

FRANCOVICH'TEN KÖBLER'E AT HUKUKUNDA DEVLETİN SORUMLULUĞU PRENSİBİ

(FROM FRANCOVICH TO KÖBLER: THE PRINCIPLE
OF STATE LIABILITY UNDER COMMUNITY LAW)

*Dr. Hacer Soykan ADAOĞLU**

GİRİŞ

Avrupa Toplulukları (AT) hukukunun doğrudan etkisi prensibi uyarınca bireyler, AT hukuku tarafından tanınan hakların yerine getirilmesini ulusal mahkemeler aracılığı ile talep etme hakkına sahiptir. Bu çerçevede, doğrudan etki prensibinin amaçlarından biri de, AT hukukunun bireyler aracılığı ile iç hukukta uygulanmasını sağlamaktır. AT hukukunun iç hukukta bireylere etkili bir şekilde uygulanması, AT hukukunun üye devlet tarafından ihlâl edilmesi durumunda, etkili tazminat ve yaptırım olanaklarının varlığını gerektirmektedir. Bu amaçla, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), ulusal makamların AT hukukunu ihlâli neticesinde zarara uğrayan bireylerin, ulusal mahkemeler önünde, tazminat davası açabileceğini öngörmüştür. Bu içtihadı daha sonra geliştiren ATAD, *Francovich*¹ ve *Brasserie du Pecheur and Factortame*² kararları ile yasama organının AT yönergelerini süresi içinde iç hukuka geçirmemesi nedeniyle zarara uğrayan bireylerin devlet aleyhine ulusal mahkemelerde tazminat davası açabileceğini belirtmiş ve yasama organının AT hukukunu ihlâli neticesinde devletin sorumluluğunu ortaya koymuştur. *Köbler*³ kararı ile bir

* Doğu Akdeniz Üniversitesi (KKTC) Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi,

¹ Cases C- 6/90 & C- 9/90, Andrea Francovich and Danila Bonifaci and Others v. Italian Republic, (1991) ECR I-5357.

² Joined Cases 46/93 and C-48/93, Brasserie du Pecheur S.A. v. Germany and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte Factortame Ltd. And Others, (1996) ECR I-1029.

³ Case C- 224/01, Gerhard Köbler v. Republik Österreich, (2003) ECR 2003.

adım daha ileri giden ATAD, yüksek mahkemelerin AT hukukuna aykırı kararları nedeniyle üye devletin sorumlu olacağını ve bireylerin ulusal mahkemelerde tazminat davası açabileceğini öngörerek yargısal sorumluluk kavramının temelini oluşturmuştur. Bu kararlar sonucunda AT hukukuna özgü bir hukuki koruma sistemi yaratılmıştır.

ATAD'ın içtihadı, AT hukukunun, tüm üye devlet yürütme, yargı ve yasama organlarını bağlayan bir anayasal sistem olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla, devletin herhangi bir organının AT hukukuna aykırı davranması, bireylerin anayasal haklarının ihlali olarak yorumlanmalıdır. Üye ülke hukuk sistemlerinde devletin anayasaya aykırı eylemleri nedeniyle sorumlu olması genel bir prensiptir. Ancak, genel olarak üye ülke hukuk sistemlerinde yasama ya da yargının işlemleri nedeniyle devletin tazminat sorumluluğuna rastlanmamaktadır. Bu kararları ile ATAD, üye ülke hukuk sistemlerinde reform için katalizör rolü oynamakta, sadece maddi hukuklarında değil, yargılama hukuklarında da önemli değişikliklere neden olmaktadır. Devletin sorumluluğu prensibi ile hem AT hukukunun bireylere uygulanması güvence altına alınmakta, hem de, üye devletlerin Topluluk yükümlülüklerini yerine getirmesi sağlanmaktadır. Antlaşmalarda hukuki çerçevesi açıkça belirtilmemiş olan bu sistem ATAD kararları ile oluşmuştur.

Bu makalede, ATAD'ın oluşturduğu devletin sorumluluğu prensibinin gelişimi ile kavramsal çerçevesi ele alınacak ve özellikle, *Köbler* kararı ile ortaya konan yargısal sorumluluk kavramına yer verilecektir. Böyle bir sorumluluğun yaratabileceği sorunlar ve sakıncalar üzerinde değerlendirme yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK DEVLETİN SORUMLULUĞU PRENSİBİ

Yönetimin, hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı bireylere karşı sorumluluğu, farklı sorumluluk ilkeleri ile de olsa tüm üye ülkelerde mevcuttur. Yönetimin hukuka uygun eylem ve işlemlerde bulunma yükümlülüğü doğrudan uygulanır AT normlarına uymayı da içermektedir. Üye devletin, AT hukukunu ihlâl etmesi nedeniyle zarara uğrayan bireylerin zararını tazmin yükümlülüğü ATAD tarafından birçok davada öngörülmüştür. Örneğin, 1975 yılında verdiği bir kararında ATAD, üye devletin, AT hukukunu ihlâl etmesi nedeniyle, bireylerin uğradığı zararı tazminle yükümlü olduğunu belirtmiştir.⁴

Üye ülke hukuk sistemleri için yeni sayılabilecek sorumluluk, ATAD'ın özellikle yönergelerin iç hukuka geçirilmemesi ile ilgili olarak ortaya

⁴ Case 60/75 Carmine Antonio Russo v. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA), (1976) ECR 45, paragraf: 9.

koyduğu devletin sorumluluğu prensibidir. Bu prensip ATAD'ın *Francovich* kararı ile ortaya konulmuş ve daha sonraki kararları ile de uygulanmasına ilişkin diğer unsurlar belirlenmiştir. *Francovich* kararı ile ATAD, devletin sadece yürütme organının AT hukukunu ihlâlinden değil, yasama organının AT yönergelerini iç hukuka geçirmemesinden de sorumlu olacağını öngörmüştür. Üye ülke hukuk sistemleri genellikle yasama organının işlemleri nedeniyle devletin sorumluluktan bağımsız tutulmasını öngörmektedir.⁵ Devletin sorumluluğu prensibinin ATAD tarafından tam olarak ortaya konmasından önce, bireylere, ulusal mahkemelerde tanınan hukuki koruma olanakları çok zayıf ve sınırlı şartlar altında tazminat söz konusuydu. Devletin sorumluluğu prensibinin ortaya çıkmasından sonra mevcut hukuki koruma yollarının zayıflıkları giderilmiş ve bireylere, AT hukukunu ihlâl eden devlet aleyhine tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Bu sayede üye devletin AT hukukunu etkili bir şekilde uygulaması ve ihlâl durumunda bireylerin zararının telâfi edilmesi güvence altına alınmıştır.⁶

Her ne kadar AT Antlaşması'nın 226, 227 ve 228. maddeleri uyarınca, AT hukukunu ihlâl eden devlet aleyhine ATAD önünde ihlâl davası açma ve ihlâli tespit edilen devleti, ihlâlin devamı durumunda para cezasına çarptırma olanağı bulunsa da, AT hukukunun etkililiğinin sağlanması için bu olanaklar yetersiz kalmaktadır. Bu prosedürlerin işleyişindeki yavaşlık ve uygulanacak yaptırımların eksikliği, ATAD'ı daha etkili bir zorlama sistemi geliştirmeye itmiştir.⁷ Ayrıca, ATAD önünde devlet aleyhine açılan ihlâl davalarında yalnızca üye devletin AT hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği saptanıp, ihlâle yol açan yönetsel ya da yasal düzenlemenin yürürlükten kaldırılması dolaylı olarak sağlanmakta⁸, ancak, söz konusu işlemin ulusal alanda ortaya çıkardığı sonuçları ortadan kaldırma konusunda yetersiz kalmaktadır. Zarara uğrayan bireyin zararının karşılanması, ATAD'ın üstünde ısrarla durduğu etkili bir koruma sisteminin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda *Francovich* kararının en önemli özelliği bir 'yaptırımı' öngörmüş olmasıdır.⁹

II. FRANCOVICH VE SONRASINDAKİ KARARLARLA OLUŞTURULAN SİSTEM

⁵ DOUGAN, Michale, "The *Francovich* Right to Reperation", European Public Law, Volume 6, Issue 1, 2000, s. 104.

⁶ TALLBERG, Jonas, "Supranational Influence in EU Enforcement: The ECJ and the Principle of State Liability", Journal of European Public Policy, Vol.7, No.1, 2000, s. 110.

⁷ STEINER, Josephine, "From Direct Effects to *Francovich*: Shifting Means of Enforcement of Community Law", European Law Review, Vol.3, 1993, s. 3.

⁸ TEZCAN, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Üye Devletlerin Bireylere Karşı Tazminat Sorumluluğu ve Bu Konudaki Uygulamalar*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 5.

⁹ HARLOW, Carol, "Francovich and the Problem of Disobedient State", European University Institute, Working Paper Series, No: 96/62, 1996, s. 10.

Devletin sorumluluğu ile ilgili en ayrıntılı karar *Francovich* davası sonucunda verilmiştir. *Francovich* davası, İtalyan hükûmetinin, işverenin iflası durumunda işçilerin alacaklarının korunması ile ilgili bir yönergeyi iç hukuka geçirmemiş olmasından kaynaklanan bir davadır. Yönergenin, belirlenen sürede İtalyan hukukuna geçirilmemiş olması nedeniyle, Komisyon, İtalya aleyhine ATAD önünde dava açmış ve ATAD İtalya'nın konu ile ilgili yükümlülüğünü ihlâl ettiği yönünde tespit kararı vermiştir. Bu karara karşın, 1991 yılına kadar, İtalya, yönergeyi iç hukuka geçirmemekte ısrar etmiştir. 1991 yılında *Francovich* isimli bir İtalyan vatandaşı, bu yönergeye dayanarak, hem işvereni *Bonifaci*, hem de İtalyan hükûmeti aleyhine, ulusal mahkemede dava açmıştır. Davaya bakmakta olan İtalyan mahkemesi, bu konu ile ilgili iç hukukta herhangi bir tazminat ya da benzeri hukuki koruma yolu bulunmaması nedeniyle, ATAD'a ön karar davası yoluyla başvurarak ilgili yönergenin doğrudan etki yaratıp yaratmadığını ve yönergeyi gereği gibi iç hukuka geçirmeyen devletin, işçilerin bu yönergenin 3. maddesi uyarınca almaya hak kazandıkları ücreti ödemekle yükümlü olup olmadığını sormuştur. Bu başvuru üzerine ATAD, öncelikle ilgili yönergenin doğrudan etki yaratmaya elverişli olmadığı tespitinde bulunmuş, ancak, buna karşın, devletin zarara uğrayan bireylere karşı sorumlu olacağını belirtmiştir. ATAD'ın bu konudaki kararı aşağıdaki gibi özetlenebilir:

.... Bu davada olduğu gibi, AT normlarının etkililiğinin, üye devletin bazı işlemleri gerçekleştirmesine bağlı olduğu ve bu işlemlerin yokluğunda bireylerin AT normu ile getirilen haklarını kullanamamaları durumunda, üye devletin tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Bu noktadan hareketle, devletin AT yükümlülüklerini ihlali nedeniyle bireylerin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü, Antlaşmaların kurduğu sistemin bütünlüğü içinde yer almaktadır.¹⁰

Francovich kararında ATAD, üye devletin AT hukukunu ihlâlinden genel olarak söz etmekte ve bu ihlâlî sadece yönergelerin uygulanması ile sınırlı tutmamaktadır. O nedenle, üye ülkelerin AT hukuku ile ilgili her ihlâlî, belli şartların varlığı koşulu ile, tazminat sorumluluğuna yol açabilmektedir. *Francovich* kararı ile getirilen sistemin iki ana amacı vardır: Bireylere AT hukuku ile tanınan hakların etkili bir güvence altına alınması ve üye devletin AT hukuku yükümlülüklerini yerine getirmesinin sağlanması. Bu iki amaç gözönüne alındığında, ihlâl kavramının tüm AT hukuku yükümlülüklerini kapsamaması gerektiği düşüncesi öne çıkmaktadır.¹¹ Bu çerçevede, ihlâl devletin hangi organı tarafından gerçekleştirildiğinin de bir önemi yoktur. Bu ihlâl, yönetimin AT hukukuna aykırı eylem ve işlemleri sonucunda oluşabileceği gibi, yasama organının bir ihmali neticesinde de ortaya çıkabilmektedir.

¹⁰ Andrea Francovich and Danila Bonifaci v. Italian Republic, paragraf: 31-36.

¹¹ Harlow, s. 11.

Francovich kararının dikkat çeken bir diğer yönü de, ATAD'ın, devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için, ihlâl edilen normun mutlaka doğrudan etkiye sahip bir norm olması gerektiği şeklindeki görüşüdür. ATAD'ın geçmiş kararları ile ulusal mahkemelere yüklediği yükümlülükler, genellikle, doğrudan etkiye sahip hakların korunması ile ilgilidir. Oysa *Francovich* kararı ile ATAD, doğrudan etki kavramından bağımsız bir hukuki koruma sistemi geliştirmeyi amaçlamaktadır.¹² ATAD, devletin sorumluluğu prensibini, doğrudan etki prensibine değil, üye devletin AT hukukuna uyma ve yönergeleri süresi içinde iç hukuka geçirme yükümlülüğüne dayandırmaktadır.¹³ Bu konu *Brasserie du Pecheur and Factortame* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada, ATAD, devletin sorumluluğu prensibinin, sadece doğrudan etkiye sahip AT normları ile sınırlı olmadığı görüşünü tekrarlamıştır. Bireylerin, bir normun doğrudan etki şartlarını taşıyamaması ya da yatay etkinin kabul edilmemesi nedeniyle, yönergede tanınan haktan mahrum olmaları durumunda, devletin tazminat sorumluluğu daha da önem kazanmaktadır.¹⁴ Bu durumda devletin sorumluluğu prensibi sayesinde, bireyin uğradığı zararı tazmin olanağı doğmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak ATAD, *Faccini Dori* davasında, yönergelerde yatay etkinin kabul edilmediği yönündeki görüşünü tekrarlamış, ancak, bu durumda, yönergenin iç hukuka geçirilmemiş olması nedeniyle, zarara uğrayan bireyin üye devlet tarafından tatmin edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵ Üye ülkelerin doğrudan etki şartlarını taşımayan yönergeleri göz ardı edip, iç hukuka geçirmekten kaçınmaları da ATAD'ın bu kararında etkili olmuştur.¹⁶ Bu sayede AT hukukunun zorlanmasına ilişkin bir boşluk daha doldurulmuştur. ATAD ortaya koyduğu sorumluluğun teorik temellerine ilişkin herhangi bir özel belirleme yapmamıştır. Bu sorumluluğu açıklarken ATAD, ya devletin uluslararası hukuktaki sorumluluğu ya da Topluluk kurumlarının sözleşme dışı sorumluluğuna atıf yaparak bir teorik temel oluşturma yoluna gitmiştir.

A. Devletin Sorumluluğunun Ortaya Çıkması İçin Aranılan Koşullar

Francovich ve sonrasındaki davalar ile sadece sorumluluğun kapsamı

¹² D. Curtin, "State Liability Under Private Law: A New Remedy for Private Parties", *Industrial Law Journal*, 1992, Vol. 21, s. 74.

¹³ SHAW, Jo, *Law of the European Union*, London: MacMillan Press Ltd., 1996, s. 278.

¹⁴ ARNULL, Antony, *The European Union and its Court of Justice*, New York: Oxford University Press, 1999, s. 172.

¹⁵ Case 91/92, Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, (1994) ECR I – 3325, paragraf: 27.

¹⁶ GARETT, Geoffrey, KELEMEN, Daniel, SCHULZ, Heiner, "The European Court of Justice, National Governments and Legal Integration in the European Union", *International Organization*, Vol. 52, No.1, 1998, s. 168.

ve niteliği açısından değil, genel bir tazmin sisteminin oluşturulması açısından da önemli bir adım atılmıştır.¹⁷ Bu davalar ile ATAD, devletin sorumluluğuna dayanan tazminat davasının açılabilmesine ilişkin şartları da ortaya koymuştur. AT hukukunun ihlâli nedeniyle devletin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi *Francovich* davası ile belli koşulların varlığına bağlanmıştır:

...Bu koşullardan birincisi, yönergede öngörülen amacın bireylere birtakım haklar getirmesidir.

İkinci koşul, yönergede belirtilen hakların içeriğinin yönerge maddelerinde açıkça belirtilmiş olmasıdır. Son olarak da, bireyin uğradığı zararlar, devletin yükümlülüğünün ihlâli arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁸

ATAD, bu şartlar dışında, tazminatla ilgili olarak herhangi bir usul ya da prensip ortaya koymamıştır. ATAD, *Brasserie du Pecheur and Factortame* davasında bu şartlara açıklık getirmeye çalışmış ve *Francovich* kararında belirttiği şartları yeniden formüle etmiştir. Ayrıca *Brasserie du Pecheur and Factortame* davasında ATAD, üye devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için önceden ATAD tarafından 226. madde tahtında ihlâl kararı verilmesine gerek olmadığını da belirtmiştir.¹⁹ Ayrıca bu davada ATAD, 'yeterli ciddi ihlâl' (*sufficiently serious breach*) kavramına yer vermiştir.²⁰ Devletin yetki sınırlarını açık ve ciddi şekilde ihlâl etmesinin yeterli ciddi ihlâl sayılacağını öngörmüştür.²¹ ATAD'ın ortaya koyduğu yeni şartlar şu şekilde formüle edilebilir:

- İhlâl edilen norm bireyler için birtakım haklar yaratmayı amaçlamalıdır.

- İhlâl ciddi olmalıdır.

- Devletin AT hukukunu ihlâli ile bireyin uğradığı zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

ATAD içtihadı ile ortaya çıkan sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Buradaki kusur, yönetimin AT hukukuna aykırı eylem veya işlemi ya da hareketsiz kalması dolayısıyla aranmaktadır. ATAD, kusur terimi yerine 'yeterli ciddi ihlâl' terimini kullanmaktadır. Yeterli ciddi ihlâlden ne anlaşılması gerektiği konusunda genel bir açıklama olmamakla birlikte, ATAD, çeşitli davalardaki kararları ile yeterli ciddi ihlâle örnekler vermiştir. Bu örneklerden yeterli ciddi ihlâlin varlığı durumunda, diğer şartlara

¹⁷ Dougan, s. 104.

¹⁸ Andrea Francovich and Danila Bonifaci v. Italian Republic , paragraf: 39-40.

¹⁹ Brasserie du Pecheur S.A. v. Germany and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte Factortame Ltd. And Others , paragraf: 95.

²⁰ İbid, paragraf: 51.

²¹ İbid, paragraf: 55.

bakılmaksızın, sorumluluğun ortaya çıkabileceği anlaşılmaktadır. *Hedley Lomas* davasında, ATAD, AT hukukuna aykırı her eylem ve işlemin ciddi ihlâl sayılacağını belirtmiştir.²² *Dillenkofer* davasında ise, yönergelerin süresi içinde iç hukuka geçirilmemiş olmasının ciddi ihlâl oluşturacağını belirtmiştir.²³ Buna karşılık, *British Telecommunications* davasında ATAD, yönergenin anlamının tam olarak açık olmadığı durumlarda yönetimin yönergeyi iyi niyetle yanlış yorumlamasının ciddi ihlâl sayılmayacağını belirtmiştir.²⁴

Sorumluluk prensibi ile ilgili olarak hep yönetimin sorumluluğunun akla gelmesine karşın, ATAD, yasama organının ihmalinin de sorumluluk kaynağı olacağını belirtmiştir. *Brasserie du Pecheur and Factortame* davasında, ATAD, AT hukuku ile ilgili tüm devlet organlarının –yasama ya da yürütme- devletin sorumluluğuna yol açabileceğini vurgulamıştır.²⁵ Başka bir ifade ile, üye ülkeler, kuvvetler ayırımı ilkesini ya da herhangi başka bir anayasal düzenlemeyi öne sürerek, bireylerin tazmin edilmesi yükümlülüğünden kurtulamazlar.²⁶

B. AT Hukukuna Özgü Bir Tazmin Sistemi Yaratma Çabaları

İlk adım olarak ATAD, devletin sorumluluğu prensibinin hukuki temelini oluşturmuş ve hangi şartlarda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. İkinci adım olarak ise, devletin sorumluluğunun ortaya çıkması durumunda uygulanacak, AT hukukuna özgü bir hukuki koruma ya da tazmin sistemi oluşturma yoluna gitmiştir.²⁷

ATAD, *Francovich* kararının 42. paragrafında, ulusal hukukun özerkliği prensibi ile ilgili geçmiş kararlarına atıfta bulunarak, üye devlet aleyhine açılacak tazminat davalarında yetkili mahkemenin ve uygulanacak usul kurallarının belirlenmesinin üye ülke hukuk sistemlerine ait olduğunu belirtmiştir. Yine *Francovich* davasının 43. paragrafında, ulusal hukukun böyle bir davayı olanaksız kılacak düzenlemeler getiremeyeceğini ve bireysel hakların kullanımı ile ilgili olarak gerçek ve etkili bir koruma

²² Case 5/94, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, (1996) ECR I – 2553, paragraf: 28.

²³ *Joined Cases C-178/94, C-179/94, C-188-190/94, Erich Dillenkofer and others v. Bundesrepublik Deutschland*, (1996) ECR I – 4845, paragraf: 29.

²⁴ Case C-392/93, *R v. H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications*, (1996) ECR I – 1631, paragraf: 45.

²⁵ *Brasserie du Pecheur S.A. v. Germany and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte Factortame Ltd. And Others*, paragraf: 34.

²⁶ BIONDI, Andrea, **European Court of Justice: Effectiveness versus Efficiency: Recent Developments on Judicial Protection in EC Law**, *European Public Law*, Vol. 6, No. 3, 2000, s. 317.

²⁷ TRIDIMAS, Takis, **“Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing Down?”**, *Common Market Law Review*, Vol. 38, 2001, s. 302.

sistemi kurulması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu vurgu ile ATAD'ın geçmiş kararlarında belirttiği, ulusal hukukun özerkliği ilkesi uyarınca, ulusal mahkemenin yeni hukuki koruma yolları yaratma zorunluluğu olmaması prensibine değişiklik getirilmiştir. Bu prensip uyarınca, ulusal mahkemeler, ulusal hukuk sistemi içinde varolan hukuki koruma yollarını AT hukukunun ihlâli ile ilgili davalara da uygulama yetkisine sahiptirler. Bu kapsamda ulusal mahkemeler, AT hukukuna özgü hukuki koruma yolları yaratma yükümlülüğünde değildirler. Ancak *Francovich* ve devamındaki kararları ile ATAD, üye devletin AT hukukunu ihlâl etmesi nedeniyle açılacak davalara uygulanacak özel bir hukuki koruma yolu ortaya koymakta ve ulusal mahkemenin bunu uygulamasını talep etmektedir.²⁸ Başka bir ifade ile, ulusal yargıcın, üye devletin sorumluluğunu tespit etmesi durumunda, tazminatı bir yaptırım olarak uygulaması öngörülmektedir. Bu bağlamda *Francovich* kararı ile yalnızca devletin sorumluluğu prensibi oluşturulmamış, tüm üye ülkelerde uygulanacak bir hukuki koruma ve yaptırım sistemi oluşturmanın da ilk adımı atılmıştır.²⁹ Zaman içinde oluşturduğu içtihadı ile ATAD, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 13. maddelerinde yer alan 'etkili yargısal koruma' prensibini AT hukukunun genel prensibi haline getirmiştir.³⁰ Bu prensip altında ATAD, AT hukuk sistemi içinde tekörnek bir koruma sistemine gidişin temellerini atmıştır.

Tazminata ilişkin olarak ATAD, ulusal mahkemenin öngöreceği tazminatın, iç hukukta benzer davalarda öngörülenden daha az olamayacağını belirtmiş ancak, 'benzer' davadan ne kast edildiği konusuna açıklık getirmemiştir. Bu benzerliğin tespitini ulusal mahkemelere bırakmıştır.³¹ Bu ifadesine karşılık ATAD, *Brasserie du Pecheur and Factortame* davasında, ödenecek tazminatın ortaya çıkacak zararı kapsayacak, zararın tüm sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde olması gerektiğini ifade etmiştir.³² Görüldüğü gibi iç hukukta benzer bir sorumluluğun ya da hukuki koruma sisteminin varolup olmadığı önemli değildir. ATAD, üye devlete bireyleri tazmin yükümlülüğünü getirmekle kalmamakta, aynı zamanda tazminatın miktarına ilişkin ilkeleri de ortaya koymaktadır. Örneğin *Marshall* davasında ATAD, tazminatın üst sınırının ulusal hukukça önceden belirlenmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca ulusal yasalarda öngörülen faiz oranlarının tazminatın bir parçası

²⁸ ROSS, M., "Beyond Francovich", *Modern Law Review*, 1993, Vol. 56, s. 55.

²⁹ CARANTA, Roberto, "Government Liability after Francovich", *Cambridge Law Journal*, Vol. 52, 1993, s.278,

³⁰ RUFFERT, Matthias, "Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View", *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, s. 331.

³¹ TRIDIMAS, s. 319.

³² *Brasserie du Pecheur S.A. v. Germany and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte Factortame Ltd. And Others*, paragraf: 82.

sayılması gerektiğini de belirtmektedir.³³ Tüm bu ilkeler ve ölçütler ile ATAD, AT hukukundan kaynaklanan bireysel hakların ulusal alanda etkili ve tekörnek uygulanmasını sağlayacak bir sistem kurmaya çalışmakta ve ‘Topluluk yargılama hukuku’na ilişkin standart ve ilkeleri belirlemektedir.³⁴

III. KÖBLER DAVASI İLE GETİRİLEN YARGISAL SORUMLULUK KAVRAMI

Francovich ve devamındaki kararları ile ATAD, yürütme ve yasama organlarının AT hukukunu ihlâli sonucu ortaya çıkabilecek devletin sorumluluğu prensibini ve uygulanacak tazminat sistemini ortaya koymuş, ancak, yargı organlarının AT hukukunu ihlâline ilişkin saptamada bulunmamıştır. Böyle bir saptama yapma şansına ATAD, ön karar başvurusu ile önüne gelen *Köbler* davası ile ulaşmış ve devletin sorumluluğu kavramının son halkasını da tamamlamıştır. Bu dava ile ATAD, daha önce *Francovich* ve *Brasserie du Pecheur and Factortame* davaları ile oluşturduğu devletin sorumluluğu prensibini yargı organlarının AT hukukunu ihlâlini içine alacak şekilde genişletmiş ve yüksek mahkemelerin ihlâline karşı bireylerin devletten tazminat talep etmesine olanak sağlamıştır.

Ulusal mahkemelerin AT hukukunu açıkça ihlâl eden kararlarına rastlansa da, şimdiye kadar bu durum, AT Antlaşması 226. maddesi tahtında ihlâl davasına yol açmamıştır. Başka bir ifade ile Komisyon, ulusal mahkemelerin AT hukukunu ihlâli nedeniyle hiç bir üye ülke aleyhine ihlâl prosedürü başlatmamıştır.³⁵ Peki, *Köbler* kararı beklenen bir sonuç mudur yoksa ATAD çok mu ileri gitmiştir? *Francovich* kararı ile ATAD açıkça ortaya koymasa da yargı organlarının AT hukukunu ihlâli nedeniyle devletin sorumlu tutulabileceğini öngörmüş müdür ya da böyle bir niyet taşımış mıdır? Bu soruların yanıtı *Francovich* kararında açıkça yer almasa da *Brassiere du Pecheur and Factortame* davası, yargısal sorumluluğa olanak veren ifadeler içermektedir. Bu kararın 38. paragrafında ATAD, “devletin herhangi bir organının eylem veya ihmali nedeniyle devletin sorumluluğunun ortaya çıkabileceğini” belirtmiştir. Bu ifade ile ATAD, devletin bir organı sıfatıyla yargının AT hukukunu ihlâli nedeniyle sorumlu olabileceğini ve *Francovich* kuralının yargının AT hukukunu ihlâli durumunda uygulanabileceğini dolaylı da olsa ortaya koymuştur.³⁶ Bu

³³ Case C 271/91, *Marshall v. Southampton and South West Area Health Authority* (no 2), 1993, ECR I – 4367, paragraf: 30-31.

³⁴ BAYKAL, Sanem, *AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar*, Ankara: A.Ü. Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:14, 2002, s.111.

³⁵ CLASSEN, Claus Dieter, “*Case C- 224/01 Gerhard Köbler v. Republic of Österreich, Judgment of 30 September 2003*”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, 2004, s. 814.

³⁶ ANAGNOSTARAS, Georgios, “*The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*”, *European Public Law*, Vol. 7, Issue 2, 2001, s.

bağlamda *Köbler* kararı ve bu karar ile oluşturulan yargısal sorumluluk prensibi beklenen bir sonuçtur. AT hukuku gelişim sürecinde ‘tarihi’ nitelikte bir karar olan *Köbler* kararının ayrıntılı olarak incelenmesinde yarar vardır.

A. Davanın Özeti

Köbler davası, devletin çalışanlarına, kişilerin serbest dolaşımı ilkesini ihlâl etmeksizin ‘sadakat ikramiyesi’ (*loyalty bonus*) vermesine ilişkin şartlarla ilgilidir. Avusturya’da bir üniversitede profesör olan *Köbler*, Avusturya üniversitelerinde 15 yıl çalışmış olanlar için öngörülen bir ikramiyeyi almak için kendi üniversitesine başvuruda bulunmuştur. Profesör *Köbler* yüksek öğrenimde 15 yıl çalışmış, ancak, bu sürenin önemli bir bölümünü diğer Avrupa Birliği (AB) ülkelerindeki yüksek öğrenim kurumlarında gerçekleştirmiştir. Başvurusunda, işgücünün serbest dolaşımını düzenleyen AT Antlaşması 39. maddesi ile 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü’ne atıfta bulunarak, diğer AB ülkelerindeki çalışma sürelerinin de göz önüne alınması gerektiğini iddia etmiştir. Başvurusunun yetkili otoriteler tarafından reddedilmesi üzerine *Köbler*, ulusal hukukta bu tür konular için yetkili mahkeme olarak öngörülen Yüksek İdare Mahkemesi’ne dava açmıştır. Dava devam ederken mahkeme, ATAD’a başvurarak, talep edilen ikramiye ile işgücünün serbest dolaşımı ilkesi arasında bir ilişki olup olmadığını sormuştur. ATAD, daha önce benzer bir konuda verilen karardan mahkemeyi haberdar etmiş, mahkeme de ön karar başvurusunu geri çekmiştir. ATAD’ın önerdiği davayı inceleyen mahkeme, işverenden talep edilen ikramiyenin bir ‘sadakat’ ikramiyesi olduğunu, bu nedenle de ikramiyeye hak kazanmak için aynı kurumda çalışılmış olması gerektiğini belirterek, *Köbler*’in talebini reddetmiştir. Böyle bir karar aleyhine iç hukukta başka bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle *Köbler*, Yüksek İdare Mahkemesi kararı aleyhine Bölge Hukuk Mahkemesi’nde Avusturya devletinin AT hukukunu ihlâli iddiası ile tazminat davası açmıştır. Davayı kabul eden Bölge Mahkemesi ATAD’a ön karar başvurusunda bulunmuş ve 5 soru sormuştur. Bu sorulardan ikisi *Francovich* kuralının uygulanmasına ilişkindir. Diğer sorular ise işgücünün serbest dolaşımına ilişkin AT Antlaşması’nın 39. maddesinin yorumu ile ilgilidir. ATAD’ın *Francovich* kuralının uygulanmasına ilişkin yanıtı yargısal sorumluluk kavramının çerçevesini oluşturmuştur. Bölge Hukuk Mahkemesi kısaca şu iki soruyu sormuştur:

- ATAD içtihadında yer alan ‘devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için ihlâlin devletin hangi organı ya da kurumu tarafından yapılmış olmasının bir önemi yoktur’ ifadesi, üye devletlerin, yüksek mahkemelerin AT hukukunu ihlâl eden kararlarından dolayı sorumlu olmaları sonucunu da

doğurmakta mıdır?

- Birinci sorunun yanıtının olumlu olması durumunda, yüksek mahkeme kararları nedeniyle devlet aleyhine açılacak tazminat davalarında, ATAD tarafından önceden ortaya konulduğu gibi, yetkili mahkeme iç hukuk kurallarına göre mi belirlenecektir?

Konu ile ilgili olarak ATAD'a bazı üye ülkelerden gözlemler (*observations*) gönderilmiştir. Bu gözlemler esas olarak yargısal sorumluluk kavramında yoğunlaşmaktadır. Alman ve Hollanda hükümetleri ile Komisyon, üye ülkelerin yargı organlarına bağlanabilecek bir ihlâlden prensip olarak sorumlu tutulabileceğini, ancak, bu sorumluluğun çok kısıtlı şartlar (*Francovich'te* belirtilenlere ek olarak) altında mümkün kılınması gerektiğini iddia etmişlerdir.³⁷ Bu çerçevede Alman ve Hollanda hükümetleri, mahkemenin AT hukukunu ciddi ve açık bir biçimde gözardı etmesinin sorumluluğa yol açabileceğini belirtmişlerdir. Alman hükümeti, mahkemenin ihlâlinin açık ve ciddi ihlâl sayılabilmesi için yanlış yorumun ya da AT hukukunun uygulanmamasının savunulamaz olması ve kasıtlı olarak gözardı edilmiş olması gerektiğini öne sürmüştür. Hollanda hükümeti ise açık ve ciddi ihlâlin ön karar başvurusu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkması gerektiğini savunmuştur. Her iki ülke hükümeti de yargısal sorumluluğun sadece temyiz ya da yüksek mahkeme kararlarıyla sınırlı tutulması gerektiğini belirtmişlerdir.³⁸

Yargısal sorumluluk kavramının sınırlı şartlarda da olsa kabul edilmesi gerektiğini savunan bu görüşlere karşılık, Avusturya, Fransa ve İngiltere hükümetleri yargı organlarının kararlarına dayanarak devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasının mümkün olmadığını iddia etmişlerdir. Bu iddialarını ise, *res judicata*, hukuki kesinlik ve yargının bağımsızlığı ilkelerine dayandırmışlardır.³⁹ Bu ilkelere ek olarak Avusturya hükümeti, yüksek mahkeme kararları aleyhine tazminat davası açılmasının mahkemenin 'temyiz' mahkemesi fonksiyonu ile çelişeceğini, çünkü temyiz mahkemesinin fonksiyonunun bir uyuşmazlığa son noktayı koymak olduğunu ileri sürmüştür. Avusturya hükümeti, ayrıca, devletin sorumluluğu prensibi ile AT organlarının sözleşme dışı sorumluluğu arasındaki paralellığe dikkat çekmiş ve ATAD kararları nedeniyle AT'nun sorumlu olmadığını, aynı bağımsızlığın ulusal yargı organlarına da tanınması gerektiğini savunmuştur. Avusturya hükümeti ön karar prosedürünün bireylere hak yaratma amcı gütmeyeceğini, bu nedenle bu maddenin ihlâlinin bireylere tazminat hakkı sağlamayacağını iddia etmiştir.⁴⁰

Fransa hükümeti, *res judicata* prensibinin üye ülkelerin temel hukuk

³⁷ Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf: 16.

³⁸ İbid, paragraf: 17, 18.

³⁹ İbid, paragraf: 20.

⁴⁰ İbid, paragraf: 21,22.

değerini oluşturduğunu ve mahkeme kararlarının sorgulanmasının hukukun üstünlüğü ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ilkelerini tehlikeye düşüreceğini savunmuştur.⁴¹ *Res judicata* ilkesi üzerinde önemle duran İngiltere hükümeti ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (A.İ.H.S.) kapsamı dışındaki konularda, yargı kararları nedeniyle devlet aleyhine dava getirilemeyeceğini öne sürmüştür. Buna ek olarak İngiltere hükümeti yargısal bir hatanın tazminat talebine yol açmasına olanak sağlamanın, yargı organlarının otoritesini ve saygınlığını zedeleyeceğini iddia etmiştir. Bu durumun yargı bağımsızlığı ilkesi üzerinde de olumsuz etki yaratacağı savunulmuştur. İngiltere hükümeti, böyle bir davada yetkili mahkemenin tespitinin zorluğuna da dikkat çekmiştir.⁴² Bu iddia ve görüşler çerçevesinde ATAD konu ile ilgili karar ve görüşünü ortaya koymuştur.

B. ‘Davanın’ İncelenmesi ve Değerlendirilmesi

ATAD, ilk önce devletin sorumluluğu prensibine ilişkin görüşlerini, geçmiş kararlarına da atıfta bulunarak tekrarlamış ve devletin yargı, yasama ve yürütmeden oluşan tek bir yapı olduğunu ve zarara bu organların hangisinin yol açtığına devletin sorumluluğunun ortaya çıkması açısından bir fark yaratmadığını belirtmiştir.⁴³ Bu davada ATAD, hukuk sözcüsü *Leger’in* görüşlerini genel olarak göz önüne almıştır. O nedenle, davada hukuk sözcüsü olarak atanan *Leger’in* davaya ilişkin görüşlerini belirttiği 8 Nisan 2003 tarihli raporun⁴⁴ da kararla birlikte incelenmesinde yarar vardır. *Leger’e* göre *Francovich* kuralının yüksek mahkeme kararlarına uygulanması üç nedenle olanaklı ve gereklidir⁴⁵: Bunlardan birincisi ATAD’ın devletin sorumluluğu prensibini geniş kapsamlı bir prensip olarak öngörmüş olmasıdır. *Leger* bu iddiasını desteklemek için ATAD’ın konu ile ilgili yukarıda da değinilen kararlarına atıfta bulunmuş ve ATAD’ın üye ülke sorumluluğunu yasamanın sorumluluğu ile sınırlı tutma eğiliminde olmadığını belirtmiştir. İkinci gerekçe olarak *Leger* ulusal mahkemelerin AT hukuk sistemi içinde oynadığı önemli role dikkat çekmiştir. Özellikle yüksek mahkemelerin geleneksel fonksiyonlarına ek olarak, alt mahkemelerin AT hukukunu uygulayıp uygulamadıkları görevini de yerine getirdiğini belirten *Leger*, yüksek mahkemelere Antlaşma maddeleri uyarınca da ATAD ile işbirliği yükümlülüğü getirildiğine dikkat çekmiştir. Tüm bunlardan hareketle, AT hukukunun ulusal alanda uygulanmasında ve birey haklarının güvence altına alınmasında ulusal mahkemelerin, özellikle yüksek mahkemelerin merkezi bir role sahip olduğu belirten *Leger*, bu önemli rol

⁴¹ İbid, paragraf: 23.

⁴² İbid, paragraf: 24 -28.

⁴³ Paragraf: 32.

⁴⁴ Opinion of Advocate General Leger delivered on 8 April 2003 Case C-224/01 Gerhard Köbler v. Republik Österreich (8 Nisan tarihli rapor), <http://curia.eu.int>.

⁴⁵ İbid, paragraf: 25.

nedeniyle yüksek mahkemelerin AT hukukunu ihmalinden dolayı devletin sorumluluğunun ortaya çıkabileceğini ileri sürmüştür.⁴⁶ Bu görüşleri dikkate alan ATAD, ulusal mahkemelerin Topluluk hukukundan kaynaklanan birey haklarının korunmasında oynadığı önemli role dikkat çekmiş ve bireylerin üye ülkelerin yüksek mahkemelerinin AT hukukunu ihlâli nedeniyle uğradıkları zararı talep etmekten alıkoymalarının, bu hakların etkinliğinin sorgulanır hale gelmesine yol açacağını belirtmiştir.⁴⁷

Yargısal sorumluluk kavramını desteklemek için *Leger*'in ortaya koyduğu üçüncü gerekçe ulusal mahkeme kararlarından dolayı üye devletin sorumluluğunun uluslararası hukukta da uygulanan bir prensip olduğudur. Bu görüşe paralel olarak ATAD, uluslararası hukukta, devletin, sorumluluğunun belirlenmesinde, tek bir yapı olarak görüldüğünü, zararın yasama ya da yargı organı tarafından verilmiş olmasının bir önemi olmadığını ve bu prensibin AT hukukunda da uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸

Yargı organı kararları nedeniyle üye ülkelerin sorumluluğunun mümkün olabileceği saptamasını yaptıktan sonra ATAD, yukarıda belirtilen ülkelerin ortaya koyduğu *res judicata*, yargı bağımsızlığı ve yetkili mahkeme konularının yargı kararları nedeniyle devletin sorumluluğunun oluşmasına engel oluşturup oluşturmadığı konusunu ele almıştır.

1. *Res Judicata* İlkesi

ATAD ilk önce *res judicata* ilkesinin önemine ve 'tartışılmaz' niteliğine dikkat çekmiş ancak, konu ile ilgili çok ayrıntılı inceleme ve yorum yapmaktan kaçınmıştır. *Res judicata* ile ilgili olarak ATAD, yargı kararının AT hukukunun ihlâli iddiası ile açılacak tazminat davasında, davanın taraflarının ve davaya konu olan uyuşmazlığın asıl davanın tarafları ve uyuşmazlık konusu ile aynı olmayacağını belirtmiş ve bu nedenle *res judicata* ilkesinin ihlâl edilmiş olmayacağını vurgulamıştır.⁴⁹ Bu konu ile ilgili olarak ise *Leger*, *res judicata*'nın esasen iç hukuka ilişkin bir prensip olduğunu ve AT hukukunun etkili bir şekilde iç hukukta uygulanmasına ilişkin ilkenin uygulanmasını engelleyemeyeceğini ileri sürmüştür.⁵⁰ ATAD, *res judicata* ilkesinin 'tartışılmaz'lığına dikkat çekse de, aslında bu ilkeyi tartışmayarak bir anlamda gözardı etme yoluna gitmiştir. Esasen ATAD'ın oluşturduğu yargısal sorumluluk ilkesinin en önemli zayıf noktalarından biri de *res judicata* ilkesidir.⁵¹ Her ne kadar ATAD, yeni davadaki uyuşmazlık

⁴⁶ İbid, paragraf: 72-74.

⁴⁷ Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf: 33.

⁴⁸ İbid, paragraf: 32.

⁴⁹ İbid, paragraf: 39.

⁵⁰ 8 Nisan 2003 tarihli rapor, paragraf: 105.

⁵¹ Classen, s. 818.

konusunun ve taraflarının asıl davadakinden farklılığına dikkat çekmiş olsa da, yüksek mahkemedeki asıl davada verilen kararın AT hukukunu ihlâl edip etmediğinin tespiti, asıl davanın konusunun tekrar ele alınmasını gerektirecektir.

2. Yargı Bağımsızlığı İlkesi

Yargısal sorumluluk ilkesinin kabulü ile yargı bağımsızlığı ilkesinin zedeleneyeceği iddialarını da ele alan ATAD, öncelikle yargı kararları nedeniyle oluşacak sorumluluğun kişisel sorumluluk olmadığını, devletin sorumluluğu olduğunu vurgulamıştır.⁵² Yüksek mahkemelerin Topluluk hukukuna aykırı kararları nedeniyle devletin tazminat sorumluluğunun ortaya çıkmasının mahkemelerin bağımsızlığını riske atmayacağını, tam tersine, hatalı kararlar nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmin olasılığının yargısal sistemin kalitesini artıracak ve uzun vadede, mahkemelerin otoritesini güçlendireceğini belirtmiştir.⁵³ Hukuk Sözcüsü *Leger* daha da ileri giderek yargı bağımsızlığı ilkesinin AT hukuku için geçerli olamayacağını ileri sürmüş ve üye ülkelerin AT yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için iç hukuk prensiplerini gerekçe olarak kullanamayacaklarını belirtmiştir. *Leger'e* göre yargı bağımsızlığı ilkesi devletin sorumluluğu ile ilgili değil, yargıçların kişisel sorumluluğu ile ilgilidir. Söz konusu olan, devletin sorumluluğu olduğuna göre, yargı bağımsızlığı ilkesinin zarar görmesi olası değildir.⁵⁴

ATAD yargı bağımsızlığına ilişkin tezlerini desteklemek amacıyla A.İ.H.S. bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (A.İ.H.M.)'nin de sözleşmeye taraf ülkelerin yüksek mahkemelerinin A.İ.H.S.'ni ihlâl ile oluşan zarar nedeniyle tazminata hükmeden kararlarına değinmektedir. Dolayısıyla ATAD, A.İ.H.S.'ne aykırılık ile Topluluk hukukuna aykırılık arasında bir paralellik kurmaya çalışmaktadır. Ancak bu paralellik birkaç açıdan doğru değildir. Herşeyden önce A.İ.H.S.'nin ihlâlinde, temel insan haklarının ihlâlî sözkonusudur. Oysa Topluluk hukukunun ihlâlî açısından, ihlâl edilen normun böyle bir niteliğe sahip olması gerekli değildir. Çok basit bir normun ihlâlî bile yüksek mahkeme kararı nedeniyle devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Dahası A.İ.H.S.'ne taraf devletler bir Antlaşma tahtında uluslararası bir mahkemenin üye devlet aleyhine tazminata hükmetmesini kabul etmişlerdir. Bu durumda söz konusu olan yetkili mahkeme, davanın esasını da incelemeye yetkili olan bir "uluslararası yüksek mahkeme" niteliğindedir.⁵⁵

⁵² Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf: 42.

⁵³ İbid, paragraf: 43.

⁵⁴ 8 Nisan 2003 tarihli rapor, paragraf: 89, 90.

⁵⁵ WATTEL, Peter, "Köbler CILFIT and Welthgrove: We Can't Go On Meeting Like This", Common Market Law Review, Volume 41, Issue 1, 2004, s. 187.

3. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme konusuna ilişkin belirlemeye geçmeden önce, ATAD, yargı kararları nedeniyle devletin tazminat sorumluluğunun AT hukuk sisteminin bir gereği olarak ortaya çıktığını belirtmiştir. Buna göre, bireylere, AT hukuku tarafından verilen hakların güvence altına alınması Topluluk hukukunun bir prensibidir ve yüksek mahkeme kararlarına karşı da bu prensip uygulanmalıdır. Yüksek mahkemenin Topluluk hukukunu ihlâli nedeniyle oluşacak zarardan dolayı açılacak tazminat davasına bakacak yetkili mahkemenin yokluğu bu önemli prensibin uygulanmasını engellememelidir.⁵⁶ ATAD'ın yerleşmiş içtihadı uyarınca, Topluluk hukukunun düzenleme getirmediği durumlarda, yetkili mahkeme ve davada uygulanacak usul kuralları, her üye ülkenin kendi hukuk sistemi uyarınca belirlenmelidir. Böyle bir belirlemede dikkate alınması gereken nokta ve ulaşılmak istenen amaç, Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakların tam bir güvenceye kavuşturulması olmalıdır. Bu çerçevede, her üye ülke, yüksek mahkeme kararlarından doğacak devletin sorumluluğuna dayalı tazminat davalarına bakacak yetkili mahkemeyi ve böyle bir davada uygulanacak usul kurallarını belirlemekle yükümlü kılınmıştır. ATAD'ın yargı yetkisinin sınırlı olması, sadece Antlaşmalarda belirtilen konularda yetkili oluşu, bunlar dışındaki konuların ulusal mahkemelerin yetkisine bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Yüksek mahkeme kararının yine yüksek mahkemenin kendisi tarafından gözden geçirilmesi olanaklı olmadığından, üye ülkelerin konu ile ilgili özel mahkemeler ve özel usul kuralları belirlemesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken birey haklarının etkili şekilde korunması prensibi göz önüne alınmalı ve böyle bir hakkın aranmasını olanaksız kılacak ya da çok zorlaştıracak bir sistem getirilmemelidir. Burada ortaya çıkabilecek bir başka sorun da yüksek mahkemenin kararını değerlendirecek mahkemenin tarafsızlığı sorunudur. *Leger'e* göre tarafsızlık sorunu A.İ.H.S.'nin adil yargılama hakkını düzenleyen 6. maddesi tahtında ele alınmalıdır.⁵⁷ Ayrıca *Leger*, ön karar davası çerçevesindeki yargısal işbirliği prosedürünün de mahkemelerin tarafsızlığını sağlayabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre tarafsızlık konusundaki şüpheleri ortadan kaldırmak isteyen ulusal mahkeme, yüksek mahkeme kararının AT hukukuna aykırı olup olmadığı konusunda ATAD'a ön karar başvurusunda bulunabilir ve böylece, yapacağı incelemenin sorumluluğunu ATAD'a aktarabilir. *Leger'in* bu önerisi doğru bir öneri değildir. Öncelikle ön karar prosedürü çerçevesinde ATAD'ın ulusal mahkeme kararlarının AT hukukuna aykırılığını denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Burada mümkün olan, mahkemenin önündeki olaya uygulanması öngörülen AT normunun yorumunun ATAD'tan istenmesi ve yüksek mahkeme kararının bu yoruma uygun olup olmadığının ulusal

⁵⁶ Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf:45.

⁵⁷ 8 Nisan 2003 tarihli rapor, paragraf: 108.

mahkeme tarafından değerlendirilmesidir. Zaten, tarafsızlık, bu değerlendirmenin yapılması sırasında önem arzeden bir konudur. ATAD'ın A.İ.H.S. ile kurduğu paralellikten yola çıkarsak, A.İ.H.S.'nin yüksek mahkemelerce uygulanmaması durumunda, ulusal hukuk sistemi dışında kurulmuş A.İ.H.M.'nin bu değerlendirmeyi yaptığını görürüz. AT hukuk sistemi içinde de Antlaşmalarda yapılacak değişikliklerle, böyle bir davada ATAD ya da İlk Derece Mahkemesi'nin yetkili kılınması olasılığı akla gelebilir. Ancak, böyle bir düzenleme, ATAD'ı, üye ülke mahkemelerinin üzerinde bir temyiz mahkemesi konumuna getirecektir. Oysa ATAD ve üye ülke mahkemeleri arasında öngörülen ilişki hiyerarşik ilişki değil, işbirliği ilişkisidir.

Res judicata, yargı bağımsızlığı ve yetkili mahkemeye ilişkin konuları karara bağladıktan ve yüksek mahkeme kararlarından dolayı devletin sorumluluğu ilkesini ortaya koyduktan sonra ATAD, böyle bir sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli şartların neler olduğu konusunu da incelemiştir. Esasen bu inceleme AT hukukunun tekörnek uygulanması açısından da gerekli bir incelemedir. Böyle bir davanın şartlarının tespitinin iç hukuka bırakılması, AB vatandaşlarının aynı ihlâl karşısında birbirinden farklı hukuksal korumaya tâbi olması sonucunu doğurabilecektir. Hatta bazı AB vatandaşlarının hiç bir hukuksal korumadan yararlanamaması bile sözkonusu olabilecektir. O nedenle, en azından böyle bir sorumluluğun oluşmasına ve tazminata ilişkin asgari koşulların ATAD tarafından belirlenmesinde yarar vardır. *Leger'e* göre, yargı fonksiyonunun kendine özgü niteliği gereği, yargısal sorumluluk kavramına uygulanacak özel koşulların belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁸ Bu noktada ATAD, hem Topluluk hukukunda devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasına ilişkin temel kuralları belirtmiş, hem de yargısal sorumluluğa uygulanacak özel durumlara örnekler verme yoluyla açıklama getirmiştir. Buna göre; ihlâl edilen normun bireylere hak yaratmak amacıyla konulmuş olması, ihlâlin yeteri kadar ciddi olması ve ortaya çıkan zararlar devlete yüklenen yükümlülük arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁵⁹

Bu genel kurallara ek olarak ATAD, yüksek mahkeme kararları nedeniyle devletin sorumluluğunun çok istisnâî durumlarda ortaya çıkabileceğini, bunun için de yüksek mahkemenin AT normunu "açık şekilde ihlâl" etmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁰ Bu noktada ATAD, "açık ihlâl" kavramını ortaya atmaktadır. Kararın devamında ATAD açık ihlâl örnekleri vererek, tanımlama yapmaksızın açıklama yoluna gitmiştir. Bu yolla ATAD, devletin sorumluluğuna karar verecek olan mahkemenin neleri göz önüne alması gerektiği konusuna da örnekler vermiş olmaktadır. Buna göre, sorumluluğa karar verecek olan mahkeme, ihlâl edilen normun açıklık

⁵⁸ *Ibid*, paragraf: 122.

⁵⁹ Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf: 52.

⁶⁰ *Ibid*, paragraf: 53.

ve anlaşılabilirlik derecesini, ihlâlin kasıtlı olup olmadığını, yapılan hatanın kabul edilir olup olmadığını, ön karar başvurusu yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini ve konu ile ilgili örnek ATAD kararına açık bir aykırılık olup olmadığını dikkate almalıdır.⁶¹

Açık ihlâli örnek verme yoluyla açıklama yapma yoluna giden ATAD, büyük bir olasılıkla gelecekteki kararlarında açık ihlâlin kavramsal çerçevesini de oluşturacaktır. Ancak yapılan örneklerden bir takım sonuçlar ve sorular çıkarmak mümkündür. Öncelikle, ihlâl edilen normun açıklık ve anlaşılabilirlik derecesinin gözönüne alınması gerektiğini belirtmekle ATAD, bazı Topluluk normlarının yeteri kadar açık ve anlaşılır olmadığını ortaya koymaktadır. Açık ve anlaşılır olmayan bir normu uygulayamayan veya yanlış uygulayan bir yüksek mahkemenin kararları nedeniyle devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun sonucu olarak birey, tazmin edilemeyecek dolayısıyla, birey hakları tam bir güvenceye kavuşmayacaktır. Normun açık ve anlaşılır olamaması ilgili normu çıkaran Topluluk organının bir 'kusuru' sayılacaksa, bu kusurdan dolayı zarara uğrayan bireyin hakkı nasıl korunacaktır?⁶² Yine bazı hataların 'kabul edilebilir' hatalar olabileceğini belirtmekle ATAD, dolaylı olarak kabul edilebilir hata ve kabul edilemez hata ayırımını ortaya koymakta ancak bu ayırımın neye göre belirleneceği konusuna açıklık getirmemektedir. ATAD'ın, bu ayırımın üye ülke hukuk sistemlerine göre belirlenmesini amaçladığı ortaya çıkmaktadır. Yine yapılan hatanın 'kasıtlı' olup olmadığını dikkate alınması gerektiğini ifade etmekle ATAD, kasıtlı hata durumunda yargıcın kişisel olarak da sorumlu olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Diğer devlet görevlileri gibi yargıç da devlet adına hareket etmektedir, o nedenle, kasıtlı ihlâl durumunda devlet sorumlu olacaktır. Ancak, sorumluluğun ve tazminatın tespitinden sonra, devletin, kişisel kusuru tespit edilen yargıca rücu edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Esasen bu konu AT hukukuna göre değil, ulusal hukuka göre çözümlenecek bir sorun olarak ele alınmalıdır.⁶³ *Leger'e* göre ihlâlin kasıtlı olup olmadığı sübjektif bir konudur ve tespiti de son derece zordur. O nedenle sorumluluğun belirlenmesinde göz önüne alınabilecek bir unsur olarak öngörülmemelidir.⁶⁴

Açık ihlâl örnek olarak gösterilen ön karar başvurusunda bulunma yükümlülüğünün ihlâli de bir takım soruları akla getirmektedir. *CILFIT*⁶⁵ davası ile ATAD *acte clair* doktrinini geliştirmiş ve yüksek mahkemelere, belli şartlar altında, ön karar başvurusunda bulunmama olanağı tanımıştır. *Köbler* ve *CILFIT* birlikte değerlendirildiği zaman ortaya şöyle bir sonuç

⁶¹ İbid, paragraf: 55 ve 56.

⁶² Wattel, s.183.

⁶³ Classen, s. 820.

⁶⁴ 8 Nisan 2003 tarihli rapor, paragraf: 156.

⁶⁵ Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio Gavardo SpA v Ministry of Health (1982), ECR 03415.

çıkılmaktadır: Yüksek mahkeme, devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasını önlemek amacı ile *acte clair* doktrininin varlığına karşın her davada ön karar başvurusunda bulunmalıdır. Örnek bir davanın varlığına karar veren yüksek mahkeme ön karar başvurusunda bulunmaz ancak örnek kararı yanlış yorumlarsa durum ne olacaktır? Bu kabul edilebilir bir hata olarak mı değerlendirilecektir? *Köbler* davasında, Avusturya yüksek mahkemesi ilk önce ön karar başvurusunda bulunmuş ancak ATAD tarafından benzer bir kararın varlığından haberdar edilmesi üzerine ön karar başvurusunu geri çekmişti. Tazminat talebi ile açılan ikinci davada yapılan ön karar başvurusunda ATAD, yüksek mahkemenin mevcut ATAD kararını ‘yanlış okumasının (*incorrect reading*)’ açık ihlâl sayılmayacağını belirtmiştir.⁶⁶ O halde, bir kararı yanlış yorumlamak ya da örnek olup olmadığını yanlış değerlendirmek de ‘açık ihlâl’ sayılmayacaktır.

Tüm bu örnekler ve şartlar şu genel soruyu akla getirmektedir? ATAD’ın gerçek amacı birey haklarının koruma altına alınması mıdır, yoksa AT hukukunun uygulanmaması nedeniyle bir anlamda hem devleti hem de yüksek mahkemeleri ‘cezalandırmak’ mıdır? Yukarıdaki şartlar, yüksek mahkemelerin AT hukukunu uygulamalarının ‘geçerli bir özür’ olarak algılanabilecek niteliktedir. Dolayısıyla geçerli bir özür söz konusuysa, birey haklarının korunmamış olması sorumluluğa yol açmayacak ve mağdur olan birey tazmin edilmeyecektir.

Görüldüğü gibi, *Köbler* davası ile oluşturulan sistem yeni sorunları ve soruları da beraberinde getirmektedir. Ancak çıkan tablo şudur ki, ATAD, yüksek mahkeme kararları nedeniyle devletin sorumluluğunun çok kısıtlı şartlar altında ve istisnaî durumlarda ortaya çıkmasını amaçlamaktadır.

SONUÇ

ATAD’ın *Francovich* kararı ile geliştirmeye başladığı ve *Köbler* kararı ile de son halkasını tamamladığı devletin sorumluluğu kavramı, AT hukukuna dayanan birey haklarının etkili bir şekilde korunması amacına dayanmaktadır. Özellikle *Köbler* davası ile birey haklarının korunması amacının, üye ülkelerde yerleşmiş temel hukuk prensiplerinin bile önüne geçtiği ortaya çıkmaktadır. Yıllardır üye ülke hukuk sistemlerinde kabul edilen prensip, yargılamanın belli bir noktada durması gerektiğidir. Bu noktada AT hukukunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda yüksek mahkeme kararları nihai karar niteliği taşıyamayacaktır. Adaletin gerçekleştirilmesi yargılama işleminin sürgit devam etmesi, davaların hep açık tutulması ile sağlanamaz. Profesyonel hatalar ortaya çıkabilmektedir ancak yeni bir davada bunun ortaya çıkmayacağını kim garanti edebilir?

Köbler kararı ile getirilen yargısal sorumluluk kavramı sorunları ortaya

⁶⁶ Gerhard Köbler v. Republik Österreich, paragraf: 116.

çıkarma potansiyeline sahiptir. Öncelikle *Köbler* kararı ile getirilen sistem ATAD'a yapılacak ön karar başvurularının sayısını artıracaktır. Hem yüksek mahkemelerden hem de yüksek mahkeme kararları nedeniyle tazminat taleplerini değerlendirecek mahkemelerden gelecek yeni başvurulara yol açacaktır. Artan dava yükü ATAD'ın kararlarının gecikmesine neden olacak, bu durum da dolaylı olarak ulusal mahkeme kararının gecikmesi sonucunu doğuracaktır. Bu gecikme, A.İ.H.S.'nin 6. maddesi uyarınca öngörülen makûl süre içinde karar verme yükümlülüğünün ihlâli sonucunu doğurabilecek ve A.İ.H.M. önünde yeni bir davaya neden olabilecektir. *Köbler* kararı yüksek mahkeme kararından memnun olmayan her birey için bir hukuk yolu olarak kullanılabilir, bu da aynı konunun, hem ön karar başvurusu yolu ile ATAD'ı hem de ulusal mahkemeleri yıllarca uğraştırmasına neden olabilecektir. ATAD'ın çok istisnaî durumlarda uygulanmasını amaçladığı yargısal sorumluluk prensibi, iç hukukta olağan bir yargı yoluna dönüşebilecektir. Bu çerçevede ATAD'ın üye ülkelerin yargılama hukuklarında uygulamaya koyduğu standartlar, uygulamada amaçlanandan farklı sonuçlar doğurma riskini taşımaktadır.

Tüm bu eleştirilere karşın, *Köbler* kararının konu ile ilgili ilk somut karar olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu kararın üzerinden yaklaşık 2 yıl geçmiş olsa bile ATAD'ın önüne henüz konu ile ilgili başka bir başvuru gelmemiştir. Ancak, iç hukukta, bir davanın yüksek mahkeme önüne gelme aşamaları ve daha sonra da bu karara karşı dava açılması süreci göz önüne alındığında, ATAD önüne yeni bir başvurunun gelmesi zaman alacaktır. Ancak, ATAD, diğer AT hukuku prensiplerinde olduğu gibi, bu prensibi de gelecekte vereceği kararları ile şekillendirmeli ve ilk anda akla gelen bu soru ve sorunları en aza indirecek bir sistem oluşturmalıdır.