

DİVAN'IN İKİLEMİ: TEMEL HAKLAR VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER ARASINDA DENGE?*

*Dr. A. Aslı BİLGİN***

GİRİŞ

1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu kuran Paris Antlaşması ve 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu kuran Roma Antlaşmaları ile temelleri atılan ve o dönemde özellikle ekonomik alanda bir bütünleşme sağlayıp tüm Avrupa'da tek bir pazar kurma hedefine sahip olan Avrupa Birliği (Birlik)*** geçen zaman içerisinde ekonomik bütünleşmeyi öngören hedefinin yanında siyasi birlik olma amacına da yönelmiştir.

Kurucu Antlaşmalarda öngörülen hedefin ekonomik olması ve özellikle dört temel özgürlüğün (kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı) Avrupa'da sağlıklı bir şekilde uygulamasının sağlanması öngörülen Antlaşmalarda bu sebeple temel haklar konusuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu dört temel özgürlüğün sağlanması ve ortak pazar hedefine ulaşılmasında Avrupa Birliği Adalet Divanı

* Bu makale doktora tez çalışmamdan türetilmiş olup, TÜBİTAK tarafından 2214 sayılı "Doktora Araştırma Bursu" kapsamında Oxford Üniversitesinde Prof. Paul Craig ile çalışma ve orada araştırma yapma imkânı sağlanmıştır.

** Çukurova Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

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

(Divan)'nın çoğu zaman kurucu Antlaşmalarda dahi yer verilmeyen bir takım doktrinlerle Birliğin itici gücü olduğu ve Birliğe yön verdiği bilinmektedir.

Divan 1964 tarihli *Costa/Enel*¹ davasında Birlik hukukunun önceliği ilkesini oluşturmuş ve Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısında öncelikle uygulanmasına imkan yaratmıştır. Birlik hukukunun temel ilkelerinden biri olan ve Divan eliyle yaratılan bu ilkenin üye devletler yüksek mahkemelerince kabulü pek de kolay olmamıştır. Nitekim Divan, oluşturduğu içtihatla yargısal aktivist² olarak eleştirilmiş ve sadece ortak pazar hedefine ulaşmak, dört özgürlüğün işlerliğini sağlamak amacıyla üye devletlerde anayasal niteliği haiz olan temel hakları ihmal etmekle eleştirilmiştir. Ulusal üst derece mahkemeler bu konuda bir adım daha ileri giderek temel hak korumasının Divan tarafından gerçekleştirilemeyeceğini ve kendi anayasalarında yer alan korumadan daha alt bir sınırdaki koruma öngörmesi halinde Birlik hukukunu uygulamayacaklarını belirterek Divan ile ters düşmüşlerdir.

Divan'ın bu tepkileri ortadan kaldırmak ve Birlik hukukunun yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla göz önüne aldığı temel haklar bir

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

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

çok kez temel özgürlükler ile karşı karşıya gelmiş ve Divan kararları hangi konunun öncelikli olduğu hususunda farklı bir seyir izlemiştir. Temel haklar konusu her ne kadar Divan içtihadı ile Birlik gündemine girmiş olsa da bununla sınırlı kalmamış, Birlik kurumlarının bildiri ve deklarasyonlarının yanı sıra ilan edildiği tarihte hukuki bağlayıcılığı haiz olmasa da siyasi niteliği haiz bir Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Şart) oluşturulmuştur.

Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar gerek kurucu Antlaşmalarda gerek Birlik ikincil tasarruflarında temel haklar konusuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almazken, ilan edildiği dönemde sadece siyasi niteliği haiz olan Temel Haklar Şartı bugün Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) m. 6/1'de yer verilen düzenleme ile “Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip” kılınmıştır³.

Temel haklar konusunun Birlik gündemine alındığı günden bugüne geçen süreçte yaşanan gelişmeler konunun Birlik için önem ihtiva eden bir konu olduğunu gözler önüne sermektedir. Bir iç pazar olmak hedefi ile gündeme gelen Birlik, bugün ekonomik entegrasyon amacının çok daha ötesine doğru yol almakta ve bu yolda temel haklar konusu temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, gerek üye devletlerin hassas oldukları gerek Birlik entegrasyon amacı için önemli olan temel haklar konusunda Divan'ın son dönem içtihadı olarak nitelendirebileceğimiz bir kısım kararları tartışma yaratmaktadır.

Ekonomik entegrasyon amacı ve bu kapsamda iç pazarın oluşturularak dört temel özgürlüğün sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak adına temel hakları ikinci plana atmakla eleştirilen Divan, bugün aynı eleştirilere maruz kalmaktadır. Şart'ın hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu ve Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne taraf olmasına ilişkin çalışmaların devam ettiği günümüzde, temel haklar ve temel özgürlükler arasında bir denge oluşturulması ve meydana gelen uyuşmazlıklarda buna dikkat edilmesi beklenen bir sonuçtur.

Ancak, Divan tarafından Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul edilen temel hakların Birlik kapsamında yazılı ve hukuken bağlayıcı bir

3 Avrupa Birliği Antlaşması, m. 6/1, OJ C 83, 30.03.2010.

kataloğa dönüştürülmesi ile “temel haklar mı? temel özgürlükler mi?” ikileminde Divan’ın adil bir denge oluşturup oluşturamayacağı halen tartışılmaktadır.

Birlik terminolojisinde “temel özgürlükler” kavramı ekonomik, “temel haklar” kavramı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ortak anayasal geleneklerde değinilen insan hakları anlamında, diğer bir deyişle insan hakları kavramının eş anlamlısı olarak kullanılmaktadır⁴. Her iki kavrama ilişkin Divan içtihadına bakıldığında iki kavram arasında ki ayırım daha net anlaşılmakta olup, çalışmamızda da her iki kavrama bu şekilde yer verilmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde temel hakların Birlik gündemine hangi amaçla ve ne şekilde yer verildiğine değinilecek olup, ikinci bölümde temel haklar ve temel özgürlükler konusundaki Divan içtihadının seyri ele alınacaktır. Lizbon Antlaşması ile temel haklar konusunda yapılan düzenlemelerin Divan içtihadını ne şekilde etkileyebileceği ise son bölümde üzerinde durulacak diğer bir konu başlığını oluşturmaktadır.

I. TEMEL HAKLAR ve DİVAN İLİŞKİSİ

Bugün itibariyle 27 üye ülkeden oluşan Avrupa Birliğinde üye her devletin Anayasasında geniş ve ayrıntılı bir yere sahip olan temel haklar anayasal güvence ile teminat altına alınmıştır. Temel haklar ulusal Anayasalarla en üst seviyede korunmakta, böylece vatandaşların sahip olduğu bu haklara bir takım düzenlemelerle zarar verilmesi engellenmeye çalışılmaktadır.

Öncelikli hedefi ya da diğer bir deyişle kuruluş amacı ekonomik entegrasyon olan Birlikte temel haklara ilişkin düzenlemelere yer verilmesi Antlaşma taraflarını ilk anda rahatsız etmemiş ancak, Birlik yetkilerinin

4 **Tezcan**, Ercüment, **Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey**, İletişim Yayınları, 2002, s. 196; **Kombos**, Costas, “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity”, **European Public Law**, C. 12, S. 3, 2006, s. 435; Çalışmamızda da söz konusu terimler, burada yapmış olduğumuz açıklamalara uygun şekilde kullanılmıştır.

Divan tarafından arttırılması ve Divan tarafından temel haklara, temel özgürlükler karşısında yeterli düzeyde koruma sağlanmaması üye devlet üst derece mahkemelerinin tepkisine neden olmuştur.

Üye devlet üst derece mahkemeleri tarafından dile getirilen bu eleştiriler Divan eliyle yaratılan doğrudan etki ve öncelik ilkelerinin ardından gündeme gelmiştir. Avrupa Birliği hukuku Divan tarafından doğrudan etki ilkesinin ortaya konulduğu *Van Gend en Loos*⁵ kararında, uluslarüstü özelliklere sahip “yeni bir hukuk sistemi” olarak nitelendirilmekte ve sıradan uluslararası hukuk sözleşmelerinden ve dolayısıyla uluslararası hukuktan farklı olduğu vurgulanmaya çalışılmaktadır⁶. Bu nitelendirme, üye devletlerin yanı sıra bireylerin de bu yeni hukuk sisteminin muhatabı olmasına ve diğer uluslararası örgütlerden farklı olarak bağımsız ve özerk yasama, yürütme ve yargı organlarının mevcudiyetine dayandırılmaktadır⁷. Nitekim, uluslararası hukuk sistemi devlet egemenliği üzerine kurulmuş, egemen devletler arasında işbirliğine dayanmakta iken; Birlik hukuku kurucu Antlaşmalarla Birlik kurumlarına devredilen egemenlik yetkileri üzerine kurulmuştur⁸. Divan bu ifadelerle, Birlik hukukunun uluslararası hukuktan farklı olduğunu ve bu farklılığın bir sonucu olarak Birlik hukukunun açık, kesin ve şartsız hükümleri ile bireylere tanınan hakların, bireyler tarafından ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilmelerine imkan veren doğrudan etki ilkesini meydana getirmiştir. Ancak, doğrudan etki ilkesinin Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanmasına hizmet edebilmesi, Birlik hukuku ve ulusal hukuk arasında meydana gelecek ihtilaf halinde bu iki hukuk sisteminin birbirleri karşısındaki konumunun tek bir kurala bağlanmasını gerektirmektedir. Ancak, bu şekilde Birlik hukuku tüm üye devlet-

5 C-26/62 NV. *Almogene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I.

6 **Steiner, Josephine - Woods, Lorna - Twigg-Flesner, Christian, EU Law**, 9 th Edition, Oxford University Press, 2006, s. 71; **Alter, Karen, Establishing the Supremacy of European Law**, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 2.

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

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

lerde tek tip uygulamaya tabi olabilecektir. İşte bu amaçla Birlik hukukunun tüm üye devletlerde yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak ve doğrudan etki ilkesine işlerlik kazandırmak üzere yine Divan tarafından *Costa v. ENEL*⁹ kararı ile öncelik ilkesi ortaya konmuştur.

Öncelik ilkesi uyarınca Divan, Birlik hukuku düzenlemelerine aykırı ulusal hukuk tasarruflarını Birlik hukuku tasarrufundan önce veya sonra tarihli olmalarına bakmaksızın, Birlik hukukuna öncelik tanımak suretiyle uygulanamaz kılmıştır. Ardından gelen *Simmenthal*¹⁰ kararı ile Divan, Birlik hukukuna aykırı yeni bir ulusal düzenleme yapılamayacağını belirtirken¹¹; ulusal hukuk düzenlerinde ulusal mahkemeler arasında mevcut olan hiyerarşiyi de Birlik hukukunun uygulaması açısından etkisiz kılmıştır. Kararda da belirtildiği üzere, ulusal hukuk kurallarının anayasallığını belirleme konusunda tek yetkili Anayasa Mahkemeleri olsa dahi, bir ulusal mahkeme önünde Birlik hukuku ile ulusal hukuk arasında bir ihtilaf söz konusu olduğunda ulusal mahkeme Anayasa Mahkemesinin kararını beklemeden, ulusal hukuku bertaraf ederek Birlik hukukunu uygulamakla yükümlü kılınmıştır¹². Böylece, ulusal mahkemeler iç hukukta dahi sahip olmadıkları bir takım yetkilere Birlik hukuku aracılığı ile ulaşmışlardır¹³.

Divan bir yandan Birlik hukukunun etkili ve yeknesak şekilde tüm üye devletlerde uygulanmasını sağlamak amacıyla bu doktrinleri yaratırken, öte yandan önüne gelen uyuşmazlıklarda ABA m. 19 ile kendisine tanınan Antlaşmaları yorumlama yetkisini dar tutarak, temel haklar konusunun kendi yetki alanına dahil olmayıp, ulusal hukuk yetki alanına dahil olduğunu belirtmiştir¹⁴.

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

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

11 **Craig, Paul – De Burca, Grainne, EU Law:Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 261.

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

13 **Karakaş**, s. 98 vd.

14 Bkz. C-1/58, *Stork v. High Authority* [1959] ECR 17; C-40/59, *Geitling v. High Authority*, [1960] ECR 423; C-40/64, *Sgarlata v. Komisyon*, [1965] ECR 215.

Divan'ın temel haklar konusundaki bu uzak ve kendisini yetkisiz olarak kabul ettiği tutum, *Stauder*¹⁵ kararıyla temel insan haklarının Birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu ve Divan tarafından korunduğunu¹⁶; *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁷ kararıyla temel haklara saygının, Divan tarafından korunan Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu, bu tür hakların korunmasının, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmesine rağmen, Birliğin yapı ve amaçlarına uygun olması gerektiğini¹⁸; *Nold*¹⁹ kararıyla da temel hak korumasının dayanağı olarak kabul edilen ortak anayasal geleneklere, temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmaların dahil olduğunu²⁰ belirtmesiyle değişmeye başlamış gibi olsa da her üç kararda da temel özgürlüklere öncelik tanımıştır. Nitekim, Divan'ın ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım üye devlet üst derece mahkemelerince yeterli bulunmamış ve üye devlet Anayasa Mahkemelerinin öncelik ilkesi ve temel hakların korunması alanındaki Divan içtihadına tepkilerini dile getirdikleri kararlar ile değişmeye başlamıştır.

Ortak tarım politikasına ilişkin bir uyuşmazlığın ele alındığı 1970 tarihli *Internationale Handelsgesellschaft*²¹ kararı, üye devlet Anayasa Mahkemelerinin tepkilerinin başlangıcı olması nedeniyle bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Söz konusu uyuşmazlık, belirli tarım ürünlerinde

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

16 C-29/69, *Stauder v. City of Ulm*, [1969] ECR 419, para. 6-7; Geniş bilgi için bkz. **Steiner - Woods - Twigg-Flesner**, s. 117; **Hartley**, Trevor, **The Foundations of European Community Law**, Oxford University Press, 2010, s. 145; **Craig – De Burca**, s. 364-365; **Tekinalp**, Ünal - **Tekinalp**, Gülören, **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 607.

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

18 C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125, para. 4; Geniş bilgi için bkz. **Hartley (2010)**, s. 145; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner**, s. 117.

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

20 C-4/73, *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491, para. 13; Geniş bilgi için bkz. **Drzemczewski**, Andrew, “The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 30, 1981 s. 130, **Hartley (2010)**, s. 146.

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

pazarı denetim altında tutabilmek için, ihracatın önceden alınacak bir izne bağlı tutulmasını ve izin süresince ihracatın yapılmaması halinde depozit olarak yatırılan bedelin geri ödenmemesini öngören Topluluk işleminin Alman Anayasa Hukukunun temel ilkelerinden orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanmaktadır.

Divan, Topluluk işlemlerinin denetiminde ulusal hukuk kurallarına başvurulmasını, Topluluk hukukunun bütünlüğü ve etkililiği ilkelerine ve Topluluk hukukunun özerk niteliğine aykırı bulmuştur²². Topluluk tasarruflarının geçerliliğinin ulusal hukuk kurallarına göre değil, ancak Topluluk kriterlerine göre belirlenebileceğini belirten Divan, üye devlet anayasalarında yer alan temel haklara ilişkin hükümlerin ihlali dahi söz konusu olsa Topluluk hükümlerinin geçersiz olmayacağını belirtmiştir²³. Her ne kadar Divan talebi olumsuz yanıtlasa da temel hakların Topluluk hukukunun genel ilkelerinden olduğunu dolayısıyla, temel hakların korunmasının üye devletlerin ortak anayasal gelenekleriyle desteklenmek zorunda olduğunu belirtmekte ancak, bu korumanın da Topluluğun yapı ve amaçlarına uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır.

Divan'ın bu kararı üzerine davaya bakan Alman ulusal mahkemesi konuyu Alman Federal Anayasa Mahkemesi önüne getirmiştir. *Solange I*²⁴ olarak adlandırılan bu kararda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bir yandan ilgili Topluluk tüzüğüne Anayasaya uygun olduğuna karar verirken, öte yandan Anayasa karşısında Topluluk hukukunun önceliğinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 24/1. maddesinde düzenlenen egemenlik yetkisinin devrine ilişkin hüküm, Anayasanın vazgeçilmez ve anayasal yapıya dahil esasları içeren temel hak

22 C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125, para. 3.

23 **Hartley (2010)**, s.145; **Craig - De Burca**, s.365; **Steiner - Woods - Twigg-Flesner**, s.156-157; **Tekinalp - Tekinalp**, s.608.

24 Internationale Handelsgesellschaft, mbH v Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel (Solange I), Bundesverfassungsgericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540.

bölümünün göreceli hale getirilmesine izin vermez²⁵. Yine Topluluk düzeyinde etkin bir temel hak korumasından söz edilemeyeceği nitekim, bunun için gerekli maddi (temel hak kataloğu olmaması) ve usuli (seçilmiş ve yasama yetkileriyle donatılmış bir Parlamentonun bulunmaması) koşulların henüz oluşmadığı gerekçelerine dayanarak, Birlik organlarının çatışmaya neden olan kuralları kaldırılmadıkça Alman Anayasasının temel haklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin *Solange I* kararı ile Birlik hukukunun önceliği ilkesini kabul etmediği anlaşılmaktadır. Divan'ın ekonomik entegrasyonu sağlamak amacıyla, temel hakları ikinci plana atarak, dört temel özgürlüğe öncelik verdiği dolayısıyla, temel haklara ilişkin hiçbir düzenlemenin yer almadığı kurucu Antlaşmalarla bu haklara yeterli koruma sağlanamayacağı, bu sebeple üye devlet anayasalarında öngörülen koruma seviyesinde bir koruma sağlanmadığı müddetçe üye devletlerin Topluluk hukukunun bu konularda önceliğe sahip olmayacağı üye devlet Anayasa Mahkemelerince dile getirilmiştir²⁶.

Solange I kararının ardından başta Avrupa Parlamentosu olmak üzere Birlik organları hazırladıkları ve yayınladıkları bildirimler, açıklamalar ve kararlar ile temel hak konusuna da Birlik gündeminde yer ve önem verdiklerini ortaya koymuşlardır²⁷. Nitekim, bu tutum değişikliği Divan içtihadında da yansımış, *Nold*²⁸ kararı ile temel haklara ilişkin uluslararası antlaşmalar, temel hak korumasının dayanaklarından biri olarak kabul edilirken, birçok

25 Internationale Handelsgesellschaft, mbH v Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel (*Solange I*), Bundesverfassungsgericht, 29 Mayıs 1974, [1974] 2 CMLRep. 540, para. 22-23.

26 Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1974 tarihli *Solange I* Kararı, İtalya Anayasa Mahkemesinin 1973 tarihli *Frontini* kararı; Bkz. **Steiner - Woods - Twigg-Flesner**, s.80-84; **Tekinalp - Tekinalp**, s.618-622.

27 **Bilgin**, A. Aslı, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması", **Akçay**, Belgin - **Baykal**, Sanem - **Kahraman**, Sevilay (Eds.), **Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler**, Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s. 321-323.

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

kararda Divan, AİHS'nin ilgili maddelerine atıfta bulunmaya başlamıştır²⁹. *Hauer*³⁰ kararı ile Divan AİHS'ye atıf yapmanın ötesinde ilk kez AİHS'de yer verilen bir hakkı kararına esas almış ve Birlik standardı olarak kullanmıştır.

Temel haklar konusunda Birlik kapsamında yaşanan bu gelişmeler Alman Federal Anayasa Mahkemesinin geri adım atmasına neden olmuş ve *Solange II*³¹ kararı ile "...Avrupa Topluluğu ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihadı Toplulukların egemen yetkileri karşısında temel haklara etkili bir koruma sağladığı sürece ..." yargılama yetkisini ikincil nitelikli Topuluk düzenlemelerinin uygulanabilirliği konusunda kullanmayacağını ve bu tür yasal düzenlemeleri Anayasada yer alan temel haklar standardı kapsamında denetlemeyeceğini dile getirmiştir³².

Öncelik ilkesi, Birlik hukukunun yeknesak şekilde uygulanması ve yeni bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için Birlik açısından vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Öncelik ilkesinin yeri geldiğinde Birlik hukuku karşısında ulusal Anayasal hükümleri dahi uygulanamaz kılması özellikle temel hak konusunda herhangi bir düzenleme içermeyen Birliğin söz konusu hakları yeterli düzeyde koruyamayacağı endişesini de beraberinde getirmiştir. Divan'ın, üye devlet üst derece mahkemelerince dile getirilen bu endişeyi gidermek ve öncelik ilkesinin kabulünü sağlamak amacıyla gündemine aldığı temel haklar bugün Birlik için normatif bir güç³³ olmanın yanı sıra, siyasi birlik hedefine uzanan yolda temel kilometre taşlarından birini oluşturmaktadır. Öte yandan, Divan, Birlik kapsamında temel haklara ulusal

29 Bkz. 36/75, *Rutili v. Ministre de l'Interieur*, [1975] ECR 1219; **Tangör**, Burak, "Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, 2001, S. 1, s. 240.

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

31 *Re Wuensche Handelsgesellschaft*, (*Solange II*), Bundesverfassungsgericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

32 *Re Wuensche Handelsgesellschaft*, (*Solange II*), Bundesverfassungsgericht, 22 Ekim 1986, [1987] 3 CMLRep. 265.

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

mahkemelerce sağlanan koruma düzeyinde bir koruma sağlanmaması halinde üye devlet üst derece mahkemelerinin tepkisi ile karşılaşacağını bilincindedir. Nitekim gerek *Solange* kararlarında kararlara da adını veren “sürece” ifadesi gerek Lizbon Antlaşmasının imza ve onay sürecinde yaşananlar bu düşüncemizi doğrulamaktadır³⁴.

II. TEMEL HAKLAR ve TEMEL ÖZGÜRLÜKLER DENGESİ

Her ne kadar öncelik ilkesine karşı üye devlet üst derece mahkemelerinin tepkilerini gidermek ve söz konusu ilkenin kabulünü sağlamak amacıyla temel haklar Divan tarafından Birlik gündemine alınmış olsa da temel haklar ve temel özgürlüklerin karşı karşıya kaldığı uyuşmazlıklarda Divan içtihadı ilginç bir seyir izlemektedir. Birlik kapsamında temel hak korumasını içtihadıyla oluşturmaya çalışan Divan vermiş olduğu bir takım kararlarla gerçekten korumayı hedeflediği konunun “temel haklar mı?” yoksa, Birliğin temelini oluşturan “temel özgürlükler mi?” olduğu konusunda tereddüt yaratmış, temel haklar ve temel özgürlükler arasında denge oluşturmakta zorlanmıştır. Divan’ın genel tutumuna bakıldığında birçok kararında temel özgürlüklerin zarar görmemesi adına temel haklar konusuna atıf yaptığı da gözden kaçmamaktadır. Özellikle 90’lı yılların başında Divan tarafından karara bağlanan birçok uyuşmazlık, doktrin tarafından oldukça eleştirilmiştir. Bu durum bir kısım yazarlarca³⁵, Divan’ın temel hakları, Avrupa entegrasyonu sürecini hızlandırmak adına kullanmakla eleştirilmesine neden olmuştur. Hatta akıllara “*Divan, temel haklar konusunda ciddi midir yoksa sadece Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanması adına temel haklardan faydalanmakta mıdır?*” sorusunu getirmiştir³⁶.

34 Lizbon Antlaşması için yapılan görüşmeler ve İrlandada ki referandum ve verilen garantiler için bkz. **Lenaerts, Koen - Van Nuffel, Piet, European Union Law**, Sweet and Maxwell, 3rd Edition, 2011, s. 64-67; **Mathijsen, P. S. R. F, A Guide to European Union Law**, Sweet and Maxwell, 10th Edition, 2010, s. 25-27.

35 **Coppel, Jason, - O’Neill, Aidan**, “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, **Common Market Law Review**, C. 29, 1992, s. 669-692.

36 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Morijn, John**, “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, **European Law Journal**, C. 12, S. 1, 2006 s.

A. AMAÇ TEMEL ÖZGÜRLÜKLER MI?

Divan'ın eleştirilmesine neden olan kararların başında *Elliniki Radiofonia Tileorasi-Anonimi Etairia (ERT)*³⁷ kararı gelmektedir. Karar, Yunanistan'ın ulusal televizyon kanalı ERT'ye tekелci yayın hakları sağlayan yasanın, yerel bir kanal tarafından ihlali ve söz konusu kanalın kapatılması ile ilgilidir. Kapatılması istenen yerel kanal, ERT kanalına tekелci yayın hakları sağlayan yasanın rekabeti engellediği, piyasaya yeni firmaların girişini imkansızlaştırdığı ve dolayısıyla Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (ATA) hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerine ve AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen yayın özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. ERT kanalı yetkilileri ve Yunan hükümeti ise söz konusu düzenlemenin ATA'nın 66. maddesinde³⁸ (ABİHA m. 74) öngörülen kamu düzeni istisnasına dayandığını ileri sürmüşlerdir. Bu iddialar karşısında Divan, üye devletlerin hizmetlerin serbest dolaşımına sınırlama getiren herhangi bir tasarrufunun ATA m. 56. ve 66'da ki (ABİHA m. 63 ve 74) istisnai hükümler kapsamında değerlendirilmesi için, söz konusu tasarrufun Topluluk hukukunun genel ilkeleri ve kısmen temel haklar ışığında yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Sadece Divan tarafından temin edilen temel haklara uygun ulusal kurallar bu istisnadan yararlanabilir' diyerek bir yandan temel hak korumasına getirdiği sınırı ortaya koymakta³⁹, öte yandan

38; **Weiler**, Joseph, - **Fries**, Sybilla, "A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences", **Alston**, Philip (Ed.), **The EU and Human Rights** Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 163-164.

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

38 Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma, Lizbon Antlaşmasıyla yapılan değişiklikle Avrupa Birliđinin İşleyişine Dair Antlaşma adını almıştır. Çalışmamızda ABİHA kısaltmasıyla yer verilmiştir.

39 **Haapea**, Arto, "Between Minimum and Maximum Standards Current State and Future Challenges of the Protection of Fundamental Rights in the European Union", University of Helsinki, Faculty of Law, 2004, s. 71; **Avbelj**, Matej, "European Court of Justice and the Question of Value Choices, Fundamental

pazar özgürlüklerine ilişkin bir sınırlamanın söz konusu olabilmesi için Divan'ın koruma altına aldığı temel haklara uygun olma koşulunu getirmektedir⁴⁰. Aynı zamanda Divan, Topluluk hukuku kapsamında yer almayan ulusal tasarrufların AİHS'ye uygunluğunu inceleme görevinin kendisine ait olmadığını belirtmekte, ancak ve ancak incelenmesi istenen tasarrufun Topluluk hukuku kapsamına dahil olması halinde bunun mümkün olduğunu vurgulamaktadır⁴¹. Söz konusu ifade, Divan'ın bireyleri insan oldukları için değil birer pazar vatandaşı olarak gördüğü ve bu kapsamda koruma öngördüğü nitelendirmesine neden olmuştur⁴². Öte yandan, Divan'ın temel özgürlüklere ilişkin sınırlamaları Divan tarafından korunan temel haklara uygunluk açısından denetleyeceğini belirtmesi temel özgürlüklere sınırlama getirilmesi ihtimalini de azaltmakta, bu suretle Divan'ın pazar bütüneşmesini güçlendirmek amacıyla temel hakları kullandığı ileri sürülmektedir⁴³.

ERT kararının ardından Divan'ın çok fazla eleştirilen bir diğer kararı *SPUC/Grogan*⁴⁴ kararıdır. Bu kararda, temel özgürlüklerin temel hakların

Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods”, **Jean Monnet Working Paper**, 06/04, s. 30.

- 40 **Binder**, Darcy S., “The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action,” **Jean Monnet Working Papers**, No. 95/04, 1995, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9504ind.html> s.13; **Coppel - O'Neill**, s. 678.
- 41 C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorasi - Anonimi Etairia (ERT-AE) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis, 1991-6 ECR I-2925. para. 42; C-60-61/84, Cinetheque, [1985] ECR 2605, para. 26.
- 42 **Toth**, Akos. G., “The European Union and Human Rights: The Way Forward”, **Common Market Law Review**, C. 34, 1997, s. 497; C-12/86, Demirel, [1987] ECR 3719, para. 28.
- 43 **Perišin**, Tamara, “Interaction of Fundamental (Human) Rights and Fundamental (Market) Freedoms in the EU”, **Croatian Yearbook of European Law and Policy**, C. 2, 2006, s. 76.
- 44 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685.

üzerinde bir korumaya sahip olduğu ve Divan'ın amacının sadece temel özgürlükleri korumak olduğu, eleştirilerin temel noktasıdır. Söz konusu uyuşmazlık İrlanda'da meydana gelmiş olup, İrlanda Anayasasında yer alan yaşam hakkı ve yasaklanan kürtaj hakkına ilişkindir. Bir takım öğrenci dernekleri tarafından hazırlanan ve İngiltere'de hizmet veren kürtaj kliniklerine ilişkin bilgilere yer verilen broşürlerin, kürtaj karşıtı bir dernek olan Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd (SPUC) tarafından İrlanda Anayasasındaki maddeye aykırı olduğu ileri sürülerek, yasaklanması talep edilmiştir. Öğrenci dernekleri ise bu talep karşısında söz konusu maddenin Birlik hukukuna aykırı olduğunu, nitekim hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında bilgi sunma haklarının ve dolayısıyla hizmetlerin serbest dolaşımının engellendiğini yine bu madde ile AİHS m. 10 ile tanınan ifade özgürlüklerinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir⁴⁵. Öğrenci dernekleri tarafından, talebin Birlik hukukuna aykırı olduğunun ileri sürülmesi nedeniyle ulusal mahkeme ön karar usulü ile Divan'a, broşürlerin dağıtımının yasaklanmasının hizmetlerin serbest dolaşımına engel teşkil edip etmediği sorusunu yöneltmiştir.

Divan, öncelikle kürtajı tanımlayarak, kürtajın para karşılığı yapılan bir mesleki faaliyet olduğunu, bir üye ülkede kanunlar veya Anayasa başka bir ülkedeki kürtaj kliniklerinin yeri ve bunlarla temas konusunda her türlü bilgiyi yasaklıyorsa, bu durumun ATA'nın 49. maddesi (ABİHA m. 56) uyarınca bir sınırlama teşkil edebilmesi için bilgilendirmenin klinikler tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁶. Divan'a göre, bilgilendirmenin öğrenci dernekleri tarafından ücretsiz olarak yapılması, klinikler ve öğrenci dernekleri arasında herhangi bir ekonomik bağın mevcut olmadığını ortaya

45 **Oder**, Bertil Emrah, "Topluluk Hukukunda Temel Hak Koruması," **Tekinalp**, Gülören - **Tekinalp**, Ünal, (Eds.), **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, içinde, s. 741; Karara ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. **Colvin**, Cathleen M., "Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and the Free Movement of Services in the European Community", **Fordham International Law Journal**, C. 15, S. 2, 1991, s. 476-526.

46 C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan, [1991] ECR I-4685, para. 26.

koymaktadır. Bu nedenle, öğrenci derneklerinin faaliyetinin yasaklanması Antlaşmanın gerekli kıldığı anlamda bir sınırlandırma oluşturmayacak kadar zayıf bulunmuştur⁴⁷.

Söz konusu kararın neden bu kadar eleştiriye yol açtığı ise Divan'ın konuyu ele alış biçiminde gizlidir⁴⁸. Divan, kararda sadece bilgi sunma hizmeti ile hizmetlerin serbest dolaşımı arasındaki ekonomik bağın mevcudiyetini incelemiş, aralarında böyle bir bağın mevcut olmadığını saptadığında ise temel haklardan olan ifade özgürlüğüne yeterince değinmeden Birlik hukuku açısından hizmetlerin serbest dolaşımına bir sınırlama getirmediğini saptayarak karara bağlamıştır. Bu durum bir kısım yazarca, Divan'ın, ancak ekonomik bir bağın mevcudiyeti halinde temel hak konusunda inceleme yaptığı, dolayısıyla, temel hakların Divan'ın koruması altında olmadığı şeklinde yorumlanmıştır⁴⁹.

Zira, diğer bir görüşe göre Divan, İrlanda Anayasasında teminat altına alınan temel hakkı, kürtaj yapılabilirliğe bir sınırlama olarak değerlendirmiş ve en basit şekilde kürtajı, ATA m. 60 (ABİHA m. 75) kapsamında bir hizmet olarak değerlendirmiştir⁵⁰. Buna göre, yapılan bu değerlendirmenin ticarete ve kâra dayandırılması, Divan'ın temel haklara ilişkin bakış açısını ortaya koymaktadır.

47 C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan*, [1991] ECR I-4685, para. 24.

48 Karar hakkında geniş bilgi için bkz. **O'Leary**, Siofra, "Aspects of the Relationship Between Community Law and National Law," **Neuwahl**, Nanette - **Rosas**, Allan, (Eds.), **The European Union and Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 23-41.

49 **Barnard**, Catherine, **The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms**, Oxford University Press, 2004, s. 336; **Tekinalp - Tekinalp**, s. 617; **Gündüz**, Aslan, "Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireylerin Hakları", **Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, 1999, C. 7, S. 1-2, s. 105-106; **Biondi**, Andrea, "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", **European Human Rights Law Review**, S. 1, 2004, s. 56.

50 **Coppel - O'Neill**, s. 685-686.

Öte yandan bir diğer eleştiri konusu, temel hakların korunmasında belirlenen standart sorunundan kaynaklanmaktadır. *Nold* kararında Divan'ın "üye devlet anayasalarınınca tanınan ve koruma altına alınan temel haklara aykırı Birlik tasarruflarını hukuka aykırı kabul edeceğini" belirtmesi eleştirisinin temelini oluşturmaktadır⁵¹. Her ne kadar "üye devlet anayasalarınınca" denilse de düzenlemenin sadece bir üye devlet Anayasasında yer alması (maksimalist yaklaşım) yeterli mi, yoksa tüm üye devlet Anayasalarında (minimalist yaklaşım) bu konuda düzenleme yapılmış olmasının aranıp aranmayacağı belirtilmemiştir⁵². Coppel ve O'Neill⁵³, *IRCA*⁵⁴ kararında hukuk sözcüsü Warner'ın görüşüne atıf yaparak, Divan'ın *SPUC/Grogan* kararını bir kez daha eleştirmiştir. Warner'a göre⁵⁵, "herhangi bir üye devlet anayasasınınca tanınan ve koruma altına alınan bir temel hak, Topluluk hukukunca da tanınmalı ve koruma altına alınmalıdır". Söz konusu yazarlara göre Divan, temel hak konusunu sadece Avrupa entegrasyonunu sağlamak, bu suretle Birlik amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla kullanmaktadır. Nitekim, bu kararda Divan'ın maksimalist yaklaşımı benimsemek yerine, özellikle temel hak konusundan kaçınması bu yazarlara göre durumu açıklamaktadır.

Diğer bir görüşe göre ise, Divan'ın konuya yaklaşımı ve tutumu gerek o günün şartları gerekse kendisine yöneltilen soru kapsamında yerindedir. Nitekim, ulusal mahkemeler böyle hassas bir konuda Divan'ın müdahalesine hazır olmadığı gibi, mevcut siyasi iklim ve kamuda hakim olan görüş ahlaki

51 **Tekinalp - Tekinalp**, s. 612; **Coppel - O'Neill**, s. 685.

52 **Tekinalp - Tekinalp**, s. 612; **Craig - De Burca**, s. 370.

53 **Coppel - O'Neill**, s. 685-686.

54 C-7/76, *IRCA v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, [1976] ECR 1213.

55 Hukuk Sözcüsü Warner'ın görüşü için bkz.

[<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?pro=&nat=&oqp=&lg=&dates=&language=en&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=7%252F76&td=%3B%3BPUB3%2CPUB4%3B%3B%3BORDALL&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&etat=clot&jge=&for=&cid=81378>], (erişim tarihi: 03.03.2011).

konularda dışardan gelen bir yorumu kabul edebilecek gibi gözükmemektedir⁵⁶. Bunun yanı sıra ulusal mahkeme tarafından ön karar usulü ile cevaplanması istenilen sorulardan bir tanesi “*kürtaj kliniklerine ilişkin bilgiler içeren broşürlerin dağıtılması, ATA m. 60 (ABİHA m. 75) anlamında hizmet tanımına girer mi?*” olup, Divan da bu kapsamda soruyu yanıtlamış, bu faaliyetin hizmet tanımına dahil olduğunu, ancak bu faaliyeti gerçekleştiren öğrenci dernekleri ile klinikler arasında ekonomik bir bağ olmaması nedeniyle faaliyeti, hizmetlerin serbest dolaşımına engel olarak kabul etmemiştir⁵⁷. Sorudan da anlaşılacağı üzere Divandan “yaşam hakkı” veya “ifade özgürlüğü”ne ilişkin herhangi bir talepte bulunulmamış, Divan da kendisine yöneltilen soru kapsamında cevap vermeyi tercih etmiştir. Öte yandan, *SPUC/Grogan* kararında görevli hukuk sözcüsü Van Gerven, Divandan farklı bir tutum sergilemiştir⁵⁸. Öncelikle bu uyuşmazlıkta pazar özgürlüğü ile insan hakkından ziyade iki temel insan hakkının (yaşam hakkı-ifade özgürlüğü) karşı karşıya geldiğini belirtmiştir. Hukuk sözcüsüne göre, öğrenci dernekleri tarafından gerçekleştirilen faaliyet bir hizmet olup, İrlanda Anayasasında yer alan hüküm, hizmetlerin serbest dolaşımını engelleyici niteliktedir. Ancak söz konusu faaliyetin yasaklanması, İrlanda Anayasası ile teminat altına alınan yaşam hakkını sağlamak adına broşürlerin dağıtımının yasaklanması veya diğer bir deyişle ifade özgürlüğünün kısıtlanması orantılı kabul edilerek, hüküm derogasyon kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim, üye devletler arasında ahlaki konularda henüz ortak bir

56 **Tridimas**, Takis, **General Principles of EU Law**, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 330-331.

57 **Weiler**, Joseph - **Lockhart**, Nicolas, “Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence-Part II”, **Common Market Law Review**, C. 32, 1995, s. 598.

58 Hukuk Sözcüsü Van Gerven’in görüşü için bkz.

[<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?pro=&nat=&oqp=&lg=&dates=&language=en&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=159%252F90&td=%3B%3BPUB3%2CPUB4%3B%3B%3BORDALL&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&etat=clot&jge=&for=&cid=81067>], (erişim tarihi: 03.03.2011).

kavram oluşturulmadığından ve dolayısıyla bu konuda üye devletlerin takdir yetkisi olduğundan yola çıkarak, İrlanda Anayasasında yer alan hükmün Birlik özgürlüklerini kısıtlamasına rağmen, Birlik hukukuna aykırı olduğu söylenemez⁵⁹. Ancak, hukuk sözcüsünün bu görüşü de ifade özgürlüğünün hizmetlerin serbest dolaşımının doğal sonucu olarak kabul edilerek yaşam hakkının karşısına çıkarılması suretiyle İrlanda'da korunan bir insan hakkını, Birlik pazar özgürlükleri ile eşdeğerde tutmak ve değerlendirmekle eleştirilmesine neden olmuştur.

Her ne kadar hukuk sözcüsünün görüşlerinin o günün koşullarında doğru ve yerinde olduğu söylenebilirse de Divan, bu görüşü de benimsemeyerek, broşürlerin dağıtılmasının yasaklanmasını hizmetlerin serbest dolaşımına engel olarak yorumlamamış, hatta broşür dağıtılmasını Birlik hukuku kapsamında hizmet olarak nitelendirmemeyi tercih etmiştir. Davanın görüldüğü yıllarda aktivist tutumu ile eleştirilen Divan, Avrupa kapsamında ortak bir ahlâk kavramı oluşturulamadığından yola çıkarak takdir yetkisini üye devlete bırakmak, böylece dikkatleri de üzerine çekmek istememiştir sonucuna ulaşmaktadır⁶⁰. Ancak, belirtmek gerekir ki, öğrenci dernekleri tarafından dağıtılan broşürlerin kürtaj klinikleri tarafından dağıtılması halinde Divan'ın bu çekingen tutumunu sürdürmeyeceği karar metninden anlaşılmaktadır. Bu durum da Topluluk hukukunun öngördüğü herhangi bir ekonomik hakla bağlantılı olmadıkça, Divan'ın temel hakları korumayı reddettiği sonucunu değiştirmemektedir⁶¹. Öyle ki, temel haklar çoğu zaman Divan'ın oluşturmak istediği iç pazara engel olarak ileri sürülebilmektedir. Üye devletlere, gerek ATA m. 30 (ABİHA m. 36), gerekse zorunlu gereklilikler adı altında tanınan ve serbest dolaşımın istisnalarını oluşturan bu durumlar dahi ancak söz konusu tasarrufun gerçekten iddia edilen amacı

59 **Tridimas (2006)**, s. 331-332; **Weiler - Lockhart**, s. 603.

60 Bkz. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan*, [1991] ECR I-4685, para. 20.

61 Aksi yönde bkz. **Young**, Alison, "The Charter, Constitution and Human Rights: Is This the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?", **European Public Law**, C. 11, S. 2, 2005, s. 227, 230.

korumaya yönelik olduğu, orantılı olduğu ve kesinlikle ayrımcılık içermediği konusunda Divan'ın ikna edilmesi halinde mümkün olmaktadır⁶².

Her iki kararda da Divan'ın tutumuna bakıldığında Divan'ın önceliğinin temel özgürlükler olduğu, temel hakların ise temel özgürlüklerle ilişkili olduğu müddetçe değerlendirilmeye alındığı dikkati çekmektedir. Nitekim, bu durum, Divan tarafından temel haklara dolaylı bir koruma sağlandığı, temel özgürlüklerle ilişkilendirilmediği sürece temel haklara değinmeyi dahi tercih etmediği gerçeğini doğrulamaktadır.

B. TEMEL HAKLAR-TEMEL ÖZGÜRLÜKLER ARASINDA DENGE

ERT ve *Grogan* kararlarının ardından Divan'ın kararlarında önceliği temel haklara vermiş olması ve temel hakların korunmasının meşru bir menfaat oluşturduğunu belirtmesi, Divan'ın temel haklar konusundaki yaklaşımını değiştirdiği, pazar özgürlükleri karşısında temel haklara bir adım daha yaklaştığı izlenimini yaratmaktadır.

Bu konudaki en ünlü dava, malların serbest dolaşımı ile ifade ve gösteri özgürlüğünün karşı karşıya geldiği *Schmidberger*⁶³ davası olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴. Söz konusu olayda, Brenner gibi önemli bir otoyolda ağır yük taşıtlarının dolaşımındaki sürekli artışın ortaya çıkardığı çevre ve genel sağlığa yönelik tehdite dikkati çekerek, önlem alınmasını sağlamak amacıyla TAT ismindeki dernek, Avusturya makamlarına gösteri için başvurmuş ve belirtilen günde Brenner otoyolu trafiğe kapatılarak gösteri gerçekleştirilmiştir. Ancak, trafiğe kapatılma nedeniyle zarara uğradığını iddia eden Schmidberger ismindeki uluslararası taşımacılık firması, Avusturya mahkemelerine başvurarak Avusturya makamlarının Topluluk hukukunu (malların serbest dolaşımını) engelledikleri iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuştur.

62 **Morijn**, s. 38; **Weiler - Fries**, s. 163-164.

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

64 **Biondi**, s. 53.

Divan öncelikle söz konusu davranışın malların serbest dolaşımına bir engel oluşturduğunu ancak, kısıtlamanın haklılığının ortaya konması halinde Topluluk hukukuna aykırılığın ortadan kalkacağını belirtmiştir. Divan, temel hakların korunmasının meşru bir menfaat olduğunu, AİHS’de öngörülen hakların kurucu Antlaşmada öngörülen dolaşım özgürlüğünün kısıtlanmasına haklılık kazandıran birer gerekçe olarak kullanılabileceğini, bunun için her iki amaç arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵. Öte yandan, yürüyüşün yasaklanmasının kişilerin temel haklarına kabul edilemez bir müdahale meydana getireceği ve nitekim gösteri amacının malların serbest dolaşımını engellemek vs. gibi bir amaçla uzaktan yakından alakası olmadığını belirtmiştir. Divan, ulusal otoritelere tanınan geniş takdir yetkisini de göz önüne alarak, ulaşılmak istenen meşru menfaat Birlik içi ticarete daha az sınırlama getirecek başka bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini tespit etme yetkisi verildiğini belirtmiştir⁶⁶.

Kararda dikkati çeken en önemli nokta, Divan’ın ilk kez temel hak konusunu ATA m. 30 (ABİHA m. 36) veya zorunlu gereklilikler kapsamında değil, sadece temel hak ve insan hakları çerçevesinde ele almış ve değerlendirmiş olmasıdır⁶⁷. Nitekim, Divan bu tutumuyla gerek *ERT* gerek *Grogan* kararlarından tamamen farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Öte yandan, Divan meşru bir çıkarın korunması amacıyla temel özgürlüklere getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığının tespitinin önem arz ettiğini, iki çıkar arasında adil bir denge oluşturulup oluşturulmadığının tespiti için orantılılık ilkesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Orantılılık ilkesi, uygunluk ve gerekliliği de beraberinde getirir. Öngörülen önlemin diğer bir deyişle sınırlamanın, korunmak istenen menfaatle orantılı olup olmadığının tespitinde bu iki ilkenin de varlığı ispat edilmelidir⁶⁸. Uyuş-

65 C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republic of Austria, [2003] ECR I-5659, para. 79-81.

66 C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republic of Austria, [2003] ECR I-5659, para. 93.

67 **Morijn**, s.3 9; **Avbelj**, s. 63-64; **Biondi**, s. 53.

68 **Barnard**, s. 112; **Maduro**, M. P., “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, **European Law Journal**, C. 3, N. 1, 1997, s. 57.

mazlıkta ifade ve gösteri özgürlüğü amacıyla otoyolun kapatılması önlemi alınmıştır. Divan, ifade ve gösteri özgürlüğünün meşru bir menfaat olduğunu tespit ettikten sonra, bu hedefe ulaşmak amacıyla otoyolun kapatılması eyleminin uygun ve gerekli bir eylem olup olmadığını ve malların serbest dolaşımını daha az etkileyecek başka bir önlem alınıp alınamayacağını tespiti konusunda ulusal otoritelere geniş bir takdir yetkisi tanındığını belirterek, ulusal otoritelerin yaklaşımını Birlik hukukunun ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Divan, 2004 tarihli *Omega*⁶⁹ kararıyla da *Schmidberger* kararında ortaya koyduğu yaklaşımını pekiştirmiştir. Omega şirketi tarafından İngiltere'den franchising yoluyla alınan ve kişilerin lazer tabancaları kullanmak suretiyle insan öldürme simülasyonunu içeren bir oyun Almanya'ya ithal edilmek istenmektedir. Ancak, söz konusu oyunun ithali Alman makamlarınca insan onurunu zedeleyeceği ve kamu düzenini bozacağı gerekçesi ile yasaklanmıştır. Divan'a Alman makamlarınca yapılan yasaklamanın hizmetlerin serbest dolaşımı ve malların serbest dolaşımına aykırı olup olmadığı sorusunun yöneltildiği üzerine Divan, AİHS'de yer verilen insan onuru ifadesine de atıfta bulunarak, insan onurunu kamu düzeni istisnası içerisinde değerlendirmiştir. Buna göre, kamu düzeni istisnasına dahil kabul edilecek özel durumlar, ülkeden ülkeye hatta dönemden döneme farklılık arz edebilir⁷⁰. Antlaşmanın tanıdığı sınırlar kapsamında kalmak koşuluyla, temel özgürlüklere sınırlama getirecek durumların kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda ulusal yetkililere geniş takdir yetkisi tanınmıştır. *Schmidberger* kararına da atıfta bulunarak, temel hakların korunmasının meşru bir menfaat olduğunu ve orantılılık ilkesi kapsamında temel özgürlüklerin kısıtlanmasına haklılık kazandıran birer gerekçe olarak kullanılabileceğini belirtmiştir⁷¹. Orantılılık

69 C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, [2004] ECR I-09609.

70 C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, [2004] ECR I-09609, para. 31.

71 C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, [2004] ECR I-09609, para. 35.

ilkesi uyarınca korunmak, ulaşılmak istenen meşru menfaatin varlığı ve buna ulaşılmaması için alınan önlemin gerekli olanın ötesinde olmaması gerektiğini belirtmiştir. Divan yine bu kararlar, temel özgürlüklere istisna teşkil ettiği ileri sürülen temel hak veya meşru menfaatin kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilebilmesi için tüm üye devletlerde benzer bir düzenleme olması koşulunu aramamış, uyuşmazlığın söz konusu olduğu üye devlette buna ilişkin bir düzenlemenin varlığını istisna kapsamında değerlendirmek için yeterli kabul etmiştir⁷².

Görüldüğü üzere bu iki kararla Divan, temel hakların meşru bir menfaat olduğunu belirtmek ve orantılılık ilkesi kapsamında yeri geldiğinde temel hakların temel özgürlüklerin sınırlandırılmasına neden olabileceği sonucuna vararak önceki içtihadından uzaklaşmıştır. Özellikle orantılılık ilkesi ile birlikte takdir yetkisinin ulusal yetkililerde olduğunun belirtilmesi, Divan'ın *ERT* kararındaki tutumundan uzaklaştığını göstermektedir. Ele aldığımız her iki kararda da temel hak ve temel özgürlükler arasında adil bir denge sağlanmasının Divan tarafından gözetildiği ve bu amaçla orantılılık ilkesinin aslında belirleyici kriter olarak kullanıldığı söylenebilir. Dikkati çeken bir diğer husus ise ulusal otoritelere tanınan geniş takdir yetkisidir. Divan, kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilecek durumların ülkeden ülkeye hatta dönemden döneme değişebileceğini bu nedenle, kamu düzeni istisnasının tespitinde Antlaşmada belirtilen sınırlar dahilinde kalmak koşuluyla ulusal otoritelerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu dile getirmiştir. Divan'ın ortaya koymuş olduğu bu yaklaşımla temel haklar ve temel özgürlüklerin karşı karşıya gelmesi halinde orantılılık ilkesinin uyuşmazlığa uygulanması ve ulusal otoritelere tanınan geniş takdir yetkisi ile temel haklar ve temel özgürlükler arasında adil bir dengenin oluşturulduğu söylenebilir.

C. TEMEL ÖZGÜRLÜKLERE GERİ DÖNÜŞ MÜ?

Divan'ın son dönem içtihadı olarak nitelendirebileceğimiz kararlarına baktığımızda beklenenin aksine Divan'ın temel özgürlüklerin korunmasına

72 C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, [2004] ECR I-09609, para. 37-38.

yönelik ilk dönem içtihadına geri döndüğünü söylemek mümkün görünmektedir. Nitekim, toplu eylem hakkı ile ABİHA m. 49 ve m. 56'da düzenlenen hizmetlerin serbest dolaşımı ve iş kurma haklarının karşıya karşıya geldiği *Viking*⁷³ ve *Laval*⁷⁴ kararları bu tezi doğrulamaktadır⁷⁵.

Divan'ın son dönem içtihadından olan *Viking* ve *Laval* kararları tartışma yaratmış ve Divan'ın temel haklar konusundaki yaklaşımının beklenilenin aksine eskiye döndüğü, temel özgürlükler karşısında temel hakları tâli kıldığı yönünde eleştiriler tekrar gündeme gelmiştir.

Finlandiyalı bir gemi firması olan Viking, Rosella isimli teknesini Estonya gemi siciline kaydetmek suretiyle, Finlandiyalı mürettebat yerine daha ucuz maliyete çalıştırabileceği Estonyalı mürettebattan faydalanmak istemektedir. Ancak, Uluslararası Taşıma İşçileri Konfederasyonu gemi maliklerinin bu tür işlemlerde bulunmaması için bir kampanya yürütmektedir. Bu kapsamda, başta Rosella teknesi olmak üzere, Uluslararası Taşıma İşçileri Konfederasyonu Viking firmasına yönelik boykot uygulamaya başlarken, Finlandiya Denizciler Birliği de Viking firmasını grev yapmak ile tehdit etmiştir. Viking firması, Denizciler Birliği ile Uluslararası Taşıma İşçileri Konfederasyonu'nun uyguladığı toplu eylem karşısında söz konusu işlemlerin ATA m. 43 ve 49'da (ABİHA m. 49 ve m. 56) düzenlenen hizmetlerin serbest dolaşımına ve iş kurma hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Yine toplu eylem haklarına ilişkin olan *Laval* kararında ise, Letonyalı bir inşaat firması olan Laval, İsveç'te bulunan bir okulu restore etmek üzere anlaşmıştır. Yapacağı bu işte, İsveçli işçilere kıyasla %40 daha ucuza çalışan Letonyalı işçileri tercih etmiş, İsveç İnşaat İşçileri Sendikasının uygulamasını istediği toplu iş sözleşmesini de reddetmiştir. Laval şirketini toplu sözleşmeyi imzalamaya zorlamak amacıyla işini bloke etmek üzere, İsveç

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

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

75 Aynı yönde bkz. C-346/06, Rüffert v Land Niedersachsen [2008] ECR I-0000; C-319/06, Commission v Luxembourg [2008] ECR I-4323.

Elektrik İşçileri Sendikası tarafından da desteklenen İsveç İnşaat İşçileri Sendikası, Laval'ın şantiyesinde iş bırakma eylemi başlatmıştır. Laval firması, yapılan bu eylemin ATA m. 49 (ABİHA m. 56) kapsamı uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımına ve yine 1996 tarihli 96/71 sayılı “Hizmet Sunumu Çerçevesinde İşçilerin (başka bir üye ülkeye) Gönderilmesi” başlıklı Direktifin⁷⁶ 3. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Uyumsuzluk ön karar prosedürü kapsamında Divan önüne gelmiştir.

96/71 sayılı Direktifin temel ilkesi, bir üye ülkedeki çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelerin sadece o ülkede çalışan işçiler için değil, o ülkeye hizmet sunumu çerçevesinde gönderilen işçiler için de uygulanması esasına dayanmaktadır. Divan, ilgili Direktifin hizmet sunumu çerçevesinde başka bir üye ülkeye gönderilen işçiler için asgari koruma öngören “zorunlu çekirdek kurallar” öngördüğünü ve bu kapsamda üye ülkelerin mevzuatlarını uyumlaştırmaları gerektiğini belirtmektedir⁷⁷. İsveç, 96/71 sayılı Direktifi iç hukukuna aktarmış ancak 96/71 sayılı Direktifin 3. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirtildiği üzere asgari ücrete ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ayrıca, aynı Direktifin 3. maddesinin 8. fıkrasında belirtildiği üzere, toplu sözleşmeler İsveçte yer alan tüm işletmeler tarafından gerçekleştirilen bir uygulama olmadığından ATA m. 49 (ABİHA m. 56) ve 96/71 sayılı Direktif sendikaya, toplu iş sözleşmesi imzalatmak amacıyla Laval firmasının şantiyesinde toplu eylemde bulunma hakkı tanımamaktadır⁷⁸. Öte yandan, toplu eylem hakkının Birlik hukukunun genel ilkelerinden olan temel haklardan olduğunu belirten Divan, söz konusu hakkın Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 28’de düzenlendiğini ancak bu hakkın Birlik hukuku

76 Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services OJ, L 018, 21/01/1997 P. 0001 - 0006.

77 **Warneck**, Wiebke, “ECJ Decisions”, **Bücker**, Andrean - **Warneck**, Wiebke (Eds.), **Viking-Laval-Rüffert: Consequences and Policy Perspectives**, European Trade Union Institute, Report 111, ETUI aisbl, Brüksel, 2010, içinde, s. 10; **Usen**, Şelale, “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişisine İlişkin AB Yönergesinin Getirdiği yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 3, S. 26, 2010, s. 174-175.

78 C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767, para. 111.

ile ulusal hukuk ve ulusal uygulamalara uygun olarak korunduğunu ve korumanın orantılılık ilkesi gözetilerek uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁹. Bu genel ifadenin ardından Divan, İsveç'te, sendikalar tarafından gerçekleştirilen toplu eylem hakkının hizmetlerin serbest dolaşımını daha az cazip ve daha zor hale getireceğinden ve söz konusu eylemin işçilerin korunması amacıyla sosyal dampa karşı yapılsa bile kamu düzeninin korunması istisnasına dahil edilemeyeceği gerekçeleriyle iş bırakma eyleminin temel özgürlüklerden biri olan hizmetlerin serbest dolaşımına engel teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁰.

Her iki kararda da dikkati çeken nokta Divan'ın toplu eylem hakkını temel haklardan kabul edip, Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu beyan etmesidir⁸¹. Ancak bu durum dahi Divan'ın serbest dolaşım hakkının ihlal edildiği sonucuna varmasını engellememiştir. Nitekim Divan, *Viking* kararında, gerek Uluslararası Taşıma İşçileri Konfederasyonu gerek Finlandiya Denizciler Birliği tarafından gerçekleştirilen eylemleri ayrı ayrı değerlendirerek kararı ulusal mahkemeye bırakmıştır. Her ne kadar kararı ulusal mahkemeye bırakarak takdir yetkisini ulusal yetkililere bırakmış gibi görünse de yapmış olduğu değerlendirmelerde oldukça katı yorumlar yaparak verilecek kararı belirlemiştir de denilebilir⁸². İlk olarak Denizciler Birliği tarafından gerçekleştirilen toplu eylemin (grev) ancak işin veya çalışma koşullarının tehlikede olması halinde işçilerin korunması adına kamu çıkarı istisnası kapsamında değerlendirebileceğini aksi halde ATA m. 43'ün (ABIHA m. 49) ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir⁸³. Bu nedenle Viking

79 C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767, para. 91.

80 C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767, para. 99, 103.

81 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779, para. 77; C-341/05 Laval un Partneri [2007] ECR-I 11767, para. 91.

82 **Zimmer**, Reingard, "Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice (Viking, Laval, Rüffert, Luxembourg) on Labour Market Policies", **German Policy Studies**, C. 7, S. 1, 2011, s. 221-222; **Warneck**, s. 9.

83 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779, para. 81-84.

firmasının, hiçbir Finlandiyalı işçinin işten çıkarılmayacağı taahhüdünü vermiş olmasını, iş ve iş koşullarında herhangi bir tehlikenin söz konusu olmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmek suretiyle kararı ulusal mahkemeye bırakmıştır. Ardından gerçekleştirilen bu eylemin uygun ve gerekli olup olmadığını incelemeye başlayan Divan, söz konusu eylemin meslek birlikleri tarafından üyelerinin haklarını korumak adına yapılabilecek eylemlerden biri olduğunu ancak gereklilik açısından üyelerinin haklarını daha az zararla koruyabilme yollarının bulunup bulunmadığının ulusal mahkemeye değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁴.

Benzer şekilde *Laval* kararında da Divan, İsveç meslek birliklerinin, *Laval* firmasının İsveçli işçi yerine, daha ucuz maliyetli Estonyalı işçi çalıştırmasını engellemek amacıyla yaptıkları eylemi, potansiyel bir sosyal dampainge karşılık olarak kabul etse de, toplu eylem kullanılarak bir firmanın toplu sözleşme yapmaya zorlanmasını haklı bulmamıştır.

Divan her iki kararda da toplu eylem hakkını temel hak ve Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul etse de *Schmidberger* ve *Omega* kararlarından farklı olarak söz konusu temel hakkı meşru bir menfaat kapsamında değerlendirmemiştir. *Schmidberger* kararında gösteri/yürüyüş yapma hakkının icrasını tek başına meşru bir menfaat olarak kabul eden Divan, *Viking* ve *Laval* kararlarında toplu eylem hakkının icrası yerine söz konusu hakkın kullanılma amacının meşru menfaat kapsamında olup olmadığını değerlendirmeyi tercih etmiştir⁸⁵. Öte yandan *Omega* ve *Schmidberger* kararlarında temel özgürlükler karşısında koruma altına alınmak istenen temel hakları belirleme hususunda üye devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıyan Divan, aynı hassasiyeti *Viking* ve *Laval* kararlarında göstermemiştir. Divan *Laval* kararında *Viking* kararından farklı olarak, ulusal mahkemeye yol göstermek yerine, uyuşmazlığı kendisi karara bağlarken, *Viking* kararında kararı ulusal mahkemeye bıraktığı söylene de yapmış olduğu değerlendirmelerle aslında ulusal mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi tanıma-

84 C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line, [2007] ECR I 10779, para. 80-89.

85 Davies, Anne, "One Step Forward Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal*, C. 37, S. 2, 2008, s. 141-142.

dığı açıktır. Bu şekilde Divan, birbirine rakip iki çıkar karşısında karar verme yetkisini kendisinde toplamakta, hatta fiilen temel özgürlüklere temel haklar karşısında öncelik tanımaktadır⁸⁶.

Öte yandan, yine *Omega* ve *Schmidberger* kararlarında orantılılık ilkesine detaylı bir şekilde yer veren ve karşı karşıya gelen çıkarlar arasında adil bir denge oluşturmak adına orantılılık ilkesinin gözönüne alınması gerektiğini belirten Divan, bu iki kararda da ulusal mevzuatı orantılılık kapsamında dahi değerlendirmeksizin, görüşlerini orantılılık ilkesinden çok farklı gerekçeler üzerinde yoğunlaştırmayı tercih etmiştir. Oysa, Divan'ın iş hukuku gibi spesifik bir alanda orantılılık ilkesini gerektiği gibi olaya uygulayamayacağı, bu nedenle konuyu ulusal mahkemenin yargı yetkisine bırakması gerektiği düşünülmektedir⁸⁷. Nitekim, toplu eylem hakkı ne kadar katı şekilde uygulanırsa işveren üzerinde o kadar etkili olabilirken, Divan'ın *Viking* kararında orantılılık ilkesi kapsamında sendikanın, üyelerinin haklarını daha az zararlı koruyabilme yollarının bulunup bulunmadığının tespitini istemesi iş hukukuna ne kadar uzak olduğunun bir göstergesidir⁸⁸.

Divan, her iki karardaki yaklaşımı nedeniyle temel hakları serbest dolaşım karşısında ikincil kıldığı ve kararlarının liberal yönünün sosyal yönünden daha ağır bastığı eleştirisi ile karşı karşıya kalmıştır. Nitekim, her iki uyumsuzlukta da sendikalara Antlaşmadan kaynaklanan haklara müdahale etmeme görevi yüklendiği düşünüldüğünde, Antlaşmadan doğan hakların temel haklar karşısında güçlendiği sonucuna varılmaktadır. Bu durum, Divan'ın ilk yıllarda karşı karşıya kaldığı eleştiriler ile tekrar muhatap olmasına neden olmuştur⁸⁹.

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

87 **Davies**, s. 148.

88 **Davies**, s. 143, 145.

89 **Reich**, Norbert, "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases Before The ECJ", **German Law Journal**, C. 9, S. 2, 2008, s. 159-160; **Davies**, s. 147-148.

Sonuç olarak “temel haklar mı?, temel özgürlükler mi?” ikilemi karşısında ele aldığımız kararlara bakıldığında Divan’ın bu konuda davadan davaya değişir bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Son dönem içtihadında özellikle sosyal politika ve çalışma politikası konularında temel hak konusunu ikinci plana atmak suretiyle serbest dolaşım hükümlerine öncelik vermesi, öncelik ilkesinin kabulünde üye devlet yüksek mahkemelerince ileri sürülen sorunların tekrar gündeme gelmesine neden olmuştur. Birlik hukuk kuralları ile ulusal Anayasalarda güvence altına alınan temel haklar arasındaki bir ihtilafta Divan’ın öncelik ilkesi kapsamında Birlik hukuk kuralını tercih etmesi bu durumun bir göstergesidir. Divan’ın bu tutumu öncelik ilkesi-temel haklar karşıtlığının yanı sıra kompetenz-kompetenz (yetki genişletme yetkisi) sorununun da tekrar gündeme taşınmasına neden olmuştur. Özellikle, Alman Anayasa Mahkemesinin *Lizbon*⁹⁰ kararının yukarıda ele aldığımız kararların ardından gündeme gelmesi ve kararda sosyal politika, çalışma politikası konularında çekincelerin dile getirilmesi tesadüf olmadığı gibi bu durumu da doğrulamaktadır⁹¹. Alman Anayasa Mahkemesi her ne kadar kararında önemli sosyal konuların pazar özgürlüklerinin sınırlandırılmasında Divan tarafından haklı gerekçeler olarak kabul edildiğini belirtse de, temel hakların Divan tarafından korunması konusunda *Solange II* kararıyla ortaya koymuş olduğu yaklaşımını sürdürdüğü anlaşılmaktadır⁹².

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

91 Karar hakkında detaylı çalışmalar için bkz. **Janc i**, Davor, “Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy After Lisbon?”, **Columbia Law Journal of European Law**, C. 16, 2010, s. 10; **Oddvar Eriksen**, Erik - **Fossum**, John, “Bringing European Democracy Back In-Or How to Read the German Constitutional Court’s Lisbon Treaty Ruling?”, **European Law Journal**, C. 17, S. 2, 2011, s. 154; **Mayer**, Franz, “Rashomon In Karlsruhe, A Reflection On Democracy and Identity in the European Union: The German Constitutional Court’s Lisbon Decision and the Changing Landscape of European Constitutionalism”, **Jean Monnet Working Paper**, 05/10, 2010, s. 30-31.

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

Divan özellikle ele aldığımız bu kararların ardından yine aktivist olarak eleştirilmeye başlanmış ve kararları memnuniyetsizlikle karşılanmıştır. Bu konuda ilk tepki Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı Roman Herzog tarafından “Divanı Durdurun,, başlıklı makale de dile getirilmiştir⁹³. Söz konusu makalede Divan’ın üye devletler aleyhine yetki gasbında bulunduğu ileri sürülmüştür. Divan’ın özellikle hizmetlerin serbest dolaşımı ve iş kurma konusundaki aktivist tutumu Almanya dışında da yankı bulmuş, hatta tüm Avrupada şüphe ve şaşkınlık yaratmıştır⁹⁴.

*Lizbon*⁹⁵ kararına bakıldığında halen özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Divan arasında öncelik ilkesi ve buna bağlı olarak gerek temel haklar gerek kompetenz-kompetenz konusunda sıkıntılar olduğu, mutlak bir öncelik ilkesinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır⁹⁶. Her iki mahkeme de hem yargılama yetkisini muhafaza etmek hem de genişletmek istemekte bu suretle birbirlerine itaat etmekten kaçınmaya çalışmaktadırlar. Ancak, Birlik amaçları ve entegrasyon süreci muhafaza edildiği müddetçe gerek Divan’ın gerek ulusal üst derece mahkemelerin aralarındaki ilişkiyi kopma noktasına getirmeden hareket edeceğini ve bu kapsamda Divan’ın

[n.html](#)>, para. 191, 398, (erişim tarihi, 28.07.2011); **Dorsemont**, Filip, “A Judicial Pathway to overcome Laval and Viking“, **OSE paper series**, No. 5, September 2011, s. 11; **Voßkuhle**, Andreas, “Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts”, **European Constitutional Law Review**, C. 6, 2010, s. 175-198; **Sabel**, Charles F. - **Gerstenberg**, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Co-ordinate Constitutional Order”, **European Law Journal**, C. 16, 2010, s. 511-550.

93 **Herzog**, Roman - **Gerken**, Lüder, “Stop The European Court of Justice”, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 08.09.2008.

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

95 *Lizbon Kararı*, Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208e_n.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

96 *Lizbon Kararı*, Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208e_n.html>, (erişim tarihi, 28.07.2011).

*Lizbon*⁹⁷ kararında yer alan uyarıları dikkate alacağı ve *Solange* kararlarının tekrarından kaçınacağı düşünülmektedir.

III. LİZBON ANTLAŞMASININ ÖNGÖRDÜĞÜ DEĞİŞİKLİKLER KAPSAMINDA TEMEL HAKLAR ve TEMEL ÖZGÜRLÜKLER DENGESİ

1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması konumuzla ilgili olarak özellikle iki alanda önemli değişiklikler öngörmektedir. Bunlardan ilki başta Divan olmak üzere, diğer Birlik kurumlarınca da desteklenerek Birlik gündemine giren ve ancak 2000 yılında yazılı bir temel haklar kataloğuna dönüştürülen Temel Haklar Şartının hukuki bağlayıcılığa kavuşmasıdır.

Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar sadece siyasi niteliği haiz olan Şart, Anayasal Antlaşmadan farklı olarak Antlaşmalarda yer almamakla birlikte Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/1 de yer verilen düzenleme ile hukuki bağlayıcılık kazanmıştır. İlgili hüküm uyarınca;

“Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg’da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şart’ında yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır...” denilerek Şart hükümlerinin Birlik birincil hukukuna dahil olduğu ve dolayısıyla gerek Divan gerekse Birlik hukukuna ilişkin bir konunun varlığı halinde ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebileceği düzenlenmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’ne katılır. ...” denilerek AİHS’ye katılım konusundaki siyasi irade yazılı hale getirilmiş, 3. fıkra ile de “ İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçasıdır” ifadesiyle Birlik kapsamında temel haklar koruması üç

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

sütunlu bir yapıya kavuşturulmuştur⁹⁸. Bunlar sırasıyla; Şart, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan haklar ve son olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar olarak ifade edilmiştir. Şart dışında kalan diğer iki temel hak kaynağı aynı zamanda Birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturmaktadır.

Lizbon Antlaşmasıyla temel haklar alanında yapılan bu düzenleme ile hukuki bağlayıcılık kazanan Şartta yer alan haklar, Antlaşmalarda düzenlenen temel özgürlükler ile aynı statüye kavuşmuş ve Birlik birincil hukukuna dahil olmuştur⁹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, gerek Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/1 de gerekse Şart 51. madde de belirtildiği üzere “Şartta yer alan hükümler, Birliğin Antlaşmalarda belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde genişletmez”. Birlik hukukunu uygularken gerek Birlik gerek ulusal yargıçlar tarafından Şartta yer verilen hakların garanti altına alınması zorunluluğu Şart’a tanınan hukuki bağlayıcılık ile doğmuş olsa da getirilen bu düzenleme ile Şart hükümlerinin uygulaması için Birlik yetkilerinde herhangi bir değişiklik öngörülmediği anlaşılmaktadır.

Lizbon Antlaşması ile getirilen bu yeni düzenlemeler temel haklar konusunun Birlik gündeminde önem kazandığı ve hukuki bir zemine kavuşturulduğunu doğrulamakla beraber temel özgürlükler karşısında herhangi bir ayrıcalığa veya önceliğe sahip olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Temel haklar ve temel özgürlükler Birlik birincil hukukunda yer almakla aynı statüyü haiz kılınmıştır. Dolayısıyla, temel haklar ve temel özgürlüklerin Divan önünde karşı karşıya gelmesi halinde Divan’ı mevcut tutumunu değiştirmek zorunda bırakacak herhangi bir yenilik getirilmemiştir¹⁰⁰.

98 **Pernice**, Ignolf, “The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights”, **Walter Hallstein-Institut für Europaisches Verfassungsrecht, WHI Paper** No. 7, 2008, s. 240; **Şaromet**, Oana - **Tama-Bianov**, Anamaria - **Aramet**, Radu, “Juridical Protection of Fundamental Rights After Lisbon”, **Legal Practice and International Law**, 2011, s. 117.

99 **Bercusson**, Brian, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, **ERA Forum**, C. 10, 2009, s. 92-93.

100 **Dorsemont**, s. 15.

Nitekim Divan, çok fazla eleştirilen *Viking* ve *Laval* kararlarında zaten toplu eylem hakkının temel haklardan olduğunu ve Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğunu dile getirmiştir. Divan kararının açıklandığı tarihte Lizbon Antlaşması henüz yürürlüğe girmemiş ve Şart hukuki bağlayıcılığa kavuşmamıştır. Ancak Divan'ın, kararında Şartın konuyla ilgili 28. maddesine atıf yaparak toplu eylem hakkını Birlik hukukunun genel ilkelerinden kabul etmesine rağmen, temel özgürlüklere temel hak karşısında öncelik tanınması Divan'ın yaklaşımının bugün itibariyle de farklı olmayacağı endişesini doğurmaktadır.

Lizbon Antlaşmasıyla gündeme gelen diğer önemli yenilik ise Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımını öngören düzenlemedir. Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/2 uyarınca;

“Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalarda belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz.” denilerek ifade edilmiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere öngörülen katılım takdir yetkisine bağlanmayıp, Birliğe bir ödev, yükümlülük getirmekte¹⁰¹ ve katılımın ne şekilde gerçekleştirileceğine dair çalışmalar halen devam etmektedir¹⁰².

101 **Lenaerts - Van Nuffel**, s. 843; **Metin, Yüksel - Kaygısız, Ümmühan**, “Avrupa Birliğinde Temel Hakların Korunması ve Lizbon Antlaşmasının Getirdiği Yenilikler”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, s. 142.

102 Bu kapsamda 26 Mayıs 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları İzleme Komitesine Birliğin AİHS’ye katılımı için gerekli yasal düzenlemeleri yürütmesi amacıyla *ad-hoc* bir yetki verirken benzer bir yetki 4 Haziran 2010 tarihinde Avrupa Birliği Adalet Bakanları tarafından Komisyon’a verilmiştir. Verilen bu yetkilerin ardından Avrupa Konseyi Komisyon ile birlikte çalışma üzere yedisi AB üyesi yedisi AB üyesi olmayan ülkeden olmak üzere toplam 14 uzmandan oluşan gayri resmi bir çalışma grubu oluşturmuştur. Söz konusu çalışma grubu Birliğin katılımı için gerekli zemini Komisyon ile birlikte oluşturmak üzere çalışmalarına Temmuz 2010 tarihinde başlamıştır. Temmuz 2010 tarihinden Haziran 2011 tarihine kadar toplam 8 toplantı gerçekleştirilmiş ve 19 Haziran 2011 tarihinde taslak katılım antlaşmasına son hali verilmiştir. Bkz. Informal Group on Accession of the EU to the Convention (CDDH-UE),

Katılımın gerçekleşmesi halinde temel hakların korunması konusunda Birlik dahil Avrupa genelini kapsayan bir dış denetim sisteminin varlığı bireylere güven ve garanti sağlayacak¹⁰³, bireylere üye devletler karşısında tanınan koruma Birlik tasarrufları karşısında da tanınmış olacak ve son olarak Divan ve AİHM'nin içtihadı arasındaki farklılıklar giderilecektir¹⁰⁴. Katılımla birlikte AİHM, Birlik kurumlarının, organlarının, ofis ve ajanslarının işlem ve eylemlerinin, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da dahil olmak üzere AİHS'ye uygunluğunu denetleyen bir konumda olacaktır.

AİHM de Divan gibi, yargılamasında orantılılık ilkesinden faydalanmakta ancak Divandan farklı şekilde uygulamaktadır. AİHM temel haklar konusunda uzman bir mahkeme olarak temel hakları esas almakta, AİHS'ye aykırılığı iddia edilen konunun temel haklara sınırlama getirip getiremeyeceğine bakmaktadır. Diğer bir deyişle katılımın gerçekleşmesi halinde temel haklar ve temel özgürlüklerin karşı karşıya geldiği bir uyumsuzluğun AİHM önüne gelmesi durumunda Divan'ın aksine, konuyu temel özgürlüğün kullanılmasının temel haklar üzerinde bir sınırlama getirip getirmediği ve eğer varsa bu sınırlamanın orantılı olup olmadığı açısından ele alacaktır¹⁰⁵.

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp>, (erişim tarihi, 11.10.2011).

- 103 **Kruger**, Hans Christian, "The European Union Charter and the European Convention on Human Rights: An Overview", **Peers**, Steve - **Ward**, Angela (Eds.), **The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy**, Oxford, Hart Publishing, 2004, içinde, s. xxiv.
- 104 European Parliament resolution of 19 May 2010 on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, m.7 <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20100184+0+DOC+XML+V0//EN>>, (erişim tarihi, 18.08.2010); **Saltinyte, Loreta**, "European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", 2010, <www.mruni.eu>, (erişim tarihi, 18.08.2010).
- 105 **Schömann**, Isabella, "The Lisbon Treaty: a more Social Europe at last?", **ETUI Policy Brief**, S. 1, 2010, s. 3; **Syrpis**, Phil, "The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?", **Industrial Law Journal**, C. 37, S. 3, 2008, s. 234.

Bu durum aynı zamanda ispat yükünün karşı tarafa geçmesine neden olacağından temel özgürlükten faydalanmak adına getirilen sınırlamanın temel haklara orantılı olduğunu temel özgürlükten faydalanmak isteyen tarafın ispat etmesi beklenecektir. *Viking* kararında sendikalarda olan ispat yükü, serbest dolaşım hakkının zarar gördüğünü ileri süren işverenin, toplu eylem hakkına bir sınırlama getirildiğini ancak bu sınırlamanın temel özgürlüklerden olan hizmetlerin serbest dolaşımından faydalanması adına orantılı olduğunu ispat etmesi beklenecektir. Böylece AIHS'ye katılım ile temel haklar ve temel özgürlükler arasındaki denge, temel hakları kararına esas alan bir mahkemenin denetimine de tabi olacaktır¹⁰⁶.

Lizbon Antlaşmasının temel haklar konusunda getirmiş olduğu bu yeniliklerin yanı sıra Avrupa Birliği Antlaşması m. 2 ve 3/3 de yer verilen düzenlemelerle Birliğin artık sadece ekonomik birlik olmanın ötesinde ilerlediği ve temel hakların da bu yolda kilometre taşlarından biri olduğu açıktır. Nitekim her iki maddeden çıkan sonuç, Birliğin ekonomik pazarın ötesinde sosyal pazar olma yolunda ilerlediğini göstermektedir.

SONUÇ

Divan tarafından yaratılan öncelik ilkesi karşısında ulusal üst derece mahkemelerin tepkileri nedeniyle Divan gündemine alınan temel hak koruması, gündeme alındığı ilk günden itibaren tartışmalara neden olmuş ve halen olmaktadır. Divan temel haklar ve temel özgürlüklerin karşı karşıya geldiği durumlarda tutarlı bir yaklaşım ortaya koymaktan uzak olup, davadan davaya değişir bir tutum sergilemekte ve çoğunlukla bu iki önemli konu arasındaki ilişkiyi temel özgürlükler temeline dayalı orantılılık ve istisnalar üzerinden sonuçlandırmaya çalışmaktadır¹⁰⁷. Divan'ın ilk yıllarda öncelik ilkesinin üye devlet üst derece mahkemelerince kabulü amacıyla temel haklar konusunu gündemine aldığı ve öncelik ilkesinin kabulüyle Birlik hukukunun etkili şekilde uygulanmasını hedeflediği anlaşılmaktadır.

106 **Dorssemont**, s. 18.

107 **Barnard**, Catherine, "Social Dumping or Dumping Socialism?", **The Cambridge Law Journal**, C. 67, S. 2, 2008, s. 262-264.

Her ne kadar bu tutum zaman içerisinde değişmiş gibi görünse de özellikle, *Viking* ve *Laval* kararlarının ardından ortaya konulan tepkiler bu yaklaşımın yetersiz olduğunu ve temel haklar ve temel özgürlükler arasında Divan tarafından adil bir denge oluşturulmadığını göstermektedir. Nitekim, söz konusu dengenin oluşturulması gereği 2010 yılında Prof. Monti tarafından Avrupa Birliği Komisyonu Başkanı Barosso'ya sunulmak üzere hazırlanan "Tek Pazar için Yeni Bir Strateji" başlıklı metinde de ele alınmış olup, bu konunun Divan'a veya ulusal mahkemelere bırakılmayacağı, siyasi anlamda bir uzlaşma sağlanması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁸.

Lizbon Antlaşmasıyla değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 2 ve 3/3 den de anlaşıldığı üzere, temel haklar Birliğin üzerine kurulduğu değerlerden biri olarak kabul edilmiş ve iç pazarın yanısıra sosyal pazar da Birliğin amaçlarından biri olarak Birlik birincil hukuk düzenlemelerinden biri haline getirilmiştir.

Bunun yanı sıra Temel Haklar Şartının hukuki bağlayıcılık kazanması, temel haklara ilişkin düzenlemelerin de temel özgürlükler gibi Birlik birincil hukukunun bir parçası haline gelmesi, temel haklar ve temel özgürlükler dengesinde temel haklar lehine olumlu gelişmeler olarak değerlendirilebilir de Divan'ın halen geniş bir yorum yetkisine sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁰⁹. Nitekim, temel özgürlüklere ilişkin düzenlemelerde herhangi bir değişiklik yapılmamış, sosyal pazar ifadesine vurgu yapmak amacıyla kadük olan Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın I. Bölümünün "Birliğin Amaçları" başlıklı 3. maddesinin 2. maddesinde yer verilen "serbest ve düzgün işleyen rekabet" ifadesine Antlaşma metninde yer verilmemiştir. Ancak, Antlaşmaya eklenen 27 no'lu protokolle aynı sonuca ulaşılmıştır. Bilindiği üzere Antlaşmaya ekli protokoller de hukuki bağlayıcılığı haizdir¹¹⁰.

108 **Monti**, Mario, "A New Strategy for the Single Market", Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, <http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/index_en.htm#maincontentSec4>, (erişim tarihi, 06.03.2012).

109 **Weatherill**, Stephen, "Whose Internal Market? Companies' or Workers', Judges' or Politicians'", **European Union Studies Association (EUSA) Review**, C. 24, S. 1, 2011, s. 4.

110 **Weatherill**, s. 3-4.

Bu nedenle Lizbon Antlaşmasının öngörmüş olduğu değişikliklerden AİHS'ye katılımın temel haklar ve temel özgürlükler arasında oluşturulması gereken adil dengenin Divan tarafından yukarıda ele aldığımız olumlu değişikliklere rağmen gözönüne alınmaması halinde AİHM tarafından gerçekleştirileceği düşünülmektedir. Öte yandan, bugüne kadar AİHM ile olan ilişkilerinde her iki mahkemenin de çatışmadan kaçındığı ve ilişkilerini hoşgörü üzerine oluşturdukları bilinmekle birlikte, Divan'ın AİHM ile ters düşmemek adına temel haklar konusunda daha hassas davranacağı ve Lizbon Antlaşmasıyla değerler ve amaçlar üzerinde yapılan değişikliklerin de Divan tarafından değerlendirilmeye alınacağı düşünülmektedir¹¹¹.

Sonuç olarak, Lizbon Antlaşmasıyla Birliğin temel haklara ilişkin öngördüğü değişiklikler önemli değişiklikler olarak kabul edilmekle birlikte, getirilen düzenlemeler Divan'ın yorum yetkisi üzerinde ciddi bir sınırlama öngörmemektedir. Ancak, Barnard'ın da belirttiği gibi Şart'ın hukuk bağlayıcılığa sahip olmasıyla, Divan'ın temel özgürlüklere her durumda öncelik tanyacağı fikri zayıflamıştır¹¹². Nitekim, Divan'ın *Kadı*¹¹³ ve *Küçükdeveci*¹¹⁴ kararlarında temel hak konusunu ele alış biçimi ve *Komisyon v. Almanya*¹¹⁵ davasında hukuk sözcüsü Trstenjak tarafından dile getirilen rakip çıkarlar arasında gerçek bir denge oluşturulması düşüncesine Divan'ın da olumlu yaklaşması, temel haklar ve temel özgürlükler arasındaki dengenin oluşturulması adına umut vericidir¹¹⁶.

111 Syrpis, s. 235.

112 **Barnard**, Catherine, "The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday", **European Union Studies Association (EUSA) Review**, C. 24, S. 1, 2011, s. 9.

113 C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadı* and *Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, [2008], ECR I-6351.

114 C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, [2010] ECR I-0000.

115 C 271/08 *Commission v. Germany*, [2010] ECR I 000; Hukuk Sözcüsünün görüşü için bkz. <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CC0271&lang1=en&type=NOT&ancre=>> (erişim tarihi, 07.03.2012).

116 **Barnard (2011)**, s. 9.

Kaynakça

- Alter**, Karen, “The European Court’s Political Power”, *West European Politics*, Cilt 19, 1996, s. 458-487.
- Alter**, Karen, *Establishing the Supremacy of the EU Law*, Oxford University Press, 2002.
- Arnulf**, Anthony, “The European Court and Judicial Objectivity: A Reply To Prof. Hartley”, *Law Quarterly Review*, Cilt 112, 1996, s. 411-423.
- Avbelj**, Matej, “European Court of Justice and the Question of Value Choices, Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods”, *Jean Monnet Working Paper*, 06/04.
- Barnard**, Catherine, “The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday”, *European Union Studies Association (EUSA) Review*, Cilt 24, Sayı 1, 2011, s. 9.
- Barnard**, Catherine, “Social Dumping or Dumping Socialism?”, *The Cambridge Law Journal*, Cilt 67, Sayı 2, 2008, s. 262-264.
- Barnard**, Catherine, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press 2007.
- Bercusson**, Brian, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, *ERA Forum*, Cilt 10, 2009, s. 87-105.
- Biondi**, Andrea, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, *European Human Rights Law Review*, Cilt 9, 2004, s.51-61.
- Binder**, Darcy, “The European Court of Justice and The Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action”, *Jean Monnet Working Papers*, No.95/04, 1995.
- Bilgin**, A. Aslı, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması”, **Akçay**, Belgin - **Baykal**, Sanem - **Kahraman**, Sevilay (Eds.), **Avrupa**

- Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler**, Seçkin Yayınevi, 2008, içinde, s. 317-348.
- Colvin**, Cathleen M., “Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and the Free Movement of Services in the European Community”, *Fordham International Law Journal*, C. 15, S. 2, 1991, s. 476-526.
- Coppel**, Jason, - **O'neill**, Aidan, “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, *Common Market Law Review*, Cilt 29, 1992, s. 669-692.
- Craig**, Paul - **De Burca**, Grainne, *EU Law:Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Davies**, Anne, “One Step Forward Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, Cilt 37, Sayı 2, 2008, s. 126-148.
- Dorsemont**, Filip, “A Judicial Pathway to overcome Laval and Viking“, *OSE paper series*, No. 5, September 2011, s. 1-20.
- Drzemczewski**, Andrew, “The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 30, 1981, s. 118-140.
- Dyevre**, Arthur, “The German Federal Constitutional Court and Judicial Politics”, *West European Politics*, Cilt 34, Sayı 2, 2011, s. 346-361.
- Gündüz**, Aslan, “Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireylerin Hakları”, *MÜ AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 93-108.
- Haapea**, Arto, *Between Minimum and Maximum Standards Current State and Future Challenges of the Protection of Fundamental Rights in the European Union*, University of Helsinki, Faculty of Law 2004, Master's Thesis.

- Hartley**, Trevor, “The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union”, *Law Quarterly Review*, Cilt 112, 1996, s. 95-109.
- Hartley**, Trevor, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 2010.
- Herzog**, Roman – **Gerken**, Lüder, “Stop The European Court of Justice”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 08.09.2008.
- Hjalte**, Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy Making*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986.
- Hjalte**, Rasmussen, “Between Self Restraint and Activism a Judicial Policy for the European Court”, *European Law Review*, Cilt 13, 1988, s. 28-39.
- Janc i**, Davor, “Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy After Lisbon?”, *Columbia Law Journal of European Law*, Cilt 16, 2010, s. 337-383.
- Karakaş**, Işıl, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınları, İstanbul, 1993.
- Kombos**, Costas, “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity”, *European Public Law*, Cilt 12, Sayı 3, 2006, s. 433-460.
- Kruger**, Hans Christian, “The European Union Charter and the European Convention on Human Rights: An Overview”, **Peers**, Steve – **Ward**, Angela (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, içinde, xvii-xxvii.
- Lenaerts**, **Koen**, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, 2005.
- Lenaerts**, Koen - **Van Nuffel**, Piet, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, 3rd Edition, 2011.

- Maduro**, M. P., “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *European Law Journal*, Cilt 3, Sayı 1, 1997, s. 55-82.
- Manners**, Ian, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 40, Sayı 2, s. 235-258.
- Mathijsen**, P. S. R. F., *A Guide to European Union Law*, Sweet and Maxwell, 10th Edition, 2010.
- Mayer**, Franz, “Rashomon In Karlsruhe, A Reflection On Democracy and Identity in the European Union: The German Constitutional Court’s Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism”, *Jean Monnet Working Paper*, 05/10, 2010, s. 1-40.
- Metin**, Yüksel - **Kaygısız**, Ümmühan, “Avrupa Birliğinde Temel Hakların Korunması ve Lizbon Antlaşmasının Getirdiği Yenilikler” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2011, s.125-158.
- Monti**, Mario, “A New Strategy for the Single Market”, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, <http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/index_en.htm#maincontentSec4>, (erişim tarihi, 06.03.2012).
- Morijn**, John, “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, *European Law Journal*, Cilt 12, Sayı 1, 2006 s. 15-40.
- O’leary**, Siofra, “Aspects of the Relationship Between Community Law and National Law”, **Neuwahl**, Nanette - **Rosas**, Allan (Eds.), *The European Union and Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, içinde, s. 23-50.
- Oddvar Eriksen**, Erik - **Fossum**, John, “Bringing European Democracy Back In-Or How to Read the German Constitutional Court’s Lisbon Treaty Ruling?”, *European Law Journal*, Cilt 17, Sayı 2, 2011, s. 153-171.

- Perisin**, Tamara, “Interaction of Fundamental (Human) Rights and Fundamental (Market) Freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Cilt 2, 2006, s. 69-98.
- Pernice**, Ingolf, “The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights”, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, *WHI Paper* No. 7, 2008.
- Pollicino**, Oreste, “Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint, Part One/Two”, *German Law Journal*, Cilt 5, 2004.
- Reich**, Norbert, “Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases Before The ECJ”, *German Law Journal*, Cilt 9, Sayı 2, 2008, s. 125-160.
- Sabel**, Charles F. – **Gerstenber**, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Co-ordinate Constitutional Order”, *European Law Journal*, Cilt 16, 2010, s. 511-550.
- Saltinyte**, Loreta, “European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?”, 2010, <www.mruni.eu>, (erişim tarihi, 18.08.2010)
- Schömann**, Isabella, “The Lisbon Treaty: a more Social Europe at last?”, *ETUI Policy Brief*, Sayı 1, 2010, s. 1-6.
- Spaventa**, Eleanor, “Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU”, **DOUGAN**, Michael – **Currie**, Samantha (Eds.), *50 Years of the European Treaties*, Hart Publishing, Oxford, 2009, içinde, s. 343-364.
- Steiner**, Josephine - **Woods**, Lorna - **Twigg-Flesner**, Christian, *EU Law*, 9 th Edition, Oxford University Press, 2006.
- Syrpis**, Phil, “The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?”, *Industrial Law Journal*, Cilt 37, Sayı 3, 2008, s. 219-235.

- Şaramet, Oana - Tama-Bianov, Anamaria - Aramet, Radu**, “Juridical Protection of Fundamental Rights After Lisbon”, *Legal Practice and International Law*, 2011, s. 116-121.
- Tangör, Burak**, “Avrupa Birliği’nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2001, s. 233-248.
- Tekinalp, Ünal - Tekinalp, Gülören**, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987.
- Tezcan, Ercüment**, *Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey, İletişim Yayınları*, İstanbul, 2002.
- Toth, Akos, G.**, “The European Union and Human Rights: The Way Forward”, *Common Market Law Review*, Cilt 34, 1997, s. 491-529.
- Tridimas, Takis**, “The Court of Justice and Judicial Activism”, *European Law Review*, Cilt 21, 1996, s. 199-210.
- Tridimas, Takis**, *General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Usen, Şelale**, “2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişisine İlişkin AB Yönergesinin Getirdiği yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 3, Sayı 26, 2010, s. 169-190.
- Voßkuhle, Andreas**, “Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 6, 2010, s. 175-198.
- Warneck, Wiebke**, “ECJ Decisions”, **Bücker, Andrian - Warneck, Wiebke** (Eds.), *Viking-Laval-Rüffert: Consequences and Policy Perspectives*, European Trade Union Institute, Report 111, ETUI aisbl, Brüksel, 2010, içinde, s. 10.
- Weatherill, Stephen**, “Whose Internal Market? Companies’ or Workers’, Judges’ or Politicians?”, *European Union Studies Association (EUSA) Review*, Cilt 24, Sayı 1, 2011, s. 2-5.
- Weiler, Joseph**, “The Court of Justice On Trial”, *Common Market Law Review*, Cilt 24, 1987, s. 555-589.

- Weiler, Joseph, - Fries, Sybilla**, “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, **Alston, Philip** (Ed.), *The EU and Human Rights* Oxford University Press, Oxford, 1999, içinde, s. 147-166.
- Weiler, Joseph, - Lockhart, Nicolas**, “Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence-Part II”, *Common Market Law Review*, Cilt 32, 1995, s. 579-627.
- Young, Alison**, “The Charter, Constitution and Human Rights: Is This the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?”, *European Public Law*, Cilt 11, Sayı 2, 2005, s. 219-240.
- Zimmer, Reingard**, “Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice (Viking, Laval, Rüffert, Luxembourg) on Labour Market Policies“, *German Policy Studies*, Cilt 7, Sayı 1, 2011, s. 211-234.