

# ULUSALÜSTÜ ANAYASADA TEMEL HAKLAR PROBLEMATİĞİ: TEORİK VE PRATİK SORUNLAR

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ<sup>(\*)</sup>

## Giriş

Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlüklerin korunması sorununun temelinde, Avrupa Toplulukları'nı kuran andlaşmaların bu yönde bir düzenleme öngörmemeleri nedeni ile, anayasa mahkemelerinin (İtalyan ve Alman Anayasa Mahkemeleri) topluluk hukukunun üstünlük, doğrudan uygulanma ve yeknesaklık özelliklerini, diğer bir ifade ile ulusalüstü niteliğini bozucu nitelikteki kararları yatmaktadır.<sup>1</sup> Devletlerden Topluluğa doğru yapılan egemenlik devrinin ulusal anayasa düzeninin getirmiş olduğu temel hakları koruma seviyesinde bir azalma sonucuna yol açmaması gereği olarak anayasa mahkemelerinin ortaya koyduğu benzer görüşler topluluk hukukunun üstünlüğünün sınırı olarak temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ortaya koymuşlar idi. Ayrıca, topluluk düzenlemeleri ekonomik alana ilişkin olmakla birlikte, yetki kullanımının temel hakları ihlal etme olasılığı da söz konusu olduğundan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) 1960'ların sonundan itibaren genişleyen içtihatları ile temel hak ve özgürlükleri yargısal koruma altına almıştır.<sup>2</sup> Ancak temel hak ve özgürlüklerin korunması Avrupa Birliği'nin (AB) gündemindeki yerini her zaman korumuştur.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında normatif bir düzenleme getirmek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılmak<sup>3</sup>, ATAD'ın oluşturduğu içtihadi koruma sisteminin devam etmesi seçenekleri tartışma konularını oluşturmuştur.

Bu tartışmalar 1999 Köln zirvesinde AB tarihinde ilk kez toplanması öngörülen Konvansiyon'un bir temel haklar şartı hazırlaması kararının alınması ile sonuçlanmıştır. R. Herzog başkanlığındaki Konvansiyon'un hazırladığı taslağın Ekim 2000 Biarritz zirvesinde oybirliği ile kabul edilmesi üzerine, Temel Haklar Şartı 7 Aralık 2000'deki Nice zirvesine sunulmuş, ancak Şart'ın andlaşmalara dahil edilmesi ya da bir andlaşma maddesinde Şart'a referans yapılması önerileri kabul edilmemiştir. Şart AB'nin siyasi kurumları -Konsey, Komisyon, Avrupa Parlamentosu- tarafından bir bildiri olarak kabul edilmiştir.<sup>4</sup>

Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasını kaçınılmaz kılan, ekonomik bütünleşmenin ötesine geçerek bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturma yolundaki Avrupa Birliği'nin siyasi hedefleri doğrultusunda Avrupa vatandaşlarının iktidarla ilişkilerinde doğrudan dayanabilecekleri bir hak ve özgürlük belgesine duyulan ihtiyaçtır. Şart Avrupa Birliği müktesebatının temel hak ve özgürlüklerde vardığı noktayı netleştirmektedir.

Bu doğrultuda, Şart Avrupa Birliği'nin ekonominin ötesinde bir değerler topluluğu olduğunun güçlü bir ifadesi olarak "*Avrupa anayasal birikimi*"<sup>5</sup> nin somut yüzünü oluşturmaktadır.

P. Gaia'nın ifadesi ile Temel Haklar Şartı ile Avrupa artık sadece "*Satıcıların Avrupası*" olmayacak, "*Vatandaşların Avrupası*"<sup>6</sup> olarak bireye yönelmektedir.

2001 Laeken zirve sonuç bildirisinin "*...daha demokratik, daha şeffaf ve daha etkin bir Avrupa*" ifadesi doğrultusunda hazırlanan Avrupa Anayasası ise Temel Hak Şartı'nı bir hak

<sup>(\*)</sup> Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

<sup>1</sup> Bu konularda detaylı bilgi için bkz. I. KARAKAŞ, *Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği*, Der yayınları, İstanbul, 1993.

<sup>2</sup> Bu konuda bkz. I. KARAKAŞ, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, Yenilik yayınevi, İstanbul, 2003.

<sup>3</sup> ATAD mevcut yapı içinde katılmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. Avis 2/94, 28.3.1996, Rec. s. 1759.

<sup>4</sup> JOCE, no. C 364, 18. 12. 2000.

<sup>5</sup> Bu konuda bkz. D. Rousseau, "La notion de patrimoine constitutionnel européen" in *Le Patrimoine Constitutionnel Européen*, Conseil de l'Europe, 1997, s. 30.

<sup>6</sup> P. Gaia, "La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne" *RFDC*, 2004, s.230.

ve özgürlükler listesi olarak içermektedir. Bu doğrultuda “Avrupa için bir Anayasa oluşturan Andlaşma”nın onay sürecinin sonunda kabul edilmesi ile birlikte Şart da hukuki bağlayıcılığa kavuşacaktır. Bu noktada altının çizilmesi gereken nokta Anayasa’da yer alarak hukuki bağlayıcılığa kavuşan Şart’ın *Hukuk Topluluğu’ndan Hukuk Birliği’ne*<sup>7</sup> geçişin bir simgesi olmasıdır.

Hukuki bağlayıcılığı Avrupa Anayasası’nın onaylanmasına bağlı olan Şart’ın gerçek hukuki değerinin Divan tarafından ortaya konulacağına şüphe olmamakla birlikte, Şart’ın uygulama alanı ve yorumuna ilişkin genel maddeleri ile hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerin içeriklerinin üye devletler hukuku ile Birlik hukuku, Birlik hukuku ile AİHS hukuku arasındaki ilişkiler açısından ulusalüstü bir yapının ve ulusalüstü hukukunun sahip olduğu özellikleri sunmadığı görülmektedir.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Temel Haklar Şartı üye devletlerin temel hak ve özgürlüklerini koruyucu anayasal düzenlemeleri ile çatışmanın engellenmesi doğrultusunda hükümler içermekte, diğer bir ifade ile ulusal anayasal düzenlerin özerkliği korunmakta<sup>8</sup>, dolayısı ile bu alanda ulusalüstü hukukun etkinliğinin derecesi de tartışılır hale gelmektedir.

### **I. Temel Haklar Şartı: İçeriğe ilişkin sorunlar**

Avrupa Anayasası’nın I. Bölüm 9. maddesi uyarınca “*Birlik bu Anayasa’nın II. Bölümünü oluşturan Temel Haklar Şartı’nda ifade edilen hak, özgürlük ve ilkeleri tanıır*”. Aynı maddenin 3. paragrafı ise topluluk hukukuna özgü temel hak ve özgürlükleri koruma esaslarını “*AİHS tarafından güvenceye alınan ve üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, genel ilkeler olarak Birlik hukukunun bir parçasını oluşturur*” ifadesiyle muhafaza etmektedir. Ayrıca 2. paragraf Birliğin AİHS’ne katılacağını, ancak bu katılımın Birliğin Anayasa’da belirlenmiş yetkilerini değiştirmeyeceğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği hukuku içinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasının üç temel (Temel Haklar Şartı-AİHS-Üye devletlerin anayasal gelenekleri) üzerinde sağlanacağı ortaya çıkmaktadır.

Bu madde uyarınca üç kaynaktan sağlanan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Divan’ın içtihatlarının belirleyici bir rol oynayacağı açıktır. Hükümetlerarası Konferans’ın kabul ettiği AİHS’ne Katılıma dair Ek Bildiri’de Birlik hukuk düzeninin özgün niteliklerinin değişmemesi doğrultusunda Strasbourg Mahkemesi ile Avrupa Adalet Divanı arasında sürekli bir dialog oluşturulması gereğinin altı çizilmektedir. Bununla birlikte hukuken bağlayıcı ve birlik hukukunun ulusalüstü yapısının sonucu olarak üstünlük niteliği ile donatılmış olan Şart’ı yorumlayan Divan AİHM yorumlarından daha farklı bir yorum yapabilir, AİHS ile benzer maddelerin aynı yönde yorumlanacağına dair bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte farklı yorum olasılığı söz konusu olabilecektir.

Ayrıca Divan’ın temel hakların korunmasında “*Birlik hukukunun genel ilkeleri*” olarak her zaman üye devletlerin anayasal geleneklerine başvurabilmesi, koruma sisteminde içtihat hukukunun devamına işaret etmektedir. Bu bakımdan Temel Haklar Şartı’nın Anayasa’nın içine yerleştirilmesine ve AİHS’ne katılımın gerçekleşecek olmasına rağmen hak ve özgürlükler formel olarak ifade edildikleri metinlerden bağımsız olarak Birlik çerçevesinde değerlendirilebileceklerdir.<sup>9</sup> Avrupa Adalet Divanı’nın Birlik hukukunun özerkliği doğrultusunda etkin yargılamaya (judicial activism) devam etmesi beklenmelidir.

Avrupa Anayasası’nın İkinci Bölümünü oluşturan Temel Haklar Şartı’nın içeriği ile ilgili en önemli nokta medeni ve siyasi haklarla birlikte sosyal hakların birlikte yer almasıdır. Liberal demokratik haklar ile sosyal hakları ayrı metinlerde düzenleyen uluslararası sözleşme pratiğinin aksine Şart’ta anayasalarda olduğu gibi bu iki kategori hak birarada düzenlenme yoluna gidilmiştir. Sosyal haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerde gözlemlenen devletlerin

<sup>7</sup> L. Burgorgue-Larsen “Le traité établissant une constitution pour l’Europe au carrefour des ambivalences” in *L’Intégration Européenne au 21<sup>ème</sup> Siècle*, La Documentation Française, Paris, 2004, s. 62.

<sup>8</sup> Fransız Anayasa Konseyi’nin Avrupa Anayasası’nın 1958 Fransız Anayasası’na uygunluğuna ilişkin verdiği karar (2002-505 DC) bu tespiti doğrulamaktadır. Bkz. *infra*.

<sup>9</sup> J. Dutheil de la Rochère, aynı yönde “Yeni Avrupa anayasacılığının saf pozitivizm olmadığının” altını çizmektedir. Bkz. “The EU and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty” *CMLRev.* 2004, s. 354.

bu alanda uluslararası yükümlülüklerden ve hukuki bağlayıcılıktan kaçınma eğilimleridir. Bu doğrultuda sosyal haklara ilişkin sözleşmeler yaptırım mekanizmasından yoksun (ör; 1966 Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi) olmakta, hatta hukuken bağlanılacak maddelerin tercihinin (Avrupa Sosyal Şartı) devlete bırakılması ile taraflar arasında farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir.

Bununla birlikte ekonomik ve sosyal hakların Şart da klasik haklarla beraber yeralmaları aynı hukuki değeri paylaştıkları anlamına gelmemektedir. Zira Şart açıkça, Başlangıç kısmında da ifade edildiği üzere “İlkeler” ve “Haklar” yaklaşımını<sup>10</sup> benimsemektedir. Doğal olarak ilkeler yargı önünde ileri sürülebilir subjektif haklar doğurmamaktadır. Haklara aykırılığı ise bireyler doğrudan ileri sürebilmekte olduklarından, böyle bir durum karşısında Birlik yargıçları aykırı Birlik işlemini iptal edebileceklerdir.<sup>11</sup> Bu ayırımın AB hukuku bakımından doğal sonucu ise haklar doğrudan uygulanma niteliğine sahip iken, ilkelerin bu özelliği söz konusu olmamaktadır. Program hüküm niteliğindeki ilkeler ancak AB kurumlarının uygulamayı sağlamak doğrultusunda yasama veya yürütme işlemlerini, üye devletlerin ise AB hukukunun uygulanmasına yönelik işlemleri tamamlaması halinde etkinlik kazanacaktır. Avrupa Anayasası'nın 112/5. maddesi de bu yönde düzenleme getirerek ilkelerin ancak bu işlemlerin yorum ve hukukiliği kapsamında yargı önünde ileri sürülebileceklerini ifade etmektedir.

İlkeler, Birlik hukuku düzenlemeleri ile üye devletlerin yasa ve uygulamalarına referans veren, örneğin girişim özgürlüğü, işçilerin işletme içinde bilgi alma ve danışma hakkı, toplu sözleşme ve toplu eylem yapma hakkı, haksız işten çıkarmaya karşı koruma, sosyal güvenlik ve sosyal yardım, sağlığın korunması, çevre, tüketicinin korunması, maddelerinde görülmektedir. Özellikle sosyal haklara ilişkin olarak AB'nin Avrupa çerçeve yasası (eski direktif/yönerge) ile düzenleme getirmesi durumunda üye devletlerin bu ilkeleri hayata geçirmesi söz konusu olabilecektir.

Temel Haklar Şartı'nın Birinci bölümü “İnsan Onuru” başlığı altında insan onurunun ihlal edilmezliği, yaşam hakkı, bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı, işkence, insanlıkdışı, aşağılayıcı muamele ile kölelik yasağına yer vermektedir. Bu bağlamda insan onurunun<sup>12</sup> sağlanması doğrultusunda *sine qua non* ilkeler burada yeralmaktadır.

“Özgürlükler” başlıklı İkinci Bölüm; özgürlük ve güvenlik hakkı, özel ve aile yaşamına saygı, kişisel bilgilerin korunması, evlenme ve aile kurma hakkı, düşünce, vicdan, din, ifade ve haber alma, toplanma ve örgütlenme, sanat ve bilim, ticari faaliyette bulunma özgürlüğü, eğitim, meslek seçme ve çalışma, mülkiyet hakkı, sığınma hakkı, toplu ve ölüm cezası ve işkence, insanlıkdışı veya alçaltıcı muameleye tabi tutulması hallerinde ihraç, sınırdışı ve iade yasağı getirmektedir. Bu bölümde klasik hak ve özgürlüklerle birlikte meslek seçme hakkı, sanat ve bilim özgürlüğü gibi yeni haklar yanında, sınırdışı ve iade yasağına ilişkin AİHM'nin içtihatları<sup>13</sup> Şart'da yerini almıştır.

Üçüncü bölüm “Eşitlik” başlığı altında; yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile birlikte kadın-erkek eşitliğini ayrıca düzenlemiştir. Uluslararası sözleşmelerde ayrı düzenlenen çocuk, yaşlı ve engellilerin hakları gibi yeni kuşak haklar bu bölümde yeralmaktadır. Ayrıca, Birliğin kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe saygı göstereceği hükmü ile kültürel haklara da referans söz konusudur.

Sosyal haklar “Dayanışma” başlıklı dördüncü bölümde çevre hakkı ve tüketicinin korunması ile birlikte yeralmaktadır.

Avrupa Parlamentosu seçimleri ile yerel seçimlerde oy kullanma, belgelere erişme, iyi idare, dilekçe ve ombudsman'a (kamu denetçisi) başvuru hakkı ile dolaşım ve ikamet özgürlüğü ile diplomatik koruma hakkı “Vatandaşlık Hakları”ni içeren altıncı bölümdedir.

<sup>10</sup> P. Goldsmith “A Charter of rights, freedoms and principles” *CMLRev.* 2001, s. 1201.

<sup>11</sup> G. Braibant subjektif hakların bu özelliğini “*justiciabilité normative*” olarak adlandırmaktadır. Bkz. *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, Seuil, 2001, s. 46.

<sup>12</sup> ATAD, insan onurunu bir temel hak olarak topluluk hukukunun ilkeleri arasında değerlendirmiştir. C-377/98, Pays Bas/P.E et Conseil, 9.10.2001, Rec. s. 7079.

<sup>13</sup> Ör; Soering/R.U., 7.7.1989, HLR/France, 29.4.1997

“Adalet” başlıklı yedinci bölüm ise etkin yargısal koruma ve adil yargılanma, masumiyet karinesi ve savunma hakkı, suç ve cezada orantılılık ile non bis in idem ilkesini düzenlemektedir.<sup>14</sup>

Son bölüm ise aşağıda incelenecek olan Şart’ın uygulama ve yorumuna dair genel hükümleri içermektedir.

Temel Haklar Şartı klasik haklar ve sosyal haklarla birlikte, AİHS’nde yer almayan sığınma hakkı, çocukların, yaşlıların, engellilerin hakları gibi haklar yanında, çağdaş toplumun gerekleri doğrultusunda ortaya çıkan, tıp ve biyolojideki gelişmelerle ilgili olarak kişinin bedensel dokunulmazlığı, bilimsel araştırmaların kısıtlamaya tabi olmaması gibi yeni haklara da yer vermiştir.

Ancak önemli olan nokta, ilkelerin, özellikle sosyal hakların, sübjektif haklar olarak yargı önünde ileri sürülememesi dışında, Şart da yer alan “Haklar”ın da açık ve etkin yargı yolları ile ne derece koruma altında olduğudur.<sup>15</sup>

Türev hukuk işlemlerinin AT andlaşmasının 230/4 maddesi uyarınca bireyler tarafından iptal davasına konu edilmesi doğrudan ve bireysel ilgi şartına bağlı olarak söz konusu olabilmektedir. Bu düzenlemenin gerçek ve tüzel kişilerin iptal davası açabilme olanaklarını son derece kısıtladığı açık olmakla birlikte ATAD bu konuda geniş yorum yapmaktan kaçınmış, ulusal düzeyde yargı yollarının açık olması gereği doğrultusunda gerçek ve tüzel kişilerin iddialarının 234. maddede yer alan bekletici mesele yolu ile ATAD tarafından çözüme bağlanabileceğini iddiasını sürdürmüştür.<sup>16</sup>

Avrupa Anayasası’nın temel hakların korunması doğrultusunda bireylere anayasallık denetimi kapısını açacak yollar (Alman ve İspanyol Anayasaları örneği doğrultusunda bir anayasa şikayeti) öngörmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup>

Bu doğrultuda gerçek ve tüzel kişilerin başvuru olanakları, doğrudan iptal davasının sınırlayıcı açma koşulları nedeni ile, ulusal düzeydeki yargının etkinliğine bağlı olarak söz konusu olabilmektedir. Avrupa Anayasası iptal davasının açılmasına ilişkin olarak bireylerin durumlarında son derece yetersiz bir düzenleme getirmektedir. Avrupa Anayasası’nın III/365. maddesi 4. paragrafı gerçek ve tüzel kişilerin muhatapı oldukları ya da kendilerini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren işlemler ile kendilerini doğrudan ilgilendiren ve uygulama tedbiri gerektirmeyen düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açabileceklerini hükme bağlamaktadır. Yeni metin düzenleyici işlemler bakımından bireysellik koşulunu kaldırarak bir ölçüde esneklik sağlamış olmakla birlikte, yargı yolunun bir hukuk devletinde olması gerektiği şekilde açık olduğunu söylemek mümkün değildir. Yasama işlemlerine karşı iptal davasının açılabilmesi için doğrudanlık ve bireysellik koşulları, işlem uygulama tedbiri gerektirmese

<sup>14</sup> Genel olarak bkz. “*Vers une Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne*” Regards sur l’actualité, Documentation Française, 2000, özellikle s. 39-65

<sup>15</sup> Şart mevcut durumda hukuki bağlayıcılığa kavuşmamış olmakla birlikte İlk Derece Mahkemesi Şart’a referans yapmaktadır. Ör. Bkz. T-377,379,380/00, 260/01, 272/01 Birleşik Davalar, Philip Morris Int. 15.1.2003, T-177/01, Jégo-Quéré/Commission, 3.5.2002, T-67/00, 68/00, 71/00, 78/00, JFE Engineering Comp./Commission, 8.7.2004, T-223/00, Kyowa/Commission, 9.7.2003, T-224/00 D. Midland/ Commission, 9.7.2003, T- 236/01, 239/01, 244/01, 246/01, 251/01, 252/01, Tokai Carbon/Commission, 29.4.2004. Avrupa Adalet Divanı İlk Derece Mahkemesi kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularında Şart’a referansı tarafların veya Komisyon’un iddiaları arasında yer vermekle yetinmekte ancak kendi değerlendirmelerinde herhangi bir atfı yapmamaktadır. Ör. C-141/02 P. Commission/ Max. Mobil Telekomunikasyon Service, 22.2.2005.

<sup>16</sup> 25/62, Plaumann/Commission, 5.7.1963, Rec. s. 177. Kararda Divan, işlemin uygulama alanı içinde yer almanın yeterli olmadığına işaret ederek, işlemin konusu doğrultusunda diğer ilgili kişilerden farklılaşmayı sağlayacak özel nitelik veya bir durumun varlığı şartını aramaktadır. Divan Hukuk Sözcüsü F. Jacobs’un 230/4. maddenin farklı okunabileceği doğrultusundaki mütalaasını uygun bulmamıştır. Bkz. C-50/00, Union de Pequeños Agricultores/ Conseil, 25.7.2002, Rec. s. 6677. Topluluk İlk Derece Mahkemesi de bütün reklamlarına dair direktife karşı açılan davaları yerinde görmemiştir. Bkz. T-172/98, T-175/98-177/98, Salamander et al/P.E et Conseil, 2000, Rec. s. 2487. İlk Derece Mahkemesi T-177/01, Jégo-Quéré/Commission, 3.5.2002, kararında işlemin kişinin haklarını kısıtlaması ya da yükümlülükler getirmesi yolu ile hukuki durumu etkilemesi halinde bireysel ilgi şartının karşılanacağına işaret etmekle birlikte, Divan Plaumann içtihadı doğrultusunda karar vermeye devam etmektedir. Bu konuda bkz. J. Schwarze “Judicial Review in EC law: Some reflections on the origins and the actual legal situation” I.C.L.Q. 2002, s.27, R. Mehdi “La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l’encontre d’un acte de portée générale: l’aggiornamento n’aura pas eu lieu...” RTDE, 2003, s.23.

<sup>17</sup> C. Blumann “L’office du juge communautaire” in “*Vers une Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne*” op.cit. s. 79, J. Dutheil de la Rochère “Droit de l’homme: La Charte des Droits Fondamentaux et au de là” Jean Monnet Working Papers, 2001, No. 10/01.

bile<sup>18</sup>, diğer bir ifade ile doğrudan uygulanırlık halinde dahi, söz konusu olmaya devam etmektedir.

AB'de temel hak ve özgürlüklerin anayasallaşması AB hukuku çerçevesinde hak ve özgürlüklerin korunmasında yeni normatif temeli ortaya koymakta ancak haklar ve ilkeler ikilemini de beraberinde getirmektedir.

## II. Temel Haklar Şartı: Uygulama ve Yorumlamaya İlişkin Hükümler ya da

### Dokunulmaz olana Dokunmamak

Avrupa Anayasası'nın II/111. maddesinde belirtildiği üzere Şart'ın hükümleri, *subsidiarite*<sup>19</sup> ilkesine saygı doğrultusunda Birliğin kurumları, organları, birimleri ile "sadece" Birlik hukukunu uygulayan üye devletlere yöneliktir.

Divan'ın sürekli içtihadı uyarınca AB kurumlarının tüm işlemleri, alınan bütün kararlar, üye devletlerin topluluk hukuku alanına giren işlem ve eylemleri temel hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından denetlenmektedir.<sup>20</sup> Üye devletlerin, Divan'ın önceki içtihatları<sup>21</sup> doğrultusunda, Avrupa Anayasası'nda yeralan hak ve özgürlüklere saygı yükümlülükleri Birlik hukukunun uygulamaya konulması ile sınırlanmıştır. Birlik hukukunun uygulamaya konulması kapsamında, üye devletlerin serbest dolaşıma kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliği gibi nedenlerle getirdikleri sınırlamaların temel hak ve özgürlükler bakımından denetlenmesi de yer almaktadır.<sup>22</sup>

Bu düzenleme doğrultusunda Avrupa Anayasası üye devletlere ulusal yetkileri içinde kalan alanlar bakımından herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Üye devletler Birlik hukuku dışında kalan alanlarda başta Anayasaları olmak üzere kendi iç hukukları ve uluslararası sözleşmeler, özellikle AİHS, ile bağlıdırlar. Üye devletlerin bu madde doğrultusundaki yükümlülükleri Birlik hukukunun uygulamaya konulmasında haklara saygı göstermek, ilkeleri gözönüne almaktır. Praesidium'un<sup>23</sup> maddeye ilişkin açıklamasında üye devletlerin bu yükümlülüğünün merkezi, yerel, bölgesel yetkili merciler ile Birlik hukukunu uygulamaya koyan tüm kamu kuruluşlarını kapsadığı ifade edilmiştir.

Maddenin ikinci paragrafında Şart'ın Birlik hukukunun uygulama alanını Birliğin yetkilerinin ötesine genişletemeyeceği, Birlik için yeni yetki ve görev alanları yaratmayacağı ve Anayasa'da belirlenen yetki ve görevleri değiştirmeyeceği ifade edilmektedir. Şart'daki bu düzenleme AB kurumlarının ancak Andlaşmada belirlenmiş yetkileri kullanabilmesi ve üye devletler ile Birlik arasındaki yetkilerin paylaşımını düzenleyen subsidiarite ilkelerinin bir yansımasıdır. Divan'da aynı doğrultuda, topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak temel hak ve özgürlükleri topluluk işlemlerinin hukukilik denetiminde ölçü norm olarak kullanırken, bu ilkelerin andlaşmanın uygulama alanını topluluk yetkilerinin ötesine taşımayacağını belirtmiştir.<sup>24</sup>

Bu anlamda Şart'ta yeni yetki alanlarının yaratılmadığının üzerine basılarak ifade edilmesi, Anayasa'da yeralan bu metnin genel bir hak ve özgürlükler belgesinden ziyade ancak Birlik hukuku çerçevesinde uygulanabilir bir metin olduğunun göstergesidir. Görüldüğü gibi Şart federal bir Avrupa'nın değil, "siyasi kimliği güçlendirilmiş olmakla birlikte, kavramsal,

<sup>18</sup> A. Berramdane "Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne" *RDUE*, 2003, s. 643.

<sup>19</sup> Subsidiarite (İng. subsidiarity) ilkesi için çeşitli Türkçe karşılıklar önerilmiş (ör. yetki ikamesi, yerindenlik, ikincillik) olmakla birlikte bu terimler subsidiarite kavramı ile örtüşmekten uzaktır. Bu konuda bkz. KARAKAŞ, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, op.cit. s. 124.

<sup>20</sup> Bu bağlamda topluluk hukuku dışında kalan alanlarda Divan yetkili değildir. Örneğin, 29.5.1997, C-299/95, Kremzow, kararı. Şart Birlik yetkileri dışında kalan ölüm cezası, eğitim hakkı gibi konularda düzenleme getirmekle birlikte, bu maddelerin Şart'ın Birliğin yetkilerini genişletmeyeceği hükmü ile birlikte düşünülmesi gerekir.

<sup>21</sup> Ör: 5/88, Wachauf, 13.7.1989, Rec. s. 2609, C-260/89, ERT, 18.7.1991, Rec. s. 2925, C-309/96, Annibaldi, 18.12.1997, Rec. s. 7493, C-292/97, Karlsson, 13.4.2000, Rec. s. 2737. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KARAKAŞ, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, op.cit. s. 66 vd.

<sup>22</sup> Ör. ERT kararı, op.cit. C-368/95, Familiapress, Rec. s. 3689. Söz konusu denetimin temel hak ve özgürlüklere yayılmaması, ayırım yasağı ve orantılılık ilkeleri temelinde bir denetimle yetinilmesi de karşı yaklaşım olarak ileri sürülmektedir. Bkz. F. Jacobs "Human Rights in European Union: The role of the Court of Justice" *ELRev.* 2001, s. 331.

<sup>23</sup> Temel Haklar Şartı'na ilişkin açıklamalar A. Vitorino tarafından yeniden gözden geçirilerek Avrupa Anayasası ve Şart'ın son haline uyarlanmıştır. CONV 828/1/03 REV 1, 18.7.2003.

<sup>24</sup> C-249/96, Grant, 17.2.1998, Rec. s. 621.

hukuksal ve anayasal anlamda kesin tanımı olmayan karışık bir yapı”nın<sup>25</sup> belgesidir. Şart’da yeralan hak ve özgürlüklerin yorumu vasıtası ile Birlik yetkilerinin genişlemesinin engellenmesi sonucu ulusal anayasal düzenler “**ulusalüstü anayasa**”nın etki alanında kalmaktan kurtulmuşlardır. Böylece devlet egemenliği korunmuş, dokunulmaz olana dokunulmamıştır.

Fransız Anayasa Konseyi’de bu gerçek doğrultusunda, özellikle yetki sorununu çözen 111 ve yorum konusunda düzenleme getiren 112. maddenin ışığında, ne maddelerinin içerikleri itibarı ile ne de “*ulusal egemenliğin kullanımındaki esas şartlar*”a etkileri açısından Temel Haklar Şartı’nın Avrupa Anayasa’sını oluşturan Andlaşma’da yer almasının Fransız Anayasası’nda bir değişiklik gerektirmediğine karar vermiştir.<sup>26</sup>

Avrupa Anayasası’nın II/112. maddesinde sınırlamaların sınırı olarak yasa ile öngörülmesi, hakkın özüne saygılı olması yer almakta, hak ve özgürlüklerin orantılılık ilkesi çerçevesinde gerekli olduğu ve Birliğin genel çıkar hedeflerini karşıladıkları ölçüde veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması doğrultusunda sınırlanabileceği ifade edilmektedir. Birliğin değerleri Anayasa’nın 2. maddesinde, hedefler ise 3. maddede genel olarak yer almaktadır.<sup>27</sup> Düzenleme Divan’ın içtihatları doğrultusunda kaleme alınmıştır. Divan hak ve özgürlükleri Birliğin genel çıkarları ile dengeleyerek, orantılılık ilkesi doğrultusunda güvenceye almaktadır<sup>28</sup>. Gereklilik kriterinin ise açıkça belirlenmemiş olmakla birlikte “demokratik toplum düzeni” doğrultusunda, AİHM içtihatları uyarınca Avrupa ortak hukuku çerçevesinde anlaşılacağı açıktır.

112. maddenin 3, 4 ve 7. paragrafı Şart’ın yorumuna ilişkin ilkeleri düzenlemektedir. 3. paragraf Şart’ta yeralan bir düzenlemenin AİHS ile benzerlik göstermesi halinde, bu hakların içeriğinin AİHS ile aynı doğrultuda olacağını, ancak Birlik hukukunun daha yüksek bir standart sağlayabileceğini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi AİHS minimum standart olarak kabul edilmekte, Praesidium açıklamalarında bu düzenlemenin iki metin arasındaki uyumu sağlamak adına yapıldığı belirtilmektedir.

Ayrıca Praesidium Temel Haklar Şartı ve AİHS’nde hangi maddelerin mevcut hukuki durumda içeriklerinin aynı olduğunu belirtme<sup>29</sup> yoluna giderek yargıya yol gösterme misyonunu da üstlenmektedir. Praesidium AİHS’nde yeralan ancak içerikleri Birlik hukukunda daha geniş olan maddeleri de saymayı ihmal etmemiştir. Bunlar arasında evlenme hakkı, toplanma ve dernek kurma hakkı, eğitim hakkı, adil yargılanma hakkı yer almakta, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağının ise Birlik hukukunun temel ilkelerinden olduğu vurgulanmıştır.

Şartın yorumuna ilişkin bu açıklamalar maddenin 7. paragrafında düzenlendiği üzere Birlik ve üye devlet yargı organları tarafından dikkate alınacaktır.

Bu düzenlemenin maddelerin yorumunun sınırlanması doğrultusunda getirildiğine şüphe yoktur. 111. maddedeki Birlik yetkilerinin temel hak ve özgürlüklerin korunması yolu ile genişletilmesi korkusunun yansımaları olan düzenlemeye yardımcı olması açısından Şart’daki maddelerin nasıl yorumlanması gerektiği doğrultusunda bir yol haritası hazırlanmıştır. Bu durumun ise Birlik ve üye devlet yargı organları açısından sınırlayıcı etkiler yaratması kaçınılmazdır. Birlik ve üye devlet yargıçları Şart’ın *a minima* yorumu<sup>30</sup> ile bağlı olacaktır.

Fransız Anayasa Konseyi’de “Avrupa için bir Anayasa oluşturan Andlaşmanın” anayasallık denetiminde<sup>31</sup> maddelerin içeriklerinin AİHS, üye devletlerin anayasal gelenekleri

<sup>25</sup> G. de Burca “Human rights: The Charter and beyond” *Jean Monnet Working Paper*, 2001, no. 10/01

<sup>26</sup> Conseil Constitutionnel, no. 2004-505 DC, 19.10.2004. Fransız Anayasa Konseyi’nin kararının Temel Haklar Şartı açısından bir eleştirisi için bkz. F. Sudre “Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil Constitutionnel “sur la Charte des droits fondamentaux de l’Union”. Réflexions critiques” *RFDA*, 2005, s. 34.

<sup>27</sup> Bunun dışında 5/1, 133/3, 154. maddeler Birlik hedeflerine üye devletlerin getirebileceği sınırlamaları düzenlemektedir.

<sup>28</sup> KARAKAŞ, op.cit. s. 56 vd.

<sup>29</sup> THŞ 62/AİHS2, THŞ 64/ AİHS 3, THŞ 65/ AİHS 4, THŞ 66/ AİHS 5, THŞ 67/ AİHS 8, THŞ 70/ AİHS 9, THŞ 71/ AİHS 10, 77/ AİHS Ek Protokol 1/1, THŞ 79/ AİHS Ek Protokol 4/4, THŞ 79/ AİHS 3. maddenin içtihadi yorumu, THŞ 108/ AİHS 6. maddenin 2 ve 3. paragrafları, THŞ 109/ AİHS 7.

<sup>30</sup> L. Burgorgue-Larsen, op.cit. s. 64

<sup>31</sup> 2004-505 no.lu karar, op.cit.

ve Praesidium'un açıklamaları doğrultusunda yorumlanacağı düzenlemesine dayanarak, örneğin din özgürlüğüne ilişkin 70. maddenin AİHS 9. madde temelinde laiklik ilkesi çerçevesinde yorumlanacağına, AİHM'nin içtihatları uyarınca bu konuda devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğuna<sup>32</sup> işaret ederek anayasaya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir.

Temel Haklar Şartı'nı ve AİHS'ni uygulayan yargıçların bir çok güçlüğü karşı karşıya kalacakları öngörülebilir. Ancak güçlükler Birlik hukukunun üstünlüğü ilkesi ile birlikte daha koruyucu nitelikte olan standardın uygulanması ile aşılabılır<sup>33</sup>.

Bu etkileşim AİHM'nin Goodwin<sup>34</sup> kararında söz konusu olmuştur. Evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin olarak verilen kararda Sözleşme'nin günümüzün gelişmeleri ışığında yorumlanacağı ilkesini tekrarlayan Mahkeme, 12. maddedeki kadın ve erkek arasındaki aile kurma hakkının toplumsal, bilimsel gelişmeler uyarınca değişime uğradığını, yakın dönemde kabul edilen Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesinin (Avrupa Anayasası 69. madde) Sözleşme'nin 12. maddesinden farklı kaleme alınarak kadın ve erkek cinslerine referansın burada yer almadığına işaret etmiştir. Bu doğrultuda Şart'ın getirdiği düzenlemenin çağdaş gelişmelere daha açık olduğuna dikkat çekilmiştir.

ATAD'da AİHS'nin 8. maddesinde yeralan özel hayat, muhaberat, konut dokunulmazlığı hakkını eski içtihatlarını değiştirmek suretiyle AİHM kararları doğrultusunda tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletmiştir.<sup>35</sup> Bununla birlikte ATAD'nın temel hak ve özgürlükleri Birlik hukukunun özerkliği ve Birlik çıkarları doğrultusunda denetlediği gözden uzak tutulmamalıdır.

Yoruma ilişkin diğer bir düzenleme ise, önceki ATAD içtihatlarına uygun olarak, hak ve özgürlüklerin bunlardan kaynaklandığı ölçüde üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine uyumlu olarak yorumlanması ilkesidir. Bu ilke doğrultusunda Birlik hukukuna uyarlanmış temel hak ve özgürlüklerin korunmasında üye devletlerin anayasal gelenekleri ile uyum içinde daha yüksek bir koruma standardı yakalanabileceği Praesidium'un açıklamalarında yer almaktadır.

Bu düzenleme ile Divan topluluk hukuku içinde geliştirmiş olduğu geleneksel temel hakları koruma sistemini de devreye sokabilecek ve gelişmeci yorum doğrultusunda etkin yargılama yapabilecektir.

Avrupa Anayasası'nın 113. maddesi Şart'ın hiç bir hükmünün Birlik hukukunda, Birlik ve tüm üye devletlerin taraf oldukları uluslararası andlaşmalarda, özellikle AİHS ve üye devlet anayasalarında yeralan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırladığı şeklinde yorumlanamayacağını düzenleyerek mevcut hukuki belgelerin etki alanlarına dokunulmayacağını altını çizmektedir.

Bu düzenleme ulusal anayasal düzenlerdeki mevcut temel hak ve özgürlükler sisteminin Şart'a rağmen özerkliğinin sürdüğünün bir göstergesidir.

J. Dutheil de la Rochère'in işaret ettiği gibi bu düzenlemenin Internationale Handelsgesellschaft<sup>36</sup> içtihadının ortaya koyduğu, anayasal dahi olsa, hiç bir iç hukuk metninin topluluk hukukuna aykırı olamayacağı ilkesi ile bağdaşmayacağı ortadadır.<sup>37</sup> Ulusal anayasaların uygulama alanları bakımından Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarının<sup>38</sup> da gösterdiği gibi Birlik hukuku ile arada bir sınır çizilmesi söz konusu değildir. Anayasa Mahkemelerinin benzer içtihatları uyarınca denetim uygulanmakta ancak topluluk

<sup>32</sup> Aynı durum eğitim hakkına ilişkin düzenleme açısından da geçerlidir.

<sup>33</sup> Bu yönde Berramdane, op.cit. s. 633. Ancak bu uygulamanın AİHS'ni marjinalize edeceğini ifade etmektedir.

<sup>34</sup> Goodwin/R.U, 11.7.2002 tarihli karar.

<sup>35</sup> Karşılaştırınız; ATAD 227/88, Hoechst, 21.9.1989, Rec. s. 2919, C-94/00, Roquette Frères SA, 22. 10. 2002, AİHM, Niemetz, 16.12.1992.

<sup>36</sup> 11/70, 17.12.1970, Rec. s. 1125.

<sup>37</sup> J. Dutheil de la Rochère "Droit de l'homme: La Charte des Droits Fondamentaux et au de là" op. cit. Maddenin topluluk hukukunun üstünlüğüne etkisi olmadığına, status quo yu belirlediğine dair aksi görüş için bkz. B. Liisberg "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?, Article 53 of the Charter: A fountain of law or just an inkblot?" C.M.L.Rev.2001, s. 1171.

<sup>38</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 8.6.1984, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.1986 ve 7.6.2000 tarihli kararları.

düzeyinde yeterli bir temel haklar koruma sisteminin varlığı tesbit edilmektedir. Bu madde “...ne topluluk hukukunun tüm ulusal hukuk üstündeki üstünlüğünü ne de anayasa mahkemelerinin temel hakların korunması sorununa yaklaşımlarını dikkate alarak”<sup>39</sup> sorunu çözmekte, aksine Birlik hukukunda insan haklarının korunması problematiğine son kertede hangi metnin nasıl uygulanacağı sorunu da ilave etmektedir.

Bu soruna bağlı bir diğer temel sorun ise AB içinde son aşamada hangi yargı organının<sup>40</sup> insan haklarının korunması düğümünü çözeceğidir. Aynı metine ilişkin farklı kararların ortaya çıkmasının engellenmesi doğrultusunda Anayasa yargıcı, Birlik yargıcı ve İnsan hakları yargıcı arasındaki etkileşimin artması bu sorunu teorik planda çözebilir.

### **Sonuç:**

AB'nin anayasalaşma sürecinin odak noktasını oluşturan temel hakların korunması problematiğinde beklenen “Avrupa için bir Anayasa oluşturan Andlaşma”ya yerleştirilen Temel Haklar Şartı ile Avrupa ortak değerlerinin ulusalüstü nitelikte donatılmış olarak güvenceye alınması idi. Nice zirvesinde sadece bir bildirge olarak kabul edilebilen Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Anayasası'nın II. Bölümü haline gelmesi ancak uygulama alanının sınırlanması, yorumuna ilişkin kısıtlayıcı düzenlemeler ve üye devlet anayasal sistemlerinin özerkliğine dokunulmaması doğrultusunda gerçekleşebilmiştir.

Bu anlamda Temel Haklar Şartı'nın anayasalaşmasının Birlik hukuku/Ulusal hukuk düzenleri arasındaki bitmeyen çekişmeyi arttırarak devam ettireceği ve bu meseleye yeni boyutlar katacağı öngörülebilir.

<sup>39</sup> J. Dutheil de la Rochère, loc.cit.

<sup>40</sup> Birlik hukukuna veya üye devlet uygulamasına ilişkin bir metin Avrupa Adalet Divanı tarafından Şart'a uygunluk denetimine, AİHM tarafından AİHS'ne uygunluk denetimine konu olabilir. Hatta Birliğin AİHS'ne katılması ile birlikte Divan kararlarına karşı AİHM'ne başvurulabilme imkanı da doğabilir. P. Gaia bu olasılıkları değerlendirerek bireyin “*Yoyo etkisi*” altında kaldığı bu duruma “*Yeni Babil Kulesi*” ya da “*Avukatın yeni cenneti*” adını vermektedir. “La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne” op.cit. s. 245.