

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER  
ANABİLİM DALI

**TOPLULUK HUKUKUNDA  
MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

Doktora Tezi

Tolga CANDAN

Ankara-2008

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER  
ANABİLİM DALI

**TOPLULUK HUKUKUNDA  
MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

Doktora Tezi

Tolga CANDAN

Tez Danışmanı  
Prof.Dr. Tuğrul ARAT

Ankara-2008

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER  
ANABİLİM DALI

**TOPLULUK HUKUKUNDA  
MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Tuğrul ARAT

Tez Jürisi Üyeleri

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

Tez Sınavı Tarihi .....

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(24/11/2008)

Öğrencinin

Tezi Hazırlayan

Adı ve Soyadı

Tolga CANDAN

.....

.....

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTIMA CETVELİ.....	IX
KAYNAKÇA.....	XII
GİRİŞ.....	

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TOPLULUK HUKUKUNDA MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ VE MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER

A. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ .....	1
I. Genel Çerçeve.....	1
II. Ekonomik Entegrasyonun Temeli Olan Gümrük Birliği.....	5
1. Gümrük Birliği Kavramı.....	6
2. Gümrük Bölgesi.....	9
3. Gümrük Birliğinde Ürün Kavramı.....	10
a) Üye Devlet Kaynaklı Ürünler.....	10

b) Üçüncü Ülke Kaynaklı Ürünler.....	10
4. Gümrük Birliğinin Unsurları.....	11
a) İç Boyut: Gümrük Vergilerinin Ve Eş Etkili Tedbirlerin Kaldırılması(md.25).....	11
b) Dış Boyut: Ortak Gümrük Tarifesinin Oluşturulması (md. 26).....	16
c) Tamamlayıcı Unsur: Ayrımcı Dahili Vergilerin Yasaklanması (md. 90).....	18
aa. Normun Kapsamı ve Amacı.....	18
bb. Benzer Ürün Kavramı.....	20
B. MİKTAR KISITLAMALARI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEMLERİN KALDIRILMASI.....	22
I. Miktar Kısıtlamaları.....	25
1. Teknik Tanım.....	25
2. Kurucu Antlaşmadaki Düzenlemeler.....	25
a) İthalatta Miktar Kısıtlamalarının Kaldırılması (md. 28).....	25
b) İhracatta Miktar Kısıtlamalarının Kaldırılması (md. 29).....	27
II. Eş Etkili Önlemler.....	28
1. Komisyonun Tanımı.....	30
2. Divanın Tanımı ( Dasonville Formülü).....	32

III. Kurucu Antlaşmadan Kaynaklanan İstisnalar (Md. 30).....	35
1. Genel Açıklama.....	35
2. Kamu Ahlakı.....	38
3. Kamu Düzenin Korunması.....	39
4. Kamu Güvenliği.....	41
5. İnsan, Hayvan ve Bitkilerin Sağlığının ve Yaşamlarının Korunması.....	43
a) İnsan Sağlığı ve Yaşamının Korunması.....	44
aa. Sınır Kontrolleri.....	47
bb. Azami Sınır Değerlerin Belirlenmesi.....	48
cc. Katkı Maddeleri.....	48
dd. Tıbbi Bakım İhtiyacının Güvence Altına Alınması.....	50
b) Hayvan ve Bitkilerin Sağlığı ve Yaşamının Korunması.....	52
6. Artistik, Tarihi veya Arkeolojik Değeri Olan Ulusal Servetlerin Korunması.....	53
7. Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunması.....	55
a) Sınai ve Ticari Mülkiyet Haklarının Varlığı/Kullanılması Ayrımı.....	57
b) Hakkın Spesifik Konusu.....	59
aa. Patent Hakkının Spesifik Konusu.....	60
bb. Marka Hakkının Spesifik Konusu.....	62
cc. Telif Haklarının Spesifik Konusu.....	63
dd. Endüstriyel Tasarım Hakkının Spesifik Konusu.....	64

c) Hakkın Tüketilmesi İlkesi.....	65
IV. İstisnaların Sınırı (AT. Ant. Md. 30/II) ve Orantılılık İlkesi.....	68
1. Genel Açıklama.....	68
2. Ticarete Keyfi Bir Ayrımcılığa Yol Açmamak.....	70
3. Örtülü Bir Kısıtlama Aracı Olarak Kullanılma Yasağı.....	72
4. Orantılılık İlkesi .....	73
a) Hukukça Korunan Bir Menfaatin Varlığı.....	74
b) Seçilen Aracın Uygunluğu/Elverişlilik.....	75
c) Gereklilik Unsuru.....	76
V. Sapmalar ( 3052/95 Sayılı Topluluk Kararı ).....	77

## İKİNCİ BÖLÜM

### EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMI

#### VE YORUMLANMASINDA DİVAN TARAFINDAN GELİŞTİRİLEN

#### İLKELER

A)	ÖĞRETİNİN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLERİ.....	80
I.	Eş Etkili Önlemler Kavramının Topluluk Hukuku İçindeki Yeri Ve Önemi.....	80
II.	“Eş Etkili Önlem Kavramı”nın Tarihsel Süreç İçindeki Gelişimi.....	83
III.	“Eş Etkili Önlemler” Kavramının Yorumlanmasına İlişkin Öğreti de Geliştirilen Yaklaşımlar.....	87



1. Açık Ayrımcılığın Gerekliliği Yaklaşımı.....	87
2. İthalatın Büyük Ölçüde Engellenmesi Yaklaşımı.....	90
3. İşlevsel Denklik Yaklaşımı.....	93
4. “Eş Etkili Önlemler” Kavramının Kapsamına İlişkin Öğretiden Getirilen Karma Yaklaşımlar ve Yeni Oluşturulan Kriterler.....	93
a) Spesifik Kısıtlayıcı Etki Kriteri.....	94
b) Ulusal Kısıtlamanın Etkisinin Hissedilebilirliği Kriteri.....	99
c) Ulusal Düzenlemenin Amacının Esas Alınması Kriteri.....	101
d) Üye Devletlerarası Ticaret Zorunluluğu Kriteri.....	102
e) Kurucu Antlaşma Amaçlarına Uygun Yorum Kriteri.....	102
5. Ortak Bir Tanım Oluşturma Çabalarının Sonuçsuz Kalması.....	104
B) EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMININ DİVAN TARAFINDAN BELİRLENMESİ: DASSONVILLE KARARI.....	105
I. Sorunun Ortaya Konması.....	105
II. Dassonville Kararı.....	109
1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci.....	109
2. Dassonville Formülünün Unsurları.....	111
a) Üye Devletler Tarafından Uygulanan Ticari Düzenlemeler.....	111
b) Topluluk İçi Ticaretin Engellenmesi.....	113
c) Ticareti Engellemeye Uygunluk.....	114

III.	Dassonville Kararının Hukuki Sonuçlarının Malların Serbest Dolaşımı İlkesi üzerindeki Etkisi.....	115
	1. Topluluk İçi Ticareti Doğrudan Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler.....	116
	2. Topluluk İçi Ticareti Dolaylı Engelleyici Etkiye Sahip Engeller.....	116
	3. Fiili Olarak Topluluk İçi Ticareti Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler.....	117
	4. Potansiyel Olarak Topluluk İçi Ticareti Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler.....	118
IV.	Değerlendirme.....	119
V.	Dassonville Formülünün Eleştirisi.....	122
C)	EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMININ DİVAN TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI: CASSIS DE DİJON KARARI.....	125
I.	Cassis de Dijon Kararı.....	125
	1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci.....	126
	2. Dassonville Formülünün Sınırlandırılması.....	130
II.	Kararın Hukuki Sonuçlarının Malların Serbest Dolaşımı İlkesi Üzerindeki Etkisi.....	131
	1. Kamu Yararının Emredici Gerekliliği Kavramının Kapsamı ve Uygulanması.....	131
	2. Divan Tarafından Getirilen Yeni Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	133

a) Etkili Mali Denetim.....	133
b) Kamu Sağlığı.....	134
c) Ticari İşlemlerde Adaletin Sağlanması.....	135
d) Tüketicinin Korunması.....	137
aa. Tüketici Kavramı.....	138
bb. Etiketleme.....	140
e) Çevrenin Korunması.....	141
f) Ulusal Kültür Politikaları.....	146
g) Diğer Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	147
3. Divan Kararının Etkileri Üzerine 03.10.1980. Tarihli Komisyon Görüşü.....	148
III. Değerlendirme.....	149
IV. Cassis De Dijon Kararının Eleştirisi.....	152
D) 28. MADDENİN UYGULAMA ALANININ KISITLANMASI: KECK KARARI.....	157
I. Ulusal Önlemin Niteliği Gereği 28. Maddenin Uygulama Alanının Kısıtlanması: Keck Kararına Doğru.....	157
II. Keck Kararı.....	159
1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci.....	159
2. Hukuk Sözcüsü Van Gerven'in 18.11.1992 Tarihli İlk Görüşü... ..	161
3. Divan Önünde Yapılan Sözlü Oturumdaki Tartışmalar.....	163
4. Hukuk Sözcüsü Van Gerven'in 28.04.1993 Tarihli İkinci Görüşü.....	165

5. Divan'ın Kararı.....	167
III. Keck Kararının Unsurları.....	169
1. Topluluk İçi Ticaretin Kısıtlanması Unsurunun Eksikliği Sorunu.....	169
2. Satış Koşullarına İlişkin Düzenlemeler/Malların Üretimine İlişkin Düzenlemeler Ayrımı.....	172
3. Bir Üye Devlette Faaliyet Gösteren Tüm Pazar Katılımcılarına Uygulanma Zorunluluğu.....	176
4. Hukuken ve Fiilen Aynı Şekilde Etki Gösterme.....	176
IV. Kararın Malların Serbest Dolaşımı İlkesine Etkileri.....	178
1. Keck Kararı Gerçekten Divan'ın Önceki Kararlarından Geri Dönüş Olarak Değerlendirilebilir mi?.....	178
2. Keck Kararının, “Satış Koşullarını Düzenleyen Ulusal Önlemlere” İlişkin Divan'ın Daha Önceki Kararlarıyla İlişkisi.....	182
V. Değerlendirme.....	186
VI. Keck Kararının Eleştirisi.....	188
SONUÇ.....	
İNGİLİZCE VE TÜRKÇE TEZ ÖZETİ.....	

## KISALTMA CETVELİ

AB	:	Avrupa Birliği
AET	:	Avrupa Ekonomik Topluluğu
ATAD	:	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Art	:	Artikel (madde)
Aufl	:	Auflage ( baskı)
AWD/RIW	:	Recht der Internationalen Wirtschaft
C	:	Case (dava)
Çev	:	Çeviren
CMLRev	:	Common Market Law Review
DÖV	:	Die Öffentliche Verwaltung
DPT	:	Devlet Planlama Teşkilatı
DTM	:	Dış Ticaret Müsteşarlığı
DVBI	:	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	:	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECR	:	European Court Reports
Ed	:	Edition (baskı)
EGV	:	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELRev	:	European Law Review
EU	:	European Union
EuGH	:	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	:	Europarecht
EuZW	:	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWS	:	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	:	Festschrift
GA	:	Generalanwalt (Hukuk Sözcüsü)
GATT	:	Gümrükler ve Tarifeler Genel Anlaşması
GRUR	:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	:	GRUR –Internationaler Teil ( bis 1967)
Hrsg	:	Herausgeber (Derleyen)
ICLQ	:	International and Comparative Law Quarterly
JA	:	Juristische Arbeitsblätter
JuS	:	Juristische Schulung
JZ	:	Juristenzeitung
Md	:	madde
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	:	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RabelsZ	:	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	:	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	:	Richtlinie (Direktif)
Rn	:	Randnummer (Kenar numarası)
S	:	sayfa
Slg	:	Sammlung (der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz)
WRP	:	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	:	Wirtschaft und Wettbewerb

WTO : Dünya Ticaret Örgütü  
ZEuP : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht  
ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

- **AHFELD, Martin:** Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV. Anwendungsbereiche-einzelstaatliche Regelungsspielräume-Quellen, Baden-Baden: 1997.
- **AHLT, Michael:** Europarecht, München: 1993.
- **ARIKAN, A. Saadet:** Fikri- Sinaî Haklar Açısından Paralel İthalat-AB ve Türkiye-, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları(Hukuk) Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi, 2001.
- **ARSAVA, A. Füsün:** Roma Antlaşmasında Ön karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, A.Ü. S.B.F. ve Basın- Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara:1989.
- **ARAT, Tuğrul:** Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara:1989.
- **ARSLAN, Yılmaz:** Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara: Türkiye İş Bankası Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1992.
- **BAYKAL, Sanem:** AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, ATAUM Araştırma Dizisi No:14, Ankara: 2002.
- **BALKE, Barbara:** Steuerliche Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten und freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden:1998.
- **BRİGOLA, Alexander:** Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München: 2004.
- **BARNARD, Catherine:** The Substantive Law Of The EU. The Four Freedoms, ed. 1, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- **BERNUNT, Wolf von:** Urheberrechtsschranken im freier Warenverkehr- eine Untersuchung am Beispiel des Schulbuch-Privilegs, Baden-Baden: 2000.
- **BORCHARDT, Klaus-Dieter:** Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Heidelberg: 1996.



- **BOZKURT, Enver/ÖZCAN, Mehmet/KÖKTAŞ, Arif:** Avrupa Birliği Hukuku, Ankara: Nobel Yay, Mart 2001.
- **CALLIÈSS, Christian/RUFFERT, Matthias (Hrsg.):** Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2.Aufl., Neuwied: 2002.
- **DAUSES, Manfred A. (Hrsg.):** Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, München: 2003.
- **DAVIES, Gareth :** European Union Internal Market Law, 2nd ed., 2003.
- **DİNAN, Desmond(Editör):** Avrupa Birliği Ansiklopedisi, İkinci Cilt, AKAY, Hale(Çev.), İstanbul: Kitap Yayınevi, Nisan 2005.
- **DPT:** Avrupa Topluluğu İç Pazarına Uyum Çalışmaları: İç Pazarın Kapsamı ve Avrupa Topluluğunda Yaratacağı Etkiler, Ankara: DPT Mart 1991.
- **DPT:** Dünyada Küreselleşme ve Bölgesel Bütünleşmeler, Ankara: DPT 1995.
- **DTM:** Dış Ticaret Yönüyle Gümrük Birliği El Kitabı, Ankara: 1 Ocak 1996.
- **EHLERS, Dirk (Hrsg.):** Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 1. Aufl., Berlin: 2003.
- **EPİNEY, Astrid:** Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln Berlin Bonn Münih:1995.
- **FASSHOLD, Dagobert:** Freier Warenverkehr in der EG und nationale Absatzregelungen, Mannheim: 1986.
- **FEİDEN, Sonja:** Die Bedeutung der “Keck”-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, Berlin: 2003.
- **FRENZ, Walter:** Handbuch Europa-recht.Europäische Grundfreiheiten, Band 1, Berlin Heidelberg: 2004.
- **FÜLLER, Jens Thomas:** Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden: 2000.
- **GANTEN, Ted Oliver:** Die Drittwirkung der Grundfreiheiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Berlin: 2000.
- **GAUSEPOHL, Ulrike:** Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte? Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht unter dem Einfluss des Europäischen Binnenmarktes, Frankfurt a. M.: 2000.

- **GEİGER, Rudolf:** EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft- Kommentar, 3. Aufl., München: 2000.
- **GÖKDERE, Ahmet:** Gümrük Birliği Açısından Avrupa Topluluğu ve Türkiye ile İlişkiler, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989.
- **GRABITZ, Eberhard/HILF, Meinhard:** Das Recht der Europäischen Union- Kommentar, Band 1, München: 2003.
- **GROEBEN, Hans von der/SCHWARZE, Jürgen:** Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 6. Aufl., Baden-Baden: 2003.
- **GROEBEN, Hans von der/THIESING, Jochen/EHLERMANN, Claus-Dieter (Hrsg.):** Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5.Bände, 5.Aufl., Baden-Baden: 1997.
- **GÜNUĞUR, Haluk:** Avrupa Topluluğu'nda Gümrük Birliği, İç Pazar, Ankara: Ankara Üni. Basımevi, 1993.
- **HAİLBRONNER,** Umweltrecht und Umweltpolitik in der Europäischen Gemeinschaft, Linz: 1994.
- **HAİLBRONNER, Kay/KLEIN, Eckart/MAGIERA, Siegfried/MÜLLER-GRAF, Peter-Christian:** Hand-Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union, Köln: 1998.
- **HAMMER, Kristina:** Handbuch zum freien Warenverkehr. Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor und nach dem Urteil "Keck und Mithouard", Wien: 1998.
- **HERDEGEN, Matthias:** Europarecht, 5. Aufl., München: 2003.
- **HOBE, Stephan:** Europarecht, Köln: 2002.
- **HÖDL, Sascha Oliver:** Die Beurteilung von verkaufbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt- Neue Interpretationsansätze zu Art. 30 EGV auf der Grundlage der Keck- Entscheidung, Baden-Baden: 1997.
- **HÖSCH, Ulrich:** Der Einfluss der Freiheit des Warenverkehrs(Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Frankfurt a. M.: 1994
- **IPSEN, Hans Peter:** Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen: 1972.
- **İKV:** Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İKV Yayınları, Aralık 2001.

- **JAENSCH, Michael:** Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Baden-Baden: 1997.
- **KEßLER, Jutta:** Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht- Zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten, Berlin: 1997.
- **KINGREEN, Thorsten:** Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin: 1999.
- **LANG, Joachim:** Die Freiheit des Warenverkehrs- Kontinuität und Wandel in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin: 1997.
- **LECHELER, Helmut:** Einführung in das Europarecht, 2. Aufl., München 2004.
- **LENZ, Carl Otto/BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.):** EG-Vertrag. Kommentar, 3. Aufl., Köln: 2003.
- **LICHTENWALDER, Wolfgang:** Die Anwendung von Art. 30 EGV in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung, Frankfurt a.M. 1996.
- **MILLARG, Ivo:** Die Schranken des freier Warensverkehrs in der EG. Systematik und Zusammenwirkung von Cassis-Rechrsprechung und Art. 30 EG-Vertrag, Baden-Baden: 2001.
- **MOLLE, Willem:** The Economics of European Integration: Theory, Practice and Policy, 2nd ed., Dartmouth: Aldershot, 1994.
- **MOUSSİS, Nicholas:** Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi, FETHİ, Ahmet(Çev.), Mega Press, 2004.
- **NAGEL, Bernhard:** Wirtschaftsrecht der Europäischen Union. Eine Einführung, 3. Aufl., Baden-Baden: 2001.
- **PFEIL, Werner:** Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der “Vier Grundfreiheiten” im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt a. M.: 1998.
- **OLIVER, Peter:** Free Movement of Goods in the European Community under Articles 30 to 36 of the Rome Treaty, London: 3.Edition, Sweet and Maxwell 1996.
- **ÖZ, Gamze:** Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim 2000.
- **ÖZCAN, Mehmet:** Avrupa Birliğinde Fikri ve Sinaî Haklar, Ankara: Nobel Yayınları, 1999.

- **RODRÍGUEZ-POSE, Andrés:** The European Union: Economy, Society and Polity, Oxford University Press, 2004.
- **RÖHLING, Eike:** Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt, Köln Berlin Bonn München:1972.
- **SCHWARZE, Jürgen,** Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, Baden-Baden: 1988.
- **SCHNEIDER, Hartmut,** Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1998.
- **SEYİDOĞLU, Halil:** Uluslararası İktisat: Teori, Politika ve Uygulama, Geliştirilmiş 12. Baskı, İstanbul: Güzem Yayınları, 1998.
- **SNELL, Jukka:** Goods and Services in EC Law, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- **STIRK, Peter M. R. :** A History of European Integration, Since 1914, New York: Continuum, 2001.
- **STREINZ, Rudolf:** Europarecht, 6. Aufl., Heidelberg: 2003.
- **SCHUSTER, Andreas:** EG-Recht, Normenlehre und Grundfreiheiten, Viyana: 1997.
- **TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören(Editör):** Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul: Beta, 1997.
- **WEYER, Hartmut:** Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union. Eine Analyse des Anwendungsbereiches der Art. 30- 36 EG-Vertrag auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, Berlin: 1997.
- **WITTE, Peter:** Zollkodex- Kommentar, 3. Aufl., München: 2002.
- **WOODS, Lorna:** Free Movement of Goods and Services within European Community, Aldershot, Ashgate, 2004.
- **ZÄCH, Roger:** Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, Bern:1977.
- **ZİLELİOĞLU, Hilal:** Avrupa Topluluklarında Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992.

## MAKALELER

- **ACKERMANN, Thomas:** Warenverkehrsfreiheit und “Verkaufsmodalitäten”. Zu den EuGH- Entscheidungen “Keck” und “Hühnermund”, RIW 1994, s.189-194.
- **ADRIAN, Axel:** Juristische Methodenlehre und die “Keck-Entscheidung” des EuGH, EWS 1998, s. 288- 294.
- **ALLKEMPER, Ludwig /JONES, Stephen:** Fragen zur Anwendung von Art. 36 und 37 des EWG-Vertrages, EWS 1993, s. 133- 138.
- **ALT, Wilfried:** Nationale Werbebeschränkungen und Freier Warenverkehr, EuZW 1990, s. 311- 324.
- **ARNDT, Hans-Wolfgang:** Warenverkehrsfreiheit und Nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, s. 188- 191.
- **ARNDT, Hans-Wolfgang:** Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union: Der Fall “Keck”- EuGH, JuS 1994, s. 469- 473.
- **ARNULL, Anthony:** What shall we do on Sunday? ELRev. 1991, s. 112- 124.
- **AXSTER, Oliver:** Der freie Warenverkehr in der Europäischen Union und das nationale Wettbewerbsrecht: Quo vadis EuGH?, in:FS Rowedder, München 1994, s. 21- 40.
- **BANGEMANN, Martin:** Das Binnenmarktprogramm als Erfolgskonzept, EuZW 1993, s. 7- 8.
- **BARENTS, René:** New Developments in Measures Having Equivalent Effect, CMLRev. 18 (1981), s. 271- 303.
- **BERHARD, Peter:** Cassis de Dijon und Kollisionsrecht- am Beispiel des unlauteren Wettbewerb, **EuZW** 1992, s. 437- 441.
- **BASEDOW, Jürgen:** Keck on the facts, EuZW 1994, s. 225.
- **BASEDOW, Jürgen:** Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, **RabelsZ** 1995, s. 1- 55.
- **BAYKAL, Sanem:** Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Menfaatler Arasında Denge Arayışı, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan, Cilt:5, No:2, (Kış 2006), s. 103-129.

- **BECKER, Ulrich:** Von “Dassonville” über “Cassis” zu “Keck”- Der Begriff der Massnahmen Gleicher Wirkung in Artikel 30 EGV, EuR 1994, s.162- 174.
- **BECKMANN, Roland Michael:** Endgültiges Ende der weltweiten Erschöpfung des nationalen Markenrechts, NJW 1999, s. 1688- 1689.
- **BEHRENS, Peter:** Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht; EuR 1992, s. 147- 162.
- **BEIER, Friedrich-Karl:** Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs der EG vom 10.11.1992, Exportur, Rs. C- 3/91, GRUR Int. 1993, s.76- 78.
- **BEIER, Friedrich-Karl:** Grenzen der Erschöpfungslehre im Markenrecht, GRUR Int. 1978, s. 263- 276.
- **BEIER, Friedrich-Karl:** Gewerblicher Rechtsschutz and freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt und Verkehr mit Drittenstaaten, GRUR Int. 1989, s. 603- 615.
- **BEIER, Friedrich-Karl:** Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal Market, 1990, 2 IIC, s. 131- 160.
- **BERNARD, Nicolas:** Discrimination and Free Movement of in the EC Law, ICLQ 45 (1996), s. 82- 108
- **BERNHARD, Peter:** “Keck” und “Mars”- die Neueste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV, EWS 1995, s. 404- 411.
- **BLAUROCK, Uwe:** Verbrauchercredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen. Union, JZ 1999, s. 801- 822.
- **BLECKMANN, Albert:** Zur Problematik der Cassis de Dijon- Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, GRUR Int. 1986, s. 172- 182.
- **CAN, Haci:** Versteckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Bahar 2003, Cilt:2, Sayı:4, s. 47- 72.
- **CHALMER, Damian:** Repackaging the Internal Market- The Ramifications of the Keck Judgment, ELRev. 19 (1994), s. 385- 403.
- **CHALMER, Damian:** Free Movement of Goods within the European Community: An Unhealthy Addiction to Scotch Whisky?, ICLQ 42 (1992), s. 269- 294.

- **CLASSEN, Claus Dieter:** Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG- Grundfreiheiten?, EWS 1995, s. 97-106.
- **DAUSES, Manfred A.:** Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, s.197- 206.
- **DAUSES, Manfred A.:** Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, s. 425- 431.
- **DEMARET, Paul:** Patent- und Urheberrechtsschutz, Zwangslizenzin und freier Warenverkehr im Gemeinschaftsrecht, GRUR Int. 1987, s.1- 14.
- **DERINGER, Arved:** Zum Spannungsverhältnis den Freiheiten des Gemeinsamen Marktes und den nationalen Interessen der Mitgliedstaaten, Festschrift für Hans Kutscher (Hrsg. GREWE/RUPP/SCHNEIDER), Baden-Baden: 1981, s. 95- 108.
- **DÖRR, Dieter:** Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag – doch bloß ein Diskriminierungsverbot?, RabelsZ 54 (1990), s. 677- 691.
- **DUBACH, Alexander:** Freier Warenverkehr in der EU- der Gerichtshof auf neuen Pfaden?, DVB1 1995, s. 595-603.
- **DUBACH, Alexander:** Der freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, SZW/RSDA 1994, s. 219- 225.
- **EHLERMANN, Claus Dieter:** Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs, EuR 1973, s. 1- 17.
- **EHLERS, Martin- Andrés:** Freier Warenverkehr und gewerbliche Schutzrechte, JA 1994, s. 108-114.
- **EHRICKE, Ulrich:** Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis und Gemeinschaftsrecht. Zum Keck-Urteil des EuGH vom 24. November 1993, WuW 1994, s. 108- 114.
- **EMMERICH, Volker:** Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis und Gemeinschaftsrecht – Art. 30 EGV (“Keck-Urteil”), JuS 1994, s. 261- 261.
- **EVERLING, Ulrich:** Die Rechtsprechung des EuGH zum Freien Warenverkehr im Binnenmarkt, ZLR 1989, s. 304- 323.
- **FISCHER, Hans-Georg:** Abschied von “Dassonville” und “Cassis de Dijon”?- Zur neuesten Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs, WiB 1994, s. 182- 185.

- **GAMM, Otto-Freidrich Von:** Urheberrechtliche Verwertungsverträge und Einschränkungen durch den EWG-Vertrag, GRUR Int. 1983, s. 403- 407.
- **GEDDENS, Andrew:** Free Movement of Pharmaceuticals within the Community, ELRev. 1991, Vol. 16, s. 295- 306.
- **GORMLEY, Laurence W.:** Recent Case Law on the Free Movement of Goods: Some Hot Potatoes, CMLRev. 27 (1990), s. 825- 857.
- **GOTZEN, Frank:** Gewerbliche Schutrechte und Urheberrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Art. 30- 36 des EWG- Vertrag, GRUR Int. 1984, s. 146- 153.
- **GREAVES, Rosa:** Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services, ELRev. 23 (1998), s. 305- 319.
- **HANCHER, Leigh:** Creating the Internal Market for Pharmaceutical Medicines- An Echternach Jumping Progression”, CMLRev. 1991, C.28, s. 821-853.
- **HEERMANN, Peter W.:** Artikel 30 EGV im Lichte der “Keck”- Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands?, GRUR Int. 1999, s. 579- 595.
- **HEINEMENN, Andreas:** EuGH: Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis sowie Werbeverbot für Apotheker- kein Verstoß gegen Art. 30 EGV- Urteile “Keck” und “Hünermund”, WiB 1994, s. 202- 203.
- **HESELHAUS, Sebastian:** Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit: Nationaler Umweltschutz in einem unvollkommenen Binnenmarkt, EuZW 2001, s. 645- 670.
- **HILSON, Chris:** Discrimination in Community Free Movement Law, ELRev. 24 (1999), s. 445- 462.
- **JARASS, Hans D.:** Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, s. 202-226.
- **JESTAEDT, Thomas/KAESTLE, Florian:** Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck Urteil, EWS 1994, s. 26- 29.
- **JOLIET, Rene:** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr; Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, GRUR Int, s. 1- 14.



- **JOLIET, Rene:** Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int 1994, s. 979- 987.
- **KOENIG, Christian/SANDER, Claude:** Bleibt der EuGH dem Keck' schen Telos treu? EuZW 1996, s. 8- 13.
- **KOPPENSTEINER, Hans- Georg:** Vertikale Preisbindung durch Gesetz als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, RIW, 1977, s. 581- 589.
- **LENZ, Otto:** Unlauter Wettbewerb und freier Warenverkehr in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, ZEuP 1994, s. 624- 647.
- **LIEROW, Nils:** EuGH- Rechtsprechung auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs, MDR 1995, s. 18- 20.
- **LÜDER, Tilman E.:** Mars- Zwischen Keck und Cassis, EuZW 1995, s. 609-610.
- **LÜDER, Tilman E.:** Die Grenzen der Keck- Rechtsprechung, EuZW 1996, s. 615-621.
- **MADURO, Miguel Poiares:** Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedoms and Political Rights, ELJ (1997), s. 55- 82.
- **MATTHIES, Heinrich:** Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Freien Warenverkehr im Gemeinsamenmarkt, Festschrift für Hans-Peter Ipsen (Hrsg. STÖDTER/THIEME), Tübingen:1977, s. 669- 684.
- **MEIER, Gert:** Die Lauterkeit des Handelsverkehr: Zur Einwirkung des Art. 30 EWGV auf Auslegung und Anwendung der Generalklauseln des deutschen Wettbewerbsrechts, GRUR Int. 1993, s. 219- 221.
- **MOENCH, Christoph:** Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt, NJW 1982, s. 2689- 2700.
- **MORTELMANS, Kamiel J. M.:** Anmerkung zu Keck und Mithouard, SEW 1994, s. 115-129.
- **MORTELMANS, Kamiel J. M.:** Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances:Time to consider a new Definition?, CMLRev. 28 (1991), s. 115- 136.
- **MÖSCHEL, Wernhard:** Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, s. 429- 430.

- **NICOLAYSEN, Gert:** Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, EuG 1991, s. 95- 120.
- **OLIVER, Peter:** Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30- 36) EC, CMLRev. 36 (1999), s. 783- 806.
- **OSSENBÜHL, Fritz:** Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, s. 161- 171.
- **PETSCHKE, Matthias:** Die Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, s. 107- 111.
- **REICH, Norbert:** The “November Revolution” of the European Court of Justice, CMLRev. 1994, s. 459- 492.
- **RESS, Georg:** Abschied von Cassis de Dijon und Dassonville? EuZW 1993, s. 745- 770.
- **ROTH, Wulf- Hennig:** Freier Warenverkehr nach Keck, in: FS Großfeld, Heidelberg 1999, s. 929- 957.
- **SACK, Rolf:** Staatliche Regelungen sogenannter “Verkaufsmodalitäten” und Art. 30 EG- Vertrag, EWS 1994, s. 37- 47.
- **SACK, Rolf/FASSHOLD, Dagobert:** Die Reichweite von Art. 30 EWGV und der Binnenmarkt- vergleich, WRP 1987, s. 519- 523.
- **SCHILLING, Theodor:** Rechtsfragen zu Art. 30 EGV, EuR 1994, s. 50- 70.
- **SCHROEDER, Dirk/FEDERLE, Anna:** Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis in nationalem Recht- Zur Nichtanwendbarkeit des EWGV Art 30 (“Keck und Mithouard”), EWIR 1994, s. 143- 144.
- **SCHROEDER, Dirk/FEDERLE, Anna:** Das Keck- Urteil: Tatsächlich eine Abkehr von “Yves Rocher”? ZIP 1994, s. 1428- 1434.
- **SCHWINTOWSKI, Hans-Peter:** Freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt- Eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV, RabelsZ 64 (2000), s. 38- 59.
- **SEIDEL, Martin:** Der EWG-rechtliche Begriff der “Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkungen”, NJW 1967, s. 2081- 2086.
- **SEIDEL, Martin:** Regeln der Technik und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW, 1981, s. 1120- 1125.

- **SOSNITZE, Olaf:** Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht, WRP 1998, s. 951- 959.
- **STEINDORFF, Ernst:** Probleme des Art. 30 EWG- Vertrag, ZHR 1984, s. 338- 355.
- **STEINDORFF, Ernst:** Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 1994, s. 149- 169.
- **STEINDORFF, Ernst:** Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 1986, s. 687- 704.
- **STEINER, Josephine:** Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC, CMLRev. 29 (1992), s. 749- 774.
- **STREINZ, Rudolf/HOFFMANN, Gert:** “Die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Lebensmittelrechts 1990-1992”, JZ 1993, s. 712-721.
- **STUYCK, Jules:** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union, WRP 1994, s. 578- 584.
- **TIMMERMANN, Christian W. A.:** Der Freie Warenverkehr in: Dreissig Jahre Gemeinschaftsrecht, Kommission der Europäischen Gemeinschaften(Hrsg.), Brüssel: 1987, s. 259- 310.
- **TRITTON, Guy:** Articles 30 to 36 and the Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ Now of an Ideal Standard?, E. I. P. R. 1994, s. 422- 428.
- **VEELKEN, Winfried:** Massnahmen Gleicher Wirkung wie Mengemäßige Beschränkungen, EuR 1977, s. 311- 320.
- **WEATHERILL, Stephen:** After Keck: Some Thoughts on how to clarify the Clarification, CMLRev. 33 (1996), s. 885- 906.
- **WEIß, Wolfgang:** Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit. Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen, EuZW 1999, s. 493-498.
- **WEYER, Hartmut:** Warenverkehr, rein innerstaatliche Sachverhalte und umgekehrte Diskriminierung, EuR 1998, s. 435- 461.
- **WEYER, Hartmut:** Die Rechtsprechung zum freien Warenverkehr: Dassonville- Cassis de Dijon- Keck, DZWir 1994, s. 89- 95.
- **ZULEEG, Manfred:** Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR, 1969, s. 97- 108.

## GİRİŞ

Avrupa Ekonomik Topluluğu, 25 Mart 1957 tarihinde altı Batı Avrupa Devleti arasında imzalanan ve 1958 yılında yürürlüğe giren Roma Antlaşması ile kurulmuştur. Bu antlaşmanın nihai hedefi uzun vadede siyasi bütünleşmenin sağlanması ise de, bu hedefe varmak için öncelikle gerekli olan ekonomik bütünleşmenin alt yapısının düzenlenmesidir.

İlk aşamada üye devletler arasında malların, hizmetlerin, serbest dolaşımının sağlandığı bir ortak pazarın ve gümrük birliğinin kurulması öngörülmüştür. Avrupa Topluluğunu kuran Roma Antlaşması'nın 2. maddesi uyarınca Topluluğun görevi, "3. ve 4. maddelerde belirtilen ortak politikaları ve faaliyetleri yürürlüğe koymak suretiyle ortak bir pazarın ve ekonomik ve parasal birliğin kurulması, topluluğun bütünü içerisindeki ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli ve sürdürülebilir şekilde geliştirilmesi, üye devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünleşme ve dayanışmanın iyileştirilmesini sağlamak olarak" belirtilmiş; bu amacın gerçekleştirilmesi için, "malların ithalat ve ihracatında üye devletler arasında gümrük vergileri ve her türlü eş etkili resim ve harçların kaldırıldığı, üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifelerin uygulandığı bir gümrük birliğinin oluşturulması ve daha sonrada ortak ticaret politikalarına sahip bir ekonomik ve siyasal birliğe ulaşmak için aşamalı olarak malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbestçe dolaşacağı bir iç pazarın oluşturulması" gereği ifade edilmiştir. İç Pazar tanımına ise 14. maddede yer verilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca iç pazar, "içinde Kurucu Antlaşma

hükümleri doğrultusunda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı iç sınırların olmadığı bir alanı” kapsamaktadır.

Öte yandan malların serbestçe, hiçbir engel ile karşılaşmadan dolaşabileceği ekonomik bir alan oluşturmak için sadece gümrük vergisi, resim, harç ve bunlara eş etkili önlemlerin yasaklanması yeterli değildir. Üye devletler ithalat ve ihracata getirecekleri miktar kısıtlamaları ve bunlara eş etkili önlemlerle malların kendi ülkelere girişini engelleyebilirler.

Bu sakıncaların önlenmesi amacıyla AT Antlaşması'nın 28. maddesinde ithalatta miktar kısıtlamaları ve bunlara eş etkili diğer tüm önlemler üye devletler arasında yasaklanmıştır. Kota olarak adlandırılan ve sayı, ağırlık, değer veya diğer sayısal değerler ile ithalatın ve sınırlandırılması olarak tanımlanan “miktar kısıtlamaları” kavramının ne olduğuna ilişkin öğretide ve uygulamada herhangi bir sorun olmamasına karşın, “eş etkili önlem” kavramının ne olduğu ve neleri kapsadığını tespit etmek oldukça zordur.

Bu konuyu Adalet Divanı önüne gelen davalarda incelemiş ve bu kavramın çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini tespit ederek değişik kriterler belirlemiştir. Divanın verdiği kararlar çerçevesinde oluşturduğu kavramsal bütünlük üye ülkelerin hukuk çevrelerinde tartışmalara yol açmış, bu tartışmalar sonucunda ortaya oldukça çok sayıda monografik çalışma çıkmıştır.

Avrupa Toplulukları Hukukunda malların serbest dolaşımı ilkesi ve dolayısıyla “Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler“ kavramının Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları uyarınca geliştirilmesinin incelenmesi, Türk hukukunda bugüne kadar önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Türkiye ile o zaman ki Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında 1963 yılında imzalanarak 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması, Topluluk ile Türkiye arasında sanayi ürünlerine dayanan bir “gümrük birliği”nin tedrici bir biçimde oluşturulmasını öngörmüş ve 6 Mart 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında Gümrük Birliği hayata geçirilmiştir. Türkiye’nin Birliğe tam üyeliğine kadar yürürlükte kalması öngörülen Ankara Anlaşması ortaklığın amacını, hedeflerini, temel ilkelerini belirleyen bir çerçeve anlaşmadır. Bu anlaşmanın belirlediği çerçevenin doldurulmasında Adalet Divanı’nın kararları en önemli kaynak teşkil etmektedir.

Malların serbest dolaşımı ve “miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler” kavramının Divan tarafından çeşitli kararlarıyla geliştirilmesi ve bu konunun Türkiye-Avrupa Birliği arasında malların serbest dolaşımını düzenleyen kuralların yorumlanmasında esas alınması gereği bu konunun seçilmesinde etkili olmuştur.

Tezin konusu, en genel anlamda, Avrupa Toplulukları maddi hukukunda malların serbest dolaşımı ilkesi olmakla beraber, bu konu, AT Antlaşması 28 ve 29. maddelerinde düzenlenen miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler kavramı ile sınırlandırılacaktır. Topluluk içi ticareti etkileyen bu kısıtlamaların kavramsal açıklanması ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar çerçevesinde Divan tarafından

geliştirilen yaklaşımlar ve bu kısıtlamalarına hangi durumlarda Topluluk Hukukuna uygun görülebileceği de dikkate alınarak incelenecektir.

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**TOPLULUK HUKUKUNDA MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ VE**  
**MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

**B. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ**

**II. Genel Çerçeve**

20. yüzyılda meydana gelen ekonomik, politik ve teknolojik alandaki hızlı gelişmeler, uluslararası kurum ve kuruluşları, ulusal ekonomileri, yerel kültürleri ve siyasi yapıları derinden etkiler boyutlara ulaşmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan dünya ticaretini serbestleştirme eğilimleri günümüzde etkisini hızlı bir biçimde sürdürmektedir. Bir yandan Dünya ticaretini evrensel boyutlarda serbestleştirme çabaları, sermayenin, uluslararası mal ve hizmet ticaretinin önündeki engellerin aşamalı olarak azaltılması ve kaldırılması şeklinde sürerken, diğer yandan da demokratikleşme, hukukun üstünlüğü, çevrenin korunması, terörizmle mücadele ve insan haklarının güvence altına alınması gibi evrensel değerler de ön plana çıkmaya başlamıştır.

Ekonomik, sosyal ve siyasal açıdan gelişmiş ülkeler kadar gelişmekte olan ülkeleri de etkileyen bu süreç, ulusal ekonomiler arasındaki sermaye, mal ve hizmet ticaretinin gelişim trendinin iki şekilde geliştiğini göstermektedir. Bunlardan birincisi, uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi sorununun önceleri Gümrükler ve Tarifeler Genel Anlaşması (GATT) ve sonraları ise Dünya Ticaret Örgütü (WTO) çerçevesinde çok taraflı serbest ticaret görüşmeleri şeklinde devam etmesidir. Her ne



kadar, bu süreç başlangıçta tüm dünya devletlerince benimsenen ortak bir ideal gibi görünse de, ikinci yöntem olarak değerlendirilebileceğimiz çeşitli ülke bloklarının farklı ekonomik bütünleşme çabaları, ortak siyasi, sosyal, iktisadi ve kültürel değerleri taşıyan ülkeler arasında oluşturulan bölgesel ekonomik bütünleşmelerin daha başarılı sonuçlar elde etmelerine yol açmıştır.<sup>1</sup>

Bugün gümrük birliği temelinde bölgesel ekonomik bütünleşme hareketlerinin en başarılı örneği olarak gösterebileceğimiz Avrupa Topluluğu, bölgede yer alan diğer devletler için de bir çekim merkezi haline gelmiştir.

Daha önce Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ya da Avrupa Ortak Pazarı (AOP) olarak adlandırılan Avrupa Birliği (AB) 25 Mart 1957’de, AET Antlaşması ya da daha sonra adlandırıldığı üzere AT Antlaşması olarak bilinen Roma Antlaşması’nın sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu antlaşmanın esas amacı ekonomi faaliyetlerinin uyumlu biçimde geliştirilmesini teşvik, sürekli ve dengeli genişleme, istikrarda artış, yaşam standartlarının hızlandırılmış biçimde artırılması ve bu birliğe ait olan ülkeler arasında daha yakın ilişkilerdi. Bu amaca ulaşmanın temel aracı AB ülkeleri içerisinde malların serbest dolaşımının sağlanması ile ortak bir pazarın oluşturulmasıdır. Malların serbest dolaşımı, üretimde etkililiği artıracaktır; çünkü farklı ülkelerdeki üreticilerin birbirleriyle doğrudan rekabet etmesine izin verecektir. Malların serbest dolaşımı ilkesini uygulamak için AB ülkeleri arasında ayrımcı kısıtlamalara neden olan tüm iç ticaret engellerinin, yani fiziksel, teknik ve mali engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Sonuç olarak, tüm AB ülkeleri ithalat,

---

<sup>1</sup> DPT, Dünyada Küreselleşme ve Bölgesel Bütünleşmeler, Ankara: DPT, 1995, s. 3.

ihracat veya ülkeler arasında taşınan mallar konusunda her türlü ticari kısıtlama uygulamasından kaçınmalıdır.

Malların serbest dolaşımı ilkesi, Avrupa Topluluklarını kuran Roma Antlaşması'nda yer alan dört temel özgürlüğün içerisinde Ortak Pazarın ana çekirdeğini oluşturması nedeniyle en önemlisidir.<sup>2</sup> Bu sonuca ulaşmak için Kurucu Antlaşmanın sistematiğine göz atmamız yeterli olacaktır; Topluluğun amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan faaliyetlerin başında Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında malların serbest ticaretinde uygulanan gümrük vergilerinin ve miktar kısıtlamalarına eş etkili her türlü önlemin yasaklanması 3. maddenin a bendinde belirtilmiş, c bendinde ise Ortak Pazarı oluşturan 4 temel özgürlük içerisinde malların serbest dolaşımı ilk sırada belirtilmiştir. Tarihsel olarak biraz geriye gittiğimizde de, Kurucu Antlaşmaya Avrupa Tek Senedi ile eklenen 7a maddesinin 2 fıkrasında, iç pazarının gerçekleşmesinde öncelikle malların serbest dolaşımının teminine yer verildiğini görmekteyiz.<sup>3</sup> Öte yandan malların serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerin Topluluk hukukunun uygulanması açısından da büyük önem taşıdığını söylemek, Komisyon tarafından bu hükümlerin ihlali nedeniyle üye devletler aleyhine açılan çok sayıda ihlal davası göz önünde bulundurulduğunda yanlış olmayacaktır.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> **Timmermanns**, "Der freie Warenverkehr", **Kommission der Europäischen Gemeinschaften**(Hrsg.), Dreissig Jahre Gemeinschaftsrecht, Brüksel 1987, içinde s. 259.

<sup>3</sup> Topluluk İç Pazar programının uygulanmasına ilişkin birinci raporun yayınlanmasına kadar, öncelikli olarak, iç sınır formalitelerinin azaltılarak malların serbest dolaşımının kolaylaştırılması üzerinde yoğunlaşmıştır. Bkz. **DPT**, Avrupa Topluluğu İç Pazarına Uyum Çalışmaları: İç Pazarın Kapsamı ve Avrupa Topluluğunda Yaratacağı Etkiler, Mart 1991, s. 10 vd.

<sup>4</sup> Ortak tarım politikasına ilişkin kararlardan sonra uzun süre ikinci sırada malların serbest dolaşımına ilişkin kararlar gelmektedir. Ancak son yıllarda malların serbest dolaşımına ilişkin dava sayısında

Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler, Topluluk politikaları başlığını taşıyan kurucu antlaşmanın üçüncü kısmının altında ‘Malların Serbest Dolaşımı’ başlıklı ilk bölümünde düzenlenmiştir. Genel hükümlerin yer aldığı 23 ve 24. maddelerden sonra, 25- 27. maddelerde gümrük birliğinin oluşturulmasının şartları yer almış; Üye devletler arasında ithalat ve ihracatta uygulanan gümrük vergileri ve eş etkili vergiler yasaklanmış ve üçüncü ülkelerden yapılacak ithalatta uygulanacak vergilerin belirlenmesi yetkisi, Komisyonun önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla karar alan Bakanlar Konseyine verilmiştir. Bu çalışmanın ana konusunu oluşturan üye devletler arasında miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kaldırılması ise 28-30. maddelerde düzenlenmiştir. 28. maddede düzenlenen ve üye devletler arasında ithalatta miktar kısıtlamaları ile eş etkili önlemleri yasaklayan hükmün uygulamasından doğan ihtilafların çözümü için Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından geliştirilen ve süreç içerisinde bu maddenin uygulama alanının kapsamını belirleyen kararlar tezin ikinci bölümünde inceleneceğinden birinci bölümde sadece miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler konusu kavramsal açıklamalar çerçevesinde değerlendirilecektir.

Topluluk hukuku, üye devletlerin hukuklarından ayrı, bütünüyle özerk, yeni bir hukuk düzeni niteliği taşımaktadır. Topluluk hareketinin amacının ortaya koyduğu ortak değer ve ilkeleri teyit eden kurallardan oluşan Topluluk hukukunun, kurucu antlaşmalarda yer verilen hükümlerinin uygulanması sırasında ortaya çıkan boşlukların doldurulması ve Topluluk hukukunun tüm üye devletlerde aynı şekilde

---

azalma olduğu göze çarpmaktadır. Bu konu için bakınız. ATAD Karar İstatistikleri 2007 Raporu: [[http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/07\\_trib\\_stat.pdf](http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/07_trib_stat.pdf)], (erişim tarihi 08.05.2008).

anlaşıp uygulanmasının sağlanması görevi ATAD' a vermiştir. Topluluk tek pazarı içerisinde malların serbest dolaşımının önemi de, zaman içerisinde ATAD tarafından verilen kararlarla daha iyi ortaya çıkmıştır. Kurucu antlaşma hükümlerinde yer alan bu kavramların, ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşması için, bu terimlerin kavramsal çerçevesinin tespit edildiği Divan kararlarının dikkatlice incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

## II. Ekonomik Entegrasyonun Temeli Olan Gümrük Birliği

Çokuluslu ekonomik bütünleşmenin bir aşaması olarak gümrük birliği, sadece ekonomik bütünleşmenin sağlayacağı ekonomik avantajlar için değil, aynı zamanda Avrupa'da oluşturulması hedeflenen siyasal birliğin temellerini oluşturacak bir araç olarak da öngörülmüştür.<sup>5</sup> Öte yandan, 1948 yılında yürürlüğe giren ve dünya ticaretinin serbestleştirilmesini amaçlayan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT)<sup>6</sup> temel ilkeleri içerisinde yer alan ve anlaşmaya taraf olan bir

---

<sup>5</sup> **STİRK**, A History of European Integration, Since 1914, New York: Continuum, 2001, s. 136- 138; **BALASSA**, The Theory of Economic Integration: An Introduction, **NELSON/STUBB** (Eds.),The European Union, 3.Edition, Colorado: Lynne Rienners, içinde, s. 181- 183.

<sup>6</sup>İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünya ticaretini serbestleştirecek çok taraflı düzenlemelere zemin hazırlayacak bir uluslararası sistemin kurulmasını sağlamak ve uluslararası bir para sistemi yaratmak amacıyla 1944 yılında Bretton Woods Konferansları düzenlenmiş, bu konferans sonucunda kurulmasına karar verilen Uluslararası Ticaret Örgütü (ITO) girişiminin başarısızlıkla sonuçlanması sonrasında, 30 Ekim 1947 tarihinde Cenevre'de imzalanan ve 1 Ocak 1948 de yürürlüğe giren Anlaşma ile serbest bir dış ticaret sisteminin oluşmasında engel olarak görülen gümrük vergilerinin düşürülmesi, tarife dışı engellerin kaldırılması veya tarifeye dönüştürülmesi, ayrıca olabilecek diğer engellemelerin ve farklı muamelelerin kaldırılmasına dönük geçici yapı bir oluşturulmuştur. 15 Aralık 1993 tarihinde sonuçlanan Uruguay Round müzakereleri sonucunda Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kurulmuştur. Bu konuya ilişkin bkz. **Uluslararası Ticaret Merkezi UNCTAD/DTÖ Commonwealth Sekreteryası**, İşletmeler İçin Dünya Ticaret Rehberi, 2.baskı, Cenevre: ITC/CS s. 5

devletin diğerk bir devlete tanıdığı ayrıcalığı, diğerk bir ifadeyle bir üye devletin bir başka devlete bir üründe tarife veya başka bir yarar sağlaması halinde, bunu derhal ve koşulsuz olarak, diğerk üye devletlerin benzer ürünlerine de tanınması anlamına gelen *en çok gözetilen ülke kuralı* içermesi, Avrupa’da gerçekleştirilmesi hedeflenen bu ekonomik bütünleşmenin ancak, üye devletler arasında tüm ürünleri kapsayan bir bölgesel preferanz alanı olarak gümrük birliği oluşturulmasına imkân tanıyan GATT Anlaşmasının md. XXIV 8. paragrafı çerçevesinde mümkün gözükmekteydi.<sup>7</sup> Bu nedenle bir ortak pazar şeklini alacak ekonomik bütünleşmeyi amaçlayan Avrupa Ekonomik Topluluğu, GATT Anlaşmasının ihlâl edilmemesi amacıyla gümrük birliğini tercih etmiştir.<sup>8</sup>

## 1. Gümrük Birliği Kavramı

Klasik tanımı ile gümrük birliği, “ taraflar arasında ticarete mevcut gümrük vergisi ve eş etkili önlemlerin kaldırıldığı ve ayrıca, birlik dışında kalan üçüncü ülkelere yönelik olarak da, bir gümrük tarifesinin uygulandığı ekonomik entegrasyon çeşididir”.<sup>9</sup> Gümrük birlikleri teorisinin ilk öncüsü kabul edilen Kanadalı iktisatçı

---

vd.; **BÜYÜKTAŞKIN**, Dünya Ticaret Sistemi (GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye), Ankara: 1997, s.27 vd.

<sup>7</sup> **STREINZ**, Europarecht, Heidelberg: Müller, 1999, s. 8.

<sup>8</sup> **DİNAN(Editör)**, Avrupa Birliği Ansiklopedisi, **AKAY(Çev.)**, İkinci Cilt, İstanbul: Kitap Yayınevi, Nisan 2005, s. 224.

<sup>9</sup> **DTM**, Dış Ticaret Yönüyle Gümrük Birliği El Kitabı, Ankara: 1 Ocak 1996, s. 1.; Karşılaştırma için bkz. **BARNARD**, The Substantive Law of The EU: The Four Freedoms, Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 8-9; **MOLLE**, The Economics of European Integration: Theory, Practice and Policy, 2nd ed., Dartmouth: Aldershot, 1994, s.10-11; **CHRISTIANSEN**, ”Der deutsche Zollverein, ein Modell für Europa?”, **ZfZ**, 1984, s. 2; **MEESBURG**, Art. 23 Rn. 4, **SCHWARZE(Hrsg.)**, EU-

*Viner*, gümrük birliğinin oluşturulma şartlarını; “üyelerinin karşılıklı ticaretleri üzerindeki her türlü engeli (kota, gümrük, ithal ve ihraç yasakları gibi) kaldırmaları, üyelerin birlik-dışı ülkelere karşı ortak bir dış tarife ve ithalat rejimi uygulamaları ve tek bir elden toplanan gümrük hâsılatının, önceden saptanmış ölçütler uyarınca paylaşılması” olarak ifade etmiştir.<sup>10</sup>

Lahey Uluslararası Adalet Divanının bir kararında yer alan gümrük birliği tanımını da şöyledir:

”Gümrük birliği, âkit tarafların hepsinde tek bir tarifenin uygulandığı, birliğe üye olmayan devletlere 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 tamamen ortadan kaldırıldığı, üçüncü ülkelere gelen mallardan alınan vergilerin üyeler arasında paylaşıldığı birliktir”.<sup>11</sup>

O zamanki ismiyle Avrupa Ekonomik Topluluğu, bir gümrük birliği temeline üzerine oturtulmuştur. Üye devletler arasında ekonomik bütünleşmeyi sağlamak amacıyla bir katalizör<sup>12</sup> olarak da ele alınan gümrük birliği, AT Antlaşması’nda daha

---

Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, içinde, s. 400- 401; **VOB**, Art. 23 **GRABITZ/HILF** (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde Rn. 12.

<sup>10</sup> **VINER**, The Customs Union Issue, London: 1950, s. 5 (nakleden **GÖKDERE**, op. cit., s. 9).

<sup>11</sup> **JACQUEMART**, La Nouvelle Douane Européenne, Paris: 1971(nakleden **GÜNUĞUR**,”Avrupa Birliği’nin Kurucu Antlaşmaları, Gümrük Birliği ve Tek Pazar(İç Pazar)”, Avrupa Birliği El Kitabı, Ankara: T.C. Merkez Bankası Yayını,1995, s. 74).

<sup>12</sup> **GÜNUĞUR**, Avrupa Topluluğu’nda Gümrük Birliği, İç Pazar, Ankara: Ankara Üni. Basımevi, 1993, s. 1.

çok uygulama biçimi vurgulanarak, dolaylı şekilde tanımlanmıştır. Nitekim, 23.madde (eski madde 9)<sup>13</sup> 1. fıkrasında “ Topluluğun, mal ticaretinin tümünü kapsayan ve üye devletler arasında ithalat ve ihracattaki gümrük vergileri ile eş etkili tüm mali yükümlülüklerin yasaklanmasına ve üçüncü ülkelerle ticari ilişkilerde ortak bir gümrük tarifesinin kabulüne dayalı bir gümrük birliği temeli üzerine kurulması” öngörülmüş, 2. fıkrada ise, “ Üye devletler kaynaklı ürünlerle, üye devletlerde serbest dolaşıma hak kazanmış üçüncü ülke çıkışlı ürünlerin” serbest dolaşımdan yararlanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin kapsamı konusunda iki husus üzerinde önemle durulması gerekmektedir. İlk olarak 1. fıkrada, üye devletler arasında mal ticaretinin tümünden söz edildiğinden, gümrük birliğinin sadece sanayi ürünlerini değil, tarımsal ürünleri de içerdiği anlaşılmaktadır. Nitekim 32. madde 1. fıkrasında ”Ortak Pazarın, tarımı ve tarımsal ürünlerin ticaretini de kapsadığından” söz edilerek bu özellik açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla tarım ürünleri de malların serbest dolaşımına ilişkin ihtilâfların konusunu oluşturabilir.<sup>14</sup> Bununla birlikte, Kurucu Antlaşmanın ortak tarım politikasına uygulanacak hükümleri (AT. Ant. md 33-38) saklı tutularak, sanayi ürünlerdeki serbest ticaretin “gümrük birliği”, tarım ürünlerinde serbest ticaretin ise “ortak ticaret politikası” çerçevesinde yürütüldüğü söylenebilir.<sup>15</sup> İkinci olarak, malların serbest dolaşımı ile ilgili kurallar yalnızca Toplulukta serbest dolaşımdaki ürünlere uygulanırlar. Bu nedenle Toplulukta hangi

---

<sup>13</sup> Roma Antlaşmasının Gümrük birliğini düzenleyen 12- 27 maddeleri, Gümrük birliği tamamlandığından dolayı Maastricht Antlaşma ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, bu hükümlere konu itibarıyla yeri geldiğinde eski numaralandırmaya dikkat edilerek değinilecektir.

<sup>14</sup> C- 265/95 *Commission v. France* [1997], ECR I- 6959. Divan, Fransa'nın sebze ve meyvelerin Fransa'ya ithal edilmesini engelleyen çiftçilere karşı gerekli ve uygun tedbirleri almadığından dolayı AT Ant. md. 28 ve 10' u ihlâl ettiğine hükmetmiştir.

<sup>15</sup> **GÖKDERE**, Gümrük Birliği Açısından Avrupa Topluluğu ve Türkiye ile İlişkiler, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989, s. 54.

ürünlerin serbest dolaşıma tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Toplulukta serbest dolaşıma tabi bulunan mallar iki grupta toplanır. Bunlardan birinci grupta “üye devlet kaynaklı” ürünler yer almaktadır. İkinci grubu da “üçüncü ülke kaynaklı” ürünler oluşturmaktadır.

## **2. Gümrük Bölgesi**

Topluluğunun gümrük bölgesi, gümrük birliğinin yer yönünden uygulandığı alanı ifade eder. Bu alan Kurucu Antlaşmanın uygulama alanının belirlediği 299. maddesinde ifadesini bulan coğrafi alanla büyük ölçüde örtüşmektedir. Gümrük alanı temel olarak üye devletlerin ülke topraklarından oluşmaktadır. Ancak Topluluk Gümrük Kodunun 3. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, Faroa ve Grönland Adaları (Danimarka), Helgoland ve Büsingen (Almanya), Ceuta ve Melilla (İspanya), Fransız Denizaşırı Bölgeleri, Livingo ve Campione d’Italia, Lugano Gölünün bir Bölümü (İtalya), Hollanda’nın Avrupa Kıtası dışındaki toprakları ve Büyük Britanya’nın Kanal Bölgesi toprakları gümrük bölgesi dışında bırakılmıştır. Buna karşın, üye devletlerin toprakları dışında bulunup ta uluslararası anlaşmalar ile Gümrük bölgesine dâhil edilen yerler bulunmaktadır.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Topluluk Gümrük Kodu md. 3/ 2 uyarınca Avusturya’ya ait Jungholz ve Mittelberg bölgeleri, San Marino Cumhuriyeti toprakları ile Monako Prensiği toprakları da gümrük alanı içine yer almaktadır.



### 3. Gümrük Birliğinde Ürün Kavramı

#### a. Üye Devlet Kaynaklı Ürünler

Üye devletlerde üretilen mallar, serbest dolaşım olanağından hiçbir koşula bağlı olmaksızın yararlanırlar. Ancak hangi malların bu kapsam içinde yer aldığına ilişkin herhangi bir hüküm Kurucu Antlaşmada bulunmamaktadır. Buna karşın, 27 Haziran 1968 tarihli ve 802/68 sayılı Bakanlar Konseyi Tüzüğü<sup>17</sup> bu mallara ilişkin bir liste bulunmaktadır. Bu liste uyarınca; bir üye devlette çıkartılan madenler, üretilen bitkisel ürünler, yetiştirilen canlı hayvanlar, üye devletlerde avlanan av hayvanları, bir üye devlet bayrağını taşıyan gemilerle tutulan deniz ürünleri ile onlardan elde edilen yan ürünler, üye devletlerde üretilen sanayi ürünleri ve bu ürünlerden imal edilen diğer ürünler Topluluk içinde serbest dolaşımdan yararlanırlar. Bu tüzük 451/91 sayılı Tüzük ile değişikliğe uğramış ancak, daha sonra ise Topluluk Gümrük Kodu'nu kuran 12.10.1992 tarih ve 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü<sup>18</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>18</sup>

#### b. Üçüncü Ülke Kaynaklı Ürünler

Topluluk içinde serbest dolaşımdan yararlanacak üçüncü ülke kaynaklarına ilişkin düzenleme Kurucu Antlaşmanın 24. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca, “üçüncü ülkelerden gelen, ithalat formaliteleri tamamlanmış, gerekli gümrük vergileri ve eş etkili vergileri ithalatın yapıldığı ülkede alınmış olan ve bu

<sup>17</sup> AT Resmi Gazetesi, No L 148, 28.06.1968.

<sup>18</sup> AT Resmi Gazetesi, No L 302, 19.10.1992.

vergilerinin tümünün ya da bir bölümünün iadesinden yararlanamayan ürünler serbest dolaşımda bulunan mallar sayılır". Bu maddeden de anlaşılacağı üzere üçüncü ülke kaynaklı ürünler ithalat formalitelerinin tamamlanması, ithalat anında gümrük vergileri ve eş etkili diğer vergilerin alınmış olması ve bu vergilerin kısmen veya tamamen iade edilmemiş olmaları koşuluyla Topluluk malı haline gelmektedirler. Dolayısıyla bu ürünler, artık Topluluk içinde menşei kuralı koşulu aranmaksızın serbest dolaşabilirler.

#### **4. Gümrük Birliğinin Unsurları**

##### **a. İç Boyut: Gümrük Vergilerinin Ve Eş Etkili Tedbirlerin Kaldırılması (md. 25)**

Kurucu Antlaşma md. 25 uyarınca üye devletler arasında ithalat ve ihracatta uygulanacak gümrük vergilerinin yanında gümrük vergisine eş etkili önlemler de yasaklanmıştır. Bu hükümde, gümrük vergisi yasağının gümrük vergisine eş etkili önlemleri kapsayacak kadar geniş tutulması, bu yasağın gümrüklerden kaynaklanan ticari engeller karşısında tam ve etkili şekilde uygulanmasının temini için gerekli görülmüştür.<sup>19</sup>

Özellikle üye devletlerin gümrük vergisi koyma konusunda yetkilerinin sona ermesinden sonra da çeşitli metotlarla sınırlarına gelen mallara gümrük vergisi etkisi doğuracak nitelikte mali yaptırımlar uygulamalarına devam etmeleri, çok sayıda

---

<sup>19</sup>Bkz. **LECHELER**, Einführung in das Europarecht, , Münih: C.H.Beck, 2003, s. 232.

uyuşmazlığın ATADın önüne gelmesi sonucunu doğurmuştur.<sup>20</sup> ATAD ilk olarak *Komisyon v. Belçika ve Lüksembourg* davasında eş etkili önlemleri “Her ne tanımlama veya teknik ile yapılırsa yapılsın, sadece ithal ürünlere uygulanarak bu ürünlerin fiyatını değiştiren resimler, malların serbest dolaşımına gümrük vergisi gibi etki yapar.”<sup>21</sup> şeklinde açıklamıştır. Söz konusu davada, Belçika ve Lüksemburg, kendi ülkelerinde üretilen bir çeşit ekmeğin mayası üzerindeki yüksek vergiyi, ithal edilen ürünlerden de tahsil edebilmek için, bu ürünlere gümrük resmi koymuş, Divan da, sadece ithal edilen ürünlere uygulandığı gerekçesiyle, bu getirilen mali yükümlülüğü, gümrük vergisine eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde bir ürünün bir sınırdan diğerine geçmesi sonucu talep edilen resimler çoğunlukla ya yabancı ürünlere ayrımcılık yapılması ya da yerli ürünlerin korunması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun gerçekleşmesi için talep edilen ekonomik yükümlülüğün ne adla alındığının önemi bulunmayıp, sadece bir ürünün bir başka ülke sınırdan geçmesi sonucu, o ürüne getirilen ekstra mali mükellefiyetlerin varlığının tespiti, gümrük vergisine eş etkili önlemlerden bahsetmek için yeterli olmaktadır.<sup>22</sup>

Divan, Komisyon ve İtalya arasındaki *Statistical Levy* davasında ise; “Bir devletin çıkarına yönelik, ayrımcı ya da koruyucu nitelik taşımayan, verginin

---

<sup>20</sup>Bkz. **Komisyon 15. Yıllık Rapor**, s. 15. 31.12.1997 tarihi uyarınca ATAD’ın gümrük vergisine eş etkili önlemler yasağının ihlali dolayısıyla açılan ihlal davası sayısı 444 olup, sırf 1997 yılına kadar bu konuya ilişkin Komisyona 143 şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. (nakleden **LECHELER**, log. cit.)

<sup>21</sup> C- 2 & 3/62 *Commission v. Luxemboug and Belgium* [1962], ECR 423 ve 429; ayrıca C- 389/00, **EWS** 2003, s. 180.

<sup>22</sup>Bkz. **GRABITZ/VOSS**, Artikel 12, **GRABITZ/HILF**(Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde Rn. 6.

uygulandığı ürünün herhangi iç kaynaklı bir ürünle rekabet halinde olmaması durumunda bile, uygulanma amacı ve biçimi ne olursa olsun, miktar olarak ne kadar az olursa olsun, sadece o ülkenin sınırı geçildiği gerekçesiyle, iç ve dış kaynaklı mallara tek taraflı uygulanan ve gümrük vergisi niteliğinde olmayan herhangi bir para ödemesi de gümrük vergisi olarak değerlendirilir” diyerek gümrük vergisine eş etkili önlem kavramını en geniş şekilde tanımlama yolunu tercih etmiştir.<sup>23</sup>

ATAD, *Komisyon v. Danimarka* davasında<sup>24</sup>, Danimarka'ya ithal edilen fıstıkların sağlıklı olup olmadığının kontrolleri için laboratuvar ücretlerini gümrük vergisine eş etkili önlem olarak değerlendirmiş ve “amacı ne olursa olsun veya ne şekilde uygulanırsa uygulansın, sırf bir malın bir sınırdan diğerine geçmesi dolayısıyla o mala tek taraflı olarak yükletilen parasal ödemenin, dar anlamda gümrük vergisi olmasa ve bir üye devlet yararına alınmasa bile gümrük vergisine eş etkili bir önlem olduğunu” belirtmiştir. Yine aynı şekilde gümrüklerde yapılacak sağlık kontrolleri veya kalite kontrolleri için alınacak harç bedelleri de Divan tarafından gümrük vergisine eş etkili önlem olarak değerlendirilmiştir. Özellikle bu kontrol işlemlerinin özel laboratuvarlarda yapılması ve kontrol işlemleri için alınan ücretin özel şahıslara ödenmesi, md. 25 uyarınca getirilen yasaklamanın yatay etki doğurup doğurmayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu sorunun cevabını Divan, *Dubois* davasında, sadece gümrük işlemleri karşılığında yapılan ödentinin özel şahıslara yapılmasının devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı, bu nedenle, bu

---

<sup>23</sup> C- 24/68 *Commission v. Italy* [1969], ECR 193.

<sup>24</sup> C- 158/82 *Commission v. Denmark* [1983], ECR 3573.

ücretlerin eş etkili önlem niteliğini taşıdığına hükmederek, olumlu şekilde vermiştir.<sup>25</sup>

Adalet Divanı'nın, gümrük vergisine eş etkili önlemlerin belirlenmesine ilişkin verdiği bir diğer önemli karar da, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* kararıdır.<sup>26</sup> Dava konusu Belçika'da geçmektedir. 12 Nisan 1960 tarihinde yürürlüğe giren kanunla Belçika'da elmas işçileri için bir fon kurulmuştur. Bu kanun uyarınca Belçika'ya ithal edilen elmasın parasal değerinin bir kısmı bu fona ödenmek zorundadır. Bu ödenti ne Hazineye aktarılan bir gelirdir, ne de yerli üreticilerin korunmasına yönelik bir amaç taşımaktadır. Brachfeld & Chougol adlı Elmas Şirketinin kendisinden talep edilen bu ödentiye ödemekten kaçınması nedeniyle açılan dava sırasında, davalının ulusal mahkeme önünde kendisinden talep edilen ücretin Topluluk hukukunu ihlâl ettiğini ileri sürmesi üzerine dava ön karar davası yoluyla Divanın önüne gelmiştir. Belçika Hükümetinin Belçika'ya ithal edilen elmaslardan alınmaya başlanan verginin amacının, elmas üretiminde çalışan işçilerin sosyal güvenliklerinin artırılmasına yönelik olduğunu, kendi ülkesinde elmas üretiminin olmaması nedeniyle yerli ürünlerin korunması gibi bir durumun ileri sürülemeyeceğini belirterek, bu nedenlerden dolayı yapılan işlemin Kurucu Antlaşmayı ihlâl etmediğini ileri sürdüğü davada, Divan, gümrük duvarlarının kaldırılmasının amacının, sadece ülkelerin kendi ürünlerine ilişkin mevcut koruyucu önlemlerin kaldırılması olmadığını belirterek, malların serbest dolaşımının

---

<sup>25</sup> C- 87/75 *Bresciani* [1976], ECR 129; C- 7/68 *Commission v. Italy* [1968], ECR 423, 429; C- 16/94 *Dubois v. Garanor Exploitation Sa* [1995], ECR I- 2421.

<sup>26</sup> C- 2&3/69 *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* [1969], ECR 211 ve 223; ayrıca bkz. C- 87/75 *Bresciani* [1976], ECR 129.

sağlanması için tüm gümrük vergilerinin ve eş etkili önemlerin kaldırılması olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla Belçika Hükümeti tarafından alınan vergiyi uygulanma amacı ne olursa olsun doğurduğu etki itibarıyla gümrük vergisine eş etkili önlem olarak kabul etmiştir.<sup>27</sup>

Gümrük vergisine eş etkili önlemler konusunda gündeme getirilen bir diğer soru da, Divan tarafından gümrük vergisine eş etkili önlem olarak değerlendirilmesine rağmen Topluluk hukukunun ihlâl edilmediği istisnai durumlar Kurucu Antlaşmada düzenlenmiş midir? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Kurucu Antlaşmada miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler yasağının istisnalarını düzenleyen md. 30 benzeri bir hüküm gümrük vergisine eş etkili önlemler için öngörülmemiştir. Dolayısıyla md. 23 hükmünü ihlâl eden bir ulusal düzenleme uygulanmayacaktır. Divan, *Bauhais* kararında kıyas yoluyla md. 30 hükmünün md. 25 için uygulanamayacağını açıkça belirtmiştir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, Divan, *Commission v. Germany* davasında<sup>29</sup> belli şartlar altında, eş etkili vergilerin Topluluk hukukuna uygun olabileceğini belirtmiştir.

Bu kararında Divan, *81/389 sayılı canlı hayvan ithalatına ilişkin Yönerge* hükümleri uyarınca, hastalık taşıma riski taşıyan canlı hayvanların ithalatı nedeniyle yapılan araştırma karşılığı alınan veterinerlik laboratuvar ücretlerinin, araştırma faaliyetlerinin devamıyla ortaya çıkacak gerçek maliyeti kapsayan bir vergi

---

<sup>27</sup> İbid. s. 222.

<sup>28</sup> C- 46/76 *Bauhais* [1977], ECR 5, para. 13; C- 7/68 *Commission v. Italy* [1968], ECR 423 ve 429. Divan, md. 30 hükmünde açıkça 28 ve 29. maddelere uygulanacağını belirtildiğinden, bu hükmün kıyas yoluyla md. 25'e uygulanamayacağı ifade etmiştir.

<sup>29</sup> C- 18/87 *Commission v. Germany* [1988], ECR 5427.

uygulaması olup olmadığını araştırmış ve alınan ücretin araştırma sonucunda ortaya çıkan gerçek maliyeti aşamayacağına karar vermiştir. Topluluk hukuku tarafından öngörölmüş olan araştırmaların karşılığında alınan bu vergilerin malların serbest dolaşımının geliştirilmesi amacına yönelik olduğu aşıkârdır. Dolayısıyla, böyle hizmetler için konulan gümrük vergisine eş etkili önlemler, her ne kadar gümrük birliğine aykırı bile olsa, Topluluk hukuku uyarınca mazur görölebilecektir. Topluluk hukukundan doğan yükümlölükler karşısında alınan bu vergilerin,

1. Hizmetlerin gerçek maliyetini aşmamaları;
2. Bu Hizmetlere Topluluk hukukunca gerek duyulması;
3. Hizmetlerin malların serbest dolaşımını arttırması;
4. Bu vergilerin sadece gümrük formalitelerinin tamamlanması bağlamında konulmaması koşullarını karşıladıkları takdirde, gümrük vergisine eş etkili vergi olarak değerlendirilmeyecekleri kabul edilmiştir.

#### **b. Dış Boyut: Ortak Gümrük Tarifesinin Oluşturulması**

##### **(md. 26)**

Bir gümrük birliği, Topluluk içi ticaretin önündeki engellerin kaldırılması dışında, üye olmayan devletlerle yapılan ticarete ilişkin gümrük düzenlemelerinin de uyumlaştırılmasını gerektirir. *Moussis*, tüm üye devletlerin, üçüncü devletlerden ithal

edilen ürünlere uyguladıkları tek bir dış tarifenin varlığının gümrük birliğini karakterize ettiğini belirtmektedir.<sup>30</sup>

Üye devletlerin, gümrük vergilerini ve gümrük vergisine eş etkili önlemleri kaldırmasından sonra, üçüncü ülkelerden yapacakları ithalatlarda ulusal gümrük tarifelerini devam ettirmeleri halinde, ulusal gümrük tarifesi daha yüksek olan ülkelerin ithalatçıları, düşük gümrük duvarı olan ülkeler üzerinden ithalat yapmaya başlayacaklarından pazarda meydana gelecek ticari sapmalardan dolayı ortak pazar bölünecektir. Ortak gümrük tarifesi, her ne kadar üçüncü devletlerle yapılan ticari işlemlerde uygulanacak hükümleri içerdiğinden dolayı, üçüncü devletlerle yapılacak ticaret politikasını ilgilendiriyor olsa da, üye devletler arasında ticari açıklar yaratmaması ve gümrük birliğinden beklenen faydaların sağlanabilmesi için çok önemli bir unsurdur. Tüm üye devletler tarafından ortak gümrük tarifesinin kabul edilmesini sağlamak ve sistemin işleyişini düzenlemek amacıyla Kurucu Antlaşmanın 18 ile 27. maddelerine bu hususa ilişkin düzenlemeler konulmuştur. Bu düzenlemelerde öngörülen takvim ve kurallar uyarınca üye devletler arasında ithalat ve ihracatta vergilerin kaldırılmasına paralel olarak 1 Temmuz 1968 yılında Bakanlar Konseyi tarafından çıkarılan 950/68 sayılı tüzükle Ortak Gümrük tarifesi yürürlüğe girmiştir.<sup>31</sup>

AT Antlaşması md. 25, üye devletler arasında ithalat ve ihracatta gümrük vergileri ve gümrük vergisine eş etkili önlemleri yasaklarken, üçüncü ülkelerle

---

<sup>30</sup> MOUSSIS, Avrupa Birliği Politikaları Rehberi, Mega Press, 2004, s. 92.

<sup>31</sup> GÖKDERE, op.cit., s. 59- 60. Başlangıçta üye devletlerin ulusal tarifelerinin aritmetik ortalamasından oluşan OGT, GATT hükümleri çerçevesinde indirim yönünde aşamalardan geçmiştir



yapılan ithalat ve ihracattan alınacak vergilere ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ortak gümrük tarifesindeki vergileri belirleme yetkisini, Komisyonun önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla karar almak suretiyle Konseye veren 26. madde hükmü ile, üçüncü ülkelerle olan ticari ilişkileri düzenleyen 133. madde, ortak gümrük tarifesine ilişkin birincil mevzuatta yer alan düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>32</sup>

Üye devletler arasındaki gümrüklerin ortadan kaldırılmasıyla, üçüncü ülkelere uygulanan ortak gümrük tarifesi, Toplulukta uygulanan gümrüklerin ana uygulama alanı haline gelmiştir.

### **c. Tamamlayıcı Unsur: Ayrımcı Dahili Vergilerin Yasaklanması (md. 90)**

#### **aa. Normun Kapsamı ve Amacı**

Avrupa Topluluğunda ayrımcı iç vergilendirme yasağı Kurucu Antlaşmanın vergilendirme başlığını taşıyan II. Bölümünde yer almaktadır. AT Antlaşmasının 90. maddesinin 1. fıkrasında; “hiçbir üye devletin, kendi ülkesine ithal edilen diğer üye devlet ürünlerine, doğrudan ya da dolaylı olarak, ülkede mevcut bulunan benzer ürünlere uyguladığından daha yüksek herhangi bir iç vergi uygulayamayacağı” belirtilmiştir. Bu düzenleme, her ne kadar üye devletlerin kendi ülkelerine ithal edilen ürünlere karşı ayrımcılık yapmasını engelleme amacıyla getirilen iç vergilere

---

<sup>32</sup> WALDHOFF, Art. 26, CALLIESS/RUFFERT(Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied: 2002, içinde Rn. 2; FRENZ, Handbuch Europa-Recht, Band I Europäische Grundfreiheiten, Springer, Berlin: 2004, s. 239 vd.

yönelik olsa da, gümrük birliği ve malların serbest dolaşımını tamamlayıcı bir etkiye sahiptir.<sup>33</sup>

Burada sözü edilen vergiler, malların satışı üzerinden alınan dolaylı vergilerdir. Topluluk seviyesinde dolaylı vergiler konusunda üye devletlerin düzenleme yapma yetkileri hala mevcuttur. Ancak, üye devletlerin bu yetkilerini kullanırken ithal edilen ürünlere yerli ürünlere oranla daha yüksek iç vergiler uygulaması, Topluluk içinde malların serbest dolaşımının temini için öngörülen gümrük vergisine eş etkili önlemler yasağının ihlâline neden olacak yeni engellerin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, gümrük vergisi ve eş etkili önlemler yasağının teminat altına alınması amacıyla ayrımcı ve korumacı iç vergilerin alınmasına karşı özel bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir.<sup>34</sup> Bu madde uyarınca üye devletler iç vergiler koyarken yerli mallar ile yabancı mallara aynı matrahta, aynı oranda ve aynı yöntemle vergi uygulamalıdır.<sup>35</sup>

Öte yandan objektif kriterlere uygun olarak ve malların kaynağı ne olursa olsun, o ülkedeki tüm ürünlere uygulanan sistematik iç vergileri gümrük vergisine eş etkili önlemlerden ayırmak son derece güçtür. Bu gibi durumlarda Divan, getirilen iç vergilerle dolaylı yoldan yerli ürünlerin korunup korunmadığını ya da yerli ürünün

---

<sup>33</sup> **DAUSES**, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, Münih: April 2003, C-I, Rn. 45, s. 14.

<sup>34</sup> **WÄGENBAUR**, Art. 95 Rn. 1 **GRABITZ/HILF** (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde; C- 243/ 84 *John Walker* [1986], ECR 875.

<sup>35</sup> **G.TEKİNALP**, “Gümrük Birliği ve Malların Serbest Dolaşımı”, **TEKİNALP/TEKİNALP**(Editör), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul: Beta, 1997, içinde s. 263.

ithal edilen ürün karşısında avantajlı bir konuma getirilip getirilmediğini değerlendirmektedir.<sup>36</sup>

*Fratelli Fucchi v. Avez SpA* kararında, Divan, iç vergilerle gümrük vergisine eş etkili önlemler arasındaki sınırın belirlenmesindeki güçlüğü kabul etmekle birlikte, bu gibi durumlarda özellikle, md 90 hükmünün md. 25 hükmü ile birlikte uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>37</sup> Ayrıca, üye devletlerin herhangi bir ürün ile ilgili olarak iç vergi oranlarını serbestçe belirleme yetkileri olduğunu belirttikten sonra, ithal ürünlere karşı ayrımcı nitelikte veya dolaylı olarak yerli ürünlere avantaj sağlamaya yönelik nitelikteki uygulamalara izin vermeyeceğini vurgulamıştır. Divan tarafından yapılan değerlendirmeye göre bu tip uygulamalar, md. 90 hükmünde yer alan ayrımcı iç vergi koyma yasağı kapsamında yer almaktadır.<sup>38</sup> Bu içtihat uyarınca, bir ülkedeki vergi sisteminin, diğer üye devletlerden ithal edilen ürünlere kendi ülkesinde rekabet içinde bulunduğu *benzer ürünlere* uygulanan iç vergi yükünden daha fazla bir vergi yükü getirmesi halinde bu düzenlemeler Topluluk hukukunun ihlâli sonucunu doğuracaktır.

90. maddenin 1. fıkrasında yer alan ayrımcı iç vergi yasağının sadece aynı mallara mı uygulanacağı, yoksa bu hükmün getirdiği yasağın benzer ürünler için de mi uygulanacağı sorusu önem arz etmektedir. *Commission v. England*<sup>39</sup> davasında, İngiltere'nin yerli ve yabancı şarap konusunda ayırım yapmadan tüm şarap ürünlere

---

<sup>36</sup> C- 77/76 *Fratelli Fucchi v. Avez SpA* [1977], ECR 987.

<sup>37</sup> İbid.

<sup>38</sup> **LECHELER**, op. cit., s.235; **STREINZ**, op. cit., s. 262 ve 263; **BRIGOLA**, op. cit., s. 6.

<sup>39</sup> C- 170/78 *Commission v. England* [1980], ECR 2265.

koyduğu verginin, Divan tarafından, İngiliz birasını korumaya yönelik gizli bir ayrımcılık taşıdığına sonucuna varılmasıyla, Topluluk hukuku açısından ayrımcı iç vergi yasağının uygulanması açısından aynı mal ile benzer mal kavramları arasında fark bulunmadığı belirlenmiştir.

### **bb. Benzer Ürün Kavramı**

Öte yandan 90. maddenin ilk fıkrası incelendiğinde ithal ürünlerin ayrımcı vergi yasağı kapsamında değerlendirilmesi için ülkede rekabet içine girecekleri mevcut ürünlerin birebir aynısı veya özdeşi olması gerekmez. Ülke sınırlarından iç pazara girdikten sonra orada rekabet edeceği benzeri ürünlere uygulandığından farklı bir vergi yükümlülüğüne tabi olmaları yeterlidir. Burada karşımıza benzer ürün kavramı çıkmaktadır.

“Hangi ürünler benzer ürün kavramı içine girmektedir? Birbiri yerine kullanılan ve iktisatta ikame edilen mallar bu kavramın kapsamına girer mi? Benzer ürünlerin belirlenmesi açısından tüketicinin tercihleri belirleyici olabilir mi?” gibi bazı temel soruların karşısında, Divan, yine alkollü içeceklerle ilişkin olarak karar verdiği *French Taxation of Spirits* davasında<sup>40</sup>, bu soruları “benzer ürün” kavramını, tüketici açısından aynı özelliklere sahip ve bir ihtiyacın karşılanmasında birbiri yerine ikame edilebilen ve aynı zamanda rekabet eden ürünleri kapsar şeklinde cevaplayarak, benzer ürün kavramını oldukça geniş yorumlamıştır. Yine alkollü

---

<sup>40</sup> C- 168/78 *Commission v. France* [1980], ECR 347.

içeceklerle ilişkin *Komisyon v. Danimarka*<sup>41</sup> kararında, Divan, meyve şarabı ile zm şarabının benzer ürünler olduğuna karar vererek, Danimarka hükümetinin koyduğu i vergiyi ayrımcı bularak 90. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Divan bu değerlendirmeyi yaparken bir taraftan ürünün hammaddesi, üretim yöntemi ve özellikleri gibi objektif işaretleri göz önünde bulundururken, diğer yandan ürünün tüketiciler gözündeki anlamını dikkate almaktadır. Bu nedenle Divan, *John Walker v. Ministeriet for Skatter* davasında<sup>42</sup> kuvvetlendirilmiş zm şarabı ile viskiyi benzer ürün olarak kabul etmemiştir.

Sonuç olarak, getirilen yeni vergi uygulamaları *John Walker* kararında ve şarap üreticilerini korumaya yönelik Fransız hükümetinin koymuş olduğu vergi örneğinde olduğu gibi, ülkede benzer bir ürünü desteklemeye yönelik ayrımcı bir uygulama değilse, o vergi Topluluk hukukuna aykırı değildir. ye devletlerin iç vergi oranlarını belirleme yetkileri hla kendilerinde olsa da, bunun sınırını AT Ant. md. 90 çizmiştir. Buna göre getirilen yeni vergilerin ayrımcı nitelikte olmayıp, dolaylı şekilde bile yerli ürünleri korumaya yönelik nitelikler taşımaması esastır.

## **B. MİKTAR KISITLAMALARI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEMLERİN KALDIRILMASI**

Malların serbest dolaşımı ilkesinin gerçekleşmesi için, ye devletler arasındaki ticarete gümrük vergilerinin ve bunlara eş etkili tedbirlerin kaldırılması tek başına yeterli değildir. ye devletler kimi zaman ulusal pazarlarını korumak,

---

<sup>41</sup> C- 106/84 *Commission v. Denmark*[1985], ECR 1169.

<sup>42</sup> C- 243/84 *John Walker v Ministeriet for Skatter*[1986], ECR 875.

kimi zaman da ulusal hukuklarının farklı uygulamalarından dolayı getirdikleri mali nitelikte olmayan, teknik engellerle Topluluk içinde ithalat ve ihracatı engelleyebilirler. Bu durum, kimi zaman gümrüklerde uygulanan formaliteler, kimi zaman getirilen sağlık kontrolü zorunlulukları ya da ithal edilen ürünlerden talep edilen menşei belgeleri gibi çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir.

Öte yandan, malların serbest dolaşımı ilkesinin, Topluluğun temel yapı taşlarından ve Kurucu Antlaşmanın en önemli unsurlarından birisi olduğu göz önüne alındığında, Topluluk İç Pazarının tam anlamıyla işler hale getirilmesi ve kendisinden beklenen ekonomik menfaatlerin elde edilebilmesi için, Topluluk içi ticaretin önündeki tüm engellerin ortadan kaldırılması elzemdir. İşte bu amaçla, yasa koyucu, Kurucu Antlaşmanın 28. ve 29. maddelerinde Topluluk içinde malların serbest dolaşımını kısıtlayan tarife dışı engellerin<sup>43</sup> kaldırılmasına yönelik düzenlemeye gitmiştir.

İlk olarak, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde, “ithalatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm önlemler üye devletler arasında yasaktır” hükmü getirilmiştir. Takip eden 29. madde hükmünde ise, 28. maddeye paralel bir şekilde

---

<sup>43</sup> “*Tarife dışı engeller*” konusunda DTÖ üyesi ülkeler arasında genel kabul gören bir tanım bulunmamaktadır. Söz konusu engeller, ihracat kısıtlama ve yasaklarından, lisanslara, gümrük prosedürlerinden çevre standartlarına kadar çok geniş bir yelpazede yer almaktadır.

üye devletler arasında “ihracatta miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm önlemleri yasaklanmıştır.”<sup>44</sup>

Bu çerçeve de öncelikle ithalat kavramının doğrudan ve dolaylı ithalat, paralel ithalat ve tekrar ithalat türlerini içine alacak şekilde geniş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>45</sup> Yine ihracat kavramından ise, bir üye devletten diğer bir üye devlete yapılan, bir başka ifadeyle üye devletler arasında gerçekleşen ihracatları anlamaktayız.

Bu iki maddenin hükmü incelendiğinde, üye devletler arasında ticarete “miktar kısıtlamaları” ile “miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler” şeklinde iki farklı kavramın yasaklandığını görüyoruz. Dolayısıyla bu iki kavramın tanımlanması ve içeriğini oluşturan unsurların belirlenmesi, malların serbest dolaşımı ilkesinin sınırlarının belirlenmesi için özel önem taşımaktadır.

Öte yandan 28 ve 29. maddelerle getirilen yasak hükümleri, doğrudan etkili hükümler olup, üye devlet vatandaşları, bu hükümlere dayanarak, ulusal yargı organları önünde, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan ulusal düzenlemelerin kendilerine uygulanmamasını talep edebilirler.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Füller, Paralel şekilde düzenlenen 28 ve 29. maddeleri “kardeş hükümler” olarak adlandırmaktadır. Bkz. FÜLLER, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden: 1994, s. 237.

<sup>45</sup> Bkz. **Leitfaden zum Konzept und zur Praktischen Anwendung der artikel 28-30 EG-Vertrag**, Ocak 2000,[[http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/art2830/guideart2830\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/art2830/guideart2830_en.pdf)],(erişim tarihi 10.05.2008).

<sup>46</sup> C- 74/76 *Ianelli v. Meroni* [1977] Slg. 557, Rn. 13.

## **I. Miktar Kısıtlamaları**

### **1. Teknik Tanım**

Miktar kısıtlaması, genel olarak, *devletlerin belirli bir dönemde ithal veya ihraç edilebilecek mal hacmi üzerine, fiziki miktar veya değer olarak koyduğu kısıtlamalar (kotalar)* olarak tanımlanmaktadır.<sup>47</sup> Bu kısıtlamalar, örneğin bir yıl içinde ithal edilecek yabancı otomobil sayısının bin adet olacağı örneğinde olduğu üzere fiziki miktar anlamında sınırlamalar şeklinde düzenlenebildiği gibi, 2008 yılı içinde 5 milyon dolar değerinde yabancı araba ithalatına izin verilir denilerek malın değeri üzerinden de getirilebilir.

### **2. Kurucu Antlaşmadaki Düzenlemeler**

#### **a. İthalatta miktar kısıtlamalarının kaldırılması (md. 28)**

Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde öncelikle üye devletler arasında ithalatta miktar kısıtlamaları yasaklanmıştır. Madde hükmü incelendiğinde, yasa koyucu tarafından miktar kısıtlamaları kavramının ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Öğretide, en genel anlamıyla ithalat kotaları olarak kabul

---

<sup>47</sup> **SEYİDOĞLU**, Uluslararası İktisat: Teori, Politika ve Uygulama, Geliştirilmiş 15. Baskı, İstanbul: Güzem Yayınları, 2003, s. 161.



edilen miktar kısıtlamaları kavramının, tanımı ve kapsamının belirlenmesi konusunda Topluluk hukuku düzeyinde ciddi bir sıkıntının bulunmadığı kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

Miktar kısıtlaması kavramının içeriğinin Topluluk düzeyinde ne şekilde kabul edilmesi gerektiği, Divan tarafından ilk defa *Geddo v. Ente Nazionale Risi* davasında ele alınmıştır.<sup>49</sup> Kurucu Antlaşmanın 5 (yeni md. 10)<sup>50</sup> ve 40/3.(yeni md. 34)<sup>51</sup> maddeleri ile "Pirinç Pazarının Organizasyonu"na dair 356/67 Sayılı Konsey Tüzüğü'nün bazı hükümlerinin yorumlanması hususu, İtalya'da ulusal mahkeme tarafından önüne gelen uyuşmazlık kapsamında bekletici sorun yapılarak ön karar usulü çerçevesinde Divan'a başvurusuyla ortaya çıkmıştır. İlgili davada topluluk hukukunu ilgilendiren ihtilaf konusunu, o dönem İtalyan Hükümeti tarafından yerli menşeli pirinç alıcılarından, Ulusal Pirinç Kurumu (otoritesi) lehine talep edilen verginin, yukarıda belirtilen Kurucu Antlaşma hükümleri ve ilgili Topluluk Tüzüğü hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmayacağı oluşturmaktadır.

Divan esasa ilişkin kararında öncelikle, bütün üye devletlerin üyelikten kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gerekli önlemleri almakla sorumlu olduklarını, aynı zamanda, bu sorumluluğun Anlaşmanın amaçlarının

---

<sup>48</sup> **FRENZ**, op. cit. s. 302; **DAUSES**, op. cit. s. 23; **STADLMEIER**, "Das materielle Recht der EG", **FISCHER/KÖCK/KAROLLUS**(Hrsg.), Europarecht, 4. Auflage, Wien: 2002 içinde, s. 740; **STREINZ**, Europarecht, 6. Aufl., Heidelberg: 2003, s. 266; **WOODS**, Free Movement of Goods and Services within European Community, Aldershot, Ashgate, 2004, s. 49.

<sup>49</sup> C- 2/73 *Geddo v. Ente Nazionale Risi* [1973], Slg. 865

<sup>50</sup> Şu an Kurucu Antlaşmanın 10. maddesinde yer alan sadakat yükümlülüğü ilkesi(Grundsatz der Gemeinschaftstreue) uyarınca, Üye devletler, Kurucu Antlaşmanın amaçlarını gerçekleştirme tehlikeye sokabilecek nitelikteki tüm girişimlerden kaçınmak zorundadır.

<sup>51</sup> Kurucu Antlaşmanın eski 40.maddesi( yeni 34), Ortak Tarım Politikası çerçevesindeki hedeflere ulaşmak için gerekli kuralları ve ortak organizasyon kurulmasını içermektedir.

gerçekleşmesini tehlikeye sokacak nitelikteki tüm girişimlerden kaçınmayı da içerdiğini belirtmiştir. Daha sonra 359/67 sayılı Tüzüğün 20. maddesinin; “üye ülkelerin tüzükte öngörülen düzenlemeler çerçevesinde 3. ülkelere yapacakları ihracatlarda miktar sınırlamalarının ve eş etkili önlemlerin yasaklandığını”, 23. maddesinin ise,”bu yasaklamanın Topluluk içerisinde serbest dolaşımın sağlanması için Topluluk içi ticareti de kapsadığını” belirtmiştir.

Görüldüğü üzere; Divan, aslında, Konsey Tüzüğü’nün 20-23 maddelerini yorumlarken miktar kısıtlaması kavramını “malların üye devlet topraklarına girişini tamamen yasaklayan veya ithalatı değer veya zamanla kısıtlayan veya imkansızlaştıran önlemler” olarak tanımlamıştır. Divan daha sonra *Henn ve Darby* kararında ise miktar kısıtlaması kavramını “sayı, ağırlık, değer veya diğer sayısal değerler ile ithalatın ve ihracatın yasaklanması veya sınırlandırılması” olarak nitelendirerek içtihadını geliştirmiştir.<sup>52</sup> Divanın mevcut değinilen iki kararı uyarınca miktar kısıtlaması kavramının tanımına ilişkin gerek öğretisi de, gerekse uygulama da eş etkili önlemler kavramının belirlenmesindeki tartışmaların aksine herhangi ciddi bir sıkıntı bulunmamaktadır.

### **b. İhracatta miktar kısıtlamalarının kaldırılması (md. 29)**

Kurucu Antlaşmanın 29. maddesinde ise, 28. maddeye paralel bir şekilde, üye devletler arasında ihracatta miktar kısıtlamaları yasaklanmıştır. Divan tarafından

---

<sup>52</sup> C- 34/79 *Regina v. Henn &Darby* [1979], ECR 3795, para. 13.

bir malın ihracatını ya da transit geçişini tamamen engelleyen<sup>53</sup> veya miktar açısından kısmen kısıtlamalar<sup>54</sup> getiren ulusal düzenlemeler ihracatta miktar kısıtlaması olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada, ulusal bir düzenleme ile getirilen kısıtlamanın miktar kısıtlaması yasağı kapsamında değerlendirilmesi için açıkça ihracatın yasaklamasına gerek olmadığı dikkat çekmektedir. Divan fiilen ihracatın engellenmesini, miktar kısıtlaması yasağı kapsamında değerlendirmektedir.

Firmaların, geri dönüştürülebilen atıklarını ulusal düzenleme hükümleri nedeniyle, sadece yerleşik oldukları ilgili bölgedeki birimlere satmak zorunda bırakılmaları, fiilen bu ürünlerin ihracatını engellediğinden, bu ulusal düzenleme hükümleri Kurucu Antlaşmanın 29. maddesinde yasaklanan, üye devletler arasında ihracatı engelleyen miktar kısıtlaması olarak değerlendirilecektir.<sup>55</sup>

## II. Eş Etkili Önlemler

“Eş etkili önlemler” kavramının tanımı, içeriği ve kapsamının sınırlarını belirlemek, “miktar kısıtlaması” kavramı kadar kolay değildir. Topluluğa üye devletlerin, Gümrük Birliğinin tamamlandığı 1 Temmuz 1968 tarihinden itibaren, ulusal üretimlerini korumak ve aynı zamanda bu üretimler üzerindeki belirleyici rollerinin azalmasını önleme kaygısı içinde aralarındaki ticaretlerde kendi menfaatleri doğrultusunda çıkardıkları ulusal düzenlemeler, yaptıkları her türlü

---

<sup>53</sup> C- 5/94 *Hedley Lomaszu einem Ausfuhrverbot für lebende Schafe* [1996], Slg. I-2553, Rn. 17.

<sup>54</sup> C- 47/90 *Delhaize zu einer Ausfuhrbegrenzung für nicht abgefüllten Wein* [1992], Slg. I-3669, Rn. 13.

<sup>55</sup> C- 118/86 *Nertsvoederfabriek zum sog. Stillschweigenden Ausfuhrverbot* [1987], Slg. I-3883, Rn. 11.

eylem ve işlem, topluluk içi ticaretin engellenmesi etki ve sonucunu doğurduğu ölçüde eş etkili önlem olarak değerlendirilebilir.

Moussis tarafından “formaliteler savaşı”<sup>56</sup> olarak adlandırılan eş etkili önlemler kavramının tanımı ve kapsamının belirlenmesi, Divan’ın malların serbest dolaşımına ilişkin verdiği kararlarının büyük çoğunluğunu oluştururken, aynı zamanda bu konuya ilişkin içtihadının geçirdiği gelişim çizgisi, Avrupa ekonomik bütünleşme hareketinin geçirdiği gelişim çizgisinin takip edilmesi açısından da ayrıca önem arz etmektedir<sup>57</sup>.

Kurucu Antlaşma hükümleri içinde tanımlanmayan “eş etkili önlemler” kavramının içeriğinin belirlenmesi, Divan’ın 1974 tarihli *Dassonville* kararına kadar, Avrupa Komisyonu ve Topluluk hukukçularının en önemli uğraşı konularının birisini oluşturmuştur.

---

<sup>56</sup> **MOUSSIS**, op. cit. s. 87 vd.

<sup>57</sup> Bkz. **BECKER**, “Von “Dassonville” über, “Cassis” zu “Keck”, **EuR** 1994, s. 162- 174; **ARNDT**, “Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union: Der Fall “Keck”- EuGH,” **JuS** 1994, s. 469- 473; **BARENTS**, “New Developments in Measures Having Equivalent Effect”, **CMLRev.** 18 (1981), s. 271- 303; **DÖRR**, “Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag – doch bloß ein Diskriminierungsverbot?”, **RabelsZ** (54) 1990, s. 677- 691; **FISCHER**, “Abschied von “Dassonville” und “Cassis de Dijon”?- Zur neuesten Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs”, **WiB** 1994, s. 182- 185; **MÖSCHEL**, “Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit”, **NJW** 1994, s. 429- 430; **OLIVER**, “Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30- 36) EC”, **CMLRev.** (36) 1999, s. 783- 806.

## 1. Komisyonun Tanımı

Avrupa Topluluğunun kuruluş yıllarından gümrük birliğinin oluşturulmasına kadar geçen dönemde, Komisyon, üye devletler arasında mevcut bulunan miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin kaldırılmasına ilişkin usul ve takvimi belirlemek amacıyla, Kurucu Antlaşmanın şu an yürürlükte olmayan 33. maddenin (7) fıkrasına dayanarak beş tane yönerge çıkarmıştır.<sup>58</sup> Bu direktifler arasında yer alan 70/50 sayılı Yönergede yer alan hükümlerde Komisyon, “eş etkili önlemler” kavramının içeriğine ilişkin görüşlerini belirtmiştir. Şu an yürürlükte olmayan yönergenin içeriğinin incelenmesi, 28. maddenin ve “eş etkili önlemler” kavramının kapsamının anlaşılması açısından hala akademik anlamda değer taşımaktadır.<sup>59</sup>

Yönergenin önsözünde, Komisyon, “eş etkili önlem” kavramını; “direktifin amacı açısından, tavsiyeler de dahil olmak üzere bir kamu otoritesi tarafından çıkarılmış yasalar, tüzükler, idari düzenlemeler, idari uygulamalar” olarak belirtmiştir. Yine, aynı bölümde gümrük birliğinin gerçekten tamamlanması için geçiş döneminin sonuna kadar, eş etkili önlemlerin de kaldırılmasının gerektiğini

---

<sup>58</sup> 28.07.1964 tarih ve 64/486 sayılı “*Almanya’ya Patates İthalatının Takvimine Dair*” Yönerge, bkz. **Topluluk Resmi Gazetesi** 1964, s. 2253; 07.11.1966 tarih ve 66/682 sayılı “*Yerli Ürünlerin Satışı ile İthalatın Birleştirilmesi*” Yönergesi, **Topluluk Resmi Gazetesi** 1966, s. 3745; 07.11.1966 tarih ve 66/683 sayılı “*İthal Ürünlerin Piyasa Sunumunun Kısıtlanması ve Toptan Yasaklanması ile Yerli Ürünlere Avantaj Sağlanmasına Dair*” Yönerge, **Topluluk Resmi Gazetesi** 1966, s. 3748; 17.12.1969 tarih ve 70/32 sayılı “*Kamu Alımlarında İthal Ürünlere Ayrımcılık Yapılmasına Dair*” Yönerge, **Topluluk Resmi Gazetesi** 1970, Nr. L 13; 22.12.1969 tarih ve 70/50 sayılı “*Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemlerin Kaldırılmasına Dair*” Yönerge, **Topluluk Resmi Gazetesi** 1970, Nr. L 13, s. 29.

<sup>59</sup> **EHLERMANN**, “Die Bedeutung des Art. 36 EWGV Für die Freiheit des Warenverkehrs”; **EuR** 1973, s.1 vd.

ifade eden Komisyon, bu kısıtlamaların kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin, serbest dolaşıma sokulmuş tüm ürünler için geçerli olduğunu da vurgulamıştır.

Yönergenin hükümleri incelendiğinde, Komisyonun yönergede ayrımcılık içeren önlemler (Yönerge md. 3) ile ayrımcı olmayan önlemler (Yönerge md. 2) arasında bir ayrıma yer verdiğini görüyoruz.<sup>60</sup> Eğer üye devletin yapmış olduğu ithalata ilişkin kısıtlamalar, yerli ürünlerin korunması amacıyla sadece belirli üye devlet ürünlerine karşı uygulanıyorsa, bu kısıtlamalar ayrımcılık içeren önlemler olarak değerlendirilmekte olup, “eş etkili önlem” olarak yasaklanmaktadır.<sup>61</sup>

3. maddede düzenlenen ayrımcı olmayan önlemlerden ise, Topluluk içinde malların serbest dolaşımını etkileyen ve/veya sınırlayan; ancak, ithal mallarla yerli mallar arasında ayırım gözetmeksizin, tüm ürünleri kapsayan kısıtlamalar akla gelmektedir.<sup>62</sup>

Komisyonun yaptığı bu ikili tasnif ve bu ikili tasnifin sonucunda ayrımcı olmayan ulusal önlemleri kısmi olarak “eş etkili önlem” kabul eden yaklaşım, öğreti

---

<sup>60</sup> **VEELKEN**, “Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen. Die Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zum Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen im Sinne der Artikel 30 ff. EWG Vertrag-eine Zwischenbilanz”, **EuR** 1977, s. 311.

<sup>61</sup> **LANG**, Die Freiheit des Warenverkehrs- Kontinuität und Wandel in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin: Berlin Verl. A. Spiz, 1997, s. 22.

<sup>62</sup> 70/50 sayılı Yönerge md. 3/1 uyarınca “*Ayrımcı olmayan kısıtlamalar*”; malın şekli, ölçüsü, ağırlığı, kompozisyonu, pazarlanması konularında yapılan ve ülkedeki tüm mallara eşit olarak uygulanan, ancak Topluluk içi ticareti ve malların serbest dolaşımını engelleyen önlemlerdir.

tarafından çok ciddi şekilde eleştirilmiştir.<sup>63</sup> Gerçekten de ayrımcı olmayan ulusal kısıtlamalar da, ayrımcılık içeren kısıtlamalar gibi topluluk içi ticareti ve dolayısıyla malların serbest dolaşımı ilkesinin ihlâl eden etkiler doğurabilecektir. Örneğin, *Reinheitsgebot für Bier* davasında olduğu üzere, yerli veya ithal ürünler arasında ayırım gözetmeksizin getirilen ulusal kısıtlamalar, Bira Vergilendirme Kanununun 9. paragrafındaki şartları taşımayan yabancı biraların Almanya'ya ithalatını imkânsız hale getirecek şekilde ticareti kısıtlayan bir hukuki etki doğuracaktır.<sup>64</sup>

Nitekim daha sonra Divan, üye devletler tarafından alınan birçok karar ve getirilen uygulamayı ayrımcılık içermemelerine karşın, “eş etkili önlem” olarak değerlendirmiştir.

## 2. Divanın Tanımı (Dassonville Formülü)

Divan, başlangıçta önüne gelen davalarda, “eş etkili önlem” kavramının teorik çerçevesini belirleyen yönerge hükümlerini, sık sık kullanırken, daha sonraki yıllarda bu tavrını değiştirmiştir.<sup>65</sup> 1974 yılında Divan, özellikle bugün için bile malların serbest dolaşımı ilkesi için temel kararlardan birisi olarak kabul edilen *Procureur du Roi v. Benoit & Gustave Dassonville* kararında, ilk kez Kurucu

---

<sup>63</sup> **MATTHIES**, “Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt”, Festschrift für Hans-Peter Ipsen, **STÖDTER/THIEME**(Hrsg.), Tübingen: 1977, içinde s. 669- 670; **DERINGER**, “Zum Spannungsverhältnis den Freiheiten des Gemeinsamen Marktes und den nationalen Interessen der Mitgliedstaaten”, Festschrift für Hans Kutscher, **GREWE/RUPP/SCHNEIDER**(Hrsg.), Baden-Baden: 1981, içinde s. 95.

<sup>64</sup> C- 178/84 *Kommission v. Bundesrepublik* [1987], Slg, 1227.

<sup>65</sup> **MOENCH**, “Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt, Zur Auslegung der Art. 30, 34, 36 EWGV in der Rechtsprechung des EuGH, **NJW** 1982, s. 2689.

Antlaşmanın 28. maddesinde düzenlenen “miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler” kavramını yorumlamıştır.<sup>66</sup>

Dava konusu olan söz konusu olayın gelişimi şu şekildedir; İskoçya’da üretilen ve usulüne uygun Fransa’ya ithal edilen “Scotch” marka viskileri, Fransız pazarından satın alan Benoit ve Gustave Dassonville isimli iki tüccar, ilgili içecekleri Belçika’ya ithal etmişlerdir. Belçika yasalarına göre, ülkeye ithal edilen ürünün o ülkede ithal edildiğini gösteren menşei belgesinin ithalatçılar tarafından, ithalat sırasında Belçika makamlarına ibraz edilmesi gerekmektedir. Bu hüküm karşısında ürünün menşeinin İskoçya olduğunu gösteren belgeyi İngiltere makamlarından alamayacağını düşünen Dassonville, sahte menşei belgesi düzenleyerek Belçika makamlarına ibraz etmiştir. Bunun üzerine, kendisi hakkında ceza davası açılmıştır. Ceza yargılaması sırasında Topluluk hukukunun yorumlanması ihtiyacını hisseden ulusal mahkeme ön karar davası yoluyla Divan’a “ihraç ülkesi tarafından verilmiş ve Belçika’ya ithal edilen malların menşeiini gösterir resmi bir belge olmaksızın yapılacak ithalatlara yasaklayan ulusal düzenlemeler Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde yasaklanan “miktar kısıtlamasına eş etkili önlem” olarak yorumlanabilir mi?” sorusunu yöneltmiştir. Divan, kendisine yöneltilen bu soruyu, bugün hala geçerliliğini sürdüren ünlü tanımını yapmak için bir fırsat olarak değerlendirmiştir. Dassonville formülü olarak da adlandırılan bu tanım uyarınca; “*üye devletler tarafından uygulanan ve Topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı, hâlihazırda veya potansiyel olarak etkilemeye uygun tüm ticari kurallar miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler*” olarak değerlendirilmiştir. Divan’ın, bu tanımla, “eş etkili önlemler”

---

<sup>66</sup> C- 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit & Gustave Dassonville* [1974], ECR 837.



kavramını çok geniş şekilde yorumladığını görmekteyiz. Öte yandan Komisyonun 70/50 sayılı yönergede doğrudan ayrımcılık içermeyen kısıtlamalara ilişkin yaptığı ayırımın Dassonville kararıyla birlikte önemini yitirdiği görüşü öğretide tartışma yaratmıştır.<sup>67</sup>

Dassonville formülü uyarınca bir düzenlemenin eş etkili önlem olarak değerlendirilmesi için, yerli ürünlerle ithal edilen ürünler arasında ayrımcı bir uygulama içermesi veya böyle bir ayrımcı uygulama amacının bulunması gerekmemektedir. Asıl önemli nokta, alınan ulusal önlemin Topluluk içi ticareti engelleyip engellemediğinin tespit edilmesidir.<sup>68</sup>

Öte yandan, Divan bu kararıyla, 28. madde kapsamına giren kısıtlamaları genişletmiş; miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler nedeniyle ithalatın fiili olarak engellendiği durumların yanında, ithalat işlemlerini gereksiz yere zorlaştıran uygulamaları da “eş etkili önlem” kapsamına almıştır.

Bir üye devlet tarafından ticari düzenlemenin Topluluk hukukuna aykırılık teşkil etmesi için Topluluk içi ticareti fiili olarak engellemesine gerek yoktur. Dassonville kararı uyarınca, topluluk içi ticareti kısıtlama potansiyeline sahip ulusal

---

<sup>67</sup> GRABITZ, “Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag”, Festschrift für Hans-Peter Ipsen, STÖDTER/THIEME(Hrsg.), Tübingen:1977, içinde s. 649 vd.

<sup>68</sup> EHLERMANN, “Die Bedeutung des Art. 36 EWGW für die Freiheit des Warenverkehrs”, **EuR** 1973, s.1 vd.

düzenlemeler de 28. madde uyarınca malların serbest dolaşımı ilkesini ihlal etme sonucunu doğuracaktır.<sup>69</sup>

### III. Kurucu Antlaşmadan Kaynaklanan İstisnalar (Md. 30)

#### 8. Genel Açıklama

Kurucu Antlaşmanın 30. maddesi (eski md.36), üye devletler arasında malların serbest dolaşımının önündeki tüm engellerin kaldırılması kuralına getirilen istisnaları düzenlemektedir.<sup>70</sup> Böylece 28 ve 29. maddeler ile getirilen yasak hükümlerinin mazur görülebileceği bazı durumlarda, üye devletlere, topluluk içi ticareti engelleyen kısıtlamaları yapma imkânını vermektedir.<sup>71</sup> Böyle bir düzenleme getirilmesinin arkasında yatan neden olarak, Topluluğun henüz her alanda mutlak bir şekilde düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığı, dolayısıyla 30. maddede belirtilen bazı alanlarda hukuk düzeni tarafından korunan değerlerin, kamusal genel çıkarların korunması sorumluluğunun hala üye devletlerde olduğu, mutlak bir kısıtlama yasağının üye devletlerin belirtilen sorumluluklarını yerine getirmek için gerekli düzenleme yapma yetkilerini kullanılmaz hale getireceği belirtilmektedir.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> OLIVER, op. cit. s. 81;

<sup>70</sup> C- 46/76 Bauhuis v. Netherlands [1977], ECR 5, para. 12-15.

<sup>71</sup> EHLERS, “Freier Warenverkehr und gewerbliche Schutzrechte”, JA 1994, s. 110.

<sup>72</sup> Ayrıca HAILBRONNER, Art. 30 EGV, HAILBRONNER/WILMS(Hrsg.), Recht der Europäischen Union, 3.Lfg., 1/2004, içinde s. 6; SCHOEDER, Art. 30 Rn. 2, SCHWARZE(Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, içinde s. 460.

Bu hükmün daha çok malların serbest dolaşımı ilkesinin, ulusal düzenlemelerle kısıtlanmasının zorunlu gereklilik kavramı çerçevesinde Topluluk hukuku tarafından da kabul edilen bazı özel durumlara ilişkin olduğu Divan tarafından da belirtilmiştir.<sup>73</sup> Bu nedenle 30. madde Topluluk hukuku tarafından kabul edilen bir menfaat çatışmasının standartlaştırılması şeklinde de değer içermektedir.<sup>74</sup>

30. madde, belli bazı alanlarda yetkilerin üye devletlerin takdirine bırakıldığı bir hüküm değildir. Bu maddede belirtilen hukuka uygunluk nedenleri, üye devlet mevzuatının, maddede sayılan hedeflerden birine ulaşma amacıyla sınırlı olduğu ölçüde malların serbest dolaşımından ayrılmasına imkân tanımaktadır.

Bu madde hükmüne göre; *“28. ve 29. maddelerin hükümleri, kamu ahlakı, kamu düzeni veya kamu güvenliği; insan hayatı ve sağlığının korunması, hayvan ve bitkilerin hayatlarının korunması; sanatsal, tarihi veya arkeolojik değere sahip ulusal varlıkların korunması veya sınai ve ticari mülkiyetin korunması sebebiyle ithalat, ihracat ya da transit yasağı veya bunlara ilişkin kısıtlama konmasına engel oluşturmaz. Ancak, bu yasaklama ve kısıtlamalar, üye devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayırım veya örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılmayacaktır.”*

---

<sup>73</sup> C- 182/84 Openbaar Ministerie v. Miro BV [1985], ECR 3731, para. 13; ayrıca bkz. **LEIBLE**, Art. 30 Rn.6, **GRABİTZ/HILF** (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, loseblattsammlung, Münih: 1999; **EPINEY**, Art. 28, **CALLIESS/RUFFERT**(Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, 2002, Rn. 5.

<sup>74</sup> Bkz. **SCHOEDER**, loc. cit.

Getirilen bu madde ile üye devletler tarafından topluluk içi ticarete getirilen kısıtlamaların bir kısmının Topluluk hukukuna aykırılığı ortadan kalkacaktır.

Hükümün lafzı incelendiğinde karşımıza iki husus çıkmaktadır. İlk olarak yasa koyucu, hangi durumlarda, üye devletler arasındaki ticaretin kısıtlanmasının topluluk hukukuna uygun olduğunu belirterek malların serbest dolaşımı ilkesinin istisnalarını sıralamıştır. Daha sonra ise getirilen bu istisnalarının tabi olduğu hukuki sınırları çizerek istisnaların istisnaları belirtilmiştir. 28 ve 29. maddelerin aksine, istisna hükmü olduğu için, dar yorumlanması gereken<sup>75</sup> 30. maddedeki bu düzenleme, yerli mallar ile diğer üye devletlerde üretilen mallar arasında ayrımcılık yaratmayan kısıtlamalara da uygulanabilmektedir.<sup>76</sup> Bu hüküm çerçevesinde getirilen istisnadan yararlanmak isteyen üye devlet, öncelikle Topluluk içi ticareti kısıtlayan ulusal düzenlemenin 30. maddenin ilk fıkrasıyla korunması amaçlanan menfaatlerden birinin varlığını ispatlamalı, ayrıca alınan ulusal önlemler orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.<sup>77</sup> Şimdi sırasıyla Topluluk hukuku tarafından korunan menfaat alanları 30. madde de düzenlenen istisnalar çerçevesinde ele alınacaktır.

---

<sup>75</sup> Karşılaştırma için C- 113/80 *Kommission v. Irland* [1981], ECR 1625.

<sup>76</sup> Bkz. **BECKER**, Art. 30 Rn. 40, **SCHWARZE**(Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, içinde, s. 80.

<sup>77</sup> **BAYKAL**, “Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Menfaatler Arasında Denge Arayışı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi** Kış 2006, Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan, Cilt:5, No:2, s. 117.

## 9. Kamu Ahlakı

30. madde uyarınca koruma altına alınan menfaatlerden ilki kamu ahlakının korunmasıdır. “Ulusal çıkarların güvenlik vanası”<sup>78</sup> olarak tanımlanan klasik kamu düzeni ve güvenliği kavramlarına ek olarak getirilen kamu ahlakı kavramına ilişkin Üye devletler arasında farklı ahlaki anlayış ve değerlerin varlığı, bu ilkenin Divan tarafından önüne gelen somut olaylarda yorumlanmasını zorunlu kılmıştır.<sup>79</sup>

İngiltere’ye yapılan pornografik yayınların ithalatını yasaklayan ulusal düzenlemelerin, Kurucu Antlaşmanın 30. maddesi uyarınca mazur görülüp görülemeyeceğinin ön karar yoluyla Divan’a sorulması üzerine, Divan, *Henn & Darby* kararında<sup>80</sup>, ”her üye devletin kendi ülkesel sınırları içinde kamu ahlakıyla ilgili standartları belirleme hususunda yetkiyle haiz olduğunu vurgulamış; bu bağlamda, Henn ve Darby tarafından İngiltere’ye ithal edilmek istenen pornografik içerikli ürünlerin ithalini yasaklayan ulusal yasa hükmünün, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlamasına rağmen, üye devletler arası ticarete keyfi ayrımcılığa ve örtülü bir kısıtlamaya yol açmadığını” vurgulayarak bu düzenlemenin md. 30 çerçevesinde kamu ahlakının korunması amacıyla mazur görülebileceğini belirtmiştir. Divan’ın bu kararı, öğretide kamu ahlakı kavramının belirlenmesinde üye devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakıldığı şeklinde değerlendirilmiştir.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> SCHNEIDER, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, 1998, s. 57.

<sup>79</sup> HAILBRONNER, op cit. s. 27.

<sup>80</sup> C- 34/79 *Regina v. Henn & Darby* [1979], ECR 3795, para. 13.

<sup>81</sup> EPINEY, Art. 30, CALLIESS/RUFFERT(Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, 2002, içinde Rn. 30; SCHOEDER, loc. cit.

Öte yandan Divan, daha sonraki tarihli *Conaquete* davasında ise, kamu ahlakı gerekçesine dayanılarak yapılan kısıtlamanın Topluluk hukukuna aykırılık teşkil ettiğini belirterek, üye devletlere kamu ahlakına ilişkin tanınan hareket serbestisinin sınırlarını belirlemiştir.<sup>82</sup> Almanya'dan ithal edilen erotik madde ve oyuncakların ahlaki nedenlerle İngiltere'ye sokulmaması üzerine açılan davada, davacı taraf olan ithalatçı firma yetkilileri, getirilen yasaklamanın sadece ithal edilen malları kapsadığını belirterek, aynı malların İngiltere'de üretilmesi ve pazarlanması konusunda herhangi bir kısıtlamanın olmadığından hareketle, bu uygulamanın ayrımcı bir uygulama olduğunu ileri sürmüşlerdir. Öte yandan İngiliz Hükümeti yasaklama getirilen malların kamu ahlakına aykırı müstehcen ve edepsiz materyaller olduğunu, bu nedenle getirilen yasaklamanın 30. madde kapsamında mazur görülmesi gerektiği savunmasını yapmışlardır. Divan *Henn & Darby* kararının aksine, burada davacının gerekçelerini, İngiltere'de davaya konu olan malların üretilmesini ve pazarlanmasını yasaklayan herhangi bir yasal gerekçe bulunmaması ve İngiltere'nin kendi toprakları üzerinde bu gibi malların dağıtımını engelleyici, ciddi ve etkin önlemler almamasından dolayı haklı bulmuştur.

## **10. Kamu Düzenin Korunması**

30. madde kapsamında malların serbest dolaşımı ilkesine getirilen istisnalardan birisi de kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen kısıtlamalardır. Diğer istisnalardan farklı olarak çok geniş bir muhtevaya sahip olan kamu düzeni

---

<sup>82</sup> C- 121/85 *Conaquete* [1986], ECR 1007.

kavramı, Divan tarafından oldukça dar kapsamlı olarak yorumlanmıştır.<sup>83</sup> Özellikle bir ürünün üretilmesi veya piyasa sunulmasının cezai hükümler içeren ulusal düzenlemeleri ihlal ettiği gerekçesiyle kısıtlanması, tek başına 30. maddede üye devletlere tanınan hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan kamu düzeninin korunması amacıyla mazur görülemez.<sup>84</sup> Divan, Üye devletlerin, zaman içinde keyfi şekilde topluluk içi ticareti kısıtlayan ulusal düzenlemelerini kamu düzeninin korunması amacıyla yaptıkları iddialarını büyük çoğunlukla reddetmiş, kamu düzeni kavramının Topluluk hukuku kavramı olarak, ulusal hukuk düzenlerinden farklı şekilde ve dar yorumlanması gerektiğinin altını önemle çizmiştir.<sup>85</sup> İçeriği çok geniş ve belirsiz olan kamu düzeni kavramının, örneğin Alman Polis ve Güvenlik Kanunundaki şekilde yorumlanması mümkün değildir.<sup>86</sup>

Kamu düzeni istisnasının kapsamını belirleyen en önemli Divan içtihadı *R v. Thompson, Johnson and Woodiwiss* davasıdır.<sup>87</sup> İngiltere’de tedavülden kalkmış eski altın ve gümüş paraların ticaretini yapan bir firmanın, daha sonra bu paraları eriterek, altın ve gümüş ithalatının yasak olduğu ülkeye bu yolla, altın ve gümüş ithal ettiği

---

<sup>83</sup> Bkz. **MÜLLER-GRAFF**, Art. 30, **VON DER GROEBEN//SCHWARZE**(Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG- Vertrag, Bd. 1, 6. Auflage, Baden-Baden:2003, içinde Rd. 47- 49; **MİLLARG**, Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG, 2001, s. 141; **AHLFELD**, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis- Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Art. 30 EGV, Baden-Baden: 1997, s. 63.

<sup>84</sup> C- 16/83 *Prantl* [1984], Slg. 1984, 1299; **SCHNEIDER**, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG- Vertrag, 1998, s. 57 vd.

<sup>85</sup> C- 95/81 *Commission v. Italy*[1982] ECR 2204; C- 50/83 *Commission v. Italy*[1984], ECR 1633; C- 54/85 *Commission v. Italy* [1988] ECR 951; C- 239/90 *Boscher*[1991], Slg. 1991 I- 2023; C- 426/92 *Deutsches Milch-Kontor I*,[1994], Slg. 1994 I- 2527.

<sup>86</sup> **MİLLARG**, log. cit.

<sup>87</sup> C- 7/78 *R v. Thompson, Johnson and Woodiwiss* [1978], ECR 2247.

gerekçesiyle açılan davada ulusal mahkeme konuyu ön karar yoluyla Adalet Divanı'na yollamıştır. Konuyu inceleyen Divan, İngiltere'de madeni paraların tedavülden kalksa bile özel kişiler tarafından eritilmelerinin yasak olduğunu, bu yasağın geleneksel olarak devletin temel menfaatlerinden biri olan para basma hakkının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek, getirilen bu yasağın kamu düzeninin korunması gerekçesine dayanarak mazur görülebileceğini kabul etmiştir. Öte yandan, bir suç fiilinin ortaya çıkarılması ve takibatı amacıyla malların serbest dolaşımı ilkesinin kısıtlanması, tehlikenin somut olması koşuluyla Divan tarafından kabul edilebilir bulunmuştur.<sup>88</sup> Buna karşın, benzin istasyonu sahiplerinin, benzin fiyatlarının asgari satış fiyatının devlet tarafından belirlenmesinden vazgeçilmesi karşısında protesto eylemi yapma ihtimallerine karşı kamu düzeninin korunması gerekçesiyle getirilen kısıtlamayı somut tehlikenin varlığının bulunmaması nedeniyle kabul etmemiştir.<sup>89</sup>

## 11. Kamu Güvenliği

Üye devletlerin iç ve dış güvenliği<sup>90</sup> kapsayan kamu güvenliğinin korunması istisnası, kamu düzeninin bir parçası olarak üye devletlerin daha sık başvurduğu hukuka uygunluk gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>91</sup> Kamu güvenliğinin korunması amacıyla kısıtlamaya gidilmesi için özellikle kamu kurumlarının ve bu

---

<sup>88</sup> Çalıntı araçların İtalya'ya ithalatının engellenmesi amacıyla getirilen kısıtlamayı Divan, Kamu düzeninin korunması kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. C- 154/85 *Kommission v. Italien* [1987], Slg. 2717 Rn. 13.

<sup>89</sup> C- 231/83 *Cullet/Leclere* [1985], Slg. 305, Rn. 32.

<sup>90</sup> C- 367/89 *Richardt* [1991], Slg. I- 4621, Rn. 22; C-124/95 *Centro-Com* [1997], Slg. I- 81, Rn. 44.

<sup>91</sup> MÜLLER-GRAFF, log cit. , Rn. 55.



kurumların sunduğu kamu hizmetlerinin ciddi şekilde tehlikeye düşürülmesi gerekmektedir.<sup>92</sup> Bu kapsamda stratejik önemi olan veya savaş sanayi için gerekli ürünlerin ihracatının kısıtlanması hususunda kamu güvenliğinin korunması gerekçesi kullanılabilir.<sup>93</sup> Ayrıca Kurucu Antlaşmanın 296. md.(b) fıkrasında getirilen düzenlemeyle silah, mühimmat ve savaş malzemeleri ile ilgili ticaret malları, malların serbest dolaşımının dışında bırakılmıştır.<sup>94</sup>

Kamu güvenliği hususunda dikkat çeken bir diğer konu da, üye devlet vatandaşları için yaşamsal öneme sahip su, elektrik, enerji gibi temel ihtiyaçların temini gibi konularda kamu güvenliği istisnasının nasıl yorumlanması gerektiğidir.<sup>95</sup> Divan bu konuda getirilen kısıtlamaları, orantılılık ilkesi uyarınca inceleyerek, kamusal ihtiyaçların ticaret yoluyla temin edilmesi imkânının bulunduğu ölçüde üye devletler tarafından getirilen kısıtlamaları Topluluk hukukuna aykırı olarak nitelendirmiştir.<sup>96</sup>

Kamu güvenliğine ilişkin kısıtlamanın yorumlanması hususunda Divan tarafından verilen bir diğer önemli karar da, *Campus Oil* kararıdır.<sup>97</sup> Dava konusu olayda, İrlanda hükümetinin petrol ithalatçılarına yönelik çıkardığı ulusal düzenleme

---

<sup>92</sup> **BECKER**, Art. 30 Rn. 12.

<sup>93</sup> C- 367/89, log. cit.

<sup>94</sup> AT. Ant. md. 296 (b):”Her üye devlet, silah, mühimmat ve savaş malzemesi, ticareti veya üretimi ile ilgili, kendi güvenliği açısından temel çıkarlarının korunması için gerekli gördüğü tedbirleri alabilir; bu tedbirler, sadece askeri amaç taşıyanlar dışındaki ürünler ile ilgili ortak pazar rekabet koşullarını olumsuz yönde etkileyemez.”

<sup>95</sup> C- 398/98 *Kommission v. Griechenland* [2001], Slg. I- 7915, Rn. 29.

<sup>96</sup> C -379/98 *PreussenElektra* [2001], Slg. I- 2099, Rn. 206.

<sup>97</sup> C- 72/83 *Campüs Oil* [1984], ECR 2727.

ile ithalatçı firmalar, ithal etmiş oldukları petrolün belirli bir oranı kadar miktarı ilgili bakanlık tarafından belirlenen fiyat üzerinden, İrlanda'da mevcut petrol rafinerisinden satın alma zorunluluğuna tabi tutulmuşlardır. Bu düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, petrol üreticisi bir ülke olmayan İrlanda için, petrol kadar ülke topraklarında bulunan petrol rafinerisinin hayati önem taşıdığı; dolayısıyla da bu rafinerinin ticari olarak faaliyetlerini sürdürebilmek için ürünlerini satmak amacıyla böyle bir ulusal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Divan, herhangi bir üye devlette petrol ürünlerinin üretiminin durmasının kamu güvenliğini ciddi şekilde tehlikeye düşüreceğini belirterek, İrlanda Hükümetinin çıkardığı düzenlemeyi Topluluk hukukuna uygun bulmuştur.

Divan'ın genel olarak kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması ile ilgili verdiği kararlar incelendiğinde, Divan'ın bu kavramları üye devletlerin hukuk düzenlerinden farklı, Topluluk hukukunun özerk kavramları olarak dar yorumladığını görmekteyiz. Özellikle, üye devletlerin bu kavramların arkasına gizlenerek, malların serbest dolaşımının önüne yeni kısıtlamalar getirmesini engellemek amacıyla taşıyan Divan'ın yorumlarının, Kurucu Antlaşmanın amaçları içerisinde yer alan serbest dolaşımın önündeki engellerin kaldırılması hedefine hizmet edecek şekilde olduğu ortaya çıkmaktadır.

## **12. İnsan, Hayvan ve Bitkilerin Sağlığının ve Yaşamlarının Korunması**

Üye devletlerin gerek ulusal ekonomileri, gerekse uluslararası ticari ilişkilerinde, insan, hayvan ve bitki sağlığının ve yaşamının korunması, çok büyük

önem arz etmektedir. Bu nedenle, Üye devletlerin insan, hayvan ve bitki sağlığının ve yaşamının korunması gerekçesine dayanarak çok sık biçimde malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama getirdiklerini görüyoruz. Özellikle, gıda maddeleri ve hayvansal ürünlerin ithalatında üye devletler, ülkeye giriş sırasında ürünlerin kendi ülkelerindeki kabul edilen standartlara uygunluğunun tespiti amacıyla gerekli kıldıkları gümrük inceleme yükümlülüklerini bu hükme dayandırmaktadırlar. Bu nedenle, getirilen bu kısıtlamaların hukuki sınırlarının belirlenmesi amacıyla, Divan tarafından verilmiş çok sayıda karar bulunmaktadır.

#### **a. İnsan Sağlığı ve Yaşamının Korunması**

İnsan sağlığının ve yaşamının korunması özel bir öneme sahiptir. 30. maddede getirilen istisnalar arasında bu konunun önem açısından ilk sırada geldiğini Divan önemle vurgulamaktadır.<sup>98</sup> Ayrıca, bu konunun önemi Kurucu Antlaşmanın diğer hükümleriyle de vurgulanmıştır.<sup>99</sup> Öte yandan, koruma seviyesinin kapsamını belirleme yetkisi Topluluk hukuku sınırları içinde üye devletlere bırakılmıştır.<sup>100</sup> Üye devletler, insan sağlığının ve yaşamının korunması amacıyla malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama getiren düzenlemeleri ciddi sağlık riski taşıyan durumlar için kullanılmalıdır. Bu kapsamda düzenlemelere gidilirken, üye devlet

---

<sup>98</sup> C- 104/75 *de Peijper* [1976], Slg. 613, Rn. 14- 18; C- 320/93 *Ortscheit* [1994], Slg. I- 5243, Rn.16.

<sup>99</sup> Kurucu Antlaşmanın Hedefleri arasında yer alan, AT. Ant. md. 3/1(p):"Sağlık korumasının üst düzeyde gerçekleştirilmesine katkı sağlanması"; md. 152/1:"Topluluğun her türlü politika ve girişimlerinin tanımlanması ve yürütülmesinde insan sağlığının yüksek düzeyde korunması sağlanır."

<sup>100</sup> C- 104/75 *de Peijper* [1976], Slg. 613, Rn. 14- 18.

vatandaşlarının beslenme alışkanlıkları<sup>101</sup>, tüketici davranışları<sup>102</sup>, iklimsel farklılıklar<sup>103</sup> gibi ulusal özellikler belirleyici olmaktadır.

İnsan yaşamı ve sağlığının korunması amacıyla malların serbest dolaşımına getirilen kısıtlamalar, ağırlıklı olarak insan sağlığının korunmasında yoğunlaşmıştır. Çünkü insan sağlığının korunması, aynı zamanda insan yaşamının da korunmasında temelini oluşturmaktadır.<sup>104</sup>

İnsan sağlığının korunması amacıyla malların serbest dolaşımını kısıtlayan düzenlemeler ve bu düzenlemeler çerçevesinde alınan önlemler, düzenlemeyle menfaatleri korunan muhataplar açısından hayati önem taşıdığından, getirilen kısıtlamanın istisna hükmünden yararlanarak Topluluk hukukuna uygun kabul edilmesi için, insan sağlığına yönelik tehdidin varlığı, Divan tarafından yeterli görülmektedir. Burada bahsedilen tedbirler önleyici olarak alınan tedbirlerdir. Divan bu tedbirlerin Topluluk hukukuna uygun şartlar altında alınıp alınmadığını incelerken, gerçek sağlık riskinin bulunup bulunmadığını da incelemektedir. Öte yandan, yine kısıtlamayı getiren üye devletin, ciddi sağlık politikaları yürütüp yürütmediği de Divan tarafından incelenen bir başka husus olarak karşımıza çıkmaktadır. *Commission v. United Kingdom* davasında Divan, İngiliz Hükümeti tarafından Newcastle salgını diye bilinen hastalıktan etkilenen hayvanların et ve yumurtalarının İngiltere'ye ithalatını yasaklamış, bu yasaklamaya gerekçe olarak da

---

<sup>101</sup> C- 53/80 *Eyssen* [1981], Slg. 409, Rn. 13.

<sup>102</sup> C- 97/83 *Melkunie* [1984], Slg. 2367, Rn. 19.

<sup>103</sup> C- 94/83 *Heijn* [1984], Slg. 3263, Rn. 19; C- 54/85 *Mirepoix* [1986], Slg. 1067, Rn. 15.

<sup>104</sup> **FRENZ**, op. cit. s. 361.

insan sağlığının korunması istisnasını göstermiştir. Ancak, Divan, mevcut yasağın ciddi bilimsel araştırma ve incelemeler yapılmadan alındığını ve mevcut dzenlemenin asıl amacının İngiltere'ye Fransa'dan artan oranda yapılan kümes hayvanı ithalatının engellenmesi olduğunu tespit ederek, mevcut kısıtlamayı Topluluk hukukuna aykırı bulmuştur.<sup>105</sup> Mevcut kararda belirtildiği üzere, insan sağlığının korunması amacıyla kısıtlama yapılma yoluna başvurulması için öncelikle, mevcut sağlık riskinin tespiti amacıyla ilgili bilimsel araştırmaların yapılması gerekmektedir.<sup>106</sup>

Sağlık riskinin hangi ölçüde tespit edilebilir olduğu her somut olayın kendi koşullarına göre belirlenecektir. Belirli ürün gruplarının rahatsızlıklara yol açtığının bilimsel olarak tespitinin tamamlanmadığı, ancak, ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarının ciddi boyutlara ulaşabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlara örnek olarak, kamuoyunda deli dana hastalığı olarak bilinen BSE (Bovine spongiform ensefalopati) hastalığının insanlarda *Creutzfeldt-Jakob* rahatsızlığına yol açtığı konusundaki uzun süreli belirsizlik verilebilir. Deli dana hastalığının somut olarak insanlarda rahatsızlık yarattığının tıbbi olarak belirlenmesine kadar, İngiltere'den her türlü canlı hayvan ve hayvansal ürünlerin ithalatının durdurulması yoluna başvurulmadığı görölmüştür.<sup>107</sup> Bu örneğin de gösterdiği üzere, sağlık

---

<sup>105</sup> C- 40/82 *Commission v. United Kingdom* [1984], ECR 2793.

<sup>106</sup> C- 17/93 *Van der Veldt* [1994],Slg. I-3537, Rn. 17.

<sup>107</sup> İlk olarak Nisan 1985 yılında İngiltere'de tespit edilmiş olan BSE hastalığı, 20 Mart 1996 tarihinde "BSE hastalığının insanlara da bulaştığına ilişkin kuvvetli şüpheler bulunduğu"nun resmen açıklanmasından itibaren, bütün dünyada korku ve endişeyle karşılaşmış ve o tarihten bu yana gündemdeki yerini korumuştur. Bkz. 21.03.1996 tarihli **FAZ(Franfurter Allgemeiner Zeitung)**. Bu açıklama üzerine Almanya, Spongiform Encephalopathy hastalıklarından korunmak amacıyla çıkartılan Tüzük hükümleri uyarınca Büyük Britanya, Kuzey İrlanda ve İsviçre'den her türlü canlı

tehdidinin arttığı ölçüde, ciddi bilimsel iddiaların varlığı, kısıtlamanın alınması için gerekli olmaktadır. Kimi fanatik çevreci grupların aktivist tutumları doğrultusunda hemen kısıtlama yoluna başvurmak yerine, ciddi emarelerin varlığının araştırılması, Topluluk hukuku açısından daha doğru bir yaklaşım olmaktadır.<sup>108</sup>

#### aa. Sınır Kontrolleri

Özellikle BSE hastalığının ortaya çıkmasından sonra Topluluk içinde sistematik sınır kontrollerin yapılması önem kazanmıştır. Öte yandan, getirilen sınır kontrollerinin, gerek ulaşım maliyetlerinin artmasına, gerekse ulaşım sürelerinin uzamasına yol açtığı bilinmektedir. Bu nedenle getirilen sınır kontrolleri, topluluk içi ticareti kısıtlayan miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilse bile, insan sağlığının korunması amacıyla getirilen istisna hükmü olarak kabul edilebilecektir. Ancak, çifte sağlık kontrolünün varlığı halinde, orantılılık ilkesinin ihlali nedeniyle getirilen düzenlemeler, Topluluk hukukunun ihlali sonucunu doğuracaktır.<sup>109</sup>

Topluluk içi dana eti ve dana eti içeren ürünlerin ithalatında uygulanacak kuralların belirlenmesi amacıyla 17.07.2000 tarihinde Bakanlar Konseyi tarafından,

---

hayvan ve hayvansal ürünlerin ithalatına yasak koymuştur. Bu yasak, Dünya Sağlık Örgütü(WTO) tarafından yapılan ve BSE hastalığının *Creutzfeldt-Jakob* hastalığına yol açtığına ilişkin somut bağlantıların bulunmadığı açıklamasıyla, kısa süre sonra 30.03.1996 yılında kaldırılmıştır. Bkz. BAnz. 1996, s. 3817.

<sup>108</sup> OSSENBÜHL, “Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz”, NVwZ 1986, s. 166.

<sup>109</sup> DAUSES, op. cit. s. 50.

Avrupa Parlamentosu ile birlikte tüzük çıkartılarak, bu konuda Topluluk çapında uyumlaştırma yoluna gidilmiştir. Böylece üye devletler tarafından keyfi şekilde yapılacak sınır kontrolleri ile malların serbest dolaşımı ilkesinin kısıtlanmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.<sup>110</sup> Bu düzenleme ile dana eti içeren ürünlere uygulanacak kapsamlı bir etiketleme yöntemi ile, BSE salgını ile başlayan ve Topluluk içi ticaretin olumsuz etkileyen gelişmelerin ortadan kaldırılması için gerekli önlemler alınmış olmaktadır.

### **bb. Azami Sınır Değerlerinin Belirlenmesi**

Meyve ve sebzelerin zararlı haşaratlardan korunması amacıyla kullanılan ilaçların içerdiği kimyasalların azami sınır değerlerini belirleyen ulusal düzenlemeler, aynı zamanda malların serbest dolaşımı üzerinde sınırlayıcı etki yapmaktadır. İnsan sağlığının korunması istisnası kapsamında değerlendirilen bu kısıtlamaların içerdikleri sınır değerlerin, aktüel bilim ve araştırma sonuçlarının belirlediği değerlerin üstünde olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, orantılık ilkesi uyarınca, Topluluk hukukunu ihlal ettikleri sonucu doğacaktır.<sup>111</sup>

### **cc. Katkı Maddeleri**

Gıda ürünlerinde kullanılan katkı maddeleri ve genetiği değiştirilmiş gıdalar, insan sağlığı açısından en tartışmalı alanların başında gelmektedir. Üye devletler, insan sağlığını tehdit eden bu ürünlerin ticaretini kısıtlayacak önlemler alma yolunu

<sup>110</sup> AB Resmi Gazetesi, No L 204, 17.07.2000.

<sup>111</sup> C- 54/85 *Mirepoix* [1986], Slg. I-1067, Rn. 16.

tercih etmektedirler. Divan, üye devletler tarafından getirilen kısıtlama önlemlerini orantılılık ilkesi uyarınca değerlendirmekte ve alınan önlemden daha hafif başka bir araçla insan sağlığının korunması imkânının bulunması halinde, üye devletlerin topluluk hukukunu ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. Özellikle, katkı maddesi içeren ürünlerin üye devletler tarafından yasaklanması yerine, bu ürünlerin piyasaya sunulmadan önce sağlık denetimine tabi tutulması veya ambalajlarının üstüne yeterli açıklayıcı bilgilerin yapıştırılması yolunun tercih edilmesi halinde, Divan, getirilen bu ulusal önlemlerin, insan sağlığının korunması amacıyla kabul edilebileceğini belirtmiştir.<sup>112</sup>

Genel bir yasaklama düzenlemesi yerine tercih edilebilecek bir diğer araç da, katkı maddesi içeren ürünün piyasa sürülmeden önce yetkili sağlık mercilerinin iznine tabi tutulmasıdır. Ancak, bu izin prosedürünün de Topluluk hukukuna uygun olması için, genel ve düzgün işleyen bir mekanizma şeklinde organize edilmesi ve kısıtlama getirilen ilgili ürünlerin, insan sağlığını tehdit etmediğinin ciddi şekilde incelenerek, eklenen katkı maddelerinin teknolojik zorunluluklar nedeniyle kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>113</sup> Teknolojik zorunluluğun belirlenmesinin temel ölçüsü, ithalatı yapan üye devletin yorumuna göre değil, uluslararası bilimsel araştırmaların sonuçlarına göre yapılmalıdır.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> C- 219/84 *Commission v. France* [1988], ECR. 793.

<sup>113</sup> C- 174/82 *Sandoz* [1983], Slg. I- 2445, Rn. 19; C-247/84 *Motte* [1985], Slg. I- 3887, Rn. 22; C-304/84 *Muller* [1986], Slg. I- 1511, Rn. 22; C-42/90 *Bellon* [1990], Slg. I- 4863, Rn.14.

<sup>114</sup> C- 13& 113/91 *Debus* [1992], Slg. I- 3617, Rn. 27; C- 293/89 *Kommission v. Griechenland* [1992], Slg. I- 4577, Rn. 10; ayrıca Divan'ın Gıda ürünleri konularındaki kararlarının değerlendirmesi için bkz. **STREINZ/HOFFMANN**, "Die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Lebensmittelrechts 1990-1992", **JZ** 1993, s. 712-721.



Topluluk, genetiği değiştirilmiş gıda maddelerinin piyasaya sunulma koşullarının belirlenmesi ve insan sağlığının korunması amacıyla, bu tür ürünlerin niteliği konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi ve tüketicilere, gerekli uyarının yapılmasını sağlayacak özel bir işaret taşıması zorunluluğunu düzenleyen bir düzenleme çıkarmıştır.<sup>115</sup>

#### **dd. Tıbbi Bakım İhtiyacının Güvence Altına Alınması**

İnsan sağlığının korunması için gerekli temel koşullardan bir diğeri de, bireylerin temel tıbbi bakım ve destekten yoksun bırakılmasının önlenmesidir. Tıbbi amaçlı üretilen ürünlerin piyasaya sunulmasının yasaklanması, malların serbest dolaşımını engelleyen bir durum olarak, ancak, bir üye devlette çok ciddi sağlık sorunlarının önlenmesi için gerekli bir tedbir olması halinde 30. maddenin tanıdığı istisna hükmü kapsamında mazur görülebilecektir.

Divan, insan sağlığının korunması amacıyla; özellikle, zorunlu ihtiyaç nedeniyle, kan, kan ürünleri, organ ve doku parçaları, ilaçlar, sağlık alet ve gereçlerinin ihracatının üye devletler tarafından kısıtlanması konusundaki katı tutumunu yumuşatmıştır.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Genetiği değiştirilmiş ürünlerin özel bir tanıtım işareti taşımasına ilişkin Birlik Tüzüğü 22.07.2003 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Bakanlar Konseyi tarafından çıkarılmıştır. Bkz **AB Resmi Gazetesi**, C 113 E, 22.07.2003, s. 21.

<sup>116</sup> C- 324/93 *Evas zur Vorhaltung von Suchtstoffen für wichtige medizinische Zwecke* [1995], Slg. I-563, Rn. 37 vd.

Divan'ın, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan ulusal düzenlemeleri, üye devletlerin ulusal korumacı politikalar izleme amacını taşımadığı durumlarda, insan sağlığının korunması istisnası kapsamında değerlendirdiği bir diğer karar da *R. V. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain* kararıdır. Kraliyet Eczacılar Birliğinin, doktorların yazmış olduğu reçetelerdeki ilaçlarının muadili olan başka ilaçların, eczaneler tarafından, hastalara vermesini yasaklayan kararını her ne kadar ayrımcı bir uygulama olmasına rağmen, hastaların sağlığının ve güveninin korunması açısından kabul edilebilir bulmuştur.<sup>117</sup> Divan bu kararıyla, tahmini 100 milyon sterlin değerindeki paralel ithalatı engellerken, insan sağlığının korunması amacıyla, malların serbest dolaşımı ilkesinin hedefi arasındaki menfaatler dengesini insan sağlığının korunması yönünde kullanmıştır.<sup>118</sup> Bu kararıyla Divan, Birlik çapında ortak bir düzenleme yapılmayan alanlarda üye devletlerin insan sağlığının korunması konusunda almış oldukları kararların, malların serbest dolaşımını kısıtlaya bile mazur görülebileceğini bir kere daha vurgulamıştır. Öte yandan, üye devletlerin kendi ülkeleri için nasıl bir sağlık standardı belirleyeceği konusundaki takdir yetkisini kullanırken, bu standartların maksadını aşan bir şekilde, özellikle diğer üye devlet ürünlerinin söz konusu ülkeye girmesini engelleyecek biçimde kullanmaması gerektiğinin de altını çizmiştir.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> C- 266 &/87 *R. V. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, **CMLRev.**1989, C.2, s. 751 vd.

<sup>118</sup> **GEDDENS**, “Free Movement of Pharmaceuticals Within the Community: The Remaining Barriers”, **ELRev.** 1991,C.16, s. 301.

<sup>119</sup> **HANCHER**, “Creating the Internal Market for Pharmaceutical Medicines- An Echternach Jumping Progression” **CMLRev.** 1991, C.28, s. 852 vd.

## b. Hayvan ve Bitkilerin Sağlığı ve Yaşamının Korunması

Hayvan ve bitki sağlığı ve yaşamının korunması, biyolojik çeşitliliğin ve türlerin yaşam ve varlıklarını sürdürebilme koşullarının güvence altına alınmasını kapsamaktadır. Bu amaçla, üye devletler tarafından malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal düzenlemeler, çeşitli açılardan incelenebilir. Öncelikle, bu düzenlemelerin tek tek hayvan veya bitkileri değil, büyük popülasyonları kapsadığını unutmamak gerekmektedir.<sup>120</sup>

Divan, üye devletler tarafından getirilen kısıtlamaları ele alırken, hayvan ve bitkilerin sağlığının korunması amacıyla çıkarılan düzenlemeler ile hayvan ve bitkilerin yaşamının korunması için çıkarılan düzenlemeler arasında ayırım yapmaktadır. Hayvan ve bitki türlerinin varlığını sürdürme ve soylarının tükenmesinin önlenmesi amacı, hayvan ve bitki türlerinin yaşamının korunması kapsamında değerlendirilirken; hastalık, zehirlenme, yaralanma sonucu hayvan ve bitki sayılarında meydana gelebilecek azalmanın engellenmeye çalışılması, hayvan ve bitki sağlığının korunması kapsamında yer almaktadır.<sup>121</sup>

Üye devletler, bitki ve hayvanlar için tehlike yaratan ürünlerin, ticaretine kısıtlama getirirken, özellikle, ülkelerindeki doğal yaşamı tehlikeye sokacak mikro organizmaların, salgın hastalıkların yayılmasına yol açacak ürünlerin, ithalatının yasaklanmasını tercih etmektedir.<sup>122</sup> Bu şekilde, yerli türlerin korunması

---

<sup>120</sup> C- 67/97 *Bluhme* [1998], Slg. I- 8033, Rn. 34.

<sup>121</sup> **FRENZ**, op. cit. s. 368.

<sup>122</sup> C- 131/93 *Kommission v. Deutschland* [1994], Slg. I- 3303, Rn. 31 vd.

amaçlanmaktadır. Aynı şekilde, salgın hastalık tehlikesi karşısında, hayvan ve bitki ihracatına da kısıtlama getirilebilmektedir.

Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde bu konuya ilişkin getirilen istisna hükmü dışında, tehdit altında bulunan hayvan ve bitki türlerinin korunması amacıyla, Topluluk, ortak düzenleme yapma yoluna gitmiş, hangi hayvan ve bitki türlerinin ithalatına izin verileceğini belirlemek amacıyla 24.10.2001 tarihinde 2087/2001 sayılı Komisyon tüzüğü çıkarılmıştır.<sup>123</sup> Bu düzenlemeyle, Topluluk tarafından, özellikle, vahşi doğada yaşayan veya doğal ortamda yaşamını sürdüren bitki ve hayvan türlerinin ticareti kısıtlanmıştır.

### **13. Artistik, Tarihi veya Arkeolojik Değeri Olan Ulusal Servetlerin Korunması**

30. maddede yer alan istisnalar içinde üye devletlerin, malların serbest dolaşımına getirdikleri ulusal kısıtlamaları, Topluluk hukukuna göre haklı ve mazur göstermek için en az başvurdukları gerekçe, artistik, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin korunması gerekçesidir.<sup>124</sup> Bunun nedeni ise, bu gerekçeyle kısıtlama yapılabilmenin ön koşulunun, söz konusu değerlerin topluluk içi ticaretin konusu oluşturuyor olması gereğidir.

Divan, 1968 yılında verdiği kararında, İtalyan hükümetinin arkeolojik ve tarihsel değeri olan malların, İtalya'dan ihracatına getirdiği ekstra vergi yükünün,

---

<sup>123</sup> AB Resmi Gazetesi, L 282, s. 23, 24.10.2001.

<sup>124</sup> BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara: Nobel Yay., Mart 2001, s. 185.

gümrük vergisine eş etkili önlem olduğunu ve 30. maddenin istisna hükümlerinin kıyas yoluyla gümrük vergisi ve eş etkili önlemlere uygulanamayacağını belirterek, üye devletler tarafından alınan bir kısıtlamanın, 30. madde uyarınca artistik, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin korunması kapsamında meşru kabul edilebilmesi için, mutlaka topluluk içi ticareti engellemesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>125</sup>

Topluluk tarafından, kültür varlıklarına ilişkin üçüncü ülkelerden yapılacak ticareti düzenlemek için 09.12.1992 tarihinde 3911/92 sayılı Kültür Değerlerinin İhracatına ilişkin Konsey Tüzüğü çıkarılmıştır.<sup>126</sup> Yasadışı yollardan kaçırılan üye devletlere ait kültürel değerlerin iadesi amacıyla ise, 15.03.1993 tarihinde 93/7 sayılı Konsey direktifi çıkarılmıştır.<sup>127</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, Topluluk çapında uyumlaştırmaya gidilen alanlarda, artık üye devletlerin 30. maddede düzenlenen istisna hükmüne dayanarak kısıtlama yoluna başvurma imkânının kalmamasıdır.<sup>128</sup>

İkincil düzenlemelerin dışında kalan alanlarda üye devletler, artistik, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin korunması amacıyla kısıtlama yoluna başvurabileceklerdir. Hangi ürünlerin artistik, tarihi veya arkeolojik değerinin olduğuna ilişkin Kurucu Antlaşma hükümlerinde herhangi bir tanımlama

---

<sup>125</sup> C- 7/68 *Commission v. Italy* [1968], ECR 428.

<sup>126</sup> **AT Resmi Gazetesi**, No: L 395, 09.12.1992.

<sup>127</sup> **AT Resmi Gazetesi**, No: L 4 s. 74, 15.03.1993.

<sup>128</sup> C- 190/87 *Oberkreisdirektor v. Moormann BV* [1978], ECR 4689; bkz. **FRENZ**, op. cit. s. 354; **CRAIG/BURCA**, *Eu Law. Texts, Cases and Materials*, 3rd Edition, Oxford-New York: Oxford University Press, 2003, s. 635.

yapılmamıştır. Ancak, 93/7 sayılı direktifin ekinde yer alan açıklama listesi bu konuda çıkış noktası olarak kabul edilebilir.<sup>129</sup>

Bu çerçevede, yüz yaşından büyük arkeolojik eserler, bunların parçaları, dini sanatsal heykeller; fotoğraflar, tablolar, mozaikler, filmler, el yazmaları, yüz yaşından büyük eski kitaplar, iki yüz yaşından büyük haritalar; zooloji, botanik, mineraloji ve anatomi alanlarındaki arşiv ve derlemeler; tarihi, etnografik, nümizmatik koleksiyonları ve yetmiş beş yaşından büyük tarihi ulaşım araçları ve elli yaşından büyük antika eşyalar ulusal servet kapsamı içinde sayılmıştır. Tabi bu sayılan eserler, sadece artistik, tarihi veya arkeolojik değer taşımaları halinde koruma altına alınacaktır.<sup>130</sup>

#### **14. Sınâî ve Ticari Mülkiyetin Korunması**

30. madde de yer alan istisnalar arasında, malların serbest dolaşımı ilkesiyle bağdaştırılma konusunda en çok sıkıntının yaşandığı alan sınâî ve ticari mülkiyet haklarının korunması amacıyla getirilen ulusal kısıtlamalardır.<sup>131</sup>

Doğası gereği sınâî ve ticari mülkiyet hakları, hak sahiplerine belirli bir coğrafi alanda herkese karşı ileri sürülebilen, inhisari nitelikli çok geniş yetkiler tanımaktadır. Bu yetkiler arasında hak konusu ürünü; üretmek, ticarî işlemlere konu yapmak (satış, lisans v.s), sözleşme akdetmek için icapta bulunmak, ihraç etmek,

---

<sup>129</sup> Bkz. MÜLLER-GRAFF, op cit. Rn. 63.

<sup>130</sup> FRENZ, op cit. s. 371.

<sup>131</sup> BARNARD, op. cit. s. 173; DAUSES, op. cit. s. 54.

ithal etmek, fiilen kullanmak, sayılan amaçlarla depolamak bulunmaktadır. Öte yandan, bu hakların kullanımı, bu haklara konu olan malların serbest dolaşımı sırasında "miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir" gibi etki yaratarak, Topluluğun malların hiçbir engel bulunmaksızın dolaştığı bir iç pazar yaratma hedefini ciddi şekilde tehdit etme potansiyeline sahiptir.<sup>132</sup>Bir yandan malların serbest dolaşımının güvence altına alınması, öte yandan ise ulusal, sınaî ve ticari mülkiyet haklarının korunmasının temini ve aradaki dengenin sağlanması amacıyla, Divan bu konuda önüne gelen davalarda, sınaî ve ticari mülkiyet haklarının korunması için, Topluluk düzeyinde ortak bir hukuksal yapının oluşturulması amacıyla gerekli temel ilkelerin oluşturulması yönünde bir tutum izlemiştir. Bu kapsamda, bir yandan, her üye devlette farklı ulusal düzenlemelere tâbi olan sınai ve mülkiyet haklarının özel ve dinamik karakterini dikkate alarak ekonomik hedefleri de gözeterek değerlendirmeler yapan Divan, Topluluk düzeyinde bu alanda yapılan uyumlaştırma çalışmalarına yol gösterecek “sınai mülkiyet haklarının varlığı/kullanılması, hakkın spesifik konusu, hakkın tüketilmesi” gibi çok önemli ilkeler geliştirmiştir.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> **OLIVER**, op. cit. s. 1; **TRITTON**, “Articles 30 to 36 and the Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ Now of an Ideal Standart”, **E. I. P. R.** 1994, s. 422; **BEIER**, “Gewerblicher Rechtsschutz and freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und Verkehr mit Drittenstaaten”, **GRUR Int.**, 1989, s. 603 vd.

<sup>133</sup> **BERNUNT**, Urheberrechtsschranken im freien Warenverkehr, Baden-Baden, 2000, s. 87 vd.; **ÖZCAN**, Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara: Nobel Yayınları, 1999, s. 114.

**a. Sınaî ve Ticari Mülkiyet Haklarının Varlığı/Kullanılması  
Ayrımı<sup>134</sup>**

Fikri ve sınaî mülkiyet hakları ile ilgili olarak her üye devletin ulusal düzenlemeleri birbirinden farklılıklar göstermektedir. Bu durumun nedenleri arasında üye devletlerin farklı ulusal sanayi politikalarına sahip olmaları, ekonomik yaklaşım ve algılamalardaki farklılıklar, farklı yasama tekniğinin kullanılıyor olması, kendine özgü hukuk gelenekleri, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler, gelişmişlik farklılıkları sayılabilir.

Topluluk düzeyinde uyumlaştırma çabalarının sürmesine rağmen, üye devletlerin ulusal yasaları ve mahkeme kararlarıyla korunan fikri ve sınaî hakların, Topluluk hukukunu ihlal etmeyecek şekilde uygulanması, doğası gereği monopolcu (tekelci) haklar içeren bu hakların mutlak şekilde uygulanmasına izin vermemektedir.

Buna karşın, Kurucu Antlaşmanın 295. maddesinde yer alan *“bu Antlaşma, üye devletlerdeki mülkiyet rejimini düzenleyen kuralları hiçbir şekilde etkilemez.”* hükmü ile ulusal sınaî mülkiyet haklarının varlığı, Topluluk hukukunca da teminat altına alınmıştır.<sup>135</sup> Öte yandan, 30.madde ile 295. madde hükümleri beraber değerlendirildiğinde, ülkesel sınırlar içerisinde hak sahiplerine inhisari haklar tanıyan fikri ve sınaî haklar, Topluluk düzeyinde uygulanırken malların serbest dolaşımı

---

<sup>134</sup> BEIER, op. cit s. 609.

<sup>135</sup> SCHROEDER, op. cit. s. 465.



ilkesini düzenleyen hükümlere ve Divan'ın bu konudaki içtihadına uygun olmak zorundadır.<sup>136</sup>

Divan, sınaî ve ticari mülkiyet haklarının varlığı/kullanılması teorisini malların serbest dolaşımı ilkesine ilk defa *Deutsche Grammophon v. Metro* kararında uygulamıştır.<sup>137</sup> Bu davada hukuk sözcüsü, Divanın önceki içtihadına dayanarak, endüstriyel mülkiyet haklarının varlığı ve özü konularının üye devletlerin ulusal yasama organının yetki alanında bulunduğunu, buna karşın, bu hakların kullanımının Topluluk hukukunun konusuna girdiğini belirtmiştir. Yine aynı doğrultudaki görüşünü Divan, *Terapin v. Terranova* davasında “36. maddenin genelinden ve ikinci fıkrasından anlaşılacağı üzere, Kurucu antlaşmanın, üye devletlerin ticari ve sınai haklarının varlığını etkilemeyeceğini, ancak bu hakların kullanılmasının Antlaşma hükümlerine tabi olduğunu belirterek”<sup>138</sup>, sınai ve ticari mülkiyet haklarının varlığının üye devletlerin ulusal düzenlemelerine tabi olduğunu, ancak, bu hakların malların serbest dolaşımı ilkesine uygun kullanılması gerektiği vurgulamıştır.

Öte yandan Divan'ın fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı ve kullanımı arasında yaptığı ayrımın, muğlak ve anlaşılmaz olduğu, aynı zamanda, malların serbest dolaşımı ilkesi ile ulusal fikri ve sınai mülkiyet hukukları arasındaki çatışmanın çözümüne katkısı bulunmadığı yönündeki eleştiriler literatürde bazı

---

<sup>136</sup> C- 56/64 ve 58/64 *Grundig und Consten* [1966], Slg. 519; C- 16/74 *Centrafarm* [1974], Slg. 1183, Rn. 4/7.

<sup>137</sup> C- 78/70 *Deutsche Grammophon v. Metro* [1971] ECR 487.

<sup>138</sup> C- 119/75 *Deutsche Grammophon v. Metro* [1976] ECR 1039; **AXSTER**, ““Bestand” der Kennzeichnungsrechte und ihre “Ausübung” im Sinne von Art. 36 EWGV- Vier Jahre nach Terranova”, **GRUR** 1980, s. 594 vd.

yazarlar tarafından ileri sürülmüştür.<sup>139</sup> Bu eleştiriler doğrultusunda Divan da, daha sonraki verdiği kararlarda sınai ve ticari mülkiyet haklarının varlığı/kullanılması teorisini kullanmaktan vazgeçerek hakkın spesifik konusu gibi yeni ilkeler geliştirmiştir.<sup>140</sup>

## b. Hakkın Spesifik Konusu

Hakkın spesifik konusu teorisi, Divan'ın ulusal fikri ve sınai hakların Topluluk içinde malların serbest dolaşımı ilkesi ile bağdaştırılması için yarattığı ikinci önemli yaklaşımdır. Genel olarak, hakkın spesifik konusu kavramını, fikri ve sınai hakları oluşturan telif hakkı, patent ve marka, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi hak türlerinde, hak sahibine tanınan münhasır hakların 30. maddede belirtilen istisnalardan yararlanıp yararlanmayacağını sınırlarını belirleyen temel kriterler olarak açıklayabiliriz.<sup>141</sup>

Divan, *Deutsche Grammophon v. Metro* kararında, fikri hakların varlığı ve kullanılması arasındaki sınırın belirlenmesi konusunda, özellikle, 30. maddenin imkan tanıdığı sınırlama ve kısıtlamaların, ancak, bir malın spesifik amacını teşkil eden hakkın korunmasını meşru gösterdiği ölçüde izin verileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde getirilen kısıtlama ve sınırlandırmalar, fikri ve sınai hakların spesifik konusunu koruduğu ölçüde istisna hükmünden yararlanabilecek, bu amacı aşan

---

<sup>139</sup> BEIER, “Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal Market”, 1990,2 IIC, s. 147; BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ, op. cit. s. 188; TRITTON, op. cit. s. 423.

<sup>140</sup> C- 9/93 *Ideal Standart* [1994], CMLRev.1994, s. 857.

<sup>141</sup> SCHROEDER, op. cit. s. 466.

kısıtlamalar, Topluluk hukukunun ihlali sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, fikri ve sınai haklar alanının konusuna giren farklı alanlarda, hakkın spesifik konusunun ne şekilde belirleneceği sorununu Divan önüne gelen davalar sırasında, her bir alan için ayrı ayrı tanımlayarak çözüme yolunu tercih etmiştir.

#### **aa. Patent Hakkının Spesifik Konusu**

Divan, patent hakkının spesifik konusunu ilk defa *Centrafarm BV. V Sterling Drug Inc.* kararında tanımlamıştır.<sup>142</sup> Dava konusunu oluşturan olayda, “Negram” adlı üriner dolaşım yolları enfeksiyonlarının tedavisinde kullanılan ilacın, Hollanda ve Birleşik Krallık’taki patent hakları, merkezi New York’ta bulunan Sterling Drug adlı bir Amerikan şirketine aittir. Centrafarm isimli bir Hollanda firması “Negram” isimli bu ilacı, İngiltere ve Almanya’dan daha ucuza satın alarak, Hollanda’ya ithal etmiştir. Aralarında herhangi bir anlaşma olmadan Centrafarm isimli firmanın, “Negram” adlı ilacı Hollanda’da piyasaya sürmesi üzerine, Sterling Drug firması patent hakkının ihlal edildiği iddiası ile Hollanda mahkemelerinde dava açmıştır. Ulusal mahkeme tarafından, dava ön karar yoluyla Divanın önüne gelmiştir.

Divan, öncelikli olarak, malların serbest dolaşımı ile ilgili Kurucu Antlaşma hükümlerini yorumlamış ve özellikle 30. madde (şu anki 28.madde) hükmü ile, üye devletler arasında ithalatta tüm miktar kısıtlamaları ve bunlara eş etkili önlemlerin yasaklanmış olduğunu belirttikten sonra, 36. madde (şu anki 30.madde) hükmü ile, sınai ve ticari mülkiyet haklarının korunmasının mazur görülebileceği ithalat

---

<sup>142</sup> C- 15/74 *Centrafarm BV. Et Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.*[1974], ECR 1147.

yasaklarının ve kısıtlamaların, bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinin altını çizmiştir. Ayrıca, Divan, üye devlet yasaları ile koruma altına alınmış ulusal sınai ve ticari mülkiyet haklarının güvence altında bulunduğunu belirttikten sonra, bu hakların kullanılmasının belli şartlar altında kurucu antlaşmadaki yasaklardan etkilenebileceğini, 36. maddede yer alan istisnanın, ancak söz konusu hakkın spesifik konusunu meşru kıldığı ölçüde uygulanabileceğini vurgulamıştır.<sup>143</sup>

Bu kararıyla Divan, patent haklarının spesifik konusunu şu şekilde tanımlamıştır:

*“Patent hakkı çerçevesinde, hak sahibi, buluşunu ticari olarak üretme, bu ürünü ilk defa piyasaya sürme ve patent hakkının ihlali halinde bu ihlali engelleme konusunda mutlak bir hakka sahiptir. Patent sahibi bu hakkını bizzat kendisi kullanabildiği gibi, üçüncü kişilere lisans vererek de kullanabilir. Patent hakkı sahibine verilen bu güvence, patente konu olan buluşun sahibinin yaratıcı çabalarını ödüllendirmek için verilmiş olup, patent hakkının spesifik konusunu oluşturmaktadır.”*

Bu kararla birlikte patent haklarının spesifik konusunu, buluşun ticari olarak ilk defa piyasaya sunulması ve patent sahibinin yaratıcı çabalarının ödüllendirilmesi olarak değerlendirebiliriz. Bu karar çerçevesinde artık, patent sahibi kişiler, patent hakkına dayanarak, başka bir üye devlet ülkesinde, bizzat kendisi veya izin verdiği üçüncü kişiler tarafından pazarlanmış bulunan ürünün satışını yasaklayamayacaktır.

---

<sup>143</sup> **DEMARET**, “Patent- und Urheberrechtsschutz, Zwangslizenzin und freier Warenverkehr im Gemeinschaftsrecht”, **GRUR Int.** 1987, s. 1.

Bu tip yasaklayıcı ulusal düzenlemeler, Kurucu Antlaşmanın ortak pazarda malların serbest dolaşımına ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz.<sup>144</sup>

### **bb. Marka Hakkının Spesifik Konusu**

Divan, marka hakkının spesifik konusunu belirlerken, patent hakkının spesifik konusunda yaptığı gibi kesin bir tanıma ulaşmak yerine, her olayda o olayın mevcut özelliklerine göre marka hakkının spesifik konusunu yeniden belirlemiştir.

Patent hakkının spesifik konusunu belirlerken incelenen *Centrafarm BV v. Wintrop BV* davası, aynı zamanda marka hakkının spesifik konusunun belirlendiği temel kararlardan birisidir.<sup>145</sup> Bu kararda, marka hakkının spesifik konusunun kapsamını irdeleyen Divan, marka hakkı sahibinin hangi ölçüde bu karara dayanabileceğini şu şekilde açıklamıştır: “*Ticari marka sahibinin, o markayı münhasıran kullanma hakkı, markanın konusunu teşkil eden ürünün ilk defa piyasaya sürülmesini ve söz konusu markayı hukuka aykırı şekilde satmak suretiyle, markanın sağladığı avantajlardan yararlanmak isteyen üçüncü kişilere engel olunmasını kapsamaktadır.*”<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> **GAMM**, “Urheberrechtliche Verwertungsverträge und Einschränkungen durch den EWG-Vertrag, **GRUR Int.** 1983, s. 403- 404; ayrıca bkz. **GOTZEN**,”Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Art. 30- 36 des EWG- Vertrag, **GRUR Int.** 1984, s. 146.

<sup>145</sup> C- 16/74 *Centrafarm BV. Et Adriaan de Peijper v. Wintrop BV* [1974], ECR 1183.

<sup>146</sup> Divan, daha sonraki kararlarında da benzer tanıma başvurmuştur. Bu kararlar için bkz. C- 1/81 *Pfizer v. Eurim-Pharm* [1981], Slg. 2913, Rn. 8; C- 102/77 *Hoffman- La Roche v. Centrafarm* [1978], Slg. 1139, Rn. 7.

Bu tanımdan yola çıkarak marka hakkının konusunu, marka hakkının konusunu oluşturan ürünün, sadece marka sahibi veya onun izin verdiği kişilerce ilk defa piyasaya sürülebileceği ile marka sahibine tanınan mutlak hakların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde, marka sabinin ulusal marka hakkına dayanarak bu ihlali durdurabilmesi oluşturmaktadır.

### **cc. Telif Haklarının Spesifik Konusu**

Telif hakkının spesifik konusunun kapsamı, ATAD'ın *Phil Collins* kararında ortaya konulmuştur.<sup>147</sup> Dava konusunu oluşturan olayda, İngiliz şarkıcı ve besteci Phil Collins, Amerika'da vermiş olduğu bir konserin ses kayıtlarının Cd olarak, kendisinden izinsiz Almanya'da pazarlayan Imtrat plak şirketi aleyhine ulusal mahkemede dava açmıştır. Bağlantılı diğer dava olan Emi Electro davası ise, İngiliz şarkıcı Cliff Richard'ın İngiltere'de 1958 ve 1959 yıllarında verdiği konser kayıtlarının telif haklarına sahip Emi Electro firmasının, kendisinden izinsiz olarak Patricia plak şirketinin konser kayıtlarını çoğaltıp satması üzerine Almanya'da dava açması üzerine ön karar yoluyla Divan'ın önüne gelmiştir.

Divan, öncelikle Topluluk hukuku düzeyinde henüz edebi ve sanatsal haklarla ilgili ortak düzenlemelerin bulunmadığını, dolayısıyla bu hakların korunmasıyla ilgili şartları belirleme yetkisinin üye devletlere ait olduğunu belirttikten sonra, telif haklarının spesifik konusunu şu biçimde açıklamıştır: "*Telif hakkı, ulusal yasalarda belirtildiği üzere hak sahibinin maddi ve manevi haklarının korunmasını*

---

<sup>147</sup> C- 92&326/92 *Phill Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft GmbH ve Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft and Leif Emanuel Kraul v. Emi Electrola GmbH* [1993], ECR 5145.

amaçlamaktadır. Manevi hakların korunması, eser sahibi ve icracı sanatçılara, eserlerinin, kendi ünlerine zarar verecek şekilde tahrifine, değiştirilmesine ve diğer tüm değişikliklere karşı çıkma imkanı vermektedir. Ayrıca maddi haklar kapsamında, hak sahiplerine telif hakları ödemelerini talep etme hakkı da vermektedir.”

*Musik Vertrieb Membran v. Gema* davasında ise Divan, telif haklarının kapsamını, bir eserden alıntı yaparken, eser sahibinin adının muhakkak belirtilmesi gerektiği şeklindeki manevi hakların yanında, telif haklarının konusunu teşkil eden eserin ticari olarak piyasaya sürülmesi, pazarlanması, lisans sözleşmesi yoluyla belirli bir bedel karşılığı 3. kişilere devri gibi ekonomik hakları içine alacak şekilde belirlemiştir.<sup>148</sup>

#### **dd. Endüstriyel Tasarım Hakkının Spesifik Konusu**

Endüstriyel Tasarım hakkının spesifik konusuna ilişkin en önemli Divan kararlarından birisi *Volvo v. Veng* kararıdır.<sup>149</sup> Dava konusu olayda, Volvo 200 serisi araçların ön rüzgârlıklarına ilişkin tasarım hakkına sahip Volvo firması, bu parçayı kendisinden izinsiz olarak imal eden ve İngiltere’de satmakta olan Erik Veng şirketi aleyhine, ulusal mahkemelerde dava açmıştır. Ön karar yolu ile Divan’ın önüne gelen davada, Divan, öncelikle tasarım modellerinin korunmasına ilişkin henüz topluluk hukuku düzeyinde uyumlaştırmanın mevcut olmadığını ifade ettikten sonra, bu nedenle, tasarım hakkının korunmasına ilişkin şartların ulusal yasalar tarafından

---

<sup>148</sup> C- 55&57/80 *Musik Vertrieb Membran v. Gema*. [1981], ECR 147.

<sup>149</sup> C- 238/87 *AB Volvo v. Erik Veng*. [1988], ECR 6211.

belirleneceğini ve hangi ürünlerin bu korumadan faydalanacağını ulusal yasa koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiştir.

Endüstriyel tasarım hakkının spesifik konusunu, tasarım hakkı sahibinin kendi tasarımı ile bağlantılı olarak, tasarım konusunu oluşturan ürünün, üçüncü kişiler tarafından üretimini, satışını ve ithalatını önleme hakkını içermektedir.

Bu konuya ilişkin *Maxicar v. Renault* kararında ise Divan, endüstriyel tasarım sahibinin rızası dışında bir başka üye devlette üretilmiş, tasarım konusuyla ilintili parçaların, Ortak Pazar içinde satışını engelleyebilmesinin, tasarım hakkının özünü ve spesifik konusunu teşkil ettiğini kabul etmiştir.<sup>150</sup>

### c. Hakkın Tüketilmesi İlkesi<sup>151</sup>

Fikri ve sınai haklar, hak sahibine hakkın spesifik konusu doktrini kapsamında, ulusal yasaların dışında Topluluk hukuku düzeyinde de koruma imkanı getirmiştir. Ancak bu koruma sınırsız değildir. Fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibi, ürününü piyasaya sürdükten sonra, artık hakkın konusunu oluşturan ürünün, topluluk içindeki serbest dolaşımına fikri ve sınai haklara dayanarak engel olamaz.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> C- 53/87 *CÍCRA and Maxicar v. Renault*[1988], ECR 6071.

<sup>151</sup> Bu ilke Almandaki “*Erschöpfungsgrundsatz*” karşılığı olarak kullanılmaktadır.

<sup>152</sup> Daha geniş bilgi için bkz. **BECKMANN**, “Endgültiges Ende der weltweiten Erschöpfung des nationalen Markenrechts”, **NJW** 1999, s. 1688-1689; **BEIER**, “Grenzen der Erschöpfungslehre im Markenrecht”, **GRUR Int.** 1978, s. 263; **SOSNITZE**, “Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht”, **WRP** 1998, s. 951-959; **SACK**, “Die Erschöpfung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrecht nach europäischem Recht”, **GRUR Int.** 1993, s. 193-215.



60'lı yıllardan itibaren ulusal fikri ve sınaî haklara ilişkin düzenlemelere dayanarak fikri ve sınaî hak sahiplerinin, hakkın konusunu oluşturan ürünlerin diğer üye devletlerden paralel ithalatını engellemeye çalıştıklarını görmekteyiz.

Divan, Kurucu Antlaşmanın 2. maddesinde ifadesini bulan ekonomik entegrasyonun sağlanabilmesi için, malların serbest dolaşımı ilkesinden taviz verilmemesi gerektiği düşüncesiyle fikri ve sınaî hak sahibinin bu haklara dayanarak, ilgili ürünün paralel ithalatı engellemesini önlerken, bu yargısal yaklaşımını; bu haklar konusunda ulusal mevzuatın gözetilmesi gerektiğini vurgulayan, Antlaşmanın 30 ve 295. maddeleri (o tarihlerde 36 ve 222. maddeler) ile bağdaştıracak çözümler aramıştır.

Fikri ve sınaî hak konusu bir mal ile ilgili bir paralel ithalatın engellenmesi olayında, Divan, malın "Topluluk içinde herhangi bir yerde", hak sahibi tarafından veya onun rızası çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından piyasaya sürüldüğü anda, fikri ve sınaî hakkının verdiği yetki, o mal açısından Topluluk coğrafi alanında sona erdiği şeklinde görüşünü vurgulayarak Topluluk düzeyinde hakkın tüketilmesi ilkesini tanıdığını teyit etmiştir. Bu durumdan itibaren artık, hak sahibi, ürünün diğer üye devletlere ihracatını engelleyemeyeceği gibi, aynı ürünün tekrar aynı ülkeye paralel ithalatına da engel olamayacaktır. Bu ilkeye hakkın tüketilmesi ilkesi denilmektedir.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> SCHROEDER, op. cit. s. 467.

Divan, bu yaklaşımı ile her bir üye devletin ulusal sınırları içinde geçerli olan "ulusal tükenme" ilkesini, Topluluk çapında "bölgesel tükenme" ilkesine dönüştürerek, Topluluğa üye devletlerin coğrafi sınırlarını fikri ve sınai hakların tükenmesi açısından tek bir ülke toprağı gibi kabul ettiğini göstermiştir.<sup>154</sup>

Hakkın tüketilmesi ilkesinin, Topluluk hukuk düzeni içinde hakkın spesifik konusu teorisi ile birlikte değerlendirildiğı ilk karar, 1970 tarihli *Deutsche Grammophon* davasıdır.<sup>155</sup> Dava konusu olayda, Alman müzik şirketi Deutsche Grammophon' un ürettiğı plakları Metro adlı bir firma, Fransa'dan daha ucuza satın alarak Almanya'ya ithal etmiştir. Bunun üzerine Deutsche Grammophon firması Alman mahkemelerinde, Alman yasalarının müzik sektörüne tanıdığı kanuni haklarının ihlal edildiğı gerekçesiyle Metro firması aleyhine dava açmıştır. Ayrıca söz konusu plakların ilk defa Almanya'da piyasaya sürülmediğı gerekçesiyle, Alman Telif Hakları Kanununun tanıdığı hakların tükenmediğini ileri sürmüştür. Ön karar yoluyla Divanın önüne gelen davada, Divan öncelikle, Kurucu Antlaşmanın 36. maddesinde (şu anki md. 30) belirtilen istisnalara, ancak hakkın spesifik konusunu oluşturan hususların korunması amacıyla başvurulabileceğini belirtmiştir. Bu açıklamadan sonra, Divan, ayrıca, telif hakkı sahibinin bizzat kendisi veya rızası bulunan üçüncü kişiler tarafından, bir başka üye devlet ülkesinde piyasaya sürmüştüğü ürünlerin ithalatını, söz konusu dağıtımın ilk defa kendi ülkesinde

---

<sup>154</sup> **ARIKAN**, Fikri-Sınaî Haklar Açısından Paralel İthalat-AB ve Türkiye-, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları(Hukuk) Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi, 2001, s. 94- 95.

<sup>155</sup> C- 78/70 *Deutsche Grammophon v. Metro*[1971], Slg. 487, Rn. 11.

gerçekleşmediği gerekçesiyle engelleyemeyeceğini belirterek, bu durumun Topluluğun tek pazar amacına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir.

Bu kararıyla Divan, ilgili ürünün, hak sahibinin kendisi veya rızası ile bir başkası tarafından bir üye devlet ülkesinde ilk defa piyasaya sürmesiyle, hakkının tükenmiş olduğunu açıkça belirterek, fikri ve sınaî haklarda tükenme ilkesinin Topluluk düzeyinde iç pazarın bütününe kapsayacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

#### **IV. İstisnaların Sınırı (AT. Ant. Md. 30/1) ve Orantılılık İlkesi**

##### **1. Genel Açıklama**

28 ve 29. maddede düzenlenen yasaklama hükmüne, 30. maddede getirilen istisnaların hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan mutlak şekilde uygulanması, malların serbest dolaşımı ilkesinin uygulanmaz hale getirilerek, Ortak Pazar fikrinin gerçekleşmesini engelleyen birçok durumla karşı karşıya kalınma olasılığını doğuracaktır.<sup>156</sup> Bu sakıncanın ortadan kaldırılması için, istisnaların sınırları belirlenmiş; bu istisnaların, keyfi ayrımcılığa veya üye devletler arasındaki ticaretin örtülü şekilde kısıtlanmasına yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.<sup>157</sup> Divan, *Henn and Darby* davasında<sup>158</sup>, istisna hükmüne getirilen kısıtlamanın amacını, 30. maddede tanınan istisna hükmüne dayanarak, Topluluk içi

---

<sup>156</sup> **BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ**, op. cit. s.177.

<sup>157</sup> AT. Ant. md. 30/2: “Ancak bu yasaklama ve kısıtlamalar, Üye Devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı olamaz.”

<sup>158</sup> C- 34/79 *Henn and Darby* [1979], ECR 3795, Rn. 21.

ticarete getirilen kısıtlamaların kötüye kullanılarak, diğer üye devletlerde üretilen ürünlere yönelik ayrımcılık yaratılmasının veya dolaylı olarak belli yerli ürünlerin avantajlı şekilde korunmasının engellenmesi olduğunu belirtmiştir.

Öğretide bazı yazarlar, getirilen sınırlamayı çok geniş bir filtreye benzeterek, bu şekilde istisna hükmün, kendisinden beklenen amaca hizmet etmekten çok uzak olduğu eleştirisini getirmişlerdir.<sup>159</sup>

İstisnaların sınırlandırılması amacıyla getirilen bu iki kısıtlama kısmen orantılılık ilkesinin somutlaştırılarak uygulanması şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>160</sup> Divan, büyük çoğunlukla istisnaların sınırlandırılmasını incelerken orantılılık ilkesiyle beraber değerlendirmektedir.<sup>161</sup>

Ancak, orantılılık ilkesinin ihlalinin söz konusu olmadığı durumlarda bile, ithal ürünlere, yerli ürünler karşısında keyfi ayrımcılık içeren muameleler yapılmasına imkân tanıyan ulusal önlemlerin olabileceğininde göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Özellikle, üye devletlerin ulusal ticaret politikaları çerçevesinde bazı

---

<sup>159</sup> Bkz. **BECKER**, Art. 30 Rn. 79, **SCHWARZE**(Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, içinde s. 491; **DAUSES**, "Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, **RIW** 1984, s. 197; ayrıca **BRÄNDEL**, "Die gemeinschaftsrechtlichen Mißbrauchstatbestände bei Ausübung nationaler Schutzrechte (Art. 36 Satz 2 EWGV), **GRUR** 1980, s. 512; **MOENCH**, op. cit. s. 2689.

<sup>160</sup> **EPİNEY/MÖLLERS**, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, Köln, 1992, s. 81; **MİDDEKE**, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen umweltrelevanter Alleingänge im Verhältnis zum freier Warenverkehr, Köln, 1994, s. 168 vd.

<sup>161</sup> Bkz. C- 178/84 *Commission v. Germany* [1987], ECR 1227, para. 35; C-113/91 *Debus* [1992], I-3641, Rn. 16; C- 27/80 *Fietje* [1980], Slg. 3893; C-174/82 *Sandoz* [1983], Slg. 2445, Rn. 18; C-247/84 *Motte* [1985], Slg. 3905, Rn. 23.

yerli ürünleri ve dolayısıyla bunları üreten yerli üreticileri korumak amacıyla, diğer üye devletlerden ithal ettikleri ürünlere ilişkin getirdikleri kısıtlamalar böyle durumlara yol açabilmektedir.<sup>162</sup> Bu gibi durumlarda, Divan, istisnaların sınırlarının aşıldığı iddialarını orantılılık ilkesinden bağımsız olarak ayrıca değerlendirmektedir.<sup>163</sup>

## 2. Ticarete Keyfi Bir Ayrımcılığa Yol Açmamak

Kurucu Antlaşma hükümleri arasında ayrımcılık kavramına birden fazla yer verilmesine karşın, “keyfi bir ayrımcılıktan” sadece 30. maddenin ikinci fıkrasında söz edilmiştir.<sup>164</sup> Bu hüküm, esas olarak GATT Anlaşması’nın genel istisnaları düzenleyen XX. maddesinden alınmıştır.<sup>165</sup>

Ticarete keyfi bir ayrımcılıktan söz edilmek için yerli ürün ile ithal edilen ürün arasında uygulanan farklı muamelenin, nesnel olarak hukuka uygunluk

---

<sup>162</sup> DAUSES, Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, **RIW** 1984, s. 197-203; HAÏLBRONNER, Umweltrecht und Umweltpolitik in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, s. 29.

<sup>163</sup> FRENZ, op cit. s. 398.

<sup>164</sup> Keyfilik kelimesinin özel bir anlam taşıyıp taşıyıp taşıyıp tartışması için bkz. BRÄNDEL, op. cit. s. 513.

<sup>165</sup> Bkz. LANG, op. cit. s. 45; BÜYÜKTAŞKIN, op. cit. s. 145; GATT 1994’ün istisnalara ilişkin XX. maddesi, diğerlerinin yanı sıra Anlaşmanın hiçbir hükmünün insan, hayvan ve bitki yaşam ve sağlığı ile nesli tükenmekte olan doğal kaynakların korunması için ülkelerin gerekli gördükleri önlemleri almalarını engelleyemeyeceğine hükmetmektedir. Ancak, alınacak önlemlerin, aynı koşulların geçerli olduğu ülkeler arasında, *keyfi bir ayrımcılığa yol açacak ya da uluslararası ticaretin üzerinde örtülü bir kısıtlama* oluşturacak şekilde uygulanmaması madde dibacesinde yer alan önkoşuldur. Bu suretle, istisnaların ülkeler tarafından dolaylı koruma sağlamak amacıyla kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

sebeplerinden birisini taşımaması gerekmektedir.<sup>166</sup> İstisna hükmün sınırının bu kadar geniş olarak ifade edilmesi, keyfi ayrımcılığının kendi anlamını yitirmesine yol açacaktır.<sup>167</sup> Çünkü farklı muamelenin objektif olarak varlığının araştırılması, aslında malların serbest dolaşımı ilkesinin istisnalarını düzenleyen 30. maddenin uygulanma şartlarının mevcut olup olmadığının incelenmesi anlamına gelecektir.

Öte yandan, şu ana kadar keyfi ayrımcılık kavramının yorumlanmasına ilişkin Divan'ın doğrudan bir kararı bulunmamaktadır.<sup>168</sup> Ancak, Divan, *Henn and Darby* davasında, keyfi ayrımcılıkla ilgili olarak, üye devletlerin istisna hükümlerinden yararlanırken, bu haklarını ayrımcılık veya korumacılık yapmak amacıyla kötüye kullanmamaları gerektiğini ifade etmiştir.<sup>169</sup> Bu görüş doğrultusunda, orantılılık ilkesinden bağımsız olarak, keyfi ayrımcılık kavramından, yerli ürünler ile ihraç veya ithal edilen ürünler arasında haklı bir sebebe dayanmayan eşit olmayan muamele yapılması anlamı çıkartılabilir.<sup>170</sup> İhraç veya ithal edilen ürünlere yeni ek yükümlülükler getiren bu zorunlu uygulamaların, yerli ürünlere uygulanmaması nedeniyle keyfi ayrımcılık içerdiği sonucunu ortaya çıkmaktadır.<sup>171</sup> Keyfi ayrımcılıktan söz edebilmek için gerekli unsurlardan birisi de, açıkça bir ulusal önlemin varlığıdır. Bu konuya ilişkin Divan iki önemli karar vermiştir. Alkollü içeceklerin reklâmının yapılmasını yasaklayan iki ulusal düzenlemeden ilkinе ilişkin

---

<sup>166</sup> **BECKER**, op. cit. s. 492; ayrıca **OLİVER**, *Free Movement of Goods in the European Community*, Londra: Sweet and Maxwell, 1996, s. 182.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> **FRENZ**, log. cit.

<sup>169</sup> C- 34/79 *Henn and Darby* [1979] ECR 3795.

<sup>170</sup> **BECKER**, log. cit.; **OLİVER**, log. cit.

<sup>171</sup> **BECKER**, op. cit s. 493.

kararında, Divan, keyfi ayrımcılık yapıldığı kanaatine ulaşmış, diğer kararda ise keyfi ayrımcılığın oluşmadığı sonucuna varmıştır.<sup>172</sup>

Çeşitli alkollü içecek gruplarına getirilen kısmi alkol yasağı, Fransız vergi düzenlemelerinden kaynaklanmakta ve yerli tatlı şaraplar ile ithal tatlı şaraplar arasında ayrımcılık yaratmaktadır. Divan her ne kadar alkollü içeceklerin reklam yasağının insan sağlığının korunması amacıyla mazur görülebileceğini kabul etse de, somut olayda getirilen kısıtlamanın yerli alkollü içecekleri korumak amacı taşıdığı ve keyfi bir ayrımcılığa yol açtığı için Topluluk hukukunun ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İkinci karara konu olan ulusal düzenleme, Katalonyada kamuya açık alanlarda alkol oranı %23'ün üzerinde alkollü içeceklerin reklâmının yapılmasını düzenleyen İspanyol düzenlemesidir. Bu düzenleme, üretim yerine bakılmaksızın yasak kapsamındaki tüm alkollü içeceklere uygulanmaktadır. Bu nedenle Divan, söz konusu olayda keyfi bir ayrımcılığın yapılmadığı sonucuna varmıştır.

### **3. Örtülü Bir Kısıtlama Aracı Olarak Kullanılma Yasağı**

Üye devletler arasındaki ticareti kısıtlayan ulusal bir önlemin alınmasının arka planında korumacı amaçların bulunması halinde, ticaretin örtülü bir şekilde kısıtlanmasından söz edilebilir.<sup>173</sup> Özellikle üye devletler, aslında yerli ürünlerin

---

<sup>172</sup> Krş. için C- 152/78 *Commission v. Frankreich* [1980], Slg. 2299 Rn. 18; ikinci karar için bkz. C-176/90 *Aragonesa de Publicidad* [1991], Slg. I-4151.

<sup>173</sup> **BECKER**, log. cit.

korunması amacıyla kısıtlayıcı önlemler alırken, bu önlemlerin başka bir hukuka uygunluk nedeniyle alındığını ileri sürerek, kanuna karşı hile olarak nitelendirebileceğimiz bir yolu izlemektedir. Ancak, bu gizli amacın tespiti son derece güçtür. Bu nedenle, Divan, örtülü bir kısıtlamanın varlığından söz edebilmek için, korumacı bir önlemin bulunması ve yerli ürünlerin korunması için bu düzenlemenin yapıldığına ilişkin şüphenin güçlü olmasını yeterli saymaktadır.<sup>174</sup>

Divan, insan sağlığı ve yaşamının korunması amacıyla, haşarat ilaçlarına getirilen sınır kontrollerinin, zaten daha önce ilacın üretildiği üye devlette yapılmış ve sonuçların ithal edilen ülkeye sunulmuş olması nedeniyle, ticaretin örtülü biçimde kısıtlanması amacıyla yapıldığını belirtmiştir.<sup>175</sup>

#### 4. Orantılılık İlkesi<sup>176</sup>

Üye devletlerin kendilerine 30. maddede tanınan istisna hükmünden yararlanabilmelerinin bir diğer hukuki sınırını, ulusal düzenleme ile getirdikleri kısıtlamaların orantılılık ilkesine uygun olması belirlemektedir.<sup>177</sup>

En genel olarak, orantılılık ilkesini, bir amaç ile onun gerçekleştirilmesinde kullanılacak belirli araç (ki bu araç yasal ya da idari bir düzenleme olabilir) arasında

---

<sup>174</sup> **BECKER**, log. cit.

<sup>175</sup> C- 272/80 *Biologische Producten* [1981], 3291, Rn. 14.

<sup>176</sup>Orantılılık ilkesi Alman hukukundaki *Verhältnismässigkeit* ilkesinin karşılığı anlamda kullanılmıştır. AT Ant. 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan ve Topluluğun hiç bir tasarrufunun, bu Antlaşma hedeflerine erişmek için gerekli olan sınırı aşamayacağı şeklinde ortaya koyan orantılılık ilkesi Topluluk hukukun genel ilkelerinden birisi olarak fonksiyon görmektedir.

<sup>177</sup> **HAİLBRONNER**, op cit. s. 18; **BARNARD**, op cit. s. 81- 82.



makul bir ilişkinin var olması olarak tanımlayabiliriz.<sup>178</sup> 30. maddenin uygulanması konusunda ise, maddede de açıkça ifade edildiği üzere, bir tedbirin alınmasının gerektiği durumda, amaçlanan hedeflere ulaşabilmek için ulusal düzenlemeyle getirilen kısıtlama veya yasaklama, ticarete keyfi bir ayırım ya da örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılmayacak; malların serbest dolaşımı ilkesine zarar vermeyecek önlem esas alınacaktır.

Divan, üye devlet tarafından alınan önlemin orantılılık ilkesine uygunluğunu incelerken hukukça korunan bir menfaatin varlığı, elverişlilik ve gereklilik unsurları arasında bir ayırım yapmamakta, bununla birlikte, genellikle, elverişlilik ve gereklilik unsurlarını birlikte kullanmaktadır.<sup>179</sup>

#### **a. Hukukça Korunan Bir Menfaatin Varlığı**

Orantılılık ilkesinin incelenmesinde, öncelikle Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde düzenlenen istisnaların ya da Divan'ın, Cassis de Dijon kararıyla<sup>180</sup> kabul ettiği yazılı olmayan istisnaların mevcut olması gerekmektedir. Malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan ulusal düzenlemelerin gerçekten Topluluk hukuku tarafından korunan meşru menfaatleri amaçlaması, bu kısıtlamaların başka nedenlerle

---

<sup>178</sup> BARNARD, log cit.

<sup>179</sup> SNELL, Goods and Services in EC Law, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 195.

<sup>180</sup> Divan, üye devletlerin alkollü içeceklere ilişkin farklı yasal düzenlemelerinden kaynaklanan ve bu malların Topluluk içinde serbestçe dolaşmasını kısıtlayan kuralların zorunlu gereklilik (mandatory requirements) hallerinde; mali denetim, kamu sağlığı, ticari işlemlerde adaleti sağlama ve tüketicinin korunması amacına yönelik olması durumunda mazur görülebileceğini belirterek 30. madde dışında yeni yazılı olmayan istisnalar tanımıştır. Bkz. C- 120/78 *Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979], ECR. 649.

alınmaması gerekmektedir. Diğer üye devletlerden yapılan ithalatlar nedeniyle, yerli üreticilerin uğradığı ekonomik kayıpların azaltılması gibi Topluluk hukuku tarafından korunmayan bir menfaatin elde edilmesi amacıyla yapılacak bir kısıtlama, orantılılık ilkesinin ihlali nedeniyle, Topluluk hukukuna aykırılık teşkil etmektedir.<sup>181</sup>

### **b. Seçilen Aracın Uygunluğu/Elverişlilik**

Orantılılık ilkesinin ikinci unsurunu, seçilen aracın, elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olması oluşturmaktadır. Malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlamak için alınan ulusal önlem, kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaca uygun ve Topluluk hukukunca korunan menfaatin gerçekleşmesine hizmet edecek elverişlilikte olmalıdır.<sup>182</sup> Bu noktada, üye devletlere istenen amaca ulaşmak için gerekli aracı seçmek konusunda takdir yetkisi bırakıldığından söz edebiliriz.<sup>183</sup> Sırf daha uygun başka bir aracın varlığı, üye devletin seçtiği aracın uygunsuz olduğu sonucunu otomatikman doğurmayacağı Divan tarafından belirtmiştir.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> C- 203/96 *Dusseldorp* [1998], Slg. 4127, Rn. 44.

<sup>182</sup> Bkz. **MÜLLER-GRAFF**, Art. 30 Rn. 132.

<sup>183</sup> **FRENZ**, op. cit. s. 401; **EPİNEY**, Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, 1995, s. 303 vd.

<sup>184</sup> Case 152/78 *Kommission v. Frankreich* [1980], Slg. 2315, Rn. 15 vd.

### c. Gereklilik Unsuru

Getirilen kısıtlamanın elde edilmek istenen amaç için gerekli olması halinde orantılılık ilkesinin üçüncü unsuru olan gereklilik unsurunun varlığından söz edebiliriz. İthal edilen ürünlere çifte kontrol ve denetim zorunluluğu getiren ulusal kısıtlamalar gereklilik unsurunun eksik olduğuna ilişkin en tipik olumsuz örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Üretilen üye devlette yapılan laboratuvar testlerinin birebir aynısının ithalatçı ülke tarafından tekrar istenmesi, gereklilik unsurunun eksikliği nedeniyle orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Somut örnekte, üretilen ülkedeki test sonuçlarının, ithal edilen ülke tarafından bildirim yükümlülüğüne tabi tutulması şeklinde getirilecek bir ulusal düzenlemeyle, malların serbest dolaşımı ilkesinin daha az kısıtlanması ile düzenlemeyle elde edilmek istenen amaca ulaşılabileceğini söylemek mümkündür.<sup>185</sup>

Gereklilik unsurunu incelerken, alınacak önlemler arasında bir derecelendirme yapmak ve serbest dolaşımı en az kısıtlayan önlemin belirlenerek tercih edilmesi önemlidir. Bir ürünün ithalatının topyekûn yasaklanması en katı önlem olarak derecelendirilirken, aynı amaca ulaşmak için ürünün piyasaya giriş koşullarını, belirli yükümlülükler altına sokacak kısıtlamalar getirmek veya piyasa girişinden önce belli kontrol ve incelemelere tabi tutulmasını talep etmek daha yumuşak önlemler olarak nitelendirilmektedir.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Bkz. C- 47/90 *Delhaize* [1992], Slg. I- 3669; C- 277&318&319/91 *Ligur Garni*[1993], Slg. I-6621; C- 293/94 *Brandsma* [1996], Slg. I-3159; C-400/96 *Harpegnies*[1997], Slg. I-2971.

<sup>186</sup> C- 131/93 *Kommission v. Deutschland* [1994], Slg. I-3303.

Yine aynı şekilde, tüketicilerin ürünün içeriğine ilişkin etiketleme yoluyla bilgilendirilmesi mümkün iken, ürünün, insan sağlığı ve yaşamını korumak amacıyla piyasaya sunulmasının yasaklanması, alınan önlemin gerekli unsurunu taşımadığı gerekçesiyle orantılılık ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucunu doğurmaktadır.<sup>187</sup>

Öte yandan, Divan, Trichlorethylon maddesi içeren ürünlerin yasaklanmasına ilişkin ulusal düzenlemenin orantılılık ilkesine uygunluğunu değerlendirirken, özellikle yapılan bilimsel ve tıbbi incelemeler sonucunda, böbrek kanseri ve Alzheimer hastalığına yol açma riskini arttıran bu maddenin, insan sağlığını ciddi şekilde tehdit etme tehlikesi karşısında getirilen yasak hükmünün, daha yumuşak bir önlem ile istenen amaca ulaşamayacağını ifade ederek, gerekli bir kısıtlama olduğu sonucunu varmıştır.<sup>188</sup>

## **V. Sapmalar ( 3052/95 Sayılı Topluluk Kararı )**

Avrupa Birliğinde serbest dolaşıma getirilen istisnaların dışında, üye devletlere belli şartların gerçekleştiği takdirde Topluluk hükümlerinden sapma (derogasyon) imkânı tanınmıştır. Devletlerin özel durumlarından kaynaklanan bu yola başvurabilmeleri için bu özel koşullarının bulunup bulunulmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Malların serbest dolaşımı ilkesinden sapma anlamına gelen bu özel ulusal önlemlerin daha şeffaf hale getirilmesi amacıyla, 13 Aralık 1995 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Bakanlar Konseyi birlikte, malların serbest dolaşımı ilkesinden sapma içeren ulusal önlemlere ilişkin bilgilerin değişimi için

<sup>187</sup> C- 178/84, *Kommission v. Deutschland* [1987], Slg. 1227.

<sup>188</sup> C- 473/98 *Toolex* [2000], Slg. I- 5681 Rn. 44 vd.

gerekli olan usulün belirlediği 3052/95 sayılı Topluluk kararını açıklamışlardır.<sup>189</sup> Böylece, md. 95 çerçevesinde uyumlaştırılmayan ulusal önlemlerin bir listesinin çıkarılması hedefi somutlaşmış olmaktadır.<sup>190</sup> İç pazarın işleyişinin denetimi için gerekli araçlar içerisinde bu karar, önemli bir rol üstlenmektedir. Karşılıklı tanıma ilkesi gereği bir üye devlette, o devletin ulusal düzenlemelerine uygun şekilde üretilip pazara sunulan ürün, diğer üye devletlerde de serbestçe dolaşıma tabi olacaktır. Ancak, o ürünün, tüketici sağlığını, çevrenin korunmasını veya genel kamu düzenini tehlikeye sokan özel durumunun bulunması halinde ulusal makamlar, ilgili ürünün serbest dolaşımına kısıtlama getirebileceklerdir. İşte, 3052/95 sayılı Topluluk Kararı uyarınca, bir üye devlette o devletin ulusal düzenlemelerine uygun üretilip piyasa sunulan bir ürünün, bir başka üye devletin ulusal makamı tarafından dolaşımına kısıtlama getirilmesi halinde, ilgili kısıtlamayı getiren makam, mümkün olan en kısa süre içinde diğer üye devletleri ve Komisyon'u bu kısıtlamadan haberdar etmekle yükümlüdür.<sup>191</sup> Bu şekilde, İç Pazarın işleyişini daha şeffaf hale getirmek amacıyla oluşturulan güvenlik ağını Komisyon “her durumu kapsayan genel düzenleme (Regelung für alle Fälle)” olarak adlandırmaktadır.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> 3052/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı, **AT Resmi Gazetesi** No: L 321, 30.12.1995, s.1.

<sup>190</sup> Kararın uygulanmasına ilişkin **Komisyon tarafından hazırlanan açıklama kitapçık** için bkz. [[http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/3052/guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/3052/guide_en.pdf)], (erişim tarihi 30.04. 2008).

<sup>191</sup> Kararda önlem kavramı 2.madde de “yargı kararları dışında kalmak üzere üye devlet tarafından, bir diğer üye devlette üretilip piyasada dolaşıma sürülmüş malların serbest dolaşımını sınırlayan her türlü kısıtlama” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. C- 388&429/00 *Radiosistemi Srl v. Prefetto di Genova* [2002], ECR I-5845, para. 67- 73.

<sup>192</sup> Bu kararın uygulamasının ilk yılına ilişkin **Komisyon Raporu**, 07.04.2000, KOM(2000)194, s.2. [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2000/com2000\\_0194de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2000/com2000_0194de01.pdf)], (erişim tarihi 30.04.2008); **Komisyon Kitapçığı**, s. 5.

3052/95 Sayılı kararın 1.maddesi uyarınca, bir üye devlet, bir diğer üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve piyasaya sunulan belli tür veya modeldeki ürünün serbest dolaşımını kısıtlamak istediğinde, bu kısıtlama doğrudan veya dolaylı olarak

- Bir ürünün genel olarak yasaklanması;
- Bir ürünün piyasaya sunulma izninin reddedilmesi<sup>193</sup>;
- Ürünün piyasa sürülmesi için belirli form ve biçimin zorunlu tutulması veya
- Ürünün piyasadaki toplatılması sonucunu doğuruyorsa, bu kısıtlamayı

Komisyonu bildirmek zorundadır. Ancak, kamu düzeni ve kamu ahlakının korunması amacıyla getirilen kısıtlamalar bildirim yükümlülüğünden istisna tutulmuştur.<sup>194</sup>

Bildirim yükümlülüğüne tabi kısıtlama getiren üye devlet, kısıtlama tarihinden itibaren 45 gün içinde, kararın ekinde belirtilen forma uygun olarak Komisyona bildirimde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde Topluluk Hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal eden üye devlet aleyhine Divan önünde ihlal davası açılabilir.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> C- 432/03 *Commission v. Portugal(polyethylenepipes)* [ 2005], ECR I- 9665, para. 58.

<sup>194</sup> Getirilen istisnalar için bkz. **3052/95EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı**, md. 3(2).

<sup>195</sup> C- 432/03 *Commission v. Portugal(polyethylenepipes)*, para. 60.

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMI**  
**VE YORUMLANMASINDA DİVAN TARAFINDAN GELİŞTİRİLEN**  
**İLKELER**

**E) ÖĞRETİNİN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMIYLA**  
**İLGİLİ GÖRÜŞLERİ**

**IV. Eş Etkili Önlemler Kavramının Topluluk Hukuku İçindeki Yeri**  
**Ve Önemi**

Üye devletler arasında ithalatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler yasağı, Kurucu Antlaşmanın 2. maddesinde Topluluğun amaçları arasında sayılan, büyük ölçüde rekabetin serbest olduğu, açık pazar ekonomisi ilkesine uygun şekilde üretim faktörlerinin serbest dolaşımının güvence altına alındığı, bir ortak pazarın kurulması için gerekli temel unsurların başında gelmektedir.<sup>196</sup>

Bu düzenlemenin, Kurucu Antlaşmada, “içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının güvence altına alındığı, iç sınırların olmayan bir alan” olarak tanımlanan İç pazarın gerçekleşmesi için çok önemli olduğu öğretide tartışmasız kabul edilmektedir.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> SEİDEL, “Regeln der Technik und europäisches Gemeinschaftsrecht”, NJW, 1981, s. 1120- 1121.

<sup>197</sup> AT Ant. md. 14/2 de iç Pazar kavramı tanımlanmıştır.; bu konuya ilişkin karşılaştırma için bkz. SCWEİTZER/HUMMER, Europarecht, 4. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin: 1993, s. 241; GRABİTZ/ HİLF, Art. 30, Das Recht der Europäischen Union- Kommentar, Band 1, München 2003

Yine bu amaçla, 3. madde (a) fıkrası uyarınca, Topluluk organları üye devletler arasında malların giriş ve çıkışlarında uygulanan gümrük vergileri ile malların ithal ve ihracatındaki miktar kısıtlamaları ve eş etkili diğer önlemlerin ortadan kaldırılmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Getirilen bu yükümlülük nedeniyle, bu fıkra sadece bir takvim (program) cümlesinden fazlasını ifade etmektedir.<sup>198</sup> Yine de, belirlenebilirlik şartının sağlanabilmesi ve bu hükme dayanılarak hak ve borç elde edilebilmesi için hükmün somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>199</sup> İşte bu hükmün somutlaştırılması amacıyla, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesiyle, malların ithalatını kısıtlayan miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler yasaklanmış; üye devletlerce, malların serbest dolaşımının kısıtlanmasının önüne geçilerek, Avrupa ekonomik bütünleşmesinin desteklenmesi hedeflenmiştir.<sup>200</sup>

Topluluk hukuk düzeni içinde malların serbest dolaşımı ilkesinin<sup>201</sup> taşıdığı önem açısından bakıldığında, 28. maddenin objektif bir düzen hükmünden çok, Pazar

---

içinde, Rn. 2; **MÜLLER-GRAFF**, Art. 28, **GROEBEN/ THIESING/ EHLERMANN**(Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5.Bände, 5.Aufl., Baden-Baden: 1997, içinde, Rn. 2.

<sup>198</sup> Bkz. **ZULEEG**, Art. 30, **GROEBEN/ THIESING/ EHLERMANN** (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5.Bände, 5.Aufl., Baden-Baden: 1997, içinde, Rn. 2.

<sup>199</sup> Krş. için **GRABITZ**, Art. 3, **GRABITZ/ HILF**, içinde, Rn. 1.

<sup>200</sup> **MÜLLER-GRAFF**, log. cit.

<sup>201</sup> **LENZ**, “Unlauter Wettbewerb und freier Warenverkehr in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes”, **ZEuP** 1994, s. 625; **SLYNN**, “The concept of the free movement of goods and the reservation for national action under Article 36 EEC Treaty”, **SCHWARZE**(Hrsg.), Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, Baden-Baden: 1988 içinde s.17; aynı görüş için *C- 49/89 Corsica Ferries France* [1989], Slg. 4441, Rd. 8.



vatandaşlarına (Marktbürger)<sup>202</sup> bireysel/sübjektif haklar vermek amacını taşıyan bir norm olduğunu söylenebilir.<sup>203</sup>

Divan, *Van Gend Loos* kararıyla ”Topluluğun, üye devletlerin kendisi yararına, belirli alanlarda da olsa egemen yetkilerini sınırladıkları ve sınırlarının sadece üye devletlerden değil, aynı zamanda onların vatandaşlarından da oluşan ... yeni bir hukuk düzenine vücut verdiğini, dolayısıyla Topluluk hukukunun üye devletlerin kanunlarından bağımsız olarak bireylere sadece yükümlülük öngörmekle kalmadığı, aynı zamanda onlara hukuki statülerinin bir parçası haline gelen haklar da tanıdığını” belirtip; aynı zamanda, doğrudan etki ilkesi uyarınca bireylerin Topluluk hukuku tarafından kendilerine tanınan bu bireysel hakları, ulusal mahkemeler önünde ileri sürebileceklerini<sup>204</sup> ifade etmesiyle 28. madde düzenlemesi yeni bir anlam kazanmıştır.

Artık bireyler, 28. madde hükmünün üye devletlere getirdiği yasağa uyma yükümlülüğünün ihlali karşında, ulusal mahkemeler önünde açtıkları davalarda

---

<sup>202</sup> Hans Peter Ipsen tarafından Topluluk hukuku literatürüne kazandırılan Pazar vatandaşı(Markt Bürger) kavramı, ekonomik faaliyetleri nedeniyle Ortak Pazarın katılımcısı veya yararlanıcısı olduğu müddetçe, Topluluk hukukunun düzenlemeleri veya bireysel işlemlerinin muhatabı olan hukuk kişileri olarak tanımlanmıştır. Bkz. **IPSEN**, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: 1972, s. 187. Bu kavramın arkasında yatan en önemli düşünce, Ortak Pazarın sadece malların serbest dolaşımının güvence altına alınmasıyla sınırlı olmayıp, aynı zamanda, bu malları üreten, taşımacılığını yapan, satan, satın alan veya tüketen insanları da kapsadığı düşüncesidir.

<sup>203</sup>Divan’ın bu konudaki görüşü için bkz. C- Case74/76 *Iannelli* [1977], Slg. 557, Rd. 13; C-83/78 *Pigs Marketing Board* [1978], Slg. 2347, Rd. 66-67; ayrıca **BEHRENS**, “Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht”, **EuR**, 1992, s. 147.

<sup>204</sup> **BAYKAL**, *AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar*, ATAUM Araştırma Dizisi No:14, Ankara:2002, s. 40 vd.

kendilerine tanınan bireysel hakları ileri sürebilecekler; böylece, son aşamada üye devletlerin ulusal korumacı politikalarıyla mücadele de, Topluluğun çabalarına destek olarak, İç Pazarın oluşturulması ve korunması amacıyla yürüttüğü mücadeleye katkı sağlamış olacaktırlar.<sup>205</sup>

## V. “Eş Etkili Önlem Kavramı”nın Tarihsel Süreç İçindeki Gelişimi

28. madde uyarınca, üye devletler arasında ithalatta tüm miktar kısıtlamaları ve bunlara eş etkili önlemler yasaklanmıştır. Divan tarafından “malların ithalatını tamamen yasaklayan sıfır kota uygulaması da dahil olmak üzere, ithalat kotaları ve ekonomik etkileri ile malların ithalatını imkânsız hale getiren her türlü önlem” şeklinde tanımlanan miktar kısıtlamalarının belirlenmesi konusunda bir sıkıntı bulunmamaktadır.<sup>206</sup>

Bu yasaklama hükmü karşısında üye devletler, yerli ürünlerini korumak amacıyla, zaman içinde miktar kısıtlaması kavramı içinde yer almayan yeni araçlar bulmak konusunda son derece yaratıcı olmuşlardır.<sup>207</sup> Tüm bu gelişmeler, eş etkili önlemler kavramının malların serbest dolaşımı ilkesi içindeki yeri ve önemini arttırmıştır.

---

<sup>205</sup> HÖSCH, Der Einfluss der Freiheit des Warenverkehrs(Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Frankfurt am Main: 1994, s. 3.

<sup>206</sup> C- 7/61 *Kommission v. Italien* [1961], Slg. 697, C-13/68 *Salgoil* [1968], Slg. 680; C-124/81 *Kommission v Vereinigtes Königreich* [1983], Slg. 203.

<sup>207</sup> MATTHIES, Art.4, GRABITZ/ HILF, içinde Rn. 4.

Kurucu antlaşma hükümleri içerisinde eş etkili önlemler kavramının tanımının bulunmaması, Komisyonun 50/70 sayılı yönergedeki tanımının yanında öğreti de çok sayıda farklı tanımın yapılmasına yol açmıştır.<sup>208</sup> Topluluk hukukunun tüm üye devletlerde aynı anlama gelecek biçimde yorumlanıp, uygulanmasında birliğin sağlanması amacıyla Kurucu Antlaşmalar tarafından kendisine verilen yetkiyi kullanan Adalet Divanı, ulusal mahkemelerin ön karar prosedürü çerçevesinde kendisine yönelttiği sorularla, 28. maddede düzenlenen eş etkili önlem kavramının kapsamını ve sınırlarını belirleyen temel ilkeleri geliştirmiş ve bütünleşme yanlısı tutumuyla bu alanda geniş bir içtihadın oluşmasını sağlamıştır.<sup>209</sup>

Eş etkili önlemler kavramının nasıl anlaşılması hususunda dikkat çekici bir diğer nokta da, tarihsel yorum yaklaşımı çerçevesinde Roma Antlaşmasının hazırlanma sürecinde taraf devletlerin ve temsilcilerinin bu hükmü oluştururkenki amaçlarının ne olduğunun araştırılmasıdır. Özellikle o dönemki ihtiyaçlar ve koşulların öğrenilmesi, yasa koyucu tarafından Kurucu Antlaşmaya bu düzenlemenin neden konulduğunun anlaşılması açısından önemlidir. Bu amaçla o döneme ilişkin kaynaklar incelendiğinde, Messina Konferansı süresince yürütülen müzakerelere ilişkin resmi materyalin yayınlanmamış olması, müzakereler sırasında oluşturulan

---

<sup>208</sup> **GORMLEY**, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, Amsterdam, New York, Londra: 1985, s. 13(nakleden **KEBLER**, op. cit. s. 6).

<sup>209</sup> Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Topluluk hukuk düzenindeki temel işlevi ve yargı yetkisinin özellikleri için bkz. **ARAT**, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara:1989, s. 4 vd; Önkarar davası için bkz. **ARSAVA**, Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, A.Ü. S.B.F. ve Basın- Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara:1989.

Hükümetler Komisyonunun Delegasyon Başkanlığı tarafından hazırlanan Spaak Raporunu bu konuda en önemli kaynak haline getirmektedir.<sup>210</sup>

İlgili en önemli kaynak olarak Spaak Raporu incelendiğinde, hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesini sınırlayan ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemelere ve üye devletlerin rekabeti bozucu spesifik etkisi olan, yine ayrımcılık içermeyen kısıtlamalarına ilişkin hususlara yer verildiği halde, malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal düzenlemelere ilişkin ve eş etkili önlemler kavramının yorumlanması hususunda herhangi bir temel ilkeye yer verilmediği göze çarpmaktadır.<sup>211</sup>

Öte yandan, “eş etkili önlemler” kavramının ayrımcılık veya kısıtlama yasağı biçiminde yorumlanmasıyla ilgili yayınlanmayan müzakere tutanaklarında somut ipuçlarının bulunması halinde bile, bunun günümüzde eş etkili önlemler kavramının kapsamının belirlenmesi ve yorumlanmasına ilişkin yol gösterici bir fonksiyon üstlenebileceği tartışmalıdır. Kurucu Antlaşmaların müzakere ve akdedilme sürecine katılan tarafların çokluğu göz önüne alındığında, ortak bir iradenin oluşturulması için, o dönemde bazı tartışmalı alanlarda uzlaşmaya varılmaması halinde bunların ne şekilde bırakıldığıнын günümüzde tespiti müzakere tutanaklarının yayınlanmaması nedeniyle oldukça güçtür. Öte yandan, Kurucu Antlaşmayla hedeflenen bütünleşme hareketi, dinamik, ilerleyen ve tedrici bir ekonomik model olarak, zaman içerisinde

---

<sup>210</sup> ZÄCH, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, Bern:1977, s. 120.

<sup>211</sup> KEBLER, op. cit. s. 8.

sürekli gelişmiştir.<sup>212</sup> Bu amaçla Kurucu Antlaşmanın oluşturulma sürecinde, hükümlerin hazırlanmasını sağlayan itici güç ve niyetler, zaman içinde Avrupa bütünleşmesinin geçirdiği dönüşüm ve gelinen yeni noktayla birlikte tarihsel açıdan önemini korusa da, Kurucu Antlaşma hükümlerinin yorumlanması konusunda belirleyici olabilecek bir önem taşıma niteliğini kaybetmiştir.<sup>213</sup>

“Eş etkili önlemler” kavramının yorumlanmasına ilişkin tarihsel kaynaklara başvurma imkânının bulunmamasına karşın, öğreti de daha sonraları tüm farklı yorum yöntemleri kullanılarak, çok geniş bir literatür ve yaklaşım zenginliği oluşmuştur.<sup>214</sup>

Öğretideki bu farklı yaklaşımlar, üye devletlerin menfaatleri ile bütünleşme yanlısı Topluluk menfaatleri arasındaki dengenin sağlanması açısından, yetki paylaşımı sorununun yarattığı tartışmaların bir parçasını oluşturmaktadır. Özellikle 28. maddenin uygulanması hususunda üye devlet mahkemelerine Topluluk hukukuna uygun kararlar alabilmeleri için belirli kriterlerin verilmesi ihtiyacı, Divan’ın ve

---

<sup>212</sup> Dinamik ve sürekli ilerleyen entegrasyon amacı, üye devletler tarafından Avrupa Birliğini kuran Maastricht Antlaşması md. 1 de açıkça ifade edilerek; “*işbu antlaşma ile kurulmuş işbirliği Avrupa halkları arasında daha sıkı ve kesintisiz birliği kuracak olan süreçte, ... yeni bir aşama kaydetmektedir.*”denilmiştir. Ayrıca bkz. **EVERLING**, “Rechtsanwendung- und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften, **KRUSE** (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, Köln:1988, içinde s. 59; **ZULEEG**, “Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrecht, **EuR 1969**, s. 102.

<sup>213</sup> **ZÄCH**, op. cit. s. 122.

<sup>214</sup> Yetmişli yılların başından itibaren Divan’ın “eş etkili önlemler” kavramını yorumladığı kararların artması ve zaman içinde bu kararların kısmen birbiriyle çelişen yaklaşımlar içermesi, öğretideki tartışmaların artmasının nedenleri arasında yer almaktadır.

öğretinin, “eş etkili önlemler” kavramının tam anlamıyla tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi yönünde çabalarının nedenini oluşturmaktadır.

Tezin, ikinci bölümünde Divan’ın “eş etkili önlemler” kavramının tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi ilişkin temel kararlarındaki dönüşüm ve farklılıkların arkasında yatan nedenin, Divan’ın ekonomik bütünleşmenin gelişim aşamalarını ve dönemseller olarak üye devletlerin Topluluk ve bütünleşme amaçlarına karşı davranış ve tutumlarını dikkate alarak oluşturduğunu göstermek amacını taşımaktadır.

## **VI. “Eş Etkili Önlemler” Kavramının Yorumlanmasına İlişkin Öğretide Geliştirilen Yaklaşımlar**

### **5. Açık Ayrımcılığın Gerekliliği Yaklaşımı**

Öğretide, bu görüşü savunanlar, 28. madde hükmü uyarınca sadece açıkça ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerin eş etkili önlemler olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Aksinin kabul edilmesi halinde, çok sayıda ticari düzenlemenin 28. madde kapsamında değerlendirilerek yasaklanması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> **SEIDEL**, “Der EWG-rechtliche Begriff der “*Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkungen*”, **NJW**, 1967, s. 2084; **GRAF**, Der Begriff “*Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkungen*” im dem EWG-Vertrag, Köln Berlin Bonn Münih:1972, s. 48- 53.

Bu görüş için belirleyici olan temel yaklaşım, üye devletlerin yetkilerine mümkün olduğunca Topluluk tarafından daha az müdahale edilmesinin gerektiğidir.<sup>216</sup> Bu gerekçeyle, 28. madde de düzenlenen miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağının amacının, diğer üye devletlerde üretilen ürünlerin ithalatlari sırasında karşılaşıcağı sıkıntılarının aşılacağı hukuki bir düzenin oluşturulması değil, sadece üye devletlerin ulusal korumacı politikalarının, İç Pazar hedefi karşısında engellenmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>217</sup>

Bir ulusal ticari düzenlemenin “eş etkili önlemler” kavramı içinde değerlendirilmesi için, açık ayrımcılığın gerekli olduğu görüşünü savunanlar, ithal ürün ile yerli ürünler arasında ulusal düzenlemede açıkça bir farklı muamelenin mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, yerli ürünler ile ithal ürünlerin tümünü kapsayan ulusal düzenlemelerin, ithal ürünlerin üye devlet pazarlarına girişini güçleştirerek, ithal ürünleri yerli ürünler karşısında dezavantajlı duruma sokması halinde, bu kısıtlamaların 28. madde kapsamında “eş etkili önlem” olarak değerlendirilmemesi, gerek Kurucu Antlaşmanın amacı ve gerekse malların serbest dolaşımı ilkesini düzenleyen hükümlerin lafzı karşısında kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Buna karşın, bu görüşü savunanlar, ayrımcı olmayan ulusal kısıtlamaların, 28. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini, malların serbest dolaşımı ilkesini engelleyen bu ulusal kısıtlamalarının olumsuz etkilerinin,

---

<sup>216</sup> İbid(GRAF), s. 54.

<sup>217</sup> SEİDEL, log. cit.

ancak üye devlet mevzuatlarının topluluk düzeyinde uyumlaştırılması yoluyla giderilmesi gerektiği ileri sürmüşlerdir.<sup>218</sup>

Öğretide sadece açık ayrımcılık içeren ulusal kısıtlamaların “eş etkili önlemler” kavramı içinde değerlendirilmesi görüşünü savunanlar arasında ayrımcılık kavramının daha da dar şekilde anlaşılması gerektiğini savunan bir azınlık görüşü de mevcuttur. Bu görüşe göre, miktar kısıtlamaları sadece sınır düzenlemeleri için uygulanan bir araç olup, ithal edilen malın sınırı geçtikten sonra varış ülkesinde piyasaya sunulmasını güçleştiren veya engelleyen ulusal düzenlemeler, sınır düzenlemeleri özelliği taşımadıklarından 28. madde kapsamında “eş etkili önlemler” olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>219</sup> Bu görüş, ithalatı sınırda kısıtlayan ulusal önlemler ile malın piyasaya sunulması sırasında kısıtlayan ulusal önlemlerin, malların serbest dolaşımı ilkesi üzerinde aynı olumsuz etkiyi taşıdığı gerekçesiyle kabul görmemiştir.<sup>220</sup>

Bu görüşün öğretilde kabul görmemesiyle, üye devletlere, ithal edilen ürünlerin piyasaya sunulmasını kısıtlayan ulusal önlemler olarak 28. maddenin

---

<sup>218</sup> Verloren van Themaat, bu konuda Bakanlar Konseyinde tüm üye devletlerin ortak bir noktada uzlaşmasının güçlüğüne dikkat çekmiştir. Bkz. **VERLOREN VAN THEMAAT**,” Bevat Artikel 30 van het EEG-Verdrag slechts een non-discriminatie-beginsel ten aanzien van invoerbepalingen?”, **SEW**, 1967 (nakleden **KEBLER**, op. cit. s. 13), s.643.

<sup>219</sup>**MEIER**, “Umsatzausgleichsteuer und das Verbot der Beibehaltung und Errichtung von Hemmnissen im EWG-Warenverkehr”, **AWD** 1967, s. 220- 221.

<sup>220</sup> **GRAF**, op. cit s.114; **GRABITZ**, “Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, **STÄDTER/THIEME**(Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen:1977, içinde s. 650.



getirdiği yasaktan kurtulma imkânları bırakılmamıştır.<sup>221</sup> Öte yandan, üye devletlerin, ilk bakışta ayrımcı olmayan düzenlemelerle, “eş etkili önlemler” kavramının kapsamını, sadece açık ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerle sınırlandıran bu yaklaşımdan, kurtulabileceği eleştirisi de haklılık içermektedir.<sup>222</sup>

Sonuç olarak eş etkili önlemler kavramının, sadece açık ayrımcılık içeren ulusal kısıtlamalarla sınırlanması, son tahlilde amacı ithal ürünlerle yerli ürünler arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmak olarak kabul edebileceğimiz açık ayrımcılık kriterinin, İç pazarda malların serbest dolaşımının önündeki tüm engellerinin kaldırılması temel amacını karşılamaktan uzak ve yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>223</sup>

## 6. İthalatın Büyük Ölçüde Engellenmesi Yaklaşımı

En önemli temsilcisi olarak Verloren van Themaat’ın savunduğu bu yaklaşıma göre, ayrımcılık içeren bir ulusal düzenlemenin gerekliliği yerine, üye devletler arasındaki ticarete ithalatı engelleyici etkinin varlığı, ulusal önlemlerin eş

---

<sup>221</sup> **RÖHLİNG**, Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt, Köln Berlin Bonn Münih:1972, s. 48.

<sup>222</sup> **EHLERMANN**, “Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs”, **STÄDTER/THIEME**(Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen:1977, içinde s. 583; **WELLINGHAUSEN**, “Anmerkung( zu Rs. 8/74 Dassonville)”, **EuR** 1974, s. 324; **KOPPENSTEİNER**, “Vertikale Preisbindung durch Gesetz als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung”, **RIW** 1977, s. 589.

<sup>223</sup> **STEİNDORFF**, “Unvollkommener Binnenmarkt”, **ZHR** 1994, s. 166.

etkili önlem kavramı içerisinde değerlendirilmesi için daha temel belirleyici olmalıdır.<sup>224</sup>

Miktar kısıtlamalarının belirlenmesinde temel kriter nasıl üye devletler arasındaki ithalatı engelleme etkisi ise, eş etkili önlemler kavramının içeriğinin belirlenmesi için de, üye devletler tarafından getirilen ulusal önlemlerin, üye devletler arasındaki ithalatı engelleme etkisinin belirlenebilmesi esas alınmalıdır.<sup>225</sup>

“Eş etkili önlemler” kavramının bu kadar geniş yorumlanması, 30. madde de düzenlenen istisna hükmünün kapsamı, ticareti kısıtlayan ulusal düzenlemelerin, bu hüküm çerçevesinde hukuka uygunluk nedenleri içinde değerlendirilmesi için katı koşullar getirecek şekilde yorumlanmazsa, üye devletlerin yetkilerinin haddinden fazla kısıtlanması tehlikesini taşımayacaktır.<sup>226</sup>

Üstelik Kurucu Antlaşmada üye devletlere ekonomi politikalarını belirleme konusunda düzenleme yapma yetkisi tanınmış bile olsa, bu yetkiye dayanarak üye devletlerin tek taraflı almış oldukları önlemlerle, Kurucu Antlaşmanın temel

---

<sup>224</sup> **VERLOREN VAN THEMAAT**, “Bevat Artikel 30 van het EEG-Verdrag slechts een non-discriminatie-beginsel ten aanzien van invoer beperkingen?”, **SEW** 1967 (nakleden **HAMMER**, Handbuch zum Freier Warenverkehr: Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art 30 EGV vor und nach dem Urteil “Keck und Mithouard”, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien:1998, s. 12), s.631 vd.

<sup>225</sup> **EHLE**, “Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen und ihre Abschaffung im Gemeinsamen Markt”, **AWD** 1967, s. 455.

<sup>226</sup> Sack’a göre 30. madde çerçevesinde ticareti kısıtlayan ulusal düzenlemelerin hukuka uygun bulunmaları için orantılılık ilkesi yanında, kısıtlamanın etkisinin piyasa da hissedilebilir olması da gerekmektedir. Bu konuya ilişkin bkz. **SACK**, “Zur Vereinbarkeit des RabattG mit Art. 30 EG-Vertrag”, **EWS** 1994, s. 184; ayrıca bkz. **FREIER**, Der Einfluß von Art. 30 und 36 EWG-Vertrag auf die Geltendmachung von Abwehrrechten aus gewerblichen Schutzrechten, Mainz:1987, s. 62;

amaçlarını ve diğer hükümlerini ihlal etmeleri imkânı tanınmamıştır.<sup>227</sup> Bu konuya örnek olarak, Divan'ın, *Kommission v. Frankreich davasında*, Fransa'nın AET. Ant. 103 madde uyarınca konjonktür politikasına dayanarak çıkardığı ulusal fiyat kontrol düzenlemelerini, ithalatçı firmaların ürünlerini Fransa'ya ithalat etmekten vazgeçme kararlarıyla doğrudan illiyet bağının varlığı halinde, “eş etkili önlemler” kavramı kapsamında değerlendireceğini ve 28. maddenin ihlal edildiği sonucunun doğacağını belirten kararı gösterilebilir.<sup>228</sup>

28. madde kapsamında “eş etkili önlemler” kavramının geniş yorumlanması konusunda öğretide geniş bir mutabakat bulunmasına rağmen, bu kavramın sınırsız biçimde anlaşılması gerektiği eleştirisi de hemen arkasından gelmektedir.<sup>229</sup>

İthalatın engellenmesi yaklaşımıyla birlikte ortaya çıkan, 30. maddede getirilen hukuka uygunluk nedenlerinin de geniş yorumlanması gerekliliğinin tartışılması, ithalatın engellenmesi yaklaşımının temsilcileri tarafından da eleştirilmiştir. Özellikle bu eleştiriler, üye devletler arasındaki ticareti kısıtlayan ulusal düzenlemelerin, yasal amacının belirlenmesi ve bu düzenlemelerin orantılılık ilkesine uygunluğunun kontrolü açısından çok geniş bir alan bırakılmasının, bu konunun kötüye kullanılması tehlikesini doğuracağı yönünde yoğunlaşmıştır.<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> AT Ant. md. 98 uyarınca, “Üye devletler kendi ekonomi politikalarını, Topluğun 2. maddede belirlenen hedeflerini gerçekleştirmeye katkı da bulunmak amacıyla, bir ortak yarar sorunu olarak yürütürler.”

<sup>228</sup> C- 6/69 *Kommission v. Frankreich* [1969], Slg. 527; Karşı görüş için bkz. **KOPPENSTEİNER**, log. cit.; **ULMER**, “Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG- Vertrag”, **GRUR Int.** 1973, s. 503.

<sup>229</sup> **ULMER**, ibid. s. 509.

<sup>230</sup> **STEİNER**, “Drawing the line of abuses of Art. EEC”, **CMLRev.** 1992, s. 767.

Ayrıca, 30. maddede yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin geniş anlaşılmasının gerekli görülmesi halinde, üye devletlerin yetkilerinin uygunsuz bir biçimde sınırlandırılması sonucunu doğuracağı ileri sürülmüştür.<sup>231</sup>

## **7. İşlevsel Denklik Yaklaşımı**

Bu yaklaşıma göre, bir ulusal önlemin “eş etkili önlemler” kavramı içinde değerlendirilmesi için, o ulusal önlemin, ithalatı engelleyici etkisi işlevsel açıdan miktar kısıtlamalarıyla karşılaştırılabilir ölçüde olmalıdır. İthalatı kısıtlayan ulusal düzenlemenin, kısıtlayıcı etkisi, o ulusal düzenlemeyle korunmak istenen hukuki menfaati orantısız şekilde aşması veya o ulusal düzenlemeyle elde edilmek istenen amaç için böyle bir kısıtlamanın gerekli olmadığı durumlarda, ilgili ulusal düzenlemeler 28. madde kapsamında eş etkili önlem olarak kabul edilecektir.<sup>232</sup>

## **8. “Eş Etkili Önlemler” Kavramının Kapsamına İlişkin Öğretiden Getirilen Karma Yaklaşımlar ve Yeni Oluşturulan Kriterler**

“Doğrudan ayrımcılık” ve “İthalatın Büyük Ölçüde Engellenmesi” yaklaşımlarına getirilen yoğun eleştiriler karşısında, özellikle sadece doğrudan ayrımcılık içeren kısıtlamalar yasağından üye devletlerin kolaylıkla kaçış yolu bulabilecekleri eleştirisi ve öte yandan, eş etkili önlemler kavramının çok geniş

---

<sup>231</sup> Komisyonun 50/70 sayılı yönergedeki yaklaşımı, 30. maddenin kapsamının genişlemesi tehlikesini ortadan kaldıracak şekilde değerlendirilmiştir. Bu görüş için bkz. **ULMER**, op. cit. s. 502; **EHLERMANN**, “Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs”, **EuR** 1973, s. 10- 11.

<sup>232</sup> İbid. **ULMER**, s. 512.

kapsamlı olarak yorumlanması halinde üye devletlerin yetkilerinin aşırı derecede kısıtlanması sonucunun doğma tehlikesi öğretide, “eş etkili önlemler” kavramının kapsamını belirlemek üzere yeni karma yaklaşımların oluşturulmasına neden olmuştur.

#### a. Spesifik Kısıtlayıcı Etki Kriteri

Bu yeni getirilen kriter uyarınca miktar kısıtlamasına eş etkili önlemden söz edebilmek için, ulusal düzenlemenin, bir ticari düzenlemenin doğası gereği taşıması gereken etkiyi aşan bir şekilde, spesifik olarak kısıtlayıcı bir etkisinin olması gerekmektedir.<sup>233</sup> Bir diğer ifadeyle, üye devletin malların serbest dolaşımını orantılılık ilkesine aykırı şekilde bozan bir ulusal düzenleme getirmesi halinde, bu kısıtlama “eş etkili önlem” olarak kabul edilecektir. Ulusal ticari düzenlemelerin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığının kontrolünde dinamik bir yaklaşımın uygulanması, ekonomik bütünleşmenin geçirdiği evrim ve geline aşamalarında göz önünde bulundurulması, Divan’ın da eş etkili önlemler kavramının yorumlanmasına ilişkin verdiği kararlarındaki dinamik gelişmeyi açıklamak için uygun bir gerekçe oluşturmaktadır.<sup>234</sup> 28. maddenin kapsamı belirlenirken, ulusal düzenlemelerin spesifik kısıtlayıcı etkisinin belirlenmesinin arkasında yatan neden, Topluluğun iç Pazar hedeflerinin dikkate alınması zorunluluğudur.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Bkz. C- 60 & 61/84 *Cinetheque* [1985], Slg. 2611.

<sup>234</sup> **ROTH**, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt*, Münih: 1977, s. 339.

<sup>235</sup> **STEİNDORFF**, “Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt”, **ZHR** 1986, s. 697-698.

Ancak, ithal ürünlere uygulanan farklı muamele, belirli bir ulusal düzenlemeden kaynaklanmayıpta, üye devletlerin ulusal mevzuatlarının farklılıklardan kaynaklanması halinde, spesifik kısıtlayıcı etkiye sahip eş etkili bir önlemden söz etmemiz mümkün olmayacaktır.<sup>236</sup> Örneğin, “Reklam Yasağı” getiren ya da “Dükkan Kapama Saatlerini Belirleyen” ulusal düzenlemeler, doğrudan ayrımcılık içermemek koşuluyla, her ne kadar ithal edilen ürünlerin bu üye devlette, piyasaya sunulması açısından daha yüksek maliyetler getirse bile, spesifik olarak kısıtlayıcı bir etkiye sahip olmadıkları gerekçesiyle eş etkili önlem kabul edilmeyeceklerdir.

Buna karşın, çoğu zaman, diğer üye devletlerde, üreticilerin ürünlerini ithal edilecek ülke düzenlemelerine uygun hale getirmek amacıyla yapmak zorunda kaldıkları çalışmalar, üretim maliyetlerinin yükselmesine sebep olmakta ve ithal ürünleri doğrudan muhatap alan bu ulusal düzenlemeler spesifik olarak kısıtlayıcı etki taşıdıklarından “eş etkili önlem” olarak kabul edilmektedirler.<sup>237</sup>

Öte yandan, üye devletin belirli bir konuda düzenleme yapma kararı ile alınan ulusal önlemin sonucunda, malların serbest dolaşımı ilkesi üzerinde ortaya çıkan kısıtlayıcı etki arasında bir nedensellik bağının bulunmadığı hallerde, yani üye devletin orantılılık ilkesine uygun ve Topluluk hukukunca meşru bir amaca ulaşmak için yaptığı ulusal düzenlemenin varlığı halinde, bu düzenleme istisna hükmünden yararlanarak, Topluluk hukukuna uygun kabul edilecektir. Ancak, açıkça, diğer üye

---

<sup>236</sup> MARENCO, “Pour une interpretation traditionnelle de la Notion de mesure d’effect equivalent à une restriction quantitative”, CDE 1994, (nakleden KEBLER, op. cit. s. 19), s. 320.

<sup>237</sup> İbid.

devlet düzenlemelerine aykırı olan ulusal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yarattığı mevzuat farklılığından doğan kısıtlamalar, orantısız biçimde topluluk içinde malların serbest dolaşımına engel oluşturması halinde, “eş etkili önlem” olarak nitelenecektir.<sup>238</sup>

Başka bir biçimde söylemek gerekirse, sonuçta bu görüşe göre, doğrudan ayrımcılık kriteri, eş etkili önlem kavramını belirlemek için ayırt edici temel nitelik olarak kabul edilmektedir.<sup>239</sup>

Steindorff, bu kriterden yola çıkarak sadece, ticarete keyfi bir ayrımcılığa yol açan veya örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılan ulusal önlemlerin 28. maddede eş etkili önlem olarak yasaklandığını ileri sürmüştür.<sup>240</sup> Bu şekilde, yalnızca, korumacı saiklerle çıkarılan tüm ulusal önlemler eş etkili önlem kavramı içinde değerlendirilebilecektir.<sup>241</sup>

Öte yandan, eş etkili önlemler kavramının belirlenmesi için yapılan bir diğer çalışmada, Kurucu Antlaşmanın 12. maddesinde düzenlenen tabiiyete dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin, 90. maddede düzenlenen ayrımcı iç vergilerin kaldırılması hükmüyle olan ilişkisi ile 28. maddede düzenlenen eş etkili önlemler kavramının kapsamını belirlemek için ayrımcılık yasağı arasında paralellik kurmak

---

<sup>238</sup> Ibid. s. 322.

<sup>239</sup> **ULMER**, op. cit. s. 507; **KOPPENSTEİNER**, op. cit. s. 590;

<sup>240</sup> **STEİNDORFF**, log. cit.

<sup>241</sup> **ULMER**, log. cit.; karşı görüş için bkz. **BEUTLER/BİEBER/PİPKORN/STREİL**, Die Europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl., Baden-Baden:1987, (nakleden **KEBLER**, op. cit. s. 20), s. 285.

çabalarıdır. 90. madde ile ayrımcılık yasağı, her ne kadar ilk bakışta hem yerli ile hem de ithal edilen ürünlere getirilen, ama doğası gereği sadece diğer üye devletlerde üretilen ürünlerin muhatap olduğu ulusal vergi yükümlülüklerine karşı korunmak amacıyla nasıl genişletilmişse, sonuçta, bu hüküm ile maddi bir ayrımcılık yasağı getirilmiştir.<sup>242</sup>

Aynı argüman Graf tarafından 28. maddenin yorumlanması açısından biçimsel kısıtlama yasağı getirdiği şeklinde ileri sürülmüştür. Buna karşın, bu gerekçelendirme 90. maddeyle olan bağlantısı sebebiyle, 28. maddenin de maddi ayrımcılık yasağı getirdiği şeklinde anlaşılmasını daha uygun hale getirmektedir. Öte yandan Van Themaat, 28. madde için 90. maddeye benzer bir tamamlayıcı hükmün olmamasını, 28. maddenin yalnızca ithalatı engelleyici etki taşıyan ulusal önlemleri engelleyecek bir kısıtlama yasağını içerdiği şeklinde yorumlanması gereğinin işareti olarak değerlendirmektedir.<sup>243</sup>

Özellikle ulusal düzenlemeyle elde edilmek istenen menfaatin ne zaman gerekli olduğu ve bu menfaatin korunması için alınan önlemin zorunlu olduğunun tespiti için, tüm belirleyici olan koşulların ve bunların ne kadar etkili olduğunu içine alacak biçimde ele almanın zorluğu karşısında, maddi ayrımcılık kavramının açık bir biçimde ifade edilmesi son derece güçtür.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> Graf'a göre 28. madde de sadece biçimsel bir kısıtlama yasağı getirilmiştir. Bkz. **GRAF**, op. cit. s. 105.

<sup>243</sup> **VERLOREN VAN THEMAAT**, op. cit. s.635 (nakleden **KEBLER**, op. cit. s. 20).

<sup>244</sup> **ULMER**, op. cit. s. 507.



Bu sorunun çözülmesi amacıyla üye devletler tarafından alınan ulusal önlemlerin, spesifik bir kısıtlayıcı etki taşıyıp taşımadığı kriteri, öğretide dava örneklerinden yola çıkılarak geliştirilmeye çalışılmıştır.<sup>245</sup> Ancak, örnek somut olaydan yola çıkarak, spesifik ithalat kısıtlaması ile spesifik olmayan ithalat kısıtlaması arasındaki sınırın belirlenmesi son derece güçtür. Üye devletlerde ortaya çıkan çevresel zararların hukuki olarak denkleştirilmesi üzerinde maddi ayrımcı etki yaratılmadığına işaret etmektedir. Bu 28. madde kapsamında yasaklanmadığı için engellenmeyen, öte yandan, Ortak Pazar anlayışına ters olup ta, coğrafi olarak başka iş bölümüne ulaşılabilmesi için yerel açıdan avantaj ve dezavantajların denkleştirilmemesi gerekmektedir.<sup>246</sup>

Bu nedenle, doğrudan ayrımcılık kriteri yerine ulusal önlemlerin spesifik bir kısıtlayıcı etki taşıyıp taşımadıklarının tespiti için işlevsel denklik yaklaşımına başvurduğumuzda, malların üretimini ve piyasaya sunulmasını gereksiz yere kısıtlamayan ulusal önlemlerin tespit edilmesinde vazgeçilmez belirleyici özellik olarak, ulusal düzenlemenin Topluluk hukukuna göre meşru kabul edilen hedefine ulaşmak için gerekli ve aynı zamanda alınan önlemin orantılı olması gerekmektedir.<sup>247</sup> Bu açıklamayla, işlevsel denklik yaklaşımın orantılılık ilkesine uygunluk kontrolünden farklı olmadığı sonucu da ortaya çıkmaktadır.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> STEİNDORFF, log. cit.

<sup>246</sup> ULMER, op. cit. s. 507.

<sup>247</sup> İbid. s. 512.

<sup>248</sup> FREİER, op. cit. s. 60.

## b. Ulusal Kısıtlamanın Etkisinin Hissedilebilirliği Kriteri

Öğretide eş etkili önlemler yasağını düzenleyen 28.maddenin yorumlanması ve uygulama alanının belirlenmesi amacıyla önerilen yaklaşımlarda bir diğeri de, eş etkili önlem olarak nitelendirilen ulusal düzenlemenin kısıtlayıcı etkisinin ne ölçüde hissedilebilir olduğunun belirlenmesi oluşturmaktadır. Özellikle Kurucu Antlaşmanın rekabet hukukuna ilişkin 81. maddesi (eski 85. md) ile kısmi paralellik arz ettiği düşünülen 28. madde hükmünün bu kapsamda *de minimis* kuralı<sup>249</sup> çerçevesinde değerlendirilmesi düşüncesi önerilmiştir.<sup>250</sup>

Bu çerçeve de, getirilen hissedilebilirlik kriterinin mutlak ve görece olarak ikili bir ayrıma tutulduğu dikkat çekmektedir. Ulusal düzenlemenin ithalat miktarı üzerinde ciddi oranda bir engelleme etkisinin ortaya çıkması halinde mutlak hissedilebilir kısıtlayıcı etkiden söz edilebilir iken, ulusal düzenlemenin yabancı ürünlerin piyasa sürülmesi üzerindeki kısıtlayıcı etkisinin yerli ürünlere oranla daha fazla hissedilebilir olması halinde ise görece hissedilebilir kısıtlayıcı etkinin varlığı kabul edilmektedir.

---

<sup>249</sup> De minimis kuralı, rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden bir anlaşma, karar veya davranışın, ortak Pazar üzerindeki etkisinin hissedilebilir ölçüden daha az olması halinde, Topluluk rekabet hukukuna göre mazur görülebileceği anlamını taşımaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. **ÖZ**, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara: Rekabet Kurumu Yay., Ekim 2000, s. 56 vd; **ASLAN**, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara: Türkiye İş Bankası Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1992, s. 63-80.

<sup>250</sup> **SACK**, op. cit. s. 37; **FEZER**, “Europäisierung des Wettbewerbsrechts”, **JZ** 1994, s. 317 ve s. 324; **HEINEMANN**, “Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis sowie Werbeverbot für Apotheker kein Verstoß gegen Art. 30 EGV- Urteile “Keck” und “Hünermund”, **WIB** 1994, s. 203; **CHALMERS**, “Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to Scotch whisky?”, **ICQL** 1993, s. 269.

Üye devletler arasındaki ithalatı kısıtlayıcı eş etkili önlemlerin varlığının kabulü için, bir ulusal düzenlemenin bir malın ithalatını %5 oranından daha fazla kısıtlaması halinde, bu önlemin kısıtlayıcı etkisinin hissedilebilir olduğu şeklinde somut bir oranın belirlenmesi önerilmiştir.<sup>251</sup> Bu önerinin, Komisyon'un ortak pazarda rekabeti bozucu anlaşmaların de minimis ilkesi çerçevesinde ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yayınladığı Genelge ile paralellik içerdiği gözden kaçmamalıdır.<sup>252</sup> Ancak, yasa koyucu tarafından Kurucu Antlaşma hükümlerine böyle rakamsal bir orana ilişkin düzenleme getirilmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Divan, malların serbest dolaşımı ilkesinin sınırlandırılması konusunda “de minimis” kuralını kabul etmemiştir. Divan'a göre bir ulusal önlemin, eş etkili önlem olarak kabul edilmesi için, Topluluk içi ticareti hissedilebilir ölçüde kısıtlaması gerekli değildir.<sup>253</sup> 28. madde uyarınca, bir eş etkili önlemin olup olmadığı sorusu, üye devletler arasındaki ticaretin ne ölçüde kısıtlandığı sorusundan bağımsızdır. Kısıtlamanın hissedilemeyecek kadar az olması halinde bile, ithal edilen ürünün piyasaya sunulmasını zorlaştırıcı etki taşıması mümkündür.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> Ibid, CHALMERS.

<sup>252</sup> Bagatellbekantmachung der Kommission, **AT Resmi Gazetesi**, Nr. C 231/2, 03.09.1986. Bu genelge daha sonra tekrar güncellenmiştir. Son güncelleme için bkz. **AT Resmi Gazetesi**, 1997 Nr. C 29/3.

<sup>253</sup> C- 16/83 *Prantl* [1984], ECR 1299; C- 177/82 *Van de Haar* [1984], ECR 1797.

<sup>254</sup> GAUSEPOHL, *Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?*, 2000, s. 149.

### c. Ulusal Düzenlemenin Amacının Esas Alınması Kriteri

28. madde uyarınca bir eş etkili önlemin varlığından söz edebilmek için, üye devlet tarafından getirilen ulusal düzenlemenin amacının topluluk içi ticareti engellemek olması gerektiği şeklinde açıklanabilecek olan bu yaklaşım ile eş etkili önlem kavramının kapsamının ve uygulama alanının oldukça kısıtlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>255</sup> Üstelik 28. maddenin sözü ve amacı dikkate alındığında, eş etkili önlemlerin, üye devletler tarafından çıkarılan ulusal düzenlemelerin topluluk içi ticaret ve malların serbest dolaşımı üzerindeki etkilerini yok sayıp, sadece düzenleme amaçları açısından değerlendirilmesi yönünde bir çıkış noktası içermediği yönünde haklı bir eleştiriye uğramıştır.<sup>256</sup> Öte yandan, esas amacının yerli ürünlerin ithal ürünler karşısında korunması olan çok sayıda ulusal düzenlemenin, üye devletler tarafından farklı resmi amaçlar arkasına gizlendiği bilinmektedir.<sup>257</sup> Böyle durumlar göz önünde bulundurulduğunda, amaçsallık yaklaşımı uyarınca eş etkili önlemlerin belirlenmesinin, Topluluk içinde malların serbest dolaşımı önündeki ulusal engellerin kaldırılması ve iç pazarın gerçekleştirilmesi hedefine ulaşmak için, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde yer alan düzenlemenin amacına ulaşmak için yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>258</sup>

---

<sup>255</sup> **DUPACH**, “Der freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof”, **SZW** 1994, s. 219.

<sup>256</sup> **DÖRR**, op. cit., s. 682.

<sup>257</sup> **ULMER**, op.cit., s. 512-513.

<sup>258</sup> **BECKER**, **EuR** op.cit., s. 171.

#### **d. Üye Devletlerarası Ticaret Zorunluluğu Kriteri**

Öğretide, eş etkili önlem kavramının belirlenmesi amacıyla 28. maddenin geniş yorumlanması konusunda ortaya çıkan sorunun, temelinde üye devletler arasında ticaretin kısıtlanması unsurunun gerekli ölçüde dikkate alınmamasından kaynakladığı görüşü tartışılmıştır. Gerçek anlamda üye devletler arası ticaretin engellenmesi unsuruyla tamamlanmak ve hukuka uygunluk nedenlerinin de göz önünde bulundurulması koşuluyla bu görüşü savunanlar 28. maddenin geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>259</sup> Aksi takdirde, sınırlı yetki ilkesinin ihlaline yol açabilecek ve üye devletlerin egemenlik yetkililerinin kullanılmasını Topluluğa devretmediği alanlarda da malların serbest dolaşımı ilkesi uyarınca müdahale edilebilecektir. Bu nedenle üye devletlerin sadece kendi ülkeleri içindeki ticarete ilişkin ulusal düzenlemelerin malların serbest dolaşımı ilkesi uyarınca ele alınmasında eş etkili önlemler kavramının içeriğinin belirlenmesinin önemi bir kere daha ortaya çıkmaktadır.<sup>260</sup>

#### **e. Kurucu Antlaşma Amaçlarına Uygun Yorum Kriteri**

Öğreti de eş etkili önlemler kavramının yorumlanması ve 28. maddenin uygulama alanının belirlenmesine yönelik geliştirilen kriterlerin geniş tartışmalar

---

<sup>259</sup> RÜFFLER, “Irreführende Werbung und Europarecht”, **WBI**. 1996, s. 133 vd; ayrıca bkz. GORMLEY, “Anmerkung zu RS. C- 145/88 *Torfaen Borough Council v. B&Q*”, **CMLRev.** 1990, s. 141 vd.

<sup>260</sup> **KEBLER**, op. cit., s. 26.

yaratıp, yetersiz kalmasının sonucunda eş etkili önlem kavramının Kurucu Antlaşmanın amaçlarına uygun şekilde tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>261</sup>

Roma Antlaşmasının amaçlarına baktığımızda 2. madde uyarınca, Topluluğun temel hedefinin “topluluk içindeki ekonomik faaliyetleri uyumlu, dengeli ve sürekli bir şekilde geliştirmek, ekonomik istikrar sağlamak, hayat standardını yükseltmek ve üye devletler arasında daha sıkı ve kalıcı ilişkiler kurmaktır”. Bu hedeflere ulaşmak için de üye devletlerin karşılıklı ticaretleri üzerindeki her türlü engelin kaldırıldığı, üçüncü ülkeler karşı ortak gümrük tarifesinin uygulandığı ve malların, hizmetlerin sermayenin ve işgücünün serbest dolaştığı ortak ve bütünleşmiş bir pazarın oluşturulmasının araç olarak seçildiğini görmekteyiz.

Mal ve hizmetlerin herhangi bir engelle karşılaşmadan Topluluk içinde serbestçe dolaşması neticesinde, üretim faktörleri en etkin biçimde kullanılacakları yerlere yönelebilecektir. Böylece etkin şekilde kaynakların dağılması sağlanarak verimliliğin artması mümkün hale gelecektir. Serbest rekabet ortamında, daha verimli çalışabilen, bilgi ve yeteneklerini geliştiren üreticiler diğer üye devletlerin pazarlarında hiçbir engelle ya da ayrımcı uygulamalarla karşılaşmadan faaliyette bulunabilecek, ölçek ekonomilerinden faydalanarak verimliliklerini ve karlılıklarını artıracıktadırlar. Böyle bir ortamda tüketicilerde çeşit, kalite ve fiyat yönünden daha uygun ürünler arasında tercihte bulunma

---

<sup>261</sup> **GRABİTZ**, “Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG- Vertrag”, **STÖDTER/THIEME**(Hrsg.), Festschrift für Hans-Peter Ipsen, Tübingen:1977, içinde s. 645; **ROTH**, log. cit..

imkânına kavuşacaklardır.<sup>262</sup> Ortak Pazarla amaçlanan faydaların sağlanabilmesi, üye devlet ulusal pazarlarını birbirinden ayıran engellerin kaldırılması ve serbest rekabet ortamının bozulmamasıyla mümkündür.<sup>263</sup>

## 9. Ortak Bir Tanım Oluşturma Çabalarının Sonuçsuz Kalması

Eş etkili önlemler kavramının kapsamının belirlenerek 28. maddenin uygulanması için genel ortak kriterlerin oluşturulması yönündeki çabalar, malların serbest dolaşımının uygulama alanını belirleyen hükümler için, genel bir ayırımın belirlenmesi aracılığıyla Topluluğun amaçları ile üye devletlerin hukukça korunan menfaatleri arasında dengeli bir çözümün bulunmasına imkân vermediği noktada tıkanmıştır.<sup>264</sup> Bununla birlikte, bir ulusal düzenlemenin malların serbest dolaşımı üzerindeki kısıtlayıcı etkisinin belirlenmesi sorusu, yani 28. maddenin uygulama alanının belirlenmesi meselesi, bu hükümlerin Birliğin amaçları ve iç Pazar hedeflerine uygun şekilde yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>265</sup> Bu doğrultu da, öyle bir yorumlanmalıdır ki, her satıcı iç pazarın her tarafında ticari faaliyetlerini

---

<sup>262</sup> **RODRÍGUEZ-POSE**, *The European Union: Economy, Society and Polity*, Oxford University Press, 2004, s. 8 vd; **DAVIES**, *European Union Internal Market Law*, 2nd ed., 2003, s. 117 ve s. 135; **ÖZ**, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ve Politikası”, *Avrupa Birliği Politikaları*, **ERHAN/SENEMOĞLU**(Editör), Ankara: İmaj Yay., 2007, içinde s. 49.

<sup>263</sup> **KEBLER**, op. cit., s. 29.

<sup>264</sup> **STEİNDORFF**, “Unvollkommener Binnenmarkt”, **ZHR** 1994, s. 162. Özellikle ayrımcılık yasağının unsuru olarak biçimsel kriterlerin belirlenmesi ve Pazara giriş koşullarına ilişkin kriterlerin oluşturulması çabaları, İç pazarın tamamlanması hedefi açısından yetersiz olarak kabul edilmiştir.

<sup>265</sup> *Ibid.*

engellenmeden yapabilme imkânına sahip olurken, 28. madde de bunun teminini sağlayan kısıtlama yasağı hükmü şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>266</sup>

**F) EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMININ  
DİVAN TARAFINDAN BELİRLENMESİ: *DASSONVILLE*  
KARARI**

**I. Sorunun Ortaya Konması**

Avrupa Birliğinin bir Ortak Pazar yaratma temel hedefi Kurucu Antlaşmanın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Topluluk içinde malların serbest dolaşımının sağlanması Ortak Pazarın gerçekleşmesi hedefi içinde öncü bir rol oynamaktadır. Malların serbest dolaşımını düzenleyen Kurucu Antlaşma hükümleri içerisinde, mali nitelikte olmayan, teknik engelleri kaldırmaya yönelik 28. ve 29. maddeler kapsamlarının genişliği nedeniyle özel önem arz etmektedir.<sup>267</sup> Bu çerçevede, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi, üye devletler tarafından getirilen ulusal düzenlemelerle, Topluluk içinde malların serbest dolaşımı ilkesinin kısıtlanmasının engellenmesini sağlayarak, iç pazarın gerçekleşme hedefini destekleyici önemli bir işleve sahiptir.<sup>268</sup> Bu nedenle, üye devletler tarafından yerli ürünlerin korunması amacıyla getirilen kısıtlamaların yanında, ekonomik saikler taşımamak kaydıyla, kamu menfaatinin zorunlu kıldığı durumlar haricindeki ulusal önlem ve

---

<sup>266</sup> İbid s. 163 ve 169.

<sup>267</sup> BAYKAL, “Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı...”, op. cit. s. 106.

<sup>268</sup> SCHMİTZ, Die Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt im Lichte der neuen Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, Baden- Baden: 2000, Nomos Verlag, s. 91.



kısıtlamalarda topluluk içi ticareti olumsuz etkilediği ölçüde bu kapsamda da değerlendirilmelidir.<sup>269</sup>

Özellikle madde hükmünde yer alan “miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler” kavramının tanımı, içeriği, sınırları ve yorumlanması çabaları, öğretide olduğu kadar Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın malların serbest dolaşımına ilişkin içtihadının oldukça önemli bir kısmını oluşturmaktadır.<sup>270</sup> Kurucu Antlaşmada “eş etkili önlemler” kavramının tanımına yer verilmemiş olması, eş etkili önlemlerin, miktar kısıtlamaları kadar kolay tespit edilmelerinin mümkün olmaması ve üye devletlerin sık sık, topluluk içi ticareti kısıtlayan ulusal önlemlerle malların serbest dolaşımına engelleyen davranışlar sergilemeleri, 28. maddenin uygulanması ve yorumlanması hususunda topluluk hukukunda münhasır yetkiye sahip yargı organı olarak Divan’ın bu konuda hukuki yorum ve değerlendirme yapmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>271</sup>

Öte yandan, malların serbest dolaşımı ilkesinin güvence altına alınırken, üye devletlerin topluluk hukuku tarafından güvence altına alınan ekonomik nitelikli olmayan kamu yararı ihtiyaçları arasındaki menfaatler dengesinin korunması,

---

<sup>269</sup> FRENZ, op. cit. s. 302.

<sup>270</sup> DUBACH, “Der Freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs”, SZW/RSDA 1994, s. 219 vd.

<sup>271</sup> BRIGOLA, op. cit. s. 7; Eş etkili önlemler kavramının oldukça geniş ifade edilmiş olmasının yanında anlaşılır, gerekçeli ve sağlam bir sistematiğe sahip olmadığı nedeniyle daha çok yargılama konusu olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. MORTELMANS, “Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: Time to consider a new definition?”, CMLRev. 1991, s. 115 vd; STEİNER, “Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC”, CMLRev. 1992 s. 749 vd.

Divan'ın dikkat ettiği hususlar arasındadır. Öyle ki, Kurucu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yasa koyucu, malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında topluluk hukuku tarafından korunan menfaatlerin varlığını kabul etmiş; bu menfaatlerin korunması amacıyla 28 ve 29. maddelerde getirilen yasak hükmünün hangi durumlarda kısıtlanabileceğine ilişkin düzenleme yapma yolunu başvurmuştur. Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde malların serbest dolaşımı ilkesinin istisnaları sayılmıştır.

Ancak, bu durumun iki ayrı soruna yol açtığını görmekteyiz. Bu sorunlardan ilkinin madde metninin lafzının belirsizliği oluştururken, dar yorumlanmak zorunda olan bu istisna hükmünün, daha sonraki yıllarda ortaya çıkan ve çevrenin korunması, tüketici hakları, ticari işlerde adaletin sağlanması gibi yeni alanları kapsamıyor olması, ikinci ve en önemli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugün artık bu gibi alanların Topluluk hukuku tarafından korunan menfaatler arasında yer aldığı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>272</sup> Bu nedenlerden ötürü, Divan bir yandan eş etkili önlemler kavramının içeriğini somut şekilde belirlemek zorunda kalırken, öte yandan da gerek ekonomik bütünleşmenin geldiği aşama ve gerekse bu gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni menfaatlerin topluluk hukuku çerçevesinde güvence altına alınması ihtiyacı, Divan'ı zaman içerisinde içtihadını geliştirmek zorunda bırakmıştır.

---

<sup>272</sup> REİCH, *Europäisches Verbraucherschutz*, 1993, s. 56 vd.; EPİNEY/MÖLLERS, *op. cit.* s. 22; BUDAK, *Avrupa Birliği ve Türk Çevre Politikası: Avrupa Topluluğu'nun Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyum Sorunu*, Aralık 2000, s. 103 vd.

Özellikle önce *Dassonville* Kararıyla Divan, eş etkili önlem kavramını, ekonomik bütünleşme yanlısı bir yaklaşımla geniş yorumlayarak, topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı, gerçek veya potansiyel olarak etkileyen her türlü ulusal ticari düzenlemeyi 28. madde kapsamında değerlendirmiştir. Öte yandan Divan *Cassis de Dijon* kararında serbest dolaşımı kısıtlayan bir ulusal düzenlemenin eş etkili önlem olması halinde bile, kamu yararının zorunlu gerekliliği sonucunda haklı bir sebebe dayanması koşuluyla Topluluk hukukuna uygun kabul edilebilir diyerek, eş etkili önlem kavramının kapsamını daraltmıştır. Son olarak *Keck ve Mithouard* kararıyla eş etkili önlem kavramına ilişkin yorumunu daha da yumuşatarak, bir ürünün üretimine ilişkin ulusal önlemler ile satış ve piyasaya sürülmesine ilişkin ulusal önlemler arasında farklılığın göz önünde bulundurulma gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, Adalet Divanı malların serbest dolaşımı ilkesi çerçevesinde de verdiği kararlarla, Topluluk hukukunun dinamik karakterine uygun, bütünleşme yanlısı bir tutum sergilerken, Topluluk bütünleşme hareketinin, harekete katılan üye devletlerin değişken tutumları veya çeşitli unsurların gerici ve tutucu eğilimleri tarafından durdurulması, yavaşlatılması veya saptamalara uğratılmasının önlenmesi yönünde çaba harcamaktadır.

ATAD' ın Avrupa Toplulukları Hukukunun koruduğu değerleri ortaya koymak, dayandığı ilkeleri belirlemek bakımından gösterdiği başarının en belirgin olduğu alanların başında malların serbest dolaşımı ilkesi gelmektedir. Bu doğrultuda, Adalet Divanı, Topluluk hukukunun yorum ilkelerini tespit etmek, boşluklarını doldurmak suretiyle gösterdiği verimli çabayla, Topluluk hukukunun kısa sürede

büyük gelişme kaydedip, etki alanının genişlemesinde başlıca katkı sahibi olan kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>273</sup>

## II. “Dassonville Kararı”<sup>274</sup>

Divan, “eş etkili önlemler” kavramının tanımını, temel bir ilke belirleyecek şekilde ilk defa Dassonville kararı çerçevesinde ele almıştır.<sup>275</sup> Daha sonraki kararlarının hemen hemen tümünde tekrar ettiği bu tanım, Divan tarafından “eş etkili önlemler” kavramıyla ilgili yeni kriterler geliştirmesi için çıkış noktası olmuştur.<sup>276</sup>

### 1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci

Dava konusu olayın gelişimi şu şekildedir: Belçika yasalarına göre, ülkeye ithal edilen ürünlerde, ithalatçı firma, söz konusu ithal edilen ürünün o ülkede üretildiğini gösteren resmi menşei belgesini, ithalat sırasında Belçika makamlarına ibraz etmekle yükümlüdür. İskoçya’da üretilen Scotch marka viskileri Fransız piyasasından, daha ucuza satın alan Dassonville isimli ithalatçı, bu içkileri Belçika’ya ithal ederken, Belçika makamlarına kendisi tarafından hazırlanmış sahte menşei belgelerini sunmuştur. Belçika makamları tarafından sahte belge düzenlemek

---

<sup>273</sup> ARAT, op. cit. s. 6.

<sup>274</sup> C- 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit & Gustave Dassonville* [1974], ECR 837.

<sup>275</sup> “Eş etkili önlem” kavramına ilişkin ilk ihtilaf, 15.12.1971 tarihli *Int. Fruit Company* davasıyla Divan’ın önüne gelmiştir. Bu davada Divan, ithalat veya ihracat lisansı ya da benzeri prosedürlerin şart koşulduğu ulusal düzenleme hükümlerini eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir. Ancak, eş etkili önlem kavramının genel tanımını yapmamıştır. Bkz. C- 51&54//71 *Int. Fruit Company* [1971], ECR 1107. Ayrıca bkz. C- 2/73 *Geddo v Ente Nazionale Risi* [1973], ECR 865.

<sup>276</sup> SCHMİTZ, op. cit. s. 95.

suçlamasıyla tutuklanan Dassonville, kendisine uygulanan Belçika yasalarının Topluluk hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmesi neticesinde, davaya bakan ulusal mahkeme tarafından dava bekletici sorun yapılarak, ön karar davası yoluyla Adalet Divan'ına gönderilmiştir.

Divan öncelikle, Topluluk düzeyinde ürünlerin menşeinin tespitine yönelik ortak bir düzenleme veya uyumlaştırma yapılmadığı sürece, üye devletlerin haksız uygulamaları önleyecek ulusal önlemleri almaya yetkili olduklarını belirtmiştir. Ancak, üye devletler bu yetkilerini kullanırken topluluk içinde serbest dolaşımın engellenmemesine dikkat etmekle yükümlüdür. Belçika makamları tarafından doğrudan bir malın üretildiği menşe ülke dışında bir başka üye devletten yapılan ithalat işlemlerinde, menşe ülkeden alınan belgenin ibrazının istenmesi 28. maddede düzenlenen eş etkili önlem olarak kabul edilmektedir. Topluluk içinde serbest dolaşıma konu olan bir malın ithalatı sırasında böyle bir işlemin yapılması, menşe ülkeden doğrudan ithalat yapanlarla, aynı malı bir başka üye devletten satın alarak ithal etmek isteyenler arasında bir ayrımcılık yaratmakta ve malların serbest dolaşımını bu şekilde kısıtlamaktadır.

Divan, somut olaya ilişkin kararını vermekle birlikte, eş etkili önlemler kavramının tanımlanmasına ilişkin daha sonraki kararlarında da kullanacağı şu formülü açıklamıştır: *“Topluluk içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, hâlihazırda veya potansiyel olarak engelleme yeteneğine sahip ve üye devletler tarafından çıkarılan her türlü ticari düzenlemeler eş etkili önlem olarak kabul edilir”*. Divan, bu tanımla eş etkili önlemler kavramına çok geniş bir yorum getirmekle birlikte,

getirilen ulusal düzenlemenin makul bir sınırlama getirmesi halinde mazur görülebileceğini de belirtmiştir.

## **2. Dassonville Formülünün Unsurları**

Divan tarafından eş etkili önlemler kavramının tanımlanmasına ilişkin getirilen bu geniş tanımla birlikte, Komisyonun eş etkili önlemler kavramının tanımlaması için çıkardığı 70/50 sayılı direktif hükümleri içinde yer alan ve ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerle, ayırım gözetilmeksizin ilgili tüm ürünlere uygulanan düzenlemeler arasında eş etkili önlemler kavramı açısından bir farklılık getirilmesi görüşünden uzaklaşıldığı sonucunu çıkartabiliriz.<sup>277</sup> Dassonville formülünde eş etkili önlemler yasağının, yerli ürünlerle ithal ürünler arasında ayrımcılık yapmaksızın tümü için kısıtlama getiren ulusal düzenlemeleri de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır.<sup>278</sup>

### **a. Üye Devletler Tarafından Uygulanan Ticari Düzenlemeler**

Dassonville formülü olarak adlandırılan eş etkili önlem kavramının ilk unsurunu üye devletler tarafından uygulanan ticari düzenlemeler oluşturmaktadır. Ticari işlemlere uygulanan veya ticari karaktere sahip ulusal düzenlemelerin tümü bu kavram içinde değerlendirilmektedir. Divan getirdiği bu yaklaşımla, ticari işlemlerin

---

<sup>277</sup> LANG, op. cit s. 25

<sup>278</sup> Ayrımcı olmayan ulusal önlemlerin eş etkili önlem kavramı içine girip girmediği tartışmaları için bkz. GRABİTZ, “Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG- Vertrag”, op.cit . s. 647 vd.

tümünü kapsayacak geniş bir yoruma başvururken, aynı zamanda eş etkili önlem kavramını açıklamak için yeni koşullar getirmekten kaçınmıştır.<sup>279</sup> Divan ‘ın daha sonraki kararlarında, tek bir devlet düzenlemesi (einzelstaatlicher Regelung)<sup>280</sup>, ulusal düzenleme (innerstaatliche Regelung)<sup>281</sup> veya sadece önlem(Maßnahme)<sup>282</sup> kavramlarını kullandığını dikkate aldığımızda, Dassonville formülünde kullanılan ticari düzenlemeler kavramının eş etkili önlem kavramının tanımlanmasında temel bir belirleyici etkisi olmadığını söyleyebiliriz.<sup>283</sup> Bu kavramların ortak noktası, malların serbest dolaşımı ilkesi ile ilgili kuralların üye devletlerin yetkisine giren kamu nitelikli düzenlemeler olmalarıdır. Ancak, Buy Irish davasında görüldüğü üzere devletin veya kamu kuruluşlarının özel teşebbüs olarak yapmış oldukları faaliyetlerin de bulunduğu gözden kaçmamalıdır.<sup>284</sup> Özellikle devlet destekli kuruluşlar tarafından, yerli ürünlerin satışını arttırmaya yönelik kampanya, reklam veya propagandalar, Dassonville formülü çerçevesinde eş etkili önlem olarak değerlendirilip 28. maddeye aykırı bulunmuştur.<sup>285</sup> Divan’ın bu yaklaşımı, 70/50 sayılı direktif hükümleri uyarınca kamu otoritesi tarafından çıkarılan her türlü hukuk kuralı, idari işlem veya idari uygulamanın topluluk içi ticareti olumsuz etkilemesi halinde eş etkili önlem olarak nitelendirileceği görüşüyle paralellik arz etmektedir.<sup>286</sup>

---

<sup>279</sup> LANG, op. cit s. 26.

<sup>280</sup> C- 190/73 *Van Haaster* [1974], ECR 1123.

<sup>281</sup> C- 31/74 *Ex p. Filippo Galli* [1975], ECR 471.

<sup>282</sup> C- 65/75 *Ricardo v. Tasca* [ 1976], ECR 291.

<sup>283</sup> SCHROEDER, op. cit. s. 441.

<sup>284</sup> Bkz. C- 249/81 *Kommission v. Irland* [ 1984], ECR 4005. İlgili davada, dava konusu olan faaliyeti düzenleyen işletme özel teşebbüs olmasına rağmen, yönetim kurulu devlet tarafından atanmıştır.

<sup>285</sup> C- 222/82 *Apple and Pear Development Council v. Lewis* [ 1983], ECR 4083.

<sup>286</sup> 70/50, [ 1970] OJ L13/29.

Dassonville formülü uyarınca, eş etkili önlemler kavramı öyle geniş tanımlanmıştır ki, ürünün paketlenmesi, etiketlenmesi, üretimi, piyasa sürümüne ilişkin düzenlemelerin yanında, bu ürünlerin reklam ve pazarlanmasına ilişkin ulusal düzenlemeler de, her ne kadar topluluk içi ticareti dolaylı şekilde olumsuz etkilediği halde 28. maddeye aykırılık teşkil edecektir. Divan 1982 yılında verdiği Oosthoek kararında, doğrudan bir ürünün ithalatını düzenlememiş olsa bile, bir malın sadece belli şekilde reklam veya promosyonunun yapılmasını zorunlu kılan ulusal düzenlemenin, o ürünlerin ithalat hacmini kısıtlamaya uygun olduğu gerekçesiyle, eş etkili önlem olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.<sup>287</sup>

### **b. Topluluk İçi Ticaretin Engellenmesi**

Bir ulusal düzenlemenin eş etkili önlem olarak değerlendirmesinde en temel unsur, bu önlemin Topluluk için ticaret üzerindeki olumsuz etkisinin varlığıdır. Topluluk içi ticaretin engellenmesi kavramından, belirli piyasa katılımcılarının tasarrufta bulunma özgürlüklerinin kısıtlanması aracılığıyla üye devletler arasındaki ticaret akımı üzerindeki oluşan her türlü olumsuz etki anlaşılmaktadır.<sup>288</sup>

İthalat üzerindeki her olumsuz etki, hangi somut biçimde yapıldığına ve bu etkinin hangi ölçüde gerçekleştiğine bakılmaksızın topluluk içi ticaretin engellenmesi şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>289</sup> Divan, ithalat üzerindeki olumsuz etkinin varlığından

---

<sup>287</sup> C- 286/81 *Oosthoek* [1982], ECR 4575.

<sup>288</sup> C- 104/75 *De Peijper*[1976], ECR 613, Rn. 12.

<sup>289</sup> **MÜLLER-GRAFF**, log cit., Art. 30 Rn. 27.



söz etmek için, ithalatın yapılmasının güçleştirilmesi ve ithalatı yapılmasının pahalılaştırılmasını yeterli bulmuştur.<sup>290</sup>

### c. Ticareti Engellemeye Uygunluk

Ulusal düzenlemenin eş etkili önlem yasağı kapsamında değerlendirilmesi için, alınan önlemin üye devletler arasındaki ticareti objektif olarak engellemeye uygun olması yeterli görülmektedir. Matthies, ulusal düzenlemenin hiç yapılmamış olması halinde ortaya çıkacak ticari durum ile ulusal düzenlemenin ticareti engelleyici etkisinin, varsayımsal olarak genel ekonomik veri ve değerler ışığında karşılaştırılması sonucunda, ulusal düzenlemenin, Topluluk içi ticaretin engellenmesine sebep olacak bir eş etkili önlem olarak kabul edilmesinin belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>291</sup> Dassonville formülü çerçevesinde, ulusal düzenlemenin eş etkili önlem sayılması için ticaretin hâlihazırda engellenmesine gerek yoktur. Ticareti engelleme potansiyeline sahip ulusal düzenlemeler de eş etkili önlemler olarak yasaklanmaktadır.<sup>292</sup> Eş etkili önlem kavramının bu kadar geniş olarak tanımlanması neticesinde ithalat ve ihracat lisanslarını düzenleyen ulusal önlemler de, eş etkili önlem olarak yasaklanacaktır. Lisans başvurusunun kabul edilmeme olasılığı ve bunun ithalatçı firmalar üzerinde yaratabileceği olumsuz etki, Dassonville formülü çerçevesinde, topluluk içi ticareti engelleme potansiyeline sahip

---

<sup>290</sup> C- 12/74 *Kommission v. Deutschland-(Sekt und Weinbrand)* [ 1975], ECR 181.

<sup>291</sup> **MATTHIES**, Artikel 30, **GRABITZ/HILF**(Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde Rn. 15.

<sup>292</sup> C- 124/85 *Kommission v. Griechenland* [ 1986], ECR 3935.

bir kısıtlama olarak kabul edilip, eş etkili önlem yasağı uyarınca 28. maddeye aykırılık teşkil edecektir.<sup>293</sup>

Dassonville formülü uyarınca, en tipik eş etkili önlem olarak kabul edilen ulusal düzenlemeler arasında, ithalat kısıtlamaları, sınır kontrolleri, ithalat lisans işlemleri, kalite belgesi zorunluluğu, menşei belge ve sağlık raporu işlemleri sayılabilir.

### **III. Dassonville Kararının Hukuki Sonuçlarının Malların Serbest Dolaşımı İlkesi Üzerindeki Etkisi**

Dassonville formülü uyarınca, *topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı, gerçek veya potansiyel olarak engelleyen, üye devletler tarafından çıkarılan her türlü ticari düzenleme* eş etkili önlem olarak değerlendirilecektir.<sup>294</sup> Dikkat edilirse, Divan, Kurucu Antlaşmada özel olarak farklı maddelerde düzenlenen gümrük vergileri ve eş etkili tedbirler ile ayrımcı ulusal vergileri bu tanımın dışında bırakmasına karşın, ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin yasaklandığı 29. maddede düzenlenen ulusal önlemleri bu kapsam içinde ele almaktadır.<sup>295</sup> Dassonville kararıyla Divan, 28. madde ile korunmak istenen menfaatin koruma alanını genişletmiştir. Bu doğrultuda üye devletler tarafından çıkarılan çok sayıda ulusal düzenleme, Topluluk hukukuna aykırılık teşkil eden eş etkili önlem olarak değerlendirilecektir. Divan, bu kararıyla nasıl, ne şekilde, ne zaman ve ne saikle yapıldığına bakılmaksızın ithalat ve ihracat üzerinde olumsuz etkisi bulunan her türlü

---

<sup>293</sup> DAUSES, log. cit.

<sup>294</sup> C- 8/74 *Dassonville*, Rn. 5.

<sup>295</sup> FRENZ, op. cit. s. 305.

ulusal ticari düzenlemeyi topluluk içi ticareti engelleyici önlem olarak gördüğünü vurgulamıştır. Üye devletlerin, kendi ulusal ekonomik çıkarlarını korumak amacıyla, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlama yoluna başvurmaları, Topluluğun ekonomik bütünleşme hedeflerinden uzaklaşması tehlikesini beraberinde getirecektir.

### **1. Topluluk İçi Ticareti Doğrudan Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler**

Dassonville formülü uyarınca malların serbest dolaşımını kısıtlayan eş etkili önlemler grubu içinde ilk olarak, Topluluk içi ticareti doğrudan engelleyici etkiye sahip ulusal önlemler sayılmıştır. Bu tür önlemler, diğer başka faktörlerden bağımsız olarak, tek başına ithalat ve ihracatı engelleyici etkiye sahip ulusal önlemler olarak tanımlanabilir.<sup>296</sup>

### **2. Topluluk İçi Ticareti Dolaylı Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler**

Topluluk içi ticareti dolaylı engelleyici etkiye sahip önlemler ise, ancak, diğer faktörlerin varlığı halinde, ithalat ve ihracatı engelleme niteliğine sahip ulusal önlemlerdir.<sup>297</sup> Dolaylı engelleyici etkinin mutlaka yeteri derecede ispatlanabilir olması gereklidir. Bu olumsuz etkinin bütünüyle belirsiz olduğu durumlarda, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan bir eş etkili önlemden bahsetmek

---

<sup>296</sup> VEELKEN, op. cit. s. 327.

<sup>297</sup> İbid.

mümkün değildir.<sup>298</sup> Ancak, etkinin bütünüyle belirsiz olduğuna karar verilmeden önce, dikkatli bir incelemenin yapılması gereklidir.<sup>299</sup> Bir ulusal önlemin dolaylı kısıtlayıcı etkisinin her zaman, malların bir üye devletten diğerinin sınırını geçişi ya da malların sevkiyatı sırasında ortaya çıkması gerekmez. Engelleyici etkinin doğrudan malların tüketiciye satılması aşamasında ortaya çıktığı durumlar olabilir. Topluluk içi mal ticareti üzerinde etkiler yaratan, malın paketlenmesi, etiketlenmesi, ürünün üzerine üretim yeri ve içerik bilgilerinin yazılması gibi zorunluluklar getiren ulusal önlemler bu gibi durumlara örnek olarak gösterilebilir.<sup>300</sup>

### **3. Fiili Olarak Topluluk İçi Ticareti Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler**

Malların ithalat veya ihracatını somut olarak kısıtlayan ulusal önlemlerin varlığı halinde, topluluk içi ticaretin fiilen engellenmesinden söz edebiliriz.<sup>301</sup> Bunun en tipik örneği olarak, ithal edilen ülke tarafından, ithal edilen ürünlerin taşınması gereken özelliklerin belirlenmesine yönelik ulusal düzenlemeler gösterilebilir. Almanya'da hangi ürünlerin bira adı altında piyasaya sürülebileceğini düzenleyen Saf Bira Kanunu (Reinheitsgebot) bu konuya iyi bir örnektir. İçerdiği farklı muhteva nedeniyle Saf Bira Kanununa aykırılık teşkil eden ithal ürünlerin, bira adı altında

---

<sup>298</sup> C- 69/88 *Krantz für eine Beschlagnahmeregung bei Steuerschulden* [1990], ECR I- 597, Rn. 11; C- 379/92 *Peralta für Verklappungsverbote umweltschädlicher Substanzen von Schiffen* [ 1994], ECR I- 3497, Rn. 24; C -134/94 *Esso Espanola für die Verpflichtung von Grosshändler, bestimmte Gebiete mit Mineralölerzeugnissen zu versorgen* [1995], ECR I- 4223.

<sup>299</sup> **MÜLLER-GRAFF**, op. cit. Art 28 Rn. 58.

<sup>300</sup> C- 104/75 *de Peijper* [1976], ECR 636, Rn. 20.

<sup>301</sup> **MÜLLER-GRAFF**, Art. 28, **GROEBEN/ THIESING/ EHLERMANN**(Hrsg.), içinde Rn. 58.

Almanya’da satışının yasaklanması, bu ürünlerin ithalatı üzerinde fiilen engelleyici bir etki oluşturacağından, bu ulusal düzenlemeler topluluk içi ticareti hâlihazırda etkilemeye uygun “eş etkili önlem” olarak nitelendirilecektir.<sup>302</sup>

#### **4. Potansiyel Olarak Topluluk İçi Ticareti Engelleyici Etkiye Sahip Önlemler**

Topluluk içi ticareti potansiyel olarak engelleyici bir uygulamadan söz edebilmek için, üye devlet tarafından alınan ulusal önlemin, malların serbest dolaşımını gerçekten somut biçimde kısıtlayıcı bir nitelik taşımasına gerek yoktur. Ulusal önlemin topluluk içi ticareti kısıtlama potansiyeline sahip olması, bu önlemin Dassonville formülü uyarınca eş etkili önlem olarak değerlendirilmesi için yeterlidir. Eğer bir ulusal önlem, bu önlem olmasaydı gerçekleşebilecek, ithalat ve ihracatı engelleyebilecek nitelikte ise, Divan bu durumda, ulusal önlemin, potansiyel kısıtlayıcı etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir.<sup>303</sup>

Buna karşılık, malların serbest dolaşım ilkesinin ihlâl edildiğinden söz edebilmek için, ulusal önlemlerin, sadece bir varsayıma dayanarak topluluk içi ticareti kısıtlayan eş etkili önlem olduğunu ileri sürmek yeterli değildir.<sup>304</sup> Ulusal önlemin, en azından üye devletler arası ticareti engelleme tehlikesi yaratması ve

---

<sup>302</sup> C- 178/84 *Kommission v. Deutschland* [ 1987], ECR 1227.

<sup>303</sup> C- 12/74 *Kommission v. Deutschland* [1975], ECR 198, Rn. 14; C- 124/85 *Kommission v. Griechenland* [1986], ECR 3948, Rn. 7.

<sup>304</sup> C- 126/ 91 *Yves Rocher* [1993], ECR I- 2390, Rn. 21; C- 69/88 *Krantz* [1990], ECR I- 583.

düzenleme ile malların serbest dolaşımının engellemesine yönelik etkisi arasında zayıf da olsa, bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Örneğin, ithal edilen ürünler için alınması öngörülen izin şartı, yabancı ülke makamlarına yabancı dilde izin başvurusunda bulunma ve bu işlem sonucunda ortaya çıkan masrafları ödeme yükümlülüğü getirmesi dolayısıyla, tek başına bir ticareti kısıtlayıcı önlem olmamasına rağmen, ithalatçılar için tedirgin edici bir potansiyele sahiptir. Bu nedenle, somut olayda, izin için başvurunun hiç yapılmaması veya yapılan başvurunun reddedilmesi hallerinde bile, ulusal düzenlemenin ithalatı potansiyel olarak engelleyici etki taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>305</sup> Muafiyet başvurusu gerektiren ulusal önlemler de, idareye geniş takdir yetkisi verdiği ölçüde malların serbest dolaşımını engelleyici potansiyel taşımaktadır.<sup>306</sup> Çünkü, malların serbest dolaşımını ilkesinin gerçekleşmesi, ulusal idari makamların takdirine bırakılamaz.<sup>307</sup>

## VII. Değerlendirme

Divan'ın Dassonville kararı ile Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde düzenlenen “eş etkili önlem” kavramının belirlenmesine ilişkin, çok geniş bir tanımlama yapma yolunu tercih ettiği dikkat çekmektedir. Ancak, bu tanımda kullanılan “ticari düzenleme” kavramının, eş etkili önlem kavramıyla karşılaştırıldığında, kapsamının neleri içerdiği sorusunun öncelikle ele alınması gereği ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, Divanın, daha sonraki kararlarında, ticari

---

<sup>305</sup> C- 68/76 *Kommission v. Frankreich* [1977], ECR 530, Rn. 14 -16.

<sup>306</sup> C- 124/81 *Kommission v. Vereinigtes Königreich* [1983], ECR 530.

<sup>307</sup> FRENZ, op. cit s. 308.

düzenleme kavramı yerine “ulusal önlem”, “iç hukuk düzenlemesi” veya “ulusal hukuk normu<sup>308</sup>” kavramlarını kullandığından hareketle, ticari düzenleme kavramının her halükârda “önlem” kavramından daha dar bir anlama sahip olmadığı sonucunu çıkartabiliriz.<sup>309</sup>

Karara baktığımızda, bunun dışında, ulusal önlemin Topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi şartının arandığı görülmektedir. Ayrıca, Topluluk içi ticaretin hâlihazırda veya potansiyel olarak engellenmesi, malların serbest dolaşımının kısıtlanması sonucunu doğurması için yeterlidir. Hâlihazırda bir engellemeden bahsedebilmemiz için etkinin ortaya çıkmış olması, başka bir deyişle, kısıtlamayla etkinin eş zamanlı ortaya çıkması gerekir.<sup>310</sup> Potansiyel engellemeye gelince, ticaretin bilfiil engellenmesinin ispatına gerek yoktur. Ulusal önlemin sadece engelleyici bir etki yaratmaya elverişli olması yeterlidir. Bunun dışında önlemin, ticareti sınırlandırmaya yönelik bir hedefinin olması gerekmediği gibi<sup>311</sup>, rekabet hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi kısıtlayıcı etkisinin hissedilebilir ölçüde olması şartı da aranmamaktadır.<sup>312</sup>

Dassonville formülüyle “eş etkili önlem” kavramına getirilen geniş tanımın sınırlandırılması, ancak Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde sayılan istisnalar

---

<sup>308</sup> C- 51&54//71 *Int. Fruit Company* [1971], ECR 203.

<sup>309</sup> MOENCH, op. cit s. 2690.

<sup>310</sup> ALLKEMPER/JONES, “Fragen zur Anwendung von Art 36 und 37 des EWGW, EWS 1993, s. 133- 134.

<sup>311</sup> SEDEMUND/MONTAG, “Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 2. Teil”, NJW 1991, s. 3068.

<sup>312</sup> C- 13/78 *Eggers* [1978], ECR 1935.

halinde mümkündür. Bunun sonucu olarak, Divan, “ithalatı, ihracat ve malların transit geçişini kısmen veya tümüyle yasaklayan veya aynı etkiye sahip önlemleri”<sup>313</sup> “eş etkili önlem” olarak tanımladığı daha önceki katı görüşünü terk etmiştir.

Hukuk sözcüsünün, bir üye devlette yasal olarak piyasaya sürülen malların, diğer üye devletlerde piyasaya sürülmesinin engellenmemesi gerektiğine ilişkin görüşünü, Divan da Dassonville kararında tekrarlamıştır.<sup>314</sup>

Divan, Dassonville kararında “yerli ve yabancı tüm ürünlere ayırım gözetmeksizin aynı biçimde uygulanan ulusal önlemler” hususunda ayrıca bir görüş belirtmeye gerek görmemiştir.<sup>315</sup> Bu noktada, Divan’ı “eş etkili önlem” kavramını bu derece geniş tanımlamaya iten sebebin göz önünde bulundurulması gerekir. Özellikle, 70’li yılların başında Topluluğun içinde bulunduğu koşulların Divan’ın kararı üzerindeki etkisi büyüktür. O dönemde üye devletlerin ithalata karşı aldığı korumacı ekonomik önlemler ve bu uygulamalarla doğrudan bağlantılı rekabet hukuku düzenlemeleri göstermiştir ki, Topluluk içinde malların serbest dolaşımının önündeki ulusal engellerin kaldırılması için tek başına kotaların ve ithalat yasaklarının ortadan kaldırılması yeterli değildir.<sup>316</sup> Çünkü bu durum karşısında, her ne kadar ithalatı sınırlayıcı engeller ortadan kaldırılmış olsa bile, üye devletler, kendi

---

<sup>313</sup> C- 2/73 *Geddo* [1973], ECR 866.

<sup>314</sup> **BASEDOW**, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, **RabelsZ** 1995, s. 7.

<sup>315</sup> **STUYCK**, “Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union”, **WRP** 1994, s. 578.

<sup>316</sup> **MÜLLER-GRAFF**, op. cit. Art 30, Rd. 18.



ulusal korumacı politikalarını, çeşitli yöntemlerle gizleyerek sürdürmeye devam etmişlerdir.

Kendisini “*Entegrasyonun İtici Gücü*”<sup>317</sup> olarak gören Divan’ın temel amacı, malların serbest dolaşımını kısıtlayan tüm ulusal korumacı önlemlerin kaldırılması yoluyla, Kurucu Antlaşmada öngörülen Ortak Pazar hedefinin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktır. Bu nedenle, Divan, üye devletlerin tüm ulusal düzenlemelerini gözden geçirecek şekilde, “eş etkili önlem” kavramını geniş yorumlamıştır. O dönemin koşulları göz önüne alındığında, Topluluğun hedeflerine ulaşmak için, böyle geniş bir yorumun yapılmasının gerekliliği çok da yanlış gözükmemektedir.

### **VIII. Dasonville Formülünün Eleştirisi**

Yetmişli yılların ortasından itibaren Topluluk vatandaşları arasında çevre ve doğal kaynakların korunması konusunda bilinç düzeyinin yükselmesi<sup>318</sup> ve tüketici haklarının<sup>319</sup> Topluluk politikaları arasına alınma taleplerinin artmasıyla birlikte, üye

---

<sup>317</sup> DUBACH, “Freier Warenverkehr in der EU”, *DVBI* 1995, s. 597; FEZER, op. cit s. 319.

<sup>318</sup> Uluslararası alanda çevre sorunlarının ele alındığı Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferans ilk defa 1972 yılında toplanmıştır. Bu toplantı ile “İnsan Çevresi Deklarasyonu” kabul edilmiş ve Birleşmiş Milletler Çevre Programı(UNEP) kurulmuştur. Bu gelişmeler karşısında Topluluk, 1972 yılında Paris Zirvesinde “Topluluk tarafından yaratılan ve sürdürülen ekonomik gelişmenin Topluluk vatandaşlarının yaşam standartlarındaki gelişmeden, yaşam kalitesinden ve çevrenin ve doğal kaynakların korunmasından ayrı değerlendirilemeyeceği” kabul edilerek, Topluluk çevre politikasının temelleri atılmıştır. Bkz. BUDAK, op. cit. s.115.; ZİLELİOĞLU, Avrupa Topluluklarında Çevre Politikası ve Hukuku, , Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992, s. 1 vd.

<sup>319</sup> Birlik çapında Tüketici Politikası’nın ilk defa gündeme gelmesi yine 1972’deki Paris Zirvesi’nde olmuştur. Zirveye katılan devlet ve hükümet başkanları bu alanda siyasi bir faaliyet çağrısı

devletler, gıda sektöründe, ürünlerin sağlık koşullarının belirlenmesi için yeni düzenlemeler çıkarmışlar, insan sağlığının korunması amacıyla malların teknik standartlarını belirleyici yeni önlemler almışlardır. Topluluk düzeyinde henüz ortak düzenlemeye gidilmeyen bu alanlarda, düzenleme yapma yetkisi o dönemde hala üye devletlerdeydi. Üye devletler tarafından yapılan bu düzenlemeler, Topluluk içinde serbest dolaşıma tabi olan tüm ürünleri, yerli ve ithal ürünler arasında farklılık gözetmeksizin kapsamakta olup ayrımcılık içermemektedir. Üye devletten devlete farklılıklar içeren bu düzenlemelerle belirlenen yeni standartlara uyum sağlama zorunluluğu, ithal edilen ürünler üzerinde yeni maliyetler getirdiği için üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkilemekte ve bu nedenle, Dassonville formülü çerçevesinde 28. madde ile yasaklanan “eş etkili önlem” olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, bu düzenlemelerle korunmak istenen menfaatlerin, kamu yararının zorunlu gereklilikleri içinde her üye devletin kendi hukuk düzeni tarafından korunan meşru menfaatler olduğu ortadadır. Ancak, 28. ve 29. maddelerin istisnasını düzenleyen 30. madde metninde sayılan gerekçeler içinde ne tüketicinin korunması, ne de çevrenin korunması yer almaktadır. Tüm istisna hükümleri gibi dar yorumlanmak zorunda olan 30. maddeye dayanarak, tüketicinin veya çevrenin korunması amacıyla Topluluk içi ticaretin kısıtlanması mazur görülemeyecektir.<sup>320</sup>

Öte yandan, Kurucu Antlaşmada değişiklik yapılarak 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin genişletilmesi akla gelen ilk çözüm yöntemidir. Fakat, üye devletler tarafından bu yönde bir iradenin gösterilmemiş olması nedeniyle,

---

yapmışlardır ve Zirve sonucunda Tüketici Politikası'na ilişkin ilk faaliyet programı açıklanmıştır.

**İK**V, Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu, İKV Yayınları, Aralık 2001, s. 4.

<sup>320</sup> C- 113/80 *Commission v. Ireland* [1980], ECR 1625.

Kurucu Antlaşmada değişiklik yoluna gidilememiştir. Öğretide ileri sürülen bir diğer alternatif ise Divan'ın yorum yoluyla 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerini genişletmesidir. Ancak, bu öneri, Divan tarafından, 30. maddede sayılan gerekçelerin sınırlı olduğu ve istisna hükümlerin dar yorumlanması gerektiği nedeniyle kabul edilmemiştir.<sup>321</sup>

30. maddenin amacı, bu maddede sayılan alanlarda, Topluluk hukuku tarafından korunan menfaatler nedeniyle, malların serbest dolaşımı ilkesinin kısıtlanmasına izin vermektir. Maddenin uygulanması, ancak; madde metninde sayılan alanlarda söz konusudur. Üye devletler, sadece maddede sayılan hedeflere ulaşma amacıyla ve bu hedeflerle sınırlı olmak koşuluyla malların serbest dolaşımını kısıtlayacak ulusal önlemlere başvurabilirler. 28. maddede düzenlenen genel yasağın, 30. maddede sayılan istisnaların yorumlanması yoluyla, bu maddede sayılmayan alanları içine alacak şekilde uygulanması, maddenin amacının dışına çıkmak anlamını taşımaktadır.<sup>322</sup>

Divan, özellikle, kamu düzeni veya kamu güvenliği gibi içeriğinin belirlenmesinin kolay olmadığı alanlarda kıyas yoluyla, 30. maddenin uygulama alanının genişletilmesini kabul etmemiştir.<sup>323</sup> Divan uzun süre verdiği kararlarla, 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin yorum yoluyla genişletilmesine izin

---

<sup>321</sup> C- 7/68 *Kommission v. Italien (Kunstschaetze I)* [1968], ECR 633.

<sup>322</sup> Tüketicinin korunması konusunda bkz. C- 113/80 *Kommission v. Ireland* [1981], ECR 1625.

<sup>323</sup> Karşı görüş için bkz. **MEIER**, “Zur Kombination von nationalen Lebensmittel-Begriffsbestimmungen und Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers gegen Irreführungen als Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 EWGV”, **WRP** 1980, s. 59; **SACK/FASSOLD**, “Die Reichweite von Art. 30 EWGV und der Binnenmarktvergleich”, **WRP** 1987, s. 519.

vermemiştir. Öte yandan, 30. maddenin geniş yorumlanmaması gerekliliğinin başka nedenleri de vardır. Yasa koyucu, 30. madde ile getirilen istisnaların uygulama alanlarını belirlerken, yerli ürünlerle ithal ürünler arasında ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerle ile ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler arasında bir fark gözetmemiştir. Divan ise, hukuka uygunluk nedenlerinin sadece ayrımcılık içermeyen ulusal önlemler için genişletilmesini istemektedir. Pazarı bölmeyi hedeflemeyen ve yerli ürünler ile ithal ürünler için aynı şekilde geçerli olan ulusal düzenlemeler ile açık ayrımcılık içeren ulusal düzenlemeler arasındaki farkı belirgin hale getirmek için, tüketicinin korunması veya çevrenin korunması gibi yeni alanların Topluluk hukuku tarafından korunan menfaatler olarak ne şekilde değerlendirileceğinin belirlenmesi iyi bir fırsat olarak düşünülebilir.<sup>324</sup> Üye devletlere, ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler çıkarma konusunda daha geniş bir hukuka uygunluk alanı bırakılırken, ayrımcılık içeren ulusal önlemlerin mazur görülebilmesi için sadece 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olması gerekmektedir. Dassonville formülüyle eş etkili önlem kavramını çok geniş şekilde yorumlayan Divan, bu sorunu çözmek amacıyla Cassis de Dijon kararıyla içtihadında değişiklik yapma ihtiyacını duymuştur.

---

<sup>324</sup> LANG, op. cit s. 49.

**G) EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMININ KAPSAMININ  
DİVAN TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI: CASSIS DE  
DİJON KARARI**

**I. Cassis de Dijon Kararı**

Dassonville kararıyla Divan, 28. maddede düzenlenen “eş etkili önlem” kavramının kapsamını çok geniş yorumlamış, üye devletler tarafından çıkarılan ulusal önlemlerin, topluluk içi ticareti kısıtlama potansiyeli taşıması halini bile eş etkili önlem olarak kabul etmiştir. Cassis de Dijon kararıyla ise, uygulamasını yumuşatarak, üye devletler tarafından çıkarılan kısıtlayıcı ulusal düzenlemelerin, belli şartlar altında malların serbest dolaşımı ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini karara bağlamıştır. Cassis de Dijon kararına kadar, Dassonville formülü uyarınca eş etkili önlemler yasağı kapsamına giren ulusal düzenlemeler, ancak 30. maddede yer alan istisnaların varlığının ispat edilmesi halinde mazur görülebilecek iken, Cassis de Dijon kararıyla birlikte, artık, ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler, Divan tarafından geliştirilen kamu yararının emredici gereklilikleri ilkesi çerçevesinde Topluluk hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>325</sup>

---

<sup>325</sup> C- 120/78 *Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein(Cassis de Dijon)* [1979], ECR 662- 664, Rn. 8 ve 14; **JARASS**, “Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten”, **EuR** 1995, s. 202 vd.; **MİLLARG**, “Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20.2.1979, Rs. 120/78”, **EuR** 1979, s. 417 vd.

## 1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci

Ayrımcı olmayan ulusal önlemlere ilişkin Divan tarafından karara bağlanan en önemli dava, öğretide Cassis de Dijon kararı olarak bilinen *Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* kararıdır.

Dava konusu olayda, 1976 yılında Rewe firması, Fransa'da üretilen ve alkol oranı % 15-20 dolaylarında olan Cassis de Dijon isimli meyve likörünü Almanya'ya ithal etmek istemiştir. Gerekli ithalat izninin Alman makamları tarafından, en az %32 oranında alkol içeren likörlerin Almanya'da piyasaya sunulmasına izin verildiği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, açılan davada, Hessen Eyaleti Vergi Mahkemesi tarafından dosya bekletici sorun yapılarak ön karar prosedürü yoluyla Divan'ın önüne gelmiştir.

Divan'ın önünde, davacı Rewe firması iddialarını 70/50 sayılı Komisyon direktifinin 3. maddesine dayandırmıştır. Bu madde uyarınca, malların pazarlanmasına ilişkin özellikle şekil, büyüklük, ağırlık, sunum gibi konularda düzenleme getiren ulusal önlemler, yerli ve ithal ürünler arasında ayırım gözetmeksizin aynı şekilde uygulanmaları halinde bile, etkilerinin ticari kuralların gereği olan ölçüyü aşacak şekilde malların serbest dolaşımını kısıtlaması halinde, 28. maddeye aykırılık teşkil etmektedir.<sup>326</sup>

---

<sup>326</sup> Topluluk Resmi Gazetesi 1970, Nr. L 13, s. 29.

Alman Ulusal düzenlemesi Cassis de Dijon marka meyve likörünün, Almanya'ya ithalatını imkânsız hale getirmektedir. Bu iddialar karşısında Alman Hükümeti alınan önlemin, 70/50 sayılı direktif hükümleri uyarınca eş etkili önlem olmadığı, bu nedenle Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulama alanı içerisinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>327</sup>

Bu açıklamalar karşısında Komisyon, yerli ürünler ile ithal ürünler arasında ayrımcılık içermeksizin aynı şekilde uygulanan ve alkollü içeceklerin içermesi gereken alkol oranlarını belirleyen ulusal önlemlerin, eş etkili önlem olmasına rağmen, tüketicilerin korunması ve alkollü içecek üreticileri arasında haksız rekabetin önlenmesi amacıyla mazur görülebileceğini belirtmiştir. Ancak, Alman ulusal düzenlemesinin, diğer üye devletlerde sağlık kurallarına uygun şekilde üretilen alkollü içeceklerin, Almanya'ya ithalatını engellemesi nedeniyle orantısız olduğunu ve bu nedenle 28. madde uyarınca yasaklanan eş etkili önlem olarak değerlendirilmesi gerektiğini eklemiştir.<sup>328</sup>

Hukuk sözcüsü ise, meyve likörü türündeki içeceklerin içermesi gereken asgari alkol oranlarını belirleyen ulusal önlemlerin, o üye devlette o ürünün satılması için şart koşulmasının, diğer üye devletlerde üretilip daha düşük alkol oranı içeren meyve likörlerinin hiç şüpheye yer vermeyecek şekilde ithalatı engelleyeceğinden, Dassonville formülü uyarınca 28. maddede düzenlenen yasak hükmü kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> C- 120/78, ECR 653.

<sup>328</sup> C- 120/78, ECR 659.

<sup>329</sup> C- 120/78, ECR 668.

Divan, öncelikle, Topluluk düzeyinde alkollü içkilerin üretimi ve pazarlanması konusunda ortak bir düzenleme yapılmadığından, üye devletlerin bu alanda düzenleme yapma yetkilerini sürdürdüklerini belirtmiştir. Ancak, üye devletlerin alkollü içeceklere yönelik farklı ulusal düzenlemelerinden kaynaklanan ve malların serbest dolaşımı kısıtlayan kuralların, mali denetimlerin etkililiği, kamu sağlığının korunması, ticari işlemlerde adaletin sağlanması ve tüketicilerin korunması gibi emredici gerekliliklerin (Zwingende Erfordernisse) yerine getirilmesi için zorunlu olmaları halinde mazur görülebilecektir. Ayrıca Divan, bu kısıtlamaların haklı ve makul bir nedene (rule of reason) dayanması gerektiği vurgulamıştır.

Böylece Topluluk düzeyinde uyumlaştırma yapılanaya kadar, üye devletler arası mevzuat farklılıklarından kaynaklanan ve 28. maddeyi, ayrımcılık yapılmaya bile, ihlal eden ulusal ticari önlemlerin varlığı, Divan tarafından kabul edilmiştir.<sup>330</sup> Ancak, üye devletler kendi ülkelerinde, diğer üye devletlerde yasal olarak üretilen ve piyasaya sunulan malların serbest dolaşımını engellemeyecektir.<sup>331</sup>

Bu görüş çerçevesinde, Divan Alman Hükümetinin savunmasında ileri sürdüğü sağlık ve tüketicilerin korunması gerekçelerini haksız bulmuş ve meyve likörlerinin içermesi gereken asgari alkol oranlarını düzenleyen Alman düzenlemesinin malların serbest dolaşımını ihlal ettiğine karar vermiştir.

---

<sup>330</sup> BAYKAL, op. cit. s. 122.

<sup>331</sup> G.TEKİNALP, op. cit s. 267.



Divan'ın almış olduğu bu karar ile karşılıklı tanıma ilkesi (Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung) topluluk hukukunun ilkelerinden biri haline gelmiştir.<sup>332</sup>

## 2. “Dassonville Formülü”nün Sınırlandırılması

Divan'ın Cassis de Dijon kararının yayınlanmasından sonra, öğretilerde, bu yeni kararlarla birlikte, Dassonville formülüyle eş etkili önlem kavramına getirilen geniş yorumun sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına dair tartışmalar ortaya çıkmıştır. Dassonville formülünün daha da genişletildiğini savunanlar, Dassonville formülünün spesifik olarak sadece ithal ürünlere uygulanan ulusal düzenlemelerin eş etkili önlem olarak kabul edildiğini ve Divan'ın bu kısıtlamaları ulusal hukukların yakınlştırılması yoluyla ortadan kaldırılması düşüncesini taşıdığını ileri sürmüşlerdir.<sup>333</sup>

Öte yandan, bu kararı, Dassonville formülünün sınırlandırılması olarak ileri sürenler, Topluluk düzeyinde belirli bir ürünün üretilmesi ve pazarlanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde, her üye devletin bu ürünlere ilişkin

---

<sup>332</sup> **STREINZ**, op. cit. s. 355 vd.

<sup>333</sup> **ARNDT**, ”Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union, der Fall “Keck und Mithouard”, **NJW** 1994, s. 121; **BORNKAMM**, “Anmerkung zum Urteil “Keck und Mithouard”, **GRUR** 1994, s. 297; **REICH**, “Anmerkung zum EuGH, Urteil v. 24.11.1993 – Rs C- 267/91 und C- 268/91, **ZIP** 1993, s. 1815- 1816.

kendi ülkesinde düzenleme yapma yetkisine sahip olmasının, Divan tarafından bir kez daha vurgulanmasıyla açıklamaktadır.<sup>334</sup>

Divan'ın, açıkça ayrımcılık içeren ulusal kısıtlamalarla, ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler arasında fark gözetmediği Dassonville formülündeki geniş yorumu, Cassis de Dijon kararında ilk defa ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler hakkında verdiği kararlar, ayrımcı olmayan bu ulusal önlemlerin, orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla, kamu yararının emredici gereklilikleri nedeniyle mazur görülebileceğini belirterek sınırlandırmıştır.<sup>335</sup>

## **II. Kararın Hukuki Sonuçlarının Malların Serbest Dolaşımı İlkesi Üzerindeki Etkisi**

### **1. Kamu Yararının Emredici Gerekliliği Kavramının Kapsamı ve Uygulanması**

Divan, Cassis de Dijon kararıyla birlikte, üye devletlerin belli koşullar altında, bazı yeni önlem ve kısıtlamalara başvurabileceğini kabul ederek, malların serbest dolaşımı ilkesinin getirmiş olduğu yasakların uygulama alanını

---

<sup>334</sup> **JESTAEDT/KAESTLE**, “Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art 30 EGV: Das “Keck-und-Mithouard”-Urteil, **EWS** 1994, s. 26.; **JOLIET**, “Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung”, **GRUR Int** 1994, s. 980.

<sup>335</sup> **SACK**, “Staatliche Regelungen sogenannter “Verkaufsmodalitäten” und Art 30EG-Vertrag”, **EWS** 1994, s. 37.

daraltmıştır.<sup>336</sup> Divan, Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin yanında, Cassis de Dijon kararından itibaren istisnai olarak Kurucu Antlaşmada yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini de kabul etmektedir.

Divan'ın bu kararının arkasında yatan gerekçe olarak, Kurucu Antlaşmada öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin, istisna hüküm olması nedeniyle dar yorumlanması gerektiği ve bu hukuka uygunluk nedenlerinin etkin bir şekilde uygulanmasının ciddi derecede sınırlandırılması gösterilebilir.<sup>337</sup> Eş etkili önlemler kavramının geniş şekilde yorumlanmasının denkleştirilmesi için, Kurucu Antlaşmada yazılı olmayan, diğer hukuka uygunluk nedenleri gerekli görülmektedir.<sup>338</sup>

Cassis formülüne göre, üye devletlerin farklı ulusal düzenlemelerinden kaynaklanan ticari engeller, “kamu yararının emredici gereklilikleri” açısından kabul edilebilir oldukları ölçüde mazur görülebilir.<sup>339</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta, “kamu yararının emredici gereklilikleri” nedeniyle üye devletler tarafından

---

<sup>336</sup> **WEİB**, “Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit: Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedlosen und unterschiedlichen Maßnahmen”, **EuZW** 1999, s. 498; **GUNDEL**, “Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV”, **JURA** 2001, s. 79.

<sup>337</sup> **STREINZ**, op. cit. s. 282.

<sup>338</sup> **CAN**, “Versteckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi** Bahar 2003, Cilt:2, Sayı:4, s. 66.

<sup>339</sup> C- 55/94 *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995], I- 4165, Rn. 37.

getirilen kısıtlamaların, ancak; Topluluk düzeyinde herhangi bir uyumlaştırma yapılmamış olan alanlar için uygulanabilmesidir.<sup>340</sup>

Divan, “ kamu yararının emredici gereklilikleri” olarak tanımladığı hukuka uygunluk nedenlerini uygulamada sürekli olarak genişletmiştir.<sup>341</sup> Divan, bu hukuka uygunluk nedenlerini tek tek saymak yerine, önüne gelen davalarda, her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle yapmaktadır.<sup>342</sup>

Divan, ayrıca, kamu yararının emredici gerekliliklerinin içeriğini geniş yorumlamakla birlikte, bu haklı sebeplerin sınırlarını da çizmektedir. Öncelikle, üye devletlerin konuya ilişkin ulusal düzenlemeleri, orantılı ve adil olmalıdır. Ayrıca, diğer üye devletlerde hukuka uygun şekilde üretilen ve piyasaya sunulan ürünlerin serbest dolaşımının hiçbir şekilde engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir.

## **2. Divan Tarafından Getirilen Yeni Hukuka Uygunluk Nedenleri**

### **a. Etkili Mali Denetim**

Divan tarafından kamu yararının emredici gerekliliği kavramı içinde Topluluk hukuku tarafından güvence altına alınan ilk menfaat, ticari işlerde etkili

---

<sup>340</sup> C- 5/94 *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas* [1996], I-2553, Rn. 18.

<sup>341</sup> Karşılaştırma için bkz. C- 120/78 *Cassis de Dijon*; C- 229/83, *Leclerc*; C- 60&61/84 *Cinetheque*; C- 407/85 3 *Glocken*; C- 2/90 *Abfallimport*.

<sup>342</sup> MÜLLER-GRAFF, op. cit. Art 30 Rn. 204.

mali denetimin gerçekleştirilmesidir.<sup>343</sup> Bu hukuka uygunluk nedeni, Kurucu Antlaşmanın 90. maddesinde düzenlenen vergilendirme hususuna ilişkin ulusal önlemlerle ilgili değildir. Bu menfaatle kastedilen, verginin tahsili işleminin etkili şekilde yapılması ve vergi gelirlerinin etkili şekilde toplanması amacının gerçekleştirilmesidir.<sup>344</sup> Ancak, özellikle 90. madde hükmü ve Divan'ın daha sonraki tarihlerde verdiği Keck kararıyla birlikte, ticari işlerde etkili mali denetim amacıyla getirilen ulusal önlemlerin, malların serbest dolaşımı ilkesinin istisnası olarak uygulama alanı oldukça sınırlanmıştır.<sup>345</sup> Bu konuyla ilgili hemen hemen Divan'ın önüne giden hiç dava bulunmamaktadır. Bira için satış koşullarını belirleyen Yunan Bira Vergi Kanunu ile ilgili kararda Divan, Topluluk hukukunca korunan menfaat alanı olarak tüketicilerin korunmasını esas almıştır.<sup>346</sup>

## b. Kamu Sağlığı

Cassis de Dijon kararıyla, yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan iki menfaat kamu sağlığının korunmasıdır. Her ne kadar 30. maddede sayılan istisnalar arasında insan yaşamı ve sağlığının korunması yer alsaydı,<sup>347</sup> kamu sağlığının korunması hususuna ilişkin çok sayıda dava Divan'ın önüne gelmiştir.<sup>348</sup>

---

<sup>343</sup> C- 120/78, ECR 662, Rn. 8.

<sup>344</sup> **MİLLARG**, op. cit. s. 165.

<sup>345</sup> **FRENZ**, op. cit. s. 380.

<sup>346</sup> C- 176/84 *Kommission v. Griechenland* [1987], ECR 1220, Rn. 28.

<sup>347</sup> Dausés ironik bir biçimde bu durumu, Divan yargıçlarının yeni bir durumla karşılaşmasının verdiği heyecanın aşırı bir yansıması diye ifade etmiştir. Bkz. **DAUSES**, op. cit. s. 202.

<sup>348</sup> C- 788/79 *Gilli und Andreas* [1980], ECR 2078, Rn.6; C- 130/80 *Kelderman* [1981], ECR 535, Rn. 6; C- 317/92 *Kommission v. Deutschland*, [1994], I-2060 vd.

Kamu sağlığının korunması amacıyla malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal önlemlerin, Topluluk hukukunca mazur görölmesi, 30. maddenin 1. fıkrasında sayılan istisnaların dışında kalan alanlar için söz konusudur. Bu bağlamda, özellikle, sağlık hizmetlerinin organizasyonunu düzenleyen ve ancak dolaylı şekilde insan yaşamı ve sağlığını ilgilendiren ulusal önlemler, bu yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerine örnek gösterilebilir. Bir diğer örnek olarak doktorların reçete yazma özgürlüğüne ilişkin ulusal düzenlemeler gösterilebilir.<sup>349</sup> Ulusal sağlık sisteminde oluşabilecek açığı önlenmesi amacıyla doktorların reçete yazma özgürlüğüne ilişkin bir kısıtlama getirilmesi, kamu yararının emredici gerekliliği çerçevesinde mazur görülebilir.

### c. Ticari İşlemlerde Adaletin Sağlanması

Divan tarafından Cassis de Dijon kararında sayılan ve Kurucu Antlaşmada yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri arasında ticari işlemlerde adaletin sağlanması amacı da yer almaktadır.<sup>350</sup> Pazar katılımcılarının haksız rekabet karşısında korunmasını ve bu amaca yönelik rekabet avantajlarının düzenlenmesini içeren ulusal önlemler, ticari işlemlerde adaletin sağlanması amacıyla mazur görülebilirler.<sup>351</sup> Bu kapsamda üye devletlerin teamül haline gelmiş farklı ticari işlem ve uygulamaları dikkate alınmalıdır.<sup>352</sup> Divan bu kararı, Almanya'da sadece Franken bölgesinde üretilen şarapların kullanıldığı karınlı şarap şişesi(bocksbeutel) şeklindeki

---

<sup>349</sup> MÜLLER-GRAFF, op. cit. Art 28 Rn. 208.

<sup>350</sup> C- 120/78 *Cassis de Dijon* [1979], ECR 662- 664.

<sup>351</sup> BECKER, Art. 30, SCHWARZE(Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, içinde Rn. 50; MÜLLER-GRAFF, op. cit. Art 28 Rn. 209; LENZ, "Unlauterer Wettbewerb und freier Warenverkehr in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes", ZEuP 1994, s. 640.

<sup>352</sup> C- 16/83 *Prant( Bocksbeutel)* [1984], ECR 1299; C- 182/84 *Miro* [1985], ECR 3731.

kırmızı şarapları, İtalya'nın Bolzen Bölgesi'nden Almanya'ya ithal eden firmanın cezaya çarptırılması üzerine açılan davanın, ön karar prosedürüyle kendi önüne gelmesi sonucunda vermiştir. Alman ulusal düzenlemeleri uyarınca, bu biçimdeki şişelerin şarap üretiminde kullanılmasına sadece belli bir bölgede üretilen şaraplar için izin verilmiştir. İthalatçı firma, dava sırasında Güney Tirol bölgesinde bir yüzyıldan uzun bir süredir geleneksel olarak bu biçimde şişelenmiş şarapların satıldığını ifade etmiştir.

Divan, “Ortak Pazar sistemi içinde, şarap üretimi ve satılmasıyla ilgili ticari işlemlerde adaletin tesisi için, farklı üye devletlerin ticari işlemlerde uyguladıkları teamüllerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir”. Bu doğrultuda verdiği kararında, bir üye devletin ulusal düzenlemesiyle sinai ve fikri mülkiyet hakları çerçevesinde güvence altına alınmış olan ve bu çerçevede, belli bir biçime sahip şarap şişelerinin sadece belli bir bölgenin şarapları için kullanılmasına izin verilmesinin, diğer üye devletlerde üretilen şarapların, o üye devlete ithalatını engellemesine cevaz vermediğini belirtilmiştir.

İlgili davada Divan, Alman ulusal düzenlemesinin, kamu yararının emredici gereklilikleri çerçevesinde ticari işlemlerde adalet sağlanması amacıyla malların serbest dolaşımına getirdiği kısıtlamayı, Topluluk hukukuna uygun bulmamıştır.

Öte yandan bir diğer kararında, Divan, yine aynı şekilde ulusal düzenlemenin Topluluk hukukuna aykırı olduğunu tespit ederken, ithal edilen ürünün üretildiği üye devletteki ticari gelenek ve teamülleri göz önünde bulundurmıştır. İlgili olayın

geçtiği Hollanda’da, cin içkisinin asgari içerdiği alkol oranı %35 olarak belirlenmiştir. Belçika’da ise bu içki geleneksel olarak % 30 oranında alkol içerecek şekilde üretilmektedir. Divan, Belçika’dan, Hollanda’ya cin içkisinin ithalatını yasaklayan, ulusal düzenlemeyi malların serbest dolaşımına aykırı bulmuştur. Yine aynı şekilde, et ürünlerinin içine soya veya süt gibi yabancı katkı maddelerinin konulmasını yasaklayan Alman düzenlemesini, her ne kadar daha ucuz katkı malzemesi kullanarak üreticinin rekabet avantajı sağlaması imkânının ortaya çıkmasına yol açacaksa da, ticari işlemlerde adaletin sağlanması amacıyla mazur görmemiştir.<sup>353</sup>

#### **d. Tüketicinin Korunması**

Uygulamada malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan en önemli yazılı olmayan hukuka uygunluk nedeni tüketicilerin korunmasıdır. Tüketicilerin korunmasının, Topluluk açısından önemini Kurucu antlaşmanın 153. maddesi hükmünden de anlıyoruz. Bu madde uyarınca, Topluluk, “tüketicilerin çıkarlarını desteklemek ve yüksek düzeyli bir tüketici koruması temin etmekle yükümlüdür.” Bu çerçevede tüketicilerin korunması kavramından tüketicilerin üretim hatalarından, yanıltıcı reklamlardan, dürüst olmayan ticari uygulamalardan korunması için hukuki güvencelerle donatılması anlaşılmaktadır.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> C- 274/87 *Kommission v. Deutschland(Reinheitsgebot für Wurst)* [1989], ECR 229.

<sup>354</sup> C- 315/92 *Clinique* [1994], ECR I- 336, Rn. 15. Böylece, tüketicilerin aldatılması engelenerek, tüketicinin yaptığı hukuki işlemde beklediği faydayı elde etmesi temin edilecektir. Bkz. LANG, op. cit. s. 56; WILHELMSSON, “Is There a European Consumer Law -and Should There Be One?” Saggi, Conferenze E Seminari 41, Roma: 2000, [<http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/41wilhelmsson.pdf>], (Erişim tarihi 23.05.2008).



Tüketicilerin, diğer pazar katılımcıları karşında haksız rekabete uğraması ve aldatılmasının önlenmesi amacıyla tüketicilerin korunması, üye devletler tarafından en sık başvurulmuş hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>355</sup> Yine aynı şekilde ürün sorumluluğu kavramı da, tüketicilerin korunması hedefi için önemli bir diğer husus olarak değerlendirilmektedir.<sup>356</sup> Öte yandan, tüketicilerin korunması ve ticari işlemlerde adaletin sağlanması menfaatleri arasındaki sınırın belirlenmesi kolay değildir. Bu nedenle, Divan, bu iki hukuka uygunluk nedenini çoğunlukla birlikte ele almaktadır.<sup>357</sup>

#### aa. Tüketici Kavramı

Topluluk hukukunda tüketici profilini, ortak pazarın işleyişine ilişkin özel bilgi veya donanıma sahip olmasa bile, yaptığı tüketim işleminin niteliği ve sonuçlarını algılayabilecek kadar bilgi ve beceriye sahip, yetişkin tüketiciler oluşturmaktadır.<sup>358</sup> Bu tanım, Divan'ın malların serbest dolaşımına ilişkin verdiği kararlarında çizdiği tüketici profiline uygundur.<sup>359</sup> Ancak, bu yaklaşım, bazı üye devletlerin kendi ulusal düzenlemelerindeki tüketici kavramından farklı bir profil

---

<sup>355</sup> FRENZ, op. cit. s. 384.

<sup>356</sup> GAUSEPOHL, op. cit. s. 189.

<sup>357</sup> C- 6/81 *Beele* [1982], ECR 707.

<sup>358</sup> BLAUROCK, “Verbrauchercredit und Verbraucherleitbild in der europäischen. Union”, *JZ* 1999, s. 802; DREHER, “Der Verbraucher - Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?”, *JZ* 1997, s. 171.

<sup>359</sup> C- 210/96 *Gut Springenheide and Tusky* [1998], ECR I- 4657.

çizmektedir.<sup>360</sup> Tüketicilerin satın aldıkları ürünler hakkında etiketleme yoluyla yeterli derecede bilgilendirilme zorunluluğu, Divan tarafından tüketicilerin korunması için yeterli bir önlem olarak kabul edilmektedir. Tüketicinin korunması amacıyla malın üretiminin yasaklanması veya ithalatının engellenmesi orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle Topluluk hukukuna aykırılık teşkil edecektir.<sup>361</sup>

Tüketicilerin korunması amacıyla, malların serbest dolaşımı ilkesinin üye devletler tarafından alınan önlemlerle kısıtlanmasına ilişkin en önemli örnek dava, Divan'ın, Alman Saf Bira Kanununun ( Reinheitsgebot für Bier) 28. maddeye ve dolayısıyla malların serbest dolaşımı ilkesine aykırılığını incelediği davadır.<sup>362</sup>

1516 tarihli Alman Saf Bira Kanunu(Reinheitsgebot für Bier), bira üretiminde kullanılacak olan hammaddeleri saymıştır. Bu düzenleme uyarınca, bira sadece su, arpa, şerbetçiotu ve mayadan üretilmelidir. Yine buna paralel bir düzenleme 1984 tarihli Alman Bira Vergi Kanununda yer almaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca, sayılan dört madde dışında başka katkı maddeleri içeren içeceklerin bira adı altında piyasada satılması yasaklanmıştır.

Diğer üye devletlerde arpa yerine pirinç, mısır veya darıdan üretilen biralar satılmaktadır. Alman ulusal düzenlemesi, diğer üye devletlerde üretilen bu biraların,

---

<sup>360</sup> Özellikle, Alman Tüketicinin Koruma Kanunundaki tüketici tanımı, tüketicileri aldatılmaya müsait, acemi ve bilgisiz olduğu için de korunmaya muhtaç olarak nitelendirmektedir. Ancak son yıllarda Alman mahkemeleri, ulusal tüketici profilini, Topluluk hukukundaki profile yakın şekilde değerlendirmeye başlamıştır. Bkz. **BLAUROCK**, op. cit. s. 803; **MÜLLER-GRAFF**, op. cit. Art 28 Rn. 217; **MEYER**, “Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom “flüchtigen Verbraucher”, **Wettbewerb in Recht und Praxis** 1993, s. 224.

<sup>361</sup> C- 205/89 *Kommission v. Griechenland* [1991], ECR I- 1361.

<sup>362</sup> C- 174/84 *Kommission v. Deutschland* [1987], Slg. I- 1227.

Almanya'ya ithalatını engellemektedir. Alman Hükümeti, Alman tüketicilerinin bira denildiğinde, Alman Saf Bira Kanunu uyarınca üretilen içecekleri anladıklarını, diğer üye devletlerde başka içerikle üretilen içeceklerin bira adı altında satılmasının, Alman tüketicilerini yanıltacağını belirterek, tüketicilerin korunması amacıyla getirilen bu düzenlemenin kamu yararının emredici zorunlulukları çerçevesinde mazur görülmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Divan, ileri sürülen bu gerekçeyi haklı ve yerinde bulmamıştır. Tüketicilerin tüketim alışkanlıkları ve ürünlere ilişkin algılamaları, her üye devlette farklı olabileceği gibi, zaman içinde ortaya çıkabilecek değişimlerle aynı ülke içinde bile tüketim alışkanlıkları değişkenlik gösterebilecektir. Üstelik Ortak pazarın varlığından azami şekilde tüketicilerin yararlanması ve bu pazarda aktif rol oynaması, ancak, tüketici alışkanlıklarının ortak pazarın dinamik yapısına uyum sağlamasıyla mümkünleşebilecektir.<sup>363</sup> Bu amaçla, belirli ürünlerin ve üreticilerin yararına, tüketici alışkanlıklarının sürdürülmesini amaçlayan ulusal düzenlemeler, tüketicinin korunması amacıyla Topluluk hukuku tarafından korunmazlar.<sup>364</sup>

## **bb. Etiketleme**

Malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal önlemler içinde, tüketicilerin korunması amacıyla, Topluluk hukuku tarafından mazur görülen kısıtlamaların

---

<sup>363</sup> DAUSES, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt”, *EuZW* 1995, s. 429.

<sup>364</sup> C- 170/78 *Kommission v. Vereinigtes Königreich* [1980], Slg. 433, Rn. 8.

başında, malların etiketlenmesini ve ürünlerin cinslerine göre sınıflandırılmasını düzenleyen önlemler gelmektedir.<sup>365</sup>

Topluluk düzeyinde, belirli gıda ürünlerinin ambalajlanması, etiketlenmesi ve reklamının yapılmasına ilişkin üye devlet düzenlemelerinin uyumlaştırılması amacıyla 18.12.1978 tarihinde 79/112 sayılı Topluluk direktifi çıkarılmıştır.<sup>366</sup> Bu şekilde, belirli gıda ürünlerinin nihai tüketiciler için etiketlenmesine ilişkin ulusal düzenlemelerin ikincil mevzuat uyarınca uyumlaştırılması tamamlanmıştır. Öte yandan, üye devletler, hala, tüketicilerin korunması amacıyla, dondurulmuş gıda ürünlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahiptir.<sup>367</sup> Ancak, üye devletler, tüketiciler için gerekli bilgilerin, ürünlerin etiketlerinin üzerine anlaşılır bir şekilde yazılmasını temin etmekle yükümlüdür. Ancak, Divan, sadece belirli bir dilde yazılması zorunluluğunu eş etkili önlem olarak kabul etmektedir.<sup>368</sup>

#### e. Çevrenin Korunması

Divan'ın kamu yararının emredici gereklilikleri listesinde kabul ettiği hususlardan bir diğeri de, çevrenin korunmasıdır. Divan, kararlarında, bir çok defa çevrenin korunmasının meşru bir topluluk politikası hedefleri arasında yer aldığı teyit etmiştir. Ancak, malların serbest dolaşımı ilkesinin, hangi koşullarda, çevrenin

---

<sup>365</sup> FRENZ, op. cit. s. 385.

<sup>366</sup> Şu an yürürlükte olmayan düzenleme yerine, 26.11. 2001 tarihli 2002/101 sayılı Komisyon direktifi yürürlükte. **Avrupa Birliği Resmi Gazetesi** L 310, s. 19.

<sup>367</sup> C- 17/93 *Van der Veldt* [1994], Slg. I- 3537, Rn. 29.

<sup>368</sup> C- 369/89 *Piageme* [1991], Slg. I- 2971, Rn. 12.

korunması hedefi nedeniyle kısıtlanabileceği konusunda Divan'ın içtihadı açısından tam bir belirlilik ve kesinlikten söz etmek mümkün değildir.<sup>369</sup>

Divan, çevrenin korunması menfaatini, daha henüz “emredici gereklilik” kavramının uygulanması kapsamında olduğunu belirlememişken bile, 1985 tarihinde verdiği kararında, çevrenin korunmasını Topluluk hukuku tarafından korunan meşru bir Topluluk politikası olarak nitelendirmiştir.<sup>370</sup>

Divan'ın, çevrenin korunmasını Cassis de Dijon formülü çerçevesinde kamu yararının emredici gerekliliği olarak kabul edilebileceğini açıkladığı ilk karar *Komisyon v. Danimarka* davasıdır.<sup>371</sup> Dava konusu olay, Komisyon tarafından Danimarka aleyhine Divan önünde ihlâl davası açılmasıyla ortaya çıkmıştır.

Komisyon, Danimarka'da meşrubat ve alkollü içeceklerin yeniden kullanılabilir kutularda satışını düzenleyen ulusal düzenlemenin, 28. maddede yasaklanan “eş etkili önlem” olarak Topluluk hukukunu ihlal ettiği iddiasını ileri sürmüştür. Ulusal düzenleme hükümleri uyarınca, yeniden kullanılabilir kutuların pazarlanabilmesi için Danimarka Ulusal Çevre Koruma Kurumundan izin alınması gerekmektedir. Sadece metalden yapılmamış ve depozit sistemiyle iade edilmeleri sağlanmış kutuların, bu izni almaya uygun olmaları şeklinde yapılan düzenlemeyle,

---

<sup>369</sup> BAYKAL, op. cit. s. 123.

<sup>370</sup> C- 240/83 *Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* [1985], ECR 531.

<sup>371</sup> C- 302/86 *Commission v. Denmark(Dänische Pfandflaschen)* [1988], ECR 4607, Rn. 9.

bu şartları sağlayamayan çok sayıda kutunun, ancak sınırlı ve istisnai olarak kullanılması sonucu doğmaktadır.

Divan, öncelikle iade sisteminin amacını belirlemiş, daha sonra ise iade sistemiyle getirilen kısıtlamanın malların serbest dolaşımı ilkesi üzerindeki etkisini değerlendirmiştir. Özellikle, doğada zor bulunan değerli metallerin yeniden kullanımını teşvik ederek, bu yolla, çevrenin kirletilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan düzenleme, öte yandan diğer üye devletlerde metal kutularda üretilerek satılan içeceklerin Danimarka'ya ithalatını engelleyerek, Danimarka içki sanayiinin korunması şeklinde bir etki göstermektedir.

Divan, Danimarka'nın uyguladığı sistemi, Topluluk hukukuna uygun bularak, emredici gereklilik kapsamında bir ulusal düzenlemenin, çevrenin korunması amacıyla, uygun ve orantılı olmak koşuluyla, malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama getirebileceğini kabul etmiştir.<sup>372</sup>

Divan'ın Danimarka'nın uyguladığı sistemi, Topluluk hukukuna uygun bulmasının, diğer üye devletlerde üretilen içeceklerin ithalatını engelleyerek Ortak pazarı bölücü sonuçlar doğurduğunu söylenmek yanlış olmayacaktır. Bu olumsuz sonucun önlenmesi için, ilgili alanda Topluluk düzeyinde ortak düzenlemeler yapılarak, hem çevre koruma standartlarına uygun malların Topluluk içinde serbest dolaşımı sağlanabilir, hem de çevre koruma standartları daha düşük üye devletlerde

---

<sup>372</sup> **KAHL**, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrechts. Eine Untersuchung zur Rechtsidee des "bestmöglichen Umweltschutz" im EWG-Vertrag, Heidelberg: 1993, s. 10.

üretim yapan üreticilerin daha az üretim maliyeti sayesinde avantajlı konumlarını sürdürerek haksız rekabet yaratmaları engellenmiş olacaktır.<sup>373</sup>

Divan'ın malların serbest dolaşımı ilkesi ile çevrenin korunması menfaati arasındaki çatışma arasındaki dengeyi sağlama arayışı, öğretide, Topluluk politikalarının Kurucu Antlaşma sistematığı içinde, düzenleme sıralarından pratik sonuçlar çıkarmasına yol açmıştır.<sup>374</sup> Kurucu Antlaşmanın 174. maddesi, çevrenin korunmasını Topluluk politikası haline getirirken, 176. madde ile üye devletlerin daha yüksek çevre standartlarına ilişkin önlemler almalarına izin verilmektedir. Öte yandan, malların serbest dolaşımının artması, beraberinde, çevre kirliliği riskini arttırırken, öte yandan çevre dostu diye nitelendirilen ve çevre koruma standartlarına uygun şekilde üretilen malların, Topluluk içinde ticaretinin yaygınlaştırılması, Ortak Pazar üzerinde olumlu etki yaratacaktır.<sup>375</sup>

Kural olarak, çevrenin korunması amacıyla malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama getirilmesi için, çevrenin korunması amacıyla alınan ulusal önlemin, doğrudan ayrımcı hükümler içermemesi gerekmektedir.<sup>376</sup> Ancak, Divan, politika hedefleri gerekli kıldığı durumlarda, doğrudan ayrımcılık içeren ulusal düzenlemeleri

---

<sup>373</sup> **WEATHERİLL/BEAUMONT**, EU Law, Londra: 1999, s. 589 vd.

<sup>374</sup> **FRENZ**, Europäisches Umweltrecht, Münih: 1997, Rn. 661 vd.

<sup>375</sup> **EPİNEY**, “Umweltrechtliche Querschnittsklausel und Freier Warenverkehr: die Einbeziehung umweltpolitischer Belange über die Beschränkung der Grundfreiheiten” **NuR** 1995, s. 498; Karşılaştırma için bkz. **Çevre Korunması için Dördüncü Eylem Planı(1987- 1992)**, AB Resmi Gazetesi, 1987, C 328, S.1 Nr. 92.

<sup>376</sup> **BAYKAL**, op. cit. s. 126;**LECHELER**, op. cit. s. 245.

çevrenin korunması amacıyla, kamu menfaatinin emredici gerekliliği kapsamında değerlendirmiş.

Divan'ın, bu kurala istisna getirdiği ilk dava, *Wallon Bölgesi Atıkları* davasıdır.<sup>377</sup> Davaya konu olan olayda, Wallon bölgesine atık ithalinin yasaklanmasını öngören Belçika ulusal düzenlemesi, 28. maddeyi ihlâl ettiği iddiası ile Komisyon tarafından Divan önüne getirilmiştir. Belçika ulusal düzenlemesiyle getirilen yasaklamayla, söz konusu bölgeye diğer üye devletlerden gelen atıkların ithalatı yasaklanarak, üye devletler arası ticaret kısıtlanmıştır. Üstelik bu düzenlemenin doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle, aslında sadece Kurucu Antlaşmanın 30. maddesi uyarınca getirilen istisna hükmüne dayanarak, hukuka uygun kabul edilebilecek bu ulusal kısıtlamayı, Divan, çevrenin korunmasını güvence altına almak amacıyla, emredici gereklilik kavramı çerçevesinde esnek biçimde yorumlayarak, malların serbest dolaşımı ilkesi ile çevrenin korunması gibi iki farklı üst düzey Topluluk menfaatini dengelemeye çalışmıştır.<sup>378</sup>

Divan'ın yakın tarihli verdiği Preussen kararında, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan Alman ulusal düzenlemesi, açıkça doğrudan ayrımcı uygulamalar getirmesine rağmen, çevrenin korunması ve insan, hayvan ve bitki yaşamını ve

---

<sup>377</sup> C- 2/90 *Kommission v. Belgium* [1992], ECR I- 4431.

<sup>378</sup> GUNDEL, "Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV ", *JURA* 2001, s. 82. Divan'ın benzer biçimde verdiği bir başka karar için bkz. C- 389/96, *Aher-Waggon Gmbh v. Bundesrepublik Deutschland* [1998], ECR I- 4473.



sağlığının korunması gerekçesiyle mazur görülmüştür.<sup>379</sup> Ancak, Divan'ın kararın gerekçesinde, Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde yer alan istisnalar ile Cassis de Dijon kararıyla birlikte kendisinin yorum yoluyla getirdiği “emredici gereklilik” kavramı kapsamındaki yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini birlikte kullanması nedeniyle, çevrenin korunması amacıyla malların serbest dolaşımına kısıtlamalar getiren ulusal düzenlemelerin, Cassis de Dijon kararı uyarınca sadece doğrudan ayrımcılık içermeyen uygulamalara mı uygulanacağı,<sup>380</sup> yoksa ayrımcılık içeren ulusal önlemlerin de emredici gereklilik kapsamında mazur görülebileceği, belirsizliğini sürdürmektedir.<sup>381</sup>

#### f. Ulusal Kültür Politikaları

Ulusal kültür politikalarının kamu yararının emredici gerekliliği nedeniyle mazur görülmesi, Fransa'nın, ulusal film endüstrisini koruma isteğinden kaynaklanmıştır.<sup>382</sup> 1982 tarihli Fransız Kanunu uyarınca, vizyona giren yeni filmler bir yıl boyunca videokaset olarak ne kiralanabilir, ne de satılabilir. Yasa koyucu bu şekilde, izleyici sayısının azalmasını önleyerek, film endüstrisine kaynak yaratmayı

---

<sup>379</sup> C- 379/98 *Preussen Elektra AG v.Sclegawg AG* [2001], ECR I- 2185, Rn. 75.

<sup>380</sup> **STREINZ**, op. cit. Rn. 739

<sup>381</sup> **WEIB**, “Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit. Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen”, **EuZW** 1999, s. 497; **JARASS**, “Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II”, **EuR** 2000, s. 705; **NOVAK**, “Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen – Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG-Vertrag”, **DB** 1997, s. 2589.

<sup>382</sup> C- 60& 64/84 *Kommission v. Frankreich (Cinetheque)* [1985], ECR 2605.

amaçlamıştır. Ancak, süresinden önce filmlerin videokaset olarak satışa sunulması neticesinde olay yargıya ulaşmıştır.

Divan, Fransız ulusal düzenlemesinin, üye devletlerde filmlerin vizyona girdikten sonra piyasaya sunulmasına ilişkin farklı sistem veya koşulların bulunması nedeniyle Topluluk içi videokaset ticaretini kısıtlayabileceğini belirttiğinden sonra, bu düzenlemenin ancak, orantılı ve Topluluk hukukunca korunan menfaatler içinde yer alması halinde mazur görülebileceğini belirtmiştir.

#### **g. Diğer Hukuka Uygunluk Nedenleri**

Divan'ın Cassis de Dijon kararıyla kamu yararının emredici zorunlulukları kavramı çerçevesinde getirdiği yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini, genel bir katalog halinde belirlemek yerine, uygulama da sürekli olarak genişletmesi dikkat çekmektedir. Divan, özellikle önüne gelen her olayın somut özelliklerine göre değerlendirme yapmaktadır. Böylece tek tek biraylerin menfaatlerini korumak yerine, Topluluk çapında geçerli normatif bir korunma sistemi oluşturmayı amaçlamaktadır.<sup>383</sup> Böylece, Topluluk hukukunun uygulanması sorunlarından yola çıkarak, yeni Topluluk hukukuna özgü ilke ve kavramlar oluşturmaya çalışmaktadır. Divan tarafından geliştirilen bu ilkeler ışığında, çevrenin, tüketicilerin veya temel hakların korunması gibi başlangıçta Kurucu Antlaşmalarda düzenlenmeyen alanların

---

<sup>383</sup> FRENZ, op. cit. s. 393.

da, süreç içinde Topluluğun yetki ve uygulama alanları içine dâhil olmasında önemli derece de rol oynamıştır.<sup>384</sup>

### **3. Divanın Kararının Etkileri Üzerine 03.10.1980 tarihli Komisyon Görüşü**

3 Ekim 1980 tarihinde Komisyon, Divan'ın Cassis de Dijon kararının olası etkileri hakkındaki görüşünü açıklamıştır.<sup>385</sup> Bu görüş çerçevesinde şu sonuçlara varılmıştır; Topluluk düzeyinde bir malın üretimi ve pazarlamasına ilişkin ortak düzenlemelerin bulunmaması halinde üye devletler, sadece yerli ürünlerin pazarlanmasına ilişkin koşulları belirleyip, ithal ürünlerin serbest dolaşımını kısıtlayacak düzenlemeler yapmaktan kaçınmalıdır. Menşei ülke ilkesi uyarınca, üye devletler, münhasıran kendi ulusal bakış açıları ve sadece kendi yerli ürünleri için emredici gereklilikleri belirleyemezler. Üye devletler ancak, topluluk hukuku çerçevesinde korunan kamu yararının emredici gereklilikleri kapsamında orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla kısıtlamalar yapabileceklerdir.

Komisyon, Cassis de Dijon kararının uygulanmasına ilişkin ayrıca şu açıklamaları getirmiştir:

- Üye devletler başka bir üye devlette hukuka uygun şekilde üretilen ve piyasaya sürülen ürünlerin, kendi ülkesinde piyasaya sürülmesini, kendi ulusal teknik standartlardan farklı üretilmiş olsalar bile kural olarak yasaklayamaz.

---

<sup>384</sup> İbid. s. 395.

<sup>385</sup> AB Resmi Gazetesi, 1980 Nr C 256/2.

- Üye devletler haklı ve makul gerekçeyle kamu yararının emredici zorunlulukları kapsamında kendi ulusal düzenlemelerindeki geçerli bir satış yasağı hükmüne dayanarak, diğer üye devletlerde üretilen malların ithalatını engelleyemez.

- Mutlak satış ve ithalat yasağı getiren ulusal düzenlemeler, emredici zorunluluklar kapsamında bile yapılsa mazur görülemez.

Komisyonun açıkladığı bu görüş, haklı olarak ciddi eleştirilere uğramıştır.<sup>386</sup> Özellikle Komisyon'un kararın bütününden çok, kısmi koşulların neler olduğunu belirlemesi, Cassis de Dijon formülünde hukuka uygun üretilen ve hukuka uygun şekilde piyasaya sürülen yerine menşei ülke ilkesinden söz etmesi, Divan tarafından belirlenen koşullardan farklı sonuçlara yol açma tehlikesine yol açacağı nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>387</sup> Divan, menşei ülke ilkesini, emredici gereklilik konusunda inceleme koşulları içinde değerlendirmek isteseydi, bunu kararda açıkça ifade ederdi.<sup>388</sup>

### III. Değerlendirme

Malların serbest dolaşımı ilkesi, haklı bir nedene dayanmadığı müddetçe Topluluk içi ticareti kısıtlayan tüm ulusal düzenlemeleri yasaklamaktadır. Öte yandan bu alanda hukukça korunan iki menfaat çatışmaktadır. Bir tarafta üye devletlerin menfaatleri, diğer tarafta Topluluğun hedefleri bulunmaktadır. Kurucu

---

<sup>386</sup> BARENTS, "New developments in measures having equivalent effect", *CMLRev.* 1981, s. 296 vd; MÜLLER-GRAFF, *log cit.*, Rn. 35.

<sup>387</sup> *Ibid*, BARENTS, s. 291.

<sup>388</sup> HAMMER, *op. cit.* s.29.

Antlaşma bu iki menfaat arasında denge kurmak amacıyla, bir yandan Topluluk içi ticareti kısıtlayan engelleri yasaklarken, diğer yandan bazı hukuka uygunluk nedenleri öngörmüştür. Topluluk hareketinin dinamik ve sürekli ilerleyen karakteri neticesinde zaman içinde, ortaya çıkan yeni meşru menfaatlerin korunması için, Kurucu Antlaşmada düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri yetersiz kalmıştır. Divan, bu nedenle Topluluk hukukunu yorumlamak suretiyle, Cassis de Dijon kararında “kamu yararının emredici gereklilikleri” olarak nitelendirdiği Kurucu Antlaşmada yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini yaratmıştır.

Cassis de Dijon kararı, Divan’ın, ayırım gözetilmeksizin uygulanan ulusal kısıtlayıcı önlemlerin, hangi durumlarda Topluluk hukukuna uygun kabul edileceğini değerlendirdiği en önemli karar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>389</sup> Bir ürünün, üretimi ve satışı konusunda Topluluk seviyesinde herhangi bir ortak düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, üye devletler kendi ülkelerinde bu ürünlere ilişkin her türlü düzenleme yapmaya yetkilidir.<sup>390</sup> Ancak, üye devletlerin farklı ulusal düzenlemelerinden kaynaklanan ve malların Topluluk içinde serbestçe dolaşımını kısıtlayan önlemler, Divan tarafından Cassis de Dijon kararıyla belirlenen, kamu yararının emredici zorunlulukları hallerinde(mali denetimlerin etkililiği, kamu sağlığının korunması, ticari işlemlerde adaletin sağlanması ve tüketicinin korunması) haklı ve makul bir nedene dayanması koşuluyla Topluluk hukukuna aykırılık teşkil

---

<sup>389</sup> **MATTHİES**, Art. 39, **GRABİTZ/HILF** (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde Rn. 20.

<sup>390</sup> **LANG**, op. cit. s. 53; **HAMMER**, op. cit. s. 27.

etmeyecektir. Ancak, bu düzenlemeler, herhangi bir üye devlette yasal olarak üretilen ve piyasaya sunulan malların serbest dolaşımına engel teşkil etmeyecektir.<sup>391</sup>

Divan'ın almış olduğu bu karar, malların serbest dolaşımına ilişkin en önemli kararlardan birisini oluşturmaktadır. Bu karar doğrultusunda, Divan, üye devletlerin, Topluluk düzeyinde uyumlaştırılma yapılmamış alanlarda birbirlerinin yasal düzenlemelerini karşılıklı olarak tanınması ilkesini Topluluk hukukunun bir parçası haline getirmiştir.<sup>392</sup>

Karşılıklı tanıma ilkesi, özellikle İç pazarın işleyişi açısından önemli bir role sahiptir. Bu ilke sayesinde Topluluk düzeyinde uyumlaştırılmamış alanlarda malların serbest dolaşımı mümkün olabilmektedir. Karşılıklı tanıma ilkesi uyarınca, bir üye devlet kendi ülkesi toprakları üzerinde bir diğer üye devlette üretilen ürünlerin satışını, söz konusu ürünler farklı teknik ve kalite kurallarına göre üretilmiş olsalar bile, yasaklayamayacaktır. Böylece, Topluluk düzeyinde uyumlaştırma gerçekleşene kadar üye devletlerin, mevzuat farkından kaynaklanan ve 28. maddeyi ihlal eden ulusal düzenlemelerinin varlığı Topluluk hukuku tarafından kabul edilmiş olmaktadır.

Bu kuralın tek istisnasını, Kurucu Antlaşmasınının 30. maddesinde tanımlanan istisnalar ile Divanın içtihadı ile tanıdığı kamu yararının emredici gereklilikleri kapsamında yer alan haklı kısıtlamalar oluşturmaktadır. Ancak, malların serbest

---

<sup>391</sup> BEHRENS, op. cit. s. 152.

<sup>392</sup> Bu karar sonrasında, Komisyon, "karşılıklı tanıma ilkesinin" uygulanmasına ilişkin tutumunu belirleyen bir Tebliği yayınlamıştır. Bkz. **3 Ekim 1980 tarihli Komisyon Tebliği**, OJ C256/2.

dolaşımını kısıtlayan ulusal önlemlerin emredici gereklilik kapsamında değerlendirilmesi için, Topluluk hukuku tarafından tanınan meşru bir politika hedeflerine ulaşmak amacıyla alınması, alınan önlemin hedefe ulaşmak için zorunlu ve hedefe ulaşmak için elverişli olması gerekmektedir. Orantılık ilkesi uyarınca, malların serbest dolaşımını daha az şekilde etkileyecek bir önlemin bulunmaması halinde, ulusal önlemin makul görülmesi mümkün olacaktır.

Öte yandan, bu kararlar ilk defa, Avrupa Tek Senedinin yürürlüğe girmesinden 18 yıl önce, Ortak Pazar içinde tüketicileri korunması politikasının yeri ve önemi ele alınmıştır.<sup>393</sup>

#### **IV. Cassis de Dijon Kararının Eleştirisi**

Öncelikle Cassis formülüyle getirilen “emredici gereklilik” kavramının hukuka uygunluk nedeni şeklinde mi, yoksa 28. maddenin menfi unsuru olarak mı değerlendirileceği karar metninde çok açık değildir.<sup>394</sup> Bu nedenle, emredici yükümlülüklerin, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi sistematığı altında sınıflandırılması tartışma yaratmıştır. Doktrinde bu konuya ilişkin, meşru menfaatlerin dengelenmesi amacıyla, topluluk içi ticaretin kısıtlanmasına rağmen, ulusal önlemin mazur görülmesi nedeniyle, 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenleri ile Cassis de Dijon kararıyla Divan tarafından oluşturulan emredici

---

<sup>393</sup> DAUSES, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt”, *EuZW* 1995, s. 425.

<sup>394</sup> STREINZ, op. cit. Rn. 688; MÜLLER-GRAFF, op. cit. , Rn. 81; STEINDORFF, op. cit. s. 149.

gerekliliklerin birbirinden farklı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>395</sup> Bu görüşün arkasında yatan neden olarak, 30. madde ile getirilen istisnaların üye devletlerin özel menfaatlerini güvence altına alma amacını taşıdığı, emredici gereklikler ile getirilen istisnaların ise kamu yararını yani Topluluk menfaatlerini koruduğu düşüncesi gösterilmektedir.<sup>396</sup> Divan, daha sonraki verdiği kararlarıyla, emredici gereklikleri 28. maddenin unsuru olmaktan çıkartarak bu tartışmaları bitirmiştir.<sup>397</sup> Ayrıca, istisna hükmü olan 30. maddenin dar yorumlanması gerektiği için, bu maddede sayılan istisnaların diğer olaylara uygulanacak şekilde genişletilmesinin doğru olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle emredici gereklik kapsamında yer alan yeni menfaatlerin 30. madde uyarınca ileri sürülmesi mümkün değildir.

Öte yandan Divan, Cassis kararı ile ilk defa uyguladığı ve daha sonra birçok kararında tekrarladığı üzere, emredici gereklikler istisnası, yerli ürünlerle ithal edilen ürünler arasında ayrımcılık gözetmeksizin uygulanan hükümler içeren önlemlere uygulanacaktır.<sup>398</sup> Bu çerçevede, her ürünü aynı şekilde etkileyen kural, önlem ve uygulamaların hukuka uygunluğu açısından yazılı ve yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri dikkate alınırken, ayrımcılık yaratan ulusal önlemlerin mazur görülebilmesi için 30. maddede belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı gerekmektedir.<sup>399</sup> Ancak, Divan daha sonraki kararlarında, özellikle atıklar

---

<sup>395</sup> **PIPKORN**, “Das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen”, **FUSS** (Hrsg.), *Der Beitrag des EuGH der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes*, Baden-Baden: 1981, içinde s.24.

<sup>396</sup> *Ibid.*

<sup>397</sup> C- 113/80 *Kommission v. Irland* [1981], ECR 1625; C- 220/81 *Robertson*, [1982], ECR 2349.

<sup>398</sup> **MATTHIES**, *log. cit.*

<sup>399</sup> C- 55/94 *Gebhardt* [1995], ECR I- 1931; C -224/97 *Ciola* [1999], ECR I- 2517.



konusunda hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasında serbest dolaşımı kısıtlayan önlem ve düzenlemelerin, ayrımcılık yaratıp yaratmadığını incelememiştir. Bunun sonucu olarak da ayrımcılık yaratan kısıtlamalar ile eşit şekilde uygulanan kısıtlamalar arasında hukuka uygunluk nedenleri açısından farkın azaldığı söylenebilir.<sup>400</sup>

Ancak, doktrinde, “kamu yararının emredici gereklilikleri”nin üye devletlerin ayrımcılık yaratan ulusal önlemleri için hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanmasına ilişkin hala, farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar, Divan’ın, herkese aynı şekilde uygulanan ulusal düzenlemeler ile ayrımcılığa yol açan düzenlemeler arasındaki farklılaşmayı kaldırdığını ileri sürerek, “kamu yararının emredici gereklilikleri”nin her iki ulusal düzenleme için de hukuka uygunluk nedeni olabileceğini savunmuşlardır.<sup>401</sup> Böylece “kamu yararının emredici gereklilikleri” genel hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecektir.<sup>402</sup> Ancak hâkim görüş, yazılı olan ve yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanlarının ayrılması gerektiği şeklindedir.<sup>403</sup> Divan da, Aragonés davasında, bu görüş doğrultusunda karar vererek,” kamu yararının emredici gereklilikleri”nin

---

<sup>400</sup> WEIB, log. cit.

<sup>401</sup> İbid. s. 493; JARASS, op. cit. s. 719; EPINEY, op. cit. Art 28 Rn. 38; LEIBLE, op. cit. Art 28 Rn. 20.

<sup>402</sup> Krş. için bkz. ATAD Hukuk Sözcüsü Tesaro’nun *Decker u Kohll* davasındaki görüşü [1998], ECR I- 1834.

<sup>403</sup> HIRSCH, “Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit”, *Zeus* 1999, s. 503; LACKHOFF, *Die Niederlassungsfreiheit des EGV- nur ein Gleichheit oder auch Freiheitsrecht?*, Berlin: 1999, s. 236.; SCHWEITZER/HUMMER, *Euorparecht*, Frankfurt am Main: 1996, Rn. 1139.

hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanmasının, sadece ayrımcılık içermeksizin aynı şekilde uygulanan ulusal önlemler için geçerli olduğunu hükme bağlamıştır.<sup>404</sup>

Cassis de Dijon kararına yöneltilen eleştirilerin bir diğer noktasını, Cassis Formülünde sayılan emredici gereklilik nedenlerine dair genel bir katalogun Divan tarafından belirlenmemesi oluşturmaktadır. Bu eleştiriyi getirenler, böylelikle, bir yandan, gereklilik nedenlerinin sürekli olarak genişletilmesi tehlikesinin ortaya çıktığını ve bu durumun Divan'ın iş yoğunluğunu arttırdığını, diğer yandan da Topluluk hukukunun öngörmediği şekilde fiili olarak üye devletlerin bir çeşit ek yetkiler kazanması sonucunu ifade etmektedirler.<sup>405</sup> Bu durum, Divan'ın, ne 28. madde çerçevesinde öngörülen emredici gereklilik kavramının, ne de 30. maddede sayılan istisnaların, üye devletlerin belirli alanlarda manfuz yetkilerinin korunmasını amaçlamadığına ilişkin görüşüyle bağdaşmamaktadır.<sup>406</sup>

Asıl olarak, eleştirilerin merkezinde, haklı ve makul olma ilkesinin gerekli kıldığı ve ulusal önlemlerin tabi olduğu orantılılık ilkesine uygunluk denetimi bulunmaktadır. Üye devlet tarafından alınan önlemlerin orantılılık ilkesine uygunluğu, ispat yüküne göre karar verileceğinden, her somut olayda getirilen kanıtların gücüne göre birbirinden farklı sonuçlara varılması söz konusu

---

<sup>404</sup> C-1&176/90 *Aragonesa* [1991], ECR I- 4151, Rn. 13.

<sup>405</sup> Hukuk Sözcüsü GA van GERVEN, *Torfaen* Davasına ilişkin görüşünde bu tehlikeye dikkat çekmektedir. Bkz C- 145/88 *Torfaen Borough Council v B&Q* [1989], ECR 3851.

<sup>406</sup> Va GERVEN, bu duruma örnek olarak Divan'ın *Campüs Oil* kararındaki yaklaşımını örnek gösterirken, 28. maddenin emredici gereklilikler çerçevesinde üye devletlere belli alanlarda düzenleme yetkisi bıraktığı görüşünü ileri sürenler, Divan'ın *Miro* kararını örnek vermektedirler. Bkz. Bu görüş için **DEFALQUE**, "Le concept de discrimination en matiere de libre circulation des marchandises" **CDE** 1987, (nakleden **KEBLER**, op. cit., s. 42) s. 485.

olabilecektir. Bu nedenle, farklı ulusal mahkemelerin, ulusal önlemlerin amacı hakkında birbirinden farklı görüşlere ulaşması tehlikesi mevcuttur.<sup>407</sup> Böyle bir durumda, İngiliz mahkemelerinin *Sunday Trading* kararlarının uygulanması esnasında açıkladığı gibi,<sup>408</sup> orantılık ilkesine uygunluk incelemesi, ele alınan düzenleme amacına göre, benzer olaylarda farklı sonuçlara yol açacaktır.<sup>409</sup> Topluluk hukukunun tüm devletlerde ulusal mahkemelerce aynı şekilde uygulanmasını tehlikeye sokacaktır. Bu risk, Divan'ın önüne gelen somut olayda geniş bir orantılılık incelemesi yaparak orantılılık ilkesinin uygulanmasına ilişkin kriterleri saptaması yoluyla azaltılabilse de, Divan *Torfaen* kararında böyle bir incelemeye gerek görmemiş, buna karşılık *Buet* kararında ise kapsamlı bir inceleme yapmıştır.<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> STEİNER, op. cit. s. 759.

<sup>408</sup> C- 145/88 *Torfaen Borough Council v B&Q* [1989], ECR 3851; C-169/91 *Stoke-on-Trent*, [1992], ECR 6635.

<sup>409</sup> STEİNER, log. cit.; ARNULL, "What shall we do on Sunday?", *ELRev.* 1991, s. 123.

<sup>410</sup> C- 382/87 *Buet* [1989], ECR 1235.

**H) 28. MADDENİN UYGULAMA ALANININ KISITLANMASI:  
KECK KARARI**

**I. Ulusal Önlemin Niteliği Gereği 28. Maddenin  
Uygulama Alanının Kısıtlaması: Keck Kararına  
Doğru**

Topluluk hukuku içinde hiçbir alan, İç pazarın temelini oluşturan malların serbest dolaşımına ilişkin Kurucu Antlaşma hükümleri içinde yer alan ve ithalatta miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlemi yasaklayan 28. maddenin yorumu ve uygulama alanının belirlenmesi kadar dinamik bir gelişme kaydetmemiştir. Dassonville Kararıyla, bu maddeye geniş bir uygulama alanı getiren Divan, böylelikle Ortak Pazarı, büyük ölçüde üye devletlerin ulusal korumacı düzenlemelerinden temizleme imkânına sahip olmuştur. Ancak Divan, Topluluk içinde ticaretle uğraşan kişilerin giderek artan biçimde ticari özgürlüklerini kısıtladığını düşündükleri her ulusal düzenlemenin, malların serbest dolaşımı ilkesini ihlâl ettiğini ileri sürmeye başlamaları neticesinde yerleşik içtihadını yeniden ele alarak, gözden geçirmek ihtiyacını hissetmiştir.

Divanın, 24 Kasım 1993 tarihinde bu koşullar altında aldığı Keck Kararı, öğretide büyük bir ilgi uyandırmıştır. Bu büyük ilginin sebebini, Divan'ın uzun yıllar boyunca aldığı kararlar ışığında geliştirdiği 28. maddede düzenlenen eş etkili önlemler kavramının kapsamını, Keck kararıyla getirdiği yeni ayırım aracılığıyla

sınırlandırması ve böylelikle, bu konuya ilişkin daha önce aldığı kararların bir kısmından açıkça uzaklaşmış olması oluşturmaktadır.

Bu kararlar birlikte, artık 28. maddenin uygulama alanına sadece malların üretilmesine ilişkin ulusal düzenlemeler ve önlemler girmektedir. Buna karşılık, belirli satış koşullarına ilişkin kısıtlama veya yasaklama getiren ulusal düzenlemelerin, kural olarak, aynı ülke içinde faaliyet gösteren tüm tüccarlara ayırım gözetilmeksizin uygulanması ve yerli ürünler ile ithal ürünler üzerinde hukuken ve fiilen aynı biçimde etki doğurması halinde, bu düzenlemelere artık 28. madde hükmü uygulanmayacaktır.

Keck kararıyla ortaya çıkan bu düşünce değişimi, öğretilerde kimi yazarlar tarafından, sürekli kapsam alanı genişletilerek, kötüye kullanılmaya açık hale getirilen Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulama alanını sınırlandırması nedeniyle Kasım Devrimi(Novemberrevolution)<sup>411</sup> olarak alkışlanırken, kimi yazarlar tarafından da, Divan kararıyla oluşturulan bu iki yeni düzenleme kategorisi arasında belirgin bir sınırlama getirmemesi ve bu kararıyla daha önceki hangi kararlarından vazgeçtiğini açıkça ifade etmemesinden dolayı eleştirilmiştir.<sup>412</sup>

---

<sup>411</sup> REICH, “The “november revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited”, *CMLRev.* 1994, s. 459.

<sup>412</sup> JESTAEDT/KÄSTLE, “Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck Urteil”, *EWS* 1994, s. 26.

Ayrıca, Keck Kararıyla 28. maddenin uygulama alanına getirilen sınırlamanın, Kurucu Antlaşmanın 2. ve 3. maddelerinde belirtilen Topluluk hedefleriyle ne ölçüde bağdaştığı sorusu da tartışma konusudur.

## II. Keck Kararı<sup>413</sup>

### 1. Hukuki Mesele ve Yargılama Süreci

Almanya sınırı yakınlarında bulunan Strazburg şehrinde süpermarket işleten Bernard Keck ve Daniel Mithouard isimli Fransız vatandaşları, 1989 yılında “Sati Rouge” marka kahve ve “Picon Biere” marka alkol oranı yüksek birayı, gerçek piyasa fiyatının<sup>414</sup> altında düşük fiyatlarla satmaları üzerine kendileri aleyhine, 02.07.1963 tarih ve 63-628 sayılı Fransız Finans Kanunu ve 01.12.1986 tarih ve 86-1243 sayılı Yasanın 32. maddesini ihlal etmeleri sebebiyle ceza davası açılmıştır.<sup>415</sup> Her iki tacir, Strazburg ceza mahkemesinde görülen davada, “malların piyasa fiyatının altında tekrar satılma yasağını” düzenleyen ulusal yasa hükümlerinin, Kurucu Antlaşmanın 30. maddesine(şu anki 28) aykırı olduğunu belirterek, yasak hükmünün kendilerini sınırın diğer tarafında bulunan Alman tacirlerle rekabette

---

<sup>413</sup> C- 267 ve 268/91 *Keck und Mithouard* [1993], ECR I- 6097.

<sup>414</sup> 02. 07. 1963 tarih ve 63- 628 sayılı Fransız Finans Kanununun 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, malın zararına tekrar satışını, satın alınan bir malın, üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan, malın gerçek piyasa fiyatının altında tekrar satılması olarak tanımlamıştır. Malın gerçek piyasa fiyatı, satış fiyatının üzerine verginin eklenmesiyle bulunmaktadır. Bkz. **EHRİCKE**, “Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis und Gemeinschaftsrecht”, **WuW** 1994, s. 109.

<sup>415</sup> Bkz. **KREUZER**, “Wettbewerb um jeden Preis? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel”, **WRP** 1985, s. 467.

dezavantajlı duruma uğrattığını, bu yüzden, bu şekilde piyasa fiyatının altında satış yapmaya zorlandıklarını ileri sürmüşlerdir.

Ulusal Mahkeme ön karar prosedürü uyarınca Divan'a, "piyasa fiyatının altında tekrar satışı" yasaklayan ulusal düzenlemenin, Kurucu Antlaşmanın 3. ve 7. maddelerinde düzenlenen malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ilkeleri ve Ortak pazarda serbest rekabet ilkeleri ile tabiiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması hükmüyle bağdaşıp bağdaşmadığını sorularını yöneltmiştir.<sup>416</sup>

Divan, kararın esasına girmeden önce, öncelikli olarak, söz konusu davanın kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ilkeleri ile ilgili olmadığını belirterek, bu ilkelerin yorumlanmasını ön karar davası kapsamı dışında bırakmıştır.<sup>417</sup> Bunun yanında, Divan, Topluluk içinde farklı üye devletlerde satış yapan tacirlerin, bazı üye devletlerde malların tekrar satışına izin verilmesi söz konusu iken, bazılarında ise bu tür satışlara izin verilmemesi nedeniyle karşılaştıkları farklı muamelelerin, Kurucu Antlaşmanın 7. maddesinde düzenlenen "tâbiyete dayalı ayrımcılık yasağı" kapsamına girmeyeceğini belirtmiştir.

Dosya, Divan tarafından önce 2. Daireye havale edilmiştir.<sup>418</sup> 2. Daire tarafından yapılan sözlü oturumda Hukuk Sözcüsü Van Gerven dava hakkında ilk

---

<sup>416</sup> C- 267 ve 268/91, Rn. 4.

<sup>417</sup> C- 267 ve 268/91, Rn. 4.

<sup>418</sup> **Keck Kararına ilişkin Oturum Raporu**, C- 267 ve 268/91 *Keck und Mithouard*,[1993], ECR I-6097, Rn. 13.

görüşünü sunduktan sonra, davanın özel önemi nedeniyle, pek sık karşılaşılmayan şekilde, Divan Yargılama Tüzüğü'nün 95. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca, davanın Divan Genel Kurulu tarafından görülmesine karar verilmiştir.<sup>419</sup>

## 2. Hukuk Sözcüsü Van Gerven'in 18.11.1992

### Tarihli İlk Görüşü<sup>420</sup>

Hukuk sözcüsü Van Gerven 18.11.1992 tarihli ilk görüşünde, öncelikle, incelenmesi gereken düzenlemenin, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi olduğunu, ön karar başvurusunda bahsi geçen diğer düzenlemelerin ise, zararına satışı yasaklayan düzenleme ile sadece dolaylı ve varsayımsal bir bağ içinde olduklarını belirtmiştir.<sup>421</sup>

Buna ek olarak, malların zararına satışının, Fransız Hükümeti'nin görüşünün aksine, "*Van Tigele*" kararı anlamında bir fiyat düzenlemesi olmayıp, satışa teşvik edici bir yöntem niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Hukuk Sözcüsüne göre, böyle bir satış teşvik yöntemi ise, Divan'ın „*Oosthoek*“<sup>422</sup> kararında ifade ettiği gibi, kural olarak, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi anlamında bir „eş etkili önlem“ niteliği taşımaktadır.<sup>423</sup>

---

<sup>419</sup> Divan'da bir daireye havale edilen dosyanın, yargılama esnasında, alınacak karar ve sonucunun, Topluluk hukuku açısından özel önem arz ettiği durumların ortaya çıkabileceğinin anlaşılması halinde, dosyanın Genel Kurul'a gönderilmesi gerekmektedir. **KEBLER**, op. cit. s. 63.

<sup>420</sup> Hukuk Sözcüsü VAN GERVEN'in C- 267 ve 268/91, *Keck und Mithouard* [1993] ECR I- 6097 davasındaki ilk Görüşü.

<sup>421</sup> **VAN GERVEN**, Rn. 2.

<sup>422</sup> Case C- 286/81 *Oosthoek* [1982], ECR 4575.

<sup>423</sup> **VAN GERVEN**, Rn. 3 ve 4.



Ayrıca önlem, somut olayda olduğu gibi, Topluluk içi ticaret ile bağlantılı olmalıdır. Somut olayda, herhangi bir başka üye devletten bir üretici, ürettiği malını Fransa’da zararına satabilme imkânına sahip olması nedeniyle, bir zarara uğramamıştır. Diğer üye devletlerdeki toptancı ve ithalatçıların zaten böyle bir imkânı bulunmamaktadır. Bu durum da gösteriyor ki, Fransız ulusal düzenlemesi, her ne kadar üretici seviyesi ile ilgili değilse bile, malların serbest dolaşımını Dassonville formülü anlamında, doğrudan veya dolaylı, hâlihazırda veya potansiyel olarak engelleyebilir.<sup>424</sup>

Somut olayda görüldüğü üzere, ayırım yapılmaksızın hem yerli, hem de ithal edilen ürünlere aynı şekilde uygulanabilen ve kural olarak “eş etkili önlem” niteliği taşıyan bir ulusal düzenleme, belirli şartlar altında, tüketicilerin korunması amacıyla Topluluk hukuku açısından mazur görülebilir. Böyle bir durum, zararına yapılan satışlarda ve bu zarardan kaynaklanan gelir kaybının diğer ürünlerinin fiyatının yükseltilmesi yolu ile dengelendiği hallerde, söz konusu olabilir. Ayrıca, malların zararına satış yasağı, Divan’ın ürünlerin satış yöntemlerine ilişkin *Oosthoek*<sup>425</sup>, *Buet*<sup>426</sup>, *GB-Inno-BM*<sup>427</sup> ve *Delattre*<sup>428</sup> kararlarında görüleceği gibi, mal ticaretinin adaletli şekilde yürütülmesi zorunluluğu nedeniyle mazur görülebilir.<sup>429</sup>

---

<sup>424</sup> VAN GERVEN, Rn.5.

<sup>425</sup> C- 286/81 *Oosthoek* [1982], ECR 4575.

<sup>426</sup> C- 382/87 *Buet* [1989], ECR 1235.

<sup>427</sup> C- 362/88 *GB-Inno-BM* [1990], ECR I- 667.

<sup>428</sup> C- 369/88 *Delattre* [1991], ECR I- 1487.

<sup>429</sup> VAN GERVEN, Rn.8.

Hukuk Sözcüsü Van Gerven'e göre, bütün bunların ışığında, malların zararına satışı yasağının yeteri derecede açık şekilde formüle edilmesi, yukarıda belirtilen zorunlu şartlar için yeterlidir.

Malların zararına satış yasağı, her ne kadar üreticileri yasak kapsamı dışında bırakıyor olsa bile, mütalaada eleştirilen genel yapısı ile “*Cassis de Dijon*” kararında geliştirilen formüle aykırılık teşkil etmekte ve özellikle, yasaklayıcı ulusal önlemleri, Topluluk hukukunun zorunlu şartları nedeniyle mazur gösterecek şekilde açık tanımlama imkânı olması sebebiyle, orantılılık ilkesi kontrolüne uygun değildir.

Sonuç olarak, Hukuk sözcüsü, malların zararına satışının yasaklanmasına ilişkin ulusal düzenlemenin, Topluluk Hukukunun emredici gereklilikleri ilgili tanınmış yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri dolayısıyla mazur görülmesinin mümkün olmadığını belirterek, ilgili düzenlemenin Kurucu Antlaşmanın 28. maddesine aykırılık teşkil ettiği görüşünü belirtmiştir.<sup>430</sup>

### **3. Divan Önünde Yapılan Sözlü Oturumdaki Tartışmalar**

09.03.1993 tarihinde Divan Genel Kurulunda yapılan sözlü oturum sırasında davanın taraflarına Mahkeme tarafından üç soru yöneltilmiştir:

---

<sup>430</sup> HAMMER, op. cit. s. 97.

İlk soru, “Bir ürünün piyasa fiyatının altında tekrar satışının, özellikle satıcılar ve tüketici davranışları açısından Topluluk içi ticaret üzerindeki ekonomik etkileri nelerdir?” şeklindedir.

Bu soruya Keck ve Mithouard, Fransız ulusal düzenlemesiyle getirilen yasaklamamanın, farklı pazarlama yöntemleri kullanarak yeni müşteri çevresi yaratma imkânını engellemesi nedeniyle yabancı müteşebbislerin Fransa’ya yerleşmekten kaçınması sonucunu doğuracağı şeklinde cevap vermişlerdir. Aynı şekilde Komisyonunda, farklı pazarlama ve satış yöntemlerinin yasaklanmasının diğer üye devlet ürünleri için muhtemel bir ithalat engeli olduğu görüşünü ileri sürmüştür. Ancak Fransız hükümeti, her ne kadar Fransız ulusal düzenlemesinin Almanya sınırındaki bölgede rekabeti bozucu etki yaratma ihtimali taşısa da, Topluluk içi ticaret akımı üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağını savunmuştur.

Taraflara Divan tarafından ikinci olarak, *City of Stoke-on-Trent* davasında olduğu gibi, “Mevcut olayda, doğrudan, dolaylı veya potansiyel bir etki söz konusu mudur? İthal ürünlerin piyasaya sürülmesi bu düzenleme ile yerli ürünlerin piyasa sürülmesine oranla daha güçleştirilmiş midir? sorusu yönetilmiştir.<sup>431</sup>

---

<sup>431</sup> Divan, *City of Stoke-on-Trent* Kararında orantılılık ilkesine uygunluk kriterlerini belirlerken, alınan önlemin gerekliliğine ilişkin yaptığı değerlendirmesinde, ulusal düzenlemenin topluluk içi ticaret üzerinde doğrudan, dolaylı veya potansiyel bir etkisi söz konusu olup olmadığını ve bu düzenleme ile İthal ürünlerin piyasaya sürülmesinin, yerli ürünlerin piyasa sürülmesine oranla daha zorlaştırılıp zorlaştırılmadığı incelemiştir. Bkz. C- 169/91 *City of Stoke-on-Trent* [1992], ECR I-6654.

Mithouard bu etkinin doğrudan kısıtlayıcı olduğunu ileri sürerken, Komisyon dolaylı ve Fransız hükümeti ise sadece potansiyel bir etkinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

Divan tarafından yöneltilen üçüncü soru ise “piyasa değerinin altında tekrar satış” yönteminin niteliğine ilişkindir. Bu yöntem, ulusal fiyat belirleme sistemi midir, yoksa sadece ürünün satışını arttırmak için kullanılan bir araç mıdır?

Fransız Hükümeti bu yöntemin perakende satış yapan tüccarlar arasında haksız rekabeti engellemek amacını taşıdığı belirterek, üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenlemek gibi bir amacının bulunmadığını savunmuştur. Diğer taraflar ise, bu yöntemin ürünlerin satışını arttırmak için kullanılan bir yöntem olduğu ifade etmişlerdir.

#### **4. Hukuk Sözcüsü Van Gerven’in 28.04.1993**

##### **Tarihli İkinci Görüşü<sup>432</sup>**

Van Gerven, 28 Nisan 1993 tarihinde verdiği ikinci görüşünde, daha çok, sözlü oturumda taraflarında ikinci ve üçüncü sorulara verdiği yanıtlarla ilgilenmiştir. Üçüncü soruyla ilgili olarak, Divan’ın önceki kararları doğrultusunda, ulusal fiyat düzenlemelerinin, ithal ürünlerin satışını yerli ürünlerin satışına oranla dezavantajlı duruma getirmediği veya ithal ürünlere yerli ürünler karşısında rekabet avantajı

---

<sup>432</sup> **Hukuk Sözcüsü VAN GERVEN’in** C- 267& 268/91 *Keck und Mithouard* [1993], ECR I- 6097 davasındaki İkinci Görüşü.

sağlamadığı müddetçe, 28. maddede düzenlenen “eş etkili önlemler” yasağı kapsamında değerlendirilmez tespitini yapmıştır.<sup>433</sup>

Malların piyasa fiyatının altında tekrar satışının Ortak Pazar üzerindeki etkisine ilişkin ikinci soruyla ilgili olarak Van Gevren, Divan’a, Dassonville formülü uyarınca malların serbest dolaşımını doğrudan veya dolaylı, hâlihazırda veya potansiyel olarak engelleyebilecek ulusal önlemlerin hala 28. maddenin uygulama alanını belirlemek için temel teşkil edip etmediğini sorarak, Divan’dan kararını daha belirginleştirmesini talep etmiştir.

Van Gevren, daha sonra hangi durumda Fransız düzenlemesinin ticareti kısıtlayıcı etkisinin olduğunu inceleyerek şu sonuca varmıştır: Fransız düzenlemesi, bir yabancı satıcının yardımı olmadan bir malın Fransa’ya ithalatını gerçekleştiremeyecek olan Fransız tacirlere, bu malı belli süre içinde belli fiyatın altında satma koşuluyla yabancı satıcı ile anlaşması halinde, ticareti potansiyel olarak engelleyebilecektir.

Ancak, Van Gerven’e göre, bir ulusal düzenlemenin, üye devletler arasındaki ticareti engelleyici etkisi tespit edilemeyecek kadar belirsiz ve varsayımsal ise, bu durumda o ulusal önlemin 28. maddeye aykırı olduğu ileri sürülemez. Sonuç olarak Van Gevren, her ne kadar Fransız yasak hükmünün toptancı ve ithalatçı düzeyinde malların serbest dolaşımını engellemeye müsait olsa da, somut olayda ilgili piyasa aktörlerinin perakende satıcılar olduğunu ve orantılılık ilkesi uyarınca düzenlemenin

---

<sup>433</sup> VAN GEVREN, İkinci görüş, Rn. 4

Ortak Pazar ve üye devletler arasındaki ticareti engelleyici etkisinin sadece varsayımına dayandığını belirtmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında Van Gevren, ilk mütalaasındaki görüşlerini yumuşatarak, mevcut koşullar altında(unter den gegebenen Umständen) ürünlerin, maliyet fiyatı altında satılması yasağının, 30. maddeye aykırılık teşkil etmeyeceği ifade etmiştir.

### 5. Divan'ın Kararı

Bu karar esnasında Divan, ilk olarak daha önceki içtihadına yönelik bazı önemli saptamalarda bulunmuştur:

Öncelikle, Divan, Dassonville kararından esinlenerek, “28. madde ile ithalatta miktar sınırlaması ve eş etkili tüm önlemler üye devletler arasında yasaklanmıştır. Topluluk içi ticareti doğrudan ya da dolaylı hâlihazırda veya potansiyel olarak engelleme yetisine sahip her türlü düzenleme, eş etkili önlem olarak değerlendirilmekte olup, söz konusu olayda malların piyasa fiyatının altında tekrar satışını yasaklayan ulusal düzenleme üye devletler arasındaki mal düzenleme amacıyla çıkarılmamıştır.” değerlendirmesi yapmıştır.<sup>434</sup> Daha sonra, malların piyasa fiyatının altında satılmasını genel olarak yasaklayan ulusal düzenlemelerin, üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenlemediğini tespitini yaptıktan sonra, Divan içtihadında neden değişiklik yapma ihtiyacında bulunduğunu açıklamıştır: “Piyasa katılımcılarının giderek artan biçimde, ticari özgürlüklerini kısıtlayan her

---

<sup>434</sup> C- 267& 268/91, Rn. 8.

*ulusal düzenlemenin, diğer üye devletlerde üretilen ürünlere yöneltilmiş olmasa bile, 30. maddeyi(yeni 28) ihlâl ettiğini ileri sürmeleri nedeniyle, bu alandaki içtihadın yeniden değerlendirilerek, açıklığa kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır”.*<sup>435</sup>

Daha sonra Divan, Cassis de Dijon kararına ilişkin değerlendirmeleriyle devam etmiştir: *“Topluluk düzeyinde henüz uyumlaştırma yapılmamış alanlarda, diğer üye devletlerde yasalara uygun şekilde üretilmiş ve piyasaya sürülmüş ürünlerin, biçim, şekil, ölçü, ağırlık, kompozisyon, ambalajlama gibi sadece bu mallar için geçerli bir takım ulusal önlemler uygulanarak kısıtlamalarda bulunması, 28. madde kapsamında düzenlenen“eş etkili önlemler” yasağının ihlâline sebep olmaktadır. Ancak, tüm ürünlere ayırım gözetilmeksizin uygulanan bu ulusal önlemlerin, kamu yararının emredici gereklilikleri nedeniyle, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlaması mazur görülebilecektir. Daha önceki yerleşik içtihadın aksine, diğer üye devletlerden ithal edilen mallar açısından belirli satış koşullarını kısıtlayan veya yasaklayan ulusal düzenlemeler, ulusal sınırlar içinde faaliyet gösteren tüm ilgili pazar katılımcılarına uygulandığı ve yerli ürünler ile ithal ürünler arasında fiili ve hukuki açıdan aynı biçimde etkilediği sürece, Dassonville formülü anlamında, üye devletler arası ticareti doğrudan ya da dolaylı, hâlihazırda veya potansiyel olarak engellemektedir.”*<sup>436</sup>

Divan, bu nedenlerle, Fransız ulusal düzenlemesiyle getirilen, piyasaya sürüm maliyetinin altında satış yasağını, ürünlerin satış koşullarını belirleyen kurallar

---

<sup>435</sup> C- 267& 268/91, Rn. 14.

<sup>436</sup> C- 267& 268/91, Rn. 16.

içerinde değerlendirerek, bu düzenlemenin Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulama alanı içinde olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>437</sup>

### III. Keck Kararının Unsurları

#### 1. Topluluk İçi Ticaretin Kısıtlanması Unsurunun Eksiliği Sorunu

“Keck” kararı incelendiğinde, ilk etapta göze çarpan ve yöneltmesi gereken soru şudur: “Keck ve Mithouard” davasında gerçekten Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu mudur? Başka bir ifade ile, Fransız mallarının, Fransızlar tarafından, Fransa’daki süpermarketlerde piyasa fiyatının altında satılmasını yasaklayan bir Fransız ulusal düzenlemesinin, Kurucu Antlaşmada üye devletler arasındaki ithalatta miktar kısıtlamalarını ve eş etkili önlemleri yasaklayan 28. maddesini ihlâl etmesi mümkün müdür?

Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi, yalnızca Topluluk içinde üye devletler arasındaki mal dolaşımına ilişkin engelleri yasaklayan bir hüküm olup, sadece bir üye devlet içindeki ulusal mal ticaretine uygulanamaz.<sup>438</sup> Divan tarafından

---

<sup>437</sup> C- 267& 268/91, Rn. 16.

<sup>438</sup> **BARNARD**, “Cassis de Dijon und Kollisionsrecht- am Beispiel des unlauteren Wettbewerb”, **EuZW** 1992, s. 437; **JARASS**, “Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, **EuR** 1995, s. 205; **SACK**, “Staatliche Regelung sogenannter “Verkaufsmodalitäten” und Art. 30 EG-Vertrag”, **EWS** 1994, s. 37.



kararlarında değinilen bu husus konusunda öğreti ve içtihatla tam bir fikir birliği söz konusudur.<sup>439</sup>

Divan bu konu hakkındaki görüşünü “*Oosthoek*” kararında en açık biçimde ifade etmiştir. Söz konusu davada, Divan, Hollanda’da üretilen ansiklopedilerin ülke içindeki satış kurallarını düzenleyen Hollanda ulusal düzenlemesinin, Topluluk içi ticarete ilişkin olmadığından dolayı Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir. Ancak, bu düzenlemeler, Belçika’da üretilen ürünlerin Hollanda’da satışını düzenlediği ölçüde Topluluk içi ticaretin üzerinde etki doğurabilecektir.<sup>440</sup>

Buna karşılık Divan’ın, Topluluk içi ticaretin dolaylı engellenmesini, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin ihlâlinden bahsedebilmek için yeterli gördüğünü gözden kaçırmamalıyız.<sup>441</sup> Bu görüşün arkasında yatan neden olarak, Divan’ın mümkün olduğu ölçüde, ulusal mahkemeler tarafından yapılan ön karar başvurularını taleplerini kabul etme konusunda geniş bir istek taşıdığını gösterebiliriz.<sup>442</sup>

Yargılama süreci sırasında, Keck ve Mithouard, ulusal düzenlemenin Topluluk içi ticarete ilişkin etkileri olduğunu savunmak için, malların piyasa değeri altında satışını yasaklamak suretiyle bu düzenlemenin, Fransız pazarını yabancı fiyat rekabeti açısından böldüğünü ileri sürerken, Hukuk Sözcüsü Van Herven ise

---

<sup>439</sup> C- 355/85 *Cognet* [1986], ECR 3231; C- 407/85 *DreiGlocken* [1988], ECR 4233.

<sup>440</sup> C- 286/81 *Oosthoek* [1982], ECR 4575.

<sup>441</sup> **STEİNDORF**, “Unvollkommener Binnenmarkt”, **ZHR** 1994, s. 158.

<sup>442</sup> **HAMMER**, op. cit. s. 107.

Topluluk içi ticareti etkileme unsuru olarak, ulusal düzenleme hükmüyle yabancı toptancı ve ithalatçıların ürünleri Fransa'ya piyasa fiyatının altında satışının da yasaklandığını göstermiştir.<sup>443</sup>

Her iki gerekçede Topluluk içi ticaretin etkilendiği varsayımının kabulü üzerine kurulmuştur. Bu yaklaşım, öğreti de haklı olarak sert biçimde eleştirilmiştir.<sup>444</sup> Özellikle Topluluk hukuku ilişkisi sadece varsayım dayalı olaylar, sırf 28. maddenin uygulama alanının belirlenmesi için, Divan tarafından çözümlenmesi gereken ihtilaf konuları kapsamında değerlendirilemez.<sup>445</sup> Ancak, Divan, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesiyle getirilen yasak hükmünün ihlâlüne yönelik üye devletler tarafından yöneltilen ciddi tehditlere karşı, daha önceki içtihadını gözden geçirerek ve yeniden değerlendirme yapmak amacıyla bu davayı fırsat olarak değerlendirmiş ve sınır aşıcı bir hukuki düzenleme şartının eksikliği sorunu bilinçli olarak geçiştirmiştir.<sup>446</sup>

Keck Kararını veren hâkimlerden birisi olan Prof. Dr. Joliet'in bu konuya ilişkin açıklaması bu görüşü desteklemektedir: *“Şüphesiz ki, dava konusu hukuki ihtilaf sadece üye ülke içi bir karakter taşımaktaydı... Ama bildiğim kadarıyla, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulanması, hiçbir zaman sadece bu nedenden*

---

<sup>443</sup> C- 267& 268/91.

<sup>444</sup> **LENZ**, “Rechtsschutz im Binnenmarkt”, **NJW** 1994, s. 1633; **BORNKAMM**, “Anmerkung zu Keck”, **GRUR** 1994, s. 297; **REMİEN**, “Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung Mittels der Grundfreiheiten des EGV”, **JZ** 1994, s. 351; **SCHROEDER/FEDERLE**, “Das Keck Urteil: Tatsächlich eine Abkehr von “Yves Rocher”, **ZIP** 1994, s. 1429; **PETSCHKE**, “Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH”, **EuZW** 1994, s. 108.

<sup>445</sup> **ARNDT**, “Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen”, **ZIP** 1994, s. 189.

<sup>446</sup> **REMİEN**, log. cit.

*dolayı reddedilmemiştir. Her halükarda, malların piyasa fiyatının altında satışının yasaklanması sorusu, bir gün, Topluluk içi ticaretle ilişkilendirilebilecek başka bir biçimde, yeniden karşımıza çıkacaktı.... Bu durumda biz, sadece sorunu ertelemiş olacaktık.”<sup>447</sup>*

## **2. Satış Koşulları İlişkin Düzenlemeler/Malların Üretimine İlişkin Düzenlemeler Ayrımı**

“Keck” kararı ürüne ilişkin bilinen düzenlemeler hususunda herhangi bir değişiklik getirmemektedir. Ürüne ilişkin düzenlemeler hakkında, Divan’ın şimdiye kadarki değerlendirmeleri geçerliliğini korumaktadır. Ancak “Keck” kararı ile sadece “belirli satış koşullarına ilişkin” görüşünü değiştirdiği görülmektedir. Bu nedenle, öncelikli olarak, bu kavramın içeriğinin tanımlanması gerekmektedir. Divan’ın şimdiye kadarki kararlarında değinmediği “Satış Koşulları” kavramını, ilk kez “Keck” kararında değinmesine rağmen, bu kavramın tanımını kararda yapmak yolunu tercih etmemiştir. Karardaki bu eksiklik ve bunun yanı sıra, kararın Divan’ın alışılmış uzun gerekçeli kararlarından daha kısa yazılmış olması, öğretilde yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.<sup>448</sup> Öte yandan, Divan’ın, Hukuk Sözcüsü’nün nihai görüşünde

---

<sup>447</sup> **JOLIET**, “Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung”, **GRUR Int.** 1994, s. 985.

<sup>448</sup> **ACKERMANN**, “Warenverkehrsfreiheit und Verkaufsmodalität”, **RIW** 1994, s. 189 vd.; **ARDNT**, “Warenverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: der Fall “Keck”- EugH”, **JuS** 1994, s. 472; **DUBACH**, “Freier Warenverkehr in der EU: Der Gerichtshof auf neuen Pfanden?”, **DVBl.** 1995, s. 602; **FISCHER**, “Abschied von “Dassonville” und “Cassis de Dijon”?- Zur neuesten Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs”, **WiB** 1994, s. 182; **PETSCHKE**, “Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH”, **EuZW** 1994, s.

ayrıntılı olarak değindiği konulara, karar gerekçesinde kısa olarak değinerek herhangi bir ekleme yapmadan görüşünü bu esaslara dayandırmış olması, kararın gerekçesinin neden alışılmışın dışında çok uzun yazılmadığının nedeni olarak gösterilebilir.

Buna karşın, “Keck” kararına paralel olarak yürüyen “Hünermund”<sup>449</sup> davasına ilişkin yargılama sürecinde, Hukuk Sözcüsü Tesauro, “Keck” kararının açıklanmasından 4 Hafta önce açıkladığı nihai görüşünde, satış koşullarına ilişkin düzenlemelere değinerek, bu düzenlemeleri, bir malın “kim tarafından”, “nerede”, “ne zaman” ve “nasıl” satılması gerektiğini düzenleyen önlemler olarak tanımlamıştır.<sup>450</sup>

Buna tanıma göre, pazar günleri satış yapılmasına ilişkin yasak getiren ulusal düzenlemeler, malların satışının yapılması ve reklamının yapılmasını zaman ve yer olarak sınırlandırdıklarından dolayı, “satış koşullarına ilişkin düzenlemeler” kapsamında değerlendirilecektir.<sup>451</sup> Ayrıca, malların satış fiyatının alt ve üst sınırını belirleyen fiyat düzenlemeleri de bu tanım uyarınca, “Keck” kararı anlamında “satış koşullarına ilişkin düzenleme” olarak görülecektir.<sup>452</sup> Yine, Fransız hukukunda ayıplı mallarda da sorumluluğun sınırlandırılmasına yönelik bir imkân bulunmaması gibi

---

111; **SACK**, op. cit. s. 34; **EVERLING**, “Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften”, **EuR** 1994, s. 127.

<sup>449</sup> C- 292/92 *Hünermund* [1993], ECR I- 6787.

<sup>450</sup> **Hukuk Sözcüsü GA Tesauro’nun** C- 292/92 *Hünermund* [1993], ECR I- 6787, kararına ilişkin görüşü.

<sup>451</sup> **SACK**, op. cit. s. 43.

<sup>452</sup> *İbid.* s. 42; **ROTH**, “Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept?”, **Schriftenreihe des FIW** 1994, Heft 160, s. 21.

borçlar hukuku düzenlemeleri de, satış koşullarına ilişkin düzenlemelere örnek olarak gösterilmektedir.<sup>453</sup>

Öte yandan, öğretide, Keck kararı sonrasında, “satış koşullarına ilişkin önlemler” kavramının tanımlanmasına ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. İlk yaklaşımı benimseyenler, hangi önlemlerin Divan tarafından ürünlerin üretimine ilişkin önlemler kategorisinde değerlendirildiğinden yola çıkarak negatif bir tanım yapmaya çalışmışlardır. Bu görüşe göre, Divan’ın Keck kararında mallara ilişkin düzenlemeler kategorisinde saydığı önlemler içinde yer almayan ulusal düzenlemeler “satış koşullarına ilişkin önlemler” olarak tanımlanabilir.<sup>454</sup> Ancak, Divan’ın yaptığı ikili ayırım mutlak olmayıp, Divan’ın Keck kararı kapsamında dikkate almadığı diğer önlemlerin varlığı göz önüne alındığında bu tanımın yetersiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Pozitif bir tanım yapmaya çalışanlar ise daha çok, ulusal düzenlemelerin düzenleme amacını esas almışlardır. Bu çerçevede satış koşullarına ilişkin önlemler daha çok üye devletlerin kültür politikası, sosyal politika ve ekonomi politikalarına ilişkin düzenlemelerdir.<sup>455</sup> Bu kapsamda ürüne ilişkin önlemler, *piyasaya giriş* kavramıyla ilişkilendirilirken, buna karşın satış koşullarına ilişkin önlemleri *piyasa*

---

<sup>453</sup> **ARMBRÜSTER**, “Ein Schuldvertragsrecht für Europa- Bemerkung zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach “Maastricht” und “Keck””, **RabelsZ** 1996, s. 72, 75 (nakleden **LANG**, op. cit., s.79).

<sup>454</sup> **FISCHER**, op. cit. s. 185; **KOTTHOFF**, “Der Schutz des Euro-Marketing über Art. 30 EGV” **WRP** 1996, s. 82, 83.

<sup>455</sup> **VOÏNOT**, “Anmerkung zu den verbundenen Rs. C- 276& 268/91 *Keck und Mithouard*”, **RDS** 1994, s. 188.

*davranışları* kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>456</sup> Ancak, büyük bir reklam kampanyası düzenleyerek çok farklı bir reklam biçimiyle yeni bir pazara girmeye çalışan ithalatçının, farklı reklam yöntemini yasaklayan ulusal önlemin, ithalatçının pazara girişini engellediği bir durumda, piyasaya giriş ve piyasa davranışları arasındaki fark belirsizleşecektir. Öte yandan “satış koşullarına ilişkin önlemler” kavramının soyut bir tanımının yapılması güçlüğü karşısında, satış koşullarına ilişkin önlemlerin, dava konularına göre gruplar halinde sınıflandırılması önerisi getirilmiştir.<sup>457</sup> Ancak, reklamları düzenleyen ulusal önlemler konusunda değerlendirmek yapmak çok kolay değildir.<sup>458</sup>

Divan’ın “Keck” kararında, malların piyasa fiyatının altında satışını, malların satışını arttırmaya yönelik bir yöntem olarak nitelendirmesi ve bu yöntemi, Kurucu Antlaşmanın 28. maddenin uygulama alanı dışında bırakmasıyla birlikte, malların satışlarını arttırmaya yönelik diğer teşvik edici yöntemlerinde, temel olarak 28. maddede düzenlenen yasak hükmünün kapsamı dışında kaldığını söylenebilir.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> EVERLİNG, “Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes” **ZLR** 1994, s. 225.

<sup>457</sup> Pazar günleri satış yasağına ilişkin düzenlemeler, ürünlerin satış fiyatını belirlenmesi ilişkin düzenlemeler, kiralama, leasing veya müzayede gibi farklı pazarlama yöntemlerine ilişkin düzenlemelerin satış koşullarına ilişkin önlemler olduğu konusunda sıkıntı bulunmamaktadır. Bkz. JESTAEDT/KÄSTLE, “Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck Urteil”, **EWS** 1994, s. 28; FİSCHER, log. cit.; SACK, op. cit. s. 43; DUBACH, “Der freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs”, **SZW** 1994, s. 222.

<sup>458</sup> BECKER, “Von “Dassonville” über “Cassis” zu “Keck”- Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV”, **EuR** 1994, s. 169.

<sup>459</sup> LANG, op. cit. s. 80.

Ancak, hangi yöntemlerin malların satışlarını arttırmaya yönelik yöntemler olduğunun belirlenmesi için Divan'ın yeni kararlarının beklenmesi gerekmektedir.<sup>460</sup>

### 3. Bir Üye Devlette Faaliyet Gösteren Tüm Pazar Katılımcılarına Uygulanma Zorunluluğu

Keck Kararında dikkat çeken hususlardan birisi de, “faaliyetlerini ülke içinde yürüten tüm pazar katılımcıları” kavramının kullanılmış olmasıdır. Bu kavramdan yola çıkarak, Keck kararıyla getirilen formülün, diğer üye devletlerde yerleşik müteşebbüslere uygulanmayacağı ileri sürülebilir.<sup>461</sup> Böylece, sınırötesi reklam kampanyalarını düzenleyen ulusal önlemler için, hala Cassis de Dijon formülü çerçevesinde belirlenen emredici gereklilik koşulların varlığı halinde mazur görülme imkânı devam edecektir. Öğretide büyük çoğunluğunun da katıldığı görüşe göre, Divan, bu şekilde bir yandan Keck formülünün uygulama alanını sadece yurt içi hukuki meselelerle sınırlandırırken<sup>462</sup>, diğer yandan da pazar katılımcılarının taabiyetiyle ilgili olarak da genel ayrımcılık yasağı ilkesine gönderme yapmıştır.<sup>463</sup>

---

<sup>460</sup> **BECKER**, op. cit. , s. 174.

<sup>461</sup> **KRÜGER**, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben: Das Leitbild des mündigen Verbrauchers und die Öffnung der nationalen Märkte, Schriften zum Europäischen recht, Bd. 25, Berlin:1996, s. 79; **ROTH**, Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept?, Marktwirtschaft und wettbewerb im sich erweiternden Raum, FIW-Schriftenreihe Nr. 169, 1994, içinde s. 31.

<sup>462</sup> **SCHMITZ**, Die kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt im Lichte der neueren Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, Baden-Baden: 2000, s. 167.

<sup>463</sup> **MEYER**, “Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht” **GRUR Int.** 1996, 701.

Voinot ise, Divan'ın "faaliyetlerini ülke içinde yürüten tüm pazar katılımcıları" ifadesini, ülke içinde farklı pazarlama aşamasındaki tüm pazar katılımcılarına aynı şekilde muamele zorunluluğu olarak anlaşılması gerektiği ileri sürmüştür.<sup>464</sup> Bu açıklamaya göre, sadece bir malın tekrar satışını yapan tacirlere uygulanan yasak hükmü, üreticileri aynı biçimde etkilemeyeceği için "eş etkili önlem" olarak değerlendirilmelidir. Hâlbuki Keck kararı uyarınca piyasa fiyatının altında satış yasağı sadece parakende satış yapanlara yönelik olup, o malı üretenler için söz konusu bulunmamaktadır.

#### **4. Hukuken ve Fiilen Aynı Şekilde Etki Gösterme**

Keck kararının temel unsurlarından bir diğeri ulusal düzenlemenin etkisinin, yerli ürünlerle ithal ürünler arasında hukuken ve fiilen aynı şekilde olması gerektiğidir. Hukuken eşit ölçüde etkili olma unsurunun tespiti bakımından büyük ölçüde bir sıkıntı bulunmamaktadır. Yerli ürünler ile ithal ürünler arasında, ithal ürünleri dezavantajlı konuma sokacak biçimde farklı etki gösteren ulusal düzenlemeler, hukuken eşit olmayan uygulamalar olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan, ulusal düzenlemelerin, fiilen eşit olmayan etkilerini belirlemek bu kadar kolay değildir.<sup>465</sup> Birçok yazar bu kavramdan örtülü ayrımcılık yasağını

---

<sup>464</sup> VOÏNOT, op. cit. s. 189.

<sup>465</sup> ZULEEG, "Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes im Wandel", DUE/LUTTER/SCHWARZE(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden: 1995, içinde s. 1721.



anlamaktadır.<sup>466</sup> Yerli ürün ile ithal ürün arasındaki eşit olmayan uygulama, her ne kadar ürünlerin tâbiyetiyle bağlantılı olmasa bile, hemen hemen sadece ithal ürünlerin bu uygulamalara maruz kalması durumunda fiilen eşit olmayan uygulamalardan söz edebiliriz.<sup>467</sup>

Bir diğer görüş ise, ulusal düzenlemenin, ekonomik açıdan somut biçimde ithal ürünleri aynı ölçüde etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi gerektiğini söylemektedir.<sup>468</sup> Bu açıdan bakıldığında yapılan ayrımcılığın açık ya da örtülü olması bir önem taşımamaktadır.<sup>469</sup>

#### **IV. Kararın Malların Serbest Dolaşımı İlkesine Etkileri**

##### **1. “Keck” Kararı Gerçekten Divan’ın Önceki Kararlarından Geri Dönüş Olarak Değerlendirilebilir mi?**

Divan’ın “Keck” kararı sonrasında, kamuoyunda inanılmaz bir tepki oluşmuş, kararın etkileri konusunda art arda çok sayıda makale yayınlanmıştır.<sup>470</sup> Getirilen eleştirilerin başında Divan’ın eski kararlarıyla oluşturduğu içtihadından geri

---

<sup>466</sup> JARASS, op. cit. s. 217; EHRICKE, op. cit. s. 113; JICKELI, op. cit. s. 60.

<sup>467</sup> MÖSCHL, op. cit. s. 430; PETSCHKE, op. cit. s. 108.

<sup>468</sup> ACKERMANN, op. cit. s. 194; FEZER, “Europäsierung des Wettbewerbsrechts”, JZ 1994, s. 323; MEYER, log. cit.

<sup>469</sup> WEYER, “Die Rechtsprechung zum freien Warenverkehr: Dassonville- Cassis de Dijon- Keck”, DZWIr 1994, s. 92.

<sup>470</sup> Hammer’in tespitlerine göre sırf Almanca, İngilizce ve Fransızca dillerinde 90’in üzerinde makale yayınlanmıştır. Bkz. HAMMER, op. cit. s. 106.

adım attığı düşüncesi önemli bir yer tutmaktadır.<sup>471</sup> Bir kısım yazarlar, Divan'ın bu kararı ile 28. maddenin uygulama alanını bir anlamda sınırlandırarak, Dassonville formülü çerçevesinde tanımlanan “eş etkili önlem” kavramının içeriğini daralttığını savunurken<sup>472</sup>, bazıları ironik biçimde bu kararın, geri dönüş dışında her şey anlamına geleceğini ifade etmişlerdir.<sup>473</sup>

Divan kararının gerekçesinde, içtihadında neden değişiklik yapma ihtiyacında bulunduğunu açıklarken “... bu alandaki içtihadın yeniden değerlendirilerek, açıklığa kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.<sup>474</sup> Divan daha önceki kararları incelendiğinde, gerekçeli kararda kullanılan “yeniden değerlendirme” ve “açıklığa kavuşturulma” kelimelerini daha önce “*Hag II*”<sup>475</sup> ve “*Exportur*”<sup>476</sup> davalarında kullandığını ve bu davalarda Divan'ın açıkça daha önceki yerleşik içtihadında değişiklik yaptığını görmekteyiz.<sup>477</sup>

---

<sup>471</sup> **JESTAEDT/KÄSTLE**, op. cit. s. 26; **EMMERICH**, “Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis und Gemeinschaftsrecht- Art EGV(“Keck-und-Mithouard”-Urteil), **JuS** 1994, s. 261; **LÜDER**, “Mars – Zwischen “Keck und Mithouard” und Cassis”, **EuZW** 1995, s. 610; **REICH**, “Anmerkung zu dem Urteil des EuGH vom 24.11.1993- Rs C- 267/91 und 268/91(Keck und Mithouard), **ZIP** 1993, s. 1815.

<sup>472</sup> **MATHIES**, “Art. 30 EG- Vertrag nach Keck”, **DUE** (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everlin, Baden- Baden: 1995, içinde s. 803.

<sup>473</sup> **BASEDOW**, “Keck on the facts”, **EuZW** 1994, s. 225; **BERNHARD**, “Keck und Mars- die neueste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30”, **EWS** 1994, s. 409; **FISCHER**, op. cit. s. 182.

<sup>474</sup> C- 267& 268/91, Rn. 14.

<sup>475</sup> C- 10/89 *Hag II* [1990], ECR I- 3710.

<sup>476</sup> C- 3/91 *Exportur* [1992], ECR I- 5529.

<sup>477</sup> **BEIER**, “Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs der EG vom 10.11.1992, *Exportur*, Rs. C- 3/91”, **GRUR Int.** 1993, s. 78;

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, Divan, “*Keck*” kararında, üye devletlerin aldığı ulusal önlemleri, dikkate alınacak şekilde içeriksel olarak farklı değerlendirmesi ya da üye devletlerin, ithalatı olumsuz şekilde etkileyen düzenlemeleri karşısında daha hoşgörülü olması anlamına gelecek gerçek bir geri dönüşten söz etmenin mümkün olmadığıdır.<sup>478</sup>

Öğretide bir başka görüş ise, “*Keck*” kararında tam tersine bir geri dönüş olduğu görüşünü ileri sürmektedir.<sup>479</sup> Bu görüşe göre, Divan eski kararlarında, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin kapsamı içindeki olaylarda, incelemesinin asıl ağırlığını “emredici gereklilik” koşulları ve bununla bağlantılı olan “orantılılık ilkesine” vermektedir. Bu çerçevede, bir düzenlemenin Topluluk içi ticarete getirdiği kısıtlamanın etkisi ne kadar ağır ise, bu düzenlemenin mazur görülme koşulları da o derece katı belirlenmektedir. Bu anlamda bakıldığında, “*Keck*” kararı, herşeyi kapsayan bir orantılılık incelemesinden katagorik olarak basitleştirilmiş bir “eş etkili önlem” kavramına ulaşmak açısından bir geri dönüş olarak değerlendirilebilir.

Öte yandan “*Keck*” kararını dönüşüm olarak kabul edenler arasında bir başka değerlendirme vardır ki, bu görüşü kısmi dönüşüm şeklinde değerlendirebiliriz.<sup>480</sup> Bu görüşe göre, “*Keck*” kararı, ürüne ilişkin düzenlemeler hususunda hiçbir değişiklik öngörmemektedir. Bu düzenlemeler eskiden olduğu gibi “Cassis de Dijon” formülü kapsamına girmekte ve buna bağlı olarak, orantılılık ilkesine uygunluk denetimine

---

<sup>478</sup> MÜLLER-GRAFF, “Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip”, *ZHR* 1995, s. 73.

<sup>479</sup> ROTH, “Anmerkung zu EuGH v. 24.11.1993, Rs. C- 267, 268/91 “*Keck*” und EuGH v. 15.12.1993, Rs. C -292/92 “*Hünermund*”, *CMLRev.* 1994, s. 851.

<sup>480</sup> MÖSCHEL, “Kehrtwende in der Rechtsprechung des EUGH zur Warenverkehrsfreiheit” *NJW* 1994, s. 430.

tabii bulunmaktadır. Üstelik “karşılıklı tanıma ilkesi”de hiçbir değişiklik olmadan eskisi gibi geçerliliğinin korumaya devam etmektedir. Buna karşılık, tüm ürünleri kapsayan ve fiilen veya hukuken yerli ürünler ile ithal ürünlere aynı şekilde uygulanan satış koşullarına ilişkin düzenlemeler, artık Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamında kalacaktır.

“*Keck*” kararının, Divan’ın iki temel ilke kararı olan “*Dassonville*” ve “*Cassis de Dijon*” kararları göz önüne alındığında bir geri dönüşten daha çok, “*Cassis de Dijon*” kararını somutlaştırarak, ulusal mahkemelerin karşılaşacağı bazı belirsizlikleri ortadan kaldırmak suretiyle, ön karar dava sayılarını azaltma hedefini amaçladığını ileri sürenler de bulunmaktadır.<sup>481</sup>

Malların serbest dolaşımı ilkesi açısından temel kararlar olan “*Dassonville*” ve “*Cassis de Dijon*” kararları, 28. maddenin uygulama alanının belirlenmesinde özel önem taşımaktadır. Divanın, “*Keck*” kararı ile Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi çerçevesinde yapılacak incelemenin ağırlık noktası bakımından bir geri dönüş yaptığından söz edilebilir. Divan, bu şekilde, sürekli genişletilen ve doğmatik olarak sağlam temeller üzerine oturtulmayan kamu yararının zorunlu gereklilik kavramı uyarınca yaptığı orantılılık ilkesine uygunluk denetiminden, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin, daha fazla maddenin ruhuna uygun, bir biçimsel yorumuna doğru geçiş yapmıştır.<sup>482</sup>

---

<sup>481</sup> HAMMER, op. cit. s. 137.

<sup>482</sup> ROTH, op. cit. s. 851.

Ancak bu durum, Divan'ın Kurucu Antlaşmanın 28. maddesine ilişkin “*Dassonville*” ve “*Cassis de Dijon*” dışında kalan bazı kararlarının geçerliliğini yitirmesine yol açmıştır. Bu anlamda “*Keck*” kararı bir geri dönüşü ifade etsede, bu geri dönüşün çok küçük bir dönüş olduğu söylenebilir.<sup>483</sup>

## **2. Keck Kararının, “Satış Koşullarını Düzenleyen Ulusal Önlemlere” İlişkin Divan’ın Daha Önceki Kararlarıyla İlişkisi**

“Keck” kararının, Divan’ın mevcut kararları içindeki yerinin tespit edilmesi için “satış koşullarına ilişkin düzenlemeleri“ yönelik Divan’ın daha önceki kararlarının incelenmesi gerekmektedir. Divanın, söz konusu ulusal düzenlemelere ilişkin içtihadını oluştururken verdiği kararları, üç farklı grup altında toplayabileceğimizi görmekteyiz:

- Birinci grupta, Divan’ın, dava konusu olan düzenlemelerin ticari düzenleme amacı taşımadığı, hiçbir şekilde ithalat ile bağlantıları olmadığı ve bu nedenle Topluluk içi ticareti engellemeye uygun olmadıklarına ilişkin kararları yer almaktadır.<sup>484</sup>
- İkinci gruptaki Divan kararları ise, Mağazaların kapanış saatlerini düzenleyen yasalarla ilgilidir Divan, dava konusu olan olaylarda, birinci gruptaki

---

<sup>483</sup> HAMMER, log. cit.

<sup>484</sup> C- 155/80 *Oebel* [1981], ECR 1993; C- 75/81 *Blesgen* [1982], ECR 1211; C- 69/88 *Krantz* [1990], ECR 583; C- 23/89 *Quiethlynn* [1990], ECR 3059.

kararlarının aksine, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulanmasını kural olarak reddetmemiş, ancak, kendini, hukuka uygunluk nedenlerinin kabulüyle sınırlandırırken, alışılmışın dışında bir şekilde kısıtlama konusu ulusal önlemin orantılılık ilkesine uygunluğunu çok sınırlı bir şekilde denetlemiştir.<sup>485</sup>

- Üçüncü gruptaki Divan kararları reklama yönelik düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu kapsamdaki düzenlemeler, ticareti düzenleme amacı taşımamalarına rağmen, birinci gruptaki kararların aksine, satışa sunum imkânlarını engellemeleri ve böylelikle ithalat hacminin azalmasına sebep oldukları için, Divan’a göre, Topluluk içi ticareti engellemeye uygundur.<sup>486</sup>

“Keck” kararına baktığımızda, Divan, ürünlerin pazarlanmasına ilişkin çeşitli yöntemlerle ilgili farklı değerlendirmeler yapmak yerine, tüm bu farklı biçimdeki “satış koşullarını düzenleyen önlemlerin” aynı başlık altında ele alınmasına olanak tanıyacak biçimde genel bir ilke belirleyerek, satış koşullarına ilişkin önlemleri, yerli ürünler ile ithal ürünler arasında fark gözetmeksizin, herkesi aynı biçimde etkilediği müddetçe, Dassonville Formülü anlamında üye devletler arasındaki ticareti engellemeye uygun eş etkili önlem olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin uygulama alanı dışında bırakmıştır. Böylece, Dassonville formülünde kısıtlama biçiminde bir değişiklik yapmak suretiyle satış

---

<sup>485</sup> C- 145/88 *Torfaen B v. B&Q* [1989], ECR 3851; C- 312/89 *Conforama and Others* [1991], ECR I- 997; C- 332/89 *Marchandise* [1991], ECR I- 1027.

<sup>486</sup> C- 286/81 *Oosthoek* [1982], ECR 4575; C- 382/87 *Buet* [1989], ECR 1235; C- 362/88 *GB-Inno-BM* [1990], ECR I- 667; C- 369/88 *Delattre* [1991], ECR I- 1487; C- 1&176/90 *Aragonesa* [1991], ECR I- 4151.

koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri “eş etkili önlem” kavramı kapsamını dışına çıkarmıştır.<sup>487</sup>

Divan böylelikle, Hukuk Sözcüsü Tesauro’nun, Divan’ın anlaşılmakta zorluk çekilen ve birbirleriyle çelişen kararlarını göz önünde bulundurarak, nihai görüşünde ileri sürdüğü, bütün diyalektik alıştırmaların bir tarafa bırakılarak ticari münasebetlerle ilgisi bulunmayan bütün ulusal düzenlemelerin, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamı dışında bırakılmasına yönelik talep ve çağrısına uygun hareket etmiştir.<sup>488</sup>

Divan “*Keck*” kararını verirken özellikle birinci grup içinde yer alan kararlarını göz önünde bulundurduğu dikkat çekmektedir. Bu nedenle, “*Keck*” kararının “*Oebel*”, “*Blesgen*”, “*Krantz*” ve “*Quietlynn*” kararları ile başlayan bir geleneği temsil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>489</sup> Söz konusu olan kararların tamamına hâkim olan temel düşünce, dava konusu olan ulusal önlemelerin, ticareti düzenleme amacı taşımadıkları için üye devletler arasındaki ticareti önlemeye uygun olmadıklarıdır.

Buna karşılık, Divan, eski kararlarının aksine, *Keck* kararıyla getirdiği uygun olmama kriterini, biri ilk gruptaki kararlarının teyidi anlamına gelen iki şarta bağlamıştır.

---

<sup>487</sup> DUBACH, “Freier Warenverkehr in der EU...” op. cit. s. 602.

<sup>488</sup> Hukuk Sözcüsü GA Tesauro’nun Case C- 292/92 *Hünermund* [1993], ECR I- 6787, kararına ilişkin görüşü.

<sup>489</sup> ROTH, op. cit. s. 29; ARNDT, “Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen”, ZIP 1994, s. 188.

Buna göre, genel olarak sadece yurtiçi ekonomik faaliyetleri düzenleyen ve ayırım gözetmeksizin tüm mallara farksız biçimde uygulanan bir ulusal düzenleme, yerli ürünler ile ithal edilen ürünleri hukuki ve fiili olarak aynı oranda etkilemesi halinde Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde düzenlenen yasağın kapsamına girmeyecektir.

Divan'ın “*Keck*” kararıyla, Komisyon'un “*Torfaen*” davasının yargılama sürecinde ileri sürülen görüşler arasındaki paralellik dikkat çekmektedir.<sup>490</sup> Komisyon, ilgili dava sırasında, ürünlerin satış koşullarını yer, zaman ve satış yapan kişiler açısından düzenleyen ulusal önlemlerin, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamı dışında tutulmasını önermiştir.<sup>491</sup> Divan “*Keck*” kararında bu görüşe, ulusal uygulama ile getirilen kısıtlamanın yerli ve ithal ürün ayırımı yapılmaksızın tüm mallara aynı şekilde uygulanması şartını ek olarak getirmiştir

Bu sınırlama ile Divan aynı zamanda, satış koşullarına ilişkin düzenlemelerin, otomatik olarak Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamı dışında kalmadığının da altını çizmiştir. Bu çerçevede, her somut olayda, söz konusu düzenlemenin yerli ve ithal edilen malların satışa sunulması üzerindeki etkisi incelenmesi gerekmektedir.<sup>492</sup> Divan, böyle bir inceleme sonucunda, sadece ithal edilen ürünleri ilgili uygulanıp ithal edilen malların satışa sunumunu yerli ürünlere oranla daha fazla zorlaştıran, ulusal düzenlemeyi, satış koşullarına ilişkin bir düzenleme niteliği taşımasına rağmen Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.<sup>493</sup>

---

<sup>490</sup> C- 145/88 *Torfaen B v. B&Q* [1989], ECR 3851.

<sup>491</sup> **Torfean ilişkin Oturum Raporu**, Case C- 145/88 *Torfaen B v. B&Q*, [1989], ECR 3871.

<sup>492</sup> LANG, op. cit. s. 82.

<sup>493</sup> C- 320/93 *Ortscheit/Eurim-Pharm* [1994], ECR I- 5243.



## V. Değerlendirme

Keck kararıyla, Divan, daha önce Cassis de Dijon kararında geliştirdiği formülü somutlaştırırken, 28. madde ile yasaklanan “eş etkili önlemlerin” varlığının tespiti konusunda Dassonville kararıyla getirdiği tanıma dokunmamıştır. Divan’ın 28. maddenin uygulama alanını belirlediği en önemli kararları içerisinde yer alan Keck Kararı, içeriksel anlamda getirdiği değişikliklerin yanında, kararın gerekçesinin alışılmışın dışında kısa olması ve kararın Topluluğun tüm resmi dillerinde aynı anda yayınlanması gibi noktalardan da dikkat çekmektedir.

Kararın içeriksel anlamda yorumlanmasına gelince, öncelikle Komisyon’un eş etkili önlemlerin giderilmesine ilişkin 1969 yılında çıkardığı 70/50 sayılı direktifine göz atmakta yarar bulunmaktadır.<sup>494</sup> Direktif hükümlerine göre, üye devletlerin farklı ulusal düzenlemelerinde yer alan önlemler, kural olarak ayrımcılık içermemesi halinde “eş etkili önlem” olarak değerlendirilmez. Ancak, bu düzenlemelerin etkisinin, düzenlemenin amacına aşması halinde, yani orantılılık ilkesine aykırılık halinde istisnai olarak bu düzenlemelerde eş etkili önlem olarak değerlendirilecektir.

Direktifin 3. maddesinde Komisyon, direktif hükümlerinin, ürünlerin şekil, ölçü, ağırlık, sunuş, sınıflandırma gibi hem yerli hem de ithal ürünlere uygulanan ve aynı zamanda malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı etkiye sahip olan ulusal önlemlere uygulanacağını belirterek, ulusal düzenleme ile elde edilmek istenen amaç

---

<sup>494</sup> **Topluluk Resmi Gazetesi** ABI. 1970 , Nr L 13/1 s. 29 vd.

arasında orantı olmasını ve ayrıca aynı amaca, Topluluk içi ticareti daha az kısıtlayıcı bir başka önlem ile elde etmenin mümkün olmaması tespitinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Keck kararı ile Komisyon'un çıkardığı direktif hükümleri karşılaştırdığında ilginç bir paralellik karşımıza çıkmaktadır. Malların üretimine ilişkin özellikle şekil, büyüklük, ağırlık, sunum gibi konularda ayrımcılık yapılmaksızın uygulanan ulusal düzenlemeler, etkileri, ticari kurallar gereği olması gereken ölçüyü aşacak şekilde malların serbest dolaşımı engellemesi halinde 28. maddeye aykırı olacaktır. Bu açıdan bakınca, Divan'ın aslında Keck kararıyla, ilginç bir biçimde 28. maddenin yetmişli yıllardaki anlam ve amacına doğru bir değişim gösterdiğini söylemek mümkün olacaktır.

Direktifte, Keck kararından farklı olarak, satış koşullarından hiç bahsedilmemiştir. Divan Keck kararında, satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri, yurt içinde faaliyet gösteren tüm Pazar katılımcılarına aynı biçimde uygulanması ve yerli ürünlerle ithal ürünlerin pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilemesi koşuluyla 28. maddenin uygulama alanının dışında bırakmıştır.

Bu nokta da dikkat çeken bir diğer nokta da, hangi belirli satış koşullarına ilişkin düzenlemelerin 28. maddenin uygulama alanının dışında bırakıldığıdır. İlk olarak bu düzenlemelerin, o ülke içindeki tüm Pazar katılımcıları için geçerli olması gerekmektedir.<sup>495</sup> İkinci olarak, bu düzenlemenin yerli ve ithal edilen ürünlerin pazarlanmasını hukuki ve fiili olarak aynı biçimde etkilemesi gerekmektedir.

---

<sup>495</sup> CHALMERS, "Repacking the internal market- The Ramifications of the Keck Judgment", *ELRev.* 1994, s. 385.

Düzenlemenin herhangi bir biçimde korumacı bir etki yaratması veya yerli ürünler lehine fiili bir rekabet avantajı yaratması halinde, bu düzenlemeler Cassis de Dijon formülü çerçevesinde 28. maddenin uygulama alanı içinde değerlendirileceklerdir.

Buradan, başka üye devletlerden ithal edilen malların pazara girişinin, yerli ürünlere oranla daha fazla engellenmesi veya ithal edilen malların pazara girişinin tamamen yasaklanması halinde, başka bir ifadeyle, yerli mallara söz konusu ulusal düzenleme ile bir rekabet avantajı sağlanması durumunda, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi anlamında yasak bir “eş etkili önlemin” varlığından söz edilebilecektir.<sup>496</sup>

Sonuç olarak, Divanın, Keck kararındaki değerlendirmesiyle, “satış koşullarına ilişkin belirli ulusal düzenlemeler” kavramını bilinçli tercih ettiğini ve ileride ortaya çıkabilecek sıkıntılar halinde, özellikle, “satış koşullarına ilişkin ayrımcı olmayan ulusal düzenlemeler” ile “ürüne ilişkin düzenlemeler” arasındaki biçimsel ayrımın, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin anlam ve amacı ile bağdaşmayacak durumlar yaratması halinde, içtihadını tekrar değiştirmekten kaçınmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

## **VI. Keck Kararının Eleştirisi**

Öğretide büyük bir ilgi uyandıran Keck kararının metnine göz attığımızda, Divanın alışmış kararlarından farklı olarak Keck kararında gerekçeyi oldukça kısa

---

<sup>496</sup> SCHUSTER, EG-Recht, Normenlehre und Grundfreiheiten, Viyana: 1997, Rn. 146.

tuttuğunu söylebiliriz. Bu nedenle, özellikle kararın kapsamının belirsiz olduğu eleştirileri yoğun şekilde ileri sürülmüştür.<sup>497</sup> Gerekçenin kısa tutulması nedeniyle Divan'ın kararında birçok belirsiz nokta ortaya çıkmıştır. Bu duruma örnek olarak, Divan'ın satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri, 28. maddenin uygulama alanının dışında bırakırken, kullandığı “eski içtihadın aksine” ifadesi ile önceki hangi kararlarını kastedtiğinin anlaşılabilmesi gösterilebilir.<sup>498</sup>

Öte yandan, Keck kararı sonuç itibarıyla, Dassonville formülünü uygun biçimde sınırlandırma çabasının ifade edilmesinden başka bir nitelik taşımamaktadır.<sup>499</sup> Dassonville formülüyle getirdiği geniş yorumla, neredeyse üye devletlerin tüm ulusal ticari düzenlemelerini 28. maddenin uygulama alanı içine sokan Divan, Keck kararıyla birlikte geri adım atarak, daha dar bir yorum yolunu seçmiş ve ürünlerin satışına ilişkin ulusal düzenlemeler ile ürünlere ilişkin düzenlemeler ayırımına gitmiştir.

Divan tarafından ürüne ilişkin düzenlemeler ile satış koşullarına ilişkin düzenlemeler arasında yapılan bu ayırım, 28. maddenin lafzıyla bağdaşmadığı gibi, aynı zamanda, Topluluk içi ithalatın önündeki ticari engellerin kaldırılması amacına da hizmet etmekten uzak gözükmektedir.<sup>500</sup> Divan tarafından yapılan ikili ayırımın, bahsi geçen önlemlerin topluluk içi ticaret üzerindeki etkilerine dayandırılması, 28.

---

<sup>497</sup> SEDEMUND/MONTAG, “Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrecht”, NJW 1994, s. 628; STEINDORFF, op. cit. s. 166; PETSCHKE, op. cit. s. 111; SACK, op. cit. s. 44.

<sup>498</sup> ACKERMANN, op. cit. s. 190; STEINDORFF, op. cit. s. 152.

<sup>499</sup> HEINEMANN, “Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis sowie Werbeverbot für Apotheker kein Verstoß gegen Art. 30 EGV- Urteile “Keck” und “Hünernmund”, WiB 1994, s. 203.

<sup>500</sup> FİSCHER/KÖCK, Europarecht, Viyana: 1997, s. 462.

maddenin lafzına daha uygun olacaktır. Temel karar almak yoluyla, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesine ilişkin, uyuşmazlık konularının azaltılması amacına ulaşmanın zorluğu gözüne alındığında, Divan tarafından getirilen bu çözümün sadece dogmatik anlamda soru işaretleri ile dolu olmakla kalmayıp, aynı zamanda hukuk politikası açısından da amaca uygun olmadığı söylenmektedir.<sup>501</sup>

“Belirli satış koşullarına ilişkin düzenlemeler” kavramının kararda tanımlanmamış olmasının, ulusal mahkemeler açısından eski içtihadın uygulanması konusunda bir tereddüt noktası oluşturacağını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>502</sup>

Öğretide bir çok yazar tarafından, “Keck” kararına ilişkin en ciddi sorun olarak görülen husus, ürüne ilişkin düzenlemeler ile satış koşullarına ilişkin düzenlemeler arasında kalan üçüncü tip düzenlemelerdir.<sup>503</sup> Ürünlerin pazarlanması çoğunlukla, ürünün dış görünümü, bununla ilgili reklam kampanyası ve pazarlama stratejisi ile birlikte yürütüldüğünden, buna ilişkin düzenlemelerin hangi grup içinde yer alacağı belirsizdir.<sup>504</sup>

Divan’ın Keck kararı sonrasında, öğretilerde tartışılan konulardan bir diğeri de, bu kararlar birlikte, Topluluğun İç Pazar hedeflerinde içeriksel anlamda bir değişikliğin söz konusu olup olmadığıdır.<sup>505</sup> Bazı yazarlar, Divan’ın bu karara kadar sürdürdüğü, İç Pazar kavramını geniş yorumlayan yaklaşımından vazgeçerek, daha

---

<sup>501</sup> Ibid.

<sup>502</sup> MÜLLER- GRAFF, op. cit. s. 73.

<sup>503</sup> BORNKAMM, op. cit. s. 298; JİCKELİ, “Der Binnenmarkt im Schatten der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, JZ 1995, s. 60.

<sup>504</sup> ACKERMANN, op. cit. s. 193; SACK, op. cit. s. 184; EHRİCKE, op. cit. s. 113.

<sup>505</sup> KEBLER, op. cit. s. 308

çekingen bir tavır aldığına ilişkin değerlendirmeler yapmak için henüz erken olduğu görüşündedir.<sup>506</sup>

Divanın Keck kararından sonraki kararları da incelendiğinde, aslında, Keck kararıyla getirilen içtihat değişikliğinin, Keck Kararına konu olan somut olaya ilişkin münferit bir karar olarak nitelendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Öte yandan bu durum, beraberinde İç Pazar açısından çelişkili bir gelişmeye yol açmaktadır. Bu gelişme çerçevesinde, İç Pazarın gerçekleştirilmesi için yeni adımların atılması, birincil hukuk geri çekilerek, ikincil mevzuat düzenlemeleri aracılığıyla yapılmaktadır. Öte yandan, İç Pazara ilişkin ikincil düzenlemelerin artması, üye devletlerin ulusal düzenleme alanlarının daralması sonucunu doğurmaktadır. Ancak, Topluluk hukukunun üye devletler tarafından daha büyük oranda kabul edilmesi için, Topluluk tarafından da üye devletlerin ulusal düzenlemelerine saygı gösterilmesi gerekmektedir.

Ancak, Üye devletlerin yaptığı düzenlemelere saygı gösterilmesi düşüncesi amacıyla, satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemelerin, orantılılık ilkesine uygun olmadığı durumlarda, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesi kapsamı dışına çıkarılması İç Pazar açısından ağır sonuçlar doğurmaya elverişlidir.<sup>507</sup> Bu noktadan hareketle, Divan'ın, Keck Kararında verdiği, ayrımcılık içermeyen satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri, 28. maddenin uygulama alanı içinden çıkarması kararını, İç

---

<sup>506</sup> REİCH, “The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited”, *CMLRev.* 1994, s. 478.

<sup>507</sup> EBENROTH, “Neue Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt”, VON ERDMANN/GLORY/HERBER(Hrsg.), FS für Henning Piper, içinde s. 168.

Pazarın gerçekleşmesi amacına hizmet etmekten çok, sanki sadece ulusal gümrüklerin ortadan kaldırıldığı bir serbest ticaret bölgesi yaratmaya çalışan bir mahkeme kararı gibi olduğu ileri sürülmüştür.<sup>508</sup>

Bu konudaki bir diğer görüş ise, Divan'ın Keck kararı yaklaşımı neticesinde, üye ülkeler arasındaki satış koşullarına ilişkin düzenlemeler arasındaki farklılıklar nedeniyle, İç Pazar yapısının daha az uyumlu işleyeceği bir değişikliğe uğradığı fikrini ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu görüşe göre, Divan Keck kararı ile İç Pazar kavramının tanımını oldukça daraltmıştır.<sup>509</sup>

İç Pazar kavramının daha dar bir biçimde anlaşılmasına yol açan bu gelişme, öğretici tarafından “Tamamlanmamış İç Pazar” kavramı altında değerlendirilmiştir.<sup>510</sup>

Her ne kadar, işleyen bir İç Pazar için, ilgili tüm alanlarda, tam anlamıyla uyumlaştırma yoluna gidilmesinin gerekli olmadığı hususunda fikir birliği bulunmasına rağmen, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin farklılığından doğacak sıkıntıların ne şekilde aşılması gerektiği hususunda bir çözüm önerisi ortaya çıkmamıştır.<sup>511</sup>

Keck kararı dikkate alındığında, İç Pazarın henüz tamamlanmamış olmasının nedeni olarak, üye devletlerin farklı ulusal düzenlemelerinden kaynaklanan ve piyasa

---

<sup>508</sup> ACKERMANN, op. cit. s. 192; REİCH, op. cit. s. 1816.

<sup>509</sup> CHALMERS, “Repackaging the internal market- The Ramifications of the Keck Judgment”, *ELRev.* 1994, s. 393.

<sup>510</sup> STEİNDORFF, op. cit. s. 149 vd.

<sup>511</sup> MÜLBERT, op. cit. s. 19.

katılımcılarının serbestçe karar alma özgürlüğü kısıtlayan belirli önlemlerin varlığının sürmesine katlanmak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kanatımce, Divan, “Keck” kararında izlediği yol ile belirli hukuki alanlarda mutlak bir uyumlaştırmadan bilinçli olarak kaçınmıştır. İşleyen bir İç Pazar için, her alanda uyumlaştırma yoluna başvurulması gerekli değildir.<sup>512</sup> Tam tersine, mağazaların kapanış saatleri, pazar günleri çalışma yasağı, geceleri fırınlarda çalışma yasağı gibi ulusal kültürün bir parçası olan ve ulusal ve iç politika alanında tartışmalı belirli konularda, her üye devletin kendi ulusal düzenlemesini yapmasının daha iyi olacağı sonucuna varılabilir.

---

<sup>512</sup> İbid.



## SONUÇ

Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinin öncelikli amacı, Ortak Pazarı, üye devletlerin ulusal düzenlemeleri ile getirdikleri sınırlamalara karşı güvence altına almaktır. Bu çerçevede üye devletler arasındaki ithalatı engelleyen her türlü miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasaklanmıştır. Bu maddeyi takip 29. madde ile de, 28. maddeye paralel biçimde ihracattaki miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm önlemler üye devletler arasında yasaklanmıştır.

Topluluğun kuruluş yıllarından başlayarak altmışlı yıllara kadar bu hedefe, kotaların ve genel ithalat yasaklarının önlenmesi yoluyla ulaşılmaya çalışılmışsa da, daha sonraki dönemde, Üye devletlerin, ulusal korumacı ticari politikalarını, çıkardıkları ulusal düzenlemelerin arkasına gizleyerek sürdürmeye devam etmeleri nedeniyle, Kurucu Antlaşmanın 28. ve 29. maddelerinde düzenlenen “eş etkili önlemler” kavramının kapsamının belirlenmesi, malların serbest dolaşımı ilkesinin uygulanabilmesi açısından özel önem kazanmıştır.

Kurucu Antlaşmada tanımlanmayan “eş etkili önlemler” kavramının, tanımının yapılıp kapsamının belirlenmesi amacıyla, gerek Komisyon, gerekse Topluluk hukukçuları tarafından oldukça yoğun çaba harcanmıştır. Bu amaçla, Komisyon tarafından çıkarılan direktifler aracılığıyla uygulamadaki örneklerden yola çıkılarak, eş etkili önlemler kavramı tanımlanmaya çalışılmış, bu şekilde 28. maddenin kapsamına girecek durumların sınırlı olmayan biçimde sayılması yoluyla,

malların serbest dolaşımının önündeki mali nitelikli olmayan engellerin kaldırılması hedeflenmiştir.

Bu amaçla çıkarılan 50/70 sayılı Komisyon direktifinin 3. maddesinde hangi ulusal düzenlemelerin, eş etkili önlem olarak değerlendirileceği belirlenmiştir. Bu çerçevede, “malların pazarlanmasına ilişkin özellikle şekil, ölçü, ağırlık, sunuş, sınıflandırma gibi konularda, yerli ürünler ile ithal ürünlere aynı şekilde uygulanan, ancak, etkileri açısından düzenlemenin gereği olan ölçüyü aşacak biçimde malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal önlemler, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Eş etkili önlemler kavramının teorik çerçevesi belirleyen bu düzenleme, daha sonraları Divan’ın bu konuya ilişkin içtihadını oluşturmasına hukuki temel teşkil ettiği için hala önem taşımaktadır.

Öte yandan, Divan, 1974 yılında aldığı “*Dassonville*” kararıyla, Üye devletlerinin ulusal düzenlemeleri aracılığıyla ulusal korumacı politikalarını sürdürme yönündeki çabalarına bir set çekmek amacıyla olduğunu ilk işaretini vermiştir. Üye devletlerin, *topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı, gerçek veya potansiyel anlamda kısıtlamaya uygun, bütün ticari düzenlemelerinin* “eş etkili önlem” kategorisine girdiği yönündeki bu kararı ile Divan, 28. maddenin uygulama alanının kapsamını geniş bir şekilde yorumlamış ve böylece, ulusal mahkemelere, ön karar prosedürü yoluyla, üye devletlerin korumacı ulusal düzenlemelerine etkin bir şekilde karşı koyma imkânının kapılarını sonuna kadar açmıştır.

Yine bu dönemde, Divan, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlayan ulusal düzenlemelerin Topluluk hukukuna aykırılığını mazur görülmesi imkânını sadece Kurucu Antlaşmanın 30. maddesinde sayılan menfaatlerle sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Bu şekilde, Üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde bulunan mevcut gizli ithalat engelleri aracılığıyla, malların serbest dolaşımı ilkesini ihlâl etmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Dassonville kararından sonraki süreçte, Divan, büyük ölçüde, üye devletlerin, yerli ürünlere, ithal ürünler karşısında açık şekilde avantaj sağlayan doğrudan ayrımcı önlemleri ile olduğu kadar, görünüşte ithal ürünler ile yerli ürünler arasında ayırım gözetmeyen ama özünde ayrımcılık içeren ulusal önlemlerinin ortadan kaldırılmasıyla meşgul olmuştur.

Yetmişli yılların ortasından itibaren Topluluk düzeyinde başlayan, çevre ve doğal kaynakların korunması konusunda bilinç düzeyinin yükselmesi ve yine, tüketici haklarının korunmasına ilişkin çabaların artmasıyla birlikte, Üye devletler, gıda sektöründe, ürünlerin sağlık koşullarının belirlenmesi için yeni düzenlemeler çıkarmışlar, insan sağlığının korunması amacıyla malların teknik standartlarını belirleyici yeni önlemler almışlardır. Topluluk düzeyinde henüz ortak düzenlemeye gidilmeyen bu alanlarda, düzenleme yapma yetkisinin hala üye devletlerde olduğu o dönemlerde, Üye devletler tarafından yapılan bu düzenlemeler, her ne kadar Topluluk içinde serbest dolaşıma tabi olan tüm ürünleri, yerli-ithal ayırımı yapmaksızın kapsamakta iseler de, içerdikleri farklılıklar nedeniyle topluluk içi ticareti olumsuz etkileme potansiyeli taşımaktadırlar. Özellikle getirdikleri yeni

standartlara uyum sağlama zorunluluğu, ithal edilen ürünler üzerinde yeni maliyetler getirdiği için üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkilemekte ve bu nedenle, Dassonville formülü çerçevesinde 28. madde ile yasaklanan “eş etkili önlem” olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, bu düzenlemelerle korunmak istenen menfaatlerin, kamu yararının zorunlu gereklilikleri içinde her üye devletin kendi hukuk düzeni tarafından korunan meşru menfaatler olduğu ortadadır. Ancak, 28. ve 29. maddelerin istisnasını düzenleyen 30. madde metninde sayılan gerekçeler içinde ne tüketicinin korunması, ne de çevrenin korunması yer almaktadır. Tüm istisna hükümleri gibi dar yorumlanmak zorunda olan 30. maddeye dayanarak, tüketicinin veya çevrenin korunması amacıyla Topluluk içi ticaretin kısıtlanması mazur görülemeyecektir.

Öte yandan, her ne kadar Kurucu Antlaşmada değişiklik yapılarak, 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin genişletilmesi bir çözüm olarak düşünülse de, Üye devletler tarafından bu yönde ortak bir iradenin gösterilmemesi nedeniyle, istenen değişiklik gerçekleştirilmemiştir. Öğretide, Divan’ın yorum yoluyla 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerini genişletmesi çözüm olarak öneriştir, ancak, bu öneri, Divan tarafından, 30. maddenin istisna hüküm olması ve hukuka uygunluk nedenlerinin yasa koyucu tarafından bu hükümde sayılan gerekçelerle sınırlı tutulması nedeniyle kabul edilmemiştir.

30. maddenin amacı, bu maddede sayılan alanlarda, Topluluk hukuku tarafından korunan menfaatler nedeniyle, malların serbest dolaşımı ilkesinin kısıtlanmasına izin vermektir. Maddenin uygulanması, ancak; madde metninde sayılan alanlarda söz konusudur. Üye devletler, sadece maddede sayılan hedeflere

ulaşma amacıyla ve sınırlı olmak koşuluyla malların serbest dolaşımını kısıtlayacak ulusal önlemlere başvurabilirler. 28. maddede düzenlenen genel yasağın, 30. maddede sayılan istisnaların yorumlanması yoluyla, bu maddede sayılmayan alanları içine alacak şekilde uygulanması, maddenin amacının dışına çıkmak anlamını taşımaktadır.

Divan, özellikle, kamu düzeni veya kamu güvenliği gibi içeriğinin belirlenmesinin kolay olmadığı alanlarda kıyas yoluyla, 30. maddenin uygulama alanının genişletilmesini kabul etmemiştir. Divan uzun süre verdiği kararlarla, 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin yorum yoluyla genişletilmesine izin vermemiştir. Öte yandan, 30. maddenin geniş yorumlanmaması gerekliliğinin başka nedenleri de vardır. Yasa koyucu, 30. madde ile getirilen istisnaların uygulama alanlarını belirlerken, yerli ürünlerle ithal ürünler arasında ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerle ile ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler arasında bir fark gözetmemiştir.

Divan ise, hukuka uygunluk nedenlerinin sadece ayrımcılık içermeyen ulusal önlemler için genişletilmesini istemektedir. Ortak Pazarı bölmeyi hedeflemeyen ve yerli ürünler ile ithal ürünler için aynı şekilde geçerli olan ulusal düzenlemeler ile açık ayrımcılık içeren ulusal düzenlemeler arasındaki farkı belirgin hale getirmek için, tüketicinin korunması veya çevrenin korunması gibi yeni alanların Topluluk hukuku tarafından korunan menfaatler olarak ne şekilde değerlendirileceğinin belirlenmesi iyi bir fırsat olarak düşünülebilir. Üye devletlere, ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemeler çıkarma konusunda daha geniş bir hukuka uygunluk alanı

bırakılırken, ayrımcılık içeren ulusal önlemlerin mazur görülebilmesi için sadece 30. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olması gerekmektedir. Dassonville formülüyle eş etkili önlem kavramını çok geniş şekilde yorumlayan Divan, bu sorunu çözmek amacıyla *Cassis de Dijon* kararıyla içtihadında değişiklik yapma ihtiyacını duymuştur.

Ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemelere ilişkin aldığı *Cassis de Dijon* kararıyla, “*üye devletlerin malların piyasaya sürüm koşullarına ilişkin farklı ulusal düzenlemeleri, kamu sağlığının korunması, tüketici haklarının korunması, haksız rekabetin engellenmesi veya ticari işlemlerde adaletin sağlanması gibi kamu yararının emredici gereklilikleri nedeniyle Topluluk içi ticareti olumsuz etkilese bile maruz görülebilir.*” demiştir.

Bu kararıyla Divan, bir üye devlette hukuka uygun şekilde üretilen ve piyasaya sunulan malın, diğer üye devletler tarafından kamu yararının emredici gereklilikleri uyarınca haklı ve makul sebeplere dayanarak, orantılılık ilkesine uygun biçimde getirilen kısıtlamalar dışında, yasaklanamayacağını altını çizmiştir. Karşılıklı tanıma ilkesinin, malların serbest dolaşımı kapsamına alındığını gösteren bu kararıyla, Divan, Avrupa bütünleşmesi yanlısı yaklaşımını sürdürdüğünü bir kez daha göstermiştir.

*Cassis de Dijon* kararından sonraki süreçte, Divan, özellikle Dassonville formülü geleneği çerçevesinde şekli anlamda ayrımcı düzenlemeler içeren ulusal önlemlerle uğraşmıştır. Divan bunun dışında, açık olarak yerli mallar ve ithal mallar

arasında ayırım gözetmeyen ama içeriksel anlamda yerli mallara ithal edilen mallar karşısında avantajlar sağlayan düzenlemeleri incelemeye almıştır.

Bütün bu gelişmelerin ışığında Divan, zamanla, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesine yönelik, ayrımcılık yasağından, kısıtlama yasağına ve oradan da reşit ve bilgili tüketici profili ile şekillenen Pazar katılımcılarının Ortak Pazar içinde özgür biçimde ekonomik tercihlerini belirledikleri bir ortamı yaratmaya yönelik bir içtihat çizgisi geliştirmiştir. Böylelikle, Divanın eş etkili önlemler kavramına ilişkin incelemelerinin ağırlık noktasını, Kurucu Antlaşmada yazılı olmayan, kamu yararının emredici gereklilikleri nedeniyle getirdiği yeni hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama şartlarının belirlenmesi ve buna bağlı olarak da orantılılık ilkesine uygunluk incelemesi oluşturmaya başlamıştır.

1980 yılından başlayıp *Keck* kararının verildiği 1993 yılında denk devam eden bu süre zarfında, Divan, farklı nitelikteki ulusal önlemlere ilişkin verdiği çeşitli kararlarla, daha sonra *Hünermund* davasına ilişkin görüşünü açıklarken, Hukuk Sözcüsü Tesauro'nun "anlaşılması zor" olarak nitelendirdiği dönemi başlamıştır.

Divan, bu dönemde, belirli işletme biçimlerine ilişkin ulusal düzenlemeleri, mal ithalatına ilişkin olmamaları nedeniyle 28. maddenin kapsamı dışında bırakırken, reklam ve satış arttırma yöntemlerine ilişkin düzenlemeleri, ithalatı doğrudan düzenlememelerine rağmen, ithalat hacmini sınırlayıcı özellikleri nedeniyle, 28. maddeye göre yasak olan "eş etkili önlem" niteliğinde olduklarına karar vermiştir.

Öte yandan, Divan, hafta sonu çalışma saatlerini belirleyen ulusal düzenlemeleri kural olarak “eş etkili önlem” olarak kabul etmesine rağmen, üye devletlerin ulusal ya da bölgesel, sosyo-kültürel özelliklerini göz önünde bulundurarak kamu yararının emredici gereklilikleri çerçevesinde Topluluk hukukuna aykırı bulmamıştır.

Topluluk vatandaşlarının, ticari özgürlüklerini kısıtlayan her türlü ulusal düzenlemeyi, Topluluk içi ticarete ilişkin olup olmadığına bakmaksızın, 28. maddeye aykırılık teşkil ettiği iddiası nedeniyle mahkemelere taşınması nedeniyle, Divan, malların serbest dolaşımı ilkesine ilişkin içtihadını gözden geçirmek ihtiyacını duymuştur. Malların piyasa fiyatının altında yeniden satışını yasaklayan bir Fransız düzenlemesinin Topluluk hukukuna uygunluğunu incelediği Keck kararının gerekçesinin giriş kısmında, Divan, Pazar katılımcılarının açtıkları davalarda gittikçe artan bir oranda 28. maddeyi dayanak göstermesi gerçeğinden hareketle, bu alandaki içtihadı gözden geçirmek gereğini duyduğunu açıklıkla ifade etmiştir.

Kararın sonraki bölümünde Divan, malların satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemelerin, bütün Pazar katılımcıları için aynı oranda geçerli olmaları ve yerli ve ithal malların satışa sunumunu hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilemeleri şartıyla, 28. maddenin uygulama alanı kapsamı dışında olduğunu ifade etmiştir.

Öğretide, Dassoville veya Cassis de Dijon, ve hatta her iki karardan da geri dönüş niteliğinde olduğu şeklinde değerlendirilen bu karar, “gerekçenin kısa tutulmuş olması”, “Keck kararı ile Divanın hangi kararlarından geri döndüğünü ifade



etmemiş olması”, “satış koşullarına ilişkin düzenleme kavramının yeterince açık şekilde tanımlanmamış olması”, özellikle de, “konunun sınır ötesi ticareti etkileme boyutunun eksik bırakılmasını” gibi nedenlerle oldukça eleştirilmiştir.

İlk bakışta, Keck kararını, satış koşullarına ilişkin düzenleme alanında ayrımcılık yasağı getiren ve böylelikle Dassonville formülüne dokunmaksızın, Cassis de Dijon formülünün kısmi biçimde açıklanması niteliğini taşıyan bir karar olarak görmek mümkündür. Karar ayrıntılı olarak incelendiğinde ise, Keck kararının, sadece, satış koşullarına ilişkin belirli düzenlemelere ilişkin olduğunu ve Keck kararı ile getirilen “yerli ve ithal mallara hukuken ve fiilen eşit derecede etkileyen ulusal düzenleme” kriterinin, ayrımcılık yasağının kapsamını genişleten bir yorum olduğunu söylemek mümkündür.

Divan’ın Keck kararı ile içtihadını değiştirmesine yol açan nedenlerin ne olduğunu anlayabilmek için, özellikle kararın verildiği dönemde Maastricht Antlaşmasındaki tartışmalara göz atılmasında yarar bulunmaktadır. Kararın verilmesinden üç hafta önce, Maastricht Antlaşması yürürlüğe girmiştir. Maastricht Antlaşması müzakereleri sırasında Almanya’nın, Kurucu Antlaşmada değişiklik yapılarak ilk derece mahkemelerinin ön karar prosedürü yoluyla Topluluk hukukunun yorumu ve uygulanması amacıyla Divan’a başvurma imkânını ortadan kaldırmak istediği bilinmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Divan’ın Keck kararıyla, 28. maddenin uygulama alanını sınırlandırırken, aslında üye devletlerden gelen tepkilerin önünü kesmek istediği sonucu çıkarılabilir. Bu kararın sonucunda, işletmelerin kapanış saatlerinin belirlenmesi, Pazar ve tatil günleri çalışma yasağına

ilişkin gibi, üye devletlerin hassas olan konular, 28. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Sonuç olarak, Divan'ın, malların serbest dolaşımını düzenleyen 28. maddenin uygulanma alanının belirlenmesi ve yorumlanmasına ilişkin içtihat çizgisinin gösterdiği farklı gelişim, Avrupa bütünleşmesinin gelişim çizgisine paralel bir seyir izlemiştir. Üye devletlerin, Kurucu Antlaşmanın hedeflerine yönelik olumsuz tutum ve davranışları karşısında, Divan, “ekonomik bütünleşmenin motoru” konumuyla bütünleşme yanlısı aktivist bir tutum izleyerek, malların serbest dolaşımını düzenleyen Kurucu Antlaşma hükümlerini geniş biçimde yorumlamıştır. Böylece, Üye devletlerin ulusal korumacı politikaları aracılığıyla malların serbest dolaşımını engelleyerek, Topluluğun İç Pazar hedeflerinden uzaklaşmasına yol açacak olumsuz gelişmelerin önüne geçmeyi hedeflemiştir.

## ÖZET

AT Antlaşması 28. madde, üye devletler arasında ithalatta miktar kısıtlaması ve eş etkili tüm önlemleri yasaklamıştır. Gümrük Birliğinin 1 Temmuz 1968 yılında tamamlanmasıyla birlikte, artık miktar kısıtlamaları büyük ölçüde önemini yitirmiş, malların serbest dolaşımının önünde kaldırılması gereken tarife dışı engeller olarak geriye eş etkili önlemler kalmıştır.

Eş etkili önlemlerin neler olduğu Kurucu Antlaşmada tanımlanmamıştır. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, uygulamadaki örneklerden yola çıkılarak, gerek Komisyon, gerekse Topluluk hukukçuları ve akademisyenler “eş etkili önlemler” kavramını tanımlamak için çaba harcamışlardır. Başlangıçta Komisyon’un 50/70 sayılı yönerge hükümlerindeki yaklaşımını tercih eden Divan, üye devletlerin artan bir biçimde farklı yöntemlere başvurarak, malların serbest dolaşımını engellemeleri üzerine “eş etkili önlemler” kavramının soyut bir tanımını yapma ihtiyacı duymuştur.

1974 yılında verdiği *Dassonville* kararıyla Divan, “*Topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı; gerçek veya potansiyel olarak engelleyen her türlü ulusal ticari düzenlemeyi*” eş etkili önlem olarak kabul etmiştir.

Bu geniş tanımla birlikte, artık çok sayıda farklı ulusal düzenlemenin 28. maddenin uygulama alanı içinde değerlendirme imkânı doğmuştur. 28. madde kapsamında değerlendirilen bu ulusal önlemler, eş etkili önlem olarak kabul edilseler bile, her zaman Topluluk hukukuna aykırılık teşkil etmezler. 30.maddede sayılan istisnalar, orantılılık ilkesine uyulması halinde, eş etkili önlem olarak kabul

edilebilecek ulusal düzenlemeleri hukuka uygun hale getirecek, malların serbest dolaşımının kısıtlanmasını mazur gösterebilecektir.

Zaman içinde Divan'ın önüne 30. madde kapsamında düzenlenmeyen, ancak çevrenin korunması, tüketici haklarının korunması gibi hukukça korunan meşru menfaatlere ilişkin ulusal düzenlemelerde gelmeye başlamıştır. Divan 30. madde hükmünü istisna hüküm olduğu için dar yorumlamış; bu yeni alanları kapsayan düzenlemelere ilişkin 1979 yılında yeni bir karar almıştır. Ayrımcılık içermeyen ulusal düzenlemelere ilişkin aldığı *Cassis de Dijon* kararıyla, “*üye devletlerin malların piyasaya sürüm koşullarına ilişkin farklı ulusal düzenlemeleri, kamu sağlığının korunması, tüketici haklarının korunması, haksız rekabetin engellenmesi veya ticari işlemlerde adaletin sağlanması gibi kamu yararının emredici gereklilikleri nedeniyle Topluluk içi ticareti olumsuz etkilese bile maruz görülebilir.*” demiştir.

Bu yeni tanım, karşılıklı tanıma ilkesini esas almaktadır. Bir üye devlette, o ülke kurallarına uygun şekilde üretilip piyasaya sürülen ürünler, artık kural olarak, diğer üye devletler tarafından kendi ülkelerinde piyasaya sürülmesine engellemeyeceklerdir. Divan sonraki kararlarında, kamu yararının emredici zorunlulukları kavramını çevrenin korunması ve ulusal kültür politikalarını içine alacak şekilde genişletmiştir. Bu kararda dikkat çeken bir diğer husus ise, ulusal düzenlemelerin daha çok doğrudan ürüne, onun biçimine, oluşumuna, paketlenmesine ilişkin olmalarıdır. Daha sonraki yıllarda, malların satışına ilişkin kısıtlamalar getiren yeni ulusal düzenlemeler dava konusu olmuştur. Divan, topluluk

içi ticareti doğrudan etkilemeyen bu düzenlemeleri başlangıçta 28. madde kapsamında değerlendirmemiş, öğreti de eleştirilen bu kararlar sonrasında, Divan malların satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri, 28. madde kapsamının dışında bıraktığı meşhur *Keck ve Mitouard* kararını vermiştir. Bu karar uyarınca, “o üye devlette ticari faaliyette bulunan tüm piyasa oyuncularını kapsayan, yerli ve ithal ürünler arasında ayrımcılık yapmayan ve o ürünlerin piyasaya sürülmesi konusunda hukukten ve fiilen aynı şekilde uygulanan, malların satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri” eş etkili önlem olarak kabul etmemiştir.

Bu karar uyarınca satış koşullarına ilişkin düzenlemeler Toplum hukukuna aykırılık teşkil etmez. Divan, bu şekilde üç farklı yaklaşım geliştirerek malların serbest dolaşımını engelleyen çok çeşitli ulusal düzenlemeleri için gerekli olan kriterleri belirlemiştir. Böylece malların serbest dolaşımını engelleyerek, Toplumun İç Pazar hedeflerinden uzaklaşmasına yol açacak ulusal düzenlemelerin önüne geçmiş olacaktır.

Bu çalışma kapsamında 28. madde de düzenlenen ve üye devletler arasında ithalatta miktar kısıtlamaları ile eş etkili önlemleri yasaklayan hükmün uygulamasından doğan ihtilafların çözümü için Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından geliştirilen ve süreç içerisinde bu maddenin uygulama alanını belirleyen kararların hukuki veçheleri incelenmiştir.

## SUMMARY

28<sup>th</sup> article of the EC Treaty has banned quantitative restrictions on import and all measures having equivalent effect among the Member States. In conjunction with the completion of the Customs Union on July 1, 1968, quantity restrictions have ever lost their importance largely, measures having equivalent effect remained as the non-tariff barriers to be removed to ensure free movement of the goods.

“Measures having equivalent effect” were not specified in the Establishing Treaty. In order to overcome this shortcoming, both the Commission and Community jurists and academicians attempted to define the “measures having equivalent effect” on the basis of the regulations in force. The Court, initially giving preference to Commission’s directive number 50/70, has needed to formulate an abstract definition of the concept of “measures having equivalent effect” upon Member States’ hindering of free movement of goods through different measures and in an increasing manner.

Through the *Dassonville* decision of 1974, the Court has accepted “*all types of national commercial arrangement hindering intra-Community trade actually or potentially; directly or indirectly*” as the “measures having equivalent effect”.

With this wide definition, the opportunity to assess multitudinous different national regulations in the scope of application of 28<sup>th</sup> article has arisen. Despite these national regulations, which are in the scope of the 28<sup>th</sup> article, were assessed as

“measures having equivalent effect, not all the time they constitute a contradiction to the Community law. The exceptions indicated in the 30<sup>th</sup> article constitute the excuse for the restrictions of free movement of goods in the case of compliance to proportionality principle, since the national regulations that may be accepted as measures having equivalent effect would comply with the law.

In time, national regulations that were not settled in the scope of 30<sup>th</sup> article but consisting legally protected legitimate interests such as protection of environment and protection of consumer rights has come before the Court. The Court has narrowly commented the judgment of 30<sup>th</sup> article since the mentioned article was an exceptional judgment; and has adopted a new decision on 1979 regarding regulations covering these new subjects. With the *Cassis de Dijon* decision on national regulations that do not include discrimination, the Court ordered that “*different national regulations of the Member States regarding the terms of placing on the market of the goods may be excused because of statutory obligations of public interest such as protection of the public health, protection of consumer rights, prevention of unfair competition or ensuring justice in commercial activities, despite these regulations may effect inter-Community trade negatively.*”

This new definition entails mutual recognition principle. Any commodity produced and put in the market in line with the regulations of a Member State, as a principle, can not be hereafter impeded to be sold in the market of other member states. The Court, in its latter decisions has extended the concept of statutory obligations of public interest as to include protection of the environment and policies

regarding national culture. Another remarkable point in this decision was that national regulations were mostly related directly to the commodity, its shape, formation and packaging. In the following years, new national regulations that impose restrictions in selling of the goods have become cases before the Court. The Court in the beginning has not evaluated such regulations that was not directly effecting intra-Community trade under the scope of 28<sup>th</sup> article; after these decisions which were also criticized by the discipline, Court has adopted the famous *Keck and Mitouard* decision which left the national regulations regarding the terms of sale of the commodities out of the scope of 28<sup>th</sup> article. According to this decision, “national regulations that cover all the market players dealing with commercial activity in the mentioned member state, that do not discriminate between local and foreign products and that were implemented in the same manner, practically and legally, in the launch of the products to the market” were not accepted as the “measures having equivalent effect”.

In accordance with this decision, regulations on the terms of sale do not violate the Community Law.

The Court has determined the criteria for various national regulations that impede free movement of goods through developing three different approaches. In this vein, national regulations that would cause failure to reach Internal Market targets of the Community through hindering free movement of goods will be prevented.



In the context of the actual study, legal aspects of the decisions that were developed by the Court of Justice of the European Communities to solve the controversies caused by the implementation of the judgment imposed by the 28th article banning quantitative restrictions and “measures having equivalent effect” on import were analyzed.