

ÜYE DEVLETLER'İN AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NUN İHLÂLİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

*Osman İSFEN**

A. Giriş

Öncelikle bir "Hukuk Birliği"¹ olarak tanımlanan Avrupa Birliği'nde, Üye Devletler'in Birlik'e karşı üstlenmiş oldukları yükümlülükleri hukukun genel prensiplerine uygun şekilde yerine getirmeleri gerektiği tartışmasıdır. Bu bağlamda, ilgili mevzuata uyulmasının ve bireyler için etkin kanun yollarının öngörülmesinin yanında, meydana gelmiş bir zararın belirli şartlar altında tazmin edilme imkânının da olması, özellikle hukuk devleti ilkesi ve temel haklar açısından kaçınılmaz bir zorunluluktur². Birlik'in temelini oluşturan³ Avrupa Toplulukları Hukuku'nda⁴, Topluluklar'ın kendilerini bağla-

* Yardımcı Asistan, Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ceza Hukuku Mukayesesi Kürsüsü (Prof. Dr. Walter Gropp). Yardımlarını benden esirgemeyen sevgili Hocam Prof. Dr. Bahri Öztürk'e teşekkürü borç bilirim. (e-mail: isfen@t-online.de).

1 Krş. *Les Verts* Kararı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Karar Dergisi (ADKD) 1986, 1339 kenar no. 23; **Bogdany, Armin von** *Europäisches Verfassungsrecht* (Berlin, Heidelberg New York 2003) s. 166; **Oppermann, Thomas** *Europarecht* (München 1999) s. 25 vd; **Streinz, Rudolf** *Europarecht* (Heidelberg 2003) s. 41.

2 **Günday, Metin** *İdare Hukuku* (Ankara 2003) s. 319; **Maurer, Hartmut** *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München 2002) s. 653.

3 Avrupa Birliği Antlaşması madde 1 fıkra 3.

4 Bilindiği üzere Avrupa Birliği'nde tek bir Avrupa Anayasası oluşturma girişimleri son senelerde hız kazanmıştır. Her ne kadar Avrupa Konvansı tarafından uzun çalışmalar sonunda hazırlanan ve Aralık 2003'te Roma'da Hükümet ve Devlet Başkanları'ndan oluşan Avrupa Birliği Konseyi'nin kabulüne sunulan Avrupa Anayasası Tasarısı (AAT) üzerinde, bazı detaylarda mevcut ayrı düşüncelerden dolayı mutabakat sağlanamamış olsa bile, bu fikir ayrılıklarının ileri bir tarihte giderilip Avrupa Birliği'nde tek bir Anayasa'nın geçerlilik kazanması yakın ihtimaldir. Çalışmamızın hazırlandığı dönemde hâlen yürürlükte olan Avrupa Topluluğu Hukuku'nun bu incelememizde esas alınmasının önde gelen sebebi, sözkonusu sorumluluk kurumunun özellikle Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (Divan) içtihatları ve Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) düzenlemeleri yönünde geliştirilmiş olmasıdır. Bundan ziyade, AAT'deki ilgili maddeye (madde III-337) bakıldığında

yan idarî ve özel sorumluluğu düzenlendiği halde⁵, Üye Devletler'in Topluluk(lar) Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluklarına yer verilmemiştir⁶. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (Divan), 1970'li senelerde bu yönde bazı imaları⁷ olmuş ise de, esas olarak 1991'de vermiş olduğu "Francovich" Kararı ile Üye Devletler'e, Avrupa Topluluğu Hukuku'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, bundan doğan zararı belirli şartlar altında tazmin etme zorunluluğunu getirmiştir. İkincil Hukuk'un yasama tarafından ihlâlinden yola çıkan bu içtihadı, daha sonraki kararlarla yasama'nın veya idarenin veya yargının, Topluluk Hukuku'na (Birincil Hukuk dahil olmak üzere) aykırı hareket etmeleri halinde de geçerlilik kazandırılmıştır.

Önümüzdeki çalışma, "Francovich" Kararı'ndan yola çıkarak Divan'ın bu konuda vermiş olduğu diğer önemli kararları kısaca tanıttıktan sonra, Üye Devletler'in Avrupa Topluluğu Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğunun temel ilkelerini aydınlatmayı hedeflemektedir.

B. Francovich Kararı (1991)

Divan'ın içtihatlarında Avrupa Topluluğu Hukuku'na etkin bir geçerlilik kazandırılması bağlamında en önemli kararlardan ("leading case") birisi olan Francovich Kararı'nın⁸ temelinde, işverenin ödeme yapmaktan aciz olduğu

bu bağlamda yeni bir gelişme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Böylelikle aşağıda anlatılanların hepsi yeni Avrupa Anayasası rejiminde de aynen geçerli olacaktır.

⁵ ATA madde 288, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması madde 188 ve AAT madde III-337 (23.7.2002 tarihinde 50 senelik bir dönemden sonra yürürlükten kalkan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nda da bu konuda madde 34 ve 40'da daha çok Fransız Hukuku'na yakın özel düzenlemeler bulunuyordu). Uygulamada en önemli norm olan ATA madde 288 uyarınca, Topluluk'un sözleşmeden doğan sorumluluğu, ilgili sözleşme için geçerli olan hukuk yönünde belirlenecektir (fıkra 1). Sözleşme dışı sorumlulukta ise, Topluluk; kendi organlarının veya memurlarının görevlerini icra sırasında neden oldukları zararı, Üye Devletler'in hukuk düzenlerinde ortak geçerliliği olan genel hukuk ilkeleri yönünde tazmin eder (fıkra 2). Yakın bilgi için bkz. Callies, Christian / Ruffert, Matthias *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag* (Neuwied, Kristel 1999) s. 2071 vd.; Detterbeck, Steffen / Windthorst, Kay / Sproll, Hans-Dieter *Staatshaftungsrecht* (München 2000) s. 28 vd.; Groeben, Hans von der / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. cild (Baden Baden 1997) s. 216 vd.; Oppermann (dipnot 1) s. 78 vd.; Ossenbühl, Fritz *Staatshaftungsrecht* (München 1998) s. 559 vd.; Streinz, Rudolf *EUV/EGV* (München 2003) s. 2387 vd.

⁶ Oppermann (dipnot 1) s. 82.

⁷ Krş. AIMA Kararı (ADKD) 1976, 45.

⁸ ADKD 1991, I-5357=Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1992, 165.

durumlarda çalışanların korunmasına ilişkin bir Yönerge'nin⁹, İtalya tarafından zamanında iç hukuka aktarılmaması yatmaktadır. Yönerge uyarınca Ekim 1983'e kadar; bir şirketin iflası durumunda çalışanların maaşlarının ve sosyal güvenlik aidatlarının ödenmesinin güvence altına alınması için ulusal garanti fonlarının oluşturulması gerekmektedir. Divan 1989'da, Komisyon'un İtalya aleyhine Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) madde 226¹⁰ uyarınca açmış olduğu Antlaşma İhlali Davası'nda; İtalya'nın, Üye Devletler'in Yönergeler'i iç hukuka aktarma yükümlülüğünü (ATA madde 249 fıkra 3) yerine getirmedeğini ve bundan dolayı Birlik'e sadakat yükümlülüğünü (krş. ATA madde 10) ihlâl ettiğini tesbit etmişti¹¹. Ancak bu zamana kadar birçok şirket iflas etmişti ve masanın yetersizliğinden dolayı, ödenmemiş maaşlar çoğunlukla tahsil edilememişti. Bu bağlamda, *Francovich* adında bir mağdur, İtalyan Devleti'ne karşı maaşının ödenmesi veya gördüğü zararın tazmin edilmesi yönünde ulusal mahkemede¹² dava açmıştı. Davaya bakan İtalyan mahkemesi Divan'a, mağdurun Yönerge'ye dayanarak doğrudan hak iddia edip edemeyeceği veya Üye Devlet'in sorumluluğuna dayalı tazminat hakkının olup olmadığı yönünde bir Ön Karar'ın verilmesi için başvurmuştu.

Divan'ın, kendisine yöneltilen sorunun birinci kısmına yönelik açıklamalarına geçmeden önce, Yönergeler'in doğrudan geçerliliği üzerine birkaç tesbitte bulunmakta fayda vardır. Bilindiği üzere Yönergeler'in muhatabı Üye Devletler'dir ve ulaşılabilecek sonuçlar açısından Üye Devletler için bağlayıcı olmakla beraber, söz konusu sonuçlara ulaşma biçimi ve bunun için gerekli araçları seçme konusunda ulusal makamları tamamen serbest bırakmaktadır (ATA madde 249 fıkra 3). Bu yüzden genelde Yönergeler'in doğrudan bir geçerliliği söz konusu olmamaktadır. Ancak Divan, Yönerge'nin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin geçirildiği durumlarda;

⁹ 20.10.1980 tarihli 80/987 sayılı Yönerge (28.10.1980 tarihli Avrupa Resmi Gazetesi Avrupa RG L 283 s. 23), değişik 2.3.1987 tarihli 87/164 sayılı Yönerge (11.3.1987 tarihli Avrupa RG L 66 s. 11)

¹⁰ Çalışmamızda, eski kararların verildiği tarihte yürürlükte olan ATA'nın madde numaraları yerine – içeriğin aynı kalmış olması şartıyla – 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması'yla numaralandırma açısından son şeklini alan ATA'daki aktüel madde numaraları esas alınacaktır.

¹¹ ADKD 1989, 143.

¹² Divan'ın, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinde doğan sorumluluklarına bakma yetkisi yoktur. Sorumluluk ile ilgili ATA madde 235 uyarınca Divan'a verilen tek yetki, AT Organları'nca sebep olunan zararların (krş. ATA madde 288, dipnot 5) tazmini konusundadır. Böylelikle Üye Devletler'e karşı açılacak sorumluluk davalarında görevli ulusal mahkemeye başvurulacaktır krş. *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 42.

- Yönerge'nin hükümleri somut olayda uygulama için yeterli açıklık ve kesinlik ile belirli ise,
- Ulusal makamlara, çıkarılacak kuralların içeriği bakımından herhangi bir takdir sahası verilmemiş ise,

ulusal merciler ve mahkemeler önünde Topluluk Vatandaşları'na kendilerinin lehine¹³ olan Yönerge hükümlerine dayanarak hak iddia etme imkânını tanımıştır ve buna gerekçe olarak da; Yönergeler'in içerdiği düzenlemelerin sadece Üye Devlet'in kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği için hiçbir geçerliliğe sahip olamamasının, Topluluk Hukuku'nun fiili olarak etkin uygulanması ilkesi ("effet utile")¹⁴ ile bağdaşmayacağını göstermiştir¹⁵.

Divan, *Francovich* Kararı'nda da, Yönergeler'in iç hukuka aktarılması için öngörülen süre geçtikten sonra doğrudan geçerlilik kazanması yönündeki içtihadını teyid etmekle¹⁶ beraber, somut olayda bu uygulamaya gidilemeyeceğini belirtmiştir. Zira ilgili Yönerge'de iflas ile bağlantılı kimin borçlu olduğu konusunda kesin bir düzenleme yoktu: borçlu, sadece Devlet olabileceği gibi, işverenlerin katkısıyla kurulacak bir garanti fonu da borçlu olarak düşünülebilirdi. Bu yüzden Devlet'in zorunlu şekilde borçlu görülmesi mümkün değildi ve böylece Yönerge'nin, Üye Devlet'e verilen takdir

13 Yönergeler'in muhatabının Üye Devletler olmasından dolayı Topluluk Vatandaşları'nın, zamanında iç hukuka aktarılmayan Yönergeler'den dolayı *yükümlülük* altına giremeyeceği prensipte kabul edilmiştir (krş. *Kolpinghuis Nijmegen* Kararı ADKD 1987, 3969), zira böyle bir durumda sadece Yönetmelikler'e (ATA madde 249 fıkra 2) ait doğrudan geçerlilik Yönergeler için de sözkonusu olacaktır ki, bu durum Yönergeler'in yalnız Üye Devletleri muhatab almasına ters düşecektir. Ancak bir kısım Topluluk Vatandaşları'nın lehine olan düzenleme diğer bir kısım Topluluk Vatandaşı için külfeti beraberinde getiriyorsa, Yönergeler bu külfete rağmen doğrudan geçerliliğe sahiptir (krş. *Großkrotzenburg* Kararı ADKD1995, I-2189). Üye Devlet-Topluluk Vatandaşı arasındaki (lehe olan) dikey geçerliliğin yanında, Topluluk Vatandaşları'nın birbirleri arasındaki ilişkilerinde Yönergeler'in doğrudan geçerliliği temelde kabul edilmese bile (krş. *Marshall* Kararı ADKD 1986, 732), dolaylı olarak, bilhassa ulusal (özel) hukukun Topluluk Hukuku'na uygun biçimde yorumlanması ilkesi (krş. *Marleasing* Kararı ADKD 1990, I-4135) dahilinde, geçerliliğinden söz edilebilir (krş. *Dori* Kararı ADKD 1994, I-3325; *Unilever* Kararı ADKD 2000, I-7535; *Gassner, Ulrich M. Horizontale Direktwirkung von EG-Richtlinien – EuGH, Slg. 1994, 3325* Juristische Schulung (JuS) 1996 s. 303 vd.; *Classen, Claus Dieter Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen* Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993 s. 83 vd.; *Oppermann* (dipnot 1) s. 212 vd.; *Streinz* (dipnot 5) s. 210 vd.)

14 Krş. *von Duyn* Kararı ADKD 1974, 1337.

15 Yönergeler'in doğrudan geçerliliği için genel olarak bkz. *Becker* Kararı ADKD 1982, 53.

16 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 11.

sahasına gösterilmesi gereken saygı yüzünden, doğrudan uygulanması söz konusu olamıyordu¹⁷.

Bu bağlamda Divan, Topluluk Vatandaşı'na, Topluluk Hukuku tarafından kendisine tanınmış hakların Üye Devletler'e atfolunacak nitelikte ihlâl edilmesi durumunda, tazminat hakkı tanınmadığı takdirde, Topluluk Hukuku'nun tüm yönüyle etkin geçerliliğinin zarar göreceğini belirtmiştir¹⁸. Bu yüzden, ATA ile kurulan hukuk düzeninin "özünde" var olan bir temel ilke olarak¹⁹, Üye Devletler'in, Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden dolayı Topluluk Vatandaşları'nın gördüğü zarardan doğan sorumluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir²⁰. Ancak Divan *Francovich* Kararı'nda, bu sorumluluğun oluşması için üç şartın yerine gelmesini zorunlu kılmıştır²¹:

- Yönerge'nin bireylere belirli hakları tanıma amacına sahip olması,
- Bu hakların Yönerge bazında belirlenebilmesi, ve
- Üye Devlet'in yükümlülüğünün ihlâli ile mağdurda meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının bulunması.

Tüm bu şartlar somut olayda tartışmasız hâsıl olduğu için, Avrupa Topluluğu tarihinde *Francovich* Kararı ile ilk defa mağdur bir Topluluk Vatandaşı'na Üye Devlet'e karşı Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden dolayı bir tazminat hakkı tanınmıştır²².

17 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 27.

18 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 33.

19 Bu bağlamda Divan, Üye Devletler'in, üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmeleri için gerekli tüm genel ve özel tedbirleri almasını öngören ATA madde 10 ("Topluluk'a karşı sadakat") uyarınca da bir sorumluluğun sözkonusu olduğunu vurgulamıştır, *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 36.

20 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 35-37.

21 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 40. Aşağıda da anlatılacağı üzere (krş. D 2) Divan, sonraki kararlarında sözkonusu tazminat hakkının oluşmasında aradığı şartları daha geniş ve yer yer daha katı bir temele oturtmuştur. Özellikle *Brasserie du pêcheur* Kararı'yla eklenen "yeterli nitelikteki ihlâl" şartı, *Francovich* Kararı'nda henüz aranmamıştır. Bu yüzden *Francovich* Kararı'nın – özellikle Topluluk Hukuku'nun sarıh bir ihlâlinin var olmasından dolayı çok zorluk oluşturmayan – bir başlangıç olarak algılanması gerekmektedir. Alman doktrininin *Francovich* Kararı'na ilk reaksiyonu için krş. *Danwitz, Thomas von Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatsshaftung* Juristen Zeitung (JZ) 1994 s. 335 dipnot 2.

22 Divan, Yönergeler'e ilişkin içtihatlarında, Üye Devlet'in sorumluluğunu sadece iç hukuka aktarma yükümlülüğü ile sınırlamamış, bunun yanında Yönergeler'in eksik veya yanlış şekilde iç hukuka aktarılmasının da tazminat hakkını oluşturabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir, krş. *British Telecommunications* Kararı ADKD 1996, I-1631 kenar no. 40

C. Diğer Kararlar

Topluluk Hukuku'nun Üye Devletler tarafından tazminat hakkı doğurabilecek nitelikteki ihlâli sadece Yönergeler ile sınırlı değildir. İkincil Hukuk'un yanında²³ Birincil Hukuk'un da ihlâl edilmesi söz konusu olabileceği gibi, yasama dışında idare ve yargı tarafından da Topluluk Hukuku'nun ihlâli mümkündür. Divan, *Francovich* Kararı'ndan bu yana, Üye Devlet'in tüm organlarını kapsayan bir sorumluluk kurumunu oluşturmuş ve aynı zamanda bunun için öngörülen şartları da daha belirgin hale getirmiştir.

1. *Brasserie du Pêcheur* Kararı (1996)

Francovich Kararı ile bir çığır açılmış olsa bile, Divan, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumlulukları konusunda özellikle dogmatik açıdan bugüne kadar geçerliliğini sürdüren temel öğeleri *Brasserie du pêcheur* Kararı²⁴ ile belirlemiştir. Bu kararın temelinde, Alman mercilerince²⁵ *Brasserie du pêcheur* adında bir Fransız bira firmasına, Alman Bira Vergisi Kanunu²⁶ uyarınca Almanya'da satılan biralar için öngörülen saflık ("Reinheitsgebot") sıfatını haiz olmayan biraları Almanya'ya sokmaması yönünde kısıtlama getirilmesi yatmaktadır. İlgili ulusal mevzuatın; ATA madde 28'de yer alan, ithalatın üzerindeki niceliksel kısıtlamalar ile eşdeğer

ve *Denkavit* Kararı ADKD 1996, I-5063 kenar no. 48. Geniş bilgi için bkz. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (dipnot 5) s. 58 vd.

²³ Aslında Yönergeler'e ilişkin ihlâller bir bakıma, Üye Devletler'in ATA madde 10 ve madde 249 fıkra 3'deki yükümlülüklerini ihlâl ettikleri anlamına da geldiği için, bu bağlamda Birincil Hukuk'un ihlâlinden de bahsedilebilir, krş. *Saenger, Ingo Staatsshaftung wegen Verletzung europäischen Gemeinschaftsrechts* JuS 1997 s. 871. Yönergeler dışında öncelikle İkincil Hukuk'un ihlâli olarak, doğrudan ve genel geçerliliği olan Yönetmelikler'e (ATA madde 249 fıkra 2) ve belirttikleri kişiler için bağlayıcı olan Kararlar'a (ATA madde 249 fıkra 4) aykırı hareketler de düşünülebilir. Tavsiyeler'in ve Görüş Bildirileri'nin (madde 249 fıkra 5) bağlayıcılığı olmadığından, bu İkincil Hukuk enstrümanlarında tazminat hakkını doğurucu bir ihlâlden bahsedilemez. Yönetmelik'in ihlâlinden doğan tazminat hakkı için krş. *Kampffmeyer* Kararı ADKD 1967, 332 ve *Bundesgerichtshof BGH* (Alman Federal Yargıtayı) Karar Dergisi (BGHZ) 63, 319.

²⁴ ADKD 1996, I-1029= NJW 1996, 1267.

²⁵ Bu kararda idarenin değil de, yasamanın sorumluluğunun sözkonusu olmasının sebebi, Alman mercilerince yapılan idarî işlemlerin muhatabının *Brasserie du pêcheur* firmasının değil, bu firmayla işbirliği yapan Alman firmalarının olmasıdır, krş. BGHZ 134, 30, (31 vd).

²⁶ 14.3.1952 tarihli Alman Bira Vergisi Kanunu (Alman RG I 149; 14.12.1976 tarihli yeni şekliyle Alman RG I 3341, 3357). Bu kanunun 9. ve 10. maddeleri uyarınca, diğer Üye Devletler'de mevzuata uygun şekilde imal edilmiş olsa bile, Almanya'daki ölçülere göre saflık sıfatını haiz olmayan biralar, Almanya'da "Bira" adı altında değil, sadece başka bir tanımlama yapılarak piyasaya sürebiliyordu. Bunun yanında, ek maddelerin katılmış olduğu biranın Almanya'ya ithali genel olarak yasaktı.

etkiye sahip tüm tedbirlerin Üye Devletler arasında yasak olduğuna ilişkin düzenlemeye aykırı olduğunun tesbiti için Komisyon'un Almanya'ya karşı açmış olduğu Antlaşmayı İhlâl Davası'nın (ATA madde 226) Almanya aleyhine sonuçlanması²⁷ üzerine, *Brasserie du pêcheur* fiması, yasağın geçerli olduğu 1981-1987 seneleri için tazminat talebinde bulunmuştu. Alman Federal Yargıtayı, yasama faaliyetlerinin sadece kamu menfaatine yönelik olduğundan yola çıkarak²⁸ Alman Medeni Kanunu madde 839'da öngörülen "üçüncü kişileri korumayı amaçlayan" bir yükümlülüğün olmadığı ve böylelikle ulusal hukuk düzenlemelerine göre yasamanın hatasından doğan bir tazminat hakkı genelde söz konusu olamayacağı için²⁹, Divan'a bu konudaki Topluluk Hukuku ölçülerine ilişkin bir Ön Karar verilmesi talebinde bulundu³⁰. Yönergerler'in zamanında ve gerektiği şekilde iç hukuka aktarılmamasının yanında, diğer ulusal kanunların Topluluk Hukuku'na uygun biçimde düzenlenmemesinin³¹ veya sonradan Topluluk Hukuku'na aykırı hale gelmiş olan kanunların³² gerektiği şekilde Topluluk Hukuku'yla uyumlu hale getirilmemesinin, bundan zarar gören Topluluk Vatandaşı'na yönelik Üye Devlet'in sorumluluğunu beraberinde getirip getiremeyeceği sorusunu içeren bu kararda, Divan, *Francovich* Kararı'na atıfta bulunarak böyle bir sorumluluğun, doğrudan geçerliliği olan³³ Birincil Hukuk düzenlemeleri (ATA madde 28 gibi) için zorunlu bir tamamlama ve takviye mahiyetinde olduğunu belirtmiştir³⁴. Topluluk Hukuku'nun ihlâlinde (Devletler Genel Hukuku'nda da olduğu gibi³⁵) devletin bir bütün olarak esas alınması gerektiğini ve böylelikle yasama, idare ve yargı arasında sorumluluk açısından bir ayrıma gidi-

27 ADKD 1987, 1133.

28 Krş. BGHZ 84, 292; 87, 321; 102, 350.

29 Aksi görüş için krş. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (dipnot 5) s. 152 vd; *Maurer* (dipnot 2) s. 686.

30 *BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1993, 345.

31 *Factortame III* olayı (dipnot 24, *Brasserie du pêcheur* Kararı ile birleşik karar), 1988 senesinde İngiliz Balıkçılık Kanunu'nda (Merchant Shipping Act) yapılan yeni düzenleme ile ATA madde 43'de belirtilen yerleşim serbestliğinin ihlâli sözkonusu olduğu için, bu kategoriye dahildir.

32 *Brasserie du pêcheur* olayı, ilgili Alman Bira Kanunu'nun 1952 kökenli olduğu (krş. dipnot 26) göz önünde bulundurulursa, 1957'de imzalanıp 1958'de yürürlüğe giren ATA'ya aykırılık bakımından bu kategoriye dahildir.

33 ATA madde 28'in doğrudan geçerliliği için bkz. *Oppermann* (dipnot 1) s. 519; *Streinz* (dipnot 5) s. 433. Topluluk Hukuku'nun özerkliği ve doğrudan geçerliliği için genel olarak bkz. *Van Gend&Loos* Kararı ADKD 1963, 1.

34 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 22.

35 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 34.

lemeyeceğini vurgulayan³⁶ Divan, Üye Devlet'in sorumluluğu için (artık bundan sonraki kararlarında temel oluşturacak) üç şart belirlemiştir³⁷:

- İhlâl edilen Topluluk Hukuku düzenlemesinin, bireylere belirli hakların tanınması amacıyla olması,
- İhlâlin yeterli nitelikte olması,
- İhlâl edilen düzenleme ile mağdurda meydana gelen zarar arasında dolaysız bir illiyet bağının bulunması.

Verilen Ön Karar yöneliğinde yeni bir değerlendirmede bulunan Alman Federal Yargıtayı, ulusal hukuk düzeninin aksine³⁸ yasama faaliyetlerinin de Üye Devlet için sorumluluk kaynağı oluşturduğunu kabul etmek zorunda kalmış olsa bile, yine de söz konusu ihlâlin yeterli nitelikte olmadığı³⁹ gerekçesiyle *Brasserie du pêcheur* firmasının tazminat talebini reddetmiştir⁴⁰.

2. Lomas Kararı (1996)

Yasama organının yanında idarenin de Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden dolayı sorumlu olacağı *Lomas Kararı*⁴¹ ile tescil edilmiştir. Bu kararın temelinde, İngiliz Tarım Bakanlığı'nca 1990-1992 senelerinde İspanya'ya kesim amaçlı hayvan nakliyatlarına izin verilmemesi yatmaktadır. Buna sebep olarak, hayvanların kesilmeden önce uyuşturulmasına ilişkin Yönerge'deki⁴² asgarî standartların İspanya'daki mezbahanelerde yerine getirilmediği iddiası gösterilmekteydi. Ancak Komisyon, yapmış olduğu araştırmalar neticesinde, Yönerge'yi iç hukukuna aktaran⁴³ İspanya'ya karşı Antlaşmayı İhlâl Davası

³⁶ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 32-35.

³⁷ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 51.

³⁸ Topluluk Hukuku'nun ulusal hukuka nisbeten geçerlilik önceliği olmasa bile, uygulanma önceliğinin bulunduğu dair bkz. *Costa/ENEL* Kararı ADKD 1964, 1251; *Simmenthal* Kararı ADKD 1978, 629; *Herdegen, Matthias Europarecht* (München 2003) s. 179 vd; *Koenig, Christian / Haratsch, Andreas Europarecht* (Tübingen 2003) s. 48 vd; *Streinz* (dipnot 1) s. 75 vd. Bu durumda Alman hukuk düzenine mahsus olan yasamanın kendi faaliyetlerinden dolayı genelde sorumlu tutulamayacağı ilkesi, sırf Alman iç hukuku bazında uygulanabilecektir. Topluluk Hukuku'na dayalı durumlarda ise, yasamanın hatasından dolayı da bir sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak bunun için gerekli olan "yeterli nitelikte" bir ihlâl, uygulamaya bakıldığında – Yönergeler'in öngörülen zaman içinde iç hukuka aktarılmadığı durumlar hariç – genelde istisna teşkil etmektedir.

³⁹ Krş. aşağıda D 2.

⁴⁰ BGHZ 134, 30=ZIP 1996, 2022.

⁴¹ ADKD 1996, 2553.

⁴² 18.11.1974 74/577 sayılı Yönerge (Avrupa RG L 316 s. 10)

⁴³ 18.2.1987 tarihli kararname (30.12.1987 tarihli İspanya RG no. 312).

(ATA madde 226) açmak gereksinimini duymamış ve İngiliz Tarım Bakanlığı'na, ilgili uygulamayı, ATA madde 29'da yer alan, ihracatın üzerindeki niceliksel kısıtlamalar ile eşdeğer etkiye sahip tüm tedbirlerin Üye Devletler arasında yasak olduğuna ilişkin düzenlemeye aykırı bulunduğunu bildirmişti. 1992 senesinde *Lomas* firması, Komisyon'un bu kararına rağmen İspanya'ya kesim amaçlı hayvan nakliyatı izninin verilmesine yönelik başvurusunun reddilmesi üzerine İngiltere'ye karşı tazminat davası açmıştı. Divan kararda, Üye Devletler'in, Topluluk Hukuku'nun ihlâli korkusuyla tek taraflı tedbir alma hakkına sahip olmadığını belirtmiş⁴⁴ ve Topluluk Hukuku'nun ihlâli sırasında yasama organına bir yükümlülüğün düşmediği ve Üye Devlet'in idarî makamlarınca verilecek kararda takdir hakkının kısıtlı olduğu, hatta sıfıra indiği durumlarda, Topluluk Hukuku düzenlemelerinin basit şekilde ihlâlinin yeterli nitelikte olacağını vurgulamıştır⁴⁵.

3. Köbler Kararı (2003)

Divan'ın, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğuna ilişkin içtihatlarında en son gelişmeyi, yargı kararlarındaki Topluluk Hukuku ihlâllerinin de genel olarak tazminat hakkını doğuracak nitelikte olduğunu belirten *Köbler* Kararı yansıtmaktadır⁴⁶. Böylelikle *Francovich* Kararı ile başlayan ve *Brasserie du pêcheur* Kararı ile dogmatik bir temele oturtulan Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğu kurumu bağlamında, yasama ve idarenin yanında üçüncü kuvvet olan yargının da uzun bir zaman sonra olsa bile⁴⁷ kurum kapsamına

⁴⁴ *Lomas* Kararı (dipnot 41) kenar no. 20. Aynı yönde ADKD 1964, 1329; 1979, 2729.

⁴⁵ *Lomas* Kararı (dipnot 41) kenar no. 28. Topluluk Hukuku'nun idare tarafından ihlâli konusunda diğer bir karar olarak krş. *Norbrook Laboratories Ltd.* Kararı ADKD 1998, I-1531.

⁴⁶ 30.9.2003 tarihli C 224/01 sayılı Karar=NJW 2003, 3539.

⁴⁷ Bu "gecikmeye" önde gelen sebeplerden birisi olarak genelde yargı kararlarının tazminat davalarına karşı nisbeten katı şartlar öngörülerek özel bir şekilde "korunması" (krş. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (dipnot 5) s. 184 vd.) dışında, ulusal mahkemelerin Topluluk Hukuku'na değinen davalarda Divan'la temelde bir işbirliği içinde olmaları mecburiyeti gösterilebilir. Divan, Üye Devletler tarafından Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden dolayı tazminat talep edilen davalarda yetkili mahkeme olmasa bile, ATA madde 234 fıkra 2 uyarınca bir ulusal mahkemenin, özellikle ATA'nın yorumu ile ilgili konularda Divan'a Ön Karar yoluyla başvurma hakkı vardır. Eğer bu mahkeme iç hukuk yönünden üst derece mahkemesi olarak davaya bakıyorsa, ATA bağlamı ihtilafı durumlarda Divan'a başvurarak böyle bir Ön Karar'ın verilmesini sağlamak zorundadır (ATA madde 234 fıkra 3). Böylelikle, sadece kısıtlı şartlar altında (krş. ATA madde 230 fıkra 4=Kararlar ve Yönetmelikler'e karşı kanun yolu; madde 232 fıkra 3=İhmal Davası ve madde 235=AT Organları'nın verdikleri zarara yönelik Tazminat Davası) Divan'a doğrudan başvurabilen gerçek veya tüzel kişiliği haiz bireylerin, Divan'a dolaylı olarak ulusal mahkemelerin a-

alınması, Topluluk Hukuku'nun etkin geçerliliği için Divan'ın öngördüğü geniş kapsamlı sorumluluk çerçevesinde tutarlı ve kararlı bir sürecin kaçınılmaz neticesi olmuştur⁴⁸. Bu kararın temelinde, 1986 senesinde Innsbruck Üniversitesi'nde (Avusturya) göreve başlayan *Köbler* adında bir profesöre, ulusal kanunda 15 sene süreyle sadece Avusturya üniversitelerinde görev yapan profesörler için öngörülen özel kıdem primine yönelik 1996 senesinde yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi yatmaktadır. *Köbler* şart koşulan 15 senelik görev süresini diğer Üye Devletler'de üstlenmiş olduğu öğretim üyesi görevleriyle tamamladığını belirtmiş ve bunun dikkate alınmamasının dolaylı bir ayrımcılık⁴⁹ olduğunu iddia etmişti. Bu konuda üst derece mahkemesi, Divan'a Ön Karar talebiyle başvurmuş, ancak ilgili konuya benzer bir Divan Kararı'nın⁵⁰ olduğuna dikkati çekildikten sonra başvurusunu geri almıştı. Üst derece mahkemesi kararında, dikkatinin çekildiği Divan kararındaki açıklamalardan da yola çıkarak, diğer Üye Devletler'deki görev süresinin dikkate alınmamasının ilk bakışta bir dolaylı ayrımcılık olsa bile, söz konusu kıdem priminin Avusturya üniversitelerine bağlı olmayı ödüllendiren bir sadakat primi niteliğini taşıdığı için bu dolaylı ayrımcılığı haklı kıldığını belirtmişti. Bu karara karşı *Köbler* tarafından açılan tazminat davasında konuyu yeniden bir Ön Karar bağlamında ele alan Divan, *Brasserie du pêcheur* Kararı'na atıfta bulunarak⁵¹ Üye Devlet'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinde, yasama, idare veya yargı olarak bir ayrıma gidilmeden sorumlu tutulacağını vurgulamıştır⁵². Bilhassa Topluluk Hukuku'nun bireylere verdiği hakların korunmasında önemli bir konuma sahip olan yargının (özellikle

racılığıyla ulaşabilmesi mümkün kılınmış (krş. *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 35) ve ayrıca Üye Devletler'in ulusal hukuk düzenleri ile Topluluk Hukuku'nun aynı düzeyde gelişmesi sağlanmıştır (**Oppermann** (dipnot 1) s. 283 vd). Üst derece mahkemelerince, bahsedilen Ön Karar'ın verilmesini sağlama yükümlülüğü keyfi olarak yerine getirilmediği takdirde, kanunî hâkim güvencesinin bir ihlâli sözkonusudur ve bu ihlâl diğer kanun yollarıyla başka bir dava konusu yapılabilir (örneğin Bireysel Anayasa Başvurusu). Üst derece mahkemesinin Divan'a Ön Karar için başvurma zorunluluğunu keyfi olarak terk ettiği iddiasında esas alınacak ölçüler için krş. **Bundesverfassungsgericht** (Alman Anayasa Mahkemesi) *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1993, 883; *NJW* 2001, 1267.

48 Krş. **Danwitz, Thomas von** *Zur gemeinschaftsrechtlichen Haftung für judikatives Unrecht – Anmerkungen zu EuGH, 30.9.2003 – Rs. C-224/01 Köbler / J. Republik Österreich* *JZ* 2004 s. 301 (303).

49 Dolaylı ayrımcılık yasağı için krş. **Arndt, Hans-Wolfgang** *Europarecht* (Heidelberg 2001) s. 107.

50 *Schöning-Kougebetopoulou* Kararı ADKD 1998, I-47.

51 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 32-35.

52 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 31, 32.

başka kanun yoluyla düzeltilemeyecek nitelikteki kesin kararları veren ve Topluluk Hukuku ile ilgili ihtilafı durumlarda ATA madde 234 fıkra 3 uyarınca Ön Karar verilmesini sağlama yükümlülüğü bulunan üst derece mahkemesinin⁵³) sorumluluktan muaf tutulması halinde, Topluluk Hukuku'nun etkin geçerliliğinin zarar göreceğini belirten⁵⁴ Divan, böylelikle üst derece mahkemesi kararlarını da Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğu kapsamına almıştır⁵⁵. Ancak, sorumluluğun doğması için *Brasserie du pêcheur* Kararı ile belirlenen üç temel şart değişmese bile, yeterli nitelikte sarıh bir ihlâlın aranmasında, bilhassa yargının özel konununun göz önünde bulundurulması gerekliliğine işaret edilmiştir⁵⁶. Somut olayda Divan, kıdem primine ilişkin ilgili ulusal düzenlemenin Topluluk Hukuku'na aykırı olduğunu tesbit etmiş⁵⁷ ve üst derece mahkemesinin, sonradan geri alınan ilk Ön Karar başvurusu çerçevesinde söz konusu olan benzer Divan kararını yanlış yorumlayarak⁵⁸ verdiği kararın Topluluk Hukuku'nu ihlâl ettiğini belirtmiştir⁵⁹. Ancak Divan, özellikle dava konusuna ilişkin genelde herhangi bir kararının henüz verilmediği göz önünde bulundurulduğunda, bu yanlış yorumlamaya dayalı üst derece mahkemesi kararının, Topluluk Hukuku'nun sarıh ve böylelikle yeterli nitelikte⁶⁰ bir ihlâli olmadığını belirtmiştir⁶¹.

53 Üst derece mahkemesinin Topluluk Hukuku'nun ulusal yargı tarafından dikkate alınmadığı konumu için krş. dipnot 47 ve *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 35.

54 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 33.

55 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 36.

56 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 56, 59.

57 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 87.

58 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 116.

59 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 119.

60 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 124.

61 Bu kararın neticesinde şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Üst derece mahkemesinin kararına karşı tazminat hakkı bulunmadığı gibi, kesin hükme karşı başvurulacak kanun yolu da bulunmamaktadır. Ama aynı zamanda üst derece mahkemesi kararıyla varılan durumun Topluluk Hukuku'na aykırı olduğu da Divan tarafından tescil edilmiştir. Bu halde, muhakemenin iadesi yoluyla dava yeniden görülebilir. Eğer bu yol tercih edilmezse, *Köbler*'in kıdem primi için yeniden başvurusu üzerine, bu konuda ilgili başvurunun reddedilmesine ilişkin kesinleşmiş bir ulusal karar bulunmasına rağmen, Topluluk Hukuku'nun uygulanma önceliği ilkesi (krş. dipnot 38) uyarınca (her ne kadar Divan'ın, bu ilkenin, kesinleşmiş ulusal mahkeme kararlarına karşı uygulanmasına ilişkin bir karar henüz mevcut değilse bile), müsbet bir kararın verilmesi zorunlu olabilir.

D. Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun İhlâlinden Doğan Sorumluluğunun Temel İlkeleri

Divan'ın, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğu konusunda *Francovich* Kararı ile başlayıp *Köbler* Kararı ile bir nevi nihayete ulaşan içtihatlarındaki temel gelişimlere değindikten sonra, artık bu kurumun ana hatlarını kısaca inceleyebiliriz. Konuya birçok yönden bakılabilecek olsa bile, önümüzdeki çalışmamızda sadece üç temel unsura değinmekle iktifa edeceğiz⁶².

1. Sorumluluk Kurumunun Hukukî Dayanağı

Topluluk Hukuku'nun fiili etkin geçerliliği ve Topluluk Hukuku'nun vermiş olduğu hakların korunması, Divan'ın *Francovich* Kararı'nda ilk olmak üzere ve yukarıda değinilen tüm ilgili kararlarında Üye Devletler'in sorumluluğuna dayanak oluşturan birinci sebep olarak ortaya çıkmaktadır⁶³. Ancak *Francovich* Kararı'nda, böyle bir sorumluluğun, ATA ile kurulan hukuk düzeninin “özünde” var olan bir temel ilke olarak nitelendirilmesi ve bundan başka bir dayanağın gösterilmemesi, belki somut olayda, Yönerge'nin kasten iç hukuka aktarılmaması gibi sarıh bir ihlâl söz konusu olduğu için, yeterli görülebilir; ancak Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan muhtemel sorumluluklarının çeşitliliği düşünüldüğünde⁶⁴, bunun kâfi gelmeyeceği anlaşılmaktadır⁶⁵. Bunun farkında olan Divan, *Brasserie du pêcheur* Kararı ile bu konuda temel ilkeleri belirlemiş ve sorumluluk kurumunun hukukî dayanağına ilişkin açıklamalarda da bulunmuştur.

Divan, *Francovich* Kararı'ndaki “ATA ile kurulan hukuk düzeninin “özünde” var olan bir sorumluluk kurumu” ifadesinin somutlaştırılması bağla-

⁶² Daha geniş bilgi için (kapsamlı kaynakçasıyla) bkz. *Ossenbühl* (dipnot 5) s. 492 vd.

⁶³ *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 33, 34; *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 20, 22; *Lomas* Kararı (dipnot 41) kenar no.24 ; *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 33.

⁶⁴ Örneğin *Brasserie du pêcheur* Kararı'nda (dipnot 24) kasten olmaksızın sonradan Topluluk Hukuku'na aykırı hale gelen bir ulusal kanun sözkonusu iken, *Factortame III* Kararı'nda (dipnot 24) yine kasten olmaksızın Topluluk Hukuku'na aykırı bir düzenlemeye gidilmiştir. *British Telecommunications* ve *Denkavit* Kararları'nda (dipnot 22) kasten olmaksızın Yönergeler'in gerektiği şekilde iç hukuka aktarılmaması dava konusu olmuş iken, *Lomas* Kararı'nda (dipnot 41) idarenin Topluluk Hukuku'na aykırı fiili değerlendirilmiştir. Ve nihayet *Köbler* Kararı'nda (dipnot 46) özellikle yargının bağımsızlığı ve kesinleşmiş ulusal hükümler ışığında Topluluk Hukuku'na aykırı bir üst derece mahkemesi kararı incelenmiştir.

⁶⁵ *Ossenbühl* (dipnot 5) s. 496 vd.; *Saenger* (dipnot 23) s. 868.

mında, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğunun, bu konuya ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı dikkate alındığında⁶⁶, ATA'nın yorumu ile ilgili olduğunu vurgulamış ve Divan'ın, Antlaşma'nın yorumunda ve uygulanmasında hukuku koruyucu konumunu belirleyen ATA madde 220 gereğince bu alanda münhasır yetkisini teyid etmiştir⁶⁷. Antlaşma'da özel düzenlemelerin bulunmadığı bir durumda, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğunun düzenlenmesinin bir zorunluluk teşkil ettiği kabul edildiğinde, bu bağlamda gerekli tedbirlerin belirlenmesi, sadece genel yorum metodları⁶⁸, özellikle Topluluk Hukuku'nun temel ilkeleri ile Üye Devletler'in hukuk düzenlerinde ortak geçerliliği olan hukukun genel ilkeleri, çerçevesinde mümkün olacaktır⁶⁹. Divan'a göre, Üye Devletler'in hukuk düzenlerinde ortak geçerliliği olan genel hukuk ilkelerinin somut ifadesi olup bunlara atıfta da bulunan, AT Organları'nın sözleşme dışı sorumluluğu⁷⁰ kapsamında geçerli olan temel prensipler (krş. ATA madde 288 fıkra 2) bu konuda da yön gösterici mahiyettedir⁷¹. Tüm bu kurumların ortak ifadesi olarak, kamu organlarının kendi görevlerini yerine getirirken hukuka aykırı bir fiilden dolayı meydana gelen zararı genelde bertaraf etme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁷². Böylelikle Topluluk Hukuku'nun etkin geçerliliği ve Topluluk Hukuku'ndan doğan hakların etkin korunmasının yanında, ikinci bir dayanak oluşturulmuştur. Bu ikinci dayanağın öncelikli avantajlarından birisi de, özellikle hukukun genel ilkelerine yapılan atıfla, temelde hukukî sorumluluk kabul edilse bile, sorumluluk hallerinin çeşitliliğine göre esnek bir uygulamaya gidilebilmesidir.

2. Sorumluluğun Şartları

Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğu için *Brasserie du pêcheur* Kararı'ndan bu yana üç şart aranmaktadır⁷³:

⁶⁶ Krş. dipnot 6.

⁶⁷ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 25, 27.

⁶⁸ Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku'nun yorumu için bkz. *Schroeder, Werner Die Auslegung des EU-Rechts* JuS 2004 s. 180 vd.

⁶⁹ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 27.

⁷⁰ Krş. dipnot 5.

⁷¹ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 40-45, 53. AT Organları'nın ATA madde 288 fıkra 2 uyarınca sözleşme dışı sorumluluğu için krş. *HNL* Kararı ADKD 1978, 1209.

⁷² *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 29.

⁷³ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 51.

- İhlâl edilen Topluluk Hukuku düzenlemesinin amacının, bireylere belirli hakların tanınması olması,
- İhlâlin yeterli nitelikte olması,
- İhlâl edilen düzenleme ile mağdurda meydana gelen zarar arasında doğrudan bir illiyet bağının bulunması.

Birinci ve üçüncü şartlar bakımından bu zamana kadar verilen kararlarda herhangi bir problemle karşılaşılmamıştır⁷⁴. Böylece Divan Kararları'nda da incelemenin ağırlığının ikinci şartta, yani yeterli nitelikteki ihlâlde olduğu göze çarpmaktadır.

Francovich Kararı'nda belirtilmediği halde, *Brasserie du pêcheur* Kararı'ndan bu yana aranan yeterli nitelikteki ihlâl, özellikle Üye Devletlerin organlarına tanınan geniş hareket sahasının kullanılmasında esnek bir uygulamayı mümkün kılmak bakımından önemli rol oynamaktadır. Örneğin, bir Yönerge'nin kasten iç hukuka aktarılmaması ile Üye Devletler'e geniş takdir hakkı tanıyan ve/veya yorumu ihtilafli bir Topluluk Hukuku düzenlemesinin Topluluk Hukuku'na aykırı şekilde uygulanması, özellikle yasamaya tanınan geniş takdir hakkı düşünüldüğünde⁷⁵, aynı haksızlığı ifade etmeyecektir. Bu yüzden yeterli nitelikte bir ihlâl, Üye Devlet'in kendisine tanınan takdir hakkını açık şekilde ve hissedilir derecede aşması sonucunda var sayılacaktır⁷⁶. Her somut olaya göre belirlenecek yeterli nitelikteki ihlâl için şu kriterler geçerlidir⁷⁷:

- İhlâl edilen düzenlemenin açıklığı ve belirliliği,
- Takdir hakkının kapsamı,

⁷⁴ Sadece birinci şartın tartışmalı olduğu karar olarak 2004 senesi içinde verilecek olan C-222-02 sayılı *Paul* Kararı karşımıza çıkmaktadır. Almanya'da bir bankanın iflas etmesinden dolayı zarara uğrayan *Paul* adında bir mudi, Alman TMSF'den almış olduğu 20 000 Euro'luk tazminatın dışında Alman BDDK'sı tarafından bu miktarı aşan zararının tazmin edilmesini istemişti. 22.4.2002 tarihli Alman Finans Denetleme Kurumu Kanunu (Alman RG I 1310) madde 4 fıkra 4 uyarınca Alman BDDK'sı görevini sadece kamu menfaatine yönelik yerine getirdiği için, açılan tazminat davası, "üçüncü kişileri korumayı amaçlayan" bir yükümlülüğün bulunmadığı gerekçesiyle ilk mercilerde (NJW 2000, 815 ve 2001, 2724) reddedilmişti. Alman Federal Yargıtay'ı bu konuda Divan'a Ön Karar talebiyle başvurmuştu (16.5.2002 tarihli III ZR 48/01 sayılı karar). 25.11.2003 tarihinde davaya ilişkin Önmütalaası'nı açıklayan Başsavcı, mudilerin mevduat hakkını korumaya yönelik 30.5.1994 tarihli 94/19/EC sayılı Yönerge'nin (31.5.1994 tarihli Avrupa RG L 135 s. 5), öngörülen 20 000 Euro'luk tazminat hakkı dışında üçüncü kişileri koruyucu amacının olmadığını belirtmiştir (krş. Önmütalaa kenar no. 95 vd.).

⁷⁵ Krş. *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 45.

⁷⁶ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 55.

⁷⁷ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 57.

- İhlâlin kasten veya taksirle olması,
- İçine düşülen hukukî hatanın affedilebilir olup olmaması,
- Topluluk Hukuku'nun ihlâlîne AT organlarının katkısının bulunması.

Ama her halde, ihlâlin tescil edildiği bir Divan (ön) kararına rağmen ve ya ilgili konuda Divan'ın yerleşik içtihatlarının aksine, söz konusu hukuka aykırı durumun değiştirilmemesi, yeterli nitelikte bir ihlâl sayılacaktır⁷⁸.

Bu ölçülere göre, *Francovich* Kararı'nda olduğu gibi, öngörülen süre içerisinde Yönergeler'in iç hukuka aktarılması bağlamında, kısıtlı ve hatta hiçbir takdir hakkı bulunmadığı halde, herhangi bir faaliyetin gösterilmemiş olması, yeterli nitelikte bir ihlâlî beraberinde getirecektir⁷⁹. Benzer durum *Lomas* Kararı'nda da ortaya çıkmıştır: Topluluk Hukuku'nun ihlâlî sırasında yasamaya bir yükümlülüğün düşmediği ve Üye Devlet'in idarî makamlarınca verilecek kararda takdir hakkının kısıtlı olduğu, hatta sıfıra indiği durumlarda, Topluluk Hukuku düzenlemelerinin basit şekilde ihlâlî de yeterli nitelikte sayılacaktır⁸⁰. Buna karşın Divan, *Brasserie du pêcheur* Kararı'nda, Komisyon tarafından açılan Antlaşmayı İhlâl Davası'nın Almanya aleyhine sonuçlanmadan önce, Alman mercilerince ilgili düzenlemenin uygulanmasının yeterli nitelikte bir ihlâl olamayabileceğini ifade etmiştir⁸¹. Nitekim Alman Federal Yargıtayı, Divan'ın bu imasından yola çıkarak yeterli nitelikte bir ihlâl olmadığı gerekçesiyle tazminat istemini reddetmiştir⁸². *British Telecommunications* ve *Denkavit* Kararları'nda⁸³, Yönerge'deki maddenin belirgin olmadığı⁸⁴, Divan'ın yorumunun yanında bazı diğer Üye Devletler'in de aynı şekilde tercih ettikleri diğer yorum imkânlarının da bulundu-

⁷⁸ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 57. *Francovich*, *Brasserie du pêcheur*, *Factortame III*, *Lomas* Kararları'nda, Topluluk Hukuku'na aykırılık önceden verilen kararlarla tescil edilmiştir. Ancak bu bağlamda öngörülen üç şartın dışında ilaveten, ihlâlî tescil eden bir Divan kararının verilmiş olması şartı aranmamalıdır, zira böyle bir şart, Topluluk Hukuku tarafından tanınan tazminat hakkının etkinliğini büyük ölçüde engelleyecektir, krş. *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 93-95; *Saenger* (dipnot 23) s. 870; aksi görüş için bkz. *Klaas, Christoph Haftung der Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtumsetzung von EG-Recht Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1993 s. 452.

⁷⁹ Krş. *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 46; ayrıca krş. *Dillenkofer* Kararı ADKD 1996, I-4845.

⁸⁰ *Lomas* Kararı (dipnot 41) kenar no. 28.

⁸¹ *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 59.

⁸² BGH 134, 30, (41)

⁸³ Dipnot 22.

⁸⁴ *British Telecommunications* Kararı (dipnot 22) kenar no. 43.

ğu⁸⁵ ve konuya ilişkin önceden verilmiş Divan kararlarının bulunmadığı gerekçesiyle⁸⁶ yeterli nitelikte bir ihlâlin olmadığı sonucuna varılmıştır⁸⁷. *Köbler* Kararı'nda ise, sarih bir ihlâlin aranmasında, yargının devlet kuvvetleri arasındaki özel konumunun, bilhassa yargının bağımsızlığının, göz önünde bulundurulması gerekliliği vurgulanmış ve Divan kararlarının hatalı olarak yanlış yorumlanmasının bu bağlamda yeterli nitelikte bir ihlâl olmadığı belirtilmiştir⁸⁸.

3. Üye Devletler'in Ulusal Sorumluluk Kurumları ve Topluluk Hukuku'ndan Doğan Sorumluluk Kurumu

Alman doktrininde, Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğunun temelinde, Topluluk Hukuku ışığında yorumlanması gereken ulusal sorumluluk kurumlarının mı⁸⁹, yoksa özerk bir Topluluk Hukuku kurumunun mu⁹⁰ yattığı tartışmalıdır. Divan, bu konuda belirsiz gözükken bir tavır izlemektedir: Bir yandan, "Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğu" kurumunun temelini "doğrudan Topluluk Hukuku'nun" oluşturduğu belirtilirken⁹¹, öte yandan meydana gelen zararın "ulusal hukuk çerçevesinde" bertaraf edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹². Ama Divan'ın bu ilk bakışta çelişkili görünen bu konumu daha yakından ele alındığında, ilgili sorumluluk kurumunun kaynağında, ulusal hukuk düzenlemelerine kıyasla özerk şartlarıyla Topluluk Hukuku'nun yattığı, ama bu sorumluluğun hayata geçirilmesinde ulusal düzenlemelerin ön

85 *British Telecommunications* Kararı (dipnot 22) kenar no. 43; *Denkavit* Kararı (dipnot 22) kenar no. 51.

86 *Denkavit* Kararı (dipnot 22) kenar no. 52. Önceden verilmiş Divan kararlarının bulunmadığı gerekçesi, *Köbler* Kararı'nda da (dipnot 46) kenar no. 122 öne sürülmüştür. Ancak krş. dipnot 78.

87 Bu kararlarda dikkat çeken durum ve sarih bir ihlâlin olmadığına karine olarak, Komisyon'un – alışılan aksine – sözkonusu ihlâl bağlamında önceden harekete geçmemiş olması gösterilebilir.

88 *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 121-124.

89 Krş. *Kopp, Stefan Staatshaftung wegen Verletzung von Gemeinschaftsrecht* Deutsche Öffentliche Verwaltung 1994 s. 205; *Streinz, Rudolf Auswirkungen des vom EuGH "ausgelegten" Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht – Aufgezeigt an den Folgen des Francovich-Urteils für das deutsche Staatshaftungsrechts* Jura 1995 s. 10.

90 Krş. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (dipnot 5) s. 52. Aynı yönde BGHZ 134, 30, (36).

91 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 41; *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 67, 79.

92 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 42; *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 67.

plana çıkacağı anlaşılır⁹³. Ancak söz konusu ulusal düzenlemelerde yer verilen şartlar, iç hukukta düzenlenen sorumluluk kurumlarına nisbeten daha ağır olamayacağı gibi, hükmedilen tazminata ulaşabilmeyi de fiilen imkânsız hale getiremeyecektir⁹⁴. Böylelikle örneğin Alman doktrininde, sadece kamu menfaatinin gözetildiği gerekçesiyle yasamanın genelde sorumsuzluğunu savunan görüş⁹⁵, Topluluk Hukuku bağlamında geçerliliğe sahip olamayacaktır⁹⁶. Bunun dışında söz konusu ihlâl bakımından kusurluluk genelde şart olarak aranmayacaktır⁹⁷. Tazmin edilecek zararın belirlenmesinde de ulusal düzenlemelere, yine iç hukukta düzenlenen sorumluluk kurumlarına nisbeten daha ağır olmaması şartıyla, başvuralabilecek⁹⁸; özellikle mağdurun, zararın sınırlandırılması bağlamındaki yükümlülüklerini ihlâl etmesi, zararın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁹⁹.

E. Sonuç

Üye Devletler'in Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluğunun Divan tarafından kabul edilmesiyle, Topluluk Hukuku'nun etkin geçerliliği yönünde önemli bir adım atılmıştır. Her hukuk devletinde olduğu gibi, Avrupa Topluluğu'nda da Üye Devletler'in üstlenmiş oldukları yükümlülüklerine uyma ve Topluluk Vatandaşları'nın haklarının korunması yönünde etkin kanun yollarının öngörülmesi zorunluluğunun yanı sıra, meydana gelmiş olan zararın belirli şartlar altında tazmin edilmesi, bir temel gereksinim teşkil etmektedir. Ancak Topluluk Hukuku'na aykırı her fiilin aynı zamanda

93 Krş. *Saenger* (dipnot 23) s. 869. Özellikle sorumluluğun şartlarının incelenmesi genelde Üye Devlet mahkemelerince yapılacaktır (krş. dipnot 12); ancak Divan, karar için gerekli tüm bilgilere sahip ise, bu konuda belirlemelerde bulunabilir, krş. *British Telecommunications* Kararı (dipnot 22) kenar no. 41; *Denkavit* Kararı (dipnot 22) kenar no. 49.

94 *Francovich* Kararı (dipnot 8) kenar no. 43; *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 67. Özellikle son derece mahkemesinin Topluluk Hukuku'nu ihlâl eden kararlarına karşı kanun yolunun bulunması gerekmektedir, krş. *Köbler* Kararı (dipnot 46) kenar no. 45.

95 Krş. yukarıda C 1.

96 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 71, 72.

97 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 79. Ancak bu görüş, kusurluluğun, yeterli nitelikteki ihlâl bağlamında (önemli) bir rol oynamasına mani değildir, krş. *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 78; *Detterbeck, Steffen Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch* Archiv des öffentlichen Rechts 125 (2000) s. 249 vd.

98 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 83.

99 *Brasserie du pêcheur* Kararı (dipnot 24) kenar no. 84.

tazminatı gerektireceği de düşünülemez¹⁰⁰, aksi takdirde Üye Devletler'in ihtiyaç duydukları serbest alanlar kabul edilemez biçimde kısıtlanmış olur. Nitekim Divan'ın bu bağlamda şart koştuğu "yeterli nitelikteki ihlâl", Topluluk Hukuku'na aykırı her durumda var sayılmamıştır. Netice olarak, Divan tarafından böyle bir sorumluluğun öngörülmesiyle, hem Topluluk Hukuku'nun fiili geçerliliği kuvvetlendirilmiş, hem de Üye Devletler'in üzerinde, Topluluk Hukuku'nu ciddiye alıp üstlendikleri yükümlülükleri zamanında ve özenle yerine getirmelerine yönelik teşvikle karışık baskı oluşturulmuştur.

¹⁰⁰ Divan tarafından sorumluluğun oluşmasında aranan yeterli nitelikteki ihlâl, bu bağlamda yüksek bir bariyer oluşturmaktadır, krş. **Böhm, Monika** *Voraussetzungen einer Staatshaftung bei Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht* JZ 1997 s. 58; **Bröhmer, Jürgen** *Die Weiterentwicklung des europäischen Staatshaftungsrechts* JuS 1997 s. 122. Yine de Üye Devletler tarafından, Topluluk Hukuku'nun ihlâlinden doğan sorumluluktan dolayı gözetilmesi gereken riskler için krş. **Jarass, Hans D.** *Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger* NJW 1994 s. 885.