denetim sistemi içindeki prosedürlere göre yapılan denetiminde bir ölçü norm olarak işlev görmektedir.

Ancak bu genel bilginin ötesinde, gerek Birlik gerekse Üye Devlet tasarrufları bakımından, bunların hepsinin genel yargısal denetime (dolayısıyla insan hakları denetimine) tabi olmadığını da söylemek gerekir. Öncelikle Birlik normları bakımından, nasıl ki, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin temel esası olan tüm idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olması kuralının ulusal anayasal sistemlerde (eleştirilmekle birlikte) birtakım istisnaları vardır; ***AB Hukuku* içinde de, yargısal denetime tabi olmayan normlar mevcuttur ve bunların yargısal denetimleri mümkün olmadığından, ister istemez insan haklarına uygunluk açısından da denetlenmeleri mümkün değildir.** Bunlara, tezin bu bölümünde değinilecektir. Öte yandan Üye Devlet tasarruflarına geldiğimizde de, en genel ifadesiyle belirtmek gerekirse, bunların da Birlik yargı organlarının denetimine tabi olması, *Birlik Hukuku* kapsamında kalmaları ölçüsündedir. **Diğer bir deyişle, *Birlik Hukuku* kapsamındaki ulusal tasarruflar, yargısal denetime, dolayısıyla da insan hakları denetimine tabi olacaktır.** O halde bu bölümde incelenmesi gereken bir diğer husus da, ulusal tasarrufların ne zaman/hangi hallerde *Birlik Hukuku* kapsamında olduğudur.

Denetime tabi normları ve ne zaman/hangi hallerde denetime tabi olacakları meselesini böylece çözdükten sonra, üzerinde durulacak bir başka mesele ise, denetime tabi bu tasarrufların ***hangi hukuki süreçler işletilmek suretiyle denetlenebileceği*** olacaktır. Önümüzdeki metnin, *AB Hukukunda* idari işlemlerin yargısal denetimine yönelik bir çalışma olmadığını unutmadan, konumuz olan insan hakları denetiminin anlaşılmasına yarayacağı ölçüde, bu da, bu bölüm altında inceleyeceğimiz meselelerden biri olacaktır.

AB'de insan hakları denetimi, diğer bir deyişle temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu davaların büyük bir kısmının, bir Birlik ya da Üye Devlet tasarrufunun, kimi zaman temel serbestileri (serbest dolaşım dediğimiz ekonomik serbestileri), kimi zaman da başka bir temel hak ve özgürlüğü korumak maksadıyla bir temel hak ve özgürlüğü sınırlaması bağlamında cereyan eden uyuşmazlıklar olduğuna yukarıda birçok kez şahit olduk. Dolayısıyla *AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamı noktasında tartışılması gereken bir diğer mesele de, ***hak ve özgürlüklerin sınırı***, diğer hak ve özgürlüklerle ve özellikle de temel (ekonomik) serbestilerle aralarında kurulacak denge olacaktır.

Yine insan haklarının ve onların denetimde oynadığı rolün bireyler arası ilişkilere etkisi; diğer bir deyişle ***AB'de korunan hak ve özgürlüklerin bireyler arası (yatay) etkisi*** de, burada tartışılacak bir diğer mesele olacaktır.

3.3.2. İnsan Haklarının Oynadığı Rol ve Yargısal Denetimde Devreye Girmesi

Genel Olarak

Yukarıda, insan haklarının, denetlenebilecek normlar ve denetim usulleri bakımından bir hukuki temel olmaktan ziyade, normal prosedürler içinde Birlik yargısı tarafından denetime tabi olan tasarrufların Kurucu Antlaşmalar çerçevesinde yapılan hukukilik denetiminde bir ***ölçü norm*** olarak işlev gördüğünü; diğer bir deyişle, **gerek Birlik gerek Üye Devlet tasarrufları için bir sınır teşkil ettiğini** söylemiştik. Dolayısıyla burada yapılacak olan iki şeyden biri, aslında, AB yargı düzeni içinde başta Adalet Divanı olmak üzere Birlik yargı organlarının denetimine tabi olan Birlik ve Üye Devlet tasarruflarını tespit etmek olacaktır.[1333] Ancak bunu yaparken yapılması gerekli bir şey de, insan haklarının bu denetim sistemi içinde nasıl bir rol oynayabileceğini, yani hangi ''an''larda devreye girebileceğini (yani ''ne işe yarayacağını'') tespit etmek olacaktır. İşte halihazırdaki alt-başlıkta bunu yapacak; *AB (İnsan Hakları) Hukukunda*

[1333] Ayrıca, özellikle Üye Devlet tasarruflarının yargısal denetime tabi tutulmaya başlanmasının, ilk olarak, insan hakları temelli davalar temelinde olmuş olmasına binaen, insan haklarının, denetimin bu kısmı bakımından (salt bir ölçü norm teşkil etmenin ötesinde) oynadığı özel bir rol de vardır; buna da değinilecektir.

insan hakları denetimine tabi normları incelemeden önce, insan haklarının bir ölçü norm olarak bu sistemde devreye girdiği noktaları tespit etmekle işe başlayacağız.

Birlik Yargısının Genel Anlamda Yargı Yetkisi

Avrupa Birliği Antlaşması, *Adalet Divanı (Court of Justice)*, *Genel Mahkeme* (General Court) ve diğer *ihtisas mahkemelerinden (specialized courts)* oluşan Birlik yargısının, ***Antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamasını*** öngörmüş (m.19/1, c.2) ve bu amaçla Üye Devletler, Birlik kurumları veya gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan davalara bakmaya, ulusal mahkemelerden Birlik tasarruflarının yorumlanması ve uygulanması ile ilgili gelen *ön-karar* taleplerini incelemeye ve Antlaşmalarda gösterilen diğer davalarda hüküm vermeye yetkili olduğunu (m.19/3) belirtmiştir. Divan'ın bakacağı davalar veya çözmekle yükümlü olduğu hukuki uyuşmazlıklar ise, ABİA'nın 258-273. maddelerinde sayılmıştır. Bunları, fazla ayrıntıya girmeden şu şekilde sıralayabiliriz:[1334]

- Bir Üye Devletin Antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle Komisyon (m.258) ve başka bir Üye Devlet (m.259) tarafından açılabilen davalar (**ihlal davaları**)[1335]
- Birlik kurum ve organlarının (AP, Avrupa Konseyi, Konsey, Komisyon ve Avrupa Merkez Bankası ve diğer tüm Birlik organ, ofis ve ajansları) hareket geçmeleri (karar almaları) gereken bir konuda, Antlaşmalara aykırı bir surette hareketsiz kalmaları üzerine açılabilecek davalar (m.265, **ihmal davaları**)[1336]
- Belli Birlik işlemlerine[1337] karşı hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle açılan davalar (m.263/1, **iptal davaları**) [1338]

[1334] Bu davaların, doktrinde belli gruplar halinde sınıflandırıldığına rastlamak mümkündür. Bu sınıflandırmalar için bkz.: Akgül, **a.g.e**., s.81. Ancak biz burada bütün açılabilecek davaları, herhangi bir snıflandırmaya tabi tutmadan verdik.

[1335] Ve ayrıca bu davalar neticesinde verilen kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde, Komisyon'un, para cezası uygulanması için Divan'a başvurabilmesini de (m.260/2), bu noktada ayrı bir hukuki prosedür (dava) olarak zikredebiliriz.

[1336] Bu davaları da, tüm Üye Devletler ile Birlik kurumları açabilirken; gerçek ve tüzel kişiler de, kendilerine hitaben bir karar alınmasını talep edip cevap alamadıkları veya olumsuz cevap aldıkları durumlarda bu davayı açabilirler (m.265/3).

[1337] Bunlar; yasama işlemleri (*legislative acts*); Konsey, Komisyon ve Avrupa Merkez Bankası'nın (tavsiye ve görüş dışındaki) işlemleri (yasama işlemi olsun olmasın); Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Konseyi'nin üçüncü kişiler için hukuki etkiler doğurmaya yönelik tasarrufları; Birlik organ, ofis ve ajanslarının yine üçüncü kişilere hukuki etki doğurmaya yönelik tasarruflarıdır.

- Antlaşmaların yorumlanması ve Birlik kurum ve organlarının işlemlerinin gerek geçerliliği gerekse yorumlanması amacıyla Üye Devlet mahkemelerinden yapılan başvurulara ilişkin davalar (**ön-karar prosedürü**, m.267)
- Birlik kurum ve organlarının hukuka aykırı olarak verdiği zararların tazmini amacıyla açılan davalar (**tazminat – tam yargı davaları**, m.268)
- Antlaşmaların ciddi şekilde ihlali neticesinde Üye Devletlere ABA m.7 uyarınca uygulanacak yaptırımlara ilişkin kararların denetimi için açılacak davalar (**siyasi yaptırım davaları**, m.269)
- Birlik ile personeli arasında doğan uyuşmazlıklardan doğan davalar (**personel – iş davaları**, m.270)
- Avrupa Yatırım Bankası tasarrufları ile ulusal merkez bankalarının Avrupa Merkez Bankası kararları bağlamındaki yükümlülüklerine ilişkin davalar (m.271)
- Birlik adına veya Birlik tarafından akdedilen bir sözleşmeye (özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme) konan tahkim hükmüyle yetkilendirildiği davalar (**sözleşmesel tahkim davaları**, m.272)
- Üye Devletler arasında Antlaşmalar kapsamında cereyan eden bir uyuşmazlığın, söz konusu Devletler arasındaki özel bir anlaşmaya binaen Birlik yargısına havale edilmesine ilişkin davalar (**ad-hoc tahkim davaları**, m.273)[1339]

Denetim Yetkisinin İnsan Haklarını Kapsaması

Bir bütün olarak Birlik yargısının yargı yetkisini; yani hangi tür dava ve uyuşmazlıklarda yetkili olduğunu bu şekilde sıralayabiliriz. Kaynağını, genel hukuk ilkeleri temelinde içtihattan ve Lizbon sonrası dönemde, buna ilaveten bir de Temel Haklar Şartı'ndan alan **temel hak ve özgürlükler, bu denetim yollarının hepsinde Divan'ın önünde bir ölçü norm, bir kriter olarak duran bir bloktur**. İptal, tam yargı, ihmal, ihlal, iş ve hakem davaları olarak kısaca gruplandırabileceğimiz bu hukuki yolların hemen hepsinde Divan, hem prosedürel anlamda hem de içerik olarak denetim

[1338] Bu davalar, söz konusu işlemin, yetkisizlik, *Antlaşmalarda öngörülen kabul edilme prosedürüne aykırılık*, *Antlaşmaların yahut herhangi bir hukuk kuralının ihlali* ve *yetki saptırması* nedenlerinden biri veya birkaçı yönünden hukuka aykırı olması gerekçeleriyle açılabilir (m.263/2). Dava açmaya yetkili olanlar ise, her zaman açabilecek olan Üye Devletler, AP, Konsey ve Komisyon (m.263/2) ile yetkilerini korumak amacıyla sınırlı olmak üzere Sayıştay (*Court of Auditors*), Avrupa Merkez Bankası ve Bölgeler Komitesi'dir (m.263/3). Gerçek ve tüzel kişiler de, söz konusu işlemin kendilerine yöneltilmiş olması yahut böyle olmasa bile doğrudan ve/veya bireysel bir menfaatleri bulunması halinde, iptal davası açabilirler (m.263/4).
[1339] İsimlendirmeler, tarafımızdan yapılmıştır.

yapabilmektedir. Özellikle içerik olarak yapacağı denetimde, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan hak ve özgürlükleri de aktif bir unsur olarak kullanmaktadır. Bu noktada ilk akla gelen, 263. maddede düzenlenen **iptal davaları** ile 267. maddede düzenlenen **ön-karar prosedürü davaları** bağlamında yapılan denetimde, insan haklarının bir ölçü norm olarak uygulanmasıdır. Ancak yukarıdaki alanları incelediğimizde, **maddi anlamda Antlaşmalara uygunluğun denetiminin bir şekilde yapıldığı her durumda, insan haklarının da devreye gireceğini** söyleyebiliriz. Çünkü daha önceden de çeşitli defalar söylediğimiz gibi, insan hak ve özgürlüklerine uygunluk, ABA m.6 uyarınca Birlik'in üzerine bina edildiği temel değerlerden biridir ve Birlik'in her türlü eylem ve işleminde gözetilmesi gereken bir olgudur; yani Antlaşma'nın bir parçasıdır. Diğer bir deyişle, bu hukuk sistemi içindeki her bir norm ve her bir tasarruf (eylem, işlem vs.), temel değer olan insan haklarına uygun olmalı ve uygun yorumlanmalıdır. Bu durum elbette Kurucu Antlaşmalar için de geçerlidir.[1340] Bu, herhangi bir Kurucu Antlaşma hükmünün veya Kurucu Antlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir hakkın, (AB hukuk düzeninde korunan) insan haklarına uygun yorumlanması yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir.

Böyle olunca, **Birlik yargısı da, denetim yetkisine sahip olduğu her durumda, yani yaptığı her denetimde, insan haklarını da, bir ölçü norm/unsur olarak kullanacaktır**. Birlik yargısının daha ilk zamanlardan beri temel görevi olarak Antlaşmalarda belirtilen ''hukukun uygulanmasını gözetme'' vazifesi ve burada ''Antlaşmalara ve mevzuata uygunluk'' şeklinde daraltıcı bir ifadeden ziyade ''hukuka uygunluk'' gibi geniş bir kavrama yer verilmiş olmasına yüklenen anlam ve bu ''hukuk'' kavramının içine Antlaşmalarda veya ikincil mevzuatta yazmayan içtihat yoluyla çıkarılacak birtakım evrensel kural ve ilkelerin dahil edilmesi, aslında insan haklarının, denetimde bir ölçü norm olarak işgal ettiği kapsayıcı ve geniş yeri de açığa çıkarmaktadır.[1341]

Birlik Yargısının Baktığı Davalar ve İnsan Hakları Denetimi

[1340] Tabii ki bu uygunluk, Kurucu Antlaşmalar bakımından belki bir geçerlilik/uygunluk ilişkisi şeklinde olmasa da; AB hukuk düzeninin anayasası sayılabilecek Kurucu Antlaşmaların bir nevi anayasa-üstü değerler olarak nitelendirilebilecek olan insan haklarına uygun yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.

[1341] Divan'ın da, müteaddit defalar belirttiği gibi, önüne, örneğin *ön-karar usulüyle* bir mesele getirildiğinde, kendisini, olayı çözebilmesi için insan hakları da dahil her türlü hususu ulusal mahkemeye sunmakla yükümlü addetmesi de, yine insan haklarının, genel yargısal denetim sisteminde bir ölçü norm olarak tuttuğu yeri göstermektedir.

Örneğin Divan, iptal davalarında bir tüzük, yönerge, karar vs. tasarrufun hukuka yani Antlaşmalara uygunluğunu denetlerken, tezin en başından beri gördüğümüz gibi, gerek genel hukuk ilkeleri olarak içtihadi planda gerekse Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı'nda güvence altına alınan hak ve özgürlük hükümlerini de dikkate alacak ve yukarıda değindiğimiz iptal sebeplerinin (yetkisizlik, Antlaşmalara aykırılık vs.) yanında, insan haklarını da (''Antlaşmaların veya bunların uygulanmasına yönelik herhangi bir hukuk kuralının ihlali'' temelinde), bir ölçü norm olarak yorumlayacak ve uygulayacaktır. Keza *ön-karar prosedüründe* de, Divan, yukarıda da gördüğümüz gibi, gerek Antlaşmaların yorumlanması (ABİA m.267/a) gerekse Birlik kurum ve organlarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumlanması noktasında Üye Devlet mahkemelerinden gelen somut dava temelli başvuruları incelerken; tüm bu yorum ve uygulama ameliyelerinde, insan haklarını (Kurucu Antlaşmaların yorumlanması dahi dahil olmak üzere), bir ölçü norm olarak kullanacaktır.

Keza Üye Devletlere veya Birlik kurumlarına karşı açılan ihlal (m.258-260) ve ihmal (m.265) davalarında da, yine Divan içtihatlarında ve Şart'ta güvence altına alınan hak ve özgürlükler, hiç şüphesiz söz konusu ihlal veya ihmalin değerlendirilmesinde bir kriter olacaktır. Bu hükümlerde geçen ''Antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali'' ve ''Antlaşmalara aykırı bir surette'' ifadelerinin, en başta ABA m.6'da temelini bulan insan haklarını da kapsadığında şüphe yoktur. Keza Birlik kurum ve organlarına karşı açılacak tazminat davaları için de benzer şeyler söylenebilir. ABİA m.268'in bu davalar bakımından atıf yaptığı 340. madde, Birlik'in sözleşmeden doğan (yani akdi) sorumluluğunun, sözleşmenin uygulandığı hukuka göre çözüleceğini söylerken; sözleşme-dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) bakımından ise, Üye Devlet hukuklarında ortak olan genel ilkelere atıf yapmaktadır. Bu genel ilkelerin, *AB Hukukunda* ortaya çıkış kökenleri bakımından benzerlik gösteren insan haklarını da kapsadığı rahatlıkla söylenebilir.[1342] ABİA m.270'te temelini bulan personel/iş davalarında da, özellikle ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi vs. temel haklar bakımından Divan'ın denetim yapacağı kuşkusuzdur. Hatta m.271'de düzenlenen Avrupa Merkez Bankası ve Avrupa Yatırım Bankası'nın faaliyetleri bağlamındaki davalar ile m.272-273'te düzenlenen tahkim ve özel anlaşmaya dayalı davalarda da, Divan, belki pratik olarak pek söz konusu olmayacaksa da, teorik olarak üstün norm niteliğindeki insan

[1342] Hatırlanacağı üzere, bu ifade, hukukun genel ilkelerinin Divan tarafından *Topluluk Hukukuna* entegre edilmesi sürecinde anayasal (yani Antlaşmalardan kaynaklanan) temellerden biri olarak zikredilmişti (bkz.: supra s.408).

haklarını da bir yorum unsuru olarak kullanabilir. Görüldüğü gibi, pratikte, *iptal, ön-karar, ihmal, ihlal* ve *tam yargı* davalarında daha ziyade söz konusu olabilecek olsa da, Divan, maddi anlamda Antlaşmalara uygunluk çerçevesinde kullandığı her türlü denetim yetkisinde,[1343] *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan hak ve özgürlükleri de, bir ölçü norm olarak yorumlayacak ve uygulayacaktır.

Ancak tabii ki bu hukuki yollar içinde, **iptal** ve **ön-karar davalarının** yeri başkadır. Nitekim yukarıda tarihsel gelişim kısmından da hatırlanabileceği üzere, AB'de insan hakları korumasının başlatılmasının, Topluluk normlarına ulusal anayasalardaki hak ve özgürlük güvenceleri temelli yapılan itirazların önce Adalet Divanı'nca reddedilmesi, fakat ardından kabul edilerek, insan haklarının da, bir denetim kriteri olarak benimsenmesi neticesinde olduğunu bilmekteyiz. Bugüne kadar tüzük, yönerge, karar vs. Topluluk/Birlik normlarının hukuka aykırılığının iddia edildiği birçok davada, davacılar, iddialarını hak ve özgürlük ihlallerine de dayandırmışlar; bu iddiaları, Topluluk/Birlik yargı organlarınca bazen kabul görmüş bazen kabul görmemiş, ancak daima bir ölçü norm olarak dikkate alınmıştır. Tüzük ve yönergeler gibi genel düzenleyici işlemlerin insan haklarına aykırılık gerekçesiyle iptal edilmesine sık rastlanmasa da,[1344] özellikle bireysel Topluluk/Birlik işlemlerine karşı açılan pek çok davada, söz konusu tasarruf, insan haklarına uygunluk yönünden incelenmiş ve kimi zaman da iptal edilmiştir. Yukarıda gerek kaynaklar gerek içtihadi haklar kataloğu bahsinden hatırlanacağı üzere, birçok hak ve özgürlük, Topluluk/Birlik organ ve kurumlarının almış olduğu bireysel işlemlere karşı açılan iptal davalarında ortaya çıkmıştır.[1345]

[1343] Belki bu yargı yetkisi konuları (yani davalar) bakımından insan hakları noktasında bir denetimin yapılmasının mümkün olmadığı tek konu, ABA 7. madde uyarınca alınan kararların hukuka uygunluk denetimi için ABİA m.269 temelinde açılan iptal davalarıdır. Zira m.269, bunların Divan tarafından yalnızca şekli olarak (yani kararın alınması için ABA m.7'de öngörülen şekil şartları yönünden) denetlenmesini öngörmüştür. Bunlar bakımından esasa dair bir denetim yapılamadığından, bu tür kararların insan hakları açısından denetlenmeleri de mümkün olmayacaktır. Bu durum, doktrinde zaman zaman eleştirilen bir konu olmuştur. Bizatihi aralarında insan haklarına saygının da bulunduğu birtakım temel değerlere aykırılık halinde Üye Devletlere yaptırım getiren kararların kendisinin insan haklarına uygunluk yönünden denetlenememesi eleştirilmiştir. Ancak buna karşılık, bu kararın yukarıda da gördüğümüz gibi, daha çok siyasi nitelikli bir karar olduğu ve dolayısıyla maddi anlamda yargı denetimine tabi olmamasının doğal olduğu da, bir başka yönden söylenebilir.

[1344] Craig, de Búrca, **op.cit**, p.372. Yazarlar, bu noktada insan haklarına aykırılık iddialarının genellikle kabul görmediği (yani somut olayda bir ihlalin tespit edilmediği) örneklere yer vermektedirler. Hatta Coppel ve O'Neill de, bir makalelerinde, bu durumun, Birlik'te insan haklarının ''ciddiye alınmadığını'' gösterdiğini söylemektedirler. Coppel, O'Neill, **op.cit,** pp.669-692.

[1345] Bilhassa rekabet davaları neticesinde ortaya konan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği, savunma hakları, adil yargılanma, cezai hükümlerin geriye yürümezliği, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi hak ve ilkeler, bunlardan sadece birkaçıdır. Yine özellikle Eylül 2001 döneminden

Keza *ön-karar prosedürü* de, bu anlamda oldukça önemli bir işlev görmüştür. Yine tarihsel gelişim kısmından hatırlanacağı üzere, Toplulukta insan hakları korumasının başladığı ilk davalar, hep ulusal mahkemelerin *ön-karar prosedürünü* işleterek Divan'dan belli hak ve özgürlükleri koruması taleplerinin söz konusu olduğu davalardır. Mülkiyet hakkının bir Topluluk hakkı olarak kabulüyle başlayan *Stauder* ve sonrası süreçte, birçok hak ve özgürlük, ulusal mahkemelerin, Divan'ı, *ön-karar prosedürü* ile bir anlamda taciz etmeleri neticesinde ortaya çıkmıştır. Nitekim bu dava türü, daima ulusal mahkemelerle Birlik yargısı arasında bir etkileşim ve köprü vazifesi görmüş ve *AB Hukukunun* her anlamda evrilmesi ve gelişmesinde büyük rol oynamıştır. İnsan haklarının ise, bu gelişmeden en büyük paylardan birini aldığı kuşkusuzdur.

Personel/iş davalarını da, bu noktada zikretmeden geçmemek gerekir. Yukarıda çeşitli vesilelerle dile getirdiğimiz hakların önemli bir kısmı da, personel davaları neticesinde bir Topluluk/Birlik hakkı olarak kabul görmüş ve uygulanmıştır. Bu durum, personel davalarının da, insan hakları denetiminin yoğun olarak yapıldığı bir dava türü olmasını sağlamıştır. İfade özgürlüğü, din özgürlüğü, özel hayat ve aile hayatının gizliliği ve ayrımcılık yasağı gibi bir çok hak ve özgürlük, yukarıda içtihadi katalog bahsinde de gördüğümüz gibi, personel davalarının ürünü sayılabilir.[1346]

İnsan Haklarının Devreye Girmesi

İnsan haklarının Birlik kurum ve organları ile Üye Devlet tasarruflarının bir sınırı olma rolü bakımından, insan hakları talepli denetim yolları ve hangi hukuki prosedürler sayesinde bunların korunacağı sorularına cevap verdikten sonra, şimdi de insan haklarının Birlik ve Üye Devlet tasarruflarında nasıl devreye girebileceğini; diğer bir deyişle insan hakları ihlallerinin nasıl söz konusu olabileceğini, yani *AB Hukukunda*

---

sonra birtakım organizasyonlara karşı gerek bağımsız olarak gerek BM yükümlülükleri çerçevesinde yoğun biçimde başvurulan anti-terör tedbirleri ve bu bağlamda malvarlıklarının dondurulması, uçuş yasağı konulması gibi tasarruflar neticesinde açılan davalarda verilen ihlal kararlarını da, bu anlamda örnek olarak gösterebiliriz. Kadı I (C-402-415/05 P); Kadı II (T-85/09); OMPI, PMOI I, PMOI II, KONGRA-GEL, Othman, Hassan, Sison, Al Aqsa I, Al Aqsa II gibi davalar, Divan ve (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nin – kimi bağımsız kimi de BM yükümlülükleri çerçevesinde alınan – bir dizi Birlik tasarrufunu, bilhassa savunma hakları ve mülkiyet hakkı olmak üzere, *AB Hukukunda* korunan hak ve özgürlüklere aykırılıktan iptal ettiği kararlardır. Craig, de Búrca, **op.cit,** pp.373-374.

[1346] Bkz.: Craig, de Búrca, **op.cit**, p.378.

korunan hak ve özgürlüklerin hangi hallerde/ne şekilde devreye girebileceğini ele almak gerekir.[1347] Bu bağlamda şöyle bir tabloyla karşılaşmak mümkündür:

- *Topluluk/Birlik Normlarının (Birlik Kurumları ve Üye Devletler Tarafından) İnsan Haklarına Aykırı Surette Yorumlandığı ve Uygulandığı İddiaları*
- *Topluluk/Birlik (Düzenleyici) Normlarının İnsan Haklarına Aykırı Olduğu İddiaları*
- *Üye Devletlerin Antlaşmalardan Kaynaklanan Yükümlülüklerini İnsan Haklarına Aykırı Surette Yerine Getirmedikleri İddiaları*

Topluluk/Birlik Normlarının (Gerek Birlik Kurumları Gerek Üye Devletler Tarafından) İnsan Haklarına Aykırı Surette Yorumlandığı ve Uygulandığı İddialarında

İnsan hakları ihlali iddiasının karşımıza çıkabileceği (ve dolayısıyla da Birlik yargısının müdahalesinin istenebileceği) bir hal, gerek Kurucu Antlaşmalar gerekse diğer ikincil (bireysel ve düzenleyici) normların, gerek Birlik kurum ve organları gerekse Üye Devlet (yargısal ve idari) makamları tarafından bu hukuk düzeninde korunan hak ve özgürlüklere aykırı surette yorumlandığı veya uygulandığı iddialarıdır. Yukarıda, hem tarihsel gelişim, hem de kaynaklar ve korunan hak ve özgürlükler (katalog) bahislerinde yer verdiğimiz davaların birçoğu, Konsey, Parlamento veya Komisyon gibi bir Birlik kurumunun yahut Üye Devlet mahkeme ve idari otoritelerinin, bir Kurucu Antlaşma, Birliğin tarafı olduğu bir uluslararası anlaşma veya tüzük ve yönerge gibi mevzuat hükümlerini iç hukuka aktarırken veya bireysel işlemler vasıtasıyla uygularken ya da yerel mahkeme önündeki bir davada yorumlarken, insan haklarına aykırı davrandıkları iddialarını içermektedir.

Örneğin, yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz *D and Sweden v Council* davasında, bir Topluluk çalışanının, aynı cinsten partneri için ilgili Personel Tüzüğü'nde öngörülen aile yardımından yararlanmak üzere yaptığı başvurunun, aynı cinsten birlikteliklerin bu tüzük bakımından evlilikle aynı sayılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine açılan davada, bu uygulamanın AİHS m.12'de güvence altına alınan evlenme hakkı ve m.8'de güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı

[1347] Ancak inmeden de belirtelim ki, burada, esas amacımız, hak ve özgürlüklerin somut olarak nasıl karşımıza çıkabileceğini göstermektir. O yüzden de, daha çok ''ihlal iddiaları'' üzerinde duracak; bu iddiaların somut olaylarda Divan tarafından haklı görülüp görülmediği veya hangi hak ve özgürlüklerin *AB hakkı* olarak kabul edilip uygulandığı gibi hususlara pek girmeyeceğiz (zaten bunları, bu bölümün bundan önceki iki kısmında – *kaynaklar* ve *katalog* – verdik).

haklarını ihlal ettiği ileri sürülmüş; *X v Commission* davasında,[1348] Avrupa Komisyonu tarafından açılan bir pozisyona atanabilmek için, ilgili Topluluk düzenlemesi uyarınca girmesi gereken sağlık testlerinde, kişinin rızası olmamasına rağmen Aids taraması da yapılması ve bunun, vücut bütünlüğüne ve ayrıca AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkına aykırılık teşkil ettiğini iddiası söz konusu olmuş; yine başka bir örnek olarak, 2001 tarihli *Connolly v Commission* davasında,[1349] bir Avrupa Komisyonu çalışanının Komisyon'dan ön-izin almadan bir kitap yayınladığı ve bu kitapta Topluluk kurumları için ağır ifadeler kullandığı gerekçesiyle görevinden uzaklaştırılmasına ilişkin olarak, bu tasarrufun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddia edilmiş; (yukarıda gördüğümüz) *Prais* davasında, bir pozisyona atama için Komisyon'un açtığı sınavın gününün, dini bayramına denk geldiği gerekçesiyle değiştirilmesi talebinin reddedilmesi üzerine bunun, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğu öne sürülmüş; (yine yukarıda değindiğimiz) *Orkem* davasında da, Komisyon'un, rekabet soruşturması kapsamında, ilgili işletmeden rekabete aykırı eylemde bulunduğunu gösterir sorular sorup cevaplar istemesinin, savunma haklarına aykırı olduğunu iddiası bağlamında insan haklarının devreye girmesi söz konusu olmuş; *Kadı* davalarında da, ismi, uluslararası terörizmle mücadele bağlamında teröre destek verenler listesine eklenen ve bu sebeple de malvarlığı dondurulup uçuş yasağı konan kişi, isminin listeye eklenmesi noktasında adil yargılanma ve etkili yargısal denetim hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş; *Martinez and Others v Parliament* davasında da,[1350] Parlamento'da grup kurma talepleri, Parlamento İçtüzüğü'ne aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilen bir grup Avrupa Parlamentosu milletvekilinin, söz konusu Parlamento tasarrufunun – diğer yönleri yanında – AİHS m.11'deki dernek kurma ve örgütlenme özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia ederek iptal davası açmaları söz konusu olmuştur.

Üye Devletlerin, bir Topluluk normunu insan haklarına ve dolayısıyla Antlaşmalara (ve dolayısıyla hukuka) aykırı surette iç hukuka aktardığı veya uyguladığı iddiaları da, bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 2006 tarihli *Laserdisken* davasında,[1351] davacı, bir yönergenin iç hukuka aktarılması bağlamında yapılan yasal düzenlemelerin iş hacminde önemli oranda düşüşe yol açtığını ve böylece telif ve ilgili

---

[1348] C-404/92 P, *X v Commission*, 5.10.1994, ECR 1994/I-4737.
[1349] C-274/99 P, *Connolly v Commission*, 6.3.2001, ECR 2001/I-1611.
[1350] T-222/99, T-327/99, T-329/99, Joined Cases, *Martinez and Others v Parliament*, 2.10.2001, ECR 2001/II-2823.
[1351] C-479/04, *Laserdisken*, 12.9.2006, ECR 2006/I-8089.

haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüş;[1352] *Promusicae'de* de,[1353] bir internet servis sağlayıcısının, bir dosya paylaşım sitesini kullanan kullanıcıların kimlik bilgilerini, bir Topluluk yönergesini iç hukuka aktaran ulusal mevzuat hükmünü gerekçe göstererek vermeyi reddetmesinin,[1354] ilgili AB yönergeleri ve bilhassa da, Şart'ta güvence altına alınan fikri mülkiyet hakkı (m.17/2) ile etkili başvuru hakkına (m.47) aykırı olup olmadığı gündeme gelmiştir. Divan'a göre; Üye Devletlerin mahkemeleri ve idari mercileri, yönergeleri iç hukuka aktaran ulusal tasarrufları uygularken, ulusal hukuklarını, sadece söz konusu yönergelerle uyumlu yorumlamak değil; aynı zamanda temel haklarla (ve diğer genel hukuk ilkeleriyle) çatışacak bir yorumu da benimsememek durumundadırlar (para.68).

Topluluk normlarını uygulama noktasında ise*, K.B.* davasında, bir kamu görevlisinin normalde kendi cinsiyetinden olmakla birlikte sonradan cinsiyet değiştiren ancak bu değişikliği ulusal mevzuat izin vermediği için resmi kütüğe işletemeyen bir kişiyle evlenmesinin, geçerli bir evlilik olarak görülmemesi üzerine açılan davada, Divan, meseleyi, diğer hususlar yanında, AİHS m.12'de güvence altına alınan **evlenme hakkı** üzerinden değerlendirmiş; yine yukarıda yer verdiğimiz *Spain v. United Kingdom (Gibraltar)* davasında, İngiltere'nin Cebelitarık'ta yaşayan kişilere, (AİHM'nin verdiği ihlal kararı doğrultusunda) 2003 yılında çıkardığı bir yasal düzenleme ile Avrupa Parlamentosu'nda oy kullanma hakkı vermesine, İspanya tarafından Kurucu Antlaşmalara aykırı olduğu gerekçesiyle dava açılması üzerine, mesele (AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te düzenlenen) serbest seçim hakkının korunması noktasından incelenmiştir.

Öte yandan, ulusal tasarruflar noktasında, Üye Devletlerin, özellikle, malların, hizmetlerin, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Kurucu Antlaşma hükümleri bağlamında aldıkları kararlar da, daima insan hakları denetimine tabidir. Bilindiği gibi, Antlaşmaların bu hükümleri, aynı zamanda bu serbestilere hangi hallerde sınırlama getirilebileceğine ilişkin ''ruhsatlar'' da içermektedir (bkz.: ABİA m.36, 45/3, 52/1). İşte Üye Devletlerin buradaki sebeplere dayalı olarak getireceği bütün sınırlamaların, hukuka uygun

---

[1352] Uyuşmazlık, ilgili yönergedeki tüketme kuralının, söz konusu Üye Devlet tarafından iç hukuka aktarılmasındaki yorumu ve bunun AB'de korunan insan haklarına (fikri mülkiyet hakkı) aykırı olduğu üzerinedir. (Yönerge'nin ilgili hükmünün düzenlemesi ve Divan'ın yorumu için bkz.: supra dipnot:1178.)

[1353] C-275/06.

[1354] İlgili İspanyol mevzuatı uyarınca, bu tür bilgiler, ancak bir ceza soruşturması kapsamında yahut kamu güvenliği ve milli güvenliğin gerektirdiği özel durumlarda verilebilmekte; hukuk davaları kapsamında ise, hiçbir şekilde paylaşılamamaktadır.

olabilmesi için AB'de korunan hak ve özgürlüklere uygun olması gerektiği, 1970'lerdeki *Rutili* kararından beri Divan tarafından ortaya konmuştur. Bu anlamda bu da, Antlaşmaların yorumu ve uygulanması kapsamında yapılan bireysel işlemlerde, insan haklarının devreye girmesinin tipik bir örneğidir. Yukarıda yer verdiğimiz *Omega, Schmidberger, Rutili, Wachauf, Carpenter, ERT* gibi davalarda hep, insan hakları bu rolüyle devreye girmiştir. İlginç olan nokta, bu davaların çoğu, temelinde, hak ve özgürlük ihlali yatan, daha doğrusu, doğrudan bir temel hak ve özgürlüğe müdahale şeklindeki davalar olmaktan ziyade, bir temel serbestiye dair hükümlerin uygulanmasının söz konusu olduğu davalar olsa da; meselenin halli (yani işin ucu), bir noktada temel haklara gelip dayanmış ve insan hakları, o noktada rolünü icra etmiştir.[1355]

Divan, temel haklarla temel (ekonomik) serbestiler arasında bir dengenin kurulmasının söz konusu olduğu bu gibi olaylarda, AİHM'nin meşhur tedrici testine benzer bir test uygulamakta; önce hukukun genel ilkelerinde veya Şart'ta (Lizbon sonrası, artık öncelikle Şart'a baktığını söylemiştik) düzenlenen bir hak veya özgürlüğün söz konusu olup olmadığını tespit etmekte; ardından söz konusu hakka somut olayda bir müdahale olup olmadığını incelemekte; ardından da (bilhassa Şart'taki haklar bakımından) Şart'ın hakların sınırlanmasını düzenleyen 52. madde hükmü bağlamında söz konusu sınırlamanın meşru olup olmadığını değerlendirmektedir. Tabii bu son aşamada, sınırlamanın kanunla öngörülmesi, hakkın özüne dokunmaması, orantılı ve

---

[1355] Mesela *Carpenter'*da, hatırlanacağı üzere, turist olarak İngiltere'ye gelen ancak vize süresinin bitiminde İngiltere'yi terk etmeyip bir süre sonra da bir İngiliz vatandaşıyla evlenen ve ardından da İçişleri Bakanlığı'na oturum izni için başvuran davacının talebinin reddedilmesi üzerine açılan davada, aslında temel soru, Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuatın hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerinin, somut olaydaki şartlar dikkate alındığında Carpenter'ın sınırdışı edilmesini yasaklayıp yasaklamadığıydı. Bu, elbette ki, temelde ilgili Kurucu antlaşma hükümleri ve eş bakımından da, özellikle ilgili yönerge ışığında cevaplanması gereken tipik bir serbest dolaşım meselesiydi ve Divan da, meseleyi, öncelikle bu minvalde inceledi ve bu normlardan, davacı için İngiltere'ye girme ve orada kalma hakkı çıkmayacağını söyledi. Fakat tam bu noktada, sınırdışı edilme halinde, **aile birliğinin bozulması** durumu da ortaya çıkacağından, meselenin ucu, bu yönü itibariyle temel hak ve özgürlüklere dokundu ve Divan, bu yönden de inceleme yaptı. Divan'a göre; sınırdışı edilme durumunda davacı ve kocasının ayrılması, hiç şüphesiz davacının kocasının hizmet sunması ve almasını olumsuz etkileyecek; davacının kocası, bu serbestiden tam anlamıyla ve özgürce yararlanamayacaktır. Dolayısıyla bu yönüyle sınırdışı kararı, hiç şüphesiz serbest dolaşımın sınırlanması anlamını taşımaktadır. Elbette ki (daha önceden de gördüğümüz gibi) Üye Devletler, serbest dolaşım hükümlerine sınırlamalar getirebilmektedir. Ancak yine bildiğimiz üzere, bu sınırlamalar, Divan tarafından temel hak ve özgürlüklere uygunluk yönünden denetlenmektedir. İşte tam bu noktada İngiltere'nin davacı hakkında aldığı sınırdışı kararının, Toplulukta korunan hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmiştir. Görüldüğü gibi, burada insan hakları, doğrudan alakalı olmadığı bir davada, meselenin halli, hak ihlalinin olup olmadığının araştırılmasına gelince devreye sokulmuştur. Aynı doğrultuda bkz.: *Akrich* kararı, supra s.528.

gerekli olması ve birliğin hedeflerini gerçekleştirmeye matuf olması gibi sınırları dikkate almaktadır.[1356]

Topluluk/Birlik (Düzenleyici) Normlarının İnsan Haklarına Aykırı Olduğu İddialarında

Yargısal denetim prosedürleri içinde insan hakları ihlallerinin iddia edildiği ve dolayısıyla da denetimin devreye girdiği bir başka hal de, bizatihi ikincil mevzuat dediğimiz AB (düzenleyici) normlarının insan haklarına ve dolayısıyla da Antlaşmalara/hukuka aykırı olduğu hallerdir. Örneğin, yukarıda yer verdiğimiz davalardan *Parliament v Council* davasında,[1357] (Üye Devlet topraklarında hukuka uygun olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları tarafından aile birleşimi hakkının kullanılmasına dair) bir Konsey yönergesinin[1358] bazı maddelerinin – diğer sebepler yanında – başta AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiş; 2001 tarihli *Netherlands v Parliament and Council* davasında[1359] da, biyoteknolojik icatların hukuken korunmasına dair (Parlamento ve Konsey ortak yapımı) bir yönergenin[1360] – diğer sebepler yanında – insan vücudunun belli kısımlarını patente konu edilebilir kılmasının insan onuruna aykırı olduğu iddia edilmiş ve mesele bu cihetle incelenmiştir. Bu örnekleri, çoğaltmak mümkündür. Hepsinde ortak özellik, bu sefer bir kurucu veya uluslararası antlaşma yahut bir düzenleyici işleme dayalı olarak yapılan bireysel bir tasarrufun insan haklarına (ve dolayısıyla hukuka) aykırı olmasından ziyade, bizzat düzenleyici işlemin kendisinin bu noktada bir aykırılık içerdiği iddiasıdır.

Üye Devletlerin Antlaşmalardan Kaynaklanan Yükümlülüklerini İnsan Haklarına Aykırı Surette Yerine Getirmedikleri İddialarında

Yine bu noktada insan haklarının devreye girdiği bir başka hal de, Üye Devletlerin bu sefer ihmal suretiyle bir insan hakkı ihlalinde bulunması halidir. Örneğin, 1989 tarihli *Commission v Germany* davasında,[1361] Komisyon, Almanya'ya karşı, ilgili

---

[1356] Bu noktada somut olaylar üzerinden bu testi nasıl uyguladığına ileride değineceğimizi söyleyip, burada, bu kısa açıklamayla yenitiyoruz.
[1357] C-540/03, *Parliament v Council*, 27.6.2006, ECR 2006/I-5769.
[1358] Council Directive, 2003/86/EC of 22 September 2003, O.J. 2003 L 251, p.12.
[1359] C-377/98, *Netherlands v Parliament and Council*, 9.10.2001, ECR 2001/I-7079.
[1360] O.J. 1998, L 213, p.13.
[1361] C-249/86, *Commission v Germany*, 18.5.1989, ECR 1989/1263.

Topluluk tüzüğünden kaynaklanan yükümlülüklerini – insan haklarına aykırı surette – yerine getirmediği iddiasıyla dava açmış ve Divan da, söz konusu Tüzüğün AİHS m.8'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı/ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini söyleyerek, söz konusu ''ihmali'' bu minvalde incelemiştir. Bunun gibi örnekleri artırmak da mümkündür. Bu gibi durumlarda da söz konusu olan, Üye Devletlerin (ve Birlik kurumlarının) bu sefer AB'de korunan hak ve özgürlüklere münafi bir şekilde Antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, ihmal etmeleridir.

Bitirirken

Görüldüğü gibi, hukukun genel ilkeleri ve Temel Haklar Şartı temelinde korunan hak ve özgürlükler, Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının bir sınırı olma şeklindeki esas rolünü, rutin yargısal denetim sürecinde burada yer verdiğimiz değişik formlarda oynamaktadır. İnsan hakları, kimi zaman bir Birlik kurumunun insan haklarına aykırı bir düzenleyici işlem (tüzük, yönerge vs.) kabul ettiği; kimi zaman mevcut bir Antlaşma veya mevzuat hükmünü insan haklarına aykırı surette yorumlayıcı bir bireysel işlem (karar vs.) yaptığı; kimi zaman da, Antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini, insan haklarına aykırı surette yerine getirmediği (ihmal ettiği) ve hatta kimi zaman da bizzat Birlik yargısının, bir normu insan haklarına aykırı şekilde yorumladığı ve uyguladığı iddiaları bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Keza Üye Devletlerin de, kimi zaman Kurucu Antlaşmalara ve ikincil mevzuata muhalif surette birtakım yasal, idari ve yargısal karar almaları; kimi zaman *AB Hukukunu* iç hukuka aktarırken bunu insan haklarına aykırı surette yaptıkları ve kimi zaman da, insan haklarına aykırı surette *AB (İnsan Hakları) Hukukundan* mütevellit bir yükümlülüklerini yerine getirmedikleri (ihmal ettikleri) iddiası şeklinde belirmektedir. Bunlar, kimi zaman doğrudan açılan iptal ve ihmal davaları, kimi zaman da ulusal mahkemelerde açılan davanın *ön-karar prosedürü* uyarınca Lüksemburg'a ulaştırılması vasıtasıyla gündeme gelmektedir. Ancak mühim olan, bu denetimin bir şekilde yapılması ve insan haklarının da bu denetimde ölçü bir norm olarak devreye girmesidir.

3.3.3. İnsan Hakları Denetimine Tabi Tasarruflar

3.3.3.1. Genel Olarak

İnsan haklarının *AB Hukukunda* yargısal denetim sürecinde ne şekilde devreye girdiğine böylece değindikten sonra, şimdi de, denetime tabi Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının neler olduğunu tetkike geçebiliriz.[1362] Bu noktada, Birlik ve Üye Devlet tasarrufları özelinde meseleyi incelemeden önce, genel olarak ***Birlik'in işleyiş ve karar alma sistemine*** değinmek gerekir. Burada *konu, yetki, hukuki araç ve usul şeklinde bir zincirden* bahsetmek mümkündür. Kurucu Antlaşmalar, belli konularda (enerji, tarım, rekabet, fikri haklar, dış ticaret, vize vs.) belli Birlik kurumlarını (Konsey, Komisyon, Parlamento gibi), belli prosedürlere (ortak karar, danışma, işbirliği vs.) uyarak, belli hukuki araçları (tüzük, yönerge, karar vs.) kabul etmek konusunda yetkilendirmiştir.[1363] Tabii, *Birlik Hukukunun* uygulanması noktasında, Birlik kurum ve organlarının yanında ikinci bir aktör olarak Üye Devletler de devreye girmektedir. Bu tablodan çıkan basit sonuç, öncelikle belli konuların/politika alanlarının *AB Hukukunun* kapsamına alındığı; sonra da, bu konulara ilişkin olarak, Birlik Kurumları ve Üye Devletler tarafından belli hukuki araçlar kullanılarak (düzenleyici ve bireysel) tasarruflarda bulunulduğudur.

Yargısal denetim ise, ***kullanılacak hukuki araca veya usule göre değil; hangi konuda düzenleme yapıldığına göre belirlenmektedir***.[1364] Diğer bir ifadeyle, Antlaşmalar, belli konularda çıkarılacak Birlik tasarruflarını, yargı denetimi dışında tutmuştur. İşte yargısal denetim, tamamen buna göre şekillenmektedir.

[1362] Belirtelim ki, burada, incelememiz, (ikincil kaynaklar dediğimiz) **mevzuat** üzerinden olacaktır. Birincil kaynakların, zaten denetime tabi olmadığı; yani herhangi bir Kurucu Antlaşma hükmünün yahut Birlik yargı organının içtihadi olarak ürettiği genel hukuk ilkelerinin, herhangi bir şekilde yargısal denetime tabi olmadığı, izahtan varestedir. AB hukuk düzeninde kural olarak yargısal denetime tabi olan, bir nevi AB'nin (düzenleyici ve bireysel) idari işlemleri sayılabilecek olan (ikincil) mevzuat hükümleridir.

[1363] Antlaşmalar, bir de, bunların kabul edileceği farklı usulleri öngörmüş; bu noktada da özellikle Lizbon'un bir yeniliği olarak ***yasama işlemi*** ve ***yasama niteliğinde olmayan işlemler*** (*legislative acts – non-legislative acts*) şeklinde bir ayrım yapmış (bkz.: ABİA m.289 vd.); hatta bunları da, kendi içinde farklı gruplara (*delegating acts*, *implementing acts* gibi) ayırmıştır (bkz.: ABİA m.290 ve 291).

[1364] Yani AB tasarruflarının kabul edilmesindeki bu usuli ve türsel ayrımlar, kabul etmede izlenecek hukuki yol, kabul edilen işlemin hukuki değeri ve muhatabı (Üye Devlet, gerçek kişi vs.) ve muhataba getirdiği yükümlülük gibi noktalarda farklılık oluşturmakla birlikte; ilgili işlemin yargısal denetimi noktasında pek bir önem taşımamaktadır. (ABİA m.263'te, Birlik yargısının yetki alanı sayılsa da, zaten bunlar, teorik anlamda tür olarak bütün işlemleri kapsamaktadır. Yani ayrım, yine ***konular üzerinden*** olmaktadır.)

Bu noktada genel olarak ifade etmek gerekirse, **kural,** hem Birlik kurum ve organlarının hem de Üye Devletlerin (tabii ki *Birlik Hukuku* kapsamındaki) **tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması**; yani hem bunların hukuka uygunluğunun denetlenerek hukuka aykırı ise iptal veya (üstünlük doktrininin de etkisiyle) ihmal etme suretiyle sistemden ayıklanabilmesi, hem de kişilere verilen zararlardan ötürü mali sorumluluğun söz konusu olmasıdır. Ancak **Antlaşmalar, belli konularda çıkarılan Birlik ve Üye Devlet tasarruflarını yargı denetimi dışında** bırakmıştır. Böyle olunca, Kurucu Antlaşmaların denetim dışında bıraktığı konularda çıkarılan tüzük, yönerge vs. işlemler veya alınan ulusal tedbirler, yargı denetimine tabi olmadığı için, haliyle insan hakları açısından da denetlenmeleri söz konusu olmamaktadır.

Yukarıda, tarihsel gelişim kısmında, *hukuki-siyasi-kurumsal gelişmeleri* ve bu bağlamda Kurucu Antlaşmaları görürken, iki alanda Topluluk yargısının yargı yetkisine birtakım sınırlamalar uygulandığını görmüştük. Bunlar, o zamanki üç sütunlu yapıdaki *adalet ve içişleri alanında işbirliği* ile *ortak dış politika ve güvenlik politikası* (ODGP) alanlarıydı. Bu alanlarda, Divan başta olmak üzere Topluluk yargısının yetkilerinin sınırlı olduğunu; diğer bir deyişle bu alanlara ilişkin çıkarılan Topluluk tasarruflarının yargı denetiminden muaf yahut da çok sınırlı olarak denetime açık tutulduğunu söylemiştik. Bu sütunlu yapının zaman içerisinde önemli değişikliklere uğradığını; gerek bu sütunlar kapsamındaki birçok alanın zamanla yargı denetimine açık olan birinci sütuna (Topluluklar sütunu) kaydırıldığını, gerek bu iki sütunun da, sınırlı da olsa, belli yönlerden tedricen yargı denetimine açıldığını da bilmekteyiz.

Lizbon Antlaşması ile gelinen halihazırdaki noktada ise, bu sütunlu yapının tamamen ortadan kaldırıldığını görüyoruz. Yeni yapıda, eskisi gibi ***Topluluklar sütunu*** (*supra-national pillar*) ve ***hükümetler-arası sütun*** (*inter-governmental pillar*) şeklinde bir ayrım kalmamıştır. **Bunun yargı yetkisi noktasındaki sonucu, Birlik yargısının artık kural olarak tüm alanları/konuları kapsaması; yani <u>yargı yetkisinin genel olmasıdır</u>**. Ancak eskiden *polisiye ve cezai konularda adli işbirliği* ile *ortak dış politika ve savunma politikası* kapsamında ayrı sütunlarda bulunan konular, yine – sütun şeklinde olmasa da – ayrı başlıklar (*title*) halinde (Lizbon sonrası) Antlaşmalarda düzenlenmektedir. Daha da ötesi, Antlaşmalar, bu konulardaki Birlik tasarrufları bakımından, yine ***sınırlı bir yargısal denetim*** kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, halihazırda, sütunlu yapı terk edilmiş olsa da, eskiden ikinci ve üçüncü sütunlarda yer alan konular – sayıları azaltılmakla birlikte – halen ayrı birer başlık olarak Antlaşmalar sistemi içinde yer almakta ve sınırlı bir yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Bugün için, bunlar;

- ***Birlik kurum ve organlarının tasarrufları bakımından ODGP***;
- ***Üye Devletlerin (Birlik Hukuku kapsamındaki) tasarrufları bakımından ise, cezai konularda adli ve polisiye işbirliği*** konularıdır.[1365]

3.3.3.2. Birlik Kurum ve Organlarının Tasarruflarının Bir Sınırı Olarak İnsan Hakları – Kural: Tam Denetim / İstisna: ODGP / İstisnanın İstisnası: Bireysel ODGP Kararları

İfade ettiğimiz gibi, kural olarak **tüm Birlik tasarrufları, Birlik yargısı tarafından hukuka uygunluk denetimine ve dolayısıyla da bu denetim esnasında insan haklarına uygunluk açısından denetime tabidir.** Ancak Antlaşmalar, *Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası* alanındaki birtakım tasarrufları, yargısal denetimden muaf tutmuş; böylece bunlar, insan hakları denetiminden de sıyrılmıştır. Fakat Antlaşmalar, bu noktada istisnasının istisnası sayılabilecek bir düzenleme de getirmiş ve bazı ODGP işlemlerini, ana kurala (yani yargısal denetime) tabi kılmıştır. Önce istisnayı, sonra da istisnanın istisnasını görelim.

İstisna: ODGP'de Yargı Denetiminin Yokluğu

ABİA'nın 275. maddesi, Adalet Divanı'nın ortak dış politika ve güvenlik politikasına (ODGP) ilişkin hükümler ve bu hükümler temelinde kabul edilen tasarruflar bakımından yargı yetkisine sahip olmadığını söylemektedir. Keza ABA'nın m.24/1 hükmü de, kural olarak bu alandaki konularda Birlik yargısının yetkili olmadığını söylemektedir. ODGP'ye ilişkin hükümler ise, AB Antlaşması'nın 23-46. maddeleri arasında düzenlenmektedir.[1366] İşte söz konusu 275. madde dolayısıyla, bu maddeler bağlamında kabul edilen Birlik tasarrufları, kural olarak yargı denetimi dışındadır; böyle olunca insan haklarına uygunluk yönünden de denetlenmeleri söz konusu değildir. Yargı

[1365] Fakat başlamadan bir hususu tekrardan hatırlatalım ki, gerek ABA m.2 ve 6 ve gerekse THŞ uyarınca, hem Birliğin hem de Üye Devletlerin tüm eylem ve işlemleri, genel hukuk ilkeleri ve Şart'ta güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygun olmak zorundadır. Bu anlamda, bazı Birlik ve Üye Devlet tasarrufları bakımından yargısal denetimin öngörülmemiş olması, bunların insan haklarına uygun olmak zorunda olmadıkları anlamına elbette ki gelmemektedir. Velhasıl, insan haklarına uygun olma durumu başka şey, bu uygunluğun yargısal denetim yoluyla denetlenmesi, pekala başka şeydir.

[1366] ''Birlik'in Dış Eylemlerine Dair Genel Hükümler ve Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasına Dair Özel Hükümler'' adlı V. başlığın ''Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası'' alt-başlıklı 2. bölümü (m.23-46)

denetimi dışında tutulan bu alana genel olarak baktığımızda, 24. maddeye göre; *Birlik'in OGDP konularındaki yetkisi, ortak bir savunma politikası çerçevesinin tedricen tesisi de dahil olmak üzere,* ***dış politikaya dair tüm alanları*** *ve* ***Birlik'in güvenliğine dair tüm meseleleri*** *kapsamaktadır.*[1367] İşte **Adalet Divanı'nın bu alana ilişkin yargı yetkisi, kural olarak yoktur.**

Burası, ilk bakışta, aktörleri devletler olan, diğer bir deyişle devletlerin kendi aralarındaki uluslararası politika ekseninde cereyan eden bir alan gibi gözükse de, özellikle terörle mücadele gibi alanlarda, yukarıda gördüğümüz üzere, bireyleri doğrudan etkileme ve böylece de hak ve özgürlüklerini ihlal etme potansiyeline sahip yetkiler barındıran bir ''alandır''. Belki de, bunun hukuk devleti ve insan hakları adına doğurabileceği tehlikeyi biraz olsun bertaraf edebilmek adına, ana kuralın (tüm işlemler için yargı denetimi) istisnası olan bu denetimsizliğe, aşağıda göreceğimiz birtakım sınırlamalar (yani bir nevi istisnanın istisnası) getirilmiştir.

İstisnanın İstisnası: Ana Kurala Dönüş – Bazı ODGP Alanlarında Yargı Denetiminin Açılması

ABA'nın m.24/1 hükmü, bu alana ilişkin Birlik tasarruflarının yargı denetimine tabi olmadığını söyledikten hemen sonra, aynı Antlaşma'nın 40. maddesine uygunluğun denetlenmesi ile ABİA m.275/2'de öngörülen belli kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından Birlik yargısının yetkili olduğunu söylemiştir. O halde

[1367] Birlik kurumları, bu alan kapsamında, uluslararası durumun gerektirmesi halinde operasyonel eylemde bulunmak; coğrafi ve tematik nitelikli belli bir konuya ilişkin Birlik olarak pozisyon almak; uluslararası örgütlerde aktif olarak yer almak; dış politika ve güvenlik politikası alanlarında Devletler ve uluslararası örgütlerle anlaşmalar akdetmek; Üye Devletler tarafından bu konulardaki faaliyetlerin yürütülmesi bağlamında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin korunmasına yönelik kuralları tespit etmek; Birlik'e, dış politika ve güvenlik alanlarında sivil ve askeri unsurları barındıran operasyonel kapasite sağlamak ve bu bağlamda barışın korunması, çatışmaların engellenmesi ve uluslararası güvenliğin güçlendirilmesi için yabancı topraklarda misyonlar teşkil etmek (askeri danışma ve destek, ortak silahsızlandırma operasyonları, insani yardım ve kurtarma faaliyetleri, kriz yönetiminde muharip güç görevleri) ve ortak bir savunma politikasının tedrici olarak hayata geçirilmesi için gerekli altyapıyı sağlamak gibi yetkileri icra edebilecektir. Ayrıca, 25. madde, Birlik'in bu politikayı hangi (hukuki) araçlarla uygulayacağına ilişkin olarak; *genel ilkeleri belirleme, Birlik tarafından üstlenilecek eylemleri, alınacak pozisyonları ve bu eylem ve pozisyonların uygulanmasına dair düzenlemeleri belirleyen kararlar kabul etme ve politikanın yürütülmesinde Üye Devletler arasnda sistematik işbirliğini güçlendirme*yi sıralamıştır. Prosedürler noktasında ise, bu alana iişkin tasarruflar, Antlaşmalarda aksi öngörülmedikçe Avrupa Koneyi (Liderler) ve Konsey (Bakanlar Konseyi) tarafından oybirliği ile belirlenir ve uygulanır. Ayrıca daha önceden değindiğimiz yasama tasarruflarının (legislative acts) kabulü, bu alanda söz konusu değildir. OGDP, Birlik'in Dış İşleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi (Yüksek Temsilci) ve Üye Devletler tarafından icra edilir ve AP ile Komisyon'un bu alandaki özel rolü, yine Antlaşmalarda belirlenmiştir.

ODGP'ye ilişkin olarak iki hususta istisnaen Adalet Divanı'nın yetkili olduğunu söyleyebiliriz.

- ABA m.40 hükmüne uygun hareket edilip edilmediği
- ABİA m.275'te öngörülen tasarruflar

ABA m.40

ABA m.40'a göre; *ODGP'nin uygulanması, ABİA m.3-6'da öngörülen Birlik yetkilerinin*[1368] *icrası için Antlaşmalarda öngörülen usullerin uygulanmasını ve kurumların yetkilerinin kapsamını etkilemeyecektir. Benzer şekilde, söz konusu maddelerde sıralanan politikaların uygulanması, bu bölüm altındaki Birlik yetkilerinin icrası için Antlaşmalarda öngörülen usullerin uygulanmasını ve kurumların yetkilerinin kapsamını da etkilemeyecektir*. Bu anlamda 40. madde, bir tür yetki çatışması hükmüdür. Söz konusu maddelerde düzenlenen konular, öyle veya böyle (münhasır, paylaşılmış vs.) AB'nin (ABİA kapsamında) yetkisinde olan konulardır ve bu alanlarda ABİA'da öngörülen usul ve mekanizmalar uygulanır. Ancak burada düzenlenen konulardan bazıları (örneğin ortak ticaret politikası, uluslararası kalkınma ve insani yardım gibi), ABA m.23-46 arasında düzenlenen ODGP'ye ilişkin konularla örtüşebilmektedir. İşte 40. madde, böyle bir durumda, karar alma mekanizmaları, kullanılacak hukuki araç vs. bakımlardan bir anlamda ABİA'nın uygulanacağını ve ODGP'deki hükümlerin bunlara halel getirmeyeceğini söylemektedir. 40. maddenin ne söylediğini gördükten sonra parantezi kapayıp, ABA m.24/1'in yargı yetkisi bakımından ne söylediğine dönmek gerekirse, *bu hüküm, bize, 40. maddeye uygunluğun Birlik yargısı tarafından denetlenebileceğini* söylemektedir. Bu, Divan'ın, ABA'daki ODGP konuları/yetkileri ile ABİA m.3-6'da sayılan ve dolayısıyla örtüşen ve bu itibarla da ABİA kapsamında kabul edilmesi gereken tasarrufların bu noktadaki denetimlerinin yapılacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir

[1368] Söz konusu maddeler, Birlik'in yetki haritasını çizmektedir. Antlaşma'nın benimsediği sistematikte, *Birlik'in münhasır yetkili olduğu konular* (ki bu alanlarda Üye Devletler kural olarak yetkisizdir; örneğin gümrük birliği, rekabet politikası, para politikası, su kaynakları ve biyolojik kaynakların korunması ve ortak ticaret politikası); *Birlik'in Üye Devletlerle ortaklaşa kullanabileceği, yani paylaştığı yetkiler* (örneğin; iç pazar, sosyal politika, tarım ve balıkçılık, çevre, tüketicinin korunması, ulaştırma, enerji, özgürlük-güvenlik ve adalet, araştırma, teknolojik gelişme ve uzay, kalkınma işbrliği ve insani yardım vs.) ve *Birlik'in Üye Devletlerin eylemlerini destekleme, koordine etme ve tamamlama şeklinde yetkisinin olduğu alanlar* (ki bu alanda asıl yetkili Üye Devletler olup, Birlik'in bahsedilen şekillerde ''tamamlayıcı'' yetkileri bulunmaktadır (örneğin; insan sağlığının korunması, sanayi, kültür, turizm, eğitim-mesleki eğitim-gençlik ve spor, medeni koruma ve idari işbirliği gibi). Birliğin bu üç türden biri şeklinde yetkisinin olmadığı (*purely internal*) konular ise, zaten AB Hukukunun kapsamı dışındadır.

deyişle Divan, ABİA kapsamında alınması gerekli bir kararın ODGP kapsamında görülerek bu hükümler kapsamında alınması halinde, bunu denetleyebilecek ve gerekirse işlemi yetki sakatlığı gerekçesiyle iptal edebilecektir. Bundan sonra ise, söz konusu tasarruf, ABİA kapsamında (oradaki hukuki araçlar ve usullerle) kabul edilmek durumunda olacak ve böylece de Divan'ın tam yargı denetimine (ve de ilgisi olduğu ölçüde haliyle insan hakları denetimine) tabi olacaktır.

Bu elbette ki, insan hakları adına olumlu bir düzenlemedir. Her iki alanda da (ABA'nın ODGP hükümleri ile ABİA m.3-6 hükümleri) örtüşebilecek konular vardır. Zaten ODGP alanı, hukuk devleti açısından eleştiriye açık bir şekilde Divan'ın yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Böyle olunca Birlik kurumlarının sehven veya yargı denetiminden kaçırmak maksadıyla her iki alana da girebilecek bir konuyu ODGP'ye sokarak buradaki usul ve mekanizmalar ile kabul etmesi ve böylece yargı denetiminden kaçırması olasılığına karşılık, Antlaşma, Divan'a, bu yetki noktasında bir denetim yetkisi vererek bir anlamda güvence sağlamaktadır. Bu, önemli bir alanın yargı denetimi altına sokulması bakımından genel anlamda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi adına elbette ki önemlidir. Ancak bu ''örtüşebilecek'' konuların insan hakları ile yoğun bir ilgisinin bulunup bulunmadığı; dolayısıyla yargı denetimine açılmış olmanın, bu yargı denetiminin bir parçası olan insan haklarına uygunluk açısından pratikte ne kadar etkisinin olacağı net değildir.

M.275/2'deki Haller

İnsan hakları noktasında asıl önemli istisna düzenlemesi, m.275/2'deki hallerin, ODGP kapsamında olsalar bile yargı denetimine tabi olmasıdır. ABİA m.275/2'ye göre; *Divan, ABA V. başlık 2. bölüm temelinde Konsey tarafından gerçek ve tüzel kişiler aleyhine kısıtlayıcı tedbirler getiren kararların hukuka uygunluğunu (gerçek ve tüzel kişilerin olağan dava açabilme koşulları bağlamında) denetleyecektir*. Buna göre, ABA'nın ODGP hükümleri bağlamında kabul edilmiş bir Birlik tasarrufu, eğer gerçek ve tüzel kişiler lehine kısıtlayıcı birtakım tedbirler öngörüyorsa, Divan, bunların hukuka (ve dolayısıyla genel hukuk ilkeleri ve Temel Haklar Şartı temelinde korunan hak ve özgürlüklere) uygunluğunu denetleyebilecek; yani m.263/4'teki şartlar çerçevesinde, bunlara karşı iptal davası açılabilecektir.

Hiç şüphesiz bu, hukuk devleti ve insan hakları adına oldukça önemli bir düzenlemedir. Hemen yukarıda ODGP alanında Birlik'in yetkilerine genel olarak

bakarken, bu alanın bireyleri ne denli etkileme potansiyeline sahip konularla dolu olduğuna değinmiştik. Temel hak ve özgürlükleri bu denli kısıtlama potansiyeli taşıyan hallerin yargı denetimine kapalı olması, hukukun üstünlüğüne dayalı olan bir siyasal toplumda kabul edilmesi mümkün bir durum değildir elbette. İstisnaya getirilen bu ''istisnalarla'', ODGP alanındaki yargı denetimsizliği, bir anlamda, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkilemeyen gerçekten siyasi addedilebilecek meselelere hasredilmiş olmaktadır.

Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, aslında biz, insan hakları alanında bir gelişme, bir yenilik ararken, genelde doğrudan hak ve özgürlük gibi kavramlara odaklanmaktayız. Ancak birey hak ve özgürlüklerinin korunmasının belki de birinci şartı, hukukun üstünlüğünün tam olarak sağlanmasıdır. İktidarın eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması şeklinde çerçevelenebilecek hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesinin temel güvencesinin ise, etkin bir yargısal denetim olduğuna şüphe yoktur. Birliğin özellikle eski III. ve terörle mücadele önlemlerinin artırılmasından sonra II. sütundaki yetkilerinin insan hak ve özgürlükleriyle ne kadar yakından ilgili olduğunu düşünürsek, aslında bu alanlarda yargısal denetimin ve bu anlamda yapılan değişikliklerin de, insan hakları adına o kadar önemli ve doğrudan etkili olduğunu görebiliriz.

3.3.3.3. Üye Devlet Tasarruflarının Bir Sınırı Olarak İnsan Hakları

3.3.3.3.1. Genel Olarak

Yukarıda tarihsel gelişim faslında da bahsettiğimiz gibi, *AB Hukukunda* insan haklarının bir ölçü norm olarak devreye girmesi, kronolojik bakımdan, önce Topluluk tasarrufları için söz konusu olmuş; Üye Devlet tasarruflarının da bu açıdan denetlenmeye başlaması, ilerleyen yıllarda gerçekleşmiştir. Topluluk tasarruflarının denetlenmesi, bu projenin daha ilk yıllarından itibaren Antlaşmalar sisteminin öngördüğü bir durumdur (ve insan haklarının bu noktadaki rolü, bilindiği gibi, denetimde bir ölçü norm olarak devreye girmek şeklinde olmuştur). Oysa Üye Devlet tasarruflarının Topluluk/Birlik yargısınca denetlenmesi, o zaman da, halen de, Antlaşmalarda açıkça öngörülmüş bir durum değildir. Esasen egemenlik noktasında bunun olması da düşünülemez. Zaten yukarıda gördüğümüz Birlik yargısının yargı yetkisine giren

konulara bakıldığında da, Üye Devletlerin (adli mercilerinin) kendi rızalarıyla işlettikleri ve herhangi bir ulusal tasarrufun iptal edilmesi sonucunu doğurmaya da muktedir olmayan *ön-karar prosedürünü* saymazsak, ulusal tasarrufların denetlenmesine yönelik herhangi bir mekanizmanın veya hukuki yolun mevcut olmadığını görebiliriz.

Bir Üye Devlet tasarrufunun Birlik yargısınca doğrudan bir hukukilik denetimine tabi tutulması konusunda durum bu olmakla birlikte; bu hukukun asıl uygulayıcılarının ulusal makamlar olması gerçeği karşısında, Topluluğun/Birliğin tabi olduğu insan hakları standartlarının, en azından bu hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yerel uygulayıcılar olan Üye Devletler için de geçerli olması fikri doğmuştur. Bu ise, zamanla *Topluluk/Birlik Hukukunun* ulusal planda uygulanması (yani örneğin bir Topluluk tüzüğü kapsamında enerji alanında bir işletmeye ruhsat verilmesi; yahut bir çiftçiye tarımsal bir kota uygulanması gibi) söz konusu olduğunda, asıl dayanak normların (Birlik tasarrufları) tabi olduğu insan hakları standartlarının, uygulama boyutu/normları (Üye Devlet tasarrufları) için de geçerli olması gereği ileri sürülmüştür.[1369]

Bu da, *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarının da, Divan tarafından doğrudan bir denetime tabi tutulması şeklinde değil belki ama, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan hak ve özgürlük güvencelerine uygun olması mecburiyetini ve bu mecburiyetin de uygun hukuki prosedürler[1370] ile denetiminin yapılması yönündeki gelişmeyi doğurmuştur. İnsan hakları ise, burada özel bir rol oynamış ve (Topluluk tasarruflarının denetiminde olduğu gibi) salt bir denetim kriteri/ölçü norm olmanın ötesinde, *Topluluk Hukuku* kapsamındaki ulusal tasarruflarının bizzat denetimine dair bir *hukuki temel işlevi* de görmüştür. Çünkü ulusal tasarruflarının Topluluk/Birlik yargısınca değerlendirmeye tabi tutulması, bizzat insan haklarına uygunluğu sağlama kaygılarıyla ortaya çıkmıştır.

Ulusal tasarrufların denetimi, hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistemde yargısal denetim boşluğunun doğmaması açısından da önemlidir. Üye Devletlerin, birçok alanda Birlik'in ajanları ve yerel uygulayıcıları olma rollerini düşündüğümüzde, Birlik, birçok konudaki yetkisini kendi değil, Üye Devletler eliyle kullanmaktadır. Bunların yargı

[1369] Aynı doğrultuda bkz.: Doğan, **op.cit**, p.67.

[1370] Bu süreçte, Topluluk/Birlik yargısına, bunları söyleme ve bu gelişmeyi tesis etme imkanı veren hukuki aracın ise, *ön-karar prosedürü* olduğunu, tekrardan hatırlatalım. Genelde bir ulusal mevzuat hükmünün herhangi bir Topluluk normuyla bağlantılı olduğu durumlarda söz konusu her iki normun da nasıl yorumlanması gerektiği noktasında ulusal mahkemelerden yapılan başvurular, Divan için, bir şekilde ilgili ulusal tasarrufu da, insan hakları süzgecinden geçirme ve o normun Topluluk/Birlik insan hakları standartlarına uygunluğu açısından gerekli kriterleri koyma fırsatı olarak değerlendirilmiştir.

denetimine tabi olmamasının ise, bir denetim boşluğu doğuracağı şüphesizdir.[1371] Bu boşluğun doldurulması adına başlatılan denetim ise, 1970'lerden başlayan bir sürecin ürünüdür.

Wachauf Kararına Giden Süreç: Rutili ve Regina v Kirk Kararları

Bıraktığımız yerden devam etmek gerekirse, bu gelişmenin başlangıcı olarak genelde 1989 tarihli *Wachauf* kararı gösterilse de, bunu bir süreç olarak görebiliriz. Divan, ilk olarak yukarıda da yer verdiğimiz 1975 tarihli *Rutili* kararında, bir ulusal tasarrufun o zamanki AET Antlaşması m.48/3'teki ''kamu düzeninin haklı kıldığı sebepler'' ifadesindeki ''haklılık'' kriterini karşılayıp karşılamadığı sorunu bağlamında, gerek söz konusu Antlaşma hükmündeki ve gerekse ona dayanılarak çıkarılmış (sınırlama sebeplerinin uygulanmasına ilişkin) tüzüklerdeki sınırlama sebeplerinin, AİHS'nin ilgili hükümleri ve bu hükümlerde sınırlamanın bir sınırı olarak yer alan **demokratik toplumda gereklilik kriterine uygun olması** gerektiğini söylemiştir (para.32). Bu, bir anlamda, *Topluluk Hukukunun* uygulamasına yönelik ulusal tasarrufların bu hukuk düzenince korunan hak ve özgürlüklere uygun olması gerektiğinin ilan edilmesiydi.[1372] Bu denetimin dört başı mamur olarak ortaya konduğu *Wachauf* kararından önceki bir adım da, 1984 tarihli *Regina v Kirk* kararıdır. Bu kararda Divan, ilgili Topluluk tüzüğünün, balık avlama yasağına ilişkin olarak getirdiği 10 yıllık geçiş süresinin Üye Devletlerce bir 10 yıl daha uzatılmasına izin vermesinin, bir Üye Devlete ceza niteliğindeki düzenlemeleri geçmişe etkili olarak uygulama yetkisi vermeyeceğini; zira bunun hem Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak bir ilke olduğunu hem de AİHS m.7'de düzenlendiğini söylemiştir.[1373]

[1371] Henckaerts, **op.cit**, p.236.

[1372] Dava, hukukun genel ilkeleri bağlamında görülen bir hak ve özgürlük davası olmaktan ziyade, AET Antlaşması'nın belli spesifik hükümleri etrafında cereyan eden bir davadır ve bu yüzden de bu sürecin (ulusal tasarrufların insan hakları denetimine tabi tutulması süreci) başlatıcısı ünvanını alamamıştır. Ancak Divan'ın (zaten ilgili Antlaşma ve ikincil mevzuat hükümleri uyarınca ulaştığı sonucu desteklemek için de olsa), Üye Devletlerin bu temel serbestilerden (serbest dolaşım hükümlerinden) saparken (yani bu hükümlere kamu düzeni vs. sebeplerle sınırlamalar getirirken) AİHS'nin benzer hükümlerinde öngörülen demokratik toplumda gereklilik ölçüsünün bir kriter olarak dikkate alınacağını söylemesi, bahsettiğimiz bu sürecin bir anlamda ilk köşe taşı olmuştur.

[1373] Divan, cezai hükümlerin geçmişe yürütülememesi ilkesini, bir temel hak olarak nitelememiş; sadece ulusal hukuklarda ortak olduğunu ve AİHS'te düzenlendiğini söylemiştir. Bu yüzden de dava, saf bir temel hak davası olarak ün kazanmamıştır. Ayrıca dava, bir *ön-karar prosedürü* çerçevesinde, ***bir Topluluk normunun*** yorumu noktasında cereyan etmiştir. Bundan dolayı da, ulusal tasarrufların bir sınırı olarak insan hakları şeklindeki gelişmenin başlangıcı *Wachauf* davasına kalmış olsa da; *Regina v Kirk kararı*, bu anlamda Topluluk normlarının uygulanması

Topluluk Hukuku kapsamındaki ulusal tasarrufların bu hukuk düzeni tarafından korunan (Topluluğun kendisinin de tabi olduğu) hak ve özgürlüklere uygun olması gerekliliğinin net biçimde ortaya konulması ise, 1989 tarihli *Wachauf* kararıyla[1374] olmuştur. Önce *Hukuk Sözcüsü* Jacobs, davaya ilişkin görüşünde, Üye Devletlerin, *Topluluk Hukuku* altında verilen yetkilerin kullanılması bağlamında hareket ederken, insan haklarına saygı ilkesi bakımından, Topluluk kural koyucuları ile aynı sınırlamalara tabi olması gerektiğini söylemiş;[1375] ardından da Divan, kararında, temel hakların korunmasına ilişkin Topluluk normlarının uymak zorunda olduğu gerekliliklerin, Topluluk kurallarını uygularken Üye Devletler için de bağlayıcı olduğunu ve bu itibarla da Üye Devletlerin mümkün mertebe o kuralları söz konusu gerekliliklere uygun biçimde uygulamak zorunda olduğunu belirtmiştir (para.19).

Böylece Üye Devletler de, ***Topluluk/Birlik Hukukunu uygularken (yani bu hukukun kapsamında iken)***, bu hukuk düzeni tarafından korunan ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle bağlı olacaktır. Ulusal makamlara yönelik bu yükümlülüğün denetimi ise (iptale varan bir denetim olmamak şeklinde), *ön-karar prosedürü* uyarınca yerel mahkeme önündeki somut bir davada uygulanan ulusal normların yorumlanması temelinde gerçekleştirilecektir. Tabii bu gelişme, başka soruları da beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri ve belki de en mühimi, Üye Devletlerin tasarruflarının hangi hallerde *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamında olduğu sorusudur. Zira, ancak *Topluluk/Birlik Hukuku* kapsamındaki ulusal tasarruflar için yapılan ön-karar başvurularında, Divan, bunları, insan hakları (veya başka herhangi bir hukuk kuralı) çerçevesinde denetleyecektir.

3.3.3.3.2. AB Hukuku Kapsamındaki Ulusal Tasarruflar

Bugüne kadarki içtihatlardan, Üye Devletlerin genel olarak üç şekilde *AB Hukuku* kapsamında hareket ettiği; yani üç halde Üye Devletlerin işlem ve eylemlerinin *AB*

---

bağlamındaki ulusal tasarrufların insan haklarına aykırı yorumlanamayacağını ortaya koyması yönüyle *Wachauf*'ya giden yolun taşlarını döşeyen bir karardır.

[1374] C-5/88, *Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 13.7.1989, ECR 1989/2609.

[1375] C-5/88, *Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Opinion of Mr. Francis Jacobs of 27.4.1989, ECR 1989/2622, para.22.

Hukukunun kapsamında (olan işlem ve eylemler) olarak değerlendirildiği söylenebilir. Bir Üye Devlet;

- ulusal makamları, Birlik'in (bir yürütme organı gibi) Antlaşmalar ve ikincil mevzuattaki politika ve normlarını yürütürken (icra ederken);
- ulusal makamları, *Birlik Hukuku* tarafından düzenlenen bir alanda tasarrufta bulunurken ve
- ulusal makamları, Antlaşmalardan kaynaklanan hakları (örneğin temel serbestiler) sınırlandırırken

AB Hukukunun kapsamında bulunmaktadır.[1376]

Üye Devlet Mercilerinin Birlik'in Bir Yürütme Organı Gibi Birlik Politika ve Normlarını Yürütmesi (İcra Etmesi)

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, AB Hukuku ve politikalarının asıl yürütücüleri, Üye Devletler, yani ulusal otoritelerdir. Zira Birlik, klasik anlamda egemen bir devlet yapılanması değildir ve bir ülkesi de yoktur. Oluşturduğu hukuk ve politikalar, ulusal ölçekte icra edilmeye matuftur. İşte ulusal makamlar, bir nevi yürütme organı gibi bu hukuk (yani norm) ve politikaları kendi ülkelerinde icra ederken, elbette ki, bu hukukun kapsamındadır ve bu meyandaki bütün eylem ve işlemleri de – elbette ki kendi anayasal

[1376] Lawson, **op.cit**, p.225. Doktrinde farklı gruplandırlamalara rastlamak mümkündür. Örneğin Craig ve de Búrca, Üye Devletlerin *AB Hukuku* kapsamındaki tasarrufları bakımından, ''insan haklarının korunması temelindeki AB mevzuatının uygulanması''; ''AB'nin bir ajanı olarak hareket edilmesi'' ve ''Birlik normlarından sapmalar veya Birlik haklarının sınırlanması'' şeklinde bir sınıflandırma yapmaktadır. Craig ve de Búrca, **op.cit**, pp.382 vd. Aslında bu sınıflandırmada ikinci ve üçüncü gruplar, bizim yukarıda yaptığımız sınıflandırmadaki birinci ve üçüncü gruplarla hemen hemen aynı durumları karşılamaktadır. Craig, de Búrca'nın yaptığı sınıflandırmadaki ilk grup ise, gerçekten dar bir alana ilişkin olup; bizim esas aldığımız sınıflandırmanın mimarı Lawson tarafından daha geniş olarak diğer gruplar içinde ele alınmıştır. (Yani Lawson'ın diğer gruplar içinde mütalaa ettiği bu spesifik hal, Craig-de Búrca tarafından ayrı bir ''AB *Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarrufu'' şekli olarak verilmiştir diyebiliriz.) Farklı bir gruplandırma da şöyle yapılmıştır: Bir Üye Devlet Hukukunun Topluluk Hukuku ihlalleri için bir başvuru yolu tanımamış olması, Üye Devletin Topluluk Hukukunu Sözleşme'deki haklara aykırı uygulaması ve Topluluk Hukukundan farklılaşan Üye Devlet hukukunun Sözleşme'deki hakları koruyan Topluluk *Hukukuna* aykırı olması. Ayrıntı ve somut örnekler için bkz.: Flaherty, Lally-Green, **op.cit**, p.319. Yine Lindfelt de, bu noktada ikili bir sınıflandırma yapmaktadır: Üye Devletler, Topluluk Hukukunu uyguluyorken (ve bu bağlamda, Topluluğun bir ajanı yahut icra organı gibi hareket ederken) ve Üye Devletler, Topluluk Hukukundan sapma yaparken (yani Antlaşmalarda ve mevzuatta öngörülen sınırlamalara başvururken). Lindfelt, **op.cit**, pp.76-77. Bunlardan ilki, bizim kabul ettiğimiz yukarıdaki sınıflandırmada *Wachauf* ve *Karlsson* kararlarıyla ortaya koyacağımız çizgiyi; ikincisi ise, *ERT* kararıyla temsil edilen çizgiyi karşılamaktadır.

ve uluslararası yükümlülükleri yanında – söz konusu hukukun kurallarına ve bu bağlamda bu hukuk düzenince korunan temel hak ve özgürlüklere uygun olmak zorundadır. Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Wachauf* kararı, bunun güzel bir örneğidir.[1377] Ortada süt üretimi yapan çiftçilere üretime devam etmeme durumunda bir miktar parasal destek verilmesine dair bir Topluluk tüzüğü vardır. Ancak bu tüzük uyarınca, koşulları taşıyan çiftçilere destek verilmesi, tabiidir ki, ulusal makamların yürüteceği bir projedir. Nitekim her Üye Devlette, bu tüzüğün uygulanma usul ve esaslarını belirleyen yasal ve idari düzenlemeler mevcuttur. Alman makamları da, böyle bir destek için başvuran davacının başvurusunu kabul etmemiş; davacı da, bunun üzerine, bu kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yerel mahkemede dava açmış ve olay, *ön-karar prosedürü* uyarınca Divan'ın önüne gelince, mülkiyet hakkı bağlamında insan haklarına uygunluk açısından da incelenmiştir. Görüldüğü gibi, burada, bir Topluluk normunun Üye Devletlerce bir yürütme organı gibi icra edilmesi söz konusudur ve bu icra bağlamında yapılacak tüm ulusal tasarruflar da, işte AB'de korunan hak ve özgürlüklere uygun olmak zorundadır.[1378]

Üye Devlet Mercilerinin AB Hukuku Tarafından Düzenlenen Bir Alanda Tasarrufta Bulunması

Yukarıdakine benzer bir hal de, Üye Devlet otoritelerinin *AB Hukuku* tarafından düzenlenen bir alanda tasarrufta bulunmasıdır. Bilindiği üzere, bilhassa Birlik yasaması tarafından çıkarılan yönergeler, ulusal otoritelerce kendi hukuk sistemlerine aktarılır ve uygulanır. Bu halde de ilgili Üye Devlet, *AB Hukukunun* kapsamındadır ve bu aktarım ve uygulama tasarrufu – ilgili AB normu bu konuda herhangi bir düzenleme, yükümlülük vs.

[1377] Lawson, **op.cit,** p.225.

[1378] Örneğin yakın tarihli bir örnek olarak *PPU* davalarında (C-400/10, C-491/10), uyuşmazlık konusu 2201/2003 sayılı Tüzük, çocukların aileye iadesi ve anne-baba arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne dair kurallar getirmektedir. Fakat doğrudan uygulanabilen ve etkili bu Tüzüğe göre somut olaylarda kararlar almak, elbette ki, Üye Devlet adli ve idari mercilerine düşmektedir. İşte burada da, ulusal idari ve adli merciler, bir AB normunun uygulanmasında bir nevi yürütme organı gibi işlev görmektedir ve bu işlevleri kapsamındaki tüm tasarruflarında da, AB'de korunan hak ve özgürlüklere (somut olayda aile hayatına saygı ve özel hayatın gizliliği ile çocuğun haklarının korunması arasındaki dengenin kurulmasına) uygun hareket etmekle yükümlüdür. Elbette bu örnekleri alabildiğine çoğaltmak mümkündür; nitekim tezin buraya kadarki kısımlarında farklı vesilelerle yer verdiğimiz pek çok davada bu durum söz konusudur.

içermese bile – bu hukuk düzenince korunan hak ve özgürlüklere uygun olmak durumundadır.[1379]

Burada, (yukarıdaki dipnotta ayrı bir grup olarak verilebileceği söylediğimiz) Üye Devletlerin insan haklarının korunması temelindeki Birlik mevzuatını uygulaması durumunu da zikredebiliriz. Örneğin (*kaynaklar* ve *katalog* bahislerinde) yer verdiğimiz *Johnston v Chief Constable* davasında,[1380] İrlanda'da, kadın polislere silah verilmemesi ve zaruri haller dışında da bu hizmette yalnızca erkeklerin istihdam edilmesi şeklindeki ulusal tasarrufun, istihdam ve çalışma koşulları bakımından kadın-erkek arasında eşit muameleyi öngören 76/207 sayılı Topluluk Yönergesi'ne uygunluğunun incelenmesi istenmiş ve bu bağlamda ilgili bakandan alınan bir belgenin, o ulusal tasarrufun kamu güvenliğini korumak amacı taşıdığı konusunda kesin delil olarak kabulünün, mahkemelerin o ulusal tasarruf üzerinde yargısal denetim icra etmesini engellediği iddia edilmiştir. Burada görüldüğü gibi, bireylerin belli bir konudaki hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan bir Topluluk normunun uygulanması bağlamındaki bir ulusal tasarrufun temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu iddiası söz konusudur.

Örneğin, Divan, *Veri Koruma Yönergesi* (95/46) ve ilgili Tüzük (45/2001) hükümlerinin, AİHS'te korunan özel hayatın gizliliği hakkını yansıttığını ve dolayısıyla da, bu Birlik normları çerçevesinde yapılacak ulusal düzenlemelerin, bu hak ışığında yorumlanması gerektiğini söylemiş;[1381] iltica başvurularının kabulüne ilişkin asgari

---

[1379] Doktrinde Craig, de Búrca'nın verdiği bilgiye göre; örneğin Divan, *Kara Para Aklama Yönergesi*'nin uygulanması bağlamında adil yargılanma hakkına (C-305/05); *Şirket İçi Kapalı Satışlar Yönergesi*'nin uygulanması bağlamında masumiyet karinesine (C-45/08); *Kamu İhaleleri Yönergesi*'nin uygulanması bağlamında getirilecek denetim usullerinin savunma haklarına (C-450/06); *Aile Birleşimi Yönergesi'*nin uygulanması bağlamında getirilecek ulusal uygulama tedbirlerinin (AİHS'te güvence altına alınan) aile hayatına saygı hakkına uygun olması gerektiğini söylemiş (C-578/08); *Mültecilik Başvurularının Değerlendirilmesine dair Yönerge'*nin uygulanması bağlamında ulusal makamlarca bir kimsenin eziyet görme riskinin değerlendirilmesinde, kişisel özgürlük ve vücut bütünlüğü hakkının dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiş (C-175-179/08); *Evrensel Hizmet Yönergesi*'nin uygulanması bağlamında ifade özgürlüğü ve bu bağlamda medya çoğulculuğunun (C-336/07); *Tıbbi Ürünlerin Reklamının Yapılmasının Yasaklanmasına dair Yönerge* bağlamında yine ifade özgürlüğünün korunmasına (C-421/07); *E-ticaret, Fikri Mülkiyet ve Elektronik Haberleşmeye dair yönergelerin* iç hukuka aktarılmasında, mülkiyet, verilerin gizliliği ve özel hayatın gizliliği gibi haklar arasındaki uzlaşma ve dengenin sağlanması gerekliliğine (C-275/06) vurgu yapmıştır. Keza Divan, bir ulusal gazete tarafından vergi bilgilerinin kamuya açıklaması bağlamında, ifade özgürlüğü ve gizlilik haklarının (özelde veri koruma) uzlaştırılması ve dengelenmesi gerektiğini söylemiş (C-73/07); yine başta *AB Tutuklama Emri (European Arrest Warrant)* olmak üzere *AB Ceza Hukuku* bağlamındaki ulusal tasarrufları, hep bu minvalde denetlemiştir. Craig, de Búrca, **op.cit,** pp.383-384.

[1380] C-222/84.

[1381] **Ibid.** p.382. Yazarların atıf yaptığı Divan kararları, C-465/00, 138/01, 139/01, Joined Cases, paras.70-72; C-28/08 P; C-73/07.

standartları belirleyen 204/83 sayılı Yönerge bağlamındaki bir davada da,[1382] uyuşmazlık konusu Yönerge hükümlerinin insan haklarına uygun olarak yorumlanması gerektiğini söyleyerek (para.28), bu çerçevede alınacak tüm ulusal tedbirlerin söz konusu hak ve özgürlüklere uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla bütün bu Topluluk/Birlik normlarının gerek yasal ve idari düzenlemelerle iç hukuklara aktarılması gerekse iç hukuklarda yargı organlarınca uygulanması bağlamında ortaya çıkacak ulusal tasarruflar, ***AB Hukukunun kapsamındaki ulusal tasarruflardır*** ve bu yönüyle de, insan haklarına uygun olmak zorundadır (ve bu uygunluk, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Birlik yargısı tarafından denetlenecektir).[1383]

Son olarak yine yukarıda değindiğimiz *Mangold* davası da,[1384] bu minvalde güzel bir örnektir. Hatırlanacağı üzere, davaya konu olaylarda, 56 yaşındaki davacı, davalı ile belirli süreli (8 aylık) bir iş sözlemesi yapmış; ancak sırf yaştan dolayı belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesine imkan veren Alman mevzuatının ilgili AB mevzuatına aykırı olduğu gerekçesiyle ulusal mahkemeler önünde dava açmış ve mesele, *ön-karar* usulüyle Divan'a intikal ettirilmiştir. Her zamanki gibi, bu iddianın incelenebilmesi için, öncelikle Almanya'nın bu yasal düzenleme ile ortaya koyduğu ulusal tasarrufun AB Hukukunun kapsamında bir mesele/tasarruf olması gerekmektedir. Olayda, dava konusu edilen Alman mevzuatı, bir Topluluk yönergesini (''Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair 1999/70 sayılı Yönerge) iç hukuka aktarmaya yönelik olduğundan, bu anlamda Birlik

---

[1382] C-101/09.

[1383] **Ibid.** Gerçi doktrinde de Witte, ulusal tasarrufların da, *AB Hukukunun* kapsamında olduğu müddetçe bu hukuk düzeninde geçerli ve korunan hak ve özgürlük standartlarına tabi olması gerektiği şeklindeki ilkenin, Üye Devletlerin, yönergeleri iç hukuka aktarırken (*transposition and implementation of directives*) geçerli olup olmadığının Divan kararlarında net olmadığını ileri sürmektedir. De Witte, **The Past and Future...**, p.873. Yazara göre, Divan, bir yönergenin Üye Devletlere getirdiği özel yükümlülükler/görevler bakımından bunların insan haklarıyla uyumlu yorumlanması gerektiğini hep söylemiş; ancak o genel hukuk ilkelerinin, aynı şekilde Üye Devletler üzerinde, bir yönergenin iç hukuka aktarılması tedbirleri bakımından da geçerli olup olmadığı konusunda net bir tavır almamıştır. **Ibid**. Ancak yazara göre, Üye Devletlerin bu aktarım süreci sırasında yönergenin belirlediği hedefe ulaşmadaki yöntem ve usulde bir dereceye kadar serbest olmaları (ki yönergelerin esprisinin bu olduğunu biliyoruz), temel hakları ihlal etme serbestisi de vermemektedir. Üstelik, temel haklara saygı, ulaşılması gerekli hedef (*results to be achieved*) mefhumunun da zımnen içindedir. Böylece *Wachauf* çizgisi, yönergelerin iç hukuka aktrılması önlemlerine (ve hatta Birlik tarafından akdedilen uluslararası anlaşmaların Üye Devletler tarafından uygulanmasına) de şamil olmalıdır. **Ibid**. Doktrinde ise, böyle bir tartışma pek bir gündem maddesi olmamıştır. Yazarın tespitleri çok yanlış olmamakla birlikte, neticede gelinen nokta bakımından böyle bir tartışmanın çok da gerekli ve belirleyici bir tartışma olmadığını söyleyebiliriz.

[1384] C-144/04.

Hukukunun uygulanması kapsamında bir tasarruf sayılmış ve böylece meseleyi, AB Hukukunun kapsamına almıştır.[1385]

Üye Devlet Mercileri Tarafından Kurucu Antlaşmalardan Doğan Haklara (Ekonomik Serbestilere) Sınırlamalar Getirilmesi

Ulusal tasarrufların AB Hukukunun kapsamında olduğu ve dolayısıyla da (*ön-karar* prosedürü çerçevesinde) insan hakları denetimine tabi tutulduğu bir hal de, Üye Devlet makamlarının, Kurucu Antlaşmalardan doğan haklara (ekonomik serbestilere), Antlaşma hükümleri uyarınca sınırlamalar getirdiği hallerdir.[1386] Bir nevi ruhsat niteliğindeki bu hükümlerin uygulanmasına yönelik ulusal tasarruflar da, ***AB Hukukunun kapsamındaki ulusal tasarruflardır*** (ve dolayısıyla da insan hakları denetimine tabidir). İnsan hakları ise, bu tür ulusal tasarruflarda iki yönlü olarak devreye girmektedir.

Öncelikle, Sınırlamanın Bir Sınırı Olarak – ERT Çizgisi. Yukarıdaki pek çok kararda gördüğümüz üzere, Üye Devletler, Kurucu Antlaşmalardan doğan bu yetkilerini kullanıp bir temel serbestiye sınır getirdiğinde (örneğin, genel sağlığın korunması amacıyla bir malın ülkeye girişine engel olurken), bu sınırlamaların genel anlamda *AB Hukukunda* korunan hak ve özgürlüklere uygun olması gerekmektedir (yani örneğin teşebbüs özgürlüğüne yahut mülkiyet hakkına aykırı olmaması gerekir). Bu tasarrufun *ön-karar prosedürü* uyarınca incelenmesi söz konusu olduğunda, Divan, temel hak ve özgürlüklere uygunluk açısından da inceleme yapacaktır. Görüldüğü gibi, burada insan hakları, bir anlamda ''sınırlamanın sınırı'' rolündedir. Yukarıda başka vesileyle yer verdiğimiz *ERT* kararı, meselemizde bu çizgiyi temsil etmektedir. Ayrıntılarına önceden değindiğimiz *ERT davasında*,[1387] hatırlanacağı üzere, Yunanistan'da, özel işletmelerin devlet radyo ve televizyon kurumu olan ERT'nin izni olmadan radyo ve televizyon

---

[1385] Dougan, **op.cit**, p.229. Yazara göre; ortada böyle bir yönerge (veya bir ikincil mevzuat hükmü) olmasaydı, belirli süreli iş sözleşmelerine dair olaydaki Alman mevzuatı, AB Hukukunun kapsamına girmezdi ve dolayısıyla söz konusu ''yaş temelinde ayrımcılık yasağı'' da, somut olayda uygulama bulamazdı. **Ibid**.

[1386] Örneğin malların, kişilerin, sermayenin veya hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri bağlamında, AB vatandaşlarının ve bazı hallerde yabancıların, Kurucu Antlaşmalardan kaynaklanan temel serbestiler dediğimiz birtakım hakları vardır. Ancak yukarıda da müteaddit defalar belirttiğimiz gibi, bu serbestiler mutlak değildir; bizzat bunları düzenleyen Antlaşma hükümleri (ABİA m.36, 45/3, 52/1), bunların belli hallerde sınırlanabilmesini öngörmüştür. Üye Devletler, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, insan, hayvan ve bitki hayatlarının korunması, sanatsal ve tarihsel önemi haiz ulusal hazineler ile sınai ve ticari mülkiyetin muhafazası gibi amaçlarla, bu özgürlüklere sınırlamalar getirebilmektedir.

[1387] C-260/89.

yayıncılığı yapmasını yasaklayan ulusal mevzuatın *Topluluk Hukukuna* ve özellikle de AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen hükmüne aykırı olduğu iddia edilmiş; davaya bakan Yunan mahkemesi de, meselenin *Topluluk Hukukuyla* ilgili olduğunu[1388] düşünüp Divan'a *ön-karar* başvurusunda bulunmuştu. Görüldüğü üzere, somut olaydaki temel mesele şudur: Bir Üye Devlet, bir temel serbestiye (mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı) getirdiği bir sınırlamayı (ki radyo ve tv yayınında tekel yetkisinin, bu anlamda hem malların hem hizmetlerin serbest dolaşımına bir sınırlama olduğu açıktır) haklı göstermek için, ilgili Antlaşma maddelerinde (o zamanki AET Antlaşması m.56 ve 66) öngörülen sınırlama sebeplerine dayandığında, bu yöndeki tasarrufları, *AB Hukukunun* kapsamına girmekte ve bu itibarla da, bu sınırlama, hukukun genel ilkelerinin ve hususiyle de temel hakların ışığında yorumlanmalıdır.[1389]

Karar, bu yönüyle, *AB Hukukunda* yeni şeyler söyleyen ve o tarihten bu yana da bu hukukun (ve halihazırdaki *AB İnsan Hakları Hukukunun*) önemli bir köşetaşını teşkil eden bir karardır.[1390] Aslında ortada, özü itibariyle, yukarıdaki alt başlıklarda olduğu gibi,

---

[1388] O zamanki AET Antlaşması m.9'da düzenlenen malların serbest dolaşımı ilkesinin etkisi; m.30 anlamında ithalata eş etkili bir tedbir olup olmadığı; hizmet sunma serbestisi; m.36 anlamında meşru bir sınırlama sayılıp sayılmayacağı; rekabete ilişkin Antlaşma hükümleri; Antlaşma'nın Giriş kısmı ile 2. maddesinde yer verilen sosyal amaçlarla uyum ve nihayet (o dönem itibariyle) Giriş'te belirtilen insan haklarına saygı prensibine uygun olup olmadığı gibi açılardan (bkz.: para.5).

[1389] Bu bağlamda, söz konusu ulusal tasarruflar (somut olayda tekel yetkisi veren ulusal mevzuat hükümleri), ancak *Topluluk Hukukunda* korunan temel haklarla uyumluysa, söz konusu Antlaşma hükümleri anlamında meşru bir sınırlama olarak sayılabilecektir (para.43). Bu itibarla, Divan'a göre, ulusal mahkemenin ve gerektiği ölçüde de Divan'ın görevi, *Topluluk Hukukunun* ifade özgürlüğü de dahil bütün kurallarını dikkate alarak söz konusu ulusal tasarrufları değerlendirmektir (para.44). Bu anlamda, ulusal yargı organları, Üye Devletlerin (ilgili Antlaşma hükümleri uyarınca) kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle temel serbestileri sınırlandırma yetkilerini, AİHS m.10'da düzenlenen (ve böylece de *Topluluk Hukukunda* korunan) ifade özgürlüğü genel ilkesi ışığında değerlendirmekle yükümlüdür (para.45). Tabii bu durum, sadece Kurucu Antlaşmalar'da açıkça yazan sınırlama sebepleri (ruhsat hükümleri) için değil; Divan tarafından içtihadi olarak ortaya konmuş sınırlama sebepleri bakımından da geçerlidir. Bilindiği gibi, Divan, ayrımcı olmamak (yani ithal edilen mallar ile sınırlamayı yapan ülkede üretilen mallar arasında bir ayrım gözetmeden uygulanmak) kaydıyla *genel olarak kamu yararı sebebiyle* de, örneğin malların serbest dolaşımına belli sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmektedir (Bkz.: C-267/91 and C-268/91, Joined Cases, *Keck and Mithouard*, 24.11.1993, ECR 1993/I-6097, para.15). İşte yine yukarıda başka bir vesileyle değindiğimiz *Familiapress* kararında (C-368/95), Divan, Üye Devletlerin sadece Antlaşmalarda (yer alan serbest dolaşım maddelerinde) öngörülen sınırlama sebeplerinin uygulanması bağlamında değil; Divan tarafından malların serbest dolaşımına yönelik içtihadi bir sınırlama sebebi olarak geliştirilen ***genel kamu yararı*** istisnasına dayanarak bir temel serbestiyi sınırladıkları hallerde de, yine bu sınırlamaların *AB İnsan Hakları Hukukunda* içtihat (ve Lizbon sonrası dönemde de Temel Haklar Şartı) temelinde korunan insan haklarına (somut olayda ifade özgürlüğüne) uygun olması gerektiğini söylemiştir (paras. 24-25).

[1390] Aslında yukarıda da değindiğimiz gibi, 1975 tarihli *Rutili* davası da, ulusal bir tasarrufun bir Topluluk hakkını (serbestisini) sınırlamasının denetimi noktasında, bu sınırlamanın insan haklarına uygunluğunun incelenmesi gerekliliğini ortaya koyması anlamında benzerdir. Fakat

Topluluk Hukukunun icrası ve uygulanması gibi bir durum söz konusu değildir. Bir Üye Devletin tamamen iç hukuk tasarrufları üzerinden, başta hizmetlerin serbest dolaşımı olmak üzere Topluluk Hukukunu ilgilendiren (yani doğrudan uygulayan veya icra eden değil, ''ilgilendiren'') bir uyuşmazlık söz konusudur. Ancak Divan, meseleyi teknik Antlaşma hükümleri üzerinden inceledikten sonra, somut olaydaki ulusal yasa hükmünün Antlaşmalardan kaynaklanan birtakım hakları ilgilendirdiği ve onları sınırlandırdığı için, *Topluluk Hukukunun kapsamında* olduğunu söylemiştir. Böyle olunca da, artık onun *AB İnsan Hakları Hukukunda* (içtihat veya Temel Haklar Şartı temelinde) korunan hak ve özgürlüklere uygun olması gerekliliği ortaya çıkmakta; bundan sonraki adımda ise, Divan, ulusal mahkemenin bu ''uygunluk'' denetimini yapabilmesi için gerekli tüm kriterleri ortaya koymaktadır.[1391]

Yine yukarıda kaynaklar bahsinde yer verdiğimiz *Festersen* davasında da,[1392] Divan, belli büyüklüğü aşan bir tarımsal taşınmaza malik olmayı, 6 ay içinde orada ikamet etmeye başlama ve birtakım başka şartlara bağlayan ulusal düzenlemenin (yani söz konusu hakka getirilen bir sınırlamanın) Antlaşmalardaki serbest dolaşım hükümlerine (*sermayenin serbest dolaşımı*) uygunluğunu incelerken, bunun Topluluk Hukukunun kapsamında olan bir ulusal tasarruf olduğunu belirtmiş ve bu itibarla da, insan haklarına uygunluk açısından incelemiştir.[1393]

---

orada da belirttiğimiz gibi, tam anlamıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir dava olmadığından, onu, bu sürecin ''başlatıcısı'' değil, bir ''öncülü'' olarak ele almıştık. Mengozzi'ye göre; *Rutili* davasında, insan hakları, benzer davalarda olduğu gibi, Topluluk tasarruflarının yahut ulusal kanunların geçerliliğini ölçme parametresi olarak değil; *Topluluk Hukuku* tarafından korunan sübjektif bir hukuki durumu düzenlemek için Üye Devletlere bırakılan eylem özgürlüğünü ölçme parametresi olarak hizmet etmiştir. Paolo Mengozzi, **European Community Law: From Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam**; Trans. by Patrick Del Duca, Kluwer Law International, 2nd Edt., 1999, p.223.

[1391] Bu noktada istidradi olarak belirtelim ki, Divan, olayda, gerçek anlamda son noktayı koymamış; yani söz konusu ulusal mevzuatın (olayda korunan Topluluk hakkı olan) ifade özgürlüğüne aykırı olup olmadığına ilişkin bir hüküm vermemiş; sadece ilgili yasanın ifade özgürlüğüne aykırı olmaması gerektiğini söyleyerek bu konudaki nihai değerlendirmeyi ulusal mahkemeye bırakmıştır. AİHM'nin de zaman zaman başvurduğu bu yönteme, Divan da, zaman zaman başvurmaktadır. Ancak tabii ki, bazı kararlarda, Divan'ın, bunun ötesine giderek (gerekli kriterleri vermenin ötesinde), spesifik olarak somut olayda söz konusu olan ulusal tasarrufun ilgili hak veya özgürlüğe aykırı olup olmadığına dair görüşünü belirttiği de olmaktadır.

[1392] C-370/05.

[1393] Craig, de Búrca, **op.cit,** pp.385-386. Divan'a göre; söz konusu sınırlamalar, AİHS'e Ek 4 No'lu Protokol m.2/1'de güvence altına alınan kişinin ikametgahını serbestçe seçme hakkını sınırlar niteliktedir (para.35). Böyle olunca da, temel hak doktrini bakımından hedeflenen amaçlara başka daha az sınırlayıcı tedbirlerle ulaşmanın mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir (para.37). Divan, bundan sonra yaptığı somut olaya özgü değerlendirme neticesinde ise, davalı devletin (Danimarka), alternatif tedbirlerin (örneğin fiyatlar üzerinde düzenleme yapmak gibi) neden daha az kısıtlayıcı olmadığı konusunda ikna edici argümanlar ortaya koyamaması gibi sebeplerle, söz konusu ikamet mecburiyetinin gerekliliği bakımından

Tezin buraya kadarki kısımlarında sık sık yer verdiğimiz pek çok dava (*Rutili, Carpenter, Festersen* vs.), *ERT* davasındaki bu çizgiyi temsil etmektedir. İlginç olan nokta, bu davaların çoğu, temelinde hak ve özgürlük ihlali yatan davalar, daha doğrusu, doğrudan bir temel hak ve özgürlüğe müdahale şeklindeki davalar olmaktan ziyade; bir temel serbestiye dair hükümlerin uygulanmasının söz konusu olduğu davalardır. Böyle olunca, bu tür ulusal tasarruflar da, *AB Hukukunun* kapsamındaki ulusal tasarruflar sayılmakta ve insan haklarına uygunluk açısından denetlenmektedir. Diğer bir anlatımla, ABİA m.34, 45, 49, 56 ve 63'teki özgürlüklerin, ulusal makamlarca yine bu maddelere ilişkin hükümlerdeki temellerle (m.36, 45/3, 52 ve 65) sınırlanması, bu tür sınırlama tasarruflarının *AB Hukuku* kapsamındaki tasarruf sayılmasına yol açmakta ve o noktada da, insan hakları denetimi devreye girmektedir. Doktrinde Horspool ve Humphreys'in de belirttiği gibi, Divan, *ERT* ile başlattığı (ve halen de geçerli olan) bu yaklaşımla, aslında, normalde salt ulusal gibi gözüken bazı tasarrufları, Antlaşmalarda düzenlenen özgürlüklerden birer sapma olduğu gerekçesiyle bir *AB Hukuku* bağlantısı kurarak denetlemenin yolunu açmıştır.[1394]

İkinci Olarak İse, Sınırlamanın Meşru Bir Gerekçesi Olarak – Schmidberger Çizgisi. Bazen de Üye Devletler, kendi anayasalarında veya uluslararası yükümlülükleri bağlamında güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükleri koruma gerekçesiyle Antlaşmalardan kaynaklanan hakları (temel serbestileri) sınırlayabilirler. Burada insan hakları, (yukarıdaki gibi) sınırlandırmanın herhangi bir sebeple yapılmasında bu sebebin meşruluğunu ölçen bir olgu değil, bizzat meşru bir gerekçesi (sınırlama sebebi) olarak işlev görmektedir. İşte bu tür ulusal tasarruflar da, Divan tarafından, *AB Hukukunun* kapsamındaki ulusal tasarruflar olarak sayılmakta ve dolayısıyla da, insan hakları açısından denetlenmektedir. Bu noktada da, hemen belirtelim ki, Divan, kural olarak insan haklarını korumak amacıyla yapılan sınırlandırmaları, meşru bir sebep olarak saymaktadır.[1395]

---

yeterince ikna edici olamadığını söylemiş (paras.39-40) ve getirilen bu sınırlamayı (insan hakları bağlamında yorumladığı) Antlaşma hükümlerine aykırı bulmuştur.

[1394] Horspool, Humphreys, **op.cit**, p.165.

[1395] Yani örneğin bir Üye Devlet, insan onurunu yahut ifade özgürlüğünü koruma amacıyla bir temel serbestiye sınır getirdiğinde (örneğin bir malın ülkeye sokulmasına veya bir hizmetin icra edilmesine engel olduğunda), bu, kural olarak Antlaşma'nın ilgili maddelerindeki ''ruhsat'' hükümleri anlamında ''meşru bir sınırlama sebebi'' olacaktır. Ancak tabii ki, tam bu noktada temel haklarla temel serbestiler arasındaki ''denge'' meselesi söz konusu olmaktadır. İşin bu denge boyutu kısmını aşağıda ayrı bir bahse bırakarak, burada insan haklarının sınırlandırmada nasıl bir meşru sebep sayıldığı noktasında birkaç şey söyleyeceğiz.

Yukarıda yer verdiğimiz *Schmidberger* davası, bu noktada güzel bir örnektir. Hatırlanacağı üzere, davada, bir derneğin çevresel bir protesto için bir otoyolu 28 saat süreyle trafiğe kapatmak için Avusturya makamlarına yaptığı başvuruya, yerel otoritelerin, söz konusu talebi Avusturya Anayasası'nda ve AİHS'te güvence altına alınan ifade (ve o bağlamda toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma) özgürlüğü kapsamında mütalaa ederek olumlu yanıt vermesi üzerine gerçekleştirilen protesto dolayısıyla, o yol üzerinde taşımacılık yapan bir firma, bu durumun malların serbest dolaşımı hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştı. Görüldüğü gibi, ortada bir temel serbestiyi (malların serbest dolaşımı) sınırlayan bir ulusal tedbir söz konusudur. Bu sefer, ilgili Üye Devlet, bizzat bu sınırlamayı, insan haklarını korumak için yaptığını ileri sürmektedir. Divan'a göre, hem Topluluk hem de Üye Devletlerin temel haklara saygılı olmak yükümlülüğü bulunması dolayısıyla, bu hakların korunması, *Topluluk Hukuku* tarafından Üye Devletlere getirilen yükümlülüklerin (malların serbest dolaşımı gibi temel bir serbesti bile olsa) sınırlandırılmasını haklı kılan meşru bir sebeptir (para.74).[1396] Fakat somut olayda, bu ilkeler etrafında bir değerlendirme yapılabilmesi için, o ulusal tasarrufun *AB Hukukunun* kapsamındaki bir ulusal tasarruf olması gerektiği açıktır. İşte Divan, Antlaşmalardaki temel serbestilerin insan hakları kaygılarıyla sınırlandığı bu tür ulusal tasarrufları da, *AB Hukukunun* kapsamındaki ulusal tasarruflar saymış ve insan hakları açısından denetlemiştir.[1397]

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Yukarıda, katalog bahsinde, *toplu eylem ve grev hakkının* bir Birlik temel hakkı olarak tanınması yönüyle yer verdiğimiz davalar da,[1398] genelde bu minvalde uyuşmazlıkları barındırmaktadır. O davalarda da, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi Antlaşmalardan kaynaklanan temel serbestilerin korunması maksadıyla grev hakkının kısıtlandığı yahut engellendiği ulusal tasarrufların grev hakkını ihlal ettiği iddiaları söz konusu olmuş ve Divan, bu tür ulusal tasarrufları da,

---

[1396] Yani Divan, söz konusu temel serbesti maddelerinde, ''insan haklarının korunması'' şeklinde açık bir sınırlama sebebi (''kamu düzeni'', ''genel sağlık'', ''genel ahlak'' gibi) öngörülmemiş olmasına rağmen, hem Üye Devletlerin hem de Topluluğun eylem ve işlemlerinin insan haklarına uygun olması gerektiği ilkesinden hareketle, insan haklarının korunmasını da, bu anlamda meşru bir sınırlama sebebi olarak değerlendirmiştir.

[1397] Somut olayda Divan, davalı Üye Devletin hem Anayasası'nda hem de AİHS'te güvence altına alınan bir hakkı korumak amacıyla bu sınırlamayı yaptığını; bu sebeple de ortaya bir yanda temel hakların (insan hakları) bir yanda da Antlaşmalardan doğan temel serbestilerin korunması yükümlülüklerinin uzlaştırılması meselesinin çıktığını; daha somut olmak gerekirse, ifade ve toplanma özgürlüğü ile malların serbest dolaşımı ilkesi arasında bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiştir (para.77). Kararın bundan sonrası, bu dengeye ilişkin olup; bu yönüyle ileride ele alınacaktır.

[1398] Bkz.: supra s.560.

AB Hukuku kapsamında ulusal tasarruf kabul ederek grev hakkına uygunluk açısından incelemiştir.[1399] Keza çocukların ahlaki ve ruhi gelişimlerinin korunması maksadıyla bir DVD'nin ülkeye girişine engel olan ulusal tasarrufun malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı olduğu iddiasının söz konusu olduğu *Dynamic Medien* davasında da,[1400] bu tarz sınırlayıcı ulusal tedbirler, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını etkilediği için *AB Hukuku* kapsamında mütalaa edilmiş ve insan hakları (çocukların korunması hakkı) bağlamında incelenmiştir.[1401]

Tüm bu davalar, insan haklarının korunmasının, Antlaşmalarda düzenlenen temel serbestilere getirilecek sınırlandırmaların bir sınırı veya meşru bir sebebi olduğunun ortaya konduğu davalardır. Bu anlamda, öncelikle, Üye Devlet makamlarının insan haklarını koruma gerekçeleriyle serbest dolaşım hükümlerini sınırlandırmaları hali, *AB Hukuku* kapsamında kalan ulusal tasarruflardır; ve böyle olunca da, insan haklarının Üye Devlet tasarrufları noktasında devreye girdiği bir durum olarak karşımıza çıktığı durumlar olmaktadır. Üye Devlet otoriteleri, Antlaşmalardan doğan birtakım hakları sınırlandırdıklarında, bu noktada ilgili hakkın/serbestinin düzenlendiği antlaşma maddesindeki kamu düzeni, kamu güvenliği vs. sınırlama sebeplerine dayanır. İşte bu sınırlamalar, *AB Hukukunu* ilgilendirdiği için (bir serbest dolaşımla ilgili) *ön-karar prosedürü* yoluyla Divan önüne gelmekte ve Divan da, – ERT kararı ile başlayan süreçte – bunları gerek genel hukuk ilkeleri olarak içtihadi ve gerekse Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı uyarınca korunup güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygunluk açısından (kimi zaman doğrudan aykırı olup olmadığını tespit ederek kimi

---

[1399] Bu davalarda, grevi yasaklayıcı yahut kısıtlayıcı ulusal tasarrufların, grev hakkının Antlaşmalarda düzenlenen hizmet sunma serbestisi üzerinde bir sınırlama teşkil edip etmediği ve bir sınırlama ise, haklı bir sınırlama olup olmadığı tartışılmış; Divan, grev hakkını, çeşitli uluslararası metinlere atıf yaparak bir *AB hakkı* olarak tanırken; bunun – tabii ki esasları somut olaya göre değerlendirilmek kaydıyla – hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde meşru bir sınırlama sebebi sayılabileceğini söylemiştir.

[1400] C-244/06, *Dynamic Medien*, 14.2.2008, ECR 2008/I-505.

[1401] Mesela, *Schmidberger*'le çok benzer olan *Omega* davasında, hatırlanacağı üzere, Almanya, katılanların lazer silahlarla birbirine ateş ederek öldürmeye çalıştığı bir oyunu, insan onurunu zedelediği gerekçesiyle yasaklamış; bunun üzerine oyun için gerekli ekipmanları tedarik eden firma, bu sınırlamanın malların serbest dolaşımı hükümlerine aykırı olduğunu iddia ederek dava açmıştı. Burada da, ilgili Üye Devlet, söz konusu sınırlamanın, insan haklarını (somut olayda insan onurunu) korumak maksadıyla yapıldığı savunmasında bulunmuştu. Divan'ın söyledikleri, hemen hemen *Schmidberger*'dekiler ile aynıdır: Bu meselenin (malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını ilgilendirmesi hasebiyle) *Topluluk Hukuku kapsamında* kaldığı; Üye Devletlerin bu kapsamdaki tasarruflarının da insan haklarına uygun olmak zorunda olduğu; bu noktada insan haklarının korunmasının temel serbestilerin sınırlanması için meşru bir sebep sayılacağı ve nihayetinde iki değer (insan onuru – malların serbest dolaşımı) arasında bir denge kurulması gerektiği. (Bu dengenin somut olayda nasıl kurulduğunu, yine ileride temel haklarla temel serbestiler arasındaki denge bahsinde ele alacağız.)

zaman da gerekli kriterleri ortaya koyup son kararı ulusal yargı yerlerine bırakarak) incelemektedir. Böylece Birlik organ ve kurumlarının tabi olduğu hak ve özgürlük standartlarına, *AB Hukuku kapsamında hareket ederken Üye Devletler* de tabi kılınmış olmaktadır.

Tabii bütün bu içtihatlar neticesinde iki temel sorun da ortaya çıkmış olmaktadır: ***Topluluk/Birlik Hukukunun kapsamı (nın nereye kadar uzanacağı)*** ve ***temel haklar ile temel serbestiler arasındaki denge meselesi***. Bunlardan ilkini, denetime tabi Üye Devlet tasarruflarını incelediğimiz halihazırdaki başlıkta; diğerini ise, ileride ayrı bir başlıkta ele alacağız.

3.3.3.3.3. Topluluk/Birlik Hukukunun Kapsamının Sınırları Sorunu ve AB Hukukunun Kapsamına Girmeyen (İç) Meseleler

Ulusal tasarrufların (iptal yetkisini içeren bir denetim olmamakla birlikte *ön-karar prosedürü* üzerinden) Birlik yargısı tarafından insan hakları penceresinden incelenmesinin ön-şartının, Üye Devletlerin, o tasarruf bakımından, *AB Hukuku* kapsamında hareket ediyor olması olduğuna ve Üye Devletlerin nasıl/ne şekilde *AB Hukuku* kapsamında hareket edebileceğine yukarıda değindik. Orada yer verdiğimiz içtihatlar, bize, tamamen iç (*purely internal*) bir meselenin *AB Hukukunun* kapsamında olmayacağını göstermekteydi. O halde bu noktada beliren soru, *AB Hukukunun* kapsamının nereye kadar uzandığı; ya da tersten sorarsak, hangi hallerde meselenin AB'yi ilgilendirmeyen (tamamen iç hukuku ilgilendiren) bir mesele (ve böylece Üye Devletlerin, bu hukuk kapsamında hareket etmiyor) olduğudur.

Aynı gibi görünen iki olaydan birinin *AB Hukuku* kapsamında sayılması; diğerinin ise, *AB Hukukunu* ilgilendirmeyen bir iç hukuk meselesi olarak görülmesi pekala mümkündür. İşin kötüsü, Divan da, buna karar verirken, genelde, ''bu husus, şu şu sebeplerle AB Hukukunun kapsamındadır/değildir, o yüzden insan hakları yönünden incelerim/inceleyemem'' şeklinde bir tavır izlememekte; uyuşmazlık, ön-karar prosedürü uyarınca önüne geldiğinde, ''Topluluk Hukuku kapsamında kalan ulusal tasarrufların, insan hakları yönünden incelendiği bilinmektedir'' veya ''Topluluk Hukuku kapsamında olmayan ulusal tasarrufların, insan hakları yönünden incelenmeyeceği bilinmektedir'' şeklinde genel bir ifade kullanıp incelemeye geçmekte veya inceleme talebini reddetmektedir (yani neden *Topluluk Hukukunun* kapsamı içinde veya dışında kaldığına

dair ayrıntılı bir gerekçelendirme yoluna pek gitmemektedir).[1402] Biz de, bundan hareket ederek, Divan'ın ''*AB Hukukunun* kapsamı'' hakkında nasıl bir yaklaşım benimsediğine ulaşmaya çalışırız.

Bu noktada ise, insan haklarından öte, bir miktar teknik *AB Hukuku* bilgisi öne çıkmaktadır. Örneğin, yukarıdaki *Wachauf* kararında, söz konusu tazminat programı, uygulama tedbirleri konusundaki takdir hakkını Üye Devletlere bırakan yönergeler eliyle yürütüldüğünden, Divan tarafından Topluluk Hukukunun kapsamında görülmüş ve de insan hakları denetimine tabi kılınmıştır.[1403] Keza yine yukarıda yer verdiğimiz, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı bağlamında cereyan eden davalarda (*Schmidberger*, *Omega*, *Laval un Partneri*), davaya konu uyuşmazlıklar, malların (veya hizmetlerin) serbest dolaşımı ile ilgili olduğu için Topluluk Hukuku kapsamında mütalaa edilmiştir.

Ancak dediğimiz gibi, burası çok ''net'' bir alan değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, her türlü mal ve hizmet ticareti, *AB Hukukunu* ilgilendirmez; bunun ***Birlik içi bir dolaşıma*** dönüşmesi gerekir. Bu ise, kural olarak söz konusu faaliyetin en az iki Üye Devleti ilgilendirmesi halinde söz konusu olmaktadır. Etkileri başka Üye Devletlere şamil olmayan (yani *tamamen ülke-içi*) bir mal veya hizmet ticareti söz konusuysa, bu, elbette ki, Antlaşmaların anladığı anlamda bir serbest dolaşım olmayacaktır. Esasen buna, Antlaşmaların serbest dolaşıma ilişkin hükümleri de uygulanmaz. Böyle olunca, bu mesele, *AB Hukukunun* kapsamı dışındadır ve insan hakları zaviyesinden de incelenemez.

Yine aşağıda görüleceği üzere, Antlaşmaların yaptığı yetki dağılımında, tamamen Üye Devletlerin (yani örneğin ulusal yasama organlarının) yetkisinde bırakılan bir konunun da, AB Hukukunun kapsamında olmadığı söylenmelidir.

Divan, kimi kararlarında bu ''kapsama'' dair oldukça dar bir çerçeve çizse de, özellikle son yıllarda yaklaşımını biraz daha genişletmiştir.

Daraltıcı Yaklaşım

[1402] Müspet örnek için bkz.: yukarıdaki *Karner* kararı (C-71/02) para.49; menfi örnek için bkz.: *Demirel* kararı (C-12/86) para.28.

[1403] Demetrios Metropoulos, ''Note, Human Rights Incorporated: The European Community's New Line of Business'', **Stanford Journal of International Law**, Vol:29, No:1, 1992, pp.131, 132.

Örneğin, *Cinéthéque v Fédération Nationale Des Cinémas Français kararı*,[1404] kapsama dair daraltıcı yorumun benimsendiği güzel bir örnektir. Davaya konu olaylarda, İngiliz ve Fransız firmaları tarafından üretilen iki sinema filminin Fransa'da gösterim hakları, iki Fransız firmaya verilmiş; ardından üretici firmalar, bu sefer (ilgili mevzuatın aradığı 1 yıl dolmadan sunulmak üzere) video-kaset olarak sunulması için yine başka Fransız işletmelere imtiyaz tanımıştır.[1405] Video-kasetlerin basılması üzerine Fransız Ulusal Sinema Federasyonu, mahkemeye başvurarak video-kasetlerin toplatılması için bir tedbir kararı almıştır. Bunun üzerine her iki olayda da filmlerin asıl üreticileri, karşı dava açarak bu kararın kaldırılmasını istemişler; ayrıca bu davalarda, söz konusu Fransız mevzuatının da, Antlaşmalara (malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümlerine) aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bizi ilgilendiren yönüyle bir iddiaları da, söz konusu ulusal mevzuatın ve ona dayanılarak alınan ulusal kararların AİHS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğidir. Divan, öncelikle meseleyi hizmetler ve malların serbest dolaşımı üzerinden incelemiştir. Bu noktada bizi insan hakları denetimi yönüyle ilgilendiren tek tespiti, diğer ülke uygulamalarına bakarak, yasal, idari veya akdi, ama bir şekilde hemen her ülkede benzer düzenlemelerinin bulunduğunu ve Antlaşmaların da meseleyi düzenleme yetkisini Üye Devletlerin takdirine bıraktığını söylemesidir (para.20). Bu bağlamda Divan, *bu olayda olduğu gibi tamamen ulusal yasama organının yetkisine giren bir konunun (ulusal yasal düzenlemenin) AİHS ile uyumlu olup olmadığını inceleme yetkisinin olmadığını* söylemiştir (para.26). Görüldüğü gibi, Divan, biraz da eleştiriye açık bir şekilde,[1406] somut olaydaki ulusal tasarrufları, Topluluk Hukukunun kapsamı dışında kalan meseleler olarak görüp, insan haklarına uygunluk açısından denetlemekten kaçınmıştır.

[1404] C-60-61/84, Joined Cases, *Cinéthéque v Fédération Nationale Des Cinémas Français*, 11.7.1985, ECR 1985/2605.

[1405] İlgili Fransız mevzuatına göre, bir sinema eserinin aynı anda farklı sunum araçlarıyla kamuya sunulması yasak olup; önce sinemalarda gösterilmesi, ardından kararnameyle belirlenecek 6-18 ay arası bir süre sonra (ki somut olay zamanındaki kararname bu süreyi 1 yıl olarak belirlemiştir) video-kaset ve video-disklerde sunulması ve en son da televizyonda gösterilmesi şeklinde bir sıralama söz konusudur. Olayda, video-kaset olarak sunulması şeklindeki ikinci aşamaya, kararnamenin aradığı 1 yıl dolmadan geçiş söz konusudur.

[1406] Divan'ın bu yorum tarzı, elbette ki eleştiriye açıktır. Çünkü meselenin ithalatı etkilediğini zaten söylemiştir. Bu yönüyle ortada malların serbest dolaşımı ve buna bir sınırlama olduğu şüphesizdir. Nitekim kendisi de zaten bu sınırlamanın meşru bir sınırlama olduğunu söylemektedir. Böyle olunca, bu sınırlamayı, sonucu menfi veya müspet olsun, insan haklarına uygunluk açısından da denetlemesi gerekirdi. Burada, meselenin ulusal yasama organının münhasır yetkisinde olup olmadığından ziyade (ki ortada Topluluk-içi bir mal ticareti vardır ve bu, ''kapsama girme'' kriteri bakımından yeterlidir), malların serbest dolaşımını ilgilendirip ilgilendirmediği üzerinden gitmeliydi. Nitekim daha sonraki kararlarında bunu yapacaktır.

Yine kapsam tartışmaları bağlamında meseleyi olumsuz açıdan örneklendirecek bir diğer dava da, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd davasıdır*.[1407] Türk kökenli davacının, Türkiye ile (o zamanki) AET arasında imzalanan Ortaklık (Ankara) Antlaşması ve Katma Protokol hükümlerine dayanarak eşinin yanına gelme ve aile birleşimini sağlama talebinin reddedilip ülkeyi terk etmesinin istenmesi üzerine açılan davada, Divan, konu, aile birleşimini ilgilendirdiği için, AİHS m.8'in somut uyuşmazlığa bir etkisi olup olmadığı hususunu da incelemiş ve bu noktada yukarıda yer verdiğimiz *Cinéthéque v Fédération Nationale Des Cinémas Français kararına* atıf yaparak, *Topluluk Hukukunun kapsamı dışında kalan bir ulusal tasarrufun AİHS ile uyumlu olup olmadığını inceleme yetkisinin olmadığını* söylemiştir. Divan'a göre; halihazırda *Topluluk Hukukunda* aile birleşimine dair düzenleme mevcut olmayıp, bu konu Üye Devletlerin yetkisine bırakılmıştır. Üstelik somut olaydaki ulusal yasal düzenlemeler, *Topluluk Hukukunun* bir kuralını uygulama amacı da taşımamaktadır. Böyle olunca, Divan, AİHS'ye göre bir inceleme yapmasının (yani meseleyi insan hakları penceresinden incelemesinin) mümkün olmadığını söylemiştir (para.28). Görüldüğü gibi Divan, yine maddi açıdan Topluluğun yetkili olmadığı ve Üye Devletlerin yetkisinde bulunan bir konuda, bunun *Topluluk Hukuku* kapsamında olmadığını söylemiş ve böylece de söz konusu ulusal tasarrufu insan haklarına uygunluk açısından denetlemekten kaçınmıştır.

Demirel kararı, bir ulusal tasarrufun ne zaman *AB Hukuku* kapsamında kalacağı konusunda, *Cinéthéque'*ye göre en azından bir adım öteye geçmiştir. Divan, sadece söz konusu yasal düzenlemenin Üye Devletlerin yetkisine giren bir mesele olduğunu söylemenin ötesinde; **aynı zamanda bunun herhangi bir Topluluk normunu uygulamak gibi bir işlevinin olmadığını da eklemiştir**. Demekki Üye Devletlere bırakılmış bir mesele olsa da, hiç olmazsa bir Topluluk normunun uygulanmasına yönelik bir ulusal tasarruf söz konusu olursa, bu da, insan hakları denetimi bakımından AB Hukukunun kapsamına girme için yeterli olacaktır. Farklı şekilde ifade etmek gerekirse, bir ulusal tasarruf, Topluluk Hukukunca düzenlenmeyip Üye Devletlerin (yasama organlarının) yetkisinde bulunan bir konuya ilişkinse veya en azından herhangi bir Topluluk normunun uygulanmasına da matuf değilse, *Topluluk/Birlik Hukukunun* kapsamı dışında kalacak ve insan haklarına uygunluk açısından da incelenemeyecektir.

Yukarıda kaynaklar bahsinde yer verdiğimiz *Deffrenne* kararı[1408] da, bu minvalde bir örnektir. İş yaşamında kadın-erkek arasında ayrımcılığa uğramama/eşit muamele

---

[1407] C-12/86, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, 30.9.1987, ECR 1987/3719.
[1408] C-43/575.

görme hakkı bağlamında cereyan eden davada, hatırlanacak olursa Divan, o tarih itibariyle, olaydaki gibi işçi-işveren arasındaki ilişkiyi belirleyen ve de iddia edildiği gibi çalışma koşulları açısından bir eşitliği öngören herhangi bir Topluluk kuralı olmadığını söylemiş ve bu sebeple de, meselenin Topluluk Hukukunun kapsamında olmayan – Belçika'da yürürlükte olan ulusal ve uluslararası hukuk uyarınca çözülmesi gerekli – bir mesele olarak mütalaa etmiştir (para. 30 vd.)[1409]

Farklı bir yönden olumsuz bir örnek olarak ise, *Annibaldi* kararı[1410] gösterilebilir. Bir arkeolojik park çevresinde yer alan taşınmazında meyve bahçesi oluşturmasına izin verilmeyen davacının mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak, Divan, söz konusu ulusal tasarruf (izin vermeme), her ne kadar tarımsal bir faaliyete ilişkin olsa ve her ne kadar tarımsal işler de, AB Hukukunun kapsamındaki önemli bir politika alanı olsa da, tarım piyasalarının ortak (Birlik çapındaki) organizasyonunu etkilemediği gerekçesiyle Topluluk Hukuku kapsamında olmadığını söylemiştir (paras.21-22). Görüldüğü gibi, ulusal tasarrufun salt AB'nin politika alanlarından birine giriyor olması, o tasarrufun insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi noktasında yeterli olmayıp; daha yakın bir bağ (*Topluluk Hukukunun* belli bir normunu uygulama veya o normun etkin şekilde uygulanmasını engelleme gibi) aranmaktadır.[1411] Aslında benzer durum, serbest dolaşım bağlamında cereyan eden yukarıdaki davalarda da (*Cinéthéque* ve *Defrenne*) söz konusudur. Orada, bir meselenin *AB Hukukunun* kapsamına girmesi için, *Topluluk-içi bir dolaşım* olmasının aranması gibi, burada da tarım politikasıyla ilgili olması yetmemiş; ''ortak'' tarım politikasıyla ilgili olması aranmıştır.

Kremzow davası da, bu noktada güzel bir örnektir. Bir Avusturya vatandaşı yargıç, işlediği iddia edilen bir adam öldürme suçu dolayısıyla Avusturya mahkemeleri tarafından mahkum edilmiş; bu mahkumiyet, AİHM tarafından AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olarak görülmüştür. Bunun üzerine Kremzow, Avusturya mahkemelerinde cezasının indirilmesi ve hukuka aykırı gözaltında tutulduğu süre için kendisine tazminat ödenmesi gibi amaçlarla bir dizi davalar açmış; fakat tüm bu talepleri, yargı organları tarafından reddedilmiştir. Son kanun yolunda, Kremzow, söz konusu mahkumiyet (hapis cezası) dolayısıyla başta serbestçe dolaşım olmak üzere Antlaşmalardan kaynaklanan haklarını kullanamadığını; bunun ise, Toplulukta korunan hak ve özgürlüklere (mesela kişi

---

[1409] Tabii gerek aile birleşimi gerek iş yaşamında eşitlik meselelerinde daha sonradan Topluluk düzenlemeleri yapılmış ve böylece bu konular da, AB Hukukunun kapsamına giren konular haline gelmiştir.

[1410] C-309/96, *Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia and Presidente Regione Lazio*, 18.12.1997, ECR 1997/I-7493.

[1411] De Witte, **The Psst and Future...**, pp.871-872.

özgürlüğü ve güvenliği, ticaret veya mesleği serbestçe icra etmek vb.) aykırı olduğunu iddia ederek meselenin *ön-karar prosedürü* ile Divan'a intikal ettirilmesini talep etmiştir.[1412] Divan, davacının durumunun kişilerin serbest dolaşımına dair Antlaşma hükümleriyle düzenlenen durumlardan herhangi biriyle bağlantılı olmadığını söylemiş; bu anlamda bir kimsenin hapis vs. yollarla özgürlüğünden alıkonulması, her ne kadar teorik olarak onun serbest dolaşımına engel teşkil edebilecek olsa da, somut bir dolaşım söz konusu olmadan, salt böyle bir ihtimalin olacak olmasına bağlı hipotetik bir ''ilişki''nin, meseleyi, Topluluk Hukukunun kapsamına getirmek için yeterli olmayacağını belirtmiştir (para.16).[1413] Böylece mesele, Topluluk Hukukunun kapsamı dışında mütalaa edilmiş ve *ön-karar* başvurusunda sorulan sorulara cevap verilmemiş; dolayısıyla mesele, insan hakları perspektifinden incelenmemiştir (paras.18-19).[1414]

Yukarıda ''ortak anayasal gelenekler'' bahsinde yer verdiğimiz *Grogan* davası da,[1415] *AB Hukukunun* kapsamı noktasında menfi anlamda güzel bir örnektir. Hatırlanacağı üzere, davaya konu olaylar zincirinde, bir öğrenci derneğine mensup öğrenciler, İngiltere'de yasal olarak kürtaj hizmeti veren kliniklerin isim ve adreslerini içeren bir broşür hazırlayıp dağıtmışlar; bunun üzerine bir şirket (SPUC), önce bu dernekten söz konusu yayını durdurmasını talep etmiş; bu talebine bir yanıt alamayınca da, derneğin yöneticileri aleyhine İrlanda yargı organları önünde dava açmıştır. Dava, neticede İrlanda Yüksek Mahkemesi önüne gelmiş ve bu Mahkeme de, davayı, *ön-karar prosedürü* çerçevesinde Adalet Divanı'na taşımıştır.[1416] Aslındaki buradaki temel soru, davalıların somut olaydaki yönlendirme faaliyetinin AET Antlaşması'nın ilgili hükümleri uyarınca bir hizmet sunma sayılıp sayılmayacağı ve sayıldığı takdirde de, bu faaliyetlerin Anayasa'da düzenlenen doğmamış çocuğun yaşam hakkını koruma gerekçesiyle

---

[1412] Yani iddiası, AB vatandaşı olmak dolayısıyla hapis yüzünden serbest dolaşım vb. haklarını kullanamadığı ve bunun da Topluluk Hukukunun kapsamındaki bir mesele olarak temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğudur.

[1413] Dahası, Divan'a göre, davacı, ulusal hukuka göre cinayet ve yasadışı silah bulundurmak suçlarından mahkum edilmiştir ve bu ulusal hukuk hükümleri, *Topluluk Hukukunun* herhangi bir kuralını/normunu uygulamak veya güvence altına almak için getirilmiş hükümler de değildir (para.17).

[1414] Aslında yerel mahkeme, AB Hukuku-AİHS sistemi ve AİHS'nin *AB Hukukundaki* yeri hakkında oldukça ''köşeli'' (mesela Sözleşme'nin Topluluk Hukukunun ayrılmaz bir parçası olup olmadığı; Üye Devlet mahkemelerinin AİHM kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlü olup olmadığı gibi) sorular sormuştur. Ancak Divan, meseleyi, Topluluk Hukukunun kapsamında görmediği için, bu sorulara cevap vermemiştir.

[1415] C-159/90.

[1416] Mahkeme'nin düşüncesi, meselenin, bir yönüyle hizmet sunma/alma serbestisini (İngiltere'de kürtaj hizmeti veren klinikler ve bu hizmeti alacak İrlandalı gebe kadınlar yönünden) içerdiği ve bu sebeple de (o zamanki) AET Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümleriyle ilgili olduğu (yani AB Hukukunun kapsamında kaldığı) idi.

yasaklanmasının, söz konusu Antlaşma hükümlerine aykırı olup olmayacağıdır. Tam bu noktada da mesele, İrlanda Anayasası'nda güvence altına alınan doğmamış çocuğun yaşam hakkının, bir *Topluluk/Birlik (insan) hakkı* olarak tanınıp tanınmayacağı noktasında düğümlenmektedir; zira bu soruya verilecek olumlu bir cevap, söz konusu öğrenci derneğinin faaliyetlerinin (yani Antlaşma çerçevesinde sunulan hizmetin) sınırlanmasına meşru bir dayanak teşkil edecektir. Ancak hatırlanacaktır, Divan, hiç beklenmeyen bir yerden meseleye yaklaşmış; somut olayda, davalılarla İngiltere'deki klinikler arasında bir bağ olmadığını ve bu sebeple davacıların yürüttüğü faaliyetin hizmet sunma sayılmayacağını; bu bağlamda, AB Hukuku kapsamında bir faaliyetin söz konusu olmadığını ve dolayısıyla da, kendisinin bu konuda bir yargı yetkisinin bulunmadığını söylemiştir.[1417]

Genişletici Yaklaşım

Divan'ın bu sınırlı sayılabilecek yorumu, ilerleyen yıllarda gerek akademik çevrelerden gerek mahkemenin kendi içinden eleştirilerle karşılaşmış ve değiştirilmesi gerektiği söylenmiştir. Örneğin, daha önceden de yer verdiğimiz 1993 tarihli *Konstandinidis* davasına ilişkin mütalaasında Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre; bir Topluluk vatandaşı, Topluluk içinde nerede bulunursa bulunsun bir Avrupa vatandaşı (*civis europeus sum*) olarak bir nevi temel hak ve özgürlükler paketinden yararlanacak ve herhangi bir hak ihlali karşısında bu statüyü ileri sürerek ihlalin giderilmesini isteyebilecektir (para.46).[1418] Bu, en azından AB vatandaşları için *Topluluk/Birlik*

[1417] Divan'ı bu kanaate götüren şey, gebeliği sonlandırma faaliyetinin (o zamanki) AET Antlaşması'nın 59. maddesi uyarınca şüphesiz bir hizmet sayılması gerekmekle birlikte, somut olayda ilgili öğrenci derneğinin faaliyeti ile bu hizmeti veren klinikler arasında yeterli bağın bulunmaması ve dolayısıyla söz konusu broşür dağıtma vs. faaliyetlerin ekonomik bir amaç taşımamasına bağlı olarak bir hizmet olarak sayılamayacağıdır. Diğer bir deyişle Divan'a göre, davalıların faaliyetleri ile bu hizmeti asıl veren İngiltere'deki kürtaj klinikleri arasında organik bir bağ bulunmamaktadır; dolayısıyla da, onların faaliyetinin engellenmesi, söz konusu kürtaj hizmetlerinin engellenmesi sonucunu doğrudan doğurur nitelikte değildir. Böyle olunca da, davalıların faaliyetleri ve dolayısıyla da davaya konu olaylar, *AB Hukukunun* kapsamına giren faaliyetler olmamaktadır. Fakat eğer bu dernek, örneğin maddi bir karşılık sonucu İngiltere'deki kürtaj klinikleriyle bağlantılı olarak bu faaliyeti yürütseydi, hiç şüphesiz bu, AET Antlaşması uyarınca bir hizmet sunma sayılacak ve böyle olunca da AB Hukukunun kapsamında görülerek Divan tarafından insan hakları zaviyesinden incelenecekti.

[1418] Ona göre; Antlaşmaların serbest dolaşım hükümleri çerçevesinde işçi veya bağımsız çalışan olarak başka bir Üye Devlete giden bir Topluluk vatandaşının, sadece ticaret ve mesleğini yürütme değil; aynı zamanda gittiği Devletin vatandaşları gibi aynı yaşam ve çalışma koşullarından istifade etme hakkı vardır; ve ayrıca Topluluk içinde hayatını kazanmak için her

Hukukunun kapsamını oldukça genişleten bir yaklaşım tarzıdır. Bu, içinde AB vatandaşının olduğu bir meselenin, ister istemez AB Hukukunun kapsamındaki bir mesele sayılması ve dolayısıyla da insan haklarına uygunluk açısından incelenmesi demektir. Divan, ne bu mütalaanın verildiği davaya ilişkin kararında ne de daha sonradan, özellikle ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluğunun incelenmesi bağlamında AB Hukukunun kapsamını bu denli geniş yorumlamasa da,[1419] *Cinéthéque* ve hatta *Demirel* kararlarındaki ''dar'' yaklaşımında da ısrar etmemiş ve insan hakları denetimine elverişlilik anlamında ''AB Hukukunun kapsamı'' mefhumunu biraz daha genişletmiştir. Nitekim yukarıdaki *Schmidberger, Omega* vb. kararlarda da görüldüğü gibi, söz konusu ulusal tasarrufun Birlik içi ticareti etkilediği her durumda, mesele, *AB Hukukunun kapsamında* sayılmıştır.

Keza bilhassa devletler için hassas bir alan olan göç ve sığınma konularında, özellikle son yıllarda Divan önüne gelen uyuşmazlıklarda, gerek Hukuk Sözcülerinin gerek Mahkeme'nin kendisinin, *AB Hukukunun* kapsamını daha geniş yorumladığına rastlamaktayız.[1420] Örneğin, hatırlanacaktır, *Carpenter'da,* turist olarak İngiltere'ye gelip vizesi bitmesine rağmen bu ülkeyi terk etmeyen ve bir İngiliz vatandaşıyla evlenen davacı hakkında ulusal makamlarca sınırdışı edilme kararı alınması şeklindeki ulusal tasarruf bağlamında; davacı, kocasının işi icabı diğer Üye Devletlere sürekli iş seyahatleri yapmasının gerektiğini ve kendisinin de bu ziyaretler esnasında kocasının ilk evliliğinden olan çocuklarına baktığını; sınırdışı edilirse bunu yapamayacağını; kocasının ya İngiltere'de kalmak ya da Filipinler'e gelmek zorunda kalacağını ve her iki halde de, Antlaşmalardan kaynaklanan hizmet sunma ve alma hakkının sınırlanacağını ve hatta engelleneceğini ileri sürmüş; İngiltere ise, diğer Üye Devletler bakımından kabul edilebilecek olsa bile, İngiltere'de kalma ve dolaşma bakımından, bunun tamamen bir iç mesele olduğu ve diğer Üye Devletlere seyahati ilgilendirmemesi yönüyle Topluluk Hukukunun kapsamına girmediğini iddia etmişti. Divan ise; sınırdışı edilme durumunda

---

nereye giderse, özellikle AİHS'te öngörülenler olmak üzere orak bir temel değerler yasasına uygun şekilde muamele göreceğini düşünme hakkına da sahiptir.

[1419] Jacobs'un bu görüşü, doktrinde de eleştirilmiştir. Mesela Lenaerts ve Nuffel, bu görüş kabul edilirse, kişi AB vatandaşı olmasa da, örneğin Birlik topraklarına vize vs. ile bir şekilde yasal olarak kabul edilmiş bulunmasının bile, bu bağ ve kapsama girme için yeterli sayılabileceğini; bunun ise, normalde AB Hukukunun maddi kapsamının dışında olan alanları bile insan hakları denetimi gerekçesiyle kapsama sokacağını; bunun da, AB sisteminin çok önemli bir yapıtaşı olan Üye Devletler ile Birlik arasındaki yetki dağılımını/paylaşımını zedeleyeceğini ileri sürmüştür. Lenaerts, Nuffel, **op.cit**, p.837. Yazarlara göre, nitekim THŞ'nin m.51/1, c.2 hükmü de (her birinin kendi yetkileriyle uyumlu bir şekilde diyerek), buna dikkat çekmekte; keza ABA m.6/1, ikinci alt paragraf ve THŞ m.51/2 de, buna vurgu yapmaktadır. **Ibid**.

[1420] Craig, de Búrca, **op.cit**, p.386.

davacı ve kocasının ayrılmasının, hiç şüphesiz davacının kocasının hizmet sunması ve almasını olumsuz etkileyeceğini; davacının kocasının bu serbestiden tam anlamıyla ve özgürce yararlanamayacağını söylemiş ve bu yönüyle sınırdışı kararının, hiç şüphesiz serbest dolaşımın sınırlanması anlamını taşıdığını ve böylece de meselenin *Topluluk Hukukunun* kapsamına girdiğini belirtmiştir.[1421] 2003 tarihli *Akrich kararında* da, birkaç kez sahte kimliklerle İngiltere'ye giren ve son girişinden sonra da bir İngiliz vatandaşıyla evlenip daha sonradan AB vatandaşının eşi olarak ikamet izni talep eden davacının durumuna ilişkin olarak, Divan, yine *Carpenter*'dakine benzer gerekçelerle, meselenin AB Hukukunu ilgilendirdiğini ve dolayısıyla insan haklarına uygunluk yönünden incelenmesi gerektiğini söylemiştir.[1422]

Bu ve benzeri davalarda,[1423] göçmenlerin kamu yararı veya kamu düzeni gerekçeleriyle ülkeden ayrılmaya zorlanmaları veya ülkeye giriş ve orada ikamet etme gibi aile menfaatlerinden yararlanma taleplerinin reddedilmesi bağlamındaki uyuşmazlıklarda, ilgili kişiler hakkında alınan bu tür ulusal tedbirlerin, Birlik yargısınca insan hakları denetimine tabi tutulabilmesi için gerekli şart olan ''AB Hukukunun kapsamında olma'' durumu, Divan tarafından önceki içtihatlarına göre daha geniş yorumlanmış ve böylece AB Hukukunun kapsamı kavramı genişletilerek insan hakları denetimi de artırılmıştır.[1424]

Genişletici Yaklaşımın Genişletilmesi

Divan, ilerleyen yıllarda, *AB Hukukunun kapsamına* dair yaklaşımını daha da genişletmiştir. Bu bağlamda bir yaklaşımı, mal ve hizmet ticareti noktasında, somut bir Topluluk-içi ticaret olmasa da, ***Topluluk-içi ticareti etkileme potansiyeli olan ulusal tasarrufları da,*** *AB Hukukunun kapsamındaki ulusal tasarruf* kabul etmek ve dolayısıyla insan hakları açısından denetlemek olmuştur. *Karner kararı*,[1425] bu yönde güzel bir

---

[1421] Bundan sonrası ise, söz konusu sınırlamanın insan haklarına uygunluğu ve bu bağlamda da aile hayatının korunması temel hakkı üzerinden incelenmesidir ki, davanın bu boyutuna yukarıda katalog bahsinde değinmiştik.

[1422] Ve bunu dedikten sonra da, söz konusu kararı, AİHS m.8'de düzenlenen aile hayatına saygı bağlamında incelemiştir.

[1423] *Orfanopoulos* (C-482&493/01); *MRAX* (C-455/99); *Baumbast* (413/99); *Commission v Germany* (C-441/02); *Taskouridis* (C-145/09); *Ruiz Zambrano* (C-34/09). Ayrıntı için bkz.: **Ibid**.

[1424] **Ibid.** Bu, aslında bir anlamda, insan haklarının ulusal tasarrufların denetimindeki rolünde de bir değişmeye işaret etmektedir. Buna aşağıdaki değerlendirme başlığında değineceğiz.

[1425] C-71/02, *Karner*, 25.3.2004, ECR 2004/I-3025.

örnektir.[1426] Bir ihaleden aldığı malları satmak için ilan veren şirketin, ilanda yanıltıcı beyanda bulunduğu gerekçesiyle hakkında hukuki süreç başlatılması üzerine bunun ifade özgürlüğüne ve dolayısıyla AB Hukukuna aykırı olduğu iddiasıyla açtığı davada, Divan, davaya konu gelişmelerin, sırf tek bir Üye Devleti ilgilendiriyor diye Birlik Hukukunun (örneğin o zamanki AT Antlaşması m.28'in) dışında sayılamayacağını; bu anlamda, ilgili yasanın ve o kapsamda olayda söz konusu olan ulusal tasarrufun (diğer Üye Devletlerden ithal edilen ürünler üzerinde doğrudan bir ayrımcılık yapmadan ve ithal mallar ile yerel mallar arasında bir ayrım gözetmeden uygulansa bile) ***Topluluk-içi ticarete potansiyel bir tehdit ortaya koyması söz konusu olduğundan***, meselenin, (o zamanki) AET Antlaşması'nın 28. maddesinin (yani *Birlik Hukukunun*) kapsamına girdiğini belirtmiştir (para.20).[1427] Bize bakan yönüyle, burada Divan, aslında tamamen bir iç mesele gibi gözüken ve daha önceki içtihatları bağlamında da böyle görülmesi beklenebilecek olan bir durumu[1428], *Topluluk-içi ticareti etkileme potansiyeline* binaen, Topluluk Hukuku kapsamında kabul etmiş ve insan haklarına uygunluk açısından incelemiştir. Böylece, birden fazla Üye Devleti ilgilendirmeyip bir devlete mahsus bir iç mesele gibi gözüken haller bile, Birlik-içi ticareti etkileme potansiyeli taşıyorsa, Birlik Hukuku içinde mütalaa edilecek ve yargısal denetime (dolayısıyla insan hakları denetimine) konu olacaktır.

AB vatandaşlığından kaynaklanan hakların kullanımını etkileyen/etkileme potansiyeli olan ulusal tasarrufların da, AB Hukukunun kapsamında sayılması, genişletici yaklaşımın icra edildiği bir diğer alan olmuştur. Yakın tarihli *Ruiz Zambrano* davasına[1429] ilişkin gerek Hukuk Sözcüsü görüşü gerekse Divan'ın yaklaşımı, müspet bir örnek olarak bu anlamda oldukça önemlidir. Belçika'ya turist vizesiyle giren ve daha sonradan vizesi bitmesine rağmen bu ülkeyi terk etmeyen ve hakkında sınırdışı kararı verilen; ancak bu kararlara ilişkin yerel mahkemeler önündeki hukuki prosedürler devam ederken iki

---

[1426] Davaya konu olaylarda, ulusal ihale otoritesi tarafından düzenlenen bir iflas ihalesinden aldığı malları daha sonradan satmak için ilan veren özel bir şirketin, ilanda, malların iflas eden bir şirketin malları olduğunu söylemesi üzerine, kamuyu yanlış yönlendirici beyan dolayısıyla ilgili yasa hükmü uyarınca hakkında hukuki süreç başlatılmış ve bu yöndeki reklamın kaldırılması ve ihalede bu beyanının düzeltilmesi kararı alınmıştır. Şirket de, bunun üzerine, söz konusu (ulusal) yasal düzenlemenin ve ona bağlı alınan tedbirlerin ifade özgürlüğüne ve dolayısıyla da AB Hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme önünde dava açmıştır. Söz konusu ulusal işlemi yapan birim, bunun tamamen bir iç (*purely internal*) mesele olduğunu; zira tarafların Avusturya'da kurulmuş işletmeler olup, söz konusu malların da, tamamen buradaki yerel bir ihaleden alındığını; dolayısıyla meselenin *Birlik Hukuku* kapsamında olmadığını ileri sürmüştür.
[1427] Ve böylece meseleyi insan hakları açısından incelemeye geçmiştir.
[1428] Bkz.: yukarıdaki dipnotta yer verdiğimiz davalının itirazları.
[1429] C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 8.3.2011, ECR 2011/I-1177.

çocuğu olan ve çocukları Belçika kanunlarına göre Belçika vatandaşlığını kazanan davacının durumuna ilişkin olarak, söz konusu sınırdışı kararının, aile birleşimi, çocukların hakları vs. temel haklar bakımından ihlal teşkil ettiği iddia edilmiştir.[1430] Dolayısıyla soru, AB vatandaşı olan çocuklar üzerinden, bağımlı oldukları kişinin (babaları) ikamet ve çalışma hakkı edinebilip edinemeyeceğidir. Tabii bu iddiaların bu yönden incelenebilmesi için, ***meselenin, AB Hukukunun kapsamında kalan bir mesele olup olmadığı önem kazanmaktadır.*** Burada davacının kendisi, AB vatandaşı değildir; dolayısıyla durumu da, AB Hukukunu ilgilendirmekten çok, bir Üye Devletin egemenlik yetkisinde kalan göç, sınırdışı vs. konuları içeren bir iç mesele gibi gözükmektedir. Ancak davacı, çocukları üzerinden gitmiş ve onların AB vatandaşı olduğunu ve eğer kendisi sınırdışı edilirse, onların ister istemez vatandaşı oldukları ülkeyi terk etmek zorunda kalacaklarını ileri sürmüştür. Ancak burada da şöyle bir nokta vardır ki, bu çocuklar, doğduklarından beri Belçika'dadır ve henüz herhangi bir serbest dolaşım haklarını kullanmış (mesela diğer bir AB ülkesine seyahat etmiş) değillerdir. [1431]

Divan ise, meseleye bu yönüyle yaklaşmayıp ABİA m.20'de düzenlenen *AB vatandaşlığı hakkı* üzerinden gitse de, bizim için çok önemli bir noktaya gelmiştir. Divan'a göre; Birlik vatandaşlığı, Üye Devlet vatandaşlarının temel statüsüdür. Bu anlamda gerek Birlik gerek Üye Devletler, bir kimsenin AB vatandaşlığından kaynaklanan haklarından (mesela yerel seçimlerde oy kullanma, serbest dolaşım vb.) gerçek manada yararlanmasını engelleyecek bir tedbiri kabul edemez (paras.41-42). Olaydaki gibi, kendileri AB vatandaşı olan çocukların bakım ve geçim noktasında bağımlı oldukları babalarına ikamet ve çalışma izni verilmemesi, tam da böyle (m.20'nin ihlali niteliğinde) bir tedbirdir (para.43). Görüldüğü gibi, Divan, meseleye insan hakları

[1430] Meselenin özellikle THŞ'de düzenlenen ayrımcılık yasağı (m.21), çocuk hakları (m.24) ve sosyal güvenlik ve destek hakkı (m.34) ile ilgili olması, insan hakları denetimini gündeme getirmiştir.

[1431] Burada şunu unutmamak gerekir: Babaları sınırdışı edilirse, çocukların birtakım hak ve özgürlüklerinin ihlal edilecek olması, meseleyi, bir AB Hukuku meselesi yapmaya yetmez. Salt böyle bir ihlal, Üye Devletin ulusal mekanizmaları eliyle giderilmelidir. Ancak AB Hukukunu ilgilendiren bir mesele varsa, o zaman bu ihlal, *AB Hukukunun* ve dolayısıyla Divan'ın da ilgi alanına girebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bizzat davacı bakımından, ortada *AB Hukuku* ile ilgili bir mesele olmadığı açıktır (AB vatandaşı değil ve AB'de herhangi bir yasal durumu da yok); ancak çocukların AB vatandaşı olması ve babalarına bağımlı olmaları, meseleyi bu çizgiye çekmiştir. Fakat burada da, çocukların daha önceden serbest dolaşım haklarını kullanmamış olmaları; yani herhangi bir AB hakkının kullanılmamış olması söz konusudur. İşte tam burada davaya ilişkin mütalaasında Hukuk Sözcüsü Sharpston, genişletici bir yorumla; çocukların AB vatandaşı olup, babalarına bağımlı olduklarını ve bu itibarla babalarının da Belçika'da kalması gerektiğini; bunun da, bir *AB Hukuku meselesi* olarak ikamet hakkını gündeme getirip meseleyi AB Hukukunun içine çektiğini söylemiştir. Böyle olunca da, söz konusu ulusal tasarruf, ilgili Şart hükümleri eşliğinde yorumlanmalı ve babaya istediği ikamet ve çalışma hakkı verilmelidir.

penceresinden bakmamıştır; ancak bizim buradaki bahsimiz için işe yarayacak çok hayati bir şeyi de söylemiştir: ''AB vatandaşlığı, bir statüdür ve Birlik Hukukunun bu statüye tanıdığı hakların kullanılmasını zedeleyecek her türlü Birlik tasarrufu ve ulusal tedbir, yasaktır.'' Bu, aslında, ***henüz icra edilsin veya edilmesin, AB vatandaşlığından kaynaklanan her türlü hakkın kullanımı noktasında, bir anlamda Birlik Hukukunun kapsamında olunduğu*** anlamına gelmektedir. Önemli olan da, Birlik Hukukunun kapsamının bu denli geniş yorumlanmasıdır. Somut olayda, doğrudan bir Kurucu Antlaşma hükmü (ABİA m.20), meseleyi çözdüğü için, insan hakları yönünden incelemeye gerek kalmamıştır; fakat bu, gerektiğinde – ''vatandaşlık'' durumu, meseleyi, *AB Hukukunun* kapsamına sokacağı için – insan hakları denetiminin de yapılacağını göstermiştir.[1432]

Yine yukarıda değindiğimiz *N.S. and Others* davası da, konuya ilişkin müspet anlamda güzel bir örnektir. Davaya konu olaylarda, bir Afgan vatandaşı, Yunanistan'a kaçak yollardan gelmiş ve burada gözaltı ve sair hukuki prosedürlerin ardından Yunanistan'a geçtiği ülke olan Türkiye'ye gönderilmiştir. Türkiye'de iki ay boyunca (kötü koşullarda) tutulan davacı, tutulduğu yerden kaçarak İngiltere'ye gelmeyi başarmış ve orada sığınma başvurusunda bulunmuştur. Fakat İngiltere, ilgili AB mevzuatı (tüzük) uyarınca,[1433] başvuru bakımından asli sorumlu devletin Yunanistan olduğu gerekçesiyle Yunan makamlarına durumu bildirmiştir. Yunan makamları ise, yine ilgili mevzuatta öngörülen süre içinde bu talebe cevap vermediği için, asli sorumlu devlet statüsüne geçmiştir. Bunun üzerine İngiltere makamları, davacının ülkeden sınırdışı edilmesi için gerekli süreci başlatmıştır. Davacı ise, Yunanistan'a geri verilmesi halinde, karşılaşacağı muamele itibariyle AİHS ve THŞ'de güvence altına alınan birtakım hak ve özgürlüklerinin ihlal edileceğini ileri sürerek İngiltere'nin takdirini kullanarak sığınma başvurusunu ele alınmasını talep etmiş; talebi reddedilince de, dava yoluna başvurmuş ve neticede dava, *ön-karar* prosedürü uyarınca Divan'ın önüne gelmiştir. Divan'a *ön-karar* başvurusunu yapan yerel mahkemenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorduğu birçok soru vardır. Ancak tüm bu soruların cevaplanabilmesi, meselenin AB Hukuku kapsamında bir mesele

---

[1432] Bunun, Hukuk Sözcüsü Jacobs'un *Konstandinidis* mütalaasındaki yaklaşımına benzediğini ise dikkatlerden kaçırmamak gerekir. Menfi ve müspet yönde daha fazla karar için bkz.: **Ibid.** p.389.

[1433] AB'de, sığınma başvurularının karara bağlanmasıyla ilgili usul ve esasları belirleyen bir Tüzük (343/2003) mevcuttur. Bu Tüzük, hangi Üye Devletin başvuruyu ele alıp karara bağlamakla yükümlü devlet olduğuna ilişkin kriterleri koymakta; kendisine başvuru yapılan devletin, ''sorumlu'' devlet olmadığını düşündüğünde, sorumlu dolduğunu düşündüğü devletin birimlerini derhal haberdar etmesini öngörmektedir. Ayrıca bir Üye Devlet, bu Tüzük uyarınca asli sorumlu devlet olmasa da, eğer isterse, ''egemenlik'' ilkesi gereği kendisine yapılan başvuruyu ele alıp inceleyebilmektedir.

olup olmamasına bağlıdır.[1434] Divan, söz konusu takdiri yetkinin ilgili Tüzükteki diğer hükümlerle birlikte kullanılması gerektiğini; Tüzüğün, sığınma başvurularının karara bağlanmasına dair bütün hükümleriyle bir sistem teşkil ettiğini; bu anlamda, Tüzüğün m.3/2 hükmü uyarınca ***bir yetkinin kullanılıp kullanılmamasının belirlenmesinin de*** (ABA m.6 ve THŞ m.51 anlamında), ***AB Hukukunun kapsamında bir mesele olduğunu*** (daha doğrusu THŞ'nin 51. maddesinin deyimiyle *AB Hukukunun* uygulanması demek olduğunu) söylemiştir (paras.64-69).

Temel Haklar Şartı'nın Etkisi

Buraya kadar anlatılanlar, konuya ilişkin herhangi bir Antlaşma yahut mevzuat hükmü olmaksızın Adalet Divanı'nın içtihatları çerçevesinde *Birlik Hukukunun kapsamını* meselesini ortaya koymaktadır. Ancak yukarıda da çeşitli defalar vurguladığımız gibi, *AB İnsan Hakları Hukuku* bakımından Lizbon sonrası dönemde temel anayasal metin olarak Temel Haklar Şartı bulunmaktadır ve bu Şart da, bu konuda bir hüküm içermektedir. Elbette ki, bu Şart'ı ve hükümlerini de yorumlayacak ve ne anlama geldiği konusunda son sözü söyleyecek olan yine Birlik yargısıdır; ancak artık bu yorum, Şart'ın bu kapsam konusundaki açık hükmü çerçevesinde olacaktır. Yukarıda ''kaynaklar'' bahsinde de değindiğimiz gibi, Şart'ın kapsama ilişkin 51. maddesi, *''bu Şart hükümleri, Birlik'in kurum, organ, ofis ve ajanslarına ... ve yalnızca Birlik Hukukunu uyguladıkları hallerde (when they are implementing Union law) Üye Devletlere yöneltilmiştir''* hükmünü getirmektedir. Bu hükmün etkisini yukarıda Temel Haklar Şartı'nın esaslarını incelerken ayrıntılı olarak tartışmıştık; burada tekrardan o etraflı tartışmalara girmeyeceğiz.[1435]

[1434] Şöyle ki, ilgili Tüzük uyarınca, bir Üye Devletin, asli sorumlu devlet olarak yahut egemenliğe bağlı takdiri nedenleri kullanarak bir sığınma başvurusunu incelemesi söz konusu olduğunda, bunun AB Hukukunun kapsamında bir mesele olduğu ve dolayısıyla da AB'de (AİHS ve THŞ ile) korunan) hak ve özgürlüklere uygun işletilmesi gerektiği açıktır. Ancak olayda, bir Üye Devlet (İngiltere), bu takdiri yetkisini kullanmayı kabul etmemiş; davacı ise, kullanılmayıp iade edildiği takdirde temel haklarının ihlal edileceğini ileri sürmüştür. Ona göre, ***sadece yetkisinin kullanılmasına karar verildiğinde ondan sonraki süreç değil; bizzat bu yetkinin kullanılıp kullalmamasına karar verilmesi de, AB Hukukunun kapsamında bir meseledir*** (ve dolayısıyla bu yetkinin temel haklara uygun kullanılması gerekir). Davalı İngiltere'ye göre ise, bu, adı üstünde egemenlik ilkesinin tezahürü olan takdiri bir yetkidir ve kullanılıp kullanılmaması bakımından herhangi bir insan hakları yükümlülüğüyle bağlılık söz konusu olmayıp; ancak yetki kullanılırsa, ondan sonra, THŞ'nin ve diğer temel hakların devreye girmesi söz konusu olabilir. Ayrıca bu konudaki bir ulusal tasarruf, *ERT* kararındaki gibi bir sapma/istisna olarak da değerlendirilemez.

[1435] Bkz.: supra s.480 vd. Bir görüş olarak, buradaki ''uygulama'' (*implementing EU law*) kavramının Divan'ın Lizbon'a kadar benimsediği *AB Hukukunun* kapamından daha dar bir alanı ifade ettiği (sadece Kurucu Antlaşma, tüzük veya yönerge gibi bir Birlik normunun

Ancak şu kadarını söylemek gerekir ki, hatırlanacağı üzere, bu hüküm üzerindeki en temel tartışma, Temel Haklar Şartı'nın uygulanması bakımından, ''*implement*" ifadesiyle kastedilenin, bugüne kadarki içtihadi yaklaşımın eseri olan ''*AB Hukukunun* kapsamı'' (*within the scope of EU law*) kavramını karşılayıp karşılamadığı; bu ''terimsel'' farklılığın pratikte bir farklılığa yol açıp açmayacağı idi.

Doktrinde çoğunluk, böyle bir farklılığın kabul edilmesini, oldukça daraltıcı bir yorum olarak görmüş; üstelik neticede bu ''uygulama'' ifadesini yorumlayacak olanın Divan'ın kendisi olduğu düşünüldüğünde, Üye Devlet tasarruflarının denetim koşulu olarak eski içtihadını sürdüreceğini de söylemiştir. Hem Şart'a ilişkin hazırlanan *Açıklamalar* metni de, ''*implement*'' kelimesi yerine, ''*AB Hukuku* kapsamında hareket etme'' kavramını kullanmaktadır. Nitekim Divan'ın da Şart'ın bağlayıcılık kazanmasından sonraki içtihatlarında, Temel Haklar Şartı'nın uygulanması bakımından, m.51 anlamında ''*AB Hukukunun* uygulanması kapsamındaki'' ifadesini, bugüne kadarki klasik ''*AB Hukukunun* kapsamındaki'' kavramından farklı yorumlayacağını ortaya koyan herhangi bir tavra rastlamak mümkün değildir. Nitekim bir üstteki bahiste ele aldığımız *N.S. and Others* kararında, Divan, hatırlanacağı üzere, ikincil mevzuatın Üye Devletlere verdiği takdiri bir yetkinin kullanılmaya karar verildikten sonraki işlem ve eylemler için değil, kullanıp kullanmamaya karar verilmesini bile, THŞ m.51 anlamında *AB Hukukunun* uygulanması olarak görmüş ve insan hakları denetimini icra etmiştir. Dolayısıyla Üye

---

uygulanmasının kapsayacağı; Üye Devletlerin *AB Hukukunun* alanına giren bir konuda hareket ettiklerinde, bunun ''*implement*'' sayılmayacağı) ileri sürüldüyse de, doktrinde çoğunluk, bunun içtihattakiyle aynı kavramı karşıladığını söylemiştir. İlk görüşü savunanlara göre, bu yorum kabul edildiğinde, ulusal tasarrufların insan hakları denetimine tabi olması bakımından iki farklı durum ortaya çıkacaktır: Temel Haklar Şartı'nın uygulanması (yani Üye Devlet tasarruflarının Şart'taki hak ve özgürlüklere uygunluğunun incelenmesi) bakımından, bu tasarrufun ''*AB Hukukunun* uygulanması'' (*implement*) sayılması gerekecek ve bu ise, işte dediğimiz gibi, bugüne kadarki ''*AB Hukukunun* kapsamı'' yaklaşımından daha dar bir alanı ifade edecek; buna karşılık *AB İnsan Hakları Hukukunda* (eskiden ilk fakat Şart'ın bağlayıcılık kazanmasından sonraki) ikinci kaynak olan ''hukukun genel ilkeleri'' olarak hak ve özgürlüklerin uygulanması (yani Üye Devlet tasarruflarının genel hukuk ilkesi olarak benimsenmiş/benimsenecek hak ve özgürlüklere uygunluğunun incelenmesi) bakımından ise, yine bugüne kadarki yaklaşım devam edecektir. Fakat bu tartışmadan önce, açık olan bir husus vardır ki, neticede, Lizbon sonrası dönemde, en azından teorik planda, ulusal tasarrufların denetiminde ön-koşul olarak aranan kriterin ifade edilişinde bir değişme meydana gelmiştir. Temel Haklar Şartı'nın uygulanması (yani Üye Devlet tasarruflarının Şart'taki hak ve özgürlüklere uygunluğunun incelenmesi) bakımından, bu tasarrufun ''*AB Hukukunun* uygulanması'' (*implement*) sayılması gerekecek; buna karşılık *AB İnsan Hakları Hukukundaki* diğer kaynak olan ''hukukun genel ilkeleri'' olarak hak ve özgürlüklerin uygulanması (yani Üye Devlet tasarruflarının genel hukuk ilkesi olarak benimsenmiş/benimsenecek hak ve özgürlüklere uygunluğunun incelenmesi) bakımından ise, bugüne kadar olduğu gibi, yine ''*AB Hukukunun* kapsamında hareket etme'' *(when they act within the scope of Union law*) veya menfi ifadesiyle ''*Birlik Hukukunun* kapsamı dışında kalma'' (*lying out of the scope of Union law*) söz konusu olacaktır. Bunların Divan tarafından aynı kapsamda yorumlanıp yorumlanmayacağı ise, ayrı bir meseledir.

Devlet tasarruflarının, gerek Temel Haklar Şartı gerek hukukun genel ilkeleri kapsamında insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi için gereken *AB Hukukunun kapsamında olma* koşulunun anlam ve kapsamı noktasında, Divan'ın bugüne kadarki yukarıda yer verdiğimiz içtihadi yaklaşımının (ve özellikle de son yıllardaki genişletici yorumunun) devam edeceğini söylemek mümkündür.

Bitirirken

Görüldüğü gibi, ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluk yönünden denetlenmesinin ön-koşulu olan *AB Hukukunun* kapsamı içinde olmak (veya THŞ'nin deyimiyle *AB Hukukunu uyguluyor olmak*) kavramı, çok mühim fakat başı sonu tam da net olmayan bir kavramdır. Yukarıda hem müspet hem de menfi örneklere yer vererek, meseleyi, daha doğrusu Divan'ın konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymaya çalıştık. Bu noktada, Birlik Hukukunun kapsamında olunduğu kabul edilen halleri de (*Birliğin yürütme organı gibi Birlik norm ve politikalarını icra etme, Birlik Hukukunun düzenlediği bir alanda eylem ve işlem yapma, Birlik Hukukunun getirdiği haklara sınırlamalar/istisnalar getirme*) sıraladık. Tüm bunlar neticesinde aslında vardığımız nokta şuydu: Eğer, ***bir konu, Birlik Hukukunu ilgilendirmeyen, tamamen Üye Devletin ulusal (ve tabi olduğu uluslararası) hukuku uyarınca çözülecek bir iç (purely internal) mesele ise, Birlik Hukukunun kapsamında olmayacak ve böylece ön-karar vs. yollara konu olması söz konusu olamayacağı için, insan haklarına uygunluk açısından da denetlenemeyecekti.***

Bu kapsam noktasında, zaman zaman özelikle Hukuk Sözcülerinin oldukça ''liberal'' görülebilecek yorum ve yaklaşımlarına rastlamak mümkün olmuştur. Bunların en ucunda ise, Birlik vatandaşı olarak herhangi bir serbest dolaşımdan yararlanmanın ihtimal olarak söz konusu olduğu her durumda Birlik Hukukunun kapsamında olunduğunu kabul eden Jacobs'un *Konstandinidis* davasındaki görüşünü zikredebiliriz. Birlik Hukukunun kapsamında olmayı, bir anlamda vatandaşlık statüsüne bağlayan bu görüş, Divan tarafından hiçbir zaman bu genişlikte kabul edilmedi kuşkusuz; ancak Divan, baştaki dar yorumunu da sürdürmekte ısrar etmedi. Özellikle göç ve sığınma gibi konularda, kişinin vatandaşlığına bağlı olarak Antlaşmaların kendisine verdiği birtakım hakları kullanmasının somut olarak (*Konstandinidis*'teki gibi soyut/hipotetik olarak değil) engellenme riskinin bulunduğu hallerde, bu durumun meseleyi Birlik Hukukunun

kapsamına sokmak için yeterli olacağı gibi, bir anlamda Jacobs'un *Konstandinidis* tezine göz kırpan kararlar ortaya çıktı.[1436]

Ancak bu kapsam, sadece ''vatandaşlığa'' bağlı ortaya çıkabilecek bu gibi hallerde bu kadar geniş tutulmuştur. Onun dışında bir serbest dolaşım hakkına bağlı ortaya çıkan durumda bunun mutlaka birden fazla Üye Devleti ilgilendiren, yani ''dolaşımın olduğu'' bir mesele olması veya örneğin ortak ticaret, tarım veya gümrük politikası bağlamında ortaya çıkan durumda da, mutlaka yine birden fazla Üye Devleti ilgilendiren veya en azından ilgilendirme/etkileme potansiyeli bulunan bir ''ortak'' olma durumunun arandığını söylemek gerekir.

İnsan haklarının bu ''kapsam''ın belirlenmesindeki rolü noktasında ise, yukarıdaki içtihatlardan da anlaşılacağı üzere, bunlar, aslında Birlik Hukukunun kapsamının belirlenmesinde bir kriter değil; başka kriterlere belirlenen bu denetimde bir ölçü normdur. Yani Birlik yargı organları, benimsedikleri kriterler ışığında bir ulusal tasarrufun Birlik Hukuku kapsamında olup olmadığını belirlemekte; kapsamda olduğunu kabul ettiklerinde ve dolayısıyla o tasarruf denetime tabiyse de, AB Hukukunda (THŞ ve genel hukuk ilkeleri temelinde) korunan hak ve özgürlükler ışığında incelemektedir. Ancak Divan'ın, kimi kararlarında, insan hakları kaygılarını, ilgili ulusal tasarrufun AB Hukuku kapsamında olup olmadığını belirlemede de bir kriter olarak kullandığı görülmektedir. Normalde AB Hukukunun kapsamında görülmeyebilecek olan bir konunun, böyle kabul edilip de insan hakları denetiminden muaf tutulmasının bireysel haklar açısından sakıncalı olacağına kanaat getirilen bazı hallerde, insan hakları kaygılarıyla *AB* Hukukunun kapsamı dahiline alınması söz konusu olabilmektedir.[1437] Yukarıda yer verdiğimiz göç ve sığınma noktasındaki seri kararlar, bu yaklaşıma güzel örneklerdir.

3.3.3.3.4. İstisna: Cezai Konularda Polis ve Diğer Kolluk Operasyonları

Üye Devlet tasarrufllarının denetimi noktasında buraya kadar söylediklerimiz genel kuraldı. Bu kurala göre, AB Hukukunun kapsamında kalan tüm ulusal tasarruflar, AB'de korunan hak ve özgürlüklere uygun olmak zorundaydı ve bu zorunluluk, Birlik yargısı tarafından olağan denetim usulleri çerçevesinde (*ön-karar prosedürü* gibi)

[1436] Bkz.: *Ruiz Zambrano* kararı.

[1437] Spielmann, bu durumu, hak ve özgürlük lehine liberal bir tavır olarak olumlamaktadır. Spielmann, **op.cit**, p.115.

denetlenirdi. Ancak Antlaşma, Birlik tasarruflarında yaptığı (*ODGP tasarruflarındaki*) gibi bir istisnayı burada ulusal tasarruflar bakımından da getirmiş ve AB Hukukunun kapsamında kalan bazı ulusal tasarrufları, Divan'ın yargı denetimi dışında tutmuştur. Böyle olunca, bunlar da, diğer herhangi bir yönden olduğu gibi, insan hakları yönünden de denetlenememektedir. Ancak başlamadan iki hususu vurgulayalım: Birincisi, bunlar, yani Üye Devletlerin bu alandaki tasarrufları, *AB İnsan Hakları Hukukunun* gereklerinden muaf değildir. Bunlar da, *ABA m.2 uyarınca* bu disiplinin ilke ve kurallarıyla bağlıdır. Ne var ki, bunlar, Birlik yargısının denetimi dışında bırakılmıştır. Birlik yargı organları, başta *ön-karar* prosedürü olmak üzere, herhangi bir yolla bunların hukuka uygunluğunu denetleyememektedir; böyle olunca insan hakları açısından da denetleyememektedir. İkincisi de, bu muafiyet, elbette ki, yalnızca Birlik yargısının denetim yetkisi noktasındadır; yoksa gerek ulusal yargı oranlarının gerek örneğin AİHM gibi uluslararası yargı organlarının denetiminin, kendi mecrasında halen cari olduğunu hatırlatalım.

Hangi Konular?

AB yargısal denetim sistemi içinde, Birlik yargısının yetkisinin sınırlandırıldığı bir diğer alan olan bu istisna, ***Üye Devletlerin cezai konularda adli ve polis işbirliği***[1438] ***bağlamındaki birtakım eylem ve işlemleridir***. Birlik yargısının yetki alanını düzenleyen

[1438] Bu alan, Maastricht Antlaşması ile getirilen sütunlu yapıda önce **adalet ve içişleri** (*justice and home affairs*) olarak adlandırılan; daha sonradan Amsterdam Antlaşması ile, göç, sığınma ve vizeler ile medeni konulardaki yargısal işbirliğine dair konuların birinci sütuna taşınması sonucu kapsamı daraltılıp **cezai konularda polisiye ve adli işbirliğine** (*police and judicial cooperation in criminal matters*) dönüşen politika alanlarının halefidir. Lizbon Antlaşması, sütunlu yapıyı kaldırmanın ötesinde, göç, sığınma, vizeler ve sınır kontrolleri, hukuki konularda adli işbirliği, cezai konularda adli işbirliği ve polis işbirliği gibi alanları, **özgürlük, güvenlik ve adalet** (*freedom, security and justice*) **başlığı** altında bir politika alanı olarak (**ABİA Kısım 3-Başlık V, m.67-89** arasında) düzenlemiştir. Olağan yasama usullerinin ve kural olarak yargısal denetimin geçerli olduğu bu alanda, AB için güvenliğe ilişkin operasyonel işbirliğininin sağlanması ve Üye Devletlerin ulusal güvenlik birimleri arasında işbirliği; terör ve bağlantılı eylemlerde gerçek ve tüzel kişilere, gruplara ve devlet-dışı oluşumlara yönelik ekonomik yaptırımların (dondurma vs.) alınması; sınır kontrolleri, iltica ve göç; hukuki konularda adli işbirliği (bilhassa mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve tenfizi, kanunlar ihtilafı kuralları, delil toplama, aile hukuku bağlamındaki tedbirler vs.); **cezai konularda adli işbirliği** (yine tanıma, kanunlar ihtilafı, personel eğitimi; delillerin karşılıklı kabul edilebilirliği, bireylerin ceza usulünden doğan hakları, mağdurların hakları, sınırı ötesi boyut taşıyan suçlarda suç ve yaptırımlarının belirlenmesi, belli konularda ceza kanunlarının yakınlaştırılması, mali suçlarla mücadelede işbirliği vs.) ve **polis işbirliği** gibi geniş yelpazedeki konularda, Birlik organları yetkilendirilmiştir. Lizbon öncesi sistemde, meşhur üçüncü sütunu teşkil eden *cezai konularda polisiye ve adli işbirliğine dair meseleler* ise, Lizbon sonrası ABİ Antlaşması'nda işte burada bahsettiğimiz *özgürlük, güvenlik ve adalet alanı* içindeki iki alt bölümde, ***cezai konularda adli işbirliği*** (Bölüm 4, m.82-86) ve ***polis işbirliği*** (Bölüm 5, m.87-89) şeklinde düzenlenmiştir.

hükümler arasında yer alan ABİA m.276, *Divan'ın, özgürlük, güvenlik ve adalet alanına ilişkin 3. Kısmın V. Başlığının 4 ve 5. Bölümlerinde yer alan hükümlere dair yetkilerini kullanırken, bir Üye Devletin polis veya diğer kolluk kuvvetleri tarafından yürütülen operasyonların geçerliliğini veya orantılılığını denetleme veya Üye Devletlerin hukuk ve düzenin sürdürülmesi ve iç güvenliğin korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesini denetleme yetkisinin olmadığını* söylemektedir. ***Atıf yapılan konular, yukarıdaki dipnotta belirttiğimiz cezai konularda adli işbirliği (4. Bölüm) ve polis işbirliği (5. Bölüm) konularıdır***. Hükme göre; Üye Devletlerin bu hükümler çerçevesindeki belli işlem ve eylemleri (tasarrufları), Birlik yargı organlarının denetiminden muaftır.

Hangi Tasarruflar?

- Öncelikle ortada bir Üye Devlet tasarrufu olmalıdır (yani Birlik organlarının tasarrufları değil).
- Bu tasarruf (eylem, işlem vs.), ilgili ABİA hükümleri kapsamında (m.82-89 arasındaki cezai konularda adli işbirliğine veya polis işbirliğine dair) kullanılan bir yetkiye ilişkin olmalıdır.
- Bu kapsamda;
    - Polis veya diğer kolluk kuvvetleri tarafından yürütülen operasyonların ***geçerliliği*** veya ***orantılı olup olmadığı***
    - Üye Devletlerin ***kamu düzeninin sürdürülmesi*** ve ***iç güvenliğin sağlanması*** faaliyeti kapsamındaki tasarruflarının ***hukuka uygunluğu***

denetlenemeyecektir.

Buradan şu sonucu çıkarmak mümkündür. Yukarıda etraflıca ele aldığımız üzere, ulusal tasarruflar, zaten Birlik Hukuku kapsamında olduğu müddetçe ve ölçüde Birlik yargısı tarafından denetlenebilmektedir. İşte Antlaşma, cezai ve polisiye konularda (Üye Devletler arasında) işbirliğine dair hükümler bağlamındaki belli ulusal tasarrufları (polis ve kolluk kuvvetlerinin operasyonları ile kamu düzeninin ve iç güvenliğin korunmasına yönelik faaliyetler), belli açılardan (özellikle polis ve kolluk kuvvetlerininkiler bakımından *orantılılık* ve *geçerlilik* açısından; diğeri içinse genel hukuka uygunluk demek suretiyle *her açıdan*) denetlenmesinin önünü kesmiştir. Böyle olunca, bu tür ulusal tasarruflar,

gerek hukukun genel ilkeleri gerek Şart bağlamında korunan hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından da denetlenemeyecektir.

Bu kapsamdaki ulusal tasarrufların neler olabileceği noktasında, ABİA m.82-89 hükümlerine baktığımızda, örneğin, sınır ötesi boyutu olan ciddi suçlarla (terörizm, insan ticareti, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu ve silah ticareti, karapara aklama vs.) mücadele bakımından bu suçların ve yaptırımlarının tanımlanmasına ilişkin asgari kuralların belirlenmesi, bu konulardaki suç türlerinin ortaya çıkarılmasına ilişkin ortak soruşturmalar, ulusal polis ve kolluk kuvvetleri arasında işbirliği vs. konuların bu olduğunu görmekteyiz. Bu konulara ilişkin yukarıdaki kriterleri taşıyan ulusal tasarruflar, böylece yargı ve dolayısıyla da insan hakları denetiminden muaf tutulmuş olmaktadır. Antlaşmanın ulusal tasarruflar bakımından getirdiği bu yargısal denetim muafiyetinin, temel hak ve özgürlükleri etkileyebilecek birtakım eylem ve işlemlerin de bu kapsamda olabileceği düşüncesiyle akademik çevrelerde eleştiri aldığını söylemeye herhalde gerek yoktur.

3.3.3.3.5. Değerlendirme: Ulusal Tasarrufların İnsan Hakları Denetimi

AB (İnsan Hakları) Hukukunda insan hakları denetimine tabi normları gördüğümüz bu alt-kısımda, ''üye devlet tasarruflarının bir sınırı olarak insan hakları'' bahsini bitirmeden, ulusal tasarrufların Birlik yargısı tarafından insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesinin *AB* ve *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* noktasındaki birtakım etkilerinden bahsetmek gerekir. Öncelikle, doğrudan bir insan hakkı korumasına bakan yönü olsun olmasın, AB Hukuku kapsamındaki bütün ulusal tasarrufların insan haklarına uygun olma mecburiyetinin olması, *AB İnsan Hakları Hukukunun* ve de Divan'ın etki alanını alabildiğine genişletmesine yol açmıştır.[1439] Ulusal tasarrufun uyguladığı ilgili AB normunun doğrudan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olması yahut Antlaşmalardan kaynaklanan haklara (ekonomik serbestiler gibi) insan hakları temelli sınırlamalar getirmesi halinde, insan hakları zaten işin içindedir ve bu yöndeki ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi çok normaldir. Fakat böyle olmasa da, herhangi bir konudaki ulusal tasarrufun (AB Hukukunun kapsamında kaldığı müddetçe) Birlik yargısı tarafından insan haklarına uygunluk açısından denetlenmesi, bunların,

[1439] Craig, de Búrca, **op.cit**, p.383.

AB'de korunan (ve Birlik'in kendisinin tabi olduğu) insan hakları standartlarına tabi kılınması anlamına gelmektedir.

Bu durumun, Birlik yargısının meşru bir silah kullanarak Üye Devletler üzerinde daha etkin ve yaygın bir denetim yetkisine sahip olması sonucunu doğurduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Üstelik, Divan, *AB İnsan Hakları Hukukunun* alanını (ister hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı ister Şart hükümlerinin yorumlanmasında bir yol gösterici olarak) AİHS ile şekillendirmeye başladıkça ve bu noktada da ilerledikçe, ister istemez Üye Devletlerin tasarrufları da, daha çok bu alana girmeye başlamıştır.[1440] Bu ise, ister istemez, Divan'ın, Üye Devlet tasarrufları üzerindeki rolünü genişletmiş; fakat bir yandan da (Divan'ın tarihsel rolü ve kuruluş mantığı, insan hakları yargılaması yapma noktasındaki uygunluğu, günümüzdeki rolü ve işlevi gibi hususlarda) birtakım kaygıların belirmesine yol açmıştır.[1441] Bu durumun beraberinde getirdiği bir şey de, AİHS'nin yorumu üzerinden Avrupa düzeyinde iki mahkeme arasındaki ilişki ve çatışma ihtimalidir.[1442]

Öte yandan, Üye Devlet tasarruflarının denetlenmeye başlaması, AB (ve hatta Avrupa) düzeyinde insan hakları denetimindeki muhtemel boşluğu da kapatmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ulusal tasarrufların denetlenmeye başlamasının ardındaki sebeplerden biri de, Topluluğun kendisinin tabi olduğu insan hakları standartlarına Topluluk Hukukunu uyguluyorken, uygulayıcılar olarak Üye Devletlerin tabi olmamasının doğuracağı sıkıntıydı. Hatta hatırlanacaktır, Divan da, bu denetimi başlattığı ilk kararlarında, bu gerekçeye dikkat çekmiş ve Üye Devletlerin de Topluluk Hukuku kapsamındaki eylem ve işlemleri bakımından insan hakları denetimine tabi olması gerektiğini söylerken bu argümanı kullanmıştı.[1443] Nitekim doktrinde, Lawson, bu sürecin sonunda, AB'nin, insan haklarına saygı duymaktan (*respect for human rights*), insan haklarını gerçek manada teminat altına alan (*ensuring human rights*) bir yapıya geçtiğini söylemektedir.[1444]

[1440] De Búrca, **Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law**, p.306. Bunun, ilk zamanlarda henüz Sözleşme'yi iç hukukuna aktarmamış Üye Devletler için kabulü zor bir durum olduğu söylenebilirse de; daha sonradan ve hele ki günümüzde böyle bir handikapın kalmadığı açıktır.

[1441] **Ibid.** pp.307, 308.

[1442] **Ibid.** p.308.

[1443] Hatta Divan, AB Hukukunun kapsamına girmeyen ve dolayısıyla da kendisi tarafından insan hakları denetimine tabi tutulamayan ulusal tasarruflar bakımından, Üye Devletlerin özellikle AİHS bağlamındaki yükümlülüklerine dikkati çekmeyi de ihmal etmemiştir (bkz.: C-127/08, para.74-79, Craig, de Búrca, **op.cit**, p. 388). Bu, insan hakları denetiminin boşluk kaldırmayacak bir husus olduğunu göstermektedir.

[1444] Lawson, **op.cit**, p.224.

Sürecin bir getirisi de, ulusal mahkemelerin de sürece katılması; *AB İnsan Hakları Hukukunun* inşasında ve geliştirilmesinde ''paydaş'' olması ve iki yargısal düzey arasında (AB yargısı ve ulusal yargılar) bireysel hak ve özgürlükler adına verimli bir diyaloğun başlamasıdır. Sadece Birlik tasarruflarının denetlenmesinde, bilindiği gibi, ulusal mahkemelerin rolü oldukça sınırlıdır. Ancak ulusal tasarruflar da aynı insan hakları standartlarına tabi tutulunca, buradan onlara da bir rol çıkmış; hem sürecin başlatılmasında *ön-karar* mekanizmasını işleterek; hem de Divan'ın ön-karar prosedürü sonucu verdiği kararın esaslarını, son tahlilde eldeki davaya uygulayarak, ulusal mahkemeler de, bu sürece aktif biçimde katılmaya başlamıştır.[1445] Üstelik, Divan da, kimi zaman – AİHM'nin de bazı kararlarında yaptığı gibi – kriterleri gerçekten çok genel manada belirlemek ve içini doldurmayı ilgili ulusal mahkemeye bırakmak suretiyle, onların bu katılım seviyesini artırmıştır.[1446]

Denetimin Yoğunluğu. Bu noktada Divan'ın ulusal tasarruflara uyguladığı denetimin ''yoğunluğu'' meselesine de değinmek gerekir: Acaba, Divan, ulusal tasarrufları insan hakları açısından incelerken, Birlik tasarruflarının incelenmesine göre daha yüksek bir insan hakkı standardı benimsemekte midir? Denetimin ilk başladığı yıllarda bazı Hukuk Sözcüleri tarafından öne sürüldüyse de,[1447] bugüne kadar Divan tarafından bu görüşün benimsendiğine dair bir içtihada rastlanmamaktadır.[1448] Lawson, özellikle Divan'ın içtihatlarında kullandığı ifadelerden, böyle bir ayrıma prim vermediğinin ve ayrı kriterleri benimser bir pozisyonda durmadığının görüldüğünü söylemektedir.[1449] Burada bir yönden denebilir ki, Üye Devletler bakımından insan hakları ihlallerinin yargısal yoldan telafisi adına ilk yüzleşen birimler, ulusal yargı organları; yani Üye Devlet ihlallerinin asıl ve birinci dereceden muhatabı, ulusal mahkemelerdir. Oysa Birlik tasarrufları bakımından, bunların birincil (ve AİHS'ye katılım gerçekleşene kadar da tek)

[1445] Jacobs, **op.cit**, p.564.

[1446] De Witte'ye göre, ayrıca, ulusal tasarrufların da denetlenmesinin *AB İnsan Hakları Hukuku* açısından etkisini tam olarak ölçmek için, ön-karara konu olmayan ulusal mahkeme kararlarını da incelemek gerekmektedir. Zira bizim dikkatimize gelen *ön-karar* başvurularından öte çok sayıda davada, ulusal mahkemeler, bu mekanizmayı işletmeksizin doğrudan hukukun genel ilkelerini ve de o bağlamda bilhassa insan haklarını kendileri uygulamakta ve bunları ulusal otoritelerin işem ve eylemlerinin denetiminde ölçü norm olarak kullanmaktadır. De Witte, **The Past and Future...,** pp.873-874.

[1447] *Watson & Belmann* davasına ilişkin mütalaasında, Hukuk Sözcüsü Trabucchi, ulusal tasarrufların aynı zamanda hem kendi ulusal mahkemeleri hem de Strazburg organları tarafından denetlenmesine bağlı olarak, bir ulusal otorite tarafından yapıldığı iddia edilen insan hakkı ihlalinin değerlendirmesinin, Topluluk tasarruflarınınki ile aynı ölçüde olmaması gerektiğini söylemiştir (C-118/75, p.1207).

[1448] Lawson, **op.cit**, p.226.

[1449] **Ibid.**

çözüm yeri, Birlik yargısıdır. Böyle olunca, Divan'ın, Üye Devletlerin tasarrufları bakımından ikincil olarak kendisine sıra geldiğinde yapacağı denetimin yoğunluğu ve derinliğiyle; bizzat Birlik kurumlarının tasarrufları bakımından bunları ilk elden ele alan yargı yeri olarak yapacağı denetimin yoğunluk ve derinliğinin aynı olmaması gerekir. Fakat başka bir açıdan da denebilir ki, özellikle temel hakların temel serbestiler karşısında dengelenmesi, rekabet, gümrük, ticaret politikası gibi AB sisteminin özünü oluşturan politika alanlarının varlığı gibi hususlar, Divan'ın hangi atmosferde çalıştığının bilincine varmasını sağlamalı ve yapacağı denetimi de ona göre biraz daha müsamahakar yapmasını gerektirmektedir.[1450] Bunların ikisi de, tümüyle akıl ve mantık dışı tezler değildir; ne var ki, Divan'ın bunlardan birini tümüyle dışladığı ve birine tümüyle itibar ettiğini görmek de mümkün değildir.[1451]

Ulusal Mercilere Bırakılan Takdir Marjı. Fakat bu durum, Divan'ın bazı noktalarda, ulusal mercilere belli bir takdir marjı bırakması şeklindeki bir yaklaşımı reddetmeyecek; diğer bir anlatımla, Divan'ın, bazı hallerde, işin doğası gereği ulusal mercilere belli bir takdir marjı bırakması, ulusal tasarrufların denetiminde daha hafif, yüzeysel, üstünkörü bir inceleme yaptığı anlamına gelmeyecektir. Divan, bu tavrı, yukarıda yer verdiğimiz birçok kararında sergilemiştir. Örneğin bunlardan biri, yukarıda da başka bir vesileyle ele aldığımız yakın tarihli *Akrich* kararıdır.[1452] Divan, birkaç kez sahte kimliklerle İngiltere'ye giren ve son girişinden sonra da bir İngiliz vatandaşıyla evlenip daha sonradan AB vatandaşının eşi sıfatıyla ikamet izni verilmesi talebinde bulunan davacının talebinin reddedilmesine ilişkin olarak, meselenin, insan haklarına uygunluk yönünden incelenmesi gerektiğini ve bu noktada da, ortada gerçek bir evliliğin bulunması halinde, AİHS m.8'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı açısından değerlendirme yapılması gerektiğini söylemiş; (para.58)[1453] ancak tam bu noktada,

---

[1450] Benzer doğrultuda bkz.: Değer, **a.g.e.,** s.85. Ancak buna karşılık, günümüzde artık insan haklarına saygı, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi değerlerin de, bu projenin temellerinden olduğu ve bunun Kurucu Antlaşmalar'da da bizzat vurgulandığı (örneğin ABA m.2) söylenebilir.

[1451] Tabii tam bu noktada, Divan'ın, bazen, AB projesinin temel esaslarından olan serbest dolaşım, ortak pazar, adil ve tam rekabet gibi unsurları, temel hak ve özgürlükler karşısında ön-plana aldığını ve dengeyi ilkinden yana kurduğunu da vurgulamak gerekir (ki bu hususu, hemen bir sonraki başlıkta ele alacağız). Ancak bu, Divan'ın ulusal tasarrular ile Birlik tasarrufları arasında bir denetim yoğunluğu farklılaştırması yaptığı anlamına gelmemelidir. Zira, Divan'ın burada söylenen türden yaklaşımı bir realite olsa da, bu, Divan'ın denetlenecek tasarrufun menşeine göre (yani ulusal mı Birlik mi) değil; ''konuya'' göre yaptığı bir farklılaştırma olarak görülebilir.

[1452] C-109/01.

[1453] Divan, bu noktadaki tespiti, Sözleşme'nin 8. maddesinin (yani aile hayatına saygı hakkının) tek başına bir yabancıya, bir devlete giriş ve orada ikamet hakkı vermese de, mesele o kişinin o

ilkesel bazda bu tespitleri yapıp nasıl hareket edilmesi gerektiğini ortaya koymuş ve sorulara verdiği cevapları burada noktalamış; somut olayı bu tespitler ışığında değerlendirmeyi (yani bir ihlal olup olmadığına karar vermeyi), ilgili ulusal mahkemeye bırakmıştır.

Yine yukarıda yer verdiğimiz *Rottmann* kararında da,[1454] hileli davranışları dolayısıyla kişinin vatandaşlığına geçme işleminin iptal edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı bağlamında, Divan, öncelikle, çeşitli uluslararası sözleşmelerde, vatandaşlığın, hileli davranışlar, yanlış bilgi veya gizleme vs. yollarla elde edilmesi halinde, velev ki, bu alıkoyma kişiyi vatansız kılacak olsun, geri alınmasına izin verildiğini ortaya koymuş (para.52); bu noktada bakılması gerekli hususun, böyle bir iptalin gerekçe olarak gösterilen davacının hareketleriyle orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi olduğunu; yani kural olarak bu gibi hallerde kişinin vatandaşlıktan mahrum bırakılması mümkün olmakla birlikte, somut olayda bu alıkoyma işleminin bir orantılılık (*proportionality*) testine tabi tutulması ve bireyin hileli davranışlarının söz konusu kararı almayı gerektirecek ciddilikte olup olmadığının bireyin ailesi gibi faktörler de hesaba katılarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemiş; ancak tam bu noktada, koyduğu bu ilkeler ışığında değerlendirmeyi yapacak olanın da, ulusal mahkeme olduğunu belirterek nihai değerlendirmeyi onun takdirine bırakmıştır. Bu, Divan'ın zaman zaman yaptığı bir şeydir ve insan hakları ihlalleriyle birinci derecede ulusal yargı yerlerinin muhatap olması ve kendisinin ikinci derecede devreye girmesi şeklinde tezahür eden ikincillik (*subsidiarity*) ilkesiyle de uyumludur.[1455]

3.3.4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Bu Bağlamda Temel Haklarla – Temel Serbestiler Arasındaki Denge

3.3.4.1. Genel Olarak

Gerek Birlik organ ve kurumlarının gerek Üye Devletlerin tasarruflarının hukuka (ve dolayısıyla insan haklarına) uygunluğunun denetlenmesi, ''*AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamına'' dair bir meseleyi de ortaya çıkarmıştır: ***Temel hakların sınırı*** ve

---

ülkeyi terk etmesine gelince, bundan sonraki sürecin söz konusu hakkın sınırlanmasına ilişkin (AİHS m.8/2'deki) esaslara uygun olması gerektiği (para.59) yönündedir.

[1454] C-135/08.

[1455] Ancak belirtelim ki, bu yaklaşım, ulusal tasarruflar bakımından daha hafif ve yüzeysel bir denetim yapıldığı anlamına gelmemelidir.

yetkili mercilerce sınırlanma kriterleri. Bu ise, birkaç meseleyi ve bilhassa da, *temel hak ve özgürlükler ile temel (ekonomik) serbestiler arasındaki denge* meselesini karşımıza getirmektedir.

Yukarıdaki davaların birçoğu, hatırlanacağı üzere, bu minvalde cereyan eden uyuşmazlıklardır. Olayların birçoğunda, ihlal iddiasına karşılık, gerek Birlik kurumları gerekse Üye Devletler, işin doğası gereği, bunu bir sebebe binaen yaptıklarını ileri sürmekteydiler. Bu sebep/bahane, ya Antlaşmaların kendilerine yüklediği bir vazifeyi ifa ettikleri (mesela Ortak Pazar bağlamındaki bir gereksinim için bir kimsenin mülkiyet hakkını kısıtladıkları gibi) veya Antlaşmalardan kaynaklanan bir hakka yine Antlaşmaların ilgili hükmü doğrultusunda bir sınırlama getirdikleri (mesela kamu güvenliği veya genel sağlık sebebiyle bir malın ülkeye girişini yasakladıkları gibi) yahut bazen de, Antlaşmalardan kaynaklanan bir hakka bizzat bir temel hak ve özgürlüğü korumak maksadıyla sınırlama koydukları (mesela insan onurunu korumak maksadıyla bir bilgisayar oyunu hizmetini yasakladıkları veya ifade özgürlüğünü korumak maksadıyla bir karayolunun ulaşıma kapatılmasına müsaade ederek malların serbest dolaşımının sınırladıkları gibi) şeklindeki bir gerekçe/bahane idi.[1456]

Bunlar arasında en sık karşılaşılan ise, Antlaşmalarda düzenlenen bir temel serbestiye, yine Antlaşmalarda öngörülen sebeplerle (kamu düzeni, genel sağlık vs.) sınırlama getirilmesi halleri olmuştur. Divan, malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına ''üstün bir kamu yararı'' gerekçesiyle getirilen sınırlamaları, ilk zamanlardan itibaren ''meşru'' bir sınırlama sebebi olarak kabul etmiştir.[1457] Bu anlamda, insan haklarının korunması da, işçilerin korunması, tüketicinin korunması, çevre ve kültürün korunması gibi, bu anlamda ''üstün kamu yararına'' hizmet eden bir sebep olarak görülmüş ve temel serbestiler başta olmak üzere Antlaşmalardan kaynaklanan hakların sınırlanması için meşru bir temel olarak kabul edilmiştir.[1458] Ancak bir şartla: *Orantılı/ölçülü kullanılması* halinde. Bu da, ister istemez temel hakların, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sınırsız ayrıcalıklar olmadığı ve sosyal işlevleri bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ilkesini getirmiş; neticede bu tür davalar, iki grup değer

---

[1456] Zaten bu haller, insan haklarının ulusal tasarruflarda devreye girdiği noktalar; diğer bir deyişle, Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu iddialarıyla karşılaşma hallerimizdi.

[1457] Bunu, Antlaşma'nın ilgili maddelerinde açıkça yazanların dışındaki içtihadi bir (meşru) sınırlama sebebi olarak Divan'ın getirdiğini yukarıda ifade etmiştik.

[1458] Rosas, Armati, **op.cit**, p.186. Yazarlar, bunu, toplumun 1950'ler ve 60'lara göre değişen yapısı ve yeni toplumsal ihtiyaçlara (çevre duyarlılığı, tüketici hakları, temel hakların korunması gibi noktalarda) bir cevap niteliğinde görmektedirler. **Ibid**. p.187.

arasında bir dengenin kurulmaya çalışıldığı mücadele alanları olmuştur. Diğer bir deyişle, bu tür davalarda, Divan, kendini, Antlaşmalarda düzenlenen bir ''ekonomik'' hak ile hukukun genel ilkelerinde veya Şart'ta korunan bir temel hak ve özgürlüğü dengelemek zorunluluğu içinde bulmuştur. *AB İnsan Hakları Hukukunda* temel hak ve özgürlüklerin sınırı bakımından karşılaşılan özel bir görünüş şekli de budur.

Tüm bunlar ise, *AB İnsan Hakları Hukukunda* tüm eylem ve işlemlerin bir sınırı olarak devreye giren insan haklarının da, kendi içinde bir nevi bir sınırı olması demektir. Bu noktada en genel ifadesiyle belirtmek gerekir ki, Divan tarafından, daha 1970'li yıllarda, Topluluğun temeli ve her türlü eylem ve işlemin geçerlilik şartı olarak ortaya konan temel hak ve özgürlükler, yine daha ilk başlardan itibaren, kişilere sınırsız yetkiler veren mutlak kavramlar olarak değil; belli sınırları olan ayrıcalıklar olarak kabul edilmiştir. Böyle olunca, davaların birçoğu, bu ihlal iddiası ile, iddia edilen bu ihlalin (yani Birlik ve Üye Devlet ''müdahalesinin'') gerekçesinin haklı olup olmadığı arasındaki mücadele olarak cereyan etmiş ve etmektedir. Bu ise, *AB İnsan Hakları Hukukunda*, ***temel hak ve özgürlüklerin sınırı*** meselesini gündeme getirmiştir. Tabii, özellikle başlangıçta herhangi bir yazılı metnin olmadığı ortamda jürisprüdansiyel olarak başlatılan bir alanda bu iş, yani bu konudaki ilke ve esasları koymak, yine bu hukukun mimarı olan Birlik yargısına kalmıştır. Nitekim Divan, bu meseleye dair ilke ve kuralları, tedrici olarak ortaya koymuş ve uygulamıştır. Lizbon sonrası dönemde, Temel Haklar Şartı bağlayıcılık kazanıp bu konuda özel bir hüküm (m.52/1) getirdiyse de, diğer konularda olduğu gibi, bu noktada da bu hüküm, bugüne kadarki Divan içtihadının kodifiye edilmesinden başka bir şey değildir.

Şimdi bu sınır meselesinde, önce ***AB İnsan Hakları Hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin genel esaslarını***; sonra da bunun özel birer görünüş şekli olan ***temel haklar ile temel serbestiler arasındaki denge*** ve ***temel hakların kendi aralarındaki denge*** meselelerini inceleyelim.

3.3.4.2. AB İnsan Hakları Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırları ve Sınırlanmasının Esasları

Temel Haklar Şartı'ndan Önce Durum ve İçtihadi Olarak İlk Kriterlerin Ortaya Konması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Divan, temel hak ve özgürlüklerin sınırı noktasında ilke ve esasları, tedrici olarak koymuştur. Bu noktada ilk karar olarak *Nold* zikredilebilir.

Nold'da, Divan, gerek mülkiyet hakkının gerekse bir ticaret ve mesleği serbestçe seçip yürütme özgürlüğünün, Toplulukta tanınan bir temel hak ve özgürlük olduğunu söyledikten sonra, ne var ki, bunların hiçbirinin, sınırsız yetkiler vermediğini ve gerek mülkiyetin gerekse o bağlamda korunan faaliyetlerin sosyal işlevi ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiş; bu itibarla da, bu tür hakların daima kamu yararı gerekçesiyle sınırlanabileceğinin kabul edildiğini ilave etmiştir (para.14). Divan'a göre, Topluluk hukuk düzeninde de, bu tarz haklar, ***özlerine dokunmamak kaydıyla, Topluluk tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan genel hedefler doğrultusunda*** belli sınırlamalara tabi tutulabilmektedir.[1459]

Görüldüğü gibi, burada iki şey önemlidir: Birincisi, Divan, temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığını daha en başta ortaya koymaktadır. İkinci olarak da, önce genel manada tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirir şekilde, bunların, ***özlerine dokunmamak kaydıyla, Topluluk tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan genel hedefler doğrultusunda belli sınırlamalara*** tabi tutulabileceğini söylemekte; ardından da, özel olarak mülkiyet hakkı bağlamında bu hakkın kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Nitekim Divan, daha sonradan verdiği *Hauer* kararında da, mülkiyet hakkını dayandırdığı AİHS 1 No'lu Protokol m.1'e atıf yaparak, bizzat bu hükmün, mülkiyet hakkının ''genel yarar'' doğrultusunda sınırlanabileceğini kabul ettiğini vurgulamış (para.19); ayrıca bununla yetinmeyerek, ortak anayasal gelenekler noktasında çeşitli ülke anayasalarına atıflar yaparak, buralarda da, mülkiyet hakkının, genel yarar, ortak fayda, gördüğü sosyal işlev gibi sebeplerle sınırlanabilmesinin öngörüldüğünü; hemen hemen tüm Üye Devletlerde, tarım ve ormancılık, su kaynakları, çevrenin korunması, şehir planlaması gibi alanlarda taşınmaz mülkiyetinin kullanımına sınırlamalar getiren yasal düzenlemeler bulunduğunu söylemiştir (para.20).[1460]

Kriterlerin Tahkim Edilmesi ve Orantılılık Testi

[1459] Bu bağlamda olaydaki gibi, kömür üretimi ve tedariki bağlamında Topluluk mevzuatıyla belli bir işletmeye herhangi bir zamanda verilen güvenceler, ticari çıkar veya fırsatları korumak için daima ileri sürülebilecek ve geri alınamayacak güvenceler olarak görülemez; zira bu, kömür üretimindeki dalgalanma ve değişimden kaynaklanmakta olup, bu tür riskler, ekonomik hayatın doğasında vardır (paras.14, 15).

[1460] Divan, somut olayda, şarap üretiminin belli ölçülerde regüle edilip sınırlanması tedbirine ilişkin olarak da, tüm şarap üreten ülkelerde, şarap üretimini, teknikler, üretim çeşitlemeleri ve yöntemleri gibi hususlarda regüle eden düzenlemeler bulunduğunu ve hiçbirinin de mülkiyet hakkına aykırı görülmediğini hatırlatarak, olaydaki tasarrufu, mülkiyet hakkının ihlali olarak görmemiştir (para.21).

Divan, sınırlama kriterlerini genişletmeye ve tahkim etmeye, sonraki kararlarında da devam etmiştir. *Schräder* kararında,[1461] mülkiyet hakkı ile ticaret ve mesleği serbestçe yürütme özgürlüğünün sınırsız olmadığını söyledikten sonra, sosyal işlevi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu bağlamda özellikle *piyasanın ortak organizasyonu hedefi bağlamında sınırlanabileceğini* söylemiştir. Ancak Divan'a göre, ***bu sınırlamalar, Topluluk tarafından gözetilen genel hedefleri karşılamalı ve söz konusu hakların özünü zedeleyecek şekilde orantısız ve hoş görülemez bir müdahale teşkil etmemelidir***. Görüldüğü gibi, Divan, bu karara kadar *sınırlama sebebini* (ortak yarar, sosyal işlev vb.) ve sınırlamaya ilişkin bazı kriterleri (öze dokunmama gibi) ortaya koyduğu mülkiyet vb. temel hakların sınırlanmasında, şimdi, ***orantılılık*** gibi ilave kriterlerle *sınırlamanın sınırlarını* genişletmektedir. (Bunlar, hiç şüphesiz, tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanması için de, genel kriterler olarak işlev görecektir. Nitekim Divan, bu kriterleri, yeni yeni hak ve özgürlükleri *AB (İnsan Hakları) Hukukuna* aktardığı sonraki kararlarında daima uygulamıştır.

Yine temel hakların sınırlanmasına dair önemli bir karar da, yukarıda farklı vesilelerle birkaç kez yer verdiğimiz *Rottmann* kararıdır.[1462] Hileli davranışları nedeniyle vatandaşlığa alınma işlemi iptal edilen ve böylece vatansız kalan kişinin açtığı davada, Divan, birtakım uluslararası hukuk kaynaklarına atıf yaparak ''vatandaşlık hakkının'', AB'de korunan temel haklardan biri olduğunu ortaya koyduktan sonra iş, vatandaşlık hakkı üzerindeki bu tasarrufun (sınırlamanın) hukuka uygun bir sınırlama olup olmadığına gelmiş; bu noktada da, Divan, çeşitli uluslararası sözleşmelerde, vatandaşlığın hileli davranışlar, yanlış bilgi veya gizleme vs. yollarla elde edilmesi halinde, velev ki, bu alıkoyma kişiyi vatansız kılacak olsun, geri alınmasına izin verildiğini (para.52); burada yapılması gerekli şeyin, olaydaki geri alma işleminin, ***gerekçe olarak gösterilen davacının hareketleriyle orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi*** olduğunu söylemiştir. Yani kural olarak, bu gibi hallerde, kişinin vatandaşlıktan mahrum bırakılması mümkün olmakla birlikte, somut olayda bu alıkoyma işlemi bir *orantılılık* (*proportionality*) testine tabi tutulmalı ve bireyin hileli davranışlarının söz konusu kararı almayı gerektirecek ciddilikte olup olmadığı (bireyin ailesi gibi faktörler de hesaba katılarak) değerlendirilmelidir.[1463]

[1461] C-265/87.
[1462] C-135/08.
[1463] Ki hatırlanacaktır, Divan, bunu yerel mahkemenin yapması gerektiğini söylüyor; bu konudaki takdiri ona bırakıyordu.

Yine yukarıda başka vesileyle değindiğimiz *Kadi* kararı[1464] da, temel hakların sınırlanması ve bu bağlamda bilhassa ''orantılılık'' noktasında güzel bir örnektir. Hatırlanacağı üzere, davaya konu olaylarda, BMGK, uluslararası terörizmle mücadele bağlamında birtakım kişilerin malvarlıklarının dondurulmasına yönelik bir karar almış; Birlik organları da, BM Şartı uyarınca BMGK kararlarına uymak adına bu kararları, karar, tüzük vs. ikincil mevzuatla *Birlik Hukukuna* aktarmıştır. Bu isimlerden biri olan Yasin Abdullah El Kadı da, söz konusu Birlik tasarruflarının gerek (kendi savunması alınmadan listeye eklenmesi boyutuyla) adil yargılanma ve etkili başvuru hakkına, gerekse (malvarlığının haksız surette dondurulması boyutuyla) mülkiyet hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi'nde dava açmış ve Mahkeme'nin kendisini haksız bulması üzerine dava, temyiz aşamasında Divan'ın önüne gelmişti. Özellikle mülkiyet hakkının ihlali iddiasına bakan yönüyle, dava, malvarlığının dondurulması suretiyle mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu şüphesiz olduğundan, ister istemez mülkiyet hakkının sınırlanmasında ölçülülük/orantılılık tartışmasına; ve oradan da, gözetilen meşru bir amaçla (terörle mücadele ve uluslararası hukuka uyma) AB'de korunan bir temel hak (mülkiyet hakkı) arasındaki dengenin gözetilmesi meselesine gelmiştir.[1465]

Divan'ın cevabını aradığı soru, olaydaki Tüzükle getirilen sınırlamanın, mülkiyet hakkı üzerinde, hakkın özünü zedeleyecek orantısız ve hoş görülemez bir müdahale teşkil edip etmediği (para.357); yani bu müdahalenin ''meşru'' olup olmadığıdır (para.359). Bu noktada Divan, kamunun menfaatiyle davacının menfaati arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakacaktı. Ona göre, bu noktada, yasama organı, gerek BM kararlarının icra edileceği araçların seçimi gerekse yapılacak sınırlamanın kamu yararına hizmet edip etmeyeceğinin belirlenmesi bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir (para.360). Keza orantılılığın belirlenmesinde, başka faktörler de[1466] dikkate alınmalıdır (para.364) ve bunlara bakıldığında, söz konusu tedbir, haklı gibi durmaktadır.

[1464] C-402/05.

[1465] Davacının ihlal iddiasının gerekçeleri ve ilgili Topluluk kurumlarının savunmaları ve ayrıca İlk Derece Mahkemesi'nin davayı red gerekçeleri için bkz.: supra s.456 vd. Adalet Divanı ise, insan haklarının AB'de işgal ettiği konum itibariyle, tüm eylem ve işlemlerin insan haklarına uyma yükümlülüğünün BM Şartı dahil hiçbir uluslararası hukuk normuyla ortadan kaldırılamayacağını söyleyerek, İlk Derece Mahkemesi'nin bir nevi yüzeysel bir denetim öngören yaklaşımını benimsememiş ve her zaman olduğu gibi ayrıntılı denetime geçmiştir.

[1466] Mesela söz konusu tedbiri öngören Tüzük uyarınca, hakkında tedbir uygulanan kişinin yetkili ulusal makama başvurarak tedbirin hakkında uygulanmamasını isteyebilmesi ve tedbirin, temel ihtiyaçların giderilmesi için gerekli olan malvarlığını kapsamaması gibi...

Fakat tam bu noktada, Divan, meseleye başka bir yerden yaklaşmış; mülkiyet hakkının korunması bağlamında, mülkiyetine müdahale edilen kişinin, bu müdahalenin hukuka aykırılığını yetkili merciler önünde ileri sürebilme hakkına sahip olması gerektiğini; bu usuli gerekliliğin, mülkiyet hakkını güvence altına alan AİHS 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde de mündemiç olduğunu; dolayısıyla bütünleyici bir bakışla somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir (para.368). Somut olaydaki Birlik normu (ilgili tüzük) ise, davacıya böyle bir imkan vermeden kabul edilmiştir.[1467] Divan'a göre, bu uygulama, kendisini etkileyen dondurma tedbirinin genel bir şekilde uygulanması ve de devamlılığı düşünüldüğünde, haksız (meşru olmayan) bir sınırlama teşkil etmektedir (para.370). Görüldüğü gibi, Divan, diğer her şey (amaç, tedbirin elverişlilik ve gerekliliği vs.) tamam olsa da, sırf davacıya, mülkiyet hakkının sınırlanmasına karşı etkili bir başvuru yolu verilmediği için, bunu da mülkiyet hakkının içinde görerek, orantısız ve tolere edilemez bir tedbir olarak değerlendirmiştir.[1468]

Burada açıklayıcı bir örnek olarak Divan'ın *X v Commission* kararına da[1469] değinmek gerekir. Ayrıntıları yukarıdan hatırlanacağı gibi, davaya konu olaylarda, AB Komisyonu tarafından açılan bir pozisyona atanabilmek için girmesi gerekli bir sağlık testine girmeyi reddetmesi üzerine, girmeyi kabul ettiği başka bir test üzerinden asıl istenilen teste dair sonuçlara ulaşılarak ataması yapılmayan davacının, bu işlemin insan haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada,[1470] Divan, özel hayatın korunmasının bir Topluluk hakkı olarak korunduğunu belirttikten (para.17) sonra, bunun sınırsız olmadığını ve bizzat AİHS m.8'de, belli hallerde sınırlanabilmesinin öngörüldüğünü; bu anlamda genel kamu yararının gerektirmesi halinde, gözetilen hedef bağlamında, hakkın özünü zedeler nitelikte orantısız ve hoş görülemez bir müdahale teşkil etmemek kaydıyla sınırlanabileceğini hatırlatmış (para.18) ve somut olaydaki Komisyon tasarrufunun bu kriterleri karşılayıp karşılamadığını incelemeye geçmiştir.

Divan'a göre; öncelikle, Topluluk kurumlarının, istihdam edeceği kimselerin, ilgili pozisyonun gerektirdiği sağlık koşullarını taşıyıp taşımadığını bilmede ve buna yönelik

---

[1467] Hatırlatmak gerekirse; doğrudan BMGK kararının icrası denilerek Tüzükteki listeye ismi eklenmiş ve liste, daha sonradan da BM kararları doğrultsunda yine ''sorgusuz sualsiz'' güncellenmiştir.

[1468] Ancak yukarıdan hatırlanacaktır; Divan, gerek mülkiyet gerek başka haklar noktasında ihlal bulmasına rağmen, iptal kararlarının derhal uygulanmasının sakıncalı olabileceğini; zira bu halde anılan kişilerin malvarlıkları üzerindeki tedbirler kalkarsa, uygun prosedürler izlenip ihlaller giderilerek alınacak yeni tedbirleri etkisizleştirecek girişimlerde bulunabilecekleri gerekçesiyle, iptal kararının yürürlüğe girişini ertelemişti.

[1469] C-404/92 P.

[1470] Davacının iddiaları ve Komisyon'un savunmaları için bkz.: supra dipnot:1206.

gerekli ameliyeleri yapmada meşru bir menfaati vardır. Ne var ki, bu menfaat, bir kimseye, rızası olmaksızın bir tıbbi testin yapılmasını meşru kılmayacağı gibi, ayrıca rızası olsa da, rızasının olmadığı testin amacına hizmet edecek bulguları verme potansiyeli olan başka bir testin yapılmasını da meşru kılmayacak; fakat bu halde de, ilgili kurum, o kimseyi işe almaya mecbur tutulamayacaktır (paras.20, 21). Bu anlamda Divan, söz konusu Topluluk tasarrufunun ve onun dayandığı işe alımın reddi işleminin, kişinin özel hayatına (ve o kapsamda tıbbi gizliliğe) aşırı ve orantısız bir müdahale olduğuna hükmetmiştir (para.24).

Örneğin, turist olarak İngiltere'ye gelen, ancak vize süresinin bitiminde İngiltere'yi terk etmeyip bir İngiliz vatandaşıyla evlenen bir Filipinler vatandaşının oturum izni başvurusunun ulusal birimlerce reddedilmesi ve hakkında sınırdışı kararı alınması üzerine söz konusu olan *Carpenter* davası da,[1471] *orantılılık* açısından güzel bir örnektir.[1472] Divan, somut olaydaki ulusal tasarrufun davacının aile hayatına bir müdahale olduğunu ve bu itibarla bunun AİHS m.8/2'deki kriterlere[1473] uygun olması gerektiğini söyledikten sonra, somut olaydaki sınırdışı kararını, bu esaslar uyarınca değerlendirmiş ve neticede, yarışan dengeler (bir yanda davacının kocasının aile hayatına saygı hakkı, bir yanda da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması) arasında adil bir denge kurulmadığını düşünerek (para.44) gözetilen amaçla orantılı olmayan bir tedbir ve bu yönüyle de söz konusu hakkın bir ihlali olduğuna karar vermiştir (para.45).[1474] Keza *Akrich* kararında da,[1475] Divan, yine AB vatandaşıyla evli olan bir kimsenin sınırdışı edilmesi olayında, meselenin AİHS m.8 ve özellikle de maddenin 2.

[1471] C-60/00.

[1472] Normalde davada, Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuatın hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerinin, somut olaydaki şartlar dikkate alındığında davacının sınırdışı edilmesini yasaklayıp yasaklamayacağı gündeme gelmiş; normal olarak ilgili Kurucu Antlaşma ve yönerge hükümleri ışığında cevaplanması gereken tipik bir serbest dolaşım meselesiyken, sınırdışı edilme halinde, **aile birliğinin bozulması** durumu da ortaya çıkacağından, ucu, temel hak ve özgürlüklere dokunmuştur. Davaya konu olayların ayrıntıları; normalde bir serbest dolaşım uyuşmazlığı olan davanın neden aile hayatına saygı hakkını ilgilendirdiği; davacının iddiası ve davalının savunmaları için bkz.: supra s.526 vd.

[1473] *Yasaya uygunluk, fıkrada yer verilen meşru amaçlardan bir veya birkaçını gerçekleştirmeyi hedefleme ve demokratik bir toplumda gerekli olma*; bu bağlamda da *mübrem bir sosyal ihtiyaç ile haklı kılınma* ve *ulaşılmaya çalışılan amaçla da orantılı olma* gibi.

[1474] Divan, burada somut olay bakımından, gerek davacının gerek kocasının durumunu dikkate alarak ayrıntılı bir değerlendirme ve gerekçelendirme yapmıştır. Buradaki tespiti, özetle, davacının İngiltere'nin göç yasalarını ihlal etmiş olmasının, hakkında başka herhangi bir şikayet vs. olmadığı düşünüldüğünde, kamu düzeni için demokratik bir toplumda gerekli olacak şekilde bir tehdit oluşturmadığı yönündedir. Ayrıntı için kararın ilgili paragrafına bakılabilir.

[1475] C-109/01.

fıkrasındaki kriterlerle uyum içinde yorumlanması ve her iki hak (serbest dolaşım ve aile hayatı) arasında uygun bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiştir.[1476]

Avrupa Parlamentosu'nun (Üye Devlet topraklarında hukuka uygun olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları tarafından aile birleşimi hakkının kullanılmasına dair) bir Konsey Yönergesi'nin[1477] bazı maddelerinin – diğer sebepler yanında – başta AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Divan önünde açtığı davada verilen karar da,[1478] konumuza dair güzel bir örnektir. Divan, burada da, her ne kadar AİHS, bir kimseye, vatandaşı olmadığı bir devlete girme ve orada ikamet etme hakkı vermese de, kişinin yakın aile fertlerinin yaşadığı ülkeden ayrılmak zorunda bırakılmasının aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabileceğini (para.53) vurgulamış ve devamında, AİHS m.8'in, AİHM'nin de belirttiği gibi,[1479] aile hayatına etkili biçimde saygı gösterilmesi için devletlere olumlu yükümlülükler de yükleyebileceğini; bu tür olumlu yükümlülüklere/edimlere uygulanan ilkelerin de, olumsuz edimlere uygulananlarla (derece olarak) kıyaslanabileceğini; her iki durumda da, bir yanda bireyin diğer yanda da bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve yine her iki durumda da, devletlerin bir ölçüde takdir paylarının bulunduğunu söylemiştir (para.54).[1480]

Dereceli Test

[1476] Fakat hatırlanacaktır, Divan, burada, *Carpenter*'da yaptığının aksine, son sözü (yani bir ihlal olup olmadığını) söylememiş ve gerekli kriterleri ortaya koyarak dengenin kurulması noktasında son sözü söylemeyi, asıl davaya bakan ulusal mahkemeye bırakmıştır.

[1477] Council Directive, 2003/86/EC of 22 September 2003, O.J. 2003 L 251, p.12.

[1478] C-540/03, *Parliament v Council*, 27.6.2006, ECR 2006/I-5769.

[1479] Bu noktada Divan, AİHM'nin 21 Aralık 2001 tarihli *Sen v. the Netherlands* kararına atıf yapmıştır.

[1480] Bu noktada da Divan, AİHM'nin 19 Şubat 1996 trihli *Gül v. Switzerland* ve 28 Kasım 1996 tarihli *Ahmut v. the Netherlands* kararlarına atıf yapmıştır. Ardından Divan, AİHM'nin yukarıda yer verdiğimiz *Sen v. the Netherlands* kararında ortaya koyduğu, aile birleşiminin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için gözetilmesi gerekli esaslara atıf yapmış (para.55, 56); ayrıca THŞ ve diğer uluslararası belgelere de atıf yaparak, bunlara bakıldığında çocuğun haklarına büyük önem verildiğini; ancak hiçbirinin, bir aile ferdine bir devletin ülkesine girme hakkı verir ve devletlerden de aile birleşimine dair talepleri incelerken belli ölçüde bir takdir payını esirger nitelikte olmadığını söylemiştir (para.59). Divan, başta AİHS olmak üzere bu kriterleri koyduktan sonra, bu esaslar ışığında iptali istenen Yönerge hükümlerini oldukça ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve aile hayatına saygı hakkının AİHS'te ve diğer belgelerde öngörüldüğü şekilde korunması için gerekli esasları barındırdığını düşünerek, söz konusu hakka ve dolayısıyla da Birlik Hukukuna aykırı bulmamış ve netice olarak iptal talebini reddetmiştir.

Divan, uzun yıllar içinde yerleştirdiği ve bilhassa da ''orantılılık'' üzerinden şekillendirdiği içtihatları neticesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili davalarda, ''orantılılık''tan başka kriterlerin de arandığı, AİHM'ninkine benzer bir testi uygulamaya başlamıştır. *Österrreichischer Rundfunk and Others* davası,[1481] bu anlamda mükemmel bir laboratuvar niteliğindedir. Avusturya'da Sayıştay'ın (*Rechnungshof*) denetimine tabi birim ve işletmelerin, belirli bir meblağın üzerinde maaş (ve diğer mali haklar) alan çalışanlarının isimlerini, her yıl bir rapor hazırlaması için Sayıştay'a vermesini ve bu raporun da, Parlamento ve kamuoyuyla paylaşılmasını öngören ulusal mevzuatın, kişisel verilerin korunmasına ilişkin Birlik mevzuatına (ilgili yönergelere) aykırılığının iddia edildiği davada, Divan, ilgili yönergenin ve yönerge kapsamında kişisel verilerin işlenmesi ve sirküle edilmesinin, *AB (İnsan Hakları) Hukukunun* esasları bağlamında yorumlanıp uygulanması gerektiğini söyledikten sonra, klasik aşamalı testini (ortada AB'de korunan bir temel hak var mı, bu hakka bir müdahale var mı, ve bu müdahale meşru mu, bu bağlamda da sınırlama kriterlerine somut olayda riayet edilmiş mi) uygulamaya başlamıştır.

Divan'a göre, olayda, şüphesiz bir ''kişisel veri'' söz konusudur (para.64) ve bu, *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* korunan bir temel hak olup; AİHS m.8 bağlamında özel hayatın korunması kapsamındadır (para.73).[1482] İkinci olarak, bu verilerin bir takım yerlerle paylaşılması da, hiç şüphesiz bu hakka bir müdahaledir. O halde, mesele, bu müdahalenin meşru olup olmadığına gelmektedir. Bu noktada da Divan, bizzat AİHS m.8'de uygulanan sınırlama rejimini devreye sokmuş ve ''kanuna uygunluk'', ''maddede belirtilen meşru amaçlardan biri veya birkaçını gerçekleştirmeye yönelme'' ve ''demokratik bir toplumda gerekli olma (orantılılık)'' kriterleri açısından (para.76) somut olayı incelemiştir. Burada, söz konusu verilerin sirküle edilmesi, ulusal bir kanun hükmünde yer aldığı için,[1483] Divan, ikinci kritere geçmiş; somut düzenlemeyi, meşru

---

[1481] C-465/00 & C-138/01 & C-139/01, *Österreichischer Rundfunk and Others*, 20.5.2005, ECR 2003/I-4989.

[1482] Divan'ın, burada, AİHM'nin içtihatlarına atıf yaparak, özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve profesyonel/mesleki faaliyetlerin ''özel hayat'' kavramının dışında tutulması için bir sebep olmadığını söylediğini belirtelim.

[1483] Gerçi Divan'ın ''kanunla öngörülme'' kriteri noktasında da şüpheleri vardır. Divan'a göre; ilgili ulusal kanun hükmü, Sayıştay tarafından hazırlanacak söz konusu raporun, belirli bir aylık gelirin üstünde maaş vs. imkanlardan yararlanan tüm herkesi, aldıkları gelirle ilişkili olarak isimlerinin tasrih edilmesi şart olmaksızın, içermesini aramaktadır. Söz konusu hükmü uygulayan ulusal birimler ise, hükmün, mutlaka, isim-gelir eşleştirmesini ve buna göre raporda yer almasını gerektirdiğini söylemektedir. Bu anlamda, isim-gelir eşleştirmesi ve buna göre tasrihin yapılması, kanunun lafzının açık bir emrinden değil; ulusal uygulayıcıların, onu yorumlama tarzından kaynaklanmaktadır (para.78). İşte tam bu noktada, söz konusu hükmün, bu şekilde isimlerin de

amacı gerçekleştirmeye yönelme ve orantılı olma kriterleri açısından incelemiştir.[1484] Bu noktada da, Divan'a göre; öncelikle, söz konusu ulusal mevzuatın amacı, kamudaki maaşları makul sınırlar içinde tutmak; kamu kaynaklarının tasarruflu ve düzgün bir şekilde kullanımını sağlamak olup; bu anlamda, AİHS m.8/2'deki ''ülkenin ekonomik refahının sağlanması'' meşru sebebine dayandığı kabul edilmelidir (para.81).

Bu testin de geçilmesinden sonra, sıra, *demokratik toplumda gereklilik (orantılılık)* kriterinin karşılanıp karşılanmadığına gelmektedir (para.82). Bu noktada da Divan, AİHM'nin ''gereklilik'' mefhumuna verdiği anlam, bu bağlamda ''mübrem bir sosyal ihtiyacın varlığı'' ve tüm bunların değerlendirilmesinde ulusal mercilerin belli bir ölçüye kadarki ''takdir payları''na atıf yaparak (para.83); davalı Devletin (Avusturya) kamu kaynaklarının en iyi biçimde kullanılması ve özel olarak da maaşların makul bir sınırda tutulması şeklindeki (meşru) çıkarının, kişisel bilgileri paylaşılacak kimselerin özel hayatlarının korunması haklarına vaki müdahalenin ciddiliği ile dengelenmesi gerektiğini söylemiştir (para.84). Bu noktada Divan, kamu kaynaklarının düzgün kullanımının temin edilmesi adına, gerek Sayıştay'ın ve gerekse Parlamento'nun, çeşitli kamu kurumlarının insan kaynakları bağlamında ne kadar harcama yapıldığını bilmeye ihtiyaçları olduğunu; ayrıca, demokratik bir toplumda, vergi verenlerin ve kamuoyunun da, kamusal gelirlerin ne şekilde sarf edildiğini ve bu bağlamda personel giderlerini bilmeye hakları olduğunu; üstelik buna yönelik bir raporlama faaliyetinin, toplumun genelini ilgilendiren bir kamusal tartışmaya katkı sağlaması yönüyle ''kamu yararına'' da hizmet edeceğini kabul etmiştir (para.85). Ne var ki, Divan'a göre, yukarıdaki hususları ortaya çıkaracak bir istatistiğin ötesinde, bu kapsamdaki gelirlerin sahibi olan kamu görevlilerin isimlerinin de böyle bir ifşaata konu olmasının gerekip gerekmediği (yani orantılı olup olmadığı) bu kadar net değildir (para.86).

Divan'a göre; burada, böyle bir paylaşmanın (ifşaatın), AİHS m.8/2 anlamında meşru bir sebep olarak kabul edilebilecek olan maaşları makul sınırlar dahilinde tutma

---

tasrih edilmesini gerektirir tarzda yorumlanmasının, AİHS m.8/2'de öngörülen ''kanuna uygunluk/kanunla öngörülme'' kriterini (ve bu bağlamda AİHM'nin aradığı, ''öngörülebilir'' olma kriterini) karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesi gerekir ki; Divan'a göre, bu değerlendirmeyi yapacak olan da, ulusal mahkemelerdir. (para.79). Ancak bu noktaya gelebilmek (yani bu değerlendirmenin somut olayda gerekli olması) için de, öncelikle söz konusu müdahalenin, *orantılılık* testini (gözetilen amaçlarla ölçülü olma gereği) geçmesi gerekir (para.80). Yani, söz konusu ulusal mevzuat (ın öngördüğü müdahale), bu anlamda orantılı bir müdahale sayılabildiği takdirde, işte ''kanunla öngörülme'' kriterini karşılayıp karşılamadığı meselesi devreye girecek ve ulusal mahkemeler, o noktada bahsettiğimiz bu değerlendirmeyi yapacaktır.

[1484] Bu arada, Divan'ın, bu verilerin paylaşıldığı yerin bir kamu kurumu olmasının veya paylaşıldıktan sonra ne amaçla kullanılacağının, müdahale teşkil edip etmeme noktasında bir önemi olmadığını düşündüğünü (para.75) de vurgulayalım.

hedefine ulaşmak için elzem ve de bu hedefle orantılı olup olmadığı; bu amaca, söz konusu bilgileri sadece denetleyici birimlere vererek de (mesela Parlamento'ya ve hele de kamuya değil) ulaşılıp ulaşılamayacağı; bu anlamda demokratik bir toplumda gerekli olan kamu kaynakları üzerindeki kamuoyu denetiminin sağlanması adına, kamuyla genel istatistiki bilgilerin paylaşılıp kişilerin isim isim yıllık ne kadar kazandığının açıklanmamasının yeterli olup olmayacağı gibi sorular sorulmalı; ayrıca bu bağlamda bu tarz ifşaatın ilgili kimseler için özel hayatları noktasında doğuracağı olumsuzlukların ciddiliği de düşünülmeli ve müdahalenin orantılı olup olmadığı bu şekilde değerlendirilmelidir (paras.88-89). Ayrıca hemen belirtelim ki, Divan'a göre, bu değerlendirmeyi yapacak olan da, ulusal mahkemelerdir. Görüldüğü gibi, Divan, somut olayda, bir temel hakkın sınırlanmasının meşru bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesi noktasında, ilkeleri tespit ederek, bu ilkeler ışığında somut olayı ulusal mahkemelerin değerlendirmesi gerektiğini söylemiş; ancak bunu yaparken sorulması gerekli birtakım soruları da, bizzat kendisi tespit ederek, ulusal mahkemeleri yönlendirmiştir.

THŞ'deki Durum

Divan'ın Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı bağlayıcılık kazanana kadar içtihat üzerinden uyguladığı sınırlama rejimi bu şekildedir. Şart ise, bu konuda özel bir hüküm içermektedir; nitekim buna, yukarıda ''kaynaklar'' bahsinde Şart'ı incelerken değinmiştik. Hatırlanacağı üzere, Şart, AİHS'tekine (ve ulusal anayasalardakine) benzer düzenlemeler getirmiş; ***düzenlediği hak ve özgürlüklerin ancak kanunla ve özlerine dokunmaksızın sınırlanabileceğini; ayrıca sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olarak ve de yalnızca Birliğin genel çıkarları bağlamındaki hedefler veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerçekten gerekli olduğu takdirde yapılabileceğini*** söylemiştir.[1485] Temel Haklar Şartı'nın, düzenlediği hususlar bakımından, Lizbon sonrası dönemde, *AB İnsan Hakları Hukukunun* temel metni olduğunu ve dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması noktasında temel düzenlemenin artık bu olduğunu, herhalde tekrar etmeye gerek yoktur. Ancak, Şart'ın, gerek içerdiği hak ve özgürlükler gerekse uygulanma kapsamı, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması ve sınırlanması gibi hususlar bakımından, akşamdan sabaha kabul edilen ''devrimci'' bir metin olmadığını ve birçok hususta, o ana kadarki mevcut

[1485] Hükümde geçen ''Birliğin genel çıkarları'' için bkz.: supra s.492.

Divan içtihadını kodifiye ettiğini biliyoruz. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bahsinin de, bu durumdan ayrık olmadığını söyleyebiliriz.[1486]

Volker und Markus Schecke and Eifert kararı,[1487] özellikle Temel Haklar Şartı bağlamında sınırlama meselesinin değerlendirilmesi adına güzel bir laboratuvar niteliğindedir. Almanya'da kurulmuş birer tarım işletmesi olan davacılar, 2008 yılı için birtakım AB fonlarından yararlanmak üzere başvurmuş ve başvuruları da kabul edilmiştir.[1488] Ancak, ilgili ulusal merciin, konuyu düzenleyen Birlik tüzüğünün ilgili hükmü uyarınca, bu fondan yararlananları ve yararlandıkları miktarı bir web sitesinde ilan etmesi üzerine, söz konusu tarım işletmeleri, bunun, THŞ'nin 7 ve 8. maddelerinde düzenlenen kişisel verilerin korunması ve özel hayatın korunması haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle, isimlerinin çıkarılması ve kendileriyle ilgili verilerin paylaşılmaması için dava açmışlardır.[1489] İlgili ulusal otorite, bunun tüzüğün emri olduğunu söylerken; davacılar, kişisel verilerin ve özel hayatın korunması haklarına, aşırı ve üstün bir kamu yararının gerektirmediği bir müdahale olduğunu iddia etmektedirler.

Divan, burada AİHM'nin benzer olaylarda yaptığı gibi, aşamalı bir değerlendirme yapmıştır. İlk yaptığı şey, olayda bir hakkın ve bu hakka bir müdahalenin olup olmadığını tespit etmek olmuştur. Divan'a göre, olayda davacıların kişisel verilerin korunması ve özel hayatlarının gizliliği bağlamında haklarının söz konusu olduğu zaten tartışmasızdır. Olaydaki gibi bir fondan yararlanma durumunun ve yararlanma miktarının kamuya ilan edilmesi de, hiç şüphesiz bu haklara bir müdahaledir.[1490] Böyle olunca da, bu müdahalenin THŞ m.52/1 uyarınca hukuka uygun bir müdahale olup olmadığına bakmak gerekmektedir. İşte bundan sonra Divan, tek tek bizim yukarıda değindiğimiz kriterler çerçevesinde bir değerlendirmeye girişmiştir.

[1486] Nitekim *Açıklamalar*'da, Divan'ın, bizim de yukarıda değindiğimiz, *Karlsson* kararına (para.45) atıf yapılmış olması, Divan'ın bu noktadaki içtihadının benimsendiğini göstermektedir.

[1487] C-92/09 & C-93/09 (Joined Cases), *Volker und Markus Schecke and Eifert*, 9.11.2010, ECR 2010/I-11063.

[1488] Bu arada, bunun, Üye Devletin AB'nin bir yürütme organı gibi AB politika ve normlarını uygulaması şeklinde tezahür eden tipik bir ''*AB Hukukunun* uygulanması'' hali olduğunu da dikkatlere sunalım.

[1489] Yine bu arada, artık bir temel hak iddiasının, doğrudan Şart'a dayandırıldığını da dikkatlere sunalım.

[1490] Bu noktada, idare, davacıların fona başvurdukları formda, ''bu fon kapsamında yardım alanların ve alınan yardımların ilgili tüzük uyarınca kamuoyuna ilan edileceğini bilmekteyim'' şeklinde bir kutucuk olduğunu ve davacıların bu formu doldurmakla, bu ilana rıza verdiklerini ileri sürmüş; ancak bu savunma, Divan tarafından kabul edilmemiştir. Divan'a göre; formdaki bu kutucuk, başvurucuların rızalarını almaya matuf bir beyan olmadığı gibi, rıza verildiğinin değil, sadece farkında olunduğunun beyanı olarak görülebilir.

Burada, önce, ''sınırlamanın kanunla öngörülmüş olmasına'' bakmış ve söz konusu ilan yükümlülüğünün ilgili tüzükte açıkça öngörülmüş olmasından hareketle bu kriterin yerine getirildiğini belirtmiştir. Divan, ikinci olarak, söz konusu ''sınırlamanın sebebi'' noktasında, 52/1'in aradığı Birlik tarafından benimsenen bir genel menfaat hedefini karşılayıp karşılamadığına bakmış; bu noktada da, söz konusu ilan yükümlülüğünün kamu kaynaklarının verimli ve adil kullanılması adına şeffaflığı sağlamak amacıyla söz konusu ''ilan'' kuralının getirildiğini; şeffaflığın da Antlaşmaların muhtelif maddelerinde (ABA m.1 ve 10, ABİA m.15 gibi), çok önemli bir Birlik hedef ve amacı olarak yer aldığını söyleyerek, bu kriterin de yerine getirildiğini belirtmiştir. Üçüncü aşamada ise, söz konusu müdahalenin *orantılılık/ölçülülük* ilkesine uygun olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Bu noktada sorulması gerekli sorular; söz konusu tedbirin (kamuya ilan), hedefi (fonların etkin kullanımı adına şeffaflık) elde etmeye elverişli olup olmadığı (*elverişlilik*) ve gerçekten gerekli olanın ötesine geçip geçmediği (*gereklilik*) sorularıdır. Bu noktada söz konusu tedbirin amaca ulaşmada elverişli olduğuna şüphe yoktur; ilan, istenen şeffaflığı sağlayıp amacı gerçekleştirecektir (para.75). Ancak ölçülülük kriteri adına asıl mesele, böyle bir tedbirin gerçekten gerekli olup olmadığıdır. İşte bu noktada, devreye, THŞ m.7 ve 8'deki haklar ile fonların etkili ve verimli yönetimi adına şeffaflığın sağlanması gereği arasındaki dengenin kurulması meselesi girmektedir.[1491] Fakat Divan'a göre, ilgili tüzük, böyle bir dengelemeyi yapmamıştır.[1492]

Ancak ilginçtir, Divan, gerçek kişiler bakımından böyle bir orantısızlık/ölçüsüzlük tespit etmekle birlikte; tüzel kişiler bakımından söz konusu düzenlemelerin ölçüyü aşmadığına karar vermiştir. Zira Divan'a göre; tüzel kişiler de, elbette THŞ m.7 ve 8'deki haklara – uygun düştüğü ölçüde – dayanabilmekle birlikte, kişisel verilerin korunması

[1491] Davalı idarenin savunması, bunun, söz konusu haklar üzerinde en hafif, en az olumsuz etki bırakacak yöntem olduğudur.

[1492] Divan, burada, tek ve herkesin rahatlıkla ulaşabileceği bir siteden, söz konusu fondan yararlanan herkesin ve net yararlanma miktarlarının, yararlanma periyodu/süresi, alınan yardımın niteliği, oranı gibi hususlardan hiçbir ayrıma gitmeden bir bilgilendirmenin/ilanın yapılmasının gerçekten gerekli olup olmadığı sorusunu sorarak bir değerlendirme yapmaya çalışmıştır. Divan'a göre, ilgili tüzük hükmünün konarken, bu sorular sorulmamış ve tüzüğü hazırlayanlar, böyle bir değerlendirme/tartışma yapmamışlardır. Bu, ilgili hükmün mimarları olarak Komisyon ve Konsey'in böyle bir dengeyi gözetmediğini göstermektedir. Şeffaflık adına getirilen kamuoyunu bilgilendirme yükümlülüğü, diğer yardım alan gerçek kişilerin isimleri, alınan yardımın niteliği, miktarı, oranı, yoğunluğu ve süresi gibi hususlar gözetilmeden tüzüğe konmuştur. Evet, böyle bir amaç, meşrudur; fakat bunun söz konusu haklarla dengelenmesi gerekirken, böyle bir dengeleme kaygısı güdülmemiş; sadece ''amaca'' öncelik verilmiştir. Divan, ayrıca özellikke kişisel verilerin korunması noktasında çok hassas olduğunu ve ancak kesin bir şekilde gerekliyse (*strictly necessary*), bu hakkın sınırlanabileceğini söylemiştir. Dolayısıyla gerçek kişiler bakımından, ilgili tüzük hükmü, bu dengeyi kurmadığından, orantısız bir müdahaledir ve hukuka aykırıdır.

bakımından ''müdahalenin ciddiliği'' noktasındaki derece, tüzel kişilerle gerçek kişiler açısından farklı farklı olabilir. Zira tüzel kişilerin zaten başka mevzuattan da kaynaklanan bu tür yükümlülükleri vardır ve bu anlamda bu şekilde bir kamuoyuna ilan etmenin gerçek kişiye getireceği yük ile tüzel kişiye getireceği yük aynı olmayacaktır. Bu yönüyle tüzel kişiler açısından, söz konusu tedbir, orantısız/ölçüsüz değildir ve dolayısıyla da hukuka uygundur.[1493] Görüldüğü gibi, Divan, aşamalı bir test uygulamış; kendince birtakım hususları dengelemiş ve bir karara varmıştır. Üstelik tüzel ve gerçek kişiler için aynı yükümlülük noktasında farklı kanaate varması, denge meselesindeki bir hassasiyeti de göstermektedir.

Bu, Lizbon sonrası oluşan anayasal yapıda, Şart'ta güvencelenen bir hak veya özgürlüğün nasıl sınırlanacağını sorusuna verilecek cevaptır. Ancak hemen belirtelim ki, bu düzenleme, Şart bağlamında korunacak hak ve özgürlükler için olup; halen daha ihtiyaç duyulduğu takdirde devreye girecek olan hukukun genel ilkeleri temelinde korunacak hak ve özgürlükler bakımından bugüne kadarki Divan içtihadı geçerli olmaya devam edecektir. Üstelik, bizzat Şart kapsamında korunan hak ve özgürlükler bakımından da, hep vurguladığımız gibi, bunlar, o ana kadar bu hukuk düzeninde olmayan ''yeni kriterler'' değildir ve Divan'ın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması noktasında benimsediği temel yaklaşımın bir nevi kodifiye edilmiş halidir. Bu anlamda gerek ''sınırlama kriterleri'' ve gerekse o noktada devreye giren ''orantılılık/ölçülülük'' kavramına ilişkin yukarıda özetlediğimiz bugüne kadarki Divan içtihadı, elbette halen daha yol gösterici olmayan devam edecektir.

Divan'ın genel anlamda temel hakların sınırlanması ve bu bağlamda belli unsurlarla aralarında bir dengenin kurulması noktasındaki genel tavrı böyledir. Bu sınırlama ve denge kurma meselesinin özel bir tezahürü de, daha önceden de belirttiğimiz gibi, ***temel haklarla temel serbestiler arasındaki dengedir*** ki, şimdi buna değineceğiz.

[1493] Davacılar, burada, aslında buna itiraz etmişler ve işletmelerinin kendi adlarıyla aynı adı taşıdığını ve dolayısıyla tüzel kişi olan işletmeleri için ilan söz konusu olunca, kendi kimliklerinin de ortaya çıktığını ileri sürmüşlerse de, Divan tarafından bu itiraz kabul görmemiştir. Zira aksi halde, idari birimlere, söz konusu ilanı yapmadan önce, acaba söz konusu tüzel kişinin fondan yararlanan olarak websitesinde ilan edilmesi halinde, bu ilan, tüzel kişi üzerinden bir gerçek kişinin de kimliğinin açığa çıkmasına yol açabilir mi şeklinde bir inceleme yapma yükümlülüğü yükleyecek; bu ise, onlar açısından orantısız bir külfet getirecektir.

3.3.4.3. Temel Haklar-Temel Serbestiler Mücadelesi

Başlarken de belirttiğimiz gibi, temel hak ve özgürlüklerin ve özellikle de bunların sınırının söz konusu olduğu bir grup dava da, Antlaşmalarda düzenlenen bir temel serbestinin yine Antlaşmalarda düzenlenen kamu yararı, genel sağlık, genel ahlak, kamu düzeni gibi sebeplerle veya bizzat bir insan hakkını koruma sebebiyle sınırlanması halinde, bu sınırlamanın hukuka uygun olup olmadığı sorununun belirdiği davalardır. Bu davalarda, mesele, ister istemez söz konusu temel serbesti ile temel hak/özgürlük (veya bazen iki temel hak) arasındaki denge sorununa gelmektedir. AB İnsan Hakları Hukukunun önemli bir bileşeni de, bu mücadele ve bu mücadelede dengenin nasıl kurulduğudur. Yukarıda gerek kaynaklar, gerek katalog ve gerek AB Hukukunun kapsamındaki ulusal tasarruflar bahislerinde yer verdiğimiz pek çok dava, bir temel hakkın AB hakkı olarak kabulü veya Topluluk Hukukunun sınırlarının nereye kadar uzanacağı (yani Üye Devletlerin ne zaman bu hukuk kapsamında hareket ediyor olacağı) gibi hususlara cevap vermenin yanında, son tahlilde, Antlaşmalardan kaynaklanan bir temel serbestinin bir temel hak ve özgürlük yahut başka bir sebeple sınırlanması meselesine gelip dayanmakta ve bu noktada da, bu ikisi (temel serbesti-temel hak/özgürlük) arasında dengenin kurulması boyutunu ortaya çıkarmaktaydı.[1494]

İfade özgürlüğünün hizmet sunma serbestisiyle dengelendiği *Commission v Netherlands* davası,[1495] buna güzel bir örnektir. Hatırlanacağı üzere, davaya konu olaylarda, AB Komisyonu, ulusal yayın kuruluşlarının programlarının tamamını veya bir kısmını devlet tarafından desteklenen yayın kuruluşu NOPB'den almasını öngören ve ayrıca diğer Üye Devletlerde yayınlanan ve özel olarak Hollanda halkına yönelik reklamları içeren programların kablo ile aktarılmasında belli sınırlamalar getiren Hollanda mevzuatını, (o zamanki) AT Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımını öngören 59. maddesine aykırı görmüş ve Hollanda'yı dava etmiştir.[1496] Divan, bu politikanın korumayı

[1494] Ve biz, bu davaların kaynaklar, katalog, AB Hukukunun sınırları gibi hususlarda AB İnsan Hakları Hukuku adına söylediği şeylere değindikten sonra, meselenin son noktada gelip dayandığı dengenin kurulması hususunu, ileriye (yani işte buraya) havale etmiştik.

[1495] C-353/89, *Commission v Netherlands*, 25.7.1991, ECR 1991/I-4069.

[1496] Komisyon'a göre, özellikle bir hizmet olarak başka Üye Devletlerdeki program yapımcılarından bu tür programların alınmasının sınırlanması, hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine aykıdır. Hollanda ise, söz konusu düzenlemelerin amacının Hollanda'yı oluşturan çeşitli (özellikle de sosyal, kültürel, dini ve felsefi) bileşenlerin ifade özgürlüklerini koruma amacı taşıdığını; söz konusu özgürlüğün, basın, radyo ve televizyonda da olması gerektiğini ileri

amaçladığı çoğulculuğun temininin, AİHS m.10'da güvence altına alınan ve de Topluluk hukuk düzeninde korunan temel haklardan biri olan ifade özgürlüğüyle bağlantılı olduğunu söylemiş ve bir anlamda bu özgürlüğün basın ve medya alanındaki boyutunu ortaya koymuştur (para.30). İşin bundan sonrası ise, Hollanda'nın yaptığı bu sınırlamanın ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ve tam o noktada da, iki ''anayasal hak'' (bir genel hukuk ilkesi olarak ifade özgürlüğü ve bir temel serbesti olarak hizmet sunma hakkı) arasında bir denge kurmaya gelmektedir. Divan, bu noktada, Hollanda toplumunun sosyal, kültürel, dinsel ve felsefi bileşenlerini temsil eden tüm ulusal yayın kuruluşlarının, programlarının tamamını veya bir kısmını, mutlaka Hollanda menşeli bir işletmeden almasını zorunlu tutmanın, gözetilen hedefin (ifade özgürlüğünü koruma) çok ötesine gittiğini; zira yayın kuruluşlarının başka Üye Devletlerdeki hizmet sağlayıcılarından da hizmet almasına izin vermekle, bir ülkedeki işitsel-görsel sektörün çoğulculuğunun etkilenmeyeceğini[1497] belirtmiştir (para.31). Görüldüğü gibi, bir Üye Devlet, olaydaki gibi bir sınırlamayı ve tekel kurmayı – başka argümanlar yanında – medyada çoğulculuğu sağlayarak ifade özgürlüğünü korumak maksadına da dayandırmış; fakat Divan, somut olaydaki yasal düzenlemenin, hizmet sunma serbestisini, ulaşılmaya çalışılan bu hedefin çok ötesinde sınırladığına ve bu anlamda ifade özgürlüğünü koruma amacının, hizmet sunma serbestisinin meşru bir sınırlama sebebi olan ''üstün kamu yararı'' kapsamında değerlendirilemeyeceğine kanaat getirmiştir.

Maddi yönleri itibariyle birbirine benzeyen *Omega* ve *Schimidberger* kararları da, temel haklarla temel serbestiler arasındaki dengeyi güzel biçimde ortaya koyan içtihatlardır. 2003 tarihli *Schmidberger*'de,[1498] hatırlanacaktır, protesto amacıyla bir otoyolun 28 saat süreyle trafiğe kapatılmasından zarar gören bir firmanın, bu eyleme izin vererek malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına dair Antlaşma hükümlerine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle Avusturya'ya karşı açtığı davada, davalı Hükümet, eyleme izin verme kararının gerekçesi olarak ifade ve toplanma hürriyetini gösterdiği için, dava, temel haklar ve özgürlükler eksenine taşınmış; ve temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve ekonomik serbestilerle dengelenmesi noktasına gelmiştir. Divan, bir yandan malların serbest dolaşımının Antlaşmalar sisteminin temel unsurlarından biri olduğunu ve bazı

---

sürmüştür. Ona göre, söz konusu düzenlemeler, Hollanda sesli-görsel sisteminin çoğulcu ve ticari olmayan yapısını sürdürmeye yöneliktir.

[1497] Hem de Hollanda'nın iddia ettiği gibi, bu, gerçekten ulusal yayıncıların çıkarına daha uygunsa (Hollanda'nın bu yönde bir savunması da olmuştur), zaten onları, buna yasal olarak mecbur etmenin anlamsız olduğunu…

[1498] C-112/00.

hallerde sınırlanabilmesinin bizzat Antlaşmalarda öngörüldüğünü (para.78); bir yandan da, temel hakların demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurları olduğunu, ancak onların da sınırsız olmayıp bizzat AİHS'te belli sebeplerle sınırlanabilmelerinin öngörüldüğünü (AİHS m.10/2 ve 11/2) söylemiştir (para.79). Dava, böylece, Divan'ın deyimiyle, Topluluk'ta temel hakların (AİHS m.10 ve 11'de güvence altına alınan ifade ve toplanma özgürlüğü) korunması gerekliliği ile (o zamanki) AT Antlaşması'nda düzenlenen bir temel serbestinin (malların serbest dolaşımı) korunması gerekliliğinin uzlaştırılması ihtiyacı sorununu ortaya koymaktadır (para.77). Divan'a göre, böyle durumlarda, çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması için, söz konusu menfaatler, bütün özel durumlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir (para.81). Tabii bu noktada da Üye Devletin yetkili birimlerinin geniş bir takdir yetkileri mevcuttur (para.82). Fakat bu yetkinin hukuka uygun kullanıldığının değerlendirilmesinde, esas iş, olaydaki gibi Topluluk-içi ticarete uygulanan sınırlamaların gözetilen meşru amaçla (Avusturya'nın iddia ettiği üzere temel hakların korunması amacı) orantılı olup olmadığının tespit edilmesidir (para.82).

Bu ilkesel tespitlerin ardından Divan, davaya konu olaylar bağlamındaki birçok hususu esas alarak değerlendirmesini yapmıştır. Bu noktada, söz konusu protesto (yol kapatma) eyleminin yetkili ulusal makamlardan izin alınarak yapılması; yolun tek bir yönde ve kesintisiz tek bir eylem kapsamında yaklaşık 30 saat kapatılması ve kapatma sonucu malların serbest dolaşımına gelen engelin coğrafi alan düşünüldüğünde oldukça sınırlı olması;[1499] bu eylemle, vatandaşların temel bir haklarını kullanması ve amacın, kesinlikle belli bir kaynaktan gelen belli bir malın dolaşımını/ticaretini engellemek olmaması;[1500] yolun kapatılmasının doğuracağı muhtemel olumsuzlukları minimuma indirmek adına yetkili makamların çeşitli idari ve destekleyici tedbirleri alması ve bu bağlamda geniş bir duyuru ağı oluşturularak kamuoyu yaratılması ve alternatif güzergahların belirlenmesi; eylemin sorunsuz geçmesi için gerekli bütün işbirliğinin yapılması; münferit sayılması gereken bu olayın Topluluk-içi ticarete ciddi bir tehdit oluşturur ve genel bir güvensizlik iklimi yaratır nitelikte olmaması ve her şeyden öte,

[1499] Divan, burada 1997 tarihli *Commission v France* (C-25/95) kararındaki koşullarla bir mukayese yapmış; orada bir Fransız topluluğun yabancı ülkelerden gelen malların Fransız piyasasına girişini engellemek amacıyla şiddete başvurduğunu, tır ve kamyonlara, taşıdıkları mallara zarar verip şoförlere yönelik de şiddet uyguladıklarını hatırlatarak, *Schmidberger*'deki engellemenin bu kadar vahim ve ciddi olmadığını söylemiştir.

[1500] Divan, yine *Commission v France* kararına atıf yaparak, orada, bunun, yıllarca süren ve tek amacı, Fransa dışından gelen belli mallara yönelik bir engelleme ve böylece mal ticaretini engellemek olan olan bir eylem olmasıyla mukayese yapmıştır.

böyle bir eylemi engellemenin temel haklara kabul edilemez bir müdahale teşkil edeceğine ilişkin ilgili Üye Devlet makamlarının takdirine saygı duyulması gerekliliği gibi unsurları dikkate alarak (paras.78-89), olaydaki ulusal tasarrufun (eyleme izin verme/eylemi yasaklamama) malların serbest dolaşımına aykırı olmadığına, daha doğrusu Antlaşmaların izin verdiği bir sınırlama teşkil ettiğine karar vermiştir. Üstelik Divan'a göre, davacı firmanın iddia ettiği gibi, eylemin içeriğine ilişkin daha sınırlayıcı bir tutum alınması (mesela otoyolun bir şeridinde değil de, kenarında yapılmasına veya süresinin birkaç saat olmasına izin verilmesi), bilakis söz konusu hakkın (ifade ve toplanma özgürlüğü) özünü zedeler nitelikte bir tavır olur ve bu yönden ilgili devlet adına sorumluluk doğurabilirdi (para.90). Elbette, bu tür eylemler, katılmayanlar için, özellikle serbest dolaşım noktasında birtakım olumsuz sonuçlar doğurabilir; fakat hedef, esas itibariyle bir fikrin kamusal ve yasal olarak ifade edilmesi olduğunda, bu olumsuzluk, ilkesel olarak hoş görülebilmelidir (para.91).[1501]

Ertesi yıl verilen *Omega* kararı da,[1502] benzer bir mücadelenin ürünüdür. Alman ulusal mercilerinin, yarışmacıların kızıl ötesi vs. silahlarla birbirlerini vurup öldürmeye çalıştıkları bir lazer oyununu, oyunun insanların öldürülmesi teması üzerine kurulu olduğu, bunun da insan onuru gibi kamuoyunun sahip olduğu ortak birtakım temel değerlere aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklaması üzerine başlayan uyuşmazlıkta, mesele, yine *Schmidberger*'deki gibi, bir Üye Devletin, bir temel hakkın (insan onuru) korunmasını gerekçe göstererek bir temel serbestiyi (hizmet sunma serbestisi)[1503] sınırlamasına gelmiştir.[1504] Böyle olunca, mesele, yine temel haklarla temel serbestiler

---

[1501] Olayın bizi doğrudan ilgilendiren yönü burasıdır; ancak kararda çok önemli olan şu hususu da dikkatlerden kaçırmamak gerekir: Divan, kararını iki eksende gerekçelendirmiştir. Birincisi, ifade özgürlüğünün malların serbest dolaşımının sınırlanması için meşru bir sebep teşkil etmesi ve iki değer arasında dengenin kurulması. İkincisi de, bu konuda ilgili Üye Devlete de bir miktar takdir marjının bırakılması. Divan, Avusturya'nın, olaydaki gibi bir protesto eylemi talebinin, Topluluk-içi ticareti en az etkileyecek şekilde ancak böyle yapılabileceği; aksi halde izin vermemenin daha büyük sorunlara yol açabileceği ve şiddete varan tepkileri doğurabileceği; en uygun yolun bu olduğu şeklindeki tespitlerine itibar edilmesi gerektiğini söylemiştir (paras.92, 93). Doktrinde Hartley'e göre; Divan, *Schmidberger*'de, söz konusu yol kapama eyleminin meşru olduğunu değil; davalı hükümetin olaydaki kararının kendi takdir yetkisindeki bir konu olduğunu söylemiştir. Nitekim yazara göre; bu yaklaşım, daha sonraki *Omega* kararında daha da net biçimde ifade edilecektir. Hartley, **op.cit**, p.157. Bunun, benzer olaylara ilişkin klasik AİHM yaklaşımı olduğunu, herhalde söylemeye gerek yoktur.

[1502] C-36/02.

[1503] Çünkü, davacı firma, oyunda kullanılan silah vs. ekipmanı, bir İngiliz firmasından tedarik etmektedir. Bu yönüyle ortada bir hizmet dolaşımı söz konusudur.

[1504] Yukarıdan hatırlanacaktır; davacı Alman firması, bunun hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı olduğunu söylemekte; davalı Alman Hükümeti ise, bu müdahalenin ''kamu düzeni'' gerekçesiyle yapıldığını ileri sürmektedir. (Bilindiği gibi, ''kamu düzeni'', bizzat AT Antlaşması'nın ilgili hükmü tarafından hizmet sunma serbestisinin sınırlanabileceği hallerden biri olarak gösterilmekte; ve

arasındaki mücadeleye dönüşmektedir. Divan, bu dengenin kurulması noktasında, kamu düzeni kavramının ülkeden ülkeye veya zamandan zamana değişebileceğini; dolayısıyla yetkili ulusal makamların bu noktada bir miktar takdir marjının bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemiş (para.31); bu anlamda ulusal makamlar, bir oyunun oynanmasının Anayasayla korunan insan onurunu ve ona bağlı olarak da kamu düzenini zedelediğini söylüyorlarsa, buna itibar edilmesi gerektiğini belirtmiş (para.32) ve neticede, olayda, hizmetlerin serbest dolaşımına hukuka aykırı bir sınırlamanın olmadığına karar vermiştir (para.40).

Görüldüğü gibi, burada, Divan, aslında *Schmidberger*'e göre, biraz daha yüzeysel bir değerlendirmeyle, bu dengeyi, temel haklardan yana kurmuştur. Hatırlanacak olursa, *Schmidberger*'de, Divan, iki yönden meseleye yaklaşmıştı. Önce spesifik birtakım unsurları değerlendirmiş ve olumlu bir kanaat edinmiş; ardından da bu olumlu kanaatini, Üye Devletin bu noktadaki değerlendirmesine saygı duyulması gerektiğini söyleyerek farklı bir yönden desteklemişti. Burada ise, biraz olayın da özelliğinden,[1505] spesifik birtakım unsurların değerlendirilmesi gibi bir yola girilmemiş; sadece sınırlama noktasındaki kriterler (mesela işte kamu düzeninin gerektirmesi ve de en hafif sınırlayıcı tedbire başvurulması gibi) hatırlatılarak, bu kriterlerin değerlendirilmesi noktasında Üye Devlet birimlerinin takdirine itibar edilmiştir.[1506] Bu noktada Divan'ın, bu saygıyı gösterebilmek adına, gerçekten çok ''hafif'' bir *orantılılık testi* uyguladığı gözden kaçırılmamalıdır.

Yine yukarıda içtihadi haklar kataloğu bahsinde yer verdiğimiz *The International Transport Workers's Federation and The Finnish Seamen's Union* (kısaca *Viking*) ve *Laval un Partneri* davaları da,[1507] bu anlamda konumuza dair örnekleyici davalardır. Davaların ikisinde de, sendikalar, grev ve başka türlü toplu eylemlerde bulunmuş; grev yapılan işyeri sahipleri de, bunun hizmet sunma serbestisine aykırı olduğu gerekçesiyle

---

yine bilindiği gibi, insan haklarının korunması, yerleşik Divan içtihadı uyarınca, bu anlamda kamu düzenine hizmet eden bir sebep olarak kabul edilmektedir.)

[1505] Burada, *Schmidberger*'deki gibi üçüncü bir kişinin protesto eylemi ve onu engellememe şeklindeki bir ulusal tasarruf değil; doğrudan bir Üye Devlet tasarrufu söz konusudur.

[1506] Aslında bu dava, somut bir denge kurulmasından öte, insan onurunun kamu düzeni noktasında bir meşru sınırlama sebebi olarak kabul edilip edilmemesi bakımından Divan'ı zorlamıştı. Buna, hatırlanacak olursa, kaynaklar bahsinde genel hukuk ilkelerinin tespitinde minimalist/maksimalist yaklaşım tartışması bağlamında yer vermiştik (bkz.: supra dipnot: 941). Burada temel tartışma, insan onurunun bir genel hukuk ilkesi olduğu kabul edildiğinde, getirdiği koruma düzeyinin Alman Anayasası'nın getirdiği koruma düzeyi esas alınarak mı belirleneceği; yani bir Üye Devletin, ona verdiği anlama itibar edilmesi gerekip gerekmediği idi. Belirtelim ki, Temel Haklar Şartı da, açık bir hüküm olarak ''insan onuruna'' bir temel hak/özgürlük olarak yer vermiştir (m.1).

[1507] C-438/05; C-341/05.

yerel mahkemeler önünde dava açmıştır. Meseleler ön-karar prosedürü ile önüne gelen Divan, grev ve toplu eylemde bulunma haklarının tanınması bağlamında grev hakkının (o zamanki) AT Antlaşması'nda düzenlenen hizmet sunma serbestisi üzerinde bir sınırlama olup olmadığını ve bir sınırlama olarak kabul edildiği takdirde, haklı bir sınırlama olup olmadığını incelemiş; tahmin edileceği gibi, bunu yaparken de, mecburen, konumuz olan türden bir dengeleme ameliyesi içine girmiştir.[1508] Divan, grev hakkının, hukukun genel ilkeleri bağlamında bir temel hak olarak tanınması gerektiğini söyledikten sonra,[1509] mesele, hizmetlerin serbest dolaşımına bir sınırlama olduğu şüphesiz olan eylemlerin, bu anlamda söz konusu serbestinin sınırlanmasında haklı bir sebep teşkil edip edemeyeceği ve bu anlamda da, söz konusu temel hak (grev hakkı) ile Antlaşmalarda düzenlenen bir temel serbesti (hizmet sunma serbestisi) arasındaki çatışma ve dengeye gelmiştir.[1510] Divan'ın yapacağı şey, bu sınırlamanın meşru olup olmadığını değerlendirmek; bu dengeyi kurmaktır.[1511] Divan'a göre, Topluluk, sadece ekonomik değil aynı zamanda sosyal amaçlar da taşıdığından, malların, hizmetlerin

---

[1508] *Laval un Partneri*'de, sendika ile Litvanyalı işveren arasında yapılan toplu sözleşme görüşmeleri başarısız olunca, sendika, iş yaptığı yer olan İsveç'te işyerine mal giriş çıkışlarını engelleme ve çalışmama şeklinde bir toplu eyleme girişmiş ve hatta şirketin oradaki kolunun iflas etmesine yol açmış; *Viking*'de de, deniz ticaretiyle uğraşan ve gemileri olan Finlandiya şirketi Viking Line, daha ucuz işçi ücretlerinden faydalanmak için gemisini Estonya'ya kaydettirip Estonya bayrağı takmak istemiş; bunu engellemek isteyen Finlandiyalı sendika da, Uluslararası Ulaştırma İşçileri Federasyonu'yla bağlantıya geçerek, Estonyalılar da dahil olmak üzere tüm üyelerin bilgilendirilip Viking Line ile pazarlık masasına oturmamalarını sağlamış ve böylece bayrak değiştirmenin önünü kapatmıştır. Ve sendika, daha sonradan da, bayrak değiştirmeyi engelleme veya değiştirilse bile, bu değişikliği anlamsız kılacak şekilde, üyelerinin daha koruyucu nitelikte olan olan Finlandiya kanunlarına göre istihdam etmesini sağlamak üzere bir toplu eylem başlatmıştır.

[1509] Mesela davanın bu kısmı, *AB İnsan Hakları Hukukunda* bir hakkın genel hukuk ilkesi olarak tanınması anlamında bu hukukun ''kaynakları'' bahsini ilgilendirmektedir ve bu yönüyle yukarıda ilgili yerde ele alınmıştır.

[1510] Bu arada, insan hakları noktasından bizi ilgilendirmese de, davaların AB Hukuku adına önemli bir noktasının da, Antlaşmalardaki serbest dolaşım hükümlerinin yatay etkili olup olmadığı; yani bunlardan doğan hakların doğrudan kişilere karşı (olayda şirketten sendikalara doğru) ileri sürülüp sürülemeyeceği olduğunu not edelim. Dashwood et.al., **op.cit**, p.350. Buna, bir sonraki başlıkta değineceğiz.

[1511] Divan'a göre, bu noktada sorulması gereken soru, bir Üye Devletteki sendikaların grev ve toplu eylem yapabiliyor olmalarının, hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde bir sınırlama teşkil edip etmediği ve ediyorsa da, bunun meşru bir sınırlama olup olmadığıdır (para.96). Bilindiği gibi, Divan, Antlaşmalardaki özel sınırlama sebeplerinin yanında ''üstün bir kamu yararı''nı da, temel serbestilerin sınırlanmasında içtihadi bir sınırlama sebebi olarak kabul edip uygulamakta ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını da, bu anlamda üstün bir kamu yararının gereği olarak saymaktadır (para.101). Bu anlamda, grev ve toplu eylemde bulunma hakkı, kural olarak, temel serbestilerin sınırlanması için meşru bir sebeptir; fakat her hakta olduğu gibi, orantılı/ölçülü kullanılması halinde. İşte mesele, somut olayda, olayın koşullarına göre, bu dengenin kurulmasına; sendikaların söz konusu eylemlerinin *orantılı* olup olmadığına gelmektedir. Eğer böyleyse, bu, bir temel hakkın orantılı/ölçülü bir biçimde kullanılması olacak ve de hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde meşru bir sınırlama olarak kabul edilecektir.

kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına dair hükümlerin, sosyal amaç ve politikaların (ve bu bağlamda sosyal koruma ve işçi-işveren arasındaki diyaloğun) gereği olan hedeflerle dengelenmesi zaruridir. (para.105). İşte bu noktada da Divan, her zamanki gibi kendince birtakım unsurları dikkate alıp değerlendirerek bir kanaate varmış ve *Laval'*da, somut olaydaki türden bir işçi eyleminin ilkeleri tespit edilen bir kamu yararı sebebine hizmet etmeyeceğini söylerken; *Viking*'de, kendisi bir belirleme yapmayarak, başka davalarda da yaptığı gibi, koyduğu ilkeler ışığında orantılılığı/ölçülülüğü tespit etme işini ulusal mahkeme bırakmıştır.

Bir Üye Devlet'in (Almanya), bir Birlik yönergesini iç hukuka aktardığı ulusal mevzuatında, kişisel verilerin Birlik içinde işlenmesi ve sirkülasyonundan sorumlu olan birimleri, çeşitli yönlerden Devlet denetimine tabi kılmasının, ilgili yönergede öngörülen ''bu birimlerin tam bir bağımsızlık içinde işleyecekleri'' ilkesine aykırı olduğundan bahisle Komisyon tarafından açılan davada,[1512] Divan, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayat kapsamında *AB Hukukunda* korunan bir hak olduğunu belirttikten sonra; bu korumanın yerine getirilebilmesi için, ilgili idari makamlarca bu hak ile iç pazarın (yani dolaşım serbestilerinin) bir gereği olarak kişisel verilerin serbest dolaşımı (sirkülasyonu) bağlamındaki menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiştir (para.24). Dava, bu yöndeki somut bir ihlal iddiasından ziyade, ilgili yönergedeki ''tam bir bağımsızlık içinde işleme'' kuralının bir Üye Devlet tarafından yanlış yorumlandığı iddiasına ilişkin olduğu için, Divan, somut olayda fiilen bir denge kurma durumuna gelmemişse de, yönerge kapsamındaki ulusal tasarrufların, mutlaka bir yanda, kişisel verilerin korunması, bir yanda da, iç pazarın (yani dolaşım serbestilerinin) gereklilikleri arasında bir denge kurularak hazırlanması gerektiğini söylemiş ve bu dengenin sağlanması adına, ilgili ulusal otoritelerin hem işleyiş ve karar alma hem de oluşum bakımından tam bir bağımsızlık içinde çalışmasının gerekliliğine (para.25) vurgu yapmıştır.

THŞ'nin Etkisi

Bu noktada, Şart'ın temel hak ve özgürlüklerle temel ekonomik serbestiler arasında Divan tarafından kurulan bu dengeye bir etkisinin olup olmayacağı sorusu da, sorulması gerekli önemli bir sorudur. Tabii ki, bu denge meselesinin mahiyeti gereği yorum ameliyesini icap ettirmesi dolayısıyla, Şart'ın, bu konuda açık bir hüküm içermesi

[1512] C-518/07, *Commission v Germany*, 9.3.2010, ECR 2010/I-1885.

söz konusu değildir.[1513] Ancak Lizbon sonrası süreçte, Şart'ın bizatihi varlığı ve anayasal bağlayıcılık kazanmasının bu noktada birtakım ''psikolojik'' etkileri olacağı söylenebilir. Öncelikle, bu denge meselesinin, Divan'ın bir boşlukta yaptığı bir tercihi değil, AB projesinin ve entegrasyonun bütünü içinde kendisine biçilen misyonun bir yansıması olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla bu iki grup anayasal hakların dengelenmesi meselesinde, yargısal yorumlayıcı olarak Divan'ın tavrı önemlidir; ancak Divan'ın tavrında da, insan haklarının AB entegrasyonu içinde işgal ettiği/edeceği yer, belirleyicidir. Bu sebeple, bu ''yer''i etkileyecek her şey, her gelişme, pek tabii, bu süreçteki önemli bir mücadele alanı olan bu denge meselesini de etkileyecektir. Temel Haklar Şartı'nın da, içeriğinden önce bizatihi varlığının (yani anayasal bir haklar bildirgesi olarak sahneye çıkmasının) bu noktada, bu yeri, (AB'nin AİHS'ye katılımı gibi) temel hakların lehine geliştiren bir gelişme olduğu şüphesizdir. Dediğimiz gibi, bu, son tahlilde, insan haklarının genel AB siyaseti ve hukuku içinde oynayacağı role göre biçimlenecek bir mesele olacaktır.

Temel haklarla temel serbestiler arasındaki mücadelenin, *AB İnsan Hakları Hukukunda* temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bahsinin özel bir tezahürü olduğunu gördük ve bu mücadelenin Divan tarafından nasıl ele alındığını inceledik. Yine bu noktadaki özel bir diğer durum da, bizzat iki temel hak/özgürlük arasındaki mücadele ve denge kurulması meselesidir; ki şimdi bunu ele alacağız.

3.3.4.4. Temel Haklar Arasındaki Mücadele ve Denge

Yukarıda yer verdiğimiz davalara ilişkin olaylarda, Birik kurumları veya Üye Devletler, Antlaşmalardaki bir temel serbestiyi, bir temel hakkı korumak veya başka bir gerekçesiyle sınırlandırıyorlar ve bu temel serbestiyi ihlal ettikleri iddiasıyla karşılaştıklarında da, bunu, bir temel hakkı (mesela *Schmidberger*'de ifade ve toplanma özgürlüğünü, *Omega*'da insan onurunu) veya başka bir değeri (mesela ortak pazarı) korumak maksadıyla yaptıkları savunmasını yapıyorlardı. Böyle olunca da, mesele,

[1513] Nitekim, bir yandan sosyal ve ekonomik nitelikli haklara Şart içinde yer verilmesi; ancak öte yandan da, ''hak-ilke'' ayrımı yapılarak, genelde sosyal ve ekonomik hak niteliğindeki ''ilke''lerin, yargısal olarak ileri sürülebilecek yetkiler vermemesi; yine bir yandan, Şart'ta, temel ekonomik serbestilere (serbest dolaşımlara) yer verilmeyerek, bunların, klasik hak ve özgürlüklerden ayrıldığının net olarak gösterilmesi; fakat öte yandan da, Şart'ın ''Giriş'' kısmında, bu dört temel serbestiye atıf yapılması karşısında, Şart'ın, bu ''denge'' meselesini çözmek amaçlı bir metin olmadığını, yani Şart'a biçilen misyonlar arasında bu ''denge'' meselesinin hallinin bulunmadığını söyleyebiliriz. Lindfelt, **op.cit**, pp.303, 305.

temel serbestiyle temel hak/özgürlük arasındaki dengenin kurulmasına geliyordu. Bazense, yine bir Birlik veya Üye Devlet tasarrufu, yine bir temel (ekonomik) serbestiyi, yine bir temel hak veya özgürlüğü korumak maksadıyla sınırlandırır; fakat bu sefer, bu sınırlandırmanın başka bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilir. Böyle olunca, mesele ***iki temel hak/özgürlük arasındaki mücadeleyi*** ortaya çıkarmakta; ve bu sefer, Divan, iki temel hak/özgürlük arasındaki dengeyi kurmak durumunda kalmaktadır.

Yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Familiapress* kararı,[1514] bunun güzel bir örneğidir. Davanın ayrıntılarına tekrardan girmeden hatırlatacak olursak, bir derginin ödüllü bulmaca eki vermesinin, bunu yapamayacak küçük dergileri korumak ve böylece basında çeşitliliği sağlamak gerekçesiyle yasaklanması bağlamında, bu yasağın ifade özgürlüğüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Görüldüğü gibi mesele, bir ulusal tasarruf yoluyla bir temel serbestinin (malların serbest dolaşımı) sınırlanması (ödüllü bulmaca vermesinin yasaklanması) ve bu sınırlamanın insan haklarına (ifade özgürlüğü) aykırı olduğu iddiasında düğümlenmektedir. Hatta bu noktada bir özel durum da, bu sınırlamanın basında çeşitliliğin sağlanması amacıyla yapıldığının ileri sürülmesidir. Böylece meselenin geldiği nokta; bir temel serbestinin insan haklarına aykırı olarak sınırlanmış olsa bile, bunun, basın özgürlüğünü korumak amacıyla yapıldığıdır. Görüldüğü gibi, bir tarafta, yapılan işlemin insan haklarını ihlal ettiği iddiası; bir yanda da, bu işlemin yapılma sebebinin bizzat başka bir insan hakkının korunması olması söz konusudur ve aralarında bir denge kurulması gerekmektedir.

İşte bu noktada Divan, ihlal edildiği iddia edilen özgürlüğü, kaynağı olan hukuk sisteminden (AİHM sistemi) hareketle bir bütün olarak yorumlamış ve Sözleşme sisteminde, basında çeşitliliği korumanın, diğer esasları taşımak kaydıyla ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için haklı bir sebep teşkil ettiğini söyleyerek[1515] olaydaki (malların serbest dolaşımına getirilen) sınırlamanın insan haklarına aykırı olup olmadığının bu kriterler ışığında bir bütün olarak (ifade özgürlüğünün de sınırlanabilmesi bağlamında) değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan'a göre, bu noktada da temel kriterler, somut olaydaki sınırlamanın, bu amaca (basında çeşitliliği sürdürme amacı) ulaşmada orantılı olup olmadığı ve bu amaca gerek Topluluk-içi ticareti gerekse ifade

[1514] C-368/95.
[1515] Bu noktada AİHM'nin 24 Kasım 1993 tarihli Informationsverein *Lentia and Others v. Austria* kararına atıf yaparak...

özgürlüğünü daha az sınırlayan başka tedbirlerle ulaşılıp ulaşılamayacağıdır (para.27).[1516] Bu değerlendirmeyi ise, ulusal mahkeme yapacaktır.[1517]

Yine yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Varec* davası da,[1518] bu meyanda güzel bir örnektir. Bir kamu ihalesi bağlamında yaşanan uyuşmazlıkta, Komisyon tarafından işletmelerden biriyle ilgili bilgilerin, ticari sır gerekçesiyle karşı tarafa verilmesi reddedilmiş; bunun ise, ihale sürecine dair hukuki prosedür başlatacak olan karşı firma açısından adil yargılanma ve onun içinde bir alt-hak olan çekişmeli nizalarda cevap verme hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Görüldüğü gibi, Komisyon, ticari sırrı (kişisel veri, özel hayat vs.) gerekçe göstererek bir işlem yapmakta; ancak bu işlemin, bu sefer, adil yargılanma ve onun bir görünüşü olan çekişmeli nizalarda tarafların iddialara cevap verme hakkını ihlal ettiği ileri sürülmekte ve böylece, bir yanda ticari sırrın korunması, bir yanda da adil yargılanma hakkı söz konusu olmuştur. Divan, öncelikle davacının iddia ettiği türden bir hakkın *AB Hukukunda* tanınan adil yargılanma hakkının kapsamına girdiğini söyledikten sonra,[1519] olaydaki Komisyon tasarrufunun bu hakka uygun olup olmadığını incelemeye geçmiş; tam bu noktada da, söz konusu hakkın, ihale sürecindeki tüm verilere erişim hakkı vermeyeceğini; bunun diğer hak ve menfaatlerle dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir (para.46). Ona göre, bu bağlamda korunması gereken haklardan biri de, AİHS m.8'de düzenlenen özel hayatın gizliliğidir ve bu hak, tüzel kişilerin mesleki faaliyetlerini de kapsar (para.47) ve bu iki hak dengelenmelidir (para.51).

Bu noktada yukarıda yine başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Promusicae* kararını da,[1520] örnek verebiliriz. Bir internet servis sağlayıcısının, *KaZaA* adlı bir dosya paylaşım sitesini kullanan kullanıcıların kimlik ve adres bilgilerini, bir Topluluk yönergesini iç

[1516] Yani aslında burada Divan'ın yaptığı, AİHM'nin uyguladığı sınırlama kriterlerini, *AB Hukuku* bağlamında yorumlamak ve uygulamaktır.

[1517] Ancak Divan, nihai değerlendirme yetkisini ulusal mahkemeye bırakmakla birlikte, bu genel kriterlerin yanında, ulusal mahkemenin bu değerlendirmeyi yapması için dikkate alması gerekli somut olaya özgü başka ilave kriterleri de ortaya koymuş (söz konusu gazetelerin basındaki payı, gücü, olaydaki tüden yarışmaların talep üzerinde ne tür etkileri olduğu gibi, bkz.: paras.28, 30, 31) ve o kriterler ışığında yorumlanmak üzere nihai takdiri ulusal yargı yerine bırakmıştır.

[1518] C-450/06.

[1519] Ki bu yönüyle davaya, çekişmeli nizalarda cevap verme hakkının adil yargılanma hakkının içinde mütalaa edilerek AB Hukukuna aktarıldığı bir gelişme olarak yukarıda ''katalog'' bahsinde; bu aktarmanın AİHS ve bilhassa da AİHM kararları esas alnarak yapılması boyutuyla da ''kaynaklar'' bahsinde yer vermiştik. Bu, temel haklarla ilgili bir davanın, *AB İnsan Hakları Hukukunun* farklı boyutlarını ilgilendirmesine yönelik güzel bir örnektir.

[1520] C-275/06.

hukuka aktaran ulusal mevzuat hükmünü gerekçe göstererek vermeyi reddetmesinin,[1521] ilgili AB yönergeleri ve bilhassa da, Şart'ta güvence altına alınan fikri mülkiyet hakkı (m.17/2) ile etkili başvuru hakkına (m.47) aykırı olup olmadığı gündeme gelmiş ve bu noktada da, mesele, bilgi toplumunda internet kullanıcılarının kişisel verilerinin korunması hakkı ile bu verileri, (fikri) mülkiyet hakkını korumak üzere yargısal süreçlerde kullanmak isteyen kişilerin fikri mülkiyet ve etkili başvuru haklarının korunması arasında bir dengenin kurulması noktasına taşınmıştır.[1522] Divan, bu noktada, ilgili yönerge hükmünün, Üye Devletlere, davacının iddia ettiği gibi bir bilgi aktarımı mecburiyeti yüklemediğini; ancak Üye Devletlerin de, bu (ve tüm) yönergeleri iç hukuka aktarırken, AB'de korunan temel hak ve özgürlüklere ve bu bağlamda da ''orantılılık'' ilkesine tam olarak riayet etmek ve bu noktada da, çeşitli haklar arasında adil bir dengeyi kurmakla yükümlü olduklarını belirtmiştir (paras.64-68). Görüldüğü gibi, Divan, ilkesel birtakım tespitler yapmış; bu ilkesel tespitler bağlamında, bir yanda fikri mülkiyet bir yanda da kişisel verilerin ve özel hayatın korunması hakları arasında bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiş; ayrıca somut olaydaki yönergelerin bu dengeyi bozacak bir unsur içermediğini ve bu noktada asıl sorumluluğun, yönergeleri iç hukuka aktarırken Üye Devletlerde olduğunu ve Devletlerin mutlaka temel hakları koruyup bu dengeyi kurmakla yükümlü olduklarını vurgulayarak, topu, bir anlamda onlara atmıştır.[1523]

Son olarak konuyu örnekleyici davalardan biri olan *Fisher* davasına da[1524] yer vererek bu bahsi bitirelim. Ulusal tarım otoritesinin, tarlanın önceki sahiplerinin dönemlerine ait mahsul geçmişini, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal mevzuatı gerekçe göstererek tarlanın yeni sahibiyle paylaşmaması ve yeni işletmeciye, verilmesi reddedilen bu bilgilere vakıf olamamasından kaynaklı birtakım yasal prosedür eksiklikleri

---

[1521] İlgili İspanyol mevzuatı uyarınca, bu tür bilgiler, ancak bir ceza soruşturması kapsamında yahut kamu güvenliği ve milli güvenliğin gerektirdiği özel durumlarda verilebilmekte; hukuk davaları kapsamında ise, hiçbir şekilde paylaşılamamaktadır.

[1522] Divan'a göre, her iki hak da, Topluluk'ta korunan temel haklardandır (paras.62, 63) ve mesele de, bu iki hakkın adilane biçimde uzlaştırılmasını icap ettirmektedir (para.65).

[1523] Yani aslında, Divan'ın dediği şudur: İlgili Birlik mevzuatı, davacının iddia ettiği gibi, fikri mülkiyet hakkının korunması için Üye Devletlere, hukuk davalarında da, olaydaki türden kişisel verilerin paylaşılmasını yasal olarak gerektirme yükümlülüğünü yüklemez. Ancak bu, Üye Devletlerin, yönergelerin iç hukuka aktarılması bağlamında böyle bir yasal düzenlemeyi yaparken, temel hakları dengeleme ve bilhassa da ''orantılılık'' ilkesine dikkat etme yükümlülüklerini de ortadan kaldırmaz. Böylece Divan, somut olayda, ilgili Birlik mevzuatının, Üye Devletlere, davacının istediği gibi bir yükümlülük getirmediğini; ancak davacının ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının (fikri mülkiyet hakkı) da korunması gerektiğini; bu anlamda davalının ileri sürdüğü hak (kişisel verilerin ve özel hayatın korunması) ile davacının ileri sürdüğü hak (fikri mülkiyet) arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini söylemiş ve bu dengeyi kurmak üzere, topu, Üye Devletlere atmıştır.

[1524] C-369/98, *Fisher*, 14.9.2000, ECR 2000/I-6773.

dolayısıyla ceza kesmesi üzerine açılan davada, mesele, *ön-karar* prosedürü ile önüne gelen Divan, olayda, bir yanda geçmiş yıllara ait bilgilerin paylaşılmayarak önceki maliklerin kişisel verilerinin korunması ve bir yanda da, yeni malikin, ticaretini uygun yürütülebilmesi, bu bilgilere vakıf olamamasından kaynaklanan usulsüzlükler yüzünden birtakım mali yaptırımlardan korunması (yani bir yönüyle mülkiyet hakkı) arasında bir denge kurulması durumuyla karşı karşıya kalmıştır. Divan, bu noktada, bu dengenin AB'de korunan hak ve özgürlükler gözetilerek sağlanması gerektiğini söylemiş (para.32); ancak bu yüzeysel/ilkesel tespitle yetinmeyip, somut olaydaki türden bilgilerin yeni işletmeciyle (davacıyla) paylaşılmasının, eski işletmecinin herhangi bir menfaatini yahut temel hak ve özgürlüğünü ihlal eder nitelikte görünmediğini (para.36), ve dahası, paylaşılmayan verilere dayanarak yeni işletmeciye bir para cezası da kesilemeyeceğini eklemiş; ayrıca bu noktada nihai belirlemenin, bu ilkeler ve imkanlar dahilinde, olayın detaylarına tam anlamıyla vakıf olan ulusal mahkeme tarafından yapılması gerektiğini söylemiştir (para.47).

Son olarak Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı'nın bu meseleye bir etkisinin olup olmayacağı noktasında, yukarıda temel serbestiler ile temel haklar arasındaki dengeye dair muhtemel etkileri hakkında söylediklerimizin, temel hakların kendi aralarındaki denge bahsine ilişkin olarak da geçerli olacağını söylemekle yetinebiliriz.

3.3.4.5. Değerlendirme: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı ve Karşılıklı Hak ve Menfaatlerin Dengelenmesi Meselesi

Yukarıda örneklerini gördüğümüz gibi, gerek Birlik organ ve kurumlarının gerek Üye Devletlerin tasarruflarının hukuka (ve dolayısıyla insan haklarına) uygunluğunun denetlenmesi, ''*AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamına'' dair bir, hatta ona bağlı birkaç alt meseleyi ortaya çıkarmıştır: ***Temel hakların sınırı, sınırlanma kriterleri, bu bağlamda temel haklarla temel serbestiler arasındaki denge ve temel hakların kendi aralarındaki dengenin kurulması.*** Tabii, özellikle başlangıçta herhangi bir yazılı metnin olmadığı ortamda jürisprüdansiyel olarak başlatılan bir alanda bu iş, yani bu konudaki ilke ve esasları koymak, yine bu hukukun mimarı olan Birlik yargısına kalacaktı. Nitekim Divan, bu meseleye dair ilke ve kuralları, tedrici olarak ortaya koydu ve uyguladı. Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı bağlayıcılık kazanıp bu konuda

özel bir hüküm (m.52/1) getirdiyse de, bu hüküm, bugüne kadarki Divan içtihadının kodifiye edilmesinden başka bir şey değildir.

Bu süreçte, Birlik yargısının bu meseleye yaklaşımı, zaman zaman eleştirilmiş; Divan, zaman zaman, temel hak ve özgürlükleri, temel ekonomik serbestilere feda etmekle veya sosyal ve ekonomik nitelikli hak ve özgürlükleri bu mücadelede ''ezdirmekle'' itham edilmiştir. Bu bağlamda, temel hakların temel serbestileri korumak gerekçesiyle sınırlanamayacağı yaklaşımından hareketle ''ilkesel'' ve bunu ilkesel olarak kabul etmekle birlikte Divan'ın bu dengeyi kurarkenki tavrına yönelik ''pratik'' eleştirilere rastlamaktayız.[1525] Bazı yazarlar ise, böyle bir ''dengeleme'' hadisesine teorik/ilkesel olarak karşı çıkmamakla birlikte, Divan'ın bu ameliyeyi yapış biçimini, gerek temel serbestilere üstünlük tanıması gerek benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaşabilmesi yönleriyle uygun bulmamaktadır.[1526] Benzer şekilde, Divan'ın, temel haklar dilinin retorik etkisinden sürekli dem vurarak yararlandığı; gerçekte ise, (arkaplanda) daha çok ''Ortak Pazar''ın iktisadi amaçlarını koruyup gözettiği dahi söylenmiştir.[1527] Hatta, AB'nin amacı ve AB projesinin mantığı göz önünde tutulup, bu temel ekonomik serbestilere, bir nevi ''süper haklar'' statüsü atfedilerek, bunların karşısında temel hak ve özgürlüklerin, daha bir seçici, tesadüfi, üstünkörü ve muğlak biçimde korunan değerler olduğu yorumlarına rastlamak dahi mümkündür.[1528]

İlkesel planda, insan haklarının temel ekonomik serbestilerle denge kabul etmeyecek bir mefhum olduğu görüşüne katılmıyoruz. Gerek ulusal anayasalarda

---

[1525] Örneğin, söz konusu olan bir temel hak veya özgürlük olduğunda, bunun ancak başka bir temel hak veya özgürlükle dengelenebileceği; bu nitelikte olmayan serbest dolaşım serbestileriyle dengelenmeye çalışılmasının, insan haklarına saygı ilkesinin doğasıyla bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür. Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon,** p.677.

[1526] Örneğin, Bermann, Goebel, Dawey ve Fox, Divan'ı, 1970'lerde *Nold*'da başlattığı ve daha sonradan da sürdürdüğü yaklaşımı üzerinden eleştirmekte; somut olayda, bir sanayi kolunu rasyonelleştirmek (verimliliğini artırmak) için bir işletmenin ticari hayatın dışına itilmesinin makul görülmesini, kendileri makul bulmamaktadırlar. Yazarlar, adamaklıllı bir ''orantılılık'' testi uygulansaydı, neticenin böyle çıkmayacağını ileri sürmekte ve modası geçmiş bir ''ekonomik serbesti'' argümanına dayanıp böyle bir koruma yapmanın sorunlu olup olmadığı sorusunu sormaktadırlar. Yazarlar, bu iddialarını gerekçelendirmede, bizzat temel hakların temel serbestilerin bir sınırı olma işlevinden yararlanmaktadırlar. Onlara göre; Divan'ın, genel hukuk ilkeleri olarak (veya Lizbon'dan sonra Temel Haklar Şartı'nda) güvencelenen temel hak ve hürriyetlerin korunmasını, temel ekonomik serbesti dediğimiz Antlaşmaların serbest dolaşım hükümlerinin bir sınırlanma (onlardan bir sapma) sebebi olarak görmesi bile, buradaki temel normatif değerin bu temel serbestiler olduğunu ve insan haklarının da, diğer birtakım kavramlar (kamu düzeni, tüketicinin korunması, kamu yararı, insan sağlığı vs.) gibi bu serbestilerin bir sınırını teşkil ettiğini; böylece temel serbestilerin, bir nevi ulusal anayasalardaki temel hak ve hürriyetler statüsüne yükseltildiğini göstermektedir. Bermann et. al., **op.cit**, pp.207, 293, 295.

[1527] Craig, de Búrca, **op.cit**, p.357.

[1528] Lindfelt, **op.cit**, p.185.

gerekse AİHS başta olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde, birçok hak ve özgürlük için özel sınırlama sebeplerinin getirilmiş olması ve temel hak ve hürriyetlerin sınırsız yetkiler veren değerler olarak görülmemesi, bizce, tartışmayı, bu yönden anlamsız kılmaktadır.[1529] Ancak, insan haklarının mahiyeti ve günümüzde temsil ettiği misyon düşünülerek bu dengenin nasıl kurulması gerektiğine ve Divan'ın bu noktadaki yaklaşımına ilişkin bir tartışma, elbette ki mümkün ve hatta gerekli bir tartışmadır. Fakat bu noktada da, bizce, bu tartışmaları, Divan'a yüklenen (anayasal) misyondan bağımsız olarak yapmamak ve her şeyden önce, bu yönde görüşler olsa da (ki bizim de buradaki tezlerimizden birisi budur), Divan'ın, neticede bir insan hakları veya anayasa mahkemesi olmadığını unutmamak gerekir.

Bu bağlamda, Divan'ın içinde çalıştığı hukuki/siyasal ortama baktığımızda, güçlü bir ekonomik entegrasyon projesinin mahkemesi olduğu tartışmasızdır. Bu anlamda, asıl misyonu da, rekabet, ticaret, vs. ekonomik faaliyetler üzerine kurulu bir ''ortak pazarın'' işleyişini teminat altına almaktır. Ancak zaman içinde farklı dinamik ve ihtiyaçların (AB'nin artan yetkileri, üstünlük doktrinine ulusal mahkemelerden gelen itirazları savuşturmak vs.) bastırmasıyla, önce Birlik sonra da Üye Devlet tasarruflarını insan hakları yönünden denetlemeye başladığını; AB'de jürisprüdansiyel bir insan hakları hukukunun oluşumunu başlattığını; AİHS'ten destek ve meşruiyet almak suretiyle de peyderpey geliştirdiği bu rolünü gittikçe ''sevdiğini'' ve AB'nin de kendi içinde siyasi birliğe doğru evrilen sürecinde, Temel Haklar Şartı'nın kabulü gibi gelişmelerin de etkisiyle, etkin bir insan hakları denetimi de yapan bir mahkemeye (ve hatta bazılarına göre, bir ''insan hakları mahkemesine'') dönüştüğünü söylemek mümkündür.

Bu süreç ise, Divan'ı, yukarıda yer verdiğimiz kararlarda da net bir şekilde müşahede edebileceğimiz bir ikilemle karşı karşıya bırakmıştır: *Ortak Pazarın* işleyişi için yaşamsal nitelikte olan rekabetçi piyasa ve temel ekonomik serbestileri mi, yoksa günümüzün üstün değerlendiren biri olarak kabul edilen temel hak ve hürriyetleri mi daha çok kollayacağı ikilemi. Bizce, Divan, bu ikilemi, gayet ustalıkla çözebilmiştir. Elbette ki, Divan'ın, bazı somut olaylarda bu dengeyi iyi kuramadığı; insan haklarını, bir

[1529] Lindfelt, bu noktaya farklı bir açıdan yaklaşmakta; Dworkin ve Alexy tarafından geliştirilen ''anayasal hakların özü'' ve bu bağlamda aralarındaki çatışma tezinin burada da kullanılabileceğini söylemektedir. Yazara göre, anayasal olarak korunan temel haklar arasında nasıl bir çatışma ihtimali ve bu ihtimale binaen bir dengenin kurulması ihtiyacı kaçınılmazsa, AB düzeyinde de, ''anayasal olarak korunan'' kavramı içine giren ve birincil hukuktan (Antlaşmalar, genel hukuk ilkeleri ve Lizbon sonrası dönemde Temel Haklar Şartı) kaynaklanan aynı hiyerarşik değerdeki iki farklı anayasal hak grubunun, yani temel hak ve özgürlükler ile temel ekonomik serbestilerin çatışması ihtimali ve o ihtimale binaen dengelenmesi ihtiyacı da, aynı oranda bir gerçekliktir. **Ibid.** p.197. Daha ayrıntılı bir teorik tartışma için bkz.: **Ibid**. p.198 vd.

ekonomik serbestiye veya Ortak Pazar'ın başka bir gerekliliğine ezdirdiği veya kurban ettiği; kendi içinde zaman zaman tutarsız yaklaşımlar benimsediği gibi haklı eleştiriler getirilebilir. Ancak bütüncül bakar ve Divan'a yüklenen temel misyonu da unutmazsak, bizce, Divan'ın, bu denge işini ''iyi kotardığını'' söylemek mümkündür. Söylediğimiz gibi, bizim de, yukarıda yer verdiğimiz bazı ''eleştiriyi müstahak'' kararlara rastlamak mümkün olmakla birlikte, Divan'ın, kimi zaman, ilkeleri tespit edip somut olayda dengeyi kurma işini ulusal mahkemeye bırakmak; kimi zaman da (mesela *Omega* ve *Schmidberger*'de olduğu gibi), bizzat kendisi bu dengeyi (hem de insan onuru, ifade özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerden yana olacak şekilde[1530]) kurmak suretiyle, makul bir sınav verdiğini söyleyebiliriz.[1531] Hele hele, insan haklarını ekonomik kaygılara feda ettiği yahut temel ekonomik serbestiler karşısında temel hak ve hürriyetleri pervasızca harcadığını söylemek, oldukça insafsız bir iddia olur.[1532]

Bununla birlikte, bu kadar ileriye gitmemek kaydıyla, Divan'ın bu dengeyi kurması noktasında birtakım sorunlar ve buna ilişkin (haklı) eleştiriler de mevcuttur. Bir kere, özellikle *sosyal haklar* bakımından, bu dengenin biraz daha ekonomik serbestilerden yana kurulabildiğini söylemek, çok da yanlış olmaz. Hatta bu tür hak ve özgürlüklerin, ekonomik serbestiler karşısında biraz daha ''rahat'' ''feda'' edilebildiği dahi söylenmiş;[1533] ve bunun AİHM ve ulusal mahkemeler ile Divan arasında bir çatışma ihtimalini doğurduğu da ileri sürülmüştür. Örneğin, Douglas-Scott, AİHM'nin toplu sözleşme bağlamındaki *Demir & Baykara* kararına[1534] atıf yaparak, özellikle Divan'ın ihlal görmediği *Laval un Partneri* kararı (ve hatta son belirlemenin ulusal mahkemeye bırakıldığı *Viking* kararı), bir şekilde AİHM'nin önüne getirilebilseydi, büyük ihtimalle ihlal kararı çıkabileceğini iddia etmektedir.[1535]

[1530] Ancak bazen de, *Laval un Partneri*'de olduğu gibi, temel ekonomik serbesti lehinde...

[1531] Dashwood, Dougan, Rodger, Spaventa ve Wyatt ise, bunu, temel haklarla ekonomik serbestiler arasındaki dengenin ulusal düzeyden ulusal-üstü düzeye taşınması olarak yorumlamaktadır. Dashwood et.al., **op.cit**, p.350.

[1532] Aynı doğrultıda bkz.: Rosas, Armati, **op.cit**, p.145.

[1533] Lindfelt'in de belirttiği gibi, Ortak Pazar hukukunda, sosyal hakların ekonomik serbestilere göre ikincil bir pozisyon işgal ettiğini söylemek, çok da yeni bir şey söylemek sayılmaz. Lindfelt, **op.cit**, p.203.

[1534] *Demir & Baykara*, No:34503/97, 12.11.2008.

[1535] Douglas-Scott, **The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon**, p.678. Yazara göre; AB'nin AİHS'ye katılımından bile önce, Divan'ın bu yöndeki bir kararının gereğini yerine getiren bir ulusal tasarrufa karşı AİHM'e gidilebilir ve ihlal kararı çıkartılabilirdi (ki, bu, bir yönüyle de, katılımdan önce dahi, insan haklarıyla ilgili bir meselede son sözü Divan'ın söylemediğini göstermektedir). Ancak bizce, AİHM'nin yukarıda değindiğimiz ve *Bosphorus* doktrini karşısında, bu görüşün isabeti tartışmalıdır. Bilindiği gibi, AİHM, aynı Alman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verdiğimiz meşhur ''*solange-II*'' yaklaşımı gibi, AB'deki insan hakları koruma düzeyinin, genel anlamda Strazburg sistemiyle denk olduğunu ve bu, esaslı biçimde

Keza, Divan'ın bu noktadaki tavrının, ulusal mahkemelerle de bir çatışma durumunu meydana getirebileceği; zira ulusal mahkemelerin (özellikle de anayasa mahkemelerinin), iktisadi birtakım hedeflerden önce bireysel özgürlükleri korumak misyonu düşünüldüğünde, temel ekonomik serbestilere (ki onların uygulayıcısı neticede ulusal makamlar olacaktır), Birlik yargısının verdiği ehemmiyeti vermeyebileceği düşünülebilir. Sadece bir örnek olarak, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği arasındaki dengenin Divan tarafından özel hayatın gizliliğinden yana kurulduğu (yukarıda da yer yer değindiğimiz) davalar bağlamında, ulusal mahkemelerin tercihlerini, ifade hürriyetinden yana kurabilmesi, pekala mümkündür.[1536]

Bu noktada ortaya atılan bir sorunsal da, Divan'ın, davalar üzerinden (*case by case*) yaptığı incelemenin, ister istemez tutarsızlık ve belirsizlik problemlerini de beraberinde getirdiğidir. Örneğin, birbirine çok benzeyen *Laval un Partneri* ve *Viking* davaları bağlamında, birinde somut olaydaki işçilerin toplu eylemini, orantısız ve kamu

---

çürütülmedikçe (yani AB'deki koruma düzeyinin, genel anlamda bu düzeyin altına düştüğü ortaya konmadıkça), AB'de, Divan tarafından yapılan korumayı yeterli saymakta ve AB idari ve yargısal tasarruflarını, insan hakları açısından ayrıntılı biçimde değerlendirmemektedir. (AB'nin AİHS'ye katılımından sonra, *Bosphorus* doktrini olarak nitelediğimiz bu yaklaşımın değişip değişmeyeceği, ayrı bir tartışma konusudur; ki buna ileride değineceğiz.) Ancak yazarın ele aldığı bu somut iki karar bakımından, her şeyden önce, Divan, ikisinde de, toplu sözleşme hakkını, temel bir insan hakkı ve dahası temel bir ekonomik serbestinin (hizmet sunma serbestisi) sınırlanabilmesi için meşru bir sebep olarak kabul etmiş ve uygulamıştır. Bu anlamda AİHM'nin atıf yapılan *Demir ve Baykara* kararıyla doğrudan bir çatışma hali söz konusu değildir. Söz konusu hakkın somut olaydaki yorum ve uygulaması noktasında ise, bir kere, *Viking*'de hatırlanacağı üzere, Divan, dengenin kurulması noktasında, ilkeleri tespit ettikten sonra, kendisi bir sonuca varmamış; nihai belirlemeyi, ulusal mahkemeye bırakmıştı. *Laval un Partneri*'de ise, somut olayda, işçilerin yaptığı eylemin, hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde ilke ve esasları tespit edilen bir toplu eylemde bulunma hakkının ''uygun'' kullanımı olarak görmemişti. Dolayısıyla olsa olsa, bu ikinci karar bakımından, Divan'ın buradaki yaklaşımının AİHM tarafından problemli görüleceği söylenebilir. Ancak bu noktada da, Divan'ın bu yorumunun, *Bosphorus* doktrini bağlamında, genel koruma düzeyinin AİHS'te öngörülenin altına düştüğüne ne derece delalet edeceği (ve böylece AİHM denetimine kapı aralayacağı) tartışmalıdır.

[1536] Douglas-Scott, **op.cit**. p.679. Yazar, Divan'ın *Laval un Partneri* ve *Viking* kararlarındaki tavrından memnun olmadığını ve AİHM'nin benzer durumda ihlal kararı verebileceğini söylediği gibi; aynı şeyi, her iki davanın da *ön-karar* başvurusunu yapan ulusal mahkemeler noktasında da söylemekte ve Divan'ın (*Laval un Partneri'*de bizzat, *Viking*'de ise ilkesel çerçeve olarak) özel hayatın gizliliğinden yana kurduğu dengenin, ulusal mahkemelerce ifade özgürlüğünden yana kurulabilme ihtimalini ortaya atmaktadır. Yazar, bu noktada, AİHM'nin 2004 tarihli *von Hannover* kararı (No:59320/00, 24.9.2004) bağlamında yaşanan tartışmaları örnek göstererek, burada AİHM'nin özel hayatın gizliliği ve ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi, ilkinden yana kurduğunu; fakat Alman Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'e götürülen bu davadaki tercihinin ikincisi olduğunu söylemekte; bunun Almanya'da büyük tepki doğurduğunu vurgulamakta ve benzer durumun AİHM'yi takip eden Divan ile ulusal mahkemeler arasında da yaşanabileceğini hatırlatmaktadır. **Ibid**. Ancak ilave etmek gerekir ki, AİHM'nin bu kararından sonra, davacılar, Almanya'da başka davalar da açmış ve bunların neticesinde mesele tekrar önüne gelen AİHM (No: 40660/08 & 60641/08, 7.2.2012), bu sefer, ulusal mahkemelerin söz konusu iki özgürlük arasındaki dengeyi, doğru bir şekilde kurduğunu belirterek ihlal tespit etmemiştir.

yararının gereklerini aşar şekilde değerlendiren Divan'ın; diğerinde, neden böyle bir belirleme yapmaksızın, nihai değerlendirmeyi başvuruyu yapan ulusal mahkemeye bıraktığı sorusu sorulmuştur.[1537] Bu soru, meşru bir soru olarak görülebilirse de, neticede ne olursa olsun, burada iki çatışan değer arasında dengenin kurulmasına yönelik bir yorum ameliyesi kaçınılmaz olduğundan – bir mevzuat hükmünde böyle durumlarda dengenin temel haklardan yana kurulacağına dair açık bir kural olmadıkça (ki hak tekniği bakımından böyle bir şey, pek olası değildir) – bu işin *''case-by-case''* yürütülmesinden başka çare de yoktur.

Ayrıca burada vurgulanması gereken bir husus da, temel ekonomik serbestiler dediğimiz bu (serbest dolaşım vs.) hakları, salt ekonomik nitelikli oldukları gerekçesiyle, ''üstün değer'' kabul ettiğimiz insan hakları (temel hak ve özgürlükler) karşısında kolaylıkla ''ezdirmenin de, makul olmadığıdır. Evet, bunlar, özü itibariyle ekonomik niteliklidir; ancak yukarıda yer verdiğimiz AB entegrasyonunun (yani oluşturulmaya çalışılan AB toplumunun) temeli olmasının ötesinde, zatı itibariyle de, daha adil, barışçıl ve demokratik bir toplumun oluşturulması gibi, temel hak ve hürriyetlerden daha az önemsiz sayılamayacak (en az onlar kadar ''ulvi bir hedefe'' hizmet eden) ciddi bir ahlaki ve sosyal önemi haiz değerlerdir. Örneğin temel ekonomik serbesti olarak kabul ettiğimiz ''kişilerin serbest dolaşımı'', basit bir genel sınai verimlilik ve iktisadi zenginlik kazandırma aracı olmanın ötesinde, asıl özne olan bireyin yaşam standardının yükseltilmesi, hayat kalitesinin ve mutluluğunun artması, ailesine iyi bir yaşam sunması ve kültürel kaynaşmanın artması gibi hedeflere de matuf bir ''değerdir''.[1538] Bu hedeflerin, klasik temel hak ve hürriyetlerden daha basit, daha önemsiz, daha az korunmayı hak eden ve onlar karşısında kolaylıkla feda edilebilecek hedefler olduğunu söylemek, herhalde kolay değildir. Elbette ki, bunlar, klasik temel hak ve hürriyetlerden farklıdır;[1539] fakat hepsi birlikte, *AB sisteminde*, daha demokratik ve barışçıl bir toplumun oluşumuna

---

[1537] Bu bağlamda, asıl ciddi bir sınav, yukarıda hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak incelediğimiz *ortak anayasal gelenekler* bahsinde yer verdiğimiz *Grogan* kararı bağlamında cereyan edebilirdi. Zira orada bir yanda hizmet sunma serbestisi, bir yandan da doğmamış çocuğun yaşam hakkı ve hatta bir yandan annenin kürtaj hakkı ile yine doğmamış çocuğun yaşam hakkı arasında çetin bir dengenin kurulması gerekmekteydi. Ancak hatırlanacaktır; Divan, meseleyi, *Topluluk Hukuku* kapsamında görmediğinden, insan haklarına taalluk eden bu sorulara cevap vermeden meseleyi çözmüştü. Hatta yine hatırlanacaktır; davanın *Hukuk Sözcüsü*, işin esasına giirlmesini savunduğu için bu meselelere temas etmiş ve İrlandalı kadınların (doğmamış çocuğun yaşam hakkı gerekçesiyle) kürtaj için başka ülkeye gitmelerinin sınırlanmasını orantısız bularak, bir anlamda dengeyi, hizmet sunma serbestisinden yana kurmuştu.

[1538] De Búrca, **Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law**, op.cit, p.299.

[1539] Nitekim Temel Haklar Şartı da, bunlara yer vermemiş; sadece ''giriş'' kısmında zikretmiş; böylece temel hak ve hürriyetlerden ayırmıştır

hizmet etmektedirler.[1540] Nitekim Divan da, Topluluğun, sadece ekonomik değil aynı zamanda sosyal amaçlar da taşıdığını; bu anlamda, malların, hizmetlerin kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına dair hükümlerin, sosyal amaç ve politikaların (ve bu bağlamda sosyal koruma ve işçi-işveren arasındaki diyaloğun) gereği olan hedeflerle dengelenmesinin zaruri olduğunu söyleyip durmaktadır.[1541]

Son cümleler olarak, günümüzde gerek entegrasyonun siyasi bir birliğe doğru evrilen yapısı, gerek bu süreçte insan haklarına biçilen rol ve bu bağlamda anayasal bir haklar metninin (THŞ) kabul edilip, Birliğin şu ana kadar ortaya konmuş en ciddi dış denetim sistemine (AİHS-AİHM) katılması gibi gelişmelerin, Birliğin ve dolayısıyla da temel değerlerini yargısal yollardan korumakla vazifelendirilmiş yargısının ''ortak pazar odaklı'' zihniyetinden bir sapmayı getirip getirmeyeceği ise, AB çevrelerinde tartışılmaktadır.[1542] AB'nin ulusal-üstü bir insan hakları örgütüne (ve dolayısıyla Divan'ın da, ulusal-üstü bir insan hakları mahkemesine) dönüşüp dönüşmediği kavramı etrafında cereyan eden büyük tartışma bir yana; biraz yukarıda, Şart'ın bu temel hakların sınırı ve temel hakların temel serbestilerle dengelenmesi meselesine dair muhtemel etkilerine dair açtığımız bahiste de belirttiğimiz gibi, özellikle Şart'ta ''dayanışma'' başlığı altında sosyal ve ekonomik nitelikli hak, özgürlük ve ilkelere yer verilmesinin, Divan'ı, istekli olduğu takdirde, temel ekonomik serbestiler karşısında sosyal hakların statüsünü biraz daha yükseltmek konusunda elini güçlendirebileceği; bu hak, özgürlük ve ilkelerle gözetilen hedeflere ulaşma adına temel ekonomik serbestilerin sınırlanabilmesine biraz daha göz yumabileceği; neticede bu denge adına yeni bir yaklaşıma kapı aralayabileceği de söylenebilir. Bu ise, hep söylediğimiz gibi, meselenin otantik yargısal yorumlayıcısı olan Divan'ın tavrına göre şekillenecek olsa da; Divan'ın tavrının da, AB projesinin

---

[1540] Lindfelt, **op.cit**, p.194. Üstelik yazar, temel serbestiler dediğimiz dolaşım özgürlükleriyle Şart'ta düzenlenen klasik hak ve özgürlükler arasındaki bağlantıya da dikkati çekmektedir. Mesela Şart'ın 16. maddesindeki teşebbüs özgürlüğü, hizmetlerin serbest dolaşımını ve hatta malların serbest dolaşımını da kapsıyor sayılabilir. Yine Şart'ta güvence altına alınan mülkiyet hakkının da, malların serbest dolaşımına bakan bir yönü vardır. Keza bir meslek ve ticareti serbestçe seçmek ve yürütmeyi düzenleyen 15. maddeyi de, bunlarla veya kişilerin serbest dolaşımı ile pekala irtibatlandırmak mümkündür. Ayrıca şu da var ki; örneğin, malların serbest dolaşımı, elbette ilk etapta ekonomik bir serbestidir; fakat kişilerin serbest dolaşımında, üretim sürecine katılmayan emekliler, öğrenciler vs. de, bu serbestinin kapsamındadır. Bu da, ekonomik serbestilerin dahi, tamamıyla ekonomik karakterde olmadığını göstermez mi? Özellikle 1990'larda başlayan bu eğilim, özellikle gerçek kişilerin serbet dolaşımı bakımından, bu serbestiyi, vatandaşlık statüsüyle de birlikte düşündüğümüzde, daha bir insan haklarına yaklaştırmaktadır. **Ibid.** pp.194, 195.

[1541] C-438/05, para.105.

[1542] Bkz.: **Ibid.** p.203 vd.

gelecekte alacağı biçime ve siyasi entegrasyonun geldiği noktaya göre şekilleneceğini unutmamak gerekir.[1543]

3.3.5. Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay (Kişiler-Arası) Etkisi

Teorik Arkaplan

AB İnsan Hakları Hukukunun kapsamını görürken konuşulması gerekli bir diğer meselenin de, bu hukuk düzeninde korunan hak ve özgürlüklerin bireyler (daha doğrusu hak ve hürriyetlerin öznesi olan gerçek ve tüzel kişiler) arasındaki ilişkilerde uygulanıp uygulanamayacağı; diğer bir deyişle, Birlik ve Üye Devlet otoritelerine karşı ileri sürülebilen hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki davalarda, bireyler tarafından birbirlerine karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği olduğunu söylemiştik. Daha somut olarak sormak gerekirse, bir gerçek veya tüzel kişi, Birlik hukuk düzeninde korunan bir hak veya özgürlüğünü başka kişilere karşı idari ve yargısal otoriteler önünde ileri sürebilir mi? Biraz daha somutlaştırırsak, bir kamu otoritesinin, örneğin mal ve hizmet sağlarken yahut personel istihdam ederken dil, din, ırk vs. temellerde ayrımcılık yapamamasına benzer bir eşit muamele yükümlülüğü, özel bir işletmenin mal ve hizmet sağlamasında yahut personel istihdam etmesinde de geçerli midir? Bu, literatürde genelde ''hakların yatay etkisi'' olarak bilinmektedir.

Aslında mesele, sadece *AB Hukukuna* özgü değildir; gerek ulusal anayasa hukuklarında gerekse *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda* uzun yıllardır tartışılan bir meseledir. (Yani meselenin, *AB İnsan Hakları Hukukundan* da önce, biri ulusal hukuklara biri de uluslararası hukuka bakan iki boyutu vardır.) *Ulusal planda,* temel hak ve özgürlükler, genelde anayasalarda düzenlendiği ve güvence altına alındığı için, mesele, ''anayasanın bağlayıcılığına'' ve bu noktada da, özel kişiler üzerindeki bağlayıcılığına gelmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, bu noktada, biri, anayasanın herkesi bağlamasından hareket eden; birisi de, insan haklarının ve anayasacılığın bireylere karşı değil, siyasi iktidara karşı ileri sürülebilir olma şeklindeki doğasından hareket eden iki görüşten bahsetmek mümkündür.[1544] Uluslararası hukuk noktasında ise, yine aynı bakış açılarından kaynaklanan benzer tartışmaları görebiliriz.[1545]

[1543] **Ibid.** pp.302, 303, 304.

[1544] Bir görüşe göre, hemen her anayasa, böyle bir ayrım yapmaksızın, kendisinin devlet organları ve gerçek-tüzel tüm kişiler için bağlayıcı olduğunu söyler. Bu noktada, devlet birimleri dışındaki kişilerin bu çok basit ve temel kuraldan istisna edilmesi için bir sebep yoktur. Eğer anayasa,

Bu söylediklerimizin ötesinde, başlı başına bir çalışmaya konu olabilecek bu meseleyi daha etraflıca incelemek gibi bir niyetimiz söz konusu değildir. Bununla birlikte, bilhassa anayasaların, kişilere, başkaları üzerinde bir yükümlülük yükleme şeklinde tanıdığı hak ve özgürlük güvencelerinin, toplumun bir parçası olan kişiler için bir anlam ifade etmediğini söylemenin çok kolay olmaması bir yana; özellikle son yıllarda, ''kamu otoritesi'' gibi kavramların, gerek ulusal gerek uluslararası yargı organları tarafından birtakım özel kişileri de içine alacak şekilde geniş yorumlanması; insan haklarının klasik ''potansiyel'' ihlal edicisi sayılan siyasi iktidar dışında, küreselleşme başta olmak üzere birtakım gelişmelere paralel olarak, en az devlet kadar insan hakları üzerinde tehdit oluşturabilme potansiyeline sahip başka iktidar odaklarının belirmesi; devletlere, egemenlikleri altındaki kişilerin hak ve özgürlüklerini sadece ihlal etmeme değil, her şekilde her türlü tehdite karşı koruma vazifesi yükleyen ''pozitif yükümlülükler'' kavramının çerçevesinin gittikçe genişletilmesi; ve ulusal organların, ulusal mevzuatı, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun* (AB planında ise *AB İnsan Hakları Hukukunun*) gerekleriyle uygun yorumlama yükümlülüğünün kabulü gibi gelişmeleri düşündüğümüzde, insan haklarının özel (gerçek ve tüzel) kişileri bağlamadığını söylemek, çok da kolay değildir.

AB'de Durum: Doktrinde Yatay Etki

örneğin konut dokunulmazlığını, yahut haberleşmenin gizliliğini veya yaşam hakkını bir kişiye güvence olarak veriyorsa, devletin ve herkesin bu güvencelere uyması gerektiği kadar tabii bir durum yoktur. Bir başka görüşe göre ise, mesele ''anayasa, herkesi bağlar'' demekle çözülecek kadar basit bir mesele değildir. İnsan haklarının mahiyeti, kişilere, iktidar karşısında ileri sürebilecekleri, siyasi iktidarı sınırlayan yetkiler vermesidir. Buna paralel olarak anayasalar da, kişiler arası ilişkileri düzenlemek için değil; bir yandan devleti sınırlamak, bir yandan da, devlet organlarının oluşum, işleyiş, karşılıklı ilişkileri, görev ve yetkileri gibi devleti organize etme amaçlı metinlerdir. Bu yönüyle anayasalar, bireylere herhangi bir yükümlülük yükleyen metinler olarak görülemez. Kişiler, kendi aralarındaki ilişkileri, anayasanın kurallarına göre değil; medeni hukuk, ceza hukuku, iş hukuku gibi disiplinlerin kurallarına göre yürütürler. Elbette ki, bu kurallar, anayasalara uygun olmak zorundadır; ancak bu kapsamda somutlaştırılmadıkça, salt anayasadan kaynaklı bir yükümlülük bireylere yüklenemez. Türk Hukuku ekseninde bu yönde bir tartışma için bkz.: Mustafa Erdoğan, A**nayasal Demokrasi**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.81, 82 ve Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.115-117. (Ayrıca belirtelim ki, bu, anayasalarda düzenlenen hak ve özgürlükler için yapılan bir tartışmadır; yoksa kişilerin hak ve hürriyetlerinin anayasalarda sayılanlardan ibaret olmaması karşısında, örneğin yasalar gibi diğer hukuk metinlerindeki hak ve özgürlükler bakımından böyle bir tartışma zaten yoktur.)

[1545] Bunların ''ihlal edici'' olarak akit devletlere yükümlülük yükleyen ve sınırlar koyan metinler olduğunu ve dolayısıyla kişilere başka kişiler karşısında belli bir yönde davranma yükümlülüğü yükleyemeyeceğini (olsa olsa kişilerin başka kişilere yönelik hak ihlallerinden ötürü yine devletlerin sorumlu tutulabileceğini) söyleyen görüş ile; hak ve özgürlüklerin özneleri olarak, kişilerin, uluslararası metinlerden kaynaklanan hak ve özgürlüklerini sadece devlet birimlerine değil, herkese karşı ileri sürebileceklerini savunan görüş, burada da karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdaki tartışmalar, aynı arkaplandan hareketle *AB Hukuku* için de geçerlidir hiç şüphesiz. Örneğin, Betten ve Grief, yukarıdakilere benzer bir tartışmayı AB düzlemine taşımakta ve insan haklarının kamu otoriteleri ile birlikte özel kişileri de sınırlayan nesnel değerler teşkil ettiğini ve bu anlamda da yatay etkilerinin olduğu argümanını reddetmenin zor olduğunu; ne var ki, bir başka yönden ise, insan haklarının da içinde bulunduğu ''genel hukuk ilkelerinin'', temelde, bireyleri, kamu otoritelerine (Topluluk ve Üye Devlet birimleri) karşı korumak için dizayn edilmiş ''kamu hukuku ilkeleri'' olduğunu; nitekim bu yaklaşımın, hem ''ortak anayasal geleneklerde'' (Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde) hem de başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlerde benimsenen yaklaşım olduğunu; bu anlamda ''eşit işe eşit ücret'' veya ''vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı'' gibi açıkça bir Kurucu Antlaşma yahut ikincil mevzuat hükmünde düzenlenmesi hali dışında, temel hak ve hürriyetlerin (ve dahi diğer genel hukuk ilkelerinin) bireyler arası ilişkilerde dava edilebilir yetkiler vermediğinin de ciddi biçimde savunulabileceğini ileri sürmektedirler.[1546] Rosas ve Armati ise, bizim de yukarıda değindiğimiz, günümüzde çıkar grupları, sendikalar, çok uluslu şirketler gibi devlet-dışı aktörlerin, bireysel özgürlükleri etkileme noktasında devletlerden dahi güçlü pozisyonda olabileceğini; ve bir yandan da, Divan'ın, daha 1960'larda *Costa v ENEL*'de ortaya koyduğu, Üye Devletlerin, Toplulukları kurarak, hem vatandaşlarını hem de kendilerini bağlayan bir kurallar bütünü vücuda getirdiği yaklaşımını nazara vererek, gerek Topluluk kurallarının ve gerekse temel hak ve hürriyetlerin kişilere karşı da ileri sürülebilen yetkiler vermesinin kabul edilebileceğini savunmaktadırlar.[1547]

De Witte de, insan haklarına günümüzde en ciddi tehditlerin özel kişilerden gelebilmesi gibi gerekçeler bağlamında, hak ve özgürlük şeklindeki genel hukuk ilkelerinin özel kişilere karşı da ileri sürülebilmesine, yani özel kişiler için de birtakım yükümlülükler getirebilmesine dair bir ihtiyacın belirdiğini kabul etmekle birlikte; serbest dolaşım niteliğindeki temel serbestilerden hareket ederek, bunların, mahiyeti itibariyle, kamu otoriteleri için birtakım ödevler getiren haklar olduğunu ve itibarla da, kural olarak, yatay etkilerinin olmayacağını ve özel kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, aynı durum, evleviyetle genel hukuk ilkeleri şeklindeki temel hak ve hürriyetler için de geçerlidir. Zira, bir kere, bunlar, yazılı olmamaları ve içtihadi bir

[1546] Betten, Grief, **op.cit**, p.81.
[1547] Rosas, Armati, **op.cit**, p.67.

sürecin ürünü olmaları itibariyle,[1548] hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik gibi kaygılar bağlamında, ekonomik serbestiler kadar bile ulaşılabilir, öngörülebilir, bilinebilir değildir. Üstelik bunların, tarihsel süreç ve işlev noktasında, devlete yönelik birtakım ödevler getirdiği durumu, temel serbestilerden çok daha belirgindir ve çoğu Üye Devletin anayasal sisteminde, anayasal hakların yatay etkisi, kabul edilmemektedir.[1549]

Divan'ın Tavrı

Bu teorik arkaplanın ötesinde mevcut duruma gelince; *AB (İnsan Hakları) Hukukunda* buna ilişkin açık bir anayasal hükmün bulunmaması karşısında, bu hukuku içtihadi olarak oluşturan (kodifiye edilmiş alanlarda da neticede yargısal yorum tekeline sahip olan) Divan'ın tavrı, şüphesiz, bizim için esas belirleyicidir. Ve bu noktada da, meseleyi, *AB İnsan Hakları Hukuku* ile onun kapsamındaki hak ve özgürlükler özelinden ziyade; genel olarak *AB Hukuku* ve tüm AB normları noktasından ele almak gerekmektedir. Divan, yukarıda yer yer başka vesilelerle değindiğimiz kararlarında da görüleceği üzere, temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası ilişkilerde ve dolayısıyla davalarda da ileri sürülebilecek hak ve yetkiler verdiğini; kısaca yatay etkilerinin bulunduğunu zaman zaman kararlarında kabul etmiştir. Bu anlamda Divan'ın önce genel anlamda Topluluk/Birlik normlarının yatay etkisine nasıl baktığını; ardından, özel olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin Divan tavrını ele almak, makul olacaktır.

AB Hukukunda Genel Anlamda Normların Yatay Etkisi. Divan'ın bu noktada tavrını ortaya koyan ilk karar olarak, genellikle 1978 tarihli *Defrenne kararı* gösterilmektedir. Ayrıntılarını yukarıda çeşitli vesilelerle gördüğümüz dava, kısaca tekrarlamak gerekirse, bir kadın havayolu şirketi çalışanının, kadın çalışanların sözleşmelerinin 40 yaşına geldiklerinde sona ermesini öngören iş sözleşmesi hükmü uyarınca sözleşmesinin sona erdirilmesi üzerine (ki erkekler için yaşa dayalı böyle bir sona erme sebebi mevcut değildir), o zamanki AET Antlaşması'nın (kadınla erkek arasında) ''eşit işe eşit ücret'' kuralını getiren 119. maddesine aykırı olduğu iddiasına

---

[1548] Gerçi görüşün bu dayanağının, Temel Haklar Şartı'nın kabulünden sonra eskisi kadar geçerli olmadığı söylenebilir.

[1549] De Witte, **The Past and Future...**, p.874. Yazar, ayrıca, meselenin, insan haklarına ilişkin kurallardan daha genel planda, *Topluluk Hukukunun*, yani Topluluk norm ve kurallarının genel olarak özel kişiler arası ilişkilerde yatay etkili kabul edilip edilmediğine göre değerlendirilebileceğini de eklemektedir. Ona göre; bu noktada, yatay etkinin kabul edilmemesi halinde, devletin eylemi ile özel kişilerin eylemi arasında bir sınır çizmek gerekecek; ve bu mesele de, genel olarak yönergelerin yatay etkisi sorunu bağlamındaki geniş içtihadi birikim bağlamında halledilebilecektir. **Ibid**.

dayanmaktadır.[1550] Divan, söz konusu hükümden böyle bir sonucun çıkarılamayacağını söylemek suretiyle davacının iddiasını geri çevirse de,[1551] neticede bir Topluluk normunu (AET'nin 119. maddesini) uygulamak (ve ondan davacının iddia ettiği gibi bir ilkenin çıkmayacağını söylemek) suretiyle, özel bir kişiye (olayda havayolu şirketine) karşı, *doğrudan etkili*[1552] bir Topluluk normunun *yatay etki* doğurabileceğini kabul etmiştir.[1553] *Defrenne*, bir genel hukuk ilkesi olarak insan haklarının değil, bir Kurucu Antlaşma hükmünün yatay etki doğurabileceğine dair bir karardır; ancak, yukarıda da belirttiğimiz

---

[1550] Hatırlanacağı üzere, davacı, bahse konu hükümden, sadece ücretlendirme değil, çalışma koşulları vs. açılardan da kadın-erkek eşitliği şeklinde genel bir hukuk ilkesinin çıkarılabileceğini ileri sürmektedir.

[1551] Divan'ın gerekçeleri için bkz.: supra s.541.

[1552] Bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekir: Bir Birlik kuralının yatay etki doğurabilmesi için, herşeyden önce onun, *AB Hukukunda* ''doğrudan etkili'' bir norm olması gerektiği tabiidir. Zira bir kişinin, Birlik ve Üye Devlet kurumlarına karşı bir norma dayanabilmesi için de, o normun, Divan'ın kabul ettiği kriterler ışığında, ''doğrudan etkili'' bir norm olması gerektiğini bilmekteyiz. Yönergeler, tüzükler gibi ikincil mevzuat ile Antlaşma hükümlerinin ne zaman ''doğrudan etkili'' oldukları meselesini; bu noktada ''doğrudan etkili olma'' (*direct effect*) ile ''doğrudan uygulanma'' (*direct applicability*) kavramları arasındaki farka, yukarıda değinmiştik. O halde, bir normun adli ve idari merciler önünde ileri sürülebilmesi, ''doğrudan etki'' meselesi; doğrudan etkili bir normun devlet dışındaki özel kişilere karşı ileri sürülebilmesi ise, ''işte bizim burada konuştuğumuz ''yatay etki'' meselesidir ve bu yönüyle *doğrudan etkili* olmak, *yatay etkili* olmanın bir nevi ön-koşuludur.

[1553] Bu karar, doktrinin çoğunluğu tarafından Divan'ın, bir Topluluk normunun yatay etki doğurup doğurmayacağı meselesini ele aldığı ve ''ilkesel'' olarak buna olumlu yaklaştığı bir (aynı zamanda ilk) karar olarak görülmektedir. Ancak, Betten ve Grief, aksi görüştedir. Yazarlara göre, Divan, kararında, cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağını bir genel hukuk ilkesi olarak kabul etmekle birlikte; Topluluğa, ücretlendirme ve mali haklar dışında çalışma koşulları bakımından kadın-erkek arası eşit muamele etme gibi bir yükümlülük yüklemediğini belirterek, davacının, davalı özel kişiye (işveren havayolu şirketi) karşı ''eşitlik'' genel hukuk ilkesine dayanmasına izin vermemek suretiyle, genel hukuk ilkelerinin yatay etkisini kabul etmemiştir. Betten, Grief, **op.cit**, p.81. Ancak bizce, bu değerlendirme isabetli değildir. Şöyle ki, evet, netice itibariyle, davacı, Divan'dan istediğini alamamıştır. Ancak bunun sebebi, Divan'ın bir genel hukuk ilkesi olarak kabul ettiği ''eşitlik'' ilkesinin yatay etkisinin bulunduğunu kabul etmemesi değil, olayda bir Üye Devlet tasarrufunun söz konusu olması ve o tarihte de, henüz Üye Devlet tasarruflarının insan haklarına uygunluk açısından denetlenmeye başlamamasıdır (Divan, bunu bir yıl sonra *Wachauf* kararıyla yapmaya başlayacaktır). Divan, burada meseleye sadece (o zamanki) AET Antlaşması'nın ''eşit işe eşit ücret'' kuralını getiren 119. maddesi (Lizbon sonrası ABİA m.157/1) penceresinden yaklaşmış ve eşitlik ilkesini bir genel hukuk ilkesi olarak kabul etmekle birlikte, somut olaydaki ulusal tasarrufu, insan hakları açısından denetlememiştir. Söz konusu 119. maddeden de, davacının iddia ettiği gibi bir genel eşitlik ilkesi çıkarılamayacağı için, davacı, netice olarak haklı bulunmamıştır. Yani Divan, olayda bir insan hakkını *Topluluk Hukukuna* aktarmakla birlikte, ulusal tasarrufları o tarihte henüz denetlemediği için, bu kabul ettiği hakkı devreye sokmamış; sadece mevzuat (AET m.119) odaklı olaya yaklaşmış ve mevzuatın da böyle bir eşitlik ilkesini içerir tarzda yorumlanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davacının talebini reddetmiştir. Böylece, davacının, bir anlamda, insan haklarının yatay etkisinin olmadığının kabulünün değil, henüz ulusal tasarrufların insan haklarına uygunluk açısından denetlenmemesinin kurbanı olduğunu söyleyebiliriz. Üstelik, yazarlar, *Bostock* davasına (C-2/92) ilişkin görüşünde, *Hukuk Sözcüsünün,* hakların yatay etkili olup olmadığı gibi temel ve cevaplanması zor bir sorun üzerinde görüş bildirmesinin gerekmediği şeklindeki görüşüne atıf yapmaktadırlar. **Ibid**. Eğer Divan, *Defrenne*'de, hakların yatay uygulanması fikrini reddetmiş olsaydı, *Hukuk Sözcüsünün*, hakların *Topluluk Hukukunda* yatay etkisinin olup olmadığı meselesini cevabı zor bir soru olarak değerlendirmesi, biraz garip olurdu.

gibi, temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi meselesini, *AB Hukukundaki* normların genel anlamda yatay etkisi meselesi içinde ala alabileceğimizden, bu karar, bizim için bir öncül niteliğindedir ve önemlidir. Divan, daha sonradan da, doğrudan etki kriterlerini taşıyan Antlaşma ve tüzük hükümlerinin ve hatta Birliğin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, kişilere, başka kişilere karşı dayanabilecekleri haklar verdiğini (yani yatay etkiye sahip olduğunu) söyleyen kararlar vermiştir.[1554]

Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Yatay Etki. Özel olarak temel hak ve özgürlüklere bakan yönüyle ise, mesele, ilk olarak 90'lı yıllardaki *Bostock* davasında[1555] gündeme gelmiştir. Bir kira ilişkisinde, mülkiyet hakkı bağlamındaki bir talebin sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğinin söz konusu olduğu davada,[1556] önce Hukuk Sözcüsü, meseleye, ''ağız ucuyla'' değinip geçmiş; temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi meselesinin, *AB Hukukunda* henüz netlik kazanmamış bir mesele olduğunu söylemiş;[1557] ardından Divan da, meseleyi, *Topluluk Hukukunun*

[1554] *AB Hukukunda* genel anlamda yatay etki konusunda ayrıntılı bir tartışma için bkz.: Rosas, **Ibid.** pp.68 vd. Fakat bu yatay etkiden, ''yönergelerin'' bir türlü yararlanamadığını da bir not olarak belirtelim. Ayrıntıya girmeden çok kısa belirtmek gerekirse, bilindiği gibi, Divan, yönergelerin, *AB Hukukunun kaynakları* noktasında icra ettiği rol itibariyle (bir konuda çerçeveyi çizip ve ulaşılması gerekli hedefi gösterip, Üye Devletler tarafından, çizilen sınırlar içerisinde, fakat yöntem ve şekle dair kendi takdirlerine göre ulusal hukuka aktarılması gerekli düzenlemeler getirme niteliği), doğrudan Üye Devletleri muhatap aldığını ve Üye Devletlere birtakım yükümlülükler getirdiğini söyleyerek yönergelerin yatay etkisini kural olarak kabul etmemektedir. Rosas, Armati, **op.cit**, p.67. Doktrinde aksi yöndeki çağrılara ve bizzat Divan'ın içinden çeşitli Hukuk Sözcülerinin görüşlerine rağmen, Divan, bu tavrından geri adım atmış değildir. **Ibid**.

[1555] C-2/92, *Bostock*, 24.3.1994, ECR 1994/I-955.

[1556] Davaya konu olaylarda, süt üretilen bir çiftlik kiralama ilişkisinde, ilgili idari otorite tarafından süt üretimi yapabilmek için kiraya konu çiftlik üzerinden kiracıya tahsis edilen belirli bir yıl süt üretme kotasının kira sözleşmesinin bitimiyle birlikte çiftlik sahibine (kiralayana) geçmesinin kiracı için meydana getireceği zararın telafisi adına, mal sahibinin kiracıya tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı (zira kiracının, mülkiyet hakkının korunması bağlamında böyle bir talebi vardır) meselesi söz konusu olmuştur. Görüldüğü gibi, eğer mülkiyet hakkının kiracı için böyle bir hak doğurması kabul edilirse, mülkiyet hakkı kapsamındaki böyle bir talebin, sözleşme ilişkisinin karşı tarafı olan özel kişiye (kiralayan) karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği ortaya çıkmıştır. Bu ise, tipik bir yatay etki halidir.

[1557] Davaya ilişkin mütalaasında, Hukuk Sözcüsü Gullmann, karşı taraftaki özel kişiye karşı ileri sürülebilirlik meselesinden önce, bir genel hukuk ilkesi olarak mülkiyet hakkının, davacının iddia ettiği türden bir talebin, Üye Devletlere karşı ileri sürülmesine izin verip vermediğini incelemiş; bu konuda olumsuz kanaate vardığı için de, Üye Devletlerin bile temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanan böyle bir yükümlülüğünün olmadığı bir halde, özel kişilerin (olayda kiraya verenin) evleviyetle böyle bir yükümlülüklerinin olamayacağını (yani mülkiyet hakkından, kiracı adına böyle bir talep yetkisinin çıkmayacağını) söyleyerek (para.39) meseleyi kapatmıştır. Görüldüğü gibi, Hukuk Sözcüsü, asıl kritik soru olan hakların yatay etkisi meselesine girmemiştir. Ancak kendisi de, bunun farkındadır ve görüşünü tamamlamadan, Topluluk Hukukunda korunan temel hak ve hürriyetlere, bireyler ile temel hakların asıl muhatabı olan devlet birimleri arasındaki ilişkilerin dışında, iki birey arasında da karşılıklı yükümlülükler meydana getiren düzenlemeler olarak dayanılıp dayanılamayacağına ilişkin temel ve aynı zamanda da cevabı zor soruya dair bir görüş beyan etmesine gerek kalmadığını söylemiştir (para.39).

kapsamında bir mesele olarak görmediği için, herhangi bir görüş ortaya koymadan davayı kapatmıştır.[1558]

Daha sonraki yıllarda ise, Divan'ın konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymasını gerektiren davalar söz konusu olmuştur. Yatay etkinin tam olarak gündeme geldiği önemli iki dava, yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Viking*[1559] ve bir ölçüde de, *Laval un Partneri*[1560] davalarıdır. Sendikal haklarla ilgili bu davalardan *Viking*'de, hatırlanacağı üzere, deniz ticaretiyle uğraşan ve gemileri olan Finlandiya şirketi Viking Line, daha ucuz işçi ücretlerinden faydalanmak için gemisini Estonya'ya kaydettirip Estonya bayrağı takmak istemiş; bunu engellemek isteyen Finlandiyalı sendika da, bir toplu eylem başlatmış; şirket ise, bu eylemin, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle yerel mahkeme önünde dava açmıştır.[1561] Görüldüğü gibi, burada tamamen iki özel kişi arasında bir uyuşmazlık söz konusu olup; mesele, hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında olduğundan *AB Hukuku* devreye girmiş ve o noktada da, AB normlarının (özel olarak grev ve toplu eylem hakkı şeklindeki bir temel hakkın) özel kişilere (davacı şirkete) karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği söz konusu olmuştur.[1562] Divan, hatırlanacaktır; davacının hizmet sunma serbestisi ile davalının grev/toplu eylem hakkı arasında bir dengenin kurulması gerektiğini söyleyerek, söz konusu temel hakkın somut olayda özel kişiye karşı da uygulanabileceğini; yani bir anlamda yatay etkisinin bulunacağını kabul etmiştir.[1563] *Laval un Partneri*'de de, hatırlanacaktır; sendika ile

---

[1558] Divan da, Hukuk Sözcüsü gibi düşünüp, hem mülkiyet hakkının kiracının ileri sürdüğü gibi bir talebe imkan vermediğine (para.19); hem de, böyle bir kira ilişkisinde, kiracı ile kiralayan arasındaki hukuki ilişkinin, o anki hukuki durum itibariyle, Topluluk Hukukunun kapsamına girmeyen ve ulusal hukuklarca düzenlenecek bir mesele olduğuna; bu sebeple de, olaydaki gibi, kira sözleşmesinin sonunda süt üretim kotalarının mal sahibine geçmesinin, onun adına (ve kiracı aleyhine) sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği iddiasının, Topluluk Hukukunun kapsamına girmeyen (ve dolayısıyla da insan haklarına uygunluk açısından incelenemeyecek) bir husus olduğuna karar vermiştir (para.26).

[1559] C-438/05.

[1560] C-341/05.

[1561] Davacı, davalının bu eyleminin hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı olduğunu söylerken; davalı sendika ise, grev ve toplu eylemde bulunma gibi bir temel hakkın kullanıldığını iddia etmektedir.

[1562] Davanın, grev ve toplu eylemde bulunma hakkının *AB İnsan Hakları Hukukunda* genel bir hukuk ilkesi olarak tanınması ve temel haklarla (grev hakkı) temel serbestiler (hizmet sunma serbestisi) arasındaki dengenin kurulmasını gerektirmesi yönlerine yukarıda değinmiştik. Burada bizi ilgilendiren yönü ise, Divan tarafından AB hakkı olarak benimsenen bir hakkın, bir özel kişi tarafından başka bir özel kişiye ileri sürülüp sürülemeyeceğidir.

[1563] Hatırlanacağı üzere, Divan'a göre, bu noktada sorulması gereken soru, bir Üye Devletteki sendikaların grev ve toplu eylem yapabiliyor olmalarının, hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde bir sınırlama teşkil edip etmediği ve ediyorsa da, bunun meşru bir sınırlama olup olmadığıydı; ve buna cevap verecek olan (yani bu konuda nihai değerlendirmeyi yapacak olan) da, ulusal mahkemeler olacaktı.

Litvanyalı işveren arasında yapılan toplu sözleşme görüşmeleri başarısız olunca, sendika, iş yaptığı yer olan İsveç'te işyerine mal giriş çıkışlarını engelleme ve çalışmama şeklinde bir toplu eyleme girişmiş; işveren de, bunun üzerine, bu eylemin, hizmetlerin serbest dolaşımına haksız bir sınırlama olduğu gerekçesiyle, yerel mahkeme önünde dava açmıştır. Görüldüğü gibi, burada da mesele, iki özel kişi arasındaki bir temel hak-temel serbesti çatışması ve bu yönüyle de, Divan'ın (hem bu sefer *Viking*'deki gibi ilkeleri koyup somut değerlendirmeyi yapmayı ulusal mahkemeye bırakarak değil, bizzat kendisi yaparak) bir temel hakkı, üçüncü bir kişiye karşı da uygulamasıdır.

Yatay etkinin bir şekilde söz konusu olduğu bir grup dava da, (yine yukarıda başka vesilelerle yer verdiğimiz) *Mangold* ve *Kucukdeveci* davalarıdır. Hatırlanacağı üzere, bu davalarda, bir işçi, belirli bir yaşın üstünde olmasını, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının ''haklı'' sebeplerinden biri sayan ilgili Alman mevzuatı dolayısıyla işvereniyle bir uyuşmazlık yaşamış ve söz konusu ulusal normun, ''yaş temelinde eşit muamele'' (veya ''yaş temelinde ayrımcılık yapmama'') ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. Ancak, yukarıdaki *Viking* ve *Laval un Partneri* kararlarından farklı olarak, burada, uyuşmazlık – iki özel kişi (işçi ve işveren) arasında olsa da – bir temel hakkı ihlal ettiği iddia edilen kişinin (işverenin) doğrudan bir davranışından ziyade, ulusal mevzuattan (Alman İş Kanunu'nun ilgili maddesi) kaynaklanmaktadır. Divan, yaş temelinde ayrımcılık yasağını (*Mangold*'da, hukukun genel ilkelerine; *Küçükdeveci'de* ise, hem *Mangold* kararına hem de Temel Haklar Şartı'nın ilgili hükmüne dayandırarak) bir temel hak olarak kabul etmiş ve *ön-karar* başvurusuna verdiği cevabında, söz konusu Alman İş Kanunu normunu, bu hak ışığında yorumlama yoluna gitmiştir. Görüldüğü gibi, burada da, doğrudan bir özel kişinin davranışının hukuka (temel haklara) aykırı olup olmamasından ziyade, iki özel kişi arasındaki davada uygulanacak bir ulusal normun (mevzuat hükmünün), bir temel hakkı ihlal etmesi yönüyle *AB (İnsan Haklarına) Hukukuna* aykırılığı söz konusu olsa da, neticede, uyuşmazlığın kaynağı, iki özel kişidir ve bu yönüyle bir ''yatay etki'' söz konusudur. [1564]

[1564] **Ibid.** p.162. Bu noktada belirtelim ki, aslında yukarıda temel haklar-temel serbestiler arasındaki denge bahsinin kapsayıcı bir örneği olarak yer verdiğimiz *Schmidberger* davası da, kişiler arasında temel hakların yatay etkili olarak uygulandığı bir dava gibi görülebilir. Bkz.: **Ibid.** p.161. Hatırlanacağı üzere, orada, bir sivil toplum kuruluşunun çevre kirliliğine dikkat çekmek amacıyla bir otoyolu belirli bir süreyle trafiğe kapatarak eylem yapma isteğine ilgili Üye Devletin – ifade özgürlüğünü gerekçe göstererek – izin vermesi üzerine, bu eylemden zarar gören üçüncü bir özel kişinin zararının giderilmesi için söz konusu Üye Devlete dava açması söz konusuydu. Ancak, bunu, yukarıdakiler gibi, gerçek anlamda bir ''yatay etkinin'' söz konusu olduğu bir dava olarak görmemek gerekir. Çünkü, evet, uyuşmazlık aslında iki özel kişi (eylem yapıp yolu kapatanlar ve bundan zarar gördüğünü iddia edenler) menşelidir; fakat burada husumet, devlete

Değerlendirme ve Temel Haklar Şartı'nın Etkisi

AB İnsan Hakları Hukuku normlarının, yani bu hukukta korunan hak ve özgürlüklerin bireylere arası ilişkilerde de uygulanıp uygulanamayacağı; diğer bir deyişle, Birlik ve Üye Devlet birimlerinden başka özel kişilere de karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği; yani kısaca yatay etkili olup olamayacağı, *AB İnsan Hakları Hukukunun* kapsamı noktasında konuşulması gereken önemli bir meseledir. Özellikle başlarken de belirttiğimiz gibi, günümüzde insan hakları ihlallerinin özel kişilerden de gelebilme ihtimalinin eskiye nazaran daha da artmasıyla birlikte, bu mesele de, daha önemli hale gelmiştir. Aslında bu, sadece *AB Hukukunda* değil; hem anayasalarda düzenlenen hak ve özgürlükler bakımından ulusal planda, hem de insan hakları sözleşmelerindeki hak ve özgürlükler bakımından uluslararası (ve hatta ulusal) planda da, tartışılan bir meseledir. Ulusal boyutta, hak ve özgürlükler, genelde anayasalarda güvence altına alındığından da, bu mesele, ister istemez anayasaların bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanıp uygulanamayacağı; kişilere başka kişilere karşı ileri sürebilecekleri yetkiler verip veremeyeceği, yani kısacası genel anlamda anayasa normlarının yatay etkili olup olamayacağı noktasında gelmektedir. Buna paralel olarak AB planında da, temel hak ve özgürlükler, önce genel hukuk ilkeleri ve ardından da Temel Haklar Şartı ile Birlik için bir nevi anayasa niteliğindeki birincil hukuk tarafından düzenlendiğinden, burada da, tartışma, genel olarak AB anayasal normlarının (temelde de Kurucu Antlaşmaların) yatay etkili olup olmadığı noktasına gelmektedir. Nitekim AB'de de, mesele, önce, bir Antlaşma hükmünün yatay etkili olup olmayacağı planında söz konusu olmuş (*Defrenne* kararı); ardından serbest dolaşıma ilişkin Antlaşma hükümleriyle (hizmetlerin, malların serbest dolaşımı gibi) devam eden süreç, temel hak ve hürriyetlerin yatay etki meselesine gelip dayanmıştır.[1565]

---

yöneltilmiştir. Zira zarar gördüğünü iddia eden şirket, Avusturya Hükümeti'nin, eylemi engellemeyerek ve dahası, yapılmasına izin vererek, serbest dolaşım hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Oysa örneğin, *Mangold* ve *Kucukdeveci'*de, sorun, bir ulusal mevzuat hükmünden kaynaklansa da, iki kişi arasında açılan bir dava söz konusudur.

[1565] Aslında AB'de, bu tarz anayasal normların yatay etkili olup olmayacağı meselesi, ''doğrudan uygulanabilir'' (*directly applicable*) olan ve buna ilaveten ''doğrudan etkili'' (*direct effect*) sayılan Topluluk/Birlik normlarının, kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili olması noktasında devreye giren bir meseledir. Üye Devletler ve Birlik için, sadece bir normun *doğrudan uygulanabilir* ve daha da önemlisi *doğrudan etkili* olup olmama sorusuyla çözülecek meselede; işin içine, doğrudan etkili bir normun, özel kişiler üzerinde de bağlayıcı olması ve yükümlülükler doğurması girince, ''doğrudan etki'', yeterli olmamakta; bir de, ''yatay etki'' (*horizontal application*) sorusu gündeme gelmektedir.

Doktrinde mesele, tartışmalıdır. Tereddütte olanların temel argümanları, bunların, mahiyeti itibariyle, kamu otoriteleri için birtakım ödevler getiren haklar olduğu ve itibarla da, kural olarak, yatay etkilerinin olmayacağı ve özel kişilere karşı ileri sürülemeyeceği; aynı durumun, evleviyetle genel hukuk ilkeleri şeklindeki temel hak ve hürriyetler için de geçerli olduğu; zira, bir kere, bunların, yazılı olmamaları ve içtihadi bir sürecin ürünü olmaları itibariyle, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik gibi kaygılar bağlamında, ekonomik serbestiler kadar bile ulaşılabilir, öngörülebilir, bilinebilir olmadığı; üstelik bunların, tarihsel süreç ve işlev noktasında, devlete yönelik birtakım ödevler getirdiği durumunun, temel serbestilerden çok daha belirgin olduğu gibi düşüncelerdir.[1566] Nitekim Dougan da, *Mangold* kararı üzerinden tartışmaya katılmakta ve henüz iç hukuka aktarılmamış yönergelerin Divan tarafından yatay etkisinin kesinlikle kabul edilmemesinin sebeplerinden birinin, bu tür yönergelerin *hukuki kesinlikten (legal certainty)* yoksun olması ve hukuki güvenlik açısından sıkıntılı olan durumları olduğunu (ki yönergeleri hazırlayanlar olarak Üye Devletlerin kendileri açısından böyle bir sıkıntıdan bahsedilemez) hatırlatarak, yönergelerin yapamadığını (yatay etki) genel hukuk ilkelerine (ve o bağlamda temel hak ve özgürlüklere) yaptırtmanın, sıkıntılı bir durum olup olmadığı sorusunu sormaktadır.[1567] Bu sorular, bizce yanlış olmamakla birlikte, mesele insan hakları olunca, acaba doğrudan etki noktasında, bunlara (temel serbestilere göre) bir ayrıcalık tanınıp tanınamayacağı; en azından, temel serbestilerin yatay etkili olmaması üzerinden gidip de, onlar bile yatay etkili olamayabildiğine göre, temel haklar evleviyetle değildir şeklinde bir argümanın ne derece savunulabilir olduğu sorusu da, sorulmayı hak eden bir sorudur.

Ancak bu teorik tartışmaların ötesinde, Divan, konuştuğumuz türden bir ''yatay etkiyi'' de, net biçimde kabul etmektedir. Bunun ise, bilhassa *Mangold* ve *Viking* gibi kararlarla kabul edilen yatay etki bağlamında, bir yönüyle, genel hukuk ilkelerinin ve özellikle de insan haklarının, devletleri sınırlayan ilkeler olmaktan öte, kendi otonomileri içinde hareket eden bireyler için de, bir anlamda sınırlar koyma potansiyeline sahip normlar olmaları gibi bir durumu ortaya çıkardığı açıktır.[1568] Bu anlamda, *Viking* ve gerçek anlamda yatay etki konusundaki tartışmalı konumuyla *Mangold*'nun getirdiği tam bir yatay etkinin, genel hukuk ilkelerinin, kamu otoritelerini her türlü eylem işleminde

---

[1566] **Ibid.** p.162.

[1567] Dougan, **op.cit,** pp.224, 225. Bu bağlamda, örneğin, yaş temelinde çalışma koşullarında ayrımcılık, bir yönergede açıkça yer alsa, fakat o yönerge henüz iç hukuka aktarılmamış olsa, yatay etki doğuramayacakken; yönerge kapsamında değil de, bir genel hukuk ilkesi olarak ileri sürülüp kabul edildiğinde, bu etkiyi doğurabilecektir. **Ibid**.

[1568] **Ibid.** p.224.

sınırlamak şeklindeki klasik anayasal misyonunda da bir değişiklik anlamına geldiği söylenmiştir.[1569] Bu ise, AB'nin özel kişiler dahil, kapsama alanındaki herkesi bağlayan bir kurallar bütünü olmaya doğru olan evrimini temsil etmektedir.[1570]

Temel Haklar Şartı'nın bu noktadaki etkisi içinse, öncelikle Şart'ın, bu konuda herhangi bir açık hüküm getirmediğini söylemek, herhalde beklenen bir şey olur. Bu anlamda Şart'ın da, Lizbon ile ''birincil hukuk'' yani anayasa seviyesine yükseltilmesinden hareketle, yukarıda ''birincil hukuk'' (yani Antlaşmalar) için yapılan tartışmalar, Şart'ta güvencelenen hak ve özgürlüklerin yatay etkisi noktasında da geçerli olacaktır. Bu noktada, Şart'ta yapılan ve bizim de yukarıda tartıştığımız ''haklar'' ve ''ilkeler'' ayrımının etkisinin, ''yatay etki''den ziyade, ''doğrudan etki'' kavramıyla ilgili olduğunu; bu anlamda kişilere doğrudan ileri sürülebilen yetkiler vermeyen ilkeler şeklinde düzenlenen bu güvencelerin, zaten başka kişilerden (yani yatay etkiden) önce, Birlik ve Üye Devlet kurumlarına karşı da ileri sürülemeyeceğini vurgulayalım. Bu anlamda Şart'taki hak, özgürlük ve ilkeler bakımından yatay etki, zaten doğrudan etkili (Şart'ın deyimiyle doğrudan ileri sürülebilen) hak, özgürlük ve ilkeler bakımından tartışılabilecek bir mesele olmaktadır. Ancak yine bir şeyi daha vurgulamak gerekir ki, genel hukuk ilkeleri şeklindeki hak ve hürriyetlerin, yatay etki doğurmasına şüpheyle bakılmasına neden olan kaygılardan biri olan bunların yazılı olmadığı ve bu anlamda ''hukuki kesinlik'' (*legal certainty*) noktasında doğru olmayabileceği yönündeki düşüncenin, en azından Şart ile izale edildiği söylenebilir.

Son olarak, doktrinde, de Witte'nin de hatırlattığı gibi, yatay etki meselesindeki sonuç (yani bir hak ve özgürlük normunun yatay etkili olup olmadığı) ne olursa olsun, bu, Birlik kurumlarının ve Üye Devletlerin, doğrudan bireyler arasında ileri sürülebilecek tarzda yükümlülükler getiren düzenlemeler kabul etmelerine ve Birlik yargısının da,

---

[1569] **Ibid.** Ancak yazara göre, *Mangold*'yu bu noktada çok da abartmamak; ona aşırı anlamlar da yüklememek gerekir. Dava, iki kişi arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklansa da, hakkı ihlal ettiği iddia edilenin, özel kişiden ziyade bir devlet (yani devletin ulusal mavzuatı) olmasına binaen, Divan, söz konusu hakkı (yaş temelinde ayrımcılık yasağı), aslında bireye değil, devlete karşı uygulamış; yani bireye özel hukuk anlamında bir yükümlülük şeklinde değil, devletin bir normunu muhatap alan bir idare hukuk ilkesi şeklinde işlev gördürmüş; diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık, iki kişinin kendi özerk akdi ilişkileri çerçevesindeki davranışlarından değil, devletin bir yasasından (Alman İş Kanunu) kaynaklanmıştır. **Ibid**. Bu anlamda *Mangold'*ya, genel hukuk ilkelerinin ve bu kapsamda temel hak ve hürriyetlerin, Üye Devletleri (tabii ki *Birlik Hukukunun* kapsamındayken) bağlamasına ilave olarak, bu ilkelere aykırı kamusal işlemlerin (olayda yasa maddesinin), sadece kamu idarelerine karşı değil, özel kişiler arasında yerel mahkemeler önünde cereyan eden davalarda da ileri sürülebileceğinin söylendiği bir karar olmaktan öte bir anlam yüklenmemelidir. **Ibid**.

[1570] **Ibid.**

burada klasik rolünü icra etmesine elbette ki, engel olmayacaktır.[1571] Betten ve Grief'in de, ''dolaylı yatay etki'' olarak niteledikleri bu durumda, örneğin henüz iç hukuka aktarılmamış ve dolayısıyla özel kişiler için bağlayıcı yükümlülükler getirmesi kabul edilmeyen yönergeler için, uzun zamandır ortaya konan ''uygun yorum ve uygulama'' (*consistent intepretation and application*) ilkesi, yatay etkili olmadığı kabul edilen hak ve özgürlükler için de hiç şüphesiz geçerlidir.[1572] Üye Devletlerin, ulusal hukuklarını, henüz iç hukuka aktarım süresi geçmeyen Topluluk yönergeleriyle de uyumlu yorumlamak ve uygulamak için ellerinden gelen her şeyi yapmak ve yönergenin getirdiği hedefleri tehlikeye düşürecek adımlardan kaçınmak yükümlülüğü şeklinde ifade edilen bu ilke[1573] uyarınca, Birlik kurumlarının ve Üye Devletlerin, – yatay etkili olmadığı kabul edilse bile – Şart'ta ve hukukun genel ilkelerinde korunan hak ve özgürlükleri, özel kişilere de uyulması gereken yükümlülükler getirecek şekilde düzenlemeleri gerektiği kabul edilmektedir.[1574]

[1571] De Witte, **Institutional Principles...**, p.160.
[1572] Betten, Grief, **op.cit**, p.82.
[1573] Ünlü *Marleasing* kararı (C-106/89, *Marleasing*, 13.11.1990, ECR 1990/I-4135; paras. 6-8).
[1574] **Ibid.**

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Avrupa Birliği'nde temel hak ve hürriyetlerin korunması, 1970'lerde başlayan sürecin son halkası olan Lizbon Antlaşması'yla önemli bir ivme kazanmıştır. 2. Dünya Savaşı sonrasında, Avrupa'nın yeniden inşası sürecinde, aralarında insan haklarının korunması ile demokrasi ve hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi gibi meselelerin de bulunduğu siyasi inşa, Avrupa Konseyi'ne; malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına dayalı rekabetçi bir iç pazarı ve ortak bir dış ticaret politikasını hedefleyen ekonomik inşa ise, günümüzde Avrupa Birliği şeklini alan Avrupa Toplulukları'na yüklenmişti. Bu anlamda, bu bütünleşmenin asıl amacı *ekonomik* ve belki de uzun vadede *siyasi* idi ve örneğin Avrupa Konseyi gibi *insan haklarının korunması*, başlangıçta birincil gaye olarak görülmemişti.

Nitekim, Avrupa Birliği'nin Kurucu Antlaşmalarında da, anayasalardaki veya uluslararası insan hakları belgelerindeki gibi bir temel haklar kataloğuna ve hatta teknik anlamda gerçek bir insan hak ve hürriyeti hükmüne dahi yer verilmiş değildi. Bu noktada ise, siyasi liderlerin ve kurumların yapamadığını Birliğin yargı organı olarak kurulan Adalet Divanı yapmış ve kuruluşunun ilk yıllarından itibaren *jürispüridansiyel bir insan hakları hukukunun* oluşmasını sağlamıştır. Divan, *AB Hukukunun* kaynakları arasında ***hukukun genel ilkelerini*** saymış; ve biraz da ulusal mahkemeler karşısında *AB Hukukunun* (ve haliyle kendisinin) özerkliğini ve üstünlüğünü koruma kaygısıyla, ulusal anayasalarda ve AİHS'te korunan hak ve ilkeleri hukukun bu genel ilkeleri kapsamında AB Hukukuna aktarmıştır. Böylece, Birliğin ilk yıllarından itibaren ulusal-üstü insan hakları kural ve ilkeleri, zaten *AB Hukukunun* ayrılmaz bir parçası olarak uygulanmış ve dahası, tüm Topluluk normlarının ve dahi üye devletlerin iç hukuklarının üstünde ulusal-üstü bir *İnsan Hakları Hukukunun* gelişim süreci başlamıştır.

İnsan hakları koruması, bir süre bu şekilde içtihat temelinde ilerlemiş; 1990'lara gelindiğinde, gerek Birlik kurumları gerek Üye Devletlerden siyasi-hukuki-kurumsal anlamda destek bulmaya başlamıştır. Bu dönemde, başta, Kurucu Antlaşmalarda Birliğin üzerine bina edildiği temel bir değer olarak insan hakları kavramına atıf yapılması ve Divan içtihadının kodifiye edilmesi olmak üzere, normatif ve kurumsal birçok gelişme yaşanmıştır. Bu anlamda, ilk olarak 1986 tarihli *Tek Avrupa Senedi* ile başlayan bu süreç, *Maastricht* ve *Amsterdam* Antlaşmaları ile önemli aşamalar kaydetmiş ve nihayet *Lizbon Antlaşması* ile kayda değer bir noktaya gelmiştir. Tabii ki bütün bu gelişmeler,

Adalet Divanı'nın, AB birincil ve ikincil kaynaklarında insan haklarına doğrudan bir atfın dahi olmadığı dönemlerde cesur biçimdeki aktivizmiyle geliştirdiği *jürispüridansiyel insan hakları hukukunun* gelişim sürecinde elinin daha da güçlenmesini sağlamıştır. Aday ülkelere yönelik *Kopenhag kriterleri* olarak bilinen yükümlülükler arasında sıkı insan hakları kurallarının yer alması, Maastricht Antlaşması'yla Birlik vatandaşlığı kavramının ihdas edilmesi, Birliğin 3. ülkelerle imzaladığı ekonomik ve ticari nitelikli anlaşmalara insan hakkı ihlallerine bağlı olarak anlaşma kapsamındaki teşvik ve yardımları askıya alma imkanı veren hükümlerin eklenmesi başta olmak üzere, insan hakları, artık Birliğin işleyişinin tam ortasına yerleşmiştir.

Diğer yandan bütün bu gelişmeler, Birliğin, insan haklarına yönelik iç ve dış siyasetinde tutarsızlıklar bulunduğu eleştirileriyle karşılaşmasına yol açmıştır. Aday ve üçüncü ülkelere yönelik sıkı insan hakları politikaları güden AB'nin, kendi içinde etkin bir insan hakları denetim sisteminden yoksun olduğu gibi eleştiriler getirilmeye başlamıştır. Bu eleştiriler, AB'de etkin bir insan hakkı koruma sistemi olabilmesi için etkin bir dış denetimin (Strazburg sistemine atıf yapılmak suretiyle) getirilmesi ve artık kendisinin bağlayıcı bir hak ve özgürlükler metni kabul etmesi gerektiği etrafında yoğunlaşmıştır. Böylece 1980'li yıllardan sonrası, AB'de insan haklarının korunması adına temel üç gündem maddesiyle geçmiştir: AİHS sistemine dahil olarak Strazburg denetimine tabi olma; kendine özgü bağlayıcı bir temel haklar kataloğu hazırlama ve yargısal denetimi etkinleştirip özellikle bireylerin insan hakları ihlalleri bakımından Divan'a ulaşımı önündeki engelleri kaldırma.

Başlangıçta, herhangi yazılı anayasal/yasal bir altyapının yokluğunda, tamamen jürisprüdansiyel olarak yürütülen insan hakları korumasının eksiklikleri ve handikaplarının giderilmesine yönelik çabalar olarak ortaya çıkan bu gelişmeler, AB'nin yetkilerinin günden güne artmasıyla, AB'de insan hakları koruması için vazgeçilmez hale gelmiştir.

1979'da Komisyon'un girişimiyle başlayan AİHS'ye katılım tartışmaları, akademik ve siyasi çevrelerde yoğun bir şekilde gündemi işgal etmiştir. Ne var ki, Divan'ın 1994 tarihinde bildirdiği *''mevcut hukuki durum çerçevesinde Toplulukların AİHS'ye katılımının antlaşmalarda değişiklik yapılmadan mümkün olmadığı''* şeklindeki görüşü neticesinde bir süreliğine rafa kaldırılmıştır. Yine Divan eliyle AİHS referans alınarak içtihadi planda yürütülen insan hakları koruma sisteminin eksikliklerini vurgulayan ve onun ötesinde koruma sistemi arzulayanların 1970'lerden beri başlattığı bir diğer girişim de, Topluluğun kendine özgü bağlayıcı bir temel haklar kataloğuna sahip olması olmuştur. Bu ise, yine

katılım gibi uzun bir sürecin ardından nihayet ete kemiğe bürünmüş ve 2000'de bir Temel Haklar Şartı kabul edilmiştir. İlk başta hukuken bağlayıcı bir metin olmasa da, Şart, AB içinde kurumsal ve yargısal anlamda karşılık bulmuş; örneğin Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu, eylem ve kararlarında Şart'ı dikkate alacaklarına dair açıklamalar yapmış ve Birliğin yargı organları da, kararlarında Şart'a atıf yapmaya başlamıştır. Şart, bugüne kadar Avrupa ölçeğinde gerek Birlik gerekse ulusal hukuklar düzeyinde kabul edilmeyen yeni bir insan hakları kategorisi ortaya koyma amacını taşımamakta ve gerek AB tasarrufları gerekse diğer uluslararası insan hakları hukuku kaynaklarının ortaya koyduğu birtakım hak ve özgürlükleri, bir arada sunmaktadır. Ancak yine de, artık doğrudan başvurulacak bir bağlayıcı metin olması yönüyle AB düzeyinde insan haklarının korunması noktasında önemli bir gelişme olarak kaydedilmiştir.

Fakat gerek Şart'ın bağlayıcı bir statüye kavuşturulması gerek AİHS'ye katılım (ve Adalet Divanı'na bireysel başvuru yolunun etkinleştirilmesi gibi insan haklarıyla ilgili diğer meseleler), 1980'lerde başlayan anlaşma reformlarında, kendine pek yer bulamamıştır. Birliğin genişlemesi ve ona uygun kurumsal kapasitenin artırılması başta olmak üzere siyasetçiler için daha ''önemli'' meselelerin varlığı, *AB İnsan Hakları Hukukuna* yönelik reformların gündem dışı kalmasına yol açmıştır. Bunların kaderini değiştiren ise, 2000'lerde başlayan Birlik için bir anayasa yapma süreci olmuştur. Anayasa kavramının, tarihte kendisini doğuran bireysel hakları güvence altına alma nosyonundan bağımsız düşünülemeyecek olması gibi birtakım dinamikler, Birliğin geleceğini kuracak anayasa tartışmaları içinde, insan haklarına ilişkin meselelerin ve özel olarak da AİHS'ye katılım ile bağlayıcı bir Şart konusunun konuşulmasını sağlamıştır. Nihayet bir kısım muhalefete rağmen, 2004 tarihinde kabul edilen AB Anayasası, hem THŞ'yi Anayasal Antlaşma'nın içine dahil ederek anayasallaştırmış ve bağlayıcı hale getirmiş hem de AB'nin AİHS'ye katılımının hukuki zeminini (Divan'ın 1994'teki görüşüne uygun olarak) hazırlamıştır.

Ancak Anayasa'nın bazı ülkelerde referandumlarda reddedilmesine bağlı olarak yürürlüğe girememesi neticesinde, bu girişimler de, hukuki anlamda bir sonuç doğurmamıştır. Şokun atlatılmasından sonra Anayasa'nın yerine ortaya atılan Lizbon Antlaşması ise, Anayasal Antlaşma'nın yolundan ilerlemiş ve hem Birliğin AİHS'ye katılımını hukuken mümkün hale getirmiş hem de Şart'ı (Anlaşma metinlerine dahil etmeyip ayrı bir metin halinde bıraksa da), Kurucu Antlaşmalarla aynı hukuki değerde bir metin olarak kabul etmiştir. Bu, gerek *AB* gerek *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda*, yeni bir dönemin de başlaması demektir.

Tabii bu yeni dönem, beraberinde mikro ve makro planda bir çok meseleyi de getirmiştir. Katılım ile Temel Haklar Şartı'nın kendi içinde çözülmesi gereken mikro meselelerle, tüm bu gelişmelerin AB ve Kıta düzeyinde Avrupa Kamu Hukukuna etkileri şeklindeki makro gelişmeler, birkaç yıldır yoğun biçimde tartışılmaktadır. Öncelikle Lizbon'a kadar gerek korumaya dair hukuki-anayasal temel gerek korunan hak ve özgürlükler bakımından içtihadi temelde yürütülen *AB İnsan Hakları Hukukunda*, artık ana metin, *Temel Haklar Şartı* olmuştur. Korumanın hukuki temelinin 1990'larda, Maastricht ve Amsterdam ile antlaşma planına alınıp anayasal zemine oturtulmasından sonra bile, Kurucu Antlaşmalar veya herhangi bir ikincil mevzuat hükmü, hangi hakların korunduğu noktasında somut bir düzenleme içermediği için, bu hukukun hangi hak ve özgürlükleri içerdiği konusu, halen daha içtihadi olarak belirlenmekteydi. Şimdi ise, bağlayıcı ve Kurucu Antlaşma seviyesindeki bir Şart ile, artık bu da, anayasal zemine oturtulmuş olmaktadır. Fakat Şart ile ilgili tek pürüzsüz yön, hangi hak ve özgürlüklerin korunduğu noktasıdır. Özellikle Şart'ın uygulanma kapsamı noktasında, kabulüne de takaddüm eden tartışmalar, Şart'ın sonuna eklenen ''yatay hükümlerde'' karşılık bulmuş; ancak bunlar da, bu alana dair tartışmaları tamamen bitirmemiştir.

Bu noktada, Şart'ın AB'nin insan hakları alanındaki yetkilerini artırıp artırmayacağı tartışmaları; AİHS'te de muadilleri bulunan Şart hükümlerinin nasıl yorumlanıp uygulanacağı; bu anlamda korumanın içtihadi genel hukuk ilkelerinden yazılı Şart hükümlerine kaydırılmasının bir durağanlığa yol açıp açmayacağı; ulusal anayasalardaki benzer hak ve özgürlüklerle arasındaki ilişki ve bunun AB Hukukunun üstünlük ve özerkliğine etkileri; Şart'ın getirdiği yargısal olarak ileri sürülebilen ''haklar'' ve ileri sürülemeyen ''ilkeler'' ayrımının ''hakların bölünmezliği'' ilkesi karşısındaki meşruiyeti; Şart'ın kapsamına giren Üye Devlet tasarrufları noktasında Şart'ın benimsediği formülasyonun, yaklaşık 30 yıllık içtihadi birikimden farklı olmasının pratikte bir etkisinin olup olmayacağı; Şart için hazırlanan bir nevi şerh (veya gerekçe) niteliğindeki ''Açıklamalar'' metninin Şart'ın yorumundaki bağlayıcılığı; Şart ile gelen sınırlama rejimi ve bu noktada temel ekonomik serbestilerle temel haklar arasındaki denge meselesine Şart'ın etkisi; sadece hakların maddi boyutuna odaklanıp düzenlediği hakların etkin korunması adına bireysel başvuru gibi usuli mekanizmalar getirmemesi; ve nihayet tüm bunların arkaplanında Üye Devletler arasında bir pazarlıklar ağının olmasının Şart'ın meşruiyetine nasıl etki edeceği gibi hususlar, hep, Şart'ın kabulüyle ortaya çıkan ve çözüm bekleyen meselelerdir.

AB'nin AİHS'ye katılımı ise, makro planda AB'de ve Avrupa'da insan hakları korumasına etkileri ve mikro planda kendi içinde çözülmesi gereken çok sayıda meseleyi getirmiştir. Bilindiği gibi, Lizbon, AB'nin AİHS'ye katılımını gerçekleştiren değil; buna AB adına izin veren gelişmedir. Katılım, iki taraf arasında imzalanacak bir katılım anlaşması ile gerçekleştirilecek olup; halihazırdaki durum itibariyle, 2010 yılında başlayan müzakereler, 2013'te tamamlanmış ve ortaya bir taslak katılım anlaşması çıkarılmıştır. Ne var ki, bu taslak anlaşmanın mevcut Kurucu Antlaşmalara (yani AB'nin anayasal düzenine) uygun olup olmadığına ilişkin Adalet Divanı'ndan görüş istenmiş ve Divan da, 2014 biterken bildirdiği görüşünde, mevcut haliyle katılım anlaşmasının, AB Hukukuna uygun olmadığını söylemiştir. Bu durumun, zaten uzun bir aradan sonra ortaya çıkarılabilen katılım anlaşması taslağının revize edilmesini gerektireceği; bunun ise, zaten 28 AB üyesi ülke ve (aralarında bu 28 ülkenin de bulunduğu) 47 Avrupa Konseyi üyesi tarafından onaylanması durumuna binaen birkaç yıl sürmesi beklenen katılım olayını, daha da geciktireceği açıktır. Üstelik taslak anlaşmanın Adalet Divanı'nın istediği şekilde bir revizyonuna, AB üyesi olmayan diğer Konsey üyelerinin evet diyecekleri de, oldukça şüphelidir. Hatta bu yüzden, Adalet Divanı'nın, AİHS sistemini zorlayacak bir formatta AB'nin sisteme katılımını araması, Divan'ın, bu işi uzatabildiği kadar uzatmak istediği yorumlarına yol açmıştır.

Bu, katılımın son tahlilde gerçekleştirilip AB'nin AİHM denetimine tabi olmasına ilişkin yol haritasıdır. Öte yandan, bu süreç, zor da olsa tamamlanır ve katılım gerçekleşirse, yukarıda da belirttiğimiz gibi, gerek mikro planda katılımın kendi içinde çözülmesi gerekli meseleler; gerek, makro planda, katılımın AB'de ve Kıta'da insan hakları korumasına etkileri olmak üzere, cevaplanması gereken birçok soru(n) olacaktır. Her şeyden önce bir uluslararası/ulus-üstü örgütün başka bir uluslararası örgüte katılması boyutuyla *uluslararası hukuku* ilgilendiren bu olay, elbette ki anlaşmanın öznelerden birisinin AB olması hasebiyle *AB Hukukunu* ve anlaşmanın konusunun insan haklarının korunması olması yönüyle de *insan haklarını* ve de katılımın bu örgütlere üye ülkelerin anayasal sistemlerinde doğurabileceği etkiler yönüyle de *anayasa hukukunu* ve nihayetinde, siyasi sonuçları olabilecek bir gelişme olması itibarıyla da *siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler disiplinlerini* ilgilendiren *multi-disipliner* etkilere sahip bir gelişme olarak görülmelidir.

Mikro plandaki meseleler olarak, AB'nin ana Sözleşme yanında hangi Protokollere katılacağı; AİHM denetiminin nasıl işleyeceği; AB'nin hangi tasarrufları bakımından denetimin söz konusu olacağı; katılımın AB'nin (insan hakları alanındaki)

yetkilerine ve AB ile Üye Devletler arasındaki (Kurucu Antlaşmalardan kaynaklanan) yetki dağılımına bir etkisinin olup olmayacağı; katılımın Üye Devletlerin AİHS sistemindeki bireysel pozisyonlarını (çekince, istisna vs.) nasıl etkileyeceği; iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının nasıl anlaşılacağı; AB Hukukundan kaynaklanan ulusal tasarruflar bağlamında Üye Devletlere karşı açılacak davalarda ön-karar mekanizmasının işletilmesinin ve işletilmemesinin sonuçları; AİHM kararlarının AB Hukukundaki etkisi ve uygulanması; AB'nin ve AB Hukukunun özerkliğinin katılımdan nasıl etkileneceği; katılım sonrası Divan ile AİHM arasındaki ilişkinin niteliği; AB'nin başta AİHM olmak üzere Sözleşme organlarında nasıl temsil edileceği ve AB'nin Sözleşme sisteminin finanse edilmesine nasıl katkıda bulunacağı gibi meseleler, hep katılımın sonuçları bağlamında önemli meseleler olarak karşımızda durmaktadır.

Makro plandaki etkiler olarak niteleyebileceğimiz, katılımın AB'de ve Avrupa Kıtası'ndaki insan hakları koruma sistemine ''katkıları'' veya ''etkileri'' noktasında ise, katılımın genel olarak, Birlik ve Avrupa Kıtası düzeyinde insan haklarının korunmasına olumlu katkı yapacağı söylenebilir; ki, zaten 1970'lerden beri katılıma dair yürütülen çabalar da, bu yüzdendir. Bir yandan, Divan'ın bir insan hakları mahkemesine dönüşme sürecinde daha da emin adımlarla ilerleyebileceği yönündeki görüşler; bir yandan da, örneğin, kişilerin, münferit olarak Üye Devletlerden gelen ihlallere karşı zaten yıllardır AİHM önünde sahip oldukları başvuru imkânına benzer bir imkâna, AB'nin kurumlarından gelen ihlallere karşı da kavuşmaları (ve böylece AB'nin, Birlik yargısı yanında, insan hakları ihlalleri bakımından bir dış denetime tabi tutulması), elbette olumlu bir gelişme olarak zikredilebilir.

Ancak bir başka açıdan, öncelikle, AB'nin, *Avrupa Kamu Hukuku* ve *Avrupa Kamu Düzeni* olarak tarif edilen oluşumlar içinde, ulus-üstü bir insan hakları örgütüne ve Divan'ın da, bir insan hakları mahkemesine dönüşmesinin arzu edilen bir hedef olup olmadığı konusunda Avrupa siyasetinde bir uzlaşının olmadığını gözden kaçırmamak ve insan haklarına ilişkin farklı koruma mekanizmalarının ve hukuki metinlerin, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, bir takım yetki problemlerini ve mahkemeler arasında altlık-üstlük çekişmelerini beraberinde getirmesi tehlikesini de hatırlamak gerekir. Bütün bu yeni düzenlemelerin ve gelişmelerin, gerek Birlik düzeyinde gerekse Avrupa Kıtası'nda insan haklarının daha iyi korunmasına mı, yoksa bu alanda bir durgunluğa veya geriye gidişe mi yol açacağı, bekleyip görülmesi gereken meselelerdir.

Ancak bu tartışmalardan bağımsız olarak, bizce, AB'nin AİHS'ye katılımı, bir siyasi tercihten önce maddi ve manevi / teorik ve pratik birtakım ihtiyaçların gerektirdiği

bir olgu olarak görülmelidir. Bu olguyu doğuran ana faktör ise, hep söylediğimiz gibi, başlangıçta mal ve hizmetlerle kişilerin serbestçe dolaştığı, üst düzey rekabete dayalı bir iç pazar oluşturmak üzere başlatılan projenin, zamanla, ekonomik alanda işbirliğinin çok ötesine geçip, vizeler, göç, sığınma, adli ve polisiye işbirliği ve hatta dış politika gibi alanlarda, devletlerin egemenlik yetkilerini devrettiği ve böylece bireyler üzerinde etki doğurabilecek bireysel ve düzenleyici tasarruflarda bulunabilen, onlara yaptırımlar uygulayabilen bir iktidar aygıtına dönüşmesidir. Kuruluştan itibaren tedricen ortaya çıkan bu süreç, bir yanda, üyesi olan ülkeleri insan haklarına uymaya zorlayan ve yargı organı eliyle onların belli tasarruflarını insan haklarına uygunluk açısından denetleyen, kendisine üye olmak isteyen ülkelere, başta AİHS sistemine dahil olmak üzere sıkı insan hakları standartları dayatan ve ticari işbirliği kurduğu üçüncü ülkelerle de, işbirliğinin devamının şartı olarak insan haklarına saygı prensibini şart koşan bir örgüt olarak AB'nin kendisinin, Avrupa'nın (ve hatta dünyanın) insan hakları alanındaki en etkin dış denetim sistemi olan AİHS sistemine tabi olmaması şeklindeki bir çelişkiye yol açmaktadır. Bu çelişki ve handikapın en kestirme yoldan giderilmesinin yolu olarak ise, katılım opsiyonu karşımıza çıkmıştır.

Bu noktada, Birlik yargısının zaten uzun yıllardır temel hak ve özgürlükleri koruduğu ve Birlik ile Üye Devlet tasarruflarını, insan haklarına uygunluk açısından denetlediği; hem de bunu AİHS'yi referans alarak yaptığı; üstelik Lizbon ile artık buna modern bir insan hakları kataloğunun (THŞ) da eklendiği; dolayısıyla katılıma gerek olmadığı ve mevcut sistemin bireysel hakların etkin korunması adına yeterince tatminkar olduğu yönündeki görüşlerin, katılımın ''kötü'' birşey olduğunu değil, sadece ''gereksiz'' olduğunu ''kendince'' ispatlayan görüşler olması bir yana; Divan eliyle yürütülen iç denetimin yeterliliği üzerinden AİHS denetimine dahil olmak gereksiz görülecekse, insan haklarını gayet güzel biçimde koruyan Batı Avrupa Anayasa ve Yüksek Mahkemelerinin varlığına rağmen neden halen daha AİHS sistemine bağlı bir dış denetimin günümüzde kaçınılmaz görüldüğü sorusuna da, makul bir cevap bulmak gerekecektir. Bizce, AB'nin, gittikçe genişleyen ve bunun sonucu olarak bir zamanlar devletlerin uhdesindeyken Birliğe geçen yetkilere paralel olarak AİHM denetimine tabi tutulması, kendi içinde bir insan hakları koruma sistemi bulunan AB'nin, aynı devletler gibi, uzmanlaşmış bir dış denetime bağlanmasına ve böylece Avrupa kamu alanında insan hakları hukukunun bütünleştirilmesine hizmet edecektir.

Öte yandan, bu gelişmelerin sadece AB düzeyinde etkileri olacağını söylemek de, oldukça naif bir yaklaşım olur. 47 üyeli Avrupa Konseyi'nin yarısından fazla üyesinin

parçası olduğu bir ulus-üstü örgüt bünyesinde, son 50 yılın en temel meselelerinden biri olan insan hakları alanında yaşanan gelişmelerin Kıta'nın geneline etkilerinin olacağını söylemek, aşırı bir ileri-görüşlülük olmasa gerektir. Neticede AİHS, en basit ifadesiyle, Avrupa Kıtası'nda insan haklarının korunması amacıyla oluşturulmuş bir sistemdir ve AİHM denetimi de, bu sistemi etkin kılan temel unsurdur. Bu anlamda, Kıta'nın küçük bir ülkesinin sisteme dahil olmasının bile insan hakları adına çok önemli karşılandığı bir ortamda, 700 milyonluk Kıta'nın üçte ikisinden fazlasını oluşturan bir iktidar aygıtının sisteme entegre olması, meselenin sadece AB için değil, Kıta'nın bütünü için arz ettiği önemi de, gözler önüne sermektedir.

Tabii sadece bağlayıcı bir Şart ve AİHS'ye katılımın kendi içindeki meseleler ve muhtemel etkileri değil; bunlardan bağımsız olarak AB'de insan hakları korumasının ulaştığı mevcut durum itibariyle de çeşitli sorun ve handikaplardan bahsetmek mümkündür. Esasen fotoğrafın geneline baktığımızda, bizim bir şey söylememize gerek kalmadan, gerek *Bosphorus* doktriniyle AİHM, gerekse *Solange-II* yaklaşımları ile başta Alman AYM olmak üzere ulusal yüksek mahkemeler, Lizbon öncesi süreçte bile AB'deki genel insan hakları koruma sistemini, kendi sistemlerine denk düzeyde gördüklerini söylemişlerdir.

Ancak fotoğrafın genelinin iyi olması, hiçbir sorun olmadığı anlamına da gelmemektedir elbette. Bu bağlamda tez boyunca da yer yer değindiğimiz, Divan'ın bireylerin dava açmaları noktasındaki *locus standi* kurallarını dar yorumladığı eleştirilerinden, insan haklarını ciddiye almadığı ve sadece kendi otoritesini ve özerkliğini koruma kaygısıyla gündeme getirdiği ithamlarına kadar, geniş bir yelpazede eleştirileri görmek mümkündür.

Özellikle mesela, Divan'ın, bir davacıyı, salt insan haklarına dayalı bir iddiasından ötürü haklı bulduğu durumların sık olmadığı; önüne özellikle AİHS'yi referans alarak yeni alt haklar üretmede agresif olması için birçok imkan gelmesine karşılık, onun, eğer AB Hukukunun menfaati gerektirmiyorsa, sırf hak ve özgürlük kaygısına dayanarak bu imkanları kullanmada pek istekli olmadığı; *locus standi* kurallarını da dar yorumlayarak bireylerin şevkini kırdığı yorumları, pek de azımsanmayacak ölçüde literatürde yer almaktadır.

Yine Divan'ın, mesele, serbest dolaşım hükümleri olunca, insan haklarını ve hele ki sosyal ve ekonomik nitelikteki hakları çok kolay feda edebildiği; temel serbestiler-temel haklar arasında denge kurması gerektiğinde ikincisini; temel hakların kendi arasında denge kurması gerektiğinde ise, sosyal ve ekonomik nitelikli olanları geri plana ittiği de,

sıklıkla duyulan tenkitlerdendir. Hatta burada dengenin kurulması ve orantılılığın tespiti için işlemin yapıldığı düzeye bırakılan takdir marjı noktasında da, Birlik tasarrufları için Birlik kurumlarına bırakılan takdir marjının, ulusal tasarruflar için Üye Devletlere bırakılan takdir marjından daha fazla olduğu ve böylece mesele, Birlik kurumları olunca, Divan'ın insan hakları noktasında biraz daha ''müsamahakar'' olabildiği; keza, benzer şekilde, haklara yönelik müdahalelerde, rekabetin korunması ve serbest dolaşım gibi AB projesinin temelleri söz konusu olduğunda, biraz daha ''hoşgörülü'' davrandığı yorumlarına rastlamak da mümkündür. Tüm bunların ise, AB'nin ve onun yargı organının insan haklarının korunmasının ''emanet edilmesinde'' doğru adres olup olmadığı sorularının sorulmasına ve sadece Divan'ın tarihsel misyonu bağlamındaki bir meşruiyet tartışmasının ötesinde, halihazırdaki durumu itibariyle de, Lizbon sonrası dönemde bile bu işe uygunluğunun sorgulanmasına yol açtığı söylenmiştir.

Bu eleştirilerde haklılık payı olmadığını söylemek, elbette mümkün değildir. Nitekim bir kısmına biz de, çalışmanın birinci bölümünün sonunda jürisprüdansiyel korumanın sorunlarını ve handikaplarını tartıştığımız bahiste ve muhtelif yerlerde değindik. Fakat burada haklı olarak, dünyada hangi ulusal/yerel düzeyin insan haklarını korumada mükemmel olduğu sorusunu sormak gerekir. Hele hele, ister üstünlüğünü ve özerkliğini korumak ister insan haklarını yüceltmek, hangi saiklerle başlatmış, sürdürmüş ve sürdürüyor olursa olsun, buna doğrudan izin veren tek bir normatif metin bile yokken, bir hukuk sistemine insan hakları kavramını sokan; yaklaşık yarım yüzyıldır devasa bir içtihadi hak ve özgürlükler kataloğu oluşturan Divan için, hatalı yaklaşımları olduğunu söylemenin ötesinde, bu iş için uygun olmadığını söylemek, bizce bu saatten sonra biraz ''abes'' kaçacaktır. Elbette, AB'nin, örneğin Avrupa Konseyi gibi bir insan hakları koruma örgütü; Temel Haklar Şartı'nın bir AİHS ve Divan'ın da, bir AİHM olduğunu söyleyemeyiz. Fakat yaklaşık yarım yüzyıldır tek bir metin üzerinden tek işi ve varlık sebebi insan haklarını korumak olan bir mahkeme ile, insan haklarını korumak onlarca işinden sadece biri olan bir mahkemeyi mukayese etmek, biraz insafsızlık olmayacak mıdır? Üstelik, Divan'ın, *Kadı* ve o çizgideki birçok kararında, insan haklarına uygunluğun en önemli anayasal ilkelerden biri olduğunu; hiçbir hukuki düzenlemenin, Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının insan hakları denetiminden kaçırılması için ''bahane'' olamayacağını ve hatta BM Güvenlik Konseyi kararlarını uyguluyor olmanın dahi, bir Birlik normuna böyle bir ''ayrıcalık'' vermeyeceğini söylemiş olmasından sonra... Herhalde, gerek AİHM'nin gerek kadim muterizler olarak ulusal yüksek mahkemelerin, fotoğrafın genelini takdir ve taltif eden görüşleri de boşuna olmasa gerek.

Son olarak şunları söyleyebiliriz. Sorunlar, elbette mevcuttur; fakat Lizbon ile başlayan yeni bir dönem söz konusudur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bütün bu yeni düzenlemelerin ve gelişmelerin, gerek Birlik düzeyinde gerekse Avrupa Kıtası'nda insan haklarının daha iyi korunmasına mı, yoksa bu alanda bir durgunluğa veya geriye gidişe mi yol açacağı, beklenip görülmesi gereken bir meseledir ve bu süreçte de, AİHM ve Divan'ın tutumları başta olmak üzere çeşitli dinamikler rol oynayacaktır. Örneğin, bu süreçte rol oynayacak önemli bir dinamik, AB'de insan hakları koruması veya AB İnsan Hakları Hukukunun geliştirilmesi tartışmalarının çok ötesinde, 60 küsur yıllık bu bütünleşme modelinin geleceğine ilişkin ulusal vizyonlardaki farklılaşmadır. AB projesinin geneline ilişkin vizyonları noktasında, daha sıkı bir işbirliği ve siyasi bütünleşme isteyen (başını Almanya'nın çektiği) bloğun, insan hakları alanında da, Birliği daha etkili ve yetkili kılmak istemesi; buna karşılık, daha gevşek bir işbirliği öneren (başını İngiltere'nin çektiği) bloğun ise, siyasi bütünleşmeye hizmet edebilecek insan hakları alanında daha pasif bir AB arzulaması şeklinde tezahür eden kadim mücadele, AB'nin insan hakları noktasındaki rolü ve işlevini de etkileyecektir. Bu mücadelenin izlerini, daha 1970'lerden itibaren başta AİHS'ye katılım ve bağlayıcı bir temel haklar belgesi olmak üzere insan haklarıyla ilgili hemen her gelişmede görmek mümkün olup; Divan'ın sözünü ettiğimiz 2014 tarihli görüşünde, lehe ve aleyhe görüş bildiren ülkelerin isimlerine bakmak dahi, bu konuda önemli bir fikir vermektedir.

KAYNAKÇA

A. KİTAP VE MAKALELER

Ahmed, Tawhida, Butler, Israel de Jesús: ''The European Union and Human Rights: An International Law Perspective'', **The European Journal of International Law**, Vol:17 Issue:4, 2006.

Akehurst, Michael: ''The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities'', **British Year Book of International Law**, No:29, 1981.

Akgül, Mehmet Emin: **Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Yargı** Yetkisi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

Alston, Philip, Weiler, Joseph H. H.: ''An Ever Closer Union'' in need of a Human Rights Policy'', **European Journal of International Law**, Vol:9, No:4, 1998.

Amor, María, Estébanez, Martín: ''The OSCE and Human Rights'', **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, Ed. by Raija Hanski, Markku Suksi, 2nd Revised Edt., w.place, Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002.

Anthony Arnull, ''Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of te EC'', **Common Market Law Review**, Vol.32, Issue:1.

Arnull, Anthony: ''Does Europe Need a Fundamental Rights Agency?'', **European Law Review**, Vol:31, Issue:2, 2007.

Arsava, Ayşe Füsun: ''Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar'', **AÜSBF Dergisi**, Cilt:52, No:1-4, Ankara, Ocak-Aralık, 1997.

Arsava, Ayşe Füsun: ''Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri'', **AÜSBF Dergisi – Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan**, Cilt:52, No:1-4, Ocak-Aralık, 1997.

Arsava, Ayşe Füsun: **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara, 1985.

Arsava, Ayşe Füsun: ''Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'', **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** Cilt:3, Sayı:1, Ankara, Güz, 2003.

Arsava, Ayşe Füsun: ''Avrupa Temel Haklar Şartı'', **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** Cilt:5, Sayı:1, Ankara, Güz, 2005.

Arsava, Ayşe Füsun: ''Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu'na Katılması, Hukuki Dayanaklar, Hukuki Sorunlar ve Hukuki Sonuçlar'', **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz, 2013.

Aslan, Gündüz: ‘’AB’de İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireyin Hakları’’, **Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi (MJES),** Cilt:7, Sayı:1-2, 1999.

Atalar, Ömer: **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2002. http://www.tihk.gov.tr/www/files/52d95926610f5.pdf, Erişim Tarihi: 3.8.2015.

Bartels, Lorand: ‘’Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements’’, **Legal Studies Research Paper Series – University of Cambridge Faculty of Law**, Paper No.24/2012, September, 2012, http://ssrn.com/abstract=2140033, Erişim Tarihi: 17.2.2014.

Bartels, Lorand: **Human Rights Conditionality in the EU’s International Agreements**, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Bebr, Gerhard: ‘’Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft* v. *Federal Republic of Germany*, Order under Article 177 (EEC) of the Court of Justice of 5 March 1986’’, **Common Market Law Review**, Vol:24, Issue:4, 1987.

Bebr, Gerhard: ‘’Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law’’, **Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol:II**, Edt. by

Deirdre Curtin, Ton Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

Bermann, George A., Goebel, Roger J., Davey, J. William, Fox, M. Eleanor: **Cases and Materials on European Union Law**, 2nd Edt., w.place, West Group, 2002.

Besselink, Leonard F.M.: ''Entrapped by the Maximum Standart: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union'', **Common Market Law Review**, Vol:35, Issue:3, 1998.

Besson, Samantha: ''The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution?'', **Human Rights Law Review**, Vol:6, No:2, 2006.

Betten, Lammy, Grief, Nicholas: **EU Law and Human Rights**, w.place, Longman, 1998.

Bogdandy, Armin von, Bernstorff, von Jochen: ''The EU Fundamental Rights Agency in the European and International Human Rights Architecture'', **Common Market Law Review**, Vol:46, Issue:4, 2009.

Bogdandy, Armin Von: ''The European Union as Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union'', **Common Market Law Review**, Vol:37, Issue:6, 2000.

Bozkurt, E., Özcan, M., Köktaş, Arif.: **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Asil, 5. Bası, 2011.

Brandtner, Barbara, Rosas, Allan: ‘’Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice’’, **European Journal of International Law**, Vol:9, No:3, 1998.

Brosig, Malte: ‘’Human Rights in Europe: An Introduction’’, **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime,** Ed. by Malte Brosig, w.place, Peter Lang, 2006.

Buchanan, Allen E.: **Human Rights, Legitimacy and the Use of Force**, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Cartabia, Marta: ‘’Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously’’, **European Constitutional Law Review**, Vol:5, Issue:1, 2009.

Cartabia; Marta: ‘’The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Community’’, **Michigan Journal of International Law**, Vol:12, 1990.

Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C., Monti, G., Tomkins, A.: **European Union Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Clerck-Sachsse, Julia de, Incerti, Marco, Kurpas, Sebastian, Schönlau, Justus: ‘’Update on the Ratification Debates: What Prospects for the European Constitutional Treaty; Results of an EPIN Survey of National Experts’’, **European Policy**

Institutes Network Working Paper-13, Brussels, 2005.

Çoban, Ali Rıza: ‘’Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkeme’nin İş Yükü Derdine Deva Olur mu?’’, **AÜHFD**, Cilt:54, Sayı:2, 2005.

Cohen, Roland, Toland, Judith D.: **State Formation and Political Legitimacy – Political Anthropology Vol. 6**, New Brunswick, Transaction Books, 1988.

Coppel, Jason, O’neill, Aidan: ‘’European Court of Justice: Taking Rights Seriously?’’, **Common Market Law Review**, Vol:29, Issue:4, 1992.

Craig, Paul, Búrca, Gráinne de: **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Cremona, Marise: ‘’Human Rights and Democracy Clauses in the EC’s Trade Agreements’’, **The European Union and World Trade Law: After the GATT Uruguay Round**, Ed. by Nicholas Emiliou, David O’Keeffe, New York, Wiley Publishing, 1996.

Cuadrat-Grzybowska, Katarzyna: **The Protection of Fundamental Rights in the European Union: Selected Aspects**, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

Çavuşoğlu, Naz: ‘’Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:22, 2005.

Çavuşoğlu, Naz: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Haklar ve Hürriyetler Üzerine**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara, 1994.

Dashwood, A., Dougan, M., Rodger, B., Spaventa, E., Wyatt, D.: **Wyatt and Dashwood's European Union Law**, 6th Edt., w.place, Hart Publishing, 2011.

De Búrca, Gráinne: ''The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law'', **Yearbook of European Law**, Vol:13, Issue:1, 1993.

De Búrca, Gráinne: ''Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law'', **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol:13 Issue:3, Autumn 1993.

De Búrca, Gráinne,: 'Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union'', **Fordham International Law Journal**, Vol:27, Issue:2, January, 2004.

Defeis, Elizabeth F.: ''Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal''**,** **Fordham International Law Journal**, Vol:31, Issue:5, May 2008.

Değer, Ozan: **Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Deniz, Bahar Yeşim: ''Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Etkileşim'', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:97, Ankara, 2011.

Directorate of Human Rights, Council of Europe: **Yearbook of the European Convention on Human Rights, The European Commission and European Court of Human Rights,** Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1959.

Dixon, M.,McCorquodale, R.,Williams,S.: **Cases and Materials on International Law**, 5th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Doğan, Yaşar: ''The Fundamental Rights Jurisprudence of the European Court of Justice: Protection for Human Rights within the European Union Legal Order'', **Ankara Law Review**, Vol:6 Issue:1, Summer 2009.

Donnely, Jack: **Universal Human Rights in Theory and Practice**, New York, 3rd Edt., Ithaca: Cornell University Press, 2013.

Dougan, Michael: ''In Defence of Mangold?'', **A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by: Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Hart Publishing, Oxford, 2011.

Douglas-Scott, Sionaidh: ‘’**The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon’’, Human** Rights Law Review, Vol:11, Issue:4, 2011.

Douglas-Scott, Sionaidh: **Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice**, http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/, Erişim Tarihi: 21.2.2015.

Drzewicki, Krzysztof: ‘’Internationalization of Human Rights and Their Juridization’’, **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, Ed. by Raija Hanski, Markku Suksi, 2nd Revised Edt., w.place., Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002.

Duguette, Elizabeth Shaver: ‘’Human Rights in the European Union: Internal Versus External Objectives’’, **Cornell International Law Journal**, Vol:34, 2001.

Erdoğan, Mustafa**:** **Anayasal Demokrasi**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Fennely, Nial: ‘’Pillar Talk: Fundamental Rights Protection in the European Union’’, **Judicial Studies Institute Journal**, No:1, 2008.

Flaherty, John P., Lally-Green, E.: ‘’Fundamental Rights in the European Union’’, **Duquesne Law Review**, Vol:36, Issue:2, Winter, 1998.

Føllesdal, Andreas: ‘’The Constitutional Treaty: the Answer to the European Union's Quest for a Consistent Human Rights Policy?’’, **International Journal on Minority and Group Rights**, Vol:13, Issues: 2-3, 2006.

Foster, Nigel: **Foster on EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 2nd Edt., 2011.

Gaja, Giorgio: ’’Constitutional Court (Italy), Decision No. 170 of 8 June 1984, *S.p.a. Granital* v. *Amministrazione delle Finanze dello Stato*’’, **Common Market Law Review**, Vol: 21, Issue:4, 1984.

Gaja, Giorgio: ‘’New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law’’, **Common Market Law Review**, Vol:27, Issue:1, 1990.

Gaja, Giorgio: ‘’New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?’’, **The EU and Human Rights,** Ed. by Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Gaja, Giorgio: ‘’The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty’’, I**nstitutional Dynamics of European Integration: Essays in**

Honour of Henry G. Schermers – Volume: II, Ed. by Deirdre Curtin, Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.552.

Gemalmaz, Esra: **Avrupa Toplulukları Hukukunda İnsan Hakları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.

Gemalmaz, Mehmet Semih, ''Ulusüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları'', **AÜSBF Dergisi,** Cilt:46, Sayı:1, 1991.

Glenn, A. Jr. Mower: ''The Implementation of Human Rights through European Community Institutions'', **Universal Human Rights,** Vol:2, Issue:2, 1980.

Göçer, Mahmut: ''Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması'', **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:17, 2000.

Göztepe, Ece: **Avrupa Birliği'nin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Greer, Steven, Williams, Andrew: ''Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?'', **European Law Journal**, Vol:15, Issue:4, June 2009.

Greer, Steven: **The European Convention on Human Rights; Achievements, Problems and**

Prospects, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Hanlon, James: **European Community Law**, Sweet & Maxwell, 2nd Edt., 2000.

Harpaz, Guy: ''The European Court of Justice and Its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy'', **Common Market Law Review**, Vol:46, Issue:1, February 2009.

Hartley, Trevor C.: **The Foundations of EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 7th Edt., 2010.

Henckaerts, Jean-Marie: ''The Protection of Human Rights in the European Union: Overview and Bibliography'', **International Journal of Legal Information**, Vol:22, Issue:3, Winter 1994.

Herdegen, Matthias: ''Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an 'Ever Closer Union' and Document 'Extracts from: *Brunner* v. *The European Union Treaty (Bundesverfassungsgericht)*'''', **Common Market Law Review**, Vol:31, Issue:2, 1994.

Hinarejos, Alicia: **Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars**, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Horng, Der-Chin: ''The Human Rights Clause in the European Union's External Trade and Development Agreements'', **European Law Journal**, Vol:9, Issue:5, 2003.

Horspool, Margot, Humphreys, Matthew: **European Union Law**, Oxford University Press,Oxford, 6th Edt., 2010.

Jacobs, Francis G.: ''European Community Law and the European Convention on Human Rights'', **Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol: II**, Ed. by: Deirdre Curtin, Ton Heukels, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994.

Jacqué, Jean Paul: ''The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms'', **Common Market Law Review**, Vol: 48, Issue:4, 2011.

Janis, Mark W.: ''Fashioning a Mechanism for Judicial Cooperation on European Human Rights Law among Europe's Regional Courts'', **The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers Vol: III**, Ed. by Rick Lawson, Matthijs de Blois, w.place, Martins Nijhoff Publishers, 1994.

Joris, Tony, Vandenberghe, Jan: ''The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows'', **Columbia Journal of European Law**, Vol:15 Issue:1, 2008-2009.

Kaczrorowska, Alina: **European Union Law**, New York, Routledge-Cavendish, 2009.

Karakaş, Işıl: ''Ulusalüstü Anayasa'da Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar'', **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:22, 2005.

Kent, Penelope: **Law of the European Union**, Pearson Longman, w. place, 4th Edt., 2008.

Lawson, Rick: ''Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg'', **The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers**, **Vol: III**, Ed. by: Rick Lawson, w. place, Matthijs de Blois, Martins Nijhoff Publishers, 1994.

Lee, Linda K.: ''European Integration and the Protection Human Rights'', **George Washington Law Review**, Vol:31, No:5, 1963.

Lenaerts, Koen, Gutiérrez-Fons, José: ''The Role of General Principles of EU Law'', **A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Oxford, Hart Publishing, 2011.

Lenaerts, Koen, Nuffel, Piet van: **European Union Law**, Sweet & Maxwell, 3rd Edt., 2011.

Lester, Anthony: ''The EU Charter of Fundamental Rights: Its Purpose and Effectiveness'', **Human Rights Protection: Methods and Effectiveness**, Ed. by: Frances Butler, Kluwer Law Institute, 2002.

Lindfelt, Mats: **Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Settings**, Turku, Åbo Akademi University Press, 2007.

Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, w.place, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Marston, Geoffrey: ''The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights 1950'', **International and Comparative Law Quarterly**, Vol:42, Issue:4, October 1993.

Mengozzi, Paolo: **European Community Law: From Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam**; Trans. by Patrick Del Duca, Kluwer Law International, 2nd Edt., 1999.

Merrills, J. G.: ''Promotion and Protection of Human Rights within the European Arrangements'', **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook,** Ed. by Raija Hanski, Markku Suksi, 2nd

Revised Edt., w.place., Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002.

Metin, Yüksel: ‘’Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’’, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:57, Sayı:4, 2002.

Metropoulos, Demetrios: ‘’Note, Human Rights Incorporated: The European Community’s New Line of Business’’, **Stanford Journal of International Law**, Vol:29, No:1, 1992.

Murray, John L.: ‘’Fundamental Rights in the European Community Legal Order’’, **Fordham International Law Journal**, Vol:32, Issue:2, January 2009.

Nielsen, Henrik Karl: ‘’The Protection of Fundamental Rights in the Law of the European Union’’, **Nordic Journal of International Law**, Vol:63, Issue:1, 1994.

Ninet, Antoni Abati: **Consitutional Violence: Legitimacy, Democracy and Human Rights**, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2nd Edt., 2013.

Nowak, Manfred: **New Challenges to the International Law of Human Rights, (**Çevrimiçi) www.rwi.lu.se/pdf/seminar/nowak.pdf, Erişim Tarihi: 29.5.2012.

Oder, Bertil Emrah: **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar, İstanbul, 2004.

Örücü, Esin: **Hukukun Genel İlkeleri, Haklar ve Avrupa Topluluğu**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:63, Sayı:1-3, 1989.

Özcan, Mehmet: **Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları**, Hayat Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Özler, Zeynep, Mindek, Can: **AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, No:218, İstanbul, 2008.

Paulin, Bernard, Minch, Mary: ''The European Community and the European Convention on Human Rights'', **Government and Opposition**, Vol:15, Issue:1, 1980.

Peers, Steve: ''Human Rights and the Third Pillar'', **The EU and Human Rights**, Ed. by: Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Peers, Steve: **The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection**, http://eulawanalysis.blogspot.com.tr/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html, Erişim Tarihi: 21.2.2015.

Pentikäinen, Merja, Scheinin, Martin: ''A Comparative Study of the Monitoring Mechanisms and the Important Institutional Frameworks for Human Rights Protection within the Council of Europe, the CSCE and the European Community'', **Monitoring Human Rights in Europe: Comparing**

International Procedures and Mechanisms, Ed. by Arie Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak, Allan Rosas, w.place, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Pescatore, Pierre: ''The Protection of Human Rights in the European Communities'', **Common Market Law Review**, Vol:9, Issue:1, 1972.

Pescatore, Pierre: ''Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities'', **The American Journal of Comparative Law**, Vol:18, Issue:2, 1970.

Peter, Fabienne: **Democratic Legitimacy**, New York, Routledge, 2009.

Polat, Celal, Cam, Erdem: ''Fundamental Rights: The Product of Case Law? Before the Treaty of Lisbon'', **Marmara Avrupa Çalışmaları Dergisi (MJES)**, Cilt:21, Sayı:1, 2013.

Power, Vincent J. G.: ''Human Rights and the EEC'', **Human Rights: A European Perspective**, Ed. by Liz Heffernan, Dublin, The Round Hall Press, 1994.

Quinn, G.: **''**The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated at Birth?'', **McGill Law Journal**, Vol:46, Part:4, 2001.

Rasmussen, Hjalte: **On Law and Policy in the European Court of Justice**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

Robertson, A. H.: **The Council of Europe: Its Structure, Functions and Achievements**, New York, Praeger, 1961.

Rochere, Jacqueline Dutheil de la: ''Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty'', **Fordham International Law Journal**, Vol:33, Issue:6, June, 2010.

Rosas, Allan, Armati, Lorna: **EU Constitutional Law: An Introduction**, w.place, Hart Publishing, 2010.

Rosas, Allan: ''Fundamental rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts'', **The EFTA Court: Ten Years On,** Ed. by Carl Baudenbacher, Per Tresselt, Thorgeir Orlygsson, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

Rosas, Allan: ''The European Union: In Search of Legitimacy'', **60 Years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe**, Ed. by Vinodh Jaichand, Markku Suksi, Intersentia, 2009.

Rousseau, Dominique: ''Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı'', **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:22, 2005.

Sadurski, Wojciech: ‘’Solange Chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union’’, **European Law Journal**, Vol:14, Issue:1, 2008.

Sanioğlu, Hilal: ‘’Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları’’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:74, Ankara, 2008.

Selçuk, Engin: ‘’Avrupa Birliği Anayasal Düzeninde Temel Hakların Serüveni’’, **İÜSBF Dergisi**, Sayı:32, Mart, 2005.

Scheinin, Martin: ‘’The Relationship between the Agency and the Network of Independent Experts’’, **Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Contribution of the Fundamental Rights Agency**, Ed. by Philip Alston, Olivier de Schutter, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Schermers, Henry G.: **Judicial Protection in the European Communities**, Kluwer Law International, 2nd Edt., 1979.

Schimmelfennig, F., Rittberger, B., Bürgin, A., Schwellnus G.: ‘’Conditions for EU Constitutionalization: A Qualitative Comparative Anlysis’’, **Journal of European Public Policy**, Vol:13, Issue:8, December 2006.

Schimmelfennig, Frank: ‘’Competition and Community: Constitutional Courts, Rhetorical Action, and the Institutionalisation of Human Rights in the

European Union'', **Journal of European Public Policy**, Vol:13 Issue:8, 2006.

Schmid, Christoph U.: ''All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's Banana Decision'', **European Law Journal**, Vol:7, Issue:1, March, 2001.

Schönlau, Justus: ''Courts, Charters and Conventions: The Institutionalisation of Human Rights Protection in the European Union'', **Human Rights in Europe: A Fragmented Regime**, Ed. by Malte Brosig, Franskfurt am Main, Peter Lang, 2006.

Schutter,Olivier de,Goethem,Valérie van: ''The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Fundamental Rights Policy of the Union'', **ERA Forum**, No:4, 2006.

Schütze, Robert: **European Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Schwarze, Jürgen: 'The Future of European Public Law, **The European Union Legal Order after Lisbon**, Ed. by: Patrick Birkinshaw, Mike Varney, Kluver Law International, 2010.

Sera, Jean M.: ''The Case for Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights'', **Boston University International Law Journal**, Vol:14, Issue:1, Spring 1996.

Simpson, A. W. Brian: ''Britain and the European Convention'', **Cornell International Law Journal**, Vol:34, Issue:3, 2001.

Simpson, A. W. Brian: **Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention**, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Smith, Karen E.: ''The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?'', **European Foreign Affairs Review**, Vol:3, Issue:2, 1998.

Spielmann, Dean: ''Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities'', **The EU and Human Rights**, Ed. by: Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Steiner, Josephine, Woods, Lorna: **EU Law**, 10th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Stever, Tara C.: ''Protecting Human Rights in the European Union: An Argument for Treaty Reform'', **Fordham International Law Journal**, Vol:20, No:3, March 1997.

Szyszczak, Erica: ''Antidiscrimination Law in the European Community'', **Fordham International Law Journal**, Vol:32, Issue:2, 2008.

Szyszczak, Erika, Cygan, Adam: **Understanding EU Law**, London, Sweet & Maxwell, 2nd Edt., 2008.

Szyszczak, Erika: **EC Labour Law**, Amsterdam, Longman, 1999.

Tangör, Burak: ''Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'', Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2001.

Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

Tezcan, Ercüment: **Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2002.

Timmermans, Christiaan: ''The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights'', **A Constitutional Order of States? Essays in Honour of Alan Dashwood**, Ed. by: Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Hart Publishing, Oxford, 2011.

Toth, A. G.: ''The European Union and Human Rights: The Way Forward'', **Common Market Law Review**, Vol:34, Issue:3, 1997.

Tottenburg, Gabriel N.: ''The Role of the New EU Fundamental Rights Agency: Debating the Sex of Angels or Improving Europe's Human Rights

Performance?'', **European Law Review**, Vol:33, Issue:3, 2009.

Tridimas, Takis: **The General Principles of EU Law**, 2nd Edt. Oxford University Press, Oxford, 2006.

Uhl, Robert-Jan, Knoll, Bernard: ''The OSCE: A Commitment to Human Rights'', **60 Years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe**, Ed. by Vinodh Jaichand, Markku Suksi, w.place, Intersentia, 2009.

Ward, Alysa J.: 'The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights within the European Union'', **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol:27, Issue:3, Summer, 1999.

Weatherill, Stephen: **Cases & Materials on EU Law**, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Weatherill, Stephen: **Law and Integration in the European Union**, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Weiler, Joseph H. H., Lockhart, J.S.: ''Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II'', **Common Market Law Review**, Vol:32, Issue:2, 1995.

Weiler, Joseph H. H., Lockhart, J.S.: ''Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I'', **Common Market Law Review**, Vol:32, Issue:1, 1995.

Weiler, Joseph H. H.: ''A Constitution For Europe? Some Hard Choices'', **Journal of Common Market Studies**, Vol: 40 Issue:4, 2002.

Weiler, Joseph H. H.: ''Eurocracy and Distrust'', **Washington Law Review**, Vol.61, No:3, January, 1986.

Weiler, Joseph H. H.: ''Fundamental Rights and Fundamental Boundaries'', **The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor' and Other Essays on European Integration**, Ed. by J. H. H. Weiler, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Weiler, Joseph H. H.: ''Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights'', **The European Union and Human Rights**, Ed. by Nanette Neuwahl, Allan Rosas, Brill, 1995.

Weiler, Joseph H. H.: **Europe after Maastricht – Do the New Clothes Have An Emperor?**, Harward Jean Monnet Working Paper, 1995.

Wetzel, Joseph R.: ''Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion between the Luxembourg

and Strasbourg Courts'', **Fordham Law Review**, Vol:71, Issue:6, May, 2003.

Witte, Bruno de: ''Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law'', **General Principles of European Community Law**, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

Witte, Bruno de: ''The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights'', **The EU and Human Rights**, Ed. by Philip Alston – Maria Bustelo – James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Woods, Lorna: ''The European Union and Human Rights'', **An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook**, Ed. by Raija Hanski, Markku Suksi, 2nd Revised Edt., w.place, Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002.

Zuleeg, Manfred: ''Fundamental Rights and the Law of the EC'', **Common Market Law Review**, Vol:8, Issue:4, 1971.

B. RAPORLAR VE ÇEŞİTLİ BELGELER

Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to Frequently Asked Questions, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Accession_documents/EU_accession-QA_updated_2013_E.pdf, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum, 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/29, COM (79) final.

Accession of the Community to the European Convention on Human Rights and the Community legal order'', 26 October 1993, SEC (93) 1979, final.

Action Plan on the Stockholm Programme; COM(2010) 171 final, 20.4.2010, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0171:EN:NOT, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act, Report of the Expert Group on Fundamental Rights – 1999, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1999.

Commission Communication on Article 7 of the Treaty on European Union: Respect for and Protection of the values on which the Union is based, COM (2003) 606 Final, Brussels, 15.10.2003.

Commission Communication on Community Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Some of its Protocols, Commission of the European Communities, SEC (90) 2087 final, Brussels, 19 November 1990.

Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Communication from the Commission on the Legal Nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, COM 644 final, 11.10.2000.

Communication on EU Election Observation and Assistance*,* COM (2000) 191 final.

Composition Method of Work and Practical Arrangements for the Body to Elaborate a Draft EU Charter of Fundamental Rights, as Set out in the Cologne Conclusions, European Council Predidency Conclusions, 15-16 October 1999, Annex.

Council Conclusions on the Principle of Conditionality Governing the Development of the European Union's Relations with Certain Countries of South-East Europe, Bulletin of EU, 4-1997.

Council Regulation (EC) No 1035/97 of 2 June 1997 Establishing a European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, O.J. L 151, 10.6.1997.

Council Regulation (EC) No.168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, O.J. of the EU No.L 53/1, 2007.

Decisions of the 1145th Meeting of the Ministers' Deputies, 13 June 2012, 47+1(2012)001. bil, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2012)01_CM_Decision_BIL.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

Declaration of Fundamental Rights, 12 April 1989, O.J. of the EC, No. C 120/51, 16.5.1989.

Declaration of the European Union on the Occasion of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights, Vienna, 10 December 1998, http://eeas.europa.eu/human_rights/docs/50th_decl_98_en.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.213.

Declaration on Anti-Semitism, Racism and Xenophobia, Annex III, http://www.european-council.europa.eu/media/848690/1990_june_-_dublin__eng_.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union.

Declaration on Article I-9(2).

Declaration on Democracy, Annex D, http://www.european-council.europa.eu/media/854616/copenhagen_april_1978__eng_.pdf, Erişim Tarihi:24.1.2013.

Declaration on Human Rights, http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hurq9&div=12&id=&page=, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

Democratisation, the Rule of Law, Respect for Human Rights and Good Governance: the Challenges of the Partnership between the European Union and the ACP States, COM (98) 146 final.

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, Luxembourg, 5 May 2010, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

Draft Legal Instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH-UE(2011)16-Final Version, Strasbourg, 19 July 2011. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

Draft Treaty Establishing the European Union, 14 February 1984, O.J. of te EC, No. C 77/33, http://www.eurotreaties.com/spinelli.pdf, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

EP Resolution, C5-0058/1999-1999/2064 (COS).

European Commission Acts to Bolster the EU's System of Protecting Fundamental Rights; IP/10,291, Brussels, 17.3.2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-291_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi:3.1.2014.

European Council Decision on the Drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union, Presidency Conclusions – Cologne 3 and 4 June 1999, Annex IV.

European Council Presidency Conclusions, Brussels, December 2003, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/78364.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2014.

European Council Presidency Conclusions, Brussels, June 2008, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/101346.pdf, Erişim Tarihi: 22.1.2013, para. 1-5.

European Council Presidency Conclusions, Brussels, October 2008, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/103441.pdf, Erişim Tarihi: 22.1.2013, para. 15.

European Council Presidency Conclusions, Laeken, 2001, http://european-convention.eu.int/pdf/lknen.pdf; Erişim Tarihi: 2.1.2014.

European Council Presidency Conclusions, Luxembourg, December 1997, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/032a0008.htm, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

European Council Presidency Conclusions, Nice, 2000, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm, Erişim Tarihi: 19.1.2013.

European Council Presidency Conclusions, Turin, 1996, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/032a0001.htm, Erişim Tarihi: 17.1.2014.

European Parliament Minutes of 12 January 1999.

European Parliament Resolution on the General Outline for a Draft Revision of the Treaties, 1997 O.J. (C 33).

European Parliament Resolution on the Granting of special Rights to the Citizens of the European Community in Implementation of the Decision of the Paris Summit of December 1974, 16.11.1977, O.J. of the EC, No. 299/26, 12.12.1977.

European Parliament Resolution on the Prospects of Enlargement of the Community, 18.1.1979, O.J. of the EC, No: C 39, 12.2.1979.

European Parliament Resolution, 4 April 1973, O.J. of the EEC, No:26/8, 30.4.1973.

European Union, Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council, Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76; http://aei.pitt.edu/942/, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

Explanatory Report (to the Protocol No:14), http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

Final Report of Working Group II, CONV 354/02, 22.10.2002, http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00354.en02.pdf, Erişim Tarihi: 7.2.2014.

Final Report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Strasbourg, 10 June 2013, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

For a Europe of Civil and Social Rights – Report by the Comité des Sages, Chaired by Maria de Lourdes Pintasilgo, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1996, http://en.youscribe.com/catalogue/reports-and-theses/knowledge/humanities-and-social-sciences/for-a-europe-of-civic-and-social-rights-1115401, Erişim Tarihi: 28.1.2013.

Future of European Co-operation – General Policy of the Council of Europe, Recommendation No:994, June 1986.

House of Lords, Select Committee on the European Communities, Session 1992-93, 3rd Report, Human Rights Re-Examined, Minutes of Evidence, 1992.

Institutional Aspects pf Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2009/2241(INI); http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0184&language=EN&ring=A7-2010-0144, Erişim Tarihi: 5.3.2014.

Joint Action Adopted by the Council on the Basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, Concerning Action to Combat Racism and Xenophobia, 15 July 1996, O.J. L 185, 24.7.1996.

Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission, 5.4.1977, O.J. of the EC, No. C 103/1, 27.4.1977.

Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission against Racism and Xenophobia, 11 June 1986, O.J. C 158, 25.6.1986.

Juncker Report, http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf, Erişim Tarihi: 10.3.2015.

Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000 – Agenda of the Comité des Sages and Final Project Report, Florence, European University Institute, 1998.

Memorandum on the Accession of the Eyropean Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.4.1979, COM (79) 210 final, 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79.

Modalities and Consequences of Incorporation into the Treaties of the Charter of Fundamental Rights and Accession of the Community/Union to the ECHR, CONV 116/02, 18.6.2002; http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00116.en02.pdf, Erişim Tarihi: 7.2.2014.

Opinion 1/78 of the Court of Justice, 4.11.1978, ECR 1979/2871.

Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14.12.1991, ECR 1991/I-6079.

Opinion 2/91 of the Court of Justice, 19 March 1993, ECR 1993/I-1061.

Opinion 2/94 of the Court of Justice, 28 March 1996, ECR 1996/I-1759.

PACE**, The Council of Europe and the New Issues Involved in Building Europe**, Recommendation No:1578, 2002

Protocol (No 8) Relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Protocol Relating to Article I-9(2) of the Constitution on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Report on the Communication from the Commission on the Inclusion of Respect for Democratic Principles and Human Rights in Agreements Between the Community and Third Countries, COM (95) 216.

Report on the European Union, Commission of the European Communities, COM (75) 400 final, 25 June 1975, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/75; http://aei.pitt.edu/1761/, Erişim Tarihi: 23.1.2013.

Report on the Legal Protection of Private Persons in European Communities*,* A. Deringer**,** Report No: A0-0039/67, 3 May 1967.

Report on the Supremacy of EC Law over National Law of the Member States, Eur Parl Doc 43, 1965-1966, O.J. 1965/2923, 14.

Report to the Committee of Ministers on the Eloboration of Legal Instruments for the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH(2011)009, Strasbourg, 14 October 2011, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_en.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

Resolution embodying the opinion of the European Parliament on the Memorandum from the Commission of the European Communities on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (O.J. 1982, No: C 304/253). http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1982:304:0252:0273:EN:PDF, Erişim Tarihi: 24.10.2013.

Resolution of the Council and of the Member States meeting in the Council on Human Rights, Democracy and Development, 28.11.1991, Bulletin of the European Communities, No.11/1991, http://aei.pitt.edu/1802/1/democracy_declaration_1991.pdf, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

Resolution of the Council and the Member States Meeting in Council on Human Rights, Democracy and Development, Bulletin of the E.C., 11-1991.

Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism, 26 October 1995, O.J. C 308/140, 20.11.1995.

Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism and the European Year Against Racism (1997), 30 January 1997, O.J. C 55/17, 24.2.1997.

Resolution of the European Parliament on Racism, Xenophobia, and Anti-Semitism, 27 October 1994, O.J. C 323/154, 20.11.1994.

Resolution of the European Parliament, 15 June 1976, http://aei.pitt.edu/36165/1/A2381.pdf, Erişim Tarihi: 4.2.2014.

Resolution on Community Accession to the European Convention on Human Rights, O.J. of the EC, 1994, C 44.

Resolution on the Accession of the European Community to the European Convention on Human Rights, O.J. of the EC 21.5.1979, No: C 127/69.

Resolution on the Constitutional Basis of European Union, 12.12.1990, O.J. No C 19/65, 28.1.1991.

Resolution on the Constitutional Basis of European Union, 12.12.1990, O.J. No C 19/65, 28.1.1991.

Review of the implementation of Commission Communication No.252.

Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights, Report Adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53rd Meeting of 28 June 2002, DG-II (2002)006.

The Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights, Report – Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Marie-Louise Bemelmans-Videc, 18 March 2008, Doc.11533.

The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers – European File, 6/90, May 1990, http://aei.pitt.edu/4629/, Erişim Tarihi: 27.1.2013.

The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, 9 December 1989, http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2013.

The European Council – 50 Years of Summit Meetings – December 2011, Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2012, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC3111406ENC.pdf, Erişim Tarihi: 25.1.2013.

The European Union and the External Dimension of Human Rights Policy, COM (95) 567 final

The European Union's Role in Promoting Human Rights and Democratisation in Third Countries – Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, COM (2001), 252 fnal, Brussels, 8.5.2001, http://aei.pitt.edu/37812/1/com2001_0252en01.pdf, Erişim Tarihi: 30.1.2013.

The Inclusion of Respect for Democratic Principles and Human Rights in Agreements between the Community and Third Countries, COM (95) 216 final.

The Problems of Drawing Up a Catalogue of Fundamental Rights for the European Communities, A Study Reguested by the Commission and Drawn Up by Professor R. Bernhardt, Director of the Max-Planck-Institute for Foreign Public Law and International Law, Heidelberg, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/76, http://aei.pitt.edu/5378/, Erişim Tarihi: 4.2.2014.

The Protection of Fundamental Rights as Community Law is Created and Developed, Report of the Commission of 4 February 1976 submitted to the European Parliament and the Council, COM (76), Supplement 5/76, 4 February 1976.
The Protection of Fundamental Rights in the European Community; Commission of the European Communities, COM (76), Supplement 5/76, 4 February 1976.

The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens; O.J. of the EU, C 115 of 4.5.2010.

C. WEB SİTELERİ

http://aei.pitt.edu/1439/1/copenhagen_1973.pdf, Erişim Tarihi: 25.1.2013.

http://aei.pitt.edu/1459/, Erişim Tarihi: 26.1.2013.

http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=13&CL=ENG; Erişim Tarihi: 22.10.2013.

http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG; Erişim Tarihi: 22.10.2013

http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/document/index_en.htm, Erişim Tarihi: 29.1.2013.

http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_establishing_a_Constitution_for_Europe, Erişim Tarihi: 22.1.2014.

http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Lisbon, Erişim Tarihi: 21.1.2013.

http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html, Erişim Tarihi: 9.1.2013.

http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm, Erişim Tarihi: 14.1.2013.

http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/intergovernmental_conference_en.htm, Erişim Tarihi: 19.1.2013.

http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 14.1.2013.

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-95-1032_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom, Erişim Tarihi: 28.1.2013.

http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00072.en02.pdf, Erişim Tarihi: 20.1.2013.
http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00072.en02.pdf, Erişim Tarihi: 20.1.2013.

http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1964-FRA-2012_Booklet_EN.pdf, p.9, Erişim Tarihi: 27.1.2014.

http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en.pdf, Erişim Tarihi: 27.1.2014.

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports_en.asp, Erişim Tarihi: 3.3.2014

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Others_docs_en.asp, Erişim Tarihi:5.3.2014

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/working_documents_EN.asp?, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/working_documents_EN.asp?, Erişim Tarihi: 3.3.2014

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/85325.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013.

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/92202.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, para.3.

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, para. 8-14.

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, pp.15-30.

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, para. 8-14.

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, Erişim Tarihi: 21.1.2013, pp.15-30.

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/114900.pdf, Erişim Tarihi: 3.3.2014.

http://www.eidhr.eu/whatis-eidhr, Erişim Tarihi: 30.1.2013.

http://www.ikv.org.tr/sozluk.asp?bas_harf=H&anahtar=&sayfa=&id=1121#kancasosluk1121, Erişim Tarihi: 19.1.2013.

ÖZGEÇMİŞ

Ahmet Burak Bilgin, 11.10.1984 tarihinde Ankara'da doğmuştur. İlk ve orta öğrenimini Karamürsel Anadolu Lisesi'nde tamamlamış ve 2002'de Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni burslu olarak kazanmıştır. 1 yıllık İngilizce hazırlık öğreniminin ardından 2003'te lisans eğitimine başlamış ve fakülte öğrenci temsilciliği ile üniversite Öğrenci Konseyi üyeliğini de yürüttüğü 4 yıllık lisans eğitiminin ardından, 2007 yılında hukuk fakültesinden dönem birincisi olarak mezun olmuştur.

Aynı yıl Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde burslu olarak kamu hukuku doktora programına başlamış ve aynı zamanda İktisadi Kalkınma Vakfı'nda Avrupa Birliği uzmanı olarak çalışmaya başlamıştır. Bir kısmı Brüksel'de geçen yaklaşık 2 yıllık bu kariyerin ardından 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku kürsüsünde araştırma görevlisi olarak göreve başlamış; aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programına yatay geçiş yapmıştır.

Yaklaşık 2 yılı Leiden Üniversitesi Avrupa Enstitüsü ile Oxford Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyo-Hukuki Çalışmalar Merkezi'nde misafir araştırmacı olarak geçirilen doktora sürecinde, ''Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması'' başlıklı tez üzerinde çalışmış ve Temmuz 2015'te tezini başarıyla savunarak doktor ünvanını almıştır.

Bilgin, halihazırda kurucusu olduğu Yeditepe Üniversitesi Mezunlar Derneği'nin yönetim kurulu üyeliğini yürütmekte olup; aynı zamanda International Society of Legal Scholars (ISLS) adlı kuruluşun da üyesidir.

Bilgin, **Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı** / **International Congress on Constitutional Law Book of Papers** (İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, No:171, Mayıs, 2012) adlı yayının yardımcı editörlüğünü yapmıştır.

Ahmet Burak Bilgin, evli olup; iyi düzeyde İngilizce ve başlangıç seviyesinde Almanca bilmektedir.