

AVRUPA BİRLİĞİ ANAYASALAŞMA SÜRECİNDE ADALET DİVANI'NIN ROLÜ: DİVANIN ULUSAL MAHKEMELERLE İLİŞKİLERİ VE YORUM YETKİSİNİN SINIRLARI BAĞLAMINDA BİR ANALİZ

*Sanem BAYKAL**

ABSTRACT

The European Court of Justice has played a significant role as regards the proper interpretation and effective enforcement of EU law since the establishment of the integration process. The well functioning cooperation relationship between the national courts and the European Court of Justice has largely contributed to the success of the Court in that regard. Within confines of this article, an attempt will be made to analyse this crucial relationship and the reasons behind its relative smooth functioning to this day with a view to discern the patterns and attitudes which might jeopardise this cooperation. In that context, the claims regarding the so-called judicial activism of the European Court of Justice will be explored. Here it is argued that such claims are unfounded: the Court functions within the limits of its competences, and exercises its interpretative function in accordance with methods and techniques accepted in domestic or international law, albeit occasionally in a controversial manner. Thus, the relative decrease in the number of the controversial judgments of the Court in the 90s stems only to a limited extent from the restraint triggered by the reaction of the national governments or the national courts. The reasons behind this development are threefold: first, the fundamental principles and the constitutional character of the EU law have already been well-established in the national legal orders by the 90s; second, during this period, the political institutions of the EU and the Member States have embarked upon a vigorous process of legislative activity; and third, the ongoing political re-definition process has obliged the Court to take a considerably less significant role.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Anahtar kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAD-ulusal mahkeme ilişkileri, yargısal aktivizm, anayasalaşma

Keywords: European Union, European Union Law, European Court of Justice, Relations between European Court of Justice and National Courts, judicial activism, constitutionalisation

Giriş:

Adalet Divanı ve Hukuki Anayasalaşma

Bilindiđi üzere, Avrupa Topluluğu hukukunun yorumlanmasında ve sınırlı alanlarda da olsa uygulanmasında yargı yetkisi kurucu antlaşmalar aracılığıyla Avrupa Toplulukları Adalet Divanına (ATAD) tanınmıştır.¹ Adalet Divanı, işbu yetkiyi, kurucu antlaşmalar tarafından münhasıran kendisine ait olduğu belirtilen alanlarda kullanır. Bunun dışındaki alanlarda ise, Topluluk hukukunun uygulanmasından kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar üye devlet yargı organlarının yetkisine girmektedir.² Ulusal yargı organları, bu çerçevede Topluluk hukukunun uygulanmasından sorumlu genel yargı organları sıfatı ile işlev görürler ve Topluluk hukukunun yorumunu ve geçerliliğini konu alan uyuşmazlıkları bekletici sorun yaparak AT Antlaşması 234. madde uyarınca Adalet Divanı önüne getirme imkanına sahiptirler.³

¹ Bkz, AT Antlaşması'nın 7. ve 220. maddeleri. Adalet Divanının yapısı, işleyişi ve işlevi hakkında genel olarak bkz. Tuğrul Arat, **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı**, ATAUM Yayınları, No: 3, Ankara, 1989, Anthony Arnull, **The European Union and its Court of Justice**, Oxford University Press, Oxford, 1999, Renaud Dehousse, **The European Court of Justice-The Politics of Judicial Integration**, St Martin's Press, New York, 1998, Grainne de Burca- J.H.H. Weiler (eds.), **The European Court of Justice**, The Collected Courses of the Academy of European Law Cilt X/1, Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, L. Neville Brown-Francis G. Jacobs-Tom Kennedy, **The Court of Justice of the European Communities**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1994.

² Bkz. AT Antlaşması 240. maddesi. Ulusal mahkemelerin Topluluk hukuk düzeni bakımından birer 'Topluluk mahkemesi' olduğu yönündeki görüşler için bkz. örneğin, Imelda Maher, "National Courts as European Community Courts", **Legal Studies**, Cilt 14, 1998, s. 226, John Temple Lang, "The Duties of National Courts Under Community Constitutional Law", **European Law Review**, Cilt 22, 1997, s. 4.

³ 234. maddenin 3. paragrafında düzenlenen ve kararlarına karşı olağan kanun yollarına başvurulamayan ulusal yargı organları açısından söz konusu imkan, zorunluluk niteliğini almaktadır. Nitekim, bu yargı organları, önelerine gelen Topluluk hukuku ile ilgili bir uyuşmazlığı *acte clair* niteliği taşıyan ve daha önceden Adalet Divanı tarafından açıklığa kavuşturulan durumlar hariç, ön karar prosedürüne tabi tutmakla yükümlüdürler. Adalet Divanının *acte clair* doktrinini geliştirdiği ünlü *CILFIT* kararı (283/81 *CILFIT* v. Ministry of Health (1982) ECR 3415) ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Arsava, **Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar**, ATAUM Yayınları, No: 5, Ankara, 1989.

Divan, bazı bakımlardan bir anayasa mahkemesine benzer görev ve yetkilerle donatılmış konumdadır. Bu çerçevede, Divana kurucu antlaşmalar tarafından tanınan yetkilerin özünde şu işlevler bulunmaktadır:

- Divan, Topluluk mevzuatının (ve dolaylı yoldan da olsa ulusal mevzuatın) kurucu antlaşmalara uygunluk denetimini gerçekleştirme yetkisine sahiptir;
- Topluluğun organları arasındaki uyumsuzlukları çözüme bağlama konusunda yetkilidir;
- Üye devletler ile Topluluk arasındaki yetki paylaşımı ve dağılımı üzerinde karar verme yetkisi de büyük ölçüde Divana aittir.⁴

Divan, kurucu antlaşmalarda belirtilen bu yetkilerini, kuruluşundan bu yana geçen süre içinde sürekli bir biçimde Topluluk hukukunun kendine özgü ve bağımsız bir karakter kazanması ve üye devletlerin iç hukuklarında tam ve etkili bir biçimde uygulanmasını temin etme yönünde kullanmıştır. *Maduro* tarafından da belirtildiği üzere, Divan, bu çabası çerçevesinde, bir yandan, hem kendisinin, hem de genel olarak Topluluk hukukunun meşruiyet ve etkisinin benimsenmesini sağlama amacını güderken, diğer yandan da, hem kendi yetkisini, hem de Topluluk hukukunun otoritesini etkileyebileceği endişesiyle mümkün olduğunca ulusal hukuk düzenleri ve mahkemeleri ile çatışmaktan uzak kalmaya çalışmıştır.⁵

Divanın Topluluk hukukunu yorumlarken; kendi rolünün ve yetkisinin kapsam ve niteliğini tanımlarken attığı adımlar ve benimsediği çözüm yolları da, genel olarak birbiriyle çelişen söz konusu gereklerin bir neticesidir.

Divanın Topluluk hukuk düzenini tesise yönelik ilk adımı, söz konusu hukuk sisteminin bir yandan uluslararası hukuktan, diğer yandan ise üye devletlerin ulusal hukuklarından bağımsız ve kendine özgü bir hukuk düzeni teşkil ettiğini belirlemek olmuştur. Divanın Topluluk hukukunun doğrudan etkisi ve önceliği ile ilgili içtihadında temelleri ortaya konan bu saptaması, yeni bir hukuk düzeninin doğuşuna işaret ederken, bir yandan da kurucu antlaşmaların anayasalaşması sürecini başlatmıştır.⁶ Bu sürecin temel taşlarını oluşturan Divan kararları ile getirilen ilkeler arasında özellikle belirtilmesi gerekenler ise, Topluluk hukukunun önceliği, doğrudan ve dolaylı etkisinin

⁴ Takis Tridimas, "The Court of Justice and Judicial Activism", *European Law Review*, Cilt 21, 1996, s. 206-207. Elbette, Divana, hangi konuların Topluluk hukukunun, hangilerinin ulusal hukukun yetki alanına girdiğinin nihai tespiti konusunda antlaşmalar tarafından yetki tanınım tanınmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin *Maastricht (Brunner)* kararı ilgi çekici bir örnek oluşturmakta olup aşağıda kısaca ele alınacaktır. Bkz. *Brunner v. European Union Treaty* (1994) 1CMLR 57.

⁵ Miguel Poiras Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution: A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishers, Oxford, 1998, s. 7.

kabulü ile, söz konusu hukuk sisteminin uygulanmasında başvurulacak iç hukuk yaptırım, kural ve uygulamalarının belirli ölçütlere tabi tutularak sistemleştirilmesine yönelik olanlardır.⁷ Bu ilkeler ve ölçütler sayesinde bugün artık Topluluk hukuk sisteminin uluslararası bir hukuk sisteminin özelliklerinden ziyade ulusal hukukun belli başlı nitelik ve özelliklerini göstermekte olduğu, ya da en azından kendine özgü uluslarüstü bir hukuk sistemi oluşturduğu, büyük ölçüde kabul edilmektedir.⁸ Bu çerçevede, kurucu antlaşmaların iç hukuk sistemlerindeki normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan anayasalara benzer bir nitelik aldığı ve Topluluk hukukunun işleyiş ve gelişimi ile ilgili en doğru değerlendirmelerin anayasa hukuku doktrinleri çerçevesinde yapılabileceği, sıklıkla başvuru bir görüş haline gelmiştir.⁹ Gerçekten de belli bir alanda yetkinin Topluluğa mı üye devletlere mi ait olduğu ve bu çerçevede *subsidiarite* ilkesinin kapsamı, niteliği ve etkisi; Topluluk içinde yetkinin hangi kuruma ait olduğu ve güçler ayrılığı

⁶ 26/62 Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen (1963) ECR 1, 6/64 Costa v. ENEL, (1964) ECR 585. Benzer görüş için bkz. Maduro, *op.cit.*, 1998, s. 7-8, Federico Mancini, "The Making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review*, Cilt 26, 1989, s. 595-596, Eric Stein, "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", *American Journal of International Law*, Cilt 1, 1981, s. 1-3, J.H.H. Weiler, "Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, Cilt 100, 1991, s. 2407. Topluluk hukuk düzeninin temellerini oluşturan söz konusu kararların incelenmesine yer veren ve Topluluk hukukunun anayasal niteliğine işaret eden çok kapsamlı literatürden bir seçki olarak, bkz. örneğin Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law-The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford-New York-2001, J.H.H. Weiler- Anne-Marie Slaughter-Alec Stone Sweet (eds.), *The European Court and the National Courts-Discipline and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1997, Sanem Baykal, *AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar*, ATAUM Yayınları, No: 14, Ankara, 2002.

⁷ Söz konusu ilkelerin gelişimi ve Topluluk hukukunun kendine özgü niteliğinin oluşumunda oynadığı rol hakkında bkz. Baykal, *op.cit.*, 2002, s. 39-63.

⁸ Maduro, *op.cit.*, 1998, s. 7-8, Weiler, *op.cit.*, 1991, s. 2413 vd. Topluluk hukuk düzeninin hem ulusal hem de uluslararası hukuktan farklılık arz ettiği ve kendine özgü bir hukuk düzeni oluşturduğu, doktrinde on yıllardır sorgulanmayan ve yerleşmiş bir görüş niteliğindedir. Buna karşılık, istikrarlı biçimde aynı görüşü savunagelen Weiler, Topluluk hukuk düzenine kendine özgü niteliğini ve etkililiğini kazandıran en önemli doktrinlerden biri olan doğrudan etki ilkesinin ilk defa geliştirildiği *Van Gend en Loos* kararının bile uluslararası hukuk terminolojisi ve retoriği kullanılarak aynı şekilde ifade edilebileceği ve 'kendine özgü hukuk' belirlemesine gitmenin Topluluk hukukunun doğrudan etkisini ve bağlayıcılığını vurgulamak açısından hiç de zorunlu olmadığı tezini son derece ilginç, bir o kadar da tartışmalı biçimde, ileri sürmektedir. *Van Gend en Loos* kararının uluslararası hukukun genel ilkeleri ve söylemi çerçevesinde yeniden ifade edildiği bu ilginç çalışma için bkz. J.H.H. Weiler, "Rewriting *van Gend & Loos*: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics", Ola Winklud (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer Law International and Norstedts Juridik, Stockholm-the Hague, 2003 içinde, s. 150-163. Benzer görüş için, bkz. Derrick Wyatt, "New Legal Order or Old?", *European Law Review*, Cilt 7, 1982, s. 147-166.

⁹ Bu konuda ayrıntılı tartışma için bkz., Baykal, *op.cit.*, 2002, s. 39-63, Maduro, *op.cit.*, 1998, s. 7-8, Mancini, *op.cit.*, 1989, s. 595, Weiler, *op.cit.*, 1991, s. 2407.

ilkelerinin uygulanması; temel haklar kataloguna duyulan ihtiyaç ve bu konuda gerçekleştirilen çalışmalar gibi pek çok güncel sorun da kurucu antlaşmaların anayasalaşması ve bu bağlamda Toplulukların hukuki sistem bakımından federal devlet benzeri nitelikler sergileme sürecinin kanıtlarını oluşturmaktadır.¹⁰

Topluluk bütünleşmesinin karar alma/yasama sürecinin taşıdığı özellikler ve bu özelliklerin ortaya çıkardığı güçlükler de, Divanın Topluluk hukuk düzeninin yargısal kararlar yoluyla kurulması ve geliştirilmesi yönündeki yaklaşımına temel oluşturmuştur. Gerçekten de, üye devletlerin hem birbirleriyle ilişkilerinde, hem de iç siyasi ve toplumsal çerçevelerinde savunulan menfaat ve ideolojilerin çeşitliliği, Topluluk karar alma mekanizmalarında zaman zaman tıkanmalara yol açmış ve bu durumdan kaynaklanan sakıncaları gidermek görevini de Divan kendi üzerine almıştır.¹¹ Bu duruma örnek olarak, Topluluk yetkilerini yorumlayan, ya da daha gerçekçi bir ifade ile genişleten *ERTA*¹², veya Tek Pazar'ın gerçekleşmesinde itici güç oluşturan ve bu yeni aşamanın önemli ilkelerini belirleyen *Cassis de Dijon*¹³ kararları gösterilebilir. *Maduro*'nun da işaret ettiği üzere, böylece siyasi alanda yaşanan uyumsuzluklar hukuki uyumsuzluk düzlemine taşınmış olmaktadır.¹⁴ Divan, bu tür boşlukları doldurma amacını güden veya genel olarak Topluluk hukuk düzenini tesis edici veya geliştirici nitelik taşıyan kararlarını verirken büyük ölçüde takdir yetkisi içeren hükümler ihdas etmektedir. Kurucu antlaşmaların farklı ve geniş biçimde yorumlanmaya uygun hükümler içermesi de Divanın bu tarz etkin ya da aktivist bir tutum benimsemesine cevaz verir ve temel oluşturur niteliktedir.

Topluluk yasama organlarının düzenlemeleri belirli ve sınırlı bir politika alanı üzerinde etki gösterirken, Divan kararları daha genel ilkeler koyma imkanını barındırmaktadır. Bunun yanı sıra, Divanın yorum yoluyla üye devletlerdeki yargı organlarının anlayış ve algılamalarını etkileme ve değiştirme

¹⁰ Elbette, bugün artık anayasal(la)şma terimi siyasi bir nitelik kazanmış durumdadır. Avrupa Birliğinde klasik/hukuki anayasalaşma ve yeni/siyasi ya da toplumsal anayasalaşma kavramlarının gelişimi ve özellikle günümüzde AB Anayasal Antlaşmasının hazırlanması süreci, ortaya çıkan metnin niteliği ve anlamı ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Füsün Arsava, "AB'nin Anayasaya İhtiyacı Var mı?" *Mercek*, Cilt 7, 2002, s. 12-26, Füsün Arsava, "Kurucu Antlaşmaların Avrupa Birliği Anayasasına Dönüşmesi", *ATAUM Bülten*, Yıl 2, Sayı 2, 2002, s. 2-3, Sanem Baykal, "Avrupa Birliği'nin Geleceği: Meşruyet Sorunu, Anayasalaşma Süreci ve Bütünleşmenin Nihai Hedefi Üzerine", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, 2004 (a).

¹¹ *Maduro*, *op.cit.*, 1998, s. 17-18. Bu konuda, 1965 yılında Fransa'nın başvurduğu boş sandalye uygulamasının sona erdirilmesi amacını taşıyan ve kurucu antlaşmalara geçirilmemekle birlikte Avrupa bütünleşmesi hareketini 1980'lerin ortalarına dek 20 yıl boyunca etkisi altına alarak duraklatan, 1966 tarihli ünlü Lüksemburg Uzlaşısı deneyimi örnek olarak gösterilebilir.

¹² 22/70 Commission v. Council (ERTA) (1971) ECR 263.

¹³ 120/78 Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (1979) ECR 649.

¹⁴ *Maduro*, *op.cit.*, 1998, s. 18.

imkanı da bulunmaktadır. Bu anlayış değişikliği ise, sadece Topluluğun yetkisine giren alanlarla sınırlı kalmayarak tüm hukuk alanlarına sirayet edebilecek niteliktedir.

Divanın Topluluk hukukuna uyum konusunda bir alışkanlık yaratma yaklaşımı, verdiği kararlarda getirdiği ilkeler ile ilgili olarak takındığı aşamalı tutumda da gözlemlenebilir. Gerçekten de Divan, Topluluk hukukunun temel ilkelerini belirlemeye yönelik olarak verdiği kararlarda, öncelikle ilgili ilkeyi ilan etme, daha sonra ise izleyen kararları ile adım adım geliştirme ve yerleştirme yöntemini benimsemiş görünmektedir.¹⁵ Divanın Topluluk hukukunun genel ilkelerine yönelik kararlarında gözlenen bir özellik de, söz konusu kararların birbirinin devamı ve hukuki sonucu niteliğinde olmasıdır. Böylece, Divan tarafından geliştirilen Topluluk hukuk düzeni sürekli gelişen ve değişen bir özellik kazanmıştır.¹⁶

Adalet Divanı tarafından atılan adımların ve Topluluğu bu çeşit bir anayasalaşma sürecine sokan kararların ve gelişmelerin temel amacı, Topluluk hukukunu üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde etkili ve gerektiği gibi uygulanır kılmak, söz konusu üye devletlerin tüm organları ve vatandaşları üzerinde tam anlamıyla bağlayıcı nitelik kazanmasını sağlamaktır. Divan tarafından Topluluk hukuk düzenine etkililik kazandırmaya yönelik olarak izlenen yöntemler arasında kurucu antlaşmaların anayasal niteliğe kavuşturulması ve bu çerçevede kişilere Topluluk hukukunda tanınan haklar ve bu hakları ulusal hukuk düzenleri içinde korumaya imkan veren ilkeler öngörülmesi sayılabilir. Divan, bu çerçevede vurguyu daima Topluluk hukukunun gereklerine (*effet utile*) yaparken, özellikle AT Antlaşmasının 10. maddesinde yer alan sadakat yükümlülüğü temeline dayanmayı tercih etmiştir. Bu çerçevede, en önemli faktör ise, ulusal mahkemeler ile Adalet Divanı arasında kurulan ilişki olmuştur. Ulusal mahkemeler hem 234. madde prosedürünün kullanılması, hem de bu süreç sonunda Divan tarafından ortaya konan Topluluk hukukunun genel ilkelerinin benimsenmesi konusunda önemli ölçüde olumlu ve işbirliği temeline dayalı bir tutum sergilemişlerdir. Topluluk hukuk düzeninin bugün ulaştığı düzeyi ve geleceğini değerlendirebilmek bakımından ulusal mahkemeler ile Divan arasındaki işbirliği ilişkilerinin nasıl ve neden bu derece olumlu geliştiği ve geleceğinin nasıl şekilleneceği konusunda bir değerlendirmeye gereksinim duyulduğu kanısındayız.

Bu bağlamda, bu incelemede öncelikle, Adalet Divanı ile üye devletlerin ulusal mahkemeleri arasındaki ilişkilerin görece sorunsuz ilerlemesi ve bu

¹⁵ Divanın benzer nitelikteki tutumu son yıllarda verdiği en tartışmalı ve ses getiren kararlardan biri olarak nitelenebilecek olan *Köbler* kararında da belirgindir. C-224/01, *Köbler v. Austria* (2003) CMLR 28. Divanın *Köbler* kararının içeriği ve Topluluk hukuk sistemi bakımından önemi ile ilgili bir inceleme için bkz. Sanem Baykal, "ATAD Kararı İncelemesi", *ATAUM Bülten*, Yıl 4, Sayı 2, 2004 (b).

¹⁶ Maduro, *op.cit.*, 1998, s. 10.

olgunun altında yatan olası nedenlerle ilgili literatürde ortaya atılan kuramlar ele alınacaktır. Ardından, Topluluk hukukunun gerektiği gibi uygulanması bakımından hayati nitelikteki bu ilişkiyi tehdit eden olası tutum ve gelişmeler mercek altına alınacak; bu çerçevede, özellikle Adalet Divanına yöneltilen, aktivist ya da siyasi nitelikli kararlar alan bir mahkeme olduğuna ilişkin iddialar üzerinde durulacaktır. Kanımızca bu iddialar yersizdir; Divan kurucu antlaşmalar tarafından kendisine verilen yetkiler ve sorumluluklar çerçevesinde hareket etmekte, yorum yetkisini bazen tartışmalı biçimde de olsa, ulusal ya da uluslararası hukukta kabul edilmiş geçerli yöntem ve teknikler dahilinde kullanmaktadır. Dolayısıyla, Divanın 90'lı yılların başından itibaren verdiği devrimsel ya da tartışmalı nitelikteki kararlarının sayısında görülen azalma sadece bir ölçüde ulusal mahkemelerin ya da üye devletlerin hükümetlerinin tepkilerinden kaynaklanan bir çekingenliğin sonucu olup, daha çok Topluluk hukuk düzeninin ilkelerinin ve anayasal niteliğinin büyük ölçüde yerleşmiş olmasından ve Avrupa Birliğinin siyasi organlarının ve üye devletlerin son derece faal bir yasama ve siyasi dönüşüm sürecine girmiş olmalarından, Divanın da, olması gerektiği biçimde, geri plana çekilmesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasalaşma Bakımından Ulusal Mahkemeler ile Divan Arasındaki İşbirliği İlişkinin Temelleri ve Geleceği

Genel Olarak

Divanın Topluluk hukukunun üye devletlerin iç hukuklarında etkili biçimde uygulanmasını temin için oluşturduğu sistemin en önemli unsurları, bireylere ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar ve bu hakları korumak üzere başvurabilecekleri mekanizmalar öngörmek olmuştur.¹⁷ Ancak, sistemin gerçek anlamda ve iyi işleyebilmesi açısından zorunlu unsur ulusal mahkemelerin katılımıdır. Avrupa Birliği hukuku disiplini açısından belki de asıl düşündürücü olan hukuk kökenli akademisyenlerin uzun yıllar ulusal mahkemelerin bu konuda gösterdikleri geniş çaplı işbirliğinin ve itaatin sonuçlarını ve getirilerini incelemekle yetinmiş olmalarına karşılık, söz konusu itaat ve işbirliğinin olası nedenleri ve altında yatan etkenler hakkında fikir yürütenlerin 1990'lı yıllardan başlayarak büyük ölçüde siyaset bilimciler arasından çıkmış olmasıdır.¹⁸ Aşağıda, ulusal mahkeme-ATAD ilişkilerinin

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Baykal, *op.cit.*, 2002.

¹⁸ Bu olguyu incelemeye ve açıklamaya çalışan siyaset bilimcilerin ya da siyaset bilimi yöntemlerini kullanan hukukçuların çalışmaları için bkz. örneğin, Karen Alter, "The European Court's Political Power", *West European Politics*, Cilt 19, 1996, s. 458-487, Karen Alter-Sophie Meunier-Aitsahalia, "Judicial Politics in the European Community", *Comparative Political Studies*, Cilt 27, 1994, s. 535-561, Karen Alter, "Exploring National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration", Weiler-Slaughter-Stone Sweet (eds.), *op.cit.*, 1997, içinde, s. 227-252, Anne Marie Burley-Walter Mattli, "Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration", *International*

görece sorunsuz işleyişinin altında yatan faktörler konusundaki farklı yaklaşım ve kuramlar ele alınacaktır.

Ulusal Mahkemelerin ATAD Kararları Karşısındaki Tutumu ve Bu Tutumun Olası Nedenleri

Ulusal mahkemeler hem 234. madde prosedürünün başlatılabilmesi açısından zorunlu unsur olmaları, hem de Adalet Divanının verdiği kararların yargısal anlamda tek icra mercii olmaları sebebiyle Topluluk hukukunun tanıdığı bireysel hakların korunabileceği, Topluluk hukukuna aykırı ulusal mevzuatın gündeme getirilebileceği ve hukuki denetime tabi tutulabileceği; dolayısıyla da Topluluk hukukunun etkili uygulanmasının temin edilebileceği tek makam niteliğine sahiptir.

Doktrinde pek çok yazar da, Topluluk hukuku-ulusal hukuk ilişkileri bakımından en önemli hususun, ulusal mahkemelerin Topluluk hukukunu uygulamadaki istekliliği ve 234. madde prosedürünün işlerliğinin sağlanması olduğu üzerinde görüş birliği içindedir.¹⁹

234. madde prosedürü ve bu prosedüre ulusal mahkemelerin olumlu katkısı sonucu Divan iki yönlü bir kazanım elde etmiştir. Divan, bu sayede, bir yandan üye devletlerin kamuoylarını özel olarak kendi yetkisi ve meşruiyeti, genel olarak ise Topluluk hukukunun ve Avrupa bütünleşmesinin amacı ve meşruiyeti konularında etkileme ve ikna etme yolunda önemli bir imkana kavuşmuştur. Öte yandan ise, üye devletlerin ulusal mahkemeleri ile girdiği işbirliği ilişkisi neticesinde bu yargı organlarını kendi yanına çekmek ve desteklerini temin etmek fırsatını yakalamıştır. Gerçekten de, Divanın ve genel olarak Topluluk hukukunun yetki ve meşruiyetinin benimsenmesinde üye devletlerin ulusal mahkemelerinin sergilediği olumlu tutumun ve girilen işbirliği ilişkisinin son derece önemli rol oynadığı açıktır. 234. madde prosedürü çerçevesinde Divana ulusal yargı organları tarafından yapılan başvurular ve Divan tarafından verilen ön kararların uygulanmasında gösterilen uyum, Adalet Divanının meşruiyetine ve tarafsızlığına olan inancı ve güveni pekiştirirken, söz konusu kararların netice itibarıyla bir ulusal mahkeme hükmü niteliğinde olması da üye

Organization, Cilt 47, 1993, s. 41-76, Walter Mattli-Anne-Marie Slaughter, "Revisiting the European Court of Justice", **International Organization**, Cilt 52, 1998, s. 177-209, Geoffrey Garrett, "International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market", **International Organization**, Cilt 46, 1992, s. 533-550, Geoffrey Garrett, "The Politics of Legal Integration In the European Union", **International Organization**, Cilt 49, 1995, s. 15-34. Bu konuda hukuk biliminin ya da hukuki açıklama yönteminin sessiz kaldığı konusundaki eleştirileri yanıtlamaya çalışan bir yaklaşım için bkz. Paul Craig, "National Courts and Community Law", Jack Hayward ve Anand Menon (eds.), **Governing Europe**, Oxford University Press, Oxford- New York, 2003, içinde, s. 15-35.

¹⁹ Bkz. örneğin, Damien Chalmers, "Judicial Preferences and the Community Legal Order", **Modern Law Review**, Cilt 60, 1997, s. 173-174, Maduro, **op.cit.**, 1998, s. 9, Maher, **op.cit.**, 1994, s. 226-243, J.H.H. Weiler, "A Quiet Revolution, The European Court of Justice and Its Interlocutors", **Comparative Political Studies**, Cilt 27, 1994, s. 518-523.

devletlerin diğer organlarının da kendilerini Topluluk hukukuna daha fazla uymak zorunda hissetmelerine yol açmıştır. Nitekim, Avrupa liberal demokrasi geleneği, hukuku, tarafsız ve olması gereken, dolayısıyla da 'doğru' olarak kabul etme eğilimindedir; bu nedenle de yargısal faaliyetin apolitik ve tarafsız olduğu, tüm menfaatlere eşit derecede uzak durduğu kanısı yaygın ve güçlüdür.²⁰ Tüm üye devletler, hukukun üstünlüğü ilkesini tam anlamıyla kabul etmiş birer hukuk devletidir. Bu açıdan, özellikle kendi ulusal mahkemelerinin Topluluk hukukunu uygulamaya yönelik bir kararına uymamaları düşünülemez. Bu çerçevede, Topluluk hukukunun yorumu ve geçerliliği ile ilgili Divan kararlarının ön karar niteliği taşıması, ve ulusal mahkemeleri bağlamakla birlikte, nihai kararın bir ulusal mahkeme hükmü olması, Topluluk hukukunun ve Divanın meşruiyeti ve bağlayıcılığı açısından son derece önemli bir katkı sağlamıştır.²¹

Bundan başka, ulusal mahkemelerin Topluluk hukukunun uygulanmasında görev almaları, Topluluk hukuku hükümlerinin iç hukukun bir parçası olarak algılanma ve benimsenmesine de katkı sağlayıcı niteliktedir. Ayrıca, ulusal mahkemelerin Topluluk hukukunu uygulamakta gösterecekleri isteklilik, Topluluk hukukunun etkili biçimde uygulanmasında yararı olan tarafların sayısını da arttırmaktadır. Böylece, Topluluk hukuku kaynaklı haklar elde eden ve Topluluk hukukunun uygulanmasında menfaati olan kişiler, firmalar, baskı grupları, söz konusu taleplerini hukuki yoldan ileri sürme imkanına kavuşmaktadırlar. Bu durumun Topluluk hukukunun etkili biçimde uygulanmasına sağladığı yararlar ise açıktır.²²

Gerçekten de ulusal mahkemeler birkaç itiraz ve tepkisel karar dışında²³ sadece Topluluk hukukunun önceliği ve doğrudan etkisi ilkelerini kabul etmekle kalmamışlar, söz konusu ilkeleri uygulamaya geçirecek önlemleri de benimsemiş ve öngörme yoluna gitmişlerdir.²⁴

²⁰ Weiler, *op.cit.*, 1994, s. 525.

²¹ Bkz. Örneğin, *Burley-Mattli, op.cit.*, 1993, s. 45-46, *Maduro, op.cit.*, 1998, s. 9, *Weiler, op.cit.*, 1994, s. 520-521.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz., *Alter, op.cit.*, 1996, s. 460-471, *Weiler, op.cit.*, 1994, s. 521.

²³ Örneğin bkz., *Minister of the Interior v. Cohn Bendit (Conseil d'Etat) (1980) 1 CMLR 543, Duke v. GEC Reliance Systems Ltd. (1988) 1 AC 618, H.L.*

²⁴ Örneğin, bkz., *Minister for Economic Affairs v. Fromagerie Franco-Suisse 'Le Ski', (Cour de Cassation), (1972) CMLR 330, Frontini (Corte Costituzionale) (1974) 2 CMLR 372, Litster v. Forth Dry Dock&Engeneering Co.Ltd (1990) 1 AC 546, H.L., Factortame II (1991) 1 AC 603, Nicolo (Conseil d'Etat) (1990) 2 CMLR 173. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Arsava, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasında Doğan Sorunlar**, SBF Yayınları, No: 545, Ankara, 1985, Haluk Günöğür, **Avrupa Topluluğu Hukuku**, Eğitim Yayıncılık, Ankara, 1993, Trevor C. Hartley, **The Foundations of European Community Law**, 4th Edition, Clarendon Law Series, Oxford, 1998, Warner, "The Relationship Between European Community Law and the National Laws of Member States", **The Law Quarterly Review**, Cilt 93, 1977, s. 349-366. *Reich'e* göre ise, burada dikkat çekici olan, ulusal mahkemelerin Adalet Divanının kararlarına uygun davranmış olmasından çok, söz konusu*

Nitekim, *Weiler*'a göre, ulusal yargı organlarının Topluluk hukukunun uygulanmasına göreceli olarak fazla katılıyor, dahil oluyor olmaları, bir bakıma koruyucu bir ilaç görevi görmüştür.²⁵ Yazara göre, bu katılım, Topluluk hukukunun üye devletlerin ulusal hukukuna aykırı veya karşı bir hukuk sistemi yerine ulusal hukukun bir parçası şeklinde algılanmasına ve kabul görmesine, Divanın herhangi bir doktrinsel açıklaması veya ilkesinden çok daha fazla hizmet etmiştir. Böylece, ulusal makamlar, kendi ulusal mahkemelerinin de katılımı ile oluşan ve uygulanan bu hukuka uyum ve saygı göstermek konusunda bir motivasyona kavuşmuşlardır.

Ulusal yargı organlarının Divana ve genel olarak Topluluk hukukuna karşı takındıkları bu olumlu ve yapıcı tutumun olası nedenleri konusunda pek çok kuram ortaya atılmıştır.²⁶

Örneğin *Burley ve Mattli*, Divanın, Topluluk hukukunun gereksinimlerine vurgu yapan içtihadı bakımından ihtiyaç duyduğu itaat ve meşruiyeti iki biçimde elde etmeye çalıştığı görüşündedirler.²⁷ Bunlardan ilki, Divanın otoritesinin ulusal mahkemelerin yaptığı başvurular ve taleplerden kaynaklandığıdır. Divan, aynı zamanda, siyasi nitelikli kararlarını Topluluk antlaşmasının özel ve genel hedeflerinde yer aldığı üzere üye devletlerin ortak menfaatlerinin ışığında gerçekleştirdiği iddiasındadır.²⁸

Bundan başka, Batı Avrupa'nın liberal demokratik hukuk devletlerinde mahkemelerin temel görevinin hukuku uygulamak ve üstün tutmak olduğu; üye devletlerin hukuka uygun biçimde hazırlayıp yürürlüğe soktukları bir uluslararası antlaşmanın yargı organı olan Divanın kararlarının da saygı gösterilmesi ve üstün tutulması gereken hukuk kavramı kapsamına girdiği bu konuda üzerinde durulan kuramların en önemlilerden birini oluşturmaktadır.²⁹ Nitekim, Divan da, üye devletlerin üst düzey hukukçularından oluşmakta olup; benimsediği söylem ve yöntemler –kıyas veya mantıksal çıkarsama yöntemi gibi- üye devletlerde hakim olan hukuk anlayışına uygundur. Bu itibarla, ulusal mahkemelerin Divan kararlarına ve genel olarak Topluluk hukukuna uymaları kendi hukuk geleneklerinin ve anlayışlarının bir gereğidir.³⁰

kararların gereğini tam anlamıyla yerine getirecek hukuki yaptırım ve usullerden belli oranda yoksun olmalarına rağmen bunu yapmış olmalarıdır. Bkz., Norbert Reich, "On National Courts, European Law and Constitutions: Dialogue and Conflict", *European Law Journal*, Cilt 5, 1999, s.158.

²⁵ *Weiler*, *op.cit.*, 1994, s. 519-520.

²⁶ Söz konusu kuramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., örneğin, *Alter*, *op.cit.*, 1996, *Burley-Mattli*, *op.cit.*, 1993, *Maher*, *op.cit.*, 1994, *Weiler*, *op.cit.*, 1994.

²⁷ *Burley-Mattli*, *op.cit.*, 1993, s. 93-94.

²⁸ *Ibid.*, s. 94.

²⁹ *Weiler*, *op.cit.*, 1994, s. 519-520.

³⁰ *Ibid.*, s. 521.

Bir başka kuram uyarınca, Topluluk hukukunun uygulanmasında menfaati olan geniş bir kitlenin -kendilerine bu hukuk düzeni tarafından haklar tanınan özel kişiler, avukatlar, hatta alt derece mahkemeler gibi- ortaya çıkmış olması da, Topluluk hukukunun ulusal mahkemeler tarafından benimsenmesinde olumlu rol oynamaktadır.³¹ Bunlar arasında özellikle belirtilmesi gereken, alt derece mahkemelerin kendi yetkilerini arttırma imkanı karşısında Topluluk hukukuna ve Divan kararlarına karşı gösterdikleri olumlu yaklaşımdır. Üst derece mahkemeler temkinli ve hatta bazen olumsuz bir tutum alabilirken³², alt derece mahkemeler Topluluk hukukunu uygulamak konusunda üstlerine düşen görevi büyük bir hevesle yerine getirmişlerdir.³³ *Weiler*'a göre, bu durum hem psikolojik, hem de kurumsal faktörler yardımıyla açıklanabilir. 234. madde prosedürü çerçevesinde alt derece mahkemeler bir yandan Topluluk çapında en üst yargıçlarla etkileşim ve iletişime geçme imkanını bulurken, öte yandan da kendi idari ve yasama organlarının eylem ve işlemleri üzerinde daha önce sahip olmadıkları bir denetim yetkisi ele geçirmiş olmaktadırlar. Kurumsal açıdan da tüm üye devletlerde yargı organlarının anayasal yapı içinde güçlenmesi sonucu ile karşılaşmıştır. Dolayısıyla, ulusal mahkemeler, Divanın kendi aleyhlerine geliştiği ve güçlendiği gibi bir izlenime ve kuşkuya kapılmamışlardır.³⁴

Bunun dışında, ulusal yargı organları, Avrupa çapında tüm muadillerini etkisi altına alan bir gelişimin parçası olmak ve bir bakıma genel eğilimi yakalamaktan da hoşnut olmuşlardır.³⁵ Bu itibarla, Divanın kurduğu bu yeni hukuk düzeninin bir parçası olmak ve bunun doğal sonucu olarak ulusal kuralların geri plana itilmesi şeklindeki gelişim konusunda ikna edilmeleri daha kolay olmuştur.

Dolayısıyla, Divan ile üye devlet mahkemeleri arasında bir kimlik örtüşmesi veya paylaşımından söz edilebilir. Bu benzeşme, Divanın ulusal

³¹ *Ibid.*, s. 521. Bu açıklama neofonksiyonalist teorinin dayanaklarına da uygun niteliktedir.

³² Örneğin, Fransız Danıştayının direktiflerin doğrudan etkisini tanımama şeklindeki tutumu hakkında bkz., *Minister of the Interior v. Cohn Bendit*, *supra* no: 23. Alman Anayasa Mahkemesinin de Topluluk hukukunun önceliği ve Alman Anayasasının koruduğu temel haklar karşısındaki konumu üzerindeki tereddütleri uzun süre devam etmiştir. Örneğin bkz., *Internationale Handelsgesellschaft v. EVGF (Bundsverfassungsgericht)* (1974) 2 CMLR 540.

³³ Örneğin, Hollanda ve İtalya alt derece mahkemeleri bu konuda başlangıçtan itibaren son derece istekli bir tutum takınarak Topluluk hukukunun iki temel ilkesi olan doğrudan etki ve öncelik ilkelerinin Divan tarafından geliştirilmesinde büyük rol oynamışlardır. Bkz., 26/62 *Van Gend en Loos* ve 6/64 *Costa v. ENEL*, *supra* no: 6.

³⁴ *Weiler*, *op.cit.*, 1994, s. 520-522. *Chalmers* ise, üye devlet ulusal mahkemelerinin Divanın yetki ve meşruiyetini tanıması konusunda *Alter* ve *Weiler*'in savunduğu alt derece mahkemelerin kendi yargısal sistemleri içinde özellikle üst derece mahkemelere karşı güçlenmiş oldukları görüşüne katılmakla birlikte, bu durumun tek başına Divanın yetki ve içtihadının söz konusu mahkemeler tarafından neredeyse itirazsız benimsenmiş olması vakasını açıklamaya yetmeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz., *Chalmers*, *op.cit.*, 1997, s. 177.

³⁵ *Weiler*, *op.cit.*, 1994, s. 523.

hukukun kavram ve kurumlarından yararlanılması ve öngördüğü temel hukuki söylem ve ilkelerden ayrılmaması ile yaratılmış ve güçlenmiştir.³⁶

Weiler'in da işaret ettiği üzere, aynı şekilde, üye devletlerin hükümet ve yasa koyucuları da, benzer mülahazalarla, uzun bir süre boyunca, ve hatta şu an için de, Divanın bu etkin konum ve tutumuna ve ulusal egemenliği derinden tehdit eden içtihadına önemli bir tepki vermemişlerdir. Üye devletlerin Topluluk çerçevesinde hukukun üstünlüğüne uyum göstermelerinin nedeni, hukuki otorite ile karşılaştıklarında temel iç güdüleri uyumlu davranmak ve ihlal etmemek olan liberal demokratik devletler olmalarıdır.³⁷ Üye devletlerin yasama ve yürütme organları da, özellikle oluşan statükonun korunması ve devamı açısından Divanın geliştirdiği doğrudan etki ve öncelik gibi ilkeleri benimsemişlerdir. Bu ilkeler, üye devletlerin Topluluk hukuku ihlallerinin önüne geçmenin en etkili çaresi olarak görülmüş ve algılanmıştır. Özellikle, karşılıklı güven ve sadakate dayanan bir bütünleşmede Divanın oynadığı rolün ortak kurallara riayeti temin ve bu sayede bütünleşmenin devamını sağlama konusunda önemi ve hayatiyeti ortadadır. Topluluk hukukuna uyum, tüm üye devletlerin menfaatine olduğundan, bunu sağlamaya yönelik Divan girişimleri de olumlu karşılanmıştır.³⁸

Aslında, Divanın Topluluk hukuk düzenini geliştirmeye ve etkililiğini arttırmaya yönelik çabaları, üye devletler için öncelikli bir sorunun da aşılmasına yardımcı olmuştur; diğer üye devletlerin de uyacağından emin olarak Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi... Nitekim, oyun teorisi çerçevesinde ulusal mahkemelerle Divan arasındaki ilişkinin analizini yapanlara göre, Divanın varlık nedeni de budur.³⁹

Divanın meşruiyetinin ve otoritesinin yaygın kabulünün nedenleri arasında, Adalet Divanının sadece ekonomik konularda değil, sosyal alanda da, örneğin

³⁶ Chalmers, *op.cit.*, 1997, s. 177.

³⁷ Weiler, *op.cit.*, 1994, s. 521-523.

³⁸ Ancak, bu olumlu havanın Avrupa Tek Senedi ve *Maastricht* Antlaşması sonrası meydana gelen gelişmeler; uluslararasılık özelliğinin gelişmeye başlaması; ve üye devletlerin veto yetkilerini kaybetmelerinin hızlanması ile değişmeye başlamış olduğu hakkında bkz., Alter, *op.cit.*, 1996, s. 475, Weiler, *op.cit.*, 1991, s. 2428-2429. Bu çalışma çerçevesinde üye devletlerin yargı organlarının ulusal hukuk karşısında Topluluk hukukunun önceliğini ve doğrudan etkisini vurgulayan Divan içtihadına itaat etmeleri olgusunun nedenleri üzerinde durulmakta; üye devletlerin siyasi makamlarının bu itaati nasıl karşıladıkları olgusu üzerindeki tartışmalara ise, sadece kısaca değinilmektedir. Üye devletlerin yasama ve yürütme makamlarının Adalet Divanının aktivizmi karşısındaki tutumlarının değerlendirmesi ve bu tutumu büyük ölçüde kabullenişlerinin altında yatan nedenler için bkz. örneğin, Karen Alter, "Who Are the "Masters of the Treaty"?: European Governments and the European Court of Justice", *International Organization*, Cilt 52, 1998, s. 121-147, Karen Alter, "The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover of Backlash?", *International Organization*, Cilt 54, 2000, s. 489-518.

³⁹ Bkz., örneğin, Garrett, *op.cit.*, 1992, s. 557-58.

cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması alanındaki içtihadı aracılığı ile toplumun çeşitli katmanları nezdinde meşruiyet kazanmış olduğu ve kabul gördüğü doktrinde vurgulanmaktadır.⁴⁰ Aynı şekilde, hukukun üstünlüğüne ve temel hakların korunmasına dayalı bir söylem geliştirerek de Divanın meşruiyetini arttırdığına işaret edilmektedir.⁴¹ Bunun ötesinde, durdurulması veya geri döndürülmesi imkansız bir tarihsel oluşumun tam merkezinde tarafsız ve vazgeçilmez bir görünüm sergilemesi de Divanın otoritesinin ve kararlarının ulusal mahkemeler tarafından benimsenmesine katkı sağlamıştır.

Ancak *Chalmers*'a göre, Divanın, görevi her şeyden önce hukuka dayalı ve onu korumaya yönelik karar vermek olan bir yargılama makamı olarak faaliyette bulunması, bir yandan meşruiyetini sağlayıcı bir işlev görmekte, öte yandan ise belli oranda öngörülebilir ve apolitik karar verme zorunluluğu doğrultusunda kendisini kısıtlayıcı etki de gösterebilmektedir.⁴²

Sonuç olarak, Divanın gösterdiği yaratıcı yaklaşım, bir yandan Topluluk hukuk düzenini oluşturur ve sağlamlaştırırken, öte yandan da hem Divanın kendisinin, hem de genel olarak Topluluk bütünleşmesinin gelişim ve meşruiyetini tesise imkan vermiştir. Ancak, bu yaklaşımın hem yargısal, hem de siyasi organları bakımından üye devletlerde önemli bir direnç noktasına ulaştığı 1990'ların ikinci yarısı itibariyle artık büyük ölçüde kabul edilmektedir.⁴³ Dolayısıyla, 1990'ların ilk yarısından itibaren artan biçimde artık bu uyumlu dönemin sona ermekte olabileceğine dair işaretler gittikçe güçlenmeye başlamıştır.

ATAD-Ulusal Mahkeme İlişkilerinin Bozulma İhtimali ve Nedenleri

90'lı yıllar boyunca ATAD ile ulusal mahkemelerin görece sorunsuz ilerleyen ilişkilerinde bir bozulma ihtimaline ve bu ihtimalin arkasında yatan nedenlere yer veren pek çok çalışma ve görüşle karşılaşmaktayız.

Örneğin *Weiler*'a göre, Avrupa Tek Senedinin ardından kurulan İlk Derece Mahkemesinin de tam anlamıyla ortadan kaldıramadığı Divanın aşırı iş yükü ve yargı sürecinde meydana gelen gecikmeler, ulusal mahkemeler ile Divan arasındaki ilişkilerde sorun oluşturabilecek nitelikte görünmektedir.⁴⁴ Bundan başka, Divanın içtihatlarının, gittikçe daha fazla ulusal mahkemelerin yetkisine

⁴⁰ Jo Shaw, "European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 16, 1996, s. 247.

⁴¹ *Ibid.*, s. 247.

⁴² Chalmers, *op.cit.*, 1997, s. 169-170.

⁴³ Bkz., örneğin, Alter, *op.cit.*, 1996, s. 475vd., Weiler, *op.cit.*, 1991, s. 2428vd.

⁴⁴ Weiler, *op.cit.*, 1994, s. 532. Divanın yapısı, işleyişi ve yargı yetkisinde reform ve Nice Antlaşması sonucu ortaya çıkan durumla ilgili değerlendirme için bkz. Paul Craig, "The Jurisdiction of Community Courts Revisited", de Burca-Weiler (eds.), *op.cit.*, 2001, içinde, s. 177-214 ve J.H.H. Weiler, "Epilogue: The Judicial Apres Nice", de Burca-Weiler (eds.), *op.cit.*, 2001, içinde, s. 215-226.

girdiği kabul edilen yargılama usul ve kurallarına müdahale eder nitelik kazanması da, potansiyel bir çatışmaya işaret etmektedir. Üye devlet mahkemeleri ile Divan arasında kurulan ilişkiler sistemi, söz konusu ilişkilerin eşitlikçi yapısı bozulmadığı sürece devam edebilecek gibi görünmektedir. Her iki yargı sisteminin organları arasındaki yetki ve görev bölüşümü, iki tarafa da önemli bir rol ve yeterli ölçüde özerklik tanımalıdır.⁴⁵

Bundan başka, yine *Weiler* tarafından 1990'ların ilk yarısında öngörüldüğü üzere, Avrupa bütünleşmesinin yetkilerinin sınırlanması sorunu da gün geçtikçe ağırlık kazanmaktadır.⁴⁶ Divan, Topluluğun gittikçe daha fazla yetkiyi üzerine alma çabasına gem vurmak konusunda uzun bir süre yetersiz, ya da isteksiz bir görüntü çizmiştir. Bu durumda, ulusal mahkemelerin, özellikle de Anayasa Mahkemelerinin duruma müdahale ederek, Topluluğun yetki alanlarındaki genişlemeye kendi anayasa hükümleri bakımından sınır çekme ihtiyacı hissetmeleri kaçınılmaz olmuştur.⁴⁷

Burada ulusal mahkemelerin karşılaştığı en büyük güçlük, Topluluk hukukunun gerek ve beklentileri ile, söz konusu yargı organlarının uymak ve korumakla yükümlü oldukları ulusal kurallar -özellikle ulusal anayasa hükümleri- arasında çıkabilecek uyumsuzluklardır. Bu alanda, özellikle temel hakların korunması ve genel hukuk ilkeleri konusunda ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların ulusal mahkemeleri zor durumda bıraktığı açıktır.⁴⁸

Stone Sweet, Divan ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkilerde sorunlu alanların, yargısal denetim sorunu, temel haklar sorunu ve *kompetenz/kompetenz* sorunu olduğuna işaret etmektedir.⁴⁹ Gerçekten de, özellikle hangi yetkinin kime ait olduğu ve Topluluk tasarruflarının anayasallığını kimin denetleyeceği

⁴⁵ Chalmers, *op.cit.*, 1997, s. 180. Bu değerlendirme yerindedir. Nitekim, *Köbler* kararında Divanın somut olayda ulusal mahkemenin yerine geçerek davanın esası, yani üye devletlerin Topluluk hukukundan kaynaklanan tazminat yükümlülüklerinin doğup doğmadığı hakkında incelemeye girişmesi, her ne kadar somut davada bu konuda olumsuz bir sonuca vararak Avusturya Hükümetini fazla kızdırmak istemediğini gösterse de, üye devletlerin yargısal özerkliği ve 234. madde çerçevesinde ulusal mahkemeler ile Divanın farklı rolleri ve işbölümü hakkındaki içtihadı ile uyumlu görünmemektedir.

⁴⁶ Weiler, *op.cit.*, 1994, s. 532.

⁴⁷ Nitekim Alman Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararı bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bkz., Brunner *supra* no: 4

⁴⁸ Editorial, "Judicial Activism of National Courts in Applying Community Law", *Common Market Law Review*, Cilt 34, 1997, s. 1343-1344. Bu konuda ünlü bir örnek için bkz. C-280/93 Germany v. Council (1994) ECR I-4973. Alman ulusal mahkemelerinin bu davalar serisindeki tutumu ve soruna bugün için bulunan çözüm konusunda bkz. Norbert Reich, "Judge-made 'Europe a la carte': Some Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation", *European Journal of International Law*, Cilt 7, 1996, s. 103-111.

⁴⁹ Alec Stone Sweet, "Constitutional Dialogues in the European Community", Weiler-Slaughter-Stone Sweet, (eds.), *op.cit.*, 1997, içinde, s. 312.

meselesi, Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkileri bozucu etki göstermeye müsait niteliktedir.⁵⁰

Divan, *Foto Frost* kararında, bu yetkinin münhasıran kendisine ait olduğunu belirtmiştir.⁵¹ Bununla birlikte, ulusal üst derece mahkemeler de, Topluluk hukukunu ulusal anayasalara uygun olması gereken uluslararası hukukun bir parçası olarak görmektedirler. Bu çerçevede ulusal mahkemeler, Topluluk tasarruflarının kendi ulusal anayasalarına uygunluk denetimini gerçekleştirme konusunda nihai yetkiyi ellerinde tutmaya çalışmaktadırlar. Nitekim, *Stone Sweet*'in belirttiği üzere, Alman Anayasa Mahkemesinin *Maastricht* kararı bu isteğin bir sonucudur.⁵²

Bu çerçevede, özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin *Maastricht* kararı, ulusal egemenlik kavramı ve sınırları üzerinde ulusal hukuk sistemlerinin ve özellikle de üst derece mahkemelerin hassasiyetini bir kez daha ortaya koymuştur.⁵³ Aşağıda, bu çok iyi bilinen davayı kısaca hatırlatmayı yararlı görmekteyiz.

Alman iç hukukunda *Maastricht* Antlaşmasını onaylayan yasa *Brunner* davası adıyla Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Burada konu, kısaca, Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma ile Avrupa Birliğine verilen egemenlik yetkilerinin genişliği ve bu çerçevede Avrupa bütünleşmesinde yaşanan demokrasi boşluğu karşısında böyle bir egemenlik devrinin Alman Anayasasında vatandaşlara tanınan oy hakkı ile bağdaşmayacağına dair itirazdır.

Bu çerçevede, Alman Anayasa Mahkemesi, bu konudaki yetkisini teyit ederken şu ifadeleri kullanmaktadır : “eğer...Avrupa kurumları veya hükümet makamları *Maastricht* Antlaşmasını Alman uygun bulma kanununun dayandığı temelden ayrılarak uygulamaya veya geliştirmeye yönelirlerse, bu tarz bir faaliyetten kaynaklanacak herhangi bir hukuki tasarruf Almanya’da geçerli olmayacaktır. Alman kamu kurumları, anayasa hukuku gereği, bu hukuki tasarrufları Almanya’da uygulamaktan alıkonulacaklardır... Dolayısıyla, söz

⁵⁰ Anayasal Antlaşma da, getirdiği yetki kataloguna rağmen, bu alandaki asıl önemli konu olan yetkinin hangi düzeyde kullanılacağına kimin karar vereceği sorusunu cevaplamak, ya da başka bir ifade ile *kompetanz/kompetanz* problemindeki güçlüğü aşmak bakımından herhangi bir çözüm içermemektedir.

⁵¹ C-314/85 Foto-Frost, (1987) ECR 4199.

⁵² Stone Sweet, *op.cit.*, 1997, s. 319.

⁵³ Brunner *supra* no: 4. Bu dava ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi ve yetki tartışması için bkz. Füsün Arsava, *Nice Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nin Geleceği*, ATAUM Yayınları, No: 18, Ankara, 2003, s. 41-53 ve s. 55-70. Yine söz konusu davanın yol açtığı ve Topluluk hukukunun özerkliği ve ulusal anayasalarla ilişkisine iki farklı yaklaşım içeren ilginç bir tartışma için bkz. Theodore Schilling, “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harvard International Law Journal*, Cilt 37, 1996, s. 389-409 ve J.H.H. Weiler-Ulrich Haltern, “The Autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass”, *Harvard International Law Journal*, Cilt 37, 1996, s. 411-448.

konusu hukuki tasarrufların,...kendilerine tanınan hukuki sınırlar içinde kaldığını veya bu sınırları aştığını değerlendirmek yetkisi, Alman Anayasa Mahkemesine aittir.”⁵⁴

De Witte'ye göre, Mahkemenin kararının özü veya esası, Alman devletinin egemenliğini korumaktır. Kişisel oy verme hakkından yola çıkarak Mahkeme, ulusal egemenlik ya da halk egemenliği kavramına ulaşmakta ve bu kavramı da *Maastricht* Antlaşmasının anayasal niteliğini değerlendirmek üzere kullanmaktadır.⁵⁵ Böylece, Alman Anayasa Mahkemesi temel haklardan biri olan oy verme hakkından yola çıkarak AB tasarruflarının *ultra vires* olup olmadığını denetleme konusunda kendi yetkisini teyit etme sonucuna ulaşmaktadır.⁵⁶

Alman Anayasasının *Maastricht* Antlaşmasının onaylanabilmesini mümkün kılmak üzere 1992 yılında getirilen yeni 23. maddesi, Anayasa Mahkemesinin Topluluk bütünleşmesinin anayasal sınırları konusunda oluşturduğu önceki içtihadını bir anlamda yazılı hukuka geçirerek, Alman ulusunun ve seçmenin yetkilerini ve haklarını vurgulamış ve böylece Alman hukuk düzeninin temel ilkelerini ve değerlerini korumak üzere Birliğe verilecek yeni yetkilere anayasal bir engel getirmiş olmaktadır. Söz konusu madde, Almanya Avrupa Birliğinin gelişimi için egemen yetkilerini yasama tasarrufu yoluyla devrederken söz konusu bütünleşmenin demokrasiye, hukuka, sosyal ve federal ilkelere bağlı olmasının yanı sıra, *subsidiarite* ilkesine de uygun olmasını, ve Alman Anayasası ile karşılaştırılabilir bir ölçüde temel hakları koruma amacını yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır.⁵⁷ Bu çerçevede, Avrupa Birliğinin kuruluşu ve ileride meydana gelecek değişiklikler açısından Anayasanın olağan değiştirilme usulünün uygulanacağı ve 79. maddenin 3. paragrafında yer alan temel haklarla ilgili bir değişikliğe gidilemeyeceği belirtilmiştir. Bu değişikliklerden sonra bugün için Alman Anayasasının Avrupa bütünleşmesine açık ve maddi sınırlamalar getirmiş olduğu belirtilebilir.⁵⁸

⁵⁴ *Supra* no: 4.

⁵⁵ Bruno De Witte, “Sovereignty and European Integration: The Weight of the Legal Tradition”, Stone Sweet, Weiler-Slaughter-Stone Sweet (eds.), *op.cit.*, 1997, içinde, s. 297-298. Alman Anayasa Mahkemesinin bu kararı Avrupa Birliğinde demokrasi açığı ya da meşruiyet krizi tartışmaları bakımından ‘no demos’ tezinin en güçlü biçimde ortaya konduğu dava olarak da önemli bir yere sahiptir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Dieter Grimm, “Does Europe Need a Constitution?”, *European Law Journal*, Cilt 1, 1995, s. 282-302, J.H.H. Weiler-Ulrich R. Haltern-Franz C. Mayer, “European Democracy and Its Critique”, *West European Politics*, Cilt 18, 1995, s. 4-39, J.H.H. Weiler, “Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, *European Law Journal*, Cilt 1, 1995, s. 219-258, Aykut Çelebi, *Avrupa: Halkların Siyasi Birliği*, Metis, İstanbul, 2002.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. de Witte, *op.cit.*, 1997, s. 298.

⁵⁷ Bkz., Alman Anayasası madde 23.

⁵⁸ de Witte, *op.cit.*, 1997, s. 296-297.

Bundan başka, üye devletlerin yasama ve idare organları ile Topluluk ve Divan arasındaki ilişkilerin de gerginleşebileceği 1990'lı yıllarda doktrinde sıklıkla ifade edilen bir görüş haline gelmiştir.⁵⁹ Oy çokluğu ile karar alma yönteminin yaygınlaşması ve Topluluğun gittikçe daha gözle görülür bir biçim alması, yetki alanlarının da genişlemesi neticesinde kamuoyları nezdinde etkisi daha fazla hissedilir hale gelmesi, kuşkusuz, Topluluk hukukunu ve Divanı daha fazla eleştiriye de açık kılmaktadır. Bu çerçevede, Divanın siyasi ve sosyal bazı hassasiyetlere dokunmadan karar vermesi gittikçe zorlaşmaya başlamış gibi görünmektedir.⁶⁰

Alter'a göre, üye devletlerin Divanın gösterdiği aktif tutumu benimsemediği ve hatta cezalandırmak istediği hakkında pek çok işaret vardır; yukarıda da işaret edildiği üzere, öncelik ve doğrudan etki ilkelerinin kurucu antlaşmalara dahil edilmeyişi gibi...⁶¹ Yazar ayrıca, *Maastricht* ve sonrası gelişmelerin, üye devletlerin Divanın aktif tutumundan duydukları memnuniyetsizliğin bir göstergesi olduğu ve Divanın son zamanlardaki içtihadının da bir geri çekilmeyi veya geri adımı ifade ettiği kanısındadır.⁶² *Reich* da, üye devletler arasında, Adalet Divanının içtihadını takip yolunda olumsuz bir havanın oluşmakta olduğuna dair işaretlerin, *Maastricht* sonrası dönemde artmaya başladığı kanısındadır. Aynı zamanda, bu dönemde, Divan ile diğer Topluluk organları arasındaki gerilim de zaman zaman artış kaydetmiştir. Nitekim, *Maastricht* Antlaşması Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişleri Alanında Ortak Politika konularını düzenlemekle birlikte, bu alanları Divanın yetkisi dışında tutmayı tercih etmiştir.⁶³ Bu durum, pek çok yazar tarafından, üye devletlerin Adalet Divanının aktif tutumundan duydukları hoşnutsuzluğun bir göstergesi ve sonucu olarak yorumlanmıştır.⁶⁴ Bunlara ek olarak, *Maastricht* Antlaşmasına ekli iki Protokol de, Divan kararlarının etkisini ve bağlayıcılığını sınırlandırmaya yöneliktir.⁶⁵ Üye devletlerin Topluluk

⁵⁹ *Alter, op.cit.*, 1996, s. 475.

⁶⁰ *Weiler, op.cit.*, 1994, s. 532-533. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., J.H.H. Weiler, "The European Courts of Justice: Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalisation", *Weiler-Slaughter-Stone Sweet* (eds.), *op.cit.*, 1997, içinde, s. 366-367.

⁶¹ *Alter, op.cit.*, 1996, s. 479.

⁶² *Ibid.*, s. 479.

⁶³ Bunlardan Adalet ve İçişlerinde İşbirliği sütunu *Amsterdam* Antlaşması ile, belli ölçüde de olsa, Divanın yetkileri kapsamına girmeye başlamış, bu yönde *Nice* Antlaşması ile yeni adımlar atılmıştır.

⁶⁴ Anthony Arnull, "Judging the New Europe", *European Law Review*, Cilt 19, 1994, s. 13.

⁶⁵ Bunlardan ilki, Divanın C-262/88 Barber (1990) ECR I-1889 davasında vermiş olduğu kararın etkisini sınırlandırmaya yönelik Protokoldür. İkincisi ise Divanın C-159/90 SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685 davasında kürtaj konusunda vermiş olduğu karar ile ilgili Protokoldür. Bununla birlikte, aynı Antlaşma ile Divanın üzerinde ısrarla durduğu temel haklar konusu, Avrupa Birliğini kuran Antlaşma (*Maastricht*) F/2 (yeni 6/2) maddesi ile temel metinlere geçirilmiş, bundan başka, yine bu antlaşma ile, Divana yeni yetkiler de tanınmıştır. Bunlar

hukukunun önceliği ve doğrudan etkisi gibi temel ve yerleşmiş Topluluk hukuku ilkelerini bir türlü kurucu antlaşmaların içine, ne *Amsterdam*, ne de *Nice* revizyonları ile dahil etmeyişi⁶⁶, ya da ulusal mahkemelerden ve özellikle de yüksek yargı organlarından Toplulukların yetkisinin artmasına veya Divanın yetkisine yöneltilen, *Brunner* davasında gördüklerimizin benzeri itirazlar, bu yönde deliller olarak değerlendirilmektedir.⁶⁷

Dolayısıyla 1990'ların ikinci yarısından başlayarak Divanın ihtiyatlı ve kendi yetkilerini kendiliğinden sınırlama özelliği gösteren bir yaklaşım benimsemesinin daha verimli ve makul hale geldiği; Divanın kendisinin de bu kanıda olduğu açıktır. *Maastricht* sonrası kararları ve örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Topluluğun dahil olması konusunda verdiği görüşte, böyle bir girişimin AT Antlaşması 235. madde (yeni AT Antlaşması 308. madde) çerçevesinde ve Topluluk yetkileri dahilinde değil, ancak AT Antlaşması 236. madde (yeni AB Antlaşması 48. madde) çerçevesinde gerçekleştirilebileceğine atfı yapmış olması, bu yaklaşımı benimsemeye hazır olduğuna işaret etmektedir.⁶⁸

Bu açıdan ele alındığında 1990'ların ikinci yarısından başlayarak, Divanın hem kendisinin, hem de genel olarak Topluluğun yetkilerini genişletmeye

arasında, örneğin, Divanın ihlal kararlarına uymayan üye devletlere karşı yaptırıma başvurulması konusunda tanınan yetkiler sayılabilir. Bkz. AT Antlaşması madde 228.

⁶⁶ Bu alanda, özellikle Topluluk hukukunun önceliği bakımından AB Anayasal Antlaşması (Avrupa İçin Bir Anayasa Öngören Antlaşma) çok önemli bir yeniliğe imza atmakta; öncelik ilkesi kurucu metinlere ilk defa temel bir ilke olarak geçirilmektedir. Bkz. AB Anayasal Antlaşması madde I-6, Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, Treaty Establishing a Constitution for Europe, CIG 87/04, Brussels, 6 August 2004. Ancak, aynı tutum, ilginç bir şekilde, üye devletlerin ne siyasi, ne de yargı makamlarının artık ciddi bir biçimde itiraz etmediği doğrudan etki ilkesi bakımından hala benimsenmiş değildir.

⁶⁷ Alter, *op.cit.*, 1996, s. 475vd.

⁶⁸ Bu konuda bkz., Reich, *op.cit.*, 1999, s. 158. Elbette, temel haklar alanında da, 21. yüzyılın başında Avrupa bütünleşmesinin yepyeni bir yaklaşımı tercih ettiğini ve artık bir AB Temel Haklar Şartı düzenlemesinin AB Anayasal Antlaşmasının ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiğini; Avrupa Birliğinin tüzel kişiliğinin Anayasal Antlaşma ile tanınmasının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olunması yollarının araştırılmasını öngören bir hükmün de yine aynı metne dahil edildiğini görmekteyiz. Ancak, yine de dikkat çekici nokta, AB Anayasal Antlaşmasının hala Birliğe üye devletlerde temel hakların düzenlenmesi ya da özellikle dış politika alanında uygulanacak ve çok ihtiyaç duyulan bir temel haklar politikası oluşturma yetkisini açıkça tanımaktan kaçınmakta olmasıdır. Bu konuda bkz. Agustin Jose Menendez, "Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Arena Working Papers*, WP 02/7, 2002, s. 1-20, Agustin Jose Menendez, "Exporting Rights : The Charter of Fundamental Rights, Membership and Foreign Policy of the European Union", *Arena Working Papers*, WP 02/18, 2002, s. 1-13, Philip Alston- J.H.H. Weiler, "An "Ever Loser Union" in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 1/99, s. 1- 44, J.H.H. Weiler- Lykke Fries, "A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences", *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 4/99, 1999, s. 1-28.

yönelik içtihadının sürmesi ne siyasi, ne de hukuki bakımdan gerçekçi görünmekteydi. Nitekim, Divanın bu tarihten itibaren üye devletlerin hem hükümetlerinden, hem de yargı organlarından gelen bu uyarı nitelikli sinyalleri dikkate alarak, her alandaki içtihadında daha ihtiyatlı bir tutum benimsemeye başladığı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, burada Divanın 90'lı yıllardan itibaren görece ihtiyatlı ve tartışma yaratmamaya özen gösteren tutumunun arkasında yatan nedenlerin daha farklı olduğu saptamasını tekrarlamakta fayda vardır. İlk olarak, Divanın bu ihtiyatlı tutumu, ulusal mahkemelerin veya hükümetlerin tepkisinden çekinmesinden çok, Topluluk hukukunun anayasal ilkelerinin artık tüm üye devletlerin siyasi ve yargısal tüm makamları tarafından benimsenen bir sistem haline gelmiş olmasından kaynaklanmaktadır. İkinci olarak da, Divanın aktivist olarak nitelenen durumuna 90'lı yıllardan itibaren pek de ihtiyaç kalmamıştır; çünkü üye devletler ve AB karar alma/yasama organları bütünleşmenin ilerlemesi için gerekli adımları atmaya başlamışlar, Divanın kurduğu anayasal hukuki düzeni siyasi düzleme de taşımanın ilk girişimlerini başlatmışlardır. Divan ise, bu yeni anayasalaşma döneminde,⁶⁹ üzerine düşeni büyük ölçüde ve önceden yerine getirmiş bir kurum olmanın rahatlığıyla arkasına yaslanıp, bu yeni girişimi izlemeyi tercih etmektedir.

Peki, Divan gerçekten de doğrudan etki, öncelik, temel haklar gibi alanlardaki içtihadı ile Topluluk hukuk düzeni tarafından kendi yetkisine çizilen sınırları aşmış mıdır, yoksa ister ulusal, ister uluslararası nitelikte olsun herhangi bir yargı organının aynı şartlarda benimseyeceği tutumu mu benimsemiştir? Bir başka ifadeyle, Adalet Divanı kendisini yasama organı yerine koymuş mudur, yoksa yargı yetkisinin sınırları içinde mi kalmıştır? Bu soruların cevapları, hem Topluluk hukukunun gelişimi hakkında daha gerçekçi bazı değerlendirmeler yapmamıza imkan sağlayacak, hem de özellikle federal benzeri bir hukuk sisteminden, aynı nitelikte bir siyasi yapılaşmaya gidişin arzu edilir, gerekli ya da gerçekçi olup olmadığı konusunda günümüzde devam etmekte olan tartışmalara, ulusal hukuk düzenleri ile Topluluk hukuk düzeni ilişkilerinin geleceği açısından ışık tutabilecek niteliktedir. Topluluk terminolojisi çerçevesinde Divanın bütünleşme lehine yorum eğilimi ya da yargısal aktivizmi (*judicial activism*) olarak nitelenen bu tutumla ilgili değerlendirmeler, aşağıda ele alınacaktır.

Anayasalaşma Bağlamında Adalet Divanının “Aktivizmi” ya da Bütünleşme Lehine Yorum Eğilimi Sorunu

Genel Olarak

Yukarıda da vurgulandığı üzere, Divanın, Topluluk hukukunun ve genel olarak Avrupa bütünleşmesinin gelişiminde, özellikle de temel hakların

⁶⁹ Yeni anayasalaşma süreci hakkında bkz. J.H.H. Weiler, “The Reformation of European Constitutionalism”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt 35, 1997, s. 97-131, Baykal, *op.cit.*, 2004 (a).

korunması, Topluluk yetkilerinin genişlemesi, Tek Pazar hedefine ulaşılması ve genel olarak anayasalaşma sürecinin gelişimi alanlarında çok önemli bir rolü olmuştur. Ancak, Divana bu işlevini yerine getirirken yöneltilen eleştirilerin başında, yargısal kararlarını belli politika mülahazaları ve en başta da Avrupa bütünleşmesinin amaçları ve ilerlemesi yönünde verdiği, dolayısıyla yargı yetkisinin sınırlarını aştığı eleştirisi gelmektedir.⁷⁰ Bu eleştirinin özünde, Divanın kurucu antlaşmanın ruhuna odaklanarak Topluluk hukukuna etkililik sağlama amacıyla yasama organı benzeri bir rolü ve işlevi üstlenmiş olduğu iddiası yatmaktadır.⁷¹

Maduro'ya göre, Divanın Topluluk hukuk düzenini tesise yönelik içtihat oluşturma girişimi sırasında karşısına çıkan en büyük ikilem, bir yandan geleneksel olarak hukukun üstünlüğü ilkesinin ışığında hukuki meşruiyetini muhafaza etmek, diğer yandan ise, Avrupa bütünleşmesini geliştirmek ve Topluluk hukukunun anayasalaşması sürecini devam ettirmek açısından benimsemek zorunda olduğu siyasi veya bütünleşme lehine yorum yönünde takındığı tutum şeklinde ortaya çıkan müdahaleci rol ve stratejiyi bağdaştırmak olmuştur.⁷²

Aslında, bir mahkemenin yargı yetkisinin dışına çıkarak belli politika mülahazaları çerçevesinde yorumda bulunduğunu veya hüküm verdiğini ileri sürmek, elbette bu iddiada bulunan kişinin hukukun niteliği ve yargıçların yetki ve görevleri üzerindeki değer yargısını ifade eder niteliktedir. Divanın bu nitelikte değerlendirilen kararları arasında, *Costa Enel*⁷³, *Van Gend en Loos*⁷⁴, *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁵, *ERTA*⁷⁶, *Francovich*⁷⁷, *Faccini Dori*⁷⁸, *Defrenne*⁷⁹, *Les Vert*⁸⁰, *Chernobyl*⁸¹, *Sevince*⁸², *Foto-Frost*⁸³ ve *Marleasing*⁸⁴ kararları ve EEA Anlaşması hakkındaki 1/91 sayılı görüşü⁸⁵ yer almaktadır.⁸⁶

⁷⁰ Bkz., örneğin, Trevor C. Hartley, "Five Forms of Uncertainty in European Community Law", *Cambridge Law Journal*, Cilt 55, 1996(a), s. 265-288, Trevor C. Hartley, "The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union", *Law Quarterly Review*, Cilt 112, 1996(b), s. 95-109, Hartley, *op.cit.*, 1998, Rosa Diarmuid Phelan, *Revolt and Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, London, 1997, Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986.

⁷¹ Takis Tridimas, *op.cit.*, 1996, s. 199.

⁷² Miguel Maduro, *op.cit.*, 1998, s. 11.

⁷³ 6/64 Costa v. ENEL, *supra* no: 6.

⁷⁴ 26/62 Van Gend en Loos, *supra* no: 6.

⁷⁵ 11/70 Internationale Handelsgesellschaft (1970) ECR 1125.

⁷⁶ C-22/70 ERTA, *supra* no: 12.

⁷⁷ C-6&9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy (1991) ECR I-5357.

⁷⁸ C-91/92 Faccini Dori v. Recleb Srl (1994) I ECR 3325.

⁷⁹ C-43/75 Defrenne v. SABENA (1976) ECR 455.

⁸⁰ C-294/83 Les Verts v. Parliament (1986) ECR 1339.

⁸¹ C-70/88 Parliament v. Council (1990) ECR 2041.

⁸² C-192/89 Sevince (1990) I ECR 3461.

Bu konuda doktrindeki görüşler, Divanın bütünleşme lehine yoruma ağırlık veren kararlarının ve genel tutumunun, hem kendisi, hem de Topluluk hukuku açısından tehlikeli bir yönelimi işaret ettiği ile; Divanın bu tutumunun kurucu antlaşmanın özüne ve hedeflerine dayandığı ve bu nedenle gerçek anlamda yargısal yetkinin aşılması, ya da yorum yetkisinin kötüye kullanılması anlamına gelmediği şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda, doktrindeki bu iki farklı yaklaşım sırası ile ele alınacaktır.

Divanın Topluluk Hukuk Düzeninin Oluşturulması ve Etkili Uygulanması Alanında Müdahaleci ve Etkin Tutum Takındığı Konusundaki Görüşler

Doktrinde bu görüşü savunanlara göre, Divan, antlaşmalar tarafından kendisine tanınan yargı yetkisinin ve özellikle de yorum yetkisinin sınırlarını aşan bir biçimde her durumda Avrupa bütünleşmesinin lehine karar vermeyi tercih etmekte; bu çerçevede, hem antlaşmaların lafzının dışına çıkmakta, hem de ulusal mahkemelerin ve yasama ve yürütme organlarının yetkisine tecavüz ederek ulusal organların haklı menfaatlerini göz ardı etmektedir. Aynı şekilde, Divanın bu tutumu, hem Topluluk içindeki, hem de ulusal düzeydeki kuvvetler ayrılığı ve dengesini de bozucu etki göstermektedir.

Sir *Patrick Neill*'in Britanya Parlamentosunun Lordlar Kamarası'nın ilgili Komitesine sunduğu "*The European Court of Justice-A Case Study in Judicial Activism*" adını taşıyan raporu bu yaklaşıma çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.⁸⁷

Bu rapora göre, "Divanın içtihadı kendi yetkilerini arttırmaya ve ulusal mahkemelerin yetkilerini azaltmaya yöneliktir. Divan, Antlaşma boşluklarının doldurulması ve genel olarak antlaşma hükümlerinin yorumu yoluyla üye devletlerde geçerli ve tam etkili bir Topluluk hukuk düzeni kurma vizyonunu geliştirmek amacına ulaşmaya çalışmıştır. Bu süreçte Divan, üye devletler tarafından kararlaştırılan yazılı metinleri aşan veya zorlayan yorumları benimsemiş, söz konusu yazılı metinlerde bulunmayan doktrinler ve dava türleri geliştirme yoluna gitmiştir."⁸⁸

⁸³ C-314/85 Foto-Frost, *supra* no: 51.

⁸⁴ C-106/89 Marleasing (1990) I ECR 4135.

⁸⁵ I/91 Opinion of the Draft Agreement on a European Economic Area, (1992) CMLR 245.

⁸⁶ David Edward, "Judicial Activism-Myth or Reality", David Campbell ve Meropi Voyatzi (eds.) **Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law, Essays in Honour of Lord MacKenzie Stuart**, Trenton Publishing, Hampshire, 1996, içinde, s. 30-32.

⁸⁷ HL Paper 88, Session 1994-95, 18h Report, 1996 Intergovernmental Conference, s. 218-245.

⁸⁸ *Ibid.*

Rapora göre, Divanın görevi, ilgili hükmün anlamının belirlenmesine yönelik metin analizinin, yani bir yerde lafzi yorumun, gerçekleştirilmesi ile başlamalı ve sona ermelidir.⁸⁹

Doktrinde *Rasmussen* de Divanın bu etkin rolüne ve işlevine önemli itirazlar yöneltenlerin başında gelmektedir.⁹⁰ *Rasmussen*'e göre, aslında bu tarz politik nitelikli yargısal kararlar, üye devletlerin irade ve istekleri ile örtüştüğü müddetçe yanlış veya olumsuz olarak değerlendirilmeyebilir. Bununla birlikte, Avrupa bütünleşmesi konusunda bu tarz olumlu bir yaklaşım bulunduğunu ileri sürmek son derece güçtür. Yazara göre, Divan, kendi katı politika tercihleri tarafından yönlendirilmekte ve sık sık kurucu antlaşma metinlerinde öngörülen anlamın ötesine taşmaktadır. Böylece, bazı yerinde ve uygun hukuki yorum ilkelerini geride bırakarak kendi dünyasını hukuki realiteden ayırmış olmaktadır. Bu durum ise, hem Divanın kendi yargısal otorite ve meşruiyetini, hem de Topluluk hukukunun geçerliğini ve meşruiyetini tehlikeye atma sonucunu doğurmaktadır.⁹¹

Aynı şekilde, benzer görüşü savunanlara göre, Divanın aldığı kararların ve sonuçta ortaya çıkan Topluluk sisteminin üye devletlerin tercihlerini yansıttığı ileri sürülemez.⁹² Örneğin *Hartley*, Divanın tutarlı biçimde federalist bir politika ve tutum izlediğini ileri sürmektedir.⁹³ *Hartley*'e göre, Divan çoğu zaman Avrupa bütünleşmesinin menfaatleri uğruna üye devletlerin haklı menfaatlerini gözardı etmektedir.⁹⁴

Aynı şekilde *Phelan*'a göre de, Divanın Topluluk hukukunu anayasallaştırırken başvurduğu yöntem meşru değildir ve kurucu antlaşmalarda da dayanağı yoktur. Örneğin, Divanın Topluluk hukukunun temel ilkeleri olarak belirlediği öncelik ve doğrudan etki ilkeleri ile ilgili olarak, kurucu antlaşmalarda bu sonuca ulaştıracak nedensellik bağına doğuracak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu ilkeler ancak Divanın tercihlerinin belli bir Avrupa idealinden kaynaklanması ile açıklanabilir.⁹⁵

Divanın bu eğiliminin yol açacağı bir başka tehlike ise, ulusal mahkemeler ile arasında mevcut bulunan iş bölümü ve işbirliği ilişkisini tehdit etmesidir.

⁸⁹ *Ibid.* Buna karşılık, Lordlar Kamarasının Komite Raporu'nun nihai metni bu görüşe katılmamaktadır. Bkz., HL Paper, 105, Session 1994-1995, 21st Report, 1996 Intergovernmental Conference, s. 65-68.

⁹⁰ Bu konuda genel olarak bkz., *Rasmussen*, *op.cit.*, 1986. *Rasmussen*'in ATAD'a yönelik sert eleştirilerine bir cevap olarak bkz. J.H.H. Weiler, "The Court of Justice on Trial", *Common Market Law Review*, Cilt 24, 1987, s. 555-589.

⁹¹ *Rasmussen*, *op.cit.*, s. 8-13.

⁹² Bkz., örneğin, *Hartley*, *op.cit.*, 1996(b), s. 95. *Hartley*'in görüşlerinin eleştirisi için bkz. Anthony Arnall, "The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley", *Law Quarterly Review*, Cilt 112, 1996, s. 411-423.

⁹³ *Hartley*, *op.cit.*, 1996(b), s. 95.

⁹⁴ *Ibid.*, s. 95.

⁹⁵ *Phelan*, *op.cit.*, 1997, s. 415-417.

Divanının “Aktivist” İctihadını Açıklayan ve Destekleyen Görüşler

Adalet Divanının görev sınırlarını aşan oranda, etkin biçimde ve belli siyasi mülahazalarla hareket ettiği yolundaki görüşlere karşı belirtilebilecek olan ilk husus, üye devletlerin tercihinin de bu yönde olduğudur.⁹⁶ Gerçekten de, üye devletler Topluluk hukukuna daha fazla yetki tanıyan Adalet Divanı kararları neticesinde herhangi bir alanda yetki kaybını göze alırken, bunun karşılığında uluslarüstü yapı içinde alınan kararların ve yapılan düzenlemelerin tüm üye devletlerde daha etkili ve aynı şekilde uygulanabilmesini de temin etmiş olmaktadır. Sadakat yükümlülüğünü ve karşılıklı güveni temel alan Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde üye devletin yetkisinden çıkan alanda Topluluk çapında alınan kararların tüm üye devletlerde aynı biçimde geçerli ve etkili uygulandığına olan inanç ve güven, üye devletlerin bu alanlarda yetki devri ve ihdasına gitmelerini kolaylaştırıcı bir etken olarak işlev görmektedir.⁹⁷ Bu durum, aynı zamanda kurucu antlaşmaların değiştirilmesi usulünün özellik ve güçlüklerinden de kaynaklanmaktadır.⁹⁸ Üye devletler Topluluk hukukunun etkili biçimde uygulanmasını istemekte, bu alanda kurucu antlaşmadaki yetersizlik ve boşlukları da bilmekte, ancak kurucu antlaşmaların değiştirilmesi uzun ve sancılı bir pazarlık süreci ve nihayetinde de oybirliği gerektirdiğinden, Divanın ‘aktivist’ tutumu ile bulunduğu çözümden büyük ölçüde memnuniyet duymaktadırlar.

Nitekim *Tridimas*, Divanın yargı yetkisinin sınırlarını aştığı yönündeki eleştirilere karşı çıkmaktadır.⁹⁹ Yazara göre, bu eleştiri selektif bir dava incelemesi yöntemine dayanmakta, ihtiyatlı ve çekingen olarak nitelenebilecek bir yaklaşımın hakim olduğu Divan kararları göz önüne alınmayarak yürütülen bir analizi esas almaktadır. Bunun da ötesinde, bir kararın, yargı yetkisinin sınırlarını aşan ve politik mülahazalara dayanan bir karar olup olmadığı, bakış açısına göre değişmekte, objektif bir tespitte imkan vermeyecek kadar belirsiz ve değer yargılarına dayalı bir eleştiri ve iddia olmaktan öteye gitmemektedir.

Yazara göre, örneğin, bütün yargıçların federalizm yanlısı olduğunu, veya bir davada federalist tutumun neyi gerektirdiği konusunda tamamen aynı fikirde olduklarını ileri sürmek mümkün değildir.¹⁰⁰ Bu görüşü savunanlar, Toplulukta dengelenmesi gereken menfaatlerin farklılığını ve çeşitliliğini gözden kaçırmaktadırlar. Divan önündeki davaların tamamı üye devletler ile Topluluk arasındaki bir menfaat çatışması ile ilgili değildir. Ne şekilde değerlendirilirse değerlendirilsin, bir Divan kararı, farklı üye devletleri farklı biçimde

⁹⁶ Bkz. örneğin, Garrett, *op.cit.*, 1995, s. 171vd.

⁹⁷ *Ibid.*, s. 171vd.

⁹⁸ Kurucu antlaşmaların değiştirilmesi prosedürü ile ilgili olarak bkz. AT Antlaşmasının eski 236. maddesi, AB Antlaşmasının yeni 48. maddesi.

⁹⁹ *Tridimas*, *op.cit.*, 1996, s. 200.

¹⁰⁰ *Ibid.*, s. 202.

etkileyecek; her üye devletin menfaatleri açısından farklı sonuçlar doğurabilecektir.¹⁰¹

Aynı şekilde, *Edward*'a göre, Divanın AET ve EURATOM Antlaşmalarının hazırlanmasından önce AKÇT hakkında verdiği bazı kararlardan, yargı yetkisi ve kurucu antlaşmaların yorumu ile ilgili olarak üç ana noktayı çıkarmak mümkündür.¹⁰² Bu kararlar uyarınca :

- Kurucu antlaşmalar, hem birer uluslararası sözleşme, hem de Topluluğun iç hukukunu oluşturan birer kurucu belgedir.

- Lafzi ve katı yorum tekniği, metin açık olduğu zaman uygun olmakla birlikte :

1. Antlaşma bir bütün olarak yorumlanmalı ve bu çerçevede hedefleri bir bütün olarak göz önüne alınmalıdır,

2. Üye devletlerin iç hukukları Topluluk için de bir hukuk kaynağıdır ve yorum konusunda yol göstericidir,

3. Antlaşmanın sessiz olduğu veya boşluklar içerdiği durumlarda, yorum yoluyla söz konusu boşlukları doldurmak Divanın görevidir ve,

4. Söz konusu boşluklar, tutarlılık, bütünlük ve *effet utile* ilkesinin gereklerine uygun biçimde doldurulmalıdır.

- Kurucu antlaşmanın yorum yoluyla ortaya konan hedefleri ise :

1. Bir Ortak Pazar kurulması,

2. Bu Ortak Pazarın işleyişi için gerekli kuralların öngörülmesi,

3. Bu Ortak Pazarın işleyişini temin için gerekli örgütsel ve kurumsal yapının oluşturulmasıdır.

Edward'a göre, Divanın bu kararları, AET ve EURATOM antlaşmalarının imzalanmasından önce verilmiştir; dolayısıyla, üye devletlerin Divan tarafından yapılan bu yorumlara itirazı olsaydı kurucu antlaşmalara bunlara meydan vermeyecek bazı hükümleri dahil etmeleri beklenirdi.¹⁰³ Ancak, üye devletler böyle bir yaklaşımı benimsememişler, ne AET ve EURATOM Antlaşmalarına Divanın AKÇT Antlaşmasını yorumladığı gibi yorumlamasına engel olacak hükümler koymuşlar, ne de Divanın bu konudaki yetkisini ve işlevini sınırlama

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 202. Nitekim *Tridimas*'a göre örneğin '*Banana litigation*' olarak bilinen uzun sürecin bir aşamasını oluşturan davada üye devletlerin müdahil olarak ileri sürdükleri görüşlerin birbirine aykırı olması da bu olguyu kanıtlamaktadır. Bkz. C-280/93 Germany v Council [1993] ECR I-3667.

¹⁰² *Edward*, *op.cit.*, 1996, s. 40. Bu çerçevede bahsedilen davalar arasında 8/55 Fedechar v. High Authority (1954-56) ECR 245, 1/54 France v. High Authority, (1954-56) ECR I, 7&9/1954 Industries Siderurgiques Luxembourgeoises v. High Authority (1954-56) ECR 175 yer almaktadır.

¹⁰³ *Edward*, *op.cit.*, 1996, s. 40-41.

yoluna gitmişlerdir. O halde, üye devletlerin de Divanın bu aktif tutumundan memnun oldukları neticesi çıkarılmalıdır.

Aynı şekilde, *Maduro*'ya göre de, kurucu antlaşmaların bu şekilde de yorumu mümkün olduğundan Divanın kararları ile ortaya çıkan anayasal gelişmenin meşru olmadığı ileri sürülemez. Üye devletler de bu anayasalaşma gelişimini arzu etmeselerdi kurucu antlaşmaların gözden geçirilmesi veya tek tek Topluluk hukukunun uygulanmasından kaçınma gibi yöntemlerle bu gelişimi durdurmaları mümkündür; ancak bu yol tercih edilmemiştir.¹⁰⁴

Ayrıca, Divanın kullandığı yorum tekniklerinin hepsinin de meşru olduğu belirtilebilir. Özellikle uluslararası antlaşmaların yorumunda teleolojik yöntem, iç hukuk metinlerinin yorumunda olduğundan çok daha sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Nitekim, uluslararası antlaşmalar ile ilgili Viyana Konvansiyonunun antlaşmaların yorumu ile ilgili 31. maddesinde öngörülen kurala göre : “Bir antlaşma, antlaşmanın bütünü içinde terimlerin olağan anlamına uygun olarak iyi niyetle ve konu ve amacının ışığında yorumlanır.”¹⁰⁵

Aynı şekilde, lafzi yorum tekniğinin uygulanması, Topluluğun birden çok resmi dile sahip olması özelliği dikkate alındığında yetersiz kalabilmekte olup, bu durum Divanın amaca uygun yorum tekniğini benimsemesini haklı kılacak niteliktedir.¹⁰⁶

Bundan başka, *Tridimas*'a göre, kurucu antlaşma genel, ya da başka bir ifadeyle, ‘çerçeve’ biçimde hazırlanmıştır; program hüküm niteliği taşıyan hükümleri ağırlıktadır; üye devletler arasındaki politik, ekonomik pazarlıkların bir neticesidir. Bu nedenlerle, bazı durumlarda, Antlaşma hükümleri bilerek açık ve muğlak bırakılmış, içeriğinin sonradan Divan tarafından doldurulması arzu edilmiştir.¹⁰⁷

Topluluk bütünleşmesini geliştirmek ve ilerletmek, kurucu antlaşmaların sisteminin içinde ve özünde yer alan, ve hatta açıkça atıf yapılan bir hedeftir. Bu nedenle, Divanın antlaşmaların ruhundan ve genel sistematüğinden esinlenmesi, meşru olmanın da ötesinde, bir gereklilik olarak kabul edilmelidir.¹⁰⁸

Divanın benimsediği teleolojik yorum metodunun, diğer bir deyişle kurucu antlaşmanın hükümlerinin yorumunda genel ve temel amaçların dikkate

¹⁰⁴ Miguel Poiaras Maduro, “The Heteronyms of European Law”, *European Law Journal*, Cilt 5, 1999, s. 161-162. Elbette kurucu antlaşma değişiklikleri için gerçekleşmesi gereken prosedürün hem siyasi, hem de hukuki açıdan ne kadar zorlu ve zaman alıcı olduğu hatırlanırsa, *Maduro*'nun bu görüşünün geçerliliği hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapma imkanı da o derece artar.

¹⁰⁵ Bkz., 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi .

¹⁰⁶ Maduro, *op.cit.*, 1999, s. 161-162. Genel olarak Divanın yorum ve yargılama yönteminin bir değerlendirmesi için bkz. Joxerramon Bengoetxea-Neil MacCormick-Leonor Moral Soriano, “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, de Burca - Weiler (eds.), *op.cit.*, 2001, içinde, s. 43-85.

¹⁰⁷ Tridimas, *op.cit.*, 1996, s. 203-204.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 205.

alınması yönteminin önemi burada daha da iyi anlaşılmaktadır. Kurucu antlaşmalar, amaçlanan hedeflere ulaşılmasını sağlamak üzere hazırlanmış hukuki metinlerdir. Bu nedenle, teleolojik yorum, kurucu antlaşmaların yorumunda esas alınacak yöntemlerden herhangi biri olmaktan çok, asıl yöntemi oluşturur şekilde kabul edilmelidir. Kurucu antlaşmaların özel niteliğine en uygun yorum yöntemi hiç kuşkusuz amaca uygun yorum yöntemidir.¹⁰⁹

Divanın başvurduğu yorum teknikleri arasında bireysel hakların etkili korunması, Topluluk hukukunun etkili uygulanması ve yazılı olmayan Topluluk hukuku genel ilkelerinden esinlenilmesi amaçlarına sık sık gönderme yapıldığı görülmektedir. Topluluk hukukunun etkili uygulanmasını temin, kurucu antlaşmanın temel hedefleri arasında yer almakta olup, amaca uygun yorum yönteminin özel bir uygulaması biçiminde değerlendirilebilir. Topluluk hukukunun genel ilkelerine gönderme ise, kurucu antlaşmaların kendisi tarafından da yapılmaktadır. Bu nedenle, her iki teknik ve yaklaşım da meşru ve yerinde kabul edilmeli; yargısal işlevin aşılması şeklinde değerlendirilmemelidir.¹¹⁰

Dolayısıyla, Divanın *Van Gend en Loos* ve *Costa v. ENEL* kararlarında ortaya koyduğu yeni hukuk düzeninin nitelikleri ile ilgili kararlarının hukuken ve mantıken uygun ve makul olduğu kabul edilirse, söz konusu kararlar yanlış olarak nitelendirilse bile, Divana yöneltilecek aktivizm suçlaması dayanaksız kalmaktadır.¹¹¹ Esasen, kurucu antlaşmaların hedefleri, bu hedeflere ulaşılması için öngörülen yöntemler ve bu çerçevede Divana verilen görev ve yetkiler ışığında Divanın yetkisini aştığını ileri sürmek de doğru değildir.¹¹²

Tüm hukuk düzenlerinde mahkeme kararlarının söz konusu hukuk düzenini tutarlı, bütünlüklü, işleyebilir ve etkili hale getirmeye yönelik olması gereklidir ve incelediğimiz yazarların görüşlerine göre, Divanın yaptığı da bundan öte bir faaliyet oluşturmamaktadır.¹¹³

Sonuç: Divanın Bütünleşme Lehine Yorum Anlayışına Alternatif Bir Yaklaşım Arayışı ve Anayasalaşma Açısından Değişen Dinamikler

1990'ların ikinci yarısını ve 21. yüzyılın ilk yıllarını etkisi altına alan ve Avrupa bütünleşmesini yepyeni öncelikler ve tartışmalarla karşı karşıya bırakan gelişmeler bağlamında Adalet Divanının bütünleşme sürecindeki rolünü ve aktivist tutumuna yönelik eleştirileri yeniden ele almak gerektiği kanısındayız.

Bu çerçevede, Divanın Topluluk hukukunu yorumlarken takındığı tutuma ilişkin farklı bir yaklaşım benimseyen *Armstrong* ve *Bulmer*'a göre, Topluluk

¹⁰⁹ *Ibid.*, s. 205-207.

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 208.

¹¹¹ Bkz., örneğin, Edward, *op.cit.*, 1996, s.52.

¹¹² Tridimas, *op.cit.*, 1996, s. 209-210.

¹¹³ Edward, *op.cit.*, 1996, s. 66-67.

hukuku, Adalet Divanı kararlarının bir tercihler oyunu şeklinde açıklanmasına elvermeyecek ölçüde tutarsız ve bütünlükten yoksundur.¹¹⁴ Yazarlara göre, Divan da Avrupa bütünleşmesinin yönü ve kapsamı hakkında çok açık bir tutuma ve anlayışa sahip olmadığından, verdiği kararların her zaman ve sadece teleolojik yorum yöntemine dayanılarak açıklanması ve incelenmesi mümkün değildir.¹¹⁵ Buna göre, Divan, Topluluk hukukunun kapsam ve olanaklarını geliştirmek yönünde önüne çıkan fırsatlardan yararlanan ve “ne yaptığını bilen bir fırsatçı” görünümündedir.¹¹⁶ Bununla birlikte, Divanın amaca uygun davranma imkanı sınırsız da değildir. Divan, önüne gelen davaları, tıpkı başka mahkemeler gibi, esasları ve maddi vakıaları açısından ele almak durumunda olup, yorum yetkisi, önündeki davanın somut vakıa ve koşulları ile sınırlıdır. Her ne kadar, Divan kendi içtihatları ile bağlı değilse de, sık sık içtihat değişikliği anlamına gelebilecek ve duruma göre değişen biçimde alınacak kararların meşruiyetini ve otoritesini zedeleyeceği açıktır.¹¹⁷

Nitekim, Divan, doğrudan etki ilkesini getirerek yargı yetkisinin sınırlarını aşmak ve politik kararlar vermekle suçlanırken, öte yandan da örneğin *Defrenne*¹¹⁸ davasında kararının geriye etkisini sınırlamakta pasif davrandığı suçlamaları ile karşılaşabilmektedir. Aynı şekilde *Francovich*¹¹⁹, *Factortame*¹²⁰, *Emmott*¹²¹ kararları ve AEA Anlaşması hakkında görüş¹²² gibi müdahaleci olarak nitelenebilecek bir dönemden sonra 1990'ların özellikle ikinci yarısından itibaren Divanın *Steenhorst Neerings*¹²³, *Johnson*¹²⁴, *Keck*¹²⁵ ve *Meng*¹²⁶ gibi kararları ile içtihadında bir geri çekiliş eğilimine yöneldiği ileri sürülebilir. Bu kararlar, büyük ölçüde, Divanın geri adım attığı ve ihtiyatlı ya da kontrollü bir yaklaşıma yöneldiği şeklinde yorumlanmaya uygundur. Ancak, aynı ölçüde geçerli bir yaklaşım, Adalet Divanının artık bu tarz aktivist olarak nitelenebilecek bir tutum izlemesini gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış olduğu şeklinde ortaya konabilir.

¹¹⁴ Kenneth Armstrong-Simon Bulmer, *The Governance of the Single European Market*, European Policy Research Unit Series, Manchester University Press, Manchester, 1998, s. 272.

¹¹⁵ *Ibid.*, s. 272.

¹¹⁶ *Ibid.*, s. 272. Aynı doğrultuda bkz., Daniel Wincott, “Political Theory , Law and European Union, Jo Shaw-Gillian More (eds.), *The New Legal Dynamics of of European Union*, Clarendon Law Series, Oxford, 1995, s. 425vd.

¹¹⁷ Armstrong-Bulmer, *op.cit.*, 1998, s.273.

¹¹⁸ 43/75 Defrenne v. SABENA (no 2), *supra* no: 79 ve 149/77 Defrenne v. SABENA (no 3) (1978) ECR 1365.

¹¹⁹ C-6&9/90 Francovich, *supra* no: 77.

¹²⁰ C-213/89 R v. Secretary of State for Transport, *ex parte* Factortame (1990) ECR I-2433

¹²¹ C-208/90 Emmott (1991) I ECR 4269.

¹²² 1/91 Opinion on EEA, *supra* no: 85.

¹²³ C-338/91 Steenhorst Neerings (1993) ECR 5475.

¹²⁴ C-410/92 Johnson (1994) ECR I-5483.

¹²⁵ C-267&268/91 Keck & Mithouard (1993) ECR I-6097.

¹²⁶ C-2/91 Meng (1993) ECR I-5751.

Bu bağlamda ilk olarak belirtilmesi gereken, Topluluk hukukunun doğrudan etkisi ve önceliğinin, ya da Topluluk hukukunun etkili biçimde uygulanmasını sağlamaya yönelik ulusal usul ve yaptırımlar öngörme yükümlülüğünün, üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından 90'ların ikinci yarısında artık büyük ölçüde kabul edilmiş olmasıdır. Bu konularda yeni yükümlülükler içeren kararlar yoluyla ulusal mahkemelerin yetkilerinin ve iyi niyetlerinin zorlanması Divan tarafından hem gereksiz, hem de yararsız bulunmuştur.

İkinci olarak üzerinde durulması gereken husus, Tek Pazar hedefine önemli ölçüde ulaşılmış olması; yeni politika alanlarının geliştirilmesinde ise, AB yasa koyucusu tarafından önemli adımların atılmasıdır. *Van Gerven*'in de belirttiği üzere, Divanın aktif tutumunun aslında Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakları koruma ve aynı zamanda Topluluk hukukunun etkili uygulanmasını temin istek ve ihtiyacından kaynaklandığını belirtmek bir defa daha vurgulamak gereklidir.¹²⁷ Yasa koyucunun üzerine düşen görevleri yerine getirdiği bir düzende, Divanın bu konularda bu tarz bir tutum izlemesine gerek kalmayabilirdi. Ancak, Topluluk yasa koyucusunun özellikle 1980'lerin ortalarına kadar devam eden ve çeşitli nedenlerden kaynaklanan çekimser ve atıl tutumu, Adalet Divanını Topluluk hukukunun uygulanmasında hukuka saygıyı sağlama görevi çerçevesinde adım atmaya mecbur kılmıştır. Oysa bu tarihlere başlayarak Tek Senet ve Tek Pazar hareketi, *Maastricht*, *Amsterdam* ve *Nice* Antlaşmaları, son olarak da AB Anayasal Antlaşması (ya da 'Avrupa için Bir Anayasa Öngören Antlaşma') ile artık Avrupa Birliğinin siyasi organları bütünleşme sürecinin politikalarını tespit etme ve uygulama, yetkilerini genişletme gibi alanlarda itici ve belirleyici güç olma görevlerini tam anlamıyla üstlenmiş görünmektedirler. Elbette, bu durumda, Adalet Divanının da yargısal aktivizm olarak benimsenen tutumunda ısrarcı olmasını gerektiren nedenler büyük ölçüde ortadan kalkmış olmaktadır.

Bu bağlamda, Divanın bütünleşme sürecinin ilk 40 yılına damgasını vurduktan sonra geri planda çekilişinin üçüncü ve belki de en önemli nedenin de altını çizmek gerekmektedir. Şu an için Avrupa bütünleşmesi bakımından hukuki anayasalaşma alanında kaydedilen mesafe yeterli görülmemekte, mevcut sisteme rötuş ya da netleştirme niteliğini taşıyan Divan kararlarının ötesine geçen girişimlere ihtiyaç duyulmamaktadır.¹²⁸ Buna karşılık, bütünleşme süreci siyasi bir yapı olmaya, bir bakıma siyasi kimliğini ve nihai hedefini araştırmaya, sorgulamaya yönelmiştir.¹²⁹

¹²⁷ Walter Van Gerven, "The Role and the Structure of the European Judiciary Now and in the Future", *European Law Review*, Cilt 21, 1996, s. 211-212.

¹²⁸ Örneğin, Divanın son derece 'ihtiyatlı' bir tutum sergilediği bir karar için bkz. C-74/94 R v Secretary of State for Human Health, *ex parte* Imperial Tobacco Ltd and Others (2000) ECR I-8419. Mevcut sisteme rötuş nitelikli bir karar için ise bkz. *Köbler supra* no: 15.

¹²⁹ Yeni anayasalaşma sürecinin kökenleri ve gelişimi ile bütünleşmenin siyasi kimlik arayışı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Baykal, *op.cit.*, 2004 (a).

Bu nedenle, kanımızca, Divanın Topluluk hukuk düzenini tesisinde ve etkili biçimde uygulanmasında takındığı tutum ve bu bağlamda verdiği kararların, yargı ve yorum yetkisinin aşılması ya da politik bazı mülhazaların hukuk metinlerinin lafzından ayrılma sonucunu vermesi şeklinde değerlendirilmesi mümkünse de, bu yaklaşım Avrupa bütünleşmesinin gereksinimleri karşısında zorunlu olarak kabul edilmelidir. Bağımsız ve kendine özgü bir hukuk düzeni kuran ve uluslarüstü bütünleşmeyi hedefleyen bir hareketin, etkili ve aynı biçimde uygulanması için gerekli idari ve hukuki mekanizmanın çeşitli nedenlerle¹³⁰ tam olarak sağlanmadığı bir ortamda, bu hukuk düzeninin en üst yargı organının yaratıcı bir yorum benimsemekten ve bütünleşmenin çıkarlarını üstün tutmaktan başka çaresi kalmadığı kolaylıkla savunulabilir. Günümüzde Divanın bu tutumundan büyük ölçüde uzaklaşması da bu yargıyı güçlendirmektedir. Hukuki sistem oturmuştur; sıra, belki de gereksiz ve zamansız bir biçimde, siyasi sistem arayışındadır.

Ancak, burada işaret edilmesi gereken ilginç ve belki de tehlikeli bir nokta, bugüne dek ulusal mahkemeler ile ATAD ilişkileri özelinde, ve ulusal hukuk düzenleri ile Topluluk hukuk düzeni ilişkileri genelinde şekilsel anlamda yazılı bir anayasanın ve belki de kesin bir hukuki zorunluluğun bulunmamasına rağmen, isteğe ve bütünleşme iradesinin güçlü oluşuna bağlı olarak sergilenen itaat ve Topluluk hukukunun önceliğine riayet etme gibi tutumların yerini, günümüzde yaşanan siyasi anayasalaşma olgusu sonucu, artık bağlayıcı hukuki metinlerinin alması ihtimalidir. Böylece hukuken açık biçimde zorunlu hale gelen itaat, gönüllü bir şekilde birarada, uluslarüstü hukukun üstünlüğüne saygılı biçimde yaşama pratiğinin terk edilmesine yol açabilir.¹³¹ Bu sonucun Avrupa bütünleşmesinin kendine özgü niteliğine ve ideallerine neler getirip neler götüreceğini ise, ancak zaman gösterecektir.

¹³⁰ Söz konusu nedenler, özellikle de Topluluk hukukunun dolaylı uygulanmasından kaynaklanan sorunlar ve Divanın bu sorunları çözümü çerçevesinde benimsediği ilke ve yöntemlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Baykal, *op.cit.*, 2002.

¹³¹ J.H.H. Weiler, "In Defence of the status quo: Europe's Constitutional *Sonderweg*", J.H.H. Weiler-Marlene Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2003, s. 7-23.