

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI
İÇTİHA TLARI IŞIĞINDA
MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI**

Senem GÜRBÜZER

Danışman
Doç. Dr. Hacı CAN

2010

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “*Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Malların Serbest Dolaşımı*” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

..../..../.....

Senem GÜRBÜZER

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Senem Gürbüzer
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Avrupa Birliği Hukuku
Tez Konusu : Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Malların Serbest Dolaşımı
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Malların Serbest Dolaşımı

SENEM GÜRBÜZER

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Avrupa Birliği Hukuku Programı

Malların serbest dolaşımı, Avrupa Birliği İç Pazarı'nın temel ilkelerinden biridir. Bu serbesti Birlik içerisindeki malların dolaşımına konulmuş ulusal engellerin kaldırılmasını ifade etmektedir. Bu ulusal engeller, gümrük vergileri ve eş etkili vergiler ile Birlik içi ticarete halen varlığını sürdüren miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamaların kaldırılması ile önlenir. Birlikte birçok ulusal engel mevzuat uyumlaştırılması ile de kaldırılmaktadır. Mevzuat uyumlaştırması yapılmamış alanlarda ise, doğrudan etkili olan ve bu sebeple ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilen Avrupa Topluluğu Andlaşması'nın 28 ve 29'uncu maddeleri (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.34 ve 35), bazı özel sebepler dışında, Üye ülkelere Birlik içi ticarete engel olacak uygulamaları sürdürmeyi ve yeni engeller yaratmayı yasaklamaktadır. Bu özel sebepler ise Andlaşma'nın 30'uncu maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.36) düzenlenen istisnalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihatları ile benimsenen zorunlu gereklerdir.

Bu çalışmada temel olarak malların serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükümlerinin kapsamı ve Divanı'nın serbestüye ilişkin yorumlarının etkileri dikkate alınmıştır. Bu şekilde bir yandan Adalet Divanı'nın kararlarıyla açıklığa kavuşturulan alanlarda mahkemenin gerekçelerinin ayrıntılı bir analizinin yapılması hem de Andlaşma hükümlerinin Divanın gelişen içtihatları çerçevesinde nasıl uygulandığının aktarılması amaçlanmıştır. Bu amaçlarla çalışmanın ilk bölümü bir iç pazar serbestisi olarak malların serbest dolaşımının genel çerçevesini ve malların serbest dolaşımının uygulama alanını konu almıştır. İkinci bölümde ise malların serbest dolaşımına ilişkin yasaklar

aktarılacaktır. Üçüncü bölümde malların serbest dolaşımına ilişkin istisnalar incelenecek, son bölümde ise Divan'ın malların serbest dolaşımına ilişkin temel içtihatlarının Türkiye AB ortaklığı kapsamında uygulanabilirliği inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Malların Serbest Dolaşımı, Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları.

ABSTRACT

Master's Thesis

**Free Movement of Goods in the Light of the Case Law of the Court of Justice of
the European Union**

SENEM GÜRBÜZER

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Science
Department of Public Law
European Union Law Programme**

The free movement of goods is one of the fundamental principles of the European Union (EU) Internal Market. This freedom implies that national barriers to the movement of goods within the EU are removed. These national barriers are prevented by the abolition of customs duties and charges of equivalent effect and quantitative restrictions and measures having equivalent effect which still remain in existence in intra-Union trade. Many barriers have also been lifted through harmonisation in the Union. The absence of harmonisation of legislation, the provisions of articles 28 and 29 of the Treaty (Treaty on the Functioning of the European Union article 34 and 35), which are of direct effect and thus may be applicable by national courts, forbid Member States from maintaining or imposing intra-Union trade barriers, except in special circumstances. These special circumstances are derogations of free movement of goods which are mentioned in article 30 (Treaty on the Functioning of the European Union article 36) and mandatory requirements which are recognised by the Court of Justice.

This study basically deals with the scope of articles about free movement of goods in the Treaty and also the impact of the Court's interpretation of freedom. In doing so, it aims not only providing a more detailed analysis of the Court's reasonings considering the areas identified by the Court but also revealing an examination of the provisions relating the free movement of goods and tracing the development of the Court's jurisprudence. Therefore first section of the study deals with the general framework of the free movement of

goods as an internal market freedom and application field of free movement of goods. In the second section the prohibitions within the context of free movement of goods will be mentioned. The derogations of free movement of goods which are mentioned in Treaty article 30 and also held by Court will be examined in the third section. In the last section application of the Court's case law relating to the free movement of goods will be analyzed with the context of EU-Turkey Association.

Key Words: Free Movement of Goods, European Union, Court of Justice of the European Union, Case Law of the Court of Justice of the European Union,

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ GENEL ÇERÇEVESİ

1.1. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ GERÇEKLEŞME AŞAMALARI.....	6
1.2.MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ HUKUKİ TEMELLERİ.....	11
1.2.1. Kurucu Andlaşma Hükümleri	11
1.2.2. İkincil Mevzuatta Yer Alan Hükümler	18
1.2.3. Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları	24
1.3. İÇ PAZAR SERBESTİSİ OLARAK MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI.....	31
1.3.1.İç Pazar Kavramı.....	31
1.3.2. İç Pazar Serbestilerine İlişkin Genel Kuralların Malların Serbest Dolaşımı Kapsamındaki Uygulaması	33
1.3.2.1. Kısıtlama Yasakları.....	33
1.3.2.2. Ayrımcılık Yasakları.....	36
1.3.2.2.1. Açık Ayrımcılık	37
1.3.2.2.2.Gizli ve Dolaylı Ayrımcılık	39
1.3.2.3. Mevzuat Uyumlaştırması	41
1.3.3. Benzer İç Pazar Normlarının Malların Serbest Dolaşımı ile İlişkisi.....	47
1.4. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ UYGULAMA ALANI.....	50
1.4.1. Malların Serbest Dolaşımının Maddi Uygulama Alanı	50
1.4.1.1. Mal Kavramı	50
1.4.1.2. Malların Menşei	55

1.4.1.2.1. Üye Ülke Menşeli Mallar.....	56
1.4.1.2.1. Üçüncü Ülke Menşeli Mallar	57
1.4.1.2.2. Özel Durumlar.....	58
1.4.2. Malların Serbest Dolaşımının Şahsi Uygulama Alanı	60
1.4.2.1. Yararlananlar.....	60
1.4.2.2. Yükümlüler	61
1.4.3. Gümrük Birliği	65
1.4.3.1. Gümrük Birliğinin Tanımı	65
1.4.3.2. Gümrük Birliğine İlişkin Andlaşma Hükümleri	66
1.4.3.3. Gümrük Vergileri ve Eş Etkili Vergilerin Kaldırılması.....	68
1.4.3.4. Ortak Gümrük Tarifesi.....	70

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN YASAKLAMALAR

2.1. GÜMRÜK VERGİSİ ve EŞ ETKİLİ ÖNLEM YASAĞI	73
2.2. AYRIMCI DÂHİLİ VERGİ YASAĞI	75
2.3. MİKTAR KISITLAMASI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEM YASAĞI.....	78
2.3.1. İctihadın Geniş Yorumlanması ve Dassonville Kararı	82
2.3.2. İctihadın Geliştirilmesi ve Cassis De Dijon Kararı.....	86
2.3.3. İctihadı Daraltıcı Yorum ve Keck Kararı.....	90
2.3.4. Divan'ın Sonraki Döneme İlişkin Yaklaşımları.....	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARI KAPSAMINDA MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN KURALLARA GETİRİLEN İSTİSNALAR

3.1. AVRUPA TOPLULUKLARI ANDLAŞMASI'NDAKİ DÜZENLEMELER	103
3.1.1. Kamu Düzeni	105
3.1.2. Kamu Güvenliği	107
3.1.3. Kamu Ahlakı	108

3.1.4. İnsan Sağlığı ve Yaşamının Korunması, Havyan ve Bitkilerin Korunması	108
3.1.5. Milli, Kültürel, Tarihi ve Arkeolojik Değerler Olarak Ulusal Zenginliklerin Korunması	110
3.1.6. Fikri ve Sınaî Mülkiyetin Korunması	111
3.2. YAZILI OLMAYAN KISITLAMA NEDENLERİ.....	113

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARININ TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIĞI AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

4.1. TÜRKİYE AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIĞI	117
4.1.1. Ortaklığın Hukuki Temelleri.....	117
4.1.1.1. Ankara Anlaşması	117
4.1.1.2. Katma Protokol	120
4.1.1.3. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı	124
4.1.2. Ortaklığın Kurumları ve Uyuşmazlıkların Çözümü.....	126
4.1.2.1. Ortaklığın Kurumları.....	126
4.1.2.2. Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü.....	134
4.1.2.2.1. Ankara Andlaşması'nda Öngörülen Düzenleme.....	135
4.1.2.2.2. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararında Öngörülen Düzenleme .	138
4.2. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARININ ORTAKLIK HUKUKU KAPSAMINDA GÖZ ÖNÜNE ALINABİLİRLİĞİ.....	140
4.2.1. Hukuki Dayanaklar	140
4.2.2. Ortaklığın Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar Kapsamında Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatlarının Uygulanabilirliği.....	142
SONUÇ	146
KAYNAKÇA	150
EKLER.....	160

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKÇT	Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AMB	Avrupa Merkez Bankası
AT	Avrupa Toplulukları
ATA	Avrupa Toplulukları Andlaşması
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABRG	Avrupa Birliği Resmi Gazetesi
BAB	Batı Avrupa Birliği
Bkz./bkz.	Bakınız
COM	Avrupa Toplulukları Komisyonu
ECR	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararlar Dergisi
EFSA	Avrupa Birliği Gıda Güvenliği Otoritesi
EFTA	Avrupa Serbest Ticaret Birliği
GATT	Tarife ve Ticaret Genel Anlaşması
L.	Mevzuat
md.	Madde
OECD	İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
OKK	Ortaklık Konseyi Kararı
OGT	Ortak Gümrük Tarifesi
p.	Paragraf
s.	Sayfa
TARIC	Avrupa Toplulukları Birleşik Gümrük Tarifesi
TAS	Tek Avrupa Senedi
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Avrupa Birliđi¹, o dönemki adı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) 25 Mart 1957 tarihinde Roma Andlaşması'nın imzalanması ile yürürlüğe girmiştir. Birliğin ortaya çıkış nedenleri olarak ticari faaliyetlerin geliştirilmesi ve sürdürülebilir bir şekilde genişlemesi, yaşam koşullarında iyileşme sağlanması ve üye ülkeler arasındaki ilişkilerin geliştirilmesi gibi hedeflere ulaşmak bakımından ortak pazar niteliğini alacak bir bütünleşme hedefi belirlenmiştir. Bu hedef çerçevesinde öncelikli olarak üzerinde durulan konu malların serbestçe dolaştığı bir alan yaratılması olmuştur. Gerçekten de ekonomik bütünleşmeyi temel alan Birlik, bu amaçlara ulaşmak bakımından ortak pazarda yer alan ticaret engellerinin malların serbest dolaşımı hükümleri ile kaldırılmasını hedeflemiştir.

Birlik, Avrupa Topluğu Andlaşması'nın 23'inci maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 28) belirtildiği üzere bir gümrük birliği üzerine kurulmuştur. Bu sebeple Birliğin ticaret engelleri içerisinde önceliği, gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan vergi alanındaki engellerinin ortadan kaldırılması olmuştur. Gümrük Birliği şeklindeki bütünleşme modellerinde yer alan unsurlar olarak üye ülkeler arasındaki gümrük vergileri ve eş etkili vergilerin kaldırılması ile üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesi uygulanması, Birlik düzeyinde de aynı şekilde Kurucu Andlaşma hükümleri ile düzenlenmiş, ayrıca ikincil mevzuat yolu ile ayrıntılı kurallara bağlanmıştır. Bu çerçevede üye ülkelerde üretilen bir malın gümrük vergisine tabi olmaksızın tüm üye ülkelerde serbestçe dolaşacağı öngörülmüştür. Ayrıca üçüncü ülkelerde üretilmekle beraber gerekli ithalat formaliteleri bir üye ülkede tamamlanmış malların ilgili üye ülkede ve dolayısıyla Birlikte gümrük vergisi ya da eş etkili bir vergiye tabi olmaksızın serbest dolaşımında olduğu kabul edilmiştir. Gümrük vergileri ile eş etkili vergilerin kaldırılması yanında Birlik düzeyinde üçüncü ülkelere karşı uygulanacak ortak bir gümrük tarifesi düzenlenmiştir. Bu şekilde üçüncü ülkelerde üretilen ve Birlik üyesi herhangi bir ülkeye ithal edilen bu mallar ortak gümrük tarifesindeki oranlar

¹Avrupa Topluluğu Andlaşması'nda yer alan Topluluk kavramı 1 Aralık 2009 tarihinde, tezin yazımı sırasında yürürlüğe giren Lizbon Andlaşması sonrasında Birlik adını almıştır. Bu nedenle tez genelinde Topluluk kavramı yerine Birlik kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

üzerinden vergilendirilecektir. Ortak gümrük tarifesi uygulamasıyla bir yandan gümrük birliğinin etkin bir şekilde uygulanması sağlanırken bir yandan da üye ülkeler arasında meydana gelebilecek ticari açıklar engellenmiştir.

Ortak pazar bütünleşmesi içerisinde malların serbestçe dolaşabileceği bir alan yaratılması bakımından ithalatın ve ihracatın engellenebileceği diğer bir uygulama olan miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamalar da malların serbest dolaşımı ilkesi kapsamında yasaklanmıştır. Birlik içi ticarete teknik engeller olarak yansıyan uygulamalar, Kurucu Andlaşma hükümleri çerçevesinde miktar kısıtlamaları ile eş etkili kısıtlamalar adı altında üye ülkeler arasındaki ithalatta, ihracatta ve transit geçişler kapsamında yasaklanmıştır. Bu yasaklamaların uygulamaya geçirilmesi konusunda en büyük destekleyici güç Avrupa Birliği Adalet Divanı² (ABAD) olmuştur. Özellikle ilgili kavramların içeriğinin tespitinin bu hükümlerin uygulanması bakımından zorunlu olması karşısında Adalet Divanı, yargı yetkisi çerçevesinde miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamaların tanımlarını yaparak, ilgili Andlaşma hükümlerinin hangi kapsamda uygulanacağı konusunda belirleyici rol oynamıştır. Malların serbest dolaşımı kapsamındaki yasaklardan biri olarak miktar kısıtlamaları Adalet Divanı tarafından sayı, ağırlık, değer veya diğer sayısal değerler ile ithalat ve ihracatın kısıtlanması ya da sınırlandırılması olarak tanımlanmıştır. Üye ülkeler arasındaki ticarete miktar kısıtlanmaları çoğunluklu olarak doğrudan yapılan ticari işleme bağlı olması ve bu sebeple tespitlerinin daha kolay olması dolayısıyla Birlik düzeyinde eş etkili kısıtlamalara göre daha kolay ve kısa bir süreç içerisinde ortadan kaldırılmıştır. Ancak miktar kısıtlamalarına eş etkili kısıtlamalar için aynı durum söz konusu olmamıştır. Gerçekten de Adalet Divanı tarafından yapılan tanımında da belirtildiği üzere Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak, bilfiil ya da potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip ve üye ülkelerce çıkarılan bütün ticari kurallar eş etkili önlem sayılarak, oldukça geniş bir alanı kapsayan bu tanımlama çerçevesinde ticarete engel yaratmamakla birlikte olası bir engelleme ihtimalinin olması, önlemin miktar kısıtlamasına eş etkili kısıtlama sayılması için yeterli görülmüştür. Ayrıca Adalet Divanı, üye ülkelerin ulusal mevzuatında yer alan

² Lizbon Reform Andlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Birliğin tüzel kişilik kazanması dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı olarak isim değişikliğine uğramıştır. Avrupa Birliği dokümanlarında resmi olarak kullanılmaya başlanması dolayısıyla tez içeriğinde de Avrupa Birliği Adalet Divanı kavramı kullanılacaktır.

kısıtlayıcı kuralların ticareti düzenleme amacı ile yapılmamış olsa dahi yarattığı etki Birlik içi ticareti engellenmesi sonucunu doğuruyor ise bu kapsamda yasaklanacağını belirtmiştir. Adalet Divanı tarafından koyulan bu ilkeler dolayısıyla eş etkili kısıtlamaların tespiti ve dolayısıyla Birlik düzeninde tamamen kaldırılmaları kısa bir süreç içerisinde gerçekleşmemiştir. Her bir somut olay kapsamında Adalet Divanı, ilgili ulusal önlemin Birlik ticaretine yaptığı etkiyi değerlendirerek Birlik hukukuna aykırılığı konusunda görüş bildirmektedir. Üye ülkeler de belirtilen bu karar çerçevesinde yasak kapsamında sayılan düzenlemelerini uygulamama, Birlik hukuku ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler. Günümüzde miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler halen Birlik içi ticarete engel yaratmakta, Adalet Divanı'nın başlangıçta benimsediği kısıtlama yasağına dayanan yorumları terk ederek ayrımcılık yasağı kapsamında incelemeye devam ettiği yorumları çerçevesinde belirlenerek malların dolaşımı önündeki engeller kaldırılmaya çalışılmaktadır.

Birlikte birçok ulusal engel mevzuat uyumlaştırılması ile de kaldırılmaktadır. Özellikle 1 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe giren Tek Avrupa Senedi (TAS) ile birlikte yasal bir nitelik kazanan iç pazar oluşturma amacı çerçevesinde malların serbest dolaşımına ilişkin olarak, üye ülkeler arasındaki ulusal yasalardan doğan farklılıklarının giderilmesi amacıyla mevzuat uyumlaştırması çalışmalarına önem verilmiştir. Bu kapsamda özel olarak Adalet Divanı içtihatlarıyla ortaya çıkarılan kamu menfaatlerinin zorunlu gerekleri ve karşılıklı tanıma ilkesinin, Birlikte mevzuat uyumlaştırması yapılmamış alanlarda uygulanması sebebiyle, bu ilkelerin ortaya çıkarabileceği sorunlar, Birlik düzeyinde üye ülkelerin uymalarının zorunlu olduğu ortak standartlar belirlenerek aşılmaya çalışılmıştır. Kamu menfaatlerinin zorunlu gereklerinin malların dolaşımında ortaya çıkarabileceği engelleyici etki ve karşılıklı tanıma ilkesinin daha az standarda sahip üye ülke mallarının kabulü zorunluluğu sonucunda ulusal yasa düzenleyicileri ürünlerin korunma seviyelerini aşağıya çekme yaklaşımına itmesi gibi tehlikeler, Birlik düzeyinde mevzuat uyumlaştırması yoluyla çözümlenmektedir.

Mevzuat uyumlaştırması yapılmamış alanlarda ise, doğrudan etkili olan ve bu sebeple ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilen Kurucu Andlaşmanın 28 ve 29'uncu maddeleri (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 34 ve 35) , bazı

özel sebepler dışında, Üye ülkelere Birlik içi ticarete engel olacak uygulamaları sürdürmeyi ve yeni engeller yaratmayı yasaklamaya devam etmektedirler. Bu özel sebepler ise Kurucu Andlaşma'nın 30'uncu maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 36) düzenlenen istisnalar ve Adalet Divanı'nın içtihatları ile benimsenen zorunlu gereklerdir. Bu çerçevede ilgili istisnalar, ulusal önlemleri belirli değerlerin korunması ve ölçülü olması şartı ile haklı kılmaktadır. Bu noktada ulusal önlemlerin zorunlu gereklerin çerçevesinde kabul görebilmesi için yerel ve yabancı ürün arasında ayırım yapmaması da gereklidir.

Birlik iç pazarının temel serbestîlerinden biri olarak malların serbest dolaşımının gelişme sürecinde en önemli katkı Adalet Divanı tarafından oluşturulan içtihatlar ile sağlanmıştır. Kurucu Andlaşmalarda yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin yalnızca serbestinin gerçekleştirilmesi bağlamında belirlenen amaç ve bu amaçlara ulaşılması bakımından gerçekleştirilecek planları içeren niteliği gereği, Adalet Divanı tarafından geliştirilmesi ve uygulama sınırlarının çizilerek somutlaştırılması zorunlu olmuştur. Aynı zorunluluk Birliğin dinamik yapısı çerçevesinde meydana gelen değişikliklerin hukuk sistemine yansımaları dolayısıyla da ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda Adalet Divanı, malların serbest dolaşımına ilişkin olarak oldukça önemli içtihatlar oluşturmuştur. Bu içtihatların iyi analiz edilmesi, malların dolaşım serbestinin amaç ve işlevinin anlaşılmasına büyük katkı sağlamaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda temel olarak Birliğin kurulduğu yıllardan günümüze kadar malların serbest dolaşımının gelişim sürecinin hukuki açıdan analiz edilmesi amaçlanmıştır, bunun için de temel kaynak olarak Kurucu Andlaşma'larda yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler ile Adalet Divanı kararları dikkate alınmıştır. Bu şekilde bir yandan Adalet Divanı'nın kararlarıyla açıklığa kavuşturulan alanlarda mahkemenin gerekçelerinin ayrıntılı bir analizinin yapılması, hem de Andlaşma hükümlerinin Divanın gelişen içtihatları çerçevesinde nasıl uygulandığının aktarılması amaçlanmıştır. Bu amaçlarla 'Malların Serbest Dolaşımı'nın Genel Çerçevesi' başlıklı ilk bölümde malların serbest dolaşımının gerçekleşme aşamaları Andlaşmaların değişim süreçleri içerisinde ele alınmıştır, ayrıca serbestinin temellerini oluşturan hukuksal araçlar ile malların serbest dolaşımının uygulanma alanı inceleme konusu yapılmıştır. Bu başlık altında ayrıca bir iç pazar serbestîsi olarak malların serbest dolaşımının, iç pazar düzeninin

kurulması bakımından oluşturulan genel kurallardan ne şekilde etkilendiği incelenmiştir. ‘Malların Serbest Dolaşımı Kapsamında Öngörülen Yasaklamalar’ başlıklı ikinci bölümde, Andlaşma hükümleri ile çerçevesi çizilen ve Adalet Divanı kararları ile oldukça geliştirilen temek yasaklar ile ilgili inceleme yapılmış, bu kapsamda ilgili yasakların uygulamada ne şekilde ortaya çıktığının aktarılması amaçlanmıştır. ‘Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kurallara Getirilen İstisnalar’ başlıklı üçüncü bölümde, Kurucu Andlaşmalarda düzenlenen ve Divan kararları ile geliştirilen hukuka uygunluk nedenlerinin içeriği hakkında genel bilgiler verilmiş, ayrıca bu istisnaların uygulanma sınırlarının aktarılması amaçlanmıştır. ‘Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Türkiye AB Ortaklığı Açısından Uygulanabilirliği’ başlıklı son bölümde ise öncelikli olarak Türkiye AB ortaklık hukukunun temel yapısı hakkında bilgiler aktarılmış, bunun ardından ise ortaklığın uygulanması çerçevesinde ortaya çıkan sorunlar bakımından Divan kararlarının ne şekilde dikkate alınması gerektiği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ GENEL ÇERÇEVESİ

1.1. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ GERÇEKLEŞME AŞAMALARI

İkinci Dünya Savaşı sonrası dünya sisteminde önemli değişiklikler yaşanmış, Avrupa'nın bazı ülkeleri bölünmüş, varlığını koruyabilen ülkelerin ise ulusal yapıları siyasal ve ekonomik bakımdan çökmüştü. Özellikle Sovyetler Birliği'nin izlediği yayılcı politikaların Doğu Avrupa ülkelerine sıçramasıyla birlikte büyük bir endişeye kapılan Batı Avrupa ülkeleri, İkinci Dünya Savaşı sonrasında düştüğü güçsüzlüğün ve yıllar boyu sahip olduğu siyasal ve ekonomik liderliğin Amerika ve Sovyetler Birliği tarafından elinden alınmış olduğunun farkına vardı. Eski gücüne yeniden kavuşmak, yeni bir çatışma olasılığını ebediyen ortadan kaldırmak ve daha adil ve özgür bir dünya yaratma arzusuyla Avrupa, bölgesel nitelikli siyasi ve ekonomik örgütler kurma ve bir daha ayrılmayacak bir bütünleşme sağlama çabasına girişmiştir³. Özellikle İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Batı Avrupa Birliği (BAB), Avrupa Kömür Çelik Topluluğu (AKÇT), Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) ve AET gibi örgütler bu çabaların sonucunda ortaya çıkmıştır.

Bugünkü Avrupa Birliği'nin (AB) temelini oluşturan Paris Andlaşması ile ortaya çıkan sektörel nitelikli bir topluluk olarak AKÇT, üye ülkelerin kömür ve çelik endüstrilerinin yönetilmesi görevini, Kurucu Andlaşma bünyesinde oluşturulan bağımsız organlar aracılığı ile kullanmıştır. AKÇT kurulması ardından, özellikle Avrupa Savunma Topluluğu ve Avrupa Siyasal Topluluğu'nu oluşturma gibi siyasi bütünleşme çabalarının başarısızlığa uğraması üzerine, siyasi bütünleşme hedefine tam bir ekonomik bütünleşme oluşturmadan ulaşılamayacağını anlayan üye ülkeler, ekonomik alanda çabalarını yoğunlaştırarak bugünkü bütünleşmenin temeli olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Andlaşması imzalamıştır. Bu Andlaşma ile ekonomik ilerlemenin önündeki engellerin kaldırılarak kalkınmanın

³ Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Üçüncü Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, ss.5- 6; Ahmet Çimen, **Gümrük Birliği ve Avrupa Topluluğu Türkiye İlişkileri**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 1996, s. 123; Paul Craig ve Grainne De Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford,2007, ss.3-4.

sağlanması, hayat standartlarının yükseltilmesi ve uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır⁴. Bu amaçlara ulaşmak üzere, ilk olarak üye ülkeler arasında malların, hizmetlerin, sermayenin ve emeğin serbestçe dolaştığı bir ortak pazar ve gümrük birliği kurulması öngörülmüştür. 25 Mart 1957 tarihli ve AET'ye ortak pazar şeklini verecek ekonomik bütünleşmenin gerçekleştirilmesi için gerekli yasal yetkileri sağlayan Roma Andlaşması'nın malların serbest dolaşımını konu alan bölümü (md.9–37), bir kısmı geçiş dönemleri için öngörülen aşamaların belirtildiği hükümlerden, bir kısmı ise doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümlerden oluşmaktaydı. Geçiş dönemleri için öngörülen aşamaların yer aldığı hükümler, malların serbest dolaşımının gerçekleştirilmesinin temeli olan gümrük birliği, ortak gümrük tarifesi (OGT), miktar kısıtlamalarının kaldırılması gibi konularda üye ülkelerin ve topluluğun kademeli olarak gerçekleştirilmesi gereken yükümlülükleri içermekteydi⁵.

Roma Antlaşması'nın 12 ila 17'inci maddeleri arasında düzenlenen hükümler uyarınca gümrük vergileri ve eş etkili önlemlerin 12 yıllık bir geçiş dönemi içerisinde kademeli olarak kaldırılması öngörülmüştür. Bunun yanında 12'inci maddede açıkça hüküm altına alındığı gibi üye ülkeler bu süreç içerisinde aralarındaki ticarete yeni gümrük vergisi koymayacaklar ve mevcut vergileri yükseltme yoluna gidemeyeceklerdir. Geçiş dönemleri Roma Andlaşması'nın 14 ve 15'inci maddelerinde üç aşamalı olarak öngörülmüştür. Bu kapsamda geçiş döneminin 1 Ocak 1958'den başlayarak 31 Aralık 1969 tarihinde sona ermesi planlanmış; ilgili dönemler içerisinde gümrük vergilerinin ve eş etkili vergilerin kademeli olarak sıfırlanması hedeflenmiştir.

Roma Andlaşması'nın 9'uncu maddesinin 2'inci fıkrasında belirtildiği üzere ilgili Andlaşma hükümleri üye ülke menşeli ve üçüncü ülkelere gelmiş olsa dahi bir üye ülkede serbest dolaşımda bulunan mallara uygulanacaktır. Bu sebeple de Roma Andlaşması'nın 18 ila 29'uncu maddeleri arasında üye ülkelere aynı şekilde

⁴ Craig ve De Burca, s. 6.

⁵ 31 Aralık 1969 tarihi itibarıyla üye ülkeler için öngörülmüş olan geçiş dönemlerinin sona ermesi ile birlikte ilgili hükümlerin uygulanması sonlanmış ve günümüz için yalnızca tarihsel önemi kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., P. J. George Kapteyn ve Peiter Verloren Van Themaat, **Introduction to the Law of the European Communities**, Third Edition, Kluwer Law International, London, 1998, s.576; Dominik Lasok, **The Customs Law of the European Economic Community**, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, London, 1990, (The Custom Law), s.2.

uygulanacak ve yorumlanacak dışa karşı ortak bir gümrük tarifesinin işleyişi ve düzenlenmesi konusundaki hususlar hüküm altına alınmıştır. İlgili maddelerde geçiş dönemleri ile bu dönemler içerisinde uygulanacak OGT oranları belirtilmiştir. OGT'nin oluşturulması ve işleyişinde Komisyon, ilgili hükümler kapsamında açıkça ve önemli ölçüde yetkilendirilmiştir.

Roma Andlaşması'nın 30 ila 37'inci maddeleri arasında ise üye ülkeler arasında yasaklanan ithalat ve ihracatta miktar kısıtlaması ve eş etkili kısıtlamalara ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu kapsamda 31, 32, 33 ve 35'inci maddelerde geçiş dönemine ilişkin hükümler düzenlenmiş; nihai amaç olan miktar kısıtlamalarının tamamen kaldırılması hedefine Andlaşmada düzenlenen iki aşama ardından ulaşılması kararlaştırılmıştır. Roma Andlaşması'nın 33'üncü maddesinde hüküm altına alınan birinci aşamaya göre üye ülkeler iki taraflı olarak uyguladıkları kotaları Andlaşma'nın yürürlüğe girdiği yılın sonuna kadar, hiçbir üye ülkeye ayrımcılık yapmaksızın global kotalara dönüştüreceklerdir. İkinci aşamada ise mevcut global kotalar her yıl, bir önceki yıla göre %20 arttırılacak ve bu aşama sonrasında da miktar kısıtlamaları tamamen kaldırılacaktır. Miktar kısıtlamalarının tamamen kaldırılması, Andlaşmada öngörülen dönemlerden sekiz sene daha önce, 31 Aralık 1961 tarihinde gerçekleşmiştir. Ayrıca 1 Temmuz 1968 tarihinde ise gümrük birliğine geçilmiş, bu kapsamda gümrük vergileri kaldırılmış ve Konsey'in çıkarmış olduğu 950/68 sayılı karar ile OGT yürürlüğe girmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, gümrük vergilerine ve miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin kaldırılması halen Birlik içerisinde sorun yaratmakta olan bir konudur. Bu sorun günümüzde de mevzuat uyarlamaları yolu ile ve Adalet Divanı içtihatları ışığında belirlenmeye ve önlenmeye çalışılmaktadır. İlgili sorunlar ve benimsenen çözümler ilerdeki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Roma Andlaşması'nın 36'ıncı maddesinde ise günümüzdeki düzenlemeye paralel olarak malların serbest dolaşımının istisnaları düzenlenmiştir. Maddeye göre ithalat ve ihracattaki miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemleri yasaklayan Andlaşma hükümleri kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, kişi ve hayvan sağlığının ve yaşamının korunması ya da bitkilerle, sanat, tarih ve arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınaî mülkiyetin korunması nedenlerinin haklı kıldığı ithalat, ihracat ve transit yasaklamalara ve kısıtlamalara engel olmaz. Ancak bu

yasaklamalar ya da kısıtlamalar üye ülkeler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamalıdır.

Bu başarıların ardından 1985 yılında Avrupa Komisyonu tarafından Konsey'e iç pazarın 1992 yılına kadar tamamlanması çağrısı niteliğinde olan 'Beyaz Kitap' yollanmıştır⁶. Beyaz Kitap içeriğinde, 31 Kasım 1992 tarihine kadar iç pazar kurulması gerektiğini belirtmiş, bunun için yapılması gerekenleri program şeklinde sunmuştur. Belgede iç pazarın kurulması için öncelikli olarak 300'e yakın mevzuat önerisi çerçevesinde üye ülkelerin ulusal hukuklarının uyumlaştırılması, ortak hukuk yaratılması, üye ülkelerin vergi yapılarının uyumlaştırılması ve para birliğinin sağlanması gibi çok geniş gerekliliklerden bahsedilmiştir⁷. İlgili belge program niteliğinde hükümler içermesine ve öneri niteliğinde olmasına rağmen Tek Avrupa Senedi'nin (TAS) yolunu açmış olması bakımından önemlidir⁸.

Bu belge ardından 1 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe giren TAS ile yalnızca bir siyasi niyet beyanı ve bir program niteliğinde olan 1992 tarihinde iç pazarın gerçekleştirilmesi hedefi Roma Andlaşması'nın bir parçası haline getirilmiştir. TAS ile iç pazarın oluşturulmasına ilişkin hukuki çerçevenin belirtilmesi yanında malların serbest dolaşımının gerçekleştirilmesi önündeki tüm engellerin kaldırılması hedeflenmiştir.

Bu hedef bağlamında TAS ile eklenen 7a maddesi iç pazarı, içerisinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alan olarak tanımlanmış; üye ülkeler de bu pazarı 31 Aralık 1992 tarihinde sona eren bir dönem içerisinde aşamalı biçimde kurmaya yönelik önlemler almayı taahhüt etmişlerdir. TAS ile ayrıca Roma Andlaşması'na eklenen 100a ve 100b maddeleri ile iç pazar hedefine ulaşmak için kullanılacak uygulama sistemleri hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda iç pazarın gerçekleştirilmesi amacına dönük olarak çıkarılacak uyum yönergelerinin Konsey tarafından Parlamento ile ortaklaşa olarak, nitelikli oy çoğunluğuyla kabul edilmesini yeterli

⁶ Commission of the European Communities, **White Paper from Commission to the European Council**, Milan 28 – 29 June 1985, COM (85) 310 Final.

⁷ Ünal Tekinalp ve Gülören Tekinalp, **AB Hukuku**, Güncelleştirilmiş İkinci Bası, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 2000, s.12.

⁸ Tekinalp ve Tekinalp, s.12; Penelope Kent, **Law of the European Union**, Third Edition, Longman, London, 2001, s. 7.

sayarak, yasama süreci, dolayısıyla uyumlaştırma süreci hızlandırılmıştır. Ayrıca daha yakın ekonomik, politik ve siyasi bütünleşme amaçlarına ulaşmak için işbirliği politikaları benimsenmiştir⁹.

Birlik genelinde malların, sermayenin, kişilerin ve hizmetlerin üye ülkeler arasında herhangi bir engel olmaksızın serbest dolaşımının sağlanması için alınacak tedbir ve düzenlemeler TAS ile teorik olarak tamamlanmış ve "Avrupa İç Pazarı", 1 Ocak 1993 tarihi itibarıyla işlerlik kazanmıştır. TAS'tan sonraki dönemlerde iç pazarın tamamlanması çalışmaları büyük ölçüde sonuçlandırılmış ve daha ileri bir ekonomik bütünleşmenin sağlanması ve üye ülkeler arasındaki ulusal yasaların farklılıklarının giderilmesi amacıyla mevzuat uyumlaştırması çalışmalarına önem verilmiştir. TAS sonrası süreç içerisinde özellikle Birliğin kurumsal yönde geliştirilmesi amacıyla dönük olarak Amsterdam ve Nice Andlaşmaları kabul edilmiş ATA'yı değiştiren bu Andlaşmalar ile malların serbest dolaşımına ilişkin bir değişiklik öngörülmemiştir.

Birliğin Kurucu Andlaşmalarının sadeleştirilmesi, üye ülkelerin Birlik içerisindeki yerinin belirginleştirilmesi ve AB'ye üye ülkelerin halkları arasında Avrupalılık bilincinin ve aidiyet hissini güçlendirilmesi sebepleri ile hazırlanan Avrupa Anayasası taslağının üye ülkeler tarafından gerçekleştirilen referandumlar sonucunda reddedilmesi sebebiyle Birlik iradesini yeni bir değişim sürecine çevirmiştir. Bu süreç, Avrupa Anayasasının oluşturulma amacı ile benzer amaçlar içerisinde gelişmiştir. Bu amaçlar Avrupa'yı yeni bir kurumsal zemine yerleştirmek, Avrupa vatandaşlarının Avrupa bütünleşmesi fikri ile bağlarını yeniden kurmak, Avrupa projesine ivme kazandırmak ve Avrupa'nın geleceği hakkında karar mekanizmasını işletmektir. Bu çerçevede kurumsal reformların tartışılmasına başlanmış, Hükümetler arası Konferanslar aracılığı ile geliştirilen Lizbon Andlaşması 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanmış ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Lizbon Andlaşması ile gerçekleştirilen değişiklikler Birliğin klasik Andlaşma değiştirme yöntemi ile düzenlenmiş ve bu yolla ATA ve Avrupa Birliği Andlaşmasında değişiklik meydana getirmiştir. Lizbon Andlaşmasının ortaya

⁹ Nicholas Green, C. Trevor Hartley ve J. Anthony Usher, **Single European Market**, Oxford University Press, Oxford, 1991, s.6; Meinhard Hilf, "The Single European Act and 1992: Legal Implications for Third Countries, Symposium: The European Community as an International Actor", **European Journal of International Law**, Vol: 1, No:1, 1990, ss. 95-99.

çıkardığı temel değişiklik Birliğin kurumsal yapısı bakımından getirdiği yeniliklerdir. Bu kapsamda Birliğin kurumlarının yapısal olarak değişmesinin yanında ortaya çıkan en önemli değişiklik, tüzel kişiliğe sahip olmayan AB'nin Lizbon'un yürürlüğe girmesi sonucunda tüzel kişilik kazanması olmuştur. Malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar bakımından ise Lizbon Andlaşmasının meydana getirdiği köklü bir değişiklik olmamış, serbestinin gerçekleştirilmesine ilişkin temel kurallar muhafaza edilmiştir. Maddeler içinde yapılan değişiklikler ilgili bölümler içerisinde ayrıca aktarılacaktır.

1.2.MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ HUKUKİ TEMELLERİ

1.2.1. Kurucu Andlaşma Hükümleri

Malların serbest dolaşımı ile ilgili hükümler Avrupa Topluluğu Andlaşması'nın (ATA) üçüncü bölümünde 23 ila 31'inci maddeler (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 28-37) arasında düzenlenmiştir¹⁰. Günümüzdeki düzenlemelerin Roma Andlaşması'nda yer alan geçiş dönemine ilişkin hükümlerin yürürlükten kalkması ardından, Andlaşma hükümleri üye ülkelere olumsuz yükümlülükler yükleyen ve malların serbest dolaşımının sağlanması için öngörülen uygulama sistemlerinin belirtildiği *doğrudan etkili* nitelikteki hükümlerden oluşmaktadır. Bilindiği gibi doğrudan etkililik Birlik hukukunun temel doktrinlerinden biridir ve Adalet Divanı içtihatları ile kavramlaştırılmıştır. Kavramın malların serbest dolaşımı hükümlerine yansımaya değinmeden önce kısaca doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramlarının içeriğine ilişkin bilgileri aktarmak faydalı olacaktır.

Doğrudan uygulanabilirlik kavramı Kurucu Andlaşmalarda yer alan bir kavramdır. ATA'nın 249'uncu maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 288) tüzüklerin doğrudan uygulanabilir olduğu hüküm altına alınmış fakat kavramın tanımlaması yapılmamıştır. Birlik hukukunun ulusal hukuklardan bağımsızlığını sağlamak adına kabul edilmiş olan bu kavram Birlik hukuk normlarının yürürlüğe girmesi ve uygulanması bakımından ulusal nitelikli aracı bir

¹⁰ Tez yazımı sırasında yürürlüğe giren Lizbon Reform Andlaşması ile meydana gelen değişiklikler ilgili bölümlerde aktarılacak olmakla beraber tezin temelini oluşturan Adalet Divanı kararlarının ATA hükümleri esas alınarak oluşturulmuş olmasından dolayı, tez kapsamında ATA hükümleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

işleme gerek duymaması anlamına gelir¹¹. Bundan farklı olarak doğrudan etkililik kavramı ise Birlik hukuk normlarının üye ülkeler ile birlikte, gerçek ve tüzel kişiler lehine de haklar doğurması ve bu hakların ulusal makamlar önünde ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir¹². Bu noktadan hareketle doğrudan etkililiğin ulusal uygulama işleminden bağımsız olduğu ve bu sebeple de doğrudan uygulanabilir olmayan bir normun doğrudan etkili olabileceği ifade edilmektedir¹³.

Birliğin Kurucu Andlaşma hükümlerinin doğrudan etkililiğinin incelendiği en önemli Adalet Divanı kararı *Van Gend en Loos* kararıdır¹⁴. Davanın konusu, Roma Andlaşması'nın, üye ülkelerin kendi aralarındaki ithalat ve ihracatta yeni gümrük vergileri ve eş etkili yükümlülükleri arttırmaktan kaçınmalarını öngören 12'inci maddesi, ulusal makamlar önünde bireyler tarafından ileri sürülebilecek nitelikte olup olmadığının incelenmesidir. Dava konusu olay, *Van Gend en Loos* isimli Hollanda taşıma şirketinin Almanya'dan Hollanda'ya taşıdığı mallara önceden %3 oranında vergi öderken, 1960 yılında uygulanmaya başlayan yeni gümrük tarifesi sebebiyle %8 oranında vergi ödemesinden doğmuş ve *Van Gend en Loos* ulusal mahkemede Hollanda makamlarının uygulamasının Roma Andlaşması'nın 12'inci maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ulusal mahkeme de sorunu ön karar usulü¹⁵ uyarınca Adalet Divanı önüne getirmiştir.

Divan öncelikle kendisinin Birlik hukukunun aynı şekilde yorumlanmasında yetkili tek makam olduğunu ifade etmiş ardından da Roma Andlaşması'nın yalnızca üye ülkeler lehine hak ve yükümlülükler yaratmadığını aynı zamanda bireyleri de etkilediğini belirtmiştir. Adalet Divanı Birlik hukukunun üye ülke hukuk düzenlerinden bağımsız olduğunu¹⁶ ve bu hukuk düzeninin belirli şartlar altında

¹¹ ABAD, C- 93/71 sayılı Leonesio kararı [1972] ECR. I-00287 ve C- 34/73 sayılı Variola kararı [1973] ECR. I-00981.

¹² Kent, s.66.

¹³ Tekinalp ve Tekinalp, s.121.

¹⁴ ABAD, C- 26/62 sayılı *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* kararı [1963] ECR. I-00001.

¹⁵ Topluluk hukukunun yorumu konusunda ortaya bir sorun çıkması durumunda üye ülke mahkemeleri Topluluk mevzuatına aykırılık iddiasını bekletici mesele olarak kabul eder ve davayı ön karar usulünü işleterek ABAD'dan istediği yorum ışığında sonuçlandırır. Bu usul sayesinde Topluluk hukuku kurallarının tüm üye ülkelerce aynı şekilde yorumlanması ve uygulanması sağlanır. Ön karar usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Tekinalp, ss. 260 – 266; Stephen Weatherill, **Cases and Materials on EU Law**, Eighth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, ss. 183-210.

¹⁶ Topluluk hukukunun özerkliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Tekinalp, s.120; KENT, ss. 54 – 66.

yalnızca üye ülkeleri değil aynı zamanda onların vatandaşlarını da kapsayan bir niteliğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre Kurucu Andlaşma hükümlerinin içerdiği yükümlülüğün açık, eksiksiz, koşulsuz olması ve Andlaşma hükmünün uygulanmasında Birlik organlarının ya da üye ülkelerin takdir yetkisinin bulunmaması şartlarının bir arada gerçekleşmesi halinde ilgili Andlaşma hükmünün doğrudan etkili olacağı belirtilmiştir.

Bu kapsamda Roma Andlaşması'nın 12'inci maddesinde, üye ülkelere yönelik yükümlülüğün açık ve koşulsuz olduğu ve bu hükmün uygulanması bakımından üye ülkelerin ve Birliğin herhangi bir işlemine gerek olmadığı, ilgili kuralın doğası, genel düzeni ve ifadesi dikkate alınarak belirlenmiş; bu sebeplerden ötürü de ilgili hükmün bireyler lehine ulusal makamlar önünde ileri sürülebilecek haklar yarattığı yorumunu yapmıştır.

Ayrıca doğrudan etkili ATA hükümleri dikey ve yatay etki yaratması bakımından iki başlık altında değerlendirilmektedir. Bu çerçevede üye ülke – birey ilişkisi çerçevesinde bireylerin ileri sürülebilecekleri hak ve yükümlülükler yaratan hükümler dikey doğrudan etkili, birey – birey ilişkilerinde bireylerin ileri sürülebilecekleri hak ve yükümlülükler yaratan hükümler ise yatay doğrudan etkili ATA hükümleri olarak değerlendirilmektedir¹⁷. Önemle belirtmek gerekir ki, malların serbest dolaşımına ilişkin doğrudan etkili hükümler üye ülke – birey ilişkisi çerçevesinde ileri sürülebilecek yani dikey doğrudan etkili nitelikteki hükümlerdir¹⁸. Bununla beraber ilgili hükümler yalnız kamusal nitelikli ilişkilerde değil aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinde de ileri sürülebilir. Bu çerçevede üye ülkeler, bireylerin malların serbest dolaşımını ilkelerini ihlal eder nitelikteki saldırılarını, kendilerine yüklenilebilir olması ölçüsünde, önlemekle yükümlüdürler¹⁹.

¹⁷ Tekinalp ve Tekinalp, ss. 126 – 129; Kent, s. 68; Helen Toner, **Partnership Rights, Free Movement, And Eu Law**, Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2004, ss.193-194.

¹⁸ Bireylerin doğrudan ileri sürülebileceği hakların muhatabı genişletilerek üye ülke kamu otoriteleri ve ülke organlarını kapsar şekilde yorumlanmaktadır. Bu ifadenin kapsamı hakkında bkz. C- 188/89 sayılı Foster ve diğerleri v. British Gas” plc [1990] ECR. I –03313 526. Adalet Divanı kararında ilgili makamın ülke organı olarak adlandırılabilmesi için sorumlu tutulduğu hizmetin ülkenin denetimi altındaki bir kamu hizmeti olması ve sahip olduğu yetkilerin bireyler arasındaki ilişkilere uygulanabilenlerden çok daha özel ve ayrıcalıklı olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Adalet Divanı'na göre yukarıda belirtilen özellikleri taşıyan bir organın özelleştirilmiş olması onun kamu organı olarak tanımlanmasına engel değildir. Ayrıntı için bkz. Kent, s.71.

¹⁹ Craig ve De Burca, s.675; Norbert Reich, **Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law**, Second Edition, Intersentia Publishing Newyork, 2005, s.101; Hacı

Bu kapsamda ATA'da yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümleri incelemek gerekirse; ATA'nın 23'üncü maddesinin birinci fıkrasında (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.28/1) Birliğin, malların ticaretinin tümünü içerisine alan ve üye ülkeler arasındaki ithalat ve ihracata uygulanan gümrük vergileri ve eş etkili resimlerin yasaklanması ile üçüncü ülkelerle ilişkilerinde ortak gümrük tarifesinin kabulünü kapsayan bir gümrük birliği üzerine kurulduğu belirtilmiştir²⁰. Aynı maddenin ikinci fıkrasında (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.28/2) ise gümrük vergisi ve miktar kısıtlaması ile eş etkili kısıtlamaları yasaklayan hükümlerin, üye ülke menşeli ürünler ile üçüncü ülkelere gelen ve üye ülkelerde serbest dolaşımında bulunan ürünlere uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükmün doğrudan etkililik için gerekli koşulları sağladığı ve bireyler lehine haklar doğurduğu Adalet Divanı kararları çerçevesinde belirlenmiştir²¹. 24'üncü maddede (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.29) üçüncü ülkeden gelen, ithalat formaliteleri tamamlanmış, gerekli gümrük vergileri ve eş etkili resimleri bir üye ülkeden alınmış olan malların, serbest dolaşımında olduğu belirtilerek, üçüncü ülke çıkışlı malların gerekli formaliteler yerine getirildikten sonra serbest dolaşım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Andlaşmanın üçüncü bölümünün birinci kısmında gümrük birliği ile ilgili hükümler yer almaktadır. İlgili hükümler, üye ülkeler arasındaki ithalat ve ihracattaki gümrük vergilerini ve eş etkili vergileri yasaklamakta ve ortak gümrük tarifesinin belirlenme usulüyle ilgili düzenlemeler içermektedir. Bu kapsamda yukarıda aktarılan *Van Gend en Loos* kararı ile doğrudan etkili nitelikte olduğu belirlenen 25'inci maddesine göre (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.30), üye ülkeler arasında ithalat ve ihracatta gümrük vergileri ve eş etkili vergiler yasaktır. Bu yasak mali nitelikteki vergilere de uygulanır. ATA'nın 26'ıncı maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.31) OGT vergilerinin belirlenmesi ile ilgili

Can, "Avrupa Birliği İç Pazarı Çerçevesinde Öngörülen Serbest Dolaşım İlkelerinin İhlali Olarak Örtülü Ayrımcılık", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXII, Sayı:1-2 ,2004, (Örtülü Ayrımcılık), s.50; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.577.

²⁰ ATA'da yer alan bu hüküm, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşmanın 28/1'inci maddesinde Birliğin, malların ticaretinin tümünü içerisine alan ve üye ülkeler arasındaki ithalat ve ihracata uygulanan gümrük vergileri ve eş etkili resimlerin yasaklanması ile üçüncü ülkelerle ilişkilerinde ortak gümrük tarifesinin kabulünü içeren bir gümrük birliğini kapsadığı şeklinde ifade edilmiştir.

²¹ ABAD, C- 33/70 sayılı **SACE** kararı [1970] ECR. I-01213; C- 251/78 sayılı Denkavit v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten kararı [1979] ECR. I-03369.

bir uygulama hükmü düzenlenmiş; buna göre bu vergilerin Komisyon'un önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla Konsey tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Gümrük Birliği Başlıklı I. Kısımın son maddesi olan 27'inci maddesinde (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.32) ise Komisyon'un gümrük birliği kısmı altında kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesinde üye ülkeler ve üçüncü ülkeler arasındaki ticaretin düzeyinin yükseltilmesi gereğinden; Birlik içerisindeki rekabet koşullarının, işletmelerin rekabet gücünün artmasına etkisi olduğu ölçüde geliştirilmesi gereğinden, Birliğin hammadde ve yarı işlenmiş ürün teminine ihtiyaçlarından ve üye ülkelerin ekonomilerindeki ciddi bozulmalardan kaçınılması ve Birlikte üretimin rasyonel gelişmesi ve tüketimin yaygınlaştırılmasının sağlanması gereğinden esinleneceği belirtilmiştir.

Üçüncü bölümün ikinci kısmında ise malların serbest dolaşımının en önemli temellerinden biri olan üye ülkeler arasındaki miktar kısıtlamalarının yasaklanması ile ilgili hükümler yer almaktadır. Bu kapsamda 28'inci maddede (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.34) ithalatta miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm önlemlerin üye ülkeler arasında yasak olduğu belirtilmiştir. Madde 29'da ise (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.35) ihracatta miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm önlemlerin üye ülkeler arasında yasak olduğu belirtilmiştir. Bu iki hüküm de açık, eksiksiz, koşulsuz olması ve Andlaşma hükmünün uygulanmasında Birlik organlarının ya da üye ülkelerin takdir yetkisinin bulunmaması şartlarının bir arada gerçekleşmesi dolayısıyla Adalet Divanı tarafından doğrudan etkili nitelikte oldukları belirtilmiştir²².

ATA'nın Malların Serbest Dolaşımı başlıklı bölümünün son maddelerinde ise miktar kısıtlamasına getirilen yasaklarla ilgili kuralların istisnaları ve ticari nitelikli ülke tekellerinin yeniden yapılandırılması ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. ATA'nın 30'uncu maddesi (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.36) uyarınca, ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemleri yasaklayan hükümlerin, ulusal önlemin kamu düzeni, kamu ahlakı, kamu güvenliği, kamu sağlığı kişi ve hayvan sağlığının ve yaşamının korunması ya da bitkilerle, milli, kültürel, tarihi ve arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınaî mülkiyetin

²² ABAD, C- 16/68 sayılı Salgoil SpA v. Italian Ministry for Foreign Trade kararı [1968] ECR. I-00661 ve C- 83/78 sayılı Pigs Marketing Board v. Redmond kararı [1978] ECR. I-02347.

korunması gibi nedenlerle haklı kılınması durumunda, sınırlanabileceği ve engellenebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise belirtilen haklı nedenlerle yapılan kısıtlama ve yasaklamaların, üye ülkeler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılmayacağı belirtilmiştir. Üye ülkelerin ticari nitelikteki tekellerini yeniden yapılandırması ile ilgili 31'inci maddesi ise (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.37) üye ülkelere, ticari nitelik taşıyan ulusal tekellerini, malların temini ve pazarlanması koşullarında herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını sağlayacak şekilde düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğün üye ülkelerin, ülkeler arasındaki ithalatı ve ihracatı hukuken ve ya fiilen, doğrudan ya da dolaylı olarak denetlemesine, belirlenmesine ve ya hissedilir biçimde etkilemesine vasıta olan bütün kuruluşları, üye ülke tarafından üçüncü kişilerin yetkisine bırakılan tekelleri de kapsadığı belirtilmiştir. Divan içtihatları ışığında ilgili hükümlerin de doğrudan etkili olduğu belirtilmelidir²³.

Malların serbest dolaşımına ilişkin bu hükümler, Birlik hukukuna aykırı kısıtlamalara karşı sağladığı detaylı koruma dolayısıyla kısıtlama yasağı olarak adlandırılırlar. Özellikle ilgili maddelerde sıkça kullanılan kısıtlamaların yasak olduğu ifadesinden de çıkarılabilecek sonuç budur. Ancak ATA'nın 30'uncu maddesi, hukuka uygun şekilde yapılan kısıtlamaların hiçbir zaman üye ülkeler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturamaması gerektiği belirtilmiş, yani ilgili kısıtlama yasaklarının doğası gereği ayrımcılık yasağını da içerdiği ifade edilmiştir. Bu durumda malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin üye ülkelere hem bir kısıtlama hem de ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. Bu sayede de bir yandan bireylerin eşitliği diğer yandan da bireylerin üye ülkeler karşısında özgürlüğü garanti altına alınmış olur²⁴.

Konu ile doğrudan ilgili olmasa da sınır-aşan ticarete yaptığı etki dolayısıyla ATA'nın 90'uncü maddesi de ilgili mevzuat kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu madde ayrımcı dâhili vergi uygulaması yasağını düzenler. 90'uncü maddeye

²³ ABAD, C- 78/70 sayılı Deutsche Grammophon GmbH v. Metro kararı [1971] ECR. I-00487; C-6/64 sayılı Costa v. Enel kararı [1964] ECR. I-01141.

²⁴ Can, Örtülü Ayrımcılık', ss.51 – 54.

(Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.110) göre hiçbir ye ülke kendi ülkesine ithal edilen diğer ye ülke ürünlerine, doğrudan ya da dolaylı olarak, ülkede mevcut bulunan benzer ürünlere uygulanan dâhili vergilerden daha fazla vergi koyamaz. Aynı şekilde ye ülkeler dolaylı olarak bir başka ürünü desteklemek amacına yönelik olarak da böyle vergiler koyamaz. Vergilendirmede dolaylı ya da dolaysız ayrımcılık yasağı ile dolaylı korumacılığın önlenmesini düzenleyen bu hüküm de dikey doğrudan etkili ATA hükümlerinden biridir²⁵.

Malların serbest dolaşımı ile ilgili ATA hükümlerden son olarak Birlik organların yetkilerinin belirtildiği ATA md. 94 (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.115) ve 95'e (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.114) değinmek gerekir. Genel düzenleme olarak ATA'nın 94'üncü maddesi Konsey'e, Komisyon'un nerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, oybirliği ile ortak pazarın kuruluşu ve işleyişini doğrudan etkileyebilecek ye ülkelerin yasa, tüzük ve idari düzenlemeleri yakınlılaştırmak için yönergeler çıkarabilme yetkisi verilmiřtir²⁶. Buna göre ye ülkelerin tür ve niteliğine bakılmaksızın Anayasa, yasa, tüzük ve diğer idari tasarrufları yakınlılaştırma kapsamındadır. Ayrıca ilgili düzenlemeyi yapan organın düzeyi ve niteliği de önemli deđildir²⁷. Ayrıca bu madde ortak pazarın kurulması ve işlemesini önleyen hukuki düzenlemeler, uygulamalar ve içtihatlardan doğan engellerin kaldırılması amacına hizmet eder. ATA 95'inci madde ise 94'üncü maddeye istisna olarak ve Andlaşmada aksine hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 14'üncü maddede ifade edilen hedeflerin gerçekleştirilmesi amacı ile Konseyin, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra ve ortak karar prosedürü işletilerek, amacı iç pazarın kuruluş ve işleyişi olan, ye ülkelerin yasa, tüzük ve idari düzenlemelerinin yakınlılaştırılması ile ilgili önlemleri alabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi 95'inci madde uyumlaştırma amacı ile yapılacak düzenlemeleri

²⁵ ABAD, C- 57/65 sayılı Ltticke v. Hauptzollamt Saarlouis kararı [1966] ECR. I-00293; C- 27/67 sayılı Fink Frucht v. Hauptzollamt München kararı [1968] ECR. I-00327.

²⁶ Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma ile birlikte ATA metninden ortak pazar kavramı çıkarılmıştır. Bu çerçevede ilgili madde içeriğinde yapılan değişiklikle Konseyin aynı usul çerçevesinde iç pazarın oluşturulması ve işletilmesine yönelik olarak ye ülkelerin yasa, tüzük ve idari düzenlemeleri yakınlılaştırmak için yönergeler çıkarabilme yetkisi verilmiştir.

²⁷ Buna göre ilgili düzenlemeyi yapan organ yasama meclisi, yerel meclis, idare ve mahkemeler olabilir. Ayrıca rf ve adet, toplu sözleşmeler ve yönetim uygulamalarının da uyumlaştırma kapsamında olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Tekinalp, ss. 732 – 733.

yalnızca yönergelerle sınırlandırmayarak ve de ağırlaştırılmış çoğunluğu yeterli görerek 94'üncü maddeye göre bir esneklik getirmiştir. Gerçekten de ATS döneminde kabul edilen eski 100a maddesinin (yeni md.95) düzenlenme amacı uyumlaştırmanın daha hızlı sağlanmasıdır.

1.2.2. İkincil Mevzuatta Yer Alan Hükümler

Malların serbest dolaşımı serbestîsinin bir diğer hukuki temeli, Andlaşma hükümlerinin somutlaştırılması amacına hizmet eden ikincil mevzuat düzenlemeleridir. Malların serbest dolaşımına ilişkin prensiplerin kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi, bu alanda çıkartılan ikincil düzenlemeler yolu ile sağlanır. Eğer bir malın serbest dolaşımına ilişkin olarak ikincil düzenlemeler yolu ile tam bir uyumlaştırma sağlanmış ise, ikincil düzenlemelerde yer alan hükümler, ATA'da yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerden önce uygulanır²⁸. Adalet Divanı, inceleme konusu yaptığı alana ilişkin olarak Birlik düzeyinde ortak bir düzenleme yapılmışsa önlemin Birlik hukukuna uygulununun ikincil hukuk düzenlemesine göre değerlendirileceğini belirtmiştir. Bu durum özellikle, malların üretimi, ambalajlanması ve ya piyasaya sürülmesi gibi spesifik konuların düzenlendiği ikincil mevzuat bakımından söz konusu olur. Bu çerçevede hem serbestinin uygulama ayrıntılarına ilişkin pürüzler giderilmiş, hem de güncel olarak ortaya çıkabilecek sorunların etkin ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi amacına hizmet edilmiş olur.

Bundan başka mevzuat uyumlaştırılması yapılmamış ve Birlik tarafından ortak politikaların belirlenmemiş olduğu alanlarda, üye ülkeler tarafından ileri sürülmekte olan yazılı ve yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri dolayısıyla serbestinin kısıtlanmasının mümkün olmasından dolayı, ikincil mevzuat yardımıyla bu engeller ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Adalet Divanı incelemelerinde üye ülke tarafından alınan önleme ilişkin ikincil hukuk düzenlemesinin bulunup bulunmaması, alınan ulusal önlemlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi

²⁸ ABAD, C-309/102 sayılı Radlberger Spitz kararı [2004] ECR. I-11763, p. 53; Ayrıntılı bilgi için bkz. Commission of the European Communities, **FREE MOVEMENT OF GOODS-Guide to the Application of Treaty Provisions Governing Free Movement of Goods (Articles 29-30 EC)**, 2009, s.8; Hacı Can, **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, (İç Pazar Hukuku), s. 281.

noktasında da önem taşımaktadır²⁹. Eğer Birlik düzeyinde önlemin konusunu oluşturan alana ilişkin ortak bir düzenleme yapılmışsa, bu düzenlemenin konusunu oluşturan ve malların serbest dolaşımını engelleyici nitelikteki önlemler Divan tarafından haklı görülmemektedir³⁰. Adalet Divanı hukuka uygunluk değerlendirmelerinde, bu önlemin haklılığının değerlendirilmesinden önce daima bu önlemin uygulanmasına engel yaratan Birlik düzenlemesi olup olmadığını incelemektedir. Ayrıca bu incelemenin bir diğer yönü, önlemin konusunu oluşturan alana ilişkin Birlik düzenlemesi yapılmamış olması durumunda üye ülkenin kurallarının uygulama alanı bulmasıdır. Bu noktada Divan menşe ülke prensibini geliştirerek ortak düzenleme yapılmamış alanlarda, bir üye ülkede hukuka uygun şekilde üretilerek piyasaya sürülen malların diğer üye ülkelerin ulusal pazarlarına girişine engel olunamayacağını kabul etmiştir³¹.

Malların serbest dolaşımına ilişkin olarak bazı alanlarda yapılmış ikincil düzenlemelere değinmeden evvel, ikincil düzenlemelerin yapılması bakımından Birlik hukuku çerçevesinde kabul edilmiş uygulama araçlarını ve bunların sahip oldukları etkileri kısaca bu başlık altında incelemek faydalı olacaktır.

Birlik hukukunun tüm üye ülkelerde uygulanmasını sağlama aracı olarak tanımlanabilen tüzükler, ATA'nın 249'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Birliğin bağlayıcı hukuki tasarruflarından biri olarak, genel ve soyut etkiye sahiptirler. Yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, tümüyle bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir³² olan tüzüklerin doğrudan etkisi bakımından çeşitli yaklaşımlar vardır. Adalet Divanı verdiği kararlarda³³ Birlik tüzüklerinin nitelikleri

²⁹ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649; Can, İç Pazar Hukuku, s. 278; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.679.

³⁰ Can, İç Pazar Hukuku, ss. 260-261; ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649, p.8.

³¹ John Fairhurst ve Cristopher Vincenzi, **Law of the European Community**, Fourth Edition, Pearson/Longman, London, 2003, ss. 387-388; ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649, p.14.

³² ATA md. 249/2'de tüzüklerin doğrudan uygulanabilir olduğu belirtilmiş olsa da kimi durumlarda tüzük hükümleri ulusal uygulama işlemi öngörürler. Adalet Divanı bu konuda yaptığı değerlendirmede tüzüğün etkin uygulanması için öngörülen ulusal hukuklarda uygulama için onay, kabul vb. işlemlerin tüzüğün doğrudan uygulanabilirlik özelliği ile çelişmediğini ve tüzüklerin hukuksal niteliğini tartışma konusu yapmayacağını ayrıca bu tür tüzüklerin amacının ve çerçevesinin uygulama işlemi gerçekleştirilecek olan üye ülke ve Birlik organını bağlayacağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Tekinalp, ss.131 – 132.

³³ ABAD, C- 93/71 sayılı Leonasio kararı [1972] ECR. I-00287 ve C- 34/73 sayılı Variola kararı [1973] ECR. I-00981.

ve amaçları gereği doğrudan etkili; bireyler tarafından ulusal makamlar önünde ileri sürülebilecek hükümler taşıdığını belirtmiştir. Yani Divan genellikle doğrudan etkililiğin tüzüklerin saklı bir niteliği olarak değerlendirmekte ve doğrudan etkililiğin koşulları olan açık, eksiksiz, koşulsuz olma özelliklerini tüzükler için aramamaktadır³⁴. Ayrıca tüzükler yalnızca ülke – birey ilişkisi çerçevesinde ileri sürülebilecek dikey değil, birey – birey uyumsuzluklarında ileri sürülebilecek yatay doğrudan etki özelliğine de sahiptirler.

İkincil hukuk düzeninin yaratılması bakımından sıklıkla uygulanan bir diğer araç olarak yönergeler ATA'nın 249'uncu maddesinin düzenlenmiştir. Asıl olarak ulusal hukukların ATA'nın 94'üncü maddesine uygun olarak uyumlaştırılması amacıyla düzenlenen bu araçlar, üye ülkeleri hedeflenen sonuçlar bakımından bağlayan, ancak uygulanmalarına ilişkin şekil ve yöntemin seçimini ulusal makamlara bırakan işlemlerdir. Bu sebeple yönergeler, tüzüklerden farklı olarak doğrudan uygulanabilir değildir. Ancak üye ülkeler kendi ulusal hukuklarını yönergede yer alan kurallara uygun hale getirmek zorundadırlar³⁵. Genellikle yönergede belirtilecek zaman içerisinde yönerge kuralları uygulama işlemleri ile ulusal hukuklara dâhil edilmez yahut eksik ya da hatalı uygulanırsa ve yönerge hükümleri şüpheye yer vermeyecek oranda açık, eksiksiz, koşulsuz ve takdir yetkisine yer vermeyen bir yükümlülük içeriyor ise doğrudan etki özelliğine sahip olur. Adalet Divanı kararları ile belirlenen bu kuralın amacı bağlayıcı olarak nitelendirilen yönergelerin doğrudan etkili kılınarak kendisinden beklenen yararlı etkinin, yani mevzuat uyumlaştırılması hedefinin sağlanmasıdır. Böylelikle yönergeler bireyler tarafından ulusal makamlar karşısında ileri sürülebilecek, bu sayede ulusal hukuk sistemleri ile Birlik hukukunun uyumlaştırılması işlevini gören yönergelerin uygulanmasında gereken itici güç sağlanabilecektir³⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu kural işlemin dikey doğrudan etkisine ilişkindir. Adalet

³⁴ Tekinalp ve Tekinalp, s.131; aksi yönde bkz. ABAD, C- 9/73 sayılı Schlüter v. HZA Lörrach kararı [1973] ECR. I-01135.

³⁵ Aksi durumda üye ülkelere karşı Komisyon ya da diğer bir üye ülke tarafından ATA md. 226 uyarınca ihlal davası yöneltilir. İhlal davaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Tekinalp, ss.240 – 246.

³⁶ Tekinalp ve Tekinalp, s.134; ABAD, C- 41/74 sayılı Van Duyn v. Home Office kararı [1974] ECR. I-01337.

Divanı'nın *Marshall I* kararındaki³⁷ yorumuna göre yönergelerin uygulanmasındaki yükümlülük üye ülkeleri bağlamaktadır ve bu sebeple de ilgili uygulama işlemini yapmaması dolayısıyla ülke kendi ihmalden yararlanamaz. Ancak birey – birey arasındaki ilişkilerde yönerge hükümlerinin ileri sürülebilmesi ancak ilgili yönergenin iç hukuka aktarılmış olmasına bağlıdır.

Birlikte gümrük birliğinin kuruluşu ardından, Roma Andlaşması'nda düzenlenmemiş konular ile ilgili ikincil düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan biri olarak *1496/68 sayılı Gümrük Birliği Bölgesi Hakkında Tüzük*³⁸ ile gümrük bölgesi kavramı tanımlanmıştır. Bu tüzüğün 1'inci maddesine göre, üye ülkelerin hükümler altındaki toprakların tümü Birliğin gümrük bölgesidir. Ancak Danimarka, Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya'nın bazı bölgeleri gümrük birliğinden istisna edilmiştir ve bu konular ilgili tüzükte düzenlenmektedir. Bir diğer düzenleme ise kabulü ile birlikte, ortak gümrük tarifesinin yürürlüğe girdiği *950/68 sayılı Ortak Gümrük Tarifesi Hakkındaki Tüzük*³⁹, tür. Bu tüzüğü ortadan kaldıran *2658/87 sayılı Ortak Gümrük Tarifesi ve Kombine Edilmiş Nomenklatur Hakkında Tüzük*⁴⁰ ile üye ülkeler bakımından ortak gümrük tarifesinin uygulanması yükümlülüğünün düzenlenmesi dışında, Avrupa Toplulukları Birleşik Gümrük Tarifesi (TARIC) uygulaması için öngörülen esaslar belirtilmiştir. Tüzükte düzenlenen bu esaslara bağlı kalınarak 1987 tarihinde Komisyon tarafından TARIC hazırlanmış, üçüncü ülkelere uygulanan vergi oranları ile birlikte tercihli vergi oranlarının yanı sıra, Birliğin Ortak Ticaret Politikası kapsamında yer alan önlemler düzenlenmiştir. Gümrük birliği kapsamında düzenlenmiş tüzüklerden bir diğeri de *2913/92 sayılı Topluluğun Gümrük Kodeksini Tespit Eden Tüzük*⁴¹, tür. Bu tüzük üye ülkelerin Ortak Gümrük Tarifesini uygulayabilmeleri bakımından ürünlerin hangi ülkeden geldiğine ve değerlerine ilişkin bilgiler içermektedir. Tüzüğün hükümleri Birliğin içinde serbest dolaşımda bulunan tüm mallar ile üçüncü ülkelerle yapılan tercihli olmayan ticarete uygulanır. Bu tüzükle birlikte 1496/68 sayılı Gümrük

³⁷ ABAD, C- 154/84 sayılı Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Authority kararı [1986] ECR. I-00723.

³⁸ '1496/68 sayılı Gümrük Birliği Bölgesi Hakkında Tüzük' ABRG (1968) L. 238/1vd.

³⁹ '950/68 sayılı Ortak Gümrük Tarifesi Hakkındaki Tüzük' ABRG (1968) L. 172/1.

⁴⁰ '2658/87 sayılı Ortak Gümrük Tarifesi ve Kombine Edilmiş Nomenklatur Hakkında Tüzük' ABRG (1987) L. 256/1.

⁴¹ '2913/92 sayılı Topluluğun Gümrük Kodeksini Tespit Eden Tüzük' ABRG (1992) L. 302/1.

Birliği Bölgesi Hakkında Tüzük ortadan kaldırılmış ve gümrük bölgeleri kodekste belirtilmeye başlanmıştır. Bu tüzükler, Roma Andlaşması'nda yer alan ve ortak gümrük tarifelerinin kabul usulünü belirten 28'inci maddesi temelinde (yeni md.26), 14'üncü maddede ifade edilen hedeflerin gerçekleştirilmesi amacı ile ortak karar prosedürü işletilerek, amacı iç pazarın kuruluş ve işleyişi olan üye ülkelerin yasa, tüzük ve idari düzenlemelerinin yakınlaştırılması ile ilgili önlemleri alabileceği belirtilen 100a maddesi ile verilen yetkiler çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu noktada temel amaç gümrük birliği üzerine kurulan Birlikte, ticaret ilişkisi taraflarının menfaatleri de dikkate alınarak iç pazarın sağlıklı işleyişinin güvence altına alınmasıdır.

Kurucu Andlaşmada yer alan miktar kısıtlamalarına ilişkin hükümlerin içeriğinin belirlenmesi bakımından düzenlenmiş olan 70/50 sayılı İthalatta Miktar Kısıtlaması ve Eş Etkili Kısıtlamalar Hakkında Komisyon Yönergesi⁴² önemlidir. Bu yönerge ile Birliğin kurulduğu yıllarda üye ülkeler arasında mevcut bulunan miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin geçiş dönemi sonuna kadar kaldırılmasına yönelik hükümler düzenlenmiştir. Her ne kadar ilgili düzenlemenin hükmü 1969 yılı itibariyle sona ermiş olsa da, ATA'nın 28'inci maddesinin yorumlanması ile bu çerçevede yapılan kısıtlamaların ayrımcılık içerip içermediğinin tespiti bakımından yaptığı tanımlarla önemli bir başvuru kaynağı olarak kullanılmaktadır. Yönerge kapsamında bir malın ithalatının ve ya satışının resmi formaliteler hariç belli şartlara bağlanması ve bu şartların sadece ithal edilen mallarda aranması halleri ile yerli mallardan farklı olarak daha zor şartların yerine getirilmesini şart koşan hükümler ayrımcı kısıtlamalar olarak tanımlanırken, malların serbest dolaşımını ve Birlik içi ticareti sınırlamakla beraber hem ithal mallara hem de yerli mallara etki eden kısıtlamalar ayrımcı olmayan kısıtlamalar olarak tanımlanmıştır⁴³.

İkincil mevzuat kapsamında, malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı engelleri ortadan kaldırmaya yönelik bilgi ve denetim mekanizmasının kurulması amacını

⁴² '70/50 sayılı 'İthalatta Miktar Kısıtlaması ve Eş Etkili Kısıtlamalar Hakkında Komisyon Yönergesi' ABRG (1970) L.13/29.

⁴³ Yönergede yer alan tanımlamalar, Adalet Divanı tarafından sıklıkla kullanılmakta ve kararlarında Yönergeye atıflarla belirtilmektedir. Bkz. ABAD, C-247/81 sayılı Komisyon v. Almanya kararı [1984] ECR. I-01111; ABAD, C- 249/81 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1984] ECR. I-4005.

taşıyan 2679/98/AT sayılı Konsey Tüzüğü⁴⁴ önemli bir yere sahiptir. Bu düzenleme uyarınca, malların serbest dolaşımını engelleyen ya da tehdit eden, bireyler açısından çok ağır kayıplara yol açan ve bir an önce müdahale edilmesi gereken önlemlere ilişkin olarak erken uyarı sistemi kurulması öngörülmüştür. Özellikle kişilerin blokaj, şiddet içeren eylemler ya da ithal ürünlerin boykot edilmesi gibi eylemler gerçekleştirilmesi durumunda, üye ülkelerin bu eylemlere müdahale etme yükümlülüğü yanında bu engellemeleri Komisyon'a bildirme yükümlülüğüne tabi kılınmışlardır.

İkincil düzenlemeler kapsamında Birlik çapında en fazla önem verilen konulardan biri de ürün güvenliğinin sağlanması olmuştur. Ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler ile gıda güvenliği, tıbbi ilaçlar, kozmetik gibi ürünler bakımından tüketicilerin korunması, üye ülkelerce uygulanması gereken ortak kuralların oluşturulması amaçlanmıştır.

Bu başlıklar içinde özellikle gıda güvenliği konusu oldukça önem kazanmış ve bu sebeple ağırlıklı olarak üzerine düşülen bir konu olmuştur. Bu kapsamda 2000 yılında gıda güvenliğine ilişkin 'Beyaz Kitap' yayınlanmış, yeni gıda politikası hedefleri belirlenerek mevzuatın güncellenmesi amaçları aktarılmıştır⁴⁵. Beyaz kitabın arkasından iki yıl sonra 178/2002/AT Tüzüğü⁴⁶ düzenlenerek, bu temel kaynak ile güvenli olmayan gıdaların iç pazara sunulması engellenmiş, gıda güvenliğinin tam anlamı ile sağlanması bakımından gıda ve hayvan yemi işletmecilerine varana kadar, her işletmecinin, ürünlerinin bu tüzük ile uyumlu olarak üretildiğini ispatlama yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁷.

Gıda güvenliği konusundaki diğer düzenlemeler ise, yeni gıdaların ve gıda bileşenlerinin Avrupa Birliği Gıda Güvenliği Otoritesi (EFSA) tarafından denetim ve onay prosedürüne tabi tutulmasına ilişkin düzenlemeler getiren 'Yeni Tür Gıdalar

⁴⁴ '2679/98 sayılı İç Pazarın Üye Ülkeler Arasında Malların Serbest Dolaşımı Bağlamında İşletilmesine dair Tüzük' ABRG (1968), L. 337/8.

⁴⁵ Commission of the European Communities, **White Paper on Food Safety**, Brussels, 12 January 2000, ss. 31-32.

⁴⁶ '178/2002 sayılı Gıda Hukukunun Genel İlke ve Koşullarının ve Gıda Güvenliği Usulünün Belirlenmesine Dair Tüzük' ABRG (2002) L. 31/1.

⁴⁷ Ayşe Şahin ve Hulûsi Demir, "Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikaları ve Türkiye'ye Yansımaları", **Review of Social, Economic & Business Studies**, Vol.3/4 ,s. 2003, ss. 280-281.

Hakkındaki 258/97/AT sayılı Tüzük'⁴⁸, gıda ürünleri içinde kullanılacak olan katkı madde ve oranlarına ilişkin düzenlemeler getiren 'Gıda Ürünleri İçindeki Katkı Maddelerine İlişkin 89/197/AET Yönerge'⁴⁹ ve nihai tüketiciye ulaşacak gıda ürünlerinin ne şekilde ilan edileceği, sunulacağı ve etiketleneceği konusunda düzenlemeler getiren 'Gıda Ürünlerinin Üzerindeki Paketleme, Etiketleme ve Reklâma İlişkin 79/112/AET sayılı Yönerge'⁵⁰dir.

Gıda güvenliği başlığı dışında yine benzer olarak tıbbi ilaçlar, kozmetik gibi ürünler bakımından da ürünlerin içeriklerinin belirtilmesi, bazı maddelerin üretimde kullanılmasının yasaklanması gibi üretim aşamalarında uyulması gereken kurallar koyulurken yine bu ürünlerde de paketleme ve etiketleme aşamasına ilişkin ikincil hukuk düzenlemeleri yapılmıştır. Bunlara örnek olarak kozmetik ürünlerin içeriğine, ambalajlanmasına ilişkin kurallar öngören '76/768/AET sayılı Kozmetik Yönetmeliğini Değiştiren 2009/36/AT sayılı Yönerge'⁵¹ ve tıbbi ilaçların ruhsatlandırılmasına ilişkin kurallar içeren '65/65/AET sayılı Tıbbi İlaçlara İlişkin Uyumlaştırma Yönergesi'⁵² gösterilebilir. Özellikle Birliğin tüketici politikalarıyla iç içe olan ürün güvenliği, tüketici sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda ortak standartlar ve kurallar getirerek, Birliğin İç Pazar hedefine büyük oranda hizmet etmektedir⁵³.

1.2.3. Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları

Birliğin Kurucu Andlaşmaları ile Birlik hukukunun yorumlanması ve uygulanması konusunda Avrupa Birliği kurumlarından biri olarak, Adalet Divanı yetkili kılınmıştır. ATA'nın beşinci bölümünün dördüncü kesiminde yer alan Adalet Divanına ilişkin hükümlerden 220'inci maddeye göre: '*Adalet Divanı, bu Andlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uygunluğu güvence*

⁴⁸ '258/97 sayılı Yeni Tür Gıdalar ve Yeni Gıda Bileşenlerine Dair Tüzük' ABRG (1997) L. 43/1.

⁴⁹ '89/197 sayılı Gıda Ürünleri İçindeki Katkı Maddelerine Dair Yönerge' ABRG (1989) L.40/27.

⁵⁰ '79/112 sayılı Gıda Ürünlerinin Üzerindeki Paketleme, Etiketleme ve Reklama İlişkin Yönerge' ABRG (1979) L.33/1.

⁵¹ '2009/36/AT sayılı Kozmetik Ürünlerine Dair Yönerge' ABRG (2009), L.98.

⁵² '65/65 sayılı Tıbbi İlaçlara İlişkin Uyumlaştırma Yönergesi' ABRG (1965), L. 22/369.

⁵³ Şahin ve Demir, ss. 277-278.

altına alır'.⁵⁴ Verilen bu yetki çerçevesinde Divan, ATA'nın yorumlanması ve var olan boşlukların doldurulması konusunda oldukça geniş bir yetkinin sahibi olmuştur. Ayrıca bu düzenleme ile Birlik kendini hukuk ve bunun çerçevesinde Divan'ın yetkisi ile bağlı saymıştır.⁵⁵

Avrupa Birliği'nin gelişim dönemleri incelendiğinde, birbirinden ayrı olarak egemen güç sahibi olan ve kendi kurumları çevresinde örgütlenen her bir üye ülkenin Birlik bilincine sahip olması ve bu ülkeleri egemenliklerinden feragatte bulunarak tek çatı altında birleştirilmesinde en büyük gücün Birliğin hukuk otoritesi tarafından gösterildiği görülecektir.⁵⁶ Gerçekten de Birlik yargısında söz sahibi olan Adalet Divanı, yaratmış olduğu içtihatlar ile Avrupa bütünleşmesinin gerçekleşmesi yanında siyasi bir birliğe geçişte de önemli katkılara sahiptir.⁵⁷ Bu katkıları ATA'nın yorumlanması dışında aynı zaman da hukukun geliştirilmesi yolu ile gerçekleştirmektedir.

Divan'a bu gibi geniş yetkilerin verilmesinin temel nedeni olarak, Birlik hukukunun gelişme ihtiyacı gösterilmektedir.⁵⁸ Bu ihtiyaç Birliğin sürekli olarak kendini yenileyen yapısından kaynaklanmaktadır. Gerçekleşen gelişmeler ışığında sürekli olarak kendini yenileyen Birliğin, aynı derecede dinamik bir hukuk yargısına sahip olması gerekmekte, gerçekleşen değişimler ışığında mevcut yazılı hukuki metinlerin değişen şartlara göre yeniden yorumlanması, şartlara uygun yazılı hukuk kurallarının bulunmaması halinde ise yazılı kurallardan çıkarılmayan içtihatların oluşturulması gerekmektedir.⁵⁹ Tüm bu sebeplerle ulusal mahkemelerin mevcut durumu koruma endişesi, Birlik içinde yeni düzene uygun yargısal işlevlerin yerine getirilmesi noktasında ayrılmaktadır.

Birlik hukuk düzeninin gelişme ihtiyacının bir diğer sebebi de yazılı hukuk kurallarının sahip oldukları niteliklerdir. Birliğin Kurucu Andlaşmaları, Birliğin dinamik yapısı da göz önüne alınarak yalnızca amaç ve bu amaçlara ulaşılması bakımından

⁵⁴ İlgili madde aynı içerik ile Lizbon Andlaşmasının getirdiği yeniliklerden biri olarak, Avrupa Birliği Andlaşmasının 19'uncu maddesine eklenmiştir.

⁵⁵ Tekinalp ve Tekinalp, s. 232.

⁵⁶ Hacı Can, "Avrupa Birliği'nde İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:73 Sayı:2,2008, (İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi), s. 150.

⁵⁷ Wasielewski, s. 162; S. Douglas Scott, **Constitutional Law of the European Union**, Second Edition, Longman, London, 2002, s. 210.

⁵⁸ Can, İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s. 155; Ü. Tekinalp ve Tekinalp, s. 233; Scott, s. 205.

⁵⁹ Craig ve De Burca, s. 73.

gerçekleştirilecek planları içeren çerçeve anlaşma niteliğindedir⁶⁰. Bu sebeple de Birlik, genel niteliğe sahip Andlaşma hükümlerinin somutlaştırılması bakımından çeşitli usulleri, yine Andlaşma hükümleri ile öngörülmüştür. Bu usullerin önceliklisi Birliğin politik karar organlarının ihtiyacı karşılayacak nitelikteki hukuki düzenlemeler yapması olsa da aynı derecede önem verilen yöntem temel hukuki düzenlemelerin içtihat yolu ile geliştirilmesi olmuştur⁶¹. Çoğunlukla yapılan hukuki düzenlemelerin içerdiği boşlukların uygulamada ortaya çıkardığı belirsizliklerin giderilmesinde en etkili yol da budur⁶².

Adalet Divanı tarafından oluşturulmuş olan içtihatlar, malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar bütünü içerisinde de önemli bir kaynak olarak kullanılmaktadır. Özellikle ATA'da yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin, soyut nitelikleri dolayısıyla, bunların açıklanması ve içtihatlar yolu ile geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Ayrıca uygulamada karşılaşılan birçok sorun karşısında ATA hükümleri yetersiz kalmakta, Andlaşma metninde yer alan boşlukların, kimi zaman ikincil düzenlemelerin yetersiz kalması ve hatta onların da boşluklar içermesi karşısında, Divan'ın yorumları çerçevesinde geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır⁶³. Diğer alanlarda olduğu gibi özel olarak malların serbest dolaşımı kapsamında da, Adalet Divanı tarafından çok önemli içtihatlar oluşturulmuş, bu kapsamda birçok ATA hükmü içtihatlar yolu ile işlerlik kazanmış ve hatta ATA'da yer almayan kavramlar oluşturulmuştur.

Bu kapsamda Adalet Divanı tarafından oluşturulmuş içtihatların en belirgin etkileri kısıtlama yasakları üzerinde görülmüştür. Malların serbest dolaşımına ilişkin kuralların içeriğinde bulundurduğu kısıtlama yasakları, Adalet Divanı tarafından geliştirilen içtihatlardan özellikle *Dassonville*⁶⁴ ve *Cassis de Dijon* kararları⁶⁵ ile genişletilmiştir. Bu noktada özellikle *Dassonville* içtihadı ile malların serbest dolaşımını engelleyici (ATA'nın 28'inci maddesine aykırı) önlemler, ayrımcı olup olmadığı gözetilmeksizin, etkisi bakımından malların serbest dolaşımını engelliyorsa,

⁶⁰ Haluk Günöğür, **Avrupa Topluluğu Hukuku**, Üçüncü Baskı, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Ankara, 1996, s. 195.

⁶¹ Scott, ss. 207-208.

⁶² Can, İctihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s. 156.

⁶³ Can, İctihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s.156.

⁶⁴ ABAD, C- 8/74 sayılı Procureur du Roi v. Dassonville kararı [1974] ECR. I- 00837.

⁶⁵ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649.

yasak kapsamına alınmıştır. Yani kısıtlama yasağı, ayrımcılık yasağının aleyhine genişletilmiştir.

Temel bir diğer içtihadı olarak *Keck* kararındaki⁶⁶ yorumlarında ise, ayrımcılık yasağına tekrar dikkat çekmiş ve malların serbest dolaşımını engelleyici üye ülke önlemlerinin ayrımcılık içermemesine çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Buna göre, belirli satış şekillerini kısıtlayan ve yasaklayan ulusal hükümlerin, faaliyetlerini yurtiçinde sürdüren tüm iktisadi katılımcılar için geçerli olduğu sürece ve yerli ürünlerin ve diğer ülkelerden gelen ürünlerin sürümüne hukuken ve fiilen aynı şekilde tesir gösterdiği durumlarda, bu önlemin ATA'nın 28'inci maddesine aykırı olmayacağı belirtilmiş, yani miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlemin varlığı reddedilmiştir. Bu çerçevede bir yandan *Dassonville* kararındaki eş etkili önlem tanımlamasının içeriği daraltılmış, diğer yandan da ayrımcılık yasağı önemli bir ölçüt olarak geri getirilmiştir⁶⁷.

Adalet Divanı, kararları çerçevesinde yaptığı yorumlar ile yalnızca ATA hükümlerini yorumlamakla kalmamış, ayrıca yeni ilkeler oluşturmuştur. Bunlardan biri olarak kamu menfaatlerinin zorunlu gerekleri, *Cassis de Dijon* kararı çerçevesinde oluşturmuştur. Bu kavramın oluşturulma gerekçesi ATA'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiş olan kısıtlama/hukuka uygunluk nedenlerinin yetersiz kalması sonucunda güncel olarak ortaya çıkan korunma ihtiyaçlarının karşılanması olmuştur. Bu kavramın uygulanma ölçütü ise şu şekildedir: Eğer herhangi bir ürün hakkında Birlik çapında ortak bir politika belirlenmemiş veya mevzuat uyumlaştırma işlemleri tamamlanmamışsa, üye ülkelerin yasal düzenlemeleri makul ve adaletli olmak koşulu ile geçerliliğini koruyacaktır. Ancak Divan yarattığı bu yeni kısıtlama nedenlerinin uygulanması bakımından, alınan önlemlerin ayrımcılık yasağına da uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede kamu menfaatlerinin zorunlu gerekleri çerçevesinde, malların serbest dolaşımını engelleyici önlemlerin haklı görülmesi, bu önlemlerin yerli ve yabancı ürünler için ayırım yapmadan geçerli olması, yani yabancı malların yerli mallar karşısında ayrımcılığa maruz bırakılmaması halinde mümkündür.

⁶⁶ ABAD, C-267/91 ve 268/91 sayılı Bernard Keck and Daniel Mithouard ortak kararı [1993] ECR. I-06097.

⁶⁷ Can, İç Pazar Hukuku, s. 155.

Adalet Divanı tarafından malların serbest dolaşımına ilişkin olarak oluşturulmuş bir diğer ilke ise karşılıklı tanıma ilkesi olmuştur. *Cassis de Dijon* kararı çerçevesinde ilk olarak açıklanmış olan bu ilkenin anlamı, bir üye ülke yasaları çerçevesinde üretilen ve piyasaya sunulan bir ürünün, hiçbir engel olmaksızın tüm üye ülkelerde pazarlanabilmesi ve üye ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin yasal düzenlemelerini tanımasıdır⁶⁸. Bu ilke uyarınca bir ürün herhangi bir üye ülkede pazara sürülebiliyorsa diğer bir üye ülkede de, o ülkenin teknik kurallarına tam olarak uymasa bile, satılabilir. Adalet Divanı bu ilkeyi özellikle Birlik düzeyinde mevzuat uyumlaştırması yapılmamış alanlarda ortaya çıkabilecek farklılıkların aşılması amacıyla geliştirmiştir. Gerçekten de mevzuat uyumlaştırmasının asli unsurlarını oluşturan sağlık, teknik, güvenlik ve çevrenin korunması alanların dışında kalan bazı alanlarda, mevzuat uyumlaştırmasına gidilmemiş olması sonucunda, bu alanlardaki düzenleme yetkisi üye ülkelerde olacaktır. Bu durum sonucunda ise üye ülkelerin belirledikleri farklı standartlar sebebiyle üye ülkeler arasındaki ticarete ciddi zararlar verebilecektir⁶⁹. Tüm bu sebeplerle Adalet Divanı'nın geliştirdiği bu ilke ile üye ülkeler arasındaki teknik farklılıklar giderilerek, malların engele maruz kalmaksızın dolaşımı sağlanmış olur.

Adalet Divanı tarafından sınırlarının kestirilmesi gittikçe zorlaşan içtihat hukuku alanına oldukça çok sayıda eleştiri getirilmiştir. Bu eleştiriler çoğunlukla Adalet Divanı'nın içtihatlarıyla yargısal aktivizm sergilediği ve aslında bu tehlikeyi kendisinin de fark ettiği yönündedir⁷⁰. Bu yorumlarına dayanak olarak da Divan tarafından verilmiş olan pozitif ayrımcılığın Topluluğun Eşit Muamele Yönergesi'ne aykırı olduğu yönündeki *Kalanke* kararına⁷¹ ve Avrupa Parlamentosuna haklarını korumak amacıyla Adalet Divanı'na dava açma hakkını tanıyan *Chernobyle*

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Shapiro, European Court of Justice, **Euro-politics: Institutions and Policymaking in the "New" European Community**, der. M. Alberta Sbragia, Brookings Institution Press, Washington, 1992, ss. 136 - 151; Kalypso Nicolaodis, **Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects**, 1997, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-07.rtf> (23.04.2009).

⁶⁹ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649, p.14; Walter Cairns, **Introduction to European Union Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2002, ss. 165-166.

⁷⁰ Scott, ss. 213-216; Bazı yazarlar aynı içerik kapsamında eleştirileri sunsalar da yargısal aktivizm kavramı yerine '*politika sürecinin hukuksallaştırılması*' kavramını kullanmaktadırlar. Bkz. Renaud Dehousse, **The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration**, First Edition, Palgrave Macmillan Press, Newyork, 1998, s.97.

⁷¹ ABAD, C-450/93 sayılı Kalanke kararı [1995] ECR. I-03015.

kararına⁷² özellikle vurgu yapılmıştır. Bu davalar kapsamında Adalet Divanı'nın yasama yetkisine sahip kurumların bu yetkilerini ellerinden alır şekilde hüküm kurduğu, hukuk sınırları dışına çıkarak politik ve sosyal etkiye sahip nitelikte içtihatlar yarattığını belirtmişlerdir⁷³. Bu sebeplere dayanılarak Adalet Divanı'nın yargı yetkisinde kısıntıya gidilmesi yıllardır üzerinde hararetle tartışılan bir konudur⁷⁴. Ancak bu noktada önemli olan Divanın yargısal yetkilerinin hangi amaçlara hizmet ettiği iyi bir şekilde analiz edilerek buna göre belirli sınırlarının çizilmesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Adalet Divanı'nın içtihat geliştirme konusunda yetkilerinin belli bir sınırı vardır. Öncelikle Birlik hukuku alanı dışındaki tüm üye ülkeler arası anlaşmalar, üye ülkelerin bağımsız şekilde üçüncü ülkelerle yaptıkları anlaşmalar, Birlik kurumlarının bağlayıcı olmayan tavsiye ve görüşleri Adalet D'in yetkisi kapsamına girmez. Ulusal hukuka ve ulusal mahkemelerin yetki alanına ilişkin konular da tamamen yetkisi dışındadır. Adalet Divanı'nın sınırlı yetki prensibi uyarınca önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak yorumu istenen hükmüm yorumlanması ile bağlıdır. Bunun dışında bir yetki sahibi sayılamaz Böylece asıl olarak Adalet Divanı tarafından inceleme konusu yapılmış uyuşmazlığın yine ulusal mahkemeler tarafından çözümlendiği unutulmamalıdır. Gerçekten de Adalet Divanı, Birlik hukuku ile ulusal hukukların ilişkili olduğu durumlarda, yaptığı yorumlar ile ulusal içtihadı yardımcı normlar vermektedir. Bu içtihatları göz önüne alarak Birlik hukukunun uygulanması bakımından tasarruf sahibi, üye ülkeler olacaktır⁷⁵. Ancak Divan'nın içtihatlarında görülen gelişmeler karşısında üye ülkeler çoğunlukla, Divan kararlarını benimser nitelikte kararlar verdikleri ve Birlik hukuk sisteminde Adalet Divanı'nın konumunu bir bütün olarak kabullendikleri belirtilmelidir⁷⁶. Bundan başka, hukuk geliştirici içtihatları kapsamında Adalet Divanı'nın yetkisini sınırlandırmak bakımından, oluşturduğu içtihadın uygulanma ölçütlerini ve yöntemlerini açık bir şekilde kararında belirtme ve kararlarını gerekçelendirme

⁷² ABAD, C- 70/88 sayılı European Parliament v. Council kararı [1990] ECR. I-02041.

⁷³ Scott, ss.214-215. Dehousse, s.115.

⁷⁴ Scott, ss. 214-215.

⁷⁵ A. Füsün Arsava, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1985, (Avrupa Toplulukları Hukuku), s. 135.

⁷⁶ Arsava, Avrupa Toplulukları Hukuku, s. 136.

yükümlülüğü de yüklenmiştir⁷⁷. Ancak uygulamada bu yükümlülüğün Adalet Divanı tarafından gerektiği biçimde yerine getirilmediği yönünde eleştiriler de yapılmaktadır. Özellikle de *Dassonville* kararı çerçevesinde yoğunlaşan bu eleştiriler, kararın hiçbir dönemselsel gelişim içermediği, gerekçelendirme yapılmadan ve hiçbir yasal ya da diğersel bir sebep gösterilemeden miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin oldukça geniş bir tanımlamasının yapıldığı belirtilmiştir⁷⁸.

Adalet Divanı'nın yorumlamak ve uygulanmasını denetlemek ile görevli olduğu Birlik hukuku geniş kapsama sahip olan bir sistemdir. Bu sebeple sıklıkla anayasa mahkemesi işlevi olduğu belirtilmiştir⁷⁹. Anayasal normların sahip olduğu genel ve belirsiz tarzdaki kaleme alınış şekilleri, onların alışlagelmiş şekilde yorumlanmasını engellemekte, geniş bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple genel ve belirsiz nitelikteki bu hükümlerin geliştirici biçimde yorumlanması bakımından Adalet Divanı'nın yetkisi genel olarak kabul edilmiştir. Ancak bu noktada ilgili hükmün bu şekilde yapılacak bir yorumu ihtiyaç duyması, incelenmesinin yeni bir sorun kapsamında ilk defa yapılıyor olması kapsamında kabul edilmektedir⁸⁰.

Birliğin dinamik yapısı karşısında Kurucu Andlaşmaların amaçlarının gerçekleştirilmesi için, Birlik hukukunun ileri düzeyde geliştirilmesinin özel bir anlam taşıdığı unutulmamalıdır⁸¹. Bu sebeple de Kurucu Andlaşmalardaki uygulama etkinliğini engelleyen boşlukların doldurulması bakımından Adalet Divanı kendini yetkili görmekte ve bu kapsamda boşluk doldurucu şekilde hukuk geliştirmektedir. Tüm bu sebeplerle aşırıya giden bir seyir olmadıkça Birlik hukuk sistemi yanında bir bütün olarak Birliğin bütünleşmesinin asıl destekleyicilerinden biri olarak Adalet Divanı'nın yetki kapsamı korunmalıdır.

⁷⁷ Can, İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s. 181.

⁷⁸ Scott, s. 219.

⁷⁹ Can, İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s. 177; Dehousse, s. 68.

⁸⁰ Can, İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi, s. 177.

⁸¹ Dehousse, s.115.

1.3. İÇ PAZAR SERBESTİSİ OLARAK MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI

1.3.1.İç Pazar Kavramı

İç pazar kavramı, ATA'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasında (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md.26/2) açık bir ifade ile tanımlanmıştır. Bu maddeye göre;

“İç pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının bu Andlaşma hükümleri gereğince güvence altına alındığı, iç sınırları olmayan bir alanı kapsamaktadır.”

ATA'ya, TAS'ın kabulü ile giren bu tanımlama, iç pazarın asıl çerçevesini belirtmektedir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, iç pazar kavramı iki temel unsur üzerinden şekillenmektedir. Bu unsurlar, dolaşım serbestîlerinin gerçekleştirilmesi ve iç sınırların bulunmadığı bir alan yaratılmasıdır. Bu amaçlar çerçevesinde iç pazar kavramının daha iyi anlaşılması bakımından, kavramın ilk olarak kullanıldığı ve TAS'ın kabulü ile ATA'ya dâhil edilen Beyaz Kitap'ın daha ayrıntılı incelenmesi faydalı olacaktır. Gerçekten de iç pazarın tamamlanması hedefi içeren bu belgenin içeriği, iç pazarı tamamlamak amacıyla gerekli görülen önlemleri düzenlemektedir.

Özellikle ortak pazar kurma amacının, Andlaşma ile öngörülen geçiş döneminin sona ermesinden sonra tam olarak gerçekleştirilememiş olması, sonraki sürece ilişkin belirsizliklerin ve tıkanıklıkların ortaya çıkması sebebiyle Birlik, siyasi iradesini yeni bir hedef belirleme ve süreci canlandırma amacına yöneltmiştir⁸². Bu

⁸² Derek Beach, *The Dynamics of the European Integration: Why and When EU Institution Matter*, Palgrave Macmillan, Aarhus, 2005, s. 36; Craig ve De Burca, s. 607; Can, *İç Pazar Hukuku*, s. 27; Azelio Fulmini., **Principles and General Completion of The Internal Market**, 2006, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_3.1.pdf (22.04.2009) s.2; Öğretide Ortak Pazar ile İç Pazar kavramlarının içeriğinin farklı olup olmadığı noktasında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. İki kavram arasında fark olmadığını savunan yazarlar bu görüşlerini, ortak pazar hedefinin gümrük birliğini çağrıştırmaması, bu sebeple eskidiği ve gümrük birliği hedefi ötesinde, diğer alanlarda da bütünleşme hedeflerine ulaşmış Avrupa Topluluğu üyelerinin yeni bir pazar kavramına ihtiyaç duymaları şeklinde açıklamaktadırlar. Bu yönde bkz. Gareth Davies, **European Union Internal Market Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2003, s. 3; Tekinalp ve Tekinalp, s. 13, Ayrıca kavramların içerik olarak farklı olmadığı yönündeki bir diğer görüş ise, İç Pazar kavramının oluşturulmasını yalnızca Ortak Pazar hedefindeki başarısızlığa bağlamaktadır. Bkz. J. Louis Burban, “Ortak Pazar'dan İç Pazara”, *Çev. Turgut Turhan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 40 Sayı: 1,1988, s. 321; Aksi yönde ise İç Pazar kavramının çok daha ileri bir bütünleşme hedefini içerdiği, özellikle de mevzuat uyumlaştırılması, özel hukuk kapsamında sosyal adalet, emek piyasasında eşitlik sağlanması ve fiziki ve teknik engellerin kaldırılması gibi farklı

kapsamda 1980 ve sonraki yıllar içinde özellikle ticaretteki tüm engellerin kaldırılarak bir iç pazarın gerçekleştirilmesi yaklaşımı ortaya çıkmıştır⁸³. Bu amaçla Konsey 1985 yılında Brüksel Zirvesinde iç pazarın 1992 yılına kadar tamamlanması kararını almıştır. Bu karara göre bu amacın başarılması için özellikle de ulusal hukuk düzenlerinden kaynaklanan kısıtlayıcı önlemlerin ve üye ülkelerin ekonomik politikalarının farklılıklarından kaynaklanan eksikliklerin, Komisyon tarafından hazırlanacak bir uyumlaştırma planı ile giderilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Bu karara uygun olarak hazırlanan Beyaz Kitap içeriğinde, iç pazarın yaratılması için gerekli sayılan önlemler şu şekilde sıralanabilir;

1. İç hudutlarda kişi ve mallara yapılan denetimlerin kaldırılması yoluyla fiziki sınırların kaldırılması,

2. Yasaların uyumlaştırılması ve Karşılıklı Tanıma İlkesi yardımı ile hizmetlerde ve mallarda uygulanan ulusal kısıtlamaların kaldırılmasıyla teknik engellerin kaldırılması,

3. Katma değer vergisi ve özel tüketim vergilerinin oranlarının yasa uyumlaştırması yardımı ile dolaylı vergilerden kaynaklanan engellerin ortadan kaldırılarak, vergi kısıtlamalarının giderilmesi.

Görüldüğü üzere, iç pazarın yaratılması için gereken önlemler daha çok mevzuat uyumlaştırması ve ulusal yasaların yakınlaştırılması alanlarında yoğunlaşmaktadır. Benimsenen yeni yaklaşım uyarınca da, fiziki, teknik ve vergilerden kaynaklanan kısıtlamaların, özellikle karşılıklı tanıma ilkesi sayesinde kolaylıkla ortadan kaldırılarak malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşımının sağlandığı, iç sınırların bulunmadığı bir alan yaratılması amaçlanmıştır.

Adalet Divanı iç pazar kavramına ilişkin olarak yaptığı yorumlarda bu kavramın, özellikle uyumlaştırma hedefleri çerçevesinde incelendiğinde, oldukça

alanları da kapsadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Geoffrey Garrett, *International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market*, **International Organization**, Vol.46, No.2 (Spring, 1992), s. 533; W. Hans Micklitz, **The Politics of Judicial Co-operation in the EU, Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 29. Akademik çerçevede yapılan bu tartışmaya, Lizbon Andlaşması ile birlikte 'Ortak Pazar' kavramının Andlaşma metninden çıkarılmasıyla son verilmiştir.

⁸³ Fulmini, s.2.

ileri seviyede bir bütünleşme amaçladığını belirterek içeriğini geniş yorumlamıştır⁸⁴. Bu yönde *Titandioxid*⁸⁵ kararında, iç pazar hedefine ulaşılması bakımından temel unsurlar dışında bazı yan unsurları da gerekli görmüş; bunlar arasından en çok da serbest rekabet düzenine vurgu yapmıştır. Buna göre mahkeme yaptığı yorumda çevre ve rekabet politikaları çerçevesinde yapılacak mevzuat uyumlaştırmalarının iç pazarın gerçekleştirilmesi ve işlevselliği bakımından zorunlu olduğunu belirtmiştir.

1.3.2. İç Pazar Serbestilerine İlişkin Genel Kuralların Malların Serbest Dolaşımı Kapsamındaki Uygulaması

ATA'nın 14'üncü maddesinde tanımlanmış olan iç pazarın, serbest dolaşımın sağlandığı iç sınırların olmadığı bir alanın yaratılması hedefinin gerçekleştirilmesi bakımından ATA hükümleri çerçevesinde çeşitli önlemlerin alınması gerekli görülmüştür. Bu bölümde özellikle serbest dolaşım ilkelerinin bir bütün olarak gerçekleştirilmesi amacıyla alınması gereken bu önlemler bağlamında geliştirilen ilke ve kuralların özel olarak malların serbest dolaşımı kurallarını ne şekilde etkilediği ve hangi sınırlarda uygulanacağı ifade edilmeye çalışılacaktır.

1.3.2.1. Kısıtlama Yasakları

Birlik iç pazarında serbest dolaşımın kısıtlanması, sınır-aşan unsurları içeren ekonomik faaliyetlerin garanti altına alınması amacıyla, genel olarak yasaklanmıştır. Malların, sermayenin, hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme serbestîleri için uygulama alanı bulan kısıtlama yasakları, asıl olarak alınan önlemin objektif niteliğine ilişkindir ve bu bakımdan bir üye ülke tarafından alınan önlem, objektif olarak serbest dolaşımı engelleyici bir etki meydana getiriyorsa, kısıtlamanın var olduğu kabul edilir⁸⁶. Adalet Divanı yaptığı yorumlar ile bir önlemin Birlik içi ticareti doğrudan ve dolaylı olarak, bilfiil ve ya potansiyel olarak engellemeye elverişli olması halinde kısıtlama yasağına aykırı bir önlemin olduğu yorumunda bulunmuştur⁸⁷. Ayrıca Adalet Divanı'nın, kısıtlama yasağının varlığı konusunda ortak olan tespitleri, alınan bir önlem sebebiyle serbestinin kullanılmasının daha az

⁸⁴ ABAD, C-136/79 sayılı Auer kararı [1979] ECR I-00437.

⁸⁵ ABAD, C-300/89 Komisyon v. Konsey kararı, [1991], ECR. I-02867, p.14.

⁸⁶ Can, İç Pazar Hukuku, s.151.

⁸⁷ ABAD, C- 8/74 sayılı Dassonville kararı, [1974] ECR. I-00837, p.5.

cazip kılınması, taraflar için ilave masraflara sebep olması, tereddüde/endişeye neden olmasıdır⁸⁸.

İç pazar serbestîleri için genel olarak uygulama alanı bulan kısıtlama yasaklarının uygulaması mutlak değildir. Her bir serbesti kendi içerisinde kısıtlama yasağının sınırlarını hükme bağlayan düzenlemelere sahiptirler. Kısıtlama yasağına getirilen bu sınırlar, Birlik hukuku çerçevesinde uyumlaştırmanın yapılmamış olması ve bu sebeple üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlerinde mevcut olan farklılıkların haklı görülmesi gerekçesiyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda pazara giriş kısıtlamalarına yol açan önlemler, her bir serbesti bakımından ayrıca düzenlenmiş olan istisnalar kapsamında haklı görüldüğü müddetçe, Birlik hukukuna uygun kabul edilir.

Kısıtlama yasağı özel olarak malların serbest dolaşımı kapsamında oldukça önemli bir yere sahiptir. ATA metninde malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerde kısıtlama yasağı kavramı sıklıkla kullanılmıştır. Bunun dışında Adalet Divanı'nın kararlarında da, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin, kısıtlama yasaklarını içinde barındırdığı ifade edilmiştir.

ATA'da yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler, üye ülkeler arasındaki ticarete mal dolaşımını haksız olarak kısıtlayan ve engelleyen önlemlere karşı detaylı koruma sağlamaktadır. Bu çerçevede ATA'nın 28'inci maddesinde açıkça üye ülkeler arasındaki ithalatta miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemleri yasaklanmaktadır. Bu hüküm açık bir biçimde kısıtlama yasağı olarak formüle edilmiştir. Özellikle Adalet Divanı tarafından 28'inci madde kapsamında oluşturulmuş içtihatlar ile eş etkili önlem kavramı, dolayısıyla kısıtlama yasağının içeriği genişletilmiştir.

Üye ülke mallarının serbestçe ihracını düzenleyen, miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemleri yasaklayan 29'uncu madde bakımından ise Adalet Divanı, kısıtlama yasağını değil, ayrımcılık yasağını işaret etmiştir. ATA'nın 28'inci maddesi ile oldukça benzer ifade tarzına sahip olan 29'uncu maddenin, farklı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi Adalet Divanı tarafından *Groenveld* kararında

⁸⁸ Can, İç Pazar Hukuku, s. 151.

açıklanmıştır⁸⁹. Adalet Divanı, üye ülkeler tarafından konulan ihracat engellerinin genel olarak spesifik mal grupları kapsamında gerçekleştirildiğini, ya da engelleme etkisi yaratıldığı belirtmiştir. Bu çerçevede bir üye ülke tarafından malların serbest dolaşımı kapsamında ihracata miktar kısıtlaması ya da eş etkili kısıtlamalar yaratan önlemlerin uygulanması, tümüyle ihracatı kısıtlamayı hedef almamakta, daha özel olarak ulusal pazar alanında kalmasını istedikleri mallara yönelik olmaktadır. Tüm bu sebeplerle de ATA'nın 29'uncu maddesinin esas olarak ihracat kısıtlamalarını değil, ayrımcı ihracat kısıtlamaların engellenmesi işlevi yüklenmiştir. Bu sebeplerle ATA 29'uncu madde ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁰.

Malların serbest dolaşımına ilişkin olarak öngörülmuş olan kısıtlama yasaklarının istisnalarının düzenlendiği ATA'nın 30'uncu maddesi ise temel olarak malların serbest dolaşımı kuralları kapsamında düzenlenmiş olan kısıtlama yasağının sınırlarının çizildiği bir hükümdür. Bu maddeye göre, üye ülke tarafından kısıtlama yasağına aykırı olarak alınmış önlemler, madde metninde belirtilmiş olan değerler kapsamında alınmış ise, bu değerlerin vazgeçilemezliği gerekçesiyle haklı görülecektir⁹¹. Ancak üye ülkelere verilmiş olan bu korunma hakkı, ilgili değerlerin korunmasına yönelik olarak Birlik düzeyinde bir düzenleme yapılmamış olması halinde varlığını korur. Ayrıca 30'uncu maddenin birinci cümlesinde düzenlenmiş olan bu istisnaların da sınırı vardır ve aynı maddenin ikinci cümlesinde belirtildiği üzere, bu önlemler ne bir keyfi ayrımcılığın ne de örtülü bir ticaret kısıtlamasının aracı olamaz⁹². Görüldüğü gibi malların serbest dolaşımının temel unsuru olarak kısıtlama yasaklarının korunmasına önem verilmiş, bu kapsamda kısıtlamaların ancak makul şekilde yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca ikinci cümle açık bir ayrımcılık yasağını içerir şekilde düzenlenmiş, buna göre kısıtlama yasağına aykırı olarak alınan önlemlerin, belirtilen değerler kapsamında haklı görülse dahi, keyfi bir ayrımcılığa yol açacak şekilde kullanılamayacağı ifade edilmiştir.

⁸⁹ ABAD, C- 15/79 sayılı P.B. Groenveld BV v. Produktschap voor Vee en Vlees [1979] ECR. I- 03409.

⁹⁰ Commission of the European Communities, ss. 35-36, Can, İç Pazar Hukuku, s. 153.

⁹¹ Can, İç Pazar Hukuku, s.261.

⁹² Kısıtlama yasağına aykırı ulusal önlemler ancak ulusal önlemin, Birliğin temel ölçütü olan örtülü ayrımcılık yasağına ve orantılılık ilkelerine uygun olması halinde haklı görülür. Bkz, Fairhurst ve Vincenzi, s. 398.

1.3.2.2. Ayrımcılık Yasakları

Ayrımcılık yasağına ilişkin genel kural ATA'nın 12'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde vatandaşlık temelinde yapılan her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu çerçevede zarara uğrayan kişiler, ev sahibi ülke vatandaşları ile eşit muameleye tabi tutulmaya ilişkin talep hakkı kazanırlar. Ancak bu maddenin uygulama alanı bakımından tespiti son derece önemlidir. Genel ayrımcılık yasağını düzenleyen bu madde, yalnızca ATA'da koruma sağlayacak daha özel bir hükmün mevcut olmaması halinde uygulanır. Yani üye ülkeler tarafından uygulanmakta olan önlem, özel bir ATA hükmünce vatandaşlığa dayalı şahsi ayrımcılıkları yasaklar şeklinde kapsar ve onun korumasından yararlanırsa, genel ayrımcılık yasağının uygulaması ortadan kalkacaktır⁹³.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin bu kapsamda değerlendirmesinin yapılması gerekirse, öncelikle belirtilmelidir ki, ATA'nın 28 ve 29'uncu maddeleri temel olarak objeyi hedef alan niteliğe sahiptirler ve bu sebeple genel ayrımcılık yasağının ikincilliği, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında söz konusu değildir. Bu noktada bir üye ülke tarafından alınan önlemin ayrımcı nitelikte olması durumunda, genel ayrımcılık yasağının mı yoksa ATA'nın malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin mi uygulama alanı bulacağı doğrudan etkinin neye yöneldiği ile çözümlenir. Böylece alınan önlem doğrudan objeye ilişkin bir ayrımcılık yaratıyorsa malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede önlem sebebiyle dolaylı olarak üreticinin, ithalatçının veya ihracatçının kişisel bir ayrımcılığa uğraması sonucu değiştirmez. Aynı şekilde doğrudan vatandaşlığa dayalı şekilde ayrımcılık yaratan önlemler, dolaylı olarak malların serbest dolaşımına etki etse de, genel ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir⁹⁴.

Ayrımcılık yasağının malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında uygulaması malların ayrımcılığa maruz bırakılmasının yasaklanması

⁹³ Can, İç Pazar Hukuku, s.83. Bu çerçevede bir ulusal önlem serbest dolaşım ilkeleri kapsamında özel olarak düzenlenmiş ayrımcılık yasaklarına aykırı görülmemişse, genel ayrımcılık yasağına da aykırı görülmecektir. Bkz., Can, Örtülü Ayrımcılık, s. 49.

⁹⁴ ABAD, C-92/92 ve C-326/92 sayılı Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH ortak kararı [1993] ECR. I-05145.

şeklindedir. Bu ayrımcılık bir üye ülkede üretilen malın, benzer durumda bulunan ev sahibi üye ülke mallarına nazaran daha kötü duruma getirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁹⁵. Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler, özü itibarıyla kısıtlama yasağı çerçevesinde koruma sağlamakla beraber, belirli durumlarda uygulanan önlemlerin ayrımcı niteliğe sahip olup olmaması önem arz etmektedir. Özellikle Adalet Divanı *Dassonville* kararında ayrımcılık yasağına dikkat çekmese de sonrasında oluşturduğu *Cassis de Dijon* kararı çerçevesinde belirlenen yazılı olmayan kısıtlama nedenlerinin⁹⁶ ve *Keck* kararı çerçevesinde belirttiği üzere belirli satış şekillerini belirleyen ulusal hükümlerin miktar kısıtlaması yaratmadığı yorumunun⁹⁷ uygulanabilmesi için önlemin ayrımcı nitelikte olmadığını belirterek, ayrımcılık yasağının bu alandaki uygulanma kabiliyetini arttırmıştır. Ayrıca ATA'nın 29'uncu ve 30'uncu maddesi de ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecek hükümlerdir.

Ayrımcılık yasağının uygulanması bakımından asıl önemli olan nokta, ayrımcılık durumunun tespiti ve değerlendirilmesi noktasındadır. Bu tespit ayrımcılığın açık ya da örtülü olma durumuna göre farklılık göstermektedir.

1.3.2.2.1. Açık Ayrımcılık

Açık ayrımcılık durumlarının tespiti zor olmamakta, genellikle alınan önlemin lafzından ya da şeklinden ayrımcılık durumu tespit edilebilmektedir. Ancak bazı özel durumlar bakımından bu ölçüt yeterli olmamakta, örneğin farklı muamele durumunu içeren bir önlem, yani şekli açıdan ayrımcı görünen bir önlem, ayrımcılık meydana getirmeyebilmektedir. Aynı şekilde Adalet Divanı, ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatlarında genel olarak ev sahibi üye ülkede diğer bir üye ülke menşeli malların kötü duruma sokulmaması gereğinden bahsetmiş ve bu etkinin yerli ve diğer üye ülke menşeli mallar arasında farklı uygulanan tüm önlemler çerçevesinde gerçekleşeceğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir. Yani her türlü farklı muamele

⁹⁵ Can, İç Pazar Hukuku, s.150; Astrid Epiney, "Free Movement of Goods", **European Fundamental Rights and Freedoms**, der. Dirk Ehlers, de Gruyter Textbook, Berlin, 2007, s. 233.

⁹⁶ ABAD, C- 788/79 sayılı Gilli and Andres kararı [1980] ECR. I- 02071; ABAD, C- 113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01683; ABAD, C- 16/83 sayılı Prantl kararı [1984] ECR. I- 01299.

⁹⁷ ABAD, C-322/01 sayılı DocMorris kararı [2003], ECR. I-14887; ABAD, 292/92 sayılı Hünermund kararı [1993] ECR. I-06787; ABAD, C-69/93 ve 258/93 sayılı Punto Casa SpA ortak kararı [1994] ECR. I- 02355; ABAD, 292/92 sayılı Hünermund kararı [1993] ECR. I-06787; ABAD, 401/92 ve 402/92 sayılı Tankstation t'Heukske kararı [1994] ECR. I-02199; ABAD, C-69/93 ve 258/93 sayılı Punto Casa SpA ortak kararı [1994] ECR. I- 02355.

ayrımcılık yasağına aykırı olmaz. Bu yoruma dayanak olarak Adalet Divanı *Edah* kararında⁹⁸, Hollanda ulusal düzenlemesi çerçevesinde yurtiçinde üretilen ekmekler ile ithal ekmekler için farklı bir fiyatlandırma esası düzenlemesini, ithal ekmeğin pazara sürümünü yurtiçindeki ekmeğe göre zorlaştırmadığı ve üye ülkeler arasındaki ticarete etki etmediği gerekçesiyle ayrımcı görmemiştir. Bu sebeple malların serbest dolaşımı kuralları çerçevesinde korunan sınır-aşan ticaret kapsamında yerli mallara göre, diğer üye ülke malları daha kötü duruma getirilmemişse, sırf muamelelerin farklılığı dolayısıyla ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirme yapılmayacaktır.

Benzer olarak yerli mallar ile diğer üye ülke malları bakımından farklı muamele unsurları içeren normlar sebebiyle üye ülkeler arasında malların serbest dolaşımı zarar görmüşse, ev sahibi ülke tarafından, konuya ilişkin diğer tamamlayıcı ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanması sonucu aslında iki mal grubunun da eşit tutulması sonucunun doğacağı, hatta diğer üye ülke menşeli malların yerli olanlara göre çok daha avantajlı duruma getirileceği iddiası da dinlenmeyecektir⁹⁹. Adalet Divanı, *Ortscheit* kararında¹⁰⁰ benzer olarak Almanya'nın, ülkesinden ruhsat almamış ithal tıbbi ilaçlara uygulanan reklâm yasağının gerekçesi olarak, benzer durumda Almanya'da üretilmiş malların ruhsatlandırılmamış olması sebebiyle satışının dahi yapılamayacağı yönündeki Alman mevzuatına dayanılmasını kabul etmemiştir. Çünkü burada ilgili önlem temelinde ithal tıbbi ilaçlara uygulanan reklâm yasağı, malların sınır aşan ticaretine konulmuş bir engel olarak görülmüş, bu kapsamda Alman mevzuatının bir bütün olarak incelenmesi reddedilerek, önlemin ayrımcı olduğuna hükmedilmiştir.

Üye ülkelerin mevcut mevzuat farklılıklarından dolayı ortaya çıkan engellerin ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında Adalet Divanı, bu farklı uygulamanın tüm kişi veya malları aynı şekilde etkilemesi ve vatandaşlık ya da menşe temeline dayanmaması halinde ayrımcı bir uygulama sayılamayacağını belirtmiştir¹⁰¹. Bu yorum özellikle ayrımcılık yasağı kapsamında,

⁹⁸ ABAD, C-80/85 ve 159/85 sayılı *Edah* ortak kararı [1986] ECR. I-03359.

⁹⁹ Can, İç Pazar Hukuku, s. 161.

¹⁰⁰ ABAD, C-329/93 sayılı *Ortscheit* kararı [1994] ECR. I-05243.

¹⁰¹ ABAD, C-14/68 sayılı *Wilhelm v Bundeskartellamt* kararı [1969] ECR 1, p.13; ABAD, C-92/92 ve C-326/92 sayılı *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* ortak kararı [1993] ECR. I-05145, p.30.

üye ülkelerin kendi ulusal hukukunu farksız şekilde uygulama hakkından doğmaktadır¹⁰². Gerçekten de Birlik düzenlemelerinde üye ülkelere bunun aksine bir yükümlülük yükleyen düzenleme de mevcut değildir¹⁰³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, serbest dolaşım ilkeleri kapsamında, ayrımcı bir önlemin haklı görülmesi, ancak ilgili serbestiler için ATA'da düzenlenmiş hukuka uygunluk sebepleriyle doğrulanmış olması halinde mümkündür. Adalet Divanı tarafından oluşturulmuş zorunlu gereklilik halleri, ayrımcılık yasaklarının haklı görülmesi kapsamında uygulanamaz¹⁰⁴. Ancak Adalet Divanı'nın genel içtihat çizgisinden aktarılan bu kural, kendi uygulamalarıyla değişime uğramıştır. Bu çerçevede Adalet Divanı, ayrımcılık yasağına diğer hukuka uygunluk nedenleriyle de sınırlama getirilmesini kabul etmiştir. Adalet Divanı, *PreussenElektra* kararında, Almanya tarafından yapılan ulusal düzenleme kapsamında özel tedarik şirketlerine getirilen, elektriği asgari sabit fiyatlarla yenilenebilir enerji kaynaklarından satın alma yükümlülüğünü üye ülkeler arasındaki ticareti bilfiil engelleyen açık bir ayrımcılık olarak kabul etmiş, ayrıca ATA md.30'da yer alan hukuka uygunluk hükümleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Buna karşılık bu ayrımcı uygulama elektrik piyasasının özellikleri gerekçesiyle haklı görülmüştür¹⁰⁵.

1.3.2.2.2.Gizli ve Dolaylı Ayrımcılık

Gizli ve dolaylı ayrımcılıkların, zarara yol açan etkileri yönünden açık ayrımcılıktan farkı olmasa da, asıl farklılık bu etkinin ortaya çıkış ve belirlenmesi noktasındadır. Gizli ayrımcılıklar, genel olarak ayrımcılık doğuran önlemlerin ifade ediliş tarzından ya da şekli unsurlarından anlaşılammakta, uygulanması sonucunda neden olduğu etkilerin irdelenmesi ile ortaya çıkmaktadır. Gizli ayrımcılıklarda da malların serbest dolaşımına ilişkin etki, açık ayrımcılıklarda olduğu gibi diğer üye ülke mallarının, yerli mallar karşısında kötü duruma sokulmasıdır¹⁰⁶. Dolaylı

¹⁰² Can, İç Pazar Hukuku, ss.163- 164.

¹⁰³ ABAD, C- 177/94 sayılı Perfili kararı [1996] ECR. I-00161; Can, İç Pazar Hukuku, s. 163.

¹⁰⁴ Craig ve De Burca, s.704.

¹⁰⁵ Craig ve De Burca, s.704; ABAD, C-379/98 sayılı PreussenElektra kararı [2001] ECR. I-02099, p.69 vd.

¹⁰⁶ Can, Örtülü Ayrımcılık, ss. 59-60.

ayrımcılık durumu ise, üye ülkeler tarafından alınan bir önlemin, düzenlediği alan farklı olmasına rağmen, serbest dolaşım üzerinde etki göstermesidir¹⁰⁷.

Adalet Divanı, gizli ve dolaylı ayrımcılıkların tespitinde çeşitli ölçütler kullanmaktadır. Bu ölçütler, önlemin serbest dolaşıma konu olan diğer üye ülke unsurlarına (vatandaş-mal-hizmet-sermaye) zarar vermeye uygun olup olmadığı, önlemin asıl olarak bu unsurları ilgilendirip ilgilendirmediği, önlemin uygulanması sonucunda ispatlanabilir bir ayrımcılığın ortaya çıkıp çıkmadığı, önlem sebebiyle benzer durumdaki ev sahibi üye ülkenin serbest dolaşıma konu unsurları gerekli düzenlemeleri daha kolay olarak yerine getirmeye sahipken, diğerlerinin daha kötü duruma getirilmesine yol açıp açmadığıdır¹⁰⁸. Görüldüğü üzere Adalet Divanı, önlemin kendisinden çok uygulanması ile anlaşılabilir etkilerine dikkat etmektedir.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında bu türde ayrımcılıklar ile ilgili Adalet Divanı içtihatları, malların etiketleme ve paketleme koşullarına yönelik ulusal önlemleri kapsamına almıştır. Bunlardan biri olarak *Komisyon v. Almanya* kararına¹⁰⁹ konu olayda, Almanya'nın Alman Sağlık Kanununa uygun olmayan biraların ülkesinde piyasaya sürülmesini yasaklaması ile başlamıştır. Bu kanuna göre, Kanun maddelerinde tek tek sayılmış olan maddelerin birinin eksikliği ya da yerine farklı madde kullanılması halinde bu ürün bira adı altında Almanya'da satılamayacaktır. Bu düzenleme karşısında diğer üye ülke üreticileri ürünlerini Almanya piyasasına sokamamış ya da oldukça zor şartlar altında bu kanuna göre ayarlamalar yapmak durumunda kalmışlardır. Adalet Divanı yaptığı inceleme ile bu düzenlemenin örtülü bir ayrımcılık içerdiğini, söz konusu farklı maddeleri içeren malların etiketlerinde tüketiciler için açıklayıcı metinler yer almakta iken, ithalatçıların malların isimlerinin değiştirilerek yeniden etiketlenme yükümlülüğü altına sokulmasını, doğrudan amaçlanmasa bile etkileri yönünden, ithal malların piyasada yerli mallara oranla daha kötü duruma getirilmesine yol açtığını belirtmiştir. Benzer olarak şarabın mayalaması sonucu elde edilen sirke haricinde

¹⁰⁷ Epiney, s. 233.

¹⁰⁸ Can, İç Pazar Hukuku, ss. 165-166.

¹⁰⁹ ABAD, C-178/84 sayılı Komisyon v. Almanya kararı [1987] ECR. I-01227.

herhangi bir maddeden yapılan sirkenin, bu isim altında satılması yasağı da bu kapsamda değerlendirilmiştir¹¹⁰.

1.3.2.3. Mevzuat Uyumlaştırması

Birlikte iç sınırları olmayan bir alan yaratılması amacının gerçekleştirilmesi bakımından mevzuat uyumlaştırması çok önemli bir işleve sahiptir. Mevzuat uyumlaştırması, serbest dolaşım ilkelerinin daha uygulanabilir kılınması, pazar içerisinde uygulamada ortaya çıkan engellerin giderilmesi amacıyla üye ülkeler arasındaki hukuki farklılıkların giderilmesi olarak ifade edilmektedir¹¹¹. ATA'nın hükümleri çerçevesinde yeterli koruma sağlanamayan alanlarda gerçekleştirilen mevzuat uyumlaştırması, hukuki dayanağını ATA'nın çeşitli maddelerinden almaktadır. Bu çerçevede çok sayıda alana özel uyumlaştırma yetkisi dışında genel yetki maddeleri ATA'nın 94, 95 ve 3h maddeleridir. Birliğin ilkelerine ilişkin ilk bölüm içerisinde düzenlenen 3h maddesi ile ortak-iç pazarın işleyişi için gerekli olduğu ölçüde ulusal mevzuatın birbirine yaklaştırılması gerektiği belirtilmiştir. 94'üncü madde ortak pazar kapsamındaki uyumlaştırmaya ilişkin iken 95'inci madde ise iç pazar kapsamındaki uyumlaştırmayı düzenlemektedir.

Mevzuat uyumlaştırması gerekliliği, yalnızca serbest dolaşım ilkeleri ile amaçlanan şekilde bir iç pazar yaratılmasının mümkün olmayacağını anlaşılması ile ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede mevzuat uyumlaştırması araçları ile pozitif olarak gerçekleşecek bir bütünleşme, serbest dolaşım ilkelerinin geniş kapsamlı yasaklayıcı hükümleri ile gerçekleştirilecek negatif bütünleşme çabalarına göre daha belirli ve başarıya yakın görülmüştür. Üstelik bir taraftan da serbest dolaşım ilkelerinin gerçek anlamıyla uygulanması için de uyumlaştırma gerekli görülmüştür. Gerçekten de serbest dolaşım ilkelerinin oldukça geniş kapsamlı olan ve Birlik hukuk düzenini bir bütün olarak etkileyecek nitelikleri gereği Adalet Divanı etkileri tam olarak kestirilemeyen serbest dolaşım hükümlerine, bu alanlarda mevzuat uyumlaştırması önlemlerinin alınmamış olması sebebiyle, dayanılmasını reddetmiştir. Bu yönde Adalet Divanı *Auer* kararında¹¹² dava konusu olan hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında, serbest dolaşım ilkelerinin koşullarına ilişkin belirsizliklerin bulunması

¹¹⁰ ABAD, C-788/79 sayılı İtalyan State v. Gilli and Andres kararı [1980] ECR. I-02071.

¹¹¹ Fairhurst ve Vincenzi, s. 420.

¹¹² ABAD, C-136/79 sayılı Auer kararı [1979] ECR I-00437.

ve bu alana ilişkin mevzuat uyumlaştırması önlemlerinin de henüz alınmamış olması durumlarında serbest dolaşım ilkelerine dayanılmasının kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı genel olarak serbest dolaşım ilkelerinin, sahip olduğu geniş etki dolayısıyla, iç pazarın gerçekleştirilmesi bakımından tek başına gösterebileceği düzeltici etkinin uygun olup olmadığının belirsizliğine dayanmaktadır. Bu kapsamda serbestinin koşullarının belirsizliği durumunda iç pazar düzen koşullarını yerine getirmek uygun olup olmadığı belirlenememekte, bir bütün olarak iç pazarda mevzuat uyumlaştırması yoluyla gerçekleştirilen sağlam bir hukuki çerçeveye ihtiyaç duyulmaktadır¹¹³.

Serbest dolaşım ilkeleri bakımından mevzuat uyumlaştırması gerekliliğini ortaya çıkaran bir diğer unsur da, ATA'da her bir serbesti bakımından öngörülmüş olan istisnalar ve Adalet Divanı kararı çerçevesinde ortaya çıkarılmış olan yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleridir. Gerçekten de bu istisnalar sebebiyle üye ülkelerin serbest dolaşımı engelleyici önlemleri, iç pazarın tam anlamıyla bütünleşmesi önünde önemli bir engeldir. Ayrıca benzer olarak karşılıklı tanıma ilkesinin kabulü de mevzuat uyumlaştırması çalışmalarını hızlandıran bir etki yaratmıştır. Özellikle ilkenin uygulanması sonucu ortaya çıkan daha az hukuki gerekleri yerine getirmiş üye ülke ürünlerinin, ev sahibi üye ülke tarafından kabulü zorunluluğu sebebiyle ürünlerin üretimlerinin daha düşük standartlara çekilmesi ve mallar bakımından asgari koruma düzeyinin sağlanamaması durumları, Birliği malların teknik özelliklerini, sağlık ve güvenlik şartlarını düzenleyen uyumlaştırma faaliyetlerine yönelmiştir¹¹⁴.

Malların serbest dolaşımına ilişkin olarak ATA'da özel bir uyumlaştırma yetkisi yer alamamaktadır. Bu çerçevede bu alanda uyumlaştırma faaliyetleri genel yetki kapsamında gerçekleştirilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde özellikle ATA'nın 94'üncü maddesi öne çıkmaktadır¹¹⁵. Bu madde uyarınca Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine Avrupa Parlamentosu ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra oybirliği ile uyumlaştırma yönergelerini düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Bu madde uyarınca ilgili yönergelerin ortak pazarın kurulması ve

¹¹³ Can, İç Pazar Hukuku, ss. 90-91.

¹¹⁴ Can, İç Pazar Hukuku, s. 129.

¹¹⁵ Can, İç Pazar Hukuku, s.113; Fairhurst ve Vincenzi, s. 420.

işleyişini ilgilendirmesi gereklidir. Bu çerçevede Adalet Divanı, bu madde çerçevesinde bir uyumlaştırma yönergesi düzenlenmesi için ortak pazara yönelik hissedilebilir bir etkinin ortaya çıkmasını yeterli görmüştür¹¹⁶. Ayrıca ulusal kurallar arasındaki farklılıkların ortak pazara yönelik hissedilebilir bir etkinin ortaya çıkması bakımından yeterli olduğu belirtilmiştir¹¹⁷. Bu madde uyarınca özellikle ATA'nın 30'uncu maddesinde sayılan hukuka uygunluk gerekçeleri ile üye ülkelere tanınan koruma normları ile Adalet Divanı'nın *Cassis de Dijon* kararı sonrasında ortaya çıkmış olan zorunlu gerekler kapsamında haklı görülen ulusal önlemlere ilişkin kuralların uyumlaştırması yapılmaktadır¹¹⁸.

Uyumlaştırma faaliyetlerine ilişkin bir diğer madde olarak ATA'nın 95'inci maddesi, iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesi bakımından Komisyon tarafından sunulan uyumlaştırma önlemleri, Konsey ve Avrupa Parlamentosu'nun ortak karar usulünce, Ekonomik ve Sosyal Komiteden görüşlerini aldıktan sonra kabul edeceği düzenlemelerle gerçekleştirilir. Bu madde çerçevesinde asıl amaç iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak hukuki ve fiili ticaret engellerinin ortadan kaldırılmasıdır. ATA'nın 95'inci maddesinin ilk fıkrasında belirtildiği üzere bu madde özel uyumlaştırma yetkisi düzenlenen alanlar kapsamında ikincil olarak uygulanmaktadır. Bu çerçevede malların serbest dolaşımına ilişkin özel uyumlaştırma hükümlerinin bulunmaması ve 95'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, bu maddenin uygulanamayacağı alanlar içerisinde malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin bulunmayışı nedeniyle, 95'inci madde malların dolaşım serbestisine ilişkin yapılacak uyumlaştırma düzenlemelerinde temel yetki maddelerinden bir diğeridir. Bu madde çerçevesinde, ATA'nın 94'üncü maddesinden farklı olarak uyumlaştırma faaliyetleri yönerge ile sınırlandırılmamış, Topluluğun tüm hukuki araçlarıyla uyumlaştırma mümkün kılınmıştır. Bu maddeye dayanılarak özellikle Yeni Yaklaşım İlkesi çerçevesinde malların teknik niteliklerine ilişkin olarak insan ve hayvan sağlığının korunması, güvenlik ve çevrenin korunması gibi temel gereksinim alanlarında sonuçlar doğuran mevzuat uyumlaştırmasına

¹¹⁶ ABAD, C-376/98 sayılı Tabakwerbung kararı [2000] ECR. I- 08419; ABAD, C-92/79 sayılı Komisyon v. İtalya kararı [1980] ECR. I-01115.

¹¹⁷ ABAD, C-376/98 sayılı Tabakwerbung kararı [2000] ECR. I- 08419.

¹¹⁸ Can, İç Pazar Hukuku, s.113; Fairhurst ve Vincenzi s.421.

gidilmiştir¹¹⁹. Ancak önemle belirtilmelidir ki, bu alanların hassas nitelikleri gereği 95'inci maddenin üçüncü fıkrası ile özel bir düzenleme öngörülmüş ve bu kapsamda Komisyon'un sağlık, güvenlik, çevrenin ve tüketicinin korunmasına ilişkin sunacağı önerilerinde, özellikle bilimsel gerçeklere dayalı yeni gelişmeleri göz önünde bulundurarak, yüksek seviyeli bir korumayı esas alacağı belirtilmiştir. Aynı yükümlülük Konsey ve Avrupa Parlamentosu'na da kendi yetkileri dâhilinde yüklenmiştir. Bu yükümlülüğün esas olarak, üye ülkelerin ulusal koruma normlarının daha yüksek standartlarına ulaşılması ve uyumlaştırma faaliyetleri çerçevesinde korunma standartlarının düşük seviyelere çekilmesinin önlenmesi amacına hizmet ettiği belirtilmiştir¹²⁰.

Birlik çapında malların serbest dolaşımının sağlanması bakımından mevzuat uyumlaştırması çerçevesinde malların, özellikle teknik nitelikleri bakımından Birlik genelinde kabul edilecek ortak kurallara bağlanması, belirtilen bu yetki maddeleri çerçevesinde gerçekleştirilmiştir¹²¹. 1985 tarihli Beyaz Kitap'ta yer alan plan dâhilinde daha etkin bir şekilde uygulanmaya başlayan uyumlaştırma hedefleri, günümüze değin çeşitli yaklaşımlar içinde gelişimini sürdürmüştür. Bunlar 'Klasik Yaklaşım', 'Yeni Yaklaşım', 'Global Yaklaşım' ve 'Modüler Yaklaşım'dır.

Klasik yaklaşım ilkesi, Birliğin ilk kurulduğu yıllarda, tarifelerin ortadan kalkmasına rağmen, gerçek anlamda uygulamaya geçirilemeyen malların serbest dolaşımının, ticarete konu mallar arasındaki farklılıkların kaldırılması yolu ile gerçekleşeceği düşüncesinden ortaya çıkmıştır¹²². Bu kapsamda teknik kurallar ile bu kurallara eş etkiye sahip bütün standartların uyumlaştırılması yoluna gidilmiştir. Bu yaklaşım çerçevesinde mevzuat uyumlaştırmasına konu olan başlıca alanlar tekstil ürünleri, elektrikli aletler, eczacılık ürünleri, kozmetik ürünler, gıda maddeleri, tehlikeli maddeler, motorlu taşıtlardır.

İlgili yaklaşım üye ülkeler bakımından, içeriğinin çok ayrıntılı ve açık olması dolayısıyla faydalar sağlamış olsa dahi, diğer yandan da üye ülkelerin bu kapsamlı

¹¹⁹ John Tillotson, **EC LAW: Text, Cases and Materials**, Second Edition, Routledge Cavendish Publishing, London 1996, ss.266-267.

¹²⁰ Can, İç Pazar Hukuku, ss. 108-109; Tillotson, s. 272.

¹²¹ Kevin Featherstone, **European Internal Market Policy**, Routledge, London, 1990, s. 70.

¹²² Ömer Baysan ve Osman Civelek, *Türkiye'nin Avrupa Birliği Teknik Mevzuatına Uyum Çalışmaları ve CE İşareti*, İstanbul Sanayi Odası Yayınları, İstanbul, 2004, s. 9.

uyumlaştırma hedefleri çerçevesinde fazla taviz vermek istememeleri ve ayrıntılı içeriğin her maddesinin tartışılması sebebiyle süreçte yaşanan tıkanıklıklar bu yaklaşımın yerini yeni yaklaşımlara bırakmasına neden olmuştur¹²³.

Ardından uygulama alanı bulan *Yeni Yaklaşım İlkesi* ile her ürünle ilgili teker teker mevzuat uyumlaştırması yapmak yerine benzer mal grupları oluşturulmuş ve bu gruplar için mevzuat uyumlaştırması yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede özellikle Birliğin yasama faaliyetlerine kolaylık sağlamak amacı ile spesifik olarak insan can ve mal güvenliği, hayvan ve bitki varlığının korunması gibi temel gereksinim alanlarında mevzuat uyumlaştırmasına gidilmiştir¹²⁴. Bu ilke çerçevesinde düzenlenmiş olan yönergeler uygun olarak üretilmiş olan ürünler CE işareti ile tanımlanmaktadır. Böylelikle bu işareti taşıyan ürünlerin, yönergelerde öngörülmuş olan gereklerin yerine getirilerek üretildiği ve değerlendirme aşamalarından geçtiği kanıtlanmış olur¹²⁵.

Yeni yaklaşım ilkesinin tamamlayıcısı olarak ortaya çıkmış olan *Global Yaklaşım İlkesi* ise belirtilen alanlarda yapılan uyumlaştırma işlemlerinin kontrolü ve belgelendirilmesi konusunda düzenlemeler getirmiştir. Bu yaklaşım uyarınca ürünlerin test, deney ve belgelendirme konularında ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin standartlarını tanıması ve bu alanlarda altyapıların yakınlaştırılması amaçlanmıştır.

Son olarak 1995 yılından itibaren uygulanmaya başlayan *Modüler Yaklaşım İlkesi*, temel olarak mevzuat düzenleyicileri hedef alan bir sistemdir. Buna göre sağlık, güvenlik, tüketicinin ve çevrenin korunması gibi temel gereksinim alanlarında düzenleme yapacak olanlar, bu alanlardan biri kapsamında değerlendirdikleri ürünlerin niteliği ve taşıdığı risk oranına göre, oluşturulmuş modüller kapsamında birini seçecek ve bunu düzenlemesine ekleyerek uygunluk değerlendirme yönteminin ne şekilde olacağını belirleyecektir. Bu yöntem sayesinde, üreticiler de, ürününün hangi teknik düzenlemelere uygunluğunu kanıtlamak istiyorsa bunun seçimi

¹²³ Halil Savaş, “Avrupa Birliği Standardizasyon Kurumları ve CE İşareti”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:4, Sayı:2, 2003, s. 131; Baysan ve Civelek, s.9.

¹²⁴ Can, İç Pazar Hukuku, s. 283; Baysan ve Civelek, ss. 9-10.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmure Vaizoğlu, “**Avrupa Topluluğu, Gümrük Birliği Kapsamında CE Kavramı**”, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999; Savaş, ss.132-134.

konusunda kolaylık yaşamış olurlar. A harfinden H harfine kadar kodlanmış modüller, sırası ile Modül A: İç Üretim Kontrolü, Modül B: Tip İncelemesi, Modül C: Tipe Uygunluk Beyanı, Modül D: Üretim Kalite Güvencesi, Modül E: Ürün Kalite Güvencesi, Modül F: Ürün Doğrulama, Modül G: Birim Doğrulama, Modül H: Tam Kalite Güvencesi, şeklindedir. Bu modüllerden A, G ve H hem tasarım hem de üretim aşamalarına ilişkin iken B yalnızca tasarım, C, D, E ve F ise sadece üretim aşamasına ilişkindir¹²⁶.

Malların serbest dolaşımına ilişkin olarak gerçekleştirilen uyumlaştırma sürecinde, Adalet Divanı kararlarının da oldukça önemli bir yeri vardır. Özellikle Birliğin kuruluş dönemlerinden başlayarak Adalet Divanı malların serbest dolaşımına ilişkin kararlarıyla hem uyumlaştırma faaliyetlerinde izlenmesi gereken temel adımları ortaya koymuş hem de ortak kural bulunmayan alanlarda içtihatları ile uyumlaştırma sonucunu doğuran kurallar ortaya koymuştur¹²⁷. Bu çerçevede Adalet Divanı tarafından geliştirilen temel kural olarak karşılıklı tanıma ilkesi, malların ortak genel alanlarına ilişkin yapılan mevzuat uyumlaştırması dışında kalan diğer alanlar için uygulama alanı bulmaktadır. Güven ilkesi olarak adlandırılan bu ilke çerçevesinde, mevzuat uyumlaştırması yapılmayan alanlarda üye ülkeler arasındaki farklı standartlar dolayısıyla ortaya çıkan teknik engellerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Buna göre bir üye ülkede hukuka uygun şekilde üretilen ve piyasaya sürülen mallar hiçbir engel olmaksızın tüm üye ülkelerde pazarlanabilmekte ve üye ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin yasal düzenlemelerini tanımaları gerekmektedir¹²⁸.

Karşılıklı tanıma ilkesinin Birlik hukuk sistemine daha iyi bir şekilde yerleştirilmesi ve ortaya çıkarabileceği endişelerin giderilmesi için Komisyon tarafından yukarıda aktarılan sertifikalaştırma ve incelemeye ilişkin global konsept geliştirilmiştir. Ayrıca belirli kontrollere ilişkin asgari gereklerin ve karşılıklı tanımanın koşullarının düzenlendiği yönergeler kabul edilmiştir¹²⁹. Ancak tüm bu önlemlere rağmen daha önce de belirtildiği üzere ilkenin uygulanması sonucu ortaya çıkan daha az hukuki gerekleri yerine getirmiş üye ülke ürünlerinin, ev sahibi üye

¹²⁶ Baysan ve Civelek, s. 10.

¹²⁷ Tillotson, s. 264.

¹²⁸ Shapiro, s.136; Fairhurst ve Vincenzi, s.387.

¹²⁹ Fairhurst ve Vincenzi, s. 422; Can, İç Pazar Hukuku, s. 130.

ülke tarafından kabulü zorunluluğu sebebiyle ürünlerin üretimlerinin daha düşük standartlara çekilmesi ve mallar bakımından asgari koruma düzeyinin sağlanamaması gibi sonuçları sebebiyle bu güven ilkesinin uygulanma alanı daralarak, mevzuat uyumlaştırmasına eğilimi artmıştır¹³⁰.

1.3.3. Benzer İç Pazar Normlarının Malların Serbest Dolaşımı ile İlişkisi

İç pazarın kurulması bakımından temel unsurlardan biri olarak malların serbest dolaşımı, sınırların olmadığı bir iç alan yaratılması bakımından benzer normlar ile birlikte uygulanmaktadır. Bu bakımından özellikle temel haklar ve rekabet kuralları, malların serbest dolaşım kuralları ile benzer yönde, pazar serbestliği ve eşitliğinin sağlanmasında önemli rol oynamaktadır.

Temel haklar, Birliğin kurulduğu yıllardan itibaren, Birliğin hukuk kaynakları arasında yer almış, Adalet Divanı tarafından öncelikli olarak yorum kaynakları arasında kullanılmıştır¹³¹. Temel haklar özel olarak Birliğin Kurucu Andlaşmaları içerisinde yer almasa da ve bu sebeple bağlayıcı niteliğe sahip olmasa da Adalet Divanı temel hakları, gelişen içtihat oluşturma sürecinde genel hukuk ilkelerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS), üye ülkelerin ortak anayasal düzenlemelerini ve Kurucu Andlaşmaların çeşitli hükümlerini kaynak olarak kullanarak kararlarına temel almış ve dava konusu önlemlerin temel haklar ile uyumlu olup olmadığı değerlendirmesini yapmıştır¹³².

Birlik, vazgeçilmez değerlerinden biri olarak tanımladığı temel hakların korunması amacıyla bir katalog hazırlanması çalışmalarına 1999 yılında başlamış, bu

¹³⁰ Can, İç Pazar Hukuku, s. 133.

¹³¹ Temel haklar ve özgürlükler Birliğin kuruluşundan beri, Birlik kurumlarının aldıkları kararlar ve bildirimlerde sık sık üzerinde durdukları bir konu olmuştur. En önemlilerinde biri de Konsey, Komisyon ile Parlamento tarafından ortaklaşa hazırlanan ve temel haklara saygının Birliğin temel ilkesi olduğunu belirten 1977 tarihli açıklamadır. Ardından 1978'de Kopenhag Zirvesinden benzer açıklamalar yapılarak, ulusal demokratik ilkelerin ve insan haklarının korunmasının Birliğe katılımın ön şartı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Hakan Taşdemir ve Hasan Demir, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:2 No:3, Güz 2002, ss.86-87.

¹³² Kamuran Reçber ve Çiğdem Aydın, "Avrupa Birliği'nde Üye Ülkeler Tarafından İnsan Haklarının İhlal Edilmesi Durumunda Öngörülen Yaptırımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53 Sayı: 1, 2004, s. 105. Temel özgürlük hakları içerisinden Adalet Divanı özellikle eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkını, mesleğe serbestçe girme ve serbestçe yapma hakkını, iktisadi ve ticari özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, düşünce özgürlüğü haklarını kararlarında dayanak olarak kullanmış ve Birlik hukuku çerçevesinde geliştirmiştir. Bkz, ABAD, C-44/79 sayılı Hauer kararı [1979] ECR. I-03727, p.30; ABAD, C-226/89 sayılı Heylens kararı [1987] ECR. I-04097, p.14; ABAD, C-24/90 sayılı Automec kararı [1992] ECR. I-02223; ABAD, 260/89 sayılı ERT kararı [1991] ECR. I-02925.

çalışmaların ardından ise 2000 yılında Avrupa Temel Haklar Şartı taslak metni hazırlanmıştır. 13–14 Ekim 2000’de Fransa’nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde ülke ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulan ve kabul edilen bu belge, 7–8 Aralık’taki “Nice Zirvesi”nde onaylanmıştır. Temel haklar şartı insan onuru(md.1–5), özgürlükler (md.6–19), eşitlik (md.20–26), dayanışma(md.27–38), Avrupa yurttaşlık hakları(md.39–46), adli haklar (md.47–50) ve genel hükümlerden oluşmaktadır. Nice Andlaşması’na ekli bir protokol içerisinde düzenlenmiş olan bu belge Lizbon Andlaşmasının yürürlüğe girmesine değin hukuki olarak bağlayıcı sayılmamıştır. Her ne kadar günümüzde yasal olarak bağlayıcı olsa da, ilgili dönemler içerisinde mevcut bu hakların Birlik tarafından kodifiye edilmiş olması da hakların göz önüne alınması bakımından oldukça önemli sayılmıştır¹³³. Bu yönde Temel Haklar Şartına ilişkin olarak Konsey, Komisyon ve Parlamento tarafından yapılan ortak bir bildiri ile bu belgenin, Birlik tarafından gelecekte gerçekleştirilecek hukuk politikaları kapsamında önemli bir ölçü olarak kullanılacağını, Birlik organlarının ikincil mevzuat düzenlemeleri yaparken düzenlemelere saygılı davranacakları ve belge içeriğinden sapamayacakları belirtilmiştir¹³⁴.

Malların serbest dolaşımını da kapsar şekilde bir bütün olarak serbest dolaşım hakları, Adalet Divanı içtihatlarında sahip oldukları etki dolayısıyla temel haklar benzeri kurallar olarak nitelendirilmektedirler¹³⁵. Gerçekten de her bir serbest dolaşım hakkı, bu serbestîlerden yararlananlar bakımından üye ülkelere ve Birlik organlarına karşı ileri sürülebilecek subjektif haklar yaratır. Bu kapsamda malların serbest dolaşımını, ürün serbestliği ilkesi çerçevesinde bu dolaşıma bağlı hareketleri korumakta ve malların diğer ülkelere ihracı ve ithalinin her bir aşamasına işlemlere katılan bireyler lehine, üye ülkelere karşı ileri sürülebilecek subjektif haklar yaratmaktadır¹³⁶.

Bundan başka, temel hakların asıl işlevi olan ülke düzenlemelerini sınırlandırma işlevleri, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin de ortaya çıkardığı etkilerden biridir. Bu kapsamda malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar,

¹³³ Füsün Arsava, “Avrupa Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:5, No:1, 2005, (Temel Haklar Şartı), s.12.

¹³⁴ Füsün Arsava, “AB’nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:3, No:2, 2004, (Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar), s. 8.

¹³⁵ ABAD, C-226/89 sayılı Heylens kararı [1987] ECR. I-04097, p.14.

¹³⁶ Can, İç Pazar Hukuku, s. 206.

üye ülkeler tarafından alınan ticareti kısıtlayıcı ve iç pazarın bütünleşmesini engelleyici önlemlere karşı doğrudan müdahale hakkı vermektedir. Ayrıca genel kabul görüldüğü üzere, temel hakların kısıtlanmasına yönelik önlemlerde aranan önlemin ölçülü olması ve temel hakkın özüne dokunmaması gerekliliği, Adalet Divanı tarafından malların serbest dolaşım hükümlerinin kısıtlanma ölçüsü olarak sık sık kullanılmıştır¹³⁷.

Ancak malların dolaşım serbestisinden doğan haklar, temel haklardan farklı olarak yalnızca Birlik hukukunun uygulama alanı ile sınırlandırılmış değildir. Gerçekten de Birlik tarafından kabul görmüş temel haklar, Birliğin ya da üye ülkelerin Birlik hukukunu uygularken gerçekleştirdikleri uygulamalara karşı ileri sürülebilir¹³⁸. Buna karşılık malların dolaşım serbestisinden doğan haklar, Birliğin ya da Birlik hukukunun icrası kapsamında üye ülkelere karşı değil, doğrudan üye ülkeler tarafından gerçekleştirilen tüm eylem ve düzenlemelere karşı koruma hakkı verir.

İki kavram arasındaki bir diğer fark ise sahip oldukları koruma işlevinin önceliğine ilişkindir. Temel haklar öncelikli olarak bireyler için, ülkeler tarafından gerçekleştirilen haksız müdahalelere karşı savunma hakkı yaratmaktadır. Malların dolaşım serbestisinden doğan haklar ise, iç pazarın kurulması ve sınır-aşan iktisadi faaliyetlerin güvence altına alınması amacını öncelikli olarak içeriğinde barındırmaktadır¹³⁹. Temel hakların koruma işlevine yönelik bu farklılık, diğer iç pazar serbestilerine nazaran çalışmamamızın konusunu oluşturan malların serbest dolaşımı çerçevesinde oldukça ayrılmaktadır. Gerçekten de mal serbestliğini konu alan malların serbest dolaşımı, temel hakların koruma işlevinden, diğerlerine oranla çok daha fazla uzaklaşmakta, bu bakımdan tam anlamıyla iç pazarın işleyiş garantisini oluşturma amacına dönük olarak koruma sağlamaktadır.

İç pazarın işleyişinin korunması amacı ile oluşturulmuş iç pazar kurallarından biri olarak rekabet kuralları da, malların serbest dolaşım kuralları ile yakın ilişki

¹³⁷ Catherine Bernand, **The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 81; ABAD, C- 174/82 sayılı Sandoz kararı [1983] ECR. I-2445; ABAD, C- 72/83 sayılı Campus Oil kararı [1984] ECR. I-2727.

¹³⁸ Can, İç Pazar Hukuku, s.144; Işıl Karakaş, “**Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematığı: Teorik ve Pratik Sorunlar**”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg22/%C4%B1s%C4%B1l.pdf>, (23. 05.2009),ss. 5-6.

¹³⁹ Can, İç Pazar Hukuku, s. 145.

içindedir. ATA'nın 81 ila 86'ncı maddeleri arasında düzenlenmiş olan rekabete ilişkin kurallar da malların serbest dolaşım ilkeleri gibi öncelikli olarak iç pazarın düzgün işleyişi ve Birlik içi ticareti garanti altına almayı amaçlar. Malların serbest dolaşım ilkelerinin ayrılmaz bir bütünü olarak nitelendirilen rekabet kuralları ile malların serbest dolaşım ilkeleri arasındaki temel fark malların dolaşımına ilişkin hükümlerin esas itibariyle üye ülke faaliyetlerini hedef alırken, rekabet kurallarının hedefinin özel teşebbüslerin faaliyetlerini hedef almasıdır. Bu çerçevede rekabet kuralları üye ülkeler arası ticaretin özel kişiler tarafından engellenmesi durumuna karşı güvence sağlamaktadır¹⁴⁰.

Görüldüğü gibi iç pazarın gerçekleştirilmesi bakımından düzenlenmiş olan unsurlar olarak temel haklar, rekabet kuralları ve malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar arasında oldukça sıkı bağlar vardır ve bu unsurlar birbiri ile bir bütün oluşturmaktadır. Özellikle koruma sağladıkları alan ve yöneldikleri eylemler bakımından ortaya çıkan farklılıklar olsa da, her biri iç pazarın gerçekleştirilmesi hedefi içerisinde önem kazanmakta, farklı ihlal durumları karşısında koruma sağlamaktadırlar.

1.4. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ UYGULAMA ALANI

1.4.1. Malların Serbest Dolaşımının Maddi Uygulama Alanı

Malların serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükümlerinin uygulanma alanı esas itibariyle, objeye ilişkin bir serbesti olması dolayısıyla, mal kavramı üzerinden şekillenmektedir. Bu sebeple öncelikli olarak mal kavramının incelenmesi gerekmektedir.

1.4.1.1. Mal Kavramı

Malların serbest dolaşım ilkesinin temel belirleyici unsuru olan ve onu diğer serbestîlerden ayrı kılan mal kavramının tanımına ilişkin ne Birlik Andlaşmalarında ne de ikincil mevzuat düzenlemelerinde bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴¹. İlgili kavram ATA'da dolaylı olarak kullanılmış, kimi zaman da ürün kavramı ile

¹⁴⁰ Bozkurt, Özcan ve Tezcan, s. 193; Can, İç Pazar Hukuku, s.147.

¹⁴¹ Chris Turner, **The Comprehensive Guide To All The Facts European Law**, Hodder&Stoughton Press, London, 2002, s. 69.

dönüşümlü olarak ifade edilmiştir¹⁴². Örneğin ATA 23'üncü maddede mal kavramı kullanılmışken, aynı maddenin ikinci fıkrası ve 24'üncü maddenin birinci fıkrasında ürün kavramı yer almıştır. Ancak esas itibarıyla bu iki kavramın aynı amaca yönelik hükümler içinde birbirinin yerine kullanılıyor oluşu, aralarında anlam farkı olmadığını gösterme amacı içerisinde değerlendirilebilir¹⁴³. Gerçekten de bu iki kavram arasındaki farklı kullanımlar bir tercih sonucu ortaya çıkmaktadır, örneğin Adalet Divanı'nın tercihi mal kavramının kullanılması yönünde olmuştur.

İlgili Adalet Divanı kararlarında mal kavramı tanımlanmış, ticari işlemlerin konusunu oluşturan ve para ile ölçülebilir olan her şey mal olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁴. Ancak ilgili malın, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerden faydalanabilir olması için mutlaka ticari faaliyet kapsamında naklediliyor olması da gerekmez¹⁴⁵. Bu kapsamda en dikkat çekici olan konu geri dönüşümü mümkün olan yahut olmayan çöplerin/atıkların ATA hükümleri anlamında bir mal olarak değerlendirilebileceği yönündeki Adalet Divanı içtihadıdır. Belçika- Komisyon davasında¹⁴⁶, Belçika'nın Wallonien bölgesinde çıkarılan bir tüzük uyarınca, yabancı ülkeler ve Belçika'nın diğer bölgelerinden gelen atıkların, Wallonien'de depolanması yasaklanmıştı. Bunun üzerine de Komisyon ilgili düzenlemenin Birlik hukukundan doğan bir yükümlülük olarak malların serbest dolaşımına aykırı olduğu gerekçesiyle Belçika'ya karşı ihlal davası açmıştır. Bunun üzerine Adalet Divanı yaptığı değerlendirmede, atıkların özellikle yeniden değerlendirilebilir olmaları durumunda, dönüşüm işlemleri yapılarak ticari değere haiz olan ve para ile ölçülebilen bir mal değeri kazanacağından, atıkların nakliyesi çerçevesinde taşınan atıkların mal olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bunun sonucu olarak malların serbest dolaşımını kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir açıklama yapmıştır. Ayrıca bu çerçevede yapılan değerlendirmelerde, geri dönüşümü mümkün olmayan atıkların yeniden değerlendirilebilir atıklara göre

¹⁴² İki farklı kavram kullanımı İngilizce, İtalyanca, Fransızca ve Portekiz dillerindeki metinlerde de yapılmakta iken, Almanca ve Danimarkaca dillerindeki metinlerde fark yaratılmaksızın aynı kavram kullanılmıştır. Bkz. Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.76, 76 no.'lu dipnot; Dominik Lasok, **The Trade and Custom Law of the European Union**, Third Edition, Kluwer Law International, Boston, 1998, (The Trade Law), s. 52.

¹⁴³ Lasok, The Custom Law, s.41.

¹⁴⁴ ABAD, C-7/68 sayılı Komisyon v. İtalya Kararı [1968], ERC. 423.

¹⁴⁵ Lorna Woods,, **Free Movement of Goods and Services within the European Community**, Re-Issue Edition, Ashgate Publishing, London, 2004, s.14.

¹⁴⁶ ABAD, C-2/90 sayılı Komisyon v. Belçika Kararı [1992], ERC. I-04431.

farklı bir muameleye tabi tutulup tutulmayacağı noktasında, bu iki durumun birbirinden ayırt edilmesinin çok zor olduğu ve mevcut sübjektif durumlar dâhilinde değerlendirilmesi gerekeceğinin belirtmiştir. Bu noktada genel olarak Adalet Divanı yaklaşımı uyarınca geri dönüşümün mümkün olup olmadığı, atıkların mal kapsamında değerlendirilmesi noktasında ayırıcı bir unsur olmadığı söylenebilir.

Bir diğer Adalet Divanı kararında sanat eserlerinin mal kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışılmıştır. 7/68 sayılı dava¹⁴⁷ konusu olay şu şekilde gelişmiştir. İtalya, sanat eserlerinin parasal bir değerinin olamayacağı hatta paha biçilmez olmaları sebebiyle bunların mal olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüş ve ihracı halinde vergi uygulamaya başlamıştır. Bunun üzerine Komisyon mahkemeye başvurarak, İtalya'nın malların serbest dolaşımına aykırı bir vergilendirme yaptığını öne sürmüştür. Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda, sanat eserlerinin alınıp satılabilen nesnelere olduğunu, dolayısıyla kişilerce kıymet biçilebileceğinden bahisle mal kavramına dahil olacağını belirtmiştir. Yani bu noktada önemli olan ilgili ülkeler bakımından değerlendirme yapılmasıdır, eğer ülkede sanat eserleri ticarete konu olabiliyorsa, mal kapsamında değerlendirilerek yasak kapsamına girmektedir¹⁴⁸. Ayrıca bu yorumu sayesinde ATA 30'uncu madde de yer alan sanatsal, arkeolojik, tarihi kıymete sahip ulusal eserleri koruma gerekçesiyle haklı kısıtlama sebeplerini düzenleyen hüküm doğabilecek muhtemel bir çelişkiyi engellemiştir.

Üye ülkelerin ve diğer ülkelerin yasal ödeme araçları mal kavramı içerisinde değerlendirilmemiştir. Thompson davasında¹⁴⁹ ödeme araçlarının ne şekilde değerlendirileceği konusu Adalet Divanı tarafından dolaylı olarak açıklanmıştır. Dava konusu olay 1975 yılı Nisan – Haziran ayları arasında Güney Afrika'da yasal olarak tedavülde olan paraların ithali ve gümüş katkılı İngiliz paralarının ihracı sebebiyle bunu yasaklayan İngiliz Yasalarının ihlal edildiğine ilişkindir. Bu çerçevede öncelikle belirtilmelidir ki, 1947'den sonra basılan gümüş katkılı İngiliz parası halen yürürlükte iken 1947'den önce basılan bu paralar tedavülden kalkmıştır. Adalet Divanı'nın yaptığı değerlendirmeye göre yasal olarak tedavülde bulunan ve

¹⁴⁷ ABAD, C-7/68 sayılı Komisyon v. İtalya Kararı [1968], ERC. 423.

¹⁴⁸ Woods, ss. 14-15.

¹⁴⁹ ABAD, C-7/78 sayılı Regina v Ernest George Thompson kararı [1978], ERC. I-02247.

diğer ülke piyasalarında nakit paraya eşit işlem gören yabancı ülke paraları mal kavramı içerisinde değil, sermaye kapsamı içerisinde değerlendirilmeli ve sermayenin serbest dolaşımı kuralları çerçevesinde işlem görmelidir. Ancak bu olayda 1947'den önce basılmış olan İngiliz paralarında olduğu gibi, tedavülden kalkarak dolaşımda bulunmayan, koleksiyon niteliğinde bulundurulmuş ödeme araçları ise mal kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Benzer şekilde *Bordessa* kararında da¹⁵⁰ üye ülkelerin ve diğer ülkelerin yasal ödeme araçlarının mal kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği tekrarlanmış ayrıca madeni paralar olarak belirtilen sermaye kapsamına banknot, resmi ödeme araçları ve hamiline yazılı çekleri de dâhil edilerek, bunların malların serbest dolaşımı anlamında mal sayılmayacağını, sermayenin serbest dolaşımı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

Bu noktada önemle üzerinde durulması gereken bir diğer konu da elektriğin mal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Elektriğin dokunulup maddileştirilemeyen bir şey olmasından dolayı, Adalet Divanı içtihatlarıyla belirginleştirilmesi gerekmiştir. Bu amaca yönelik ilk olarak *Costa Enel*¹⁵¹ davasında elektrik tekelinin mal olduğuna hükmedilmesi ardından da *Almelo*¹⁵² davasında açıkça elektriğin mal olduğunun kabul edilmesi sonucunda bu şüpheler giderilmiştir. Mahkeme yapığı değerlendirmede elektriğin mal olarak değerlendirilmesi kararının gerekçesi olarak tüm ulusal hukuk sistemlerinde elektriğin mal olarak kabul edilmesi, önceki kararlarının bu yönde olması ve gümrük terminolojisinde elektriğin mal olarak kabul edilmesini göstermiştir. Ancak bu noktada özellikle mahkemenin kendi mal kavramı tanımı ile çelişkiye düştüğü ileri sürülmektedir¹⁵³. Çünkü Adalet Divanı ticari işlemlerin konusu olabilen *maddi şeylerin* tümünü mal olarak tanımlamaktadır. Bu eleştirilere karşın Adalet Divanı'nın bu içtihadı sonucu ticari işlemler çerçevesinde elektriğin bir üye ülkeden diğer bir üye ülkeye nakledilmesi, malların serbest dolaşımı kurallarına tabi olacaktır.

Bu başlık çerçevesinde aktarılması gereken bir diğer konu da mal- hizmet kavramları arasındaki ayrımlar ve tabi olacağı kurallardır. Bu ayrım özellikle kavramların tabi olacağı kuralların farklılığından ileri gelmektedir. Çünkü malların

¹⁵⁰ ABAD, C-358/93 ve C-416/93 sayılı *Bordessa-Mellado-Maestre* kararı [1995], ERC.I-00361.

¹⁵¹ ABAD, C-6/64 sayılı *Costa Enel* kararı [1964], ERC. I-00585.

¹⁵² ABAD, C-393/92 sayılı *Almelo* kararı [1994], ERC. I-01477.

¹⁵³ Can, İç Pazar Hukuku, s.211.

serbest dolaşımı kurallarından farklı olarak hizmetlerin serbest dolaşımı hükümlerinde esas olarak üye ülke vatandaşları serbestlerden yararlanmakta iken mallar açısından mal sahibinin milliyeti önem taşımamakta ve ilgili hükümlerden yararlanabilmektedirler¹⁵⁴. Hizmet kavramının tanımını yaptığı Guiseppe Sacchi davasında¹⁵⁵ Adalet Divanı, malların, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımı hükümleri kapsamına girmeyen ancak bir bedel karşılığında yapılan edimleri hizmet olarak tanımlamıştır. Dava konusu olayda İtalya, TV yayını üzerindeki tekel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle özel bir TV kanalına dava açmış, burada malların serbest dolaşımı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde Adalet Divanı'na ön karar usulüncü görüş sorulmuştur. Adalet Divanı öncelikle yukarıdaki tanımları yaparak, mallar ile hizmetlerin birbirinden farklı hükümlere tabi olduğunu belirterek aynı durum için bu hükümlerin birlikte uygulanamayacağını açık bir ifade ile dile getirmiştir. Ardından Andlaşmada aksine bir hüküm bulunmadığı surette niteliği gereği, TV sinyallerinin hizmet temini olarak kabul edilmesi gerektiğini, ancak TV yayınları için kullanılan ses kayıt materyallerinin, film, aparat, disket ve diğer ürünlerin mal olarak kabul edilip, malların serbest dolaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiğini açıklamıştır. Bu ayrımı yaparken özellikle teknik bilgilerin sağlanması ölçütü esas alınmıştır. Bu çerçevede hizmetler bakımından eşyaların değil, teknik bilgilerin transferi söz konusudur. Ancak eğer ki hizmet bir mal içerisinde maddileştirilerek transfer edilirse, yani bir verinin CD içerisinde transferi halinde olduğu gibi, burada mal kavramı ortaya çıkmış olur ve malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu çerçevede televizyon, radyo yayınlarının ulusal sınırların ötesinde gösterilmesi hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurallara tabidir.

Bu başlık altında son olarak ATA'nın 90'ıncı maddesinde ifade edilmiş olan benzer ürün kavramı incelenmelidir. Bu maddeye göre:

“Hiçbir üye ülke, diğer üye ülkelerin ürünlerine, kendi *benzer ürünlerine* doğrudan ya da dolaylı olarak uyguladığından daha yüksek bir iç vergiyi, doğrudan veya dolaylı olarak uygulayamaz”.

¹⁵⁴ Woods, s. 19; Can, İç Pazar Hukuku, s.347; Kent, s.173.

¹⁵⁵ ABAD, C-155/73 sayılı Guiseppe Sacchi kararı[1974], ECR. I-00409.

Bu madde esas itibariyle iç pazardaki yerli ve yabancı mallara eşit rekabet şartları sağlamak bakımından öngörülmüş ve bu eşitliği ürünlerin birebir aynı olmalarını aramaksızın şart koşturmuş¹⁵⁶. Böylelikle ithal ürünlere daha fazla vergi uygulanarak, benzer yerli ürünün rekabete aykırı şekilde korunması eylemlerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hükmün uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından da benzer ürün kavramının tanımlanması, en azından ne gibi şartlar altında eş tutulacağına anlaşılması gerekli olmuştur. İlgili kavram hakkında Birlik Andlaşmaları ve ikincil mevzuat düzenlemelerinde hüküm bulunmaması dolayısıyla Adalet Divanı kavram hakkında açıklayıcı bir tanım yapmıştır. Komisyon v. Fransa davasında¹⁵⁷ benzer ürün kavramını, benzer nitelikler taşıyan ve tüketiciler açısından aynı ihtiyaçları karşılayan ürünler olarak tanımlamıştır. Bu çerçevede özellikle soyut bir unsur olarak tüketicilerin tercihi ve somut bir unsur olarak ürünlerin birbirleri ile rekabet gücü belirleyici olmaktadır. Tüketicilerin tercihi genellikle ürünlerin birbirine alternatif olarak görülmesi durumunda işlev kazanmaktadır. Yani aynı ihtiyaçların karşılanması bakımından birbirleri ile ikame edilebilecek ürünler benzer ürün olarak değerlendirilir. Ancak bu unsur çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple ürünlerin benzer olduğunun söylenmesi için birbirlerinin yerine ikame edilmesinin yanında birbirleriyle rekabet edebilir olması gerekmektedir.

1.4.1.2. Malların Menşei

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin uygulanma alanının tespiti bakımından malların menşei kavramı önem taşımaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler objeye ilişkin bir serbestidir ve bu hükümler ancak belli kaynaklı mallar bakımından uygulanmaktadır. Konu ile ilgili olarak ATA'nın 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası açık bir düzenleme içermektedir. Bu fıkraya göre malların serbest dolaşımına, gümrük birliğine ve üye ülkeler arasındaki miktar kısıtlamalarının yasaklanmasına ilişkin hükümler, üye ülkeler kaynaklı ürünlerle, üçüncü ülkelerden gelerek üye ülkelerde serbest dolaşım durumunda bulunan ürünlere uygulanır.

Bu hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere bir malın, malların serbest dolaşımı hükümleri çerçevesinde gümrük vergisi, ayrımcı dâhili vergi, miktar kısıtlamaları ve

¹⁵⁶ Kent, s.124.

¹⁵⁷ ABAD, 168/78 sayılı Komisyon v. Fransa kararı [1980], ECR. I-00347.

eş etkili sınırlamalara tabi olmaksızın serbestçe ithali, ihracı ve transit geçişinin mümkün olması için ilgili malların ya üye ülkelerden birinde üretilmiş olması ya da üçüncü ülke menşeli ise üye ülkelerden birinde serbest dolaşımında bulunması gereklidir.

1.4.1.2.1. Üye Ülke Menşeli Mallar

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerden faydalanacak mal gruplarından ilki üye ülkelerde üretilmiş olan mallardır. Malların menşesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren temel başvuru kaynağı olarak 2913/92 sayılı Topluluğun Gümrük Kodeksini Tespit Eden Tüzüğü¹⁵⁸ (Gümrük Kodeksi) Topluluk mallarına ilişkin 24'üncü maddesi üye ülke kaynaklı malları, bir üye ülkede üretilmiş veya önemli bir üretim aşaması teşkil eden, nihai olarak önemli ve ekonomik yönden değer arttıran işlenmesi ve dönüştürülmesi bir üye ülkede gerçekleşmiş mallar olarak tanımlamıştır.

Bu düzenlemenin irdelenmesiyle ortaya çıkan ilk sonuç, bir malın üye ülke menşeli sayılması için bütünüyle o üye ülke sınırları içinde üretilmiş olması gerekmediğidir. Üretimi haricinde, önemli işleme ve dönüştürme aşamalarının bir üye ülkede gerçekleştirilmesi, malın o üye ülkede üretilmiş sayılması bakımından yeterlidir. Bu çerçevede örneğin hammaddeler yahut diğer katkı sağlayan maddeler üçüncü ülkelerden temin edilse bile, malın bütünlüme işlemleri bir üye ülke tarafından gerçekleştiriliyorsa, bu mal üye ülkede üretilmiş sayılır¹⁵⁹.

Aynı şekilde düzenlemeden çıkarılacak önemli bir diğer sonuç ise bir malın üretimi iki yahut daha fazla ülkede yapıldıysa, bu malın hangi ülkenin malı sayılacağına ilişkindir. Bu düzenlemeye göre nihai olarak önemli ve ekonomik yönden değer arttıran işleme ve dönüştürme işlemlerinin gerçekleştirildiği yer malın üretildiği yer sayılır.

Bu konuda Adalet Divanı'nın *Brother International* kararı önemli açıklamalar içermektedir¹⁶⁰. Bu kararda öncelikle vurgu yapılan mevzu basit montaj işlemlerinin malların menşesine etki yapmadığı yönündedir. Yani malın esaslı özelliklerine etki etmeyen herhangi bir dönüştürme ya da birleştirme işlemi malın menşesi bakımından

¹⁵⁸ 2913/92 sayılı Topluluğun Gümrük Kodeksini Tespit Eden Tüzük' ABRG (1992) L. 302/1.

¹⁵⁹ Can, İç Pazar Hukuku, s. 214; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.594.

¹⁶⁰ ABAD, C-26/88 sayılı *Brother International* kararı [1989], ERC. I-04253.

önemsiz sayılacaktır. Kararda nitelikli işgücü, ileri teknoloji makineler ve montaj fabrikalarını gerektirmeyen işlemleri basit montaj işlemleri olarak tanımlamıştır. Ancak bu noktada dikkat etmek gerekir ki, basit de olsa yapılan işlemler malın ticari değerinde esaslı bir artış meydana getiriyorsa malın menşesine etki eder ve mal değer arttırıcı işlemin yapıldığı ülkenin malı sayılır¹⁶¹.

1.4.1.2.1. Üçüncü Ülke Menşeli Mallar

ATA'da yer alan hükümler uyarınca malların serbest dolaşımından faydalanacak mal gruplarından ikincisi, üçüncü ülke menşeli mallardır. Bu mallara ilişkin genel rejim uyarınca temel prensip, bu malların ilk giriş yaptığı üye ülkede serbest dolaşım halinde bulunmalarının sağlanmasıdır. Bu sebeple üçüncü ülke menşeli malların hangi durumlarda ilgili üye ülkede serbest dolaşımda bulunacağını tespit edilmesi ve bir kurala bağlanması gerekli görülmüştür. Bu konuya ilişkin açık düzenleme ATA'nın 24'üncü maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre:

“Üçüncü ülkelerden gelen, ithalat formaliteleri tamamlanmış, gerekli gümrük vergileri ve eş etkili resimleri bir üye ülkede alınmış olan ve bu vergi ve resimlerin tümünün veya bir bölümünün geri alınmasından yararlanmayan ürünlerin o üye ülkede serbest dolaşımda olduğu kabul edilir.”

Görüldüğü gibi üçüncü ülkelerde üretilmiş olan malların, bir üye ülkede malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler uyarınca serbest dolaşımda olabilmesi için üç şart vardır. Bunlar; ithalat formalitelerinin tamamlanmış olması, mevcut gümrük vergileri, resim ve ya harçların tahakkuk ettirilmiş olması ve eğer önceden bu mallardan vergi alınmışsa, iadeden yararlanmamış olmasıdır.

Bunlardan başka, malların Birlik içinde serbest dolaşımdan yararlanabilmesi için, malların üretimleri sırasında gerekli olan ara ve hammaddelerden fark giderici vergi olarak adlandırılan vergi kesintisinin yapılması gerekmediktedir. Böylece Birlik içinde üretilen ya da Birliğe gümrük vergilerinden kısmen ya da tamamen muaf olarak sokulan mallardan alınan fark giderici vergiler ile serbest rekabet düzeninin devamı sağlanır¹⁶².

¹⁶¹ Can, İç Pazar Hukuku, s. 214.

¹⁶² Rıdvan Karluk, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Sekizinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 349.

Üye ülkede üretilen ve üçüncü ülkelerde üretilmekle beraber bir üye ülkede serbest dolaşımda bulunan mal grubu dışındaki mallar, Gümrük Kodeksi 79'uncu maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, Birlik içinde serbest dolaşımda sayılmamaktadır. Ancak Birlik, kuruluşundan itibaren ATA'da yer alan malların serbest dolaşımına benzer hükümler içeren uluslararası ticaret anlaşmaları yapmakta ve tercihli menşe kuralları¹⁶³ çerçevesinde belirlenmiş olan mal gruplarının, ilgili anlaşma hükümleri çerçevesinde serbest dolaşımdan yararlanmasını sağlamaktadır¹⁶⁴. Bu duruma örnek olarak, AB- EFTA ülkeleri arasında kurulmuş olan Avrupa Ekonomik Alanı, Türkiye-AB arasında kurulmuş olan gümrük birliği gösterilebilir. Özel rejimli mallar kapsamında Türk menşeli malların durumu Türkiye – Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir gümrük birliği kurulması amacına dayanan Ankara Anlaşması ve bu gümrük birliğinin uygulama yöntemlerini belirleyen Katma Protokol ile bu belgeleri dayanak olarak düzenlenmiş olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarındaki hükümler çerçevesinde belirlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgiler son bölüm altında aktarılacaktır.

1.4.1.2.2. Özel Durumlar

Üye ülkelerde üretilmiş olan malların, hiçbir engelle karşılaşmaksızın serbest dolaşımda bulunacağını ATA hükümleri ile belirtilmiştir. Ancak üye ülkelerde üretilmiş olmakla beraber bu malların paralel ve yeniden ithalatları halinde durumun ne olacağı, serbest dolaşım hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı konusu önem arz etmektedir.

Paralel ithalat kavramı, fikri mülkiyet koruması altında bulunan ve bir ülkede yasal yollardan piyasaya sürülen orijinal malların buradan satın alınarak, herhangi bir kimseden izin almadan, hakkın korunduğu ve piyasasında aynı malların bulunduğu bir başka ülke pazarına ticari amaçla sokulması anlamına gelmektedir¹⁶⁵. Yine benzer olarak bir diğer tanım da Paralel İthalata İlişkin 26 Haziran 2002 tarihli OECD

¹⁶³ Tercihli menşe uygulamasında esas olarak taraf ülkeler arasında bir anlaşma yapılmakta ve bu anlaşma kapsamında belirli şartları sağlayan ve gerekli belgelere sahip eşyanın ithalinde tercihli rejim uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. B. Orhan Türel, “**Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi AB'nin Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi ve Menşe Kurallarına Türkiye'nin Uyumu**” (Uzmanlık Tezi), Gümrük Müsteşarlığı AB ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, 2003, ss. 63 vd.

¹⁶⁴ Can, İç Pazar Hukuku, s. 215.

¹⁶⁵ Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.91.

Raporu'nda yapılmıştır. Bu tanıma göre paralel ithalat, hak sahibi tarafından veya onun yetkilendirdiği bir kişi tarafından ihrac ülkende pazara sunulan gerçek malların üçüncü kişiler tarafından ve hak sahibinin izni olmaksızın başka bir ülkeye ithal edilmesidir¹⁶⁶. Bu durum genel olarak iki ülke arasındaki mevcut fiyat farkından kaynaklanmakta ve yasal olarak sayılan bu usul çerçevesinde paralel ithalatçılar malı ucuz olan ülkeden daha pahalı olan ülkeye ithal etmektedirler.

Paralel ithalata benzer bir uygulama da yeniden ithalattır. Yeniden ithalat yurtiçinde üretilerek diğer bir üye ülkeye ihrac edilmiş olan malların tekrardan yurtiçine ithal edilmesi anlamında kullanılmaktadır¹⁶⁷.

Her iki duruma ilişkin olarak Adalet Divanı verdiği kararlar ile açıkça paralel ithalat ve yeniden ithalat uygulamalarının malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin koruma kapsamı içinde bulunduğunu belirtmiştir¹⁶⁸. Bu yorumun dayanağı olarak da ATA'nın 28'inci ve 30'uncu maddelerine atıf yapmıştır. Bu çerçevede ilgili hükümlerin, malların üretim yerlerini göz önüne almaksızın ithalatın engellenmesine ilişkin her türlü girişimi yasakladığını, bu çerçevede paralel ithalat ve yeniden ithalat uygulamalarının, üye ülkelerde üretilen diğer mallarda olduğu gibi herhangi bir hukuka uygunluk gerekçesi bulunmadıkça engellenemeyeceğini belirtmiştir¹⁶⁹.

Ancak Adalet Divanı, ilgili korumanın ancak gerçek bir ticari işlemin varlığı halinde gerçekleşeceğini, ticari kurallara ilişkin ulusal mevzuat hükümlerinin dolandırılması amacıyla yapılan ithalat ve ihracat işlemlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁰. İlgili durumların tespiti bakımından genel ve kapsayıcı kıstaslar belirlenmesi mümkün olmadığından Adalet Divanı, genellikle somut olaylar üzerinde yaptığı yorumlarla çeşitli dayanak noktaları oluşturmaktadır. Örneğin yeniden ithalatın birbirini aralıksız olarak, ardı ardına takip eden ticari

¹⁶⁶ OECD, **Synthesis Report on Parallel Import, Joint Group on Trade and Competition**, 2002, s.4,

[http://www.oelis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/\\$FILE/JT00128903.PDF](http://www.oelis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/$FILE/JT00128903.PDF) [07.05.2009]

¹⁶⁷ Can, İç Pazar Hukuku, s.216.

¹⁶⁸ Reich, s. 100; ABAD, C-240/95 sayılı Schmit kararı [1996] ECR I-03179, p.10, ABAD, C- 229/83 sayılı Leclerc kararı [1985], ERC I-00179, p.26.

¹⁶⁹ ABAD, ABAD, C-240/95 sayılı Schmit kararı [1996] ECR I-03179, p.10, ABAD, C-201/94 sayılı Smith & Nephew and Primecrown kararı,[1996] ECR I-05819, p. 18-22, ABAD, C-379/97 sayılı Upjohn kararı [1999] ECR I-06927, p. 13 ve 14.

¹⁷⁰ ABAD, C- 229/83 sayılı Leclerc kararı [1985], ECR. I-00179, p.27, p.31/2(a).

aşamalar içinde gerçekleşmesi halinde, burada gerçek bir ticari işlemin varlığından şüphe duyulacağı ve ulusal mevzuat hükümlerinin dolanılması amacının olası olduğu yorumunu yapmıştır¹⁷¹.

Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler, her bir ticari aşamayı kendi içerisinde birbirinden bağımsız olarak koruduğundan dolayı, bu aşamaların her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin ilaç sektörü alanı bu bakımdan özellik gösteren bir alandır. Gerçekten de ilaç pazarı içerisinde genellikle yeniden ithalat sıklıkla uygulanmakta, büyük firmalar ürettikleri ilaçları toptan olarak yurtdışına ihraç etmekte, yerel pazarda bulunan perakende firmalar da (eczaneler) bu ilaçları tekrar ithal etmektedirler. Çok yoğunlukla uygulanan bu durum karşısında Adalet Divanı, verdiği kararlar ile açıkça bu durumun ATA'nın 28'inci maddesi anlamında malların serbest dolaşımı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, ayrı ticari aşama oluşturan bu iki işlem kapsamında yasaların dolanılması durumunun mevcut olmadığına hükmetmiştir¹⁷².

1.4.2. Malların Serbest Dolaşımının Şahsi Uygulama Alanı

1.4.2.1. Yararlananlar

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler, malları konu almakta ve malların üye ülkeler arasındaki sınır aşan ticaretini düzenlemektedir. Bu çerçevede ilgili mal akışı içerisinde, çeşitli sözleşmeler yapmak yoluyla giren bireyler yer almakta ve dolaylı olarak bu hükümlerden etkilenmektedirler. Bu çerçevede ilgili hükümlerden faydalananların anlaşılması ve sınırların çizilmesi uygulama bakımından oldukça önemlidir.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin objeyi konu alan niteliği gereği, bu serbestîden faydalanan kişilerin, kişisel farklılıkları esasıyla sınırlandırılması yoluna gidilmemiştir. Gerçekten de yapılacak bu nevi bir sınırlama ilgili hükümlerin amacı ile bağdaşmamaktadır. Çünkü burada temel amaç malların ithalini, ihracını, satımını ve alımını hiçbir yasal-fiili engele maruz bırakmadan gerçekleştirmektir. Malların sınır-aşan ticaretini engelsiz olarak gerçekleştirmeyi

¹⁷¹ ABAD, C- 229/83 sayılı Leclerc kararı [1985], ECR. I-00179.

¹⁷² ABAD, C-322/01 sayılı DocMorris kararı [2003], ECR. I-14887, p. 130.

hedef alan bu serbesti, ilgili işlemlere katılan şahısların kişisel özelliklerinden bağımsız olarak yalnızca malların menşesi etrafından şekillenir.

Benzer bir yorum da ATA'nın lafzından çıkarılabilir. Malların menşei konusunda açık ve belirleyici tanımlar yapan ve ayrımları gösteren ATA 24'üncü maddeye rağmen, ilgili metinde bu serbestîden faydalanmak bakımından vatandaşlık esasına yahut diğer bir farklılığa dayalı ayırım yaratılmamıştır. Aynı şekilde bu çeşit bir ayırım yaratan ve malların serbest dolaşımı hükümlerinden faydalanan kişileri sınırlayan bir Adalet Divanı kararı da bulmak mümkün değildir. Bu çerçevede mallarını ihraç eden, ithal eden, satan ya da alan kişiler üye ülke vatandaşları olabileceği gibi, üçüncü ülke vatandaşları, vatansızlar dahi olabilir¹⁷³.

Bu noktada son olarak mal akışı içerisinde katılan kişilerin vatandaşlık yahut diğer bir nedenle kişisel özelliklerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalması durumunda, ATA'nın hangi maddeleri uyarınca hukuksal koruma talep edeceği, malların serbest dolaşımı hükümlerine mi yoksa ATA'nın 12'inci maddesinde düzenlenmiş olan genel ayrımcılık yasağı hükümlerine mi dayanacağıdır. Bu sorunun tartışılması aşamasında önemle üzerinde durulması gereken nokta, daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, gerçekleşen ayrımcılık durumunun, sınır aşan mal akışına etki edip etmediğidir. Gerçekten de Divan incelediği davalarda öncelikle malların ithaline ya da ihracına negatif etkinin var olup olmadığını dikkate almakta, eğer böyle bir etkinin var olmadığı sonucuna varıyor ise burada ATA'nın 12'inci maddesi gereğince genel ayrımcılık yasağına dayanılması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁴.

1.4.2.2. Yükümlüler

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından, bu hükümlerin kimler için yükümlülük yarattığının belirlenmesi çok önemlidir. Bu belirleme sayesinde, hem kimlerin işlemleri sırasında ilgili hükümleri göz önüne alması gerektiği anlaşılacak hem de aykırı davranışlar halinde kimleri sorumluluk altına gireceği belirlenecektir.

¹⁷³ Can, İç Pazar Hukuku, s.207.

¹⁷⁴ ABAD, C-92/92 ve C-326/92 sayılı Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH ortak kararı [1993] ECR. I-05145.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin temel muhatabı üye ülkelerdir. ATA'nın 28 ve 29'uncu maddeleri, üye ülkeler için açıkça belirtilen bu yükümlülük, Divan'ın genişletici yorumu ile daha belirgin hale getirilmiştir. Adalet Divanı yorumlarına göre ülke teşkilatı olarak tüm kamusal ve yarı kamusal yapıların, yönetsel, bölgesel ve yerel otoritelerin, ulusal yasama gücü tarafından düzenleme yetkisi verilen birliklerin, ülke tarafından ve ya onun desteği ile kurulan toplulukların eylemleri bu kapsamda değerlendirilmiştir.¹⁷⁵. Ayrıca ulusal mahkemeler de, eylemleri bakımından malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlere uygun davranmakla yükümlü kılınmışlardır¹⁷⁶.

Ülke teşkilatının bir parçası olmasa da, eylemleri ve düzenlemeleri Ülke tarafından üstlenilmesi beklenen ya da Ülkeye atfedilebilecek yapıların eylemleri de, malların serbest dolaşımı hükümleri uyarınca üye ülkelerin sorumluluğunu doğurmaktadır¹⁷⁷. Adalet Divanı, bu yorumu *Buy Irish* kararı¹⁷⁸ ile yapmıştır. İlgili davada, İrlanda hükümeti, yerel malları destekleyen bir ilan ve reklâm kampanyasına destek vermiş, konu da ilgili eylemin kotaya eş etkili bir önlem olup olmadığının tespiti amacıyla Adalet Divanı önüne getirilmiştir. Divan tarafından bu uygulama eş etkili bir önlem olarak değerlendirilmiştir. Buna göre mahkeme, yerel malların tüketimini destekleyen bir kampanyanın, yabancı malların ithalatını etkili bir şekilde engelleyeceğine hükmetmiş, bu eylemi gerçekleştiren bir özel teşebbüs olduğu halde İrlanda hükümetini ATA'nın 30'uncu maddesinde öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmakla sorumlu tutmuştur. Çünkü Komisyon raporunda da açıkça belirtildiği gibi, bu özel teşebbüsün yönetim kurulu ülke tarafından görevlendirilmekte ve bu kampanya açıkça ülke tarafından desteklenmektedir. Bu sebeple ilgili eylemlerin üye ülkeye atfedilebilirliği konusunda hiçbir şüphe yoktur¹⁷⁹.

¹⁷⁵ ABAD, C-266 ve C-267/87 sayılı *The Queen v Royal Pharmaceutical Society of Great Britain* kararı [1989], ECR. I- 01295; İlgili kararda meslek birlikleri, ülke alt yapısı olarak nitelendirilerek, malların serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükümlerine aykırı kararları dolayısıyla sorumlu tutulmuşlardır. Ayrıca bkz. Kent, s.127; Woods, s.36.

¹⁷⁶ Richard Owen, **Essential European Community Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 1998, s.89; Jukka Snell, "Private Parties and the Free Movement of Goods and Services", **Services and Free Movement in EU Law**, der. Mad Andenas ve Wulf-Henning Roth, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 219.

¹⁷⁷ Owen, s.89.

¹⁷⁸ ABAD, C-249/81 sayılı *Buy Irish* kararı [1982], ECR. I-04005.

¹⁷⁹ ABAD, C-249/81 sayılı *Buy Irish* kararı [1982], ECR. I-04005, p.7; Snell, s. 219.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerden dolayı üye ülkeleri asıl yükümlü olarak gösteren ATA maddelerini derinleştiren en önemli Adalet Divanı kararlarından biri de 265/95 sayılı *Fransa -Komisyon* kararıdır¹⁸⁰. Bu karar ile çok önemli bir içtihat yaratılmış ve özel kişilerin malların serbest dolaşımını engelleyici eylemleri dolayısıyla üye ülkelerin alması gereken önlemleri almakta hataya düşmeleri halinde, üye ülkeler aynen anlaşma hükümleri gibi doğrudan sorumlu olarak gösterilmiştir¹⁸¹.

İlgili içtihat kapsamında öncelikle üye ülkede bulunmakta olan özel kişilerin malların serbest dolaşımını engelleyen ve ya zorlaştıran bir eylemde bulunmaları gereklidir. Ancak bu üye ülkelerin sorumluluğunun doğması bakımından yeterli görülmemiş bunun yanında, üye ülkenin, özel kişilerin bu eylemleri karşısında gerekli ve orantılı önlemleri almakta gecikmesi ya da ihmalinin bulunması aranmıştır. Burada Adalet Divanı, ATA'nın 5'inci (yeni md.10) ve 30'uncu (yeni md.28) maddelerine dayanmıştır. Üye ülkeler arasındaki miktar kısıtlamalarını yasaklayan 30'uncu maddeye nazaran, bu içtihadın oluşmasında asıl etkisi olan 5'inci (md.10) maddedir. Bu madde uyarınca üye ülkeler, ATA'dan ya da Birlik kurumlarının tasarruflarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayacak genel ve özel nitelikli tüm önlemleri almakla ve Birliğin görevlerini yerine getirmesini kolaylaştırmakla yükümlü kılınmışlardır. Bu çerçevede her üye ülke, ATA'da yer alan düzenlemelere aykırı birey davranışlarını engellemek zorundadır. Eğer alınması gereken önlemler ve yaptırımlar gerçekleştirilmezse, doğrudan bu kişilerin eylemlerinden üye ülke sorumlu olacaktır.

Bu içtihat ardından üye ülkelerin, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen benzer engelleyici eylemlere karşı harekete geçip geçemediğinin etkin bir şekilde Birlik tarafından denetlenmesi amacıyla, 2976/88 sayılı Tüzük¹⁸² çıkarılmıştır. ATA'nın 308'inci maddesini dayanak alan bu tüzük uyarınca, üye ülkelere, malların serbest dolaşımını engelleyici eylemleri Komisyona bildirme yükümlülüğü yüklenmiş, bu yolla Birliğin ilgili ihlallerden erken uyarı sistemiyle haberdar olarak gereken süreçleri başlatmasının sağlanması istenmiştir.

¹⁸⁰ ABAD, 265/95 sayılı Fransa -Komisyon kararı [1997], ECR. I-06959.

¹⁸¹ Craig ve De Burca, s.675; Woods, ss. 31-32; Reich, s.101.

¹⁸² 2976/88 sayılı Konsey Tüzüğü ABRG (1998) L. 337/8.

Üye ülkelerin, özel kişilerce gerçekleştirilen eylemlerden sorumluluğu ile bağlantılı olarak aktarılması gereken bir nokta da, bireysel temel haklar ile malların serbest dolaşımını koruyucu hükümlerin çatışmasıdır. Bu noktada malların serbest dolaşımını engelleyen mitingler, toplantılar ve ya söylemler gerçekleştiren bireylerin, kendi ulusal düzenlemeleri çerçevesindeki temel haklarına dayanmaları halinde, temel hakların korunmasının mı yoksa Birliğin temel serbestilerinin mi üstün tutulacağı Birlik hukuk düzeni bakımından önemli bir soru olmuştur.

Bu konuya ilişkin olarak Adalet Divanı'nın verdiği *Schmidberger* kararı¹⁸³ oldukça önemlidir. Ön karar usulünce Adalet Divanı önüne getirilen olayda, Avusturya'da karayollarındaki yoğun trafik yüzünden artan çevre kirliliğine karşı çevreciler, günler süren protestolar gerçekleştirerek yolu trafiğe kapamışlardır. Trafiğe kapatılan bu yolu mallarının transferi amacı ile kullanan Schmidberger isimli Alman şirketi ise, bu eylemlerin malların serbest dolaşımını engellediğini, çünkü bu yolun Almanya'da ürettiği malları Avusturya ve İtalya'ya transfer etmek için ağır kamyonlarının kullandığını belirtmiştir. Avusturya ise bu duruma ilişkin verdiği cevapta, bireylere ulusal düzenlemeler çerçevesinde verilmiş olan toplanma ve ifade özgürlüğü çerçevesinde, bu eylemlere müdahale etmeyeceğini, bunun onlar için kısıtlanamaz temel hakları olduğunu bildirmiştir. Bu noktada Adalet Divanı öncelikli olarak bu eylemlerin açıkça malların serbest dolaşımını sınırladığını ifade etmiş, ardında da bu sınırlamanın, Avusturya ulusal mevzuatında düzenlenmiş olan ifade ve toplanma özgürlüğü çerçevesinde haklı görülüp görülemeyeceğini değerlendirmiştir. Yapılan ayrıntılı incelemeler sonucunda Adalet Divanı, temel hakların korunması gerekçesini, ATA çerçevesinde benimsenmiş olan serbest dolaşım özgürlüklerinin sınırlanması bakımından haklı görmüştür. Böylelikle ilk kez temel hakların korunması, malların serbest dolaşımının sınırlandırılması için ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri olarak kabul edilmiş ve üye ülkelerin, bireylerin malların serbest dolaşımını engelleyici eylemleri karşısında hareketsiz kalmalarını, temel hakların korunması gerekçesiyle haklı görebileceği anlaşılmıştır¹⁸⁴.

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında ATA'nın 31'inci maddesi ile doğrudan üye ülkeleri muhatap alır nitelikte bir hüküm düzenlenerek,

¹⁸³ ABAD, C-112/00 sayılı Schmidberger kararı[2003], ECR. I-05659.

¹⁸⁴ Epiney, ss. 230-232; Can, İç Pazar Hukuku, s. 210.

ticari nitelik taşıyan tekellerini, malların temini ve pazarlanması koşullarında herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını sağlayacak şekilde düzenlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Yeniden yapılandırma yükümlülüğü olarak adlandırılan bu düzenleme temel olarak üye ülkelere yönelik olsa da aynı maddenin devamında, yükümlülüğün bir üye ülkenin, üye ülkeler arasındaki ithalatı veya ihracatı hukuken ve fiilen, doğrudan ya da dolaylı olarak denetlemesine, belirlenmesine ve ya hissedilir biçimde etkilemesine vasıta olan bütün kuruluşlara ve aynı şekilde ülke tarafından üçüncü kişilerin yetkisine bırakılan tekelere yöneltildiği belirtilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde üye ülkeler, ithalatı veya ihracatı hukuken ve fiilen, doğrudan ya da dolaylı olarak denetlemesine, belirlenmesine ve ya hissedilir biçimde etkilemesine vasıta olan bütün kuruluşlar ve bir üye ülke tarafından ticari nitelikteki tekelleri yetkisine sahip olan üçüncü kişiler, tekellerini malların temini ve pazarlanması koşullarında herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını sağlayacak şekilde düzenleme ve üye ülkeler arasındaki gümrük vergilerinin ve miktar kısıtlamalarının yasaklanmasına ilişkin maddeler kapsamını daraltan önlemler almaktan kaçınmakla yükümlüdürler.

1.4.3. Gümrük Birliği

1.4.3.1. Gümrük Birliğinin Tanımı

Gümrük birliğinin ifade edilmesine ilişkin doktrinde ve Uluslararası düzenlemelerde birçok tanımlama yapılmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

“ Gümrük Birliği, akit tarafların hepsinde tek bir tarife uygulandığı, birliğe üye olmayan Ükelere karşı tek bir gümrük barajının var olduğu, birlik içindeki üyeler arasındaki mal alışverişlerinde uygulanan gümrük vergilerinin tamamen ortadan kaldırıldığı, üçüncü ülkelere gelen mallardan alınan vergilerin üyeler arasında paylaşıldığı bir birliktir.”¹⁸⁵

¹⁸⁵ Can ve Özen, s. 141.

“ Gümrük Birliği, üye ülkeler arasında ticaretin tamamen serbest bırakıldığı, birliğe üye olmayan ülkelere karşı ise ortak bir gümrük tarifesinin uygulandığı bir iktisadi bütünleşme türüdür.”¹⁸⁶

Benzer yönde bir diğer tanımlama da, Tarife ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)’nda yapılmıştır. Bu tanımlamaya göre:

“ Gümrük Birliği, iki veya daha fazla gümrük sahasının tek bir gümrük alanı altında birleştirilmesidir. Böylece:

a. Gümrük vergileri ve diğer ticareti sınırlandırıcı düzenlemeler, gümrük birliğini oluşturan ülkeler arasındaki tüm ticari alanda veya en azından bu ülkeler menşeli malların ticaretinde kaldıracaktır,

b. Gümrük birliğine dâhil olmayan ülkelere karşı gümrük birliği ile aynı gümrük vergileri ve ticaretle ilgili hukuksal düzenlemeleri uygulayacaklardır.”¹⁸⁷

Gümrük birliğine ilişkin yapılmış birbirinden farklı birçok tanımlama mevcut ise de, her birinde belirleyici olan unsurlar birliğe dâhil olan üye ülkeler arasındaki mal ticaretine uygulanan gümrük vergileri ve eş etkili vergilerin kaldırılması ve üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesinin uygulanmasıdır. Bu noktada üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesi uygulaması unsuru ile birlikte gümrük birliğinin, yalnızca üyeleri arasındaki ticarete uygulanan gümrük vergilerinin kaldırıldığı serbest ticaret bölgelerine göre, daha ileri bir bütünleşme modeli olduğu söylenebilir¹⁸⁸.

1.4.3.2. Gümrük Birliğine İlişkin Anlaşma Hükümleri

ATA’da gümrük birliğinin tanımına ilişkin açık bir madde yoktur. Buna karşın metin gümrük birliğini, üzerine kurulduğu unsurların belirtilmesi yolu ile

¹⁸⁶ M. Faysal Gökalp ve Aynur Yıldırım, “Türkiye- AB Gümrük Birliği Sürecinin Ekonomik Etkileri”, **Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye**, der. Turgay Uzun ve Serap Ören, Birinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.263.

¹⁸⁷ Bkz. GATT m. XXIV, p. 8.

¹⁸⁸ Nahit Töre, “Ekonomik Bütünleşme Kuramı”, **Avrupa Birliği El Kitabı**, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995, s. 71; Mehmet Arslan, **Dolaylı Vergiler ve Türkiye’nin AB’ye Giriş Sürecinde Dolaylı Vergileri Uyumlaştırma Çalışmaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2005, s. 17; Ramazan Kılıç, **Türkiye- AB İlişkileri ve Gümrük Birliği (Ekonomik Entegrasyon ve Gümrük Birlikleri Teorisi)**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2002, ss. 12-13.

dolaylı olarak tanımlanmıştır. ATA'nın 23'üncü maddesinde açıkça hüküm altına alındığı üzere malların serbest dolaşımı, Birlik mal alışverişlerinin tümünü içersine alan ve üye ülkelerarasındaki ithalat ve ihracata uygulanan gümrük vergileri ve eş etkili resimlerin yasaklanması ile üçüncü ülkelerle ilişkilerinde ortak gümrük tarifesinin kabulünü kapsayan bir gümrük birliğine dayanır. Bu maddeden de çıkarılacağı gibi gümrük birliği;

(a) Birliği oluşturan üye ülkelerin kendi aralarında ithalat ve ihracatta mallara uygulanacak gümrük vergilerinin ve eş etkili önlemlerin kaldırılması

(b) Birliği oluşturan ülkeler dışındaki tüm ülkeler bakımından ortak gümrük tarifesi uygulanması unsurlarını içerir.

AET'yi kuran Roma Andlaşması'nın 12-17 maddeleri arasında düzenlenen ithalat ve ihracatta mallara uygulanacak olan gümrük vergilerinin ve eş etkili önlemlerin kaldırılmasına ilişkin kurallar, 1968 yılında gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. Bu maddelerden yalnızca 12'nci madde (ATA md. 25) yürürlükte kalmıştır. Bu maddeye göre ithalat ve ihracatta yeni gümrük vergisi ve eş etkili önlem yasaklanmıştır. Ayrıca 1 Ocak 1968 tarihinde gümrük vergilerinin kaldırılması yanında OGT de uygulanmaya başlanmıştır.

Gümrük birliğine ilişkin hükümlerin kapsamındaki mallar, ATA'nın 23'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu madde uyarınca Birliğin gümrük birliğine ilişkin ATA'nın 25 ve devamı maddeleri üye ülke kaynaklı mallar ile üçüncü ülkelere gelen ve üye ülkelerde serbest dolaşım durumunda bulunan mallara uygulanır. 24'üncü maddede ise üçüncü ülke menşeli malların hangi durumlarda, ilgili hükümler kapsamında değerlendirileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre üçüncü ülkelere gelen, ithalat formaliteleri tamamlanmış, gerekli gümrük vergileri ve eş etkili resimleri bir üye ülkede alınmış olan ve bu vergi ve resimlerin tümünün ve ya bir bölümünün iadesinden yararlanmamış malların, o üye ülkede serbest dolaşımında bulunacağı belirtilmiştir.

ATA'da gümrük birliği bölgesinin belirtilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 'Gümrük Birliği Bölgesi' kavramına ilişkin bu boşluk 1987 tarihli Gümrük Birliği Bölgesi Hakkında Tüzük ile doldurulmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemenin 1'inci maddesine göre, üye ülkelerin egemenliği altındaki toprakların

tümü Birliğin gümrük bölgesidir. Bu düzenlemeye karşın, aynı Tüzük ile üye ülkelerin egemenliği dâhilinde olan belirli bölgelerin, örneğin Danimarka, Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya'nın bazı bölgeleri, gümrük birliğinden istisna edilmiştir. Bundan başka üye ülkelerin hava sahaları ve suları da gümrük bölgesi içerisinde sayılmaktadır¹⁸⁹.

Ayrıca Birliğin üçüncü ülkelerle yaptığı uluslararası anlaşmalar yolu ile gümrük birliği alanının etkisini genişletmektedir. Buna en iyi örnek Türkiye ile Avrupa Birliği arasında gerçekleştirilen gümrük birliğidir.

1.4.3.3. Gümrük Vergileri ve Eş Etkili Vergilerin Kaldırılması

Avrupa Birliğini oluşturan üye ülkelerin kendi aralarındaki ithalat ve ihracatta, ticarete konu olan mallara uygulayacakları gümrük vergilerini ve eş etkili önlemleri kaldırmaları, Birliğin gümrük birliği bakımından temel unsurdur. Bu çerçevede Avrupa Birliğinin çekirdeği olarak görülen gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi amacına dönük olarak, AET'yi kuran Roma Andlaşması'nda, gümrük vergileri ile eş etkili vergilerin kademeli olarak kaldırılması bakımından geçiş dönemleri öngören düzenlemelere gidilmiştir.

Bu kapsamda Roma Andlaşması'nın 11'inci maddesi ile üye ülkeleri muhatap alan genel bir düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye göre üye ülkelerin, belirlenen süreler içinde gümrük vergisi konusunda, bu Andlaşmaya uygun olarak kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmelerine imkân sağlayacak her çeşit uygun tedbirleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm ile üye ülkelerin gümrük vergileri ve eş etkili vergilere ilişkin Birlik düzeyinde gerçekleştirilecek düzenlemelere hızlı bir şekilde uyum sağlamaları ve uygulanacak programların engelsiz bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Bu madde ardından 12'inci madde ile üye ülkelere mevcut durumu muhafaza yükümlülüğü yüklenmiş ve üye ülkelerin kendi aralarındaki ticarete yeni gümrük vergileri ve eş etkili vergiler koymaktan ve mevcut vergileri arttırmaktan kaçınmaları gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁰.

Mevcut gümrük vergilerinin kaldırılmasına yönelik Roma Antlaşması'nın 12 ila 17'inci maddeleri arasındaki düzenlemeler uyarınca gümrük vergileri ve eş

¹⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz, Lasok, The Trade Law, ss. 50-51.

¹⁹⁰ Karluk, s. 350.

etkili vergilerin 12 yıllık bir geçiş dönemi içerisinde kademeli olarak kaldırılması öngörülmüştür. Roma Andlaşması'nın 14 ve 15'inci maddelerinde düzenlenen geçiş dönemlerine ilişkin plan dâhilinde bu geçiş dönemlerinin üç aşamalı olarak gerçekleştirilmesi kararlaştırılmıştır. Bu üç aşama 1 Ocak 1958 ile 31 Aralık 1961 tarihleri arası ilk dönem, 1 Ocak 1962 ile 31 Aralık 1965 tarihleri arası ikinci dönem ve 1 Ocak 1966 ile 31 Aralık 1969 tarihleri arası son dönem olan üçüncü dönem olarak planlanmıştır¹⁹¹. Bu plan dâhilinde 1 Ocak 1957 tarihi itibarıyla uygulanan gümrük vergileri esas alınarak gümrük indirimleri uygulanacak ve üçüncü dönemin sonu olan 31 Aralık 1969 tarihinde gümrük vergileri tamamen kaldırılmış olacaktır.

Belirtilen bu dönemler kendi içerisinde yeni üç alt döneme ayrılmış ve her bir dönem içerisinde, üye ülkelerin uyguladıkları gümrük vergilerini %10 oranında azaltmaları öngörülmüştür. Buna göre 1 Ocak 1958 tarihinde başlayan ilk dönem 1 Ocak 1959 tarihine kadar ilk alt dönemi oluşturmuş ve 1 Ocak 1957 tarihindeki gümrük vergi oranları %100 üzerinden hesaplanarak, mevcut vergiler %10 oranında aşağıya çekilerek ve %90 oranında uygulanmıştır. Aynı yönde ilk dönem içerisinde 1 Ocak 1959 ile 1 Temmuz 1960 tarihleri arası ikinci alt dönem olarak %10 indirimle gidilmiş ve mevcut vergiler %80 oranında uygulanmıştır. İlk dönem içerisindeki son alt dönem olarak 1 Temmuz 1960 ile 31 Aralık 1961 tarihleri arasında da %10'luk indirimle gidilerek vergi oranları ilk dönem içerisinde %70 oranına kadar geriletilmiştir. Benzer şekilde ikinci dönem içerisinde oluşturulan alt dönemler ile her bir alt dönemde yapılan %10 oranındaki indirimlerle, 31 Aralık 1965 tarihinde mevcut vergi oranları %40 oranında kadar indirilmiştir. Son döneme geçildiğinde, planlanan oranlardan daha fazla olarak indirimle gidilmesi sonucu, gümrük vergilerinin sıfırlanması öngörülen 31 Aralık 1969 tarihinden daha önce, 1 Temmuz 1968 tarihi itibarıyla gerçekleşmiştir¹⁹².

Gümrük vergilerinin kaldırılmasına ilişkin plan çerçevesinde Komisyon tarafından yapılan bir düzenleme kapsamında, gümrük vergilerinin kaldırılması sürecine paralel olarak, Birlik üyesi ülkelerin uygulayacakları fark giderici vergilerin yükseltilmesi uygulamasına gidilmiştir. Bu kapsamda gümrük vergi oranlarının hissedilir oranda azalmaya başladığı 1960 yılından başlayarak 1968 yılına kadar

¹⁹¹ Karluk, s. 351.

¹⁹² Karluk, s.351.

sürmesi öngörülen dönemler, yine kendi aralarında gruplara ayrılarak fark giderici vergilerde artırımı gidilmiştir. Bu vergi oranları 28 Haziran 1968 tarihinde ortak gümrük tarifesi ile belirlenen vergi oranlarının % 100'üne ulaşmıştır. Bu uygulama ile amaçlanan, taraflar arasında gümrük vergilerinin kalkması dolayısıyla ortak gümrük tarifelerinden yaşanan sapmalar durumunda, ithalatçı ülkenin göreceği zararların, ortak gümrük tarifesinde belirlenmiş oranlar kapsamında alınan fark giderici vergilerle engellenmesidir¹⁹³.

Gümrük birliğinin etkin bir şekilde gerçekleşmesi bakımından gümrük vergilerine eş etkili vergilerin de kaldırılması gerekli görülmüştür. İlgili kavramın tanımı Adalet Divanı, tarafından bir malın sırf bir sınırdan diğerine geçmesi sebebiyle tek taraflı olarak yükletilen herhangi bir parasal ödemeler şeklinde yapılmıştır¹⁹⁴. Ayrıca amacı ve uygulanma şekli nasıl olursa olsun, bir malın sırf bir sınırdan diğerine geçmesi nedeniyle tek taraflı olarak yükletilen herhangi bir mali yükün, dar anlamda gümrük vergisi olmasa dahi ve hatta ülke adına yapılsa dahi, gümrük vergisine eş etkili bir önlem sayılacağı kabul edilmiştir¹⁹⁵. Kurucu Andlaşma hükümleri ile yasaklanan eş etkili önlem yasağı, üye ülkelerin aldıkları önlemler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Gümrük vergisine eş etki yaratan bu önlemlerin ortadan kaldırılması bakımından Adalet Divanı önemli görevler yerine getirmektedir. Gerçekten de Adalet Divanı, bu alana ilişkin kararları hem yasak kapsamının daha belirgin hale gelmesine hem de yasaklamanın sınırlarının genişletilmesine hizmet etmektedir. Bu şekilde bir yandan hangi tür uygulamalar ile gümrük vergilerine eş etkinin ortaya çıktığı belirlenmekte hem de üye ülkelerin bu uygulamalardan kaçınması sağlanmaktadır.

1.4.3.4. Ortak Gümrük Tarifesi

1 Ocak 1968 tarihinde gümrük vergilerinin kaldırılması yanında OGT de uygulanmaya başlanmıştır. Üçüncü ülkelerden yapılacak ithalat işlemlerinde Birliğe üye ülkelerin uyguladığı ortak gümrük oranlarını belirten OGT, 950/68 sayılı ve 1968 tarihli Konsey tüzüğü ile yürürlüğe girmiş ve üye ülkeler arası ithalat ve

¹⁹³ Türkiye-AB Gümrük Birliği, **TürkAtlas**, 2007, <http://www.turkatlas.com/modules.php?name=News&file=print&sid=515> (26.02.2009).

¹⁹⁴ Green Hartley ve Usher, s. 31; Dominik Lasok ve K. Paul Lasok, **Law and Institutions of the European Union**, Sixth Edition, Butterworths Publishing, London, 1994, s.384.

¹⁹⁵ ABAD, C-158/82 sayılı Komisyon v. Danimarka Kararı [1983] ECR. I- 03573.

ihracata uygulanan gümrük vergilerinin kaldırılması işlemleriyle aynı dönemde uygulamaya geçmiştir¹⁹⁶.

OGT, gümrük birliğine asıl niteliğini kazandıran en önemli unsurlarından biridir. Temel olarak OGT, Birlik üyesi ülkelerin kendi aralarında yaptıkları ticaret bakımından değil, üçüncü ülkelerle yaptıkları mal alışverişlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna rağmen OGT'nin malların serbest dolaşımının temel unsurlarından biri olmasının nedeni, özellikle üçüncü ülkelerden bir üye ülkeye ithal edilen malların, ithal işlemleri tamamlandıktan sonra iç pazarda serbestçe dolaşabilmesinden kaynaklanır. Gerçekten de ulusal gümrük tarifesi yüksek olan ülkelerin ithalatçıları, yapacakları ithalat işlemlerini yüksek gümrük vergileri ödeyerek doğrudan ihracatçı üçüncü ülkeden almak yerine, gümrük vergisi düşük olan üye ülke üzerinden gerçekleştirirler. Bu yolla artık iç pazara dâhil olmuş ürünler, üye ülkeler arasında gümrük vergileri kalktığı için, gümrük vergisi ödenmeksizin, yalnızca yapacağı ulaşım masrafları ile elde edilebilecektir. Bunun sonucunda da gümrük oranları daha düşük olan üye ülke ithalatçıları eşit olmayan şartlar altında ticaret yapmak zorunda kalacaklar, dezavantajlı duruma düşeceklerdir¹⁹⁷. Tüm bu sebeplerle hem benzer uygulamaların önüne geçilmesi hem de gümrük birliği hedefinin etkin şekilde gerçekleştirilmesi amacı ile üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesi uygulanması kararlaştırılmıştır.

OGT'nin uygulamasına ilişkin hükümler Roma Andlaşması'nın 18-29'uncu maddelerinde düzenlemiştir. Geçiş dönemleri ve bu dönemler kapsamında uygulanacak OGT oranlarının düzenlendiği bu hükümlerin kaldırılması, değiştirilmesi ve uygulamasının durdurulması bakımından Birlik organları geniş yetkilerle donatılmış, Birliğe üye ülkelerin konuya ilişkin hiçbir yetkisi kalmamıştır. Bu çerçevede Amsterdam Andlaşması ile 18- 27 maddeleri kaldırılmıştır. Ayrıca Birlik organları üçüncü ülkelerle yapılan ticari anlaşmalar ve ya ortaklık anlaşmaları yolu ile tarife oranlarını değiştirebilmektedirler¹⁹⁸.

AET üyesi ülkeler 1 Ocak 1957'de Almanya, Fransa, İtalya ve Benelux ülkelerinde uygulanan gümrük vergilerinin aritmetik ortalaması üzerinden Ortak

¹⁹⁶ Kent, ss. 120 – 121; Green, Hartley ve Usher, s. 29.

¹⁹⁷ Karluk, s. 353.

¹⁹⁸ Can, İç Pazar Hukuku, s. 232.

Gümrük Tarifesini belirlemişlerdir. 12 yıllık geçiş dönemi boyunca üye ülkeler; ortak gümrük tarifesi ile ulusal tarifeleri arasındaki farkları kaldırmışlardır. Sonraki yıllarda, Birliğe üye olan ülkeler de kısa süre içinde ortak gümrük tarifesine tam uyum sağlamakla yükümlü tutulmuştur.

OGT ile üçüncü ülkelere uygulanan vergi oranları ve tercihli vergi oranları belirlenmiş, ticareti yapılan tüm mal grupları ayrıntılı olarak tasnif edilmiştir. Her bir mal için ayrıca oluşturulan dizinler içerisinde ayrıca malları gruplamak amacıyla dört haneden oluşan bir numara verilmiş, bu sayede malların birbirinden ayrılması sağlanmıştır. Oluşturulmuş olan bu dizinler çerçevesinde belirlenmiş olan vergi oranları çeşitli sebeplerle sürekli olarak değişikliğe uğramaktadır. Bu sebepler imzalanan özellikle üçüncü ülkeler ya da uluslararası örgütlerle imzalanan ticaret ve ortaklık anlaşmalarıdır.

Gerçekten de günümüzde Birlik imzalamış olduğu gümrük tavizlerini içeren anlaşmalar¹⁹⁹ sebebiyle, artık Birlik ithalatının önemli bir bölümü OGT oranlarının çok altında vergilerle veya muaf olarak gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede Birliğin tercihli rejim kapsamında uyguladığı oranlar ayrıntılı olarak TARIC'te yer almaktadır. TARIC, Birliğin mal bazında üçüncü ülkelere karşı uygulamakta olduğu rejime kaynaklık eden ve bir bütün olarak ulaştırılması istenen tüm bilgileri içeren bir rehber niteliğindedir. İlk olarak 1987 yılında Komisyon tarafından düzenlenmiş olan ve Birliğin dış ticaret ilişkilerini açıkça ortaya koyan bu düzenlemelerde Birliğin üçüncü ülkelere karşı uygulamakta olduğu tarife kotalarını, ihracat kısıtlamalarını, ihracat yasaklamalarını, ithalat yasaklarını, kısıtlamalarını v.b. uygulamalarını ürün sınıflarıyla görmek mümkündür. Hukuki bağlayıcılığı olmayan bu belge, yaşanan gelişmeler sebebiyle her yıl yenilenmekte ve Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanmaktadır.

¹⁹⁹ Bu anlaşmalara verilebilecek en önemli örnekler EFTA ile yapılan Serbest Ticaret Anlaşması, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması, LOME ve İkili Tercihli Ticaret Anlaşmalarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karluk, s. 355.

İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN
YASAKLAMALAR

2.1. GÜMRÜK VERGİSİ ve EŞ ETKİLİ ÖNLEM YASAĞI

Birlik içerisinde gümrük birliğini gerçekleştirmesinin ilk şartı, üye ülkelerin birbirine karşı uyguladıkları gümrük vergilerinin yasaklanmasıdır. Bu amaçla Birlik, öncelikle üye ülkelerin birbirine karşı mevcut olmayan yeni gümrük vergileri koymasını yasaklamış, ardından yapılan aşamalı program dâhilinde tüm gümrük vergilerinin kaldırılmasını kararlaştırılmıştır²⁰⁰. Bu şekilde ithalatta ve ihracatta gümrük vergileri 26 Temmuz 1968 tarihinde alınan bir Konsey kararı ile tamamen kaldırılmış, sonradan Birliğe üye olan ülkeler bakımından öngörülen geçiş dönemleri sonucunda gümrük birliğine vergi oranlarını sıfırlayarak dâhil olmuşlardır²⁰¹.

Gümrük birliği çerçevesinde yasaklanmış olan gümrük vergilerinin kapsamının belirlenmesi bakımından Adalet Divanı'nın yaptığı tanımlama önem arz etmektedir. Adalet Divanı, gümrük vergilerini, üye ülkelerin milli mevzuatlarına bağlı olarak, yerli mallarına uygulanmaksızın yalnızca sınır aşan mallara uygulanan, mallardan ithal ve ihrac halleri sebebiyle alınan vergiler olarak tanımlamıştır²⁰². Çok açık olan bu tanımlama çerçevesinde, üye ülkelerin hiçbir şekilde kendi aralarında yaptıkları ihracat ve ithalatta vergi uygulayamayacağı, bu yetkilerin kendilerinden alındığı anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada gümrük vergisi olarak adlandırılmasa dahi yarattığı etki bakımından gümrük vergileri gibi ticarete engel olan farklı engeller de ortaya çıkmıştır. Gümrük vergisine eş etkili önlemler olarak adlandırılan bu grup engeller, gümrük vergisine benzer şekilde, üye ülkeler arasındaki ithalat ve

²⁰⁰ Richard Owen ve Michael Dynes, **The Single European Market**, Times Boks, London, 1993, s. 187.

²⁰¹ Örneğin Birliğe 1981 yılında üye olan Yunanistan 1986 yılının sonunda, Birliğe 1986 yılında üye olan Portekiz ve İspanya ise 1993 yılının başında ithalattaki gümrük vergi oranlarını sıfırlayarak gümrük birliğine tam entegre olmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karluk, ss. 350-351.

²⁰² ABAD, C-87/75 sayılı Bresciani v. Amministrazione Italiana delle Finanze kararı [1976] ECR. I-00129; ABAD, C-2 ve 3/39 sayılı Social Fonds and Diamantarbeiders v. SA. Ch. Branchfeld Sons ve diğerleri. kararı [1969], ECR. I-00211.

ihracata engel oluşturmaktadır. Bu sebeple 1970 yılından itibaren üye ülkelere gümrük vergisine eş etki doğuran bu mali yükleri uygulama yasağı getirilmiştir²⁰³.

İlgili önlemler aynen gümrük vergileri gibi üye ülkeler tarafından, malların sınır aşımı sebebiyle getirilen resim, harç, pay, fon gibi mali yüklerdir²⁰⁴. Her ne kadar ATA'da konuya ilişkin açık bir tanımlama mevcut olmasa da, Adalet Divanı içtihatları ilgili kavram ve bu kavramın somut yansımalarının anlaşılmasına büyük ölçüde hizmet etmiştir. *Komisyon v. Lüksemburg ve Belçika* kararında²⁰⁵ eş etkili önlem kapsamına her ne teknik ve ya tanımlama ile yapılırsa yapılsın, yerli ürünlere uygulanmayıp sadece ithal edilen ürünlere uygulanan, aynı zamanda bu ürünlerin fiyatını değiştiren resimleri dâhil etmiştir. Benzer olarak *Komisyon v. İtalya* kararında²⁰⁶, bir malın sırf bir sınırdan diğerine geçmesi sebebiyle tek taraflı olarak yükletilen herhangi bir parasal ödemenin, dar anlamda gümrük vergisi olmasa bile ve ülke adına yapılmassa dahi, gümrük vergisine eş etkili önlem olduğu ifade edilmiştir²⁰⁷. Benzer olarak bir diğer önemli tanımlamayı da *Komisyon v. Danimarka* kararında²⁰⁸ yapmış, ilgili mali yüklerin hangi niteliklere sahip olması halinde Birlik hukukuna aykırı sayılacağını açıkça belirtmiştir. Buna göre;

“Amacı ve uygulanma şekli nasıl olursa olsun, bir malın sırf bir sınırdan diğerine geçmesi nedeniyle tek taraflı olarak yükletilen herhangi bir mali yük, dar anlamda gümrük vergisi olmasa dahi ve hatta ülke adına yapılmassa dahi, gümrük vergisine eş etkili bir önlemdir.”

Bu tanımlamada en dikkat çekici nokta ilgili mali yükün malların serbest dolaşımı kapsamında yasaklanması için ülke tarafından ve ülke yararına alınmış olmasının gerekmemesidir. Yani alınan ek parasal ödeme ülke bütçesi yararına konulmuş olmasa dahi gümrük vergisine eş etkili bir önlem olarak yasak kapsamında

²⁰³ Karluk, 352.

²⁰⁴ Davies, s. 6.

²⁰⁵ ABAD, C- 3/62 ve 3/62 sayılı *Commission v. Belgium ve Luxembourg* ortak kararı [1962] ECR. I- 00425.

²⁰⁶ ABAD, C- 24/68 sayılı *Commission v. Italy* kararı [1969] ECR. I-00193.

²⁰⁷ Green Hartley ve Usher, s. 31.

²⁰⁸ ABAD, C-158/82 sayılı *Komisyon v. Danimarka* Kararı [1983] ECR. I- 03573.

olacaktır²⁰⁹. Yeter ki bu yük sırf malın bir sınırdan diğerine geçişi sebebiyle alınmış olsun.

İlgili Adalet Divanı kararlarıyla somut olarak eş etkili önlem kapsamında görülen uygulamalara örnek olarak malların incelenmesi kapsamında yapılan laboratuvar kontrolleri için alınan ücretler, istatistik ve liman harçları ve lisans için yapılan ödemeler gösterilebilir²¹⁰.

Gümrük vergisine eş etkili önlemlerin yasaklanma sebebi açıkça görüldüğü üzere, malların serbest dolaşımını engellemesidir. Bu sebeple ilgili önlemler ülke adına alınmasa da, ayırıcı ya da korumacı bir etki yaratmasa da, miktarının çok düşük olması sebebiyle malın fiyatını yükseltmese de, ayrıca yerli üretimi olmaması dolayısıyla yerli mallarla rekabeti mümkün olmayan bir mal grubu için uygulansa dahi, yukarıdaki tanımlama içerisine giren her türlü yükümlülük yasaklanmıştır.²¹¹. Ayrıca ilgili yükün sınırın geçiş anında aktif olarak talep edilmesi yahut daha sonradan talep edilmesi bakımından hiçbir fark ortaya çıkmamaktadır.

Bu kapsamda Adalet Divanı, parasal nitelikte tahsil edilen ücretlerin sırf söz konusu ürünün, bir sınırdan diğerine geçmesi nedeniyle tahsil edilmesinin – alınan ücret cüzi olsa da ve hangi şekilde ve amaçla tahsil edilmiş olursa olsun – malların serbest dolaşımını engellediğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi Adalet Divanı verdiği kararlarda ilgili eş etkili önlem tanımını geniş tutarak gümrük birliğini değişik isimler altında alınan ücretlerle zedeleyen önlemlere karşı korumaya almıştır²¹².

2.2. AYRIMCI DÂHİLİ VERGİ YASAĞI

Gümrük birliği kapsamında yer almasa da, malların serbest dolaşımına yaptığı etki dolayısıyla ayırıcı dâhili vergiler de ATA ile yasak kapsamına alınmıştır. ATA'nın 90'ıncı maddesine göre;

²⁰⁹ Lasok, The Trade Law, s. 54; Can, İç Pazar Hukuku, ss. 224-225, Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s. 596.

²¹⁰ Tekinalp ve Tekinalp, s. 318; Lasok, The Trade Law, s. 57. Bu yönde bkz., ABAD, C- 426/92 sayılı Almanya v. Deutsches Milch – Kontor kararı [1994] ECR I-02757; C- 251/78 sayılı Denkavit Futtermittel v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten kararı, [1979] ECR.I-03369; C- 68/76 sayılı Komisyon/Fransa kararı [1977] ECR.I-00515.

²¹¹ ABAD, C 24/68 sayılı Commission v. Italy kararı [1969] ECR. I-00193; ABAD, C-2 ve 3/39 sayılı Sociaal Fonds and Diamantarbeiders v. SA. Ch. Branchfeld Sons ve diğerleri. kararı [1969], ECR. I-00211; ABAD, C-27/62 SPA Mariex v İtalian Finance Administration [1972] ECR.I-01309.

²¹² Cairns, s.158.

“ Hiçbir üye ülke, diğer üye ülke ürünlerine, kendi benzer ürünlerine doğrudan ya da dolaylı olarak uyguladığından daha yüksek herhangi bir iç vergiyi, doğrudan ya da dolaylı olarak koyamaz.

Ayrıca, hiçbir üye ülke diğer üye ülke ürünlerine, diğer üye ülkelerin ürünlerine dolaylı olarak koruma sağlayacak nitelikte herhangi bir iç vergi koyamaz.”

Görüldüğü üzere 90’ıncı maddenin iki fıkrası birbirinden farklı durumlara karşı koruma sağlamaktadır. İlk fıkrada düzenlenmiş olan yasadak, üye ülkelerin yerli mallar ile karşılaştırılabilir nitelikteki ithal mallara, yerli mallara uyguladığından daha yüksek oranda dâhili vergi uygulamasını yasaklamaktadır. İkinci fıkra ise ithal edilen ürün ile ikame edilebilir nitelikte karşılaştırılabilir bir yerel ürün bulunmuyorsa uygulanır. Yani birinci fıkrada esas hareket noktası yerel ürünle ithal ürün arasındaki benzerlik dolayısıyla farklı bir iç vergi uygulamasını önlemekken, ikinci fıkrada benzer olmamakla birlikte birbiri ile rekabet edebilecek iki ürün arasında, yerli mallara koruma sağlayacak biçimde iç vergilendirme yapılmasını önlemektir²¹³. İlgili yasağın daha iyi anlaşılması bakımından, düzenlemenin temelini oluşturan ‘iç vergi’, ‘benzer ürün’ ve ‘diğer üye ülke ürünleri’ kavramlarının bu madde kapsamındaki içeriğinin irdelenmesi gereklidir.

Benzer ürün kavramı önceki bölümlerde ayrıntılı olarak işlenmekle beraber kısaca Adalet Divanı’nın bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki yorumlarına bakmak gerekirse, tüketici açısından bir ihtiyacın karşılanmasında birbirinin yerine ikame edilebilen ve birbiriyle rekabet edebilen ürünler bu madde kapsamında benzer ürün olarak nitelendirilir ve bu çerçevede aynı oranda iç vergi ile vergilendirilmelilerdir. Adalet Divanı yaptığı yorumlarda benzer kavramını oldukça geniş ele almakta, ulusal yasaların, gümrüklerin ve tüketici alışkanlıklarının ürünlerin benzerliğini belirleme noktasında esas alınmaması gerektiğini belirtmektedir²¹⁴. Adalet Divanı 106/84 sayılı *Commission v. Denmark*²¹⁵ kararında meyve şarabı ile üzüm şarabının birbirinin yerine ikame edilebilir olması sebebiyle benzer ürün kategorisinde değerlendirmiştir.

²¹³ Weatherill, ss. 327-328; Davies, ss. 15-16.

²¹⁴ ABAD, C-168/78 Komisyon v. Fransa Kararı [1980] ECR. I-00347.

²¹⁵ ABAD, 106/84 sayılı Komisyon v. Danşmarka kararı [1985] ECR. I-01196.

Eğer ithal edilen ürün ile ikame edilebilir nitelikte karşılaştırılabilir bir yerel ürün bulunmuyorsa, bu durumda 95'inci maddenin ikinci fıkrası uygulanır. Bu fıkra ile iç verginin diğer ürünleri dolaylı olarak koruma amacı ile konulması durumu engellenmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede esas hareket noktası ithal edilen mal ile yerel ürün arasında rekabet ilişkisinin bulunmasıdır. Adalet Divanı'nın 77/76 sayılı *Fratelli Cucchi v. Avez SpA*²¹⁶ davasındaki kararına göre, üye ülkelerin herhangi bir ürün ile ilgili dâhili vergi oranını serbestçe belirleyebileceğini kabul etmekle birlikte, ithal edilen ürünlere karşı ayrımcı nitelikte ya da dolaylı olarak yerel üretime menfaat temin eder nitelikli uygulamalara izin verilmeyeceğini belirtmiştir.

95'inci maddenin iki fıkrası bakımından da ortak içeriğe sahip bir kavram olarak iç vergi kavramı kaynağını ulusal vergi yasalarından değil, GATT anlaşmasının III(2)'inci maddesinden almakta ve bir bütün olarak niteliğinden ve amacından bağımsız olarak aynen yerel ürünlerden alındığı gibi ithal ürünlerden alınan vergileri ifade etmektedir²¹⁷. İlgili yasağın uygulanması bakımından iç vergi kapsamına oldukça geniş yaklaşılarak, tüketim vergileri²¹⁸, teftiş ücretleri²¹⁹, damga vergilerini²²⁰ de iç vergi olarak değerlendirme içine almıştır. Ayrıca bu vergilerin kaynağı konusunda bir sınırlamaya gidilmeksizin ister yasama yetkisini kullanan makamlar tarafından konulmuş olsun, ister uluslar arası anlaşmalara dayansın, isterse de idari düzenlemelerle getirilmiş olsun içeriği bakımından yerel mallarla ithal mallar arasında eşitliksiz yaratan tüm vergiler yasak kapsamında sayılır²²¹. ATA kapsamıyla ayrımcı olarak uygulanması halinde yasak kapsamına giren ayrımcı iç vergi yasağı, gümrük vergisi ve gümrük vergisine eş etkili önlem yasağını tamamlayıcı bir işlev görmektedir²²².

ATA'nın 95'inci maddesindeki ayrımcı iç vergi yasağı tüm diğer üye ülke ürünlerini kapsar şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, aynen malların serbest dolaşımına ilişkin ATA'nın 23'üncü maddesi kapsamında olduğu gibi üye ülke kaynaklı olan ya da üçüncü ülkelerden gelerek ilgili formalitelerin tamamlanması

²¹⁶ ABAD, C- 77/76 sayılı *Fratelli Cucchi v. Avez SpA* kararı [1977] ECR. I-00987.

²¹⁷ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, ss.602-603; Davies, s. 13.

²¹⁸ ABAD, C- 112/84 sayılı *Humblot v. Directeur des Services Fiscaux* kararı [1985] ECR.I-01367.

²¹⁹ ABAD, C-46/76 sayılı *Bauhuis v. Hollanda* kararı [1977] ECR.I-00005.

²²⁰ ABAD, C- 77/69 sayılı *Komisyon v. Belçika* kararı [1970] ECR I-00237.

²²¹ ABAD, C- 17/81 sayılı *Pabst & Richarz KG v. Hauptzollant Oldenburg* kararı [1982] ECR. I-01331

²²² Weatherill, s. 319.

sonucu üye ülkelerde serbest dolaşımında bulunan malları kapsar. Yani hiçbir üye ülke, ürünün kaynağının üye bir ülke olmadığı, üçüncü bir ülke olduğu gerekçesiyle farklı oranda bir dâhili vergi uygulamasına başvuramaz²²³.

Ayrımcı dâhili vergi uygulama yasağı üye ülkelerin vergi egemenliğini etkilememektedir. Gerçekten de bu yasak üye ülkelerin iç vergi koymasına, iç vergi düzeylerini belirlemesine müdahale etmemekte, yalnızca yerel ürünlerle ithal edilen ürünler arasında ortaya çıkabilecek eşitsizlikleri önlemeye çalışmaktadır²²⁴. Böylelikle ilgili yasağın kapsamının bir üye ülke tarafından, diğer üye ülke ürünlerine ulusal ürünlerine uyguladığından daha yüksek bir vergi uygulamayacağı olduğu söylenebilir.

2.3. MİKTAR KISITLAMASI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEM YASAĞI

Birliğin temel amacı olan malların serbestçe dolaşabileceği bir ekonomik alan oluşturulması hedefi, gümrük vergisi, resim, harç ve eş etkili kısıtlamaların kaldırılması yanında miktar kısıtlamaları ile miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin de kaldırılması ile gerçekleşebilir. ATA'nın 28'inci ve 29'uncu maddelerinde üye ülkeler arasındaki ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamalarının yasak olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca ATA'nın 30'uncu maddesinin transit geçiş işlemini açıkça kapsamına alması dolayısıyla, miktar kısıtlamaları yasağının transit geçiş halleri bakımından da uygulanacağı açıktır²²⁵.

Adalet Divanı tarafından yapılan tanımlamaya göre miktar kısıtlaması sayı, ağırlık, değer veya diğer sayısal değerler ile *ithalat ve ihracatın* kısıtlanması ya da sınırlandırılmasıdır²²⁶. Ayrıca Adalet Divanı *Riseria Luigi Geddo* kararında açıkça *transit geçiş* bakımından da miktar kısıtlaması yapılamayacağına hükmetmiştir²²⁷.

Miktar kısıtlamaları olarak kotalar artık uygulamada büyük bir engel olarak etkisini sürdürmemektedir. Gerçekten de Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatı

²²³ Davies, ss 12- 13; ABAD, C- 193/85 sayılı Cooperativa Co-Frutta Srl v. Amministrazione delle Finanze dello Stato kararı [1987] ECR. I-02085.

²²⁴ Weatherill, s. 320. ABAD, C-127/75 sayılı Bobie Getrankevertrieb GmbH v. Hauptzollamt Aachen-Nord kararı [1976] ECR. I- 01079; ABAD, C- 15/81 Gaston Schul Douane – Expeditur v. Inspecteur der Invoerrechten kararı [1982] ECR. I-01409.

²²⁵ Nigel Foster, **Questions & Answers EU Law**, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 129; Can, İç Pazar Hukuku, s. 239; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.620; Cairns, s. 176.

²²⁶ ABAD, C-34/79 sayılı R v. Henn & Darby kararı [1979] ECR. I-03795.

²²⁷ ABAD, C- 2/73 sayılı Riseria Luigi Geddo v. Ente nazionale Risi kararı [1973] ECR I-00865.

çerçevesinde kaldırılmaya başlanan kota uygulamaları, 1958 yılı itibariyle Birlik dâhilinde büyük oranda ilga edilmiştir²²⁸. Uygulamada asıl büyük sorun genel olarak miktar kısıtlamalarına eş etkili kısıtlamalar olarak adlandırılan ve malların serbest dolaşımına yaptığı olumsuz etki dolayısıyla miktar kısıtlaması niteliğinde sayılabilecek olan kısıtlamalardır. Miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler, yarattığı etki dolayısıyla, aynen miktar kısıtlamaları gibi malların serbest dolaşımına ve pazardaki rekabet düzenine ciddi zararlar vermektedir ve bu sebeple de ATA kapsamında yasaklanmıştır²²⁹. Gerçekten de uygulamada asıl sorun yaratan, üye ülkelerce mutabakat içerisinde 1958 yılı sonrası kaldırılmış olan miktar kısıtlamaları değil, çeşitli isimler altında olan ve örtülü şekilde uygulanması dolayısıyla fark edilmesi oldukça güç olan çeşitli önlemlerdir.

Miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin ATA'da bir tanımı yoktur. Konuya ilişkin bir Avrupa Parlamentosu sorusuna cevap olarak Komisyon ilgili kavramı şu şekilde tanımlamıştır²³⁰:

“Ev sahibi üye ülkenin kanunlarından yahut idari uygulamalarını şekillendiren idari hükümlerinden kaynaklanan, malların ithalatı ve ihracatını, malların kendi pazarındaki yerel mallara oranla daha fazla zorlaştıran ya da pahalı hale getiren önlemlerdir.”

1969 yılında uygulanması son bulan 70/50 sayılı Komisyon Yönergesinde miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin tanımlanması çok açık bir şekilde yapılmıştır. İlgili tanımlamaya göre:

“Bir malın ithalinde ve ihracında asgari ve azami sınırlar öngören, asgari ve azami fiyatlar koyan, ithal malları yerli mallardan daha az koruyan, yabancı mallarda teminat isteyen, malların içeriği, iç ve dış özelliği ile ilgili olan, büyüklük, uzunluk veya ağırlığa ilişkin şartlar getiren hükümler kaldırılmalıdır.”

Ayrıca Adalet Divanı önüne gelen davalarda bu kavramın yalnızca ticaretteki sayısal sınırlamalardan ibaret olarak düşünülmemesi gerektiğini belirtmiş ve miktar kısıtlamalarını *Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak, bilfiil ya da*

²²⁸ Josephine Shaw, **European Community Law**, First Edition, The Macmillan Press, Oxford, 1993, s. 273; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.623.

²²⁹ Davies, s 20.

²³⁰ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.625.

potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip ve üye ülkelerce çıkarılan bütün ticari kurallar olarak tanımlamıştır²³¹.

Adalet Divanı'nın kemikleşmiş içtihatlarından biri olan *Dassonville* kararı ile yapılan bu tanım, eş etkili önlemlerin anlaşılması bakımından çok önemlidir. Sonraki benzer dava incelemelerinde hep çıkış noktası olarak belirlenen bu tanımın iyi şekilde analiz edilmesi, bu kavramın ve Adalet Divanı'nın yaklaşım biçiminin belirlenmesi bakımından çok önemlidir. Yapılan tanımlamada görüldüğü gibi her şeyden önce ortada Birlik içi ticareti engelleyici bir ticari kural olmalıdır. Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki, tanımda her ne kadar *ticari kurallar* denilmişse de, bu oldukça geniş şekilde yorumlanmalı, sınırlayıcı düşünülmemelidir²³². Ticari kuralların yanında özellikle vurgu yapılan bir diğer kavram ticari önlemlerdir²³³. Adalet Divanı içtihatları incelendiğinde yalnızca bağlayıcı niteliğe sahip kanun, tüzük ya da yönetmelik hükümleri ile değil aynı zamanda bağlayıcı niteliğe sahip olmayan düzenlemelerle de ATA'nın 28-29'uncu maddeleri anlamında yasaklanan bir eş etkili önlem yaratılabileceği görülür²³⁴. Ticari önlem kavramı içerisine adli işlemler, meslek birliklerinin aldığı kararlar, uluslar arası anlaşmalardan doğan ulusal işlemler de dâhil edilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz nitelikteki bu kural ya da önlemlerin, ATA 28 ve 29'uncu maddeleri kapsamında değerlendirilmesi için mutlaka aktif bir şekilde, Birlik içi ticareti engelliyor olması gerekmez. İlgili tanımda görüldüğü gibi Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak, bilfiil ya da potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip tüm kural ve önlemler yasaklanmıştır. Dolaylı olarak ve potansiyel engelleme yeteneği kavramlarının kullanılmış olması ilgili yasağın kapsamını oldukça geniş tutmaktadır²³⁵. Ayrıca ilgili yasak kapsamında malların serbest dolaşımını engelleyici bir kural yahut önlem uygulanmaktaysa, bu noktada ilgili

²³¹ ABAD, C- 8/74 sayılı Dassonville kararı, [1974] ECR. I-00837; ABAD, C-95/81 sayılı Komisyon v. İtalya kararı [1982] ECR. I-02187; ABAD, C-124/81 sayılı Komisyon v. İngiltere kararı [1983] ECR. I-00203.

²³² Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.637.

²³³ ABAD, C- 324/93 sayılı Secretary of Stat efor Home Department, Medical Ltd. ve diğerleri. kararı [1995] ECR. I-00563. Üreticileri ve tüketicileri bir bütün olarak etkileyen tüm engeller bu kapsamda düşünülmelidir. Bkz. ABAD, C- 215/87 sayılı Schumacher v. Hauptzollant Frankfurt am Main-Ost kararı [1989] ECR. I-00617, ABAD, C- 362/88 sayılı GB-INNO-BM v. Confederation du Commerce [1990] ECR. I- 00667.

²³⁴ ABAD, C- 249/81 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1982] ECR. I-01982.

²³⁵ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.641.

düzenlemenin ne amaçla yapıldığı değil ortaya çıkardığı etki göz önüne alınır. Düzenlenmenin amacı ticareti engelleme ya da yerli malları koruma olmasa da eğer yarattığı etki bu sonucu doğuruyorsa, ilgili eylem yasak kapsamında görülecektir²³⁶.

ATA'nın 28. ve 29. maddelerinde düzenlenmiş olan eş etkili önlem yasağı, malların serbest dolaşımına ilişkin diğer hükümlerde olduğu gibi temel olarak üye ülkeleri hedef almaktadır. Bu sorumluluk ulusal, bölgesel ve yerel düzeyde tüm kamu otoriteleri için ayrıca eylemleri dolayısıyla Birlik hukuku çerçevesinde üye ülkenin sorumlu tutulabileceği tüm kamu kurum ve kuruluşları bakımından geçerlidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu yasak aynı zamanda Birlik kurumlarına da yöneliktir²³⁷.

Adalet Divanı tarafından önüne gelen her davada ayrı ayrı yapılacak inceleme sonucunda ilgili uygulamanın eş etkili bir önlem niteliği taşıyıp taşımadığı, malların serbest dolaşımına yaptığı etki göz önüne alınarak belirlenmektedir. Konuya ilişkin en temel Adalet Divanı kararları çalışmamızın bu kısmı içerisinde ayrıntılı olarak belirtilecek olmakla beraber, günümüze kadar Adalet Divanı içtihatları ile eş etkili önlem olarak nitelendirilen örnek uygulamalara örnek vermek gerekirse bunlar: Belirli malların ev sahibi üye ülke tarafından desteklenmesi²³⁸, minimum veya maksimum fiyat belirleyen idari düzenlemeler yapılması²³⁹, ürünlerin menşesine, ambalajlanmasına, sunumuna, oluşumuna yahut nitelendirmesine müdahale eden kanunlar düzenlenmesi²⁴⁰, yerel ürünlerin kullanılması konusundaki politikalar ve yükümlülükler²⁴¹, sistematik şekilde tekrarlanan kontroller ya da incelemeler

²³⁶ Can, İç Pazar Hukuku, s. 240.

²³⁷ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s. 597; ABAD, C- 80/77 ve 81/77 sayılı Societe Les Commissionnaires v. Receveur des Douanes kararı [1978] ECR. I-00927.

²³⁸ ABAD, C- 269/83 sayılı Komisyon v. Fransa kararı [1985] ECR. I-00837; ABAD, C-266-267/87 sayılı The Royal Pharmaceutical Society kararı [1989] ECR. I-01295.

²³⁹ ABAD, C-75/65 sayılı Tascia kararı [1977] ECR. I-00291; ABAD, C-82/77 sayılı Openbaar Ministerie v. Van Tiggele kararı [1978] ECR.I-00025; ABAD, C- 127/87 sayılı Komisyon v. Yunanistan kararı [1988] ECR. I-3333. Ancak Adalet Divanı'nın sonraki yorumları uyarınca minimum veya maksimum fiyat belirleyen düzenlemelerin, yerli ve ithal edilen ürünleri hukuken ve fiilen aynı şekilde etkilediği durumlarda, eş etkili önlem sayılamayacağı unutulmamalıdır. Bkz, ABAD, C-120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649; ABAD, C-267/91 ve C-268/91 sayılı Keck and Mithouard kararı [1993] ECR I-06097; Craig ve De Burca, s.674; Cairns, ss.162-163.

²⁴⁰ ABAD, C- 298/87 sayılı Smanor SA kararı [1988] ECR. I-04489; ABAD, C-113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01625; ABAD, C-207/83 sayılı Komisyon v. Birleşik Krallık kararı [1985] ECR. I-01202.

²⁴¹ ABAD, C- 72/83 sayılı Campus Oil Ltd. et. al. V. Minister for Industry and Energy et. al. kararı [1984] ECR. I-02727; ABAD, C- 263/85 sayılı Komisyon v. İtalya kararı [1991] ECR. I-02457; ABAD, C-137/91 sayılı Komisyon v. Yunanistan kararı [1992] ECR. I-02032.

yapılması²⁴², İthalatın izne bağlanması, sertifika yahut lisans mecburiyeti²⁴³, ithalatçı üye ülkeye temsilci atama zorunlulukları²⁴⁴ 'dır.

2.3.1. İctihadın Geniş Yorumlanması ve Dassonville Kararı

Adalet Divanı'nın malların serbest dolaşımına ilişkin belirli kararları, bu serbestinin uygulanma ölçütleri bakımından tarihi niteliktedir. Gerçekten de Birlik düzeyinde malların serbestçe dolaştığı bir alan yaratılması amacı, büyük oranda Adalet Divanı'nın ilgili kararlarla ortaya çıkardığı ilke ve yorumların uygulanması ile hayata geçirilmiştir. Ayrıca doktrinde konuya ilişkin eserlerin büyük çoğunluğu, ilgili davaların uygulanma dönemlerini esas alarak çalışmalarını temellendirmişlerdir.

Adalet Divanı tarafından malların serbest dolaşımına ilişkin oluşturulan ilke kararlardan biri olarak *Dassonville* kararı, miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin içeriğini genişleterek, serbestinin korunma alanını geliştiren bir niteliğe sahiptir. *Dassonville* kararına²⁴⁵ konu olay, Belçika'da toptancı olarak mal ithal etmekte olan Dassonville firmasının, İskoç viskilerini Fransa üzerinden ülkesine ithal etmesi ile başlamıştır. İskoç viskilerini doğrudan üretildiği Britanya'dan değil, Fransa'da bulunan bir şirket üzerinden ithal etmesi sebebiyle Belçika makamları kendi yasalarında bulunan ve ithal edilen ürünlerde ürünün üretildiği ülke yetkili makamları tarafından verilen resmi belgenin ibraz edilmesini istemiştir. Bu belgenin talep edilmesi, ürünün o ülkede üretildiğinin resmi bir belge ile kanıtlanması amacına dayanmaktaydı. Dassonville firması menşe belgesinin menşe ülkesinden alınmasının çok zor ya da imkânsız olmasından dolayı, Belçika makamlarına kendi düzenlemiş olduğu ve ürünlerin menşeinin İskoçya olduğunu gösteren bir belge sunmuştur. Belçika makamları olayın anlaşılması üzerine Dassonville firması aleyhinde belge düzenlemekten dolayı cezai işlem başlatmıştır.

²⁴² ABAD, C- 104/75 sayılı *Officier van Justitie v. De Peijper* kararı [1976] ECR. I-00613; ABAD, C- 132/80 sayılı *NV United Goods v. Belçika* kararı [1981] ECR. I-00995; ABAD, C-35/86 sayılı *Simmenthal SpA v. İtalian Minister for Finance* kararı [1976] ECR. I-01871.

²⁴³ ABAD, C- 51-54/71 sayılı *İnternational Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1971] ECR. I-01107; ABAD, C- 52/77 sayılı *Cayrol v. Giovanni Rivoira* kararı [1977] ECR. I- 01977; ABAD, C- 8/74 sayılı *Procureur du Roi v. Dassonville et. al.* [1974] ECR. I- 00837.

²⁴⁴ ABAD, C- 247/81 sayılı *Komasyon v. Almanya* kararı [1984] ECR. I-00111; ABAD, C- 155/82 sayılı *Komasyon v. Belçika* kararı [1983] ECR. I-00531.

²⁴⁵ ABAD, C- 8/74 sayılı *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR. I- 00837.

Dassonville'in kendisine uygulanan Belçika yasalarının Birlik hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmesiyle Belçika ulusal mahkemesi Roma Andlaşması'nın 30,31,32,33,36. ve 85. maddelerinin, Belçika ulusal mevzuatında yer alan ve ithal ürünlerin üretiminin yapıldığı menşe ülke yetkili makamlarınca verilen ürünlerin menşesini gösteren resmi belgenin ibrazını zorunlu kılan hükümlerle ilgili olarak yorumlanması amacıyla ilgili sorunu Adalet Divanına taşımıştır.

Belçika ulusal mahkemesi yaptığı başvuruda ülkesine ithal edilen ürünlerde, ürünün üretildiği ülke yetkili makamlarınca verilen ve ilgili ürünün o ülkede üretildiğini gösteren resmi bir belgenin ithalatçılar tarafından ibrazını zorunlu kılan ulusal mevzuat hükümlerinin Roma Andlaşması'nın 30'uncu maddesi(yeni madde 28) anlamında ithalatta miktar kısıtlaması ile eş etkili bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığı sormuştur.

Adalet Divanı kararında öncelikle Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak, bilfiil ya da potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip ve üye ülkelere çıkartılan bütün ticari kuralların miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamalar olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Ardından Birlik çapında tüketicilere yönelik olarak ürünlerin menşesinin tespiti hakkında bir sistem oluşturulmadığı sürece üye ülkelerin kendilerini tehdit eden haksız uygulamaları önleyecek önlemler almalarını ve düzenlemeler yapmalarını kabul etmiş fakat ilgili düzenlemelerin kabul edilebilir düzeyde olması ve üye ülkeler arası ticareti engelleyecek boyutta olmaması gerektiğini belirtmiştir.

Bu yaklaşımları uyarınca Adalet Divanı verdiği kararda, Belçika makamları tarafından doğrudan bir malın üretildiği menşe ülke dışında başka bir üye ülkeden ithalatın yapılması durumunda, menşe ülkeden alınan belgenin istenmesinin, menşe ülkeden doğrudan ithalat yapanlara avantaj sağlaması dolayısıyla, Birlik hukukuna aykırı ve miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Adalet Divanı, Belçika ulusal mevzuatında yer alan kuralın Roma Andlaşması'nın 36'ncı maddesi (ATA md.30) kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusuna dahi girmemiştir. Bunun gerekçesi olarak da 36'ncı madde kapsamındaki istisnaların ancak ilgili yasaklama ve sınırlamaların Üye ülkeler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık ve ya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmadığı durumlarda

başvurulabilecek bir önlem olduğu belirtilmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç ise açıktır. Adalet Divanı menşe ülke dışından yapılan ithalat işlemlerinde menşe ülkeden alınacak belgenin istenmesini, ithalatı gereksiz yere zorlaştıran bir uygulama olarak nitelendirmiş ve sınır aşan ticareti kısıtlaması dolayısıyla 28'inci madde anlamında 'eş etkili bir kısıtlama' olarak değerlendirmiştir. Ayrıca bu konuda bir önemli nokta da ilgili önlemin doğrudan ticareti düzenlemek niyeti ile vücuda getirilmiş olmasına gerek olmadığıdır. Eğer gösterdiği etki bakımından malların serbest dolaşımına zarar veriyorsa, bu ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında eş etkili bir önlem yaratabilir.

Görüldüğü gibi Adalet Divanı, *Dassonville* kararında miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kavramını olabildiğince geniş şekilde yorumlamıştır. Buna göre doğrudan ya da dolaylı, bilfiil ve ya potansiyel olarak Birlik içi ticareti engelleyen her türlü ticaret düzenlemesi eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir. Adalet Divanı bu yorumu özellikle malların serbest dolaşımına etki eden üye ülkelerin mevcut gizli ithalat engellerini ortadan kaldırma amacına dayandırmıştır. *Dassonville* formülü çerçevesinde bir önlemin ATA'nın 28'inci maddesi kapsamına alınması için aktif olarak kısıtlayıcı etki göstermesi de aranmamıştır. Ulusal önlem muhtemel olarak Birlik içi ticareti engellemeye elverişli ise Birlik hukuk düzeninde eş etkili önlem sayılmıştır. Ayrıca aynı derecede önemli olarak Birlik içi ticareti engellemeye elverişli sayılan bu önlemin ticareti düzenleme amacı ile yapılmış olması da gerekli görülmemiştir. Böylece Birlik tarafından tanınan üye ülkelerin önlem alma ve düzenleme yapma yetkileri, Birlik içi ticareti engelleme etkisi ile olumsuz olarak sınırlandırılmıştır²⁴⁶. *Dassonville* kararının bir başka yansıması olarak, Birliğin o yıllardaki bütünleşme hedefi çerçevesinde ATA'nın 28'inci maddesi özel olarak kısıtlama yasağını ayrımcılık yasağı aleyhine genişletir nitelikte yorumlanmıştır. Özellikle Adalet Divanı ulusal önlemlerin değerlendirilmesi noktasında, önlemin ayrımcı niteliğiyle ilgilenmeksizin bir yandan her türlü ayrımcılığı kapsamına alırken, diğer yandan önlemin yerli ve ithal ürünlere aynı şekilde uygulanmasına yani ayrımcı olmayan bir niteliğe sahip olmasına, kısıtlayıcı etki göstermesi durumunda özel bir değer vermemiştir²⁴⁷.

²⁴⁶ Davies, s. 25.

²⁴⁷ Bernand, s.98.

Dassonville davasından sonra Adalet Divanı'nın önüne gelen diğer davalarda verdiği kararlar incelendiğinde görülecektir ki, ithalatı zorlaştıran, geciktiren, pahalılaştıran işlemler, sınırdaki sistematik kontroller, azami ve asgari fiyat uygulamaları miktar kısıtlamasına eş etkili kısıtlama kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Bu yönü ile *Dassonville* kararı içtihadın uygulanma alanını genişleten, üye ülkeler tarafından alınan ticareti engelleyen her türlü önlemi, farklı bir değerlendirmeye tabi tutmaksızın yasak kapsamında nitelendirmiştir.

Bu yönde Adalet Divanı'nın *Dassonville* kararı çerçevesinde yaptığı yorumun uygulandığı *Tasca* kararında²⁴⁸ İtalyan Bakanlıklararası kurul tarafından belirlenen, yerel ve ithal ürünlere aynı şekilde uygulanan maksimum satış fiyatına aykırı olarak şeker satışı yapan Riccardo Tasca isimli tacir cezai işleme tabi tutulmuştur. Tacir tarafından bu uygulamanın ATA'nın 28'inci maddesine aykırı olduğunu ileri sürülmesi üzerine ulusal mahkeme ilgili önlemin ATA'nın 28'inci maddesine uygunluğunun değerlendirilmesi için Adalet Divanı'na ön karar başvurusu yapmıştır. Adalet Divanı öncelikle maksimum satış yasağını öngören ulusal önlemin tek başına 28'inci maddeye aykırı olmadığını ifade etmiştir. Ancak böyle bir yasağın uygulanması durumunda malların ithalatının, özellikle ithalatçıları daha az karla ve ya zararına satış yapmaya zorlayacağı için, zarar göreceği bu sebeple ithal malların satışının zorlaşacağı değerlendirilmiştir. Benzer olarak ayırım yapmadan uygulanan minimum satış yasağını düzenleyen önlemler de belirlenen fiyatların altında satış yapmak isteyen ithalatçıları engelleyeceğinden dolayı, miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olarak değerlendirilmiştir²⁴⁹. Görüldüğü gibi iki durumda da yerli ve ithal ürünlere benzer şekilde uygulanan bir önlem, Birlik içi ticarete yaptığı dolaylı etki sebebiyle miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilmiştir. *Dassonville* kararı çerçevesinde geliştirilen bu formül, bir üye ülkenin yalnızca belirli bir bölgesine ilişkin olan önlemleri de içerir şekilde uygulanmıştır. Adalet Divanı *Torfaen Borough Council v. B&Q plc.* kararında²⁵⁰, İngiltere ve Galler'de uygulanan pazar günleri işyeri açma yasağını ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında eş etkili önlem olarak görmüştür. Her ne kadar sonuç olarak sosyo-kültürel yapının korunması amacıyla haklı kılınsa da, mahkeme üye ülkelerin

²⁴⁸ ABAD, C-75/65 sayılı *Tasca* kararı [1977] ECR. I-00291.

²⁴⁹ ABAD, C-82/77 sayılı *Openbaar Ministerie v. Van Tiggele* kararı [1978] ECR.I-00025.

²⁵⁰ ABAD, C-145/88 sayılı *Torfaen Borough Council v. B&Q plc* kararı [1978] ECR. I-03851.

belirli bölgelerinde uygulanan önlemlerin, Birlik içi ticarete dolaylı etki yapabileceği tespitini yapmakla, Dassonville formülünün uygulama alanını bu kapsamda genişletmiştir.

2.3.2. İçtihadın Geliştirilmesi ve Cassis De Dijon Kararı

Malların serbest dolaşımına ilişkin ikinci temel içtihat olarak *Cassis de Dijon* kararı, Dassonville kararına nazaran eş etkili önlem kavramını daha dar yorumlamış ayrıca ulusal önlemin ayrımcı olmayan niteliğine özel sonuçlar bağlamıştır. *Cassis de Dijon* kararına²⁵¹ konu olay, Alman Alkollü İçki Tekeli Kanunu'nda yer alan meyve likörlerinin %25 oranında alkol içermesi gerektiği yönündeki kurala ilişkindir. Buna göre Almanya'da sadece belli bir alkol yüzdesine sahip içeceklerin 'likör' olarak satılmasına izin verilmektedir. Rewe – Zentral şirketi, Alman Alkollü İçkiler Tekel İdaresinden Fransa'da üretilen Cassis Dijon adlı meyve likörünü Almanya'ya ithal etmek için izin istemiştir. Buna karşı ilgili talep Fransa'dan üretilen likörlerin alkol oranının %15 ila %20 dolayında olması ve bu sebeple içkilerin Federal Almanya'da satılması için gerekli niteliklere sahip olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Alman ithalatçılar ise bu likörün Fransa'da yasal olarak piyasaya sürüldüğünü ve pazarlandığını belirterek ilgili ulusal yasanın amacını aşarak ithalatta miktar kısıtlamasına eş etkili bir kısıtlama yarattığını dolayısıyla da Birlik hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Bu kapsamda Alman Vergi Mahkemesi Adalet Divanı'na yaptığı ön karar başvurusunda Divan'a iki soru yöneltmiştir. Bunlardan birincisi alkollü içkiler için asgari alkol oranlarını belirleyen Alman Alkollü İçki Tekelinin ilgili hükmünün Roma Andlaşması md. 30 (yeni madde 28) anlamında miktar kısıtlamasına eş etkili bir kısıtlama yaratıp yaratmadığıdır. İkinci sorusu ise asgari alkol oranlarını belirleyen böyle bir hükmün Roma Andlaşması md.37 açısından üye ülkeler arasında üretim ve pazarlama koşulları bakımından ayrımcılık olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı noktasındadır.

Davaya müdahil sıfatı ile katılan Almanya Cumhuriyeti yaptığı savunmasında, ilgili ulusal yasanın hiçbir şekilde yabancı ürünlere karşı ayrımcılık içermediğini, meydana gelen kısıtlamanın Fransa ve Almanya'daki meyve

²⁵¹ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649.

likörlerinde aranan farklı orandaki alkol içerme kanuni zorunluluğundan kaynaklandığını belirtmiştir. Alman Hükümetine göre ilgili yasa hükmü, kamu sağlığının ve adil olmayan ticari uygulamalara karşı tüketicinin korunması amaçlarına hizmet etmektedir. Çünkü düşük oranda alkol içeren içkiler yüksek orandakilere göre daha büyük bir bağımlılık kaynağıdır ve ilgili ulusal yasa alkollü içkilerde belirli bir alkol oranını sabit tutarak düşük oranda alkol içeren içkilerin ülkesinde yayılmasına engel olmaktadır. Ayrıca bu hükmün kaldırılması durumunda düşük oranlı içkilere rekabet üstünlüğü verilmiş olacaktır. Bunun gerekçesi olarak da alkollü içki vergilerinin büyük bir kısmının alkol oranlarına göre artması gösterilmiştir.

Adalet Divanı'nın ilgili davaya yaklaşımı dikkat çekicidir. Adalet Divanı öncelikle Birlik düzeyinde alkollü içki üretimi ve pazarlaması konusunda ortak bir düzenleme olmadığından dolayı üye ülkelerin kendi toprakları üzerinde alkollü içkilere yönelik tüm kararları alma hakkını tanımakla beraber ilgili malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı yasal düzenlemelerin makul ve adaletli olmak koşulu ile geçerliliğini koruyacağını belirtmiştir. İkinci olarak kısıtlayıcı hükümlerin yerli ve ithal mallarda ayırım gözetilmeksizin uygulanması ve ilgili düzenlemenin yapıldığı alanlarda mevzuat uyumlaştırmasının yapılmış olmaması durumunda, Birlik içerisinde serbest dolaşımı kısıtlayan bu kuralların 'mali denetim, kamu sağlığı, ticari işlemlerde güvenliği sağlama ve tüketicinin korunması' amaçlarına yönelik olması durumlarında kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Ancak Adalet Divanı, Almanya Cumhuriyetinin kamu sağlığı ve tüketicinin korunması ile ilgili yaptığı savunmasını kabul etmemiştir. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin savunmanın reddedilmesine gerekçe olarak Alman tüketicilerinin Alman pazarında çok çeşitli düşük ve orta derecede alkollü içkilere ulaşabilme imkânlarının bulunması ve yüksek oranda alkol içeren içkilerin seyretilerek tüketilmesi alışkanlıklarının olması gösterilmiştir.

Tüketicinin korunması gerekçesi ise, şişe etiketlerinde bilgi verilme suretiyle tüketiciye yeterli bilgi iletilmesini sağlayarak ticari işlemlerde güvenliğin sağlanmasının mümkün olabileceği gerekçesi ile reddedilmiş ve Almanya tarafından ilgili Almanya tarafından alınan önlemin aynı amaca ulaşma bakımından makul ve

orantılı olmadığına hükmetmiştir. Bundan dolayı Adalet Divanı yorumunda, asgari alkol oranları hakkında tek taraflı yükümlülük yükleyen böyle bir hükmün hiçbir şekilde Birliğin temel ilkelerinden biri olan malların serbest dolaşımının gereklerini göz ardı etmeyi gerektirecek kadar genel yarar sağlama amacına hizmet etmediğinin açık olduğunu yani orantılılık ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca uygulamada bu nitelikteki sınırlayıcı hükümlerin temel amacı ve etkisi, ulusal yasalar yoluyla belirlenen gereklere uygun olmayan diğer üye ülke ürünlerinin ulusal pazara girmesine engel olunarak, yüksek oranda alkol içeren bu ürünlerin desteklenmesidir. Dolayısıyla alkol içeren içeceklerin satışı bakımından bir üye ülke yasasında var olan asgari alkol oranları hakkında tek taraflı yükümlülüğün, Andlaşmanın 30'uncu maddesine (yeni madde 28) aykırı olacak şekilde ticaretin önünde engel oluşturduğu belirtilmiştir.

Tüm bu nedenlerle, üye ülkelerin birinde yasal olarak üretilen ve piyasaya sürülen alkollü içkilerin başka bir üye ülkeye sokulmaması için hiçbir geçerli neden bulunmamakta ve bu gibi ürünlerin satışının ulusal yasalar tarafından belirlenen orandan daha düşük alkol oranı içeren içkilerin piyasaya sürülmesiyle ilgili yasal bir yasaklamaya tabi olamayacağı belirtilmiştir. Burada dava ile ayrıca 'Karşılıklı Tanıma İlkesi' olarak adlandırılan ilkenin ortaya çıkarılmıştır. Karşılıklı tanıma ilkesi, bir üye ülke yasaları çerçevesinde üretilen ve piyasaya sunulan bir ürünün, hiçbir engel olmaksızın tüm üye ülkelerde pazarlanabilmesi ve üye ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin yasal düzenlemelerini tanımaları anlamına gelir. Bu ilke Adalet Divanı tarafından özellikle Birlik bünyesinde uyumlaştırma yapılmamış alanlardaki sorunların giderilmesine ve bu yolla üye ülkeler tarafından malların serbest dolaşımını hükümlerini ihlal eden düzenlemeler yapılmasına engel olunması amaçlarıyla kullanılmaktadır.

Cassis de Dijon kararı özellikle ayırım gözetilmeden uygulanan kısıtlamaları, 28'inci madde kapsamında kurtarmak için 30'uncu maddedeki istisnalardan birinin varlığını ispat etmenin yanında, mahkeme tarafından belirtilen ve tahdidi olmayan zorunlu ihtiyaç hallerinin korunmasına yönelik olarak yapıldığını ispat edilmesini yeterli kılması bakımından önem arz etmektedir. Görüldüğü gibi Adalet Divanı bu kararı ile potansiyel kısıtlamaları dahi miktar kısıtlamalarına dâhil eden yaklaşımını yumuşatmış ve karşılıklı menfaatler arasında denge sağlamaya çalışmıştır.

Adalet Divanı *Cassis de Dijon* kararı ile belirlediği bu tutumu sonrasında incelediği önlemler bakımından da devam ettirmiştir. Bu çerçevede şarabın mayalaması sonucu elde edilen sirke haricinde herhangi bir maddeden yapılan sirkenin satılması yasağını miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olarak değerlendirmiş, ileri sürülmüş olan tüketicinin korunması gerekçesini de farklı maddelerden yapılan sirkelerin ambalajlarına buna ilişkin bir açıklama eklenerek aynı amaca ulaşılması bakımından, bunların bir bütün olarak yasaklanmasını orantılı görmemiştir²⁵². İthal ürünlerin üzerine ‘yabancı’ kelimesinin etiketlenmesi zorunluluğuna ilişkin İrlanda düzenlemesinin miktar kısıtlamasına eş etki yarattığı kabul edilmiş ayrıca ayrımcı nitelikteki bir hüküm olmasından dolayı İrlanda tarafından ileri sürülen tüketicinin korunması ve ticarete adaletin sağlanması gerekleri kapsamında değerlendirilmesi talebi Adalet Divanı tarafından reddedilmiştir²⁵³. Eğer ki İrlanda düzenlemesi yerli ve yabancı mallar için kaynak gösterilmesi zorunluluğu şeklindeki bir gerekliliği düzenleseydi, yerli ve yabancı mallara aynı şekilde uygulanma niteliğine sahip olması dolayısıyla, bu düzenlemenin zorunlu gereklere uygunluğu incelenebilecekti. Bu formül çerçevesinde incelenen bir diğer karar olarak *Blesgen* kararında²⁵⁴, Belçika yasalarında yer alan ve üye ülke restoranlarında %22 oranından daha yüksek bir oranda alkol içeren içki satışı yasaklayan ulusal önlemin değerlendirmesi yapılmıştır. Adalet Divanı bu yönde bir içki satışının, stoklanmasının yasaklanmasının ayrımcılık içerir şekilde düzenlenmemiş olması sebebiyle Birlik içi ticarete engelleyici bir etki yaratmadığını, bu sebeple de miktar kısıtlaması olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu noktada Adalet Divanı, Belçika tarafından ilgili düzenlemenin gerekçesi olan sosyal boyutta gerçekleşen alkol alma alışkanlığından kurtulmaları yoluyla alkolizmle mücadeleye gerekçesini haklı bulmuş ayrıca bu uygulamanın yerel ve yabancı içkilere aynı şekilde uygulanması sebebiyle bu niteliği gereği kısıtlamanın üye ülkeler arası ticaret, engellemeyeceğini belirtmiştir.

²⁵² ABAD, C-788/79 sayılı İtalyan State v. Gilli and Andres kararı [1980] ECR. I-02071.

²⁵³ ABAD, C-113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01625.

²⁵⁴ ABAD, C- 75/81 sayılı Blesgen kararı [1982] ECR. I-01211.

2.3.3. İctihadı Daraltıcı Yorum ve Keck Kararı

Adalet Divanı yorumlarıyla ulusal önlemlerin ayrımcı olmaması durumuna bağlanan bir diğer sonuç olarak *Keck* kararında, önlemin belirli satış biçimlerini yasaklaması halinde eğer bu yasaklama yerli ve yabancı malların pazara sürümüne aynı şekilde etki ediyorsa, yani ayrımcı nitelikte değil ise, bu kısıtlayıcı önlemin ATA'nın 28'inci maddesi tarafından kapsanmayacağı belirtilmiştir.

Keck kararına²⁵⁵ konu olay, aynı isimli tacirlerin Fransa'da yer alan ulusal bir düzenlemeye aykırı olarak, diğer biralardan bir farkı bulunmayan biraları, diğerleri için öngörülmüş olan minimum fiyatın altında satması ile başlamıştır. Fransa ulusal yasaları çerçevesinde aleyhlerine açılan ceza davasında yaptıkları savunmada, satışlarını gerçekleştirdikleri bölgenin karşı kıyısında olan ve oldukça yakın mesafede bulunan Alman süpermarketlerinde bu ürünlerin oldukça düşük fiyatta satıldığını, faaliyetlerinin devamı bakımından onlarla rekabet edebilmelerinin tek yolunun satışlarını daha düşük fiyatlar üzerinden yaparak mümkün olabileceğini belirtmişlerdir. Davayı inceleyen Fransız ulusal mahkemesi, Fransa ulusal düzenlemelerinde yer alan piyasaya sürüm maliyetinin altında yapılan satışları yasaklayan düzenlemeye göre kuracağı hüküm öncesi, ilgili düzenlemenin ATA'nın 28'inci maddesine aykırılığı şüphesi ile bu hükmü yorumlaması için Adalet Divanı'na ön karar başvurusu yapmıştır.

Adalet Divanı tarafından bu davanın incelenmesine değin oluşturulmuş olan eş etkili önlemlerin geniş yorumlanması yönündeki eğilim, bu karar ile değişikliğe uğramış, sınır daha dar bir şekilde çizilmiştir. Buna göre Adalet Divanı yaptığı değerlendirmede öncelikle ilgili düzenlemenin tacirleri satış geliştirme yöntemlerinden mahrum bırakması, satış hacmini ve dolayısı ile başka ülkelerden ithal edilmiş olan ürünlerin de satış hacmini kısıtlaması ihtimali olabileceğini belirtmiştir. Ancak bu noktada asıl önemli olan sorunun, ilgili düzenlemenin malların serbest dolaşımını engelleyip engellemediğinin ATA md. 28 kapsamında yapılacak bir değerlendirme ile saptanması noktasında olduğunu belirtmiştir. Yani zararına satışı yasaklayan bir düzenleme, miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olarak görülebilecek midir?

²⁵⁵ ABAD, C-267/91 ve C-268/91 sayılı *Keck and Mithouard* kararı [1993] ECR I-06097.

Adalet Divanı *Dassonville* kararında yaptığı miktar kısıtlamasına eş etkili yaratan önlem tanımını ve *Cassis de Dijon* kararında yarattığı ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri kavramlarını, bu kararda da tekrar etmekle birlikte bu kararın dayanağı olan şu önemli saptamayı yapmıştır:

“Bugüne değin yaratılmış içtihatlarla karşın, belirli satış şekillerini kısıtlayan veya yasaklayan ulusal hükümlerin diğer üye ülke menşeli ürünlere uygulanması, bu düzenlemelerin faaliyetlerini yurtiçinde sürdüren tacirlerin tümü için geçerli olduğu ve yerli ürünlerin ve diğer üye ülke menşeli ürünlerin sürümüne hukuken ve fiilen aynı şekilde etki ettiği müddetçe, *Dassonville* kararı kapsamında üye ülkeler arasındaki ticarete fiilen ve ya potansiyel olarak ya da doğrudan veya dolaylı anlamda engel yaratmış olmaz.”

Görüldüğü gibi kararda sürüm fiyatının altında yapılacak satışları yasaklayan düzenlemenin ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında miktar kısıtlamasına eş etki yaratan bir önlem olarak görülmemesi iki gerekçeye dayandırılmıştır. Bunlardan ilki, bu düzenlemenin faaliyetlerini yurtiçinde sürdüren tacirlerin tümü için geçerli olması, diğeri ise yerli ürünlerin ve diğer üye ülke menşeli ürünlerin sürümüne hukuken ve fiilen aynı şekilde etki etmesidir. Eğer satış koşullarına ilişkin belirli yasaklamalar içeren ulusal hükümler belirtilen bu iki şartı da karşılamaları durumunda, diğer üye ülkeler bakımından pazara girişi engelleyici ve ya ulusal ürünleri korumaya dayalı bir etki meydana getirmeyeceklerdir. İşte bu sebeplerle bu gibi düzenlemeler, ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında görülmemiştir.

Adalet Divanı tarafından ortaya çıkarılmış olan bu yeni yaklaşım Adalet Divanı'nın sonraki kararları ile daha iyi anlaşılır şekilde yorumlanmıştır. Özellikle bu kuralın hangi tür satış modalitelerini kapsadığı noktasındaki endişeler Adalet Divanı'nın benzer nitelikteki kararları ile somutlaştırılmıştır. *Keck* kararında ATA'nın 28'inci maddesi kapsamı dışında tutulan malların zararına satış yasağına ek olarak eczane dışında rekabet yasağına ilişkin önlemler²⁵⁶ pazar ve tatil günlerinde satış yasağına ilişkin önlemler²⁵⁷, eczanede satılan ürünlerin eczane dışında

²⁵⁶ ABAD, 292/92 sayılı Hünermund kararı [1993] ECR. I-06787.

²⁵⁷ ABAD, C-69/93 ve 258/93 sayılı Punto Casa SpA ortak kararı [1994] ECR. I- 02355. Aksi yönde bkz. ABAD, Torfaen Borough Council v B & Q plc kararı [1989] ECR. I-03851.

reklâmının yasaklanmasına ilişkin önlemler²⁵⁸ ve benzin istasyonları içerisinde bulunan marketlerin kapanış saatlerini düzenleyen önlemler²⁵⁹ de pazara girişe etki etmediğinden ve ayırım içeren bir yasaklama düzenlemediklerinden dolayı miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilmemiştir.

Bu önlemlerden farklı olarak Adalet Divanı, malların üretim, ambalajlama, etiketleme, işaretleme ve ruhsat verme gibi alanlara ilişkin ulusal düzenlemelerin *Keck* kararı çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini, bu gibi aşamalara ilişkin düzenlemeleri ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında inceleyeceğini belirtmiştir. Bu yönde *Clinique* kararında²⁶⁰ Almanya, Haksız Rekabete İlişkin Yasa kapsamında *Clinique* markasının kozmetik ürünler ürettiği halde dermakozmetik niteliğe sahip olduğu izlenimini yaratacak bir isim taşıdığı gerekçesiyle bu isim altında Alman pazarına girişine engel olmuştur. Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda böyle bir yükümlülüğün firmayı yeniden paketleme ve yeni reklâm yayınlama gibi ek masraflar altına sokacağından ve bu yolla pazara girişini zorlaştıracağından dolayı, bu önlemi ATA 28 kapsamında incelemeye tabi tutmuştur. Bu yaklaşımın sebebi üretim, ambalajlama, etiketleme, işaretleme ve ruhsat verme gibi işlemlere ilişkin ulusal kuralların yerli mallar ile yabancı mallara eşit şekilde uygulanıyor gibi görünse dahi, eşit şekilde etki etmemesinin sonucudur. Gerçekten de *Keck* kararından farklı olarak malların meydana getirilme aşamalarına ilişkin bu gibi kurallar sebebiyle yabancı mallar ya çok masraflı işlemler sonucu yeniden paketlenip pazara sunulacak ya da pazara giriş yapamayacaklardır. Bu kapsamda *Keck* kararının geliştirilmesi sonucu ortaya çıkan durum açık olarak ulusal önlemlerin belirli satış modalitelerini düzenlemesi, yerli ve yabancılara eşit şekilde uygulanması ve yabancı malların pazara girişini engellemesidir.

2.3.4. Divan'ın Sonraki Döneme İlişkin Yaklaşımları

Adalet Divanı, *Keck* kararı ile başlattığı daraltıcı yönde seyreden içtihat çizgisini sonraki kararları ile de devam ettirmiş, kısıtlama yasağını geliştirir

²⁵⁸ ABAD, 292/92 sayılı Hünermund kararı [1993] ECR. I-06787.

²⁵⁹ ABAD, 401/92 ve 402/92 sayılı Tankstation t'Heukske kararı [1994] ECR. I-02199; ABAD, C-69/93 ve 258/93 sayılı Punto Casa SpA ortak kararı [1994] ECR. I-02355; ABAD, C-229/83 sayılı Leclerc kararı [1985], ERC I-00179.

²⁶⁰ ABAD, 315/92 sayılı *Clinique* kararı [1994] ECR. I-00317.

nitelikteki yorumlarının yerini ayrımcılık yasağını dikkate alan yorumları almıştır. Bu yönde önem arz eden davalardan bir diğeri *Doc Morris* kararıdır.

Doc Morris kararına²⁶¹ konu olay, Hollanda'da eczane sahibi olan Doc Morris ve Herr Waterval isimli firmaların, Almanya'da ve Hollanda'da onaylamış olan, reçetelendirilmesi zorunlu olan ve ya olmayan türdeki ilaçları 2000 yılından itibaren, internetten kurdukları bir internet sitesi aracılığıyla, özellikle Almanya'daki müşterileri hedef alarak, satışa sunmasıyla başlamıştır. İnternet aracılığı ile yapılan tıbbi ilaç satımına Alman Eczacılar Birliği şiddetle karşı çıkmış ve satışın durdurulması talebiyle Frankfurt Eyalet Mahkemesine dava açmıştır.

Alman Eczacılar Birliği, tıbbi ilaçların internet yoluyla satılmasının kamu sağlığı bakımından ciddi tehlikeler doğuracağı iddiasında bulunarak, bu tarz satışların, eczacı ile hastanın farklı yerlerde bulunması dolayısıyla eczacıların temel yükümlülüğü olan hastaları bilgilendirme görevini yerine getirememesi sonucu doğuracağını, reçetelerin etkin olarak kontrol edilemeyeşi sebebiyle bu tarz satışların istismara açık olacağını, uzaktan satışların teslimat sırasında ambalajlarda bozukluklar meydana getirme riskini taşıdığını ve acil durumlarda ilaç teminini çok zorlaştırdığını belirtmiştir.

Bundan başka Alman Eczacılar Birliği'ne göre, internet aracılığı ile satış yapan firmanın ilaçları normal fiyatlarının altında satması, ilaçların ülke çapında mutlaka tek bir fiyattan satılmaları gerekliliğine aykırı düşmektedir. Üstelik sanal eczanelerin kontrolünün neredeyse imkânsız olması sebebiyle zaten Alman İlaç Kanunu'nda izin verilmeyen bu uygulamanın yasaklanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Uzaktan tıbbi ilaç satışını gerçekleştiren firma ise, bu iddiaların gerçek dışı olduğunu, bu tarz satışın hukuka uygun ve tüketicilerin yararına olması dolayısıyla ulusal yasada yer alan hükümlerin ATA'da yer alan malların serbest dolaşımı ilkeleri ile çatışamayacağını ileri sürmüştür.

Bu çerçevede Frankfurt Eyalet Mahkemesi, Alman İlaç Kanununda yer alan ve ilgili üye ülkede (Almanya) ruhsatlandırılmadığı ya da tescillenmediği gerekçesiyle eczaneler için satışına kısıtlama getirilmiş insan kullanımına yönelik

²⁶¹ ABAD, C-322/01 sayılı DocMorris kararı [2003], ECR. I-14887

tıbbi ürünlerin, tüketicilerin internet üzerinden yaptıkları bireysel siparişlerini karşılamak amacıyla diğer bir üye ülkelerdeki yetkili eczanelerden posta yoluyla ticari olarak ithal edilmesini yasaklayan düzenlemenin, ATA md.28'in ifadesiyle, üye ülkeler arasındaki ithalata yönelik miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olup olmadığının yorumlanması amacıyla, Adalet Divanı'na ön karar başvurusunda bulunmuştur.

Eyalet Mahkemesi ayrıca bu düzenlemenin miktar kısıtlamasına eş etkili bir kısıtlama olarak görülmesi halinde, reçete ile satılması zorunlu olan ilaçların, internet yolu ile talep edilmesi sırasında, doktor tarafından verilen asıl reçetenin sunulması zorunluluğu karşısında, bu yasaklamanın, ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan insan sağlığının korunması gerekçesi ile haklı görülüp görülemeyeceğini sormuştur.

Adalet Divanı nezdinde yapılan inceleme kapsamında davanın tarafları olarak Alman Eczacılar Birliği ve Doc Morris firması dışında, Almanya, Yunanistan, Fransa, İrlanda ve Avusturya Hükümeti ile Komisyonun da yazılı değerlendirmeleri alınmıştır.

Yapılan inceleme öncelikle Alman İlaç Kanunu'ndaki bu yasağın *Almanya'da ruhsatlandırılmamış ilaçlar* bakımından uygulanabilirliği yönündedir. Bu kapsamda Alman Hükümeti ve Komisyon Almanya'da ruhsatlandırılmamış tıbbi ürünlerin internet yolu ile satışını yasaklayan Alman İlaç Kanunu'ndaki yasağın, Birliğin 65/65 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinde ortaya konan “ ilgili üye ülkelerde ruhsatı alınmamış tıbbi ürünlerin pazara sürülmesi yasağı” ile uyumlu olduğunu, dava konusu edilen ulusal düzenlemenin, Birlik mevzuatı ile zorunlu kılınan ruhsat alma zorunluluğundan kaçınamamayı sağlama işlevi olduğunu belirtmişlerdir.

Yunan Hükümeti bu görüşü destekleyerek, ithalatçı üye ülkeler tarafından istenen ruhsata sahip olmayan tıbbi ürünlerin, internet yoluyla diğer bir üye ülkeden sipariş edilebilmesi halinde ecza ürünlerindeki pazarlama ruhsat sisteminin ciddi zararlar göreceğini belirtmiştir. Yunanistan'a göre bu şekildeki yasakların devre dışı bırakılması halinde tıbbi ürünlerin üreticileri, herhangi bir üye ülkede ürünlerini ruhsatlandırdıktan sonra, ruhsat edinemedikleri üye ülkelerde bu ürünleri uzaktan satış yoluyla dolaşıma sokacaklar, bunun sonucu olarak da, tıbbi ürünlerin ithalatı üzerinde tam bir denetim yokluğu ortaya çıkacaktır.

Alman İlaç Kanunu'ndaki bu yasağın *Almanya'da ruhsatlandırılmış ilaçlar* bakımından yapılan incelemesinde Alman Eczacılar Birliği ve Komisyon, yasağın ruhsatlandırılmış ilaçlar bakımından da haklı görülmesi gerektiğini iddia etmişler, bu iddialarını, internet yolu ile satış yasağının temel olarak tıbbi ürünlerin düzenlenme veya üretim aşamalarını değil, yalnızca pazarlama yöntemlerini hedef alması ile desteklemişlerdir. Bu çerçevede Adalet Divanı'nın önceki içtihatlarında belirtildiği üzere²⁶², pazarlama yöntemlerine ilişkin kuralların, hem yerli ürünlere hem de diğer üye ülke menşeli ürünlere, fiilen ve hukuken aynı şekilde uygulanması halinde, ilgili düzenlemeler ATA'nın 28'inci madde belirtilen yasak kapsamına girmezler. Bu sebeple de aynı şekilde Almanya'daki eczacıları da etkileyen ve tıbbi ürünlerin pazarlama şartlarını düzenleyen bu yasaklayıcı hüküm ayrımcı bir uygulama da yaratmamaktadır. Bu yasaklamanın ne diğer üye ülkelerdeki eczaneler ile yerli eczaneler arasında eşit olmayan bir muamelenin artışına ne de yerli olanlara kıyasla yabancı malların piyasada dolaşıma girmesine yol açacak bir etkisi olmadığından bahisle, ayrıca 97/7 sayılı tüketicilerin korunmasına ilişkin Birlik Yönergesi kapsamında da tüketicilerin korunması amacını içerdiğinden, ortada ATA'nın 28'inci maddesi anlamında miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olduğunun söylenemeyeceğini belirtmişlerdir.

Ana davada davalı olan Doc Morris firması ise cevabında, ulusal düzenleme ile yapılan bu yüzeysel değerlendirmeleri tümüyle reddettiğini belirtmiş, bu türdeki bir yasaklayıcı düzenlemenin tıbbi ürünün niteliği ile ilgilenmeksizin sadece satış düzenlerini düzenliyor olsa dahi, diğer üye ülke ürünlerinin ithal edildiği üye ülkenin nihai tüketicilerine ulaşma şansını yerli ürünlere oranla çok daha zorlaştırdığını, bu sebeple malların serbest dolaşımı üzerinde bir sınırlama oluşturduğuna karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Frankurt Eyalet Mahkemesinin diğer bir sorusu olan reçete ile satılması zorunlu olan ilaçların, internet yolu ile talep edilmesi sırasında, doktor tarafından verilen asıl reçetenin sunulması zorunluluğu karşısında, bu yasaklamanın, ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan insan sağlığının korunması gerekçesi ile haklı görülüp görülemeyeceği konusunda da taraflar görüşlerini sunmuştur.

²⁶² ABAD, C-267/91 ve C-268/91 sayılı Keck and Mithouard kararı [1993] ECR I-06097, p. 15-17; ABAD, C-292/92 sayılı Hünermund and Others kararı [1993] ECR I-06787, p. 21.

Alman Eczacılar Birliği, Doc Morris firması, Alman ve Fransa Hükümetleri ulusal kurallar arasında tam bir uyumlaştırma sağlanmadıkça, ATA 30. maddesinin uygulanabilir kalacağını konusunda ortak görüş sunmuşlar, ayrıca insan hayatı ve sağlığının, ATA'nın 30. maddesi tarafından güvence altına alınan değerlerin en başında görülmesi ve bu değerlerin korunması bakımından üye ülkelerin, Andlaşmanın izin verdiği sınırlar olan önlemin orantılı ve gerekli olması çerçevesinde, sağlamayı diledikleri korumaları etkin bir biçimde uygulama hakkına sahip olması gerektiği konusunda da benzer yorumlar yapmışlardır.

Alman Eczacılar Birliği, Almanya ve Avusturya Hükümetleri, öncelikle bu yasağın, halk sağlığının korunması amacı bakımından Birlik içi ticarete en az zarar verecek nitelikte düzenlendiğini, aynı amaca ulaşmak bakımından daha az sınırlayıcı bir düzenlemenin yapılamayacağını belirtmişlerdir. Sonrasında ise, bu düzenleme sayesinde ilaç güvenliğinin ve tüketicilerin ilaçlarını almaları sonrasında eczacıların bilgi ve tavsiyelerinden yararlanmalarının sağlanmış olacağını belirtmişlerdir.

Alman Eczacılar Birliği'ne göre, Yunanistan ve Fransa'nın aynı yöndeki iddialarında söylendiği gibi, ilaçların tavsiye edilmesinde, hastanın fiziksel ve psikolojik durumu, duruşu, yaşam şekli ve mevcut tedavi durumu en önemli faktörlerdir ve bu ancak yüz yüze yapılan satışlar kapsamında göz önüne alınabilir. Ayrıca uzaktan satış yapan sanal eczanelerin geleneksel eczanelerin tersine, çok az bir sermaye ile büyük bir yatırım olmaksızın herhangi birisi tarafından kurulabileceği gerçeği karşısında bu türdeki eczanelerin insan hayatı ve sağlığının korunması amacıyla önleyici denetim altında tutulmaları zorunludur.

Sonuç olarak Alman Eczacılar Birliği posta siparişı yoluyla yapılan ilaç satışının yasaklanmasını, amacı kamuya istenilen her anda güvenilir ve dengeli ilaç temini sağlamak olan sosyal güvenlik sisteminin önemli bir parçası olarak görülmesi gerektiğini, Adalet Divanı'nın benzer yöndeki kararlarına²⁶³ atıf yaparak belirtmiştir. Bu çerçevede sosyal güvenlik sistemi tüm olarak yeniden gözden geçirilmeden,

²⁶³ ABAD, C-368/98 sayılı Vanbraekel and Others kararı [2001] ECR I-05363, p. 47-49; ABAD, C-157/99 sayılı Smits and Peerbooms kararı [2001] ECR I-05473, p.72- 74; Bu kararlarda, Adalet Divanı dengeli bir sağlık ve ilaç hizmeti ile sosyal güvenlik sisteminin bağlantılarından ve her ikisinin de korunmasının gerekliliğinden bahsetmektedir.

yasaklamanın tek başına yürürlükten kaldırılamaz veya değiştirilemez nitelikte olduğunu belirtmiştir.

İrlanda Hükümeti ise internet üzerinden reçeteli ilaçların satışı ile ilgili yasağın desteklenmesi gerektiğini belirtmiş, bu noktada reçetelerin orijinalliğinin kontrolünün ancak bu şekildeki bir yasak ile sağlanmış olacağını belirtmiştir. İrlanda hükümetine göre bölgelerindeki doktor ve hastalarla günlük ve yakın ilişkide olan yerel eczacıların bilgi ve deneyimlerinin sayesinde reçetelerin sahte olup olmadığının takibi kolaylaşacaktır.

Tüm bu iddialara karşılık olarak Doc Morris firması oldukça uzun bir savunma ileri sürmüştür. İlk olarak, ilaç teminini sırasında, yüz yüze yapılan satışlarda müşterinin eczacıdan uzman tavsiyesi alma garantisinin, ATA'nın 30'uncu maddesi temelinde, internet siparişi yoluyla satımı yasaklama gerekçesi sayılmayacağını belirtmiştir. Müşterinin huzurda olmasına gerek olmaksızın eczacı tarafından yine de tavsiyede bulunabileceğini ve izleme yapabileceğini, ayrıca siparişlerin dikkatli bir şekilde kontrol edilmesi ve tavsiyelerin karşılıklı değerlendirilmesi sonucunda ilaç gönderimi yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca ilaç hakkındaki tavsiyelerin sanal eczaneler yolu ile ayrıca yazılı olarak müşterilere yollandığını, sonradan ek bir bilgilendirme ihtiyacında, kendileriyle telefon aracılığıyla iletişim kurulduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca ilaçları kullanacak kişilerin şahsen eczanelerde bulunma gerekliliği, Doc Morris tarafından, yaptıkları gözlemlere göre ilaçları kullanacak kişilerin genelde şahsen eczaneye gelmedikleri gerekçesiyle, temelsiz bulunmuştur.

İkinci olarak, sanal eczanelerin denetimsiz oldukları yönündeki iddiaları, bu tür eczanelerin ülke denetimine ve siparişlerin iç denetime tabi olduğu gerekçesiyle reddetmişlerdir. Ayrıca menşe üye ülkedeki yetkili bilirkişi, yani Hollanda eczaneleri resmi müfettişleri tarafından denetime tabi olduklarını, bu denetim kapsamında posta siparişi ile ilaç satımı ve eczane işletilmesi sırasında gerçekleştirilen tüm prosedür ve işlemlerin kontrol edildiğini belirtmişlerdir. Ayrıca bu tür satışların sağlık yönünden ciddi riskler taşıdığı gerekçesi, sağlık risklerinin bu tür satışları yasaklayarak değil, özellikle fatura, ambalaj, sipariş kontrolüne ilişkin etkin denetim öngören kurallarla ilişkili olduğundan kabul görmemelidir.

Reçetelerin sahteliği ve kontrolü zorluğu ile ilgili iddialara karşılık olarak ise eczacıların, Eczacılar Posta hizmeti için Avrupa İşbirliği'nin icapları ile uyum içinde, ilacın sadece, bir doktor veya bir dışı tarafından yazılmış reçete aslını almış olan ilgili eczaneye ve reçete sahibi kişiye gönderilmesini sağlamak zorunluluğundan bahsederek, tıbbi ürünlerin doktor reçetesine tabi olmaları ile ilgili şart uyumlaştırılmış olduğundan tüm Birlik için tek bir koruma düzeyi olduğunu ve bu gerekliliğe her zaman uyarak işlem yaptıklarını belirtmiştir.

Son olarak Doc Morris firması, üye ülkede kurulmuş ve halkın girip çıktığı bir eczane nasıl bir tasvip görüyorsa, herhangi bir sanal eczanenin de tasvip edilmesi gerektiğinden, posta siparişi ile tıbbi ürün satma becerisi halka açık eczanelere karşı rekabetçi bir alternatif olarak algılanmak yerine sonradan ortaya çıkmış tamamlayıcı bir arz olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Adalet Divanı, tıbbi ilaçların internet yolu ile satışını yasaklayan Alman İlaç Kanunu çeşitli ayrımlar yaparak incelemeye tabi tutmuştur. Bu çerçevede öncelikle yapılacak değerlendirmenin, ilaçların Almanya'da ruhsatlandırılmamış ve ruhsatlandırılmış olması halleri kapsamında yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Adalet Divanı, internet yolu ile satılan tıbbi ürünlerin ithalatçı üye ülkede (Almanya'da) ruhsatlandırılmamış olması durumu için tarafların ileri sürdükleri iddiaları da değerlendirerek, bu çerçevede yapılacak bir yasaklamanın, ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında miktar kısıtlamasına eş etkili bir kısıtlama yaratmayacağını belirtmiştir. Bu görüşüne gerekçe olarak da Alman İlaç Kanunu'nun ortaya koyduğu genel yasaklamanın, Birlik kanunu madde 6(1) ile değiştirilmiş 65/65 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinde ortaya konan ilgili üye ülkelerde ruhsatlanmamış tıbbi ürünlerin pazara sürülmesi ile ilgili Birlik düzeyindeki yasaklama ile uyumlu olmasını göstermiştir. Bu hükümlere göre tıbbi ürünler, bir üye ülkede ruhsat almış olsalar bile veya başka bir üye ülkenin piyasasında bulunuyor olsa da, ya o ülkenin yetkili kurumlarınca ya da bu hükümlere atfen Birlik tüzüklerine uygun ruhsatlanmalıdır.

Adalet Divanı, internet yolu ile satılan tıbbi ürünlerin ithalatçı üye ülkede (Almanya'da) ruhsatlandırılmış olması durumu için ise farklı bir değerlendirme yapmış, öncelikle Alman Eczacılar Birliğinin savunmasında yer alan 97/7 sayılı

Yönergenin 14. maddesinin üye ülkelere, daha üst düzeyde bir tüketici koruması sağlamak için, bu yönergenin kapsamı alanında, Andlaşma ile uyumlu daha sıkı koruma oluşturma ve takip etme imkânı verdiğini kabul etmiştir. Ayrıca bu maddenin, Andlaşmaya saygılı bir şekilde, ulusal sınırları içinde mesafe sözleşmeleri vasıtasıyla, bazı mal ve hizmetlerin, özellikle de tıbbi ürünlerin pazarlanması konusunda, genel yarar amacıyla ve gerekiyorsa, yasak içeren böylesi düzenlemelerin de haklı görülebileceğini belirtmiştir. Ancak bu yönergede de belirtildiği gibi, yönerge hükümleri Andlaşma hükümleri ile uyum içinde ve onlara saygılı şekilde kullanılabilir. Bu çerçevede Birlik içi ticareti, fiilen veya potansiyel olarak, doğrudan veya dolaylı olarak engelleme ihtimalleri bulunan tüm önlemlerin, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem yaratacağı yönündeki içtihatlar unutulmaması gerektiği belirtilmiştir.

Alman Eczacılar Birliği tarafından ileri sürülen, internet yolu ile satış yasağının temel olarak tıbbi ürünlerin düzenlenme veya üretim aşamalarını değil, yalnızca pazarlama yöntemlerini hedef alması sebebiyle önceki içtihatlar çerçevesinde haklı görülmesi gerektiği iddiasını ise bu tür kuralların ulusal sınırlar içinde faaliyette bulunan tüm ilgili tacirlere uygulanması ve hem diğer üye ülkelerden gelen hem de yerli ürünlerin pazarlanmasını, hukuki ve fiili olarak, aynı tarzda etkilemesi gerektiğini belirterek, dava konusu olay bazında ilk şart gerçekleşmiş olsa dahi, her iki tür ürünü aynı şekilde etkilemediği kararıyla haklı görülmemiştir. Adalet Divanı yaptığı değerlendirme ile bu şekildeki bir yasaklamanın, Almanya’da yerleşik olmayan eczaneleri, yerleşik olanlara göre çok daha fazla etkilediği açıktır. Çünkü Almanya’da yerleşik durumda olan eczaneler bu gibi yasaklamalar ile alternatif satış kaynakları engelleniyor olsa da, Almanya içindeki yerleşik eczaneleri vasıtasıyla satış yapmaya devam etmekte iken Almanya sınırları dışındaki eczanelerin genel olarak Alman piyasasına girişlerini engellemektedir.

Tüm bu sebeplerle Adalet Divanı, Almanya’da ruhsatlandırılmış tıbbi ürünlerin, internet yolu ile satışının yasaklanmasını, ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri sebebiyle yapılmış olsun olmasın, yerli ürünlerle, ithal ürünleri aynı şekilde etkilemediği gerekçesiyle ATA’nın 28’inci maddesi kapsamında miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olarak değerlendirmiştir.

Eyalet Mahkemesi tarafından sorulan reçete ile satılması zorunlu olan ilaçların, internet yolu ile talep edilmesi sırasında, doktor tarafından verilen asıl reçetenin sunulması zorunluluğu karşısında, bu yasaklamanın, ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan insan sağlığının korunması gerekçesi ile haklı görülüp görülemeyeceğini yönündeki soru, yine iki aşamaya bölünmüş, reçete zorunluluğu bulunan ve reçete zorunluluğu bulunmayan ilaçlar yönünden ayrı incelenmiştir.

Adalet Divanı öncelikle bu alandaki ulusal kuralların uyumlaştırılmasının tam olarak yapılmadıkça, özel ecza ürünlerinin pazarlanması ve üretimine ilişkin olarak ATA'nın 30'uncu maddesinin uygulamasına devam edileceğini belirtmiş, insan hayatı ve sağlığının, ATA'nın 30'uncu maddesi tarafından güvence altına alınan değerlerin en başında görülmesi ve Andlaşmanın koyduğu limitler içinde kalarak, hangi derecede koruma sağlayacaklarına karar verme konusunda üye ülkelerin takdir hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

Bununla birlikte, ecza ürünlerinin ithalatına olası bir sınırlayıcı etkisi olan veya böyle bir etkiye sahip olan ulusal kurallar veya uygulamalar, insan yaşamı ve sağlığını etkin bir şekilde korumak için gerekli ölçüde olduğu sürece, Andlaşma ile uyumludur. Eğer insan yaşamı ve sağlığı, Birlik içi ticareti daha az sınırlayacak olan önlemlerle de etkin bir şekilde korunabilecekse, bu ulusal kural veya uygulama, ATA'nın 30'uncu maddesi kapsamındaki istisnalardan yararlanamaz.

Adalet Divanı, reçetesiz ilaçlarla ilgili olarak Alman Eczacılar Birliği tarafından ileri sürülen iddiaları bütün olarak reddetmiştir. Öncelikle tıbbi bir ilaç alındığında, müşteriye tavsiye ve bilgi sağlanması ihtiyacı ile ilgili olarak, yeterli tavsiye ve bilgi sağlayabilmenin imkânsız olmadığını, üstelik ana davadaki davalıların işaret ettiği gibi, internetle alım, dışarı çıkmaya ihtiyaç duymaksızın, ev veya ofisten sipariş verme kabiliyeti ve eczacıya sorulacak sorular hakkında düşünme zamanı gibi bazı avantajlara sahip olduğunu, bu avantajların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca oluşabilecek suiistimler bakımından düşünüldüğünde reçetesiz satılan ve kanuni olmayan bir ilacı elde etmek isteyen kişiler için geleneksel eczaneler yoluyla bunları elde etmek internette almaya göre çok daha zahmetlidir. Ayrıca bu tür ilaçların, sahteliğinin kontrol edilmesi ihtiyacını

doğuran bir belgeye bağlılık durumları da yoktur. Bu sebeple bu gerekçe de haklı görülmemiştir.

Reçeteye tabi ilaçlar bakımından ise, kamuya temin bakımından çok daha sıkı denetim yapılması gerektiği savunmasının haklı görülebileceği, ayrıca bir üye ülkede reçeteye tabi olan özel bir tıbbi ürünün diğer üye ülkede reçeteye tabi olmayacağı gerçeği, birinci üye ülkeyi bu tip tıbbi ürünle ilgili olarak daha sıkı önlem almaktan yoksun bırakmayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Adalet Divanı, ortaya çıkabilecek riskler kapsamında, doktor reçetelerinin gerçekliğinin etkili ve güvenli bir şekilde kontrol edilebilme ve ilacın tesliminin ya müşterinin kendisine ya da güvendiği birisine yapılmasının garantiye alınması gereği, posta siparişi satışlar üzerindeki yasağı haklı göstereceğini kabul etmiştir.

Bu noktada Alman eczanelerinin, reçeteli ilaçları sabit fiyatlarda satmak zorunda bırakıldıklarından, bu ilaçların kontrolsüz fiyatlarda sınır ötesi satışlarına müsaade edilmesi bu eczanelerin varlığını ve Alman sağlık sistemini tehlikeye atabileceği haklı görülmüştür.

Bu çerçevede reçetesiz ilaçların internet üzerinden satışlarının yasaklanması ATA'nın 30'uncu maddesi kapsamında haklı görülmezken, reçeteli ilaçların internet üzerinden satışlarının yasaklanması ATA'nın 30'uncu maddesi uyarınca insan hayatı ve sağlığının korunması gerekçesiyle haklı görülmüştür.

Doc Morris kararı da Adalet Divanı'nın içtihadı daraltır nitelikteki kararlarına benzer bir yaklaşım içerisinde verilmiş, belirli satış şekli olarak uzaktan satış yasağını yabancı eczanelerin ev sahibi üye ülkedeki tüketicilere ulaşmasını engelleyici bir yasaklama olarak görmüş ve ATA'nın 28'inci maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Ancak bu davada Adalet Divanı, reçete zorunluluğu bulunan tıbbi ilaçların uzaktan satışının yasaklanmasını ATA'nın 30'uncu maddesi kapsamında insan sağlığının korunması gerekçesiyle haklı görmüştür. Burada Adalet Divanı diğer içtihatlarında da belirtildiği üzere insan sağlığının korunması amacının hangi kapsamda güvence altına alınacağına karar verme konusunun üye ülkelerin yetkisinde olduğunu tekrarlamıştır²⁶⁴. Bu kapsamda dikkate alınacak husus önlemin

²⁶⁴ ABAD, C-322/01 sayılı *DocMorris* kararı [2003], ECR. I-14887, p. 103; Aynı yönde bkz. ABAD, C-215/87 sayılı *Heinz Schumacher* kararı [1989] ECR. I- 00617 p.17; ABAD, C-347/89 sayılı *Eurim-*

orantılı olup olmadığının tespiti olacaktır. Ayrıca bu kararlar birlikte üye ülkelerin tıbbi ilaçları düzenli olarak tedarik hakkı ile malların dolaşım serbestisi arasındaki ilişki sağlam temellere oturtulmuştur. Buna göre önemli tıbbi ihtiyaçlar için bir üye ülke halkının düzenli tıbbi ilaç tedarikinin sağlanması ve sosyal güvenlik sisteminin korunması, bu amaca Birlik içi ticareti daha az etkileyecek başka önlemlerle ulaşılamaması durumunda, malların dolaşımını kısıtlamasını haklı kılar²⁶⁵.

Pharman kararı [1991] ECR. I-01747, p.26; ABAD, C-320/93 sayılı Ortscheit kararı [1994] ECR. I-05243.

²⁶⁵ ABAD, C- 322/01 sayılı DocMorris kararı [2003], ECR. I-14887, p.87; ABAD, C-324/93 sayılı Evans Medical kararı [1995] ECR. I-00563; ABAD, C-368/98 Vanbraekel ve diğerleri kararı [2001] ECR. I-5363, p.47-49; ABAD, C-157/99 sayılı Smits and Peerbooms kararı [2001] ECR I-5473, p.72-74.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARI KAPSAMINDA MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN KURALLARA

GETİRİLEN İSTİSNALAR

3.1. AVRUPA TOPLULUKLARI ANDLAŞMASI'NDAKİ DÜZENLEMELER

ATA'nın 30'uncu maddesi uyarınca malların serbest dolaşımına ilişkin öngörölmüş olan yasaklamalara belirli istisnalar getirilmiştir. Bu maddeye göre;

“ 28 ve 29. Maddelerin hükümleri, kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, kişi ve hayvan sağlığının ve yaşamının korunması ya da bitkilerle, milli, kültürel, tarihi ve arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınaî mülkiyetin korunması nedenlerinin haklı kıldığı ithalat, ihracat ya da transit yasaklamalarına veya kısıtlamalarına engel olmaz. Bununla beraber, bu yasaklamalar ve kısıtlamalar, Üye ülkeler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmaz.”

ATA'nın 30'uncu maddesinin birinci cümlesinde hangi nedenlerle yapılacak kısıtlamaların haklı görüleceği belirtilmiştir. Bu sebepler;

- Kamu ahlakı
- Kamu düzeni
- Kamu güvenliği
- Kamu sağlığı
- Hayvan sağlığının ve bitkilerin korunması
- Milli, kültürel, tarihi ve arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin korunması
- Sınaî ve ticari mülkiyetin korunması'dır.

Adalet Divanı önüne gelen davalarda, ATA'nın 30'uncu maddesi anlamında bir kısıtlama sebebinin bulunduğunu kabul etmiş ise aynı maddenin ikinci

fıkrasındaki yasakların ihlal edilip edilmediğini öncelikli olarak inceler²⁶⁶. Buna göre üye devletlerin ilgili istisnalardan yararlanmaları ancak bu yasaklamalar ve sınırlamaların üye devletlerarasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılığa ve örtülü bir kısıtlamaya sebep olmaması halinde mümkündür. Bu çerçevede üye ülkeler ilgili istisnaları uygulamak bakımından bu yasak incelemesi ile sınırlandırılmış olurlar. Adalet Divanı'nın yaptığı bu inceleme ile temel olarak Birlik içi ticareti engellemek amacı ile yapılan kötü niyetli uygulamaların önüne geçebilmektir.

Adalet Divanı, 30'uncu madde ile ilgili olarak önüne gelen davalarda, bu maddenin dar yorumlanması gerektiğini yineleyerek belirtmiştir²⁶⁷. Ancak yapılması gereken bu dar yorum, 30'uncu maddede öngörülmüş olan kısıtlama nedenleri sebebiyle üye ülkelerin alacakları önlemlerin nitelik ve çerçevesini düzenleme konusundaki takdir hakkını ortadan kaldırma amaçlı değildir. Daha ziyade Adalet Divanı tarafından, madde ile üye ülkelere verilmiş olan takdir hakkı içerisinde kalınıp kalınmadığı gözetilmesi bakımından önem taşır²⁶⁸. Ayrıca madde metninde yer alan haklı gerekçelerin tahdidi olarak belirtildiği, burada sayılmayan bir nedenle ATA'nın 28 ve 29. maddelerinin sınırlanmasının haklı görülmeceğini ifade etmiştir²⁶⁹. Bu yorum iki yönlüdür. Gerçektende bir yandan ithalat, ihracat ya da transit geçişlerin birinci cümlede belirtilen sebepler dışında sınırlanmayacağı belirtilirken bir yandan da ilgili sebeplerle ithalat, ihracat ya da transit geçiş dışında hiçbir uygulamanın sınırlandırılmayacağı belirtilmiş olur²⁷⁰.

Bu çerçevede ATA'nın 30'uncu maddenin birinci cümlesinde belirtilmiş olan sebeplerle üye ülke tarafından ATA'nın 28 ve 29'uncu maddesinde bir kısıtlamaya başvurulacak ise belirli koşulların gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu koşullar, kısıtlamanın konusunu oluşturan alana ilişkin bir Birlik düzenlemesinin

²⁶⁶ Can, İç pazar Hukuku, ss. 274-275.

²⁶⁷ Mike Cuthbert, E.U. Law, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, ss. 66-67, Bernand, s. 66; Turner, s. 73; ABAD, C- 7/68 sayılı Komisyon v. İtalya kararı [1968] ECR. I-00423; ABAD, C- 46/76 sayılı Bauhuis v. Hollanda kararı [1977] ECR. I-00005.

²⁶⁸ ABAD, C- 53/80 sayılı Officer van Justitie v. Koninklijke Kaasfabriek Eysen [1981] ECR. I- 00409; ABAD, C- 174/82 sayılı Sandoz kararı [1983] ECR. I- 02445.

²⁶⁹ ABAD, C- 7/68 sayılı Komisyon v. İtalya kararı [1968] ECR. I-00423; ABAD, C- 46/76 sayılı Bauhuis v. Hollanda kararı [1977] ECR. I-00005; ABAD, C- 113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01625.

²⁷⁰ ABAD, C- 46/76 sayılı Bauhuis v. Hollanda kararı [1977] ECR. I-0005; ABAD, C-32/80 sayılı Officer van Justitie v. Kortmann [1981] ECR. I-00251.

mevcut olmaması, korunması amaçlanan değer bakımından bir sınırlamaya gidilmesinin zorunlu olması ve yapılacak sınırlamanın orantılı olmasıdır²⁷¹.

Yukarıda sayılan tüm bu gerekçeler uyarınca üye ülkeler ithalat, ihracat ya da transit geçişlere müdahale edebilirler. Ancak üye ülkelere tanınan bu hak sınırsız değildir. Bu hakkın sınırı yine aynı maddenin ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilgili hak hiçbir şekilde keyfi bir ayrımcılık ya da örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılamaz. Yalnızca ATA'nın 30'uncu maddesinde öngörülmüş olan kısıtlama nedenleri sebebiyle alacakları önlemlerin nitelik ve çerçevesini düzenleme hakları vardır²⁷².

ATA'nın 30'uncu maddesi dışında, 134'üncü maddede yer alan hüküm de malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Bu madde uyarınca üye ülkeler, Birliğin ortak ticaret politikalarının uygulanması sebebi ile ekonomik bakımdan zor duruma düşmesini gerekçe göstererek, Komisyon'un bilgilendirilmesi dâhilinde, koruma önlemlerine başvurabilir, üçüncü ülke menşeli mallara kısıtlama getirebilirler. Ancak bu önlemlerin seçiminde öncelik, 30'uncu maddede olduğu gibi ortak pazarın işleyişine en az zarar veren önlemlere verilir.

3.1.1. Kamu Düzeni

Kamu düzeninin korunması gerekçesi, diğer kısıtlama nedenlerine göre çok daha geniş bir içeriğe sahiptir. Genellikle diğer özel kısıtlama nedenlerinden biri bulunmadığında, ilgili önlemin kamu düzeni kapsamında haklı görülüp görülemeyeceği değerlendirilir. İlgili önlemin kamu düzeninde haklı görülebilmesi için, ülke menfaatine yönelik ağır bir tehdidin varlığı aranır.

Kamu düzeni kavramının geniş şekilde yorumlanmaya elverişli niteliği gereği, Adalet Divanı yaptığı incelemelerde oldukça titiz davranarak ülke menfaatine yönelik ağır bir tehdidin varlığı yanında üye ülke tarafından alınan önlemin gereklilik unsuruna dikkat etmektedir. Bu gerekçeye dayanılarak alınan önlemlerin, Adalet Divanı tarafınca haklı görüldüğü dava sayısı oldukça az olmakla beraber bir örneği R

²⁷¹ Orantılı kavramı ile belirtmek istenen malların dolaşımını en az şekilde engelleyen önlemin seçilmesinin gerekli olduğudur. Bkz. Can, İç Pazar Hukuku, s. 262; Toner, s. 73.

²⁷² Can, İç Pazar Hukuku, s. 262.

v. Ernest George *Thomson and Others* davasıdır²⁷³. Dava konusu olay, İngiltere’de eski para ticareti adı altında ülkede yasak bir işlem olan eski paraların eritilerek ülkeye ithal ettiği tespit edilen bir firmanın, İngiltere’de yapılan bu işlemin yasak olması dolayısıyla İngiliz mahkemelerince mahkûm olmasıyla başlamıştır. Mahkûm olan firma ilgili önlemin malların serbest dolaşımını engellediğini ileri sürerek konuyu ön-karar usulü gereğince Adalet Divanı önüne taşımıştır. İngiltere yaptığı savunmada 1947 yılından önce basılmış olan ve tedavülden kalkmış bulunan altın ve gümüş paraların eritilerek ülkeye ithal edildiğini, bu işlemin ülke yasalarına göre yasak olduğunu, yasaklama sebebinin ise kamu düzeninin korunması olduğunu belirtmiştir.

Adalet Divanı yaptığı incelemede öncelikle ilgili madeni paraların bir ödeme aracı olarak kullanılan anlamda para olmadığı, bu sebeple mal olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, ardından da kapsamda yapılan ithalatın, kamu düzeni gerekçesine dayanılarak engellenip engellenemeyeceğini araştırmıştır. Yaptığı inceleme sonunda, metal paraların bir başka üye ülkede eritilmesi ya da yok edilmesini yasaklayan İngiltere iç hukuk düzenlemesini, ülkelerin temel ve en doğal saklı hakkı olan para basma hakkının uzantısı niteliğinde görmüş ve bu sebeple kamu düzeni gerekçesinin kabulü yönünde karar vermiştir.

Adalet Divanı yaptığı yorumunda ayrıca her ülkenin para politikasını koruma hakkına sahip olduğunu, bu sebeple aranacak olan gereklilik unsurunun mevcut olduğuna hükmetmiştir.

Her ne kadar söz konusu davada para politikalarının korunması bir kamu düzeni gerekçesi olarak kabul edilmiş olsa da, genel olarak üye ülkelerce ileri sürülen ekonomik temelli gerekçeler, sıklıkla reddedilmektedir. Gerçekten de Birliğin ekonomik bütünleşmeyi temel alan niteliği gereği, yine bu bütünleşmeyi sağlayacak temel özgürlükleri ekonomik gerekçelerle engellemek, ATA’ya amaç olarak ters düşmektedir²⁷⁴. Ancak ortaya çıkan ekonomik sorunlar kamu düzenini ciddi anlamda tehdit eder boyutlara ulaşırsa ve üye ülke bu sorunla baş etme noktasında ciddi problemler yaşarsa, temel serbestîlerin mi yoksa kamu menfaatinin mi olaya göre

²⁷³ ABAD, C-7/78 sayılı R v. Ernest George Thomson and Others kararı [1978] ECR. I-02247.

²⁷⁴ Tekinalp ve Tekinalp, ss.320-321.

üstün tutulması gerektiği, Adalet Divanı tarafından yapılacak somut değerlendirme ile çözümlenecektir²⁷⁵.

3.1.2. Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği kavramı, kamu düzeni kavramı gibi oldukça geniş yorumlanabilecek bir içeriğe sahiptir. Bu kavram Adalet Divanı tarafından bir üye ülkenin iç ve dış güvenliğini tehlikeler ve tehditler karşısında koruyan tüm önlemler olarak tanımlanmıştır²⁷⁶.

Adalet Divanı tarafından kamu güvenliği gerekçesinin kabul gördüğü davalardan biri *Campus Oil* davasıdır²⁷⁷. Dava konusu olayda İrlanda hükümeti petrol ithalatçılara yönelik olarak bir düzenleme yapmış ve ithal ettikleri petrolün belirli bir oranını, İrlanda'da mevcut bulunan petrol rafinerisinden satın alma zorunluluğu getirmiştir. İrlanda hükümeti yaptığı bu düzenlemenin amacı olarak ulusal rafinerinin ürünlerinin satılmasının ve bu yolla muhafazasının ancak bu şekilde bir düzenleme ile mümkün olduğunu, bu sebeple ilgili düzenlemenin dış güvenlik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı yaptığı incelemesi sonrasında bu şekilde bir düzenlemenin kamu kurum ve kuruluşlarının devamı bakımından haklı görülebileceği ve halkın ihtiyaç duyacağı petrol ihtiyacının kriz zamanlarında bir ulusal rafinerinin varlığını zorunlu kılması sebebiyle bu düzenlemenin kamu güvenliği gerekçesi kapsamında kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir.

Ancak bu düzenlemenin yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının devamının sağlanması bakımından kamu güvenliği gerekçesini karşıladığı söylenemez. Burada Adalet Divanı'nın asıl dikkat çektiği nokta petrol ürünlerinin üretiminin durması halinde kamu güvenliğinin ciddi şekilde tehlikeye gireceğidir. Ancak Adalet Divanı bu tespiti yapmakla yetinmemiş, ilgili düzenlemede yer alan zorunlu satış uygulamasını kötüye kullanmaması ve söz konusu rafinerinin devamını sağlayacak en az düzeyde zorunlu satış yapması konularında İrlanda Hükümetini uyarmıştır. Bu yorumla da her ne kadar haklı gerekçelerle malların serbest dolaşımı kısıtlanabilse de orantılılık ilkesinin her daim gözetildiği ortaya konmuştur.

²⁷⁵ Can, İç Pazar Hukuku, s. 264.

²⁷⁶ ABAD, C- 273/97 sayılı Sirdar kararı [1999] ECR. I-07403.

²⁷⁷ ABAD, C- 72/83 sayılı Campus Oil kararı [1984] ECR. I-02727.

3.1.3. Kamu Ahlakı

Sınırlarının tespiti oldukça güç olan bir diğer kavram da kamu ahlakı kavramıdır. Hele ki çok uluslu ve birbirinden farklı değerlere sahip bir Birlik içerisinde tanımlama bakımından en çok zorluk görülen gerekçelerden biridir. Bu sebeple Adalet Divanı önüne gelen davalarda genel olarak kamu ahlakı gerekçesine dayanan üye ülkenin, kendi ülkesindeki uygulamalara bakmakta ve gerekçenin bu bakımdan haklı olup olmadığına karar vermektedir²⁷⁸.

Kamu ahlakı gerekçesine dayanan davalardan biri Conegate LTD. v. H. M. Customs davasıdır²⁷⁹. Dava konusu olayda İngiliz yetkilileri, Almanya'dan ithal edilen erotik malzeme ve şişme bebeklere ahlaki nedenlerle gümrükte el koymuştur. İthalatçı firma da bu ürünlerin İngiltere'de üretildiğini, Büyük Britanya kapsamında ise ticaretinin yapılmasının serbest olduğunu ileri sürmüşler, bu sebeple ilgili uygulamanın ATA'nın 28'inci maddesine aykırı ve ayrımcı bir uygulama olduğunu iddia etmişlerdir. İngiliz Hükümeti ise ithal edilen ürünlerin müstehcen ve edepsiz olduğunu ileri sürerek uygulamasının ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan kamu ahlakı gerekçesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda İngiltere'nin kamu düzeni gerekçesini haklı bulmamıştır. Kararının gerekçesinde söz konusu ürünlerin üretilmesi ve pazarlanması konusunda İngiltere'de yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması ve İngiltere'nin söz konusu ürünlerin kendi topraklarında satışının engellenmesi için etkili bir önlem almaması dolayısıyla reddetmiştir.

Görüldüğü gibi Adalet Divanı genel olarak tutunduğu tavırda ahlaki değerlerin tespiti konusunda üye ülkelere hareket alanı tanımakta ve tutarlı davranışları ve uygulamaları halinde bu gerekçelerinin kabulü yönünde karar vermektedir.

3.1.4. İnsan Sağlığı ve Yaşamının Korunması, Havyan ve Bitkilerin Korunması

İnsan sağlığı ve yaşamının korunması (kamu sağlığı) gerekçesi, diğer gerekçelere göre fazlasıyla başvurulan ve kısıtlamalar bakımından en fazla anlamlı

²⁷⁸ Cairns, s. 169.

²⁷⁹ ABAD, C-121/85 sayılı Conegate LTD. v. H. M. Customs kararı [1986] ECR. I-01007.

görülebilecek olanıdır. Birliğin bir düzenlemesi bulunmayan ve karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanamayacağı hallerde, üye ülkeler belirli malların ve malların üretiminde kullanılmış olan katkı maddelerinin sağlık için potansiyel bir tehlike yarattığı gerekçesi ile ithalatına, ihracına ve transit geçişlerine yasaklama getirebilirler. Ancak noktada önemli olan bu iddiaların bilimsel olarak kanıtlanabilir niteliğe sahip olması gerektiğidir²⁸⁰.

Uygulamada kamu sağlığı gerekçesi ile çoğunlukla gıda ürünleri ticaretine engel yaratılmaktadır. Bu alandaki en bilinen karar *Reinheitsgebot* kararıdır²⁸¹. Dava konusu olay, Almanya'nın 1516 tarihli ve biranın nelerden oluşması gerektiğini belirten Alman Saflık Kanununa uygun olmayan biraların ülkesinde piyasaya sürülmesini yasaklaması ile başlamıştır. Bu kanunda tek tek sayılmış olan maddelerin birinin eksikliği ya da yerine farklı madde kullanılması halinde bu ürün bira adı altında Almanya'da satılamayacaktır. Bu düzenleme karşısında diğer üye ülke üreticileri ürünlerini Almanya piyasasına sokamamış ya da oldukça zor şartlar altında bu kanuna göre ayarlamalar yapmak durumunda kalmışlardır. Almanya davada yaptığı savunma ile bu düzenlemenin uygulanması ile sağlık bakımından tehlikeli olan katkı maddelerinin biralara konulmasının engellenmesinin amaçlandığı, bu nedenle ilgili uygulamanın ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan insan sağlığı gerekçesi çerçevesinde haklı görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı yaptığı incelemeler sonucunda, bu düzenleme ile amaçlanan katkı maddelerinin engellenmesi hedefine, doğrudan biraya katılması muhtemel katkı maddelerini yasaklayan bir düzenleme yapılarak ulaşılabileceğini belirtmiş ve bu sebeple Almanya'nın gerekçesini kabul etmemiştir. Gerçekten de hukuka ve sağlığa uygun olarak üretilmiş olmak kaydıyla, sırf farklı maddelerin bileşimi ile meydana getirildiği için bir ürünün yasaklanması, o malın ithalatına getirilmiş olan eş etkili bir yasaklama olur ve sağlığın korunması gerekçesi ile de haklı görülemez.

Bu kapsamda en ilgi ekici kararlardan biri de *Komisyon v. Fransa* kararıdır²⁸². Fransa yaptığı bir düzenleme ile ülkesinde üretilen ağaç kesme makinelerinin belirli güvenlik donanımları ile üretilmesini, bu yolla işçilerin makineyi kullanımları

²⁸⁰ Cairns, s. 171; ABAD, C-178/84 sayılı Komisyon v. Almanya kararı [1987] ECR. I-01227.

²⁸¹ ABAD, C-178/84 sayılı Komisyon v. Almanya kararı [1987] ECR. I-01227.

²⁸² ABAD, C-188/84 sayılı Komisyon v. Fransa kararı [1987] ECR. I-00419.

sırasında hata yapsalar dahi kendilerine zarar vermeyecek şekilde olmasını amaçlamıştır. Benzer makinelerin Almanya'ya üretimleri ise, Fransa'da yer alan yasal düzenlemelere göre yapılmamakta, bunun yerine ilgili makineleri kullanacak işçilere eğitim verilerek aynı amaca ulaşılmaktaydı. Bu sebeple Fransa kendi düzenlemesine uygun olmayarak üretilen Almanya menşeli ağaç kesme makinelerinin ülkesine ithaline engel olmuş, buna gerekçe olarak da işçi güvenliği-insan sağlığı ve yaşamının korunması gerekçesine dayanmıştır. Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda bu iki makinenin aynı standartlarda koruma sağlamadığını tespit etmiş, bu sebeple hiçbir üye ülkeden kendi ülkesindeki standarttan daha düşük seviyede güvenlik sağlayan tehlikeli makineleri ülkesine kabul etmesinin istenemeyeceğini belirtmiştir. Bu önlem tam anlamıyla insan sağlığı ve yaşamının korunması gerekçesiyle haklı görülebilecek niteliktedir.

Görüldüğü gibi genel olarak üye ülkeler, kendi ülkelerinde sağlık standartlarını belirleme konusunda özgürlerdir. Ancak bu noktada ilgili standartların, sırf diğer ülkelerden yapılacak olan mal alışverişinin önlemek amacı ile belirlenmesi halinde öne sürülen gerekçe hiçbir şekilde kabul görmeyecektir. Ayrıca ilgili önlemler uygulanırken orantılılık ilkesi göz önünde tutulmalı, ayrımcı uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Bir diğer gerekçe olarak hayvan ve bitkilerin yaşamının korunması gerekçesi çoğunluklu olarak hayvan ve bitki türlerinin korunması, yok olmalarına karşı alınan tedbirler, yetiştirme alanlarının korunması gibi önlemlerin uygulanması bakımından ileri sürülmektedir²⁸³.

3.1.5. Milli, Kültürel, Tarihi ve Arkeolojik Değerler Olarak Ulusal Zenginliklerin Korunması

ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan haklı gerekçeler içerisinde an az başvurulmuş olanı ulusal zenginliklerin korunması gerekçesidir. Bu gerekçe daha çok ihracata yönelik olup genellikle eserlerin yurtdışına kaçırılmasına engel olma amacına dönük olarak düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu gerekçeye dayanılan bir tek dava örneği vardır. Bu da Komisyon v. İtalya davasıdır²⁸⁴. Dava konusu olayda

²⁸³ ABAD, C- 67/97 sayılı Bluhme kararı [1998] ECR. I-08033.

²⁸⁴ ABAD, C- 7/68 sayılı Komisyon v. İtalya [1968] ECR. I-00423.

İtalya ülkesinden ihraç edilen arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserlere ekstra vergi uygulaması ile başlamıştır. Uygulamanın Adalet Divanı önüne taşınması sonrasında, İtalya savunmasını arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserlerin korunması gerekçesine dayandırarak, bu eserlere ilişkin ihracatı tamamen engellemek yerine ortak pazara daha az zararı olacağı düşüncesi ile vergi oranlarını yükselterek aynı amaca ulaşmak istediğini belirtmiştir. Adalet Divanı yaptığı değerlendirme ile önemli bir noktaya değinmiştir. Adalet Divanı 30'uncu maddedeki istisnaların ancak malların ihracat, ithalat ve transit geçiş uygulamaları yönünden haklı sayılabileceğini, gümrük vergileri ve eş etkili resim yükleyen uygulamaları haklı kılmayacağını belirtmiştir.

Ayrıca ilgili gerekçelerin haklı kılabilceği bir önlem alınmasının ancak bu tehlikeyi doğuran işlemi tamamen yasaklayarak mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Yani eğer bir işlem ülkedeki arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserler bakımından tehlike yaratıyorsa, bu eserleri korumak için bu işlem yasaklanır, yoksa olayda olduğu gibi yalnızca işlemi zorlaştırmak, ek yükümlülükler getiren düzenlemeler yapmak tutarlı ve samimi görülmez.

3.1.6. Fikri ve Sınaî Mülkiyetin Korunması

Uygulamada ATA'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiş olan istisnaların en önemli bölümünü fikri ve sınaî mülkiyetin korunması teşkil etmektedir. Bu gerekçenin kapsamında patent haklarının, marka haklarının, fikri mülkiyet haklarının, faydalı model ve endüstriyel tasarım hakkının korunması yer almaktadır. Bu gerekçe çerçevesinde davalar genel olarak bir ülkede tescil edilen bir hakkın bulunması karşısında, o ülkeye bu hakkı ihlal eder nitelikte yapılan ihracata izin verilip verilmeyeceği noktasındadır.

Bilindiği gibi tescil edilmiş olan fikri ve sınaî haklar esas itibarıyla yürürlükte oldukları ülkelerin coğrafi sınırı içerisinde hak sahibine korunma hakkı verir. Bu kapsamda ilgili hakların ne şekilde ve hangi sınırlarla bütün Birlik çapında korunacağı önemli bir sorudur. Tescil edildiği ülke sınırları kapsamında olduğu gibi bir koruma sağlamak, malların serbest dolaşımı kurallarına ciddi zararlar verebileceğinden, ATA içerisinde bu hak malların serbest dolaşımı kurallarının bir istisnası olarak düzenlenmiş ve haklılığının ispatlanması halinde korunması gerektiği

düşünülmüştür²⁸⁵. Adalet Divanı bu haklılığın genel olarak malların kötüleşmesi veya değiştirilmesi hallerinde gerçekleşmiş sayılacağını belirtmiştir²⁸⁶.

İlgili hakların sahibi olan kişi eğer ki münhasır hakkı sona ermemiş ise diğer üye ülkelerden hakkının korunduğu ülkeye yapılacak olan ihracata engel olabilir. Bu noktada asıl önemli olan nokta hak sahibinin münhasır hakkının sona ermemesidir. Münhasır hak, ilgili ürünün bizzat kendisi tarafından veya kendisinin onayıyla bir üye ülkede hukuka uygun bir şekilde dolaşıma girmiş olması ile sona erer. Bu kural ‘Tükenme İlkesi’ olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkenin Adalet Divanı tarafından yorumlandığı davalardan biri Deutsche Grammophon v. Metro davasıdır²⁸⁷. Dava konusu olay Alman Deutsche Grammophon adlı müzik şirketinin ürettiği plakları, bu şirketin Fransa’daki distribütöründen alan Metro adlı şirketin bu plakları Almanya’ya ithal etmesi ile ortaya çıkmıştır. Ayrıca ithal ettiği plakları, Deutsche Grammophon’ın Almanya için belirlediği minimum satış fiyatlarının altında satmaya başlamıştır. Bunun üzerine Deutsche Grammophon, Metro adlı firmanın telif hakkını ihlal ettiğini, ayrıca söz konusu plakları Almanya’da satışa henüz sunmadığından dolayı Alman Telif Hakkı Kanununun tanıdığı hakkının tükenmediğini belirtmiştir. Adalet Divanı önüne ön-karar usulüncelikle gelen bu davada Adalet Divanı yaptığı inceleme sonucunda bir müzik yapım şirketi tarafından kendisinin ve ya rızası ile üçüncü bir kişinin başka bir üye ülkeye piyasaya sürdüğü plakların, kendi ülkesine ithaline ulusal telif haklarına dayanarak, bu ürünleri ilk olarak ülkesinde kendisi tarafından piyasaya sürülmediği gerekçesiyle engel olması, Birliğin üzerinde varlığını sürdürdüğü ortak pazarın malların serbest dolaşımına ilişkin hükümleri ile çelişir. Ancak Adalet Divanı *Merck* kararında bu konuya ilişkin çok önemli bir saptama yapmış ve eğer hak sahibi malı üye ülkelerden birinde serbest iradesi ile değil de ulusal hukukun ya da Birlik hukukunun bir yükümlülüğü sebebiyle dolaşıma soktu ise burada tükenme ilkesi uygulanmayacağını belirtmiştir²⁸⁸. Yani hak sahibi, kendi rızası dışında herhangi bir hüküm dolayısıyla mecburi olarak piyasaya sürme durumunda kaldı ise; diğer şartlarla beraber malın ithaline ya da satışına karşı çıkabilir.

²⁸⁵ Can, İç Pazar Hukuku, s.272; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s. 664.

²⁸⁶ ABAD, C- 85/76 sayılı HoffmannLa Roche kararı [1978] ECR. I-01139; ABAD, C-427/93 sayılı Bristol Myers Squibb kararı [1996] ECR. I-03457.

²⁸⁷ 78/70 sayılı Grammophon v. Metro kararı [1971] ECR. I-00631.

²⁸⁸ ABAD, C-267/95 ve C-268/95 sayılı Merck kararı [1996] ECR. I-06285.

Bu genel kuralın yanında marka hakkı koruması bakımından birkaç unsur daha aranmaktadır. Buna göre yukarıda belirtildiği şekilde marka üzerindeki münhasır hakkı sona ermemiş olan kişi, ürün eğer aynı veya karşılaştırılabilir marka işaretine sahip ise diğer üye ülkeden ithaline karşı çıkabilir. Görüldüğü gibi genel kuralın yanında markalar için ayrıca diğer markanın aynı veya benzer nitelikte bir marka işareti ile donatılmış olması gereklidir. Bu çerçevede aynı şekilde eğer kendi rızası olmaksızın marka hakkı diğer bir firmaya devredilmişse burada yine aynı koruma kapsamı uygulanır.

Bu kapsamda son olarak transit geçişin, fikri ve sınaî mülkiyet koruması kapsamında engellenemeyeceğini ya da kısıtlanamayacağını belirtmek gerekir. Bu konuda Adalet Divanı ile ilgili olarak, bir ülkeden diğer bir ülkeye yapılan mal sevkıyatının, geçiş yolu üzerinde bulunan ülkedeki fikri ve sınaî mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarını etkileyecek bir şekilde pazarda kullanılması anlamına gelmediğinden, transit geçiş kısıtlamalarının, bu hakların korunması gerekçesi ile kısıtlanamayacağını belirtmiştir²⁸⁹.

3.2. YAZILI OLMAYAN KISITLAMA NEDENLERİ

ATA'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiş olan ithalat, ihracat ve transit geçişin haklı görülen kısıtlama nedenleri yanında gelişen uygulama ile Adalet Divanı içtihatlarıyla yeni kısıtlama nedenleri yaratılmıştır. İçtihat hukuku kapsamında ortaya çıkmış olan *ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri* olarak adlandırılan bu sınırlandırma nedenleri çeşitli koşulları taşıyan durumlar kapsamında uygulanabilmektedir. Adalet Divanı, ilgili kavramın doğduğu *Casis De Dijon* kararı kapsamında şu yorumda bulunmuştur:

“Eğer herhangi bir ürün hakkında Birlik çapında ortak bir politika belirlenmemiş veya mevzuat uyumlaştırma işlemleri tamamlanmamışsa, üye ülkelerin yasal düzenlemeleri makul ve adaletli olmak koşulu ile geçerliliğini koruyacaktır.”

Malların serbest dolaşımı kurallarına yeni bir boyut kazandıran bu yorum uyarınca, üye ülkelerin farklı yasal düzenlemelerinden kaynaklanan ve malların Birlik içinde serbest olarak dolaşımını kısıtlayan kurallar, Adalet Divanı tarafından

²⁸⁹ Can, İç Pazar Hukuku, s. 274.

kabul görmüş olan zorunlu ihtiyaç hallerinde uygulanır. Ulusal kamu menfaatlerinin zorunlu gerekleri olarak adlandırılan hallere şu örnekler verilebilir:

- Mali Denetim²⁹⁰
- Ticari İşlemlerde Adaleti Sağlama²⁹¹
- Tüketicinin Korunması²⁹²
- Kültür Politikaları²⁹³
- Çevrenin Korunması²⁹⁴
- Çalışma Şartlarının İyileştirilmesi²⁹⁵

Görüldüğü üzere ATA'nın 30'uncu maddesinde açıkça düzenlenen kısıtlama nedenleri yanında, Adalet Divanı uygulamada karşılaşılan güncel sorunlar sebebiyle yeni sınırlama sebepleri yaratmıştır. Adalet Divanı içtihatlarıyla oluşturduğu zorunlu gereklerin, ATA 30'uncu maddede sayılan istisnaların uygulanması ve ya genişletilmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir²⁹⁶. Bu sebeple malların serbest dolaşımına ilişkin ATA hükümleri olabildiğince geniş yorumlanırken, ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan kısıtlama gerekçeleri ile ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri kavramı olabildiğince dar kapsamlı yorumlanmalıdır²⁹⁷. Ayrıca ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri kavramının içeriğine yalnızca ekonomik olmayan gerekçelerin girdiği unutulmamalıdır²⁹⁸.

²⁹⁰ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649; ABAD, C- 823/79 sayılı Carciati kararı [1980] ECR. I-02773; ABAD, C-127/86 Ledoux kararı [1988] ECR. I-03741.

²⁹¹ ABAD, C- 8/74 sayılı Dassonville kararı [1974] ECR. I-00873; ABAD, C-58/80 sayılı Dansk Supermarket v. A/S Imerco kararı [1981] ECR. I- 00181, ABAD, C- 179/85 sayılı Komisyon v. Germany kararı [1986] ECR: I-03879.

²⁹² ABAD, C- 8/74 sayılı Dassonville kararı [1974] ECR. I-00873; ABAD, C-193/80 sayılı Komisyon v İtalya kararı [1981] ECR. I-03019; ABAD, C- 46/90 ve 93/91 ortak sayılı Procureur du Roi v. Lagache ve diğerleri kararı [1993] ECR: I-05941.

²⁹³ ABAD, C-42/82 sayılı Komisyon v. Fransa kararı [1983] ECR. I-01013.

²⁹⁴ ABAD, C- 3/76 sayılı Kramer kararı [1976] ECR. I-01279; ABAD, C- 302/86 sayılı Komisyon v. Danimarka kararı [1988] ECR: I-04607; ABAD, C-2/90 sayılı Komisyon v. Belçika kararı [1992] ECR. I-04431.

²⁹⁵ ABAD, C- 155/80 Oebel kararı [1981] ECR.I-01993, ABAD, C-332/89 Marchandise ve diğerleri kararı [1991] ECR. I-01027.

²⁹⁶ ABAD, C- 113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR: I-01625.

²⁹⁷ A. Malcolm Jarvis, **The Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods**, Oxford University Press, Oxford, 1998, s.176.

²⁹⁸ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, , s.676.

Bunların dışında, ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri ile ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan kısıtlama nedenleri arasında uygulanma şartları bakımından farklar vardır. Birinci fark uygulanma alanı bakımındandır. Buna göre 30'uncu maddede yer alan kısıtlama nedenleri genel olarak ithalat, ihracat ve transit geçiş halleri bakımından uygulama alanı bulurken, Adalet Divanı içtihatları ile yaratılmış olan ulusal kamu menfaatlerinin zorunlu gerekleri yalnızca ithalat uygulamaları bakımından gerekçe gösterilebilir²⁹⁹.

Bir diğer fark ise uygulanma şartları bakımındandır. ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan haklı gerekçeler, somut olay kapsamında haklı görülmeleri durumunda, herhangi bir ek şart aranmaksızın uygulanabilir. Ancak Adalet Divanı içtihatları ile yaratılmış ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri, belirli koşulların bir araya gelmesi halinde uygulanabilir. Bunlar:

- İlgili konuda İkincil Birlik düzenlemesi bulunmaması
- İlgili koruma önleminin yerli ve yabancı ürünler için ayırım yapılmaksızın uygulanması'dır.

Gerçekten de eğer kısıtlama gerekçesi olarak gösterilecek alana ilişkin bir Birlik düzenlemesi mevcut ise, üye ülkeler bu düzenlemeye aykırı olarak aldıkları önlemin hukuka uygun olduğunu ileri süremezler³⁰⁰. Bu sebeple, mevzuat uyumlaştırması yapılmamış alanlarda, üye ülkelerin ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri sebebiyle sınırlandırmaya gidebileceğine ilişkin Adalet Divanı yorumu, özellikle mevzuat uyumlaştırması çalışmalarının temel olarak hızlandırılması kararının alındığı Beyaz Kitap'ın hareket noktası olarak değerlendirilmektedir³⁰¹. Bir diğer şart olarak ulusal kamu menfaatinin zorunlu gereklerinin, yerli ve ithal mallar için ayırım yapılmadan uygulanan düzenlemeler için ileri sürülebileceğidir³⁰². Bu

²⁹⁹ ABAD Casis de Dijon kararında, kamu menfaatlerinin zorunlu gerekçeleri olarak adlandırdığı bu grup gerekçenin, açıkça md.28 çerçevesindeki yazılı olmayan kısıtlama nedenleri olduğunu belirtmiştir. Kent, s.131; Foster, s. 116.

³⁰⁰ ABAD, C- 120/78 sayılı Cassis de Dijon kararı [1979] ECR. I-00649; Can, İç Pazar Hukuku, s. 278; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.679.

³⁰¹ Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s.628.

³⁰² ABAD, C- 788/79 sayılı Gilli and Andres kararı [1980] ECR. I- 02071; ABAD, C- 113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01683; ABAD, C- 16/83 sayılı Prantl kararı [1984] ECR. I-01299.

şartın genel olarak, yerli mallara ithal malların karşısında avantaj verilmediği durumlar olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir³⁰³.

ATA'nın 30'uncu maddesinde yer alan kısıtlama nedenlerinde olduğu gibi, ulusal kamu menfaatinin zorunlu gerekleri çerçevesinde alınan önlemlerin de orantılılık ilkesi ile bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Alınan önlemlerin bu kapsamda orantılı sayılabilmesi için malların serbest dolaşımını en az etkileyecek nitelikte, dengeli ve gerekli olması gerekmektedir³⁰⁴.

³⁰³ Todd J. Friedbacher, "Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods, and the Search for Legitimacy", **European Law Journal**, Vol. 2 Issue 3, (Nov. 96), ss. 227-228; Can, İç Pazar Hukuku, s. 277; ABAD, C- 788/79 sayılı Gilli and Andres kararı [1980] ECR. I- 02071; ABAD, C- 113/80 sayılı Komisyon v. İrlanda kararı [1981] ECR. I-01683; ABAD, C- 16/83 sayılı Prantl kararı [1984] ECR. I- 01299.

³⁰⁴ Jarvis, s. 176; Kapteyn ve Verloren Van Themaat, s. 678; Can, İç Pazar Hukuku, s. 278.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARININ TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIĞI AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

4.1. TÜRKİYE AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIĞI

4.1.1. Ortaklığın Hukuki Temelleri

Türkiye ile AB arasındaki ilişkiler, 10–11 Aralık 1999 tarihindeki Helsinki Zirvesi'nde, Türkiye'nin diğer aday devletlere uygulanan aynı kriterler temelinde, birliğe katılma amacına dönük olarak, bir aday devlet olarak kabul edilmesi ve ardından 3 Ekim 2005 tarihinde

Lüksemburg'da alınan kararlarla tam üyelik müzakerelerinin başlatılmasıyla tarihi bir döneme girmiştir.

Bu sonuç Türkiye bakımından çok önemli olsa da, sürecin zorluğu sebebiyle tam üyeliğin resmi olarak ne zaman gerçekleşeceği tahmin edilememektedir. Bu nedenle, AB ile Türkiye arasındaki hukuki ilişkilerin ve karşılıklı hukuki yükümlülüklerin, tam üyelik gerçekleşinceye kadar, bu bölüm altında inceleme konusu yaptığımız 1963 yılında imzalanan Ortaklık Antlaşması ile başlayan hukuki belgelerin ortaya çıkardığı ortaklık hukuku çerçevesinde yürütülmesi zorunludur. Tüm bu sebeplerle taraflar arasındaki ortaklığın anlaşılması bakımında bu bölüm altında öncelikli olarak, ortaklığın hukuki temelleri ve bu düzenlemelerin içerikleri hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Ardından ise çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılan malların serbest dolaşımına ilişkin Adalet Divanı kararlarının, ortaklık hukuku kapsamında göz önüne alınabilirliği değerlendirilecektir.

4.1.1.1. Ankara Anlaşması

Türkiye'nin 31 Temmuz 1959'da o dönemdeki adı ile AET'ye yaptığı ortaklık başvurusunun kabulü ardından, ortaklık şartlarının belirlenmesi amacıyla yapılan uzun görüşmeler sonucunda, ATA'nın 238'inci maddesi (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 272) temel alınarak, taraflar arasında bir gümrük

birliğine dayanan ortaklık antlaşması yapılması kararlaştırılmıştır. Verilen bu karar doğrultusunda, 12 Eylül 1963 tarihinde AET üyesi devletler adına AET tüzel kişiliği ile Türkiye arasında“ Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Kuran Antlaşma” (Ankara Antlaşması) imzalanmıştır.

1 Aralık 1964 tarihinde, tüm üye devlet parlamentoları ve TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe giren Ankara Antlaşması 33 maddeden, Antlaşma eki ise iki Protokol (Geçici Protokol ve Mali Protokol), bir son senet ve imza sırasında teati edilen iki mektuptan oluşmaktadır.

Ankara Antlaşması, Birliğin, esas olarak diğer ortak devletlerle Birlik arasında, bir gümrük birliğini gerçekleştirmek amacıyla yaptığı ortaklık anlaşmalarından çok daha geniş hedefler içerir. Antlaşmanın sistematigi incelendiğinde görülecektir ki, esas itibariyle içerisinde malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin ortak bir rekabet düzeni içerisinde serbestçe dolaşabileceği bir ekonomik alan yaratılması için bir program niteliğinde olan bu antlaşma aynı zamanda tarım, ulaştırma, rekabet ve vergiler, mevzuat ve politikaların uyumlaştırılmasına ilişkin hükümler de içermektedir. Antlaşma hükümlerinin lafzı ise esas itibariyle taraflara somut yükümlülükler getirmekten çok, genel ilkeler koymakla yetinmiştir. Maddi hükümlerin çoğu muğlâk ifadeler içermekte ve bu yolla akit taraflara ortaklık hukukunu uygulamada takdir yetkisi ve boşluk alanı bırakmaktadır. Bu takdir yetkisinin sınırlandırıldığı nokta ise 7’inci maddede düzenlenen “antlaşmaya sadık kalma yükümlülüğü” ve 9’uncu maddede yer alan “ayrımcılık yapmama yükümlülüğü”dür³⁰⁵.

Ankara Antlaşması, aynı zamanda, Türkiye’yi tam üyeliğe hazırlayan ve geçiş şartlarını düzenleyen bir ortaklık antlaşmasıdır. Ankara Antlaşması ve Roma Antlaşması’nda öngörülen yükümlülüklerin Türkiye tarafından tamamen yerine getirildiği ve üzerinde anlaşmaya varıldığı halde, tam üyelik görüşmelerinin başlatılacağı Ankara Antlaşması’nın 28’inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. İlgili maddeye göre;

³⁰⁵ Hacı Can, **Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, TOBB, İzmir, 2006, (*Türkiye – Avrupa Topluluğu*), s. 16.

‘‘Anlaşma’nın işleyişi, Topluluğu kuran Antlaşma’dan doğan yükümlülüklerin tümünün Türkiye’ce üstlenilebileceğini gösterdiğinde, akit taraflar, Türkiye’nin Topluluğa katılması olanağını inceler’’

Bu maddeyle birlikte Ankara Antlaşması’nın tam üyelik şeklindeki siyasi hedeflere de sahip olduğu anlamı çıkarılmalıdır.

Ankara Antlaşması, ortaklığı dönemselsel ve kurumsal yönden yapılandırmıştır. Türkiye’nin AET’ye tam üye olmadan kurumsal yapıya dahil edilmesinin ve kararlarda söz sahibi olması mümkün olmadığından Ankara Antlaşması, Türkiye ile Birlik arasında kurulan ortaklığın gelişimine katkıda bulunmak üzere, karar alma sürecinde ve anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında kullanılmak amacıyla Ortaklık Konseyini oluşturmuştur. Bir yanda üye devlet hükümet temsilcileriyle Konsey ve Komisyon üyeleri, diğer yanda, Türk hükümetinin üyelerinden oluşan Ortaklık Konseyi, Antlaşma’nın hedeflerinin gerçekleştirilmesi için gerekli görülen düzenlemeler ile ilgili kararlar almak ve akit taraflara görüş bildirmenin yanında, akit taraflarca, Antlaşma’nın yorumu ve uygulanması ile ilgili önüne getirilen uyuşmazlığı çözmek veya mevcut bir yargı mercii önüne götürmekle görevlendirilmiştir. Ayrıca Ankara Antlaşması’nın 23’üncü maddesiyle, kendisine verilen görevleri yerine getirmek amacıyla, yardımcı komiteler kurma yetkisini kullanan Ortaklık Konseyi bu çerçevede Ortaklık Komitesi, Karma Parlamento Komisyonu, Gümrük İşbirliği Komitesi ve AT – Türkiye Gümrük Birliği Ortak Komitesi organlarını oluşturmuştur.

Ankara Antlaşması’nın bir özelliği de ortaya çıkardığı kurumsal yapı yanında ortaklığı dönemselsel olarak yapılandırmasıdır. Türkiye ile Birliğin üye devletleri arasında mevcut olan gelişmişlik farkı nedeniyle, ortaklığın kademeli olarak uygulanması ve Türkiye’nin bu süreç içerisinde Birliğin ekonomik ve mali yardımlarıyla desteklenmesi yöntemi benimsenmiştir³⁰⁶. Bu sebeple ortaklığın, birbirini izleyen hazırlık, geçiş ve son dönem olmak üzere üç aşamadan geçerek gelişmesine karar verilmiştir.

³⁰⁶ Bkz. Can, *Türkiye – Avrupa Topluluğu*, s. 16; Dış Ticaret Mahkemesi, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Altıncı Baskı, Ankara, 2007, s. 200.

Ankara Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle başlayan ve Ortaklığın ilk evresini oluşturan hazırlık aşaması Antlaşma'nın 3'üncü maddesinde hüküm altına alınmış, ayrıntıları ve özellikle Birliğin Türkiye'ye yapacağı yardımların konusu, Ankara Antlaşması'na eklenen Geçici Protokol ve Mali Protokol'de ortaya konulmuştur. Ankara Antlaşması'nın 3'üncü maddesine göre;

“ Hazırlık döneminde Türkiye, geçiş dönemi ve son dönem boyunca kendisine düşecek yükümlülükleri üstlenebilmek için, Topluluğun yardımı ile ekonomisini güçlendirir.”

Geçici Protokol'de öngörülen koşullara uygun olarak uzatma yapılmadığı takdirde Hazırlık Aşaması beş yıl sürecektir. Ancak hazırlık dönemi ileride anlatılacak olan Geçici Protokol'de belirtilen usullere uygun olarak uzatılmış ve dokuz yıl sürmüştür.

Bu dönemde, Ankara Antlaşması'na ekli protokole göre, Birliğin yükümlülükleri bir takım vaatlerden meydana gelirken, Türkiye'nin yükümlülükleri, Birlikten aldığı yardımlarla ekonomisini düzeltmektir. Bu çerçevede, Birlik, Türkiye'ye yardım etme ve bu yardımların Antlaşmanın amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını gözlemek konusunda, mukaveleden doğan bir göreve sahiptir. Görüldüğü gibi Türkiye ekonomik ve sosyal gelişimini sağlamak üzere Ankara Antlaşması ile başlayan hazırlık aşamasında herhangi bir yükümlülük altına girmemiş, kendisine ortaklığın geçiş ve son dönemlerinde üstleneceği yükümlülüklerle hazırlanma şansı verilmiştir³⁰⁷.

4.1.1.2. Katma Protokol

Ankara Antlaşması'na ekli Geçici Protokol'ün 1'inci maddesinde, ortaklığın, hazırlık aşamasından geçiş aşamasına doğrudan geçişin mümkün olmayacağı, bu yöndeki kararın ortaklık rejiminin uygulanması ve gittikçe gelişmesini sağlamak üzere akit tarafların bir araya gelerek oluşturdukları Ortaklık Konseyi tarafından vereceği belirtilmiştir. Ortaklık Konseyi bu kararı verirken Geçici Protokol'ün 1'inci maddesine göre hareket edecek ve Türkiye'nin ekonomik durumunu inceledikten sonra ek bir protokolle geçiş aşamasına nasıl geçileceğini değerlendirecektir.

³⁰⁷ Bozkurt, Özcan ve Köktaş, s. 361; Hacı Can, “Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:3, No: 1, Güz 2003, (Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi), s.24.

Türkiye, 16 Mayıs 1967’de geçiş dönemi çalışmalarının başlatılması için AET’ye başvurmuş, geçiş dönemini başlatacak olan Ortaklık Konseyi kararı olan Katma Protokol ise 23 Kasım 1970’de imzalanarak, 1 Ocak 1973’de yürürlüğe girmiştir. Ankara Antlaşması’nın 4’üncü maddesindeki düzenlemeye göre, geçiş döneminde akit taraflar, karşılıklı ve dengeli olarak, Türkiye ile Birlik arasında aşamalı olarak bir gümrük birliğinin kurulması ve ortaklığın düzenli bir şekilde yürümesi ve bu amaçla alınan ortak kararların gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, ekonomi politikalarını çok daha yakından koordine etmekle yükümlüdürler. Görüldüğü gibi bu dönemde hazırlık aşamasından farklı olarak, taraflar arasındaki yükümlülükler tek taraflı olmaktan çıkıp, karşılıklı hale gelecektir.

Ankara Antlaşması’nda belirlenen alanların, Türkiye’nin ekonomik durumuna uygun bir şekilde yürürlüğe konmasını sağlayan bir uygulama antlaşması niteliğini taşıyan Katma Protokol, yarattığı hukuki temel üzerine, geçiş döneminin ayrıntılarını ve kurulacak gümrük birliğinin ilke ve usullerini belirlemiştir³⁰⁸. Daha çok malların serbest dolaşımının gerçekleşmesini hedef alan bu belge ile öncelikle sanayi malları bakımından kurulması öngörülen gümrük birliğine ilişkin olarak tarafların yükümlülükleri belirlenmiştir. Katma Protokol’de, Birlik, 9’uncu maddeye göre, sanayi mallarında, Türkiye’den yapacağı ithalata (tekstil ve petrol ürünleri hariç) hiçbir gümrük ve eş etkili vergiler koymamayı ve miktar kısıtlamaları uygulamamayı garanti etmiş³⁰⁹, buna karşılık Türkiye 8’inci madde uyarınca, Birlik çıkışlı mallara uygulanan gümrük ve eş etkili vergilerini on iki ve yirmi iki yıllık dönemler içerisinde tedricen kaldırmayı ve aynı dönem içinde Birliğin Ortak Gümrük Tarifesi’ne (OGT) ve tarım politikasına uyum sağlamayı taahhüt etmiştir.

Her ne kadar Türkiye- Avrupa Birliği ortaklığında malların serbest dolaşımı esas itibariyle gümrük birliği temelinde işletilmekteyse de, akit taraflar arasında malların serbest dolaşımının tek başına gümrük birliğinin kurulması ile mümkün olmayacağı anlaşılmış, bu sebeple Katma Protokol’de miktar kısıtlamalarının

³⁰⁸ 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren gümrük birliğinin son dönemi uygulamaya konulmuş ve bu nedenle Katma Protokolün gümrük birliğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulanması ortadan kalkmıştır.

³⁰⁹ Birlik, Katma Protokol’den doğan ticari yükümlülüklerini 1 Eylül 1971 tarihinde bir geçici anlaşma ile yerine getirmiş, bu yolla tüm gümrük ve eş etkili vergileri ve miktar kısıtlamalarını Türkiye’den ithal edilen mallara karşı kaldırmıştır Bkz. Can, Türkiye- Avrupa Topluluğu, s.27; Dış Ticaret Müsteşarlığı, s. 296.

kaldırılmasına ilişkin kurallar da hüküm altına alınmıştır³¹⁰. Bu kapsamda sanayi mallarının serbest dolaşımının sağlanabilmesi için karşılıklı olarak gümrük vergileri ve eş etkili önlemler ile mali yükümlülüklerin belirlenen geçiş dönemleri ile kaldırılması, Türkiye'nin ortak gümrük tarifesine uyumu ile miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kademeli olarak kaldırılması, Katma Protokol'ün esaslı düzenlemeleridir.

Birlik, Katma Protokol'den doğan sanayi mallarındaki gümrük vergisi ve eş etkili vergileri kaldırma yükümlülüğünü önceki dönemde yapılmış bir ara anlaşma ile 1971 yılında yerine getirmiştir³¹¹. Miktar kısıtlamalarının kaldırılması açısından ise Birlik üstlendiği yükümlülükleri başlangıçta yerine getirmiş olsa da, ilerleyen yıllarda pamuk ipliği ve hazır giyim ürünleri konusunda tek yanlı kararı ile kota uygulaması başlatmıştır³¹². Türkiye bakımından ise Birlik mallarına uyguladığı gümrük vergileri ve eş etkili vergileri kaldırması için genel rejim çerçevesinde 12 yıllık bir dönem öngörülmüş, bazı hassas sanayi ürünleri için ise istisnai rejim çerçevesinde 22 yıllık bir dönem öngörülmüştür³¹³. Benzer şekilde Birlik mallarına uygulanan miktar kısıtlamalarının kaldırılması için öngörülen yükümlülükler ise üzerinde miktar kısıtlaması bulunmayan mallar bakımından bir daha kısıtlama getirmeyeceği taahhüdünde bulunulması, kota uygulanan mallar bakımından ise en geç 22 yıllık bir süre içinde kademeli olarak kaldırılması yönündedir³¹⁴. Türkiye ise yaşanan siyasi, ekonomik ve sosyal gerekçelerle kendisine yüklenen yükümlülükleri tam anlamıyla yerine getirememiş, 1976 yılına kadar uygulamaya koyduğu Katma Protokol hükümlerini 1980'li yıllar ile 1990'lı yıllar arasında askıya almıştır³¹⁵. 1988 yılı sonrasında tekrar yoğunlaşan ilişkiler ve sonrasında Katma Protokolde taraflar bakımından öngörülen yükümlülüklerin büyük oranda yerine getirilmesine bağlı

³¹⁰ Kamuran Reçber, **Türkiye –Avrupa Birliği İlişkileri**, Aktüel Yayınları, İstanbul, 2004, (Türkiye-Avrupa Birliği) s. 12.

³¹¹ Ancak sanayi ürünleri bir bütün olarak bu uygulama içerisinde ele alınmamış, pamuk ipliği, diğer işlenmiş pamuklu dokumalar, bazı petrol ürünleri, ince hayvan tüyünden yapılmış olan halılar istisna tutulmuştur. Sonraki yıllarda istisna tutulan bu mallar, kademeli olarak gümrük vergilerinden arındırılmıştır. Bkz, Hacı Can ve Çınar Özen, **Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s.71.

³¹² Bu uygulamalar tekstil ürünlerine uygulanan anti-damping vergileri, gönüllü tekstil ihracat kısıtlama anlaşmaları gibi uygulamalarla devam etmiş, söz konusu kısıtlamalar ancak 1996 yılında uygulanmaya başlanan gümrük birliği kapsamında kaldırılabilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Can ve Özen, s.71.

³¹³ Kamuran, Türkiye-Avrupa Birliği, s. 12.

³¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karluk, ss. 686-687.

³¹⁵ Kamuran, Türkiye-Avrupa Birliği, s. 16.

olarak³¹⁶, Ankara Anlaşmasının son dönemini başlatan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) kabul edilmiştir.

Ankara Antlaşması'nın 4'üncü maddesine göre akit taraflarca, karşılıklı anlaşmalarla aksi kararlaştırılmadıkça, geçiş döneminin on iki yıldan fazla sürmemesi kabul edilmiştir. Ayrıca Antlaşma'nın 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre tarafların karşılıklı olarak kararlaştırdıkları ve bu sürecin sona ermesini geciktirici etki yaratacak her türlü karar, Birlik ile Türkiye arasında oluşturulacak gümrük birliğinin makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesine engel olmamalıdır. Bu madde ile geçiş aşamasında ortaya çıkabilecek engellerin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir³¹⁷. Ancak Katma Protokol ile başlayan ortaklığın geçiş dönemi çeşitli sebepler dolayısıyla ancak son dönemi başlatan ve 1995 tarihinde yürürlüğe giren 1/95 sayılı Ortaklık Konsey'i kararı ile sonlandırılmıştır.

Katma Protokol'ün önemli bir özelliği de, sanayi ürünleri için gümrük birliğinin kurulmasıyla ilgili hükümlerin yanında, tarım ürünleri, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı, hizmetlerin serbest dolaşımı, taşımacılık, devlet yardımları, ekonomi politikalarının ve mevzuatın yakınlaştırılması gibi konularda da düzenlemeler içermesidir. Fakat serbest dolaşım ile ilgili hükümler, gümrük birliği ile ilgili hükümler gibi “doğrudan uygulanabilir” olmadığından dolayı, uygulanabilmeleri için Ortaklık Konseyi kararları gereklidir³¹⁸.

Katma Protokol'de karşılıklı bir hak olarak öngörülen işçilerin serbest dolaşım hakkı³¹⁹ Birlik ülkelerinde çalışan Türk vatandaşlarına çeşitli haklar tanımıştır. Buna göre, gerek çalışma koşulları gerekse ücret rejimi bakımından, üye devlet işçileri ile Türk işçileri arasında bir ayırım yapılamayacağı, farklı uygulamalara

³¹⁶ İlgili dönem içerisinde yükümlülüklerin tamamıyla yerine getirildiğini söylemek güçtür. Örneğin hassas maddeler olarak belirtilen otomobiller, ayakkabılar, deriden üretilmiş ürünler, mobilyalar, seramik ve porselen yapılan mallar gibi bazı sanayi malları için uygulanan ortak gümrük tarifesine uyum ancak 2001 yılında gerçekleştirilmiştir. Bkz. Can ve Özen, ss. 47-57.

³¹⁷ Bozkurt, Özcan ve Köktaş, s.362.

³¹⁸ Bkz. Bu yönde, Can, Türkiye- Avrupa Topluluğu, s.30; Çimen, ss. 143-145.

³¹⁹ Enver Bozkurt ve Arif Köktaş, “Avrupa Birliği – Türkiye Ortaklık Hukukunun Uygulanmasında Denetim Mekanizması Önerisi: Ortaklık Mahkemesi ”, **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Sayı:1 (Mayıs 2000),s. 19; Mesut Eren, “**Türk İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı Engellenebilir Mi?**”, [http:// www. tesev.org.tr/eng/events/mesut_Eren_calisma_05.doc](http://www.tesev.org.tr/eng/events/mesut_Eren_calisma_05.doc) (Erişim. 22 Ekim 2009).

gidilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Katma Protokol'ün 36'ncı maddesine göre, Türk işçilerin serbest dolaşmaları, Ankara Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten on iki yıl sonra tedrici olarak başlatılacak ve yirmi ikinci yılın sonunda tamamlanacaktır. Katma Protokol hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda da diğer konularda olduğu gibi "*standstill*" yükümlülükler içermekte yani yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı hakkı konusunda mevcut durum korunacak ve yeni kısıtlamalara gidilemeyecektir.

4.1.1.3. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı

Ankara Antlaşması'nın 5'inci maddesine göre, planlanan programın aksamaması halinde, Antlaşma'nın yürürlüğe girmesinden itibaren on yedi yıl sonra son döneme geçilmesi gerekmektedir. Aynı maddede son aşamaya geçilmesi için gerekli olan bir takım yasal düzenlemeler yapılması öngörülmüş, özellikle akit tarafların ekonomi politikalarının yakın bir biçimde uyumlu hale getirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Antlaşmalarda yer alan bu düzenlemelere rağmen, Türkiye Katma Protokol'e göre uygulaması gereken gümrük indirimini yalnızca 1973–76 tarihleri arasında uygulamış, ortak dış tarifinin uygulanmasına ise hiç başlamamıştır. 1976 yılında ise ilişkiler Türkiye tarafından tek taraflı olarak askıya alınmış, ardından 1979 yılında akit taraflar, yaptıkları yeni bir anlaşma ile ortaklık ilişkilerini beş yıllığına askıya almıştır. O dönemlerde özellikle Türkiye'de yaşanan siyasi sıkıntılar nedeniyle iyiden iyiye bozulan ortaklık ilişkileri, Türkiye'nin henüz ortaklık antlaşmalarından doğan yükümlülüklerini yerine getirmeden, 14 Nisan 1987 tarihinde tam üyelik başvurusunda bulunmasıyla daha da karmaşık bir hal almıştır. Konsey tarafından oybirliğiyle başvurunun reddedilmesinin ardından Türkiye'nin çalışmalarına hız katarak, yükümlülüklerini yerine getirmeye başlaması, Ortaklık Konseyi'nce olumlu karşılanmış ve 1/95 sayılı karar alınarak 31 Aralık 1995 tarihinden itibaren son dönem başlatılmıştır.

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı, son dönemin başlatılmasının yanında, gümrük birliğinin tamamlanması için gerekli şartları düzenlemiştir. Bu dönem bakımından herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiş ve Türkiye'nin AB üyeliği gerçekleştiği zaman sona ereceği belirtilmiştir.

1/95 sayılı karar doğrultusunda Türkiye ile Birlik arasında yürürlüğe giren Gümrük Birliği, akit taraflar arasında üretilen ve bu ülkelere 3. ülkelere giren işlenmemiş tarım malları dışındaki malların³²⁰, herhangi bir gümrük vergisine tabi olmadan serbest dolaşımını ve Türkiye'nin üçüncü ülkelere karşı –bazı istisnalar dışında- OGT uygulamasını başlatmasını sağlamıştır. 1/95 sayılı OKK'da malların serbest dolaşımına ilişkin olarak ATA'da yer alan düzenlemelere paralel düzenlemeler yapılmıştır. Kararın 4'üncü maddesi ile gümrük vergileri ve eş etkili vergiler kaldırılmış, yeni ithalat ve ihracat vergisi ile eş etkili vergi uygulanması yasaklanmıştır. 5'inci madde ile taraflar arasında ithalatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlem yasaklanmış, 6'ncı madde ile de aynı yasak taraflar arasındaki ihracat bakımından öngörülmüştür. 7'inci madde ile de, ATA'nın 30'uncu maddesinde öngörülen yasak birebir Ortaklık belgesine adapte edilerek, 5'inci ve 6'ncı maddelerin hükümlerinin, genel ahlak, kamu düzeni ve ya kamu güvenliği, insanların, hayvanların veya bitkilerin sağlığının ve yaşamının korunması; sanat değeri ve ya tarihi ya da arkeolojik değer taşıyan ulusal varlıkların veya sınai ya da ticari mülkiyetin korunması gerekçesiyle malların ithalinin, ihracının ve ya transit geçişinin yasaklanmasını veya kısıtlamasını engelleyemeyeceğini, ancak bu yasakların taraflar arasındaki ticarete keyfi bir ayırım aracı ve ya örtülü bir kısıtlama oluşturamayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca Türkiye'nin rekabet kurallarının, ithalat ve ihracat politikalarının, fikri sınaî mülkiyet ve patent yasalarının Birlik mevzuatıyla uyumlu hale getirmesi öngörülmüştür. İlgili kararın, yukarıda bahsedilen ekonomik hedeflerin yanında siyasi diyalogun geliştirilmesi, dış güvenlik konularında beraber hareket etme gibi siyasi hedefleri de içeren bir yapısı vardır.

Bu yönüyle taraflar arasında gerçekleştirilen gümrük birliği, bir yandan Türkiye'yi Avrupa'ya sıkıca bağlamakta diğer yandan da Türkiye'nin yasalarının modernleşmesini sağlama bakımından itici bir rol üstlenmektedir.

Öğretide 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile taraflar arasında bir gümrük birliğinin kurulmasında çok Türkiye'nin Birliğin gümrük birliği düzenine katıldığı

³²⁰ Gümrük birliği, sanayi malları ve işlenmiş tarım ürünlerinde yapılan ticareti kapsadığı ve bu sebeple 1/95 sayılı kararın yalnızca sanayi malları için kurulması öngörülen gümrük birliğinin son dönemini gerçekleştiren bir uygulama kararı olduğu yönünde Bkz. Can, Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi, s.27.

yönünde görüşler ileri sürülmektedir.³²¹ Bu yaklaşım özellikle Türkiye'nin gümrük birliği kapsamındaki Birlik müktesebatını üstlenme yükümlülüğü bulunmasından ve uygulamada ortaya çıkacak uyuşmazlıkların Avrupa Birliği Adalet Divanının içtihatları çerçevesinde çözümlenmesine yönelik taahhüdünden kaynaklanmaktadır.

4.1.2. Ortaklığın Kurumları ve Uyuşmazlıkların Çözümü

4.1.2.1. Ortaklığın Kurumları

Türkiye – AB ortaklığının kuruluşu ve geçirdiği aşamalar içerisinde ortaklığın kurumları önemli bir yere sahiptir. Ortak bir ülkenin tam üye olmaksızın Birlik organlarına katılabilmemesinin ve temsil edilebilmesinin mümkün olmamasından dolayı Türkiye – AB Ortaklık Antlaşması çerçevesinde, Birliğin diğer üçüncü ülkelerle oluşturduğu ortaklık ilişkilerinde ortaya çıkan kurumsal yapı ile benzer olarak, kendine özgü bir kurumsal yapı oluşturulmuştur³²². Bu çerçevede oluşturulan ortaklık kurumlarının iki önemli ayırıcı özelliği dikkat çekmektedir. Bu özellikler ‘‘akit tarafların karşılıklılığı’’ ve ‘‘kurumsal yapının özerkliği’’dir. Akit tarafların karşılıklılığı kavramı, ortaklığı oluşturan tarafların birbirinden bağımsız iki ayrı siyasal birim olması ve ortaklık kurumlarında eşit şekilde temsil edilmesi ve sonuç olarak kararların her iki tarafın onayı ile alınmasını ifade etmektedir³²³. Gerçekten de ortaklık kurumları içerisinde akit tarafların Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcileri ve Birlik ile üye devlet temsilcileri olmak üzere iki ayrı ve bağımsız birimin olarak yer alması ve temsil, karar alma gibi kurumsal yapıya ilişkin anlaşma hükümlerinde eşit haklara sahip olması Türkiye – AB Ortaklık ilişkisinin bu özelliğe sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Kurumsal yapının özerkliği ise kurucu anlaşmaları ile kurumların kendisine verilen yetkilerin özerk ve serbest olarak kullanılabilmesi ve bu yetkilerin kullanımını düzenleyen iç düzenleme yapma yetkisi olarak tanımlanabilir³²⁴. Bu çerçevede Türkiye – AB Ortaklık kurumları da Birliğin kurumsal yapısından bağımsız olarak, özerk bir yapıya sahiptir. Ayrıca Ortaklık

³²¹ Bkz. Karluk, s.697; Bozkurt ve Köktaş, ss. 18- 23; Can, Türkiye- Avrupa Topluluğu, s.28.

³²² Ahmet Gökdere, **Gümrük Birliği Açısından Avrupa Topluluğu ve Türkiye İle İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1989, s. 145.

³²³ Can, Türkiye- Avrupa Topluluğu, ss. 83 - 84.

³²⁴ ABAD, C- 258/85 ve 51/86 sayı ve 22 Eylül 1988 tarihli *Fransa v. Avrupa Parlamentosu kararı*, ECR. 1988, 4821. İlgili davada kurumların özerkliği ilkesi, ABAD tarafından yapılan tanımlama uyarınca anayasal bir ilke halini almıştır. Davada yapılan tanımlama Birliğin hukuk düzeni içerisinde kurumların yetki sınırlarının ve hareket alanının belirlenmesinde önemli bir ölçüt olmuştur.

Konseyi, Karma Parlamento Komisyonu ve Türkiye – AT Gümrük Birliği Ortak Komitesi gibi ortaklık kurumları kendi içtüzüklerini hazırlama yetkisine sahiptiler. Ancak Birliğin mevcut yapısı ve hukuksal düzenlemeleri Türkiye'nin uyum yükümlülüğünden dolayı, ortaklık ilişkisi içerisinde örnek olma ve temel teşkil etme yeteneğine sahiptir. Bu sebeple akit taraflar ortaklık kurumlarının çalışması ve karar almasında Birlik hukukunun düzenlemelerini ve gelişimini fiilen gözetmektedirler³²⁵.

Ankara Anlaşması'nın 6'ncı maddesinde, ortaklık rejiminin uygulanması ve gittikçe gelişmesini sağlamak üzere taraflar arasında ortaklığın asli organı olarak bir Ortaklık Konseyi oluşturulması öngörülmüştür. Ankara Anlaşması'nın 23/1'inci maddesine göre '*Ortaklık Konseyi'ni bir yandan Türk Hükümetinden üyeler, öte yandan Topluluk üyesi Devletler Hükümetinden, Konseyinden ve Komisyonundan üyeler meydana getirir*'. Bu maddede açıkça belirtildiği üzere Ortaklık Konseyi'nin ikili bir yapısı vardır. Bir yanda Birliğe üye devletlerin hükümet temsilcileri ve Konsey ve Komisyon temsilcileri olmak üzere Birlik tarafı diğer yanda da Türk Hükümetinden üyeler bulunmaktadır.

Türkiye – AT Ortaklığının asli organı olarak Ortaklık Konseyi'nin görev ve yetkileri genel olarak Ankara Anlaşması'nın 22 ve 25'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Ankara Anlaşması'nın ve protokolün ilgili maddelerinde Ortaklık Konseyi'nin görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Ankara Anlaşması'nın 22/1'inci maddesi Ortaklık Konseyi'ni Anlaşmada belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli karar ve önlemleri almakla ve hukuki bağlayıcılığı olmayan tavsiyelerde bulunmakla yetkili kılmıştır. Ayrıca aynı maddenin 2'nci bendi uyarınca Ortaklık Konseyi anlaşmanın hedeflerini göz önünde tutarak, ortaklık rejiminin sonuçlarını belirli aralıklarla inceleyecektir. Ortaklık Konseyi Ankara Anlaşması'nın 22/3. maddesi uyarınca anlaşmalarda kendisine açıkça tanınmayan konularda da yetki sahibi olabilmektedir. Anlaşma'nın 22/3'üncü maddesine göre;

'Geçiş Döneminin başlaması ile Ortaklık rejiminin gerçekleşmesi yolunda Anlaşma amaçlarından birine ulaşmak için akit tarafların bir ortak davranışı gerekli

³²⁵ Can ve Özen, s. 85.

görmesi durumunda, Anlaşma bunun için davranış yetkisini öngörmese bile, Ortaklık Konseyi uygun kararları alır.'

Görüldüğü gibi geniş kapsamlı yetkilerinin hukuki temelini oluşturan bu madde uyarınca Konsey, anlaşma amaçlarından birine ulaşmak için akit tarafların bir ortak davranışı gerekli görmesi halinde, anlaşmada açıkça yetki öngörülmemiş olsa dahi gerekli kararları alabilecektir. İlgili hükmün Konsey'e ileride çıkabilecek boşlukların doldurulmasına ilişkin 'şartlı bir genel yetki' verdiğini belirten yazarlar, ilgili yetkinin sınırlı yetki prensibine aykırı olmadığını, yalnızca ilgili prensibin önemli ölçüde esnekleştirildiğini belirtmişlerdir³²⁶. Gerçekten de Konseye tanınan geniş kapsamlı yetkiler Ankara Anlaşması'nda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Bu sebeple de ilgili hüküm hiçbir zaman Ortaklık Konseyine özgün yeni yetkiler verilmesinin hukuki temeli olarak değerlendirilemez³²⁷. Bu kapsamda kimi durumlarda da, Ortaklık Konseyi kendi kararları ile kendini yeni alanlarda yetkili kılabilir. Ortaklık Konseyince kabul edilen ve ticarete teknik engellerin kaldırılması, Birliğin tercihli gümrük rejimi ve otonom rejimleri, işlenmiş tarım ürünleri, devlet yardımları vb. gibi yeni alanlarda kendisini yetkili kıldığı 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı bunun en güzel örneğidir. Çalışmamız kapsamında en önem arz eden konuların başında Ortaklık Konseyi'nin sahip olduğu yargı yetkisi benzeri işlevidir. Ankara Anlaşması'nın 25/1'inci maddesi uyarınca her akit taraf, Anlaşmanın uygulama ve yorumu ile ilgili ve Türkiye'yi, Birlik veya Birlik üyesi bir devleti ilgilendiren anlaşmazlığı Ortaklık Konseyi'ne getirebilir. Bu noktada Anlaşma'nın uygulanması ve yorumu ile ilgili konularda kişilerin Ortaklık Konseyi'ne başvuru haklarının reddediliyor olması eleştiri konusu yapılmaktadır. Özellikle Türkiye – AB ilişkilerinde çoğunlukla sorun yaratan serbest dolaşıma ilişkin hükümlerden zarar gören Türk vatandaşlarının Türk adalet sistemi içerisinde ve Türkiye'de yaşamaları halinde hukuka aykırı şekilde yoksun bırakıldığı hakları etkin bir şekilde savunabilecekleri bir denetim mekanizmasından mahrum

³²⁶ Can ve Özen ss. 94 – 95; Reçber, 'Türkiye – Avrupa Birliği, s. 24.

³²⁷ Bu görüşe karşı olarak Günöğür, ilgili hükmün Ortaklık Konseyine sadece hukuksal boşlukları doldurma yetkisi değil, aynı zamanda gerekli hallerde anlaşmayı revize edebilme yetkisini de tanıdığını belirtmektedir. Ancak bu görüşe ilgili hükmün Ortaklık Konseyini Ortaklık rejiminin değiştirilmesi değil Ortaklık rejiminin gerçekleştirilmesi amacıyla yetkilendirdiği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bkz. Can ve Özen, s.95.

birakıldıkları ve bu konunun da ortaklığın en zayıf noktası olduğu ileri sürülmektedir³²⁸.

25'inci maddenin ikinci bendi uyarınca Ortaklık Konseyi uyuşmazlığı alacağı bir karar ile çözüme, kendisinin çözüm bulamadığı durumlarda veya takdirine bağlı olarak uyuşmazlığı Adalet Divanı'na veya mevcut herhangi bir yargı merciinde tahkime götürme yetkisine sahiptir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak verilen Ortaklık Konseyi kararı ve tahkim mahkemesinin vereceği karar taraflar için bağlayıcı olacaktır³²⁹. Ancak Ortaklık Konseyi'ne verilen bu yetkinin pratik bir değeri olduğu söylenemez. Bilindiği gibi Ortaklık Konseyi'nden kararlar her halükarda sadece iki tarafın uzlaşısıyla geçebilir. Bu sebeple de sözleşmeye aykırı davranan tarafın kendisi aleyhine bir karara yanaşması beklenir bir durum değildir. Bunun sonucu olarak da Ankara Anlaşmasının 25'inci maddesinde öngörülen bu yol günümüze kadar işletilememiştir³³⁰. Bu konu hakkındaki bilgiler 'Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' başlıklı bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ankara Antlaşması'nın 22/2'nci maddesi, Ortaklık Konseyi'ne, ortaklık rejimini belirli sürelerle inceleme yetkisi tanımaktadır. Ortaklık Konseyi, Türkiye ile AT arasındaki ilişkilerin seyriyi yeterli düzeyde bulmaz ise, Ankara Anlaşması'nın kendisine tanıdığı yetkiler kapsamında hareket ederek, Anlaşmada öngörülen amaçlara ulaşmayı sağlayacak önlemleri alabilecektir. Ankara Anlaşması, Ortaklık Konseyi'ne tanınan bu inceleme yetkisinin kullanılmasını hazırlık aşaması itibariyle sadece karşılıklı görüş alışverişi ile sınırlı tutmuş, geçiş ve son dönemlerde ise bu inceleme yetkisinin kullanılmasını daha geniş olarak benimsemiştir³³¹.

Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması'nın 24/3'üncü ve 27'inci maddelerine dayanarak kendisine görevlerinde yardımcı olmaları üzere Ortaklık Komitesi, Karma Parlamento Komisyonu, Gümrük İşbirliği Komitesi, AT – Türkiye Gümrük Birliği Ortak Komitesi ve Türkiye – AT Karma İstişare Komitesi organlarını oluşturmuştur. Bu noktada kısaca değinilmesi gereken konulardan biri de Ortaklık Konseyi kendi tarafından kurulan bu alt komite ve komisyonlara yetki devrinde bulunup bulunamayacağıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler genel olarak Ortaklık

³²⁸ Bozkurt ve Köktaş, s. 23.

³²⁹ Can ve Özen, s. 96.

³³⁰ Can ve Özen, s.97.

³³¹ Reçber, 'Türkiye – Avrupa Birliği, s. 23.

Konseyi'nin yetki devrinde bulunmaktan çok alt komite ve komisyonları bazı alanlar yetkili kılabilceği yönündedir. Ancak burada yetkilendirmenin sınırlı ve uygulamaya dönük olması gereklidir.

Ankara Antlaşması'nın 24'üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, Ortaklık Konseyi, görevlerinde kendisine yardım edebilecek her komiteyi ve özellikle Anlaşma'nın iyi yürütülmesi için gerekli işbirliği devamlılığını sağlayacak bir komite kurmaya karar verebilir. Bu düzenlemenin verdiği yetkiye dayanarak Ortaklık Konseyi, 1 Aralık 1964 tarihli ve 3/64 sayılı iki maddeden oluşan kararıyla Ortaklık Komitesi'ni kurmuştur. Karar yetkisi olmayan Ortaklık Komitesi'nin görevi 3/64 sayılı Ortaklık Konseyi kararında belirtildiği üzere, görevlerini yerine getirirken Ortaklık Konseyine yardımcı olmak, görüşmeleri hazırlamak, Ortaklık Konseyinin incelemesi için kendisine verdiği her tür konuyu incelemek ve genel olarak, Anlaşmanın iyi işleyişi için gerekli olan işbirliğinin devamlılığını sağlamaktır. Genel ifadelerle yapılan tanımlamaya uygun olarak Komite, Ortaklık Konseyi'nin gündemini hazırlar ve bu kurumun vereceği talimatlara uygun olarak ortaklık mevzuatına uygun bir şekilde teknik sorunlar üzerinde incelemeler yapar³³². Bu kapsamda ortaklık mevzuatına uygun olarak incelediği konularla ilgili hazırladığı raporları oylamaksızın doğrudan Ortaklık Konseyi'ne gönderir.

Ortaklık Konseyi ile benzer olarak ikili bir yapıya sahip olan Ortaklık Komitesi de bir yanda Türk tarafı, diğer yanda da Birlik tarafı olarak üye devlet, Konsey ve Komisyon temsilcilerinden oluşmaktadır. Toplantılar Ortaklık Konseyi'nde olduğu gibi bakan düzeyinde değil, Türk tarafından Türkiye'nin AT nezdindeki temsilciliğinden daimi temsilci yardımcısı, Birlik tarafından ise Komisyon Türkiye masası şefi ve bu düzeye karşılık gelen üye devlet temsilcileri katılır. Görevleri dolayısıyla sürekli Brüksel'de bulunan bu temsilcilerin komite toplantılarına katılmaya yetkili sayılması ile Ortaklık Komitesi her durumda kolayca toplanır ve ilişkilerin devamlılığında büyük bir görev üstlenirler³³³.

³³² Reçber, "Türkiye – Avrupa Birliği, s. 30.

³³³ Can ve Özen, s. 109.

Ayrıca 3/64 sayılı Ortaklık Konseyi kararı uyarınca Ortaklık Komitesi başkanlığı görevini Ortaklık Konseyi başkanlığı yürütürken, Komite'nin sekretarya faaliyetleri de Ortaklık Konseyi sekretaryası tarafından yürütülür.

Ortaklık Konseyi, 11 Nisan 2000 tarihli ve 3/2000 sayılı kararı ile Ortaklık Komitesine bağlı sekiz alt komite kurmuştur. İlgili kararda alt komitelerin görevleri açıkça belirtilmiştir. Buna göre alt komiteler Türkiye'nin AB'ye aday bir ülke olması dolayısıyla yoğunlaşan mevzuat yakınlaştırılması sürecinde Birlik müktesebatının analitik incelemesini yapacak ve Katılım Ortaklığı Belgesinin³³⁴ önceliklerinin uygulamaya konulmasını gözetecektir. Alt komiteler şunlardır;

- Tarım ve Balıkçılık
- İç Pazar ve Rekabet
- Ticaret, Sanayi ve AKÇT Ürünleri
- Ekonomik ve Parasal Konular, Sermaye Hareketleri ve İstatistikler
- Yenilikçilik
- Ulaşım, Çevre ve Enerji (Avrupa Ötesi Ağlar)
- Bölgesel Politika, İstihdam ve Sosyal Politika
- Gümrükler, Vergileme, Uyuşturucu Trafığı ve Para Aklama

Ortaklığın bir diğer kurumu olarak Karma Parlamento Komisyonu (KPK), ortaklığın danışma ve demokratik denetim görevlerini ifa amacı ile 1965 tarihli ve 1/65 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile oluşturulmuştur. 1/65 sayılı Ortaklık Konseyi kararına uyarınca KPK, TBMM ve AP'nin eşit sayıdaki üyelerinden meydana gelmiştir. Başlangıçta her taraftan 15'er üye olmak üzere 30 üyeden oluşması kararlaştırılan KPK, son olarak 1997 tarihinde alınan karara göre her iki taraftan 12'şer üye olmak üzere 24 üyeden oluşmaktadır³³⁵. KPK başkanlığı Ortaklık Konseyi ve Ortaklık Komitesi başkanlığından farklı olarak her iki tarafın heyetlerinin seçeceği başkanlarla, eş başkanlık esasına göre yürütülmektedir. Ayrıca KPK'nın,

³³⁴ Katılım Ortaklığı Belgesi aday ülkeler için geçerli araçlardan biri olarak, Kopenhag siyasi ve ekonomik kriterlerinin yerine getirilmesi ve Birlik müktesebatının üstlenilmesine yönelik öncelikleri belirlemekte ve tüm mali yardım araçlarını tek bir çerçeve içinde bir araya getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reçber, 'Türkiye – Avrupa Birliği, ss. 212 – 220.

³³⁵ Reçber, s.212.

TBMM heyeti başkanı ile AP heyeti başkanı ve her iki heyetin ikişer başkan yardımcısından oluşan bir başkanlık divanı da vardır. Heyet üyelerinin ve heyet divanlarının görev süreleri TBMM'nin ve AP'nin İç Tüzükleri uyarınca tespit edilmektedir. KPK Başkanlığı, oturumdan oturuma sıra ile TBMM Heyeti ve AP Heyeti Başkanları tarafından yapılır. Başkanın toplantıya katılmaması durumunda, başkanlığı aynı heyetin birinci veya ikinci başkan yardımcısı yapar. Komisyon toplantıları ilke olarak yılda üç kez yapılır. Ancak uygulamada bu ilkeye uygun hareket edildiği söylenemez³³⁶. KPK, Ortaklık Anlaşmasının uygulanması çerçevesinde danışma ve demokratik denetim görevlerini yerine getirirken Ortaklık Konseyi'nin kendisine sunduğu yıllık faaliyet raporlarını inceler, TBMM veya AP'ye tavsiye kararları sunabilir ve genel olarak kendisine TBMM ve AP tarafından verilen her türlü meseleyi incelemekle görevlendirilmiştir³³⁷.

Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması'nın 24'üncü maddesine uygun olarak 15 Aralık 1969 tarihli ve 2/69 sayılı kararı ile ortaklık mevzuatının gümrüklerle ilgili düzenlemelerinin usulüne uygun olarak yürütülmesinden sorumlu olan ve bu çerçevede taraflar arasında işbirliğini sağlayan teknik nitelikteki Gümrük İşbirliği Komitesini kurmuştur. 2/69 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 2'nci maddesinde belirtildiği üzere Gümrük İşbirliği Komitesi, Ortaklık Anlaşmasının gümrükle ilgili hükümlerinin doğru ve yeknesak bir şekilde uygulanması amacıyla Akit Taraflar arasında idari işbirliğini sağlamak ve Ortaklık Komitesinin gümrük alanında kendisine tevdi edebileceği her türlü diğer görevi yürütmekle yükümlüdür. Bu maddeden anlaşıldığı ve ilgili kararın 1'inci maddesinde açıkça belirtildiği üzere Gümrük İşbirliği Komitesi, Ortaklık Komitesi'ne bağlı olarak görev üstlenmektedir. Ayrıca 2/69 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 3'üncü maddesine göre Gümrük İşbirliği Komitesi bir yandan üye devletler gümrük uzmanları ve Komisyon servislerinin gümrük sorunları ile görevli memurları, öte yandan, Türk gümrük uzmanlarından oluşmaktadır. İlgili kararın 4'üncü maddesine göre Gümrük İşbirliği Komitesi bütün çalışmalarından Ortaklık Komitesini düzenli olarak haberdar eder ve toplantılarının gündemini önceden Ortaklık Komitesine sunar. Bu bilgiler Ortaklık Konseyi Sekreteryası aracılığıyla iletilir. Gümrük İşbirliği Komitesi bir ilkesel sorun

³³⁶Bkz.<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/organes/d-tr/d-tr_meetinglist.htm> (Erişim: 22.11.2009).

³³⁷Can ve Özen, s.117.

veya Ankara Anlaşması'nın yorumunun söz konusu olan bütün hallerde Ortaklık Komitesini haberdar etmek zorundadır.

Türkiye – AT Gümrük Birliği Komitesi, Ankara Anlaşması'nın 24'üncü maddesine uygun olarak, Türkiye ile AT arasında kurulan gümrük birliğinin uygulama koşullarını düzenleyen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 52'inci maddesi ile kurulmuştur. İlgili maddede yer alan düzenlemeye göre Komiteye bilgi ve görüş alışverişini yürütme, Ortaklık Konseyine tavsiyelerde bulunma ve gümrük birliğinin gereği gibi işlemlerini sağlamak amacıyla görüşler bildirme görevleri verilmiştir. Türkiye ve Birlik, 1/95 sayılı kararın uygulanmasından doğan güclükleri Gümrük Birliği Ortak Komitesinde istişare eder. Ayrıca 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 52'inci maddesinde açıkça belirtildiği üzere Gümrük Birliği Ortak Komitesi kendi içtüzüğünü hazırlama yetkisine sahiptir.

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 53'üncü maddesinde Gümrük Birliği Komitesinin genel olarak yapısı ve çalışma yöntemine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre tarafların temsilcilerinden oluşan Komite Başkanlığı, altı aylık sürelerle, dönüşümlü olarak Türkiye temsilcisi ve Birliği temsilen Avrupa Komisyonu tarafından yürütülür. Gümrük Birliği Ortak Komitesi, görevlerini yerine getirmek için, genel bir kural olarak, en az ayda bir kere toplanır. Komite, bunun dışında, iç tüzüğüne uygun olarak, Başkanın inisiyatifi veya taraflardan birinin talebi üzerine de toplanabilmektedir. Gümrük Birliği Ortak Komitesi, görevlerini yerine getirmede kendisine yardımcı olacak alt-komiteler veya çalışma grupları kurmaya karar verebilir. Ayrıca Komite, kendi iç tüzüğünde, alt komitelerin ve çalışma gruplarının kimlerden oluşacağını ve çalışma usullerini belirler. Bunların görevleri, Gümrük Birliği Ortak Komitesi tarafından her somut olay için ayrı ayrı kararlaştırılacaktır. Gümrük Birliği Ortak Komitesi'nin görevleri genel olarak Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararı'nın 55'inci, 56'ıncı, 57'inci ve 58'inci maddelerinde belirtildiği üzere, gümrük birliğinin işleyişine yönelik yapılan mevzuat düzenlemeleri bakımından görüş bildirme, Türkiye tarafından yapılacak mukabil düzenlemelerin sağlıklı yürütülmesi için gerekli önlemleri alma gibi teknik konulardan oluşmaktadır.

Ortaklık Kapsamında oluşturulmuş son kurum ise Türkiye – AT Karma İstişare Komitesi'dir. Bu kurum Ortaklık Konseyi'ne AP, Birliğin Ekonomik ve Sosyal Komitesi ve öteki organları ile öte yandan, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Türkiye'nin yukarıdaki maddeleri karşılayan organları arasında işbirliğini ve temasları kolaylaştırmak için her türlü yararlı tedbiri alma görevi yükleyen Ankara Anlaşması'nın 27'inci maddesi uyarınca kurulmuştur. Karma İstişare Komitesi AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin 18 üyesi ile Türkiye'den çeşitli ekonomik ve toplumsal çıkar gruplarını³³⁸ temsil eden 18 üyenin bir komitedir.

İlgili Komite'nin görevleri arasında, Ankara Antlaşması'nın 27'inci maddesi uyarınca, AB ile Türkiye arasında işbirliğinin güçlendirilmesi ve sosyal-ekonomik diyalogun kurumsallaşması amacıyla kurulmuştur. Karma İstişare Komitesi yılda 3 kez toplanmaktadır³³⁹.

4.1.2.2. Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü

Türkiye – AB ortaklık ilişkisi gümrük birliğinin yaşama geçirilmesi ardından oldukça ileri bir aşamaya gelmiş başta Ankara Anlaşması olmak üzere Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Kararları ile birlikte oldukça geniş bir ortaklık müktesebatı ortaya çıkmıştır. Özellikle Türkiye'nin AB'nin geçmişinde görülmemiş bir sistem içinde, AB'ye tam üye olmadan birliğe sınırlı bir biçimde 1 Ocak 1996'dan itibaren Gümrük Birliği kapsamında katılması, Türkiye ile Birliğin arasındaki ortaklığın *sui generis* (kendine özgü) yapısını ortaya koymaktadır. İki akit taraf için de bir ilk tecrübe niteliği taşıyan ortaklığın uygulanmasında sorunlar çıkması ise kaçınılmaz bir durumdur. Bu sebeple ortaklığın kendine özgü yapısına uygun olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar içinde yine ortaklığa özgü bir 'uyuşmazlıkların çözüm yöntemi' benimsenmiştir³⁴⁰. Bu çerçevede Türkiye ile Birlik arasında gümrük birliği temelinde oluşan ancak bunun yanında kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile ortak politikaları da düzenleme çerçevesine alan

³³⁸ İlgili grupların arasında TOBB, TÜRK-İŞ, DİSK, HAK-İŞ, TOZB, TESK, YÖK ve TMMOB sayılabilir.

Bkz. <<http://www.deltur.ec.europa.eu/default.asp?lang=0&pId=4&fId=5&prnId=5&hnd=1&ord=4&docId=358&fop=0>> (Erişim: 15. 12. 2009).

³³⁹ <<http://www.deltur.ec.europa.eu/default.asp?lang=0&pId=4&fId=5&prnId=5&hnd=1&ord=4&docId=358&fop=0>> (Erişim: 15. 12. 2009).

³⁴⁰ Çınar Özen, ' Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümü', **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Yıl:1 Sayı: 2 (Ekim 2000), s. 132; Can ve Özen, ss. 120 – 121.

ortaklık hukukunun yargısal boyutunu, Ankara Anlaşması'nın 25'inci ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 61 ve 62'nci maddeleri ile oluşturulan uyuşmazlıkların çözümü mekanizması oluşturmaktadır.

4.1.2.2.1. Ankara Anlaşması'nda Öngörülen Düzenleme

Ankara Anlaşması'nın 25'inci maddesi ile Türkiye – AB arasında kurulan ortaklık modeli içinde, bu modele özgü uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili bir yöntem oluşturulmuştur. Ankara Anlaşması'nın 25'inci maddesi uyarınca;

'1. Her Akit Taraf, Anlaşma'nın uygulama ve yorumu ile ilgili ve Türkiye'yi veya Topluluğu, Topluluk üyesi bir Devleti ilgilendiren her anlaşmazlığı Ortaklık Konseyine getirebilir.

2. Ortaklık Konseyi anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilir; keza, anlaşmazlığı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir.

3. Taraflardan her biri, kararın veya hükmün yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür.

4. Anlaşmazlık, işbu maddenin 2. fıkrasına göre çözülememiş ise, Akit Taraflar'ın geçiş dönemi ve son dönemde başvurabilecekleri tahkim ve sair yargı usulü yollarını, Anlaşma'nın 8. maddesi uyarınca Ortaklık Konseyi düzenler.'

Maddede yer alan 'akit taraflar' ifadesi bir yanda Türkiye, diğer yanda ise üye devletleri içine alan Birlik olarak anlaşılmalıdır. Yani Birlik üyesi devletler aralarında varacakları uzlaşmaya dayanarak belirledikleri ortak tutum uyarınca uyuşmazlığın çözümü başvurusunda bulunabileceklerdir³⁴¹. Buradan anlaşılacağı üzere üye devletlerin bireysel olarak Ortaklık Konseyine başvuruları mümkün değildir.

Ayrıca Ortaklık Konseyi önüne getirilecek uyuşmazlığın, akit taraflar arasında anlaşmanın uygulanması ya da yorumu konusunda ortaya çıkması ve uyuşmazlığa neden olan farklı görüşlerin ortak bir noktada birleşmemesi gerekir. Bu

³⁴¹ Can ve Özen, s. 122.

noktada Ortaklık Konseyine verilen uyuşmazlığın çözüme ulaştırma yetkisi ‘anlaşmanın uygulanması ve yorumlanması’ ile sınırlandırılmıştır³⁴².

Burada açıklanmaya muhtaç bir diğer kavram da maddede geçen ‘anlaşma’ kavramıdır. Burada ilgili anlaşma kavramına yalnızca Ankara Anlaşması’nın mı yoksa Ortaklık Hukuku kapsamında yer alan tüm anlaşmalar ve Ortaklık Konseyi Kararlarının da mı dâhil edilip edilmeyeceği açık değildir. Bu konuda yapılan yorumlar genellikle ilgili kavramın geniş şekilde yani ortaklık hukuku içerisindeki tüm anlaşmalar ve Konsey kararlarını kapsar şekilde anlaşılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe gerekçe olarak da anlaşma kavramının dar şekilde yorumlanması durumunda uyuşmazlıkların çözüm mekanizmasını başlangıçtan itibaren yok saymak anlamına geleceği ayrıca uyuşmazlıkların diğer bir çözüm mekanizmasını düzenleyen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararlarında Ankara Anlaşmasında öngörülen çözüm yolunu saklı tutarak düzenleme yapılmış olması gösterilmektedir³⁴³. Gerçekten de 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın 61’inci maddesinin ilk cümlesinde ‘Ankara Anlaşması’nın 1 -3 paragrafları hükümlerine hâle getirmeksizin’ hükmü öngörülmüştür.

Uyuşmazlığın yukarı anlatılan kurallara uygun olarak Ortaklık Konseyi’ne sunulması ardından Ortaklık Konseyi’nin uygulayabileceği yöntemler 25’inci maddenin 2’nci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre Ortaklık Konseyi anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilir; ya da anlaşmazlığı Adalet Divanı’na ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir. İlgili aşamalar Ortaklık Konseyi’nin siyasi nitelikte bir organ olarak nitelendirilmesine bağlı olarak siyasi çözüm yolu ve hukuki çözüm yolu başlıkları altında değerlendirilmektedir³⁴⁴.

Maddenin ifade şekliyle anlaşılacağı üzere Ortaklık Konseyi’ne başvuruda bulunmak öncelikli bir aşamadır. Söz konusu aşamanın hukuki yollara başvurulmadan evvel tüketilmesi gerekir

Akit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi görevinin Adalet Divanı yerine Ortaklık Konseyi’ne bırakılmasının nedeni olarak Türkiye’nin tam üye olmaması, dolayısıyla Türkiye’nin Birlik organlarına tek yanlı olarak bağlı

³⁴² Can ve Özen, s.122.

³⁴³ Can ve Özen, ss. 122 – 123.

³⁴⁴ Can ve Özen, ss. 123 – 126.

kılınmasının istenmemesi gösterilmekteyse de Ortaklık Konseyi'nin takdirine bağılı olarak ve Birliğe üye ülke mahkemelerince ön karar usulü işletilerek tek yanlı olarak Adalet Divanı, ortaklık hukukunun yorumlanması görevini üstlenmektedir³⁴⁵.

Ankara Antlaşması'nın 25/2'nci maddesi uyarınca Ortaklık Konseyi akit taraflarca kendisine sunulan uyuşmazlığı çözme yoluna gitmeyip, Adalet Divanı önüne götürülmesine karar verebilir. Bu noktada Adalet Divanı'nın yetkisi ATA md. 238'e (eski md. 181) dayanmaktadır. Bu madde uyarınca Adalet Divanı, Birlik tarafından ya da onun adına yapılan bir kamu hukuku veya özel hukuk sözleşmesinde yer alan tahkim koşulu gereğince yargı yetkisine sahiptir. Ancak Adalet Divanı'nın bu maddede düzenlenmiş olan yetkisi mecburi değil ihtiyari niteliktedir. Bu çerçevede Türkiye ile Birlik arasında ortaya çıkacak sorunlarda Adalet Divanı'nın yetkili kılınabilmesi için Ortaklık Konseyi'nin oybirliği ile alacakları bir karar gereklidir.

Ankara Antlaşması'nın öngördüğü hukuki çözüm yollarından bir diğeri de uyuşmazlığın Adalet Divanı dışında mevcut bir başka yargı kuruluşuna götürülmesidir. Anlaşma metninde söz konusu yargısal kurum adı konulmamış, dolayısıyla taraflar bu kurumun seçiminde serbest bırakılmışlardır. Bu konuda karar alma ve ilgili kurumu seçme yetkisi tümüyle Ortaklık Konseyi'ne aittir³⁴⁶.

Bu kapsamda Ankara Anlaşması'nda öngörülen sonuncusu ise md.25/4'te belirtildiği üzere uyuşmazlığın tahkim kuruluna sunulmasıdır. Bu çerçevede Anlaşma md. 25/4 ile Ortaklık Konseyi'ne geçiş dönemi ve son dönem içinde, tahkim ve diğer yargı usulü yollarını düzenleme görevi vermiş, Ortaklık Konseyi de bu yükümlülüğünü son dönemi düzenleyen 1/95 sayılı Kararı ile yerine getirmiştir.

Ankara Antlaşması'nda öngörülen uyuşmazlığın çözüm yollarına başvuran taraflar söz konusu çözüm yollarının kullanılması sonucunda ortaya çıkacak karar ve hükümlere tam olarak uymak ve Anlaşma'nın 25/3'üncü maddesinde belirtildiği üzere kararın veya hükmün yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür.

³⁴⁵ Bozkurt ve Köktaş, ss. 21 – 22.

³⁴⁶ Can ve Özen, s. 125.

4.1.2.2.2. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararında Öngörülen Düzenleme

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile uyuşmazlıkların çözümü konusunda son dönem için geçerli olmak üzere bir tahkim kurulu öngörülmüş, diğer yandan da devlet yardımları ile ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere Adalet Divanı yetkili kılınmıştır.

Tahkim kurulunun kuruluşu ve işleyişi ile ilgili hükümler 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 62'nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, tahkim kurulu üç hakemden oluşmaktadır. Bu hakemlerden ikisi uyuşmazlığın taraflarınca 30 gün içerisinde atanacak, sonuncu hakem ise bu şekilde atanan iki hakem tarafından belirlenen ve akit tarafların vatandaşı olmayan bir kişi olacaktır.

Uyuşmazlığın taraflarınca seçilen iki hakemin ortak bir üçüncü hakem konusunda 2 ay içerisinde mutabakata varamamaları halinde, üçüncü hakem yine bu hakemler tarafından ancak Ortaklık Konseyi'nin hazırlayacağı yedi kişilik liste içerisinde seçilecektir. Ortaklık Konseyi söz konusu listeyi İçtüzüğü uyarınca belirlemektedir.

62'inci maddede son olarak Tahkim Kurulu'nun Brüksel'de bulunacağı, tarafların aksi yönde bir kararı olmadıkça kurulun kendi içtüzüğünü düzenleyebileceği ve kararların oy çoğunluğu ile alınacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi Tahkim Kurulu bir kere kurulduktan sonra Ortaklık Konseyi'nden farklı olarak uyuşmazlığı kendi çözümlenmekle yükümlüdür, herhangi başka bir yargı merciine gönderemez.

Tahkim kurulunun yetki alanları 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 61'inci maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre;

'Ankara Anlaşması'nın 25'inci Maddesinin 1 ila 3'üncü fıkralarına hâlel gelmeksizin, Ortaklık Konseyi, bu Kararın 58'inci Maddenin 2'nci fıkrasına göre alınan koruyucu tedbirlerin, 63'üncü Maddesine göre alınan korunma tedbirlerinin veya 64'üncü Maddesine göre alınan dengeleyici tedbirlerin kapsamı ya da süresine ilişkin bir uyuşmazlığı, bu usulün başlamasından itibaren altı ay içinde çözemezse, iki taraftan biri, uyuşmazlığın halli için, 62'nci Maddedeki usullere göre tahkim yoluna başvurabilir. Tahkim sonucunda verilen karar taraflar için bağlayıcıdır. '

61'inci madde uyarınca tahkim kuruluna sunulabilecek uyuşmazlıklar 3 alanla sınırlandırılmıştır. Bunlar;

- 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 58/2'nci maddesine göre alınan koruma tedbirleri
- 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 63'üncü maddesine göre alınan koruma tedbirleri
- 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 64'üncü maddesine göre alınan yeniden dengeleme tedbirleridir.

61'inci madde uyarınca bir yukarıda belirtilen alanlarla ilgili olarak ortaya çıkan bir uyuşmazlık uyuşmazlığın çözümü prosedürü yani Ortaklık Konseyi önüne götürülmesinden itibaren 6 ay içerisinde bir çözüme ulaştırılmazsa, taraflardan biri tahkim kuruluna başvurabilecektir. Görüldüğü gibi bu düzenlemede Ankara Antlaşması'nın 25'inci maddesinden farklı olarak burada uyuşmazlığı Ortaklık Konseyi değil taraflardan herhangi biri tahkim kurulu önüne getirebilmektedir. Bu sayede oybirliği gibi ağır bir karar alma usulü içerisinde işleyen Ortaklık Konseyi kararına gerek olmaksızın yukarıda sayılan alanlar için taraflar bağımsız olarak başvuruda bulunabilirler. Bu noktada tek sınır uyuşmazlığın altı ay içerisinde çözülmemiş olması zorunluluğudur³⁴⁷. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında, tahkim kuruluna başvurulması ile ilgili 61'inci maddeden ayrı bir diğer hüküm de Kararın 39/4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre de Türkiye tarafından verilen devlet yardımları konusunda Birliğin bir itirazı varsa ve bu konu 30 gün içerisinde taraflar arasında çözüme kavuşturulamazsa, taraflardan her biri konuyu tahkime götürebilmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile devlet yardımlarına ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere Adalet Divanı yetkili kılınmıştır. İlgili konuya ilişkin düzenleme Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39/5'inci maddesinde bulunmaktadır. Buna göre Türkiye, bir üye devlet tarafından verilen ve AT mevzuatı çerçevesinde kanuna aykırı olduğu düşünülen bir yardım hakkında itirazda bulunma ve Ortaklık Konseyini toplantıya çağırma hakkına sahiptir. Sorunun

³⁴⁷ Can ve Özen, s. 128.

Ortaklık Konseyi tarafından üç ay içinde çözülememesi halinde, Ortaklık Konseyi konuyu Adalet Divanı'na götürmeye karar verebilir.

4.2. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARININ ORTAKLIK HUKUKU KAPSAMINDA GÖZ ÖNÜNE ALINABİLİRLİĞİ

4.2.1. Hukuki Dayanaklar

Malların Birlik alanı içerisinde serbestçe dolaşmasını hedef alan malların dolaşım serbestisine ilişkin olarak oluşturulmuş Divan kararlarının, ortaklık hukuku kapsamında dikkate alınıp alınmayacağı önemle üzerinde durulması gereken bir konuyu oluşturmaktadır. Özellikle tarafların sorumlulukları ile serbestinin taraflar arasındaki uygulanma sınırlarının belirlenmesi bakımından önemli bir kaynak oluşturacak içtihatların, ortaklık hukuku kapsamında (dikkate alınıp alınmayacağı) ne şekilde göz önüne alınacağı, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66'ncı maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre;

“Bu Kararda yer alan hükümlerden Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmanın mukabil hükümleriyle esas itibariyle aynı olanları, Gümrük Birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları bakımından Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ilgili kararlarına göre yorumlanır.”

Görüldüğü üzere madde içeriği kapsamında düzenlenen Divan kararlarını dikkate alma yükümlülüğü genel olarak Kurucu Antlaşmanın mukabil hükümleriyle esas itibariyle aynı olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında yer alan hükümler bakımından öngörülmüş ve bu hükümlerin Gümrük Birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları açısından sınırlamıştır. İlgili hükmün içeriğinin daha iyi anlaşılması bakımından, Ortaklık kapsamında oluşturulan gümrük birliği kapsamına giren malların kapsamının çizilmesi önem taşımaktadır.

Türkiye ve Birlik arasındaki ortaklığın temelini oluşturan ve yukarıda kısaca içerikleri hakkında bilgi verilen bu belgelerde yer alan malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin hangi mallar bakımından uygulama alanı bulacağı, yine bu belgeler içerisinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Malların menşesine ilişkin düzenlemelere değinmeden evvel belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki gümrük birliği temelde sanayi ürünlerini ve işlenmiş tarım ürünlerini kapsamaktadır.

Özellikle işlenmemiş tarım ürünleri bakımından 1/95 sayılı OKK'nın 2'inci maddesi ile istisnai bir düzenleme yapılmış ve işlenmemiş tarım ürünlerinin, malların serbest dolaşımı ile ticaret politikası kapsamında değil, ortak tarım politikası ile ilgili düzenlemeler çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmiştir³⁴⁸.

Ayrıca taraflar arasındaki ortaklık anlaşması Türkiye ve Avrupa Ekonomik Topluluğu tarafından imzalandığından ve Ortaklık hukukuna ilişkin belgelerde bu yönde bir düzenleme yapılmamış olması dolayısıyla, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Andlaşması'nın kapsamına giren ürünler de gümrük birliği kapsamı dışındadır³⁴⁹. AKÇT ürünlerinde, Türkiye ile AB arasında bir serbest ticaret alanı oluşturulması öngörülmüş, bu çerçevede 1995 yılında taraflar arasında Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'nu Kuran Andlaşmanın Yetki Alanına Giren Ürünlerin Ticaretine İlişkin Serbest Ticaret Anlaşması yapılmıştır. AKÇT Anlaşmasının metninde belirtildiği üzere Topluluk 50 yıllık geçerlilik süresini 2002 yılında doldurması sonucunda, AKÇT ürünleri diğer sanayi mallarında olduğu gibi iç pazar hükümlerine tabi olmuştur³⁵⁰.

Gümrük birliği uygulamasını başlatan 1/95 sayılı OKK'nın malların menşesine ilişkin hükümleri malların serbest dolaşımı başlıklı birinci kısmın 3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Katma Protokol'deki 2(a) maddesinin tekrarı niteliğindeki bu düzenlemeye göre malların serbest dolaşımı ve ticaret politikasına ilişkin hükümler;

a. Türkiye ve ya Toplulukta serbest dolaşım durumunda bulunan üçüncü ülkeler çıkışlı maddelerden tamamen ve ya kısmen elde edilenler de dâhil olmak üzere, Türkiye veya Toplulukta üretilen mallara,

b. Türkiye ve Toplulukta serbest dolaşım durumunda bulunan üçüncü ülke çıkışlı mallara uygulanır.

Aynı maddenin 2'inci fıkrasında, Türkiye veya Toplulukta ithal işlemleri tamamlanmış, gerekli gümrük vergisi ve eş etkili vergi veya resimleri tahsil edilmiş ve ya bu vergi veya resimleri tam veya kısmi bir iadeden yararlanmamış olan üçüncü

³⁴⁸ İşlenmemiş tarım ürünleri bakımından serbest dolaşım sağlanması, Türkiye'nin AB ortak Tarım Politikasına uyumu ile mümkün olabilecektir. Bkz. Can ve Özen, s. 144.

³⁴⁹ Can ve Özen, ss. 144- 145.

³⁵⁰ Karluk, s. 702.

ülkeler çıkışlı malların, Türkiye veya Toplulukta serbest dolaşım durumunda sayılacağı belirtilmiştir.

Ayrıca 3'üncü fıkra ile malların serbest dolaşımı ve ticaret politikasına ilişkin hükümlerin, Toplulukta ve ya Türkiye'de serbest dolaşımda bulunmayan üçüncü ülke çıkışlı ürünler kullanılarak Toplulukta ve ya Türkiye'de elde edilen ve ya üretilen mallara da uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bunun için söz konusu malların ithal işlemlerinin tamamlanmış olması ve üretimlerinde kullanılan üçüncü ülke ürünleri üzerinden ödenmesi gereken gümrük vergileri veya eş etkili vergi veya resimlerin ihracatçı ülkede tahsil edilmiş olması şarttır. Eğer ihracatçı ülke belirtilen bu hükümlere aykırı davranırsa, söz konusu mallar serbest dolaşımdan ayrı tutulur ve ithalatçı ülke tarafından üçüncü ülke çıkışlı malların tabi olduğu gümrük mevzuatının uygulanması haklı görülür.

4.2.2. Ortaklığın Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar Kapsamında Avrupa Birliği Adalet Divanı İctihatlarının Uygulanabilirliği

Görüldüğü gibi Birlik ile Türkiye arasında oluşturulan ortaklığa ilişkin temel hukuki düzenlemeler, genel olarak ATA ile benzer hükümler içermektedir. Özellikle ATA'nın malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin neredeyse birebir örneği olan bu düzenlemeler uyarınca belirtilen mallar kapsamında, Türk menşeli mallar, Birlikte serbest dolaşım hakkı kazanmıştır. Ancak gümrük birliğinin kurulduğu yıllardan günümüze değin, taraflar arasındaki ticaret gümrük vergisinden muaf olarak gerçekleştiriliyor olsa dahi, Türk menşeli malların doğrudan olmasa da dolaylı olarak miktar kısıtlamalarına maruz kaldığı ileri sürülmektedir. Bu engelin kaynağı olarak da Türk karayolu nakliyecilerine uygulanan taşıma kotaları gösterilmektedir.

Gerçekten de Ortaklık belgelerinde taşıma sektörüne ilişkin hiçbir düzenleme bulunmaması sebebiyle, Türk menşeli malları taşıyan araçların transit geçişleri bakımından Birlik üyesi ülkeler kendi ulusal düzenlemeleri çerçevesinde işlem yapmayı haklı görmektedirler. Bu çerçevede üye ülkeler, üçüncü ülkelere uyguladıkları sistem çerçevesinde Türk menşeli malları taşıyan araçlar bakımından da yıllık ücretli geçiş belgeleri için belirli bir kota öngörmekte, bu kota haricinde bu

araçların ülkelerinden geçişlere izin vermemektedirler³⁵¹. Bu sebeple de, Türk menşeli malları taşıyan araçlar, geçişe izin vermeyen üye ülkeye geçiş ücreti vererek ya da ithalatçı üye ülkeye farklı güzergâhlar seyrederek daha fazla maliyet ve zaman kaybı ile ulaşmaya çalışmaktadır. Bu çerçevede sorunun çözüm noktası ilgili uygulamanın hizmetlerin serbest dolaşımı mı yoksa malların serbest dolaşımı mı kapsamında görüleceğinin belirlenmesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki yönde de görüşler mevcut olmasından dolayı, bu sorunun temel olarak hukuki yollar işletilerek çözümlenmesi, mümkün olduğu durumlarda ise konunun üye ülkelerdeki ulusal mahkemeler yolu ile ya da Ankara Anlaşması'nın 25'inci maddesinde belirtilmiş Ortaklık Konseyinin başvurma yetkisi çerçevesinde Adalet Divanı önüne taşınması faydalı olacaktır.

Bu uygulamanın malların serbest dolaşımı içinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki düşüncelerin temeli özellikle Adalet Divanı'nın üye ülkeler arasındaki uygulamalar bakımından verdiği kararlardır. Bilindiği gibi 1/95 sayılı OKK'nın 66'ncı maddesi uyarınca, bu Karar'da yer alan hükümlerden ATA'nın mukabil hükümleriyle esas itibarıyla aynı olanlarının, gümrük birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları bakımından Adalet Divanı'nın ilgili kararlarına göre yorumlanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Adalet Divanı'nın, malların serbest dolaşımına ilişkin verdiği içtihatlar, 1/95 sayılı OKK'nın uygulanması bakımından da yol gösterici olacaktır.

Adalet Divanı gümrük vergisine eş etkili önlemlerle ilgili olarak *Komision v. Danimarka* kararında³⁵², amacı ve uygulanma şekli nasıl olursa olsun, bir malın sırf bir sınırdan diğerine geçmesi nedeniyle tek taraflı olarak yükletilen herhangi bir mali yükün, dar anlamda gümrük vergisi olmasa dahi ve hatta ülke adına yapılmassa dahi, gümrük vergisine eş etkili bir önlem sayılacağını belirtmiştir. Miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler konusunda *Dassonville* kararında³⁵³, Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak, bilfiil ya da potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip ve üye ülkelerce çıkarılan bütün ticari kuralların özel olarak diğer üye ülkeden gelen

³⁵¹ Can Baydarol, "Gümrük Birliği ve Türk Taşımacılığı", **Dış Ticarete Durum Dergisi**, Ocak 2008, http://www.turktrade.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=217&Itemid=40 (26.09.2009).

³⁵² ABAD, C-158/82 sayılı Komisyon v. Danimarka Kararı [1983] ECR. I- 03573.

³⁵³ ABAD, C- 8/74 sayılı Dassonville kararı, [1974] ECR. I-00837.

malların ticaretini engelleme amacını taşıyor olsa bile, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem yarattığı yönünde bir yaklaşım belirlemiştir. Konuya ilişkin olarak Adalet Divanı, C- 2/73 sayılı kararında³⁵⁴ ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamalar koyma yasağının transit geçiş halleri için de söz konusu olduğunu belirtmiştir. Ayrıca benzer olarak, çeşitli protestolar kapsamında karayolu taşımacılığında aktif olarak kullanılan karayollarının kapatılması üzerine bu yolu mallarının transferi amacı ile kullanan üye ülke şirketlerinin, bu eylemlerin malların serbest dolaşımını engellediğini ileri sürmeleriyle Adalet Divanı önüne gelen ve sonucunda bu eylemlerin malların serbest dolaşımına engelleyici etki yarattığı sonucuna varılan *Schmidberger* kararı da bu konuda yol gösterici olacaktır³⁵⁵. Gerçekten de karayolu taşımacılığında kullanılan bir geçiş yolunu trafiğe kapatması ve bu yolu mal transferi amacıyla kullanmakta olan kamyonların transit geçişinin engellenmesi miktar kısıtlamasına eş etkili bir önlem olarak değerlendirilmiştir. Bu karar ile karayolu taşımacılığının, özellikle transit geçiş kapsamında malların serbest dolaşımını hükümleri ile ilişkili olduğu düşünülmelidir.

Benzer yönde 115/02 sayılı *Rioglass ve Transremar* davasında³⁵⁶ Adalet Divanı, ATA ile tesis edilen gümrük birliğinin üye ülkeler arasında malların serbest dolaşımını zorunlu kıldığını, malların serbest dolaşımının ise malların transit geçişinin engellenmesi ve buna müdahale edilmesi durumunda tam olarak gerçekleşmeyeceğini, bu kapsamda gümrük birliği ile birebir bağlantı içinde ve üye ülkelerin ortak menfaatine olarak malların transit geçişinin, malların serbest dolaşımını kapsamında kabul edilmesi gereken bir prensip olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede verilen karar ile ticaret ile taşımacılık arasındaki ayrılmaz bağ belirtilmiş, ayrıca üye ülkeler tarafından uygulanan transit kotalarının gümrük birliği ile çeliştiği açıkça tespit edilmiştir.

Malların serbest dolaşımı ile ilgili bu yöndeki Adalet Divanı kararları, ATA ile benzer yöndeki ortaklık belgelerindeki düzenlemelerden doğan taraf yükümlülüklerinin sınırlarının çizilmesinde, 1/95 sayılı OKK'nın 66'ncı maddesi uyarınca belirleyici olacaktır. Bu çerçevede Türk menşeli malları taşıyan araçların,

³⁵⁴ ABAD, C- 2/73 sayılı *Riseria Luigi Geddo v. Ente nazionale Risi* kararı [1973] ECR I-00865.

³⁵⁵ ABAD, C-112/00 sayılı *Schmidberger* kararı[2003], ECR. I-05659.

³⁵⁶ ABAD, C- 115/02 sayılı *Rioglass ve Transremar* kararı [2003], ECR. I-12705.

üye ülkelerden transit geçişini bir belgeye bağlamak, bundan başka bu belgeleri belirli sayılarla sınırlayarak açık bir kota uygulamasına girişmek, Adalet Divanı benzer uygulamalar için verdiği kararlar ışığında açıkça ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili kısıtlamalar koymak anlamında olduğu, ayrıca geçiş belgelerine koyulan bu sınırların aşılmış olması halinde ülkeden geçiş için alınan geçiş ücretlerinin de gümrük vergisine eş etkili bir vergi olduğu, bu sebeple de taraflar arasındaki gümrük birliğine ilişkin yasal düzenlemelere aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir³⁵⁷.

Ayrıca ilgili geçişlerin hizmet sunumu çerçevesinde olduğu yönündeki değerlendirmeler de, engele maruz bırakılanın asıl olarak Türk menşeli mallar olduğu, hizmetlerin serbest dolaşımı konusunun asıl olarak Ulaştırma Politikası başlığı altında, Türkiye- Avrupa Birliği tam üyelik müzakereleri süreci içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, bu sebeple de o güne değin ulaştırma hizmetinin serbest sunumuna ilişkin düzenlemelerde öngörülmemiş ve malların dolaşımını bu şekilde kısıtlayan önlemlerin ilgili gerekçe ile haklı kılınamayacağı belirtilmiştir³⁵⁸.

³⁵⁷ Can Baydarol., “AB ile En Önemli Sorunumuz Kota Sınırlamasıdır”, ‘**Bursa Ekonomi**’, Sayı: 246, Ağustos, 2008, <http://www.bursaekonomi.com.tr/default.asp?page=newsopen.asp&opennews=1084&qmshow=246>, (26.09.2009).

³⁵⁸ Eser Karakaş ve Işıl Karakaş, “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerin Türk Karayolu Taşımacılarına verilen Geçiş Belgelerini Sınırlama Yolu ile Malların Serbest Dolaşımına Kota Uygulamaları Sorunu ve Muhtemel Çözüm Yollarına Dair ‘Bilgi Notu’”, 2008, <http://www.kotasizavrupa.com/?p=14> (26.09.2008).

SONUÇ

Birliğin kurulduğu yıllarda ortak pazar olarak adlandırılan, sonrasında ise Tek Avrupa Senedi ile iç pazar niteliğine bürünen bütünleşme hedefi çerçevesinde oldukça önemli bir yere sahip olan malların serbest dolaşımının sağlanması, ATA'nın malların serbest dolaşımına ilişkin hükümleri, bu hükümler dayanak alınarak düzenlenen ikincil mevzuat hükümleri ve Adalet Divanı'nın bu yöndeki içtihatları ile güvence altına alınmaktadır. Bu çerçevede malların serbest dolaşımına ilişkin ATA'nın kısıtlama yasağı niteliğindeki hükümleri Birlik hukukuna aykırı kısıtlamalara karşı detaylı koruma sağlamaktayken, ikincil mevzuat düzenlemeleri ile Andlaşma hükümleri somutlaştırılarak uygulamada ortaya çıkacak belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır. Malların serbest dolaşımına ilişkin Adalet Divanı içtihatları ise konuya ilişkin temel başvuru kaynağını oluşturmuştur. Özellikle serbestinin gelişim sürecinin anlaşılması, Adalet Divanı'nın yorumlarındaki değişimin incelenmesi ile mümkün olmaktadır. Ayrıca Andlaşma hükümlerinin soyut ve genel içeriği, Adalet Divanı kararları ile somutlaştırılmış, Andlaşmadaki boşluklar kimi zaman ikincil düzenlemelerin yetersiz kalması ve hatta onların da boşluklar içermesi karşısında, Adalet Divanı'nın yorumları çerçevesinde geliştirilmiştir.

Birlik hukukunda yer alan tüm bu koruyucu araçlara karşın üye ülkeler ulusal düzenlemeleri ile malların serbest dolaşımına engel yaratan önlemleri uygulamaya devam etmektedirler. Bu engellerin kaynağı temel olarak ATA'nın 30'uncu maddesi ile düzenlenen ayrıca Adalet Divanı kararları ile geliştirilen hukuka uygunluk nedenleridir. Bu önlemlerin Birlik içi ticarete ortaya çıkardıkları engeller tespit edilmekle beraber, Birlik hukuk düzeni kapsamında kabul gören belirli değerlerin korunmasındaki hassasiyet nedeniyle haklı görülmektedirler. Ayrıca hukuka uygunluğu kabul edilmemiş olmakla beraber, Birlik içi ticarete engel yaratan önlemlerin var olduğu da muhakkaktır. Gerçekten de Adalet Divanı yorumları ile geliştirilen kısıtlama yasağının uygulanma alanı, ulusal önlemlerin derinlemesine bir araştırılmasının yapılarak, Birlik içi ticarete engel yaratıp yaratmadığının Adalet Divanı tarafından incelenmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, Adalet Divanı'nın önceki kararları kapsamında yasaklanan önlemlerden ya da benzerleri olmamak

üzere, üye ülke tarafından alınan bir önlemin, Adalet Divanı tarafından aykırılığı tespit edilene kadar uygulanması devam edebilmektedir. Bu önlemler sürekli olarak yenilenen Adalet Divanı kararları ile tespit edilmekte böylelikle eş etkili önlem kavramının somut yansımaları, bu kararlar çerçevesinde arttırılmaktadır.

Malların serbest dolaşımına yönelik engellerin kaldırılması ve yeni engeller yaratılmaması amacına dönük olarak Birliğin hukuki düzenlemelerinin koruyucu etkisi dışında, serbestinin geliştirilmesinde en önemli görev Adalet Divanı tarafından yerine getirilmiştir. Bu yönde Adalet Divanı, malların serbest dolaşımı kapsamındaki genel hükümleri olabildiğince geniş şekilde yorumlayarak, serbestinin koruma alanını genişletmiştir. Bu genel hükümler açısından mal kavramı, serbesti hükümlerinin muhatabı olan kişilerin kapsamı, gümrük vergilerine eş etkili vergi kavramı, ayrımcı iç vergi yasağı kapsamındaki benzer ürün kavramı, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kavramı ile ilgili Adalet Divanı kararları, malların serbest dolaşımı hükümlerinin geniş bir alanda uygulanarak malların dolaşımına engel yaratacak düzenlemelerin ortadan kaldırılmasında önemli bir katkıda bulunmuştur.

Genel hükümlerin geniş yorumlanması dışında Adalet Divanı, malların serbest dolaşımına ilişkin ATA'da düzenlenmiş olan ve kendisi tarafından zorunlu gerekler tanımlamasıyla oluşturulan malların serbest dolaşımına ilişkin yasak kapsamında haklı görülen istisnaları oldukça sınırlayıcı şekilde yorumlamayı seçmiştir. Bu sayede bir yandan üye ülkelerin korunması haklı görülen gerekçelerinin tamamıyla reddedilmesinin önüne geçilmiş, diğer yandan da malların serbest dolaşımına koyulacak engellerin bir noktada sınırlandırılması amaçlanmıştır. Ayrıca bu hukuka uygunluk nedenlerinin kabulü bakımından önemli sınırlamalar getirilerek, önlemlerin orantılı olması, yani aynı amaca Topululuk içi ticareti daha az engelleyen bir önlemlerle ulaşılamıyor olması ve önlemlerin ayrımcılık yaratmaması şartı da aranmıştır. Bu hukuka uygunluk durumlarının ortaya çıkarabileceği olası engellerin en aza indirilmesi amacıyla bir yanda üye ülkelere malların dolaşımına aykırı olarak alınan önlemlerin kaynağını oluşturan gerekçelerin ispatı yükümlülüğü getirilirken, diğer yandan Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin sınırı ile ilgili olarak bir önlemin hukuka uygunluğunun tespiti halinde, bu kararını gerekçelendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Ayrıca Adalet Divanı kararları, malların serbest dolaşımına ilişkin mevzuat uyumlaştırmaları bakımından bir rehber işlevini yerine getirmektedir. Gerçekten de bu alandaki mevzuat uyumlaştırmasının sonradan gelen yapıma niteliği gereği, Adalet Divanı tarafından malların serbest dolaşımına aykırı olduğu tespit edilen önlemlerle ilgili alanlarda mevzuat uyumlaştırmasına gidilerek, Birlik düzeyinde ortak standartlar belirlenmesi yoluyla ortaya çıkabilecek muhtemel engellerin de ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

Günümüzde malların serbest dolaşımı amacının büyük oranda gerçekleştirildiği söylenebilir. Bu sonuca yine ilgili alandaki Adalet Divanı kararlarının incelenmesi ile ulaşılabilir. Adalet Divanı'nın kararlarında, Birliğin kurulduğu yıllardaki kısıtlama yasalarını geliştirir nitelikteki yorumlarının yerini, ayrımcılık yasağını dikkate alır bir şekilde inceleyen ve üye ülkelere hareket alanı bırakır şekilde yorumlayan bir yaklaşım almıştır. Bu yaklaşımda malların serbest dolaşımına ilişkin kuralların ve Adalet Divanı tarafından oluşturulmuş içtihatların büyük oranda serbestiyi hedef alan engelleri Birlik hukuk düzeninden kaldırmış olması ve malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar bütünüünün üye ülkeler başta olmak üzere ayrıca tüm Birlik kurumlarınca kabul görmüş olmasının payı büyüktür. Ayrıca Birliğin ilk yıllardaki bütünleşme endişesinin yerini, ekonomik liderliği elde etmiş bir Birliğin özgüvenine bırakması ve ekonomik alanlarda büyük oranda gerçekleştirdiği bütünleşme hedeflerini sosyal alanlarda da gerçekleştirmeye odaklanmış olması bunun bir diğer göstergesidir.

Malların serbest dolaşımına ilişkin son yıllarda temel olarak daha ileri bir ekonomik bütünleşmenin sağlanması ve üye ülkeler arasındaki ulusal yasaların farklılıklarının giderilmesi amacıyla mevzuat uyumlaştırması çalışmalarına önem verilmiştir. Bu çerçevede özellikle hukuka uygunluk sebepleriyle haklı görülen istisnaların koruduğu alanlara ilişkin olarak, başta kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması, malların standartlarının tespiti gibi alanlara ilişkin Birlik düzeyinde ikincil hukuk düzenlemeleri yapılmakta, böylelikle Birlik içi ticarete engel yaratabilecek tüm unsurların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

Birlik düzeyinde oluşturulmuş olan malların dolaşım serbestisi kurallarına taraf iradeleri ile oluşturulmuş olan ortaklık çerçevesinde dâhil olan Türk menşeli

malların durumu ise Türkiye ile o dönemdeki adı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir gümrük birliği kurulması amacına dayanan Ankara Anlaşması ve bu gümrük birliğinin uygulama yöntemlerini belirleyen Katma Protokol ile bu belgeleri dayanak alarak düzenlenmiş olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarındaki hükümler çerçevesinde belirlenmiştir. Türkiye ile Birlik arasındaki ortaklık ilişkisi, Ankara Anlaşması tarafından çerçevesi belirtilen ve Katma Protokol ile uygulama yöntemleri belirlenen gümrük birliği modeli çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Birliğin ATA'nın 310'uncu maddesi (Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma md. 217) ile kendisine verilmiş olan yetki çerçevesinde imzaladığı ortaklık anlaşmalarından biri olarak Ankara Anlaşması, akit taraflar arasında kurulacak gümrük birliğinin üç aşamada gerçekleşmesini öngörmüş, o dönemdeki adı ile Avrupa Ekonomik Andlaşması hükümleri esas alınarak içerisinde malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin ortak bir rekabet düzeni içerisinde serbestçe dolaşabileceği bir ekonomik alan yaratılması için takvim öngörmüştür. Temel olarak Birliğin Kurucu Andlaşmalarında yer alan hükümlerin birebir yansıması niteliğindeki ortaklık hukuku kapsamındaki hükümler bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunların, ilgili alana ilişkin olarak Adalet Divanı'nın verdiği kararlar çerçevesinde ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği halen tartışılmakta olan bir konudur. Bu kapsamda temel madde olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66'ncı maddesi incelendiğinde, Adalet Divanı kararlarının sorunun değerlendirilmesi noktasında başvuru kaynağı olarak kullanılabilmesi ancak bu sorunların çözümü noktasında işlevsel olmaması sebebiyle sorunun Ortaklık Konseyi aracılığıyla yahut da üye ülke mahkemeleri aracılığıyla doğrudan ATAD önüne taşınması gerektiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

ADAOĞLU, Hale S., “AT Hukukuna Aykırı Hukuki Tasarrufların İptalinde Kişilerin Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Sayı: 2, 2006, ss. 1- 26.

ADAOĞLU, Hale S., “Francovich’ten Köbler’e AT Hukukunda Devletin Sorumluluğu Prensibi”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:54, Sayı:2, 2005, ss. 249-267.

ARSAVA, Füsün A., **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1985.

ARSAVA, Füsün A., “AB’nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:3, No:2, Bahar 2004, ss. 1-9.

ARSAVA, Füsün A., “Avrupa Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:5, No:1, Güz 2005, ss.1-11.

ARSLAN, Mehmet, “**Dolaylı Vergiler ve Türkiye’nin AB’ye Giriş Sürecinde Dolaylı Vergileri Uyumlaştırma Çalışmaları**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2005.

ASLAN, Adem, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

BAYDAROL, Can, “Gümrük Birliği ve Türk Taşımacılığı”, **Dış Ticarete Durum Dergisi**, Ocak 2008,

http://www.turktrade.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=217&Itemid=40 (26.09.2009).

BAYDAROL, Can, “AB ile En Önemli Sorunumuz Kota Sınırlamasıdır”, **Bursa Ekonomi**, Sayı: 246, Ağustos 2008, <http://www.bursaekonomi.com.tr/default.asp?page=newsopen.asp&opennews=1084&qmshow=246> (28.09.2009).

BAYKAL, Sanem, “Avrupa Topluluğu Hukukunda İptal Davası ve Özel Kişilerin Davacı Olabilme Koşulları: Topluluk İçtihadı Işığında Bir İnceleme”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 3, 2005, ss.195- 222.

BAYSAN, Ömer ve Osman Civelek, **Türkiye’nin Avrupa Birliği Teknik Mevzuatına Uyum Çalışmaları ve CE İşareti**, İstanbul Sanayi Odası Yayınları, İstanbul, 2004.

BEACH, Derek, *The Dynamics of the European Integration: Why and When EU Institution Matter*, Palgrave Macmillan, Aarhus, 2005.

BERNAND, Catherine, **The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BOZKURT, Enver, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş. **Avrupa Birliği Hukuku**, Üçüncü Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

BOZKURT, Enver ve Arif Köktaş, “Avrupa Birliği – Türkiye Ortaklık Hukukunun Uygulanmasında Denetim Mekanizması Önerisi: Ortaklık Mahkemesi ”, **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Sayı:1 (Mayıs 2000),s. 17-27.

BURBAN, J. Louis, “Ortak Pazar’dan İç Pazara”, *Çev. Turgut Turhan*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1,1988, ss. 321-326.

CAN, Hacı, “Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:3, No: 1 (Güz 2003) s.19-43

CAN, Hacı, “Avrupa Birliği İ Pazarı çerçevesinde ngrlen Serbest Dolaşım İlkelerinin İhlali Olarak rtl Ayrımcılık”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXII, Sayı:1-2, 2004, ss.45-79.

CAN, Hacı, **Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, TOBB, İzmir, 2006.

CAN, Hacı, “Avrupa Birliği Andlaşmasının Düzenleme Alanlarında Yargısal Denetim”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, zel Sayı, 2007, ss.1081-1110.

CAN, Hacı, **Avrupa Birliği İ Pazar Hukuku**, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

CAN, Hacı, “Avrupa Birliği’nde İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi”, **İzmır Barosu Dergisi**, Yıl:73 Sayı:2, Nisan 2008, ss. 150- 182.

CAN, Hacı ve ınar zen, **Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2005.

CAIRNS, Walter, **Introduction to European Union Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2002.

Commission of the European Communities, **FREE MOVEMENT OF GOODS- Guide to the Application of Treaty Provisions Governing Free Movement of Goods (Articles 29-30 EC)**, 2009, s.1 -60.

CRAİG, Paul ve Grainne De Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.

CUTHBERT, Mike, **E.U. Law**, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London, 2003.

- ÇİMEN, Ahmet, **Gümrük Birliği ve Avrupa Topluluğu Türkiye İlişkileri**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 1996.
- DAVIES, Gareth, **European Union Internal Market Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2003.
- DEHOUSSE, Renaud, **The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration**, First Edition, Palgrave Macmillan Press, Newyork, 1998.
- Dış Ticaret Mahkemesi, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Altıncı Baskı, Ankara, 2007.
- EPİNEY, Astrid, ‘‘Free Movement of Goods’’, **European Fundamental Rights and Freedoms**, der. Dirk Ehlers, de Gruyter Textbook, Berlin, 2007, ss. 226- 254.
- EREN, Mesut, ‘‘**Türk İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı Engellenebilir Mi?**’’, [http:// www. tesev.org.tr/eng/events/mesut_Eren_calisma_05.doc](http://www.tesev.org.tr/eng/events/mesut_Eren_calisma_05.doc) (Erişim. 22 Ekim 2009).
- FAIRHURST, John ve Cristopher Vincenzi, **Law of the European Community**, Fourth Edition, Pearson/Longman, London, 2003.
- FEATHERSTONE, Kevin, **European Internal Market Policy**, Routledge, London, 1990.
- FOSTER, Nigel, **Questions & Answers EU Law**, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- FRIEDBACHER, J. Todd, ‘‘Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy’’, **European Law Journal**, Vol. 2 Issue 3, Nov. 1996, ss. 226-250.

FULMİNİ, Azelio, “**Principles and General Completion of The Internal Market**”, 2006, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_3.1.pdf (22.04.2009).

GARRETT, Geoffrey, “International Cooperation and Institutional Choice: The European Community’s Internal Market”, **International Organization**, Vol.46, No.2 Spring, 1992, ss.533-560.

GÖKALP, M. Faysal ve Aynur Yıldırım, “Türkiye- AB Gümrük Birliği Sürecinin Ekonomik Etkileri”, **Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye**, der. Turgay Uzun ve Serap Ören, Birinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

GÖKDERE, Ahmet, **Gümrük Birliği Açısından Avrupa Topluluğu ve Türkiye İle İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1989.

GREEN, Nicholas, Trevor C. Hartley ve Anthony J. Usher, **The Legal Foundations of the Single European Market**, Oxford University Press, Oxford, 1991.

GÜNUĞUR, Haluk, **Avrupa Topluluğu Hukuku**, Üçüncü Baskı, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Ankara, 1996.

HILF, Meinhard, “The Single European Act and 1992: Legal Implications for Third Countries, Symposium: The European Community as an International Actor”, **European Journal of International Law**, Vol: 1, No:1, 1990, ss. 89-117.

JARVIS, Malcolm A, **The Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods**, Oxford University Press, Oxford, 1998.

KAPTEYN, George P. J. ve Peiter Verloren Van Themaat, **Introduction to the Law of the European Communities**, Third Edition, Kluwer Law International, London, 1998.

KARAKAŞ, Eser ve Işıl Karakaş, “**Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerin Türk Karayolu Taşımacılarına verilen Geçiş Belgelerini Sınırlama Yolu ile Malların Serbest Dolaşımına Kota Uygulamaları Sorunu ve Muhtemel Çözüm Yollarına Dair ‘Bilgi Notu’**”, 2008,
<http://www.kotasizavrupa.com/?p=14> (26.09.2008).

KARAKAŞ, Işıl, “**Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematığı: Teorik ve Pratik Sorunlar**”,
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/%C4%B1s%C4%B11.pdf> (23.05.2009), ss. 1-8.

KARLUK, Rıdvan, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Sekizinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.

KENT, Penelope, **Law of the European Union**, Third Edition, Longman, London, 2001.

KILIÇ, Ramazan, **Türkiye- AB İlişkileri ve Gümrük Birliği (Ekonomik Entegrasyon ve Gümrük Birlikleri Teorisi)**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2002.

KIZILSÜMER, Deniz, “**Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi**”, **Journal of Faculty Business**, Vol:5, No:2, 2004, ss.26-48.

KIZILSÜMER, Deniz, “**Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1996.

LASOK, Dominik, **The Customs Law of the European Economic Community**, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, London, 1990.

LASOK, Dominik, **The Trade and Custom Law of the European Union**, Third Edition, Kluwer Law International, Boston, 1998.

LASOK, Dominik ve K. Paul Lasok, **Law and Institutions of the European Union**, Sixth Edition, Butterworths Publishing, London, 1994.

MICKLITZ, Hans W., **The Politics of Judicial Co-operation in the EU, Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith**, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

NICOLAODÍS, Kalypso, ‘**Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects**’, 1997,
<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-07.rtf> (23.04.2009)

OECD, **Synthesis Report on Parallel Import, Joint Group on Trade and Competition**, 2002,
[http://www.oilis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/\\$FILE/JT00128903.PDF](http://www.oilis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/$FILE/JT00128903.PDF) (25.06.2009).

OWEN, Richard, **Essential European Community Law**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 1998.

OWEN, Richard ve Michael Dynes, **The Single European Market**, Times Boks, London, 1993.

ÖZEN, Çınar, ‘Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümü’, **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Yıl:1 Sayı: 2, Ekim, 2000, s.129-144.

REÇBER, Kamuran, **Türkiye –Avrupa Birliği İlişkileri**, Aktüel Yayınları, İstanbul, 2004.

REÇBER, Kamuran ve Çiğdem Aydın, ‘‘Avrupa Birliği’nde Üye Devletler Tarafından İnsan Haklarının İhlal Edilmesi Durumunda Öngörülen Yaptırımlar’’, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53, Sayı: 1, 2004, ss. 89-115.

REÇBER, Kamuran, ‘‘Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Hukuksal Bir Bakış’’, **İş-Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı:2, 2002, <http://www.isguc.org/?p=article&id=57&vol=4&num=2&year=2002> (28.08.2009).

REİCH, Norbert, **Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law**, Second Edition, Intersentia Publishing, Newyork, 2005.

ŞAHİN, Ayşe ve Hulûsi Demir, ‘‘Avrupa Birliği’nin Tüketici Politikaları ve Türkiye’ye Yansımaları’’, **Review of Social, Economic &Business Studies**, Vol.3/4, 2003, ss. 274-285.

SAVAŞ, Halil, ‘‘Avrupa Birliği Standardizasyon Kurumları ve CE İşareti’’, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:4, Sayı:2, 2003, ss.121-140.

SCOTT, Douglas S., **Constitutional Law of the European Union**, Second Edition, Longman, London, 2002.

SHAPIRO, Martin, ‘‘European Court of Justice’’, **Euro-politics: Institutions and Policymaking in the "New" European Community**, der. M. Alberta Sbragia, Brookings Institution Press, Washington 1992, ss.123- 151.

SHAW, Josephine, **European Community Law**, First Edition, The Macmillan Press, Oxford, 1993.

SNELL, Jukka, “Private Parties and the Free Movement of Goods and Services”, **Services and Free Movement in EU Law**, der. Mad Andenas, ve Wulf-Henning Roth, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 211-243.

TAŞDEMİR, Hakan ve Hasan Demir, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:2 No:3, Güz 2002, ss. 85-100.

TAŞDEMİR, Hakan ve A. Pınar Girgin, “III Sütuna İlişkin İlk Ön Karar Davası- Gözütok ve Brügge Kararına İlişkin bir Değerlendirme”, **Doğuş Üniversitesi Dergisi**, Cilt:9, Sayı:1, 2008, ss.77-88.

TEKİNALP, Ünal ve Gülören Tekinalp, **AB Hukuku**, Güncelleştirilmiş İkinci Bası, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 2000.

TILLOTSON, John, **EC LAW: Text, Cases and Materials**, Second Edition, Routledge Cavendish Publishing, London, 1996.

TONER, Helen, **Partnership Rights, Free Movement, And Eu Law**, Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2004.

TÖRE, Nahit, “Ekonomik Bütünleşme Kuramı”, **Avrupa Birliği El Kitabı**, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

TURNER, Chris, **The Comprehensive Guide To All The Facts European Law**, Hodder&Stoughton Press, London, 2002.

TÜREL, Orhan B., “**Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi AB’nin Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi ve Menşe Kurallarına Türkiye’nin Uyumu**” (Yayınlanmış Uzmanlık Tezi), Gümrük Müsteşarlığı AB ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, 2003.

Türkiye-AB Gümrük Birliği, TürkAtlas, 2007, <http://www.turkatlas.com/modules.php?name=News&file=print&sid=515> (26.02.2009).

VAİZOĞLU, Mahmure, “**Avrupa Topluluğu, Gümrük Birliği Kapsamında CE Kavramı**”, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.

WASIELEWSKI, Lukas, “Differentiation in the System of Judicial Review in EU Law- The ECJ in a Differentiated Legal Order’, **The Emerging Constitutional Law of the European Union, German and Polish Perspectives**, der. Adam Bodnar ve diğerleri, First Edition, Springer Publishing, Warsaw, 2003, ss.159-182.

WEATHERİLL, Stephe., **Cases and Materials on EU Law**, Eighth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.

WOODS, Lorna, **Free Movement of Goods and Services within the European Community**, Re-issue Edition, Ashgate Publishing, London, 2004.

EKLER

EK.1 Eski Yeni Andlaşma Maddelerinin Karşılaştırılması

Avrupa Topluluğu Andlaşması'nda Yer Alan Eski Madde Numaraları	Avrupa Birliği İşleyişine Dair Andlaşmaya İlişkin Yeni Madde Numaraları
Madde 3	Madde 3-6
Madde 10	Madde 4 (ABA)
Madde 12	Madde 18
Madde 14	Madde 26
Madde 23	Madde 28
Madde 24	Madde 29
Madde 25	Madde 30
Madde 26	Madde 31
Madde 27	Madde 32
Madde 28	Madde 34
Madde 29	Madde 35
Madde 30	Madde 36
Madde 31	Madde 37
Madde 32	Madde 38
Madde 33	Madde 39
Madde 34	Madde 40
Madde 81	Madde 101
Madde 82	Madde 102
Madde 83	Madde 103
Madde 84	Madde 104
Madde 85	Madde 105
Madde 86	Madde 106
Madde 90	Madde 110
Madde 94	Madde 115
Madde 95	Madde 114
Madde 134	ilga
Madde 220	Madde 19 (ABA)
Madde 226	Madde 258
Madde 230	Madde 263
Madde 232	Madde 265
Madde 234	Madde 267
Madde 249	Madde 288
Madde 308	Madde 352
Madde 310	Madde 217