

AVRUPA BİRLİĞİ İÇ PAZARI ÇERÇEVESİNDE ÖNGÖRÜLEN SERBEST DOLAŞIM İLKELERİNİN İHLALİ OLARAK ÖRTÜLÜ AYRIMCILIK

Dr. Hacı CAN*

I. Giriş

Avrupa Topluluğu'nun (AT) kurucu andlaşmasını teşkil eden Roma Andlaşmasında¹, zorunlu haller dışında üye devletler arasındaki ekonomik faaliyetleri zorlaştıran tüm engeller yasaklanmıştır. Topluluğun iç pazarı² çerçevesinde öngörülen dört temel serbesti olan malların, işgücünün, hizmetlerin ve sermayenin/ödemelerin serbest dolaşımı konularında çok büyük mesafeler alınmasına rağmen, üye devletler arasında henüz tam bir birlik sağlanabilmiş değildir. Bilhassa üye devletler tarafından uygulanan fiziki, teknik ve mali nitelikli engeller, sınır aşan ekonomik faaliyetleri devamlı olarak sınırlamalara maruz bırakmaktadır.

İç pazarda serbest dolaşımın korunması sorunu, Avrupa Birliği'nde (AB) uzun zamandan beri yargı ve doktrinde tartışılmaktadır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), geçmişte bu konuya ilişkin olarak çok sayıda karar vermiş olmasına rağmen, Topluluk hukukunun uygulanması ve yorumu hâla ilkesel bazda ve özellikle de örtülü ayrımcılığın tespiti ve nitelendirilmesinde önemli sorunlar çıkarmaktadır. Hangi hallerin ayrımcılık teşkil ettiğini belirlemek uygulamada kolay olmamaktadır.

*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

1) Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Kuruluşu Hakkındaki Roma Andlaşması (BGBl 1957 II, 766), 23 Mart 1957 tarihinde imzalanmış olup, 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Özellikle, dolaylı şekilde de olsa pazar katılımcıları arasında farklı etkiler yaratan kural ve tedbirlerin iç pazar çerçevesinde öngörülen serbest dolaşım açısından bir ayrımcılık olarak mı, yoksa sadece basit bir sınırlama olarak görülüp görülemeyeceği konusunda tartışmalar yoğunlaşmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, iç pazar çerçevesinde öngörülen serbest dolaşım ilkelerinin üye devletlerin ayrımcılık yaratan kural ve uygulamaları nedeniyle ihlal edilmesi araştırma konusu yapılmaktadır. Bu çerçevede örtülü ayrımcılık halleri ve bunların hukuki sonuçları ayrıntılı bir şekilde incelenmesi amaçlanmaktadır.

II. Serbest Dolaşım İlkelerinin Sınırlanmasının Temel Şekli Olarak "Ayrımcılık"³

A. Kavram

"Ayrımcılık" kavramı genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: Bir şeyin (kişi, nesne veya ola-yın) bazı özelliklerinin bulunması veya yokluğu nedeniyle aleyhe olarak farklı bir işleme tâbi tutulmasıdır⁴.

Buna karşın "sınırlama"⁵ kavramında, bir şeyi tamamen veya kısmen etkileyen bir engelden bahsedilmekte-

2) Roma Andlaşması, ilk metninde üye devletler arasında ortak bir pazarın kurulmasını öngörmekteydi. Ortak pazar hedefi 1985 yılında kabul edilen ve 1987 yılının Temmuz ayında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi (Bulletin der EG Beilage Nr. 2/86) ile yapılan sözleşme değişikliğiyle iç pazarın kurulması olarak değiştirilmiştir. Ortak pazar ve iç pazar kavramlarının içerik olarak aynı manaya gelip gelmediği öğretilerde tartışmalıdır. Bunun için bkz. Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 1999, s. 141 vd.

3) Bu anlamda Jarass, EuR 2000, s. 709.

4) Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, s. 3.

5) ATAD, Gebhard kararında, sınırlama kavramını Roma Andlaşmasıyla garanti edilen serbestilerin engellenmesi veya daha az çekici yapılması şeklinde tanımlamıştır. Bunun için bkz. ATAD, Gebhard kararı, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; ATAD, (örtülü) ayrımcılığı ise sınırlamanın bir alt dalı olarak nitelendirmektedir. Bunun için bkz. van Binsbergen kararı, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299.

dir⁶. Sınırlamalar gerçi doğası gereği ayrımcılık içeren unsurları da kapsamaktadır, ama ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecek bazı engeller de sınırlama sonucunu doğurabilmektedir.

İç pazar serbestilerinin sınırlanmasının temel formunu⁷ teşkil eden ayrımcılık halleri, kendiliğinden iç pazar çerçevesinde söz konusu olan serbest dolaşımı engellemektedir⁸. Dolayısıyla, bunların diğer sınırlama şekillerinden ve özellikle de aleyhe olarak nitelendirilemeyecek basit farklı muamelelerden ayrılması gerekir⁹. İç pazar serbestileri açısından ayrımcılığı, sınıraşan pazar katılımcılar aleyhine benzer durumlarda farklı muamele olarak tanımlanabilir¹⁰. ATAD içtihatlarına göre, herhangi bir objektif haklı nedene dayanmaksızın, benzer durumların hukuken farklı veya farklı durumların hukuken eşit tutulması hallerinde ayrımcılık söz konusudur¹¹. Pazar katılımcıların eşitliğine aykırılığın olup olmadığı, yurtiçi ve sınıraşan pazar katılımcıları arasında bir karşılaştırma ile bulunabilir¹². Bir kuralın Topluluk hukukuna aykırılığı sadece farklı muamelenin zorlaştırıcı bir talebinin boyutu ile ilgili değildir, aynı zamanda kuralın uygulanmasındaki eşitsizliğindedir¹³. Yani, ayrımcılık halleri sadece yasalar tarafından değil, aynı zamanda idari uygulamaların sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir¹⁴.

B. Roma Andlaşmasında Öngörülen Ayrımcılık Yasakları

Ayrımcılık yasağı Topluluk hukukunda açık bir şekilde

-
- 6) Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten 1999, s. 39.
 7) Jarass, EuR 1995, s. 211; Ayrımcılık sınırlamanın en aktif şekli, Arndt, Europarecht, 2001, s. 123.
 8) Geiger, EUV Kommentar, Art. 28 EGV, Rn. 12.
 9) Ayrımcılık hukuka uygunluk nedenleri açısından önem taşımaktadır. Bunun için bkz. s. 17 vd.
 10) Dietrich, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, 1995, s. 386.
 11) ATAD, Schumacker kararı, Rs. C-27/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 3; krş. Kälın/Caroni, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug, 1998, s. 16.
 12) Kingreen, age, s. 39.
 13) Kingreen, age.
 14) Nicolaysen, Europrecht II, 1996, s. 47.

düzenlenmiştir¹⁵. Nitekim Roma Andlaşması (RA), iç pazar katılımcıları arasında katı bir eşitliğin sağlamak amacıyla kendi uygulanma alanında¹⁶ her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak m. 12 I RA'da düzenlenen genel bir hükmün yanı sıra çok sayıda özel hükümler öngörülmüştür¹⁷. Öngörülen bu ayrımcılık yasakları, genel eşitlik ilkesinin uygulanma biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadırlar¹⁸.

M. 12 I RA'da ayrımcılık yasağının muhattapları her ne kadar açık bir şekilde belirtilmemiş olsa da, yasak doğası gereği direkt olarak üye devletlere ve Topluluk organlarına yönelmektedir¹⁹. Aynı şekilde, Topluluk organları da kendi davranışlarında bu yasağa dikkat etmek zorundadırlar. ATAD içtihatlarına göre, ayrımcılık yasağı bunun ötesinde, diğer kişiler karşısında otonom kurallar koyabilen özel hukuk kişileri (iş ve hizmetler alanında toplu kurallar koyan sendikalar, mesleki spora ilişkin kurallar koyan Federasyonlar vb.) için de sonuçlar doğurmaktadır²⁰. Bireylerin bu alandaki hakları diğer kişilerin davranışlarıyla da zarar görebilir. Öğretideki hakim görüşe göre²¹, ayrımcılık yasağının "yatay etkisi", Roma Andlaşmasının uygu-

15) Jarass, EuR 2000, s. 709.

16) Roma Andlaşmasında düzenlenmeyen alanlarda söz konusu olan farklı muameleler Topluluk hukuku açısından önemsiz kalmaktadır.

17) Bunlar arasında bkz. örneğin ayrımcılıkla mücadele (m. 13), devlet tekelleri (m. 31), tarım politikası (m. 34 II), taşımacılık (m. 72 ve 75), işçilerin serbest dolaşımı (m. 39 II), yerleşme serbestisi (m. 43 I), hizmetlerin serbest dolaşımı (m. 50), rekabet hukuku (m. 80-81), dolaylı vergiler (m. 90) ve kadın ve erkek işçilere eşit ücret (m. 141).

18) ATAD, Hochstraß kararı, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3019.

19) Krs. Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 12 EGV Rn. 21 vd.

20) ATAD, Walrave kararı, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405; Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I-4912; Geiger, EUV/EGV Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 4.

21) Geiger, EUV/EGV Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 5; von Bogdandy in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 6 Rn. 29.

lanma alanında özel hukuk kişilerinin tümüne karşı kural olarak sınırsız bir şekilde göstermektedir²².

M. 12 I RA uyarınca, işbu Andlaşmanın kapsamına giren bütün konularda, andlaşmada öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla "vatandaşlık" esasına dayalı her türlü ayrımcı uygulamalar yasaktır. Bu hüküm andlaşmanın özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçerli olduğu için²³, burada düzenlenen genel ayrımcılık yasağı da sadece andlaşmanın başka ayrımcılık yasakları öngörülmemeyen alanlarında (örneğin meslek öğrenimi hakkı vb.)²⁴ önem arzeder.

Genel ayrımcılık yasağı, Roma Andlaşmasının serbest dolaşımı düzenleyen hükümlerinde konu alanına göre somutlaştırılmıştır. Serbest dolaşım ilkeleri, merkez noktalarında ayrımcılık yasakları ihtiva etmektedirler ve bununla da genel ayrımcılık yasağının uygulanma alanını daraltmaktadırlar²⁵. Buradan şu sonuç çıkmaktadır; eğer bir üye devletin kuralları veya uygulamaları Roma Andlaşmasının serbest dolaşımı düzenleyen maddelerinin içerdiği özel ayrımcılık yasaklarına aykırı değilse, m. 12 I RA'da öngörülen genel ayrımcılık yasağı da kural olarak ihlal edilmiş olmamaktadır. ATAD²⁶, somut olayda söz konusu olan bir ihlalin serbestilere dokunmuş olsa da, ancak bunların somut unsurları açısından ilgili olmaması halinde, m. 12 I RA'da düzenlenen genel ayrımcılık yasağının burada uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir. Herşeyden önce kendi amacı içinde belirli bir serbestiye karşı yönelmeyen; bilakis genel ve belirsiz şekilde serbestilerin kullanılmasını engelleyebilecek nitelik-

22) Ayrımcılık yasağının yatay etkisi için bkz. ATAD, Walrave ve Koch kararı, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16 (19); Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I-4912, Rn. 83 vd.

23) ATAD, Komisyon/Yunanistan kararı, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461, Rn. 12-13.

24) ATAD, Gravier kararı, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593; Geiger, EUV/EGV Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 2.

25) ATAD, Cowan/Trésor public kararı, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195, Rn. 14.

26) ATAD, Phil Collins/Intrat u.a. kararı, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145, Rn. 27.

te olan ulusal hükümler, bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Ayrıca, genel ayrımcılık yasağında sözkonusu olan ilkeler özel ayrımcılık yasakların yorumunda göz önüne alınmaktadır²⁷.

C. Serbest Dolaşım İlkelerinin Yapısı

Giriş kısmında kısa bir şekilde değinildiği gibi, iç pazar esas itibariyle malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı üzerine kurulmuştur. Serbest dolaşım ilkelerinin temel fonksiyonu iç pazardaki hukuka aykırı kısıtlama ve sınırlamaları engellemektir²⁸. Bunları düzenleyen hükümler, sınır aşan unsurları içeren ekonomik faaliyetleri garanti etmektedir²⁹ ve bu çerçevede üye devletleri kendi iç hukuk düzenlerinde var olan, ortak pazarın düzenli bir şekilde işlemesini zedeleyen, ekonomik nitelikli tüm engelleri kaldırmalarını ve hiçbir yeni sınırlama koymamaları konusunda yükümlülük altına sokmaktadırlar.

Bu hükümler, milli mahkemeler ve idare organlarında ileri sürülebilen, yani doğrudan etkiye sahip sübjektif hakları düzenlemektedirler³⁰. Bu nedenle, bireyler milli hukuk düzenine ait bir hukuk kuralının serbest dolaşıma aykırı olması halinde uygulanmamasını talep edebilirler³¹. Topluluk hukukundan doğan sübjektif haklar, kamusal nitelikli olmayan özel hukuk ilişkilerinde de ileri sürülebilir³². Bu durumlarda, üye devletlerin bazı koruma yükümlülükleri vardır. Üye devletler, her şeyden önce iç pazar serbestilerine karşı bireylerden kaynaklanan ihlal-

27) Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 6 Rn. 55; Epiney, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 12, Rn. 7 (9).

28) Arndt, Europarecht, 2001, s. 115.

29) Jarass, EuR 1995, s. 204.

30) Ehlers, JURA 2001, s. 27.

31) Arndt, age., s. 112.

32) Bu anlamda bkz. ATAD, Walrave kararı, Slg. 1974, s. 1405, 1419; Bosman kararı, Slg 1995, s. I-4921, 5062 vd.

leri önlemek zorundadır. ATAD, Bauernproteste davasında³³, üye devletlerin m. 10 RA'da düzenlenen "sözleşmeye sadakat"³⁴ borcu çerçevesinde kendi ülkesinde bireylerden gelecek saldırılara karşı da etkin bir koruma sağlamak zorunda olduklarını belirtmiştir. Aksi halde, ortada iç pazar serbest dolaşım ilkelerine karşı pasif bir şekilde saldırı olacağını vurgulamıştır. Ancak, üye devletlerin ülkelerinde bireylerden meydana gelen saldırılara karşı koruma yükümlülükleri sınırsız değildir. Her şeyden önce bireylerin davranışlarının üye devletlere "yüklenebilir olması" gereklidir³⁵. Bireylerin grev hakları kapsamında yapmış oldukları bir direniş karşısında üye devletin hareketsiz kalmış olması durumunda, hiç şüphesiz Topluluk hukukuna aykırılık söz konusu olamaz³⁶.

Malların serbest dolaşımı (m. 23 - 37 RA) ile sermayenin ve ödemelerin serbest dolaşımı, (m. 56 - 60 RA) ilk planda haklı olmayan sınırlamalara karşı detaylı bir koruma sağlamaktadır. Bunlar açısından sınırlama yasağı ön planda durmaktadır. Bu serbestiler, Roma Andlaşmasında çok açık bir biçimde sınırlama yasağı olarak formüle edilmişlerdir. Buna uygun şekilde "sınırlamalar" kelimesi Andlaşmanın 28 ile 30 ve 56 ile 58 maddelerinde çok sık şekilde kullanılmıştır³⁷. M. 30 ve 58 III RA'da malların ve sermayenin serbest dolaşımı konusunda hukuka uygun şekilde yapılan sınırlandırmaların hiçbir zaman üye devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama teşkil edemeyeceği belirtilmiştir. Yukarıda kısaca değinildiği gibi sınırlamalar ayrımcı engelleri de içerebilir-mektedir³⁸. Ayrımcılığa yol açan farklı muameleler, kendiliğinden malların ve sermayenin/ödemelerin serbest dolaşımını engelleyebileceği için³⁹, her

33) ATAD, Bauernproteste kararı, Slg. 1997, s. I-6959.

34) Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi.

35) ATAD, Buy Irish kararı, Slg. 1982, 4005 vd.

36) Krş. 2679/98 nolu Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesi (ABl. 1998, No: L 337, s. 10).

37) Heintzen, age.

38) Ehlers, JURA 2001, s. 269; Fischer, Europarecht, 1997, s. 239, Rn. 26.

39) Nicolaysen, age., s. 45.

ne kadar bunları düzenleyen maddeler diğer serbestileri düzenleyen maddelerden kelimesel olarak daha az ayrımcılık yasağına işaret etmiş olsalar bile, bu serbestilerin de ayrımcılık yasağı şeklinde anlaşılması gerekir⁴⁰.

Buna karşın kişilerin serbest dolaşımını (işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme serbestisi ve hizmetlerin serbest dolaşımı) düzenleyen maddeler, andlaşmanın metninde açık bir şekilde ayrımcılık yasağı olarak formüle edilmiş ve direkt olarak "tâbiyet/uyruklu" kavramına bağlanmıştır. Bunlar her şeyden önce pazar katılımcıları arasında eşitlik hakkını demirlemekte ve bununla da m. 12 RA'da düzenlenen genel ayrımcılık yasağını somutlaştırmaktadır. M. 39 II RA gereğince, işçiler arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda vatandaşlık esasına dayalı her türlü ayrımcılık üye devletler tarafından kaldırılmak zorundadır. M. 43 RA'da düzenlenen yerleşme serbestisi, diğer üye devlet vatandaş ve firmalarına yerleşilen ülke mevzuatının kendi vatandaşları için belirlediği şartlarda serbest çalışma hakkını vermektedir. Hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen m. 50 RA'da hizmet sunan diğer ülke vatandaş ve şirketlerin hizmetin verildiği üye ülkenin kendi tâbiyetindeki kimselere uyguladıkları koşul ve şartlara tabi olacağı belirtilmiştir. Buradaki tartışmalı olan nokta, üye devletlerin yabancı ve yurtiçi pazar katılımcıları aynı şekilde etkileyen kural ve tedbirleri için de bir yasaklama getirip getirilmediği konusudur. Günümüzde ATAD⁴¹ ve doktrindeki hakim gö-

40) Streinz, Europarecht, 2001, s. 269, Rn. 667; Jarass, EuR 2000, s. 709.

41) ATAD ayrımcılık yasağı dışında, Roma Andlaşmasının 39. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin Bosman kararından itibaren, işçilerin tâbiyetinden bağımsız bir sınırlama yasağını da kabul etmektedir. Bkz. ATAD, Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I-4912; Sotgiu kararı, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153; Südmilch kararı, Rs. 15/69, Slg. 1969, 363; yerleşim serbestisi için bkz. Reyners kararı, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631; Thieffry kararı, Rs. 71/1976, Slg. 1977, 765; Gebhard kararı, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165; hizmet serbestisi için bkz. van Binsbergen kararı, Rs. 33/1974, Slg. 1974, 1299; Schiendler kararı, Rs. C-275/92, Slg. 1992, I-1039.

rüş⁴², kişilerin serbest dolaşımının ayrımcılık yasağının ötesinde bir sınırlama yasağını da ihtiva etmekte olduğunu kabul etmektedir⁴³. ATAD görüşüne dayanak için iki gerekçe sunmaktadır. Birinci gerekçe olarak, Andlaşmanın 3. maddesinin 1. fıkrasının c bendindeki düzenlemeyi göstermektedir. Anılan bu hükme göre, üye devletlerin kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin engelleri ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Engeller ayrımcılık yaratan bir karakterde olabileceği gibi, bunun ötesine de geçebilir⁴⁴. İç pazar serbestilerin korunması sınırlama yasağı olmaksızın çok zor gözükmektedir. Bu serbestiler, sadece ayrımcılığa yol açan kural ve tedbirlerle değil, aynı zamanda herkesi aynı şekilde etkileyen kural ve tedbirlerle de engellenebilir. Sınırlanmış serbestiler, Roma Andlaşmasının temelini oluşturan iç pazarın ruhuna aykırıdır. ATAD ikinci gerekçe olarak, m. 12. RA'da düzenlenen genel ayrımcılık yasağını göstermektedir. Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler, bu genel ayrımcılık yasağı bağlamında sadece beyan edici ve somutlaştırıcı ifade teşkil etmektedirler. Serbest dolaşım haklarının bunun ötesinde bir anlamı olması gereklidir. Bu nedenle, herkes için aynı etkilere sahip tedbir ve kuralların da sınırlama yasağı altına alınarak, serbest dolaşım haklarının kullanımının haksız şekilde engellenmelerine karşı koruma getirilmesi sağlanması gereklidir⁴⁵.

Sonuç olarak şunlar söylenebilir: Roma Andlaşmasında içerik olarak farklı şekilde düzenlenmiş olan⁴⁶ serbest dolaşım hakları, getirmiş oldukları güvenceler ve bunların

42) Genel Bilgi için bkz. Kingreen, age., s. 38 vd.; Dagmar Schiek, *Europäisches Arbeitsrecht*, 1997, s. 109 vd.; Streinz, age., s. 270, Rn. 671; Nicolaysen, age., s. 165.

43) Streinz, age., s. 270, Rn. 671; Schweitzer/Hummer, *Europarecht*, 1996, s. 330, Rn. 1075.

44) Bröhmer, in: Schwarze (Hrsg.), *EUV Kommentar*, Art. 43 EGV, Rn. 18.

45) Arndt, age., s. 116.

46) Hök, *Einführung in das Recht der Europäischen Union*, 1998, s. 5.

sınırları açısından paralellik göstermektedirler⁴⁷. Malların, sermayenin ve ödemelerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerin öncelikli olarak sınırlama yasağı şeklinde anlaşılması gerekmekte olup, ancak burada söz konusu olan yasaklar doğası gereği ayrımcılık yasağını da ihtiva etmektedirler. Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler ise daha ziyade ayrımcılık yasağını çağrıştırmaktadırlar⁴⁸. ATAD, bu hükümlerin muhtevasını sınırlama yasaklarını içine alacak şekilde genişletmiştir⁴⁹. Sonuç olarak, iç pazar serbestileri somut olayın özelliklerine göre ya pazar katılımcıların eşitliğini, ya da bunların ilgili üye devlet karşısındaki özgürlüğünü garanti etmektedirler. Bu iki temel fonksiyon aynı anda uygulamaya da gelebilirler⁵⁰.

II. Ayrımcılığın Genel Şartları

A. Sınır Aşan Ekonomik Faaliyet

Ayrımcılık yasakları, sadece Roma Andlaşmasının uygulanma alanlarında hüküm ve sonuç doğururlar⁵¹. Andlaşmanın uygulanma alanı, iç pazar serbest dolaşım

47) Weiß, EuZW 1999, s. 496; König/Haratsch, Europarecht, 2000, s. 178.

48) Behrens, EuR 1992, s.150.

49) Malların serbest dolaşımı için bkz. ATAD, Dassonville kararı, Rs. 8/74, Slg 1974, 837/852, Slg 1979, Rewe kararı, Rs. 120/78, 649, 662 Rn. 8; Hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. van Binsbergen kararı, Rs. 33/74, Slg 1974, 1291/1310 vd.; İşçilerin serbest dolaşımı için bkz. Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg 1995, I-4921.

50) Streinz, age., 2001, s. 271, Rn. 672.

51) ATAD, Roma Andlaşmasının uygulanma alanına ilişkin önemli bir karar vermiştir. Bu kararda, diğer üye devletlerin öğrencilerinin Belçika'da sanat yüksek okulunda daha yüksek öğrenim harcı ödemelerini sonuca bağlanmıştır. ATAD, burada Eğitim işlerinin organizasyonu ve politikasının Roma Andlaşmasında düzenlenen alanlara dahil olmadığını, fakat eğitim ve öğrenim alanındaki derslere katılma ve girişlerin Topluluk hukuku dışında kalamayacağını hükme bağlamıştır. ATAD, gerekçe olarak m. 127 RA'da düzenlenen mesleki eğitim alanındaki Topluluk politikasını göstermiştir. Bkz. Gravier kararı, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593.

ilkelerini de kapsamaktadır. Ancak Roma Andlaşmasının serbest dolaşımı düzenleyen maddeleri, Topluluğun iç pazarında sınırsız bir pazar serbestisini ve özgürlüğünü garanti etmemektedir. Mamafih, sadece kişilerin, malların, sermayenin/ödemelerin sadece pazar girişlerinin sağlanmasını amaçlamakta ve bu çerçevede üye devletlere tüm engelleri kaldırmaları için yükümlülükler yüklemektedirler⁵². Serbest dolaşım ilkeleri, somut olarak sınır aşan faaliyetlere yöneldiği için⁵³, bunun doğal sonucu olarak ayrımcılık yasağı da aynı şekilde sınır aşan faaliyetlerle sınırlanmakta⁵⁴ ve burada öncelikli olarak tâbiiyet ve menşe eşitliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁵⁵.

Topluluğun iç pazarında kural olarak sadece pazar katılımcıların farklı tâbiiyet ve menşeleri ile bağlantılı ayrımcılıklar yasaklanmıştır⁵⁶. Serbest dolaşımı ilgilendiren olaylarda söz konusu olan ayrımcılıklar, her şeyden önce diğer bir üye devlet ile ilgili olması gerekir⁵⁷. Sadece bir üye devleti ilgilendiren olaylar iç pazardaki serbest dolaşımın kapsamı dışında kalmaktadırlar. Fakat burada bir sorun ortaya çıkmaktadır. Zira, Topluluk hukukunun uygulanması bazı durumlarda bir üye devletin diğer ülkelerin pazar katılımcıları karşısında kendi tâbiiyeti veya menşesinde olan pazar katılımcılarının aleyhine sonuçlar da doğurabilmektedir. Böyle bir aleyhe durum, özellikle yurtiçi pazar katılımcıların iç hukuk kuralların gereklerini yerine getirmek zorunda oldukları halde yabancı katılımcıların (aynı şekilde sınıraşan faaliyette bulunan yurtiçi pazar katılımcılar da dahil olmak üzere) Topluluk hukukunun sağlamış olduğu haklar nedeniyle bu tür kayıtlardan muaf tutulmuş olmaları halinde ortaya çıkmakta-

52) Ehlers, JURA 2001, s. 269.

53) Streinz, age., s. 276, Rn. 683.

54) Somut olayda yurtiçi ve sınır aşan faaliyetlerinin birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için bkz. Kingreen, age., s. 140 vd.

55) Ehlers, JURA 2001, s. 269.

56) Hintersteiner, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 1999, s. 24.

57) age.

dır⁵⁸. ATAD, yerleşik içtihatlarında⁵⁹, yurtiçi pazar katılımcıların bu tarzdaki aleyhte durumlarının mezkur üye devletin bir iç sorunu olduğunu, bu yüzden Roma Andlaşmasında öngörülen ayrımcılık yasaklarının bu durumlara uygulanamayacağına karar vermektedir⁶⁰, meğerki, ulusal pazarda veya Topluluk iç pazarında serbest rekabetin bozulmamış olsun⁶¹.

Ayrımcılık yasağı, eğer Roma Andlaşmasının uygulanma kapsamında bir olay söz konusu ise, istisnai olarak üye devletlerin kendi pazar katılımcılarını da kapsamaktadır⁶². Aynı şekilde, üçüncü devletlerden gelen pazar katılımcılar ve vatansızlar da Roma Andlaşmasının uygulanma alanında ayrımcılık yasaklarının koruma kapsamına girmektedirler⁶³.

B. Sınır Aşan Pazar Katılımcıların Aleyhine Farklı Muamele

İç pazar dahilinde söz konusu olan serbest dolaşım ilkeleri sadece eşitsizlik yaratan durumlara karşı koruma getirmektedirler. Ayrımcılık yasaklarının uygulama alanı bulabilmesi için, sınır aşan pazar katılımcıların yurtiçi rakipleri karşısında aleyhe olarak farklı bir işleme tabi

58) ATAD, Reinheitsgebot davasında, Federal Almanya'nın Fransa'da kurallara uygun şekilde üretilmiş likörün kendi iç hukukunda öngörülen koşullara tabi tutmasını, m. 30 RA'da düzenlenen eş etkili tedbirler yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir. Bunun için bkz. Reinheitsgebot kararı, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227; Morson kararı, Rs. 35 ve. 36/82, Slg. 1982, 3723.

59) ATAD, Klopp kararı, Rs. 107/83, Slg. 1984, 2971.

60) Ehlers, JURA 2001, s. 269.

61) ATAD, Pistre kararı, Rs. C-321, 322, 323, 324/94, Slg. 1997, I-2343, Rn. 41 vd.

62) Eğer bir üye devletin vatandaşının diğer üye devlete mal ihraç etmesi ya da diğer üye devlette mesleki beceriler kazanması ve bunu kendi devletinde tanınmasını istemesi hallerinde Topluluk hukukuna ilişkin durumlar mevcuttur. ATAD yargılamasına genel bir bakış için bkz. Geiger, EUV/EGV Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 2.

63) Zuleeg, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. ,6 Rn. 16.

tutulması gereklidir⁶⁴. Ayrımcılığın boyutu önemli değildir. Bireyler güvensizliğe düşürebileceği için çok küçük ihlallerde yasaklanmıştır. Bir konuyu diğer üye devletlerden farklı şekilde düzenlemiş olan bir üye devletin, kendi iç hukuk kuralları pazar katılımcıların tâbiyet ve menşelerini dikkate almaksızın genel bir etki yaratıyorsa ayrımcılıktan bahsedilemez⁶⁵. Ancak burada üye devletlerin takdir alanı son derece sınırlandırılmıştır. Çünkü üye devletler malların serbest dolaşımında “menşe devlet” ilkesini dikkate almak zorundadırlar. Mezkur devletin kendi kuralları geri planda kalmakta ve diğer bir üye devletin kurallarına uygun şekilde üretilmiş ürünler sanki kendi hukuk düzeninde öngörülen koşullar yerine getirilmiş gibi bir işleme tabi tutulmaktadır⁶⁶. Bu durumlara tipik örnek olarak, menşe devletteki usulüne uygun şekilde yapılan incelemeler, ölçümler ve kontroller sayılabilir. ATAD, diğer bir taraftan “menşe devlet” ilkesinin sınırını çizmektedir. Keck davasında⁶⁷, “menşe devlet” ilkesinin ürünün sürümüne (dükkan ve iş yerlerin açılış ve kapanış saatleri, sigara ve alkollü içecekler için öngörülen reklam yasakları vb.) ilişkin milli düzenlemeler için geçerli olmadığını belirtmiştir. Bu içtihada göre, eğer ürünün sürümüne ve satışına ilişkin iç hukuk kuralları pazar katılımcıları arasında herhangi bir ayrımcılığa sebebiyet vermiyorsa, serbest dolaşımı düzenleyen Topluluk huku-ku kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir.

III. Örtülü Ayrımcılık

1. Kavramsal Açıklamalar

ATAD, ayrımcılık kavramını çok geniş yorumlamaktadır. İçtihatlarına göre, serbest dolaşımı düzenleyen hükümler ayrımcılığın bütün şekillerini yasaklamaktadır⁶⁸.

64) Zuleeg, age., Rn. 19.

65) Fastenrath/Müller-Gerbes, Europarecht, 2000, s. 66, Rn. 109; Rossi, EuR 2000, s.210.

66) ATAD, Reinheitsgebot kararı, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227.

67) ATAD, Keck kararı, Rs. C-267 ve 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131.

68) ATAD, Commerzbank kararı, Rs. C-330/91, Slg. 1993, I-4017;

Öncelikli olarak, açık şekilde belli olan farklı muameleler ayrımcılık yasağı kapsamındadır. Yani, bir ulusal düzenlemenin açıkça ilkesel olarak yasaklanan bir ayırma kriterini kullanarak pazar katılımcıları arasında gruplandırma ve buna bağlı olarak bu gruplar arasında farklı muamele öngörmesi halinde açık ve dolaysız bir ayrımcılık söz konusu olmaktadır. ATAD bunun yanında, aynı sonuçları doğuran örtülü, dolaylı olarak adlandırılan ayrımcılıkları da yasak kavramına sokmaktadır⁶⁹. Sotgiu kararında⁷⁰, örtülü şekildeki ayrımcılıkların da bu yasak kapsamında mütalaa edilmesinin Topluluk hukukunun temel prensiplerin geçerliliğinin korunması için (effet utile) gerekli olduğunu ifade etmiştir⁷¹. Aksi takdirde, ayrımcılık yasağının çok kolay bir şekilde ihlal edilme tehlikesi bulunmaktadır⁷².

Ayrımcılığın iki şekli yargı ve öğretide değişik ifade edilmişlerdir⁷³. Bu bağlamda şu kavramlar söz konusudur: Açık ve gizli ayrımcılıklar, direkt ve dolaylı ayrımcılıklar, şekli ve maddi ayrımcılıklar (vb.)⁷⁴. Terminolojideki farklı nitelendirmeler, işin mahiyetinde bir değişiklik olduğu anlamına gelmemelidir⁷⁵. Bütün terminoloji eş anlamlıdır⁷⁶.

ayrıca krş. İthalattaki Eş Etkili Tedbirlerin Kaldırılması Hakkındaki Komisyon Direktifi, No: 70/50/EWG, Tarih: 22 Aralık 1969 (ABl. 1970 Nr. L 13, 29).

- 69) İşçilerin serbest dolaşımı için bkz. ATAD, Sotgiu kararı, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 5; Allué kararı, Rs. 33/88, Slg. 1989, 1591, Rn. 11; yerleşim serbestisi için bkz. Thieffry kararı, Rs. 71/76, Slg. 1977, 765; hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. Seco kararı, Rs. 62/81, Slg. 1982, 222; Mund & Fester kararı, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-497.
- 70) ATAD, Sotgiu kararı, R. 152/73, Slg. 1974, 153.
- 71) Epiney, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 15.
- 72) Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, 1999, s. 226.
- 73) Dietrich, age., s. 389; Hintersteiner, age., s. 26.
- 74) Zuleeg, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 6 EGV, Rn. 4.
- 75) Kingreen, age., s. 39; von Bogdany, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 6 EGV, Rn. 12 vd.
- 76) Schöne, RIW 1989, s. 450.

Açık ve örtülü ayrımcılıklar arasındaki sınırlama önem arz etmektedir. Çünkü her ikisinin hukuka uygunluk nedenleri konusu öğretilerde son derece tartışmalıdır⁷⁷.

2. Örtülü Ayrımcılığın Tipik Özellikleri

Açık ayrımcılığın tespiti büyük bir sorun yaratmaktadır. Çünkü bu şekildeki ayrımcılığın temelinde çok belirgin olarak pazar katılımcıların tâbiyet veya menşesi yatmaktadır⁷⁸. Açık ayrımcılık durumlarında farklı muamele sınır aşan kişi, mal, sermaye ve hizmetler aleyhine gerçekleşmektedir⁷⁹. Açık ayrımcılıklar uygulamada az görülmektedir⁸⁰.

Açık ayrımcılığın aksine örtülü ayrımcılık uygulamada çok zor tespit edilmektedir. Çünkü örtülü ayrımcılık halleri başka farklılaştırıcı kriterler temelinde ortaya çıkmaktadırlar. Bu durumlarda, tâbiyet veya menşe ile bağlantılı olan bir ayrımcılık sonuçta (fiilen) doğmaktadır. Bu anlamda, güvenlik firmalarının müdür ve genel müdürlerin yurtiçinde oturmak zorunda olduğunu öngören bir iç hukuk kuralı örtülü ayrımcılık teşkil etmektedir⁸¹. ATAD içtihatlarına göre, örtülü ayrımcılığın tipik özelliği, farklı muamele yaratan kuralların görünürde yansız ve herkes için aynı şekilde geçerlidir⁸²; fakat sonuçta açık ayrımcılık hallerinde söz konusu olan bir fiili durumun doğmuş olmasıdır⁸³. Çünkü yansız talepler, yurtiçi pazar katılımcı-

77) Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 43 Rn 74, Art. 49/50 Rn 74.

78) ATAD, Schumacker kararı, Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 30; Herdegen, Europarecht, 2001, s. 74, Rn. 97.; Schlag, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 43 EGV, Rn. 34.

79) Zacker/Wernicke, age., s. 129; Houbek, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 12 Rn 41; Wunderlich, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 39, Rn 35; Geiger, age., Art. 39 Rn 12; Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) age., Art. 39, Rn 45.

80) Kingreen, age., 1999, s. 38.

81) ATAD, Factortame II kararı, Rs. C-2721/89, Slg. 1991, I-3905, Rn. 32.

82) Hintersteiner, age., s. 35; Lackhoff, age., s. 227.

83) ATAD, Boussac kararı, Rs. 22/80, Slg. 1980 3427; Mund & Fester/Hatrex kararı, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467; Sotgiu kararı,

ları tarafından genelde kolay bir şekilde yerine getirilirken, sınır aşan pazar katılımcıları açısından esaslı bir engel olarak karşılıklarına çıkmaktadırlar⁸⁴. Gerçi bu şekildeki talepler genel karakterdedir, ama pratik olarak (fiilen) sınır aşan pazar katılımcıların zararına sonuçlar doğurmaktadır⁸⁵. Sınır aşan pazar katılımcıları istenilen özelliği ya hiç ya da çok zor yerine getirebilmektedirler. Tek taraflı yükümlülük yaratan fiili etki burada "diğer yollardan"⁸⁶ çıkarılmaktadır. Bu manada örnek olarak, bir üye devlet tarafından söz konusu olan haktan yararlanmayı oturum hakkının belli bir şekline bağlı tutulması halinde, örtülü bir ayrımcılıktan bahsedebilir. Çünkü yurttaşlar her halde kendi ülkelerinde oturumları vardır⁸⁷. Bu durumlarda ayrımcılığın olup olmadığı şekli açıdan değil, maddi açılardan değerlendirilmesi gerekir⁸⁸. Örtülü ayrımcılık bir hükmün açık metninden ya da bir uygulamadan tespit edilememektedir. Bilakis bir olayda örtülü ayrımcılığın olup olmadığı, alınan tedbirlerin veya getirilen düzenlemelerin maddi etkilerinin analizinden ortaya çıkarılabilmektedir⁸⁹. Örnek olarak bir hukuk kuralı, hem yurtiçi pazar katılımcılar hem de sınır aşan pazar katılımcıları için geçerli olabilir, ancak onları farklı şekilde etkileyebilir⁹⁰. Bir iç hukuk kuralının sadece bir üye devletin ya da diğer üye devletlerin pazar katılımcıların aleyhine kurallar içermesi ve hatta bazı üye devletlerin pazar katılımcılarına yararlar sağlanmış olması önemli değildir⁹¹. Söz konusu olan muamele farklılığının ve bu farklı-

Rs. 152/73, Slg. 1974, 164; Komisyon/Lüksemburg kararı, Rs. C-111/91, Slg. 1993, I-840; Pastoors kararı, Rs. C-29/95, Slg. 1997, I-285); Graf kararı, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-0001, Rn. 14.

84) Hintersteiner, age., s. 35; Bröhmer, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 43 EGV, Rn. 19.

85) Kingreen, age., s. 38.

86) Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, 1996, s. 128, Rn. 316.

87) ATAD, Sürül kararı, Rs. C-262/96, Rn. 103 ve 105; Fastenrath/Müller-Gerbes, Europarecht, 2000, s. 66 Rn. 108.

88) Kingreen, age., s. 39.

89) Kingreen, age.; Dietrich, age., s. 393; Rossi, EuR 2000, s. 211.

90) ATAD, O'Flynn kararı, Rs. C-237/94, Slg. 1996, 2617.

91) ATAD, Roviello kararı, Rs. 20/85, Slg. 1988, 2805, 2852, Rn. 16.

lığın hangi kritere göre yapıldığının tespiti bir mukayese yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Örtülü ayrımcılık, her halukârda açık ayrımcılıkla aynı sonucu doğurmak zorunda değildir. Bilakis burada benzer bir sonucun doğması yeterlidir⁹². Benzeri etkilerin ne zaman var olduğunu tespit etmek için kesin bir kural söz konusu değildir. Sadece her somut olayın özellikleri içerisinde araştırılması gerekmektedir⁹³. Sınır aşan pazar katılımcıların aleyhine koşullar doğurmak amacıyla getirilen milli düzenlemeler, herhangi bir zararın doğup doğmadığına bakılmaksızın örtülü ayrımcılık teşkil etmektedirler⁹⁴. Eğer ortada bir zarar söz konusu ise, o zaman üye devletin zarar verme kastı örtülü ayrımcılık için şart değildir⁹⁵.

ATAD içtihatlarına göre, örtülü ayrımcılık için "nicel" bir unsur gereklidir⁹⁶. Sınır aşan kişi, mal, hizmet ve sermayenin mili düzenlemenin gereklerini genelde, "sık sık olarak", "tipik olarak" ya hiç yerine getirememeleri ya da çok zor yerine getirebilmeleridir⁹⁷. ATAD, kural olarak her kriteri esas itabariyle, "ilk sırada", "tipik olarak", "genel olarak" sınır aşan pazar katılımcıların zarara uğratma tehlikesini sürdürdüğü müddetçe örtülü ayrımcılığın doğması için yeterli görmektedir⁹⁸.

3. Örtülü Ayrımcılık Halleri

Malların serbest dolaşım serbestisi açısından, etiket ve paketleme koşulları, örtülü ayrımcılığın tipik durumlarını teşkil etmektedirler⁹⁹. Çünkü Firma kendi ürünlerini ih-

92) Krş. m. 3 Abs. 1 VO 1612/68; Lackhoff, age., s. 227 ff.; Dietrich, age., s. 395; Epiney, age., s. 101 vd.

93) Epiney, age.

94) Dietrich, age., s. 397.

95) Gundel, Jura 2001, s. 79; Kingreen, age., s. 39.

96) Lackhoff, age., s. 230.

97) Hintersteiner, age., s. 37.

98) Hintersteiner, age.

99) ATAD, Reinheitsgebot kararı, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227; Drei Glocken kararı, Rs. 407/85, Slg. 1988, 4233; bkz. Arndt, age., 2001, s. 115.

raç edebilmesi için farklı şekilde etiket ve paketleme yapmak zorunda kalması nedeniyle ürün maliyeti yükselecektir ve bunun sonucu olarak da bir taraftan firmanın rekabet gücü zayıflayacaktır ve öbür taraftan da arzu edilen sınır aşan ekonomik faaliyetler zorlaşacaktır.

İşçilerin serbest dolaşımı açısından, herşeyden önce yerleşme/oturma ve dil şartları¹⁰⁰ örtülü ayrımcılığa sebep olmaktadır. Çünkü bölge yabancısı genellikle yabancılardır¹⁰¹. Aşağıda belirtilen durumlar örtülü ayrımcılıkların tipik örnekleridir¹⁰².

- Aile üyelerin tâbiyeti,
- işçinin veya aile üyelerinin oturma ve çalışma yerleri,
- yurtiçinde belirli süre oturma,
- öğrenim görülen eğitim kurumunun merkezi,
- işin çeşidine veya mesleki tecrübelerin edinilmiş olduğu ülke,
- işçinin kendi ülkesinde sosyal güvenlik primleri ödemiş olmasına rağmen, çalışmış olduğu ülkede sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakılması vb.

Yerleşme serbestisinde örtülü ayrımcılık genelde firmanın merkezi koşulunda oluşmaktadır¹⁰³. Aşağıda örtülü ayrımcılıkların örnekleri sunulmuştur¹⁰⁴:

-
- 100) ATAD, Sotgiu kararı, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153 vd., Rn. 11, Spotti kararı, Rs. C-272/92, Slg 1993, 5185, Rn. 18; Hoeckx kararı, Rs. 249/83, Slg 1985, 973; Masgio kararı, Rs. C-10/90, Slg 1991, I-1119.
- 101) ATAD, Clean Car Autoservice kararı, Rs. C-350/96, Slg 1998, I-2547, Rn 29.
- 102) ATAD kararları için bkz. Troberg, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zu EU-/EG-Vertrag, Art. 52 EGV, Rn. 40 vd.; Dietrich, age., s. 393-394.
- 103) ATAD, Centros kararı, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, 1491, Rn. 20.
- 104) ATAD içtihatlarına genel bir bakış için bkz. Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 49 EGV, Rn. 76 f.; Lackhoff, age., 1999, s. 232 vd.

— Devlet ihalelerin sadece devletin kontrolünde olan firmalara verilmesi;

— vergi iadelerinin sadece yurtdışında merkezi olan firmalara verilmesi;

— sadece yurtdışında merkezleri olan firmaların hisse senedi komisyonculuğu yapabilmesi vb.

Hizmetlerin serbest dolaşım serbestisinde ise, aşağıdaki durumlar örtülü ayrımcılık olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵.

— Sigorta komisyonculuğu için yurtiçi ikamet koşulu;

— İlgilinin ikametine göre farklı hukuki sonuçların bağlanması, örneğin yabancılar için vergi indirimlerin reddedilmesi;

— Bilgisayar hizmetlerinin hisselerin çoğunluğunun devletin elinde bulunan firmalar tarafından yerine getirilmesi vb.

4. Örtülü Ayrımcılığın Hukuka Uygunluk Nedenleri

a. Genel Olarak

Roma Andlaşması, malların, kişilerin sermayenin serbest dolaşımını sınırsız olarak korumamaktadır, bilakis belirli şartlar altında bunların bazı sınırlamalara tâbi tutulmasına imkân vermektedir. Bir başka deyişle, Topluluk hukuku tarafından bazı durumlarda ayrımcılığa izin verilmektedir.

b. Roma Andlaşmasında Öngörülen Hukuka Uygunluk Nedenleri

Roma Andlaşması, serbest dolaşımın geçerli olmayan alanlar¹⁰⁶ dışında, sınırlamalar için bazı hukuka uygun-

105) Kluth, in: Schwarze (Hrsg.), EUV Kommentar, Art. 50 EGV, Rn. 56; Geiger, EUV/EGV Kommentar, Art. 39, Rn. 15.

106) Roma Andlaşmasında serbest dolaşım ilkelerinin geçerli olmayan alanları öngörülmüştür. ATAD, Roma Andlaşmasının malların sürümüne ilişkin olarak üye devletler tarafından konulan ve pazar katılımcıları arasında herhangi bir ayrımcılığa yol aç-

luk nedenlerini düzenlemektedir. M. 30 RA gereğince, 28. ve 29. maddelerinin hükümleri genel ahlak, kamu düzeni veya kamu sağlığı, insan veya hayvanların yaşamının ve sağlığının ve bitkilerin korunması, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değerlere sahip ulusal varlıkların korunması veya sınai ve ticari mülkiyetin korunması sebebiyle ithalat, ihracat ya da transit yasağı veya bunlara ilişkin kısıtlama konulmasına engel oluşturmaz. Ancak bu yasaklama ve kısıtlamalar, üye devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama oluşturmaz¹⁰⁷.

Kişilerin serbest dolaşım hakkı kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedeniyle yapılan sınırlamalara engel değildir. (m. 39 III, m. 46 I ve m. 55 RA)¹⁰⁸.

M. 58 RA, sermayenin serbest dolaşımında üye devletlere vergi yükümlülerin ikamet ya da sermaye koyma yerlerine göre farklı uygulama getiren kendi vergi hukuku kurallarını uygulama yetkisi vermektedir. Bunun yanında, üye devletler kendi iç hukukları ve idari düzenlemelerinde ve özellikle vergi hukuku ve mali kurumların denetimi alanında aykırılıkları önlemek için önemsiz sayıla-

mayan kurallar için uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Keck kararı, Rs. C-267 ve 268/91, Slg. 1993, I-6097; m. 39 IV RA göre, işçilerin serbest dolaşımını kamu idaresi alanındaki görevler için geçerli değildir. Aynı şekilde yerleşim ve hizmet serbestileri sürekli veya kısmen kamusal yetkilerin kullanılmasıyla ilgili faaliyetlerde uygulanma alanı bulmamaktadır (m. 45 ve 55 RA). ATAD malların serbest dolaşımına ilişkin olarak satış koşullarını sınırlama yasağının kapsamı dışında tutmuştur. Bkz. ATAD, Komisyon/Belçika kararı, Rs. 149/79 Slg. 1980, 3881; Reyners kararı, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631; Thijsen kararı, Rs. C-42/93, Slg. 1993, I-4047.

107) ATAD, Reinheitsgebot kararı, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227; Komisyon/Birleşik Krallık kararı, Rs. 40/82, Slg. 1984, 283; Henn ve Darby kararı, Rs. 34/79, Slg. 1979, 3795; Merck/Stephar kararı, Rs. 187/80, Slg. 1981, 2063; ayrıntılı açıklamalar için bkz. Müller-Graff, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 36 EGV, Rn. 47 vd.

108) ATAD, van Duyn kararı, Rs. 41/1974, Slg. 1974, 1337; Rutuli kararı, Rs. 36/1975, Slg. 1975, 1219; Komisyon/Yunanistan kararı, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637.

mayacak tedbirler alabilir ve sermayenin serbest dolaşımı için öngörülen başvuru sürecinde idari ve istatistikî bilgiler isteyebilir. Üye devletler son olarak da kamu düzeni ve güvenliğinin gerektirdiği her türlü tedbirleri alabileceklerdir. Ancak getirilen yasaklama ve kısıtlamalar keyfi bir ayrımcılık veya sermaye ve ödeme serbestisinin örtülü olarak kısıtlanması haline gelemmez (m. 58 III RA).

Öngörülen hukuka uygunluk nedenleri hem ayrımcılığa yol açan hem de ayrımcılığa yol açmayan tüm sınırlamalar için geçerlidir¹⁰⁹. Bu hükümlerin lâfzından çıkarılabileceği gibi, ekonomik nedenler hukuka uygunluk nedenleri olarak sayılmamıştır¹¹⁰. Hukuka uygunluk nedenleri üye devletlerin gerçekte ekonomik amaçlı veya idari faaliyetleri kolaylaştırmak için almış olduğu durumlar için geçerli değildir¹¹¹. Haklı nedenler sadece üye devletlerin milli çıkarlarına yönelik olduğu için, üçüncü devletlerin veya uluslararası camianın çıkarları burada dikkate alınamaz.

Roma Andlaşmasında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, üye devletlere sadece Topluluk hukuku kuralları tarafından düzenlenmemiş ya da uyumlaştırma yapılmamış alanlarda¹¹² sınırlı şekilde korunma önlemleri alma imkânı tanımıştır¹¹³. Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen hükümler istisnai nitelik taşıdıkları için dar yorumlanması gerekir¹¹⁴. Üye devletler gerçi hukuka uygunluk nedenlerini kendi kurallarına göre yorumlayabilirler ve bu bağlamda başvuracakları korunma önlemlerinin nitelik ve çerçevesini düzenlemekte serbesttirler. Fakat

109) Jarass, EuR 2000, s. 717.

110) ATAD, *Irische Souvenirs* kararı, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625 vd.

111) ATAD, *Komisyon/İtalya* kararı, Rs. 95/81, Slg. 1982, 2187 vd.; *Komisyon/Birleşik Krallık* kararı, Rs. 40/82, Slg. 1982, 2793 vd.; *van Eick/Komisyon* kararı, Rs. 57/0, Slg. 1971, 613 vd.

112) ATAD, *Hedley Lomas* kararı, Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-2553 Rn. 18 vd.

113) ATAD, *Denkavit I* kararı, Rs. 5/77, Slg. 1977, 1555.

114) ATAD, *Irische Souvenirs* kararı, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625; *Kunstschatze I* kararı, Rs. 7/68, Slg. 1968, 633.

üye devletlerin burada kesin yetkisi söz konusu değildir. Çünkü başvurulan korunma önlemleri hiçbir zaman serbest dolaşım haklarının var olma sebeplerini ortadan kaldıramazlar¹¹⁵. Ayrıca, Roma Andlaşmasında öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması sadece toplumun temel çıkarlarına dokunan gerçek ağır tehlike durumları bulunduğunda söz konusu olmaktadır¹¹⁶. Korunma önlemleri milli çıkarların korunması için mutlak şekilde gerekli olmalıdır. Bunun dışında, öngörülen tedbirlerin kabul edilebilir olmalıdır ve serbest dolaşımın kullanılmasını daha az sınırlayan başka bir efektif aracın mümkün olmaması gereklidir¹¹⁷. Sonuç olarak şu yargıya varılabilir: Üye devletler Roma Andlaşmasında açıkça belirtilen hukuka uygunluk nedenlerini sadece ölçülülük ilkesinin cevaz verdiği durumlar için kullanabilirler.

c. Serbest Dolaşım İlkelerinin ATAD Tarafından Çizilen Sınırları

1) "Kamu Yararının Zorunlu Gerekleri" ¹¹⁸

ATAD, üye devletlerin belirli koşullar altında bazı yeni engel ve sınırlamalara başvurabileceğini kabul ederek, serbest dolaşım ilkelerinin getirmiş olduğu yasakların uygulanma alanını daraltmıştır¹¹⁹. Divan, Roma Andlaş-

115) ATAD, Komisyon/Birleşik Krallık kararı, Rs. 40/82, Slg. 1982, 2826; Fietje kararı, Rs. 271/80, Slg. 1980, 3855.

116) ATAD, Komisyon/İspanya kararı, Rs. C-114/97 , Rn. 46; Con-negate kararı, Rs. 121/8 , Slg. 1986, 1007 vd.

117) ATAD, Komisyon/Yunanistan kararı, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637, Rn. 7; Reyners kararı, Rs. C-2/74, Slg. 1974, 631.

118) Kamu yararının zorunlu gereklerinin dogmatik olarak nitelendirilmesi şimdiye kadar tam açıklanamamıştır. ATAD, önceki iç-tihatlarında zorunlu gereklerini serbest dolaşımın sınırlaması yasağının iç sınırı, yani doğrudan dolaşım serbestilerini öngö-ren hükümlerden ortaya çıkan sınırlamalar olarak telakki et-miştir. Günümüzde bu içtihadından ayrılarak hukuka uygun-luk nedenleri olarak kabul etmektedir. Bkz ATAD, Bosman ka-rarı, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-492.1; Jarass, EuR 2000, s. 719.

119) Weiß, EuZW 1999, s. 493, 498; Streinz, age., Rn 699; Gundel, Jura 2001, s. 79 (83).

masında öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin (m. 30, 39 III, 46, 55 ve 58 RA) yanında, Cassis de Dijon kararından¹²⁰ itibaren istisnai olarak Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini de kabul etmektedir. Yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinin temelinde iki gerekçe yatmaktadır. Roma Andlaşmasında öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin ATAD tarafından istisna hükümler olarak nitelendirilmesi ve bunları dar bir yoruma tabi tutulması nedeniyle, bu hukuka uygunluk nedenlerin etkin bir şekilde uygulanmasının önemli derecede sınırlanması yatmaktadır¹²¹. Eş etkili tedbirlerin geniş şekilde yorumlanmasının denkleştirilmesi için, Roma Andlaşmasında yazılı olmayan, diğer hukuka uygunluk nedenleri gerekli görülmektedir. İkinci gerekçe olarak da, kişilerin serbest dolaşımı (ve özellikle hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme serbestisi) için öngörülen ayrımcılık yasaklarının sınırlama yasağına genişletilmiş olmasıdır.

“Cassis” formülüne göre, “kamu yararının zorunlu gerekleri” (örneğin, geçerli bir şekilde vergi kontrolü, ticari

120) ATAD, bu kararında, Roma Andlaşmasının 28. maddesinde öngörülen yasağı somutlaştırmıştır. İçtihadında, Alman Konyak üretimi kurallarının farklılığı nedeniyle Fransız konyak üreticilerin Almanya’da konyak satışlarında sorunlar yaşamalarını (konyakların ithalatının engellenmesi ve sürümünün azalması) eş etkili bir önlem olarak değerlendirmiştir. Bu davada Alman Konyak Tekeli Kanunundaki, konyakta alkol oranının % 30’un, likörde % 25’in altında olamayacağına ilişkin hükmün, tüketicinin korunması ve sağlık mülahazalarıyla ilgili olmadığına ve bu nedenle de miktar kısıtlamaları ve eş etkili tedbirlerin alınabilmesine imkan veren Roma Andlaşmasının 30. maddesinde belirtilen hukuka uygunluk nedenleri arasına giremeyeceğini ve Alman Konyak Tekeli Kanununda öngörülen hükmün Roma Andlaşmasının 28. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. ATAD ayrıca, eğer bir üye devletin kurallarına uygun şekilde üretilen ürünlerin diğer üye devletlerde de satılabilmesine karar vermiştir. Bu yasaklama sadece ilgili üye devletin daha üstün bir kamu çıkarı söz konusu olduğu durumlarda olabilmektedir. Bkz. ATAD, Cassis de Dijon kararı, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 vd.

121) Streinz, age., s. 282, Rn. 701.

ilişkilerde hakkaniyetin sağlanması¹²², çevrenin¹²³ ve tüketicinin^{124,125} korunması, medya da çoğulculuğun sağlanması¹²⁶, iş ve sosyal düzenin korunması,¹²⁷ kültür politikası¹²⁸ vb.) açısından kabul edilebilir olması halinde, milli hukuk düzenlerin farklı düzenlemeler içermesinden kaynaklanan ticaret engellerin normal sayılması gerekir¹²⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, “kamu yararının zorunlu gerekleri”nin hukuka uygunluk nedeni olarak, Roma Andlaşmasında öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi, sadece Topluluk politikası öngörülmemiş veya üye devletler tarafından herhangi bir uyumlaştırma yapılmamış alanlarda uygulama bulabilmesidir¹³⁰.

ATAD, “kamu yararının zorunlu gerekleri” olarak tanımladığı bu haklı sebepleri uygula-mada sürekli olarak genişletmiştir¹³¹. Haklı sebepler ekonomik gerekleri kapsamamakla¹³² beraber, nelerin bu kapsamda değerlendirilmesine dair genel bir katalog söz konusu değildir¹³³. Her

122) ATAD, 3-Glocken kararı, Rs. 407/85, Slg. 1988, 4233.

123) ATAD, Komisyon/Danimarka kararı, Rs. 302/1986, Slg. 1988, 4607.

124) ATAD, Reinheitsgebot kararı, Rs. 178/1984, Slg. 1987, 1227; Familiapress kararı, Rs. C-368/95, Slg 1997 I-3689, 3713.

125) Krş. m. 153 RA.

126) ATAD, Familiapress kararı, Rs. C-368/95, Slg 1997, I-3689, 3715, Rn. 18.

127) ATAD, Schindler kararı, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 58 vd.

128) ATAD, Cinéthèque kararı, Rs. 60 ve 61/84, Slg. 1985, 2605.

129) ATAD, Gebhard kararı, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; Kraus kararı, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32, Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 104.

130) ATAD, Hedley Lomas kararı, Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-2553, Rn. 18 vd.

131) Bu bağlamda krs. ATAD, Cassis de Dijon kararı, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 ff.; Leclerc kararı, Rs. 229/83, Slg. 1985, 1; Cinéthèque kararı, Rs. 60 ve 61/84, Slg. 1985, 2605; Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag kararı, Rs. C-368/95, Slg. 1987, I-3689; 3 Glocken kararı, Rs. 407/85, Slg. 1988, 4233; Abfallimport kararı, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 33 vd.

132) ATAD, Decker kararı, Slg. 1998, I-1831 vd.

133) Bkz. Müller-Graff, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30 EGV, Rn. 203 vd.

somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir¹³⁴. Ancak burada hemen belirtilmelidir ki, her ne kadar büyük ekonomik sorunların haklı neden teşkil etmeyeceği tartışma götürmese de, bazı ekonomik sorunlar kamu düzeninin bozulmasına yol açan bir etken olarak ortaya çıkabilmektedirler. Bu durumlarda serbest dolaşım ilkelerine müdahale yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır¹³⁵.

ATAD, üye devletlerin haklı sebeplerin içeriğini geniş tutmakla beraber, diğer taraftan da bazı sınırlar çizmektedir. Üye devletlerin her şeyden önce konuya ilişkin milli mevzuatlarının ölçülü ve adil olması gerekmektedir. ATAD, ikinci sınır olarak da, üye devletlerin birinde hukuka uygun şekilde üretilen ve satılan ürünlerin serbest dolaşımının hiçbir şekilde engellenemeyeceğini kabul etmektedir¹³⁶. Aksi takdirde, m. 28 RA'na bir aykırılığın söz konusu olacağını belirtmektedir. ATAD, Keck kararında¹³⁷, ürünün imaline ilişkin tedbirler ile satış ve sürümüne ilişkin tedbirler arasında ayırım yapmıştır ve bu doğrultuda yeni içtihatlarında, malların satışına ilişkin ulusal hükümlerin eğer yerel ve ithal edilen mallar arasında herhangi bir ayırım yapmadan hukuken ve fiilen eşit uygulanmış ise, m. 28 RA'na aykırılıktan bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir.

2) Tartışmalı Konu

“Cassis” yargısı, önceleri iç pazarda malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımını sınırlayan ve pazar katılımcıların hepsini aynı şekilde etkileyen kural, önlem veya uygulamalar için geçerli idi¹³⁸. Bir başka deyişle, herkesi aynı şekilde etkileyen kural, önlem ve uygulama-

134) Müller-Graff, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30, Rn. 204.

135) Bu bağlamda bkz. Streinz, age., s. 283, Rn. 703.

136) Bkz. yukarı s. 9.

137) ATAD, Keck kararı, Rs. C-267 ve 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131.

138) ATAD, Kohl/Ringelhan kararı, Rs. 177/83, Slg. 1984, 3651, Rn. 15 und 19.

ların hukuka uygunluğu açısından yazılı ve yazılı olmayan tüm hukuka uygunluk nedenleri dikkate alınırken, ayrımcılık yaratan kuralların ise sadece Roma Andlaşmasında öngörülen yazılı hukuka uygunluk nedenleri ile değerlendirilmesi mümkün olabilmekteydi¹³⁹.

Örtülü ayrımcılığın nötür karakterdeki muameleden sınırlandırılması bugüne kadar tam bir bütünlük içerisinde yapılamamıştır¹⁴⁰. Bu ayırım, yukarıda da değinildiği gibi, özellikle hukuka uygunluk nedenleri açısından önem arz etmektedir. Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri ayrımcılık yaratan tedbir ve kurallar için de geçerli olup olamayacağı günümüze kadar yargı ve doktrinde tartışılmıştır¹⁴¹. Bu sorun, ATAD'ın Keck kararı ile önem kazanmaya başlamıştır¹⁴².

3) Görüşler

(i) ATAD

ATAD, Cassis de Dijon kararında, üye devletlerin "kamu yararının zorunlu gerekleri" kapsamında başvurmuş olduğu önlemlerin haklı görülebilmesi için, pazar katılımcıları arasında herhangi bir ayrımcılığın meydana gelmemiş olmasını şart koşmuştur. Ancak sonraki içtihatlarında, Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini örtülü ayrımcılıklara uygulanması yolunu kapatmamıştır¹⁴³. Bilhassa çöpler konusuyla ilgili ATAD kararlarında¹⁴⁴, hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma-

139) ATAD, Gebhard kararı, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-1931; Ciola kararı, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517.

140) Jarass, EuR 2000, s. 710; Randelzhofe/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV-Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 145.

141) Bkz. Weiß, EuZW 1999, s. 496.

142) Becker, in: Schwarze (Hrsg.) EUV Kommentar, Art. 30 EGV, Rn 41.

143) Bu yöndeki ATAD içtihatları için bkz. Weiß, EuZW 1999, s. 493 vd.

144) ATAD, van Binsbergen kararı, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299; Kohll kararı, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931; Komisyon/Belçika kararı, Rs.C-211/91, Slg. 1992, I-6757; Komisyon/Belçika kararı, C-2/90, Slg. 1992, I-4431; Distribuidores Cinematograficos kararı, Rs. C-17/92, Slg. 1993, I-2239; Decker kararı, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831.

sında serbest dolaşımı sınırlayan tedbir ve kuralların ayrımcılık yaratıp yaratmadığı incelenmemiştir. Ayrımcılık yaratan milli düzenlemelerin Topluluk hukukuna uygun olup olmadığını, “kamu yararının zorunlu gerekleri” açısından da bir değerlendirmeye tâbi tutmuştur¹⁴⁵. Bunun sonucu olarak da serbest dolaşımın nötür ile ayrımcılık yaratacak şekilde sınırlandırılması arasında hukuka uygunluk nedenleri açısından önemi kalmamıştır¹⁴⁶.

(ii) Öğreti

“Kamu yararının zorunlu gerekleri”nin üye devletlerin ayrımcılık yaratan iç hukuk kuralları için hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanması öğretilerde son derece tartışmalıdır. Burada, genel anlamda üç görüş temsil edilmektedir. Öğretinin bir kısmı¹⁴⁷, ATAD’ın herkes için yansız olan ile ayrımcılığa yol açan kural ve tedbirler arasındaki farklılaştırmayı kaldırmış olduğunu ve Roma Andlaşmasında yazılı olmayan “kamu yararının zorunlu gerekleri”nin ayrımcılığa yol açan kural ve tedbirler için hukuka uygunluk nedeni olabileceğini ileri sürmektedirler¹⁴⁸. Bu görüşün taraftarları genel olarak sınırlama yasasını inceleme ölçüsü olarak görmektedirler ve buna bağlı olarak da “kamu yararının zorunlu gerekleri”ni genel hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedirler. Böylelikle, bir taraftan hukuka uygunluk nedenlerin incelenmesi kolaymış olmakta, diğer bir taraftan da sınırlama ve ayrımcılık kavramları arasındaki belirsizlik durumları ortadan kalkmış olmaktadır¹⁴⁹.

145) Jarass, EuR 2000, s. 719.

146) Weiß, EuZW 1999, s. 497.

147) Weis, EuZW 1999, s. 493; Epiney, Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 28 EGV, Rn. 38; Hakenberg, in: Lenz (Hrsg.) EGV-Kommentar, Art. 49/50 EGV, Rn. 26; Leible, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 28 EGV, Rn. 20; Jarass, EuR 2000, s. 719.

148) Bkz. ATAD, Komisyon/Belçika kararı, Rs. C-2/90, Slg 1992, I-4431, Rn 34; Svenson kararı, Rs. C-484/93, Slg 1995, I-3955, Rn 15 vd.; Bosman kararı, Rs. C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn 129 vd.; De Agostini und TV-Shop kararı, Rs. C-34-36/95, Slg 1997, I-3843, 3891 Rn 45, 52.

149) Vgl ATAD Genel Savcısı Tesauro, Slg 1998, I-1834, 1863 – Decker u. Kohll.

Buna karşın öğretilerdeki hakim görüş, yazılı ve yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerin uygulanma alanların ayrılmasını esas almaktadırlar. Fakat bu sınırın nerede çizileceği tartışmalıdır. Yazarlardan bir kısmı¹⁵⁰, açık veya örtülü şekilde ayrımcılığa yol açan kural ve tedbirleri bir bütün olarak görmektedirler. Bu görüşün taraftarları, sadece ayrımcılık yaratmayan sınırlamalar açısından, Roma Andlaşmasında belirtilen hukuka uygunluk nedenleri yanında, "kamu yararının zorunlu gerekleri"ni hukuka uygunluk nedeni olabileceğini savunmaktadırlar. Bunun sonucu olarak da ayrımcılık yaratan sınırlamaların sadece Roma Andlaşmasında yazılı olan nedenler dahilinde hukuka uygunluğunun incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Görüşlerine dayanak olarak ATAD'ın "Aragonesa"¹⁵¹ kararını örnek göstermektedirler. ATAD, bu kararda, "kamu yararının zorunlu gerekleri"nin hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanmasının sadece herkes için aynı şekilde geçerli olan sınırlamalar da sözkonusu olabileceğini hükme bağlamıştır. Divan, yabancı ilaçların reklam yasağına ilişkin "Ortscheit" kararında¹⁵², reklam yasağını m. 30 RA'na göre hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir. Aynı şekilde "van Adverteerders" davasında¹⁵³, hizmetlerin serbest dolaşımında farksız etki yaratmayan ve bu nedenle ayrımcı nitelik taşıyan milli düzenlemeleri sadece Roma Andlaşmasında yazılı olan hukuka uygunluk nedenleri açısından incelenebileceğini karar vermiştir.

Öğretilerde temsil edilen bir başka görüşe¹⁵⁴ göre, örtülü ve açık ayrımcılıkların birbirinden ayrılması gereklidir. Örtülü ayrımcılık, normal bir sınırlama gibi aynı şekilde "kamu

150) Schneider/Wunderlich, in: Schwarze (Hrsg.), EUV-Kommentar, Art. 3 , Rn. 37; Schweitzer/Hummer, age., 1996, Rn. 1139; Hirsch, ZEuS 1999, s. 510 f.; Lackhoff, age., 1999, s. 236.

151) ATAD, Aragonesa kararı, Rs. C-1/90 ve 176/90, Slg 1991, I-4151, 4184, Rn 13.

152) ATAD, Ortscheit kararı, Slg 1994, 5243, 5263, Rn 13 vd .

153) ATAD, van Adverteerders kararı, Slg 1988, 2085, 2134, Rn. 32.

154) Gundel, JURA 2001, s. 82 vd.; Opermann, Europarecht, 1999, s. 522, Rn. 1299; Schütz, JURA 1998, s. 636 ff.; Brechmann, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 47; Randelzhofer/-Forsthoff, in: Eberhard/Hilf, (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 43 Rn 74, Art. 49/50 Rn 74.

yararın zorunlu gerekleri“ ile meşrulaştırılması gerekir. Ayrımcılık yasağı kapsamına örtülü ayrımcılıkların da dahil olması gereksizdir¹⁵⁵. Müller-Graff¹⁵⁶, bu görüşü revize ederek amaç ölçütünü getirmiştir. Bu ölçüte göre, “kamu yararının zorunlu gerekleri“nin örtülü ayrımcılık-lara uygulanabilmesi için, söz konusu tedbir veya kuralın öngörülmesinde farklı muamele amacı güdülmemiş olunması veya böyle bir amacın tespit edilememiş olması gerekir.

(iii) Değerlendirme

ATAD'ın içtihatlarında belirtildiği gibi, serbest dolaşım ilkeleri haklı bir nedene dayanmadığı müddetçe hem ayrımcılık yaratan, hem de ayrımcılık yaratmayan sınırlamaları yasaklamak-tadır. Burada hukukça korunan iki menfaat söz konusu olmaktadır. Bir taraftan bireylerin hakları, diğer taraftan üye devletlerin çıkarları. Roma Andlaşması, bir denge kurmak için, hem yasaklar getirmiştir, hem de bazı hukuka uygunluk nedenlerini öngörmüştür. Fakat Roma Andlaşmasında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, günümüzde üye devletlerin haklı çıkarlarını korumaya yetmemektedir. ATAD bu sebepten dolayı, hukuk yaratmak suretiyle “kamu yararının zorunlu gerekleri“ olarak isimlendirdiği bazı hukuka uygunluk nedenleri yaratmıştır. ATAD, Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini gerçi ilk zamanlar sadece serbest dolaşımın pazar katılımcıları arasında ayrımcılık yaratmayacak şekilde sınırlandırılması halinde uygulamıştır, fakat günümüzde bu konuda açık bir çizgi izleyememektedir.

Kanımızca, ayrımcılık yaratan kural ve tedbirler için farklı bir hukuka uygunluk sistemi yaratmak gerekli değildir. Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri, Roma Andlaşmasında yazılı olan hukuka uygunluk nedenleri gibi, iç pazarda serbest dolaşımı etkileyen bütün sınırlamalar için geçerli olması gerekir. Gerekçe olarak şunlar söylenebilir: Ayrımcılık (ve özellikle de örtülü ayrımcılık) yaratan hallerinin serbest dolaşımın ayrımcılık

155) Krs. Epiney, age., s. 63; Schiek, age., s. 111-112.

156) Müller-Graff, in: G/T/E (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30 EGV, Rn. 196.

yaratmayan, normal şekildeki sınırlamalardan ayırt edilmesi uygulamada zorluk çıkarmaktadır. ATAD, içtihatlarında bu yüzden tam bir açık çizgi izleyememektedir. Daha önemli bir gerekçe olarak da şu söylenebilir: “Kamu yararının zorunlu gerekleri” açısından gerekli olan tedbir ve kuralların sadece serbest dolaşım ilkelerinin sınırlandırılmasına değil, aynı zamanda bu alanda pazar katılımcıları arasında ayrımcılığa yol açan durumları da beraberinde getirmesi bir zorunluluk teşkil edebilmesidir. Serbest dolaşım ilkelerinin hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı her zaman orantılılık ilkesi çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir. Yalnız, bu ilkeyi (açık) ayrımcılık durumlarında daha katı bir şekilde uygulanması gerekir. Ayrımcılık durumlarında, ayrıca pazar katılımcıları arasında farklı muameleye sebep olan kural ve tedbirlerin “kamu yararının zorunlu gerekleri”nin korunması için makul (gerekli ve uygun) olup olmadığı da incelenmelidir. Eğer ayrımcılığa sebep olan kural ve tedbirler gibi aynı amacı yerine getiren daha yumuşak nitelikte araçlar mümkün ise, Topluluk hukukuna aykırılık durumu söz konusu olur.

V. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Roma Andlaşmasında, pazar katılımcıları arasında tâbiiyet ve menşe mülahazalarıyla yapılan zarar verici farklı muamelelerinin engellenmesini amaçlayan ayrımcılık yasakları öngörülmüştür. Pazar katılımcıların eşitliğini amaçlayan ayrımcılık yasağı temellerini bir taraftan Roma Andlaşmasının 12. maddesinde, diğer taraftan serbest dolaşım ilkelerini düzenleyen madde-lerinde bulmaktadır. Bu yasakların sonucu olarak, Topluluk iç pazarında herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın benzer durumların farklı, bir başka deyişle yabancı/sınıraşan pazar katılımcıların aleyhine olarak bir işleme tabi tutulamaz. Aynı şekilde, farklı durumlar da benzer muameleye tabi tutulamaz.

ATAD, serbest dolaşım ilkelerini dogmatik açıdan git-tikçe birbirine benzetererek bir bütün olarak değerlendirme eğilimindedir. İchtihatlarında serbest dolaşım ilkelerinin hepsini zamanla sınırlama yasağına genişlemiştir. Böylece, serbest dolaşım ilkeleri kendi muhtevalarında hem

ayrımcılıkları, hem de genel sınırlamaları yasaklamaktadır. ATAD, başlangıçta sadece malların serbest dolaşımı için geçerli olan Roma Andlaşmasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini (kamu yararın zorunlu gereklerini) diğer serbestilere de uygulamaya başlamıştır. Son olarak da, menşe ülke prensibinin uygulanması gerçekleştirilmiştir.

Serbest dolaşım ilkeleri kapsamında öngörülen ayrımcılık yasakları, Roma Andlaşmasının 12. maddesinde düzenlenen genel ayrımcılık yasağında olduğu gibi, ayrımcılığın tüm şekillerini kapsamaktadır. Ancak serbest dolaşım ilkeleri açısından, farklı muamelelerin hepsi ayrımcılık yasağının uygulanma kapsamına girmemektedir. Topluluk hukukuna aykırı nitelikteki ayrımcılıklar, kişilerin tâbiyeti, mallar ve sermayenin menşesi temelindeki ayrılma noktalarına bağlanmışlardır. Ne var ki, üye devletler tarafından yapılan ayrımcılıklar genellikle örtülü şekilde ortaya çıkmaktadırlar. Üye devletlerin ulusal kuralları veya uygulamaları gerçi bütün pazar katılımcıları için tarafsız gözükmekte, ancak bunların maddi (fiili) etkileri sınır aşan pazar katılımcıların aleyhine olmaktadır. ATAD içtihatlarına göre, örtülü bir ayrımcılığın söz konusu olabilmesi için, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir:

— Pazar katılımcıların tâbiyet veya menşe temeli dışında bir ayırma.

— Karşılaştırılabilir durumlardaki yurtiçi ve sınır aşan pazar katılımcıları arasında eşitsiz bir durumun varlığı, yani sınır aşan pazar katılımcıların öngörülen tedbirlerden aleyhe olarak daha çok etkilenmiş olması.

— Farklı muameleye sebep olan ayrımcılık ile yaratılan eşitsizlik arasında nedensellik.

Örtülü ayrımcılıklar, gerçek anlamda açık ayrımcılıklar ile benzeri sonuçları doğurduğu için kural olarak aynı hukuki rejime tabi tutulması gerekir. Bunları, somut olayda herkes için geçerli olan genel sınırlamalardan ayırt etmek genel olarak kolay olmamaktadır. Çünkü serbest dolaşım ilkelerinin ihlali açısından, her ikisinin maddi şartları he-

men hemen birbiri ile iç içe geçmiş haldedir. Bu yüzden, uygulamada bunları birbirinden ayırmak hemen hemen imkânsız olmaktadır. ATAD, bir çok kararında, örtülü ayrımcılıkların yasaklanması anlaşılabilir halleri sınırlama yasağı olarak ifade ederek, örtülü ayrımcılıkları “diğer sınırlamalar” olarak nitelendirmiştir. Ayrımcılığın sınırlamadan ayrılmasının önemli olup olmadığı, her ikisinin aynı hukuka uygunluk nedenlerine tabi tutulup tutulmadığına bağlıdır. Eğer aynı hukuka uygunluk nedenleri geçerli ise, bu ayrımın pratik bir değeri kalmayacaktır.

Serbest dolaşım ilkelerinin basit şekilde sınırlandırılmalarının “kamu yararının zorunlu gerekleri”ne dayanarak da yapılabileceği konusunda, öğreti ve yargıda görüş birliği mevcuttur. Ancak, orantılılık ilkesi gereği serbest dolaşımın sınırlandırılmasına sebep olan kural ve tedbirlerin “kamu yararının zorunlu gerekleri” açısından makul olmalıdır. Başvurulan tedbirler haklı sebeplerin korunması için gerekli ve uygun olması gerekir. Ancak, yargı ve öğretilerde “kamu yararının zorunlu gerekleri”nin uygulanma alanı tam şekilde açıklığa kavuşturulamamıştır. ATAD, ayrımcılık hallerinde (ve özellikle de açık ayrımcılıklarda) kural olarak “kamu yararının zorunlu gerekleri” ile hukuka uygunluk nedeni yaratılmasını kabul etmemektedir, fakat yeni kararlarında örtülü ayrımcılık yaratan kural ve tedbirleri “kamu yararının zorunlu gerekleri” kapsamında incelemiştir. ATAD’ın bu yöndeki içtihatlarının kabul görmesi gereklidir. Çünkü bireylerin hakları ile üye devletlerin mesru çıkarları arasında haklı bir denge ancak bu şekilde kurulabilir.

Sonuç olarak şu tespit yapılabilir: İç pazar çerçevesinde öngörülen serbest dolaşım ilkeleri kapsamında getirilen yasakların değişik kategorileri (sınırlama ve ayrımcılık yasakları) arasında hukuka uygunluk nedenleri açısından yapılan ayrımın kaldırılması gerekir. “Kamu yararının zorunlu gerekleri”nin Roma Andlaşmasında öngörülen bütün yasaklar için ortak hukuka uygunluk nedeni olması gerekir. Orantılılık ilkesi çerçevesinde her zaman adil bir çözüm bulunabilir.

Kullanılan Kaynaklar

- *Arndt, Hans-Wolfgang*, Europarecht, 5. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2001.
- *Behrens, Peter*, Europarecht II – Wirtschaftsrecht der EG, Universität Hamburg, 2001.
- *Behrens, Peter*, "Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im Europäischen Gemeinschaftsrecht", *EuR* 1992, 145 ff.
- *Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsgs.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1. Aufl., Luchterhand, Neuwied 1999.
- *Dietrich, Marcel*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, Zürich 1995.
- *Ehlers, Dirk*, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts (Teil I), *JURA* 2001, 266 ff.
- *Epiney, Astrid*, Neuere Rechtsprechung des EuGH, *NVwZ* 1999, 1076 ff.
- *Epiney, Astrid*, Umgekehrte Diskriminierungen, Carl Heymanns Verl., Köln, 1995,
- *Fastenrath, Ulrich/Müller-Gerbes, Maike*, Europarecht, 1. Aufl., Nomos Verl., Baden-Baden 2000.
- *Fischer, Hans Georg*, Europarecht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1997
- *Geiger, Rudolf*, EUV Kommentar, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2000.
- *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union: Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, Loseblatt (Stand Mai 2001).
- *Von der Groeben, Hans/Thiesing, Joechen/Ehlermann, Claus-Dieter* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Nomos Verl., Baden-Baden 2000.
- *Gundel, Jörg*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, *JURA* 2001, 79 ff.
- *Heintzen, Markus*, Europarecht II, Vorlesung vom 19.5.1998, Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft SS 1998.

- Herdegen, Matthias, Europarecht, 2001, C.H. Beck, München 2001.
- Hintersteininger, Margit, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Situationen nichtstaatlicher Handlungseinheiten, Dunckler & Humblot, Berlin 1999.
- Hirsch, Günter, "Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit", ZEuS 1999, 503 ff.
- Hök, Götz-Sebastian, Einführung in das Recht der Europäischen Union und die Grundfreiheiten in der Europäischen Union, 1998.
- Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jarass, Hans D., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705 ff.
- Kälini, Walter/Caroni, Martina, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug, Bern 1998.
- Kingreen, Thorsten, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Dunckler & Humblot, Berlin 1999.
- Kilian, Wolfgang, Europäisches Wirtschaftsrecht, C.H. Beck, München, 1996
- Lackhoff, Klaus, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheit oder auch ein Freiheitsrecht ?, Dunckler & Humblot Verl., Berlin 1999.
- Lenz, Otto (Hrsg.) EGV-Kommentar, 2. Aufl., 1999.
- Nicolaysen, Gert, Europarecht II: Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, Nomos Verl., Baden-Baden 1996.
- Opermann, Thomas, Europarecht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1999.
- Rossi, Matthias, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197 ff.
- Schiek, Dagmar, Europäisches Arbeitsrecht, 1. Aufl., Nomos Verl., Baden-Baden 1997.
- Schön, Wolfgang, Der freie Warenverkehr, die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten und der Systemgedanke im europäischen Steuerrecht, EuR 2001, 341 ff.
- Schöne, Franz-Josef, Die "umgekehrte Diskriminierung" im EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - Dargestellt am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EWG-Vertrag, RIW 1989, 450 ff.
- Schubert, Thure, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff - Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages. C.H. Beck, München 1999.

- *Schütz, Hans-Joachim*, Cassis de Dijon, EuGH - Urteil vom 20.2.1979, JURA 1998, 631 ff.
- *Streinz, Rudolf*, Europarecht, 5. Aufl., Springer Verl., Berlin 2001.
- *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EUV Kommentar, 1. Aufl., 2000, Nomos Verl., Baden Baden.
- *Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar*, Europarecht, 5. Aufl., Frankfurt am Main 1996.
- *Weis, Wolfgang*, Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit: Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen, EuZW 1999, 494 ff.