

ULUSAL VE ULUSLAR - ÜSTÜ HUKUK SİSTEMLERİNİN GEÇİŞMESİ (INTERPENETRATION) (*)

Yazan : Lord Justice DIPLOCK
Çeviren : Doç. Dr. M. Aydoğan ÖZMAN
A. Ü. Hukuk Fakültesi

Batı Avrupa'da, Komünist Bloka bağlı ülkeler dışında, birbirine rakip iki büyük hukuk sistemi vardır. Birisi, «Civil Law» veya Profesör René David'in deyimi ile Romano - Germanik sistemdir; ortaya çıktığı yer bugün İstanbul olarak bilinen, Doğu Roma İmparatorluğunun merkezidir ve burada İmparator Justinian'ın hükümlerliği sırasında, Avrupa'nın diğer bölgelerinde bilgi ve medeniyetin karanlıkta olduğu bir dönemde, en ileri gelişme evresine ulaşmıştır. «Common Law» olarak adlandıracağım diğeri ise, karanlık çağlar sonunda İngiltere'de ortaya çıkmıştır ve Amerika Birleşik Devletleri'ne ve geçmişte İngilizlerin yerleşerek veya fethederek etkinliklerini gösterdikleri dünyanın bütün diğer yörelerine götürülmüştür.

Romano - Germanik sisteme bağlı olan çeşitli devletlerin iç hukuklarında uygulanan hukuk kavramları arasında, bazı farklar olduğu inkâr edilemez. Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Birleşik Krallık'da, mahkemeler tarafından uygulandığı şekli ile, «Common Law»da da bazı kavramsal farklar ortaya çıkmıştır. Ancak, aynı genel sistemi kabul etmiş çeşitli devletlerin mahkemelerindeki yargıçlar tarafından uygulanan hukuk kavramları ve hukukî muhakeme metodları arasındaki farklar, farklı genel sistemleri kabul etmiş devletler arasındakilerden daha önemsizdir. Türkiye'nin uygulaması, bunu örneklemektedir. Birinci Dünya Savaşının zor yıllarını takiben, Türkiye dine dayalı olmayan bir Cumhuriyet haline gelip, daha önce uygulanan geleneksel İslâm Hukuku Sistemini terk etmeye karar verince, fikir almak üzere, yasaları «Civil Law»a dayanan Avrupa devletlerine yönelmiştir; ancak, yalnızca tek bir devletin yasalarına değil, fakat, bunların hepsininkine yönelmiştir; bu yönelme, İsviçre'ye Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İtalya'ya Ce-

(*) Lord Justice DIPLOCK tarafından 14 Nisan 1980 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesinde verilen Konferans.

za Kanunu, buna karşılık Almanya'ya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Fransa'ya İdare Hukuku ve İdarî Usul için olmuştur. Romano - Germanik esasa dayalı sistemlere ait yasalarla sınırlı olan bu karma seçim başarı ile işlemiştir; fakat, Türk hukukunun bazı alanları için İngiliz maddi hukuku veya usulü kabul edilseydi, aynı derecede başarıya ulaşılması muhtemelen söz konusu olmayacaktı.

Çeşitli devletlerin iç hukukları ve hukuk sistemleri arasında var olan farklar, mahkemelerin ülke sınırlarını aşan çok az sayıda işlem ile ilgilendikleri sürece, çok önemsizdir. İlk devirlerde, özellikle malların deniz yolu ile taşınması söz konusu olduğunda, bu özelliğe sahip en yaygın işlem çeşidi ticarî idi; ve bu çeşit işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm biçimi, o zamanki başlıca ticaret topluluklarına, uluslar - üstü bir hukuk sisteminin uygulanmasının en eski örneğini oluşturmaktadır. İngiltere'de, onaltıncı yüzyılda ve onyedinci yüzyıl başlarında yalnızca gemilerle ilgili davalarda değil; fakat, tacirler arasındaki işlemlerden doğan diğer uyuşmazlıklarda da yargı yetkisini kullanan ayrı Deniz Mahkemesi, İngiliz örf ve âdet hukukunu uygulamamıştır. Denize ilişkin konularda, anılan Mahkeme, deniz hukukunun genel kuralları olarak kabul ettiklerini uygulamıştır. Bu kuralların kaynağı, herhangi tek bir devletin egemenlik yetkisini kullanarak ortaya koyduğu hukuk değil, fakat bizzat tacirlerin kendi genel örf ve âdetleri ve Oleron yasaları veya **Consulato Del Mare** gibi deniz teamüllerine ilişkin yazılı yasalardır. Orta çağın sonunda, İtalyan Şehir Devletleri deniz ticaretinin gelişmesinde öncü olduklarından, deniz hukuku ve ticaret hukuku, çeşitli ulusların olağan yargı organlarınınca geliştirilmeye başlandığında, Bologna Üniversitesinde yeniden canlandırılmış şekli ile incelenen Roma Hukukundan çok etkilenmişlerdir. Buna uygun olarak, İngiliz Deniz Mahkemesi de bir «Common Law» mahkemesi değildi. Bu mahkemenin, «Common Law» mahkemelerinden farklı, kendine özgü bir usulü vardı. Burada dava yürüten hukukçular «Civil Law» eğitimi ve uygulaması görmüşlerdi; bu mahkemenin yargıçları ise, bu hukukçuların önde gelenleri arasından atanıyorlardı.

Ancak, giderek artan aşırı dar fikirlilik ve milliyetçilik hisleri, ulusal hukukların «Civil Law»a dayalı genel tek bir sistem oluşturacak biçimde birleşmesine yol açabilecek bir gelişmeye elverişli değildi. Onsekizinci yüzyıl boyunca ve ondokuzuncu yüzyıl başlarında İngiltere'de «Common Law» mahkemeleri, Deniz Mahkemesinin denize ilişkin olmayan bütün konulardaki yargı yetkisini ve gemilere ilişkin uyuşmazlıklara ait olanlarının çoğunu elde etmeyi başarmışlardır. Yetkileri elde eden

bu mahkemelerin, eğitim ve tecrübeleri İngiliz «Common Law»u ile sınırlı yargıçları, uluslar - üstü bir hukuku uygulayan bir İngiliz mahkemesi kavramını kabul etmekte, Deniz Mahkemesinin «Civil Law» hukukçularından daha az istekli idiler. Böylece, denize ilişkin olduğu kadar, ticarete ilişkin alanlarda da ticaretle uğraşan diğer ülkelerin hukuku ile İngiliz hukuku farklı akıntılara kapılmış oldu.

Yirminci yüzyılın başında, uluslararası ticaretin, taşımacılığın ve haberleşmenin büyük ölçüde artması, ticaretle uğraşan belli başlı ülkelerin ticarî topluluklarında, bunların gerçekleştirdikleri ticarî işlemleri düzenleyen ulusal yasalar arasında mümkün olduğu ölçüde tek düzelik sağlanması isteğinin büyük ölçüde kamçılanmasına neden olmuştur. Bu amacı gerçekleştirmek için öncü çalışma, ilk olarak, malların deniz yolu ile taşınmasında çeşitli çıkarları temsil eden ulusal birliklerden oluşan Uluslararası Denizcilik Komitesi tarafından başlatıldı. Çalışmalarına 1905'de başlayan bu uluslararası komite, değişen sayıda belli başlı denizci devletlerce onaylanan bir takım uluslararası sözleşmelerin yaygınlaştırılmasından ve desteklenmesinden sorumlu idi. Bu sözleşmelerden sadece en iyi tanınan, en geniş kabul gören ve genellikle La Haye kuralları olarak bilinen sözleşmeyi burada zikretmek gereğini duyuyorum.

Egemen devletlerin, üzerinde uyuşulan tek düze hükümlerini kendi iç hukuklarına aktarma girişiminde buldukları uluslararası sözleşmeler, bugün artık, devletler arasındaki ilişkilerin yaygın bir örneğini oluşturmaktadır. Her ne kadar geniş bir etki alanı sağlayacak yeterli onaylamayı elde edemiyorlarsa da, bu çeşit bir takım sözleşmelerin akdedilmediği yıl hemen hemen yok gibidir. Buna karşılık oldukça fazla sayıda devlet tarafından onaylanmış bir uluslararası sözleşme gereğince kabul edilen kanunlar, bunların değiştirilmesi veya feshedilmesi sözleşmeye taraf olduğu sürece devletin uluslararası sorumluluğuna neden olacağından, açıkça uluslar - üstü kanunlar olarak tanımlanabilirler. Fransa gibi, onaylamayı takiben başka bir yasama işlemine gerek kalmaksızın bir sözleşmenin hükümlerinin otomatik olarak Devletin hukukunun bir parçası haline dönüştüğü devletler ile, Birleşik Krallık gibi, bu hükümlerin iç hukukta herhangi bir etkinliğe sahip olması için, bunların önce yasama organı tarafından yasa şekline dönüştürülmesinin gerekli olduğu devletler arasında bir ayrımı gözönüne alarak konuyu derinleştirmeyeceğim. Her iki durumda da, sözleşmede yer alan uluslar - üstü kuralın yürürlüğünün sağlanması ve daha da önemlisi, yorumlanması ulusal mahkemenin yetkisi içerisine girmektedir.

Hukuki bir konudaki olağan bir uluslararası sözleşmenin, buna taraf olan devletlerde, uluslar-üstü bir hukuk sistemi tanımına girecek herhangi bir şey yaratmasını önleyen, bu husustur. Bu çeşit uluslararası sözleşmeler uzlaşmadan doğmaktadır. Bunların kaleme alındıkları dil muğlak olma eğilimindedir; bu husus, çoğu defa istenerek böyledir; zira, açıklık uzlaşmanın düşmanıdır; muğlak olduğu takdirde dikkatten kaçabilecek düşünce farklılıklarını, açıklık ortaya koyabilir. Böylece çeşitli devletlerin kendi iç hukuklarına dahil edilen sözleşme hükümleri bu devletlerin ulusal mahkemelerince açıklığa kavuşturulma yönünden oldukça geniş bir alan oluşturmaktadır.

Yazılı kuralların yorumu konusunda, belirli ülkelerin mahkemelerince benimsenen metodlar, birbirinden büyük ölçüde farklı olabilir. Bu devletlerin, yorumlamaya alıştıkları, ulusal yasama organlarının kabul edilen, yazılı kuralların kaleme alınmış biçimleri aynı olmayabilir. Ulusal mahkemeler, kelimelerin alışlagelmiş anlamlarını gözönünde bulundurarak yapılan yorum veya tarihî yorum yerine gaî yorumu benimsedikleri ölçüde, bu mahkemelerce sözleşmedeki ibarelerin yorumu da, zaman içinde devletten devlete, giderek farklılaşacaktır. Sözleşme tarihinden itibaren devletlerin her birinde ticaret modellerindeki ve ekonomi politikalarında meydana gelen gelişmelerin aynı olduğu söylene-
mez; bu fark ne kadar fazla olursa, çeşitli ulusal mahkemeler önüne getirilen benzer olaylarda gaî yorum yolu ile aynı sonuçlara varmak ihtimali o derecede azalacaktır. Gerçekten, uygulanacak hukukun La Haye kurallarında bulunduğu davalarda, uygulama bunu göstermiştir; çeşitli ülkelerin mahkemeleri önüne getirilen davalarda verilen kararlarda her zaman olması gerektiği gibi, her ne kadar uygulama ve teori açısından önemli bir ölçüde bir tek düzelik görülmüşse de, yıllar geçtikçe, La Haye kuralları ile ilgili bir davanın bir ülke mahkemesi yerine diğer bir ülke mahkemesi önüne getirilmesi halinde uygulamada birbirine zıt sonuçlara ulaşıldığı olmuştur.

Uluslar - üstü bir hukuk sistemi, adına lâıyk olarak, bu hukukun yürürlükte olduğu bütün ülkelerde, uluslar - üstü kuralların mahkemeler tarafından yorumlanmasında ve uygulanmasında tek düzeliği sağlayacak bir mekanizma içeren bir sistemdir. İşbu konferansta söz konusu olan uluslar - üstü hukuk herhangi resmî bir sıfatı olmayan kişilere hukuki haklar tanıyan veya yükümlülükler getiren ve ulusal mahkemeler önünde bu kişilerin birbirlerine veya hükümet ve kamu kurumlarına ve yetkililerine karşı yürürlüğünü iddia edebildikleri hukuktur. La Haye'deki Uluslararası Adalet Divanı, bu çeşit bir sözleşmede devletlerin ka-

bul etmesi istenen kuralların yorumlanması ve uygulanması konusunda tek düzeliği sağlayacak imkânları ortaya koyamaz. Şüphesiz teorik açıdan, bir devletin ulusal mahkemeleri sözleşmeyi, sürekli olarak, diğer herhangi bir devletin vatandaşları aleyhine yorumlarsa, bu son devletin hükümetinin, bu durumun ilk devlet tarafından sözleşmenin ihlalini oluşturduğu gerekçesi ile La Haye Divanına başvurması mümkündür; ancak, Uluslararası Adalet Divanı yapısı, Divan üyeliği, uyguladığı usul ve eğer tâbir caiz ise, son yıllardaki tutumu nedeniyle, az bir ihtimalle de olsa, bir hükümet bu amaçla Divanın yetkisini kabule istekli olsa dahi, gerçekleştirilmesi gereken görev açısından uygun bir mahkeme olmayacaktır. Esas ihtiyaç duyulan mekanizma, resmî herhangi bir sıfatı bulunmayan kişilerin, sözleşmeye taraf olan herhangi bir devletin, özellikle kendi mahkemelerinin, sözleşmeyi yanlış yorumlamasını veya yanlış uygulamasını düzeltme yetkisine sahip bir yargı organına doğrudan başvurabilmelerini sağlayan bir mekanizmadır.

1951 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu çeşit mekanizmayı öngören hükümleri ile bu yolu açmıştır. Sözleşme, buna taraf olan devletlerin saygı göstermeyi taahhüt ettikleri insan haklarını ve temel hürriyetleri tanımlayan meşhur listeye ek olarak, bir devletin sözleşmeyi ihlâl ettiğine ilişkin şikâyetleri ele alarak bir mekanizma da kurmaktadır. Bu mekanizma, şikâyetleri kabul etmek ve incelemekle, bunlar arasında önemli kabul ettiklerini anlaşma yolu ile çözüme bağlamakla ve eğer böyle bir çözüm sağlanamazsa konuyu, karar verilmek üzere Avrupa İnsan Hakları Divanına sunmakla görevli bir Komisyon'dan oluşmaktadır.

Komünist Blok dışında, bütün Avrupa devletleri İnsan Hakları Sözleşmesine taraftır veya kısa bir süre içerisinde taraf olacaktır. Bununla beraber, Sözleşme, buna katılan devletlere, kendilerine karşı bizzat kendi vatandaşları da dahil olmak üzere, özel kişiler tarafından yapılan şikâyetleri ele alma konusunda Komisyonun ve Divanın yetkisini kabul edip etmeme seçeneğini vermektedir. Birleşik Krallık da dahil olmak üzere bazı devletler bu yetkiyi kabul etmiş, diğerleri ise kabul etmemiştir. İnsan haklarının ve temel hürriyetlerin amacı herşeyden önce kişiyi, hükümet organlarının veya idari makamların zorlayıcı yetkilerinin kendisine keyfî veya aşırı bir biçimde uygulanmasını önlemektir; bu nedendir ki, ancak Komisyonun ve Avrupa İnsan Hakları Divanının özel kişilerin başvurularını ele almaları konusundaki yetkilerini kabul etmiş olan devletlerde insan hakları alanında, ulusal hukuk sisteminin bir parçası durumuna gelen bir uluslar - üstü hukuk sistemi yaratmak için gerekli şartlar yerine getirilmektedir.

Ulusal hukukun bir parçası durumuna getirilme işlemi, insan haklarından herhangi birine aykırı davranıldığı ileri süren bir ferden, kendisine ulusal mahkemelerde tanınmış olan bütün hukuki yolları tüketmeden, Avrupa İnsan Hakları Divanına başvuramaması şartı ile sağlanmaktadır. Böylece gerçekte, devletin hukukuna doğrudan doğruya veya yasa yoluyla dahil edilmiş olan Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin konularda en yüksek ulusal mahkemeden uluslar - üstü nitelikte bir mahkemeye yapılan bir başvuru söz konusu olmaktadır. Bu yönden, İngiltere'de görülmekte olan bir özel hukuk davasında, adaletin uygun bir biçimde uygulanabilmesi için söz ve ifade hürriyetinin kısıtlanıp kısıtlanamayacağı —Amerikalıların deyişi ile «âdil muhakeme ile bağımsız basın» arasında çıkar anlaşmazlığı— konusundaki bir uyuşmazlıkta Birleşik Krallık'ın en yüksek ulusal mahkemesi olarak Lordlar Kamarasının, âdil muhakeme lehine bir gazete makalesinin yayınlanmasını yasaklayan hükmü, Avrupa İnsan Hakları Divanı yargıçlarının az bir çoğunluğu tarafından bağımsız basın lehine çevrilmiştir.

Bu dâva, gerçekte sözleşmedeki ibarelerin yorumu konusunda herhangi bir sorun yaratmamış; sadece, belirli bir davadaki olaylara sözleşmenin uygulanması sorununu ortaya koymuştur. Gerçekten, Birleşik Krallık, Sözleşmede korunması öngörülen insan haklarının ve temel hürriyetlerin tanımı için kullanılan ibareleri herhangi bir şekilde yazılı kurala dönüştürmemiştir. Bu konuda, bu hak ve hürriyetlerin esasen, yazılı olmayan örf ve âdet hukuku ile korunduğu görüşü hâkim olmuştur. Bununla beraber, Birleşik Krallık, bu yönden bir istisna oluşturmaktadır ve parlamentoda Sözleşmedeki ibarelerin aynı içerikli bir yazılı kanunun kabul edilip edilmemesi gerektiğine ilişkin görüşmeler halen gündemde bulunmaktadır.

Ulusal mahkemeler başarısız olduğunda, yasal haklarının korunması amacıyla, herhangi resmi bir sıfatı bulunmayan fertlerin başvurabilecekleri bir uluslar - üstü mahkeme yaratan bu ilk girişimin değerini azaltmak istemiyorum; ancak, Ortak Pazar ülkelerince gerçekleştirilen ulusal ve uluslar - üstü hukuk sistemlerinin geçişmesine ilişkin mükemmel örneği tartışmak için de kendime çok az bir zaman ayırmamam gerekir. Avrupa Ekonomik Topluluğu ile ortaklık kuran bir devletin hukukçuları olarak sizlerin, bu Topluluğu kuran andlaşmalarda öngörülen, anayasal yapıyı geniş bir biçimde tanıdığımızı kabul ediyorum : Kendisine topluluğun yasama yetkilerinin verildiği bir Bakanlar Konseyi'nin önerisi ile Komisyon tarafından yürütülen yasalar bütünü; danışma gö-

revine sahip ve az ölçüde fiili yetkilerle donatılmış bir Meclis ve incelememizin amacı açısından en büyük öneme sahip bir Adalet Divanı. Ortak Pazarın kuruluşundan itibaren geçen yirmi ve ilk kurucu altı üye devlet yanında üç devletin daha alınarak topluluğun genişletilmesinden itibaren geçen yedi yıl boyunca organların yapısına ilişkin andlaşmaların hükümlerinde yapılan yazılı değişiklikler nispeten azdır; buna karşılık yine bu dönemde uygulamalar fazlalaşmış ve Adalet Divanı dışında kalan topluluk organları arasında kuvvet dengesini etkileyen ve yine bunlar arasında görevlerin uygulamaya yönelik olarak yeniden dağılımını amaçlayan açık veya zımnî andlaşmalar yapılmıştır. Uygulamada, organlar andlaşma metinlerinde öngörülenlerden çok farklı bir biçimde çalışmaktadırlar. Bununla beraber, bu değişiklikler, bugün ilgilendiğim konular değildir. Bu konferansın geri kalan bölümünde ilgileneceğim konu, özellikle Birleşik Krallık'da Topluluk Hukuku ile ulusal hukuk arasındaki ilişki ve Avrupa Adalet Divanı ile İngiliz ulusal mahkemeleri arasındaki ilişkidir. Kaynak olarak, Avrupa Divanı'nın yetkisini düzenleyen temel andlaşma —Roma Andlaşması— ile sınırlı kalacağım.

Üye devletlerin ulusal toprakları üzerinde yürürlüğünü sağlamak zorunda oldukları Topluluk hukuku kaynakları üç tanedir. İlk olarak bizzat andlaşmanın hükümleri gelmektedir; bunlardan bazılarının, topluluk organlarında veya üye devletlerde gerçekleştirilecek herhangi bir yasama işlemine gerek kalmaksızın, üye devletlerde hukuk kuralı olarak doğrudan doğruya uygulanabilir olduğu Adalet Divanı tarafından kabul edilmektedir. Daha sonra, Bakanlar Konseyi tarafından çıkarılan Talimatlar gelmektedir; bunlar da, aynı şekilde, üye devletlerde, başka bir yasama işlemine gerek kalmaksızın, kanun gibi doğrudan doğruya etkiye sahiptirler. Nihayet, Direktifler gelmektedir; bunlar ise Roma Andlaşmasınının 189. maddesine göre üye devletler için gerçekleştirilmesi gerekli amaçlar olarak bağlayıcı olup, bu konuda şekil ve yöntemlerin seçimi ulusal makamlara bırakılmıştır.

Bunlardan şu husus oldukça açık olarak ortaya çıkmaktadır :

Her yönüyle uluslar-üstü nitelikte olan topluluk yasaları vardır. Bunlar sözleşmenin doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikteki hükümleri ve Topluluk Konseyince çıkartılan Talimatlardır. Bunlar, ulusal yasama organları tarafından ayrıca yürürlüğe konulmaksızın, bütün üye devletlerde hukuk kuralı olmaktadır; ulusal yasama organları bunların ibarelerini değiştirme, bunları yürürlükten kaldırma veya bunlarla çatışan herhangi bir hukuk kuralı koyma yetkisine sahip değildirler. Bu

kurallardan sonra, daha sınırlı bir anlamda uluslar - üstü niteliğe sahip ikinci bir grup kural vardır. Bunlar da, bir üye devletin ulusal yasama organı tarafından bir Direktifte belirtilen amacı gerçekleştirmek üzere çıkarılan kurallardır. Bir direktif uyarınca çıkarılan kurallar her ne kadar aynı amacı gerçekleştirmeye yönelikse de, farklı üye devletlerde, bu konudaki yöntemler farklı olabilir; anılan kurallarda, tamamen aynı ibareler kullanılmış olmayacaktır. Aynı Direktif uyarınca çıkarılan ulusal yasalar arasındaki farkın genişliği, gerçekleştirilecek amacın Direktif’de yer alan tanımının özelliğine bağlı olacaktır. Uygulamada, Direktiflerin pek çoğu gerçekleştirilecek amacı, belirli bir düzeye ulaştırmak için, örneğin ulusal yasada yer alacak hükümlerin ibarelerine kadar, çok etraflı bir biçimde tanımlamakta ve böylece bir Talimatla gerçekleştirilen tek düzeliğe kıyaslanabilecek bir yasa tek düzeliğini, bütün üye devletlerde sağlamaktadırlar; bununla beraber, Toplulukların uluslar - üstü hukuk sistemi içerisinde Avrupa Adalet Divanı ile üye Devletlerin ulusal mahkemelerinin karşılıklı rolleri gözönüne alındığında bir Talimat ile Direktif arasındaki fark yine de önemini korumaktadır.

Avrupa Adalet Divanı’nın, bazı durumlarda bir Direktifin hükümlerinin Talimatlar gibi üye devletlerde herhangi bir şekilde ulusal yasaya dönüştürülmesine gerek olmaksızın doğrudan doğruya uygulanabilir olmasını, savunmuş olması bir karışıklık yaratmaktadır; ancak, şimdiki amacımız açısından tartışmayı doğrudan doğruya uygulanabilir olmayan Direktiflerle sınırlandırmak yeterlidir.

Dokuz yargıç (uygulamada her üye devletten bir tane) ve dört kanun sözcüsünden oluşan Avrupa Adalet Divanı «Andlaşmanın yorumunda ve uygulanmasında hukuka uygun davranılmasını sağlamak» görevi ile yükümlüdür. Divan’ın üye devletler, Konsey ve Komisyon arasında, bunlardan herhangi birinin Andlaşma hükümlerine uymamasına ilişkin iddialardan doğan uyumsuzluklar konusunda münhasır yetkisi vardır; fakat, şu andaki amaçlarımız açısından, Adalet Divanının önemli yetkisi, kendisine Andlaşmanın 177. maddesi ile tanınmış olanıdır. Bu yetki, bir üye devletin herhangi bir mahkemesinin veya yargı organının isteği üzerine, Andlaşmanın yorumuna ve Topluluk organlarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumuna ilişkin konularda ön karar yoluyla karar verme yetkisidir. Bu tasarrufların en önemlileri Talimatlar ve Direktiflerdir. 177. madde, Andlaşmanın bizzat doğrudan doğruya uygulanabilir bir hükmüdür. Bir üye devletin, ne kadar alt sırada olursa olsun, herhangi bir mahkemesi veya yargı organı böyle bir konunun ortaya çıktığı

bir davada, karar verebilmek için, bu konu hakkında Divanın hükmünün gerekli olduğunu düşünürse, bu konuda Avrupa Adalet Divanı'ndan bir hüküm talep edebilir. Bidayet mahkemeleri için, bir hüküm talep etmek ihtiyarîdir; fakat, son hüküm verme yetkisine sahip bir ulusal mahkeme uyuşmazlık konusunda hüküm verebilmek için Avrupa Adalet Divanının bir hükmüne gerek duyuyorsa, sorunu Divan önüne getirmekle yükümlüdür.

Bir uzlaşmaya varmak yerine, birbirleri aleyhine Adalet Divanında dava açma konusunda üye devletlerin ve topluluk organlarının doğal olarak isteksiz davranmaları sebebiyle, Adalet Divanı kararları ile Topluluğun yapısındaki gelişmelerin pek çoğu, 177. maddeye göre ulusal mahkemelerin talebi üzerine alınan ön karar niteliğindeki kararlara dayanmaktadır.

Bu usule başvurulması, bu konferansın başlığında belirttiğim ulusal ve uluslar - üstü hukuk sistemlerinin geçişmesini gerektirmektedir. Nezdinde özel hukuka, ceza hukukuna veya idare hukukuna dayanılarak dava açılmış olan ulusal mahkeme kendi başına davada hüküm verme yetkisine sahiptir. Mahkeme tarafından ortaya çıkarılan olaylar, doğrudan doğruya uygulanabilen Topluluk hukukundan (yani Andlaşma veya bir Talimat) veya bir Direktife göre çıkarılan bir ulusal yasadan veya Andlaşma ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir ulusal yasadan doğan tartışmalı konularda, mahkemenin bir karar vermesini gerektirebilir. Davaya uygulanacak hukukun herhangi bir bölümü eğer Andlaşmanın veya bir Talimatın, birden fazla anlama gelebilecek bir hükmü ise ve mümkün olan anlamlardan birinin seçimi davada hükmü etkileyecek ise, ulusal mahkeme Avrupa Divanına, Topluluk hukukunun anlamlarından hangisinin doğru olduğunu saptaması için başvurabilir; söz konusu mahkeme son hüküm verme yetkisine sahip bir mahkeme ise bu bir zorunluluktur; ancak, bu başvurma diğer herhangi bir amaçla olamaz. Avrupa Adalet Divanının yetkisi yalnızca yorumlayıcıdır; Avrupa Divanınca yapılan yoruma göre doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikteki topluluk mevzuatının, davadaki olaylara uygulanması yalnızca ulusal mahkemeye ait bir iştir. Ulusal hukuku yorumlamak, Avrupa Divanı'nın yetkisine dahil değildir; bu, münhasıran ulusal mahkemenin görevidir. Yoruma ilişkin görevlerin ayırımı kesindir. Ulusal bir mahkemede görülmekte olan bir davada sorun, bir ulusal kanunun bazı hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilir Topluluk hukuku ile çatışıp çatışmadığı hakkında veya aynı hükümlerin bir Direktife aykırı olup olmadığı ve aykırılık varsa bu aykırılık ölçüsünde Direktife son vermesi gerekip gerekmediği

hakkında ortaya çıkabilir. Bu sorun ulusal mahkemenin kendisinin karar vermesi gereken bir sorundur; bunu yaparken, anılan mahkeme kendi yorumunu ulusal hukuka uygulayacak ve bu hukukun, Avrupa Divanının, Topluluk tasarrufunun gerçek anlamına ilişkin olarak yaptığı resmî beyana uygun olup olmadığı hakkında da kanaatini saptayacaktır.

Yoruma ilişkin görevlerin bu ayırımını devam ettirmek için Avrupa Divanının titiz davranması gerekir. Hakkında bir yorum kararı talep edilen Topluluk hukukunun yorumlanması konusunu yeterli açıklıkla ortaya koyabilmek için ulusal mahkemenin —özellikle bir bidâyet mahkemesi söz konusu ise— izleyeceği en basit yol ilgili ulusal yasanın metnini ortaya koyup, bu metnin davada taraf olanlardan birinin çatıştığı iddia ettiği gibi, Topluluk hukukuna uygun olup olmadığını bildirmesini Avrupa Divanından istemektir. Ancak bu usul Avrupa Divanını, aynı zamanda ulusal hukuku da— ve özellikle Romano - germanik hukuk sistemini izlemeyen, olağan yasa tasarılarının biçimi, diğer üye devletlerden farklı olan ve nihayet pek çoğunda hukukun yazılı yasalara geçirilmediği devletleri de kapsamına almak için Topluluğun genişletilmesinden beri, bunların hukukunu da — açıklayıp yorumlamasını gerektirecektir. Eğer Avrupa Divanı, bu şekilde önüne getirilen sorunları cevaplamak durumunda kalsaydı, Avrupa Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasında ulusal hukukun yorumlanmasına ilişkin uyumsuzluklar tehlikeli boyutlara ulaşabilir ve bu organlar arasında yıllar boyunca gerçekleştirilen ahenkli ilişkiler tehlikeye girebilirdi.

Topluluk hukukunun, özellikle, bizzat Andlaşmanın hükümlerinin yorumuna ilişkin konularda, Avrupa Adalet Divanı etkili bir biçimde gaf yorumu benimsemektedir. Divan, Topluluğu âdeta iskelet olarak Andlaşma ve et olarak da Topluluk organlarının tasarruflarından oluşan, canlı ve gelişen bir beden olarak görmektedir; ancak, iskeleti oluşturan kemikler büyümekte ve çeşitli organların görevleri de gelişmektedir. Yoruma bu yaklaşım, emsal doktrinine ters düşmektedir. Andlaşmanın bir hükmünün 1957 yılındaki şartlar içerisindeki anlamı, bugünün şartları içerisindeki anlamından farklı olabileceği gibi, 1980'lerin şartları içerisinde de yeniden değişebilir. Bununla beraber, eğer ulusal mahkemeler Avrupa Divanı'nın belirli bir yorum sorununa ilişkin olarak verdiği daha önceki kararlarını bağlayıcı nitelikte kabul etmez ve böylece daha sonraki bir uyumsuzlukta ortaya çıkan aynı nitelikte bir sorunu Avrupa Divanına götürme gereğini hissetmezlerse, Avrupa Divanı ile ulusal mahkemeler arasında var olan yoruma ilişkin görevler ayırımı uygulanabilir olmaktan çıkar. *Stare decisis* doktrini hukuki kesinliğin

sağlanmasında gerekli bir araçtır ve yaptığı yorumlarda gai yaklaşımına rağmen Avrupa Divanının kararlarının incelenmesi, Divanın verdiği kararlarda kendisinin daha önce verdiği kararlara hemen hemen bir İngiliz İstinaf Mahkemesininki kadar sistemli bir biçimde atıfta bulunduğunu ve bunları izlediğini gösterecektir. Birleşik Krallığın Ortak Pazara katılmasını sağlamak amacı ile kabul edilen İngiliz mevzuatı, ulusal mahkemelerin, özellikle Topluluk hukukunun geçerliliğine ve yorumuna ilişkin konularda, Avrupa Divanının kararlarına uymak zorunda olduklarını ve bunlarla bağlı bulduklarını hüküm altına almaktadır.

Ortak Pazarın başlangıçtaki amaçlarına ulaşılması, yani üye devletler arasında malların ve işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme özgürlüğü, ortak bir tarımsal politika ve rekabete ilişkin ortak bir politika gibi konular, 1973 yılında üç yeni devletin üyeliğe kabulüne kadar Topluluk organlarını meşgul etmiştir. Bu konuların hepsi, bir ölçüde hukukun belirli uzmanlık alanlarını ilgilendirmekteydi ve «Civil Law» ile «Common Law» hukuk sistemleri arasında bu alanlara ilişkin kavram ve muhakeme biçimi farkları önemsizdi. Bu nedenle, «Civil Law» sistemini kabul etmiş başlangıçtaki altı devlete, «Common Law» sistemini kabul etmiş iki devletin —Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda— ve sistemi tam olarak bu sistemlerden hiçbirine uymayan Danimarka'nın katılmaları, önemli bir sorun yaratmamıştır. Ancak, bunda rekabet hukukuna ilişkin istisnayı belirtmek gerekir; bu alanda ulusal hukukun yerini alan Topluluk hukuku ender de olsa ulusal mahkemelerde başvurulara neden olmuştur.

Üç yeni üye devletin Topluluğa kaynaştırılabilmesi için gereken, nispeten kısa bir ayarlama dönemini takiben —siyasal açıdan gerçekleştirilmesinin çok zor olduğu sonradan ortaya çıkan, genel kabul görececek, ortak bir tarım politikası dışında— başlangıç amaçlarına ulaşılmış olduğu görülmüştür. Böylece, Topluluk organları ufuklarını genişletmişler ve Topluluk hukukunun ulusal hukukun yerine geçeceği alanları genişletme çarelerini araştırmaya başlamışlardır. Bunu gerçekleştirmek üzere izlenen yol andlaşmanın 100. maddesine başvurmak olmuştur; bu madde Konseyi, üye devletlerin ulusal hukuklarının Ortak Pazarın işlemesine doğrudan doğruya etki yapan hükümlerini birbirine yaklaştırmak (bunlar arasında uyum sağlamak) için, Direktifler çıkartmaya yetkili kılmaktadır. Bu yetkiye dayanılarak Komisyon tarafından pek çok Direktif teklif edilmiş ve bunlardan bazıları Konseyce kabul edilmiştir; eğer, Ortak Pazarın amaçları 2. ve 3. maddelerde belirtilenlerle sınırlandırılmış kabul edilirse, bunlar Ortak Pazarın işleyişini doğrudan

doğruya etkileyecek herşeyin ötesine ulaşmaktadır. Ancak, bu çeşit Direktifler, Konseyin oybirliği ile kabulünü gerektirdiğinden ve bu da her üye devlet hükümetinin bunu kabul etmesi anlamına geldiğinden, herhangi bir üye devletin daha sonra Direktifin geçersiz olduğunu iddia etmesi mümkün olmadığı gibi, Avrupa Divanının da böyle bir iddiayı Topluluk amaçlarını genişletici tutumu ve yoruma gai yaklaşımı ile desteklemesi mümkün değildir.

Topluluğun uluslar - üstü hukukunun ve üye devletlerin ulusal hukukunun geçtikleri alan böylece muhtemelen genişleyecek ve ulusal mahkemeler, giderek artan bir biçimde Direktiflere karşılık olarak çıkarılan ulusal yasalarla ilgileneceklerdir. Bir Direktif çıkartmakla, Topluluk yasama alanına kaymaktadır. Her üye devlet Direktifte (ki bu, daha önce belirttiğim gibi en ufak ayrıntıları dahi içerebilir) belirtilen amacı gerçekleştirecek bir ulusal yasa çıkarmak ve daha sonra da Direktife ters düşecek herhangi bir hükme ulusal mevzuatında yer vermek zorundadır. Her ne kadar, Avrupa Adalet Divanı'nın bu yorum konusundaki hükmü kesinse de, buna karşılık ulusal bir son hüküm mahkemesi dışındaki ulusal mahkemelerin Avrupa Adalet Divanı'na başvurmaksızın Topluluk Hukukunu yorumlama yetkilerinin varlığına rağmen, sadece ulusal son hüküm mahkemelerinin ulusal kanunun yorumu konusundaki kararı kesin olduğundan, ulusal mahkemelerin önce Avrupa Divanına danışacağı davaların sayısı ve çeşitleri, muhtemelen artmaya devam edecek ve ulusal mahkemelerle uluslar - üstü mahkemeler arasındaki ilişkiler muhtemelen daha yakınlaşacaktır.

Ulusal ve uluslar - üstü hukuk sistemlerinin geçişi, ulusal sistemin Romano - Germanik temele dayanması ve uluslar - üstü sistemin de Romano - Germanik hukuki kavramlara dayanıp, Romano - Germanik hukuki muhakemeyi uygulaması halinde daha kolay gerçekleşmektedir. Ne ulusal mahkeme ve ne de uluslar - üstü mahkeme yeni bir hukuk sistemini öğrenmek sorunu ile karşı karşıya kalmamaktadırlar. Mahkemeleri, şimdiye kadar yalnızca «Common Law» sistemine alışmış olan, benimki gibi yeni üye devletlerin durumunda, ulusal mahkemeler ile Avrupa Adalet Divanı arasında 177. maddede öngörülen başvurularla kurulmuş olan ilişki, ulusal mahkeme ve Avrupa Divanı hakimlerini, her biri tarafından kullanılan hukuki kavramlara, hukuki muhakemelere, hukuki tasarrufların hazırlanmış biçimlerine ve yorum metodlarına daha aşina kılmakla yükümlüdür. Avrupa Divanı, iki büyük rakip hukuk sisteminin karşılaştığı bir odak noktası oluşturmaktadır. İnanıyorum ki, ulusal ve uluslar - üstü hukuk sistemlerinin geçişmesinin kaçınılmaz so-

nucu, bunlar arasındaki temel farkların giderek azalması olacaktır. Süreç ağır işleyecektir; bununla beraber, idare hukuku alanında yakınlaşma şimdiden görülmektedir. Hayatımın geri kalan bölümünde daha fazla bir gerçekleşme ümit etmiyorum; ancak, yüzyıllar boyunca «Common Law» un büyük gelişmelerini kabul etmeme rağmen, yaklaşmanın muhtemelen «Common Law» dan çok «Civil Law» a yönelik olacağına inanmaktayım. Bu nedenle, belki de Türkiye, bin dokuzyüz yirmilerde, iki sistem arasında doğru seçimi yapmıştır.