

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Araş. Gör. Dr. Ahmet Burak Bilgin*

ÖZ

Bir hukuk sisteminde yasama ve yürütme organlarının her türlü hukuki probleme cevap verecek düzenlemeleri önceden yapmasının imkansızlığı ve önceden yapılmış kuralların da yorumlanmaya muhtaç olduğu gerçeği karşısında, mevcut normların yorumlanması ve bazen de birtakım boşlukların uygulayıcılar (bilhassa da yargıçlar) tarafından doldurulması şeklindeki "tabii" ihtiyaca binaen işlev gören *hukukun genel ilkeleri*, bu yönleriyle anayasal sistemlerin önemli bir "kaynağı" olmaktadır. Kimi yönleriyle uluslararası kimi yönleriyle de ulusal hukuk sistemlerine benzer özellikler gösteren Avrupa Birliği (AB) Hukukunda da, hukukun genel ilkeleri, bu hukuk sisteminin ilk yıllarından itibaren sistemin yargı organı tarafından kullanılmış ve jürisprüdansiyel bir ölçü normlar bloğu olarak işlev görmüştür. Bu çalışmada bu genel hukuk ilkelerine, AB Hukukunun penceresinden bakılacak; bu ilkelerin söz konusu hukuk sisteminde başta temel hak ve hürriyetlerin korunması olmak üzere gördüğü işlevler ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: AB Hukuku, hukukun genel ilkeleri, temel hakların korunması

ABSTRACT

Having regard the fact that the legislative and executive rule makers in a legal system might not envisage rules for all issues in advance, and that even the existing rules require to be interpreted, general principles of law which are invoked by practitioners and justices for the interpretation of legal norms and filling legal gaps function as an important source of legal orders. Those principles have been used by the judiciary of the legal order from the very outset in the European Union (EU) law which is similar to both international and national legal systems in some ways. They have also functioned as a jurisprudential set of reference norms. This study deals with these principles from the EU law point of view. The role these principles have played in the EU legal order, especially with regard to the protection of human rights will also be dealt with.

Keywords: EU law, general principles of law, protection of fundamental rights

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Giriş¹

Hukukun genel ilkeleri, akademik literatürde her daim canlı bir tartışma alanı olmuş bir kavramdır. Herhangi bir yerde yazılı olarak bulunmayan ve bilinen bir “üreticisi, koyucusu” olmayan birtakım ilke ve normlar olarak hukukun genel ilkelerine ilişkin alınan pozisyonlar, hukuk devleti (veya hukukun üstünlüğü) kavramının bir bileşeni olarak kabul eden doğal hukuk öğretisinden, hukukun kaynaklarını yazılı kaynaklara indirgeyen pozitivist teoriye kadar değişik anlayış ve öğretilerde farklılaşmaktadır. Ancak tartışmalı olmayan bir husus, Uluslararası Adalet Divanının Statüsünde uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak açıkça sayılmanın dışında; bunlara, ulusal ve uluslararası yargı organlarınınca uzun yıllardır başvurulmakta olduğudur. Bir hukuk sisteminde yasama ve yürütme organlarının her türlü hukuki probleme cevap verecek düzenlemeleri önceden yapmasının imkansızlığı ve önceden yapılmış kuralların da, yorumlanmaya muhtaç olduğu hakikati karşısında, mevcut normların yorumlanması ve bazen de birtakım boşlukların uygulayıcılar (bilhassa da yargıçlar) tarafından doldurulması şeklindeki “tabii” ihtiyaca binaen işlev gören bu ilkeler, bu yönleriyle anayasal sistemlerin önemli bir “kaynağı” olmaktadır.

Kimi yönleriyle uluslararası kimi yönleriyle de ulusal hukuk sistemlerine benzer özellikler gösteren Avrupa Birliği (AB) Hukukunda da, hukukun genel ilkeleri, bu hukuk sisteminin ilk yıllarından itibaren sistemin yargı organı tarafından kullanılmış ve jürisprüdansiyel bir ölçü normlar bloğu olarak işlev görmüştür. Bu çalışmada yapılacak olan da, bu genel hukuk ilkelerine, AB Hukukunun penceresinden bakmak; bu hukuk sisteminde başta temel hak ve hürriyetlerin korunması olmak üzere gördüğü işlevleri ortaya koymaktır. Jürisprüdansiyel hukuk inşası, diğer bir deyişle yazılı kuralların yetersizliğinde yargıç yapımı kurallara muhtaç olma yönü, belki de birçok ulusal hukuk sisteminden daha fazla olan AB hukuk sisteminde, bu ilkeler, çok önemli işlevleri yerine getirmiş ve getirmektedir. Sadece, temel anayasal metinler olan Kurucu Antlaşmalardaki sessizlik ve ihmal karşısında, insan hakları korumasının jürisprüdansiyel olarak başlatılması serüveninde “hukukun genel ilkeleri”nin oynadığı rol dahi, bunların AB Hukukundaki önemini göstermeye yeterlidir.

Bu bağlamda AB hukuk sisteminde hukukun genel ilkelerini inceleyeceğimiz bu çalışmada, önce kavramsal bir giriş yapacak ve bu ilkelerin bir hukuk sisteminde ve özel olarak AB’de icra ettiği işlevlere değinecek; sonra bunların AB Hukukunda kullanılmasının anayasal (Kurucu Antlaşmalardaki) dayanaklarını bulup çıkaracak; ardından hangi “alt kaynaklardan” esinlenilerek bu tür ilkelerin somut olaylarda ortaya çıkarıldığını inceleyeceğiz. Bunlardan sonra, bu ilkelerin AB hukuk sistemi içindeki “hukuki statüsü” bahsine değinecek ve bugüne kadar AB’nin yargı organı tarafından genel hukuk ilkesi olarak bulunup uygulanmış bazı genel hukuk ilkelerine bakıp bunlardan en önemlileri sayılan insan haklarıyla ilişkisini irdeleyecek ve halihazırda Lizbon Antlaşmasıyla şekillenmiş olan AB’nin anayasal yapısı içinde bu ilkelerin “geleceğine” ilişkin bir beyin fırtınası yapacağız.

¹ Bu makale, tarafımızca İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde 2015 Temmuz’da savunulan Avrupa Birliği’nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması adlı doktora tezinin s.404 vd. bölümünden alınarak revize edilmiş ve yeni başlıklar eklenerek yayıma hazırlanmıştır.

I. Kavram ve Felsefi Temel

Esasında hukukun genel ilkeleri veya diğer bir deyişle, genel birtakım hukuki ilkeler, özellikle hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk sisteminde asıl normları yorumlamak için başvurulan birtakım ilkedir. Bir hukuk sisteminde yasama ve yürütme organlarının her türlü hukuki probleme cevap verecek düzenlemeleri önceden yapması mümkün olmadığı gibi; önceden yapılmış kuralların da, yorumlanmaya muhtaç olduğu bir gerçektir. Bu anlamda, mevcut normların yorumlanması ve bazen de birtakım boşlukların uygulayıcılar (bilhassa da yargıçlar) tarafından doldurulması, hukukta adiyattandır. İşte bu yorum ve tamamlama ameliyesi esnasında, uygulayıcılar, herhangi bir yerde yazılı olarak bulunmasına gerek olmayan birtakım ilkelere hareket ederler.² Bu bağlamda, derinlemesine felsefi ve sosyolojik tartışmalara girmeden, genel hukuk ilkelerinin, hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk düzeninde, bu düzenin mevcut normlarının yorumlanması için gerekli bir kaynak olduğunu söyleyebiliriz. AB Hukukunda da, bu (işlevsel) bakış açısıyla, "hukukun genel ilkelerini", basitçe, Birliğin yargı organının, Birlik normlarının yargısal (yani Kurucu Antlaşmalara uygunluk) denetimini yaparken başvurduğu (yani tüm Birlik normları ile *Birlik Hukuku* kapsamındaki Üye Devlet tasarruflarının uygun olmak zorunda bulunduğu) bir ölçü normlar grubu olarak tanımlamak mümkündür. Bu anlamda, hukukun genel ilkeleri, AB Hukukunun kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Üstelik, bir ölçü norm olarak görülmesi dolayısıyla da, AB normlar hiyerarşisinde Kurucu Antlaşmalar ve Temel Haklar Şartı ile birlikte birincil kaynaklar arasında yer almaktadır.³

Fakat ne hukukun genel ilkeleri, ne de bu ilkelerin, içinde ortaya çıkıp evirildiği "hukukun üstünlüğü" kavramı, ilk Kurucu Antlaşmalarda kendine açıkça yer bulabilmiştir.⁴ Ancak gerek (o zamanki) Avrupa Ekonomik Topluluğu

² Trevor C. Hartley, *The Foundations of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edt., 2010, p.141. Nitekim genel hukuk ilkeleri, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün m.38/1,c hükmü uyarınca, uluslararası hukukun kaynaklarından birisidir.

³ AB Hukukunun Kaynakları. Doktrinde farklı tasnifler olmakla birlikte, bunların, en genel anlamda birincil (primary) ve ikincil (secondary) kaynaklar olarak sınıflandırıldığını söyleyebiliriz. Başta Kurucu Antlaşmalar (Paris ve Roma Antlaşmaları olarak bilinen AKÇT, AET ve Euratom Antlaşmalarından başlayarak en son 2009 tarihli Lizbon Antlaşması'na kadar uzanan süreçte Üye Devletler tarafından imzalanan antlaşmalar) olmak üzere, (Lizbon ile birlikte bu statüye çıkartılan) Temel Haklar Şartı, Üye Devletlerin AB'ye katılım antlaşmaları ve Adalet Divanı tarafından ortaya konan hukukun genel ilkeleri, AB Hukukunun birincil kaynaklarını oluştururken; Birliğin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar ile Birlik organlarının (Kurucu Antlaşmalar kapsamında kabul ettikleri) tasarrufları (yani mevzuat) da, ikincil kaynakları oluşturmaktadır. İkincil kaynaklar dediğimiz mevzuatın başlıcaları da, (Lizbon sonrası) Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA) m.288/2 uyarınca, tüzükler (regulation), yönergeler (directive), kararlar (decision), tavsiyeler (recommendation) ve görüşlerdir (opinion).

⁴ Allan Rosas, Lorna Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, 2010, p.36. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bu ilkeye hemen istisnasız yer veren Batı demokrasilerini düşündüğümüzde, bu ilkenin bu ülkelerin oluşturduğu örgütün kurucu antlaşmalarında yer almaması şaşırtıcı gelebilirse de, bu projenin siyasi saiklerden önce ekonomik hedeflerle başlatılması (yani temeldeki iktisadi öz), hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetler, demokrasi gibi değer ve kavramların, başlangıçta hukuki-normatif yapıda kendine pek yer bulamamasına yol açmıştır. Nitekim yazarlar, Maastricht Antlaşması'nda temel haklarla birlikte hukukun üstünlüğü kavramının da

(AET) Antlaşması'nın Topluluk organlarının ancak Antlaşmalar'da kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde hareket edebileceğini belirten 4. madde hükmü;⁵ gerek Adalet Divanına Antlaşmaların uygulanmasında "hukuka" uyulmasını gözetme yetkisi veren AET Antlaşması'nın 164. maddesi,⁶ kurucu babaların, daha Topluluğun ilk yıllarından itibaren bu ilkeyi Topluluğun temellerinden birisi olarak düşündüğünü ortaya koymaktadır.⁷ Nitekim hukukun üstünlüğü ilkesi, Maastricht Antlaşması ile Birliğin üzerinde kurulduğu ilkelere birisi olarak açıkça zikredilmiş; Lizbon Antlaşması ile de, bir derece daha ileriye gidilerek, Birliğin üzerine bina edildiği "değer"lerden birisi olduğu vurgulanmıştır.⁸ Hatta Birliğin yargı organı, bu gelişmelerden çok daha önce, "Topluluğun, hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine bina edildiğini ve ne kurumların ne de Üye Devletlerin işlemlerinin temel anlayışın şart olan antlaşmalara uygunluk denetiminden kaçabileceğini" net biçimde ortaya koymuştur.⁹

Öte yandan AB Hukukunun özü, hemen akla gelebileceği gibi, pazar entegrasyonu, iç pazarın kurulması ve sosyal konulara ilişkin artan bir bütünleşme isteğidir. Hedeflenen ekonomik bütünleşme modeli, ekonomik ve sosyal hayata ilişkin birtakım düzenlemelerin de yapılmasını beraberinde getirmiştir. Bütün bu kuralların ise, bireyi doğrudan etkileyen boyutu olduğu açıktır. Hal böyle olunca, böyle bir hukuk düzeninin günlük hayatlarını doğrudan etkilediği bireyleri korumak için birtakım mekanizmalar ve ilkeler barındırması da doğaldır. Diğer bir deyişle, bu ulusal-üstü aygıtın yürütmekte olduğu yasama ve yürütmeye ilişkin yetkilerin bir takım ilkelere uygun olması (ve birtakım mekanizmalar vasıtasıyla bu uygunluğun da denetlenmesi) gerektiği şüphesizdir.¹⁰ AB'nin süreç içerisinde yetkileri arttıkça, Birlik kurumları ile onların kararlarını ulusal düzeyde yürüten ulusal kurumların tasarruflarının bireylerin hak ve menfaatlerini daha çok etkilemesi söz konusu olmuş; bu da, bunların güvence altına alınması için birtakım ilkelerin geliştirilmesini gerektirmiştir. AB Hukukunda, yargısal usullerle (jürisprüdansiyel) bir hukukun genel ilkeleri doktrininin ortaya konup geliştirilmesine bu açıdan bakmak da mümkündür.¹¹

yer almasını, ekonomik bütünleşmeden siyasi bütünleşmeye doğru bir dönüşüm olarak değerlendirmektedirler.

⁵ Günümüzde Lizbon sonrası Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) m.5

⁶ Lizbon sonrası ABA m.19/1

⁷ Bu hükümlerle, hem her düzeydeki otoritenin, yetki kullanırken, önceden belirlenmiş kurallarla bağlı olması; hem de günümüzde hukukun üstünlüğü ilkesinin şiarı olan ilkeye aykırılık halinde bunun yaptırıma uğratılacağı (yani sistemden ayıklanacağı) ortaya konulmak suretiyle, bu ilkenin başta yargısal denetim olmak üzere temel bileşenleri zaten ortaya konmuş olmaktadır (Rosas-Armati, p.37). Hatta ABD Anayasasında böyle bir yargısal denetimin olmadığını ve ABD anayasacılık tarihinin büyük bir bölümünün ABD Yüksek Mahkemesinin buna ilişkin mücadelesine ayrıldığını düşündüğümüzde; yasama işlemlerinin yargısal denetimini daha baştan beri öngören Kurucu Antlaşmaların, bu anlamda önemli bir iş yapmış olduğu söylenmelidir (Lindfelt, p.13).

⁸ Rosas-Armati, pp.36-37.

⁹ Rosas-Armati, p.37. (Yazarların atf yaptığı karar, 1984 tarihli Les Verts v. European Parliament (Case 294/83) kararıdır).

¹⁰ Stephen Weatherill, Cases & Materials on EU Law, Oxford, Oxford University Press, 9th Edt., 2010, p.54.

¹¹ Josephine Steiner, Lorna Woods, EU Law, 10th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp.134, 135.

II. Ratio Legis ve İşlev

Aslında yukarıda kaldığımız yerden devam edip, bu ilkelerin hangi ihtiyaçlara binaen ortaya çıktıklarını ortaya koymak, aynı zamanda bu ilkelerin AB Hukuku içinde icra ettiği işlevleri de ortaya koyacaktır. Hukukun genel ilkelerinin AB Hukukunda icra ettiği *üç temel işlevden* bahsetmek mümkündür: Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde ölçü norm olma;¹² Antlaşma ve ikincil mevzuat hükümlerinin (özellikle Birlik organlarının yetkilerinin sınırları noktasında) yorumunda kullanılma ve her yönüyle mükemmelleşmiş bir hukuk düzeni inşa etme sürecinde adaletsizliklere imkan vermemek adına normatif boşlukları doldurma.¹³

Bütün bu işlevleriyle, hukukun genel ilkelerinin, Avrupa kamu düzeninde ortak bir anayasal alanın ortaya çıkarılıp geliştirilmesine katkı sağlamak başta olmak üzere, birtakım “yan” işlevlerinden de bahsedilebilir. Bu ilkeler, sistemdeki Üye Devletlerin anayasal sistemlerinden esinlenilerek ortaya çıkarıldığı için¹⁴ ulusal anayasa hukukları ve bunlara ilişkin doktriner ve içtihadî yaklaşımlar, ister istemez Birlik yargı organını bu ilkeleri AB Hukukuna devşirirken etkilemektedir. Böylece gerek ulusal anayasalar gerek ulusal anayasa mahkemeleri, AB Hukukunda hukukun genel ilkelerinin oluşumunda önemli bir rol oynamakta; bir anlamda tabandan tavana bir etki söz konusu olmaktadır.¹⁵ Ancak hemen belirtelim ki, bunlar, bir kez sisteme aktarıldı mı, artık Birlik düzeninin özelliklerine ve niteliklerine göre şekillenmekte ve ulusal hukuklardan bağımsız, AB Hukukunun münhasır bir kaynağı olarak uygulanmaktadır.¹⁶ Bu da tabii ki, bazı hallerde aynı ilkenin ulusal hukuklarda yaptığı etkinin Birlik Hukukunda farklı olabilmesine ve böylece, bireylerin, kimi hallerde, aynı ilkeden kendi hukuk düzenlerinde yararlandıklarından daha farklı (avantajlı veya dezavantajlı) bir şekilde yararlanmalarına yol açabilmektedir.¹⁷ Bu-

¹² Birlik yargı organları, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, ABİA m.263'teki iptal sebeplerini, hukukun genel ilkelerini ortaya koyup geliştirmek için bir çerçeve olarak kullanmış; temel haklar, orantılılık, meşru beklentiler, ayrımcılık yasağı, şeffaflık ve ihtiyatlılık gibi kavramları, buradan hareketle bir ölçü norm olarak AB (İdare) Hukukuna sokmuştur (Paul Craig, Gráinne de Búrca, EU Law: Text, Cases and Materials, 5th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2011, p.519).

¹³ Koen Lenaerts, José Gutiérrez-Fons, “The Role of General Principles of EU Law”, A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood, Ed. by Anthony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Oxford, Hart Publishing, 2011, p.179; Margot Horspool, Matthew Humphreys, European Union Law, Oxford University Press, Oxford, 6th Edt., 2010, p.141. Yazarlara göre, Adalet Divanının her hukuk düzeninde olduğu gibi AB Hukukunda da karşılaşılan hukuk boşluklarını doldurmak ve böylece bir adaletsizliğin ortaya çıkmasını engellemek için böyle ilkeleri ihtiyacı vardır. Bu anlamda hukukun genel ilkeleri, maddi birtakım normlar ile bu normların ve bir bütün olarak içinde yaşadıkları sistemin anlaşılmasına hizmet edecek birtakım ilkelerin bileşimi üzerine kurulu mükemmel bir hukuk düzeninin inşasına katkı yapma çabalarının bir delili olarak da gösterilebilir. Diğer bir deyişle, bu ilkeler, hukuk sisteminin genelinde işlev gören rehberler gibidir (Horspool-Humphreys, p.141).

¹⁴ Hukukun genel ilkelerinin hangi kaynaklardan esinlenilerek ortaya çıkarılıp uygulandığına aşağıda değineceğiz.

¹⁵ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.179.

¹⁶ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.180.

¹⁷ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.180.

nun bir ileriki safhası ise, üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinin¹⁸ de etkisiyle, Adalet Divanının, bazı hallerde, ulusal idari ve yargısal mercileri ve hatta yasama organlarını, birey hak ve özgürlükleri lehinde birtakım düzenlemeler yapmaya veya mevcut uygulamaları değiştirmeye yöneltebilmesidir.¹⁹ Bu ise, bu sefer ters yönden (tavandan tabana şeklinde) bir etkilenmeye yol açacak ve bu kez Birlik Hukuku, ulusal hukukları etkilemiş olacaktır. Bu karşılıklı etkilenme ve diyalogun ise, Avrupa kamu düzeni bağlamında ortak bir anayasal alanın oluşumuna yol açması söz konusudur.²⁰

III. Hukukun Genel İlkelerinin Birlik Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Kullanılmasının Anayasal Dayanakları

Kurucu Antlaşmaların, başlangıç itibarıyla, AB hukukunun açık bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri kavramına yer vermediğini yukarıda söyledik. Örneğin medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk ilkelerini, uluslararası hukukun kaynakları arasında sayan Uluslararası Adalet Divanının Statüsünün 38. maddesine benzer bir hüküm, başlangıçta Kurucu Antlaşmalarda yer almamıştır. Antlaşmalar, sadece Topluluğun *sözleşme-dışı sorumluluğuna* ilişkin olarak hukukun genel ilkelerine atıf yapmıştır.²¹ Ancak Birliğin yargı organı, yukarıda yer verdiğimiz ihtiyaçlardan hareketle ve yine yukarıda değindiğimiz “felsefi” arka planla, Kurucu Antlaşmalardaki birtakım hükümleri kullanarak, hukukun genel ilkelerine, daha ilk yıllardan itibaren AB Hukukunun kaynakları arasında yer vermiştir. Diğer bir anlatımla, yukarıda, hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk sisteminde bu tür ilkelerin olmasının tabii olduğunu ve birtakım ihtiyaçlara (yorum, boşlukları doldurma gibi) hizmet ettiğini ifade ettik. Ancak bu “maddi” (ihtiyaçlar) ve “manevi” (felsefi temel) arka planın yanında, Divan, bu ilkelere başvururken, bazı somut antlaşma hükümlerini de kullanmış; Birlik kurallarının sadece antlaşmalar ve (ikincil) mevzuattan değil, aynı zamanda birtakım ilkelere de çıkarılabileceği yönünde bir yaklaşım geliştirmiştir.²²

Bunlardan ilki, **ABA m.19/1** (AETA m.220, ATA m. 164) hükmüdür.²³ Birliğin yargı organının temel yetkisini düzenleyen hükümde, Adalet Divanının Antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında “hukuka uygunluğun” sağlanmasını temin edeceği belirtilmektedir. Buradaki “hukuk” kavramının, sadece Antlaşmalar ve diğer mevzuat değil; onların da ötesinde ve hatta üstünde

¹⁸ AB Hukukunun ulusal hukuklardan üstün olması (veya onlara göre “öncelikle” uygulanması) ve belli şartları taşıyan Birlik normlarının iç hukuklarda doğrudan hak ve yükümlülükler doğurması şeklindeki, Birlik yargı organının ilk yıllardan itibaren ortaya koyduğu yaklaşımlar...

¹⁹ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.180.

²⁰ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.180. Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Lenaerts, Gutiérrez-Fons, p.181 vd.

²¹ Bruno de Witte, “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, *The EU and Human Rights*, Ed. by Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.864.

²² Bu yüzden doktrinde, gerek Antlaşma’yı hazırlayanların gerek Üye Devletlerin, Topluluk Hukukunun sadece yazılı kurallardan oluşacağını ve kendi ulusal hukuk sistemlerindeki gibi birtakım yazısız ilkelere yer vermemeyi düşündüklerini söylemenin pek gerçekçi olmadığı yorumu yapılmıştır (de Witte, p.864).

²³ Hartley, p.142.

başka bir olguya işaret ettiği, daima söylenmiştir.²⁴ Böylece bu hüküm, birtakım genel hukuk ilkelerinin Topluluk hukuk düzeni içine yerleştirilmesine zaten hevesli olan Adalet Divanının işini, bir anlamda kolaylaştırmıştır.²⁵ Hatta Hartley'e göre; bu hüküm, genel birtakım hukuk ilkelerinin Topluluk yargısı tarafından dikkate alınmasını, tercihin de ötesinde bir zorunluluk olarak ortaya koymaktadır.²⁶

Yine hukukun genel ilkeleri kavramına ilham veren bir diğer antlaşma hükmü de, **ABİA m. 263** (AETA m.230, ATA m.173) olmuştur.²⁷ Mevzuat dediğimiz Topluluk tasarruflarının (işlemlerinin) hukuka aykırılık dolayısıyla iptal sebeplerini düzenleyen bu hüküm, iptal sebepleri arasında *Antlaşmaların veya Antlaşmaların uygulanmasına ilişkin herhangi bir hukuk kuralının ihlalini saymaktadır*.²⁸ Ayrıca zikredilmiş olması dolayısıyla buradaki "*herhangi bir hukuk kuralı*" ibaresinin, Antlaşmalar'ın ötesinde birtakım ilkelere atıf yaptığı söylenmiştir.²⁹ Craig ve de Brca'ya göre; o zamanki AET Antlaşması'nın hazırlık belgelerinin (*travaux prparatoires*) yokluğu, ibaredeki bu ikinci kısımdan ne kastedildiğini bilmemizi engellemektedir. Bu noktada akla ilk gelebilecek yorum, ölçü normlar olarak Kurucu Anlaşmaların yanında tüzük, yönetmelik, karar gibi antlaşmalar doğrultusunda çıkarılan ikincil normların kastedildiği olabilir-se de; yazarlar, bunun gerçekten istenmesi halinde basitçe ifade edilebileceğini, dolayısıyla, burada, alternatif olarak, Kurucu Antlaşmalar ve ikincil mevzuatın yanı sıra Topluluk yargı organları tarafından geliştirilecek birtakım ilkelerin kastedilmiş olabileceğini düşünmenin daha isabetli olacağını ifade etmektedirler.³⁰ Nitekim Mahkeme de, tüzük, yönerge, karar gibi Birlik kurumlarının tasarruflarını zaman içinde tespit ettiği birtakım genel hukuk ilkelerine uygunluk yönünden de denetlemiş ve aykırılık halinde iptal etmiştir.³¹ Böylece hükümdeki biraz da muğlak ifade tarzı, Adalet Divanının, birtakım idare hukuku prensiplerini iptal sebebi olarak ortaya koyup uygulamasında bir anlamda kolaylaştırıcı etki yapmıştır.³² Diğer bir ifadeyle, Adalet Divanı, 263. maddedeki ifadenin kendisine araladığı kapıyı sonuna kadar açma yoluna gitmiştir. Divan, *usuli haklardan temel haklara, eşiş muamele ve ayrımcılık yasağından orantılılığa, hukuki kesinlikten meşru beklentilere* kadar birçok genel hukuk ilkesini ortaya koymuş ve bunları, gerek Birlik normlarının gerek Birlik Hukuku kapsamındaki ulusal normların yorumlanmasında ve Birliğin verdiği zararlardan dolayı açılacak davalarda, birer ölçü norm / ilke olarak kullanmıştır.³³

²⁴ Hartley, p,143; Craig, De Brca, p.110.

²⁵ Craig, De Brca, p.110.

²⁶ Hartley, p,143.

²⁷ Hartley, p,143.

²⁸ "... infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application..." Hükümdeki diğer iptal sebepleri olarak, yetkisizlik, esaslı bir usul kuralının ihlali ve yetkinin kötüye kullanılması sayılabilir. AB İdare Hukukundaki iptal sebeplerini düzenleyen bu hükme bakıldığında, Fransız öğretisinin etkisini görmek mümkündür (Craig, De Brca, p.109).

²⁹ Hartley, p,143.

³⁰ Craig, De Brca, pp.109-110.

³¹ Hartley, p,143.

³² Craig, De Brca, p.110.

³³ Craig, De Brca, p.525.

Bu noktada gösterilebilecek bir diğer hüküm de, yine **ABİA'nın** Birliğin sözleşme dışı (*non-contractual*) sorumluluğunu düzenleyen **m.340** (AETA m.288, ATA m.215) hükmüdür.³⁴ Bu hükümle, Birliğin gerçek ve tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan akdi sorumluluğunu, sözleşmenin tabi olduğu hukukun kurallarına göre çözülmesini öngören Antlaşma, Birliğin *sözleşme dışı (haksız fiil ve idari)* sorumluluğu noktasında, *sorumluluğun, Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak olan genel hukuk ilkelerine göre belirleneceğini* öngörmüştür. Bu hüküm de, kurucu iradenin, daha en başından beri, Birlik hukuk sisteminde birtakım evrensel hukuk ilkelerinin yer alması yönündeki iradesini ortaya koyduğu şeklinde yorumlanmıştır.

Bunlar, Birlik yargısının, birtakım genel hukuk ilkelerini sisteme aktarırken, destek aldığı somut anayasal hükümlerdir. Fakat şunu da ifade edelim ki, bu hükümler, kurucu irade noktasında, genel hukuk ilkelerinin sistemde yer almasının düşünüldüğünün göstergesi olma anlamında hiç şüphesiz önemli olmakla birlikte, Divanın, bu hükümlerin hiçbirisi olmasaydı da, muhtemelen, birtakım genel hukuk ilkelerini bulup çıkaracağı ve başta da söylediğimiz gibi, hukukun üstünlüğüne dayalı her hukuk sistemi gibi, AB Hukukunun da bağımsız bir kaynağı olarak uygulayacağı söylenebilir.³⁵

IV. Elde Edilme Yöntemi / Kaynakları

Peki kendisi Birlik Hukukunun bir kaynağı olan hukukun genel ilkelerinin kaynağı nedir? Diğer bir deyişle, herhangi bir yerde yazılı olarak bulunmayan ve dolayısıyla yargısal olarak bulunup ortaya konması gereken bu ilkeleri "keşfederken", hangi kaynaklardan yararlanılmakta, esinlenilmektedir? Divan, bu ilkeleri ortaya çıkarıp uygularken çeşitli kaynaklardan yararlanmaktadır. Bu "ilham" kaynaklarının başında, Kurucu Antlaşmalar ile Üye Devletlerin hukuk sistemleri gelmektedir.³⁶ Bunun yanında, uluslararası hukuk (ve uluslararası hukukta benimsenen genel ilkeler) ve ikincil Topluluk mevzuatı da, Adalet Divanı tarafından bir ilkenin hukukun genel ilkesi olarak ortaya konup uygulanmasında başvurulan kaynaklardır.³⁷ Hatta Divanın, yukarıdaki kaynakların hiçbirinde yer almayan bir ilkeyi de, pekala hukukun genel ilkesi olarak kabul edip uygulamasına rastlamak da mümkündür.³⁸ AB Hukukunda 1960'ların sonlarından beri bir genel hukuk ilkesi olarak uygulanan "insan hakları" noktasında, AİHS ön planda olmuşken; "diğer" genel hukuk ilkelerinde Kurucu Antlaşma hükümleriyle ulusal hukuklar, daha ziyade etki etmiştir.

Kurucu Antlaşmalardan hareket ettiğinde, Divan, Antlaşmalardaki bir hükmü, Antlaşmalarda yer almayan daha genel bir ilkenin somutlaşması olarak görmekte ve böylece söz konusu genel nitelikteki ilkeyi, kendi başına hukukun genel bir ilkesi olarak uygulamaya başlamaktadır.³⁹ "Eşitlik" ilkesi, bunun güzel bir örneğidir. Divan, AB vatandaşları arasında sözleşmenin uygulanması kapsamındaki meselelerde vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan

³⁴ Hartley, p.143.

³⁵ Hartley, p.143.

³⁶ Hartley, p.142.

³⁷ Koen Lenaerts, Piet van Nuffel, European Union Law, Sweet & Maxwell, 3rd Edt., 2011, p.853; Alina Kaczorowska, European Union Law, Routledge-Cavendish, 2009, p.231.

³⁸ Lenaerts, Van Nuffel, p.853.

³⁹ Hartley, p.142.

antlaşma hükmünün (o zamanki ATA m.12/6, Lizbon sonrası ABİA m.18), diğer birtakım metinlerden de destek alarak, her türlü sebebe dayalı ayrımcılık yasağı şeklindeki genel eşitlik ilkesinin özel bir tezahürü olduğunu belirtmiş ve böylece AB vatandaşları arasında AB Hukukunun kapsamındaki meselelerde her türlü temele dayalı (ırk, dil, cinsiyet, yaş vs.) ilişkin ayrımcılık yasağını (eşitlik ilkesini) kabul etmiştir.⁴⁰ Görüldüğü gibi, daha ilk zamanlardan itibaren Antlaşmalarda düzenlenen “ayrımcılık yasağını”, her alana şamil bir eşit muamele ve ayrımcılık yasağı ilkesine dönüştürmek, Divan için işten bile olmamıştır.⁴¹

Birlik yargısı, bazen de, özel (daha dar kapsamlı) bir Antlaşma hükmünden daha genel nitelikteki bir (genel) hukuk ilkesi çıkarabilmektedir. Örneğin *Artogodan GmbH* kararında,⁴² (o zamanki) İlk Derece Mahkemesi, AET Antlaşması'nın (m.174/2, Lizbon sonrası ABİA m.191), çevre politikası bağlamında Topluluk kurumlarına yüklediği, karar alırken “ihtiyatlılık ilkesine” (*precautionary principle*) uygun davranma yükümlülüğünü,⁴³ sağlık, tüketici ve çevrenin korunmasına ilişkin diğer Antlaşma hükümlerine de atıf yaparak, “bütün” (sadece çevre değil) Topluluk politikalarının ve eylemlerinin uygulanmasında geçerli olan bir ilke olarak kabul etmiştir (paras.183, 184). Karar, Birlik yargı organlarının, bir ilkeyi öyle ya da böyle çağrıştıran spesifik Antlaşma hükümlerinden ve biraz da ilgili içtihatlardaki yaklaşımlardan hareket ederek, genel bir hukuk ilkesi ortaya çıkarma eğilimini güzel bir şekilde ortaya koymaktadır.⁴⁴

Divan, bazen de, ulusal hukuklardan hareketle bir genel hukuk ilkesi ortaya koyabilmekte; Antlaşmalarda yer almayan, fakat Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde var olan birtakım ilkelere de, AB Hukuku bağlamındaki meselelerde ölçü norm olarak başvurulabilmektedir.⁴⁵ Divan, ulusal hukuklardan bir ilkeyi, genel hukuk ilkesi olarak Birlik Hukukuna devşirebilmek için, kural olarak o ilkenin Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde “ortak” olmasını aramaktadır. Tabii tam bu noktada da, bir ilkenin bu şekilde Birlik Hukukuna aktarılabilmesi için, asgari kaç devlet tarafından kabul edilmesi gerektiği; diğer bir deyişle, kaç Üye Devletin ulusal anayasal sisteminde kabul edilen bir ilkenin, bu anlamda “ortak” bir ilke olduğu sorusu belirmektedir. Bu husus, doktrinde oldukça tartışmalı olmanın yanında; Birlik yargısının da, zaman zaman kafasının karışık olduğunun hissedilmesine yol açan kararlar verdiği bir alan olmuştur. Bir yanda, “herhangi bir” Üye Devlette benimsenen bir genel hukuk ilkesinin, bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilebileceği şeklindeki minimalist görüş; öte uçta da, tüm Üye Devletlerin anayasal sistemlerinde bir şekilde benimsenmiş olmanın gerektiği şeklindeki (anayasal çoğulculuk felsefesinin en

⁴⁰ Hartley, p.142.

⁴¹ Craig, De Búrca, p.110.

⁴² Cases T-74, 76, 83-85, 132, 137, 141/00, *Artogodan GmbH and Others v. Commission*, ...2002, ECR II 2002/4945.

⁴³ Birlik kurumlarının, eylem ve işlemlerinde, çevre, kamu sağlığı ve güvenliğine yönelik riskleri önlemek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü (kararın 184. paragrafı)

⁴⁴ Craig, De Búrca, p.111. Ancak Birlik yargısının aksi yöndeki kararlarına da rastlamak mümkündür. Örneğin yakın dönemde verilen *Audiolux* kararında (C-101/08), Adalet Divanı, bir şirkette, hakim ortak karşısında azınlıktaki ortakları koruyacak şekilde genel bir eşitlik ilkesi olup olmadığı sorusuna, salt ikincil Birlik mevzuatında azınlıktaki ortakları koruyan birtakım hükümlerin bulunmasını, bilhassa da bu hükümlerin spesifik ve çerçevesi belirli birtakım haklara münhasır olması hasebiyle, bu meyanda genel bir ilkenin varlığı için yeterli görmemiştir (para.34).

⁴⁵ Hartley, p.142.

katı haliyle uygulandığı) maksimalist görüş; ve bu iki uç arasında, doktrinin çoğunluğunun kabul ettiği orta bir yol, karşımıza çıkmaktadır. Bu hususa, ileride ayrıca değineceğiz.

Keza başta AİHS olmak üzere uluslararası hukuk metinleri de, bu süreçte, hukukun genel ilkelerinin keşfinde yararlanılan esin kaynaklarından olmuştur. Divan (ve diğer Birlik yargı organları), başta AİHS olmak üzere, Avrupa Sosyal Şartı, AB Sosyal Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, çeşitli ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmış çeşitli sözleşmelerden hareketle de, genel hukuk ilkeleri çıkartmıştır. Tabii, daha önceden de belirttiğimiz gibi, bunlar, hukukun genel ilkeleri içinde daha ziyade temel hak ve hürriyetlerin genel hukuk ilkeleri olarak bulunup uygulanmasında başvurulan kaynaklar olmuş ve bu noktada da, bilhassa AİHS, özel bir önem arz etmiştir. Divan, yazılı bir insan hakkı normunun olmadığı zamanlarda içtihadı olarak başlattığı insan hakları korumasında, *insan haklarının, hukukun genel ilkeleri kapsamında Birlik Hukukunda korunduğunu ve kendisinin, bu hak ve hürriyetleri bulup ortaya çıkarırken, Üye Devletlerde ortak olan anayasal gelenekler ve başta AİHS olmak üzere uluslararası metinlerden yararlanacağını* söylemiştir.⁴⁶

Bunlar, Birlik yargısının, bir ilkeyi, hukukun genel ilkeleri kapsamında AB (*İdare, İnsan Hakları vs.*) Hukukuna devşirmekte kullandığı referans normlar, bir nevi "alt" kaynaklardır. Ancak bir kez daha vurgulayalım ki, bu ilkeler, Birlik yargısı tarafından Kurucu Antlaşmalardan ve çoğunlukla da Üye Devletlerin hukuk sistemleri ile uluslararası metinlerden devşirilmekte; fakat ardından, Birlik hukuk sistemi içinde, bu düzenin icapları ve hususiyetleri çerçevesinde yoğrulup, geldiği kaynaktan bağımsız bir kimlik kazanarak tekrardan fakat bu sefer (üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerinin de etkisiyle) daha etkili bir şekilde ulusal hukuk sistemlerine dönmektedir. Üstelik, AB'nin faaliyet alanı ve yetkileri genişledikçe ve böylece AB Hukuku ulusal (özel ve kamu) hukuklarda artan bir şekilde etkisini artırdıkça, bu karşılıklı etkilenme ve beslenme de, o oranda artmaktadır.⁴⁷ Ancak unutmamak gerekir ki; ne olursa olsun, hangi "alt" kaynaktan gelirse gelsin, artık o ilke, oranın değil, AB Hukukunun bir ilkesi olarak uygulanacaktır.⁴⁸ . Nitekim Divan da, bir hukuk ilkesini tespit ettikten sonra aynı ilkeye atıf yapacağı zaman, tekrardan çeşitli ulusal hukuk sistemlerine yahut başka herhangi bir yere değil; o ilkeyi doğrudan bir hukuk kaynağı olarak benimsediği önceki kararlarına atıf yapmaktadır.⁴⁹

Genel hukuk ilkelerinin "geldiği" kaynakları bitirmeden önce, bir hususu daha vurgulayalım. Divan, bu süreçte, hem Birlik tasarruflarının yargısal denetimini öngören ABİA'nın 263. maddesi bağlamında açılan davaları hem de aynı 267. maddede düzenlenen *ön-karar prosedürünü*, bu ilkeleri devşirme ve geliştirme vasıtaları olarak kullanmaktadır. Diğer bir anlatımla, Divan, esin kaynağı olarak yukarıda değindiğimiz "kaynakları" kullanırken; başta 263 ve 267. mad-

⁴⁶ Divan, 1974 tarihli Nold kararından (C-4/73) beri bunu söylemekte (para.13); 1975 tarihli Rutili kararından (C-36/75) beri de, bu bağlamda özel olarak AİHS'yi zikretmektedir (para.32).

⁴⁷ Weatherill, p.73

⁴⁸ Hartley, p,142.

⁴⁹ Michael Akehurst, The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities, British Year Book of International Law, No:29, 1981, p.39.

deler olmak üzere Antlaşmalarda öngörülen yargısal yollar da, ona, bu kaynakları kullanarak genel hukuk ilkelerini ve böylece de Birliğin hukuk düzenini geliştirme ve şekillendirme imkanını veren usuli mekanizmalar olmaktadır.⁵⁰

V. Hukuki Statüsü

Daha önceden de değindiğimiz gibi, Kurucu Antlaşmalar, Birlik hukuk düzeninde açıkça bir normlar hiyerarşisinden bahsetmiş olmamakla birlikte; doktrin ve yargı kararlarında birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar şeklinde bir ayırım yapıldığını ve hukukun genel ilkelerinin de Kurucu Antlaşmalar ve Temel Haklar Şartı ile birlikte birincil kaynaklar içerisinde yer aldığını söylemiştik. O halde hukukun genel ilkelerinin teorik olarak tüzük, yönetmelik, karar ve uluslararası anlaşmalardan oluşan ikincil kaynakların hiyerarşik olarak üzerinde yer aldığını söyleyebiliriz. Nitekim yukarıda gördüğümüz gibi, bu ilkelerin zaman zaman bu ikincil mevzuat dediğimiz Birlik tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılması da, bunu göstermektedir.

Burada sorulabilecek soru, birincil kaynaklar içerisinde bu ilkelerin nerede yer aldığıdır. Bu noktada genel kabul edilen ilke, hukukun genel ilkelerinin Kurucu Antlaşmalar ve onun açıkça bu statüye yükselttiği Temel Haklar Şartı'ndan sonra geldiğidir. Bu anlamda, Kurucu Antlaşmalara ve Temel Haklar Şartı'na aykırı bir genel hukuk ilkesinin Birlik yargı organı tarafından ortaya konup uygulanması, elbette mümkün değildir.⁵¹ Nitekim Adalet Divanı da, *Sgarlata kararında*,⁵² *hukukun genel ilkelerinin Antlaşmaların açık hükümlerinin üstünde olamayacağını* söylemiştir (p.227).⁵³ Teorik durum bu olmakla birlikte, bu ilkelerin, genel olarak bir hukuk düzeninde ve özel olarak da AB Hukukunda icra ettiği fonksiyonu (Kurucu Antlaşma hükümlerinin yorumlanması ve boşlukların doldurulması) düşündüğümüzde, böyle bir çelişme ve çatışma ihtimalinin çok mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

O halde hukukun genel ilkeleri, AB normlar hiyerarşisinde, teorik olarak, Kurucu Antlaşmalar ile Temel Haklar Şartı'ndan altta; diğer tüm kaynaklardan ise, üsttedir. Ancak bu noktada bir üstünlük kurarken dikkat edilmesi gereken husus, bu ilkelerin, geçerliklerini, Antlaşmalardan (yahut Şart'tan) almadıkları; bu anlamda, bir genel hukuk ilkesinin, herhangi bir Antlaşma (veya Şart) hükmüne aykırı düştüğü gerekçesiyle sistemden ayıklanabilmesi gibi bir sonucun doğacak olmamasıdır.⁵⁴ Bu üstünlük (hiyerarşi), olsa olsa, Divanın da yukarıda atıf yaptığımız kararında belirttiği gibi, Kurucu Antlaşmaların açık hükmüne rağmen bir genel hukuk ilkesinin kabul edilemeyeceği şeklindeki bir "üstünlük"tür; ki, bu, zaten onun anayasal niteliğine bir hanel getirmeyeceği gibi, genel hukuk ilkelerinin, sadece AB Hukukunda değil, evrensel hukuk mantığında icra edebileceği işlevin de doğal icabıdır.

⁵⁰ Weatherill, p.73

⁵¹ Craig, De Bürca, p.108. Tabii, eşitlik, temel hakların korunması, orantılılık gibi, kökeni Kurucu Antlaşmalarda bulunan ilkeler bakımından ise, bunların, bir hiyerarşiden bahsedilecekse, bu hiyerarşinin en tepesinde oldukları söylenebilir.

⁵² C-40/64

⁵³ Penelope Kent, Law of the European Union, Pearson Longman, 4th Edt., 2008, p.69.

⁵⁴ Hatta bu anlamda, bu ilkelerin icra ettiği fonksiyonun, Kurucu Antlaşmalar ile aralarında bir geçerlilik ilişkisi kurmayı engellemesi dolayısıyla, arada gerçek anlamda bir hiyerarşinin bulunamayacağını söylemek dahi mümkündür.

Nitekim Divan, yakın tarihte verdiği kararlarında, Birlik hukuk düzeninin bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin anayasal statüsünü açıkça dile getirmeye başlamıştır.⁵⁵ Örneğin *Kadi* kararında,⁵⁶ Divan, *Antlaşmalardaki hiçbir hükümün, Birlik hukuk düzeninin temellerini teşkil eden ilkelere (demokrasi, özgürlük, insan hakları vs.) bir sapmaya izin verir şekilde anlaşılamayacağını* vurgulamıştır (para.303).⁵⁷ Hatta öyle ki, Divanın, Kurucu Antlaşmaları, bütüncül bir nazarla yorumlayıp, lafzına açıkça aykırı bir sonuca ulaşılması sonucunu doğuracak bir genel hukuk ilkesine başvurduğu dahi olmuştur.⁵⁸ Örneğin *Les Verts* kararında,⁵⁹ Divan, dava tarihindeki Antlaşma hükümleri (AETA m.173), yalnızca Birlik Konsey ve Komisyonu'nun kararlarına karşı dava açılmasına izin vermesine rağmen, *Antlaşma'nın genel felsefesinin, hukuki etki doğurmasına elverişli tüm Topluluk işlemlerinin bir şekilde yargı denetimine açık olması olduğunu söyleyerek*,⁶⁰ Birlik Parlamentosu'nun kararlarına karşı da dava açılabilmesine hükmetmiştir (para.24).⁶¹ Burada Divanın yaptığı şey, elbette, bir Kurucu Antlaşma hükmü ile bir genel hukuk ilkesini çarpıştırmak ve buradan da ikincisi lehine bir hiyerarşik üstünlük çıkarmak değildir. Divan, aslında bir Kurucu Antlaşma hükmünü, Antlaşma'nın bütünü ve felsefesini de dikkate alarak yine bu "bütün" ve "felsefeden" çıkarttığı (yani sonuçta temelinin yine aynı Antlaşma'dan alan) bir genel hukuk ilkesiyle uyumlu olacak şekilde yorumlamıştır. Ancak yine de, lafzı itibariyle çok net olan bir Antlaşma hükmünden lafzen farklı bir sonuca ulaşılmış olduğu gerçeğini de gözden kaçırmamak gerekir.

⁵⁵ Horspool, Humphreys, p.139.

⁵⁶ C-402-05

⁵⁷ Nitekim doktrinde, Rosas ve Armati, kararın, "Antlaşmaların Efendisi" konumunda olan Üye Devletlerin ve Birlik kurumlarının yasama yetkisine yönelik bir sınırlama potansiyelini dahi içinde barındırdığını söylemişlerdir (Rosas, Armati, p.39).

⁵⁸ Lenaerts, Van Nuffel, p.853.

⁵⁹ C-294/83

⁶⁰ Divana göre; AET, hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine kurulmuş bir Topluluk olup; ne Üye Devletler ne de kurumlar, eylem ve işlemleri bakımından temel anayasal şart olan Antlaşmalara uygun davranıp davranmadıkları yönündeki denetimden kaçabilir. Divana yetki veren hükümler (iptal davası, iptali sonraki davalarda öne sürebilme, ön-karar mekanizması vs.) birlikte değerlendirildiğinde, Antlaşma, genel ve bütün bir yargısal tefahat/denetim sistemi öngörmüş ve kendisine de kurumlar tarafından kabul edilen tasarrufları denetleyebileceği usulleri ihdas etmiştir. Bu sistemde, kişiler, ya doğrudan o Topluluk tasarrufuna karşı dava açabilmekte; ya da locus standi kuralları (doğrudan ve bireysel menfaat) dolayısıyla doğrudan dava açamadıkları hallerde de, bu Topluluk tasarrufu, Topluluk kurumları tarafından kabul edilen bireysel kararlarla uygulamaya geçiriliyorsa bu kararlara karşı Divan önünde, ulusal makamlar tarafından uygulamaya konuyorsa da, ulusal kararlara karşı ulusal mahkemeler önünde dava açılabilir bunu, ön-karar ile Divan önüne getirebilmektedirler (para.23).

⁶¹ Hatta Divanın bu yaklaşımı, doktrinde, AB'de, o tarihlerde herhangi bir yazılı metnin yokluğunda jürisprüdansiyel olarak yürütülen insan hakları koruma sisteminin yeterli olduğu; hatta var olan boşlukların bile gerek normal davalar gerek ön-karar mekanizması vasıtasıyla jürisprüdansiyel olarak doldurulduğu; bunun ise, temel hak ve özgürlükleri koruma adına bu işi Divana bırakmanın isabetli olduğunu gösterdiği şeklinde yorumlara yol açmıştır (Gerhard Bebr, "Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law", Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol:II, Edt. by Deirdre Curtin, Ton Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.306).

Hukuki statü bahsini bitirmeden belirtelim ki, Adalet Divanı tarafından süreç içerisinde genel hukuk ilkesi olarak ortaya birtakım ilkeler, başta temel haklar olmak üzere, zamanla Kurucu Kurucu Antlaşmalar ve Temel Haklar Şartı gibi kaynaklarda kodifiye edilmiş ve böylece hukukun genel ilkeleri dışında bir kaynak olarak AB hukuk düzenine yerleşmiştir. Keza Lizbon sonrası süreçte başlayan AB'nin AİHS'ye katılımı süreci tamamlandığında, AİHS de, Birliğin tarafı olduğu bir uluslararası anlaşma olacak ve böylece bugüne kadar AİHS'ten ilham alınarak Birlik Hukukuna aktarılan birtakım ilkeler de, ayrı ve bağımsız bir kaynak olarak AB hukuk düzenindeki yerini alacaktır. Bunun, madalyonun öte yüzünde, hukukun genel ilkelerinin AB hukuk düzenindeki rol ve işlevini etkileyip etkilemediği ise, ayrı bir meseledir; ki, buna aşağıda değineceğiz.

VI. Bazı Genel Hukuk İlkeleri

Başta konumuzu da oluşturan insan hakları (temel hak hürriyetler) ⁶² olmak üzere, Birlik yargısı, bugüne kadar, çok geniş bir yelpazede bir genel hukuk ilkeleri ağı oluşturmuş olup; bundan sonra da, yeni yeni ilkeleri AB hukuk düzenine katmaya istekli olduğunu ortaya koymuştur. Doktrinde, bu-

⁶² Günümüzde "insan hakları" ile temel haklar ve özgürlükler", genelde birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Bu noktada, "bireysel özgürlükler", "kamu hürriyetleri", "anayasal hürriyetler" gibi kavramlara da, zaman zaman rastlamak mümkündür. AB bağlamında ise, genelde kullanılan kavram, "temel haklar"ın karşılığı olarak "fundamental rights" kavramıdır. Bu, bizim çalışmamızın da konusuna giren hak ve özgürlükleri karşılamak için kullanılan; önce Divanın içtihatları, ardından da Kurucu Antlaşmalarda (mesele ABA m.6/3) yer alan kavramdır. "İnsan hakları"nın karşılığı olarak kullanılan "human rights" ise, daha çok, AB'nin "dış ilişkileri" bağlamında; yani insan haklarına siyasi bağlamda yaklaşıldığında tercih edilen kavramdır. Örneğin Divanın kararlarında insan haklarından bahsederken "human rights" kavramını değil, "fundamental rights" ifadesini kullandığını görebiliriz. Keza Kurucu Antlaşmalarda da, mesela AİHS'te güvence altına alındığı ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle, temel hakların, Birlik Hukukunun genel ilkeleri olduğunu söyleyen AB Antlaşması'nın 6/3. maddesinde de, aynı ifadeye rastlanır. Nihayet, AB'nin hak ve özgürlükler kataloğunun ismi de, "Temel Haklar Şartı" karşılığı olarak "Charter of Fundamental Rights"dir. Buna karşılık dış politika, dış ilişkiler gibi siyasi bağlamda ise, "insan hakları" karşılığı olarak "human rights" ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin, Birliğin, insan haklarına bağlılığını ortaya koyan ABA'nın "Giriş" kısmı ile 2. maddesinde; Birliğin üçüncü ülkelerle ilişkilerinde insan haklarının korunması amacını güdeceğini söyleyen ABAm.3/5 hükmünde; Birliğin uluslararası arenadaki eylemlerinde insan haklarının bölünmezliği ilkesine uyacağını söyleyen ABA m.21/1 ve 21/2, b hükümlerinde; keza Kopenhag kriterleri olarak bilinen AB'ye üyelik kriterlerinin "siyasi kriterler" başlığında; yahut Birliğin üçüncü ülkelerle yaptığı birtakım antlaşmalara koyduğu insan hakları klostlarında, hep bu kavram geçmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rosas, Armati, p.147; Mats Lindfelt, Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Settings, Turku, Åbo Akademi University Press, 2007, p.27 vd.; Lammy Betten, Nicholas Grief, EU Law and Human Rights, Longman, 1998, p.6.) Bunlardan başka bir de "temel özgürlükler" karşılığı olarak "fundamental freedoms" kavramı vardır; ki o, AB Hukukunda, klasik temel hak ve özgürlüklerin dışında, "ekonomik serbestiler" veya "serbest dolaşım hakları" olarak bilinen dört temel serbestiyi (malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) ifade etmek için kullanılır. Biz, çalışmada, insan hakları-temel haklar ayrımını çok umursamadan, "insan hakları", "temel haklar", "temel hak ve özgürlükler", "bireysel hak ve özgürlükler" kavramlarını, birbirinin yerine kullanmaktayız.

güne kadar Adalet Divanı tarafından benimsendiği kabul edilen ilkeler olarak şunlar zikredilmektedir: *İkincillik* (*subsidiarity*, ABA m.5/3);⁶³ *Üye Devletler arasında samimi ve yakın işbirliği* (*sincere cooperation*, ABA m.4/3), *yetkilendirilme* (*conferral*, ABA m.5/2) *orantılılık* (*proportionality*, ABA m.5/4),⁶⁴ *kurumsal denge* (*institutional balance*, ABA m.13/2), *sürdürülebilirlik ve sürdürülebilirlik* (*sustainability & sustainable development*), *ayrımcılık yasağı* (*non-discrimination*) ve *eşit muamele/eşitlik* (*equal treatment*, ABİA m.18 ve daha birçok hüküm),⁶⁵ *hukuki kesinlik* (*legal certainty*)⁶⁶ ve bunun içinde *kazanılmış haklara saygı* (*respect for vested rights*), *birey aleyhine kararların geçmişe yürümemesi* (*non-retroactivity of measures having adverse effect*), *idari işlemlere karşı dava aşmada süreler* (*time limits for challenging Union acts*), *meşru beklentiler* (*legitimate expectations*), *mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliği taşıması* (*res judicata*); *ihtiyatlılık ilkesi* (*precautionary principle*), *hukukun ve hakkın kötüye kullanılması yasağı* (*abuse of law*), *haksız zenginleşme* (*unjust enrichment*), *sorumluluktan kurtulmada mücbir sebebe dayanabilme* (*force majeure*), *iş hukukunun birtakım genel ilkeleri* (örneğin mali bir hakkın veya yararın kaldırılmasında işçiye danışma yükümlülüğü) ve *idari işlemlerin ve süreçlerin makul sürede tamamlanması*.

Bunların yanında, tabii, hukukun genel ilkeleri kapsamında AB Hukukuna aktarılan temel hak ve özgürlükleri de, ayrıca zikretmek gerekir. Divan, bu kapsamda, bugüne kadar, mülkiyet hakkı (ve fikri mülkiyet hakları), çalışma ve teşebbüs hürriyeti, özel hayatın gizliliği, aile hayatına saygı, fiziksel bütünlüğe saygı, kişisel verilerin korunması, ticari sırların korunması, avukatla müvekkil arası haberleşmenin gizliliği, evlenme hakkı, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, savunma hakları ve bu bağlamda dinlenilme hakkı (*rights of defence and right to be heard*)⁶⁷ adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda makul sürede yargılanma ve çekişmeli nizalarda cevap verme hakkı (çelişmelilik ilkesi), etkili başvuru hakkı, suç ve cezalara ilişkin ilkeler (kanunilik, geçmişe yürütmeme, leheyse geçmişe yürütme, masumiyet karinesi, aleyhe delil göstermeye zorlanamama, iki kez yargılanamama), insan onuru, vatandaşlık hakkı, dernek kurma, grev ve sendikal faaliyette bulunma hakkı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, serbest seçim (seçme ve seçilme) hakkı, bilgi ve belgeye erişim (*access to docu-*

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Horspool, Humphreys, p.143; Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa, Derrick Wyatt, Wyatt and Dashwood's European Union Law, 6th Edt., Hart Publishing, 2011, p.324 vd.

⁶⁴ Orantılılık hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Craig, De Búrca, p.526 vd.; Hartley, p.165 vd.; Horspool, Humphreys European Union Law, p.147 vd.; Weatherill, p.54 vd.; Dashwood et.al., p.325 vd.; Grainne de Búrca, "The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law", Yearbook of European Law, Vol:13, Issue:1, 1993.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hartley, p.166 vd.; Horspool, Humphreys, p.150 vd.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hartley, p.160 vd.

⁶⁷ Kararlarda yer alan Fransızca "les droits de la défense" kelimesinden tercüme edilmiştir. İngiliz Hukukunda doğal adalet (natural justice); Amerikan Hukukunda ise "due process" olarak bilinen hak ve ilkeler bütünü ifade etmektedir (Hartley, p.169). Doğal adalet (natural justice), adillik (fairness) ve hakkaniyet (equity) de, bu kapsamdaki ilkeler olarak zikredilebilir.

ments) hakkı,⁶⁸ çocuk hakları ve bazı ekonomik ve sosyal hakları, hukukun genel ilkeleri kapsamında, AB hukuk düzenine kabul etmiş ve uygulamıştır.⁶⁹

Bunlardan bazıları (yukarıda yanında bir Antlaşma hükmü ile beraber verdiklerimiz), en baştan beri Kurucu Antlaşmalarda kendisine yer bulmuşken; çoğu ise, tamamen jürisprüdensiyel sürecin bir ürünüdür. Başta içtihadî olarak ortaya çıkarılıp uygulanmış ilkelerin bir kısmı da, zamanla Üye Devletler tarafından Kurucu Antlaşmalara alınarak kodifiye edilmiştir. Özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından Temel Haklar Şartı'nın böyle bir işlev gördüğüne, yukarıda da değinmiştik.⁷⁰

Bu noktada, bunların, doktrinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulduğunu da belirtelim. Örneğin, Horspool ve Humphreys, hukukun genel ilkelerini, *Birlik hukuk düzeninin temeline ilişkin ilkeler* (veya Birlik düzenine münhasır ilkeler); *temel insan haklarına ilişkin ilkeler ve idari yargı ve iyi yönetişime ilişkin ilkeler* şeklinde üç gruba ayırmakta;⁷¹ Tridimas ise, yine üçlü fakat biraz farklı bir sınıflandırma yaparak, *Birliğin anayasal yapısına ilişkin ilkeler* (Üye Devletlerle Birlik arasındaki ilişkiye dair üstünlük ve doğrudan etki ilkeleri); *Birlik ile birey arasındaki ilişkileri düzenleyen hukukun üstünlüğü temelindeki ilkeler* (eşitlik, orantılılık, hukuki kesinlik, temel haklar gibi) ve *maddi AB Hukukuna dair ilkeler* (temel ekonomik serbestiler ve Birlik politikaları) olarak bu ilkeleri ele almaktadır.⁷² Ancak, bunlar arasında kesin çizgiler çizmenin, kolay olmadığını da belirtmek gerekir. Özellikle idare hukuku ve iyi yönetişime ilişkin ilkelerle temel haklara dair ilkelerin bir çok zaman iç içe geçmesi veya bir ilkenin hem temel haklara hem de idare hukukuna dair bir ilke olarak mütalaa edil-

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Lenaerts, Van Nuffel, pp.854-861.

⁶⁹ Liste, Lenaerts, Van Nuffel, pp.840 vd.'den alınmıştır.

⁷⁰ Bu noktada, doktrinde, Adalet Divanının, Topuluğun erken yıllarından itibaren yerleş-tirmeye çalıştığı, "Topluluk Hukukunun (iç hukuklara) üstünlüğü", "doğrudan uygulanabilir olması" ve "doğrudan etkililiği" ilkelerinin, birer genel hukuk ilkesi olduğu söy-lenmiştir. Bu kavramların hukukun genel ilkeleri ile ilişkisi, tartışmalı bir husustur. Bunları hukukun genel ilkeleri içinde mütalaa etmeyen görüşe göre; bunlar, ilk bakışta Birliğe özgü bir takım genel ilkeler olarak değerlendirilebilir. Ancak bunlar, genel hukuk ilkelerinin yukarıda yer verilen işlevleri gibi birtakım normların yorumlanmasında ve denetlenmesinde kullanılan rehber niteliğinde ilkeler olmaktan ziyade; Birlik Huku-ku ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkiye ve Birlik Hukukunun ulusal düzenlerdeki etkisine ilişkin geliştirilen (yani genel hukuk ilkelerindeki gibi, var olanın bir yerden bulunup alındığı, benimsenen, keşfedilen değil; bir anlamda icat edilen, inşa edilen) doktrinlerdir; bu itibarla da, hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmemelidir (Horspool, Humphreys, op.cit, pp.142, 143). Keza de Witte'ye göre de; bunlar, Birlik Hukukunun bütünü bağlamında birer yorum ilkesidir (principles of interpretation); Antlaşmaların ve ikincil mevzuatın içinde veya onlardan ayrı bir norm değil, AB Huku-kunun hukukun genel ilkeleri de dahil olmak üzere tüm normlarının sahip olduğu bir özellik, bir ayrıcalıktır (Bruno de Witte, "Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law", General Principles of European Community Law, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p.148; Lindfelt, pp.36-37). Ancak örneğin Tridimas'a göre ise, bunlar, Birliğin Üye Devletlerle, Birlik Hukukunun da ulusal hukuk-larla ilişkisini düzenleyen Birliğin anayasal yapısına dair genel hukuk ilkesidir (Takis Tridimas, The General Principles of EU Law, 2nd Edt. Oxford University Press, Oxford, 2006, p.3). Bunların bir genel hukuk ilkesi olup olmadığı hakkında hak ve ilkelere dair Dworkin'ci bakış açısından bir tartışma için bkz.: Lindfelt, p.37.

⁷¹ Horspool, Humphreys, p.135.

⁷² Tridimas, p.3.

mesi, pekala mümkün olabilmektedir. Bu noktada önemli olan, bunların her birinin, Adalet Divanı tarafından ortaya konmuş genel hukuk ilkeleri olduğu ve yukarıda sayılan işlevlerin birini ya da birkaçını her somut olaya göre farklı olmakla birlikte gerçekleştiren; Birliğin herhangi bir maddi kuralıyla bağlantılı bir şekilde uygulanan ve sürekli yenileri eklenmeye müsait, statik bir liste şeklinde olmayan bir hukuk kaynağı olduklarıdır.⁷³

VII. Hukukun Genel İlkeleri – İnsan Hakları İlişkisi

Hukukun genel ilkeleri bahsini incelerken, bu ilkelerle bunların bir parçası olan insan hakları/temel haklar arasındaki ilişkiye dair birkaç hususu da vurgulamak gerekmektedir. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, AB’de insan hakları koruması; daha doğrusu, Birlik ve Üye Devlet tasarruflarının yargısal denetiminde temel hak ve özgürlüklerin de bir ölçü norm olarak devreye girmesi, hukukun genel ilkeleri kapsamında söz konusu olmuştur. Divan, başta üstünlük ve doğrudan etki doktrinlerine ulusal mahkemelerden gelen itirazları karşılamak olmak üzere birtakım dinamiklerin etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasını AB Hukukuna sokmaya karar verdiğinde, Kurucu Antlaşmaların sessizliği karşısında, Topluluk normlarının denetiminde başvurduğu bir kaynağa başvurmuş; bu korumayı, (AB Hukukunun asli kaynaklarından biri olan) hukukun genel ilkelerine dayandırmıştır. Ancak tabii ki, hukukun genel ilkeleri, bir üst başlıkta da gördüğümüz gibi, sadece insan haklarından ibaret değildir. Ancak insan hakları (diğer bir deyişle temel hak ve özgürlükler), Divan’ın hukukun genel ilkeleri doktrini içinde, belki de en önemli bileşeni teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, AB Hukukunda, Kurucu Antlaşmalar ile ikincil mevzuatın yorumunda ve boşlukların doldurulmasında, bir ölçü norm olarak hukukun genel ilkelerine başvurulması, Topluluğun ilk yıllarından itibaren başlamış; insan haklarının da, bu genel ilkelerden biri sayılıp uygulanmaya başlaması ise, 1960’ların sonlarına doğru söz konusu olmuştur. Divan, temel haklara uygunluğun Topluluk normları için bir gereklilik olduğunu söylediği 1969 tarihli *Stauder* kararından⁷⁴ çok önce, yukarıda yer verdiğimiz genel hukuk ilkelerinden bir kısmını, AB İdare Hukukunun prensipleri olarak uygulamaya başlamıştır. 1970’lere gelindiğinde ise, insan hakları korumasını, AB Hukukuna sokmaya karar verdiğinde, Kurucu Antlaşmalardaki sessizlik karşısında, bunu,

⁷³ Horspool, Humphrey, p.142. Bu noktada, Divanın *Stauder*’den önce bu ilkelere atıf yaparken kullandığı Topluluk Hukukunun genel ilkeleri (general principles of Community law) yerine, *Stauder* kararından sonra, hukukun genel ilkeleri (general principles of law) kavramını kullanmaya başlamasının bir ayırım yaptığı şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağı, doktrinde tartışılmıştır (bkz.: Betten, Grief, p.57). Ancak bu sorunun cevabını bilmek, hem pek mümkün olmamış, hem de gerek görülmemiştir. Zira, Divan, bundan sonraki kararlarında, ister insan haklarının korunması anlamında isterse idare hukuku ilkeleri anlamında atıf yapsın, hukukun genel ilkeleri kavramına atıf yaparken hep “hukukun genel ilkeleri” kavramını kullanmıştır (Betten, Grief, p.57). Yine, Divanın, bazı kararlarında “temel” ilkeler (fundamental principles) ifadesini kullanmasından hareketle, genel hukuk ilkeleri arasında “temel nitelikte olanlar” ve “sıradan ilkeler” şeklinde bir ayırım yaptığı ve “temel” nitelikte olanlarını, gerçek anlamda bir ölçü norm olarak kullandığı yorumları yapılmışsa da; genel tavrının, böyle bir ayırma prim vermemek yönünde olduğu ve “temel” ifadesini, bir anlam ifade eder şekilde kullanmadığı söylenmiştir (Akehurst, pp.45, 46).

⁷⁴ C-29/69

uzun yıllardır bu hukuk düzeninin bir kaynağı olarak kullandığı hukukun genel ilkelerine dayandırmış; hem hukuki temel hem de korunacak hak ve özgürlüklerin tespiti noktasında bu ilkelere başvurmuştur. Zamanla, Kurucu Antlaşmalardaki kodifikasyonlar neticesinde, insan hakları korumasında hukuki temel, Antlaşmalar olmuş; fakat gerek Antlaşmalar gerek diğer mevzuat, hangi hak ve özgürlüklerin korunduğu noktasında herhangi bir hak kataloguna yer vermediği için, Temel Haklar Şartı'nın 2009'da Lizbon ile bağlayıcılık kazanması sonucu ortaya çıkan anayasal bir "hak listesine" kadar, AB'de insan hakları koruması, hukukun genel ilkeleri üzerinden yürütülmüştür. Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanmasından sonra ise, en azından temel haklara bakan boyutuyla, artık temel kaynağın hukukun genel ilkeleri yerine Şart olduğunu söylemek mümkündür.

Bu noktada insan hakları ve diğer genel hukuk ilkeleri ilişkisine dair söylenebilecek bir şey de, yukarıda da vurguladığımız gibi, bunların arasında kesin çizgilerle ayırım yapmanın imkansız olduğu ve birçoğunun insan haklarına bakan yönlerinin bulunduğudur. Örneğin, *karar vermeden önce adil bir şekilde dinlenilme (right to fair hearing)* ve *avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği (legal and professional privilege)* gibi, hem temel haklar içinde görülebilecek, bir yönden de, idari işlemin hukuka uygunluğuna yönelik birtakım ilkeler olarak da nitelenebilecek ilkeler, burada hemen karşımıza çıkmaktadır.⁷⁵ Örneğin, *orantılılık* ilkesinin de, hiç şüphesiz temel haklara bakan bir yönü mevcut olup;⁷⁶ *keza eşitlik* ilkesi (*ayrımcılık yasağı*) de, bu anlamda insan haklarıyla yakından ilgili bir idare hukuku (genel hukuk) ilkesi olarak karşımızda durmaktadır.⁷⁷

Ayrıca unutulmaması gereken bir husus da, hem diğer genel hukuk ilkelerinin hem de insan haklarına ilişkin genel hukuk ilkelerinin bulunup çıkarıldığı yerin temelde aynı olduğudur. Tüm hukukun genel ilkelerinin "keşfinde" ilham kaynağı, Kurucu Antlaşma hükümlerinin dışında, ulusal (ortak) anayasal gelenekler ve uluslararası metinlerdir. Böyle olmakla birlikte, doktrinde, insan hakları söz konusu olduğunda, ulusal hukukun, alt-kaynaklık etme noktasında, diğer genel hukuk ilkelerine göre daha etkin ve ön-planda olduğu söylenmiştir.⁷⁸ Bunun sebebi, insan haklarının AB'de ortaya çıkmasında ulusal mahkemelerden gelen direncin etkili olması ve bu dirence çıkılık Divanın mesaj gönderme kaygısıdır. Divan, o süreçte ulusal mahkemeleri ikna etmek için, insan hakları denetimi yaparken, ulusal hukuklara – diğer hukuk ilkelerine

⁷⁵ Craig, De Búrca, p.519.

⁷⁶ Örneğin gerek temel haklara yönelik sınırlamalarda, gerek rekabet hukuku ve birçoğ alandaki idari yaptırımların ve cezaların (ki bunların da insan haklarıyla yakından ilgili olduğunda şüphesiz yoktur) uygulanması ve ardından hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, orantılılık ilkesinin önemli bir kriter olarak istikrarlı bir şekilde uygulandığını, Divan kararlarında yoğun biçimde görmekteyiz. (Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Craig, De Búrca, p.529 vd.).

⁷⁷ Antlaşmalardaki eşitliğe atıf yapan birçoğ özel hükmün yanında (vatandaşlık temelinde ayrımcılığı yasaklayan ABİA m.18; tarım sahasında üreticiler ile tüketiciler arasında ayrımcılığı yasaklayan ABİA m.40/2, cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit işe eşit ücret ilkesini getiren ABİA m.157), Adalet Divanının da, bunların ötesine geçerek, AB Hukukunda bir temel hak olarak genel bir ayrımcılık yasağı ilkesinin bulunduğunu kabul ettiğini ve uyguladığını yukarıda söylemiştik. (Ayrıca bkz.: Hartley, p.167; bkz.: C-1/72, s.457, para.19; C-152/73, s.153, para.11; C-168/82.)

⁷⁸ Hartley, p.147.

nazaran – daha yoğun olarak başvurmuştur.⁷⁹ Bu saptama hiç şüphesiz doğru olmakla birlikte; Divanın, 1970'lerin ortalarından itibaren genel hukuk ilkelerinin tespitinde ulusal hukukların (ortak anayasal gelenekler) yanına ikinci bir alt kaynak olarak uluslararası sözleşmeleri ve bu kapsamda da bilhassa AİHS'yi eklemesinden sonraki süreçte, bir anlamda ulusal hukukların da pabucunu dama attığını ve esas olarak AİHS'yi – tabii ki ortak anayasal gelenekleri büsbütün terk etmemekle birlikte – kullanmaya başladığını, söylemek gerekir.⁸⁰

Yine bu noktada sorulabilecek bir diğer soru ise, insan haklarının, hukukun genel ilkeleri kavramı içinde mütalaa edilmesinin hak ve özgürlük teorisi açısından ne kadar uygun olduğudur. Temel hak ve özgürlükler, genelde, niteliği itibarıyla ulusal planda anayasalarda, uluslararası planda da antlaşmalarda düzenlenmekte ve bu metinlerde yazılı olarak güvence altına alınması tercih edilmektedir. Diğer bir deyişle, her hukuk sisteminde var olan, yazılı olması gerekmeyen ve muğlak, ucu açık genel birtakım ilkeler gibi olmayıp; güvence özelliği itibarıyla çerçevesi net olarak çizilmiş ve de kendi başına bir değeri olan değerler bütünüdür. Böyle olunca da, insan hakları korumasının, yazılı olmayan hukukun genel ilkeleri kavramı içinde AB hukuk düzenine entegre edilmesi sorgulanmıştır.⁸¹ Ayrıca, temel hak ve özgürlükler, birey için kamusal otoritelerin (ve hatta belli ölçülerde diğer bireylerin) saygı duymakla yükümlü olduğu bir özgürlük alanı meydana getirir; idare hukukuna ve iyi yönetime dair diğer genel hukuk ilkeleri ise, kamu otoritelerinin her türlü eylem ve işleminde – bireysel özgürlüklere haksız bir müdahalede bulunulmaması için – rehber alacağı birtakım yol gösterici ilkeler ve değerler ortaya koymaktadır. Dolayısıyla iki grubun (insan haklarına dair genel hukuk ilkeleri ve diğer genel hukuk ilkeleri), bu açıdan da birbirinden farklı oldukları söylenmiştir.⁸²

Bu açılardan bakıldığında, gerek hak teorisi gerek ulusal ve uluslararası boyutta ele alınış tarzı bakımından, aslında kendi başına bir kategori teşkil eden insan haklarının hukukun genel ilkeleri şeması içine ne kadar oturduğu, haklı olarak sorgulanabilir. Ancak sorgulanamayacak bir şey var ki; o da, Kurucu Antlaşmalarda yer almayan ve hatta atıf dahi yapılmayan insan hakları kavramını *AB Hukukuna* sokarken, hukukun genel ilkeleri kavramının, Adalet Divanının elindeki tek imkan olduğudur.⁸³ Başlarken de belirttiğimiz gibi, hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı her hukuk sistemi, gerek boşlukları doldurmak gerek kamu gücü kullananlara yetkilerini kullanırken yazılı kuralların da ötesinde birtakım yol gösterici ilkeler sunmak gibi amaçlarla, yazılı olmayan birtakım genel hukuk ilkelerinin varlığını kabul eder ve bunlardan beslenir.

⁷⁹ Hartley, p.147; ayrıca bkz.: Akehurst, p.41.

⁸⁰ Doktrinde Tezcan'ın dikkatimize sunduğu bir istatistiğe göre, 1969-1997 yılları arasında, Adalet Divanının temel hak ve özgürlüklere atıf yaptığı toplam karar sayısı 77 olup; bu 77 kararın 61'inde AİHS'ye, 20'sinde de ortak anayasal geleneklere atıf yapılmıştır. Bu, bazı davalarda, bir genel hukuk ilkesi olarak AB Hukukuna aktarılabilecek hak ve özgürlüklerin tespitinde, hem ortak anayasal geleneklere hem de AİHS'ye aynı anda atıf yapıldığını göstermektedir. Ancak bu rakamların gösterdiği daha önemli bir şey ise, hukukun genel ilkeleri olarak temel hak ve özgürlüklerin ortaya konup uygulanmasında, asıl alt/yardımcı kaynağın, AİHS olduğudur (Ercüment Tezcan, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey, İstanbul, İletişim Yayınları, 2002 s.154).

⁸¹ Betten, Grief, p.57.

⁸² Betten, Grief, p.57.

⁸³ Betten, Grief, p.57.

Böylece aslı itibariyle yargıç yapımı bu ilkelerin, belli sınırlar dahilinde, bir hukuk sisteminde meşruiyeti vardır. *AB Hukukunda* da, zaman zaman uygulanış tarzı itibariyle yargısal aktivizm eleştirileriyle karşılaşmış olsa da, hukukun genel ilkeleri kavramı, daha ilk yıllardan itibaren hem Birlik içinde hem de Üye Devletler nezdinde kabul görmüştür. Böyle olunca, *AB Hukukuna* insan hakları koruması kavramını sokmak isteyen (ve bir ölçüde de mecbur kalan) Divanın, bunu yapmak için elinde hukukun genel ilkelerinden daha güzel bir araç olmayacağı gibi, pratik boyutta başka bir araç da bulunmamaktadır.

VIII. Lizbon Sonrası Süreçte Hukukun Genel İlkelerinin Geleceği

Hukukun genel ilkeleri meselesini incelerken, son olarak, Lizbon sonrası süreçte hukukun genel ilkelerinin geleceğine ilişkin tartışmalara değinmek gerekir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, Adalet Divanı tarafından süreç içerisinde genel hukuk ilkesi olarak ortaya birtakım ilkeler, zamanla Kurucu Antlaşmalar ve diğer yazılı kaynaklarda kodifiye edilmiş ve böylece hukukun genel ilkeleri dışında bir kaynak olarak AB hukuk düzenine yerleşmiştir. Bu "gelişme"den en fazla nasibini alanın ise, temel haklar olduğuna yukarıda değinmiştik. Özellikle 2000'de Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesi sonucu, Divanın o güne kadar hukukun genel ilkeleri kapsamında AB Hukukuna aktardığı hak ve özgürlüklerin hemen hepsi, yazılı bir metinde kodifiye edilmiştir. Bu metnin 2009'da Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle bağlayıcılık kazanması ve AB Antlaşması'nın 6. maddesinde de, insan haklarına ilişkin temel kaynak olarak sayılması üzerine, AB'de insan haklarının temel kaynağı, hukukun genel ilkelerinden Temel Haklar Şartı'na kaymıştır.

Yine Lizbon'un getirdiği ikinci bir gelişme olarak, AB'nin AİHS'ye katılımı süreci tamamlandığında, AİHS de, Birliğin tarafı olduğ u bir uluslararası anlaşma olacak ve böylece bugüne kadar AİHS'ten ilham alınarak genel hukuk ilkesi şeklinde Birlik Hukukuna aktarılan birtakım ilkeler de, ayrı ve bağımsız bir kaynak olarak AB hukuk düzenindeki yerini alacaktır. Dolayısıyla bugün için halen daha ABA m.6'da bir kaynak olarak zikredilmekle birlikte, hukukun genel ilkelerinin (ve bu kapsamda ortak anayasal gelenekler ile uluslararası sözleşmelerin) bu hukukun kaynağı olma işlevlerinin önemli ölçüde sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Artık hak ve özgürlük ihlalleri, ilk önce Temel Haklar Şartı'na ve katılım gerçekleştirildikten sonra da AİHS'ye (ama yukarıda bahsettiğimiz gibi, hukukun genel ilkelerinin bir alt-kaynağı olarak değil de AB'nin tarafı olduğ u uluslararası sözleşme olarak bağımsız bir kaynak şeklinde) dayandırılacak; başta Divan olmak üzere Birlik yargı organları da, değerlendirmelerini, bu iki temel kaynak metin üzerinden yapacaktır. Bunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise, elbette ki, hukukun genel ilkeleri (ve bu kapsamda ortak anayasal gelenekler ile uluslararası sözleşmeler) devreye girecektir. Ancak özellikle Temel Haklar Şartı'nın geniş kapsamı ve AİHS'nin de bağımsız bir kaynak olarak varlığı karşısında, pratikte hukukun genel ilkelerinin, insan hakları bağlamında, ne ölçüde bir katkı sunacağı, bekleyip görülmesi gereken bir husustur.

Ancak belirtmek gerekir ki, tüm bunlar, hukukun genel ilkelerinin AB Hukuku içindeki yerinin büsbütün de önemsizleşmesine yol açmayacaktır. Öncelikle, birkaç defa söylediğimiz gibi, hukukun genel ilkeleri, çok önemli bir parçasını teşkil etse de, insan haklarından ibaret değildir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler dışında, bilhassa AB İdare Hukukunu şekillendiren diğer genel hukuk ilkeleri, Lizbon sonrası süreçte de, var olmaya devam edecektir. İnsan haklarına bakan boyutuyla ise, Lizbon sonrası süreçte temel kaynak Şart

olacak olmakla birlikte; bu, hukukun genel ilkelerinin ve ona ilişkin yaklaşık 40 yıllık içtihadi birikimin büsbütün önemsizleşmesi anlamına gelmeyecektir. Öncelikle Şart, her hukuk ve hele ki her insan hakları normunda olduğu gibi, yoruma muhtaç, yorumla anlam kazanacak, kapsam ve sınırları belirlenecek bir metindir. Tam bu noktada ise, belirtmek gerekir ki, bir Şart hükmü, ortak anayasal geleneklerdeki veya AİHS'teki bir hak veya özgürlükle aynı/benzer ise, o hükmün, Divan tarafından ortak anayasal gelenekteki veya AİHS'teki anlam ve kapsamıyla uyumlu olarak yorumlanacağını bizzat Şart'ın kendisi söylemektedir (m.52/3 ve 4). Böyle olunca, Divanın, temel hak özgürlüklere ilişkin olarak, yaklaşık 40 yıl boyunca (1969-2009) ortak anayasal gelenekler ve AİHS'ten ilham alarak genel hukuk ilkeleri olarak benimseyip uyguladığı yaklaşım ve yorumlar, yani devasa içtihadi birikim, Şart uygulamasında da önemli bir yol gösterici olacaktır. Örneğin mülkiyet hakkının veya teşebbüs hürriyetinin, yahut din ve vicdan özgürlüğünün söz konusu olduğu bir davayı, Divan, artık, hukukun genel ilkeleri kapsamındaki içtihatlarına değil, Şart'ın ilgili hükümlerine (sırasıyla m.17, 16 ve 10) dayandıracak; onlara göre çözecektir. Ancak mülkiyet hakkını ve teşebbüs özgürlüğünü, anlam, kapsam, özne ve sınırlar bakımından yorumlarken, bu hak ve özgürlükleri AB Hukukuna soktuğu ve uzun yıllar uyguladığı içtihat birikiminden muhakkak surette istifade edecektir. Bu anlamda Divan, Halihazırda, zaten 40 yıllık bir birikimle, ortak anayasal gelenekler ve AİHS temelinde oluşturulmuş bir mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti, din ve vicdan özgürlüğü pratiği varken, esasen macera arayıp Amerika'yı yeniden keşfedecek, yeni yeni ilke, yaklaşım, doktrin ve teoriler üretecek değildir.

Sonuç

Çalışmanın en başında da belirttiğimiz gibi, hukukun genel ilkeleri, akademik literatürde her daim canlı bir tartışma alanı olmuş bir kavramdır. Ancak, herhangi bir yerde yazılı bulunmayan ve bilinen bir "üreticisi, koyucusu" olmayan birtakım ilke ve normlar olma yönleriyle esasen bir hukuk sisteminde benimsenip benimsenemeyeceğine atıf yapan tartışmalar, bizim burada ilgi alanımızda pek olmamıştır. Çünkü tartışmasız olan bir şey var ki, o da, Dünya üzerinde birçok hukuk sisteminde çalışmakta olan yargı organları tarafından bu ilkelere, yazılı normların yorumlanması ve uygulanması ve sistemdeki boşlukların doldurulması bağlamında başvuruluyor olduğudur. Bu hukuk sistemlerinden biri de, AB Hukuku ve onun mahkemesi olan Adalet Divanıdır. Divan, yeni bir hukuk sisteminin inşası sürecinde bu ilkelere muazzam biçimde yararlanmış. Bu ilkeler, AB'de, Kurucu Antlaşmalarla birlikte sistemin birincil kaynakları muamelesi görmüş; bu anlamda Birlik tasarrufları ile Birliğe üye devletlerin Birlik Hukuku kapsamındaki tasarruflarının yargısal (hukuka uygunluk) denetiminde bir ölçü normlar bloğu teşkil etmiştir. Yine bu ilkeler, 1970'lerden itibaren başlayan süreçte, AB Hukuku içinde bir alt disiplini olarak beliren *AB İnsan Hakları Hukukunun* da, bir tarihe kadar yazılı metinlerin sessizliği karşısında, temel şekillendiricisi olmuştur.

Öte yandan, Birlik yargısının jürisprüdansiyel olarak ortaya koyup uyguladığı genel hukuk ilkelerinin, süreç içerisinde Kurucu Antlaşmalar başta olmak üzere Birlik Hukukunun yazılı kaynaklarında kodifiye edilmesiyle başlayan süreç, belli noktalarda hukukun genel ilkelerine olan ihtiyacı da hiç şüphesiz azaltmıştır. Keza 2000'li yıllarda, hukukun genel ilkelerinin tek olmasa da en önemli bileşeni konumundaki temel hak ve hürriyetlerin özel bir metinde toplanıp Temel Haklar Şartı adı altında kodifiye edilmesi ve nihayet 2009'da

Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle bu Şart'ın bağlayıcılık kazanarak artık temel hak ve hürriyetlerin korumasında "temel metin/kaynak" haline gelmesi gibi gelişmeler de, hukukun genel ilkelerinin AB Hukuku içinde icra edebileceği rolü önemli ölçüde erozyona uğratmıştır. Ancak bunun, artık bu "yazısız/içtihadî" kaynağı AB Hukuku için işlevini ve önemini tamamen yitirdiği anlamına gelmediğini de vurgulamak gerekir. Hem hukukun genel ilkelerinin, temel hak ve hürriyetlerden ibaret olmaması hem de Temel Haklar Şartı bağlamında görülecek davalarda da, hukukun genel ilkeleri üzerinde oluşmuş devasa içtihadî birikimin kullanılmaya devam edecek olması karşısında, eskisi kadar olmasa da, bu ilkeler, yine de AB Hukuku içinde önemli bir "kaynak/bileşen" olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa, Derrick Wyatt, Wyatt and Dashwood's European Union Law, 6th Edt., Hart Publishing, 2011.

Alina Kaczorowska, European Union Law, Routledge-Cavendish, 2009.

Allan Rosas, Lorna Armati, EU Constitutional Law: An Introduction, Hart Publishing, 2010.

Bruno de Witte, "Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law", General Principles of European Community Law, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

Bruno de Witte, "The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights", The EU and Human Rights, Ed. by Philip Alston, Mara Bustelo, James Heenan, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Gerhard Bebr, "Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law", Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol:II, Edt. by Deirdre Curtin, Ton Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

Grainne de Búrca, "The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law", Yearbook of European Law, Vol:13, Issue:1, 1993.

Josephine Steiner, Lorna Woods, EU Law, 10th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Koen Lenaerts, José Gutiérrez-Fons, "The Role of General Principles of EU Law", A Constitutional Order of States? – Essays in Honour of Alan Dashwood, Ed. by Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, Eric Spaventa, Oxford, Hart Publishing, 2011.

Koen Lenaerts, Piet van Nuffel, European Union Law, Sweet & Maxwell, 3rd Edt., 2011.

Margot Horspool, Matthew Humphreys, European Union Law, Oxford University Press, Oxford, 6th Edt., 2010.

Mats Lindfelt, Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Settings, Turku, Åbo Akademi University Press, 2007.

Michael Akehurst, The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities, British Year Book of International Law, No:29, 1981.

Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5th Edt., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Penelope Kent, *Law of the European Union*, Pearson Longman, 4th Edt., 2008.

Stephen Weatherill, *Cases & Materials on EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 9th Edt., 2010.

Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd Edt. Oxford University Press, Oxford, 2006.

Trevor C. Hartley, *The Foundations of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edt., 2010.