

# Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler Kavramının Yorumlanmasına İlişkin Öğretide Geliştirilen Yaklaşımlar\*

Tolga Candan\*\*

## ÖZET

*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 makalede esas olarak Avrupa Toplulukları maddi hukukunda malların serbest dolaşımı ilkesi kapsamında AT Antlaşması 28. maddesinde düzenlenen miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler kavramıyla ilgili öğretide geliştirilen yaklaşımlar incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Malların Serbest Dolaşımı, İç Pazar, Miktar Kısıtlamaları ve Eş Etkili Önlemler,

## Approaches Elaborated in The Discipline on The Interpretation of The Concept of "Measures Having Equivalent Effect with The Quantitative Restrictions"

## ABSTRACT

*Quantitative restrictions on import and all measures having equivalent effect with these have been banned among the Member States by the 28<sup>th</sup> article of the EC Treaty. Despite there is nothing problematic in the discipline and the application regarding the meaning of the concept of "quantity restrictions" as the limitation of imports through quotas in the form of amount, weight, cost or other numerical values; it is awkward to determine the meaning and the scope of "measures having equivalent effect". In this article, approaches elaborated in the discipline related to the concept of "measures having equivalent effect" with the quantitative restrictions which are regulated in the European Communities substantive law through the 28<sup>th</sup> article of EC Treaty under the context of the principle of free movement of the goods, will be analyzed.*

**Keywords:** Free Movement of the Goods, Internal Market, Quantitative Restrictions and Measures Having Equivalent Effect

---

\* Bu Makale Hakem İncelemesinden Geçmiştir.

\*\* Dr., A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı.

## 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 serbest 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 öğretilerde 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.<sup>1</sup> 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.

Öte yandan doktrinde malların serbest dolaşımı il-

1 Bu konuda bkz. **BAYKAL**, "Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Menfaatler Arasında Denge Arayışı", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, (Kış 2006) Cilt:5, Sayı:2, s. 103- 129; **CAN**, "Versteckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, (Bahar 2003), Cilt:2, Sayı:4, s. 47- 72; **GÜNUĞUR**, Avrupa Topluluğu'nda Gümrük Birliği, İç Pazar, Ankara: Ankara Üni. Basımevi, 1993; **ÖZCAN**, Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara: Nobel Yayınları, 1999.

kesi 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 önemini daha da arttırmaktadır.

Bu makale de esas olarak Avrupa Toplulukları madde hukukunda malların serbest dolaşımını ilkesi kapsamında AT Antlaşması 28 ve 29. maddelerinde düzenlenen miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler kavramıyla ilgili öğretide geliştirilen ve daha sonra Divanın içtihadını geliştirmesinde yararlandığı yaklaşımlar ele alınarak, konuyla ilgili genel bir çerçeve oluşturulmaya çalışılacaktır.

### 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>2</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>3</sup>

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 yükümlü-

lük nedeniyle, bu fıkra sadece bir takvim (program) cümlesinden fazlasını ifade etmektedir.<sup>4</sup> Yine de, belirlenebilirlik şartının sağlanabilmesi ve bu hükme dayanılarak hak ve borç elde edilebilmesi için hükmün somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>5</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>6</sup>

Topluluk hukuk düzeni içinde malların serbest dolaşımını ilkesinin<sup>7</sup> taşıdığı önem açısından bakıldığında, 28. maddenin objektif bir düzen hükmünden çok, Ortak Pazar içinde yer alan vatandaşlara(Marktbürger)<sup>8</sup> bireysel/sübjektif haklar vermek amacıyla taşıyan bir norm olduğunu söylenebilir.<sup>9</sup>

Divan, *Van Gend Loos* kararıyla “*Topluluğun, üye devletlerin kendisi yararına, belirli alanlarda da olsa egemen yetkilerini sınırladıkları ve süjelerinin sadece üye devletlerden değil, aynı zamanda onların vatandaşlarından da oluşan ... yeni bir hukuk düzenine vücut verdiğini, dolayısıyla Topluluk hukukunun üye*

2 SEIDEL, “Regeln der Technik und europäisches Gemeinschaftsrecht”, *NJW*, 1981, s. 1120- 1121.

3 AT Ant. md. 14/2 de İç Pazar kavramı tanımlanmıştır; bu konuya ilişkin karşılaştırma için bkz. SCWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 4. Aufl., Neuwied, Krefeld, Berlin: 1993, s. 241; GRABITZ/HILF, Art. 30, *Das Recht der Europäischen Union- Kommentar*, Band 1, München 2003 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.

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

5 Krş. için GRABITZ, Art. 3,GRABITZ/ HILF, içinde, Rn. 1.

6 MÜLLER-GRAFF, log. cit.

7 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.

8 Hans Peter Ipsen tarafından Topluluk hukuku literatürüne kazandırılan Ortak Pazar Vatandaşı(Markt Bürger) kavramı, ekonomik faaliyetleri nedeniyle Ortak Pazarın katılımcısı veya yararlanıcısı olduğu müddetçe, Topluluk hukukunun düzenlemeleri veya bireysel işlemlerinin muhatapı 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.

9 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.

*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>10</sup> ifade etmesiyle 28. madde düzenlemesi yeni bir anlam kazanmıştır.

Artık bireyler, 28. madde hükmünün üye devletlere getirdiği yasağa uyma yükümlülüğünün ihlali karşısında, ulusal mahkemeler önünde açtıkları davalarda 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 olacaklardır.<sup>11</sup>

### “Eş Etkili Önlem Kavramı”nın Tarihsel Süreci 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>12</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>13</sup> Tüm bu gelişmeler, eş etkili önlemler kavramının malların serbest dolaşımı ilkesi içindeki yeri ve önemini arttırmıştır.

Kurucu antlaşma hükümleri içerisinde eş etkili ön-

lemler kavramının tanımının bulunmaması, Komisyonun 50/70 sayılı yönergedeki tanımının yanında öğreti de çok sayıda farklı tanımın yapılmasına yol açmıştır.<sup>14</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>15</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 Hükümetler Komisyonunun Delegasyon Başkanlığı tarafından hazırlanan Spaak Raporunu bu konuda en önemli kaynak haline getirmektedir.<sup>16</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

10 **BAYKAL**, AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, ATAUM Araştırma Dizisi No:14, Ankara:2002, s. 40 vd.

11 **HÖSCH**, Der Einfluss der Freiheit des Warenverkehrs(Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Frankfurt am Main: 1994, s. 3.

12 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.

13 **MATTHIES**, Art.4, **GRABITZ/ HILF**, içinde Rn. 4.

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

15 Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Topluluk hukukundeki 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.

16 **ZÄCH**, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, Bern:1977, s. 120.

eş etkili önlemler kavramının yorumlanması hususunda herhangi bir temel ilkeye yer verilmediği gözle çarpılmaktadır.<sup>17</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 bırakıldığı 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 sürekli gelişmiştir.<sup>18</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>19</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>20</sup>

17 **KEBLER**, op. cit. s. 8.

18 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.

19 **ZÄCH**, op. cit. s. 122.

20 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 ara-

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

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

#### 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>21</sup>

Bu görüş için belirleyici olan temel yaklaşım, üye devletlerin yetkilerine mümkün olduğunca Topluluk tarafından daha az müdahale edilmesinin gerektiğidir.<sup>22</sup> Bu gerekçeyle, 28. madde de düzenlenen miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağının amacının, diğer üye devletlerde üretilen ürünlerin ithalatları sırasında karşılaşılabilecek sıkıntılarının aşılacağı hukuki bir düzenin oluşturulması değil, sadece üye devletlerin ulusal korumacı politikalarının, İç Pazar hedefi karşısında engellenmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>23</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 ifa-

sında yer almaktadır.

21 **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.

22 **İbid**(**GRAF**), s. 54.

23 **SEIDEL**, log. cit.

de 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, ancak üye devlet mevzuatlarının topluluk düzeyinde uyumlaştırılması yoluyla giderilmesi gerektiği ileri sürmüşlerdir.<sup>24</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>25</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>26</sup>

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

yasaktan kurtulma imkânları bırakılmamıştır.<sup>27</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>28</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>29</sup>

### 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 etkili önlem kavramı içerisinde değerlendirilmesi için daha temel belirleyici olmalıdır.<sup>30</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>31</sup>

24 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 invoerbeperkingen?”, **SEW**, 1967 (nakleden **KEBLER**, op. cit. s. 13), s.643.

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

26 **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.

27 **RÖHLING**, Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt, Köln Berlin Bonn Münih:1972, s. 48.

28 **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; **KOPPENSTEINER**, “Vertikale Preisbindung durch Gesetz als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung”, **RIW** 1977, s. 589.

29 **STEINDORFF**, “Unvollkommener Binnenmarkt”, **ZHR** 1994, s. 166.

30 **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.

31 **EHLE**, “Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen und ihre Abschaffung im

“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>32</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 amaçlarını ve diğer hükümlerini ihlal etmeleri imkânı tanınmamıştır.<sup>33</sup> Bu konuya örnek olarak, Divan’ın, *Kommission v. Frank-reich 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>34</sup>

28. madde kapsamında “eş etkili önlemler” kavramının geniş yorumlanması konusunda öğretilerde geniş bir mutabakat bulunmasına rağmen, bu kavramın sınırsız biçimde anlaşılması gerektiği eleştirisi de hemen arkasından gelmektedir.<sup>35</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>36</sup>

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>37</sup>

### 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>38</sup>

“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 kapsamlı olarak yorumlanması halinde üye devletlerin yetkilerinin aşırı derecede kısıtlanması sonucunun doğma tehlikesi öğretide, “eş etkili önlemler” kavra-

Gemeinsamen Markt”, *AWD* 1967, s. 455.

32 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;

33 AT Ant. md. 98 uyarınca, “Üye devletler kendi ekonomi politikalarını, Topluluğun 2. maddede belirlenen hedeflerini gerçekleştirmeye katkı da bulunmak amacıyla, bir ortak yarar sorunu olarak yürütürler.”

34 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.

35 **ULMER**, *ibid.* s. 509.

36 **STEİNER**, “Drawing the line of abuses of Art. EEC”, *CMLRev.* 1992, s. 767.

37 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.

38 *İbid.* **ULMER**, s. 512.

mının kapsamını belirlemek üzere yeni karma yaklaşımların oluşturulmasına neden olmuştur.

### 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>39</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 gelinen aşamalarında göz önünde bulundurulması, Divan’ın da eş etkili önlemler kavramının yorumlanmasına ilişkin verdiği kararlarındaki dinamik gelişmeyi açıklamak için uygun bir gerekçe oluşturmaktadır.<sup>40</sup> 28. maddenin kapsamı belirlenirken, ulusal düzenlemelerin spesifik kısıtlayıcı etkisinin belirlenmesinin arkasında yatan neden, Topluluğun iç Pazar hedeflerinin dikkate alınması zorunluluğudur.<sup>41</sup>

Ancak, ithal ürünlere uygulanan farklı muamele, belirli bir ulusal düzenlemeden değil de, üye devletlerin ulusal mevzuatlarının farklılıklardan kaynaklanması halinde, spesifik kısıtlayıcı etkiye sahip eş etkili bir önlemden söz etmemiz mümkün olmayacaktır.<sup>42</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 getirirse bile, spesifik olarak kısıtlayıcı bir etkiye sahip olmadıkları gerekçeyle 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>43</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 amaçla ulaşmak için yaptığı ulusal düzenlemenin varlığı halinde, bu düzenleme istisna hükmünden yararlanarak, Topluluk hukukuna uygun kabul edilecektir. Ancak, açıkça, diğer üye 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>44</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>45</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>46</sup> Bu şekilde, yalnızca, korumacı saiklerle çıkarılan tüm ulusal önlemler eş etkili önlem kavramı içinde değerlendirilebilecektir.<sup>47</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 ya-

39 Bkz. C- 60 & 61/84 *Cinetheque* [1985], Slg. 2611.

40 ROTH, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt*, Münih: 1977, s. 339.

41 STEINDORFF, “Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt”, *ZHR* 1986, s. 697-698.

42 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.

43 İbid.

44 İbid. s. 322.

45 ULMER, op. cit. s. 507; KOPPENSTEİNER, op. cit. s. 590;

46 STEINDORFF, log. cit.

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



sağı arasında paralellik kurmak 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>48</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>49</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>50</sup>

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>51</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>52</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>53</sup> Bu açıklamayla, işlevsel denklik yaklaşımın orantılılık ilkesine uygunluk kontrolünden farklı olmadığı sonucu da ortaya çıkmaktadır.<sup>54</sup>

### Ulusal Kısıtlamanın Etkisinin Hissedilebilirliği Kriteri

Öğretide eş etkili önlemler yasağını düzenleyen 28. maddenin yorumlanması ve uygulama alanının belirlenmesi amacıyla önerilen yaklaşımlarda bir diğerini 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>55</sup> çerçevesinde değerlendirilmesi düşüncesi önerilmiştir.<sup>56</sup>

Bu çerçevede, getirilen hissedilebilirlik kriterinin

48 Graf'a göre 28. madde de sadece biçimsel bir kısıtlama yasağı getirilmiştir. Bkz. GRAF, op. cit. s. 105.

49 VERLOREN VAN THEMAAT, op. cit. s.635 (nakleden KEBLER, op. cit. s. 20).

50 ULMER, op. cit. s. 507.

51 STEINDORFF, log. cit.

52 ULMER, op. cit. s. 507.

53 İbid. s. 512.

54 FREIER, op. cit. s. 60.

55 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.

56 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.

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.

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>57</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>58</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>59</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>60</sup>

### 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>61</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>62</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>63</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>64</sup>

### 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>65</sup> Aksi takdirde, sınırlı yetki ilkesinin ihlaline yol açabilecek ve üye devletlerin egemenlik yetkililerinin kullanılmasını Topluluğa devretmediği alanlarda da malların serbest dolaşımı ilkesi uyarınca

57 İbid, CHALMERS.

58 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.

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

60 GAUSEPOHL, *Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?*, 2000, s. 149.

61 DUPACH, “Der freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof”, **SZW** 1994, s. 219.

62 DÖRR, op. cit., s. 682.

63 ULMER, op.cit., s. 512-513.

64 BECKER, “Von ‘Dassonville’ über ‘Cassis’ zu ‘Keck’- Der Begriff der Massnahmen Gleicher Wirkung in Artikel 30 EGV”, **EuR**, 1994, s. 171.

65 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.

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>66</sup>

### Kurucu Antlaşma Amaçlarına Uygun Yorum Kriteri

Öğreti de eş etkili önlemler kavramının yorumlanması ve 28. maddenin uygulama alanının belirlenmesine yönelik geliştirilen kriterlerin geniş tartışmalar yapıp, yetersiz kalmasının sonucunda eş etkili önlem kavramının Kurucu Antlaşmanın amaçlarına uygun şekilde tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>67</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 kullanılabilirler 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 artıracaklardır. Böyle bir ortamda tüketicilerde çeşit, kalite ve fiyat yönünden daha uygun ürünler arasında tercihte bulunma imkânına kavuşacaklardır.<sup>68</sup> Ortak

Pazarla amaçlanan faydaların sağlanabilmesi, üye devlet ulusal pazarlarını birbirinden ayıran engellerin kaldırılması ve serbest rekabet ortamının bozulmamasıyla mümkündür.<sup>69</sup>

### Sonuç Yerine: 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>70</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. Bu doğrultu da, öyle bir yorumlanmalıdır ki, her satıcı iç pazarın her tarafında ticari faaliyetlerini engellenmeden yapabileme imkânına sahip olurken, 28. madde de bunun teminini sağlayan kısıtlama yasağı hükmü şeklinde anlaşılmalıdır.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

**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.

ety 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.

66 **KEBLER**, op. cit., s. 26.

67 **GRABITZ**, “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.

68 **RODRÍGUEZ-POSE**, The European Union: Economy, Soci-

69 **KEBLER**, op. cit., s. 29.

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

**ARSLAN, Yılmaz:** Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara: Türkiye İş Bankası Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1992.

**BAYKAL, Sanem:** Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Menfaatler Arasında Denge Arayışı, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, (Kış 2006), Cilt:5, Sayı:2, s. 103- 129.

**BAYKAL, Sanem:** AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, ATAUM Araştırma Dizisi No:14, Ankara: 2002.

**BECKER, Ulrich:** Von "Dassonville" über "Cassis" zu "Keck"- Der Begriff der Massnahmen Gleicher Wirkung in Artikel 30 EGV, EuR 1994, s.162- 174.

**BEHRENS, Peter:** Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht; EuR 1992, s. 147- 162.

**CAN, Hacı:** Versteckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, (Bahar 2003), Cilt:2, Sayı:4, s. 47- 72.

**CHALMERS, Damian:** Free Movement of Goods within the European Community: An Unhealthy Addiction to Scotch Whisky?, ICLQ 42 (1993), s. 269-294.

**DUBACH, Alexander:** Der freie Warenverkehr in der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, SZW/RSDA 1994, s. 219- 225.

**EHLE, Meier:** "Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen und ihre Abschaffung im Gemeinsamen Markt", AWD 1967, s. 455.

**EHLERMANN, Claus Dieter:** Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs, EuR 1973, s. 1- 17.

**EVERLING, Ulrich:** "Rechtsanwendungs- und Auslegungssätze des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften", KRUSE (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, Köln:1988, içinde s. 59.

**FREIER,** Der Einfluß von Art. 30 und 36 EWG-Vertrag auf die Geltendmachung von Abwehrrechten aus gewerblichen Schutzrechten, Mainz:1987.

**GAUSEPOHL,** Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 2000.

**GORMLEY, Laurence W.:**Anmerkung zu RS. C-145/88 *Torfaen Borough Council v. B&Q*, CMLRev. 1990, s. 141 vd

**GRAF,;** Der Begriff "Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkungen" im dem EWG-Vertrag, Köln Berlin Bonn Münih:1972.

**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.

**HAMMER, Kristina:** Handbuch zum freien Warenverkehr. Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor und nach dem Urteil "Keck und Mithouard", Wien: 1998.

**HEINEMENN, Andreas:** EuGH: Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis sowie Werbeverbot für Apotheker- kein Verstoß gegen Art. 30 EGV- Urteile "Keck" und "Hünernmund", WiB 1994, s. 202- 203.

**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.

**KEBLER, Jutta:** Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht- Zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten, Berlin: 1997.

**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 Wa-

renverkehr in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, ZEuP 1994, s. 624- 647.

**MEIER, Gert:** “Umsatzausgleichsteuer und das Verbot der Beibehaltung und Errichtung von Hemmnissen im EWG-Warenverkehr”, AWD 1967, s. 220- 221.

**ÖZ, Gamze:** Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim 2000.

**ÖZCAN, Mehmet:** Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara: Nobel Yayınları, 1999.

**RODRÍGUEZ-POSE, Andrés:** The European Union: Economy, Society and Polity, Oxford University Press, 2004.

**ROTH,:** Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt, Münih: 1977.

**RÖHLING, Eike:** Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt, Köln Berlin Bonn München:1972.

**RÜFFLER,** “Irreführende Werbung und Europarecht”, WBI. 1996, s. 133.

**SACK, Rolf:** Staatliche Regelungen sogenannter “Verkaufsmodalitäten” und Art. 30 EG- Vertrag, EWS 1994, s. 37- 47.

**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.

**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.

**STEINDORFF, Ernst:** Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 1986, s. 687- 704.

**STEINDORFF, Ernst:** Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 1994, s. 149- 169.

**STEINER, Josephine:** Drawing the Line: Uses and

Abuses of Article 30 EEC, CMLRev. 29 (1992), s. 749- 774.

**ULMER,** “Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG- Vertrag”, GRUR Int. 1973, s. 503.

**WELLINGHAUSEN,** “Anmerkung( zu Rs. 8/74 Dassonville)”, EuR 1974, s. 324.

**ZÄCH, Roger:** Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, Bern:1977.

**ZULEEG, Manfred:** Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR, 1969, s. 97- 108.