T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ
ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

İÇ PAZAR DOLAŞIM SERBESTÎLERİ İLE BİRLİK VATANDAŞLARININ DOLAŞIM SERBESTÎSİNİN ETKİLEŞİMİ

Doktora Tezi

İlke GÖÇMEN

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ
ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

İÇ PAZAR DOLAŞIM SERBESTÎLERİ İLE BİRLİK VATANDAŞLARININ DOLAŞIM SERBESTÎSİNİN ETKİLEŞİMİ

Doktora Tezi

İlke GÖÇMEN

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Sanem BAYKAL

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ
ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
(HUKUK BİLİM DALI)

İÇ PAZAR DOLAŞIM SERBESTÎLERİ İLE BİRLİK VATANDAŞLARININ DOLAŞIM SERBESTÎSİNİN ETKİLEŞİMİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Sanem BAYKAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
……	……..
……	……..
……	……..
……	……..
……	……..

Tez Sınav Tarihi ……

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (01/04/2011)

İlke GÖÇMEN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

ŞEKİL LİSTESİ VII

KISALTMALAR VIII

DAVA LİSTESİ X

Adalet Divanı - Davalar X

Adalet Divanı - Görüşler XXVI

Genel Mahkeme XXVI

Personel Mahkemesi XXVII

Efta Mahkemesi XXVII

Hukuk Sözcüsü Görüşleri XXVII

OMBUDSMAN KARARLARI XXX

İKİNCİL HUKUK LİSTESİ XXX

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM: İÇ PAZAR VE BİRLİK VATANDAŞLIĞINDAKİ DOLAŞIM SERBESTÎSİNE İLİŞKİN ÖN TESPİTLER, İLGİLİ HÜKÜMLERİN DOĞRUDAN ETKİSİ VE KAPSAMI (UYGULAMA ALANI) 10

I. İÇ PAZAR VE BİRLİK VATANDAŞLIĞI İLE BUNLARLA BAĞLANTILI DOLAŞIM SERBESTÎSİNE İLİŞKİN ÖN TESPİTLER 10

1. Bütünleşmenin Farklı Aşamaları (Çok Uluslu Bütünleşme Süreci) 11
A. İkili Ticaret Anlaşmaları 13
B. Serbest Ticaret Alanı 13
C. Gümrük Birliği 14
D. Ortak Pazar 14
E. Parasal Birlik ve Ekonomik Birlik (Dahası Ekonomik ve Parasal Birlik) 14
F. Siyasi Birlik 15

2. Avrupa Birliği ve Bütünleşmenin Farklı Aşamaları 15
A. Gümrük Birliğinin Tesisi 16
B. İç Pazarın Tamamlanması 16
C. Ekonomik ve Parasal Birliğe Yönelik Adımlar 27
D. Siyasi Birliğe Yönelik Adımlar 28
a. Genel Olarak 28
b. Birlik Vatandaşlığı 29
aa. Birlik Vatandaşlığının Getirilişi 29
bb. Birlik Vatandaşlığının Getirilme Sebepleri 35

cc. Birlik Vatandaşlığı ve Bu Statüye Bağlanan Haklar 40
aaa. Genel Olarak 40
bbb. Serbest Dolaşım ve İkâmet Hakkı 45
ccc. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılığa Maruz Kalmama Hakkı 51
c. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı 53
d. Temel Haklar 55

3. İç Pazarın Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Birlik Vatandaşlığına Dair Serbest Dolaşıma Uyarlanabilirliği 59
A. İç Pazarın Temel İlkeleri 60
aa. Ademimerkezi Model 60
aaa. Ayrımcılık Yapılmaması 60
bbb. Pazara Erişimin Sağlanması 61
ccc. Karşılıklı Tanıma 63
ddd. Düzenlemeler Arası Rekabet 64
bb. Merkezi Model: Uyumlaştırma 65
B. İç Pazarın Temel İlkelerinin Birlik Vatandaşlığına Dair Serbest Dolaşıma Uyarlanabilirliği 69

II. KURUCU ANTLAŞMADAKİ SERBEST DOLAŞIMA DAİR HÜKÜMLERİN DOĞRUDAN ETKİSİ 72

1. İç Pazar Serbestîleri 74
A. Malların Serbest Dolaşımı 74
B. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 74
a. İşçilerin Serbest Dolaşımı 75
b. Yerleşme Hakkı 75
c. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 76
C. Sermayenin Serbest Dolaşımı 77

2. Birlik Vatandaşlığı 79

III. KURUCU ANTLAŞMADAKİ SERBEST DOLAŞIMA DAİR HÜKÜMLERİN KAPSAMI (UYGULAMA ALANI) 83

1. Kişi Bakımından Kapsam (Uygulama alanı) 84
A. İç Pazar Serbestîleri 84
a. Malların Serbest Dolaşımı 84
b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 84
aa. Genel Hususlar 85
aaa. Birlik Üyesi Devlet Vatandaşı Olmak 85
bbb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımından Yararlanan Kişinin Aile Üyesi Olmak 86
ccc. Yerleşme Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Yönünden Tüzel Kişi Olmak 88
bb. İşçilerin Serbest Dolaşımı 89
cc. Yerleşme Hakkı 93
dd. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 96
c. Sermayenin Serbest Dolaşımı 97
B. Birlik Vatandaşlığı 98

2. Konu Bakımından Kapsam (Uygulama alanı) 105
A. Belirli Nesne, Etkinlik ya da Hak 105
a. İç Pazar Serbestîleri 109
aa. Malların Serbest Dolaşımı 109
bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 110
aaa. Genel Hususlar 111
bbb. İşçilerin Serbest Dolaşımı 115
ccc. Yerleşme Hakkı 120
ddd. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 122
cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı 125

b. Birlik Vatandaşlığı 128
aa. Birlik Vatandaşlığı: Lex Generalis 129
bb. Haklar 130
aaa. Serbest Dolaşım Hakkı 130
bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet Hakkı 130
ccc. Tali Haklar: Sosyal Haklar 135
ddd. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı 144
B. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama (Sınır Aşırı Unsur) 151
a. İç Pazar Serbestîleri 153
aa. Malların Serbest Dolaşımı 153
bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 154
aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı 155
bbb. Yerleşme Hakkı 156
ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 158
cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı 159
b. Birlik Vatandaşlığı 160

İKİNCİ BÖLÜM: SERBESTÎNİN TAHDİT EDİLMESİ YASAĞI, TAHDİDİN ÖZELLİKLERİ VE SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN MUHATAPLARI 171

I. SERBESTÎNİN TAHDİT EDİLMESİ YASAĞI 171

1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler 172
A. Tahdit Kriteri Seçiminin Önemi 172
B. Tahdit Kriterleri 173
a. Genel Olarak 175
b. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı 180
c. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı 186

2. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağı 193
A. Doğrudan Ayrımcılık Yapılması Yasağı 193
a. İç Pazar Serbestîleri 194
aa. Malların Serbest Dolaşımı 194
bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 197
aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı 197
bbb. Yerleşme Hakkı 198
ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 199
cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı 200
b. Birlik Vatandaşlığı 201
B. Dolaylı Ayrımcılık Yapılması Yasağı 205
a. İç Pazar Serbestîleri 206
aa. Malların Serbest Dolaşımı 206
bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 208
aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı 208
bbb. Yerleşme Hakkı 210
ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 212
cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı 213
b. Birlik Vatandaşlığı 215

3. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı 220
A. İç Pazar Serbestîleri 221
a. Malların Serbest Dolaşımı 221
b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 237
aa. İşçilerin Serbest Dolaşımı 237
bb. Yerleşme Hakkı 243
cc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 249
c. Sermayenin Serbest Dolaşımı 255
B. Birlik Vatandaşlığı 259

4. Serbestîlerin Tahdit Edilmesi ile ilgili Birtakım Saptamalar **271**
A. Tarihi Bakış Açısıyla Gelişim 272
B. Adalet Divanının Serbestînin Tahdit Edilmesine Yönelik Farklı Yaklaşımları 278
C. Serbestînin Tahdit Edilmesi Açısından Uyum 283
D. Temel Haklar 292
E. Birlik Vatandaşlığı ile İç Pazardaki Serbest Dolaşımlar Arasındaki Etkileşim 297

II. BİR SERBESTÎYE AİT TAHDİDİN ÖZELLİKLERİ 302

1. Tahdidi Oluşturan Önlem Türleri **302**

2. Tahdidi Oluşturan Yükün Özellikleri **303**
A. Yükün Etkisinin Önemli Olması 304
B. Yükün Etkisinin Boyutu ve Uzaklığı 307

3. Serbestî Hükümlerinin İhmâl Yoluyla İhlâl Edilebilmesi **309**

III. SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN MUHATAPLARI 312

1. İç Pazar Serbestîleri **313**
A. Malların Serbest Dolaşımı 313
B. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 316
a. İşçilerin Serbest Dolaşımı 316
b. Yerleşme Hakkı 321
c. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 323
C. Sermayenin Serbest Dolaşımı 324

2. Birlik Vatandaşlığı **327**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SERBESTÎNİN TAHDİT EDİLMESİNİN HAKLI GÖSTERİLMESİ 332

I. HAKLI GEREKÇELERİN OLASI DAYANAKLARI 333

1. Kurucu Antlaşmada Yer Alan İstisnalar ve Vasıfları **334**
A. Malların Serbest Dolaşımı 335
a. İstisna Sebepleri 337
aa. Genel ahlak 337
bb. Kamu Düzeni 338
cc. Kamu Güvenliği 340
dd. İnsan, Hayvan veya Bitki Sağlığı ve Hayatının Korunması 342
ee. Artistik, Tarihi veya Arkeolojik Değeri Haiz Ulusal Hazinelerin Korunması 347
ff. Sınaî ve Ticari Mülkiyetin Korunması 348
b. İstisnaların Sınırı: Ticaret Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama 349
B. Kişilerin, Hizmetlerin ve Birlik Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı 351
a. İstisna Sebepleri 357
aa. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Genel Sağlık 357
aaa. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği 357
bbb. Genel Sağlık 368
bb. Kamu Hizmeti ve Kamusal Yetki İstisnaları 369
aaa. Kamu Hizmeti 370
bbb. Kamusal Yetki 374
b. Usuli Güvenceler 376
C. Sermayenin Serbest Dolaşımı 379
a. İstisna Sebepleri 382
aa. Kimi Vergi Mükellefleri Arasında Ayrım Yapılabilmesi 382
bb. Ulusal Hukuk ve Düzenlemelerin İhlâllerinin Önlenmesi 384

cc. Sermaye Dolaşımlarının Bildirimi 384
dd. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği 385
b. İstisnaların Sınırı: Sermayenin Serbest Dolaşımı Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama 386

2. Divan Kararları ile Oluşturulan Kamu Yararına Dayalı Gerekçelendirmeler 387
A. İç Pazar Serbestîleri 390
a. Malların Serbest Dolaşımı 390
b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 393
aa. İşçilerin Serbest Dolaşımı 393
bb. Yerleşme Hakkı 396
cc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı 398
c. Sermayenin Serbest Dolaşımı 401
B. Birlik Vatandaşlığı 403

3. Serbestîlerin Haklı Gösterilmesine İlişkin Gerekçeler ile ilgili Birtakım Saptamalar 407

II. İKİNCİL HUKUKUN VE TEMEL HAKLARIN ETKİSİ 420

1. İkincil Hukukun Etkisi 420
A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması 421
B. İkincil Hukuka Uyumun Birincil Hukuk Çerçevesinde Denetimin Önüne Geçmemesi 425

2. Temel Hakların Etkisi 428
A. Serbestînin Tahdit Edilmesinin Temel Haklar ile Haklı Gösterilmesi 429
B. Serbestîyi Haklı Gösteren Önlemin Temel Haklar ile Uyumlu Olması 435

III. HAKLI GEREKÇELERİN SINIRI OLARAK ORANTILILIK İLKESİ 441

1. Orantılılık İlkesi Hakkında Genel Tespitler 442
A. Orantılılık İlkesinin Tanımı 442
B. Orantılılık İlkesinin Gelişimi ve Kullanım Alanları 443
C. Orantılılık İlkesinin İşlevi 444
D. Orantılılık İlkesinin Önemi 445
E. Orantılılık Hakkında Karar Verecek Mahkeme 446
F. Orantılılık İlkesi Yönünden İspat Yükü 447

2. Orantılılık İlkesinin Unsurları 449
A. Orantılılık İlkesinin Unsurlarına Dair Genel Tespitler 450
B. Orantılılık İlkesinin Unsurları 452
a. Uygunluk 453
b. Gereklilik 457
c. *Stricto Sensu* Orantılılık 461

3. Orantılılık Testinin Yoğunluğu 465
A. Orantılılık Testinin Yoğunluğunu Etkileyen Etmenler 466
B. Orantılılık Testinin Yoğunluğuna İlişkin Kimi Genellemeler 469
a. Amaç Denetimi ile Araç Denetimi 469
b. Bir Konunun Hassasiyeti 469
c. Bir Alandaki Yetki 473
d. Bir Tahdidin Niteliği 474
e. Bütünüyle Yasaklama ile Kısmî Yasaklama 474
f. Önceden İzin Alma ile Bildirimde Bulunma 476
g. İlgili Meşru Çıkara Dair Ortak Bir Koruma Düzeyi Olması 477
h. Bir Alanda Üye Devletlere Ait Çoğunluk Uygulaması Olması 478

4. Orantılılık İlkesi ve Usuli Güvenceler 481

SONUÇ **488**

KAYNAKÇA **496**

TEZ ÖZETİ **528**

SUMMARY OF THE THESİS **530**

ŞEKİL LİSTESİ

ŞEKİL 1: BÜTÜNLEŞMENİN FARKLI AŞAMALARI 12
ŞEKİL 2: İÇ PAZARIN TEMEL İLKELERİ 59
ŞEKİL 3: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN DOĞRUDAN ETKİSİ 82
ŞEKİL 4: KURUCU ANTLAŞMADAKİ SERBEST DOLAŞIM HÜKÜMLERİNİN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI 102
ŞEKİL 5: 2004/38 SAYILI DİREKTİF UYARINCA İKÂMET VE EŞİTLİK 141
ŞEKİL 6: KURUCU ANTLAŞMADAKİ SERBEST DOLAŞIM HÜKÜMLERİNİN TAMAMEN ÜLKE İÇİ İLİŞKİ İÇİNDE KALAN DURUMLARA UYGULANMAMASI 164
ŞEKİL 7: VATANDAŞLIK TEMELİNDE AYRIMCILIK YAPILMASI YASAĞINA İLİŞKİN TESPİTLER 186
ŞEKİL 8: SERBESTÎNİN KISITLANMASI YASAĞINA İLİŞKİN TESPİTLER 193
ŞEKİL 9: VATANDAŞLIK TEMELİNDE DOĞRUDAN (AÇIK) AYRIMCILIK YAPILAMAMASI 194
ŞEKİL 10: VATANDAŞLIK TEMELİNDE DOLAYLI (ÖRTÜLÜ) AYRIMCILIK YAPILAMAMASI 205
ŞEKİL 11: SERBESTÎNİN KISITLANMASI YASAĞI 220
ŞEKİL 12: MALLARIN SERBEST DOLAŞIMINDA TAHDİT VE HAKLI GÖSTERME 272
ŞEKİL 13: KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMINDA TAHDİT VE HAKLI GÖSTERME 274
ŞEKİL 14: SERMAYENİN SERBEST DOLAŞIMINDA TAHDİT VE HAKLI GÖSTERME 277
ŞEKİL 15: BİRLİK VATANDAŞLARININ SERBEST DOLAŞIMINDA TAHDİT VE HAKLI GÖSTERME 278
ŞEKİL 16: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNE AİT BÜTÜNSEL YAKLAŞIM I 279
ŞEKİL 17: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNE AİT BÜTÜNSEL YAKLAŞIM II 280
ŞEKİL 18: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN TAHDİDİNE YÖNELİK UYUM VE FARKLILIK 291
ŞEKİL 19: SERBESTÎYİ TAHDİT EDEN ÖNLEMLERİN HAKLI GÖSTERİLMESİ 332
ŞEKİL 20: DOĞRUDAN AYRIMCI ÖNLEMLERİN HAKLI GÖSTERİLMESİ 334
ŞEKİL 21: İKÂMET SÜRESİNE GÖRE KULLANILABİLECEK İSTİSNA SEBEPLERİ 355
ŞEKİL 22: KAMU DÜZENİ TEMELİNDE BİR BİREY SINIRDIŞI EDİLMEDEN ÖNCE DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKENLER 378
ŞEKİL 23: DOLAYLI AYRIMCI VE SERBESTÎYİ KISITLAYAN ÖNLEMLERİN HAKLI GÖSTERİLMESİ 390
ŞEKİL 24: SERBESTÎYİ TAHDİT EDEN ÖNLEMLERİN HAKLI GÖSTERİLMESİ 408
ŞEKİL 25: KURUCU ANTLAŞMADAKİ İSTİSNA SEBEPLERİ 411
ŞEKİL 26: SERBESTÎYİ TÂHDİT EDEN ÖNLEMLERİN TEMEL HAKLAR İLE HAKLI GÖSTERİLEBİLMESİ 429
ŞEKİL 27: SERBESTÎYİ TÂHDİT EDEN ÖNLEMİN TEMEL HAKLAR İLE UYUMLU OLMASI GEREKLİLİĞİ 435
ŞEKİL 28: TEMEL HAKLAR İLE SERBESTÎLER ARASINDAKİ İLİŞKİ 438
ŞEKİL 29: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA DÜZENİ YÖNÜNDEN UYUM 489
ŞEKİL 30: SERBESTÎ HÜKÜMLERİNİN TAHDİDİNE YÖNELİK UYUM 490

KISALTMALAR

AA : Amsterdam Antlaşması

AAA : Avrupa Anayasal Antlaşması

AB : Avrupa Birliği

ABA : Avrupa Birliği Antlaşması

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABİHA : Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma

AEA : Avrupa Ekonomik Alanı

AET : Avrupa Ekonomik Topluluğu

AETA : Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması

AG : Advocate General / Hukuk Sözcüsü

AHDBK : Avrupa Hükümet ve Devlet Başkanları Konseyi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AnkA : Ankara Anlaşması

AP : Avrupa Parlamentosu

AT : Avrupa Topluluğu

ATA : Avrupa Topluluğu Antlaşması

ATS : Avrupa Tek Senedi

DTÖ : Dünya Ticaret Örgütü

ECR : European Court Reports / Avrupa Mahkemesi Tutanakları

EFTA : European Free Trade Association / Avrupa Serbest Ticaret Birliği

GATT : General Agreements on Tariffs and Trade / Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması

FIFA : Fédération Internationale de Football Association / Uluslararası Futbol Birlikleri Federasyonu

HAK : Hükümetler Arası Konferans

KP : Katma Protokol

LA : Lizbon Antlaşması

MA : Maastricht Antlaşması

md. : madde

NA : Nice Antlaşması

NAFTA : North American Free Trade Agreement / Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması

KP : Katma Protokol

OJ : Official Journal / Resmi Gazete

OKK : Ortaklık Konseyi Kararı

pr. : Paragraph (Paragraf)

pt. : Point (Nokta)

Rn. : Randnummer (Kenar sayısı)

rt. : Recital (İfade)

s. : sayfa(lar)

UEFA : Union of European Football Associations / Avrupa Futbol Federasyonları Birliği

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

WTO : World Trade Organization / Dünya Ticaret Örgütü

Dava Listesi

Adalet Divanı - Davalar

- Case 7/61 *Commission of the European Economic Community v Italian Republic* [1961] ECR 317.
- Case 26/62 *NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen* [1963] ECR 1.
- Case 75/63 *Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (Administration of the Industrial Board for Retail Trades and Businesses)* [1964] ECR 177.
- Case 6/64 *Costa v. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL)* [1964] ECR 585.
- Case 32/65 *Italian Republic v Council of the European Economic Community and Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 389.
- Case 44/65 *Hessische Knappschaft v Maison Singer and sons* [1965] ECR 965.
- Case 7/68 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1968] ECR 423.
- Case 15/69 *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola* [1969] ECR 363.
- Case 29/69 *Erich Stauder v City of Ulm* [1969] ECR 419.
- Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.
- Joined Cases 51–54/71 *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor groenten en fruit* [1971] ECR 1107.
- Case 44/72 *Pieter Marsman v M. Rosskamp* [1972] ECR 1243.
- Case 76/72 *Michel S v. Fonds National de Reclassement Handicapes* [1973] ECR 457.
- Case 2/73 *Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi* [1973] ECR 865.
- Case 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* [1974] ECR 491.
- Case 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153.
- Case 167/73 *Commission of the European Communities v French Republic* [1974] ECR 359.
- Case 2/74 *Jean Reyners v Belgian State* [1974] ECR 631.
- Case 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837.
- Case 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299.
- Case 36/74 *Walrave and Koch v Association Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405.
- Case 41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337.
- Case 67/74 *Carmelo Angelo Bonsignore v Oberstadtdirektor der Stadt Köln* [1975] ECR 297.
- Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Landwirtschaftskammer* [1975] ECR 843.
- Case 24/75 *Teresa et Silvana Petroni v Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Bruxelles* [1975] ECR 1149.
- Case 32/75 *Fiorini (nee Cristini) v. Societe Nationale des Chemins de Fer Français* [1975] ECR 1085.
- Case 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* [1975] ECR 1219.
- Case 43/75 *Defrenne v SA Belge de Navigation Aerienne (SABENA) (No.2)* [1976] ECR 455.
- Case 48/75 *Jean Noël Royer* [1976] ECR 497.
- Case 104/75 *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613.
- Case 118/75 *Lynne Watson and Alessandro Belmann* [1976] ECR 1185.
- Case 35/76 *Simmenthal SpA v Ministère des finances italien* [1976] ECR 1871.
- Case 46/76 *W. J. G. Bauhuis v The Netherlands State* [1977] ECR 5.
- Case 63/76 *Inzirillo v Caisse d'Allocations Familiales de L'Arrondissement de Lyon* [1976] ECR 2057.
- Case 71/76 *Thieffry v Conseil de l' Ordre des Avocats à la Cour de Paris* [1977] ECR 765.
- Case 74/76 *Iannelli & Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni* [1977] ECR 557.
- Case 90/76 *S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde v S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI)* [1977] ECR 1091.
- Joined Cases 117/76 and 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. Contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe* [1977] ECR 1753.
- Case 5/77 *Carlo Tedeschi v Denkavit Commerciale s.r.l.* [1977] ECR 1555.
- Case 8/77 *Concetta Sagulo, Gennaro Brenca et Addelmadjid Bakhouche* [1977] ECR 1495.
- Case 30/77 *Régina v Pierre Bouchereau* [1979] ECR 1999.
- Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629.
- Case 7/78 *Regina v Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss* [1978] ECR 2247.
- Case 15/78 *Société générale alsacienne de banque SA v Walter Koestler* [1978] ECR 1971.

- Case 83/78 *Pigs Marketing Board v Raymond Redmond* [1978] ECR 2347.
- Joined Cases 110/78 and 111/78 *Ministère public and"Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique" ASBL v Willy van Wesemael and others* [1979] ECR 35.
- Case 115/78 *J. Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken* [1979] ECR 399.
- Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649.
- Case 136/78 *Criminal proceedings against Vincent Auer* [1979] ECR 437.
- Case 152/78 *Commission of the European Communities v French Republic* [1980] ECR 2299.
- Case 175/78 *La Reine v Vera Ann Saunders* [1979] ECR 1129.
- Case 207/78 *Ministere Public v. Even and ONPTS* [1979] ECR 2019.
- Case 232/78 *Commission of the European Communities v French Republic* [1979] ECR 2729.
- Case 251/78 *Firma Denkavit Futtermittel GmbH v Minister für Ernähung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen* [1979] ECR 3369.
- Case 16–20/79 *Criminal proceedings against Joseph Danis and others* [1979] ECR 3327.
- Case 34/79 *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby* [1979] ECR 3495.
- Case 44/79 *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727.
- Case 62/79 *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, and others v Ciné Vog Films and others* [1980] ECR 881.
- Case 149/79 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium II* [1982] ECR 1845.
- Case 149/79 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1980] ECR 3881.
- Case 807/79 *Giacomo Gravina and others v Landesversicherungsanstalt Schwaben* [1980] ECR 2205.
- Case 810/79 *Peter Überschär v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* [1980] ECR 2747.
- Case 22/80 *Boussac Saint-Frères SA v Brigitte Gerstenmeier* [1980] ECR 3427.
- Case 113/80 *Commission of the European Communities v Ireland* [1981] ECR 1625.
- Case 132/80 *NV United Foods and PVBA Aug. Van den Abeele v Belgian State* [1981] ECR 995.
- Case 155/80 *Summary proceedings agains Sergius Oebel* [1981] ECR 1993.
- Case 158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen v Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805.
- Case 193/80 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1981] ECR 3019.
- Case 203/80 *Criminal proceedings against Guerrino Casati* [1981] ECR 2595.
- Case 272/80 *Criminal proceedings against Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV* [1981] ECR 3277.
- Case 279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb* [1981] ECR 3305.
- Case 15/81 *Gaston Schul Douane Expediteur BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal* [1982] ECR I-1409.
- Case 53/81 *Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035.
- Case 65/81 *Francesco Reina and Letizia Reina v Landeskreditbank Baden-Württemberg* [1982] ECR 33.
- Case 75/81 *Joseph Henri Thomas Blesgen v Belgian State* [1982] ECR 1211.
- Case 95/81 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1982] ECR 2187.
- Joined Cases 115 and 116/81 *Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State* [1982] ECR 166.
- Case 124/81 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1983] ECR 203.
- Case 220/81 *Criminal proceedings against Timothy Frederick Robertson and others* [1982] ECR 2349.
- Case 249/81 *Commission of the European Communities v Ireland* [1982] ECR 4005.
- Case 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA* [1982] ECR 3961.
- Case 262/81 *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films SA and others* [1982] ECR 3381.
- Case 286/81 *Criminal proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV* [1982] ECR 4575.
- Joined Cases 35/82 and 36/82 *Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands and Head of the Plaatselijke Politie within the meaning of the Vreemdelingenwet; Sweradjie Jhanjan v State of the Netherlands* [1982] ECR 3723.
- Case 40/82 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1984] ECR 2793.
- Case 42/82 *Commission of the European Communities v French Republic* [1983] ECR 1013.
- Case 59/82 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Weinvertriebs-GmbH* [1983] ECR 1217.

- Case 94/82 *Criminal proceedings against De Kikvorsch Groothandel-Import-Export BV* [1983] ECR 947.
- Case 174/82 *Criminal proceedings against Sandoz BV* [1983] ECR 2445.
- Joined Cases 177 and 178/82 *Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] ECR 1797.
- Case 222/82 *Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd and others* [1983] ECR 4083.
- Case 237/82 *Jongeneel Kaas BV and others v State of the Netherlands and Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole* [1984] ECR 483.
- Case 238/82 *Duphar BV and others v The Netherlands State* [1984] ECR 523.
- Joined Cases 286/82 and 26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.
- Case 16/83 *Criminal proceedings against Karl Prantl* [1984] ECR 1299.
- Case 72/83 *Campus Oil Limited and others v Minister for Industry and Energy and others* [1984] ECR 2727.
- Case 177/83 *Th. Kohl KG v Ringelhan & Rennett SA and Ringelhan Einrichtungs GmbH* [1984] ECR 3651.
- Case 180/83 *Hans Moser v Land Baden-Württemberg* [1984] ECR 2539.
- Case 207/83 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1985] ECR 1201.
- Case 220/83 *Commission of the European Communities v French Republic* [1986] ECR 3663.
- Case 229/83 *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc and others v SARL "Au blé vert" and others* [1985] ECR 1.
- Case 231/83 *Henri Cullet and Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers v Centre Leclerc à Toulouse and Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville* [1985] ECR 305.
- Case 249/83 *Vera Hoeckx v Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout* [1985] ECR 973.
- Case 261/83 *Carmela Castelli v Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés (ONPTS)* [1984] ECR 3199.
- Case 267/83 *Diatta v Land Berlin* [1985] ECR 567.
- Case 270/83 *Commission of the European Communities v French Republic* [1986] ECR 273.
- Case 21/84 *Commission of the European Communities v French Republic* [1985] ECR 1355.
- Case 41/84 *Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie* [1986] ECR 1.
- Case 137/84 *Criminal proceedings against Robert Heinrich Maria Mutsch* [1985] ECR 2681.
- Case 178/84 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1987] ECR 1227.
- Case 182/84 *Criminal proceedings against Miro BV* [1985] 3731.
- Case 188/84 *Commission of the European Communities v French Republic* [1986] ECR 419.
- Case 197/84 *P. Steinhauser v City of Biarritz* [1985] ECR 1819.
- Case 205/84 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1986] ECR 3755.
- Case 222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.
- Case 284/84 *L. A. Spruyt v Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* [1986] ECR 685.
- Case 300/84 *A. J. M. van Roosmalen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen* [1986] ECR 3097.
- Case 307/84 *Commission of the European Communities v French Republic* [1986] ECR 1725.
- Case 59/85 *State of the Netherlands v Ann Florence Reed* [1986] ECR 1283.
- Case 66/85 *Lawrie–Blum v Land Baden–Württemberg* [1986] ECR 2121.
- Case 79/85 *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR 2375.
- Case 121/85 *Conegate Limited v HM Customs & Excise* [1986] ECR 1007.
- Case 139/85 *Kempf v Staatssecretaris van Justitie* [1986] ECR 1741.
- Case 157/85 *Luigi Brugnoni and Roberto Ruffinengo v Cassa di risparmio di Genova e Imperia* [1986] ECR I-2013
- Case 168/85 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1986] ECR 2945.
- Case 225/85 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1987] ECR 2625.

- Case 311/85 *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801.
- Case 316/85 *Centre public d'aide sociale de Courcelles v Marie-Christine Lebon* [1987] ECR 2811.
- Case 352/85 *Bond van Adverteerders and Others v Netherlands State* [1988] ECR 2085.
- Case 355/85 *Mr Driancourt, Commissioner of Police, Thouars, carrying out the duties of Public Prosecutor v Michel Cognet* [1986] ECR 3231.
- Case 407/85 *3 Glocken GmbH and Gertraud Kritzinger v USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano* [1988] ECR 4233.
- Case 12/86 *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719.
- Case 39/86 *Sylvie Lair v Universität Hannover* [1988] ECR 3161.
- Case 60/86 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1988] ECR 3921.
- Case 63/86 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1988] ECR 29.
- Case 98/86 *Criminal proceedings against Arthur Mathot* [1987] ECR 809.
- Case 197/86 *Steven Malcolm Brown v The Secretary of State for Scotland* [1988] ECR 3205.
- Case 222/86 *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others* [1987] ECR 4097.
- Case 263/86 *Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel* [1988] ECR 5365.
- Case 286/86 *Ministère public v Gérard Deserbais* [1988] ECR 4907.
- Case 292/86 *Claude Gullung v Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne* [1988] ECR 111.
- Case 302/86 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [1988] ECR 4607.
- Case 20/87 *Ministère public v André Gauchard* [1987] ECR 4879.
- Case 81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc* [1988] ECR 5483.
- Case 186/87 *Ian William Cowan v Trésor public* [1989] ECR 195.
- Case 196/87 *Steymann v Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 6159.
- Case 204/87 *Criminal proceedings against Guy Bekaert* [1988] ECR 2029.
- Case 266–267/87 *The Queen v Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers and others* [1989] ECR 1295.
- Case 305/87 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1989] ECR 1461.
- Case 321/87 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1989] ECR 997.
- Case 344/87 *Bettray v Staatssecretaris van Justitie* [1989] ECR 1921.
- Case C-349/87 *Elissavet Paraschi v Landesversicherungsanstalt Württemberg* [1991] ECR I-4501.
- Case 382/87 *R. Buet and Educational Business Services (EBS) v Ministère public* [1989] ECR 1235.
- Joined Cases 389/87 and 390/87 *G. B. C. Echternach and A. Moritz v Minister van Onderwijs en Wetenschappen* [1989] ECR 723.
- Case C-3/88 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1989] ECR 4035.
- Case C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara* [1990] ECR I-889.
- Case 33/88 *Pilar Allué and Carmel Mary Coonan v Università degli studi di Venezia* [1989] ECR 1591.
- Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 *Criminal proceedings against Eleonora Nino and others* [1990] ECR I-3537.
- Case C-145/88 *Torfaen Borough Council v B & Q plc* [1989] ECR I-3851.
- Case 212/88 *Criminal proceedings against F. Levy* [1989] ECR 3511.
- Case C-228/88 *Giovanni Bronzino v Kindergeldkasse* [1990] ECR I-531.
- Case C-265/88 *Criminal proceedings against Lothar Messner* [1989] ECR I-4209.
- Case C-293/88 *E. M. Winter-Lutzins v Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* [1990] ECR I-1623.
- Case C-302/88 *Hennen Olie BV v Stichting Interim Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieprodukten and State of the Netherlands* [1990] ECR I-4625.
- Case C-306/88 *Rochdale Borough Council v Stewart John Anders* [1992] ECR I-6457.
- Case C-331/88 *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others* [1990] ECR I-4023.
- Case C-347/88 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1990] ECR I-4747.
- Case C-362/88 *GB-INNO-BM v Confédération du commerce luxembourgeois* [1990] ECR I-667.
- Case C-12/89 *Antonio Gatto v Bundesanstalt für Arbeit* [1990] ECR I-557.

- Case C-68/89 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [1991] ECR I-2637.
- Case C-93/89 *Commission of the European Communities v Ireland* [1991] ECR I-4569.
- Case C-113/89 *Rush Portuguesa Ld[a] v Office national d'immigration* [1990] ECR I-1417.
- Case C-154/89 *Commission of the European Communities v French Republic* [1991] ECR I-659.
- Case C-192/89 *Sevince v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I – 3461.
- Case C-198/89 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1991] ECR I-727.
- Case C-221/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others* [1991] ECR I-3905.
- Case C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others* [1991] ECR I-2925.
- Case C-287/89 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1991] ECR I-2233.
- Case C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007.
- Case C-292/89 *The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* [1991] ECR I-745.
- Case C-306/89 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1991] ECR I-5863.
- Case C-312/89 *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne v SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles and Société Jima* [1991] ECR I-997.
- Case C-332/89 *Criminal proceedings against André Marchandise, Jean-Marie Chapuis and SA Trafitex* [1991] ECR I-1027.
- Case C-340/89 *Vlassopoulou v Ministerium fuer Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg* [1991] ECR I-2357.
- Case C-357/89 *Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen* [1992] ECR I-1027.
- Case C-363/89 *Danielle Roux v Belgian State* [1991] ECR I-273.
- Case C-367/89 *Criminal proceedings against Aimé Richardt and Les Accessoires Scientifiques SNC* [1991] ECR I-4621.
- Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivía SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña* [1991] ECR I-4151.
- Case C-2/90 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1992] ECR I-4431.
- Case C-10/90 *Masgio v Bundesknappschaft* [1991] ECR I-1119.
- Case C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.
- Case C-47/90 *Établissements Delhaize frères and Compagnie Le Lion SA v Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA* [1992] ECR I-3669.
- Case C-76/90 *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] ECR I-4221.
- Case C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others* [1991] ECR I-4685.
- Case C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889.
- Case C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann v Belgian State* [1992] ECR I-249.
- Case C-213/90 *Association de Soutien aux Travailleurs Immigres (ASTI) v Chambre des employés privés* [1991] ECR I-3507.
- Case C-239/90 *SCP Boscher, Studer et Fromentin v SA British Motors Wright and others* [1991] ECR I-2023.
- Case C-304/90 *Reading Borough Council v Payless DIY Ltd, Wickes Building Supplies Ltd, Great Mills (South) Ltd, Homebase Ltd, B & Q Plc* [1992] ECR I-6493.
- Case C-332/90 *Volker Steen v Deutsche Bundespost* [1992] ECR I-341.
- Case C-369/90 *Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria* [1992] ECR I-4239.
- Case C-370/90 *The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh* [1992] ECR I-4265.
- Joined cases C-13/91 and C-113/91 *Criminal proceedings against Michel Debus* [1992] ECR I-3617.
- Case 126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v Yves Rocher GmbH* [1993] ECR I-2361.
- Case C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-487.
- Case C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc* [1992] ECR I-6635.

- Case C-211/91 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1992] ECR I-6757.
- Joined Cases Case C-267–268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] ECR I-6097.
- Case C-330/91 *The Queen v Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG* [1993] ECR I-4017.
- Case C-8/92 *General Milk Products GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1993] ECR I-779.
- Case C-11/92 *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd, Imperial Tobacco Ltd and Rothmans International Tobacco (UK) Ltd* [1993] ECR I-3545.
- Case C-17/92 *Federación de Distribuidores Cinematográficos v Estado Español et Unión de Productores de Cine y Televisión* [1993] ECR I-2239.
- Case C-19/92 *Kraus v Land Baden-Wuerttemberg* [1993] ECR I-1663.
- Case C-42/92 *Adrianus Thijssen v Controledienst voor de verzekeringen* [1993] ECR I-4047.
- Joined Cases C-45/92 and C-46/92 *Vito Canio Lepore and Nicolantonio Scamuffa v Office national des pensions* [1993] ECR I-6497.
- Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145.
- Case C-109/92 *Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover* [1993] ECR I-6447.
- Case 271/92 *Laboratoire de Prothèses Oculaires v Union Nationale des Syndicats d'Opticiens de France and Groupement d'Opticiens Lunetiers Détaillants and Syndicat des Opticiens Français Indépendants and Syndicat National des Adapteurs d'Optique de Contact* [1993] ECR I-2899.
- Case C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler* [1994] ECR I-1039.
- Case C-292/92 *Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* [1993] ECR I-6787.
- Case C-379/92 *Criminal proceedings against Matteo Peralta* [1994] ECR I-3453.
- Case C-393/92 *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477.
- Case C-398/92 *Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport* [1994] ECR I-467.
- Joined Cases C-401/92 and C-402/92 *Criminal proceedings against Tankstation 't Heukske vof and J. B. E. Boermans* [1994] ECR I-2199.
- Case C-404/92P *X v Commission of the European Communities* [1994] ECR I-4737.
- Case C-419/92 *Ingetraut Scholz v Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda* [1994] ECR I-505.
- Case C-1/93 *Halliburton Services BV v Staatssecretaris van Financiën* [1994] ECR I-1137.
- Case C-12/93 *Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging v V. A. Drake* [1994] ECR I-4337.
- Case C-17/93 *Criminal proceedings against J.J.J. Van der Veldt* [1994] ECR I-3537 pr. 17.
- Case C-23/93 *TV10 SA v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4795.
- Case C-37/93 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1993] ECR I-6295.
- Joined cases C-69/93 and C-258/93 *Punto Casa SpA v Sindaco del Comune di Capena et Comune di Capena and Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) v Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo and Comune di Torri di Quartesolo* [1994] ECR I-2355.
- Case C-55/93 *Criminal proceedings against Johannes Gerrit Cornelis van Schaik* [1994] ECR I-4837.
- Case C-131/93 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1994] ECR I-3303.
- Case C-154/93 *Abdullah Tawil-Albertini v Ministre des Affaires Sociales* [1994] ECR I-451.
- Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker* [1995] ECR I-225.
- Case C-320/93 *Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH* [1994] ECR I-5243.
- Case C-323/93 *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenn* [1994] ECR I-5077.
- Case C-324/93 *The Queen v Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd* [1995] ECR I-563.
- Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Criminal proceedings against Aldo Bordessa and Vicente Marí Mellado and Concepción Barbero Maestre* [1995] ECR I-361.
- Case C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141.
- Case C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* [1995] ECR I-4921.

- Joined Cases C-418–421/93, C-460–462/93, C-464/93, C-9–11/94, C-14–15/94, C-23–24/94 and C-332/94 *Semeraro Casa Uno Srl v Sindaco del Comune di Erbusco ve Semeraro Mobili SpA v Sindaco del Comune di Erbusco ve RB Arredamento Srl v Sindaco del Comune di Stezzano ve Città Convenienza Milano Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio ve Città Convenienza Bergamo Srl v Sindaco del Comune di Stezzano ve Centro Italiano Mobili Srl v Sindaco del Comune di Pineto ve Il 3C Centro Convenienza Casa Srl v Sindaco del Comune di Roveredo in Piano ve Benelli Confezioni SNC v Sindaco del Comune di Capena ve M. Quattordici Srl v Commissario straordinario del Comune di Terlizzi ve Società Italiana Elettronica Srl (SIEL) v Sindaco del Comune di Dozza ve Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio ve Modaffari Srl v Comune di Cinisello Balsamo ve Cologno Srl v Sindaco del Comune di Cologno Monzese ve Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Osio Sopra ve M. Dieci Srl v Sindaco del Comune di Madignano ve Consorzio Centro Commerciale "Il Porto" v Sindaco del Comune di Adria* [1996] ECR I-2975.
- Case C-443/93 *Ioannis Vougioukas v Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA)* [1995] ECR I-4033.
- Case C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH* [1995] ECR I-1923.
- Case 473/93 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [1996] ECR I-3207.
- Case C-484/93 *Peter Svensson et Lena Gustavsson v Ministre du Logement et de l'Urbanisme* [1995] ECR I-3955.
- Case C-5/94 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd* [1996] ECR I-2553.
- Case C-16/94 *Édouard Dubois & Fils SA and Général Cargo Services SA v Garonor Exploitation SA* [1995] ECR I-2421.
- Case C-55/94 *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.
- Case C-80/94 *G. H. E. J. Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen* [1995] ECR I-2493.
- Case C-107/94 *P. H. Asscher v Staatssecretaris van Financiën* [1996] ECR I-3089.
- Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Criminal proceedings against Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez and Figen Kapanoglu* [1995] ECR I-4821.
- Case 173/94 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1996] ECR I-3265.
- Case C-175/94 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher* [1995] ECR I-4253.
- Joined Cases C-178–179 ve 188–190/94 *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v Bundesrepublik Deutschland* [1996] ECR I-4845.
- Case C-193/94 *Criminal proceedings against Sofia Skanavi and Konstantin Chryssanthakopoulos* [1996] ECR I-929.
- Case C-194/94 *CIA Security International SA v Signalson SA and Securitel SPRL* [1996] ECR I-2201.
- Case C-206/94 *Brennet AG v Vittorio Paletta* [1996] ECR I-2357.
- Case C-214/94 *Ingrid Boukhalfa v Bundesrepublik Deutschland* [1996] ECR I-2253.
- Case C-237/94 *John O'Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617.
- Case C-272/94 *Criminal proceedings against Michel Guiot* [1996] ECR I-1905.
- Case C-290/94 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1996] ECR I-3285.
- Case C-315/94 *Peter de Vos v Stadt Bielefeld* [1996] ECR I-1417.
- Joined Cases C-321–324/94 *Criminal proceedings against Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau and Didier Oberti* [1997] ECR I-2343.
- Case C-3/95 *Reisebüro Broede v Gerd Sandker* [1996] ECR I-6511.
- Case C-28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] ECR I-4161.
- Case C-29/95 *Eckehard Pastoors and Trans-Cap GmbH v Belgian State* [1997] ECR I-285.
- Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and Konsumentombudsmannen (KO) v TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)* [1997] ECR I-3843.
- Case C-43/95 *Data Delecta Aktiebolag and Ronny Forsberg v MSL Dynamics Ltd* [1996] ECR I-4661.
- Case C-57/95 *French Republic v Commission of the European Communities* [1997] ECR I-1627.
- Joined Cases C-65/95 and C-111/95 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) and ex parte Abbas Radiom (C-111/95)* [1997] ECR I-3343.
- Case C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA and Anni Azzurri Rezzato Srl v Regione Lombardia* [1997] ECR I-3395.

- Case C-120/95 *Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés* [1998] ECR I-1831.
- Case C-171/95 *Recep Tetik v Land Berlin* [1997] ECR I-329**.**
- Case C-189/95 *Criminal proceedings against Harry Franzén* [1997] ECR I-5909.
- Case C-222/95 *Société civile immobilière Parodi v Banque H. Albert de Bary et Cie* [1997] ECR I-3899.
- Case C-250/95 *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions* [1997] ECR I-2471.
- Case C-258/95 *Julius Fillibeck Söhne GmbH & Co. KG v Finanzamt Neustadt* [1997] ECR I-5577.
- Case C-265/95 *Commission of the European Communities v French Republic* [1997] ECR I-6959.
- Case C-284/95 *Safety Hi-Tech Srl v S. & T. Srl* [1998] ECR I-4301.
- Case C-299/95 *Friedrich Kremzow v Republik Österreich* [1997] ECR I-2629.
- Case C-344/95 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1997] ECR I-1035.
- Case C-351/95 *Selma Kadiman v Freistaat Bayern* [1997] ECR I-2133.
- Case C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag* [1997] ECR I-3689.
- Case C-388/95 *Kingdom of Belgium v Kingdom of Spain* [2000] ECR I-3123.
- Case C-398/95 *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion v Ypourgos Ergasias* [1997] ECR I-3091.
- Case C-1/96 *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.* [1998] ECR I-1251.
- Case C-15/96 *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou v Freie und Hansestadt Hamburg* [1998] ECR I-47.
- Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Christelle Deliège v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97)* [2000] ECR I-2549.
- Case C-57/96 *H. Meints v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [1997] ECR I-6689.
- Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Land Nordrhein-Westfalen v Uecker and Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-3171.
- Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.
- Case C-85/96 *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691.
- Case C-90/96 *David Petrie and Others and Università degli Studi di Verona Camilla Bettoni* [1997] ECR I-6527.
- Case C-118/96 *Jessica Safir v Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i Kopparbergs Län* [1998] ECR I-1897.
- Case C-158/96 *Raymond Kohll v Union des caisses de maladie* [1998] ECR I-1931.
- Case C-184/96 *Commission of the European Communities v French Republic* [1998] ECR I-6197.
- Case C-200/96 *Metronome Musik GmbH v Music Point Hokamp GmbH* [1998] ECR I-1953.
- Case C-210/96 *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt* [1998] ECR I-4657.
- Case C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1998] ECR I-4695.
- Case C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637.
- C-309/96 *Daniele Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia and Presidente Regione Lazio* [1997] ECR I-7497.
- Case C-336/96 *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin* [1998] ECR I-2793.
- Case C-348/96 *Criminal proceedings against Donatella Calfa* [1999] ECR I-11.
- Case C-350/96 *Clean Car Autoservice GesmbH v Landeshauptmann von Wien* [1998] ECR I-2521.
- Case C-367/96 *Alexandros Kefalas and Others v Elliniko Dimosio (Greek State) and Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)* [1998] ECR I-2843.
- Case C-389/96 *Aher-Waggon GmbH v Bundesrepublik Deutschland* [1998] ECR I-4473.
- Case C-410/96 *Criminal proceedings against André Ambry* [1998] ECR I-7875.
- Case C-1/97 *Mehmet Birden v Stadtgemeinde Bremen* [1998] ECR I-7747.
- Case C-2/97 *Società italiana petroli SpA (IP) v Borsana Srl* [1998] ECR I- 8597.
- Joined Cases C-10–22/97 *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl and Mafar Srl* [1998] ECR I-6307.
- Case C-35/97 *Commission of the European Communities v French Republic* [1998] ECR I-5325.

- Case C-67/97 *Criminal proceedings against Ditlev Bluhme* [1999] ECR I-8033.
- Case C-114/97 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [1998] ECR I-6717.
- Case C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish State)* [1999] ECR I-6067.
- Case C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-2357.
- Case C-222/97 *Manfred Trummer and Peter Mayer* [1999] ECR I-1661.
- Case C-224/97 *Erich Ciola v Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517.
- Case C-254/97 *Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France and Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA v Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances and Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation* [1999] ECR I-4809.
- Case C-255/97 *Pfeiffer Großhandel GmbH v Löwa Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835.
- Joined cases C-270/97 and C-271/97 *Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers (C-270/97) and Brunhilde Schrage (C-271/97)* [2000] ECR I-929.
- Case C-292/97 *Kjell Karlsson and Others* [2000] ECR I-2737.
- Case C-294/97 *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna* [1999] ECR I-7447.
- Case C-302/97 *Klaus Konle v Republik Österreich* [1999] ECR I-3099.
- Case C-329/97 *Sezgin Ergat v Stadt Ulm* [2000] ECR I-1487.
- Case C-337/97 *C.P.M. Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [1999] ECR I-3289.
- Case C-340/97 *Ömer Nazli, Caglar Nazli and Melike Nazli v Stadt Nürnberg* [2000] ECR I-957.
- Case C-350/97 *Wilfried Monsees v Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten* [1999] ECR I-2921.
- Case C-366/97 *Criminal proceedings against Massimo Romanelli and Paolo Romanelli* [1999] ECR I-855.
- Case C-373/97 *Dionysios Diamantis v Elliniko Dimosio (Greek State) and Organismos Ikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)* [2000] ECR I-1705.
- Case C-378/97 *Criminal proceedings against Florus Ariël Wijsenbeek* [1999] ECR I-6207.
- Case C-394/97 *Criminal proceedings against Sami Heinonen* [1999] ECR I-3599.
- Case C-412/97 *ED Srl v Italo Fenocchio* [1999] ECR I-3845.
- Case C-439/97 *Sandoz GmbH v Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland* [1999] ECR I-7041.
- Case C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v B.G.M. Verkooijen* [2000] ECR I-4071.
- Case C-44/98 *BASF v Präsident des Deutschen Patentamts* [1999] ECR I-6269.
- Joined cases C-49/98, C-50/98, C-52/98 to C-54/98 and C-68/98 to C-71/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) and Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) v Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft and Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft v Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) and Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)* [2001] ECR I-7831.
- Case C-55/98 *Skatteministeriet v Bent Vestergaard* [1999] ECR I-7641.
- Case C-58/98 *Josef Corsten* [2000] ECR I-7919.
- Case C-97/98 *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] ECR I-7319.
- Case C-108/98 *RI.SAN. Srl v Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA, Ischia Ambiente SpA* [1999] ECR I-5219.
- Case C-156/98 *Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities* [2000] ECR I-6857.
- Case C-172/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1999] ECR I-3999.
- Case C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH* [2000] ECR I-493.
- Case C-195/98 *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst v Republik Österreich* [2000] ECR I-10497.
- Case C-203/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1999] ECR I-4899.
- Case C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH* [2000] ECR I-117.
- Case C-224/98 *Marie-Nathalie D'Hoop v Office national de l'emploi* [2002] ECR I-6191.
- Case C-251/98 *C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem* [2000] ECR I-2787.
- Case C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] ECR I-151.
- Case C-281/98 *Roman Angonese v Cassa di Riparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-4139.

- Case C-356/98 *Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department* [2000] ECR I-2623.
- Case C-357/98 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom* [2000] ECR I-9265.
- Case C-366/98 *Criminal proceedings against Yannick Geffroy and Casino France SNC* [2000] ECR I-6579.
- Case C-367/98 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* [2002] ECR I-4731.
- Case C-379/98 *PreussenElektra AG v Schleswag AG* [2001] ECR I-2099.
- Case C-398/98 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [2001] ECR I-7915.
- Case C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)* [2001] ECR I-1795.
- Case C-411/98 *Angelo Ferlini v Centre hospitalier de Luxembourg* [2000] ECR I-8081.
- Case C-421/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [2000] ECR I-10375.
- Case C-423/98 *Alfredo Albore* [2000] ECR I-5965.
- Case C-424/98 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2000] ECR I-4001.
- Case C-448/98 *Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont* [2000] ECR I-10663.
- Case C-466/98 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [2002] ECR I-9427.
- Case C-473/98 *Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha AB* [2000] ECR I-5681.
- Case C-478/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2000] ECR I-7587.
- Case C-3/99 *Cidrerie Ruwet SA v Cidre Stassen SA, HP Bulmer Ltd* [2000] ECR I-8749.
- Case C-54/99 *Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister* [2000] ECR I-1335.
- Case C-70/99 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* [2001] ECR I-4845.
- Case C-110/99 *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [2000] ECR I-11569.
- Case C-135/99 *Ursula Elsen v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* [2000] ECR I-10409.
- Case C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473.
- Case C-162/99 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2001] ECR I-541.
- Case C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193.
- Case C-192/99 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Kaur* [2001] ECR I-1169.
- Case C-205/99 *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others v Administración General del Estado* [2001] ECR I-1271.
- Case C-257/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik* [2001] ECR I-6557.
- Case C-263/99 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2001] ECR I-4195.
- Case C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2001] ECR I-8615.
- Case C-283/99 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2001] ECR I-4363.
- Case C-309/99 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV and Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577.
- Case C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v Administracíon General del Estado* [2002] ECR I-607.
- Case C-413/99 *Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department* [2001] ECR I-7091.
- Case C-439/99 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2002] ECR I-305.
- Case C-459/99 *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) v Belgian State* [2002] ECR I-6591.
- Case C-483/99 *Commission of the European Communities v French Republic* [2002] ECR I-4781.
- Case C-503/99 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2002] ECR I-4809.
- Joined cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Hans Reisch and Others (joined cases C-515/99 and C-527/99 to C-540/99) v Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg and Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Anton Lassacher and Others (joined cases C-519/99 to C-524/99 and C-526/99) v Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg* [2002] ECR I-2157.
- Case C-12/00 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [2003] ECR I-459.
- Case C-17/00 *François De Coster v Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort* [2001] ECR I-9445.
- Case C-55/00 *Elide Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [2002] ECR I-413.
- Case C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279.

- Case C-94/00 *Roquette Frères SA v Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* [2002] ECR I-9011.
- Case C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* [2003] ECR I-5659.
- Case C-118/00, *Gervais Larsy v. Institıtn national d'assurances socaiales pour travailleurs independants (Inasti)* [2001] ECR I – 5063.
- Case C-123/00 *Christina Bellamy v English Shop Wholesale SA* [2001] ECR I-2795.
- Case C-159/00 *Sapod Audic and Eco-Emballages SA* [2002] ECR I-5031.
- Case C-162/00 *Land Nordrhein-Westfalen v Beata Pokrzeptowicz-Meyer* [2002] ECR I-1049.
- Case C-188/00 *Bülent Kurz, né Yüce v Land Baden-Württemberg* [2002] ECR I-10691.
- Case C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919.
- Case C-224/00 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2002] ECR I-2965.
- Case C-244/00 *Van Doren + Q. GmbH v Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH and Michael Orth* [2003] ECR I-3051.
- Case C-290/00 *Johann Franz Duchon v Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten* [2002] ECR I-3567.
- Case C-325/00 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2002] ECR I-9977.
- Case C-355/00 *Freskot AE v Elliniko Dimosio* [2003] ECR I-5263.
- Case C-416/00 *Tommaso Morellato v Comune di Padova* [2003] ECR I-9343.
- Case C-436/00 *X and Y v Riksskatteverket* [2002] ECR I-10829.
- Case C-463/00 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [2003] ECR I-4381.
- Case C-466/00 *Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department* [2003] ECR I-2219.
- Case C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) and Others v Estado português* [2003] ECR I-8621.
- Case C-44/01 *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH and Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer* [2003] ECR I-3095.
- Case C-79/01 *Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA and ADP GSI SA* [2002] ECR I-8923.
- Case C-92/01 *Georgios Stylianakis v Elliniko Dimosio* [2003] ECR I-1291.
- Case C-95/01 *John Greenham v Léonard Abel* [2004] ECR I-1333.
- Case C-98/01 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [2003] ECR I-4641.
- Case C-100/01 *Ministre de l'Intérieur v Aitor Oteiza Olazabal* [2002] ECR I-10981.
- Case C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich* [2003] ECR I-9607.
- Case C-117/01 *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* [2004] ECR I-541.
- Case C-131/01 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2003] ECR I-1659.
- Case C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10155.
- Case C-171/01 *Wählergruppe* Gemeinsam *Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG and Others* [2003] ECR I-4301.
- Case C-192/01 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2003] ECR I-9693.
- Case C-215/01 *Proceedings against Bruno Schnitzer* [2003] ECR I-4847.
- Case C-220/01 *Joseph Lennox, trading as R. Lennox & Son v Industria Lavorazione Carni Ovine* [2003] ECR I-7091.
- Case C-224/01 *Gerhard Köbler v Republik Österreich* [2003] ECR I-10239.
- Case C-241/01 *National Farmers' Union and Secrétariat général du gouvernement* [2002] ECR I-9079.
- Case C-243/01 *Criminal proceedings against Piergiorgio Gambelli and Others* [2003] ECR I-13031.
- Case C-285/01 *Isabel Burbaud and Ministère de l'Emploi et de la Solidarité* [2003] ECR I-8219.
- Case C-300/01 *Doris Salzmann* [2003] ECR I-4899.
- Case C-322/01 *Deutscher Apothekerverband e.V. v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval* [2003] ECR I-14887.
- Case C-387/01 *Harald Weigel and Ingrid Weigel v Finanzlandesdirektion für Vorarlberg* [2004] ECR I-4981.
- Case C-388/01 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2003] ECR I-721.
- Case C-405/01 *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española v Administración del Estado* [2003] ECR I-10391.

- Case C-413/01 *Franca Ninni-Orasche v Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst* [2003] ECR I-13187.
- Case C-420/01 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2003] ECR I-6445.
- Case C-452/01 *Margarete Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung v Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg* [2003] ECR I-9743.
- Case C-463/01 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2004] ECR I-11705.
- Case C-465/01 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2004] ECR I-8291.
- Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Georgios Orfanopoulos, Natascha Orfanopoulos, Melina Orfanopoulos, Sofia Orfanopoulos v Land Baden-Württemberg (C–482/01) and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg (C–493/01)* [2004] ECR I-5257.
- Case C-8/02 *Ludwig Leichtle v Bundesanstalt für Arbeit* [2004] ECR I-2641.
- Case C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-2409.
- Case C-12/02 *Marco Grili* [2003] ECR I-11585.
- Case C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I-9609.
- Case C-41/02 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2004] ECR I-11375.
- Case C-42/02 *Diana Elisabeth Lindman* [2003] ECR I-13519.
- Case C-47/02 *Albert Anker and Others v Bundesrepublik Deutschland* [2003] ECR I-10447.
- Case C-60/02 *Criminal proceedings against X* [2004] ECR I-651.
- Case C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v Troostwijk GmbH* [2004] ECR I-3025.
- Case C-138/02 *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions* [2004] ECR I-2703.
- Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v État belge* [2003] ECR I-11613.
- Case C-200/02 *Zhu and Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925.
- Case C-224/02 *Heikki Antero Pusa v Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* [2004] ECR I-5763.
- Joined Cases C-255/02, C-419/02 and C-223/03 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs and Excise (C–255/02) BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd v Commissioners of Customs and Excise (C–419/02), University of Huddersfield Higher Education Corporation v Commissioners of Customs and Excise (C–223/03)* [2006] ECR I-1609.
- Case C-270/02 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2004] ECR I-1559.
- Case C-275/02 *Engin Ayaz v Land Baden-Württemberg* [2004] ECR I-8765.
- Case C-288/02 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [2004] ECR I-10071.
- Case C-293/02 *Jersey Produce Marketing Organisation Ltd v States of Jersey and Jersey Potato Export Marketing Board* [2005] ECR I-9543.
- Case C-299/02 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2004] ECR I-9761.
- Case C-309/02 *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co., S. Spitz KG v Land Baden-Württemberg* [2004] ECR I-11763.
- Case C-315/02 *Anneliese Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol* [2004] ECR I-7063.
- Case C-319/02 *Petri Manninen* [2004] ECR I-7477.
- Case C-334/02 *Commission of the European Communities v French Republic* [2004] ECR I-2229.
- Case C-386/02 *Josef Baldinger v Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter* [2004] ECR I-8411.
- Case C-400/02 *Gerard Merida v Bundesrepublik Deutschland* [2004] ECR I-8471.
- Case C-429/02 *Bacardi France SAS v Télévision française 1 SA (TF1) and Others* [2004] ECR I-6613.
- Case C-441/02 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2006] ECR I-3449.
- Case C-442/02 *Caixa-Bank France v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-8961.
- Case C-443/02 *Criminal proceedings against Nicolas Schreiber* [2004] ECR I-7275.
- Case C-456/02 *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573.
- Case C-464/02 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2005] ECR I-7929.
- Case C-20/03 *Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden and Anthony De Jong* [2005] ECR I-4133.
- Case C-26/03 *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* [2005] ECR I-1.

- Case C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] ECR I-9553.
- Joined Cases C-96/03 and C-97/03 *A. Tempelman and Mr and Mrs T.H.J.M. van Schaijk v Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees* [2005] ECR I-1895.
- Case C-136/03 *Georg Dörr v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten and Ibrahim Ünal v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg* [2005] ECR I-4759.
- Case C-140/03 *Commission v Hellenic Republic* [2005] ECR I-3177.
- Case C-147/03 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2005] ECR I-5969.
- Case C-176/03 *Commission of the European Communities v Council of the European Union* [2005] ECR I-7879.
- Case C-189/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2004] ECR I-9289.
- Case C-209/03 *The Queen, on the application of Dany Bidar v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119.
- Case C-215/03 *Salah Oulane v Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* [2005] ECR I-1215.
- Case C-242/03 *Ministre des Finances v Jean-Claude Weidert and Élisabeth Paulus* [2004] ECR I-7379.
- Case C-278/03 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2005] ECR I-3747.
- Case C-293/03 *Gregorio My v Office national des pensions (ONP)* [2004] ECR I-12013.
- Case C-320/03 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2003] ECR I-7929.
- Case C-330/03 *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos v Administración del Estado* [2006] ECR I-801.
- Case C-403/03 *Egon Schempp v Finanzamt München v* [2005] ECR I-6421.
- Case C-408/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2006] ECR I-2647.
- Case C-411/03 *SEVIC Systems AG* [2005] ECR I-10805.
- Case C-432/03 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* [2005] ECR I-9665.
- Case C-445/03 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg* [2004] ECR I-10191.
- Case C-446/03 *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [2005] ECR I-10837.
- Case C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori* [2006] ECR I-2941.
- Case C-503/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [2006] ECR I-1097.
- Case C-507/03 *Commission of the European Communities v Ireland* [2007] ECR I-9777.
- Case C-512/03 *J. E. J. Blanckaert v Inspecteur van de Belastingdienst / Particulieren / Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-7685.
- Case C-513/03 *Heirs of Mrs M.E.A. van Hilten-van der Heijden v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2006] ECR I-1957.
- Case C-28/04 *Tod's SpA, Tod's France SARL v Heyraud SA* [2005] ECR I-5781.
- Joined Cases C-94/04 and C-202/04 *Federico Cipolla and Others v Rosaria Fazari, née Portolese, and Roberto Meloni* [2006] ECR I-2049.
- Case C-109/04 *Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen* [2005] ECR I-2421.
- Case C-145/04 *Kingdom of Spain v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [2006] ECR I-7917.
- Case C-150/04 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2007] ECR I-1163.
- Joined Cases C-151/04 and C-152/04 *Claude Nadin, Nadin-Lux SA (C-151/04) and Jean-Pascal Durré (C-152/04)* [2005] ECR I-11203.
- Joined Cases C-154/04 and C-155/04 *The Queen, on the application of Alliance for Natural Health and Others v Secretary of State for Health and National Assembly for Wales* [2005] ECR I-6451.
- Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE v Elliniko Dimosi, Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon and Carrefour-Marinopoulos AE v Elliniko Dimosi, Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon* [2006] ECR I-8135.
- Case C-168/04 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2006] ECR I-9041.
- Case C-170/04 *Klas Rosengren, Bengt Morelli, Hans Särman, Mats Åkerström, Åke Kempe, Anders Kempe, Mats Kempe, Björn Rosengren, Martin Lindberg, Jon Pierre, Tony Staf, v Riksåklagaren* [2007] ECR I-4071.
- Case C-174/04 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2005] ECR I-4933.
- Case C-196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995.

- Case C-217/04 *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union* [2006] ECR I-3771.
- Case C-244/04 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2006] ECR I-885.
- Case C-255/04 *Commission of the European Communities v French Republic*[2006] ECR I-5251.
- Case C-258/04 *Office national de l'emploi v Ioannis Ioannidis* [2005] ECR I-8275.
- Joined Cases C-282/04 and C-283/04 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2006] ECR I-9141.
- Case C-290/04 *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH v Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel* [2006] ECR I-9461.
- Case C-292/04 *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde and Marina Stöffler v Finanzamt Bonn-Innenstadt* [2007] ECR I-1835.
- Case C-300/04 *M.G. Eman and O.B. Sevinger v College van burgemeester en wethouders van Den Haag* [2006] ECR I-8055.
- Joined Cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04 *Criminal proceedings against Massimiliano Placanica and Others* [2007] ECR I-1891.
- Case C-346/04 *Robert Hans Conijn v Finanzamt Hamburg-Nord* [2006] ECR I-6137.
- Case C-366/04 *Georg Schwarz v Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg* [2005] ECR I-10139.
- Case C-372/04 *The Queen, on the application of: Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health* [2006] ECR I-4325.
- Case C-374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-11673.
- Case C-406/04 *Gérald De Cuyper v Office national de l'emploi* [2006] ECR I-6947.
- Case C-433/04 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2006] ECR I-10653.
- Case C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen and Mati Leppik* [2006] ECR I-9171.
- Case C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v Claudia Schmidt* [2006] ECR I-2093.
- Case C-453/04 *Proceedings brought by innoventif Limited* [2006] ECR I-4929.
- Joined Cases C-463/04 and C-464/04 *Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca (C-463/04) and Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA, Filippo Cuccia, Giacomo Fragapane, Pietro Angelo Puggioni, Annamaria Sanchirico, Sandro Sartorio (C-464/04) v Comune di Milano* [2007] ECR I-10419.
- Case C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-11753.
- Case C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* [2006] ECR I-9521 pr. 25, 47.
- Case C-490/04 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] ECR I-6095.
- Case C-520/04 *Pirkko Marjatta Turpeinen* [2006] ECR I-10685.
- Case C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2007] ECR I-2107.
- Case C-1/05 *Yunying Jia v Migrationsverket* [2007] ECR I-1.
- Case C-40/05 *Kaj Lyyski v Umeå universitet* [2007] ECR I-99.
- Case C-65/05 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [2006] ECR I-10341.
- Case C-76/05 *Herbert Schwarz and Marga Gootjes-Schwarz v Finanzamt Bergisch Gladbach* [2007] ECR I-6849.
- Case C-101/05 *Skatteverket v A* [2007] ECR I-11531.
- Case C-110/05 *Commission of the European Communities v Italian Republic*, judgement of: 10 February 2009, *nyr*.
- Case C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson, Joakim Roos*, judgement of: 4 June 2009, *nyr*.
- Case C-152/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2008] ECR I-39.
- Case C-192/05 *K. Tas-Hagen and R.A. Tas v Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad* [2006] ECR I-10451.
- Case C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit* [2007] ECR I-181.
- Case C-212/05 *Gertraud Hartmann v Freistaat Bayern* [2007] ECR I-6303.
- Case C-213/05 *Wendy Geven v Land Nordrhein-Westfalen* [2007] ECR I-6347.
- Case C-231/05 *Oy AA* [2007] ECR I-6373.

- Case C-254/05 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2007] ECR I-4269.
- Case C-283/05 *ASML Netherlands BV v Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)* [2006] ECR I-12041.
- Case C-287/05 *D.P.W. Hendrix v Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* [2007] ECR I-6909.
- Case C-297/05 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2007] ECR I-7467.
- Case C-318/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] ECR I-6957.
- Case C-319/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] ECR I-9811.
- Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet* [2007] ECR I-11767.
- Case C-370/05 *Uwe Kay Festersen* [2007] ECR I-1129.
- Case C-383/05 *Raffaele Talotta v État belge* [2007] ECR I-2555.
- Case C-393/05 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2007] ECR I-10195.
- Case C-404/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] ECR I-10239.
- Case C-438/05 *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union, v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti* [2007] ECR I-10779.
- Case C-451/05 *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v Directeur général des impôts, Ministère public* [2007] ECR I-8251.
- Case C-456/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] ECR I-10517.
- Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Rhiannon Morgan v Bezirksregierung Köln and Iris Bucher v Landrat des Kreises Düren* [2007] ECR I- 9161.
- Case C-50/06 *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands* [2007] ECR I-4383.
- Case C-104/06 *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* [2007] ECR I-671.
- Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government v Flemish Government* [2008] ECR I-1683.
- Case C-228/06 *Mehmet Soysal, Cengiz Salkim, Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland*, 19 February 2009, *nyr*.
- Case C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG* [2008] ECR I-505.
- Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL v État belge* [2007] ECR I-11135.
- Case C-265/06 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* [2008] ECR I-2245.
- Case C-347/06 *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641.
- Case C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul v Leonhard Matthias Grunkin-Paul, Standesamt Niebüll* [2008] ECR I-7639.
- Case C-360/06 *Heinrich Bauer Verlag BeteiligungsGmbH v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg* [2007] ECR I-7333.
- Case C-443/06 *Erika Waltraud Ilse Hollmann v Fazenda Pública* [2007] ECR I-8491.
- Case C-445/06 *Danske Slagterier v Bundesrepublik Deutschland*, judgement of: 24.03.2009, *nyr*.
- Case C-499/06 *Halina Nerkowska v Zakład Ubezpieczeń Społecznych* [2008] ECR I-3993.
- Case C-500/06 *Corporación Dermoestética SA v To Me Group Advertising Media* [2008] ECR I-5785.
- Case C-518/06 *Commission of the European Communities v Italian Republic*, judgement of: 28 April 2009, *nyr*.
- Case C-524/06 *Heinz Huber v Bundesrepublik Deutschland*, judgement of: 16 December 2008, *nyr*.
- Case C-527/06 *R.H.H. Renneberg v Staatssecretaris van Financiën* [2008] ECR I-7735.
- Case C-11/07 *Hans Eckelkamp, Natalie Eckelkamp, Monica Eckelkamp, Saskia Eckelkamp, Thomas Eckelkamp, Jessica Eckelkamp, Joris Eckelkamp v Belgische Stat* [2008] ECR I-6845.
- Case C-33/07 *Ministerul Administraţiei şi Internelor–Direcţia Generală de Paşapoarte Bucureşti v Gheorghe Jipa* [2008] ECR I-5157.
- Case C-39/07 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* [2008] ECR I-3435.
- Case C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd v Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, judgement of: 8 September 2009, *nyr*.

- Case C-88/07 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain*, judgement of: 5 March 2009, *nyr*.
- Case C-94/07 *Andrea Raccanelli v Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* [2008] ECR I-5939.
- Case C-105/07 *NV Lammers & Van Cleeff v Belgische Staat* [2008] ECR I-173.
- Case C-141/07 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2008] ECR I-6935.
- Case C-158/07 *Jacqueline Förster v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [2008] ECR I-8507.
- Case C-164/07 *James Wood v Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions* [2008] ECR I-4143.
- Case C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v Wiener Landesregierung, Oberösterreichische Landesregierung*, judgement of: 10 March 2009, *nyr*.
- Case C-205/07 *Lodewijk Gysbrechts v Santurel Inter BVBA*, judgement of: 16 December 2008, *nyr*.
- Case C-221/07 *Krystyna Zablocka-Weyhermüller v Land Baden-Württemberg*, judgement of: 4 December 2008, *nyr*.
- Case C-222/07 *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, judgement of: 5 March 2009, *nyr*.
- Case C-269/07 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, judgement of: 10 September 2009, *nyr*.
- Case C-282/07 *État belge – SPF Finances v Truck Center SA* [2008] ECR I-10767.
- Case C-330/07 *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH v Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs* [2008] ECR I-9099.
- Case C-377/07 *Finanzamt Speyer-Germersheim v STEKO Industriemontage GmbH*, judgement of: 22 January 2009, *nyr*.
- Case C-418/07 *Société Papillon v Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique* [2008] ECR I-8947.
- Case C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, judgement of: 30 April 2009, *nyr*.
- Case C-544/07 *Uwe Rüffler v Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Wałbrzychu* [2009] ECR I-3389.
- Case C-555/07 *Seda Kücükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, judgement of: 19 January 2010, *nyr*.
- Case C-567/07 *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie v Woningstichting Sint Servatius*, judgement of: 1 October 2009, *nyr*.
- Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Athanasios Vatsouras (C-22/08), Josif Koupatantze (C-23/08) v Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, judgement of: 4 June 2009, *nyr*.
- Case C-35/08 *Grundstücksgemeinschaft Busley and Cibrian Fernandez v Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, judgement of: 15 October 2009, *nyr*.
- Case C-45/08 *Spector Photo Group NV Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, judgement of: 23 December 2009, *nyr*.
- Case C-67/08 *Margarete Block v Finanzamt Kaufbeuren* [2009] ECR I-883.
- Case C-73/08 *Nicolas Bressol and Others and Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté française*, judgement of: 13 April 2010, *nyr*.
- Case C-96/08 *CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Keresdedelmi kft v Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály*, judgement of: 15 April 2010, *nyr*.
- Case C-115/08 *Land Oberösterreich v ČEZ as*, judgement of: 27 October 2009, *nyr*.
- Case C-127/08 *Blaise Baheten Metock, Hanette Eugenie Ngo Ikeng, Christian Joel Baheten, Samuel Zion Ikeng Baheten, Hencheal Ikogho, Donna Ikogho, Roland Chinedu, Marlene Babucke Chinedu, Henry Igboanusi, Roksana Batkowska v Minister for Justice, Equality and Law Reform*, judgement of: 25 July 2008, *nyr*.
- Case C-128/08 *Jacques Damseaux v État belge*, judgement of: 16 July 2009, *nyr*.
- Case C-135/08 *Janko Rottmann v Freistaat Bayern*, judgement of: 2 March 2010, *nyr*.
- Case C-153/08 *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain*, judgement of: 6 October 2009, *nyr*.
- Joined Cases C-155/08 and C-157/08 *X (C-155/08), E.H.A. Passenheim-van Schoot (C-157/08) v Staatssecretaris van Financiën*, judgement of: 11 June 2009, *nyr*.

- Joined Cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08 *Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dler Jamal (C-179/08) v Bundesrepublik Deutschland*, judgement of: 2 March 2010, *nyr*.
- Case C-182/08 *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG v Finanzamt München II*, judgement of: 17 September 2009, *nyr*.
- Case C-203/08 *Sporting Exchange Ltd v Minister van Justitie*, judgement of: 3 June 2010, *nyr*.
- Case C-219/08 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, judgement of: 1 October 2009, *nyr*.
- Case C-247/08 *Gaz de France – Berliner Investissement SA v Bundeszentralamt für Steuern* [2009] ECR I-9225.
- Case C-314/08 *Krzysztof Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, judgement of: 19 November 2009, *nyr*.
- Joined Cases C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08 *Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA (C-317/08) Filomena Califano v Wind SpA (C-318/08) Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA (C-319/08) Multiservice Srl v Telecom Italia SpA (C-320/08)*, judgement of: 18 March 2010, *nyr*.
- Case C-325/08 *Olympique Lyonnais v Olivier Bernard and Newcastle United*, judgement of: 16 March 2010, *nyr*.
- Case C-345/08 *Krzysztof Peśla v Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern*, judgement of: 10 December 2009, *nyr*.
- Case C-365/08 *Agrana Zucker GmbH v Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, judgement of: 20 May 2010, *nyr*.
- C-384/08 *Attanasio Group Srl v Comune di Carbognano*, judgement of: 11 March 2010, *nyr*.
- Case C-438/08 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic*, judgement of: 22 October 2009, *nyr*.
- Case C-487/08 *European Commission v Kingdom of Spain*, judgement of: 3 June 2010, *nyr*.
- Case C-510/08 *Vera Mattner v Finanzamt Velbert*, judgement of: 22 April 2010, *nyr*.
- Case C-515/08 *Vítor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota, Termiso Limitada*, judgement of: 7 October 2010, *nyr*.
- Case C-541/08 *Fokus Invest AG v Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG)*, judgement of: 11 February 2010, *nyr*.
- Case C-542/08 *Friedrich G. Barth v Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, judgement of: 15 April 2010, *nyr*.
- Case C-108/09 *Ker-Optika bt v ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, judgement of: 2 December 2010, *nyr*.
- Case C-145/09 *Land Baden-Württemberg v Panagiotis Tsakouridis*, judgement of: 23 November 2010, *nyr*.
- Case C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, judgementof: 22 December 2010, *nyr*.
- Case C-233/09 *Gerhard Dijkman, Maria Dijkman-Lavaleije v Belgische Staat*, judgement of: 1 July 2010, *nyr*.
- Case C-149/10 *Zoi Chatzi v Ipourgos Ikonomikon*, judgement of: 16 September 2010, *nyr*.

Adalet Divanı - Görüşler

Opinion 2/91 *Convention N° 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work* [1993] ECR I-1061.

Opinion 2/94 *Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759.

Genel Mahkeme

- Case T-66/95 *Hedwig Kuchlenz-Winter v Commission of the European Communities* [1997] ECR II-637.
- Case T-266/97 *Vlaamse Televisie Maatschapij NV v Commission of the European Communities* [1999] ECR II-2329.
- Case T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v Council of the European Union* [1999] ECR II-1961.
- Joined Cases T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 and T-272/01 *Philip Morris International, Inc and Others v Commission of the European Communities* [2003] ECR II-1.
- Case T-313/02 *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities* [2004] ECR II-3291.

- Case T-390/08 *Bank Melli Iran v Council of the European Union*, judgement of: 14 October 2009, *nyr*.

Personel Mahkemesi

Case F-65/07 *Laleh Aayhan v European Parliament*, judgement of: 30 April 2009, *nyr*.

Efta Mahkemesi

Case E-1/00 *State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA hf.* [2000-2001] EFTA Ct Rep 8.
Case E-3/05 *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway* [2006] EFTA Ct Rep 102.

Hukuk Sözcüsü Görüşleri

- Opinion of AG Trabucchi in Case 7/75 *Mr. and Mrs. F. v Belgian State* [1975] ECR 679.
- Opinion of AG Jacobs in Case 344/87 *Bettray v Staatssecretaris van Justitie* [1989] ECR 1921.
- Opinion of AG van Gerven in Case C-145/88 *Torfaen Borough Council v B & Q plc* [1989] ECR I-3851.
- Opinion of AG Tesauro in Case C-63/89 *Les Assurances du Crédit SA and Compagnie Belge d'Assurance Crédit SA v Council of the European Communities and Commission of the European Communities* [1991] ECR I-1799.
- Opinion of AG Tesauro in Case C-300/89 *Commission of the European Communities v Council of the European Communities* [1991] ECR I-2867.
- Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others* [1991] ECR I-4685.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-168/91 *Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig* [1993] ECR I-1191.
- Opinion of AG Gulmann in Case C-2/92 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock* [1994] ECR I-955.
- Opinion of AG Jacobs in Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145.
- Opinion of AG Tesauro in Case C-292/92 *Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* [1993] ECR I-6787.
- Opinion of AG Lenz in Case C-391/92 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1995] ECR I-1621.
- Opinion of AG van Gerven in Joined Cases C-401/92 and C-402/92 *Criminal proceedings against Tankstation 't Heukske vof and J. B. E. Boermans* [1994] ECR I-2199.
- Opinion of AG Lenz in Case C-23/93 *TV10 SA v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4795.
- Opinion of AG Tesauro in Case C-346/93 *Kleinwort Benson Ltd v City of Glasgow District Council* [1995] ECR I-615.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA* [1995] ECR I-179.
- Opinion of AG Lenz in Case C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* [1995] ECR I-4921.
- Opinion of AG Léger Case C-214/94 *Ingrid Boukhalfa v Bundesrepublik Deutschland* [1996] ECR I-2253.
- Opinion of AG La Pergola in Joined Cases C-4/95 and C-5/95 *Fritz Stöber (C-4/95) and José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) v Bundesanstalt für Arbeit* [1997] ECR I-511.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] ECR I-4161.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined cases C-65/95 and C-111/95 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) and ex parte Abbas Radiom (C-111/95)* [1997] ECR I-3343.
- Opinion of AG Tesauro in Case C-120/95 *Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés* [1998] ECR I-1831.
- Opinion of AG Lenz in Case C-265/95 *Commission of the European Communities v French Republic* [1997] ECR I-6959.
- Opinion of AG La Pergola in Case C-85/96 *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691.

- Opinion of AG Tesauro in Case C-118/96 *Jessica Safir v Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i Kopparbergs Län* [1998] ECR I-1897.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637.
- Opinion of AG Fennely in Case C-67/97 *Criminal proceedings against Ditlev Bluhme* [1999] ECR I-8033.
- Opinion of AG La Pergola in Case C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-2357.
- Opinion of AG Cosmas in Case C-378/97 *Criminal proceedings against Florus Ariël Wijsenbeek* [1999] ECR I-6207.
- Opinion of AG La Pergola in Case C-44/98 *BASF v Präsident des Deutschen Patentamts* [1999] ECR I-6269.
- Opinion of AG Fennely in Case C-97/98 *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] ECR I-7319.
- Opinion of AG Fennely in Case C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH* [2000] ECR I-493.
- Opinion of AG Alber in Case C-251/98 *C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem* [2000] ECR I-2787.
- Opinion of AG Fennely in Case C-281/98 *Roman Angonese v Cassa di Riparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-4139.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-379/98 *PreussenElektra AG v Schleswag AG* [2001] ECR I-2099.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-478/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2000] ECR I-7587.
- Opinion of AG Alber in Case C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193.
- Opinion of AG Geelhoed in Joined cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Hans Reisch and Others (joined cases C-515/99 and C-527/99 to C-540/99) v Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg and Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Anton Lassacher and Others (joined cases C-519/99 to C-524/99 and C-526/99) v Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg* [2002] ECR I-2157.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-136/00 *Rolf Dieter Danner* [2002] ECR I-8147.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-98/01 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [2003] ECR I-4641.
- Opinion of AG Geelhoed in Case C-413/01 *Franca Ninni-Orasche v Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst* [2003] ECR I-13187.
- Opinion of AG Geelhoed in Case C-452/01 *Margarete Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung v Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg* [2003] ECR I-9743.
- Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I-9609.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-138/02 *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions* [2004] ECR I-2703.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v État belge* [2003] ECR I-11613.
- Opinion of AG Tizzano in Case C-200/02 *Zhu and Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Heikki Antero Pusa v Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* [2004] ECR I-5763.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-255/02, C-419/02 and C-223/03 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs and Excise (C–255/02) BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd v Commissioners of Customs and Excise (C–419/02), University of Huddersfield Higher Education Corporation v Commissioners of Customs and Excise (C–223/03)* [2006] ECR I-1609.
- Opinion of AG Léger in Case C-293/02 *Jersey Produce Marketing Organisation Ltd v States of Jersey and Jersey Potato Export Marketing Board* [2005] ECR I-9543.
- Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank France v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-8961.
- Opinion of AG Geelhoed in Case C-456/02 *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-72/03 *Carbonati Apuani Srl v Comune di Carrara* [2004] ECR I-8027.

- Opinion of AG Geelhoed in Case C-209/03 *The Queen, on the application of Dany Bidar v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-376/03 *D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-5821.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-408/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2006] ECR I-2647.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-446/03 *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [2005] ECR I-10837.
- Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-512/03 *J. E. J. Blanckaert v Inspecteur van de Belastingdienst / Particulieren / Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-7685.
- Opinion of AG Jacobs in Case C-96/04 *Criminal proceedings against Standesamt Stadt Niebüll* [2006] ECR I-3561
- Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE v Elliniko Dimosi, Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon and Carrefour-Marinopoulos AE v Elliniko Dimosi, Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon* [2006] ECR I-8135.
- Opinion of AG Kokott in Case C-174/04 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2005] ECR I-4933.
- Opinion of AG Léger in Case C-196/04 *Cadbury Schweppes plc, adbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995.
- Opinion of AG Kokott in Case C-265/04 *Margaretha Bouanich v Skatteverket* [2006] ECR I-923.
- Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-292/04 *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde and Marina Stöffler v Finanzamt Bonn-Innenstadt* [2007] ECR I-1835.
- Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *Gérald De Cuyper v Office national de l'emploi* [2006] ECR I-6947.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen and Mati Leppik* [2006] ECR I-9171.
- Opinion of AG Geelhoed in Case C-513/04 *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres v Belgische Stat* [2006] ECR I-10967.
- Opinion of AG Bot in Case C-110/05 *Commission of the European Communities v Italian Republic*, judgement of: 10 February 2009, *nyr*.
- Opinion of AG Bot in Case C-152/05 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2008] ECR I-39.
- Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *K. Tas-Hagen R. A. Tas v Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad* [2006] ECR I-10451.
- Opinion of AG Léger in Case C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit* [2007] ECR I-181.
- Opinion of AG Mengozzi in Case C-291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v Rachel Nataly Geradina Eind* [2007] ECR I-10719.
- Opinion of AG Kokott in Case C-342/05 *Commission of the European Communities v Republic of Finland* [2007] ECR I-4713.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7 Srl v Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni and Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni* [2008] ECR I-349.
- Opinion of AG Trstenjak in Joined Cases C-396/05, C-419/05 and C-450/05 *Doris Habelt Martha Möser Peter Wachter v Deutsche Rentenversicherung Bund* [2007] ECR I-11895.
- Opinion of AG Mazák in Case C-451/05 *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v Directeur général des impôts, Ministère public* [2007] ECR I-8251.
- Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Rhiannon Morgan v Bezirksregierung Köln and Iris Bucher v Landrat des Kreises Düren* [2007] ECR I-9161.
- Opinion of AG Mengozzi in Case C-182/06 *État du Grand–Duché de Luxembourg v Hans Ulrich Lakebrink and Katrin Peters-Lakebrink* [2007] ECR I-6705.
- Opinion of AG Bot in Case C-194/06 *Staatssecretaris van Financiën v Orange European Smallcap Fund NV* [2008] ECR I-3747.
- Opinion of AG Sharpston in Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government v Flemish Government* [2008] ECR I-1683.
- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-281/06 *Hans-Dieter Jundt Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231.
- Opinion of AG Sharpston in Case C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul v Leonhard Matthias Grunkin-Paul, Standesamt Niebüll* [2008] ECR I-7639.

- Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-499/06 *Halina Nerkowska v Zakład Ubezpieczeń Społecznych* [2008] ECR I-3993.
- Opinion of AG Mazák in Case C-33/07 *Ministerul Administraţiei şi Internelor–Direcţia Generală de Paşapoarte Bucureşti v Gheorghe Jipa* [2008] ECR I-5157.
- Opinion of AG Kokott in Case C-222/07 *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, judgement of: 5 March 2009, *nyr*.
- Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-228/07 *Jörn Petersen v Arbeitsmarktservice Niederösterreich* [2008] ECR I-6989.
- Opinion of AG Trstenjak in Case C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, judgement of: 30 April 2009, *nyr*.
- Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Nicolas Bressol and Others and Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté française*, *pending*.
- Opinion of AG Mazák in Case C-103/08 *Arthur Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, delivered on 30 April 2009.
- Opinion of AG Sharpston in Case C-325/08 *Olympique Lyonnais v Olivier Bernard and Newcastle United*, *pending*.
- Opinion of AG Sharpston in Case C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, deliverd on: 30 September 2010, *pending*.
- Opinion of AG Jääskinen in Case C-70/09 *Alexander Hengartner and Rudolf Gasser v Vorarlberger Landesregierung*, delivered on: 20 May 2010, *nyr*.
- Opinion of AG Trstenjak in Case C-81/09 *Idrima Tipou A.E. v Ipourgos Tipou Kai Meson Mazikis Enimerosis*, delivered on: 2 June 2010, *nyr*.

Ombudsman Kararları

- **3317/2004/GG sayılı Tavsiye**: European Ombudsman Draft recommendation to the European Commission in complaint 3317/2004/GG, Strasbourg, 29 June 2005.
- **3317/2004/GG sayılı Karar**: Decision of the European Ombudsman on complaint 3317/2004/GG against the European Commission, Strasbourg, 12 December 2005.

İkincil Hukuk Listesi

Tüzük

- **1612/68 sayılı Tüzük:** Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on Dreedom of Movement for Workers within the Community [1968] OJ L 257/2.
- **1251/70 sayılı Tüzük:** Regulation (EEC) No 1251/70 of the Commission of 29 June 1970 on the right of workers to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State [1970] OJ L 142/26.
- **1408/71 sayılı Tüzük**: Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community [1971] OJ L 149/2.
- **1390/81 sayılı Tüzük**: Council Regulation (EEC) No 1390/81 of 12 May 1981 extending to self-employed persons and members of their families Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community [1981] OJ L 143/1.
- **2679/98 sayılı Tüzük**: Council Regulation (EC) No 2679/98 of 7 December 1998 on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States [1998] OJ L 337/8.
- **883/2004 sayılı Tüzük**: Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Coordination of Social Security Systems [2004] OJ L 166/1.
- **987/2009 sayılı Tüzük**: Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems [2009] OJ L 284/1.

Direktif

- **64/221 sayılı Direktif**: Council Directive 64/221/EEC of 25 February 1964 on the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health [1964] OJ L 56/850.
- **68/360 sayılı Direktif**: Council Directive 68/360/EEC of 15 October 1968 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for workers of Member States and their families [1968] OJ L 257/13.

- **70/50 sayılı Direktif**: Commission Directive 70/50/EEC of 22 December 1969 based on the provisions of Article 33(7), on the abolition of measures which have an effect equivalent to quantitative restrictions on imports and are not covered by other provisions adopted in pursuance of the EEC Treaty [1970] OJ L 13/29.
- **71/316 sayılı Direktif**: Council Directive 71/316/EEC of 26 July 1971 on the approximation of the laws of the Member States relating to common provisions for both measuring instruments and methods of metrological control [1971] OJ L 202/1.
- **73/148 sayılı Direktif**: Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services [1973] OJ L 172/14.
- **74/63 sayılı Direktif**: Council Directive 74/63/EEC of the of 17 December 1973 on the Fixing of Maximum Permitted Levels for Undesirable Substances and Products in Feeding-Stuffs [1974] OJ L 38.
- **74/577 sayılı Direktif**: Council Directive 74/577/EEC of 18 November 1974 on Stunning of Animals before Slaughter [1974] OJ L 316/10.
- **75/34 sayılı Direktif**: Council Directive 75/34/EEC of 17 December 1974 concerning the right of nationals of a Member State to remain in the territory of another Member State after having pursued therein an activity in a self-employed capacity [1975] OJ L 14/10.
- **76/768 sayılı Direktif**: Council Directive 76/768/EEC of 27 July 1976 on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products [1976] OJ L 262/169.
- **77/452 sayılı Direktif**: Council Directive 77/452/EEC of 27 June 1977 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of the formal qualifications of nurses responsible for general care, including measures to facilitate the effective exercise of this right of establishment and freedom to provide services [1977] OJ L 176/1.
- **78/686 sayılı Direktif**: Council Directive 78/686/EEC of 25 July 1978 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of the formal qualifications of practitioners of dentistry, including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services [1978] OJ L 233/1.
- **78/1026 sayılı Direktif**: Council Directive 78/1026/EEC of 18 December 1978 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in veterinary medicine, including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services [1978] OJ L 362/1.
- **79/409 sayılı Direktif**: Council Directive 79/409/EEC of 2 April 1979 on the conservation of wild birds [1979] OJ L 103/1.
- **80/154 sayılı Direktif**: Council Directive 80/154/EEC of 21 January 1980 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in midwifery and including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services [1980] OJ L 33/1.
- **84/450 sayılı Direktif**: Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising [1984] OJ L 250/17.
- **85/384 sayılı Direktif**: Council Directive 85/384/EEC of 10 June 1985 on the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in architecture, including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services [1985] OJ L 223/15.
- **85/432 sayılı Direktif**: Council Directive 85/432/EEC of 16 September 1985 concerning the coordination of provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in respect of certain activities in the field of pharmacy [1985] OJ L 253/34.
- **88/361 sayılı Direktif**: Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty [1988] OJ L 178/5.
- **89/48 sayılı Direktif**: Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three years' duration [1989] OJ L 19/16.
- **89/104 sayılı Direktif**: First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade Marks [1989] OJ L 40/1.
- **89/392 sayılı Direktif**: Council Directive 89/392/EEC of 14 June 1989 on the approximation of the laws of the Member States relating to machinery [1989] OJ L 183/9.
- **89/552 sayılı Direktif**: Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities [1989] OJ L 298/23.

- **90/313 sayılı Direktif**: Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment [1990] OJ L 158/56.
- **90/364 sayılı Direktif**: Council Directive 90/364/EEC of 28 June 1990 on the right of residence [1990] OJ L 180/26.
- **90/365 sayılı Direktif**: Council Directive 90/365/EEC of 28 June 1990 on the right of residence for employees and self-employed persons who have ceased their occupational activity [1990] OJ L 180/28.
- **92/51 sayılı Direktif**: Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC [1992] OJ L 209/25.
- **93/96 sayılı Direktif**: Council Directive 93/96/EEC of 29 October 1993 on the right of residence for students [1993] OJ L 317/59.
- **93/16 sayılı Direktif**: Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications [1993] OJ L 165/1.
- **96/71 sayılı Direktif**: Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services
- **97/36 sayılı Direktif**: Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities [1997] OJ L 202/60.
- **1999/42 sayılı Direktif**: Directive 1999/42/EC of the European Parliament and of the Council of 7 June 1999 establishing a mechanism for the recognition of qualifications in respect of the professional activities covered by the Directives on liberalisation and transitional measures and supplementing the general systems for the recognition of qualifications [1999] OJ L 201/77.
- **1999/44 sayılı Direktif**: Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees [1999] OJ L 171/12.
- **2000/31 sayılı Direktif**: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') [2000] OJ L 178/1.
- **2000/43 sayılı Direktif**: Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin [2000] OJ L 180/22.
- **2000/78 sayılı Direktif**: Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L 303/16.
- **2002/20 sayılı Direktif**: Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (authorisation directive) [2002] OJ L 208/21.
- **2002/46 sayılı Direktif**: Directive 2002/46/EC of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002 on the approximation of the laws of the Member States relating to food supplements [2002] OJ L 183/51.
- **2002/65 sayılı Direktif**: Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC [2002] OJ L 271/16.
- **2002/73 sayılı Direktif**: Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [2002]OJ L 269/15.
- **2003/86 sayılı Direktif**: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification [2003] OJ L 251/12.
- **2003/109 sayılı Direktif**: Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents [2004] OJ L 16/44.
- **2004/38 sayılı Direktif**: Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC [2004] OJ L 158/77.
- **2005/36 sayılı Direktif**: Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications [2005] OJ L 255/22.
- **2006/123 sayılı Direktif**: Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market [2006] OJ L 376/36.

Raporlar

- **COM (75) 322:** Report presented by the Commission to the Council, "Towards European Citizenship", 2 July 1975.
- **COM (93) 702 final:** Report from the Commission, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", Brussels, 21.12.1993.
- **COM (97) 230 final:** Report from the Commission, "Second Report from the Commission on Citizenship of the Union", Brussels, 27.05.1997.
- **COM (1999) 127 final:** Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the Implementation of Directives 90/364, 90/365 and 93/96 (Right of Residence), Brussels, 17.03.1999.
- **COM (2001) 506 final:** Report from the Commission, "Third Report from the Commission on Citizenship of the Union", Brussels, 07.09.2001.
- **COM (2004) 695 final:** Report from the Commission, "Fourth Report on Citizenship of the Union (1 May 2001 – 30 April 2004)", Brussels, 26.10.2004.
- **COM (2008) 85 final:** Report from the Commission, "Fifth Report on Citizenship of the Union (1 May 2004 – 30 June 2007)", Brussels, 15.2.2008.
- **COM (2010) 603 final:** Report from the Commission, "EU Citizenship Report 2010: Dismantling the Obstacles to EU citizens' Rights", 2010.

Bildiriler, Görüşler, Çalışma Belgesi

- **COM (84) 350 final:** Communication from the Commission to the European Council, "Consolidating the Internal Market", Fontainebleau, 25-26 June 1984, 9 July 1984.
- **COM (90) 600 final:** Commission Opinion, "On the Proposal for Amendment of the Treaty Establishing the European Economic Community with a view to Political Union", 21 October 1990.
- **SEC (91) 500 final:** Composite Initial Contribution by the Commission to the Intergovernmental Conference on Political Union, Working Paper, 15 May 1991.
- **COM (99) 299 final:** Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, "Mutual Recognition in the Context of the Follow-up to the Action Plan for the Single Market", 16.06.1999.
- **COM (2002) 694 final:** Communication from the Commission, "Free Movement of Workers– Achieving the full Benefits and Potential", Brussels, 11.12.2002.
- **COM (2007) 35 final:** Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, "The Internal Market for Goods: A Cornerstone of Europe's Competitiveness", Brussels, 14.2.2007.
- **COM (2007) 60 final:** Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economıc and Social Committee and the Committee of the Regions, "A Single Market for Citizens", Brussels, 21.2.2007.
- **COM (2007) 724 final:** Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "A Single Market for 21st Century Europe", Brussels, 20.11.2007.

Tasarı

COD (2004) 0001: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market [SEC(2004) 21]

AP Kararı

European Parliament, "Resolution on the draft Treaty establishing the European Union", *Bulletin of the European Communities*, No 2, 14 February 1984, p. 8.

Basın Açıklaması

European Union Press Release, "The European Union Celebrates the 25th Anniversary of the Schengen Area", Brussels, 11 June 2010,
<<http://ec.europa.eu/delegations/india/documents/press_corner/20100611_01_en.pdf>>, [Erişim Tarihi: 21 Eylül 2010].

GİRİŞ

"Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlarının
*temel statüsü olacak*tır."[1]

1950'li yıllarda Avrupa'da insanları (halkları) birleştirme projesi olarak yola çıkan Avrupa bütünleşmesi, günümüzde ekonomik bir bütünleşmeden siyasal bir bütünleşmeye doğru ilerleyişini sürdürmektedir. 1958 yılında Avrupalı altı devlet tarafından ekonominin genelini kapsayan bir bütünleşmenin temelleri 'AET' ile atılırken, günümüzde Avrupalı (şimdilik) yirmi yedi devlet ekonominin yanı sıra pekçok politika alanında söz sahibi kılınan 'AB' çatısı altında toplanmaktadır.[2]

İşte bu bütünleşmenin temelinin üye devletler arasında kurulacak bir 'ortak pazar' olması kararlaştırılmıştır.[3] Nitekim, 1958 yılındaki AETA'ya göre üye devletler, "Avrupa halkları arasında daha yakın bir birliktelik" oluşturmayı taahhüt ederken; Topluluğun görevlerini yerine getirmesi için seçilen araç, ortak pazarın kurulması olmuştur.[4] Bu nedenle Topluluk etkinlikleri arasında ilk sırada malların, kişilerin,

---

[1] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[2] Bu çalışmada 'Topluluk' ifadesi yerine sıklıkla 'Birlik' ifadesi kullanılmıştır. Zira, LA ile birlikte artık yalnızca 'Avrupa Birliği'nden söz edilebilecektir. Bununla birlikte, döneme özgü kimi nedenlerle 'Topluluk' ifadesi de yer yer çalışma içinde kullanılmaktadır.

[3] Ortak, tek ve iç pazar terimleri, genellikle anlamdaş biçimde kullanılmaktadır. Bu çalışma yönünden de, bu terimler, anlamdaş olarak kullanılacaktır; ancak, LA ile birlikte iyice yerleşen 'iç pazar' kavramı çoğunlukla tercih edilecektir. Anlamdaş kullanım için bkz. **BARNARD, CATHERINE,** *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 3rd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2010, s. 12; **STEINER, JO–*et.al.*,** *Text Book on EC Law*, 9th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006, s. 309; Case 15/81 *Schul* [1982] pr. 33; Opinion of AG Tesauro in Case C-300/89 *Commission v Council* [1991] pt. 10. LA ve iç pazar kavramı ile ilgili olarak bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 3(3), **ABİHA** md. 3(1/b); 4(2/a); 13; 26; 27; 38(1,2,4); 65(4); 81(2); 101(1); 102(1); 104; 107; 108; 113; 114(1,6); 115, 116, 118, 119(1); 134(1); 143(1); 144(1); 151; 162; 169(2); 175; 179(2); 194(1); 309; 326; 346(1/b); 347–349. Bkz. **CAN, HACI,** *Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 67.

[4] **AETA** md. 2.

hizmetlerin ve sermayenin dolaşım serbestîsine yönelik üye devletler arasındaki engellerin kaldırılması yer almaktadır.[5] Bu doğrultuda, kurucu antlaşma; malların serbest dolaşımı,[6] işçilerin serbest dolaşımı,[7] yerleşme hakkı,[8] hizmetlerin serbest dolaşımı[9] ve sermayenin serbest dolaşımına[10] ilişkin hükümler içermektedir. Bu hükümler, ticarete yönelik engellerin kaldırılmasına odaklanması nedeniyle negatif bütünleşme öngörmektedir. Bununla beraber, düzgün işleyen bir ortak pazar tesisi, üye devlet hukuklarının uyumlaştırılmasına dayalı pozitif bütünleşmeye de ihtiyaç göstermektedir. Nitekim, kurucu antlaşma, hem özel hem de genel hükümler aracılığıyla böyle bir uyumlaştırmanın yolunu da açmaktadır.[11] Bu iki temelde AETA'nın yürürlüğe girmesinden itibaren on iki yıl içinde tamamlanması gereken ortak pazar zamanında tamamlanamayınca,[12] 1987 yılında bir kurucu antlaşma değişikliği (ATS) ile yeni bir motivasyon sağlamak üzere 'iç pazar' kavramı getirilmiştir. Bu itibarla malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı iç sınırları olmayan bir alanın 31 Aralık 1992 tarihine kadar tamamlanması hedeflenmiştir.[13] Nitekim, 1993 yılı ile birlikte bu hedefe büyük ölçüde ulaşılmıştır.[14]

İç pazarın tamamlanması yönündeki itici güç ise, Topluluk karar alıcısı olan Komisyon, Konsey ve Parlamentonun ötesinde özellikle Adalet Divanı olmuştur. Bu bakımdan, 1970 ve 1980'li yıllardaki Topluluk karar alma sürecindeki görece durgunluk ve bundan ötürü iç pazarın düzgün işlemesi için gerekli pozitif bütünleşme

[5] **AETA** md. 3(a, b, c).

[6] **AETA** md. 9 vd.; 34 vd. (Sırasıyla bkz. **NA** ile değişik **ATA** md. 23, 28; **ABİHA** md. 28, 34.)

[7] **AETA** md. 48 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 39; **ABİHA** md. 45.)

[8] **AETA** md. 52 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 43**; ABİHA** md. 49.)

[9] **AETA** md. 59 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 49; **ABİHA** md. 56.)

[10] **AETA** md. 67 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 56; **ABİHA** md. 63.)

[11] Sırasıyla bkz. **AETA** md. 57; 100. (**NA** ile değişik **ATA** md. 47, 94; **ABİHA** md. 53, 115.)

[12] **AETA** md. 8.

[13] **ATS** md. 13 ile değişik **AETA** md. 8a.

[14] **Conclusions of the Presidency**–Edinburg, December 12, 1992, pt. 11.

adımlarındaki eksiklikler, Adalet Divanının kurucu antlaşma hükümlerinin yorumu ile negatif bütünleşmenin önünü açması sayesinde belirli ölçüde giderilebilmiştir. Bu açıdan, doğrudan etki ve öncelik gibi doktrinleri Birlik hukukuna kazandıran Divan,[15] kurucu antlaşmadaki malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin dolaşım serbestîsine ilişkin hükümleri doğrudan etkili kabul etmekle adeta bir iç pazar ya da serbest dolaşım hukuku oluşturmaya başlamıştır.[16] Böylece, kurucu antlaşma hükümleri, artık, kişi ve konu bakımından bu hükümlerin kapsamında kalan durumlarda hem vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan hem de bir serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemleri, haklı gerekçeler temelinde ve orantılılık ilkesi ile temel haklara uygun olmak koşuluyla haklı gösterilmedikçe yasak saymaktadır.[17] Böylelikle, gerçek ve tüzel kişiler, bilhassa ulusal mahkemelere başvurarak, Birlik hukukundan kaynaklanan haklarının kullanımı önünde bir engel oluşturan ulusal önlemleri bertaraf etmekte ve böylece iç pazarın tesisine giden yoldaki mesafe gittikçe azalmaktadır. 1980'li yılların sonları ile birlikte ise, Topluluk karar alıcıları, bilhassa iç pazarın tamamlanması hedefi ile gelen ATS'nin itici gücü ile birlikte ticarete yönelik fiziki, teknik ve mali engellerin kaldırılması ile ilgili pek çok düzenlemeyi yaşama geçirerek, iç pazarın tamamlanması yolundaki Divan kararlarını bütünlemiştir. Böylelikle, 1993 yılı ile birlikte iç pazarın tesisi hedefi büyük oranda gerçekleştirilmiştir.[18]

---

[15] Öncelik ile ilgili olarak bkz. Case 6/64 *Costa v (ENEL)* [1964] pr. 3. Doğrudan etki ile ilgili olarak bkz. Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] pr. 7.

[16] Bkz. Case 74/76 *Iannelli* [1977] pr. 13 (malların serbest dolaşımı); Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 8 (işçilerin serbest dolaşımı); Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 32 (yerleşme hakkı); Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 26, 27 (hizmetlerin serbest dolaşımı); Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 48 (sermayenin serbest dolaşımı).

[17] Bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8 (malların serbest dolaşımı); Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32 (işçilerin serbest dolaşımı); Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37 (yerleşme hakkı); Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 15 (hizmetlerin serbest dolaşımı); Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 49 (sermayenin serbest dolaşımı).

[18] **Conclusions of the Presidency**–Edinburg, December 12, 1992, pt. 11.

1993 yılında iç pazar temelinin büyük oranda tamamlanması ile birlikte bütünleşme sürecinde yeni adımlar atılması da olanaklı hâle gelmiştir. O yıl yürürlüğe giren MA, üye devletlerin "halkları arasındaki dayanışmayı derinleştirme isteği" ve "vatandaşları yönünden ortak bir vatandaşlık tesis etme niyeti" ile "Avrupa halkları arasında daha yakın bir birliktelik yaratma sürecini sürdürme niyeti"nden yola çıkmaktadır.[19] Bu Antlaşma, bir yandan 'ekonomik' ifadesi isminden düşürülen AT'nin hedefini ortak pazarın bir üstündeki ekonomik bütünleşme modeli olan ekonomik ve parasal birliğe yükseltirken;[20] öte yandan ekonomik sütunun yanına ortak dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişlerinde işbirliği olarak adlandırılan siyasi bütünleşmeye ait sütunları ekleyerek AB'yi kurmuştur.[21] Bu gelişmeler ile aynı zamanda ve bir ölçüde bunlara paralel olarak, bir 'Birlik vatandaşlığı' da yaratılmıştır.[22] Buna göre Birlik vatandaşları, *inter alia*, kimi koşullar ve sınırlamalara bağlı olarak üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve ikâmet hakkına sahiptir.[23] Bu bakımdan, tıpkı iç pazardaki serbest dolaşım hükümleri gibi, bir yandan Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına yönelik engellerin kaldırılmasına odaklı negatif bütünleşmeye;[24] öte yandan bu amaçla üye devlet hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin pozitif bütünleşmeye dair hükümler getirilmiştir.[25] Böylelikle, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım öngören hükümler arasına ilk kez ekonomik bir rasyonelden yoksun ve siyasi ve/veya sosyal yönü ağır basan bir başka serbest dolaşım hükmü eklenmiştir.

Tıpkı iç pazarın tamamlanmasındaki gibi, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden itici güç, Birlik karar alıcısı olan Komisyon, Konsey ve Parlamentonun ötesinde yine Adalet Divanı olmuştur. Bu bakımdan Adalet Divanı,

[19] **ABA Dibace** rt. 4, 8, 11.

[20] **MA** md. G(A/1); **MA** md. G(B/2).

[21] **ABA** md. A.

[22] **MA** md. G(C).

[23] **MA** md. G(C) ile değişik **ATA** md. 8a.

[24] **ABİHA** md. 20, 21, 18.

[25] **ABİHA** md. 21(2, 3).

belirli bir sükûnet dönemi geçirse bile; 1990'lı yılların sonundaki kararları ile negatif bütünleşmenin önünü açmıştır. Bu yönden, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükmü doğrudan etkili addedilerek,[26] Birlik vatandaşları açısından iç pazardaki serbest dolaşım hükümlerine ek bir hak kaynağı vazifesi görmeye başlamıştır. Böylelikle, artık, ilgili hüküm uyarınca kişi ve konu bakımından bu hükmün kapsamında kalan durumlarda hem vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan hem de bu serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemler, haklı gerekçeler temelinde ve orantılılık ilkesi ile temel haklara uygun olmak koşuluyla haklı gösterilmedikçe yasak sayılmaktadır.[27] 2000'li yıllar ile birlikte ise Birlik karar alıcısı, bilhassa Birlik vatandaşlığı ve serbest dolaşım temelindeki 2004/38 sayılı Direktif ile pozitif bütünleşmeye katkı sunarak, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin Divan kararlarını bütünlemektedir. Böylelikle, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımının sağlanması hedefi yönünde alınan mesafe giderek artmaktadır.

Serbest dolaşım alanındaki bu gelişmeler, 1993 yılı sonrasındaki kurucu antlaşma değişiklikleri ile ekonomi dışı politika alanlarının getirilerek, AB sistemi içinde sosyal ve siyasi yöne doğru yeni bir denge arayışı doğması ile birlikte ele alınmalıdır. Bu bakımdan, birbirini takip eden kurucu antlaşma değişiklikleri, yani sırasıyla AA (1999), NA (2003) ve en nihayetinde LA (2009), örneğin sosyal politika,[28] ekonomik ve sosyal uyum,[29] tüketici politikası,[30] istihdam politikasının[31] yanı sıra özgürlük, güvenlik ve adalet alanı[32] ve temel haklar[33] gibi kimi konuları kurucu antlaşmaya eklemiştir. Hatta LA ile birlikte iç pazar, artık, kimi sosyal hedeflerle yeni

[26] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 63; Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 84.

[27] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 33.

[28] **ATS** md. 21 ile değişik **AETA** md. 118a; **MA** md. G(B/32) ile değişik **ATA** Başlık VIII.

[29] **ATS** md. 23 ile değişik **AETA** md. 130a, 130b, 130c, 130d, 130e.

[30] **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 3(s) ve **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 129a.

[31] **AA** md. 2(3/c) ile değişik **ATA** md. 3(i) ve **AA** md. 2(19) ile değişik **ATA** Başlık VIa.

[32] **NA** ile değişik **ATA** md. 61 vd.; **NA** ile değişik **ABA** md. 29 vd.

[33] **ABA** md. F(2).

bir denge kuracak biçimde ele alınmakta[34] ve Birlik, üst sıralara taşınan yeni bir hedef olarak temel haklara ve üye devletlerin farklı hukuk sistemleri ile geleneklerine saygı gösteren bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmaya yönlendirilmektedir.[35] Öyleyse, LA, ekonomik mahiyetteki iç pazarın önemini görece azaltırken; siyasi temelli vatandaşlık statüsünü belirli bir ölçüde de olsa daha merkezî bir konuma taşımaktadır. O hâlde, iç pazar ve ona dair serbest dolaşım, Birlik hukukunda merkezi bir konum almaya hâlen devam ederken; Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, bu alandaki varlığını ve ağırlığını gitgide daha fazla hissettirmektedir.

İşte bu arkaplan, Birlik hukukundaki serbest dolaşım alanında belirli bir tür etkileşime ve gerilime işaret etmektedir. Bu açıdan, ekonomik temelli iç pazara ait serbest dolaşımlar ile daha çok siyasi ve sosyal temelli Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, serbest dolaşım ortak paydasında buluşarak, birbirlerini şekillendirme potasına girmektedir. Bu çalışma, bu noktadan hareket ederek, siyasi ve/veya sosyal odaklı Birlik vatandaşlığı ve ona ait serbest dolaşım ile ekonomik odaklı iç pazar serbest dolaşımlarının birbirlerini nasıl ve ne ölçüde etkilediğini, bu etkileşimin nedenlerini ve sonuçlarını ortaya koymaya çalışmaktadır. Böylelikle, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümleri bir bütün olarak ele alınarak, Birlik hukukunun bu en verimli hak kaynağının da Birlik vatandaşlığı girdisinin sisteme katılması ile birlikte aldığı son hâl net bir biçimde gösterilebilecektir. Bir başka ifadeyle, dolaşım serbestîsi alanı ve bu alana bırakılan Birlik vatandaşlığı ya da 'vatandaşlık' izlerinin mevcut ve potansiyel etkileri ortaya konacaktır.

Sonuçta ise, birbiri ile bağlantılı beş yönlü bir gelişim çizgisi ortaya konmaya çalışılacaktır. İlk olarak, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükmü, iç pazara

[34] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(3). Krş. **NA** ile değişik **ATA** md. 2. Ayrıca bkz. **ABİHA** md. 8, 9, 10, 11, 12, 13.

[35] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(2); **ABİHA** md. 67(1).

dair serbest dolaşım hükümlerinin uygulanma düzenini takip ederek,[36] artık bu dört serbestînin yanında beşinci serbestî sıfatını taşımaya hak kazanmıştır. Bu meyanda, beş serbestî arasında ilkesel düzeyde bir uyumdan bahsedilebilecektir; çünkü bu serbestîler, aynı uygulama düzenini takip etmektedir. Buna karşın, serbestîlere ait farklı karakteristikler, bir serbestî hükmünün somut olaya uygulanması aşamasında farklı neticeler doğurabilecektir. İkinci olarak, serbest dolaşım alanının kişi ve konu bakımından kapsamı, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım sayesinde genişlemiştir. Böylelikle, önceden ekonomik bir etkinlik sürdürmeye bağlanan pek çok hak, artık – belirli koşulları taşıyan– her Birlik vatandaşına tanınmaktadır. Üçüncü olarak, iç pazardaki serbest dolaşımlara Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın eklenmesi, genel olarak serbest dolaşım ve özel olarak iç pazar serbest dolaşımlarının tahdidine ilişkin yasak hakkındaki içtihat hukukunu daha net bir çerçeveye oturtmaktadır.[37] Dördüncü olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, bir yandan, iç pazardaki serbest dolaşıma dair içtihat hukukunun (kısmen) gözden geçirilmesi için vesile olurken; diğer yandan, özellikle kişilerin serbest dolaşımına ilişkin pek çok Birlik tasarrufunun Birlik vatandaşlığı temelinde yenilenmesine yol açmıştır. Son olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazar serbest dolaşımlarının izinden gittiği için 'vatandaşlık' statüsünün altında yatan potansiyelin yalnızca bir kısmı açığa çıkabilmektedir. Buna rağmen, bu potansiyel; bir 'siyasi birlik', 'sosyal vatandaşlık' ve artan temel haklar korumasına doğru meyleden bir zihniyet değişiminin tohumlarını atmaktadır. Öyleyse, Birlik hukukundaki serbest dolaşım, bir yandan yerleşik uygulamaları ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımı şekillendirirken; diğer yandan 'vatandaşlık' statüsü ile yeniden şekillenmektedir.

---

[36] Buradaki uygulama düzeni, bir serbestî hükmünün doğrudan etkili addedilerek, kişi ve konu bakımından uygulama alanında kalan her durumda ilgili serbestîyi tahdit eden her önlemin haklı gösterilmedikçe yasak sayılmasını ifade etmektedir.

[37] Burada, bir serbestînin tahdidi yasağı, bir serbestî yönünden hem vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapan hem de bir serbestîyi kısıtlayan önlemlerin yasak oluşu ifade etmektedir.

Ortaya çıkan bu gelişim çizgilerine üç bölümde ulaşılacaktır. Birinci bölümde, ilk olarak, iç pazar ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile ilgili kimi tespitlere yer verilecektir. Bu bakımdan, Avrupa bütünleşmesinin takip ettiği bütünleşme aşamaları hem teorik hem de Birlik içindeki görünümü düzlemlerinde ayrı ayrı ele alınarak, gerek iç pazar gerek Birlik vatandaşlığı ve onlara dair dolaşım serbestîleri ile bunlarla bağlantılı konular hakkındaki tüm gelişmeler geçmişten günümüze tespit edilecektir. Buna ek olarak, iç pazara ait ilkeler, ademimerkezi ve merkezi model üzerinden incelenerek, bu ilkelerin Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma ne ölçüde uyarlanabileceği belirlenecektir. İkinci olarak, kurucu antlaşmadaki dolaşım serbestîsi hükümlerinin doğrudan etkili olması hususu, Divan kararları ile belirlenecektir. Nitekim, böylelikle her bir serbest dolaşım hükmü, dolaşım serbestîsi üzerindeki tahditlerin kaldırılması amacıyla gerçek ve tüzel kişilere özellikle ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri bir hak getirmektedir. İşte üçüncü olarak, her bir serbest dolaşım hükmünün uygulama alanı belirlenecektir; çünkü, bu tür bir hükmün etki gösterebilmesi için bir olayın Birlik hukukunun uygulama alanı içinde kalması aranmaktadır. Bu bakımdan, bir serbest dolaşım hükmünün koruma sahasındaki kişiler, eğer somut uyuşmazlıktaki olay, Birlik hukukunca korunan belirli nesne, etkinlik ya da hak oluşturuyorsa ve tamamen ülke içi ilişki içinde kalmıyorsa ilgili hükme dayanabilecektir.

İkinci bölümde, genel olarak, bir serbestînin tahdit edilmesi, bu tahdide yönelik ortak özellikler ve bir serbestî hükmünün muhatapları konuları işlenmektedir. Burada, ilk olarak, bir olay, kişi ve konu bakımından bir serbest dolaşım hükmünün uygulama alanı içinde kalıyorsa, o olay yönünden bir serbestînin tahdit edilmesi yasağı devreye girmektedir. Bu bakımdan, burada seçilecek tahdit kriteri, önemine binaen çeşitli açılarıyla ele alındıktan sonra, Divan kararları ile örülen içtihat hukukuna göre vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapan ulusal önlemler ile bir serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemlere dair yasak, her bir serbestî yönünden ayrı ayrı olmak üzere, bu kararlar ışığında gözler önüne serilecektir. İkinci olarak, söz gelimi bir serbestînin tahdidi ile ilgili yükün etkisinin önemli olması ve etki boyutunun önemli

olmaması gibi bir serbestîye yönelik tahdide dair ortak özellikler ele alınacaktır. Üçüncü olarak ise, bir serbest dolaşım hükmünün muhatapları ya da bir başka deyişle, bu hükmün kime karşı ileri sürülebileceği hakkındaki soru yanıtlanacaktır.

Üçüncü bölümde, genel olarak, bir serbestînin tahdit edilmesinin haklı gösterilmesi hususu açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu bakımdan, bir ulusal önlem, her ne kadar vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapıyor ya da bir serbestîyi kısıtlıyorsa bile; böyle bir durum, belirli şartlar altında haklı gösterilebilecektir. Buradaki şartlar uyarınca ise, ilk olarak, bir serbestîyi tahdit eden bir ulusal önlem, haklı bir gerekçeye dayanmalıdır. Bu haklı gerekçe ise, bir serbestînin tahdidinin türüne göre değişiklik göstermektedir. Bu açıdan, doğrudan ayrımcılık yapan önlemlere ilişkin olarak kurucu antlaşmada yer alan ve ikincil hukuk ile detayladırılan (açık) istisnalar; dolaylı ayrımcılık yapan veya serbestîyi kısıtlayan önlemler yönünden ise açık istisnaların yanı sıra Divanca kabul gören kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ortaya konacaktır. İkinci olarak, bir olay yönünden uygulanacak ikincil hukuk olup olmaması ya da bu olaya etki eden herhangi bir temel hak bulunup bulunmaması bir serbestîyi tahdit eden bir önlemin haklı gösterilmesi aşamasını vasıflandırmaktadır. Üçüncü olarak, serbestîyi tahdit eden bir önlem, her ne kadar haklı bir gerekçeye dayanıyorsa bile; aynı zamanda orantılılık ilkesi ile de uyumlu olmalıdır.

Tüm bu bölümlerdeki değerlendirmeler, en nihayetinde, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile iç pazar serbest dolaşımları arasındaki etkileşimi ortaya çıkaracaktır.

Birinci Bölüm: İç Pazar ve Birlik Vatandaşlığındaki Dolaşım Serbestîsine İlişkin Ön Tespitler, İlgili Hükümlerin Doğrudan Etkisi ve Kapsamı (Uygulama alanı)

Birlik vatandaşlığındaki dolaşım serbestîsi ile iç pazardaki dolaşım serbestîleri arasındaki etkileşim, ilk olarak, konuyla ilgili kimi ön tespitlerin yapılmasının ardından ortaya konabilecektir. Bu açıdan, öncelikle, iç pazar ve Birlik vatandaşlığının bütünleşmenin farklı aşamaları arasındaki yeri ve bunlara ait serbest dolaşımın AB gelişim süreci içindeki konumu tespit edilecektir. Daha sonra, iç pazarın temel ilkeleri ve bu ilkelerin Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma uyarlanabilirliği konusu ele alınacaktır. Bu ön tespitler aracılığıyla, söz konusu dolaşım serbestîleri arasındaki etkileşimin nedenleri de gösterilecektir. Bunu takiben, ikinci olarak, serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkisi belirlenecektir. Zira, bir kişi, bir Birlik hukuku hükmünün doğrudan etkisi sayesinde ulusal mahkeme önünde bu hükmü ileri sürebilmekte ve bu vesileyle kimi haklar elde edebilmektedir. Son olarak, böyle bir hükmü hangi kişilerin, hangi durumlarda ileri sürebileceği; bir başka ifadeyle, bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı (uygulama alanı) açıklanacaktır. Böylece, söz konusu dolaşım serbestîlerinin birbirini nasıl etkilediği de gösterilecektir.

I. İç Pazar ve Birlik Vatandaşlığı ile Bunlarla Bağlantılı Dolaşım Serbestîsine İlişkin Ön Tespitler

Bu bölüm, bütünleşmenin farklı aşamalarına ait teorik çerçeveyi çizerek, AB açısından iç pazar ile Birlik vatandaşlığının bu çerçeve içindeki yerine işaret edecektir. Ayrıca, iç pazarın temel ilkeleri ve bu ilkelerin Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma uyarlanması üzerinde durulacaktır. Böylelikle, iç pazar serbest dolaşımları ile Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı arasında neden bir etkileşim meydana geldiği sorusu da yanıtlanacaktır.

1. Bütünleşmenin Farklı Aşamaları (Çok Uluslu Bütünleşme Süreci)

Bütünleşmenin farklı aşamaları, teorik gelişimi ve AB özelinde gelişimi bakımlarından ele alınabilir. Bu kavram, asıl olarak, pazar bütünleşmesinin farklı yoğunluk düzeylerini tanımlamak için ekonomistlerce geliştirilmiştir. Bu açıdan ekonomik bütünleşme, hem bir süreç hem de bir durum olarak tanımlanabilmektedir: Bir süreç olarak farklı ulus devletlere ait ekonomik birimler arasındaki ayrımcılığın kaldırılmasına dair çeşitli önlemleri kapsayan ekonomik bütünleşme, bir durum olarak, ulusal ekonomiler arasındaki çeşitli ayrımcılık türlerinin yokluğunu betimlemektedir.[1] Bununla beraber, bilhassa AB özeli dikkate alınarak, ekonomik bütünleşmenin tepe noktası olarak bir 'siyasi birlik', bütünleşme aşamaları arasına eklenmelidir.[2] Zira A(E)T, nihai amaç olarak siyasi bir birlik tasavvur etmektedir.[3] O hâlde burada bir 'çok uluslu bütünleşme süreci'nden bahsedilebilir.[4]

---

[1] **BALASSA, BELA,** "Towards a Theory of Economic Integration", *Kyklos*, Cilt: XIV, 1961, s. 4. Benzer tanımlar için bkz. **SCOTT, ANDREW,** "Theories of Regional Economic Integration and the Global Economy", **(Ed.) GOWER, JACKIE,** *The European Union Handbook*, 2nd Edition, Fitzroy Dearborn Publishers, Michigan, 2002, s. 104; **VAN MAURIK, AAD,** "The Economic Theory of Customs Unions and Free Trade Areas", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.–SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 19.

[2] AB özelindeki bütünleşme tanımları, siyasi birliğe bir şekilde değinmektedir. Bkz. **BARNES, IAN–BARNES, PAMELA M.,** *The Enlarged European Union*, Longman Publishing, United States of America, 1995, s. 52; **MUMCU, NECATİ,** "Avrupa İktisadi Topluluğunun Oluşumu–Serbest Ticaret Bölgeleri–Gümrük Birlikleri ve Türkiye", **Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü,** *Avrupa Ekonomik Topluluğu: Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar*, İstabul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973, s. 147.

[3] Bkz. **ÇELİKEL, AYSEL,** "Ortak Pazarda Yabancıların Hukuki Durumu", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü,** *Avrupa Ekonomik Topluluğu: Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar*, İstabul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973, s. 1; **SHAW, JOSEPHINE,** *European Community Law*, Macmillan Press, Great Britain, 1993, s. 227.

[4] **MOUSSIS, NICHOLAS,** *The European Union with or without a Constitution: A Response to Citizens' Questions*, European Study Service, Belgium, 2005, s. 116.

Bütünleşmenin farklı aşamaları, kimi özellikler ihtiva etmektedir. İlkin, bütünleşme aşamaları, en düşük yoğunluktan başlayan bir sıra içinde 'ikili ticaret anlaşmaları', 'serbest ticaret alanı', 'gümrük birliği', 'ortak pazar', 'parasal birlik', 'ekonomik birlik' ve 'siyasi birlik' şeklinde belirtilebilir.[5]

Şekil 1: Bütünleşmenin Farklı Aşamaları[6]

Serbest Ticaret Alanı Taraf devletler arasında malların serbest dolaşımının sağlanması (Üçüncü ülkeler ile kurulan ticari ilişkilerde özerklik)
Gümrük Birliği *Serbest Ticaret Alanı* + Üçüncü ülkelere yönelik ortak dış ticaret politikası
Ortak Pazar *Gümrük Birliği* + Kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı
Parasal Birlik *Ortak Pazar* + Tek para birimi
Ekonomik Birlik *Parasal Birlik* + Merkezi bir otorite tarafından yürütülen tek parasal ve mali politika
Siyasi Birlik *Ekonomik Birlik* + Merkezi bir otoritenin merkezi bir parlamentoya karşı sorumlu tutulması + ortak dış politika ve güvenlik politikası

Ayrıca, bütünleşmeye taraf devletler, iradeleri doğrultusunda değişik yoğunluklardaki bütünleşme aşamalarından birisini seçebilecektir. Buna ek olarak, her aşama, daha ileri bir bütünleşme aşamasına geçişi zorlayacaktır.[7] Buna karşın, taraf devletler, istedikleri

[5] Bkz. "Şekil 1: Bütünleşmenin Farklı Aşamaları", s. 12. Ekonomik bütünleşme aşamalarında Balassa'nın sınıflandırması esas alınmaktadır. **BALASSA,** s. 5–6. Aynı sınıflandırma için bkz. **SCOTT,** s. 105–106; **VAN MAURIK,** s. 19–20. Benzer sınıflandırmalar için bkz. **AKÇAY, BELGİN,** "Euro Alanının Ekonomisine İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, Kış 2006, s. 2; **DEDEOĞLU, BERİL,** *Adım Adım Avrupa Birliği*, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul, 2006, s. 45–65; **GÖKDERE, AHMET,** *Avrupa Topluluğu ve Türkiye ile İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 23–38.

[6] Bu Şekil, temel olarak, Barnard'dan alınmıştır. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 8.

[7] Bkz. **GÖKDERE,** s. 23; **SCOTT,** s. 106. Bu duruma pek çok örnek verilebilir. Söz gelimi, Seidel'e göre: "Uzun vadede, [T]opluluğun bir [ekonomik ve parasal birliğe] dönüştürülmesi, ortak pazarın yararlarının ancak bu şekilde sürekli olarak güvence altına alınabilir olması ile uyumludur". **SEIDEL, MARTIN,** "İçpazar ve Getirdiği Hürriyetler", **(Derleyenler) ÖZTAN, BİLGE–ÖZTAN, FIRAT,** *Avrupa Topluluğu Hukukunun Durumu ve Perspektifi Sempozyumu 17–21 Ekim 1990,* Ankara

aşamada kalmakta serbesttir.[8] Bütünleşme aşamaları, en düşük yoğunluktan başlayan bir sıra içinde aşağıda ele alınmaktadır.

A. İkili Ticaret Anlaşmaları

İkili ticaret anlaşmaları, taraflar arasındaki ticaret hacmini arttırmayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda, özellikle âkit devletler arasındaki ticaretteki çeşitli engellere yenilerinin eklenmemesinin temin edilmesi, mevcut engellerin de azaltılması ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar önem taşımaktadır. 1947 ve 1994 tarihli GATT, bu anlaşmalara örnektir.[9]

B. Serbest Ticaret Alanı

Serbest ticaret alanı, taraflar arasındaki mal ticaretini serbestleştirmeyi hedeflemektedir. Bu amaçla, taraflar arasındaki gümrük vergileri ve miktar kısıtlamaları kaldırılacaktır. Bununla birlikte, âkit devletler, üçüncü ülkelere yönelik ticaret politikası belirleyebilecektir. Buna ek olarak, üretim faktörleri (kişiler, hizmetler ve sermaye) bu bütünleşme aşamasında dışarıda tutularak sadece mallar açısından bir serbest dolaşım öngörülmektedir. EFTA ve NAFTA, serbest ticaret anlaşmalarına örnektir.[10]

Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 231–232. Keza Bilici'ye göre tek para, tek pazar uygulamasının doğal tamamlayıcısıdır. **BİLİCİ, NURETTİN,** "AB'de Ekonomik Bütünleşme ve Türkiye'nin Entegrasyonu", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, 2006, s. 42. Ayrıca Gökdere'ye göre ekonomik ve parasal birliğin ileri derecelere gelebilmesi, birlik üyeleri arasında siyasal açıdan da ileri derece bir bütünleşmeyi gerektirecektir. **GÖKDERE,** s. 38. Yine Lasok'a göre ekonomik bütünleşme, siyasi bütünleşme aşamasına geçişe yol açacaktır. **LASOK, DOMINIC,** *Lasok & Bridge Law and Institutions of the European Union*, 6th Edition, Butterworths, Great Britain, 1994, s. 376.

[8] Bkz. **SCOTT,** s. 106.

[9] GATT'taki taahhütler ile ilgili olarak bkz. **WILKINSON, RORDEN,** *The WTO: Crisis and the Governance of Global Trade*, Routledge, Great Britain, 2007, s. 31. 1947 ve 1994 tarihli GATT'a (ve DTÖ'ye) ilişkin olarak ayrıca bkz. **HALATÇI ULUSOY, ÜLKÜ,** *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 18–75.

[10] Bkz. **BALDWIN, RICHARD–WYPLOSZ, CHARLES,** *The Economics of European Integration*, Ashford Colour Press, United Kingdom, 2004, s. 138; **SCOTT,** s. 106.

C. Gümrük Birliği

Gümrük birliği, taraflar arasında ortak bir mal pazarı kurulmasını hedeflemektedir. Bu amaçla, taraflar arasında mal ticaretine uygulanan gümrük vergileri ve miktar kısıtlamaları ile bunlara eşdeğer etkideki önlemler kaldırılır ve üçüncü ülkelere karşı ortak bir dış ticaret politikası uygulanır. O hâlde gümrük birliği ile, serbest ticaret alanından farklı olarak, üçüncü ülkelere karşı ortak bir ticaret politikası izlenmektedir. Buna karşın, gümrük birliği, ortak pazardan farklı olarak, üretim faktörlerinin serbest dolaşımını kapsamamaktadır. Gümrük birliği, örnek olarak, Türkiye ile AB arasında kurulmuştur.[11]

D. Ortak Pazar

Ortak pazar, taraflar arasında mal ve üretim faktörlerinin dolaşımının sağlandığı tek bir pazar kurulmasını hedeflemektedir. Bu amaçla, taraflar arasında mal ticaretine uygulanan engeller kaldırılır; üçüncü ülkelere karşı ortak bir dış ticaret politikası uygulanır ve taraflar arasında üretim faktörlerinin (işçi, serbest çalışan, hizmet ve sermayenin) serbest dolaşımı sağlanır. Ortak pazar, bugüne kadar yalnızca AB tarafından büyük ölçüde tamamlanmıştır.[12]

E. Parasal Birlik ve Ekonomik Birlik (Dahası Ekonomik ve Parasal Birlik)

'Parasal birlik', taraflar arasında tek bir para biriminin geçerli olmasını hedeflerken; 'ekonomik birlik', âkit tarafların ekonomi politikalarının ortaklığını

[11] Bkz. **AnkA** md. 1; **KP** md. 7–20, 21–30; **1/95 sayılı OKK**. Burada, klasik gümrük birliği teorisine ek olarak Türkiye; rekabet politikası, devlet yardımları, anti-damping düzenlemeleri, fikri ve sınai mülkiyet hakları, kamu ihalesine ilişkin ticari mevzuat ile karar alma ve uyuşmazlık çözüm usullerine dair kurumsal hükümlerin uyumlaştırılması yükümlülükleri altındadır. **TOGAN, SÜBİDEY,** "The Customs Union Agreement between Turkey and the European Union", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.– SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints,* European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 306. Konuyla ilgili olarak bkz. **ÖZEN, ÇINAR,** *Türkiye-Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği ve Tam Üyelik Süreci Üzerine Etkileri*, Hasan Ceylan Kitabevi, İzmir, 2002, s. 23–115.

[12] Bkz. "B. İç Pazarın Tamamlanması", s. 16.

hedeflemektedir. Parasal birlik için ya ortak pazar temelinde üye devlet paraları geri dönülmez biçimde sabitlenmiş kurlar ile birbirine bağlı olmalı ya da üye devletler arasında tek para dolaşımda olmalıdır.[13] Ortak pazara dayanan ekonomik birlik ise; makro ekonomik, parasal ve yeniden dağıtıcı politikaları içerecek biçimde ekonomi politikalarının üst düzey uyumunu gerektirmektedir. Ekonomik ve parasal birlik, hem ekonomik hem de parasal birlik unsurlarını bir araya getiren bütünleşme aşamasıdır.[14] Bu bütünleşme aşaması, yalnızca AB tarafından denenmektedir.[15]

F. Siyasi Birlik

Siyasi birlik, taraflar arasında ekonomik bütünleşmenin ötesine geçen siyasi konularda da bütünleşmeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda; dış politika, güvenlik politikası ve adalet ve içişleri politikaları, bütünleşmeye dâhil olmalıdır. Bu bakımdan, siyasi birlik aşaması, ortak kurumlarca kabul edilen ortak iç ve dış politikaların tüm taraf devletlerce uygulanmasını ve ortak kurumlarca bu uygulamanın denetlenmesini gerektirmektedir.[16]

2. Avrupa Birliği ve Bütünleşmenin Farklı Aşamaları

Bütünleşmenin farklı aşamalarına dair teorik çerçeve çizildikten sonra burada, AB'nin bu çerçevedeki konumu tespit edilecektir. Bir başka ifadeyle, burada; gümrük

---

[13] Bkz. **GÖKDERE,** s. 38; **MOUSSIS,** s. 104.

[14] Gökdere'ye göre ekonomik ve parasal birlik, tek bir bütünün tamamlayıcı parçaları olup; bu nedenle de paralel biçimde sağlanmalıdır. **GÖKDERE,** s. 37. Kimilerine göre ise parasal bütünleşme, ekonomik bütünleşmenin önşartıdır. Bkz. **DEDEOĞLU,** s. 52; **BARNES–BARNES,** s. 54. Ekonomik ve parasal birlik ile ilgili olarak bkz. **ARDY, BRIAN,** "Economic and Monetary Union", **(Ed.) GOWER, JACKIE,** *The European Union Handbook*, 2nd Edition, Fitzroy Dearborn Publishers, Michigan, 2002, s. 127–139.

[15] Bkz. "C. Ekonomik ve Parasal Birliğe Yönelik Adımlar", s. 27.

[16] **MOUSSIS,** s. 116. Bir başka tanıma göre siyasal birlik aşaması, yeni ve tek bir birimin kurulmasıyla temel bazı yetki ve sorumlulukların yeni birime geçmesi ile tamamlanır. **DEDEOĞLU,** s. 58–59.

birliği, iç pazar, ekonomik ve parasal birlik ve siyasi birlik ile ilgili AB'deki gelişmeler incelenecektir.[17]

A. Gümrük Birliğinin Tesisi

Avrupa bütünleşmesinin kurucu antlaşmaları, *inter alia*, bir gümrük birliği kurulmasını öngörmektedir. Buna göre AET, gümrük birliği temeline dayanmaktadır.[18] Gümrük birliği, tüm malların ticaretini kapsamakta ve üye devletler arasındaki ithalat ve ihracattaki gümrük vergileri ve bunlara eşdeğer etkili harçların yasaklanması ile üçüncü ülkeler karşısında ortak bir gümrük tarifesinin kabulünü içermektedir.[19] Buna ek olarak, kurucu antlaşmadaki üye devletler arasındaki ithalat ve ihracattaki miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili önlemlerin yasaklanması ile Topluluk içindeki rekabeti ve devlet yardımlarını düzenleyen kurallar da gümrük birliği ile bağlantılıdır.[20]

B. İç Pazarın Tamamlanması

Ortak pazarın kurulması, AT/AB projesinin merkezinde yer almaktadır.[21] Bu itibarla, ortak pazar, Topluluğun görevlerini yerine getirmesi için seçilen araçtır.[22] Buna koşut olarak, Topluluk etkinlikleri; malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına yönelik üye devletler arasındaki engellerin kaldırılmasını

---

[17] Avrupa bütünleşmesi ile ilgili genel bir çalışma için bkz. **ERHAN, ÇAĞRI–AKDEMİR, ERHAN,** "Giriş: Avrupa Bütünleşmesi", **AKÇAY, BELGİN–*et. al.,*** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 15–48.

[18] Bkz. **AETA** md. 2, 3(a,b), 9.

[19] **AETA** md. 10, 12, 13, 18 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 25 vd.; **ABİHA** md. 30 vd.)

[20] **AETA** md. 30 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 28 vd.; **ABİHA** md. 34 vd.) ve **AETA** md. 85 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 81 vd., **ABİHA** md. 101 vd.). Barnard'a göre AB hukuku, bu kurallar aracılığıyla klasik ekonomik teorinin bekleyebileceğinden daha ileri gitmiştir. **BARNARD, (2010),** s. 9.

[21] **BARNARD, (2010),** s. 10.

[22] **AETA** md. 2. Verloren van Themaat'a göre ortak pazar, bu hükmün ikinci kısmında yer alan hedeflere erişilmesi için 'ilk yol'dur. **VERLOREN VAN THEMAAT, PIETER,** "Some Preliminary Observations on the IGC: The Relations between the Concepts of a Common Market, a Monetary Union, an Economic Union, a Political Union and Sovereignty", *Common Market Law Review*, Cilt: 28, 1991, s. 292.

içermektedir.[23] Bu doğrultuda, kurucu antlaşma; malların serbest dolaşımı,[24] işçilerin serbest dolaşımı,[25] yerleşme hakkı,[26] hizmetlerin serbest dolaşımı[27] ve sermayenin serbest dolaşımına[28] ilişkin hükümlere yer vermektedir.[29] Bu hükümler, serbest dolaşıma yönelik engellerin kaldırılmasına odaklanması nedeniyle, negatif bütünleşmeye dayanmaktadır.[30] Buna karşın düzgün işleyen bir ortak pazarı tesis etmek, üye devlet hukuklarının uyumlaştırılmasına dayalı pozitif bütünleşmeyi gerektirebilmektedir.[31] Nitekim, kurucu antlaşma, hem özel hem de genel hükümler aracılığıyla uyumlaştırmanın yolunu da açmaktadır.[32]

---

[23] **AETA** md. 3(c). Krş. **NA** ile değişik **ATA** md. 3(c); **LA** ile değişik **ABA** md. 3. Divana göre "ortak pazar kavramı, … ulusal pazarları gerçek bir iç pazardaki koşullar ile mümkün olduğu kadar yakın koşullara getiren tek bir pazara birleştirmek için, Topluluk-içi ticaretteki tüm engellerin ortadan kaldırılmasını içerir". Case 15/81 *Schul* [1982] pr. 33.

[24] **AETA** md. 9 vd.; 34 vd. (Sırasıyla bkz. **NA** ile değişik **ATA** md. 23, 28; **ABİHA** md. 28, 34.)

[25] **AETA** md. 48 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 39; **ABİHA** md. 45.)

[26] **AETA** md. 52 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 43**; ABİHA** md. 49.)

[27] **AETA** md. 59 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 49; **ABİHA** md. 56.)

[28] **AETA** md. 67 vd. (**NA** ile değişik **ATA** md. 56; **ABİHA** md. 63.)

[29] **AETA** md. 8 uyarınca 1 Ocak 1970 yılında (o zamanki) üye devletler arasında ortak pazar kurulacaktır.

[30] **BARNARD, (2010),** s. 10. Bkz. **CRAIG, PAUL,** "The Evolution of the Single Market", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 3; **CORCORAN, ANDREA M.–HART, TERRY L.,** "The Regulation of Cross-border Financial Services in the EU Internal Market", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 8, 2002, s. 225; **WEATHERILL, STEPHEN,** *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Law Series, Oxford, 1996 (a), s. 225. Negatif bütünleşmeyi amaçlayan Birlik tasarrufları için bkz. 70/50 sayılı Direktif, 1612/68 sayılı Tüzük, 68/360 sayılı Direktif ve 64/221 sayılı Direktif.

[31] Bkz. **CRAIG,** s. 3; **LENAERTS, KOEN–VAN NUFFEL, PIET,** *Constitutional Law of the European Union*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, Great Britain, 2005, s. 140, 141; **WEATHERILL, (1996a),** s. 225–226.

[32] Sırasıyla bkz. **AETA** md. 57; 100. (**NA** ile değişik **ATA** md. 47; 94; **ABİHA** md. 53; 115.) Örnek olarak, **AETA** md. 30 ile 100 [**NA** ile değişik **ATA** md. 28 ile 94; **ABİHA** md. 34 ile 115] arasındaki ilişki ile ilgili bir Divan kararı için bkz. Case 193/80 *Commission v Italy* [1981] pr. 17.

Kurucu antlaşma ve ikincil hukuka ek olarak ABAD, ortak pazar sürecine pek çok önemli katkı yapmaktadır. Divan, bu süreci birkaç açıdan ilerletmektedir.[33] İlkin, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümleri doğrudan etkili kabul edilerek, bu serbestîlere ilişkin olarak çıkartılacak düzenlemeler tamamlayıcı nitelikte görülmüştür.[34] Yine, malların serbest dolaşımına dair *Cassis de Dijon* kararı ile karşılıklı tanıma ilkesinin getirilmesi,[35] Topluluk tasarruflarına ilişkin stratejiyi değiştirmiştir.[36] Buna göre, uyumlaştırma, artık yalnızca karşılıklı tanımanın haklı gerekçeler ile bertaraf edildiği alanlarda yapılacaktır.[37] Ayrıca, Divan, ortak pazara ilişkin kurucu antlaşma maddeleri ile ikincil hukuk hükümlerini amaçsal yorumlamaktadır. Bunun yanı sıra, Divanın içtihat hukuku, Topluluk karar alıcıları bir tasarruf çıkarırken, bu tasarruflar yönünden bir temel vazifesi görmektedir.[38]

---

[33] Bkz. **CRAIG,** s. 6–9.

[34] Bkz. "II. Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşıma Dair Hükümlerin Doğrudan Etkisi", s. 71. Bu hükümlerin doğrudan etkili sayılması, Topluluk karar alıcıları arasında anlaşma sağlanmasındaki zorlukların Topluluğun temel hedeflerinin gerçekleştirilmesini güçleştirmesini bertaraf etmektedir. **CRAIG,** s. 23.

[35] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 14. Bkz. "ccc. Karşılıklı Tanıma", s. 63; dn. 263.

[36] Bkz. **CRAIG,** s. 8; **DEHOUSSE, RENAUD,** *The European Court of Justice, The Politics of Judicial Integration,* St. Martin's Press, Newyork, 1998, s. 86; **RUDDEN, BERNARD–PHELAN, DIARMUID ROSSA,** *Basic Community Cases,* 2nd Edition, Oxford University Press, United States, 1997, s. 119.

[37] Komisyonun yeni stratejisinin altında yatan mantık şu şekilde izah edilebilir: *Cassis de Dijon* kararının sonucunda pozitif bütünleşme gereksinimi asgariye düşmüştür. Zira önemli alanlardaki pazar bütünleşmesi karşılıklı tanıma (negatif bütünleşme) aracılığıyla gerçekleşebilmektedir. Öyleyse, yalnızca üye devletler ithal ürünlere kendi kurallarını uygulamak yönünde haklı bir gerekçeyi başarılı olarak kullanabiliyorsa, bu tür engelleri uyumlaştırma yoluyla kaldırma gereği duyulacaktır. Bkz. **ARNULL, ANTHONY–*et. al.,*** *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 582.

[38] **CRAIG,** s. 23. Bkz. **DEHOUSSE,** s. 90–93. Örnek olarak, mesleki niteliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkin 89/48 sayılı Direktif, yargısal doktrini genelleştirerek bir düzenleme hâline getirmektedir. Bkz. **CRAIG,** s. 23. Yine 2004/38 sayılı Direktif, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili içtihat hukukunun bir kısmını tedvin etmektedir. Bkz. **BESSON, SAMANTHA–UTZINGER, ANDRÉ,**

Kurucu antlaşma, ikincil hukuk ve Divan kararları arasındaki karşılıklı etkileşim, tarihsel bir bakış açısıyla şu şekilde ilerlemiştir: 1970 ve 1980'li yıllarda uyumlaştırmaya dair maddenin oybirliği araması ve Komisyonun tasarılarda ayrıntılara inmesi, karar alma sürecini yavaşlatmıştır.[39] Buna karşılık, Divan, aynı dönemde kurucu antlaşma hükümlerinin yorumuyla negatif bütünleşmenin önünü açmıştır.[40] Özellikle malların serbest dolaşımı yönünden ayrımcı önlemlerin yanı sıra "Topluluk içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştirmeye elverişli" tüm önlemlerin kural olarak Topluluk hukukuna aykırı görülmesi, en azından bu alanda bir ortak pazara erişimde oldukça mesafe kat etmeyi sağlamıştır.[41] Buna karşın, ne Topluluk mevzuatı ne de Divan kararları başlı başına ortak pazarı tamamlamaya yetince, 1980'li yıllarda bu projeye yeni bir ivme kazandırmak gerekmiştir.[42] 1982 yılındaki Kopenhag AHDBK, Komisyona iç pazarın güçlendirilmesi hakkında alınması gerekli tedbirleri hazırlama görevi vermiştir.[43] 1984 yılında Komisyon, "İç Pazarın Birleştirilmesi Hakkında Bildirim"i hazırlayarak, Fontainebleau AHDBK'ya aynı yıl

---

"Introduction: Future Challenges of European Citizenship — Facing a Wide-Open Pandora's Box", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 576. Ayrıca, Divanın kurucu antlaşmaya ilişkin yorumu, sonraki Topluluk tasarrufları ile değiştirilemeyecektir. Bkz. **DEHOUSSE,** s. 81.

[39] Bkz. **CRAIG,** s. 5. (**AETA** md. 100.)

[40] Bkz. **MARIAS, EPAMINONDAS A.,** "From Market Citizen to Union Citizen", **(Ed.) MARIAS, EPAMINONDAS A.,** *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, s. 3; **STARR-DEELEN, DONNA–DEELEN, BART,** "The European Court of Justice as a Federator", *The Journal of Federalism*, Cilt: 26, No: 4, 1996, s. 83.

[41] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5.

[42] Nitekim 1980'li yıllarda malların, hizmetlerin, işgücünün ve sermayenin serbest dolaşımına yönelik tarife dışı engellere ait liste hâlâ çok uzundur. **ROSSI, ANDREA,** "The Internal Market and Free Trade in the European Union", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.–SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 81.

[43] **Conclusions of the Presidency**–Copenhagen, December 3–4, 1982, pt. 1.2.3.

sunmuştur.[44] Bu Konsey, önemli konularda ve ortak pazarın kurulmasındaki sorunlu alanlarda ilerlemenin önünü açmıştır.[45] 1985 yılındaki Brüksel AHDBK, Komisyona 1992 yılına kadar iç pazara erişilmesi için alınması gerekli tedbirleri hazırlama görevi vermiştir.[46] Aynı yıl, Komisyon, "İç Pazarın Tamamlanması Hakkında Beyaz Kitap" hazırlayarak, Milan AHDBK'ya sunmuştur.[47] Beyaz Kitap, ticarete yönelik fiziki, teknik ve mali engellerin kaldırılması ile tek pazara 1992 yılı sonunda ulaşılmasını öngörmektedir.[48]

Bu planlama, kurucu antlaşmalardaki ilk esaslı değişikliği doğurmuştur. Bu yönden, ATS, iç pazarın tamamlanması yönünde gerekli tedbirlerinin alınabilmesi için 1986 yılında imzalanarak, bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Buna göre, bir 'iç pazar', 1992 yılı sonuna kadar kurulacaktır.[49] İç pazar, kurucu antlaşmanın hükümleri çerçevesinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı, iç sınırları olmayan bir alandır.[50] Ayrıca, iç pazarın kurulması ve işlemesi adına üye devlet kurallarının yakınlaştırılmasına ilişkin tasarruflar kabul edilmesi, yeni bir madde ile

---

[44] **COM (84) 350 final,** Commission Communication, "Consolidating the Internal Market", 1984. **Conclusions of the Presidency**–Fontainebleau, June 25–26, 1984, pt. 1.1.6.

[45] **Conclusions of the Presidency**–Fontainebleau, June 25–26, 1984, pt. 1.1.6.

[46] **Conclusions of the Presidency**–Brussels, March 29–30, 1985, pt. 1.2.3.

[47] **Commission of the European Communities,** *Completing the Internal Market*, COM (85) 310 FINAL, Brussels, 14 June 1985. **Conclusions of the Presidency**–*Milan*, June 28–29, 1985, pt. 1.2.5.

[48] Bu engellerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BARNES–BARNES,** s. 59–66.

[49] **ATS** md. 13 ile değişik **AETA** md. 8a. Buradaki tarih, psikolojik ve siyasi açıdan önemlidir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 12.

[50] **ATS** md. 13 ile değişik **AETA** md. 8a. Bu maddenin hukuki etkisi, tartışmalıdır. Her ne kadar Komisyon, bu maddenin doğrudan etkili addedilmesi niyetini taşıdıysa bile; üye devletler, buna karşı çıkmıştır. (**ATS'ye Ekli** AETA md. 8a Hakkında Deklarasyon.) Divan da, bu Deklarasyona da işaret ettiği bir kararında bu maddeyi doğrudan etkili bulmamıştır. Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pr. 40. Bkz. **CRAIG,** s. 16–17. Bu maddenin getirilişi ve madde ile ilgili tartışmalar için bkz. **EHLERMANN, C.-D.,** "The Internal Market Following the Single European Act", *Common Market Law Review*, Cilt: 24, 1987, s. 363–373.

nitelikli oyçokluğuna bağlanmıştır.[51] Böylelikle iç pazar projesinin tamamlanması için çıkarılması gerekli pek çok tasarruf, bu madde ile oybirliği arayan eski maddeye nazaran daha hızlı ve kolay biçimde kabul edilebilmiştir. Burada, Komisyonun bir alanı bütünüyle uyumlaştırmaktan vazgeçerek, karşılıklı tanımaya dayalı yeni bir yaklaşım benimsemesinin de rolü vardır.[52] Nihayet, 1992 yılı sonunda iç pazar projesi büyük

[51] **ATS** md. 18 ile değişik **AETA** md. 100a. **AETA** md. 100a'nın getirilişi, kapsamı ve madde ile ilgili tartışmalar için bkz. **EHLERMANN,** s. 381–399. Ayrıca, önceden oybirliği gerektiren kimi maddelerde nitelikli oyçokluğu benimsenmiştir. Örnek olarak bkz. **ATS** md. 6(1, 6) ile değişik **AETA** md. 57.

[52] Mesleki niteliklerin tanınmasına yönelik Topluluk tasarrufları, bu iki yaklaşıma örnektir. AETA md. 57(1) uyarınca Topluluk kurumları, bu alanda uyumlaştırma yapma yetkisi ve görevine sahiptir. Bu kurumlar, ilk yıllarda, meslek gruplarına yönelik uyumlaştırmaya dayalı dikey (sektörel) yaklaşım ile Direktifler çıkartılması üzerine eğilmiştir. Bunun sonucunda hemşirelik (77/452 sayılı Direktif), diş hekimliği (78/686 sayılı Direktif), veterinerlik (78/1026 sayılı Direktif), ebelik (80/154 sayılı Direktif), mimarlık (85/384 sayılı Direktif), eczacılık (85/432 sayılı Direktif) ve doktorluk (93/16 sayılı Direktif) ile ilgili Direktifler çıkarılmıştır. Bu tür Direktifler, eğitime ilişkin asgari standartları belirlemekte ve bu gereksinimleri yerine getiren kişiler yönünden ev sahibi üye devlet mesleki nitelikleri otomatik biçimde tanımaktadır. (Case C-154/93 *Tawil* [1994] pr. 11.) Bununla birlikte, bu Direktifler, uzun süre müzakere edilmekte ve sınırlı bir alanı kapsamaktadır. Bu nedenle, 1980'li yıllarda karşılıklı tanıma ilkesine dayalı yatay (genel) yaklaşıma geçilmiştir. Bu doğrultuda üç adet genel sistem Direktifi kabul edilmiştir: 89/48 sayılı Direktif, 92/51 sayılı Direktif ve 1999/42 sayılı Direktif. Bu türdeki Direktifler ise, hızlı müzakere ve geniş kapsam avantajına sahipken; mesleki niteliklerin otomatik biçimde tanınmaması nedeniyle dezavantajlıdır. Son olarak, buradaki Direktifler, Birlik hukukundaki konsolidasyon faaliyetine koşut olarak bu alanı bütünleştiren ve geliştiren 2005/36 sayılı Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. Konuyla ilgili olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 305–319; **CRAIG,** s. 23–25.

ölçüde tamamlanmıştır.[53] Bununla beraber, iç pazara ulaşılması, bir kerede gerçekleştirilecek statik bir hedef olmayıp, dinamik bir süreçtir.[54]

Nitekim, 1992 yılı sonrasında, özellikle kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin kayda değer kimi gelişmeler yaşanmıştır.[55] Bir kere, Divan, bu serbest dolaşımların "kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli" ulusal önlemleri kural olarak Topluluk hukukuna aykırı bularak, ortak pazarın gelişimine katkı yapan 1970'li yıllardaki mallar alanındaki içtihadını bu alanlara aktarmıştır.[56] Yine, 1993 yılında MA ile birlikte sermayenin serbest dolaşımı hükmü, artık tıpkı diğer serbest dolaşım hükümleri gibi, bu serbestîye yönelik kısıtlamaların kaldırılmasını öngörmektedir.[57] Ayrıca, 1999 yılında AA ile birlikte kişilerin serbest

---

[53] **Conclusions of the Presidency**–Edinburg, December 12, 1992, pt. 11. Bkz. **DINAN, DESMOND,** *Ever Closer Union: An Introduction to European Integration*, 2nd Edition, Palgrave, Great Britain, 1999, s. 376; **NUGENT, NEILL,** *The Government and Politics of the European Union*, 5th Edition, Duke University Press, Durham, 2003, s. 304; **VRANKEN, MARTIN–RICHARDSON, MEGAN,** "Europe 1992: Past, Present and Future of European Community Law", *Adelaide Law Review*, Cilt: 14, 1992, s. 231.

[54] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 12; **CRAIG,** s. 15; **DINAN,** s. 376; **ROSSI,** s. 98. Söz gelimi, Komisyona göre mallarla ilgili iç pazar hâlen tamamlanmamıştır; çünkü güncel teknolojik gelişmeler, çevre ve tüketicinin değişen talepleri dikkate alınmalıdır. **COM (2007) 35 final,** Commission Communication, "The Internal Market for Goods: A Cornerstone of Europe's Competitiveness", 2007, pt. 4. Ayrıca, hukuken bağlayıcı olmayan işlemler de artık uygulamada yer tutmaktadır. Bkz. **CRAIG,** s. 30–31.

[55] Bunun nedeni, 1993 yılındaki iç pazarın aslen mallar yönünden tesis edilmesidir. Bkz. **HATZOPOULOS, VASSILIS,** "A (More) Social Europe: A political crossroad or a Legal One-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon", *Common Market Law Review*, Cilt: 42, 2005, s. 1603. Kapteyn ve diğerlerine göre 1992 sonunda iç pazarın tamamlanmasındaki en önemli boşluk, iç sınırlardaki kişiler hakkındaki denetimlerin kaldırılması ile ilgilidir. Bkz. **KAPTEYN, P. J. G.–*et. al.*,** *The Law of the European Union and the European Communities*, 4th Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, s. 137.

[56] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Bkz. "3. Serbestîninn Kısıtlanması Yasağı", s. 220.

[57] Bkz. **AETA** md. 67; **MA** ile değişik **ATA** md. 73/1(b); **ABİHA** md. 63.

dolaşımı alanında önem taşıyan ve iç sınır kontrollerinin kaldırılmasına yönelik Schengen Anlaşması ve Uygulama Sözleşmesi, kurucu antlaşmaya eklenmiştir.[58]

Öte yandan, iç pazar tamamlanırken, bunu dengeleyici kimi politika alanları da kurucu antlaşmalara dâhil edilmiştir.[59] Bu bakımdan Birliğin görev ve hedefleri, serbest ticareti hem tamamlayıcı hem de engelleyici daha geniş politikaları göz önüne alarak genişlemektedir.[60] Bu yönden, örneğin; sosyal politika,[61] işverenler ile işçiler arası sosyal diyalog,[62] ekonomik ve sosyal uyum,[63] tüketici politikası[64] ve istihdam

[58] **AA'ya Ekli** Schengen Mevzuatının Avrupa Birliği Çerçevesine Dahil Edilmesine Dair Protokol md. 1. Bkz. **GUILD, ELSPETH,** "Citizens Without a Constitution, Borders Without a State: EU Free Movement of Persons", **(Eds.) BALDACCINI, ANNELIESE–*et.al.***, *Whose Freedom, Security and Justice?*, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 27. Schengen Anlaşması, 1985 yılında; Schengen Uygulama Sözleşmesi ise, 1990 yılında imzalanmıştır. Bu anlaşma ile 1995'te Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İspanya ve Portekiz arasındaki sınır kontrolleri kaldırılırken; 1998'de İtalya ve Avusturya; 2000'de Yunanistan; 2001'de İsveç, Danimarka, Finlandiya (ve Norveç ile İzlanda); 2008'de Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Letonya, Litvanya, Malta, Polonya, Slovenya, Slovakya (ve 2009'da İsviçre) bu devletlere katılmıştır. **European Union Press Release,** "The European Union Celebrates the 25th Anniversary of the Schengen Area", 2010, s. 1–4.

[59] Bkz. **LASOK,** s. 376, 435; **O'LEARY, SÍOFRA,** "The Principle of Non-Discrimination and EC Social Policy", **(Ed.) VAN EMPEL, MARTIJN,** *"From Paris to Nice" Fifty Years of Legal Integration in Europe*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2003, s. 18–32. Bu açıdan, pazar bütünleşmesi, ulusal hukuk ve politikaya daha fazla nüfus ettikçe; bu durum, sosyal politikanın AB düzeyinde yönetilmesi için daha geniş bir zemin sunmaktadır. **BELL, MARK,** *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 9–12.

[60] **BARNARD, (2010),** s. 29.

[61] **ATS** md. 21 ile değişik **AETA** md. 118a; **MA** md. G(B/32) ile değişik **ATA** Başlık VIII. (**ABİHA** Başlık X.)

[62] **ATS** md. 22 ile değişik **AETA** md. 118b. (**ABİHA** md. 152.)

[63] **ATS** md. 23 ile değişik **AETA** md. 130a, 130b, 130c, 130d, 130e. (**ABİHA** Başlık XVIII.)

[64] **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 3(s) ve **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 129a. (**ABİHA** md. 169.)

politikasının[65] yanı sıra Birlik vatandaşlığı,[66] özgürlük, güvenlik ve adalet alanı[67] ve temel haklar[68] gibi kimi konular, kurucu antlaşmaya eklenmiştir. 2000 yılında ise, Lizbon AHDBK; bir 'Lizbon Stratejisi' başlatmıştır. Buradaki stratejik hedef; istihdam, ekonomik reform ve sosyal uyum temelinde "daha fazla ve iyi iş ve daha yüksek bir sosyal uyum ile sürdürülebilir ekonomik büyümeye ehil dünyadaki en rekabetçi ve dinamik bilgiye dayalı ekonomi"yi yaratmaktır.[69] Yine, bu strateji, birbiri ile eşit değerdeki ekonomik, sosyal ve çevresel sütun üzerine kurulmuştur.[70] Bu süreçte, 2007 yılında Komisyon, iç pazar vizyonunu yenilemiştir:

> "Her ne kadar geleneksel olarak tek pazar politikası, çoğunlukla düzenleyici araçlar aracılığıyla sınır aşırı engellerin kaldırılmasını amaçlamışsa bile; [artık] tüketici tercihine saygı gösteren, sosyal ve çevresel olarak sağduyulu ve rekabetçi bir iş çevresinin geliştirilmesi göz önünde tutularak; vatandaşlar, tüketiciler ve iş adamlarının yararına pazarların daha iyi işlemesi sağlanacaktır."[71]

---

[65] **AA** md. 2(3/c) ile değişik **ATA** md. 3(i) ve **AA** md. 2(19) ile değişik **ATA** Başlık VIa. (**ABİHA** Başlık IX.)

[66] **MA** ile değişik **ATA** md. 8a–8e. (**ABİHA** md 20.) Bkz. "b. Birlik Vatandaşlığı", s. 29.

[67] **NA** ile değişik **ATA** md. 61 vd.; **NA** ile değişik **ABA** md. 29 vd. (**ABİHA** Başlık V.) Bkz. "c. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", s. 53.

[68] **ABA** md. F(2). (**LA** ile değişik **ABİHA** md. 6.) Bkz. "d. Temel Haklar", s. 55.

[69] **Conclusions of the Presidency**–Lizbon, March 23–24, 2000, pt. 5. Lizbon Stratejisi ile ilgili genel olarak bkz. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1628–1634. Hatzopoulos'a göre Lizbon stratejisi, AB'nin bir 'sosyal devlet' olarak yerleşmesinin ilk adımıdır. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1634.

[70] **Conclusions of the Presidency**–Göteborg, June 15–16, 2001, pt. 21.

[71] **COM (2007) 60 final,** "A Single Market for Citizens", 2007, pt. 3. Bkz. **COM (2007) 724 final,** "A Single Market for 21st Century Europe", 2007, pt. 2.4. Bununla birlikte Govaere'ye göre Komisyonun daha verimlilik-temelli iç pazar vizyonunun uzun vadede sosyal ve çevresel alanlar gibi ekonomik olmayan politikaların ilerletilmesi ile nasıl bir arada yürütüleceği hâlen belirsizdir. **GOVAERE, INGE,** "The Future Direction of the E.U. Internal Market: On Vested Values and Fashionable Modernism", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 16, 2010, s. 70.

Nihayet, 2009 yılındaki LA, ekonomik ve sosyal hedefler arasında farklı bir dengeye yer vermektedir.[72] Burada, iç pazar kurulması yinelenmekte; ancak iç pazar; yüksek derecede rekabetçi bir sosyal piyasa ekonomisi, çevrenin korunması, bilimsel ve teknolojik ilerlemenin arttırılması, sosyal dışlanma ve ayrımcılık ile mücadele edilmesi, sosyal adaletin arttırılması, çocuk haklarının korunması gibi hedeflerle tamamlanmaktadır.[73] Nitekim, iç pazardaki politika oluşumu,[74] yatay kimi hükümler nedeniyle; yüksek bir istihdam düzeyi, yeterli sosyal koruma güvencesi, sosyal dışlama ile mücadele, eğitim, staj ve insan sağlığının korunmasında yüksek bir düzey gereklilikleri ile kadın-erkek eşitliğinin arttırılması, cinsiyet, ırk veya etnik köken ile din veya inanış, özürlülük, yaş ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılık ile mücade edilmesi, çevrenin ve tüketicinin korunması ve hayvanların sıhhati ve korunmasını dikkate alacaktır.[75] Öyleyse, sosyal ya da başka kimi hedefler, 1957 yılından bu yana bir iç pazar tesisinin 'doğal' ya da 'pasif' bir sonucu olarak nitelendirilirken; artık bunlar, 'pozitif' bir amaç ya da hedeftir.[76]

Ekonomik olmayan politika alanlarına ait bu gelişmeler, Divan kararlarına da yansımaktadır. Bu duruma dair kimi çarpıcı örnekler verilebilir. İlk olarak, 2000 yılındaki erkek ve kadın işçilere yönelik eşit işe eşit ücret ilkesine ilişkin *Deutsche Post* kararına göre:

> "… [ABİHA md. 157] ile güdülen ekonomik amaç, yani farklı üye devletlerde yerleşik teşebbüsler arası rekabetteki bozulmanın ortadan kaldırılması, aynı

[72] **SZYSZCZAK, ERIKA–CYGAN, ADAM,** *Understanding EU Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, the Netherlands, 2008, s. 152. Nitekim, LA, Komisyonca öngörülen daha proaktif iç pazar politikası için gerekli yasal çerçeveyi sunmaktadır. **GOVAERE,** s. 68.

[73] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(3). Krş. **NA** ile değişik **ATA** md. 2.

[74] İç pazar, paylaşımlı yetki alanına girmektedir. **ABİHA** md. 4(2).

[75] Sırasıyla bkz. **ABİHA** md. 9, 8, 10, 11, 12, 13.

[76] **GOVAERE,** s. 70.

hükümce güdülen ve temel bir insan hakkının dışavurumu olan sosyal amaca göre ikincil konumdadır."[77]

Yine, aynı yıldaki *Angonese* kararı uyarınca işçilerin serbest dolaşımına dair md. 45, md. 157 gibi, iş gücü piyasasında hiçbir ayrımcılık olmamasını sağlamak için tasarlanmıştır.[78] Öyleyse, bu iki maddeye ait bu kıyaslamadan hareketle, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağının ekonomik amacının "temel bir insan hakkının dışavurumu olan" sosyal amaca göre ikincil konumda olduğu söylenebilecektir. Dahası, 2007 yılındaki *Viking* kararı uyarınca Topluluk etkinlikleri, bir 'iç pazarın kurulması'nın yanı sıra 'sosyal alanda bir politika' oluşturulmasını öngörmektedir.[79] Bu bakımdan Topluluk, *inter alia*, 'ekonomik etkinliklerin ahenkli, dengeli ve sürdürülebilir gelişimi' ve 'üst düzey bir istihdam ve sosyal koruma'nın ilerletilmesi görevini üstlenmiştir.[80] O hâlde:

"Topluluğun yalnızca ekonomik değil; aynı zamanda sosyal bir amacı olması nedeniyle, kurucu antlaşmanın malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına dair hükümleri uyarınca tanınan haklar, sosyal politika tarafından güdülen hedefler ile dengelenmelidir."[81]

---

[77] Joined Cases C-270/97 and C-271/97 *Deutsche Post* [2000] pr. 57. (**NA** ile değişik **ATA** md. 141; **AETA** md. 119.)

[78] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 35.

[79] **NA** ile değişik **ATA** md. 3.

[80] **NA** ile değişik **ATA** md. 2. Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 78.

[81] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 79. Buradaki sosyal politika hedefleri; yükseltilmiş yaşam ve çalışma koşulları, uygun bir sosyal koruma ve işveren ile iş gücü arasındaki diyalogu içermektedir. (pr. 79.) Ayrıca, Everson'a göre *Albany* kararı uyarınca ekonomik haklar ve ekonomik rasyonalite, kurucu antlaşmanın bir parçası iken; bunlar, sosyal hedeflerle hep dengelenmiştir. **EVERSON, MICHELLE,** "Adjudicating the Market", *European Law Journal*, Cilt: 8, No: 1, 2002, s. 166. (Case C-67/96 *Albany* [1999] pr. 60.) Bununla birlikte, Barnard'a göre her ne kadar Divan ekonomik ve sosyal politika arasında bir dengeden bahsetse bile; Divanın "kısıtlama" analizi ekonomik serbestîlere öncelik vermektedir. **BARNARD, CATHERINE,** "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?", *Cambridge Law Journal*, Cilt: 68, No: 3, 2009, s. 576.

LA ile yeniden yapılandırılan Birliğin amaçları, büyük ihtimalle, Divan kararlarındaki ekonomik olmayan politika alanlarına yönelen bu akımı kuvvetlendirecektir.[82]

Öyleyse, AB için bir iç pazar, yaklaşık elli yılı aşkın bir süredir gelişmektedir. Bir kere, iç pazar ve ona dair serbest dolaşım, Birlik hukukunda merkezi bir konum tutmaya hâlen devam etmektedir.[83] Buna karşın, hem kurucu antlaşma değişiklikleri ve Birlik tasarrufları hem de ABAD kararları, ekonomi ya da pazar odaklı yaklaşımın yerini birey ya da vatandaş odaklı yaklaşıma yavaş yavaş terk ettiğini göstermektedir. Bu bakımdan; Birlik vatandaşlığı, temel haklar ve sosyal konular ile bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı tesis etme çabası, ekonomik topluluktan (siyasi) birliğe adım atılan 1993 yılından bu yana gittikçe daha fazla öne çıkmaktadır.[84] Böylece, vatandaşlık temelli bir zihniyet değişimi sürmektedir.

C. Ekonomik ve Parasal Birliğe Yönelik Adımlar

Ekonomik ve parasal birliğin kurulması, 1993 yılında MA ile birlikte Topluluğun görevlerini yerine getirmesi için kullanılan araçlar arasına katılmıştır.[85] Böylelikle, artık, üye devletlerin ekonomi politikalarının yakın eşgüdümüne dayanan bir ekonomi politikası kabul edilecek ve tek para biriminin getirilmesine vücut verecek

---

[82] Bkz. **GOVAERE,** s. 80.

[83] Bkz. **LENAERTSN–VAN NUFFEL,** s. 139; **WEATHERILL, STEPHEN,** *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006, s. 497.

[84] Kimi Hukuk Sözcülerine göre Birlik vatandaşlığına ilişkin hükümler, Avrupa'nın inşası sürecinde temel öneme sahip bir aşamaya işaret etmektedir. Opinion of AG La Pergola in Joined Cases C-4/95 and C-5/95 *Stöber and Pereira* [1997] pt. 50; Opinion of AG Léger Case C-214/94 *Boukhalfa* [1996] pt. 63.

[85] **MA** md. G(B/2) ile değişik **ATA** md. 2. (**LA** ile değişik **ABA** md. 3(4).) AB yönünden ekonomik ve parasal birlik aşaması ile ilgili olarak bkz. **AKÇAY, BELGİN,** "Ekonomik ve Parasal Birlik", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 325–369; **BALKIR, CANAN,** *Uluslararası Ekonomik Bütünleşme: Kuram, Politika ve Uygulama AB ve Dünya Örnekleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 264–290; **LOUIS, JEAN-VICTOR,** "The Economic and Monetary Union: Law and Institutions", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 575–608.

biçimde değişim kurları geri dönülmez biçimde sabitlenecektir.[86] Buna ilişkin kurallar, "Ekonomik ve Parasal Birlik" başlığı altında düzenlenmiştir.[87] 1 Ocak 1999 tarihinde oniki devlet arasında para kurları geri dönülemez biçimde sabitlenirken; 1 Ocak 2002 tarihinde de tek para birimi (*Euro*) tedavüle sokulmuştur.[88] Bununla birlikte, ekonomik ve parasal birliğin hâlâ deneme aşamasındadır.[89]

D. Siyasi Birliğe Yönelik Adımlar

Bütünleşmenin farklı aşamalarını birer birer kat eden AB, en nihayetinde, siyasi birlik adı altında toplanabilecek kimi adımlar da atmaktadır. Burada, bu yöndeki gelişmelere genel olarak yer verilmesinin ardından; Birlik vatandaşlığı, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile temel haklar konuları öne çıkarılacaktır.

a. Genel Olarak

Avrupa bütünleşmesi, bilhassa 1990'lı yıllar ile birlikte siyasi birliğe yönelen gelişmelere sahne olmuştur. Bir kere, 1993 yılında MA ile AB kurulmuştur. AB, Avrupa Topluluklarından oluşan ulusüstü nitelikteki birinci sütunun yanı sıra 'ortak dış politika ve güvenlik politikası' ile 'adalet ve içişlerinde işbirliği'nden oluşan hükümetlerarası nitelikteki ikinci ve üçüncü sütun üstüne kurulmuştur. Bu yapı, ilk olarak, 1999 yılında AA ile 'vize, göç, iltica ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin kimi konular'ın ulusüstü yapıya aktarılması ile değiştirilmiştir.[90] Böylelikle üçüncü sütun, artık, 'cezai konularda polis ve adli işbirliği' adını almıştır.[91] 2009 yılında LA ile

[86] **MA** md. G(B/4) ile değişik **ATA** md. 3a. (Bkz. **ABİHA** md. 119.)

[87] **MA** md. G(B/25) ile değişik **ATA** Başlık VI. (**NA** ile değişik **ATA** md. 102a vd.; 105 vd.; **ABİHA** Başlık VIII, md. 120 vd., 127 vd.)

[88] Bkz. **MOUSSIS,** s. 108–109.

[89] **MOUSSIS,** s. 115. Bununla beraber, Ardy'e göre ekonomik ve parasal birlik, AB için önemli bir başarı olup, siyasi ve ekonomik bütünleşmede önemli bir ilerlemedir. **ARDY,** s. 136.

[90] **AA** md. 1(15) ile değişik **ATA** Başlık IIIa.

[91] **AA** md. 1(11) ile değişik **ABA** Başlık VI.

birlikte ise, sütunlu yapı sona ermiştir.[92] Buna karşın 'ortak dış politika ve güvenlik politikası', hükümetlerarası yapısını büyük ölçüde muhafaza ederken; 'cezai konularda polis ve adli işbirliği', ulusüstü yapıya yaklaşmıştır.[93] Ayrıca, bu antlaşma ile hem Birlik Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilciği hem de AHDBK Başkanlığının getirilmesi, siyasi birliğe doğru bir hareketi göstermektedir.[94]

b. Birlik Vatandaşlığı

Birlik vatandaşlığı, pek çok açıdan ele alınabilmekle birlikte, hukuk alanına serbest dolaşım ve ikâmet hakkı ile damgasını vurmuştur. Böylece, iç pazara dair serbest dolaşımlara ek olarak, Birlik vatandaşlığına dair bir serbest dolaşım hakkı getirilmesi, bu ikisi arasındaki ilişkinin ne olacağı sorusunu gündeme getirmiştir. İşte bu soru, ancak Birlik vatandaşlığına ilişkin resmin bütünü görülürse anlamlı bir yanıta kavuşabilecektir. Bu nedenle, burada evvela Birlik vatandaşlığının getirilme süreci ile bunun sebepleri ele alınacak, ardından ise ona bağlı haklar incelenecektir.

aa. Birlik Vatandaşlığının Getirilişi

Birlik vatandaşlığı, bütünleşme süreci içerisinde çeşitli platformlarda dile getirilmiştir. Öncelikle 1958 yılındaki AETA, "Avrupa halkları arasında daha yakın bir birliktelik" oluşturmaya yönelik taahhüt nedeniyle belki de bir Birlik vatandaşlığını ima etmektedir.[95] Bununla beraber, vatandaşlık ile ilgili hususi çalışmalar, 1974 yılı ile birlikte başlamıştır. Aynı yıldaki Paris AHDBK, üye devlet vatandaşlarına Topluluğun

---

[92] LA ile ilgili olarak bkz. **BAYKAL, SANEM,** "Reform Antlaşması ve Getirdikleri: Kurumsal Yapı Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 7, No: 1, 2007, s. 45–67; **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** "Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı ve Lizbon Antlaşması", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–*et. al.,*** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 203–233; **DOUGAN, MICHAEL,** "The Treaty of Lizbon 2007: Winning Minds, Not Hearts", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008 (b), s. 617–703.

[93] Sırasıyla bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 42–46; **ABİHA** md. 81–89.

[94] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 14. Sırasıyla bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 18, 15.

[95] Bkz. **MENGOZZI, PAOLO,** *European Community Law from the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam*, 2nd Edition, Kluwer Law International, United States, 1999, s. 233.

üyesi olarak verilebilecek özel hakları araştırmak üzere bir çalışma grubu oluşturmuştur.[96] Bir sonraki yıl ise dönemin Belçika Başbakanı Tindemans, bir Avrupa Birliği Raporu hazırlayarak, buradaki "vatandaşlar için bir Avrupa'ya doğru" bölümü içerisinde bir Birlik vatandaşının ev sahibi üye devlet ile bütünleşmesi amacı ile o kişiye medeni, siyasi ve sosyal kimi haklar verilmesini önermiştir.[97] Yine, 1984 yılında AP raportörü Altiero Spinelli "Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma Tasarısı" hazırlarken, bu Tasarı ile bir Birlik vatandaşlığının da tesis edilmesi öngörülmüştür.[98]

1990 yılında ise, Birlik vatandaşlığına dair bu çalışmalar, birbirine bağlanan iki farklı güzergâh üzerinden ilerlemiştir. İlk olarak, Topluluk kurumları, ikincil hukuk aracılığıyla kimi Topluluk vatandaşlarına serbest dolaşım hakkı tanımıştır. Buna göre öğrenciler,[99] emekliler[100] ve kendi kendine yeterli kişiler,[101] birer Direktif aracılığıyla serbest dolaşım ve ikâmet hakkına sahip kılınmıştır.[102] Bununla birlikte, buradaki

---

[96] **Conclusions of the Presidency**–Paris, December 9–10, 1974, pt. 11.

[97] Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council, "European Union", Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76, s. 26–28. Bkz. **COM (75) 322,** Commission Report, "Towards European Citizenship", 1975.

[98] **European Parliament,** "Resolution on the draft Treaty establishing the European Union", 1984, md. 3.

[99] **93/96 sayılı Direktif**.

[100] **90/365 sayılı Direktif**.

[101] **90/364 sayılı Direktif**.

[102] Bu üç Direktif, 2004/38 sayılı Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. (**2004/38 sayılı Direktif** md. 38.) Bu üç Direktif ile ilgili olarak bkz. **O'LEARY, SÍOFRA,** *The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Great Britain, 1996, s. 109–126; **POLLARD, DAVID,** "Rights of Free Movement", **(Eds.) NEUWAHL, NANETTE A.–ROSAS, ALLAN,** *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, s. 110–111. Bu üç Direktifin uygulanmasına ilişkin Komisyon raporu için bkz. **COM (1999) 127 final**, Commission Report, "The Implementation of Directives 90/364, 90/365 and 93/96 (Right of Residence)", 1999. Buna göre bu Direktifler, iç hukuka aktarma yönünden sorunlarla karşılaşmıştır. (pt. 2.) Hatta O'Neill ve Sandler'a göre bu üç Direktifin yetersizliği, MA ile ATA içinde bir Birlik vatandaşlığı tesis edilmesine yol açmıştır. **O'NEILL, PAUL–SANDLER, SUSAN R.,** "The

serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, esas olarak, ilgili kişinin yeterli varlıklara ve sağlık sigortasına sahip olması şartına bağlanmıştır.[103] Böylelikle Topluluk hukuku, ilk kez, ekonomik bir etkinlik yürütmeyen kişilere de serbest dolaşım hakkı tanımıştır.

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığına ilişkin tartışmalar, kurucu antlaşma değişiklikliği sürecinin bir parçası olmuştur. Buna dair 1990 yılındaki Dublin AHDBK, 'siyasi birlik' ile ilgili olarak, *inter alia*, şu soruyu yöneltmektedir:

> "Birlik, Birliğe dahil üye devletler aracılığıyla ve o devlet vatandaşları için (insani, siyasi, sosyal haklar ile tam bir serbest dolaşım ve ikâmet hakkı…) spesifik haklarını taşıyan Topluluk vatandaşlığı kavramını nasıl içerecek ve genişletecektir?"[104]

Aynı yıldaki Roma AHDBK, Birlik vatandaşlığına ilişkin olarak, kurucu antlaşma değişikliği ile aşağıdaki hakların ne ölçüde yer alabileceği sorusunu HAK'a yöneltmiştir:

> "-siyasi haklar: ikâmet ülkesinde [AP] seçimlerine katılma; yerel seçimlere katılma ihtimali.
>
> -sosyal ve ekonomik haklar: ekonomik bir etkinlik olmaksızın serbest dolaşım ve ikâmet hakkından yararlanmak, tüm Topluluk vatandaşları için fırsat eşitliği ve eşit muamele.
>
> -Topluluk sınırları dışında Topluluk vatandaşlarının ortaklaşa korunması."[105]

Aynı yıl, pek çok devlet ve Topluluk kurumu, Birlik vatandaşlığı hakkında görüş sunmuştur. Burada, genellikle, AB'deki demokrasi açığının giderilmesi, AB ile olan aidiyet hissinin geliştirilmesi ve Birlik ile vatandaşın yakınlaştırılması üzerinde

---

EU Citizenship Acquis and the Court of Justice: Citizenship Vigilante or merely Vigilant Treaty Guardian?", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Cilt: 7, No: 3, 2008, s. 225.

[103] **90/364 sayılı Direktif** md. 1; **90/365 sayılı Direktif** md. 1; **93/96 sayılı Direktif** md. 1. Bkz. "bbb. Serbest Dolaşım ve İkâmet Hakkı", s. 45.

[104] **Conclusions of the Presidency**–Dublin, June 25–26, 1990, Annex 1(2/a).

[105] **Conclusions of the Presidency**–Roma, December 14–15, 1990, pt. 3.

durulurken; temel haklar, serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, siyasi hayata katılım ve Birlik dışında korunma konuları ön plana çıkmıştır.[106] Söz gelimi, en ciddi öneriyi getiren İspanya'ya göre her üye devlet vatandaşı, Birlik vatandaşı olmalı; temel haklara saygı gösterilmeli; vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmamalı ve süresiz olarak serbest dolaşım ve ikâmet hakkı tanınmalı; yaşanılan yerde siyasi hayata katılınmalı ve vatandaş Birlik sınırları dışında korunmalıdır.[107] Bu öneriyi destekleyen Komisyona göre "hedef, Avrupa bütünleşmesine katılım hissini teşvik etmek"tir ve Birlik vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığın yerini almayacak; ancak onu bütünleyecektir.[108] O hâlde, Birlik vatandaşlığı; temel insan hakları, ekonomik olarak etkin olunmasa bile serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, Avrupa seçimleri ve yerel seçimlerde oy kullanma hakkı ile daha sonraki bir aşamada bireyin medeni, ekonomik ve sosyal hak ve yükümlülüklerinin tanımlanması için hedefler belirlenmesine odaklanmalıdır.[109]

İşte tüm bu katkıların olgunlaşması sonucu, Birlik vatandaşlığı, MA ile birlikte kurucu antlaşmadaki yerini almıştır. Burada Birlik vatandaşlığı, ABA içinde bir hedef olarak yer alırken; buna yönelik düzenleme, ATA içinde yapılmıştır. İlkin, ABA uyarınca Birlik:

---

[106] Bkz. **Greek Memorandum,** "Contribution to the Discussions on Progress Towards Political Union", Brussels, 15 May 1990, pt. 5.1, 5.2; **European Parliament,** "Resolution on the Intergovernmental Conference in the context of Parliament's Strategy for European Union", [1990] OJ C 231/97, pt. 18, 19; **Portuguese Memorandum,** "Political Union with a View to the Intergovernmental Conference", Lisbon, 30 November 1990, pt. 1.1, 1.1.1. Bkz. **LAURSEN, FINN–VANHOONACKER, SOPHIE (Eds.),** *The Intergovernmental Conference on Political Union: Institutional Reforms, New Policies and International Identitiy of the European Community*, Van Hooren Drukkerij, Heerlen, 1992, s. 280, 286, 305.

[107] **Spanish Delegation,** "Intergovernmental Conference on Political Union: Union Citizenship", 21 February 1991, md. 1, 2, 5, 6, 7, 8. Bkz. **LAURSEN–VANHOONACKER (Eds.),** s. 325–328.

[108] **COM (90) 600 final,** Commission Opinion, "Political Union", 1990, pt. III(2).

[109] **COM (90) 600 final,** Commission Opinion, "Political Union", 1990, pt. III(2/i–iii). Komisyon, bu çalışmasını sonradan detaylandırmıştır. Bkz. **SEC (91) 500 final,** "Political Union", 1991, s. 3–6.

"bir Birlik vatandaşlığı getirerek, üye devlet vatandaşlarının haklarının ve çıkarlarının korunmasını güçlendirecektir."[110]

Buna karşın, Birlik vatandaşlığına dair hükümler, ATA ile düzenlenmektedir. Böyle bir seçim, hukuki açıdan önem taşımaktadır. Bir kere, ilgili hükümlere 'Topluluğun temelleri' başlığı altında yer verilmesi, Birlik vatandaşlığına atfedilen değeri göstermektedir.[111] Daha da önemlisi, bu seçim sayesinde bu hükümler, (karar alma mekanizmaları, hukuksal prosedürler, Adalet Divanının yetkisi gibi) her yönüyle ulusüstü yapıya bağlanmıştır.[112] Böylece, Divan, artık sürücü koltuğuna yerleşmiş ve vatandaşlığın gelişimine rota verme gücünü elde etmiş; hatta buna mecbur kalmıştır.[113]

Birlik vatandaşlığı, müteakip kurucu antlaşma değişiklikleri esnasında herhangi bir esaslı değişiklik geçirmemiştir. Gerçekten, 1999 yılındaki AA ve 2003 yılındaki NA, bu konuda kayda değer bir değişiklik getirmemektedir.[114] Buna ek olarak, 2009

---

[110] **ABA** Dibace, md. B.

[111] **MA** ile değişik **ATA** md. 8a–8e. Komisyon, Birlik vatandaşlığına ilişkin hükümlerin kurucu antlaşmadaki dört temel serbestîden bile önce gelen yerine işaret etmektedir. **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. II. Yine, Birlik vatandaşlığının kurucu antlaşmadaki yerinin 'ilkeler'den sonra 'Topluluk politikaları'ndan önce olması, kurucu antlaşmanın sistemi içindeki genel önemine işaret etmektedir. **CONDINANZI, MASSIMO–*et. al.,*** *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 2008, s. 1.

[112] Bkz. **BEENEN, NANDA,** *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment: The Impact of European Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001, s. 49, 51; **CLOSA, CARLOS,** "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review*, Cilt: 29, 1992, s. 1158; **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 2–4; **TEZCAN, ERCÜMENT,** *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 24–25. Marias'a göre Birlik vatandaşlarının haklarının ATA içinde ve spesifik olarak 'Topluluğun Temelleri' başlığı altında yer almasından ötürü, hiç kimse, Avrupa vatandaşlığının alakalı hükümlerinin yalnızca açıklayıcı klozlar olduğunu ileri süremeyecektir. Tam aksine, bu hükümler; Birlik, üye devletler ve özel kişiler için bağlayıcıdır. **MARIAS,** s. 10.

[113] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 217.

[114] Bkz. **AA** ile değişik **ATA** md. 17(2); **NA** ile değişik **ATA** md. 18(2, 3).

yılındaki LA da Birlik vatandaşlığına dair hükümleri büyük ölçüde aynı bırakmaktadır.[115] Buna karşın, bu hükümler, artık "Ayrımcılık Yasağı ve Birlik Vatandaşlığı" başlığı altında yer almaktadır.[116] Böylece, Birlik vatandaşlığı ile ayrımcılık yasağı arasındaki bağ kuvvetlenmiştir. Dahası, Birlik vatandaşlığı, LA ile giderek daha merkezi bir konuma taşınmaktadır. Örneğin, LA'daki hükümlere göre AP, Birlik vatandaşlarının temsilcilerinden oluşurken; vatandaşlar, AP ile Birlik düzeyinde doğrudan temsil edilmektedir.[117]

Öyleyse, Birlik vatandaşlığı, ekonomik köklere dayalı AB'nin bu kökün ötesine geçecek gelecekteki rotasını çizerek, bir zihniyet değişimi getirmektedir. Bir kere, Birlik vatandaşlığı, 1992 yılında iç pazarın tamamlanmasının bir bakıma kaçınılmaz sonucudur.[118] Bu bakımdan, artık pazar vatandaşlığından, tüm üye devlet vatandaşlarına daha geniş vatandaşlık haklarının tanındığı sosyal ve siyasi bir birliğe geçişe dair adımlar atılmaktadır.[119] Bu gelişim, Avrupa'nın yalnızca bir devletler topluluğu

---

[115] Bkz. **ABİHA** md. 20, 21. Ayrıca bkz. **ELSMORE, MATTHEW J.–STARUP, PETER,** "Union Citizenship–Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy", *Yearbook of European Law*, Cilt: 26, 2007, s. 74.

[116] **ABİHA** md. 20–25.

[117] **LA** ile değişik **ABA** md. 10(2), 14(2). Krş. **NA** ile değişik **ATA** md. 189: AP, devletlerin halklarının temsilcilerinden oluşur.

[118] Bkz. **FAVELL, ADRIAN–RECCHI, ETTORE,** "Pioneers of European Integration: an Introduction", **(Eds.) FAVELL, ADRIAN–RECCHI, ETTORE,** *Pioneers of European Integration: Citizenship and Mobility in the EU*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2009, s. 7; **MARIAS,** s. 1; **MAAS, WILLEM,** *Creating European Citizens*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2007, s. 6; **O'NEILL–SANDLER,** s. 215. Söz gelimi Karluk'a göre dört temel serbest dolaşım olmadan, AB vatandaşlığı da söz konusu olamaz. **KARLUK, RIDVAN,** "Dört Özgürlük Modeli ve Uygulaması", **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ,** *Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Kurumları Sempozyumu (30 Mart–1 Nisan 2005)*, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s. 84.

[119] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 216. '*Homo economicus*' ile ilgili olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 417.

olmayıp; ortak bir statüye sahip bireyler topluluğuna dönüşmesini yansıtmaktadır.[120] Bununla beraber, AB içinde dört serbestî ve buna dayalı ekonomik bir vatandaşlığın hâlen oldukça geniş bir yer tuttuğu da akılda tutulmalıdır.[121] Yine de, özellikle Divan vasıtasıyla, *homo economicus* (pazar vatandaşlığı) paradigması, *homo civitatis* (vatandaş) paradigmasına dönüştürülmektedir.[122]

Birlik vatandaşlığının getirilme süreci ve kurucu antlaşmalar içindeki yerinden sonra, Birlik vatandaşlığına neden ihtiyaç duyulduğu sorusu yanıtlanacaktır.

bb. Birlik Vatandaşlığının Getirilme Sebepleri

Birlik vatandaşlığı kavramı ve buna bağlı hakların kurucu antlaşmaya girmesi, birbiri ile yakın bağı olan beş farklı konuya ilişkin çözümün bir parçasıdır. Bu konular; siyasi birlik, demokrasi ve meşruiyet, kimlik ve aidiyet, Birlik ile halk arasında yakınlaşma ve halklar arasında dayanışmadır.

İlk olarak, Birlik vatandaşlığı, 'siyasi birlik' sürecinin önemli bir parçasıdır. Bir kere, Birlik vatandaşlığı, siyasi birlik hakkındaki HAK ile gündeme taşınmıştır. Yine, pek çok yazar, Birlik vatandaşlığı ile siyasi birlik arasındaki bağlantıya dikkat çekmektedir.[123] Örneğin, White'a göre Avrupa vatandaşlığı kavramı, Topluluğun siyasi

---

[120] Bkz. **MAAS,** s. 4.

[121] Bkz. **LEHNING, PERCY B.,** "European Citizenship: Between Facts and Norms", *Constellations*, Cilt: 4, No: 3, 1998, s. 362. Yazara göre Birlik vatandaşlığı, Birliğin yönünü değiştirmemektedir. (s. 362.)

[122] Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-228/07 *Petersen* [2008] pt. 16.

[123] Bkz. **CHALMERS, DAMIAN–*et. al.,*** *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006, s. 561; **CONDINANZI–*et. al.,*** s. 4; **HAILBRONNER, KAY,** "Union Citizenship and Social Rights", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 65; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 98; **LASOK,** s. 435; **MARIAS,** s. 1; **SHAW, JO,** "The Interpretation of European Union Citizenship", *Modern Law Review*, Cilt: 61, 1998, s. 295; **WOUTERS, JAN,** "European Citizenship and the Case-law of the Court of Justice of the European Communities on the Free Movement of Persons", **(Ed.) MARIAS, EPAMINONDAS A.,** *European Citizenship*, European Institute of Public Administration,

gelişiminin bir parçası iken;[124] Hall'a göre vatandaşlık, esasen, güçlü ve heyecanlandırıcı bir sembolizm ile zengin siyasi bir kavram olup, siyasi birliğin oluşumu ile bağlantılıdır.[125] Yine Vranken ve Richardson'a göre siyasi birliğe yönelen trendin doğrudan doğruya sonucu, MA ile yeni bir hukuki kavram olarak 'Avrupa vatandaşlığı'nın yaratılması iken;[126] Handoll'a göre gerek iç pazarın planlanan tamamlanışı gerek Birlik vatandaşlığının getirilmesi, ekonomik bir Topluluktan daha siyasi bir yapıya geçiş olarak Topluluğun derinleşmesini yansıtmaktadır.[127] Öyleyse, Birlik vatandaşlığı, 'siyasi bir kavram' ya da 'siyasi bir statü'dür.[128]

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığı, AB'deki demokrasi ve meşruiyet kaygılarına yönelik bir çözüm önerisidir. Bir kere, kurucu antlaşmanın tarafları, Birlik vatandaşlığı yaratarak, Birliğin demokratik meşruiyetini kuvvetlendirmek istemiştir.[129] Öyleyse,

---

Maastricht, 1994, s. 48; Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined cases C-65/95 and C-111/95 *Shingara and Radiom* [1997] pt. 34.

[124] **WHITE, ROBIN C. A.,** *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford University Press, Great Britain, 2004, s. 121. Benzer bir görüş için bkz. **CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 847.

[125] **HALL, STEPHEN,** *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1995, s. 10.

[126] **VRANKEN–RICHARDSON,** s. 241. Benzer bir görüş için bkz. **SCHRAUWEN, ANNETTE,** "Sink or Swim Together? Developments in European Citizenship", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 23, 2000, s. 792.

[127] **HANDOLL, JOHN,** *Free Movement of Persons in the EU*, Chancery Law Publishing, Great Britain, 1995, s. 65.

[128] Sırasıyla bkz. **DE ZWAAN, JAAP W.,** "European Citizenship: Origin, Contents and Perspectives", **(Eds.) BAŃKOWSKI, ZENON–SCOTT, ANDREW,** *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration*, Blackwell Publishers, Great Britain, 2000, s. 263; **KOSTAKOPOULOU, THEODORA,** "European Union Citizenship: Writing the Future", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 634.

[129] **O'NEILL–SANDLER,** s. 240. Bkz. **WIND, MARLENE,** "Post-national Citizenship in Europe: the EU as a "Welfare Rights Generator"?", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 15, 2009, s. 253.

Birlik vatandaşlığı, *inter alia*, sistem içerisindeki meşruiyeti sağlama rolünü üstlenecektir.[130] Buna göre Birlik vatandaşlığı, siyasi birliğin tabanını oluşturacak ve onun demokratik meşruiyetinin dayanağı olacaktır.[131] Bunun yanı sıra, Birlik, daha vatandaş yönelimli hâle geldikçe; bu durum, Birlik demokrasisine katkı yapacaktır.[132] Bununla birlikte, Birlik içindeki demokrasi ve meşruiyet sorunlarının pek çok boyutu olması dolayısıyla, Birlik vatandaşlığı, bu sorunlara tek başına bir çare sunamamaktadır.[133]

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığı, AB açısından bir kimlik ya da aidiyet geliştirmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, O'Neill ve Sandler'a göre âkit taraflar, MA ile birlikte Avrupa halklarını Birliğe doğru isteklendirmek için ekonomik hakları siyasi ve sosyal haklar ile desteklemiştir ve böylece vatandaşların gerçek bir aidiyet ve kimlik hissi geliştirebileceği bir yol açmıştır.[134] Komisyona göre ise Birlik vatandaşlığı, Birlik ile bir kimlik duygusu geliştirmek amacıyla üye devlet vatandaşları ile Birlik arasında

---

[130] Bkz. **MARIAS,** s. 5; **O'NEILL–SANDLER,** s. 206–207, 211.

[131] Bkz. **MARIAS,** s. 18. Yazara göre demokratik meşruiyet sağlamanın diğer yolu temel hak korumasıdır. (s. 3.)

[132] Bkz. **KADELBACH, STEPHEN,** "Union Citizenship", **(Eds.) VON BOGDANDY, ARMIN–BAST, JÜRGEN,** *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, North America, 2006, s. 458. Bu yaklaşım, "Avrupa halkları arasında daha yakın bir birliktelik" ve kararların "vatandaşlara mümkün olduğunca yakın" alınmasını öngören [NA ile değişik] ABA md. 1(2) ile yansıtılmaktadır. (s. 458.)

[133] Konuyla ilgili genel olarak bkz. **AKGÜL AÇIKMEŞE, SİNEM,** "Avrupa Birliği'nde Demokratik Meşruiyet Sorunu", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 4, 2003, s. 23–45; **CHRYSSOCHOUU, DIMITRIS N.,** "EU Democracy and the Democratic Deficit", **(Ed.) CINI, MICHELLE,** *European Union Politics*, New York, Oxford University Press, 2003, s. 365–382.

[134] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 213.

doğrudan bir siyasi bağ yaratmıştır.[135] Bunlara ek olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona bağlı kimlik ve aidiyet konuları, pek çok farklı açısıyla doktrinde tartışılmaktadır.[136]

Dördüncü olarak, Birlik vatandaşlığı, Birlik ile halk arasındaki uzaklığın giderilmesi için bir araçtır.[137] Everson, bu durumu iyi açıklamaktadır: Avrupa pazar vatandaşları, iç pazardaki serbest dolaşımları kullanarak, iç pazarın hukuken ve fiilen gerçekleştirilmesi rolünü üstlenmiştir. Buna karşın, bu rol, pazar vatandaşlarının Avrupa ile ilişkilerinde kişisel çıkarlarının öne çıkmasına neden olarak, Topluluk ile genel bir bağlılık tesis edilmesinin önüne geçmiştir. Öyleyse, Birlik vatandaşlığı aracılığı ile çözülmek istenen en ivedi kaygı, Topluluk kurumları ile Birlik vatandaşları arasında bir tür bağ kurmaktır.[138] Nitekim, birtakım hakların ekonomik olarak etkin olmayan kişilere genişletilmesi, Birlik vatandaşlığını pazar vatandaşlığının ötesine taşıyarak Birlik ile vatandaşlar arasındaki bağlantıyı arttırmaktadır.[139] Böylelikle, üye devlet vatandaşları, Avrupa bütünleşmesi sürecinin bir parçası oldukları hissine kavuşacak[140] ve Birlik ile

---

[135] **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. II.

[136] Örnek olarak bkz. **DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH,** "In Search of Union Citizenship", *Yearbook of European Law*, Cilt: 18, 1998, s. 30–33; **KOSTAKOPOULOU, (2007),** s. 623–646; **SHAW, (1998),** s. 305–307, 209–315.

[137] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 98; Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pt. 23.

[138] **EVERSON, MICHELLE,** "The Legacy of the Market Citizen", **(Eds.) SHAW, JO–MORE, GILLIAN,** *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 85, 88, 89, 90. Yine Everson'a göre Birlik vatandaşlığı statüsü, pazar vatandaşlığı statüsü ile karşıtlık oluşturmayı amaçlamaktadır. (s. 73.)

[139] **O'NEILL–SANDLER,** s. 229.

[140] Bkz. **DAVIES, GARETH,** *European Union Internal Market Law*, 2nd Edition, Cavendish Publishing, Australia, 2003(a), s. 67.

halk arasındaki yakınlaşma gerçekleşebilecektir. Buna karşın, bu yakınlaşmanın derecesi tartışmalıdır.[141]

Beşinci olarak, Birlik vatandaşlığı, halklar arasında dayanışma sağlayabilecektir. Bu açıdan, Birlik vatandaşlığı, bir taraftan, üye devletlerin vatandaşlarını bir arada tutmaya yardım edecek yapıştırıcıyı sağlamayı amaçlarken;[142] diğer taraftan, Birlik halkları arasında dayanışmanın yakalanması için bir etken oluşturmaktadır.[143] Hatta, Avrupa halklarının bütünleşmesi ile Birlik meşruiyetinde de bir artış hedeflenmektedir.[144]

Son olarak, buradaki konular, birbiri ile yakından bağlantılıdır. Nitekim, Hukuk Sözcüsü Jacobs, *Bickel and Franz* davasındaki Görüşü ile bu bağlantıya işaret etmektedir:

> "Birlik vatandaşlığı kavramı, üye devlet vatandaşlığının ötesine geçen ortak bir bağ aracılığıyla Birlik vatandaşlarını birleştiren haklar ve yükümlülüklerin ortaklığını ima etmektedir. Bu kavramın getirilişi, büyük ölçüde, Birliği vatandaşlarına daha da yakınlaştırma ve salt bir ekonomik birlikten öte olan karakterine anlam katma endişesinden ilham almıştır. Bu endişe, Topluluğun adından 'ekonomik' kelimesinin çıkarılması … ve AT Antlaşmasına ekonomi alanını aşan çeşitli sayıda etkinlik ve politikaların tedricen getirilmesinde yansıtılmaktadır."[145]

Öyleyse, Birlik vatandaşlığı, pek çok husus açısından belirli bir seviyede katkı yapmaktadır. Buna karşın, bu kavram, bu hususlar yönünden yalnızca bütünün bir parçasını teşkil edip; söz gelişi demokratik meşruiyetin sağlanması ya da bir kimliği

---

[141] Bkz. **BELLAMY, RICHARD,** "Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU", *Citizenship Studies*, Cilt: 12, No: 6, 2008, s. 598; **EVERSON, (1995),** s. 89.

[142] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 416–417.

[143] **MARIAS,** s. 19.

[144] Bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 484.

[145] Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pt. 23.

oluşturmak gibi konularda çözümün bir unsuru olmasına karşın, başlı başına bir çözüm oluşturmamaktadır.[146] Bununla birlikte, Birlik vatandaşlığı, hâlen tamamlanmamış bir kurumdur ve bu kavramın içeriği esnek ve dinamiktir.[147]

Böylelikle, Birlik vatandaşlığının getirilme süreci ve sebepleri tespit edilince, yanıt arayan sıradaki soru, bu kavrama hangi hakların bağlandığıdır.

cc. Birlik Vatandaşlığı ve Bu Statüye Bağlanan Haklar

Burada, Birlik vatandaşlığı ve bu statüye bağlanan haklar, genel olarak ele alındıktan sonra, serbest dolaşım ve ikâmet ile vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkına özel olarak yer verilecektir.

aaa. Genel Olarak

ABİHA md. 20, Birlik vatandaşlığı ile ilgili genel tespitler yapmaktadır. Bu madde, üçe ayrılarak incelenebilir. İlk olarak, birinci fıkraya göre:

> Birlik vatandaşlığı yaratılmıştır. Bir üye devlet vatandaşlığına sahip her kişi Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığı tamamlar; ancak onun yerini almaz.

Bu fıkra, "kim Birlik vatandaşıdır?" sorusuna yanıt vermektedir.[148] Buna göre, herhangi bir üye devlet vatandaşı, aynı zamanda Birlik vatandaşıdır.[149] Öyleyse, üye devlet

---

[146] Bkz. **SHAW, (1998),** s. 295.

[147] **KOSTAKOPOULOU, (2007),** s. 638.

[148] Ayrıntılı bilgi için bkz. "B. Birlik Vatandaşlığı", s. 98.

[149] **MA** ile değişik **ATA** md. 8; **AA** ile değişik **ATA** md. 17; **LA** ile değişik **ABA** md. 9; **ABİHA** md. 20(1). Olsen'e göre 1952 ve 1958'deki kurucu antlaşmalar ve takip eden uygulamalar, ulusal vatandaşlığa dayalı olması gibi Avrupa vatandaşlığının ayırıcı özelliklerini zaten oluşturmuştur. **OLSEN, ESPEN D. H.,** "The Origins of European Citizenship in the First Two Decades of European Integration", *Journal of European Public Policy*, Cilt: 15, 2008, s. 42, 47, 53. Rousseau'ya göre ise Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlığının aranması dolayısıyla, en azından kuruluşu yönünden, ulusüstünden ziyade ulus devletçi bir mantık takip etmektedir. **ROUSSEAU, DOMINIQUE,** "Editorial – Citizenship in Abeyance", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 1, 2005, s. 45.

vatandaşlığı nasıl belirlenecektir? Üye devletler, Birlik vatandaşlığı getirilmesine koşut olarak, kurucu antlaşmaya bu konu ile ilgili bir Bildiri eklemiştir:

> "…[Kurucu antlaşma] üye devlet vatandaşlarına gönderme yapıyorsa, bir bireyin bir üye devlet vatandaşı olup olmadığı sorusu, yalnızca ilgili üye devletin ulusal hukuku uyarınca belirlenecektir."[150]

Bu durum, Divan kararları ile de teyit edilmektedir.[151] Bununla beraber, bu tanım, bir üye devlette hukuka uygun mukim üçüncü ülke vatandaşlarını dışlaması nedeniyle eleştirilmektedir.[152] Bu kişilere yönelik kısmi ilerleme ise, ikincil hukuka terk edilmiştir.[153]

İkinci olarak, ikinci fıkraya göre:

---

[150] **MA'ya Ekli** bir Üye Devletin Vatandaşlığı Hakkında Deklarasyon. Nitekim Everson'a göre kurucu antlaşma, Birlik vatandaşının kim olduğunu belirlemek konusunda üye devletlerin devam eden yetkisini açıkça tanımaktadır. **EVERSON, (1995),** s. 74.

[151] Case C-192/99 *Kaur* [2001] pr. 19; Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 11. Bkz. **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. III.

[152] Bkz. **HANDOLL, JOHN,** "Conclusions", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 171, 177–178; **STAPLES, HELEN,** *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, Kluwer Law International, the Netherlands, 1999, s. 76. Kimi yazarlar, Birlik vatandaşlığının ikâmet kriteri ile belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 581; **STEINER–*et. al.*,** s. 320.

[153] **AA** ile değişik **ATA** md. 61–69. (**ABİHA** md. 67–81.) Bu alandaki en önemli düzenleme, 2003/109 sayılı Direktif'tir. Bu Direktif uyarınca Birlik içinde (belirli bir süredir) yaşayan üçüncü ülke vatandaşları, mümkün olduğu ölçüde, Birlik vatandaşlığına dair haklardan yararlanacaktır. **2003/109 sayılı Direktif** Dibace rt. 2, md. 4(1), 5(1), 11, 26. Bu Direktif ile ilgili olarak bkz. **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** "Yasal Göç ve Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Entegrasyonu", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 437–442.

Birlik vatandaşları, işbu antlaşmada öngörülen haklara sahiptir ve yükümlülüklere tâbidir. Bu kişiler, *inter alia*,[154]

(a) üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkı;[155]

(b) ikâmet ettikleri üye devlette, o devletin vatandaşları ile aynı koşullar altında, [AP] seçimleri ve yerel seçimlerde oy kullanma ve aday olabilme hakkı;[156]

(c) vatandaşı oldukları üye devletin temsil edilmediği bir üçüncü devlet ülkesinde herhangi bir üye devletin diplomatik ya da konsolosluk otoritesinin korumasından o devletin vatandaşları ile aynı koşullar altında yararlanma hakkı;[157]

(d) [AP]'ye dilekçe verme, Avrupa Ombudsmanına başvurma ve Birlik kurumları ve danışma organlarına kurucu antlaşma dillerinden herhangi biri ile soru yöneltme ve aynı dilde yanıt alma hakkına sahiptir.[158]

Bu haklar, kurucu antlaşmalar ve buna göre çıkarılan önlemlerce tanımlanan koşullar ve sınırlamalar ile uyumlu olarak kullanılacaktır.

---

[154] Marshall'a göre vatandaşlık; medeni, siyasi ve sosyal haklardan oluşan üç bölüme ayrılmaktadır. **MARSHALL, THOMAS H.,** "Citizenship and Social Class", **(Eds.) MANZA, JEFF–SAUDER, MICHAEL,** *Inequality and Society*, W.W. Norton anc Co., New York, 2009, s. 148. Bunun benzeri bir sınıflandırma, Birlik vatandaşlığında da kullanılmaktadır. Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 579; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 567; **MAAS,** s. 4; **SHAW, (1998),** s. 299.

[155] Bkz. **ABTHŞ** md. 45(1). Krş. **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1948)** md. 13(1); **Medeni ve Siyasi Haklar ile İlgili Uluslararası Sözleşme (1966)** md. 12. Bkz. **GUILD, ELSPETH,** *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2004, s. 44. Buradaki hak, medeni bir hak olarak görülmektedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 581.

[156] Bkz. **ABTHŞ** md. 39, 40. Bu hak, siyasi bir hak olarak görülmektedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 574; **HALL, (1995),** s. 7. **ABİHA** md. 20(2/b) ile ilgili olarak Divan önüne iki dava gelmiştir. Bkz. Case C-145/04 *Spain v United Kingdom and Northern Ireland* [2006]; Case C-300/04 *Eman and Sevinger* [2006].

[157] Bkz. **ABTHŞ** md. 46. Bu hak, medeni bir hak olarak görülmektedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 580.

[158] Bkz. **ABTHŞ** md. 41(4), 43, 44. Bu hak, siyasi bir hak olarak görülmektedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 578; **HALL, (1995),** s. 7.

Bu fıkrada haklar ve yükümlülükler ifadeleri karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, Birlik vatandaşlığına dair haklar, bu fıkrada belirtilenler ve "işbu antlaşmada öngörülenler"dir. Bu ifade ile hem kurucu antlaşma hem de ikincil hukuk kastedilmektedir.[159] Bu haklar ise, başlıca; vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkı,[160] temel haklar,[161] iyi yönetişim ve şeffaflık,[162] belgelere erişim hakkı[163] ve kişisel verilerin korunmasıdır.[164] Ayrıca, kurucu antlaşmadaki hak katalogu nihai değildir.[165] Bir başka deyişle, Birlik vatandaşlığı, "evrimsel",[166] "dinamik"[167] ya da "tedrici"[168] bir kavram olarak öngörülmüştür.[169] Nitekim Komisyon, her üç yılda bir Birlik vatandaşlığındaki

[159] Bkz. **KADELBACH,** s. 464; **O'NEILL–SANDLER,** s. 220.

[160] **ABİHA** md. 18. Bu hak, hem medeni hem de sosyo-ekonomik bir hak olarak görülmektedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 588, 597. Bkz. "ccc. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılığa Maruz Kalmama Hakkı", s. 51.

[161] **LA** ile değişik **ABA** md. 1, 6(1, 3); **ABTHŞ** md. 51(1). NA dönemi açısından benzer bir tespit için bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 459. (**NA** ile değişik **ABA** md. 6.) MA dönemi açısından benzer bir tespit için bkz. **MARIAS,** s. 11; **SHAW, (1998),** s. 298; **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, HANS,** "European Citizenship: Its Meaning, Its Potential", **(Ed.) DEHOUSSE, RENAUD,** *Europe After Maastricht: An Ever Closer Union*, Law Books in Europe, München, 1994, s. 133. Ayrıntılı bilgi için bkz. "d. Temel Haklar", s. 55.

[162] **ABİHA** md. 16. Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 242.

[163] **ABİHA** md. 16(3). Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 576.

[164] **LA** ile değişik **ABA** md. 9; **ABİHA** md. 16. Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 242.

[165] Bkz. **CLOSA, (1992),** s. 1166; **O'NEILL–SANDLER,** s. 244.

[166] **CLOSA, (1992),** s. 1167.

[167] **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. II; **WIND,** s. 252.

[168] **EVERSON, (1995),** s. 74.

[169] Divanın "Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacaktır" deyişi de hakların evriminin henüz tamamlanmadığının göstergesidir. **GUILD, ELSBETH,** "Citizenship and Fundamental Rights", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 62. (Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31.)

hükümlerin uygulanışı ile ilgili bir Rapor hazırlayacak[170] ve Birlik kural koyucuları bunu esas alarak Birlik vatandaşlığına dair hakları güçlendirebilecek veya bunlara yenilerini ekleyebilecektir.[171] O hâlde, Birlik, haklarla ilgili olarak yalnızca "pozitif" bir biçimde hareket edebilecektir.[172]

Birlik vatandaşlığı ile yükümlülükler arasındaki ilişki ise tartışmalıdır. Kimilerine göre yükümlülüklere yapılan gönderme, tipik *status civitatis* statüsünü lâfzen tekrarlamak için tasarlanmıştır.[173] Birlik vatandaşlarına yükümlülük yükleme gereği yoktur; çünkü, bu kavram; kişisel hakların güçlendirilmesi, dolaşım serbestîsinin ilerletilmesi ve böylelikle Birliğin meşruiyetinde bir artışla Avrupa halklarının bütünleşmesine hizmet etmektedir.[174] Öyleyse, yükümlülüklerin içinin makul bir

[170] Bkz. **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993; **COM (97) 230 final,** Commission Report, "Second Report from the Commission on Citizenship of the Union", 1997; **COM (2001) 506 final,** Commission Report, "Third Report from the Commission on Citizenship of the Union", 2001; **COM (2004) 695 final,** Commission Report, "Fourth Report on Citizenship of the Union (1 May 2001–30 April 2004)", 2004; **COM (2008) 85 final,** Commission Report, "Fifth Report on Citizenship of the Union (1 May 2004–30 June 2007)", 2008; **COM (2010) 603 final,** Commission Report, "EU Citizenship Report 2010: Dismantling the Obstacles to EU Citizens' Rights", 2010.

[171] **ABİHA** md. 25. (**NA** ile değişik **ATA** md. 22.) Marias'a göre siyasi bütünleşme süreci geliştikçe Birlik vatandaşlarının hakları da bununla doğru orantılı bir biçimde artacaktır. **MARIAS,** s. 17. Benzer bir görüş için bkz. **CLOSA, (1992),** s. 1167.

[172] Bkz. **CLOSA, (1992),** s. 1166.

[173] **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 18.

[174] **KADELBACH, (2006),** s. 484. Reich'a göre Birlik vatandaşlarına yükümlülük yüklemek, yükümlülük yerine münhasıran hak üstüne odaklanan AB hukukunun ve Birlik vatandaşlığının liberal ruhu ile bağdaşmamaktadır. **REICH, NORBERT,** "Union Citizenship–Metaphor or Source of Rights", *European Law Journal*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2001, s. 20.

biçimde doldurulup doldurulmayacağı kuşkuludur.[175] Bununla birlikte, yükümlülük kavramı, gelecekte kullanılabilecek bir açık çektir.[176]

Üçüncü olarak, üçüncü fıkraya göre:

> … Konsey, özel yasama usulü ile hareket ederek, sosyal güvenlik veya sosyal koruma ile ilgili önlemler kabul edebilir. Konsey, [AP]'ye danıştıktan sonra oybirliği ile karar alır.[177]

Böylelikle, LA ile birlikte sosyal güvenlik ve koruma alanında önlem almanın önü açılmıştır. Buna karşın, buradaki karar alma usulü –bilhassa oybirliği şartı–, bu konuda karar almanın zorluğuna işaret etmektedir. Her şeye rağmen, vatandaşlığın sosyal boyutu, birincil hukuktaki yerini bulmuş gözükmektedir.[178]

Birlik vatandaşı ve ona tanınan haklar arasından sıyrılarak, ön sıralarda yer tutanlar ise, Birlik hukukunda iyi bilinen serbest dolaşım ve ikâmet hakkı ile vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkıdır. Bu haklar, aşağıda incelenecektir.

bbb. Serbest Dolaşım ve İkâmet Hakkı

ABİHA md. 21, serbest dolaşım ve ikâmet hakkına yer vermektedir:

> Her Birlik vatandaşı, işbu antlaşmada ve onun uygulanması için yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere, üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve ikâmet hakkına sahiptir.[179]

[175] **KADELBACH, (2006),** s. 483. Bkz. **REICH, (2001),** s. 5.

[176] Bkz. **McGIFFEN, STEVEN P.,** *The European Union: A Critical Guide*, Pluto Press European Union, London, 2001, s. 51. Wernicke'ye göre ise bireyler, hâlihazırda yükümlülük sahibidir: söz gelimi, kurucu antlaşmanın temel serbestîlerine riayet etmek bireyler açısından bir yükümlülüktür. **WERNICKE, STEPHAN,** "Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2007, s. 397.

[177] Bkz. **ABTHŞ** md. 34.

[178] **KADELBACH, (2006),** s. 489.

[179] Vatandaşlara yönelik serbest dolaşım açısından ABD ile AB karşılaştırılmaktadır. Bkz. **STRUMIA, FRANCESCA,** "Citizenship and Free Movement: European and American Features of a Judicial Formula for Increased Comity", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 12, 2006, s. 715, 727–738;

Bu hüküm ya da hak, çoğunlukla, Birlik vatandaşlığının merkezi olarak görülmektedir. Nitekim, bu hüküm ya da hak ile ilgili olarak Birlik vatandaşlığının "özü ve kökeni", "çekirdeği",[180] "asıl esası"[181] ve "temeli"[182] gibi yakıştırmalar yapılmıştır. Ayrıca Birlik kurumlarına göre bu hak, "başlıca ve bireysel bir hak" iken;[183] Divan, "temel serbestî"[184] ya da "temel hak"[185] deyişini tercih etmektedir. Hatta, bilhassa ABİHA md. 21'e ilişkin olarak Divana göre:

"Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlarının *temel statüsü olacak*tır."[186]

Bu nitelemeler, hem bu hakkın vatandaşlık hakları listesinin tepesinde yer alması;[187] hem de dolaşımın diğer hakların etrafında netlik kazandığı merkezî unsur olmasına dayanmaktadır.[188]

VAN DER MEI, PIETER A., "Freedom of Movement for Indigents: A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 19, No: 3, 2002, s. 803–861. ABD, AB ve Kanada için bkz. **STRAZZARI, DAVIDE,** "The New Functionalist Approach of the ECJ Towards the European Freedom of Movement and Residency: Some Lessons from a Constitutional Comparative Survey", *Jean Monnet Working Paper*, No: 3, 2008, s. 9–51.

[180] **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 132, 135. Ayrıca bkz. **EVERSON, (1995),** s. 75; **SHIMMEL, NATALIE,** "Welcome to Europe, but Please Stay Out: Freedom of Movement and the 2004 Expansion of the European Union", *Berkeley Journal of International Law*, Cilt: 24, 2006, s. 773.

[181] **DE ZWAAN,** s. 246.

[182] **MAAS,** s. 5, 117; **REICH, NORBERT,** "The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union", *European Law Journal*, Cilt: 11, Sayı: 6, 2005, s. 676.

[183] **2004/38 sayılı Direktif** Dibace rt. 1. Bkz. **TEZCAN,** s. 31.

[184] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 29; Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 24.

[185] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 33.

[186] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bu değerlendirme, içtihat hukukuna zemin teşkil etmektedir. **HAILBRONNER, KAY,** "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Market Law Review*, Cilt: 42, 2005, s. 1248; **HANDOLL, (2006),** s. 173.

[187] Bkz. **HILF, MEINHARD,** "EGV Article 18", **(Eds.) GRABITZ, EBERHARD–HILF, MEINHARD,** *Das Recht der Europäischen Union*, 38. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 5; **SHAW, (1998),** s. 302.

Yine, buradaki hak, en azından ilk planda, serbest dolaşım açısından bir genelleşme ve ekonomik etkinlikten kopuşu simgelemektedir.[189] Bu bakımdan Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'e göre:

> "Üye devlet ülkelerinde vatandaşların dolaşım serbestîsini içeren Birlik vatandaşlığının yaratılması, … bu serbestîyi işlevsel ve araçsal unsurlarından (ekonomik bir etkinlik ile olan bağ ya da iç pazara erişilmesi) ayırarak ve Birlik vatandaşının siyasi statüsünde içkin, gerçek, bağımsız bir hak seviyesine yükselterek, kayda değer niteliksel bir ileri adımdır."[190]

Bu bakımdan bu hüküm, ekonomik serbestîlerden bağımsız, genel bir dolaşım serbestîsine erişmeyi hedeflemektedir.[191] Başka bir ifadeyle, kurucu antlaşma, bu hüküm vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımına dair Topluluk haklarının genelleşmesi ve onların ekonomik etkinliğe olan bağlılığının kaldırılmasını ima etmektedir.[192] Ayrıca, bir üye devlet ülkesinde dolaşım ve ikâmet hakkı, kurucu antlaşmaya geçirilerek, Birlik vatandaşlığı statüsünden kaynaklanan anayasal bir hak hâline gelmiştir.[193] Bir başka deyişle, dolaşım serbestîsi, anayasal bir dayanak ile donatılmıştır.[194] Öyleyse, ikincil hukuk, bu serbestînin ışığı altında okunacaktır.[195]

---

[188] **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 132, 147. Benzer bir görüş için bkz. **BELL,** s. 17–18; **EVERSON, (1995),** s. 73–74; **KADELBACH, (2006),** s. 466; **OLSEN,** s. 42, 47, 51, 53; **SHIMMEL,** s. 773.

[189] Bkz. **HOBE, STEPHAN,** *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002, s. 128.

[190] Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined Cases C-65/95 and C-111/95 *Shingara and Radiom* [1997] pt. 34.

[191] **KADELBACH, (2006),** s. 466. Söz gelişi Marias'a göre bu hüküm, siyasi karakterli ve ekonomik olmayan özgün bir haktır. **MARIAS,** s. 17.

[192] **CLOSA, (1992),** s. 1161.

[193] Bkz. **PLENDER, RICHARD,** "Citizenship and Immigration", *European Business Law Review*, 2005, s. 568; **WHITE, ROBIN C. A.,** "Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 54, 2005 (a), s. 886.

[194] **KADELBACH, (2006),** s. 467. Benzer bir tespit için bkz. **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. II.

Peki, bir Birlik vatandaşının serbest dolaşım hakkını birincil ve ikincil hukuktaki sınırlama ve koşullara tâbi kılan bu hüküm, nasıl uygulanacaktır?[196] Bir kere, Divan, sınırlama ve koşullar arasında bir ayrım yapmamaktadır.[197] Buna karşın, birincil hukuktaki sınırlamalar, görüş birliği ile kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlıktır.[198] Konuyla ilgili ikincil hukuk ise, ekonomik olarak etkin olmayan Topluluk vatandaşlarına kimi haklar tanıyan 90/364, 90/365 ve 93/96 sayılı Direktifler olup; 1993 yılında kurucu antlaşmaya giren Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım ve ikâmet hakkının bu Direktifler ile ilişkisi hakkında farklı görüşler sunulmuştur. Bir kesime göre bu hak, koşulsuzdur.[199] Örneğin Portekiz hükümeti, *Grzelczyk* davasına katılarak, şunları dile getirmiştir:

---

[195] Bkz. **EPINEY, ASTRID,** "The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007 (b), s. 619; **HAAG, MARCEL,** "EG Artikel 18", **(Eds.) VON DER GROEBEN, HANS–SCHWARZE, JÜRGEN,** *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, Rn. 16; **ROGERS, NICOLA–SCANNEL, RICK,** *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 57.

[196] Burada, hakkın varlığı ve kullanımına dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısma göre hakkın varlığı kısıtlanmazken; onun kullanımı kimi sınırlama ve koşullara tâbidir. Bkz. **O'LEARY, SÍOFRA,** "Developing an Ever Closer Union between the Peoples of Europe?", *Mitchell Working Paper Series*, No: 6, 2008, s. 13; **TEZCAN,** s. 31. Buna karşın, bir kısma göre ise sınırlamaların aksine koşullar, ikâmet hakkının mevcudiyeti için kurucu niteliktedir. Bkz. **HAILBRONNER, (2005),** s. 1263; **O'LEARY, (1996),** s. 125. Ayrıca, bu durum, kimilerince bir el ile verilenin öteki ile geri alınması olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 467; **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 135. Ayrıca bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet", s. 131.

[197] Bkz. **HAILBRONNER, (2005),** s. 1262.

[198] Bkz. "aa. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Genel Sağlık", s. 358.

[199] Bu ihtimal ile ilgili olarak bkz. **DOWNES, TONY,** "Market Citizenship: Functionalism and Fig-Leaves", **(Eds.) BELLAMY, RICHARD–WARLEIGH, ALEX,** *Citizenship and Governance in the European Union*, Continuum, Great Britain, 2001, s. 102, 103. Yine, Strazzari'ye göre siyasi iklim nedeniyle her ne kadar şu anda böyle bir adım mümkün gözükmese bile; ABİHA md. 21(1)'deki serbest dolaşım ve ikâmet hakkı yönünden salt bir "temel hak yaklaşımı" izlenirse, Divan, ekonomik kaynak

> "[AETA]'da kişilerin serbest dolaşımı ekonomik temellere dayanmaktaydı. Bu hak, ikâmet hakkına ilişkin direktifler ile geliştirilmişti. İkâmet hakkı, yeterli finansal kaynakların varlığı gibi belirli ekonomik koşullara bağlanmıştı. [MA] uyarınca ikâmet hakkı, artık evrim geçirerek, ATA md. 8a uyarınca Topluluk hukukundaki Birlik vatandaşlığı statüsünde niteliksel bir değişiklik getirmiştir. Birlik vatandaşlığı, ATA'daki bireylerin salt ekonomik unsurlar olduğu izleniminin aksine, daha büyük önem üstlenmiştir. Dolaşım serbestîsinin bağlı olabileceği koşullar, … artık ekonomik nitelikte olamayacaktır. Dolaşım serbestîsine bağlanan sınırlama ve koşullar, yalnızca, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık sebepleri ile vaz edilenlerdir."[200]

Bununla birlikte, öteki uçta yer alan Belçika ve Danimarka hükümetine göre:

> "Birlik vatandaşlığı, Birlik vatandaşlarının [ATA] ve ikincil hukuktan hâlihazırda kaynaklanan dışında yeni ve daha kapsamlı hakları elde edeceği anlamına gelmez. Birlik vatandaşlığı ilkesi, özerk bir içeriğe sahip olmayıp; ancak, kurucu antlaşmanın diğer hükümlerine bağlanmıştır."[201]

Bu yönden, ikincil hukuka yapılan gönderme, 1990 yılındaki üç Direktif içindir.[202] Nitekim, Divan da bunu kabul etmektedir.[203]

---

gerekliliklerini yorum yolu ile bir kenara koyabilecektir. **STRAZZARI,** s. 45–47, 50–51. Yine Condinanzi ve diğerlerine göre yeterli varlıklar ve sağlık sigortası koşulları, hâlâ pazarın 'ekonomik' mantığını yansıtıp; bu mantık, kişilerin serbest dolaşımına yönelik Topluluk bütünleşmesinin gelişimi ile uyumsuzdur: Bu koşullar, hizmet alıcıları kategorisini turistlere ve tüketicilere genişleten içtihat hukuku ile örtüşmemektedir ve Birlik vatandaşlığı statüsü, üye devlet halklarının bütünleşmesini hedeflemekteyken; buradaki koşullar, bu hedefe uymamaktadır. **CONDINANZI–*et. al.,*** s. 31.

[200] Opinion of AG Alber in Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pt. 52.

[201] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 21.

[202] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 20, 21.

[203] Örnek olarak bkz. Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86. Ayrıca bkz. **DOUGAN, MICHAEL–SPAVENTA, ELEANOR,** "Educating Rudy and the Non English Patient: A Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 5, 2003, s. 704–705.

Öyleyse, buradaki koşullar nedir ve neden aranmaktadır? Söz konusu Direktifler ve bunları yürürlükten kaldıran 2004/38 sayılı Direktif uyarınca bu koşullar, 'yeterli varlıklar' ve 'sağlık sigortası'dır.[204] Bununla birlikte, bu koşulların uygulanması, yargısal denetime tâbi olup; bu koşullar, bireysel durum ışığında sıkı bir orantılılık denetiminden geçmektedir.[205] Bu koşullar, özellikle sosyal korumaya ilişkin yüklerin adil dağılımının sağlanması kaygısından ötürü aranmaktadır.[206] Bir başka ifadeyle, "sosyal fayda turizmi"nin önüne geçilmek istenmektedir.[207] Schrauwen, bu durumu şöyle açıklamaktadır:

> "Topluluk hukukunda bir başka yerde ikâmet etmek, her zaman, bir kimsenin ev sahibi devletin kamu finansmanına yük oluşturmaması koşuluna bağlı tutulmuştur. Geleneksel serbest dolaşım kategorileri olarak işçiler ve serbest çalışanlar yönünden ekonomik etkinlik, ev sahibi devlet için belli bir tür garanti vazifesi görmektedir. [1990 Direktifleri] ile yaratılan serbest dolaşım haklarında

---

[204] Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b,c). Bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet", s. 131.

[205] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86, 92–93. Bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet", s. 131.

[206] **CLOSA, (1992),** s. 1162. Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 587; Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 22. Bkz. "ccc. Tali Haklar: Sosyal Haklar", s. 136. Nitekim, MA'ya ilişkin ilk taslak, (daha cömert sosyal güvenlik sistemleri üzerindeki baskıya yönelik) kaygıyı açıkça dile getirirken (md. B); bu ifade, antlaşmanın son hâlinden çıkarılmıştır. Bununla birlikte, aynı endişe, hâlen en son lâfzın altında yatmaktadır. **CLOSA, (1992),** s. 1162. Öyleyse, kimi şartların aranması, üye devletler ve Topluluk kurumlarınca serbest dolaşım haklarından yararlanacakların belirlenmesinde kasıtlı bir tercihtir. Bkz. **POLLARD,** s. 106–107; **ROGERS–SCANNEL,** s. 63. Kimi yazarlar, ekonomik statü ile Birlik vatandaşlığı arasındaki ilişkiyi iyileştirme önerileri getirmektedir. Bkz. **KOSTAKOPOULOU, THEODORA,** "Nested 'Old' and 'New' Citizenships in the European Union: Bringing out the Complexity", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 5, 1999, s. 408–409.

[207] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 666; **HAILBRONNER, (2005),** s. 1245–1246; **JACOBS, FRANCIS G.,** "Citizenship of the European Union–A Legal Analysis", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 596. "Sosyal fayda turizmi" ile ilgili olarak bkz. Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-138/02 *Collins* [2004] pt. 74; Opinion of AG Geelhoed in Case C-456/02 *Trojani* [2004] pt. 18; Opinion of AG Geelhoed in Case C-209/03 *Bidar* [2005] pt. 66; Opinion of AG Léger in Case C-208/05 *ITC* [2007] pt. 105 (dn. 39); Case C-138/02 *Collins* [2004] pr. 50.

ise, bu hakların kullanımı için aranan koşullar, bir başka üye devlet vatandaşının ev sahibi üye devlet kamu desteğine istinat edemeyeceği biçimde ayarlanmıştır: bu Direktiflere dayanmak isteyenler, tam bir sağlık sigortası ve yeterli varlıklara sahip olmalıdır."[208]

Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, sıklıkla, sıradaki vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ile birleşerek kullanılmaktadır.

ccc. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılığa Maruz Kalmama Hakkı

ABİHA md. 18, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmamasını düzenlemektedir:

> Bu antlaşmanın uygulama alanı içinde ve bu antlaşmada yer alan herhangi bir özel hükme halel getirmeksizin, vatandaşlık temelindeki her türlü ayrımcılık yasaktır.

Birlik vatandaşlığı, bu yasak ile iki biçimde bağlanmaktadır. İlk olarak, ayrımcılık yapılmaması, aslen, Birlik vatandaşlığı kavramında içkindir. Bu bakımdan, ayrımcılığa maruz kalmama hakkı, Birlik vatandaşlığının "ana bileşeni",[209] "ana özelliği"[210] ya da "ana faaliyet alanı"dır.[211] Bu açıdan, Hukuk Sözcüsü Léger, Birlik vatandaşlığı ile eşit muamele ilkesi arasındaki kuvvetli bağa dikkat çekmektedir. Ona göre:

"[Birlik vatandaşlığının] tam kapsamına ulaşılmasını sağlamak, Divana düşmektedir. Eğer, bu kavramın doğasında var olan tüm sonuçlar ortaya

---

[208] **SCHRAUWEN,** s. 784–785. Bkz. **ELSMORE–STARUP,** s. 72; **GOLYNKER, OXANA,** "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity", *European Law Review*, Cilt: 30, No: 1, 2005, s. 115. Bunun yanı sıra Chalmers ve diğerlerine göre bir kişinin çalışması ya da alım gücü ile bir üye devlet ekonomisine katkı yapması, bir başka üye devletteki ikâmetin ve AB vatandaşlığı faydalarını kullanmanın önkoşuludur. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 570.

[209] Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pt. 24.

[210] **DOUGLAS-SCOTT, (1998),** s. 35.

[211] **DE ZWAAN,** s. 247.

çıkarılırsa, [ulusal] vatandaşlığı ne olursa olsun her Birlik vatandaşı, tam olarak aynı haklardan faydalanmalı ve aynı yükümlülüklere tâbi tutulmalıdır. Nihai sonuca götürülürse bu kavram, vatandaşlığına bakmaksızın Birlik vatandaşlarının mutlak eşitlikle muamele görmesine yol açmalıdır. Bu tür bir eşit muamele, tıpkı bir devletin kendi vatandaşları arasındaki gibi uygulanmalıdır."[212]

İkinci olarak, ABİHA md. 20 ve 21, md. 18 ile birlikte etki göstermektedir. Nitekim, Komisyona göre Birlik vatandaşlığına ilişkin serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının üzerine inşa edilmiştir.[213] Yine, Birlik vatandaşlığı ile ilgili hükümlerin nihai amacının "vatandaşlığına bakmaksızın, Birlik vatandaşları arasında artan bir eşitlik doğurmak"[214] olduğunu belirten Hukuk Sözcüsü La Pergola'ya göre:

"Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı, kurucu antlaşmada yer alıp; genel bir ilke olarak Divanca yorumlanmaktadır. Bu ilke, potansiyel olarak, … kurucu antlaşmanın uygulama alanı içinde uygulanmaktadır. Birlik vatandaşlığının yaratılması, kurucu antlaşmanın kapsamını [iki biçimde etkilemektedir]: İlk olarak, bireye yeni bir statü –hâlihazırda sunulana ek olarak yeni bir bireysel hukuki konum– verilmiştir; ki böylece ayrımcı bir etmen olarak vatandaşlık, artık alakalı bulunmamaktadır ya da daha doğru olarak bu temelde ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. İkinci olarak, [ABİHA md. 21] Birlik vatandaşlığı hukuki statüsüne herhangi bir üye devlette serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkını bağlamaktadır."[215]

---

[212] Opinion of AG Léger Case C-214/94 *Boukhalfa* [1996] pt. 63.

[213] **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. IV/A. Yine Kadelbach'a göre Birlik vatandaşlığına ilişkin serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağını zımni olarak içermektedir. **KADELBACH, (2006),** s. 476.

[214] Opinion of AG La Pergola in Joined Cases C-4/95 and C-5/95 *Stöber and Pereira* [1997] pt. 50.

[215] Opinion of AG La Pergola in Case C-85/96 *Sala* [1998] pt. 20.

Öyleyse, Birlik vatandaşlığı ile, tıpkı iç pazar serbestîlerindeki gibi, hem bir serbest dolaşım hem de ayrımcılığa maruz kalmama hakkı getirilmiştir. Bununla birlikte, bu haklar, iç pazar serbestîlerinden farklı olarak, ekonomik bir etkinlik sürdürmek ihtiyacından ayrılmıştır.[216]

Birlik vatandaşlığındaki ilerlemeler, sıradaki özgürlük, güvenlik ve adalet alanı gibi siyasi birlikle bağlantılı başka gelişmeler ile de ilişkilidir.

c. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı

Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı, herhangi bir teorik temeli olmaksızın, AB yapımı bir kavramdır. Bu kavram, 1999 yılında AA ile kurucu antlaşmaya eklenirken; 2009 yılında LA ile birlikte Birliğin hedefleri arasında üst sıralara taşınmıştır.[217] Buna göre:

> Birlik; dış sınır kontrolleri, iltica, göç ve suçun önlenmesi ile suçla mücadele edilmesine ilişkin uygun önlemlere bağlı olarak kişilerin serbest dolaşımının

[216] Bkz. **DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH,** *Constitutional Law of the European Union*, Great Britain, 2002, s. 512; **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 132.

[217] Bu alan ile ilgili tarihsel gelişim, şu şekilde özetlenebilir: İç pazar boyutuyla kişilerin serbest dolaşımı, bir başka deyişle, iç sınırları olmayan bir alanda kişilerin serbestçe dolaşması; vize, göç, iltica, cezai konularda polis ve adli işbirliği gibi adalet ve içişleri ile ilgili pek çok alanı AB gündemine taşımıştır. (Bkz. **VAN DER WOUDE, MARC–MEAD, PHILIP,** "Free Movement of the Tourist in Community Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 25, 1988, s. 125.) Başlangıçta bu konular, uluslararası platformlarda görüşülerek, bu konuları içeren Schengen Anlaşması (1985) ve Uygulama Sözleşmesi (1990) ortaya çıkmıştır. Öte yandan, MA (1993), söz konusu konuları 'Adalet ve İçişlerinde İşbirliği' adı altında III. sütun olarak ABA içine yerleştirmişken; AA (1999); vize, göç, iltica ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin kimi hükümleri ATA içine alarak, bunları "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı" altında toplayarak; Schengen sistemini bir Protokol ile kurucu antlaşmaya eklemiştir. (**AA** ile değişik **ATA** md. 61 vd.; **AA'ya Ekli** Schengen Mevzuatının Avrupa Birliği Çerçevesine Dahil Edilmesine Dair Protokol md. 1.) (Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 679.)

> sağlandığı ve iç sınırları olmayan bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanını vatandaşlarına sunar.[218]

Yine, Birlik:

> Temel haklar ve üye devletlerin farklı hukuk sistemleri ile geleneklerine saygı gösteren bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturur.[219]

Burada özgürlük, kişiler için iç sınır kontrollerinin bulunmamasının sağlanması ile iltica, göç ve dış sınır kontrolleri yönünden ortak bir politika şekillendirilmesini anlatmaktadır.[220] Güvenlik ise; suçun, ırkçılık ve yabancı düşmanlığının önlenmesi ile bunlarla mücadele edilmesinin yanı sıra polis ve adli otoriteler arasında eşgüdüm ve işbirliği sağlanmasını tanımlamaktadır.[221] Adalet, bilhassa adli konularla ilgili olarak adalete erişimin kolaylaştırılmasını ifade etmektedir.[222] Böylelikle, Birlik, artık, iç pazardaki gibi ekonomik bir 'alan' yerine, temel haklar ve adalet ve iç işlerine dair kimi konuları içeren bir adalet, özgürlük ve güvenlik 'alanı'nın peşinden koşmaktadır. Öyleyse, ekonomik bir alandan siyasi bir alana geçildikçe, iç pazar ve ona dair serbest dolaşım daha geri plana itilirken, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, merkeze doğru ilerlemeyi sürdürecektir.

Nitekim, bu alan, aslen, Birlik vatandaşlığı ile ilgilidir. Söz gelimi Kadelbach'a göre Birlik vatandaşı; AB politikaları, ilkeleri ve yükümlülüklerinin öznesi haline gelmiştir ve bu alan, buna örnektir.[223] Nitekim, bu tespit, ABTHŞ ile doğrulanmaktadır:

---

[218] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(2).

[219] **ABİHA** md. 67(1). Bkz. **Conclusions of the Presidency**–Tampere, October 15–16, 1999; **Conclusions of the Presidency**–Hague, November 4–5, 2004; **Conclusions of the Presidency**–Brussels, December 10–11, 2009, pt. 25, 26. Burada alan kelimesinin kullanılması, bütünleşmenin yalnızca ekonomik üretim faktörleri ile sınırlı olmayıp; bunun yanı sıra toplumdaki tüm faaliyetlere genişlemekte olduğunu göstermektedir. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 146.

[220] **ABİHA** md. 67(2).

[221] **ABİHA** md. 67(3).

[222] **ABİHA** md. 67(4).

[223] **KADELBACH, (2006),** s. 488.

> "[AB], Birlik vatandaşlığını tesis ederek ve bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratarak bireyleri etkinliklerinin merkezine yerleştirecektir."[224]

Ayrıca, buradaki ilişki, Hukuk Sözcüsü Jacobs tarafından en net hâliyle ortaya konmuştur:

> "'Üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşım ve ikâmet' düşüncesi, … bir üye devletten diğerine tek bir hareket varsayımı üzerine kurulmamıştır. Daha ziyade, buradaki niyet, kültürel çeşitlilik ve ayrımcılığa maruz kalmamanın güvence altına alındığı tek bir 'özgürlük, güvenlik ve adalet alanı' içerisinde serbest ve mümkünse tekrarlanan ve hatta devamlı bir dolaşımı mümkün kılmaktır."[225]

Sırada, hem Birlik vatandaşlığı hem de özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile yakından ilgili temel haklar konusu yer almaktadır.

d. Temel Haklar

Temel haklar, Birlik hukuku içinde gittikçe artan bir önem kazanırken; bu önem, zaman içinde hem Divanca hem de siyasi aktörlerce teyit edilmiştir.[226] İlk olarak, Divan, içtihat hukuku ile bir temel haklar (insan hakları) koruması sistemi geliştirmiştir. Buna göre temel haklar, Divanca riayeti temin edilen hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasıdır.[227] Bu, temel hakları birincil hukuk ile eş seviyeye

---

[224] **ABTHŞ** Dibace.

[225] Opinion of AG Jacobs in Case C-148/02 *Avello* [2003] pt. 72.

[226] Konu ile ilgili genel olarak bkz. **BAYKAL, SANEM,** "Temel Haklar", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 371–399; **BİLGİN, ASLI,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–*et. al.,*** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 317–347; **TRIDIMAS, TAKIS,** *The General Principles of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, United States, 2007, s. 298–369.

[227] Bkz. Case 29/69 *Stauder* [1969] pr. 7; Opinion 2/94 *ECHR* [1996] pr. 33; Case C-45/08 *Spector Photo Group* [2009] pr. 40.

taşımaktadır.[228] Ayrıca, temel haklar, üye devletlerde ortak olan anayasal gelenekler ve üye devletlerin katıldığı veya taraf olduğu insan haklarının korunması hakkındaki uluslararası sözleşmelerdeki temel ilkelerden ilham alınarak belirlenmektedir.[229] Bu açıdan, AİHS ve AİHM özel öneme sahiptir.[230]

İkinci olarak, siyasi aktörler, temel hakları sıklıkla zikrederken; en nihayetinde kurucu antlaşmaya da yerleştirmiştir. Henüz 1977 yılında AP, Konsey ve Komisyon, ortak bir bildiri ile hem üye devlet anayasaları hem de AİHS'de yer alan temel hakları korumak için ellerinden gelen çabayı göstereceklerini not düşmüştür.[231] 1993 yılında MA ile temel haklar ve buna dair Divanın içtihat hukuku, ilk kez kurucu antlaşmaya işlenmiştir. Buna göre:

> Birlik, Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak, [AİHS] ile güvence altına alınan ve üye devletler bakımından ortak olan anayasal geleneklerden kaynaklanan temel haklara saygı gösterir.[232]

Takip eden yıllarda bir temel haklar şartı hazırlanması için bir Konvansiyon kurulmuştur.[233] Böylece ortaya çıkan ABTHŞ,[234] 2000 yılında AP, Konsey ve Komisyon tarafından ilan edilerek; Nice AHDBK tarafından da memnuniyetle

---

[228] **DAUSES, MANFRED A.,** "Consumer Information in the Case Law of the European Court of Justice: A German View", *British Food Journal*, Cilt: 100, No: 5, 1998, s. 250.

[229] Case C-283/05 *ASML* [2006] pr. 26; Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 33; Case C-309/96 *Annibaldi* [1997] pr. 12; Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 41. Bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 6(3).

[230] Case 222/84 *Johnston* [1986] pr. 18; Case C-283/05 *ASML* [2006] pr. 26. Bkz. **SCHIEMANN, K.,** "The Application of General Principles of Community Law by English Courts", **(Eds.) ANDENAS, MADS–JACOBS, FRANCIS,** *European Community Law in the English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 142; **TRIDIMAS, (2007),** s. 340.

[231] Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission [1977] OJ C 103/1.

[232] **ABA** md. F(2).

[233] **Conclusions of the Presidency**–Cologne, June 3–4, 1999, pt. 44, 45.

[234] ABTHŞ ile ilgili olarak bkz. **ARSAVA, FÜSUN,** "Avrupa Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 1, 2005, s. 1–13; **TAŞDEMİR, HAKAN–DEMİR, HASAN,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 3, 2002, s. 85–100.

karşılanmıştır.[235] 2004 yılında AAA, buradaki hükümleri ana metne dahil ederek, bu konuyu "Temel Haklar ve Birlik Vatandaşlığı" başlığı altında düzenlemiştir.[236] Buna karşın, LA, bu noktada AAA'dan ayrılmaktadır. LA'ya göre:

> 1. Birlik, … işbu antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip [ABTHŞ] içindeki hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır.
>
> Şartın hükümleri, kurucu antlaşmalar ile tanımlanan Birliğin yetkilerini hiçbir biçimde genişletmez. …
>
> 2. Birlik, [AİHS]'ye katılır. Böyle bir katılım, kurucu antlaşmalar ile tanımlanan Birliğin yetkilerini etkilemez.
>
> 3. [AİHS] ile güvence altına alınan ve üye devletler bakımından ortak olan anayasal geleneklerden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturur.[237]

Öyleyse, netice olarak, ABTHŞ, artık birincil hukuk seviyesinde bağlayıcılık kazanırken; Birlik vatandaşlığı ile temel haklar, aynı başlık altında boy gösterememiştir.[238]

Bununla beraber, Birlik vatandaşlığı ile temel haklar, birbiri ile yakından bağlantılıdır. Bu açıdan, doktrinde pek çok yazar bu duruma işaret etmektedir.[239] Yine,

---

[235] **Conclusions of the Presidency**–Nice, December 7–9, 2000, pt. 2.

[236] **AAA** Birinci Bölüm, İkinci Başlık. Ayrıca bkz. **AAA** md. I-9, I-10.

[237] **LA** ile değişik **ABA** md. 6.

[238] **LA** ile değişik **ABA** md. 6(1). Bununla birlikte, ABTHŞ, bağlayıcılık kazanmadan evvel de Divanca temel hakların belirlenmesinde kullanılmıştır. Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 39–42; Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 43–47.

[239] Bkz. **MARIAS,** s. 4; **DOUGLAS-SCOTT, (1998),** s. 36; **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 133; **WIND,** s. 253. O'Leary'e göre hem vatandaşlık statüsü hem de temel haklar, esasen, otoriteler karşısında bireyin ve hakkın korunmasını ifade ederken; Birlik vatandaşlığının temel hak korumasına atıf yapmaması tuhafır. **O'LEARY, SÍOFRA,** "The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 32, 1995, s. 520. Buna karşın, Evans'a göre vatandaşlık ile temel hakları ayırmak, genel devlet uygulamasını takip

AAA ile bir "Temel Haklar ve Birlik Vatandaşlığı" başlığı açılması, Birlik vatandaşlığının temel haklar boyutu ile birleştiği açık bir örnektir.[240] Bunun yanı sıra Komisyona göre Birlik içindeki temel haklar koruması, Birlik vatandaşlığı ile alenen bağlantılıdır.[241] Ayrıca, AP ve Konsey, 2004/38 sayılı Direktif'teki "aile hayatı ile insan onuru" ve ABTHŞ göndermeleri aracılığıyla temel haklara verdikleri değeri göstermektedir.[242] Kaldı ki, ABTHŞ, artık birincil hukukta yer almasından ötürü, Birlik vatandaşlarının hakları arasına katılmıştır.[243] Böylelikle, hem daha anlamlı bir Birlik vatandaşı kavramı gelişebilecek hem de AB vatandaşlarının temel haklarının desteklenmesinin çapı genişleyecektir.[244]

Böylelikle, AB'nin bütünleşmenin farklı aşamaları bakımından konumu belirlenmiştir. Bir sonraki bölümde ise, bir başka teorik çerçeve olarak, iç pazarın temel ilkeleri ve bunların Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşıma uyarlanabilirliği ele alınacaktır.

---

etmektedir. **EVANS, ANDREW,** "Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law", **(Ed.) LA TORRE, MASSIMO,** *European Citizenship: An Institutional Challange*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, s. 283.

[240] Bkz. **DE ZWAAN,** s. 255.

[241] **COM (2001) 506 final,** Commission Report, "Third Report from the Commission on Citizenship of the Union", 2001.

[242] **2004/38 sayılı Direktif** Dibace rt. 15, 31. Bkz. **GROUSSOT, XAVIER,** "'Principled Citizenship' and the Process of European Constitutionalization–From a Pie in the Sky to a Sky with Dimaonds", **(Eds.) BERNITZ, ULF–NERGELIUS, JOAKIM–CARDNER, CECILIA,** *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2008, s. 340, 341, 342.

[243] Bkz. **DE ZWAAN,** s. 257.

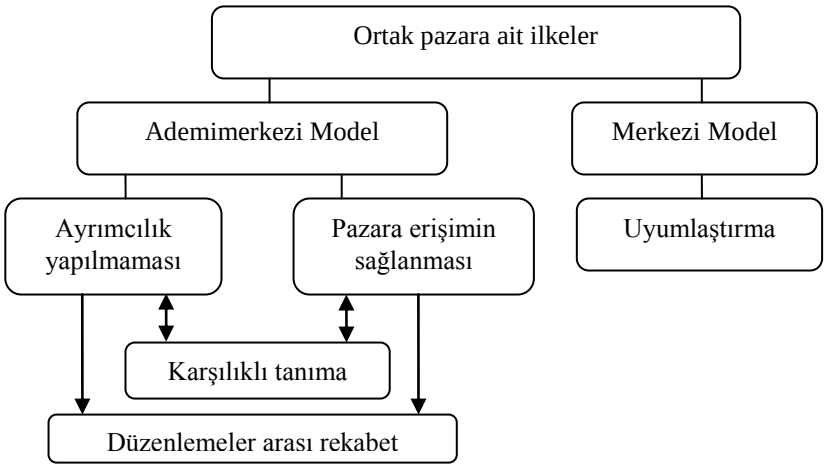
[244] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 241.

3. İç Pazarın Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Birlik Vatandaşlığına Dair Serbest Dolaşıma Uyarlanabilirliği

İç pazar; malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı bir alan iken;[245] Birlik vatandaşlığı, *inter alia*, serbest dolaşım hakkına yer vermektedir.[246] Öyleyse, 'serbest dolaşım', burada ortak paydadır. Bu yönüyle, iç pazarın temel ilkeleri, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden de uygulanabilir gözükmektedir. Bununla beraber, iç pazar tesisi, ekonomik bir hedef iken; Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, ekonomik olmayan bir noktaya doğru ilerlemektedir. Bu nedenle, buradaki modeller, Birlik vatandaşlığı yönünden belirli bir takım farklılıklar da taşımaktadır.

İç pazarın temel ilkeleri ve bu ilkelerin Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşıma uyarlanabilirliği, aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

Şekil 2: İç Pazarın Temel İlkeleri



[245] **ABİHA** md. 26(2).

[246] **ABİHA** md. 21.

A. İç Pazarın Temel İlkeleri

İç pazara erişmeye yönelik, gücün taraf devletçe ya da merkezden kullanımına dayalı, iki yaklaşım bulunmaktadır: ademimerkezi ve merkezi model.[247] Her iki model, bir arada kullanımda olup; esasen birbirini tamamlamaktadır.[248]

aa. Ademimerkezi Model

Ademimerkezi model, 'ayrımcılık yapılmaması' ve/veya 'pazara erişimin sağlanması' üzerine kurulmakta, 'karşılıklı tanıma' ile desteklenmekte ve taraflar arasında 'düzenlemeler arası rekabet'e yol açmaktadır. Bunlar, sırasıyla açıklanacaktır.

aaa. Ayrımcılık Yapılmaması

Burada, herhangi bir ayrımcılığa mahal vermemek esas olup; bunun için karşılaştırmalı bir inceleme yapılmaktadır. Buna göre serbest dolaşımdan faydalanarak bir başka üye devlete giden mallara, kişilere, hizmetlere ve sermayeye o üye devletteki eşitleri ya da karşılıkları ile aynı muamele yapılması gerekmektedir.[249] Öyleyse, bu model uyarınca ev sahibi üye devlet, kendi düzenlemelerini muhafaza edebilecekken; herhangi bir önlem haklı gösterilemeyen bir ayrımcılığa yol açıyorsa, o önlemdeki ayrımcı unsur uygulanamayacaktır.

---

[247] **BARNARD, (2010),** s. 17. Bkz. "Şekil 2: İç Pazarın Temel İlkeleri ", s. 59. Bu modellere paralel olarak, negatif ve pozitif bütünleşme kavramları da kullanılmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. dn. 30, 31, 32. Ayrıca bkz. **DEHOUSSE,** s. 79; **SCOTT,** s. 108 vd.; **SHAW, (1993),** s. 229–230; **STEINER–*et. al.*,** s. 324–325; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 156–157; **WEATHERILL, (2006),** s. 497–498.

[248] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 603; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 577; **PFISTER, BERNHARD,** "Avrupa Ekonomik Topluluğunda Hukuka Uyum", **(Derleyenler) ÖZTAN, BİLGE–ÖZTAN, FIRAT,** *Avrupa Topluluğu Hukukunun Durumu ve Perspektifi Sempozyumu 17–21 Ekim 1990,* Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 125.

[249] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 18.

Birlik hukuku yönünden dört temel serbestî, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması ya da eşit muamale ilkesine dayanmaktadır.[250] Buna göre, hem doğrudan veya açık hem de dolaylı veya örtülü ayrımcılık hâlleri serbestîler ile bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan, doğrudan ayrımcılık uyarınca yerli ürünler, sermaye veya vatandaş ile ithal ürünler, sermaye veya göçmenler arasında (köken veya) vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapan önlemler Birlik hukuku ile bağdaşmayacaktır.[251] Yine, dolaylı ayrımcılık uyarınca yerli ürünler, sermaye veya vatandaş ile ithal ürünler, sermaye veya göçmenler arasında diğer ayrım kriterlerinin uygulanması neticesinde (köken veya) vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması sonucunu doğuran kurallar Birlik hukuku ile çelişecektir.[252]

bbb. Pazara Erişimin Sağlanması

Burada, genellikle ilgili devlet dışındaki iddia sahibi açısından ilgili pazara erişimin sağlanması esas olup; bu nedenle karşılaştırmalı bir incelemeye gerek duyulmamaktadır. Buna göre, ithal ürünler ile göçmenlere karşı fiilen ayrımcılık yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, pazara erişimi önleyen ya da güçleştiren ulusal önlemler uygulanamayacaktır.[253]

Pazara erişimin sağlanması ile ayrımcılık yapılmaması modelleri, birbirlerine nazaran avantaj ve dezavantaj içermektedir.[254] İlk olarak, ayrımcılık yapılmaması modelinde bir yandan bir ithal ya da göçmenin karşılığının belirlenmesinde zorluk bulunurken; öte yandan bu modelin etkisi dolaşıma yönelik engellerin muhafazası

---

[250] **ABİHA** md. 34, 45, 49, 56, 63, 18. Bkz. **PAUL, JOEL R.,** "Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 1, 1995, s. 33; **SEIDEL,** s. 225; Case C-43/95 *Data Delecta* [1996] pr. 16. Ayrıntılı bilgi için bkz. "1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler", s. 172; "2. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağı", s. 193.

[251] Örnek olarak bkz. Case 22/80 *Boussac* [1980] pr. 9.

[252] Örnek olarak bkz. Case C-398/92 *Mund & Fester* [1994] pr. 14; Opinion of AG Mazák in Case C-103/08 *Arthur Gottwald*, delivered on 30 April 2009, pt. 55.

[253] **BARNARD, (2010),** s. 19.

[254] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 19–21.

olabilmektedir; çünkü burada bir devlet, yerli mal ile ithal mala veya vatandaş ile göçmene aynı muameleyi yaptıkça, kendi kurallarını uygulamayı sürdürebilecektir. İkinci olarak, pazara erişimin sağlanması modeli, ticarete yönelik haklı gösterilemeyen engellerin kaldırılması yoluyla bir tek pazarın kurulması amacıyla birlikte hareket ederken; hem üye devletlerin düzenleyici işlem yapma özerkliğine fazladan müdahale etmekte hem de bu kavram ile ne kastedildiği açık bulunmamaktadır.[255]

Birlik hukuku yönünden dört temel serbestî ile ilgili olarak Divan, pazara erişim yaklaşımını tercih etmektedir.[256] Örneğin, *Cassis de Dijon* kararı uyarınca mallara ilişkin Topluluk içindeki dolaşıma yönelik engeller, zorunlu gereksinimler ile haklı gösterilmedikçe, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlem olarak yasakken;[257] *Gebhard* kararına göre "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlerin kullanılmasını güçleştirmeye ya da daha az çekici hâle getirmeye elverişli ulusal önlemler", kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilmedikçe yasaktır.[258] Hatta, Divan, kimi kararlarda pazara erişim terminolojisi yerine serbest dolaşıma yönelik bir 'kısıtlama' ya da 'engel'den bahsetmekle yetinmektedir.[259] Buna karşın, pazara erişimin sağlanması, modeli üye devletlerin düzenleyici işlem yapma özerkliğini oldukça sınırlamaktadır ve bu nedenle Divan, söz gelişi *Keck* kararındaki gibi, Birlik hukukuna tâbi tutulması ve tutulmaması gereken ulusal önlemler arasında sınır çizmeye de çalışmaktadır.[260] Yine de Divan, pazara erişimin sağlanması yaklaşımını sürdürmektedir.[261]

---

[255] Bkz. "1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler", s. 172 vd.

[256] Bkz. "1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler", s. 172 vd.; "3. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı", s. 220 vd.

[257] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8.

[258] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37.

[259] Case C-205/99 *Analir* [2001] pr. 22; Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 31.

[260] Joined Cases Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 15–17. Bkz. Case C-379/92 *Peralta* [1994] pr. 24.

[261] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34.

ccc. Karşılıklı Tanıma

Karşılıklı tanıma ilkesi, ademimerkezi modeldeki bir açığı kapatmaktadır. Buna göre bu model, üye devletleri kendi düzenlemelerini yapmak konusunda serbest bırakarak pazar bölücü bir etki yaratmaktadır. Bu etki, karşılıklı tanıma ilkesi ile hafifletilebilir.[262] Bu ilke uyarınca bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen mallar ya da kazanılan mesleki nitelikler, bir başka üye devlette o devletteki muadillerine denk olarak tanınacaktır. Karşılıklı tanıma ilkesi, hem kurucu antlaşmada yer almakta hem de Divan tarafından serbest dolaşım kuralları ile ilgili olarak uygulanmaktadır.[263] Bununla birlikte, bu ilke iki nedenle tam potansiyeline ulaşamamaktadır.[264] İlk olarak, bir üye devletteki idareciler, yabancı bir mal ya da niteliğin denkliğini tanımakta isteksiz davranabilmektedir.[265] İkinci olarak, Divan içtihadındaki 'zorunlu gereksinimler' ve 'işlevsel denklik' kavramları, bu ilkeyi sınırlamaktadır. İlk kavram ile karşılıklı tanıma karinesinin aksi ispatlanabilirken; ikinci kavram uyarınca yalnızca yabancı standartlar

---

[262] Bkz. **CAN, (2008),** s. 129.

[263] Bkz. **ABİHA** md. 53. (**NA** ile değişik **ATA** md. 47 ve 293). Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Joined Cases Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 27. Yerleşme hakkı ve işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-340/89 *Vlassopoulou* [1991] pr. 22. Karşılıklı tanıma ilkesi, iç pazarın kurucu çekirdeklerinden biridir. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 581. Bununla birlikte, bu ilke, tartışmalar da doğurmaktadır. Örneğin, Hizmetler Direktifi ile ilgili 2004 yılındaki orijinal Komisyon Tasarısı, bu alanda tam bir karşılıklı tanıma prensibi öngörmekle birlikte, pek çok üye devletin buna karşı çıkması sonucu nihai metinde Divanın hizmetlerin serbest dolaşımı alanındaki içtihadına paralel bir hükme yer verilmiştir. Bkz. **COD (2004) 0001** md. 16. Krş. **2006/123 sayılı Direktif** md. 16. Krş. Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 15.

[264] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 625.

[265] Bkz. **CRAIG,** s. 36. Divan ve akabinde Komisyonca geliştirilen bir yol, bu durumun önüne geçebilmektedir. Buna göre, karşılıklı tanıma ilkesini öngören bir hüküm, ilgili ulusal mevzuatta da yer almalıdır. Case C-184/96 *Commission v France* [1998] pr. 28. **COM (99) 299 final,** Commission Communication, "Mutual Recognition in the Context of the Follow-up to the Action Plan for the Single Market", 1999.

değil; aynı zamanda bir mal ya da hizmetin kullanılacağı bağlam da göz önünde tutulmalıdır.[266] Son olarak, bu ilkenin etkisi, farklı hukuk sistemleri arasında rekabete yol açmasıdır.[267]

ddd. Düzenlemeler Arası Rekabet

Düzenlemeler arası rekabet, ademimerkezi modeldeki ayrımcılık yapılmaması ve pazara erişimin sağlanmasının bir sonucudur. Buna göre Birlik hukukundaki serbest dolaşım kuralları uyarınca bir yerdeki siyasi, hukuki veya sosyal çevre ile tatmin olmayan bireyler ya da şirketler, kendilerine daha çok uyan bir rejime sahip bir başka üye devlete gitmekte serbest olup; bu durum nedeniyle farklı ulusal sistemler rekabet içine girmektedir.[268] Ulusal sistemler arasındaki bu rekabet, aynı zamanda 'rekabetçi federalizm' olarak da adlandırılmaktadır. Bu sistemin işlemesi için iki koşul yerine getirilmelidir.[269] İlk olarak, federal (merkezî) otoriteler; mallar, kişiler, hizmetler ve sermayenin bir üye devletten çıkma ve bir başkasına girme özgürlüğüne yer veren kurallar koymalı ve bu kurallara uyulmasını sağlamalıdır. İkinci olarak, devletler

---

[266] İlki için bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 14. İkincisi için bkz. Case 188/84 *Commission v France* [1986] pr. 17. Ayrıca bkz. **BERNARD, NICK,** "Flexibility in the European Single Market", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 104; **EMILIOU, NICHOLAS,** *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, Great Britain, 1996, s. 233–234; **HORSPOOL, MARGOT–*et.al.*,** *European Union Law*, Butterworths, Great Britain, 1998, s. 265.

[267] **BARNARD, (2010),** s. 624. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 581.

[268] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 25. Düzenlemeler arası rekabet tanımları için bkz. **DEAKIN, SIMON,** "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?", *European Law Journal*, Cilt: 12, No: 4, 2006, s. 441–445; **SØNDERGAARD BIRKMOSE, HANNE,** "Regulatory Competition and the European Harmonisation Process", *European Business Law Review*, 2006, s. 1076. Düzenlemeler arası rekabetin faydaları ile ilgili olarak bkz. **VAN DEN BERG, ROGER,** "Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe", *KYKLOS*, Cilt: 53, No: 4, 2000, s. 437–439.

[269] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 26. Benzer tespitler için bkz. **SØNDERGAARD BIRKMOSE,** s. 1077; **VAN DEN BERG,** s. 442–443.

(merkezî olmayan otoriteler), düzenleme yapıcıların oluşacak rekabete karşılık vermesini sağlamak için malların üretimini ve kişilerin niteliklerini kendi standartlarına göre düzenlemekte özgür kalmalıdır.

Ademimerkezi model, merkezi model ile tamamlanmaktadır.[270]

bb. Merkezi Model: Uyumlaştırma

Merkezi model, ademimerkezi modelin kimi eksikliklerinin önüne geçmektedir. Bu model ve merkezî standartlara sahip olunması fikri, büyük ölçüde pazar başarısızlığı karinesi üstüne kurulmaktadır.[271] Bir pazarda her şey yolunda giderse, taraf devletler, en iyi kanunları çıkarmak için birbirleri ile yarışacaktır. Buna karşın, rekabetçi federalizmin sağlanması için örneğin insan hareketliliğinin çok az masraflı veya hiç masrafsız olması gerekir ki; bu tür durumlar gerçek hayatta gerçekleşmemektedir. Söz gelişi, bir kişi; dilsel, kültürel, finansal ya da kişisel sebeplerle kendi devletini bırakarak, bir yenisine gitmek istememektedir.[272] Sonuç olarak, taraf devletler arasındaki düzenleme yarışı, doruğa doğru olandan dibe doğru olana kayma riski taşımaktadır.[273] Bu riskin bertaraf edilmesi, merkezî bir otoritenin kimi önlemler almasını gerektirebilmektedir.[274]

---

[270] Bkz. **VAN MAURIK,** s. 19.

[271] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 603; **CAN, (2008),** s. 93; **SØNDERGAARD BIRKMOSE,** s. 1078–1079, 1081.

[272] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 28; **HARTLEY, TREVOR C.,** *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005, s. 407; **McGIFFEN,** s. 76; **NUGENT,** s. 304; **ROSSI,** s. 80.

[273] Bkz. **VAN DEN BERG,** s. 445. Bununla birlikte, örneğin *Cassis de Dijon* kararındaki karşılıklı tanıma ilkesi, düzenlemeler arası rekabete yol açarak dibe doğru yarışa neden olabilecek ise de; aynı karar ile getirilen zorunlu gereksinimler, bu tür bir yarışa fren olması için tasarlanmıştır. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 116.

[274] Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 323.

Merkezi model, kimi avantaj ve dezavantajlara sahiptir:[275] Bu model, hemen hemen her işlem türüne uygulanan tek bir kurallar bütünü tesis ederek ölçek ekonomileri anlamında avantaj sunarken; hukuki (merkezî otoritenin kural koyma yetkisi var mı; katmanlı yetki ve orantılılık ilkesine uyulmuş mu?), pratik (en uygun çözüm uyumlaştırılmış standartlar mı?) ve siyasi (ulusal çeşitlilik ne ölçüde korunuyor?) kimi sorunlara yol açmaktadır.

Merkezi model, AB içinde 'uyumlaştırma' ile yürütülmektedir.[276] Bu bakımdan ABİHA md. 114, 115 ve 352, uyumlaştırma için dayanaktır.[277] Uyumlaştırma, öz

[275] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 28–29. Benzer tespitler için bkz. **ROSSI,** s. 94–95. Merkezi modelin avantajları için bkz. **VAN DEN BERG,** s. 445. Dezavantajları için bkz. **SØNDERGAARD BIRKMOSE,** s. 1079–1080.

[276] Pek çok yazar, uyumlaştırmanın gerekliliğine işaret etmektedir. Bkz. **VERLOREN VAN THEMAAT, PIETER,** "The Contributions to the Establishment of the Internal Market by the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities", **(Eds.) BIEBER, ROLAND–DEHOUSSE, RENAUD–PINDER, JOHN–WEILER, JOSEPH H. H.,** *1992: One European Market?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1988, s. 123; **NUGENT,** s. 301, 302; **VAN MAURIK,** s. 19. Buna ek olarak, uyumlaştırmaya Birlik hukuku dışında kalan alanlardaki Birlik hukukunun etkisi yönünden yaklaşılabilir. Weatherill'e göre ulusal düzeyde yasama ve yargı alanında yayılma (*spillover*) söz konusu olabilmekte ve gerek yasa koyucu gerek yargı makamları, zorunluluk bulunmamakla birlikte, ulusal hukuka ait kimi alanlarda AB hukuku ile kıyas yoluna başvurarak, Avrupalılaşmanın etkisini genişletebilmektedir. **WEATHERILL, STEPHEN,** "Harmonisation: How Much, How Little?", *European Business Law Review*, 2005, s. 539–542.

[277] Sırasıyla bkz **ATS** ile değişik **AETA** md. 100a, 100, 235; **NA** ile değişik **ATA** md. 95, 94, 308. Her ne kadar ABİHA md. 114, yakınlaştırma deyişini kullansa bile; uyumlaştırma ile yakınlaştırma deyişleri birbirinin yerine geçmektedir. Bkz. Case C-217/04 *United Kingdom and Northern Ireland v Parliament and Council* [2006] pr. 43; **PFISTER,** s. 125. Weatherill'e göre [md. 114 ve 115]'in kullanımına göre uyumlaştırma programı, olağandışı işlevsel genişliktedir. **WEATHERILL, (2005),** s. 534. Buna karşın, Topluluğun üye devletlerin iç hukukları arasında uyum sağlama görevi, sadece ortak pazarın düzenli bir şekilde işlemesi için gerekli görüldüğü ölçüde mevcuttur. Dolayısıyla, hukuk uyumu kendi başına bir amaç olmayıp, bir araçtır. Bkz. **PFISTER,** s. 125. Bununla birlikte Søndergaard Birkmose'ye göre Avrupa ekonomik bütünleşmesinin hedefleri başlı başına Avrupa uyumlaştırma sürecini

itibariyle, belirli bir konudaki birden fazla ve farklı ulusal kuralın tek bir AB kuralı ile değiştirilmesini içermektedir.[278] Bu tür bir AB kuralı, bir yandan pazar bütünleşmesi ve serbest ticareti gerçekleştirirken; diğer yandan tüketicinin korunması gibi kimi yararlı çıkarları korumaktadır. Bununla birlikte, her uyumlaştırma, rekabet için eşit şartlar sağlanması ile ulusal sistemlerdeki çeşitliliğin muhafaza edilmesi arasında hassas bir denge tutturmak zorunda kalmaktadır.

İşte bu denge arayışı nedeniyle Birlik, şimdiye kadar birden fazla uyumlaştırma türü denemiştir: tam, ihtiyari ve asgari uyumlaştırma.[279] Tam uyumlaştırma ile bir alanda ulusal kuralların yerini tek bir AB kuralının almakta ve böylece üye devlet eylemine yer kalmamaktadır.[280] Bu tür bir tasarruf, hem serbest dolaşım kaydı (örneğin,

---

açıklayamamaktadır. Avrupa uyumlaştırmasının ortak pazarın işlemesini güvence altına almak için gerekli olanın ötesine geçmesi yüksek bir olasılıktır. **SØNDERGAARD BIRKMOSE,** s. 1096.

[278] **BARNARD, (2010),** s. 624. Uyumlaştırma, ayrıca, AB'nin belirli bir alanda bütün yerel hukuk sistemlerinin erişmesi gereken bir standart belirlemesi süreci ya da tek tipliğe yol açan tüzükler yoluyla yakınlaştırmanın aksine direktifler aracılığıyla hukukun yakınlaştırılması olarak tanımlanmıştır. Sırasıyla bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 323; **VAN GERVEN, WALTER,** "Harmonisation Within and Beyond", **(Ed.) VAN EMPEL, MARTIJN,** *"From Paris to Nice" Fifty Years of Legal Integration in Europe*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2003, s. 1. Dahası uyumlaştırma, yalnızca ortak kurallar belirlenmesine dair teknik bir konu olmayıp; aynı zamanda uyumlaştırma rejiminin kalitesinin seçimi konusunu da içermektedir. **WEATHERILL, (2005),** s. 535.

[279] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 580. Bu türlere ek olarak kısmi ve alternatif uyumlaştırmadan bahsedilebilir. İlki ile bir konunun yalnızca belirli yönlerinin düzenlenmesi; ikincisi ile üye devletlere alternatif uyumlaştırma yöntemleri arasında seçim imkânı tanınması ifade edilmektedir. **VAN GERVEN, (2003),** s. 2. Bkz. **SHAW, (1993),** s. 307–308; **SLOT, PIET JAN,** "Harmonization", *European Law Review*, Cilt: 21, 1996, s. 378, 382–388. Uygulamada en çok asgari ve tam uyumlaştırmaya rastlanmaktadır. **SLOT, PIET JAN–BULTERMAN, MIELLE,** "Harmonization of Legislation on Migrating EU Citizens and Third Country Nationals: Towards a Uniform Evaluation Framework", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 29, 2006, s. 750.

[280] Örnek olarak bkz. **2000/31 sayılı Direktif** ve **2002/65 sayılı Direktif**. Bkz. **ROTT, PETER,** "Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 1108. Tam uyumlaştırma düzenlemesi ile üye

o tasarruftaki koşulları taşıyan mallar serbestçe ithal edilip satılabilecektir) hem de münhasırlık kaydına (örneğin, o tasarruftaki koşulları taşımayan mallar, bir üye devlet içinde üretilemeyecek ve satılamayacaktır) yer vermektedir.[281] Böylece, rekabet için eşit şartlar sağlanmaktadır. Buna karşın, böyle bir tasarruf; uzun süren müzakere süreleri, hızlı değişime kapalı olmaları ve ulusal çeşitliliğe son vermeleri gibi nedenlerden ötürü tercih edilmemektedir.[282]

İhtiyari uyumlaştırma, bir alanda uyulması isteğe bağlı standartların getirilmesidir. Bu tür bir tasarruf, serbest dolaşım kaydına yer verirken; münhasırlık kaydı taşımamaktadır. Böylelikle, örneğin bir kişi, bir malı bir başka devlete ihraç edecekse o malların Birlik düzenlemesindeki standarta uymasını sağlayacak; ancak yalnızca bir üye devlet içindeki pazara sunacaksa o mallar yönünden Birlik standartları aranmayacaktır.[283]

Asgari uyumlaştırma, bir alanda asgari standartlar belirlenirken, üye devletlere daha yüksek standartlar benimseme imkânı bırakılmasıdır.[284] Bununla birlikte, bu tür bir standart, kurucu antlaşma ile uyumlu olmalıdır.[285] Yine, bir asgari uyumlaştırma

---

devlet eylemine yer kalmaması ile ilgili olarak bkz. Case 60/86 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1988] pr. 12. Krş. Case C-323/93 *Crespelle* [1994] pr. 34–35; **CLOUGH, MARK–FORWOOD, NICHOLAS,** "The Single European Act and Free Movement: Legal Implications of the Provisions for the Completion of the Internal Market", *European Law Review*, Cilt: 11, No: 6, 1986, s. 394; **DOUGAN, MICHAEL,** "Minimum Harmonization and the Internal Market", *Common Market Law Review*, Cilt: 37, 2000, s. 854.

[281] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 626. Örnek olarak bkz. **76/768 sayılı Direktif** md. 7(1) serbest dolaşım kaydına; md. 3 ise münhasırlık kaydına yer vermektedir.

[282] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 627–628. Krş. **ROTT,** s. 1109.

[283] Örnek olarak bkz. **71/316 sayılı Direktif**. Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 394.

[284] Örnek olarak bkz. **84/450 sayılı Direktif** md. 7(1); **1999/44 sayılı Direktif** md. 8(2); **2004/38 sayılı Direktif** md. 37 ve **2003/86 sayılı Direktif** md. 3(2); **2003/109 sayılı Direktif** md. 37(3); Case C-44/01 *Pippig* [2003] pr. 40; **ROTT,** s. 1109–1110; **SLOT–BULTERMAN,** s. 775, 779, 780.

[285] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 632–633; **DOUGAN, (2000),** s. 855. Daha katı kural koyma yetkisi için bkz. Opinion 2/91 *International Labour Organization* [1993] pr. 16; Case C-2/97 *IP* [1998] pr. 35.

tasarrufu, serbest dolaşım kaydına yer verebilirken;[286] bu hâl, 'tersine ayrımcılık' doğurabilmektedir.[287] Örneğin, bir ürün (x) ile ilgili asgari standartlara yer veren bir Birlik tasarrufu olsun. Bir üye devlet (A), bu ürün ile ilgili daha katı standartlar koysun. Bir başka üye devlet (B) ise, asgari standartları uygulasın. Bu hâlde, 'x' malı B devletinde Birlik tasarrufundaki standartlarla üretilerek A devletinde satılabilecekken, A devletinde mecburen daha yüksek standartlarda üretilecektir. Bu nedenle A devletindeki firmalar, B devletindeki rakipleri karşısında rekabet açısından dezavantajlı konuma gelebilecektir. İşte bu dezavantaj hâli, 'tersine ayrımcılık' olarak nitelenmektedir.[288] Bu hâl, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.[289] Son olarak, asgari uyumlaştırma tasarrufları, rekabet için eşit şartları sağlarken, ulusal çeşitliliğe de fırsat vermeleri nedeniyle çokça tercih edilmektedir.

B. İç Pazarın Temel İlkelerinin Birlik Vatandaşlığına Dair Serbest Dolaşıma Uyarlanabilirliği

İç pazardaki serbest dolaşımlar ile Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, kimi ortaklıklar ve farklılıklar taşımaktadır. Evvela, iç pazar ve Birlik vatandaşlığı, 'serbest dolaşım' ortak paydasında buluşmaktadır. Buna göre, iç pazar, iç sınırları

Kurucu antlaşma ile uyumluluk için bkz. Case 382/87 *Buet* [1989] pr. 16–17; Case C-410/96 *Ambry* [1998] pr. 24.

[286] Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 751. Örneğin, 2004/38, 2003/86 ve 2003/109 sayılı Direktiflerde herhangi bir serbest dolaşım kaydı yoktur. Bu yokluk, ürünler ve kişiler ile ilgili uyumlaştırma arasındaki farklılıkla bir ölçüde açıklanabilir. Burada adı geçen Direktifler, kişilerle ilgili spesifik gereklilikleri düzenlememekte ve fakat bu kişilere belirli haklar bahşetmektedir. Bir üye devlet, daha yüksek bir koruma sağlarsa, bu serbest dolaşımı kısıtlamayacak ve serbest dolaşım kaydına gerek de olmayacaktır. Buna karşın, bir Direktif ile *ratione personae* belirlenirken, bu durum değişmektedir. Burada, örneğin bir üye devlet aynı cinsiyet evliliklerini kabul ederek aile üyeleri kavramını genişletirken; bir başka üye devlet bu genişlemeyi kabul etmeyebilecektir. **SLOT–BULTERMAN,** s. 776, 780–781.

[287] Bkz. **DOUGAN, (2000),** s. 867.

[288] Örnek olarak bkz. Case C-11/92 *Gallaher* [1993] pr. 22; Case C-1/96 *CWF* [1998] pr. 63.

[289] Bkz. Case 355/85 *Cognet* [1986] pr. 10; Case 98/86 *Mathot* [1987] pr. 7; Case 237/82 *Kaas* [1984] pr. 20.

olmayan bir alanda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını gerektirirken;[290] diğer tarafta Birlik vatandaşlığı, *inter alia*, Birlik vatandaşlarına üye devlet ülkelerinde serbest dolaşım hakkı tanımaktadır.[291] Buna karşın, iç pazar, iyi tanımlanmış bir ekonomik bütünleşme aşamasına dayalı, ekonomik bir hedef iken; Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, siyasi birliğin bir parçası olarak daha ziyade siyasi bir hedeftir.

Öyleyse, iç pazarın temel ilkeleri, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma ne ölçüde uygulanabilecektir? Bu ilkeler, ekonomik niteliklerinden arındırılabildikleri; bir başka deyişle sadece serbest dolaşıma dair olabildikleri ölçüde Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden de uygulanabilecektir. Bu durum, AB sistemi içinde şu şekilde yansıma bulmaktadır: Bir kere, Birlik vatandaşlığı bakımından da ademimerkezi ve merkezi modelden bahsedilebilmektedir. Söz gelişi, merkezi modele dair bir yansıma olarak, Birlik kurumları, serbest dolaşım ve ikâmet hakkı açısından hem bu hakkın kullanımının kolaylaştırılması için hem de bu hak amacıyla sosyal güvenlik ve koruma ile ilgili tasarrufta bulunabilecektir.[292] Keza, ademimerkezi modelin bir görünüşü olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım hakkı, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ile birleşmektedir.[293] Bununla beraber, iç pazara dair ayrımcılık yapılmaması, ekonomik bir sebeple rekabetteki bozulmanın önüne geçmek için tasarlanmıştır.[294] Buna karşın, ayrımcılık yapılmaması, kişilerin serbest dolaşımı

[290] **ABİHA** md. 26(2).

[291] **ABİHA** md. 21.

[292] **ABİHA** md. 21(2, 3).

[293] **ABİHA** md. 20, 21, 18. Ayrıntılı bilgi için bkz. "1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler", s. 172.

[294] Opinion of AG Tesauro in Case C-63/89 *Assurances du Crédit v Council and Commission* [1991] pt. 11. Benzer bir görüş için bkz. Opinion of AG Jacobs in Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Collins and others* [1993] pt. 10. Yine, Pollard'a göre üye devletlerin ekonomilerini bütünleştirmek için tasarlanan AET, ekonomik olarak etkin kişilere önemli sayıda dolaşım hakkı tanımıştır; çünkü bu, üretim faktörleri üzerindeki kısıtlamaları kaldırmak için gereklidir. **POLLARD,** s. 107. Benzer bir görüş için bkz. **EVANS,** s. 270; **STAPLES,** s. 53.

yönünden insan onurunun korunması gibi bir temel hak ve ev sahibi üye devlet ile bütünleşmenin sağlanması işlevini de haizdir.[295] Böylelikle, serbest dolaşımın insan (sosyal) yönü geliştirilmiştir.[296] Buna karşın, serbest dolaşımın sosyal yönündeki bu gelişim açısından tüm davalar, genel olarak belirli bir tür ekonomik bağı göstermektedir.[297] Bununla birlikte, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının temel hak ve bütünleşme işlevi, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden ekonomik bir bağa gerek duymaksızın, tek başına bir yer tutmaktadır. Bunun yanı sıra, iç pazardaki pazara erişimin sağlanması yaklaşımı, ekonomik hüviyetinden ayrılamamasından ötürü, Birlik vatandaşlığına aktarılamayacaktır. Buna karşın, Divan, Birlik vatandaşlığına dair davalarda "serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkının kullanımını zorlaştırmaya elverişli" önlemlerden bahsederek, söz konusu yaklaşıma benzeyen bir rota çizmektedir.[298] Bu türdeki kararların mahiyeti ise şu an için tartışmalıdır.[299]

O hâlde, serbest dolaşım ortak paydası, iç pazara dair serbest dolaşımlar ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın büyük ölçüde aynı biçimde yönetilmesine yol açmaktadır. Bu bakımdan, aynı gerekçe, serbest dolaşım hükümlerinin uygulanma düzeni açısından Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın iç pazardaki serbest dolaşımları takip etmesine yol açmaktadır. Bilhassa, Birlik vatandaşlığındaki serbest

---

[295] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 722–723. Ayrıca bkz. **CUTHBERT, MIKE,** *E.U. Law in a Nutshell*, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 76–77; **DEARDS, ELSPETH–HARGREAVES, SYLVIA,** *European Union Law Textbook*, Oxford University Press, Great Britain, 2004, s. 207; **FAVELL–RECCHI,** s. 7; **KADELBACH, (2006),** s. 455–456; **KENT, PENELOPE,** *Law of the European Union*, 3rd Edition, Pearson Education, Malaysia, 2001, s. 150; **STEINER–*et. al.*,** s. 312; **1612/68 sayılı Tüzük** Dibace rt. 5; Opinion of AG Jacobs in Case C-168/91 *Konstantinidis* [1993] pt. 24.

[296] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 703; **O'LEARY, (1995),** s. 521–522; **STEINER–*et. al.*,** s. 449; **WEATHERILL, (2006),** s. 477.

[297] Bkz. **O'LEARY, (1996),** s. 70.

[298] Örnek olarak bkz. Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 22, 29.

[299] Ayrıntılı bilgi için bkz. "B. Birlik Vatandaşlığı ", s. 260.

dolaşımın ‘kişi’lere tanınmasından ötürü kişilerin serbest dolaşımının doğal bir bütünleyicisi olması, kişilerin serbest dolaşımındaki uygulanma düzeninin Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma aktarılmasını mümkün kılmaktadır. Bu duruma paralel olarak ise, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, gerek ekonominin ötesine geçen sosyal ve siyasi yeni bir motivasyon olması gerek odak noktasını yalnızca birey ve temel hakların oluşturması nedenleriyle iç pazardaki serbest dolaşımları etkilemektedir.

Peki, bu etkileşim nasıl meydana gelmektedir? Her şey, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkili kabul edilmesi ile başlamaktadır.

II. Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşıma Dair Hükümlerin Doğrudan Etkisi

Doğrudan etki kavramı, kurucu antlaşmada yer almayıp; Divan kararları ile geliştirilmiştir.[300] Buna göre açık ve kesin olan, şartsız olan ve uygulanmak için başka bir işleme gereksinim göstermeyen kurallar doğrudan etkili kabul edilmektedir.[301] Bu tür bir kural, bireylere ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar tanımaktadır.[302]

Doğrudan etki, öncelik ilkesi ile birlikte ele alınmalıdır.[303] Öncelik ilkesi de, kurucu antlaşmada yer almayıp; Divan kararları ile geliştirilmiştir.[304] Buna göre Birlik

---

[300] Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] pr. II/B. (Topluluk, öznesi üye devletlerin yanı sıra onların vatandaşları da olan “yeni bir hukuk düzeni”dir. Dolayısıyla, Topluluk hukuku, bireylere yükümlülük öngörmesinin yanında “hukuki statülerinin bir parçası hâline gelen haklar” da tanır.) Ayrıca bkz. **O’LEARY, (1995),** s. 526.

[301] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 150–152; **GÖÇMEN, İLKE,** *Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri*, Yetkin, Ankara, 2008, s. 102–106; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 700.

[302] Örnek olarak bkz. Case 74/76 *Iannelli* [1977] pr. 13.

[303] Bkz. **EDITORIAL COMMENTS,** “Freedoms Unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State”, *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 537.

hukuku, ister birincil ister ikincil nitelikte olsun, doğrudan etkili olduğu ölçüde önceki ve sonraki tarihli tüm ulusal hukuk kuralları karşısında öncelikle uygulanır.[305] Öyleyse:

> "Her ulusal mahkeme, yetkisi içindeki bir davada [Birlik] hukukunu bütünüyle uygulamak, bu hukukun bireylere tanıdığı hakları korumak ve bu nedenle [Birlik] kuralına nazaran önce ya da sonra olduğuna bakmaksızın bu hukuk ile çatışabilecek ulusal hukuk hükümlerini bir kenara koymak zorundadır."[306]

Peki, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşıma dair hükümler, doğrudan etkili midir? Divan, bu soruyu olumlu biçimde yanıtlamaktadır.[307] Öyleyse, bir serbest dolaşım hükmü, uygulama alanında kalan her durumda bütünüyle uygulanmakta ve kendisiyle çatışan ulusal önlemler, bir kenara koyulmaktadır.[308]

---

[304] Bkz. **LA**'ya Ekli 17 nolu Öncelik Hakkında Bildirge. Krş. Krş. **AAA** md. I–6.

[305] Case 6/64 *Costa v (ENEL)* [1964] pr. 3; Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] pr. 3; Case 106/77 *Simmenthal* [1978] pr. 21; Case C-118/00, *Inasti* [2001] pr. 51–53.

[306] Case 106/77 *Simmenthal* [1978] pr. 21. Bkz. **EHLERS, DIRK,** "General Principles", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 179–180; **HARTLEY,** s. 156. Bununla birlikte, Birlik hukuku ile çelişen ulusal önlem, geçersiz sayılmayacak; yalnızca somut olaya uygulanmayacaktır. Joined Cases C-10–22/97 *IN.CO.GE.'90 and Others* [1998] pr. 29.

[307] İç pazara ait serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkisi ile ilgili olarak bkz. **CORCORAN–HART,** s. 225; **HILSON, CHRISTOPHER,** "What's in a Right? The Relationship between Community, Fundamental and Citizenship Rights in EU Law", *European Law Review*, Cilt: 29, No: 5, 2004, s. 641; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 126; **O'LEARY, (1996),** s. 106. Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım hükmünün doğrudan etkisi ile ilgili olarak bkz. **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 25; **HALL, (1995),** s. 207; **HILSON, (2004),** s. 640; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 547; **MOUSSIS,** s. 95; **SPAVENTA, ELEANOR,** *Free Movement of Persons in the European Union: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007, s. 115. Her ne kadar bu bölümde ayrıca ve açıkça ele alınmayacak olsa bile; serbest dolaşıma yönelik istisnalara yer veren ABİHA md. 36, 45(3,4), 51, 52 ve 62 de doğrudan etkili olup, ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilmektedir. Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387; **VERLOREN VAN THEMAAT, (1988),** s. 113.

[308] Serbest dolaşım hükümleri, başka bir açıdan, 'uygun yorum' ve 'devlet sorumluluğu' ilkeleri ile de farklı hukuki etkiler doğurmaktadır. Uygun yorum ilkesine göre tüm kamu otoriteleri (ve dolayısıyla

Aşağıda, sırasıyla, iç pazar ve Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkisi, ilgili Divan kararları ışığında kısaca ortaya konmaktadır.

1. İç Pazar Serbestîleri

Burada; malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı hükümlerinin doğrudan etkisi ele alınmaktadır.

A. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34'ün doğrudan etkisi, *Ianelli* kararı ile kabul görmüştür.[309] Divan, bir normun doğrudan etkili olması için gerekli koşulları bu hüküm özelinde ele almıştır. Ona göre miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili tüm önlemlere dair yasaklama, "zorunlu, kesin (açık) ve uygulaması üye devletlerce veya [Birlik] kurumlarınca herhangi bir müteakip müdahale gerektirmeyen" niteliktedir. O hâlde, bu yasaklama ya da hüküm, geçiş döneminin sona ermesi ile birlikte doğrudan etkilidir.[310]

B. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurucu antlaşma hükümlerinin doğrudan etkisi, bu sırayla tespit edilecektir.

---

yargısal makamlar), uygulayacakları ulusal hukuku mümkün olduğu ölçüde Birlik hukukunun gereksinimlerine uygun biçimde yorumlamalıdır. Case C-60/02 *X* [2004] pr. 59. Devlet sorumluluğu ilkesine göre üye devletler, Birlik hukukuna aykırı davranışları nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur. Devlet sorumluluğunun şartları şunlardır: (1) İhlâl edilen hukuk kuralı, bireylere hak sağlama hedefi taşımalıdır. (2) Zarara neden olan Birlik hukuku ihlâli, yeterince ciddi olmalıdır. (3) Uğranılan zarar ile ilgili ihlâl arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bkz. Joined Cases C-178–179 ve 188–190/94 *Dillenkofer and others* [1996] pr. 21–23; **BAYKAL, SANEM,** *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 223; **GÖÇMEN,** s. 185.

[309] Case 74/76 *Iannelli* [1977]. ABİHA md. 35'in doğrudan etkisi için bkz. Case 83/78 *Redmond* [1978] pr. 66.

[310] Case 74/76 *Iannelli* [1977] pr. 13. Bkz. Case C-445/06 *Danske Slagterier* [2009] pr. 22; **SHAW, (1993),** s. 274; **RAMBOW, GERHARD,** "The End of the Transitional Period", *Common Market Law Review*, Cilt: 6, 1969, s. 442.

a. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45'in doğrudan etkisi, *Commission v France* kararı ile kabul görmüştür.[311] Divana göre nesnel hukuki durum karşısında bu hüküm, açıkça doğrudan etkilidir.[312] Buna karşın, *Van Duyn* kararı, durumu aydınlatmaktadır.[313] Bu karara göre söz konusu hüküm, Birlik kurumları ve üye devletlerce çıkarılması gerekli müteakip bir işleme yer vermeyen ve bu otoritelerce uygulanması herhangi bir takdir yetkisine yer bırakmayan kesin bir yükümlülüğü üye devletlere yöneltmektedir.[314] Her ne kadar bu hüküm, işçilerin serbest dolaşımının kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık nedenleriyle sınırlanma ihtimalinden bahsetse bile; bu sınırlamaların uygulanması yargı kontrolüne tâbi olup, bu hüküm, ulusal mahkemelerce korunacak bireysel haklar vermeye devam etmektedir.[315] Öyleyse, söz konusu hüküm, doğrudan etkilidir.[316]

b. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49'un doğrudan etkisi, *Reyners* kararı ile kabul görmüştür.[317] Divana göre bu hüküm, özünde bireylerce doğrudan ileri sürülmeye elverişlidir.[318] Söz konusu hüküm, yerleşme serbestîsine geçiş dönemi sonunda ulaşılmasını öngörerek, kesin bir sonucun elde edilmesi yükümlülüğü getirmektedir. Bu sonuca erişmek, tedrici önlemlere dayalı bir programın uygulanması ile kolaylaştırılacak ise de; bu programa bağlı değildir.[319] O hâlde, yerleşme serbestîsi ile ilgili çıkarılması istenilen direktifler, geçiş döneminin sona ermesinin ardından vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması

[311] Case 167/73 *Commission v France* [1974].

[312] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 41.

[313] Case 41/74 *van Duyn* [1974].

[314] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 6.

[315] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 7.

[316] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 8. Bkz. Case C-90/96 *Petrie and Others* [1997] pr. 28. Krş. Case C-192/89 *Sevince* [1990] pr. 14. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 709.

[317] Case 2/74 *Reyners* [1974].

[318] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 25.

[319] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 26.

kuralı yönünden fuzuli hâle gelmektedir; zira bu kural bundan sonra kurucu antlaşma tarafından doğrudan etki ile korunmaktadır.[320] Öyleyse, bu hüküm, geçiş döneminin sona ermesiyle birlikte bireylerce üye devletlere karşı ileri sürülebilecek doğrudan etkili bir hükümdür.[321]

c. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56'nın doğrudan etkisi, *Van Binsbergen* kararı ile kabul görmüştür.[322] Divan, bu hükmü kurucu antlaşma sistemi içinde inceleyerek, doğrudan etkisini değerlendirmiştir. Buna göre hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik sınırlamaların geçiş dönemi içinde tedrici biçimde kaldırılması için bir seri direktif çıkarılarak, uygulanacak bir 'Genel Program' hazırlanması öngörülmüştür.[323] Bu direktifler, bir yandan bu serbestîye yönelik sınırlamaların kaldırılması, öte yandan bu serbestîden faydalanmanın kolaylaştırılması işlevini yerine getirmektedir.[324] Söz konusu hüküm, geçiş döneminin sona ermesi ile birlikte hizmetlerin serbest dolaşımı üstündeki engellerin kaldırılması niyetini ifade ederken; hizmet sunan kişinin vatandaşlığından veya hizmet sunulan üye devletten başka bir üye devlette yerleşik olmasından kaynaklanan o kişiye yönelik tüm ayrımcılığı kaldırmaktadır.[325] Öyleyse, uygulanması geçiş döneminde çıkarılacak direktifler ile hazırlanacak olan bu hüküm, geçiş dönemi sonunda koşulsuz hâle gelmektedir.[326] Sonuç olarak, ilgili hüküm, en azından vatandaşlık ve ikametgâh gereklilikleri yönünden aşikâr bir yükümlülük vaz ederek

[320] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 30.

[321] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 32. Bkz. Case 197/84 *Steinhauser* [1985] pr. 14; Case C-1/93 *Halliburton Services* [1994] pr. 16; Case C-254/97 *Baxter* [1999] pr. 11. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 754; **RAMBOW,** s. 443.

[322] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974].

[323] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 20.

[324] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 21.

[325] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 23, 25.

[326] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 24.

doğrudan etkili olup, ulusal mahkemeler önünde bireylerce devletlere karşı kullanılabilir.[327]

C. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımı, MA öncesi ve sonrasında farklı düzenlenip; bu farklılık, MA öncesindeki hükmün aksine MA sonrasındaki hükmün doğrudan etkili sayılmasına yol açmıştır.[328]

Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili orijinal hüküm olarak AETA md. 67, *Casati* kararı uyarınca doğrudan etkili bulunmamıştır.[329] Divana göre sermayenin serbest dolaşımı, Topluluğun temel serbestîlerinden birisi olsa bile; bu serbestîye dair hüküm, çeşitli sebepler nedeniyle doğrudan etkili değildir.[330] İlkin, sermaye hareketleri, üye devletlerin ekonomi ve parasal politikaları ile yakından ilişkili olup; sermayenin serbest dolaşımı, mevcut aşamada üye devletlerden birisinin ekonomi politikasını olumsuz etkileyerek ortak pazarın düzgün işleyişini bozabilecektir.[331] Yine, ilgili hüküm, sermaye hareketlerinin "ortak pazarın düzgün işleyişini sağlamak için *yeterli olacak derecede*" serbestleştirilmesi yükümlülüğü yükleyerek; mallar, kişiler ve

---

[327] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 26, 27. Bkz. **RAMBOW,** s. 443.

[328] Orijinal hüküm ile MA ile değişik hüküm arasında Birlik, sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak 1988 yılında 88/361 sayılı Direktifi çıkarmıştır. Söz konusu Direktif md. 1 ile MA ile değişik ATA md. 73b(1) lâfzen büyük ölçüde aynıdır. Nitekim, ilgili Direktif maddesi de, Divanca doğrudan etkili kabul edilmiştir. Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] pr. 33. Bu Direktif ile ilgili olarak bkz. **ÖZDEMİR, SAHİR,** "Sermayenin Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 167–169.

[329] Case 203/80 *Casati* [1981].

[330] Case 203/80 *Casati* [1981] pr. 8.

[331] Case 203/80 *Casati* [1981] pr. 9. Kapteyn ve diğerlerine göre diğer serbestîler ile karşılaştırıldığında sermayenin serbest dolaşımının uygulanmasındaki ertelemeler; sermayenin dolaşımı, ödemeler dengesi ve para politikası arasındaki ilişki ile bağlantılıdır. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 766. Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 391; **KENT, PENELOPE,** *European Union Law Nutcases*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 84; Opinion of AG Geelhoed in Case C-452/01 *Ospelt and* [2003] pt. 36.

hizmetlerin serbest dolaşımı hükümlerinden farklılaşmaktadır.[332] Ayrıca, buradaki serbestleştirme bakımından Konsey işlemi aranmaktadır.[333] O hâlde, söz konusu hüküm, doğrudan etkili değildir.[334]

ABİHA md. 63(1) ise,[335] *Sanz de Lera and Others* kararı uyarınca doğrudan etkilidir.[336] Divana göre bu hüküm, "herhangi bir uygulama önlemi gerektirmeyen, açık ve koşulsuz bir yasak" getirmektedir.[337] Buradaki yasak, gerek üye devletler arasındaki gerek üye devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki sermayenin serbest dolaşımı ile ilgilidir.[338] Öyleyse, her iki durum yönünden, bu hükme ulusal mahkemeler önünde istinat edilebilir ve bu hükümle uyumsuz olan ulusal kurallar uygulanamaz hâle gelir.[339] Başka bir ifadeyle, sermayenin serbest dolaşımı hükmü, 1 Ocak 1994 tarihi ile birlikte doğrudan etkili olup, ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilecektir.[340] O hâlde, ulusal mahkeme ve otoriteler, sermayenin dolaşım serbestîsine riayet etmeli ve bu serbestî ile uyumsuz kanunları ve diğer düzenlemeleri uygulamamalıdır.[341]

---

[332] Case 203/80 *Casati* [1981] pr. 10. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. **ÖZDEMİR,** s. 165.

[333] Case 203/80 *Casati* [1981] pr. 12. Bkz. **AETA** md. 69.

[334] Case 203/80 *Casati* [1981] pr. 13.

[335] **MA** ile değişik **ATA** md. 73b(1); **NA** ile değişik **ATA** md. 56.

[336] Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995]. Bu kararın incelemesi için bkz. **CASTILLO DE LA TORRE, FERNANDO,** "Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94, *Criminal proceedings against L.E. Sanz de Lera and Others*, with Annotation by F. Castillo de la Torre", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996, s. 1065–1072. Buna ek olarak, **ABİHA** md. 63(2) (**NA** ile değişik **ATA** md. 56; **AETA** md. 106(1)) ile düzenlenen ödemelerin serbest dolaşımı hükmü de doğrudan etkilidir. Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 28. ABİHA md. 63(1) ile (2) arasındaki ilişki için bkz. Case C-412/97 *Fenocchio* [1999] pr. 15–18. Buna göre her iki fıkra da, aynı amaca hizmet etmektedir. (pr. 17.)

[337] Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 41.

[338] Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 44.

[339] Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 48.

[340] Opinion of AG Geelhoed in Case C-452/01 *Ospelt and* [2003] pt. 36.

[341] Bkz. **VON MILMOWSKY, PETER,** "Freedom of Movement of Capital and Payments", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, de Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 337.

2. Birlik Vatandaşlığı

Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, üç farklı hüküm üzerinden korunmaktadır: ABİHA md. 20 ve/veya 21 ile birlikte md. 18 ya da yalnızca md. 21. Md. 20 ve/veya 21 ile birlikte md. 18 uyarınca kurucu antlaşmanın kapsamı içindeki durumlarda ayrımcılık yapılması yasak iken; md. 21, serbest dolaşım ve ikâmet hakkı sağlamaktadır.

İlk olarak, ABİHA md. 18, doğrudan etkili bir hüküm olarak kabul görürken,[342] ilk kez *Sala* kararı ile md. 20 ile birleştirilmiştir.[343] Bu davada, Almanya'da yaşayan İspanyol Bayan Sala, çocuk büyütme ödeneği için yetkili makamlara başvurmuş; ancak başvurusu reddedilmiştir.[344] Divana göre kurucu antlaşma, Birlik vatandaşlığı statüsüne kimi haklar bağlamaktadır. Bu haklardan biri, kurucu antlaşmanın konu bakımından uygulama alanı içinde vatandaşlık temelinde ayrımcılığa uğramama hakkıdır.[345] O hâlde, ev sahibi üye devlet ülkesinde hukuka uygun olarak ikâmet eden bir Birlik vatandaşı, Birlik hukukunun konu bakımından kapsamı içinde kalan her durumda md. 18'e istinat edebilir.[346]

---

[342] Case 186/87 *Cowan* [1989] pr. 13; Case C-28/04 *Tod's SpA* [2005] pr. 19; Case C-164/07 *Wood* [2008] pr. 13. Bkz. **ARNULL, ANTHONY,** *The European Union and its Court of Justice*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006, s. 502, 505; **DAVIES, G., (2003a),** s. 117; **TRIDIMAS, (2007),** s. 119.

[343] Case C-85/96 *Sala* [1998].

[344] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 15–18.

[345] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 62.

[346] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 63. Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 757–758. Böylece, *Sala* kararı ile bir yandan daha ziyade 'statik bir kavram' olan vatandaşlık, salt bir metafor olmanın ötesine geçmiş ve gerçek bir hak kaynağı hâlini almış; öte yandan bu kavramın genişletilmesinin metodolojik başlangıç noktası belirlenmiştir. Bkz. **REICH, (2005),** s. 678.

İkinci olarak, ABİHA md. 21'in doğrudan etkili oluşu ise, esasen, iç pazara ait serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkisine dair kararlardan çıkarılabilmekteydi.[347] Bu hüküm, kimi sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere her Birlik vatandaşına üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve ikâmet hakkı tanımaktadır. Öyleyse, ilk olarak, md. 45'e kıyasen, ilgili hüküm, Birlik kurumları ve üye devletlerce çıkarılması gerekli müteakip bir işleme yer vermeyen ve bu otoritelerce uygulanması herhangi bir takdir yetkisine yer bırakmayan kesin bir yükümlülüğü üye devletlere yöneltmektedir.[348] Kaldı ki, her ne kadar bu hüküm, kimi sınırlama ve koşullardan bahsetse bile; bu sınırlama ve koşulların uygulanması yargı kontrolüne tâbi olup, bu hüküm, ulusal mahkemelerce korunacak bireysel haklar vermeye devam edecektir.[349] İkinci olarak, md. 49 ve 56'ya kıyasen, ilgili hüküm, serbest dolaşım ve ikâmet hakkının kolaylaştırılması için Birlik tasarrufu çıkarılmasına yer verse bile; varılacak sonuç yönünden kesin bir yükümlülük vazetmeyi sürdürmektedir.[350]

ABİHA md. 21'in doğrudan etkisi, *Baumbast* kararı ile kabul görmüştür.[351] Bu davada İngiltere'de yaşayan Alman Bay Baumbast'ın ikâmet izni, yetkili makamlarca

---

[347] Bkz. Opinion of AG Cosmas in Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pt. 25. Davies'e göre Divan, *Wijsenbeek* kararı ile ABİHA md. 21 yönünden açıkça doğrudan etkili ifadesini kullanmasa bile; bu anlama gelecek biçimde bir dil kullanmıştır. **DAVIES, G., (2003a),** s. 71. Ayrıca, Kadelbach'a göre ABİHA md. 21 ile açıkça ikincil hukuka gereksinim duyan md. 22 ve 23'ün birlikte ele alınması, md. 21'in doğrudan etkili olduğu sonucunu desteklemektedir. **KADELBACH, (2006),** s. 467. Buna karşın Tekinalp ve diğerlerine göre bu hüküm, serbest dolaşım ve ikâmet hakkı ile ilgili olarak doğrudan uygulanan bir kural içermemektedir. **TEKİNALP, ÜNAL–*et.al.*,** *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 22. Ayrıca, İngiliz mahkemeleri, bu hükmü doğrudan etkili bulmamıştır. Bkz. **MATHER, JAMES D.,** "The Court of Justice and Union Citizen", *European Law Journal*, Cilt: 11, No: 6, 2005, s. 726.

[348] Krş. Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 6.

[349] Krş. Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 7.

[350] Krş. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 26; Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 21, 24.

[351] Case C-413/99 *Baumbast* [2001]. Bkz. **BROBERG, MORTEN–HOLST-CHRISTENSEN, NINA,** *Free Movement in the European Union: Cases, Commentaries and Questions*, DJØF Publishing,

yenilenmemiştir.[352] Divana göre md.21'de yer alan ikâmet hakkı, kurucu antlaşmanın "açık ve kesin bir hükmü ile her Birlik vatandaşına doğrudan verilmiştir". Her Birlik vatandaşı, bu hükme istinat etme hakkına sahiptir.[353] Kuşkusuz bu hak, kurucu antlaşma ve ikincil hukuk ile koyulan sınırlama ve koşullara bağlıdır.[354] Buna karşın, bu sınırlama ve koşulların uygulanması, yargısal denetime tâbidir. Öyleyse, bu sınırlama ve koşullar, bu hükmün "bireylerce isnat edilebilir ve ulusal mahkemelerce korunması gerekli bireysel haklar vermesini" önlemez.[355] O hâlde, bu hüküm, doğrudan etkilidir.[356]

Öyleyse, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinin doğrudan etkisi, aşağıdaki şema ile özetlenebilir.[357]

Denmark, 2004, s. 485; **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 852; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 100, 101; **REICH, NORBERT–*et. al.,*** *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Oxford, 2003, s. 75. *Baumbast* kararının incelemesi için bkz. **DOUGAN–SPAVENTA,** s. 699–712.

[352] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 20–22.

[353] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 84.

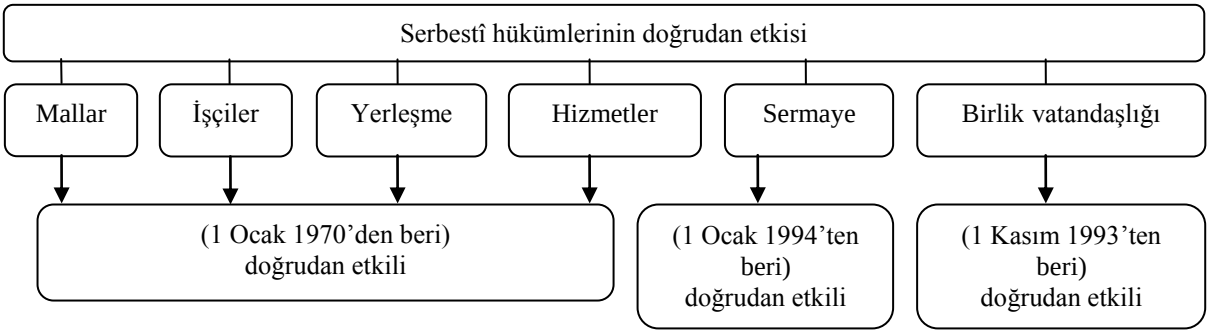
[354] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 85.

[355] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86.

[356] Bkz. Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 31; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 26. ABİHA md. 21(1)'de yer alan serbest dolaşıma istinat etmek ile ilgili olarak bkz. Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 17; Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 22–23; Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 31. Bu hükmün doğrudan etkisi ile ilgili Hukuk Sözcüsü Görüşleri için bkz. Opinion of AG Trstenjak in Joined Cases C-396/05, C-419/05 and C-450/05 *Habelt, Möser and Wachter* [2007] pt. 80; Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 34; Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-408/03 *Commission v Belgium* [2006] pt. 33; Opinion of AG Geelhoed in Case C-413/01 *Ninni-Orasche* [2003] pt. 76; Opinion of AG Cosmas in Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pt. 97. Bu hükmün doğrudan etkisine eleştirel yaklaşımlar için bkz. Opinion of AG Mengozzi in Case C-291/05 *Rachel Nataly* [2007] pt. 122–125. Bunlara ek olarak buradaki doğrudan etki, Birlik vatandaşlığı hakkındaki hükümler yürürlüğe girdiği andan itibaren mevcut olup; bundan ötürü, bu hüküm, önceden doğan bir durumun hâlihazırdaki etkilerine de uygulanacaktır. Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 25; Case C-195/98 *Dienst* [2000] pr. 54, 55; Case C-290/00 *Duchon* [2002] pr. 43, 44.

[357] Bkz. "Şekil 3: Serbestî Hükümlerinin Doğrudan Etkisi", s. 82 .

Şekil 3: Serbestî Hükümlerinin Doğrudan Etkisi



Burada, ABİHA md. 21'e doğrudan etki tanınması ve md. 20 ile 21'in doğrudan etkili md. 18 ile birleştirilmesi, Birlik vatandaşlığı ile iç pazara dair serbest dolaşımın etkileşimi açısından iki gelişmeyi tetiklemiştir. İlk olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım hükmüne doğrudan etki tanınması ve onun ayrımcılık yasağı ile birleştirilmesi, buradaki uygulamanın çoktan yürürlükte bulunup, aynı korumayı sunan iç pazara dair serbest dolaşım hükümlerinin adımlarını takip etmesinin önünü açmıştır. Bu açıdan, iç pazara ait serbest dolaşım hükümlerini takiben Birlik vatandaşlığına dair hükümler de, doğrudan etki kazanarak "anayasallaşma" gerçekleşmiştir.[358] Böylece, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazardaki dört serbestînin uygulanma düzenini izleyerek, beşinci serbestî statüsüne erişebilmiştir.[359] İkinci olarak, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükmüne doğrudan etki tanınması, bilhassa kişilerin serbest dolaşımını etkilemektedir. Bu yönden, 21. madde, yeni ve doğrudan etkili bir hak yaratıp; buradaki en açık orijinal unsur, ekonomik etkinlik sürdürmeyen kişilerin dolaşım ve ikâmet hakkına kurucu antlaşma ile temel bir statü bahşedilmesidir.[360] Öyleyse, bu hükmün doğrudan etkili addedilmesi, özellikle; 45, 49 ve 56. madde anlamında herhangi bir ekonomik etkinlik sürdürmeyen vatandaşlar bakımından alakalı olup;[361] bu vesileyle bu maddelere ilişkin bir nevi güvenlik ağı kurulmaktadır.[362]

[358] Bkz. **GROUSSOT, (2008),** s. 316. Ayrıca bkz. **SHAW, (1998),** s. 299.

[359] Bkz. "Şekil 29: Serbestî Hükümlerinin Uygulanma Düzeni Yönünden Uyum", s. 490.

[360] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 855.

[361] Opinion of AG Geelhoed in Case C-413/01 *Ninni-Orasche* [2003] pt. 76.

Öyleyse, her bir serbest dolaşım hükmü, doğrudan etkili olmakla uygulama alanında kalan her durumda bütünüyle uygulanarak, kendisiyle çatışan ulusal önlemleri bir kenara itecektir. Peki, bir serbest dolaşım hükmünün uygulama alanı ile ne kastedilmektedir? Bu soru, bir sonraki bölümde yanıtlanmaktadır.

III. Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşıma Dair Hükümlerin Kapsamı (Uygulama Alanı)

Kurucu antlaşmada yer alan serbest dolaşım hükümlerinin etki gösterebilmesi için bir olayın ilgili hükmün uygulama alanı (kapsamı) içinde kalması gerekmektedir.[363] Bir başka deyişle, bir serbest dolaşım hükmü, bir olay yönünden kişi bakımından (*ratione personae*) ve konu bakımından (*ratione materiae*) uygulanabilir olmalıdır.[364] Aksi hâlde, Birlik hukuku, o olaya uygulanamayacaktır. Öyleyse, Birlik hukukunun bir olaya etki edip etmeyeceği ve etki edecekse de bu etkinin ne olacağını ortaya koymak için, evvela, o olayın bir serbestînin kişi ve konu yönünden kapsamı içinde kalıp kalmadığı belirlenmelidir. İşte burada her bir serbestî yönünden hem kişi hem de konu

---

[362] Bkz. **WHITE, ROBIN C. A.,** "The Citizen's Right to Free Movement", *European Business Law Review*, 2005 (b), s. 549. Yine Reich ve Harbacevica'ya göre bir AB vatandaşının üç olası statüsü –işçi, serbest çalışan ya da "*citoyen pur*"– birbirinin yerine geçebilmektedir. Hukuki bir bakış açısıyla bu statüler, benzer koruma sunmalı ve böylece her üçü *doğrudan etki* taşımalıdır. **REICH, NORBERT–HARBACEVICA, SOLVITA,** "Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with regard to Free Movement of Persons", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 628.

[363] Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 756.

[364] Bkz. **EPINEY, (2007b),** s. 613; **SLOT–BULTERMAN,** s. 756; **SHAW, JO–*et. al.*,** *Economic and Social Law of the European Union*, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2007, s. 284; **SPAVENTA, ELEANOR,** "Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008, s. 14. '*Ratione personae*', 'ilgili kişi nedeniyle' ve '*ratione materiae*', 'ilgili konu nedeniyle' anlamına gelmektedir. **SLOT–BULTERMAN,** s. 756. Kişi ve konu nedeniyle kapsama ek olarak 'bölgesel kapsam'dan bahsedilebilir. Bu kapsam, kurucu antlaşmanın uygulandığı bölgedir. Bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 52; **ABİHA** md. 355. Bkz. **EHLERS,** s. 200; **HAAG,** Rn. 14.

bakımından kapsam tespit edilecektir. Böylelikle, serbest dolaşım alanının kişi ve konu bakımından kapsamının Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım sayesinde ne ölçüde genişlediği de ortaya çıkacaktır.

1. Kişi Bakımından Kapsam (Uygulama alanı)

Kişi bakımından kapsam, bir durumun kişi nedeniyle (*ratione personae*) bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalmasını ifade etmektedir. Aşağıda iç pazar serbestîleri ve Birlik vatandaşlığının kişi bakımından kapsamı anlatılacaktır.

A. İç Pazar Serbestîleri

Burada, sırasıyla, malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına yer verilecektir.

a. Malların Serbest Dolaşımı

Malların serbest dolaşımı ile ilgili kişi bakımından özel bir kapsam yoktur. Bu serbestî 'mal'ların serbest dolaşımını konu almasından ötürü, konu bakımından ilgili hükmün kapsamı içinde kalan her durumda uygulama alanı bulacaktır. Öyleyse, bu tür bir durum içinde bulunan ilgili her gerçek veya tüzel kişi, tabiiyeti dikkate alınmaksızın, malların serbest dolaşımına ait hükümlere dayanabilecektir.[365]

b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, özel bir kişi bakımından kapsama sahiptir. Bu bakımdan, ilgili kişi; 'işçi', 'serbest çalışan', 'hizmet sunan' veya 'hizmet alan' olmalıdır.[366] O hâlde, buradaki göçmen kişi, ekonomik bir etkinlikle

---

[365] Bkz. **GUILD, (2007),** s. 39; **KADELBACH, (2006),** s. 464; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 601, 746, 767–768; **STEINER, JOSEPHINE–WOODS, LORNA,** *EU Law,* 10th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2009, s. 386.

[366] Bir üye devlet vatandaşının kurucu antlaşma ve ikincil hukuk ile güvence altınan alınan hakların hamili olması ehliyeti, ilgili kişinin bu hakların kişisel olarak kullanılabileceği hak ehliyetinin kazanımı için belirtilen yaşa erişmesi koşuluna bağlı tutulamaz. Joined Cases 389/87 and 390/87 *Echternach and*

uğraşmalıdır.[367] Bununla beraber, bu kategorideki kişilerle ilgili üç genel tespit yapmak gerekmektedir. İlkin, bu kişiler her durumda Birlik üyesi bir devletin vatandaşı olmalıdır. Ayrıca, Birlik, ilgili kişilerin aile üyelerine de kimi haklar tanımaktadır.[368] O hâlde, buradaki aile üyeleri kimlerdir? Son olarak, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri, Birlik tüzel kişileri tarafından da kullanılabilmektedir. Öyleyse, Birlik tüzel kişisi nasıl belirlenecektir? Bu üç ön tespitin ardından, sırasıyla, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak kişi bakımından kapsam belirlenecektir.

aa. Genel Hususlar

Burada; Birlik üyesi devlet vatandaşı olmak, aile üyesi olmak ve tüzel kişi olmak ile ilgili tespitler yapılacaktır.

aaa. Birlik Üyesi Devlet Vatandaşı Olmak

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, yalnızca bir üye devlet vatandaşı, yani Birlik vatandaşı kişilere sağlanmaktadır.[369] Öyleyse, Birlik vatandaşı kimdir? Bu soru, *Micheletti* kararı ile yanıtlanmıştır.[370] Hem Arjantin hem de İtalya vatandaşı Bay Micheletti, dişçi olarak çalışmak üzere İspanya'da altı aylığına bir ikâmet izni

---

Moritz [1989] pr. 21. Bu ihtimal, bilhassa, aile üyeleri ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. "B. Birlik Vatandaşlığı", s. 98.

[367] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 702; **O'LEARY, (1996),** s. 106.

[368] Aile üyelerine kimi haklar verilmesi, esas olarak, serbest dolaşımı teşvik etmek ve 'insan onuru' ile ilgilidir. Sırasıyla bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 673; **RENNER, GÜNTER,** *Ausländerrecht*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005, (Zweiter Teil Freizügigkeitsgesetz /EU–Vorbemerkung) Rn. 3.

[369] Örnek olarak bkz. Case C-290/04 *Scorpio* [2006] pr. 67–68. Bkz. **APAP, JOANNA–*et.al.*,** *Freedom of Movement of Persons: A Practitioner's Handbook*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2002, s. 10; **JARASS, HANS D.,** "A Unified Approach to the Fundamental Freedoms", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 144; **KÖKTAŞ, ARİF,** *Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu,* Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s. 116.

[370] Case C-369/90 *Micheletti* [1992].

almıştır.[371] Bu izni uzatarak İspanya'ya yerleşmek istemi ise, yetkili makamlarca geri çevrilmiştir; çünkü, İspanyol Medeni Kanunu uyarınca çifte vatandaşlık hâllerinde bir kişinin asıl vatandaşlığı o kişinin mutat ikâmetgahına göre tespit edilmekte ve Bay Micheletti bu teste göre Arjantin vatandaşı sayılmaktadır.[372] Divana göre yerleşme serbestîsi, "bir üye devlet vatandaşı"na tanınmaktadır.[373] Bu bakımdan, üye devletler, Topluluk hukukunu göz önünde tutarak, vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin koşulları belirleyecektir.[374] Bununla birlikte, bir üye devlet, temel serbestîlerin kullanılması yönünden bir başka üye devletçe tanınan bir vatandaşlığı tanımak için ek koşullar getiremeyecektir.[375] Öyleyse, bir üye devlet vatandaşı, aynı zamanda üçüncü ülke vatandaşı olsa bile; ilgili üye devlet, mutat ikâmetgah gibi herhangi bir ek koşul aramaksızın o kişiyi Topluluk vatandaşı olarak kabul edecektir.[376] Dahası, *Auer* kararı uyarınca bir kişi serbest dolaşım hakkına istinat etme anında bir üye devlet vatandaşı ise, o kişinin o vatandaşlığı kazanma zamanının bir önemi yoktur.[377]

bbb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımından Yararlanan Kişinin Aile Üyesi Olmak

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanan kişinin aile üyeleri, belirli haklara sahiptir.[378] Aile üyeleri ile ilgili iki tespit yapmak gerekmektedir: Aile üyeleri, herhangi bir devletin vatandaşı olabilmektedir ve 'aile üyeleri' ile belirli

[371] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 2–4.

[372] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 2–4, 5.

[373] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 9. Bkz. **ABİHA** md. 49.

[374] Bkz. **MENGOZZI,** s. 234. Vatandaşlığın kazanılması ve kaybına üye devletlerce karar verilmesi, hem uluslararası hukukça kabul gören genel duruma hem de önemli alanlarda münhasır yetki kullanan üye devletlerin süregiden varlığına dayalı olan AB'nin yapısına uygundur. **HANDOLL, (1995),** s. 63–64.

[375] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 10. Öyleyse üye devletlerin vatandaşlık alanındaki münhasır yetkileri, Topluluk hukukunca yalnızca marjinal biçimde değiştirilmiştir. Bkz. **STAPLES,** s. 77.

[376] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 11. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 545.

[377] Case 136/78 *Auer* [1979] pr. 28. Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 68.

[378] Bkz. "aaa. Genel Hususlar", s. 111.

dereceye kadarki akrabalıklar kastedilmektedir.[379] Günümüzde, 'aile üyeleri', 2004/38 sayılı Direktif ile düzenlenmektedir. Buna göre aile üyeleri şunlardır:[380]

- Birlik vatandaşının eşi;[381]
- (bir üye devlet düzenlemesine dayalı olarak) Birlik vatandaşının kayıtlı ortaklık bağıtladığı partneri (ev sahibi üye devlet düzenlemeleri kayıtlı ortaklığı evlilik ile denk sayıyorsa ve ev sahibi üye devletteki ilgili düzenlemelerde öngörülen koşullara uygun olarak);[382]

[379] Bununla beraber, AB vatandaşı olan ve olmayan aile üyeleri arasında, söz gelimi idari formaliteler ile ilgili olanlar gibi, kimi farklılıklar da bulunmaktadır. Bkz. **CARRERA, SERGIO,** "What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?", *European Law Journal*, Cilt: 11, Sayı: 6, 2005, s. 716–717; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 592–594.

[380] **2004/38 sayılı Direktif** md. 2. Buna ek olarak, ev sahibi üye devlet, ulusal düzenlemeleri uyarınca birincil ikâmet hakkına sahip olan Birlik vatandaşına gelinen ülkede bağımlı olanlar veya onun hane halkından olanlar veya ciddi sağlık sebeplerinin aile üyesinin Birlik vatandaşınca kişisel bakımını gerektirmesi hâlinde bu kişiler ile Birlik vatandaşının devamlı ilişkisi olduğu kanıtlanan partneri yönünden giriş ve ikâmet koşullarını kolaylaştırabilir. **2004/38 sayılı Direktif** md. 3(2). Bu hüküm ile ilgili kimi yorumlar yapılmaktadır. Söz gelişi Chalmers'a göre bu hüküm, Divanın aile birleşimi hakkına ilişkin temel hakları düzenleyen içtihat hukukuna tâbidir. Bu da, bir üye devletin buradaki kişilerin ülkeye giriş ve orada ikâmet hakkını reddetme durumlarını sınırlayabilecektir. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 592. Arnull ve diğerlerine göre bu Direktifi hazırlayanlar, giriş ya da ikâmetin reddini kuraldan ziyade istisna olarak görmektedir. **ARNULL–*et. al.*,** s. 675. Benzer bir görüş için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 426.

[381] 'Eş' terimi ile yalnızca "evlilik ilişkisi" kastedilmektedir. (Case 59/85 *Reed* [1986] pr. 15. Krş. Case C-117/01 *K.B.* [2004] pr. 33–34. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 3(3)(b).) Yine, bir kişi ile aynı çatı altında sürekli birlikte yaşamak gerekmeyip; "evlilik ilişkisi, yetkili makamlarca sonlandırılmadıkça feshedilmiş sayılamaz ve daha sonraki bir tarihte boşanmak amacında olsalar bile salt eşler birbirinden ayrı yaşadığı için sona ermez". Case 267/83 *Diatta* [1985] pr. 18, 20. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1)(d) ve 16(2). Buradaki koşullar, fiilen birlikte yaşamayı gerektirmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 427; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 591.

[382] Konuyla ilgili genel olarak bkz. **TONER, HELEN,** *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, Great Britain, 2004 (a).

- Birlik vatandaşının ve eşinin (aynı zamanda partnerinin) 21 yaşının altındaki altsoyu veya bağımlı altsoyu;[383]
- Birlik vatandaşının ve eşinin (aynı zamanda partnerinin) bağımlı üstsoyu.[384]

ccc. Yerleşme Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Yönünden Tüzel Kişi Olmak

Birlik tüzel kişileri, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmaktadır.[385] O hâlde, 'Birlik tüzel kişisi' nasıl belirlenmektedir? Buna göre bir tüzel kişi, bir üye devletin hukukuna uygun olarak kurulma[386] ve sicilde kayıtlı merkezi,[387] idare merkezi[388] ya da iş merkezi[389] Birlik içinde bulunma koşullarını yerine getiriyorsa, Birlik tüzel kişisi sayılacaktır.[390] Bu açıdan, bir şirketin sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi ya da iş merkezi, gerçek kişilerdeki vatandaşlık gibi belirli bir

[383] Çocuklar, kan hısmı olmayabilir. Bkz. Case C-275/02 *Ayaz* [2004] pr. 45. Türk işçileri ile ilgili olan bu karardaki yorum, Birlik hukuku ile aynı çizgidedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 431. Bağımlı altsoy, "işçi tarafından desteklenen aile üyesi"dir. Bu bakımdan, bağımlı kişinin bağımlılık sebepleri veya çalışarak hayatlarını idame ettirme ihtimallerinin araştırılmasına gerek yoktur. Case 316/85 *Lebon* [1987] pr. 22.

[384] Bir üye devlet, üstsoydaki bağımlılığı denetlerken, başvurucunun finansal ve sosyal koşullarını dikkate alarak, Birlik vatandaşına katılmak için başvuru yaptığı zamanda köken devletindeki ihtiyaçlarını karşılamak için Birlik vatandaşı veya onun eşinin maddi yardımına ihtiyaç duyup duymadığına bakacaktır. Bununla birlikte, maddi yardım ihtiyacının kanıtı, her türlü uygun araç ile ispatlanabilecekken; Birlik vatandaşı veya onun eşi tarafından ilgili aile üyesini desteklemenin yalnızca taahhüt edilmesi, aile üyesini gerçekten bağımlı yapmaz. Case C-1/05 *Jia* [2007] pr. 43.

[385] **ABİHA** md. 49, 54, 62. Bkz. **MAESTRIPIERI, CESARE,** "Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services", *Common Market Law Review*, Cilt: 10, 1973, s. 163–164.

[386] Bir şirketin kurulması, onun yaratıldığı ve ona tüzel kişilik verildiği süreci ifade edip; her hukuk sistemi bir şirketin kuruluşuna yönelik kendi kurallarına sahiptir. Bkz. **HARTLEY,** s. 419–420.

[387] Bir üye devlette şirket kurmanın koşullarından birisi, genellikle, kurulduğu hukuk uyarınca o devletteki sicilde kayıtlı merkezinin bulunmasıdır. Bkz. **HARTLEY,** s. 420.

[388] İdare merkezi, şirket hakkındaki en önemli kararların alındığı yerdir. Bkz. **HARTLEY,** s. 420.

[389] İş merkezi, en önemli ekonomik etkinliklerin gerçekleştiği yerdir. Bkz. **HARTLEY,** s. 420.

[390] **ABİHA** md. 54(1).

üye devletin hukuk sistemi ile bağlayıcı etmendir.[391] Ayrıca, buradaki 'şirketler veya firmalar', medeni veya ticari hukuka göre kurulanları ifade ederken; bu kavramlar, kâr amacı gütmeyenler hariç olmak üzere kooperatif şirket ve kamu veya özel hukukça yönetilen diğer tüzel kişileri içermektedir.[392]

bb. İşçilerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, Birlik vatandaşı işçilerce kullanılmaktadır.[393] Öyleyse, bu serbestînin kişi bakımından kapsamına girebilmek, bir kişinin 'işçi' statüsü ile bağlıdır. Bir kişi, işçi iken bu serbestîyle ilişkili tüm haklara sahip olup; işçi statüsünü muhafaza eden ya da iş arayan kişiler de kimi haklardan faydalanmaktadır.

İlk olarak, bir kişi 'işçi' statüsünde olabilmektedir. Bu statü, ulusal hukuklarca ayrı ayrı belirlenmemekte ve 'işçi' tanımı, Birlik seviyesinde yapılmaktadır.[394] Divan, geniş ve amaçsal bir yorum ile bu kavramı tanımlamıştır.[395] İşçi tanımı, biçimsel ve ekonomik veçheye sahiptir: Biçimsel veçhe, bir bireyin serbest çalışandan ziyade işçi

---

[391] Case C-231/05 *Oy AA* [2007] pr. 30. Üye olmayan başka bir devlette yerleşik bir şirket **ABİHA** md. 56'ya istinat edememektedir. Case C-452/04 *Fidium Finanz* [2006] pr. 25, 47. Her ne kadar, kimi üye devletler fiili idare merkezi kimileri ise kuruluş yeri doktrinini kabul etse bile; Divanın içtihat hukuku kuruluş yeri doktrinine yakındır. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 722.

[392] **ABİHA** md. 54(2). Kâr amacı gütmeyenlerle ilgili olarak bkz. Case C-70/95 *Sodemare* [1997] pr. 35.

[393] Bu serbestînin kapsamı, 2004 ve 2007 yılında üye olan 12 devletten bir kısmı için daraltılmıştır. Kısaca, bu genişlemeler öncesindeki üye devletler, yeni üye devletlerden gelecek işçilere ulusal düzenlemelerini 2 (+ 3 + 2) yıl daha uygulayabilecektir. Buna karşılık, örneğin Macaristan karşılıklılık kuralı gereğince eski üye devletlerden gelecek işçilere kendi ulusal kurallarını uygulama kararı almıştır. İşçilerin serbest dolaşımı, en geç 1 Mayıs 2011 tarihinde tam olarak sağlanacaktır. Yine, yeni üye devletler, kendi aralarında işçilerin serbest dolaşımı kurallarına uymakla yükümlüdür. Ayrıca, yeni üye devlet vatandaşları, eski üye devletlere karşı yerleşme ve hizmet sunma serbestîsinin yanı sıra Birlik vatandaşlığından doğan haklarını kullanabilecektir. Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 745–748; **CARRERA,** s. 706–709; **REICH, (2005),** s. 687–691; **SHIMMEL,** s. 777–800.

[394] Case 75/63 *Hoekstra* [1964] pr. 2.

[395] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 711–712.

olup olmadığını; ekonomik veçhe, işin (ekonomik etkinliğin) niteliği, müddeti ve vasfını sorgulamaktadır.[396]

Biçimsel yönüyle işçi tanımı, *Lawrie–Blum* kararında yapılmaktadır:

> "[İşçi] kavramı, ilgili kişilerin hakları ve yükümlülükleri temelinde istihdam ilişkisini ayırt eden nesnel ölçütlere uygun olarak tanımlanmalıdır. Bir istihdam ilişkisinin asli özelliği, bir ücret karşılığında belirli bir süre bir kişinin bir başka kişi için ve o kişinin yönetimi altında hizmet sunmasıdır."[397]

Öyleyse, biçimsel yönüyle 'işçi'; "bir başka kişi için ve o kişinin yönetimi altında", "belirli bir süre" ve "bir ücret karşılığında" hizmet sunan kişidir.[398] Bu bakımdan istihdam alanı ya da işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ya da ulusal hukuka göre istihdam ilişkisinin *sui generis* niteliği önem taşımamaktadır.[399]

Ekonomik yönüyle işçi tanımı ise *Levin* kararında yapılmaktadır:

> "[ABİHA md. 45], tamamen marjinal ve tali olarak nitelendirilecek küçük ölçekteki etkinlikler hariç tutularak, sadece etkili ve hakiki etkinliklerle uğraşıyı kapsar."[400]

---

[396] **STEINER–*et. al.*,** s. 410. Bir kişi ekonomik bir etkinlik sürdürüyorsa, o kişinin 'işçi' (ABİHA md. 45) ya da 'serbest çalışan' (md. 49 veya 56) statüsünde olması nadiren önem taşımaktadır. Bkz. **CUTHBERT,** s. 78.

[397] Case 66/85 *Lawrie–Blum* [1986] pr. 17. Krş. Case C-1/97 *Birden* [1998] pr. 19, 25.

[398] Ücret kavramı, yalnızca parayı ifade etmez. Söz gelişi bir topluluğa katılımın asli kısmı, bu topluluğun kendi kendisine yetmesini sağlamak için iş yapmaktan geçiyorsa, bu toplulukça üyelerine sunulan hizmetler, bu kişilerin yaptığı işin dolaylı bir *quid pro quo*'su (karşılığı) olarak nitelendirilebilir. Case 196/87 *Steymann* [1988] pr. 3–5, 12. Bkz. **BİLGİN, ASLI,** "İşçilerin Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010 (c), s. 75.

[399] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 266. Sırasıyla bkz. Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 21 (Bu alan, kamu ya da özel olabilir.); Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 5; Case C-188/00 *Kurz* [2002] pr. 32.

[400] Case 53/81 *Levin* [1982] pr. 12–17. O'Leary'e göre esnek istihdamın pek çok göçmen işçi yönünden neredeyse tek seçenek olması dolayısıyla Divan ve Birlik karar alıcıları, düzensiz, yarı zamanlı ya da

Bu tanım, Divanın kimi kararları ile ayrıntılandırılmıştır. Buna göre, söz gelimi, işçi terimi, etkili ve hakiki bir etkinlik olduğu müddetçe, asgari ücretin altında bir ücretle "yarı-zamanlı biçimde çalıştırılan kişi"leri içermektedir. Bu bakımdan, bir kişi, salt bu etkinliğin getirisi ile ya da bu getiriye başka gelirler ekleyerek yaşayabilecektir.[401] Buradaki başka gelir, bir kişiye ait mülk ya da gelirin yanı sıra kamu fonlarından alınan destek de olabilecektir.[402] Bununla beraber, bir kişinin istihdamındaki amaç, ekonomik yönüyle işçi tanımını etkileyebilmektedir. Söz gelişi *Bettray* davasında Alman Bay Bettray, uyuşturucu bağımlısı kişileri yeniden iş gücünün parçası hâline getirmeyi amaçlayan bir Hollanda kuruluşunda çalışmaktadır.[403] Divana göre bu iş, ilgili kişiyi "yalnızca rehabilite etme veya yeniden toplumla bütünleşmesini sağlama aracıysa" ve ücretli istihdamın amacı, "söz konusu kişiyi er veya geç alelade istihdama başlatmak veya olabildiğince normal bir hayat sürmek için kendisini toparlamasını sağlamaksa", etkili ve hakiki bir ekonomik etkinlik sayılamayacaktır.[404]

Ekonomik yönüyle işçi tanımı, *Raulin* davası ile aydınlatılmıştır.[405] Bu davada, Fransız Bayan Raulin, Hollanda'da çağrı üzerine çalışma sözleşmesi ile garson olarak sekiz aylık dönemde toplam 60 saat çalışmıştır.[406] Bu süre sonunda Hollanda'da eğitim görmeye başlayan bu kişi, öğrenci yardımı talep etmesine karşın, ikâmet izni bulunmaması nedeniyle bu talebi reddedilmiştir.[407] Burada Divan, "etkili ve hakiki etkinlik" ve "marjinal ve tali etkinlik" kavramları ile ilgili yol göstermektedir:

çağrı üstüne çalışmayı ABİHA md. 45 içinde değerlendirmek zorunda kalmıştır. **O'LEARY, (1997),** s. 116.

[401] Case 53/81 *Levin* [1982] pr. 16.

[402] Sırasıyla bkz. Case 53/81 *Levin* [1982] pr. 3, 16, 17; Case 139/85 *Kempf* [1986] pr. 14.

[403] Case 344/87 *Bettray* [1989] pr. 4–5.

[404] Case 344/87 *Bettray* [1989] pr. 17, 20. Bkz. **STAPLES,** s. 61. Krş. Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 23–24.

[405] Case C-357/89 *Raulin* [1992].

[406] Case C-357/89 *Raulin* [1992] pr. 3.

[407] Case C-357/89 *Raulin* [1992] pr. 4.

"Ulusal mahkeme, etkinliğin etkili ve hakiki niteliğini belirlerken, çağrı üzerine çalışmaya dair sözleşme uyarınca bilfiil yerine getirilen hizmetlerin düzensiz niteliği ve sınırlı süresini dikkate alabilir. Bir kişinin bir iş ilişkisi çerçevesinde çok sınırlı bir süre çalışmış olması, bu etkinliğin tamamen marjinal ve tali bir etkinlik olduğunun işareti olabilir. Ulusal mahkeme, uygun görürse, o kişinin işverence çağrılması hâlinde iş için hazır bulunması gerekliliğini göz önünde tutabilir."[408]

Böylelikle, bir kişinin etkinlik süresi, o etkinlik etkili ve hakiki mi yoksa tamamen marjinal ve tali mi belirlenirken dikkate alınacaktır.[409]

İkinci olarak, bir kişi, 'işçi' statüsünü muhafaza edebilmektedir. Bu hâller, 2004/38 sayılı Direktif md. 7(3) uyarınca şu şekilde belirtilebilir:[410]

(a) bir hastalık veya kaza sonucu geçici olarak çalışamaz hâle gelmek;

(b) bir yıldan fazla çalıştıktan sonra usulünce kayıtlı gayriihtiyarî işsiz olmak ve ilgili istihdam bürosuna iş aramak için kayıt yaptırmak;[411]

(c) bir yıldan az süreli bir iş sözleşmesini tamamladıktan veya ilk oniki ayda gayriihtiyarî işsiz olduktan sonra usulünce kayıtlı gayriihtiyarî işsiz olmak ve ilgili istihdam bürosuna iş aramak için kayıt yaptırmak. Bu durumda işçi statüsü altı aydan az olmamak kaydıyla muhafaza edilecektir;

(d) mesleki eğitime başlamak. O kişi, gayriihtiyarî işsiz olmadıkça, işçi statüsünün muhafaza edilmesi, eğitimin önceki istihdam ile ilgili olmasını gerektirmektedir.[412]

[408] Case C-357/89 *Raulin* [1992] pr. 14.

[409] Case C-357/89 *Raulin* [1992] pr. 15.

[410] Aynı durumlar, 'serbest çalışan' statüsünün muhafazası için de geçerlidir. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(3). Bu Direktif, böylece Divan içtihadını teyit etmekte ve onu genişletmektedir. **BARNARD, (2010),** s. 269.

[411] 'Gayriihtiyarî işsiz' olmak, duruma göre tespit edilmektedir. Örneğin, süreli bir sözleşmenin sona ermesi ile bir kişi 'gayriihtiyarî işsiz' olabilmektedir. Case C-413/01 *Ninni-Orasche* [2003] pr. 32.

Üçüncü olarak, iş arayanlar kimi haklardan faydalanmaktadır.[413] Bu kişiler, henüz işçi sıfatını haiz olmamakla birlikte, iş arıyor olmalıdır.

cc. Yerleşme Hakkı

Yerleşme hakkı, Birlik vatandaşı serbest çalışan gerçek kişiler ve tüzel kişilerce kullanılmaktadır.[414] 'Serbest çalışan' kavramı, 'işçi' kavramından kolaylıkla ayrılmakla birlikte; 'hizmet sunan' kavramından ayrılması için kimi kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır.[415] Bu açıdan, 'yerleşme' kavramı, belirleyicidir. Divana göre:

> "[Yerleşme kavramı,] bir [Birlik] vatandaşının istikrarlılık ve devamlılık temelinde kendi köken devletinden başka bir üye devletin ekonomisine katılarak ve bundan kâr ederek, serbest çalışan kişilerin etkinlikleri alanında [Birlik] içindeki ekonomik ve sosyal bütünleşmeye katkı sağlamasına imkân tanıyan oldukça geniş bir kavramdır."[416]

Öyleyse, bu karar uyarınca yerleşme hakkı, istikrarlı ve devamlı olarak bir başka üye devlette 'serbest çalışan' kişilere tanınmaktadır.

Serbest çalışan tanımı, biçimsel ve ekonomik veçheye sahiptir. Her iki veçhesiyle serbest çalışan, *Jany and others* kararı ile belirlenmiştir.[417] Biçimsel tanıma göre hizmet sunan bir kişi; ilgili etkinliğin, çalışma koşullarının ve ücretlendirmenin seçilmesi yönünden her türlü itaat ilişkisinin dışında, sadece kendi sorumluluğunda ve kendisine doğrudan ve tam olarak ödenen bir ücret karşılığında çalışıyorsa 'serbest

---

[412] Krş. Case 39/86 *Lair* [1988] pr. 36.

[413] İş arayanlar ile ilgili açık bir belirleme, ne kurucu antlaşma ne de 68/360 sayılı Direktifte yer almaktadır. Bkz. **CUTHBERT,** s. 79. Bununla birlikte, kimilerine göre ABİHA md. 45, AB vatandaşlarına diğer üye devletlerde iş arama hakkı vermektedir. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 702; **HORSPOOL–*et.al.,*** s. 318; **SHAW–*et.al.,*** s. 286.

[414] Opinion of AG Jääskinen in Case C-70/09 *Hengartner and* Gasser [2010] pt. 37, 38.

[415] Bkz. **MAESTRIPIERI,** s. 150–151.

[416] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 25. Bu doğrultuda bkz. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 21.

[417] Case C-268/99 *Jany and Others* [2001].

çalışan' olarak nitelendirilecektir.[418] Ekonomik tanıma göre serbest çalışan kişi, ekonomik bir etkinlik yürütmeli ve bu anlamda "uğraşılan iş etkili ve hakiki olmalı ve tamamen marjinal ve tali olarak addedilmemelidir".[419]

Yerleşme hakkı, Birlik şirket ya da firması tarafından da kullanılabilmektedir.[420] Burada esas olan ilgili şirketin ev sahibi devlete fiilen yerleşmesi ve orada hakiki ekonomik etkinlik yürütmesidir.[421] Buna ek olarak, yerleşme hakkına ilişkin hükümler, örneğin, bir üye devlette devamlı biçimde bulunma, bir şube veya acenta şeklini almasa ve o teşebbüsün kendi personelince yönetilen bir ofisten ya da bağımsız ama o teşebbüs için devamlı biçimde işlem yapmaya yetkili bir kişiden oluşsa bile uygulanır.[422] Söz gelimi, bir üye devlette yerleşik bir şirket, diğer üye devletlerde yerleşik acentalar teşkilatlanması aracılığıyla bahis toplama etkinliğiyle uğraşıyorsa, bu acentaların etkinlikleri, yerleşme serbestîsi içindedir.[423]

Bu noktada, yerleşme hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımı arasındaki farklılık tespit edilmelidir. Bu farklılık, "türden ziyade dereceye ilişkin bir farklılık"tır.[424] Serbest çalışan kişileri ilgilendiren bu serbestîlerdeki esas farklılık, "hak sahibi ile ev

---

[418] Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] pr. 71. Ücret, bir serbest çalışanın etkinliğinin doğrudan karşılığı olmayabilir. Bu etkinlik bakımından, ihtiyaçlarının tümü ya da bir kısmını karşılamasını sağlayacak bir gelir elde etmesi yeterlidir. Bu gelir, üçüncü kişilerden bile gelebilir. Case 300/84 *van Roosmalen* [1986] pr. 22.

[419] Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] pr. 33; Joined Cases C-51/96 and C-191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 53–54. Bkz. **NA** ile değişik **ATA** md. 2; **LA** ile değişik **ABA** md. 3. Serbest çalışan kişi, endüstriyel ve ticari karakterli etkinlikler ile bir üye devletteki esnaf ve mesleklere dair etkinlikleri yürütebilir. Case C-257/99 *Barkoci and Malik* [2001] pr. 50.

[420] **ABİHA** md. 54(1). Bkz. "ccc. Yerleşme Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Yönünden Tüzel Kişi Olmak", 88.

[421] Case C-196/04 *Cadbury Schweppes* [2006] pr. 54.

[422] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 21.

[423] Case C-243/01*Gambelli* [2003] pr. 46.

[424] **STEINER–*et. al.*,** s. 448.

sahibi üye devlet arasındaki bağın güçlülüğü"dür.[425] Yerleşme serbestîsi, belirli bir derece devamlılık ve kalıcılık öngörürken; hizmet sunma serbestîsi, bir başka üye devlette yerleşik bir kişinin diğer bir üye devlette geçici ya da düzensiz bir biçimde hizmet sunması anlamına gelmektedir.[426] Nitekim Divana göre yerleşme serbestîsi, "istikrarlılık ve devamlılık temelinde" bir başka üye devlette bulunmakla ilgili iken; hizmet sunma serbestîsi, "geçicilik temelinde" bir başka üye devlete gitmeyi içermektedir.[427] İhtilâflı etkinliklerin geçici niteliği:

> "sadece hizmet sunulmasının müddeti değil; aynı zamanda düzenliliği, dönemselliği veya devamlılığı ışığında belirlenecektir. Hizmet sunumunun geçiciliği, … hizmet sunan kişinin ev sahibi üye devlette söz konusu hizmetin sunulması için gerekli olduğu ölçüde (bir ofis, oda ya da danışma odalarını içeren) bazı tür altyapılara sahip olamayacağı anlamına gelmemektedir."[428]

Örneğin, bu davadaki olayda Bay Gebhard, bir üye devletin vatandaşı olması ve bir başka üye devlette istikrarlı ve devamlı şekilde mesleki etkinlik sürdürmesi nedeniyle, yerleşme serbestîsi kapsamında değerlendirilmiştir.[429] Bununla beraber, bir olaya yerleşme mi yoksa hizmet sunumu serbestîsinin mi uygulanacağı, duruma göre belirlenecektir.[430]

---

[425] **STEINER–*et. al.*,** s. 448.

[426] **STEINER–*et. al.*,** s. 448–449. Örneğin *Schnitzer* kararına göre bir üye devlette yerleşik bir işletmenin ikinci bir üye devlette istikrarlı ve sürekli bir temelde mesleki etkinlik sürdürmesini sağlayacak bir altyapısı olmaksızın daha fazla ya da az sıklık ve düzenlilik derecesi ile aynı veya benzer hizmetleri orada sunması, o şirketin o ikinci üye devlette yerleşik sayılması için yeterli değildir. Case C-215/01 *Schnitzer* [2003] pr. 32. Arnull ve diğerlerine göre bu karar tatmin edici olmayıp; burada esas olarak yerleşme serbestîsi uygulanmalıdır. **ARNULL–*et. al.*,** s. 781. *Trojani* kararına göre ise kalıcı ya da en azından süresine öngörülebilir bir sınır koyulmamış bir etkinlik, hizmet sunumu içinde kalmayacaktır. Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 28.

[427] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 25, 26.

[428] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 27. Bu doğrultuda bkz. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 26–27.

[429] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 25. Bu doğrultuda bkz. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 28.

[430] Case C-215/01 *Schnitzer* [2003] pr. 30–32.

Son olarak, bir kişi, kurucu antlaşma uyarınca birden fazla üye devlette yerleşik olabilir.[431] Örneğin, bir şirket birden fazla şube ya da yavru şirketi birden fazla üye devlette kurabilmekte ve bir meslek mensubu ikinci bir mesleki yapı açabilmektedir.[432]

dd. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Hizmetlerin serbest dolaşımı, Birlik vatandaşı serbest çalışan ve hizmet sunan gerçek kişiler ile tüzel kişiler, hizmet alıcıları ve hizmet sunanın işgücü tarafından kullanılmaktadır. Burada, serbest çalışan tanımı, tıpkı yerleşme hakkı gibi olmakla birlikte, hizmet sunan kişi, bu etkinliği geçici ya da düzensiz bir biçimde sunmalıdır.[433] Öyleyse, hizmet sunan kişi; ilgili etkinliğin, çalışma koşullarının ve ücretlendirmenin seçilmesi yönünden her türlü itaat ilişkisinin dışında, sadece kendi sorumluluğunda ve kendisine doğrudan ve tam olarak ödenen bir ücret karşılığında çalışmalı[434] ve ekonomik bir etkinlik yürüterek, "etkili ve hakiki" olan ve "tamamen marjinal ve tali" olmayan bir iş ile uğraşmalıdır.[435] Bunun yanı sıra bu kişi, bir başka üye devlette geçici ya da düzensiz bir biçimde hizmet sunmalıdır.[436]

Hizmet sunan kişilerin yanı sıra hizmet alıcıları da, hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmaktadır.[437] Konuyla ilgili *Luisi and Carbone* kararına göre

---

[431] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 751.

[432] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 24. Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 449.

[433] Bkz. "cc. Yerleşme Hakkı", s. 93.

[434] Case C-268/99 *Jany and others* [2001] pr. 71. Buradaki ücret, hizmet alanca karşılanmayabilir. (Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 56.) Yine ücret, para yerine aynî de olabilir. (Case 196/87 *Steymann* [1988] pr. 3–5, 12.) Bununla birlikte, bu son hâlde, aynî ödeme para olarak ifade edilebilmelidir. (Case C-258/95 *Julius Fillibeck Söhne* [1997] pr. 14.)

[435] Joined Cases C-51/96 and C-191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 53–54.

[436] **STEINER–*et. al.,*** s. 448–449.

[437] Bkz. **73/148 sayılı Direktif** md. 1(1/b). Buna ek olarak, mantık, hizmet sunucuların hizmet alıcıların devletine gidebilmesi hâlinde, hizmet alıcısının da hizmet sunucusunun devletine gidebilmesini gerektirmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 359. Ayrıca bkz. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 745; **LASOK,** s. 496; **STAPLES,** s. 65.

hizmet sunma serbestîsi, hizmet alıcıları bakımından bir başka üye devlete giderek orada hizmet alma hakkını içermektedir. Bu anlamda; turistler, tıbbi tedavi görenler ve eğitim ya da iş (ticaret) amacıyla seyahet eden kişiler hizmet alıcılarıdır.[438]

Son olarak, hizmetlerin serbest dolaşımı, tüzel kişiler ile hizmet sunanın işgücü tarafından kullanılabilmektedir. İlkin, hizmet sunumu serbestîsi, Birlik şirket ya da firmasınca kullanılabilmektedir.[439] Bunun için bir üye devlette yerleşik bir şirket, bir başka üye devlete fiilen yerleşmeksizin orada hakiki bir ekonomik etkinlik olarak hizmet sunmalıdır.[440] Dahası, hizmet sunan gerçek ya da tüzel kişinin işgücü, vatandaşlığına bakılmaksızın, bir başka üye devlete girmek gibi ABİHA md. 56 uyarınca kimi haklara sahiptir.[441]

c. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili kişi bakımından özel bir kapsam yoktur. Bu serbestî, 'sermaye'nin serbest dolaşımını konu almasından ötürü, konu bakımından ilgili hükmün kapsamı içinde kalan her durumda uygulama alanı bulacaktır. Öyleyse, bu tür bir durum içinde bulunan ilgili her gerçek veya tüzel kişi, tabiiyeti dikkate alınmaksızın, sermayenin serbest dolaşımı hükümlerine dayanabilecektir.[442] *Fidium Finanz* davası, konuyla ilgili çarpıcı bir örnektir. Burada, davacı şirket, İsviçre'de yerleşik olup; Almanya'daki müşterilere kredi açmak hakkından mahrum bırakılmıştır. Divan, somut uyuşmazlık yönünden sermayenin serbest dolaşımından ziyade hizmetlerin serbest dolaşımının uygulanması gerektiğine karar verince İsviçre'de

[438] Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 16.

[439] **ABİHA** md. 54(1). Bkz. "ccc. Yerleşme Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Yönünden Tüzel Kişi Olmak", 88.

[440] Krş. Case C-196/04 *Cadbury Schweppes* [2006] pr. 54.

[441] Case C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] pr. 12; Case C-445/03 *Commission v Luxembourg* [2004] pr. 24. Konuyla ilgili olarak görevli işçilere dair **96/71 sayılı Direktif** çıkarılmıştır.

[442] Bkz. **FLYNN, LEO,** "Coming of Age: The Free Movement of Capital Case Law 1993–2002", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 785; **GUILD, (2007),** s. 39; **KADELBACH, (2006),** s. 464; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 767–768; **STEINER–WOODS,** s. 386.

yerleşik bir şirket, kurucu antlaşmanın kişi bakımından kapsamı dışında kalmıştır.[443] Oysa ki bu uyuşmazlık, sermayenin serbest dolaşımı ışığında değerlendirilse idi; üçüncü bir devlette yerleşik bu şirket, ilgili hükme dayanabilecekti.

B. Birlik Vatandaşlığı

Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, Birlik vatandaşlarınca kullanılmaktadır. O hâlde, burada yalnızca bir kişinin Birlik vatandaşı olup olmaması önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle, o kişinin ekonomik bir etkinlik yürütmesi gibi bir şart bulunmamaktadır.[444] Öyleyse, ekonomik olarak etkin olsun ya da olmasın her Birlik vatandaşı serbest dolaşım ve –kimi koşullar altında– ikâmet etme hakkına sahip gözükmektedir.[445]

Peki, kimler Birlik vatandaşı olarak addedilecektir? Kurucu antlaşma uyarınca Birlik vatandaşı, "bir üye devlet vatandaşlığına sahip her kişi" iken; Birlik vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığı tamamlamakta; ancak onun yerini almamaktadır.[446] Bununla beraber, 'Birlik vatandaşlığı', kurucu antlaşmadaki yerini alınca, aynen 'işçi' kavramındaki gibi bu kavrama Birlik düzeyinde bir anlam verilip verilemeyeceği en azından bir süre için tartışılmıştır.[447] Divan ise, bu soruyu net biçimde olumsuz

---

[443] Case C-452/04 *Fidium Finanz* [2006] pr. 25.

[444] Serbest dolaşıma yönelik haklar, AET ile başlayan ilk yıllarda, yalnızca ekonomik olarak etkin olan kişilere yöneliktir. Ekonomik olarak etkin olmayan kişilere yönelik 1990 yılında çıkarılan üç Direktif, bu yönden ilk kırılma anıdır. (Bkz. **ROGERS–SCANNEL,** s. 46; **SHAW–*et.al.*,** s. 289–290; **SPAVENTA, (2007),** s. 114; **STAPLES,** s. 53, 68.) Asıl kırılma ise, Birlik vatandaşlığına dair hükümler ile sağlanmıştır. (**ABİHA** md. 21.)

[445] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 663; **BARNES–BARNES,** s. 108; **HILF,** Rn. 6; **TOTH, AKOS G.,** *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law: Volume II: The Law of the Internal Market*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, s. 471.

[446] **MA** ile değişik **ATA** md. 8; **AA** ile değişik **ATA** md. 17; **NA** ile değişik **ATA** md. 17(1); **ABİHA** md. 20. Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 2(1). Krş. Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 11; "aaa. Birlik Üyesi Devlet Vatandaşı Olmak", s. 85. Bkz. **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 4–5; **TEKİNALP–*et.al.*,** s. 21.

[447] Bkz. **BEENEN,** s. 43; **HANDOLL, (1995),** s. 68; **MATHER,** s. 724. Krş. Case 75/63 *Hoekstra* [1964] pr. 2. Burada, 'vatandaşlık' terimini Birlik terimi yapmanın önüne geçecek ağır basan bir argüman

yanıtlamıştır. Konuyla ilgili *Kaur* kararına göre vatandaşlık kavramı, üye devlet münhasır yetkisindedir.[448] Üye devletler, Birlik hukukunu göz önünde tutarak, vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin koşulları belirleyecektir.[449] Öyleyse, Birlik vatandaşlığı, üye devletlerin vatandaşlığın karakteristik koşullarını belirlemesindeki münhasır yetkisine müdahale etmemektedir.[450] Buna ek olarak, bir üye devlet, temel serbestîlerin kullanılması yönünden, bir başka üye devletçe tanınan bir vatandaşlığı tanımak için kimi ek koşullar getirememektedir.[451] O hâlde, Birlik vatandaşlığı kapısını açan anahtar, üye devletlere verilmiştir.[452]

Peki, bir kişi üye devlet vatandaşlığı ile birlikte Birlik vatandaşlığını da kaybediyorsa ne olacaktır?[453] Bu duruma ilişkin *Rottmann* davasına göre Avusturyalı Bay Rottmann, aleyhine başlatılan cezai soruşturmadan ötürü 1995 yılında Almanya'ya taşınarak, 1998 yılında vatandaşlığa kabul prosedürü başlatmıştır.[454] Bu kişi, 1999

---

bulunmaktadır: vatandaşlık, üye devletlerin mevcudiyeti için merkezidir. Bkz. **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA,** s. 129.

[448] Case C-192/99 *Kaur* [2001] pr. 19. Öyleyse ABİHA md. 21, vatandaşlık verilmesi hakkındaki ulusal kuralların uyumlaştırılmasını gerektirmemektedir. Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 753.

[449] Case C-192/99 *Kaur* [2001] pr. 19. Bkz. Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 11. Birlik vatandaşlığı ile ulusal ve uluslararası hukuktaki vatandaşlık arasındaki farklılıklar için bkz. **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 7–8.

[450] **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 5. Bkz. **BEENEN,** s. 44; **TOTH,** s. 459.

[451] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 28; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 39.; Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 10. *Avello* kararı, uluslararası hukukun teamülî hukuku uyarınca bir devletin kendi vatandaşlığına öncelik verebilmesi kuralından sapmaktadır. Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 134.

[452] Bkz. **STAPLES,** s. 78. Benzer bir görüş için bkz. **SHAW–*et.al.*,** s. 283.

[453] Bu soru, henüz 1996 yılında Hall tarafından yanıtlanmıştır. Ona göre Birlik vatandaşlığının kurucu antlaşmadaki yerini alması ile birlikte, bir üye devletin bireylerden vatandaşlığını geri alması hakkındaki yetkisi vasıflandırılmıştır. Buna göre üye devletler, vatandaşlığın geri alınması hâlinde Birlik hukuku denetimine tâbi tutulacaktır. Bu tür geri almalar, Birlik hukukunun genel ilkeleri olarak Divanca korunan insan hakları standartları ile uyumlu olmalıdır. **HALL, STEPHEN,** "Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights", *European Law Review*, Cilt: 21, No: 2, 1996, s. 129, 141, 142.

[454] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 22–25.

yılında Almanya vatandaşlığına kabul edilince, Avusturya hukuku uyarınca bu vatandaşlıktan çıkarılmıştır.[455] İlgili Alman makamları, Bay Rottmann aleyhine tutuklama kararı olduğunu öğrenince; vatandaşlığa kabul kararı, başvurudaki hile nedeniyle geriye dönük olarak kaldırılmıştır.[456] Sonuç olarak, bu kişi, bu karar neticesinde devletsiz kalmaktadır.[457] Divana göre böyle bir karar, bir kişinin Birlik vatandaşı statüsünü ve ona bağlı hakları ortadan kaldıracağı için AB hukukunun kapsamındadır.[458] Üye devletler, vatandaşlık alanındaki yetkilerini kullanırken AB hukukuna uygun davranmalıdır.[459] Öyleyse, ilgili karar, orantılılık ilkesi yönünden değerlendirilmelidir.[460] Bu yönden, birincil hukukun Birlik vatandaşlığı statüsüne verdiği önem nazara alınarak, vatandaşlığa kabul kararının geri çevrilmesi incelenirken bu kararın ilgili kişi ve alakalı ise onun aile üyeleri yönünden Birlik vatandaşlığındaki hakların kaybına ilişkin sonuçları göz önüne alınmalıdır. Bu açıdan, özellikle, o kişi tarafından işlenen suçun ağırlığı, vatandaşlığa kabul kararı ve bu kararın geri alımı arasında geçen süre ve o kişinin asıl vatandaşlığını tekrar kazanıp kazanamayacağı ile böyle bir kaybın haklı görülüp görülmeyeceği tespit edilmelidir.[461] Bununla birlikte, vatandaşlığı hile ile elde edilen bir üye devlet, bir kişi köken üye devletindeki vatandaşlığını tekrar kazanamayacak olsa bile; vatandaşlığa kabul kararını kaldırabilir.[462] Buna karşın, ulusal mahkeme, orantılılık ilkesine uygun olarak, ilgili kararın etki doğurması öncesinde, bütün ilgili durumları göz önüne alarak, ilgili kişiye önceki üye devlet vatandaşlığını kazanabilmek için makul bir süre tanımalıdır.[463]

---

[455] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 26–27.

[456] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 28–29.

[457] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 30.

[458] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 42.

[459] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 45.

[460] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 55.

[461] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 56.

[462] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 57.

[463] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 58.

Son olarak, üç noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. İlkin, Divan, göçmen olma ile ekonomik olarak etkin olma arasındaki bağın kopuşunu vurgulamaktadır:

> "[Kurucu antlaşma,] Birlik vatandaşlığı [hakkındaki hükümlerle] tanınan haklardan yararlanmak için Birlik vatandaşlarının –işçi veya serbest çalışan olarak– mesleki ya da ticari bir etkinlik sürdürmesini gerektirmemektedir."[464]

İkinci olarak, Birlik vatandaşı, hak ehliyetini haiz olmasa bile; Birlik hukukundaki haklardan faydalanabilecektir:

> "…küçük bir çocuk, [Birlik] hukukunca güvence altına alınan serbest dolaşım ve ikâmet hakkından yararlanabilir. Bir üye devlet vatandaşının kişilerin serbest dolaşımı hakkındaki kurucu antlaşma ve ikincil hukuk ile güvence altına alınan hakların hamili olması ehliyeti, ilgili kişinin bu hakların kişisel olarak kullanılabileceği hak ehliyetinin kazanımı için belirtilen yaşa erişmesi koşuluna bağlı tutulamayacaktır."[465]

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşının aile üyesi de, aynen kişilerin serbest dolaşımındaki gibi, Birlik hukukunca tanınan kimi haklardan faydalanabilmektedir.[466]

Öyleyse, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinin kişi bakımından kapsamı, aşağıdaki şekil ile özetlenebilir.[467]

---

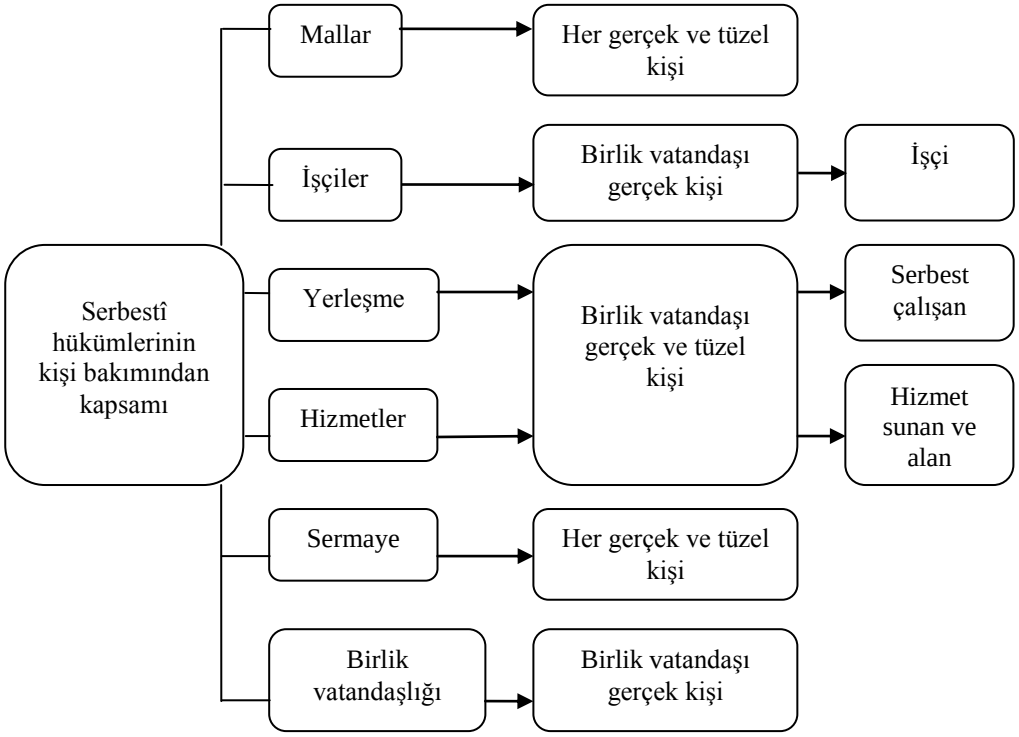
[464] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 83.

[465] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 20. Bkz. Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 21.

[466] Bkz. "bbb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımından Yararlanan Kişinin Aile Üyesi Olmak", s. 86. Ayrıca bkz. **BOELES, PIETER–*et.al.*,** *European Migration Law*, Intersentia, Antwerp, 2009, s. 87.

[467] Bkz. "Şekil 4: Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşım Hükümlerinin Kişi Bakımından Kapsamı", s. 102.

Şekil 4: Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşım Hükümlerinin Kişi Bakımından Kapsamı



Peki, buraya kadarki açıklamalara göre Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşımlar arasındaki etkileşim nasıl olmuştur? Bir kere, Birlik vatandaşlığı, kişilerin serbest dolaşımındaki bir kişinin Topluluk vatandaşı olması ile ilgili içtihadı takip ederek, o içtihadı vasıflandırmıştır.[468] Buna göre, Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlığına bağlı olması nedeniyle, Birlik çapında bir anlama sahip değildir.[469] Bir başka deyişle, bu kavramın içi, üye devletlerce doldurulmaktadır. Buna karşın, üye devletler, vatandaşlık ile ilgili olarak Birlik hukukunu göz önünde tutmakla yükümlüdür.[470] Bu bakımdan, söz gelimi, bir üye devlet, bir başka üye devletçe verilen bir vatandaşlığı tanımak için ek koşullar getiremeyeceği gibi;[471] bir üye devletçe

[468] Case C-369/90 *Micheletti* [1992] pr. 10, 11; Case C-192/99 *Kaur* [2001] pr. 19; Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 28; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 39.

[469] Bkz. **REICH, (2001),** s. 6–7.

[470] Bkz. **HALL, (1996),** s. 135.

[471] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 28; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 39.

alınacak bir karar, bir kişiyi Birlik vatandaşı statüsünden çıkarıyor ise, o karar, orantılılık ilkesi yönünden incelenecektir.[472]

Bundan başka, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, kurucu antlaşmanın kişi bakımından kapsamını birkaç açıdan genişletmektedir. İlk olarak, kişilerin serbest dolaşımı, ekonomik bir etkinlik sürdürmeye bağlı iken; Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşı herkesi uygulama alanına dahil ederek,[473] ekonomik bağ ile kopuşu göstermektedir.[474] Bununla birlikte, buradaki kopuşun derecesini iyi tahlil etmek gerekmektedir. Bir kere, Birlik vatandaşlığı öncesinde işçi tabirinin oldukça geniş yorumunun[475] yanı sıra iş arayanlar[476] ile özellikle hizmet alıcılarının[477] serbest dolaşımdan yararlanmasının kabulü, uygulamada hemen hemen herkesin serbest dolaşım hükümlerinin kişi bakımından kapsamında kalmasına neden olmuştur.[478] Buna rağmen, en alt düzeyde bile olsa bir ekonomik etkinlik ile bağ kurmak gerekliliği, Birlik

---

[472] Case C-135/08 *Rottmann* [2010] pr. 55.

[473] Bkz. **CASTRO OLIVEIRA, A.,** "Workers and Other Persons: Step-by-Step from Movement to Citizenship Case Law 1995–2001", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 79–80; **SPAVENTA, (2008),** s. 22; **YANEVA, TANYA,** "Borderlines of Union Citizenship", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 34, No: 4, 2007, s. 409.

[474] 2004/38 sayılı Direktif boyutu ile ilgili olarak bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 36. Ekonomik bağ ile kopuş için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 224; **STEINER–*et. al.*,** s. 314; **WEATHERILL, STEPHEN–BEAUMONT, PAUL,** *EU Law*, 3rd Edition, Penguin Books, London, 1999, s. 621.

[475] Case 53/81 *Levin* [1982] pr. 16; Case 139/85 *Kempf* [1986] pr. 14.

[476] Case C-292/89 *Antonissen* [1991] pr. 21.

[477] Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 16. Bkz. **ELSMORE–STARUP,** s. 97; **WOUTERS,** s. 31. Bu, esasen, hemen hemen her Birlik vatandaşının Birlik çapında serbestçe seyahat etme hakkından yararlandığını göstermektedir. **VAN DER MEI, PIETER A.,** *Free Movement of Persons within the European Community: Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Great Britain, 2003, s. 51.

[478] Bkz. **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 22–24; **DAVIES, GARETH,** *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003(b), s. 195–196.

vatandaşlığı ile artık tamamen ortadan kalkmıştır.[479] O hâlde, serbest dolaşım hükümlerinin kişi bakımından kapsamı, artık ekonomik bir etkinlik sürdürsün ya da sürdürmesin her Birlik vatandaşını içine alarak genişlemiştir.[480] Bu, aynı zamanda, vatandaş veya birey odaklı yeni bir zihniyet değişiminin çıkış noktasıdır.[481]

İkinci olarak, Birlik hukukunun kapsamı içinde kalan aile üyeleri, bir üstteki genişlemeye koşut olarak çoğalmıştır.[482] Buna göre, Birlik vatandaşlığı öncesinde bir Birlik vatandaşı, işçi ya da serbest çalışan gibi ekonomik bir etkinlik yürütüyorsa, o kişinin aile üyeleri belirli haklardan yararlanırken; Birlik vatandaşlığı ile her Birlik vatandaşının aile üyesi, buradaki haklardan yararlanma imkânına kavuşmuştur.

Son olarak, kişi bakımından kapsamdaki bu genişlemelere karşın, ekonomik açıdan etkin olmak ve olmamak arasındaki ayrım, kimi haklardan yararlanmak adına hâlen önemini korumaktadır. Söz gelimi, bir işçi ya da serbest çalışan, özellikle koşulsuz ikâmet ve sosyal yardımların çoğuna erişim hakkı gibi Birlik vatandaşlarına göre daha kapsamlı haklara sahiptir.[483] Bu nedenle, bir kişinin salt Birlik vatandaşı yerine 'işçi' ya da 'serbest çalışan' olması, hâlen o kişiye daha fazla yarar sağlamaktadır.[484] Bir serbestî hükmünün konu bakımından kapsamı ile ilgili olan bu durum, aşağıda, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

---

[479] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 83. Bkz. **REICH, (2001),** s. 11.

[480] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 220.

[481] Örneğin Handoll'a göre burada, *ekonomik* bir Topluluktan işlevsel ekonomik rolleri ne olursa olsun bireylerin çıkarlarını *vatandaş* olarak yansıtmak için tasarlanmış bir Topluluğa doğru bir kayma söz konusudur. Nitekim, ikâmet hakkı yönünden tek 'ekonomik' unsur, bu hakkın yalnızca ev sahibi üye devlete yük olmama hâlinde kullanılabilmesidir. **HANDOLL, (1995),** s. 61–62.

[482] Bkz. "bbb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımından Yararlanan Kişinin Aile Üyesi Olmak", s. 86.

[483] Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b,c), 24.

[484] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 711.

2. Konu Bakımından Kapsam (Uygulama alanı)

Konu bakımından kapsam, bir durumun konu nedeniyle (*ratione materiae*) bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalmasını ifade etmektedir. Bu kapsam, iki unsuru ihtiva etmektedir: İlgili durumun konusunu oluşturan belirli nesne, etkinlik ya da hak, bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalmalı ve ilgili durum, konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalmamalı; bir başka ifadeyle o durumu Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir unsur bulunmalıdır.[485] Bu unsurlar, aşağıda bu sırayla ele alınacaktır.

A. Belirli Nesne, Etkinlik ya da Hak

Konu bakımından kapsamın ilk yönü, ilgili durumun konusunu oluşturan belirli nesne, etkinlik ya da hakkın bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalmasıdır. Burada, esas olarak, birbiri ile bağlantılı dört konu vardır: İlk olarak, bir ürünün 'mal' sayılması ya da bir faaliyetin 'çalışma' ve 'hizmet' oluşturması ya da bir işlemin 'sermaye dolaşımı' sayılması gibi ilgili nesne veya etkinliğin bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalması gerekir. Dahası, iç pazar serbestîleri, yalnızca 'ekonomik bir etkinlik' mevcutsa, uygulama alanı bulacaktır.[486] Buna karşın, Birlik vatandaşlığı yönünden böyle bir şart yoktur.

---

[485] 'Tamamen ülke içi ilişki içinde kalma'nın konu bakımından kapsam içinde görülmesi ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 23; **EPINEY, (2007b),** s. 616; **JARASS,** s. 142; **REICH–*et. al.*,** s. 57. Krş. **SPAVENTA, (2008),** s. 15.

[486] Bkz. **NA** ile değişik **ATA** md. 2. (Bu madde, **LA** ile değişik **ABA** md. 3 ile değişmiştir. Bununla birlikte, iç pazar yönünden içkin bir unsur olan 'ekonomik etkinlik' aranmaya devam edecektir.) Bkz. **GOVAERE,** s. 74; **MAESTRIPIERI,** s. 151. Bu konuya örnek olarak *Bosman* davasında Divan, ABİHA md. 45'in spor ortaklıklarınca getirilen kurallara uygulanması hâlini gözden geçirmiştir. (pr. 69–87.) Divana göre spor, [LA ile değişik ABA md. 3] uyarınca ekonomik bir etkinlik oluşturduğu müddetçe Birlik hukukuna tâbidir. Md. 45, kazançlı bir iş ilişkisi ya da ücret karşılığı bir hizmet sunduklarında profesyonel ya da yarı-profesyonel futbolculara da uygulanacaktır. (pr. 73.) Birlik hukukunda işçilerin serbest dolaşımı hükümlerinin uygulanması için iş ilişkisinin varlığı ya da yaratılma niyeti tek başına yeterlidir. (pr. 74.) Sonuç olarak, ilgili hüküm, profesyonel sporcuların kazançlı iş ilişkisine girmesiyle

İkinci olarak, her bir serbestî, o serbestînin –o serbestî ile korunan spesifik etkinliğin– gerçekleştirilmesi için kimi haklar bahşetmektedir. İşte bu haklar, ilgili durumun konusunu oluşturan –örneğin bir hizmet sunmak, bir işte çalışmak ve bundan ötürü o ülkede ikâmet etmek gibi– belirli bir etkinliğin bir serbest dolaşım hükmünün kapsamı içinde kalmasını sağlamaktadır. Buradaki en önemli iki hak, vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama ve ayrımcı olmasa bile serbest dolaşımı kısıtlayan önlemlere tâbi tutulmama hakkıdır.[487] Dahası, bir alan münhasıran ulusal yetki içinde kalsa bile; o alandaki önlemler, serbest dolaşım hükümleri –söz konusu iki hak– ile uyumlu olmalıdır.[488] Bundan ötürü serbestîler, bu tür ulusal önlemleri bile sınırlayabilmekte ve bunun sonucunda kimi haklar doğabilmektedir.

Üçüncü olarak, Birlik hukuku uyarınca 'hakkın kötüye kullanılması' yasaktır.[489] Buna göre üye devletler, Birlik hukukunun uygunsuz veya hileli biçimde

---

ilgili koşulları belirleyen kurallara uygulanacaktır. (Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 87.) Buna karşın, örneğin doping yasağı, salt sportif düşüncelere dayanmakta ve herhangi bir ekonomik düşünce ihtiva etmemekte olup; doping ile mücadeleye dair kurallar, kurucu antlaşmanın ekonomik serbestîler hakkındaki hükümlerinin kapsamı dışındadır. (Case T-313/02 *Meca-Medina and Majcen* [2004] pr. 47.) Ayrıca, *Anomar* davasındaki şans veya kumar oyunlarının tümü, bir bedel karşılığı belirli bir hizmetin sunulması ve kâr etmek amacını içermesi nedeniyle, [LA ile değişik ABA md. 3] anlamında ekonomik etkinliktir. (Case C-6/01 *Anomar* [2003] pr. 47.) Öyleyse, sonuç olarak, spor dışındaki politikaların ekonomik olmayan yönleri ya da örneğin 'yalnızca' sosyal, çevresel veya halk sağlığı politikaları ile ilgili kurallar, dört serbestîden etkilenmeyecektir. Bkz. **GOVAERE,** s. 74–75. Buna karşın, buradaki sınır çizgisi belirsizdir.

[487] Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 74.

[488] Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 65; **JARASS,** s. 143. Adalet Divanının kararları ile (vaktinde) bu tür bir alan olarak nitelenenler arasında ceza ve ceza usul hukuku (Case C-29/95 *Pastoors and Trans-Cap* [1997] pr. 26.), fikri mülkiyet hukuku (Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Collins and others* [1993] pr. 28.), medeni usul hukuku (Case C-398/92 *Mund & Fester* [1994] pr. 14.), ortaklıklar hukuku (Case C-172/98 *Commission v Belgium* [1999] pr. 14.), taşınmaz mülkiyeti sistemi (Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 38.), dolaysız vergilendirme hukuku (Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 20.) gösterilebilir.

[489] Bkz. Case 33/74 *Van Binsbergen* [1974] pr. 13; Case C-147/03 *Commission v Austria* [2005] pr. 67. Ayrıca bkz. **ENGSIG SØRENSEN, KARSTEN,** "Abuse of Rights in Community Law: A Principle of

kullanılmamasını temin etmek için önlem almaya yetkilidir.[490] Burada, esas olarak, iki türlü kötüye kullanma göze çarpmaktadır. İlkin, temel serbestîlerin suistimali yoluyla üye devletlerin kurallarının uygunsuz biçimde dolanılması caiz değildir.[491] Bu, ya ulusal düzenlemelerden kurtulmak ya da onlardan yararlanmak adına yapılabilmektedir.[492] Yine, bir kişi, bir Birlik hukuku hükmünün amaçları ve hedefleri ile çatışan biçimde avantaj kazanmak için kötüye kullanma oluşturacak bir şekilde bu hükümlere dayanamamaktadır.[493] Buradaki kriter, aslen, söz konusu hakkı tanıyan Birlik hükmünün amaçları ve hedeflerinin çarpıtılıp çarpıtılmadığıdır.[494]

Substance or Merely Rhetoric?", *Common Market Law Review*, Cilt: 43, 2006, s. 423–459; **KJELLGREN, ANDERS,** "On the Border of Abuse: The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 245–277.

[490] Bkz. Case C-367/96 *Kefalas and Others* [1998] pr. 20; Opinion of AG La Pergola in Case C-212/97 *Centros* [1999] pt. 20. Ayrıca bkz. **ENGSIG SØRENSEN,** s. 423; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 587; **KJELLGREN,** s. 271. Burada, üye devletlerin yanı sıra AB kurumları ve bireyler ya da şirketler, 'hakkın kötüye kullanılması yasağı' ilkesine istinat edebilecektir. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılmasına karşı tedbir alınması için sıkı koşullar aranmaktadır: İlk olarak, hakkın kötüye kullanılması hâlinin tespiti, 'duruma göre' (Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 25) ve 'nesnel kanıtlar' temelinde (pr. 27) belirlenecektir. İkinci olarak, üye devletler bu durum karşısında tedbir alırken, 'orantılılık ilkesi'ne uygun davranmakla yükümlüdür. (Case C-211/91 *Commission v Belgium* [1992] pr. 12.) **ENGSIG SØRENSEN,** s. 427, 442–443; 452–458.

[491] Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-255/02, C-419/02 and C-223/03 *Halifax and others* [2006] pt. 62. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 138. Burada kötüye kullanma, ya bir üye devletin kendi vatandaşları ya başka üye devlet vatandaşları ya üçüncü ülke vatandaşları ya da şirketler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bkz. **ENGSIG SØRENSEN,** s. 441–442.

[492] Bkz. **ENGSIG SØRENSEN,** s. 426–427, 443, 448; **KJELLGREN,** s. 271–272.

[493] Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-255/02, C-419/02 and C-223/03 *Halifax and others* [2006] pt. 63. Divana göre "kötüye kullanma ya da hile amacıyla [Birlik] hukukuna dayanılamaz". Case C-373/97 *Dimosio* [2000] pr. 33; Case C-367/96 *Kefalas and Others* [1998] pr. 20. Örneğin, ortak tarım politikası ile ilgili olarak bkz. Case C-8/92 *Hamburg-Jonas* [1993] pr. 21. Sosyal güvenlik ile ilgili olarak bkz. Case C-206/94 *Paletta* [1996] pr. 24. Ayrıca bkz. **ENGSIG SØRENSEN,** s. 449–452.

Son olarak, serbestîler birbiri ile iç içe geçmiş durumda bulunabilir. Böyle bir durumda, yalnızca bir serbestîye ait hükümlerin mi; yoksa birden fazla serbestîye ait hükümlerin mi o olaya uygulanacağı tespit edilmelidir.[495] Burada belirleyici etmen 'esas etkinlik'tir. Buna göre bir uyuşmazlık, ilke olarak, esas etkinliğe uygulanacak ilgili tek bir serbestîye ait kurallar temelinde karara bağlanacaktır.[496] Bununla birlikte, kimi hâllerde bir uyuşmazlık birden çok serbestî hükmü ışığında da değerlendirilebilir. Örneğin mallar ile hizmetlerin serbest dolaşımı veya yerleşme hakkı ile sermayenin serbest dolaşımı bir olayda birlikte uygulanabilir nitelikte bulunabilir.[497] Buna karşın, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri, birbirini dışlar nitelikte olup, aynı

---

[494] Opinion of AG Tizzano in Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pt. 115. Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin kriterlere yönelik tespitler için bkz. Opinion of AG Lenz in Case C-23/93 *TV10* [1994] pt. 58–62; Case C-110/99 *Emsland-Stärke* [2000] pr. 52–54; Joined Cases C-255/02, C-419/02 and C-223/03 *Halifax and others* [2006] pr. 74, 75, 81.

[495] Bu konu, esas olarak, doktrinde tartışmalıdır. Bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 333–334.

[496] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 102. Örneğin, *Schindler* davasında mektup, tanıtıcı broşür veya piyango biletleri gibi fiziksel nesnelerin büyük çaplı gönderimi ve dağıtımı, piyango organizasyonu ile ilgili spesifik adımlardır. Öyleyse, burada 'mallar'dan ziyade 'hizmetler'in serbest dolaşımı söz konusudur. Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 21–25. Yine, *Test Claimants* davasında bir üye devlette yerleşik bir şirket, bir başka üye devlette yerleşik ana şirketi tarafından verilen ödünç paranın faizini vergi amacıyla tenzil etmektedir. Buradaki kurallar, bir kişiye "şirketin kararları üstünde belirgin bir nüfuz tanıyarak bu kişilerin o şirketin etkinliklerini belirlemesine izin" vermektedir. Öyleyse, bu kurallar, yerleşme serbestîsine tâbidir. Case C-524/04 *Test Claimants* [2007] pr. 26, 27. Ayrıca *Bwin International* davasında Portekiz, diğer üye devletlerde yerleşik şirketlerin internet aracılığıyla kendi ülkesinde şans oyunları oynatmasını yasaklamıştır. Divana göre, bu düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımı üstündeki olası kısıtlayıcı etkileri, hizmet sunumu serbestîsi üstündeki herhangi bir kısıtlamanın kaçınılmaz sonucudur. Öyleyse, ilgili düzenleme, yalnızca hizmet sunumu serbestîsi yönünden ele alınmalıdır. Case C-42/07 *Bwin International* [2009] pr. 8–11, 47–48.

[497] Birinci hâl için bkz. Case C-405/98 *Gourmet* [2001] pr. 34, 42. İkinci hâl için bkz. Opinion of AG Alber in Case C-251/98 *Baars* [2000] pt. 26 ve 30. Hizmetler ile sermayenin serbest dolaşımı hükümlerinin birlikte ele alındığı bir dava için bkz. Case C-484/93 *Svensson and Gustavsson* [1995] pr. 3, 19. Ayrıca örnek için bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 332–333.

olay yönünden birlikte uygulanamamaktadır.[498] Keza, Birlik vatandaşlığı ile kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri arasında genel hüküm–özel hüküm ilişkisi olmasından ötürü, bir olayda yalnızca bunlardan bir tanesi uygulanabilecektir.[499]

Aşağıda yer alan iç pazar serbestîleri ve Birlik vatandaşlığı, bu genel tespitler ışığında ve her bir serbestî için özel olarak ayrı ayrı incelenmektedir.

a. İç Pazar Serbestîleri

Burada, sırasıyla, malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına yer verilecektir.

aa. Malların Serbest Dolaşımı

Malların serbest dolaşımı yönünden korunan spesifik etkinlik, 'mal ticareti ya da mal satışı'dır.[500] Burada, 'mal' kavramı tanımlandıktan sonra, ilgili haklar ve hakkın kötüye kullanılması yasağı açıklanacaktır.

Malların serbest dolaşımı hükümleri, 'mal' kavramı ile ilişkilendirildikleri müddetçe uygulama alanı bulacaktır. Mal kavramı, ne kurucu antlaşma ne de ikincil hukukta tanımlanmıştır. Bu nedenle, bu tanımı yapmak Divana düşmüştür. Buna göre 'mal', "parasal olarak değer biçilebilen ve ticari işlemlere konu olabilen ürünler"dir.[501] Ayrıca, bir mal, üçüncü ülkelerden Birliğe gelmişse, gerekli formalitelere uyulması ve uygun gümrük vergisinin ödenmesi hâlinde herhangi başka bir kısıtlama olmaksızın üye

---

[498] Bkz. Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 20. Ayrıca bkz. **STAPLES,** s. 54.

[499] Bkz. Case C-193/94 *Skanavi and Chryssanthakopoulos* [1996] pr. 22.

[500] **JARASS,** s. 142.

[501] Case 7/68 *Commission v Italy* [1968] s. 428. Hukuk Sözcüsü Fennely'e göre 'mal', "maddi fiziksel özelliklere sahip"tir. Opinion of AG Fennely in Case C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] pt. 20. Sonraki bir kararında Divan, ilgili nesnenin (atık) ekonomik bir değeri olup olmadığına bakmaksızın ticari işlem amacı ile bir sınırdan geçirilen nesneyi (atık) mal olarak tanımlamıştır. Case C-2/90 *Commission v Belgium* [1992] pr. 26. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 108, 250. Ayrıca, parasal olarak değer biçilebilen deyişi, sermayenin serbest dolaşımı ile de bir bağ kurabilmektedir. Bkz. Case C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] pr. 34. Ayrıca bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 599.

devletler arasında serbestçe dolaşabilecektir.[502] Örneğin; sanatsal, tarihi, arkeolojik veya etnografik niteliği haiz eşyalar;[503] petrol ürünleri;[504] hayvanlar;[505] tedavülden kaldırılmış olan paralar;[506] geri dönüşümlü olsun veya olmasın atıklar[507] ve elektrik[508] mal olarak kabul edilmektedir.

Bu serbestî, kimi haklar tanırken; bu haklar, kötüye kullanılmamalıdır. Bir kere, malların serbest dolaşımı (ABİHA md. 34), esas olarak, finansal olmayan nitelikteki ticaret engellerinin kaldırılması hakkını bahşetmektedir. Bu bakımdan bir yandan ithal mal ile yerli mal arasında ayrımcılık yapılması yasağına uymak; öte yandan Birlik ürünlerinin ulusal pazarlara serbestçe erişimini sağlamak gerekmektedir.[509] Bununla birlikte, bu serbestî ile tanınan haklar, kötüye kullanılmamalıdır. Söz gelişi, *Leclerc and Others* davasında Divana göre ihtilaflı kitapların yeniden ithal edilme amacıyla ihraç edilmesi, ilgili ulusal düzenlemeleri dolanmak içinse, ABİHA md. 34 uygulanamayacaktır.[510]

bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, üç unsurdan oluşmaktadır:[511] pazara erişim hakkı, göç hakkı ve tali (sosyal) haklar. Bunlara, aile üyelerine tanınan haklar ile hakkın kötüye kullanılması yasağı eklenmelidir. Pazara erişim hakkı, bu çalışmanın

---

[502] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 574; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 602; Case 212/88 *Levy* [1989] pr. 8.

[503] Case 7/68 *Commission v Italy* [1968] s. 428–429.

[504] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 17.

[505] Case C-67/97 *Bluhme* [1999].

[506] Case 7/78 *Johnson and Woodiwiss* [1978].

[507] Case C-2/90 *Commission v Belgium* [1992] pr. 28.

[508] Case C-393/92 *Almelo* [1994] pr. 28.

[509] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34. Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171.

[510] Case 229/83 *Leclerc and others* [1985] pr. 27.

[511] Bu ayrım ile ilgili olarak bkz. **STEINER–WOODS,** s. 455; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 687; **POLLARD,** s. 105.

ikinci bölümünde detaylı olarak ele alınması nedeniyle, burada bu hakka bir arada ve kısaca yer verilecektir.[512] Göç hakkı ve aile üyelerine ilişkin haklar, günümüzde, Birlik vatandaşlığı temelinde çıkarılan tek bir Direktif ile düzenlenmesinden ötürü, yine, bir arada ele alınacaktır. Tali (sosyal) haklar ise, birbirinden farklı ikincil hukuk ve Divan kararları ışığında ayrı ayrı ele alınacaktır.[513] Aynı yol, hakkın kötüye kullanılması yasağı yönünden de izlenecektir. O hâlde, burada, genel tespitlerin ardından işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ele alınacaktır.

aaa. Genel Hususlar

Kişilerin serbest dolaşımı, ilk olarak, pazara erişim hakkı tanımaktadır. Bu bakımdan, bir başka üye devletteki istihdam ya da hizmet pazarına erişmek esastır. Bu yönden, ilgili kişiler, bir başka üye devlette istihdama, serbest çalışmaya veya hizmet sunumu ya da alımına ilişkin olarak vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması ve serbestînin kısıtlanması yasakları ile korunmaktadır.[514]

---

[512] Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171.

[513] Bkz. **ABTHŞ** md. 34. Genel olarak bu haklar, göçmen kişi ve onun aile üyelerinin ev sahibi devletle bütünleşmesini sağlamayı amaçlayan pek çok sosyal haktır. **STEINER–WOODS,** s. 529. Buradaki haklar, bir kişinin üretim faktörü olmasının yanı sıra birey olması nedeniyle, serbest dolaşımı kolaylaştırmak için gerekli olanın ötesine de geçmektedir. Bkz. **WHITE, (2004),** s. 121. Böylelikle, serbest dolaşım, sosyal avantaj ve vergi avantajları görünümünde kimi pozitif haklar tanımaktadır. **REICH–*et. al.,*** s. 55. Benzer görüşler için bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 664; **GUILD, (2004),** s. 54; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 688. Ayrıca Conant'a göre ise bu konudaki genişletici Divan kararlarına karşın, üye devletler sınırlı bir uyum ile bu içtihat hukukuna karşılık vermiştir. Bu nedenle, uygulamada çok az birey Divan içtihadı ile tanınan haklardan faydalanabilmektedir. **CONANT, LISA,** *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Cornell University Press, United States of America, 2002, s. 178, 186, 211.

[514] Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171. Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 753–754; **SPAVENTA, ELEANOR,** "From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards A (Non-) Economic European Constitution", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 743; **VAN DER WOUDE–MEAD,** s. 131, 140. Dahası, ayrımcılık yapma yasağı, pek çok ekonomik, sosyal ve siyasi hakkı tetiklemektedir. Bkz. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 181.

Kişilerin serbest dolaşımı, ikinci olarak, bir başka üye devlete gitme ve orada ikâmet etme (ve orada kalma) hakkı vermektedir. Bu haklar, esas olarak, kurucu antlaşmadan kaynaklanmakla birlikte, ikincil hukukta da bu haklarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır.[515] Bu konu, Birlik vatandaşları ve onların aile üyelerinin üye devlet ülkelerindeki serbest dolaşım ve ikâmet hakkına ilişkin 2004/38 sayılı Direktif ile düzenlenmektedir.[516] Buna göre, geçerli bir nüfus cüzdanı veya pasaporta sahip her Birlik vatandaşı, bir başka üye devlete gitmek için bir üye devlet ülkesinden çıkma hakkına sahiptir.[517] Yine üye devletler, geçerli bir nüfus cüzdanı veya pasaport ile bir kişinin ülkelerine girmesine izin verecektir.[518] Ayrıca her Birlik vatandaşı, bir başka üye

---

[515] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 664; **BARNARD, (2010),** s. 270, 298, 370; **LASOK,** s. 436, 439; **SLOT–BULTERMAN,** s. 754; **VAN DER WOUDE–MEAD,** s. 129; **WHITE, (2004),** s. 139. Örneğin, *Royer* kararına göre bir üye devlet vatandaşının –bir iş bakmak ya da bir iş başlatmak ya da işçi veya serbest çalışan kişiler olarak veya eşine ya da ailesine katılmak gibi– kurucu antlaşmadaki tasarlanan amaçlarla bir başka üye devlet ülkesine girmesi ve orada ikâmet etmesi hakkı, *kurucu antlaşmaca doğrudan tanınmış bir hak*tır. (pr. 31. (*Vurgu* eklenmiştir.)) Söz gelişi, bu hak, bir üye devletin yetkili makamlarınca çıkarılan bir ikâmet izninden bağımsız olarak kazanılmaktadır. (pr. 32.) Bundan dolayı, bu iznin verilmesi, hakkı doğuran bir önlem olarak değil; Birlik hukukuna göre bir başka üye devlet vatandaşının kişisel statüsünü kanıtlamak adına bir üye devletçe alınan bir önlem olarak görülmelidir. (Case 48/75 *Royer* [1976] pr. 33.) Bkz. Case C-251/98 *Baars* [2000] pr. 28 (Bir ülkeden çıkma); Case C-363/89 *Roux* [1991] pr. 11–12 (bir başka üye devlette ikâmet etme).

[516] Bu Direktif öncesinde ise, Birlik işçileri ve aile üyeleri ile ilgili 68/360 sayılı Direktif; serbest çalışanlar ve hizmet sunan ve alanlar ile ilgili, 73/148 sayılı Direktif bulunmaktaydı. (**68/360 sayılı Direktif** md. 1; **73/148 sayılı Direktif** md. 1.) Bu Direktifler, 2004/38 sayılı Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. (**2004/38 sayılı Direktif** md. 38. Bununla birlikte Divan, eski ve yeni düzenlemeler arasında bir bağ kurmaktadır. Case C-215/03 *Oulane* [2005] pr. 20.

[517] **2004/38 sayılı Direktif** md. 4(1). Krş. **68/360 sayılı Direktif** md. 2(1); Krş. **73/148 sayılı Direktif** md. 2(1).

[518] **2004/38 sayılı Direktif** md. 5(1). Krş. **68/360 sayılı Direktif** md. 3(1); Krş. **73/148 sayılı Direktif** md. 3(1). Bununla birlikte, üye devletler; sistematik, keyfi veya gerekenin ötesinde kısıtlayıcı bir biçimde olmadıkça kişiler üzerinde belirli kontroller yapabilecektir. Aksi türdeki kontroller ise, ilgili durum temelinde, Birlik içinde kişilerin serbest dolaşımına yönelik bir kısıtlama oluşturabilecektir. (Case 321/87

devlet ülkesinde geçerli bir nüfus cüzdanı veya pasaportu bulunmak dışında herhangi bir koşul ya da formalite olmaksızın üç aya kadar ikâmet hakkına sahiptir.[519] Buna ek olarak, her Birlik işçisi ve serbest çalışanı, üç ayı geçen sürelerde ikâmet hakkına sahiptir.[520] Hizmet sunan ve alan kişiler yönünden ikâmet hakkı ise, hizmet sunumu ve alımı süresince mevcuttur.[521] Dahası ev sahibi üye devlette beş yıl süreyle devamlı

Commission v Belgium [1989] pr. 15.) Yine, sınır görevlilerinin üye devlet vatandaşlarına seyahatlerinin amacı ve süresi ve yanlarındaki finansal varlıkları hakkında sorular yöneltmesi, 68/360 ve 73/148 sayılı Direktiflere aykırıdır. (Case C-68/89 *Commission v Netherlands* [1991] pr. 16; **O'LEARY, (1996),** s. 107.) Bununla beraber, üye devletler, bireylerin vatandaşlığını belirtmesini isteyebilecektir. (Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pr. 45.) Ayrıca bir Birlik vatandaşı, gerekli seyahat belgelerine sahip değilse; ilgili üye devlet, o kişiyi geri çevirmeden önce o kişiye gerekli belgeleri elde etmek ya da makul bir süre içinde bu belgeleri getirmek ya da serbest dolaşım ve ikâmet hakkına sahip olduğunu başka yollarla doğrulamak veya kanıtlamak için her türlü makul imkânı tanımalıdır. (md. 5(4). Bkz. Case C-459/99 *MRAX* [2002] pr. 61; Case C-215/03 *Oulane* [2005] pr. 24–25.) Üye devlet, ilgili kişinin ülkede bulunuşunu makul ve ayrımcı olmayan bir süre içinde bildirmesini isteyebilir. İlgili kişi, bu yükümlülüğe uymazsa, orantılı ve ayrımcı olmayan yaptırıma maruz kalabilir. (md. 5(5). Bkz. Case 118/75 *Watson* [1976] pr. 19; Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 9. Ayrıca bkz. Case C-459/99 *MRAX* [2002] pr. 78.)

[519] **2004/38 sayılı Direktif** md. 6(1). Ayrıca bkz. md. 14(4/b).

[520] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/a). Krş. **68/360 sayılı Direktif** md. 4(1); **73/148 sayılı Direktif** md. 4(1). Üç ayı geçen ikâmet için ev sahibi üye devlet, Birlik vatandaşlarının ilgili otoritelere kaydolmasını isteyebilecektir. (md. 8(1).) Bu başvuru süresinin bitimi, ülkeye varış tarihinden itibaren üç aydan az olamaz. Başvuran kişi adına hemen bir kayıt sertifikası düzenlenecektir. Kayıt yükümlülüğüne uymamak, ilgili kişiyi orantılı ve ayrımcı olmayan yaptırıma maruz bırakabilecektir. (md. 8(2).) Kayıt sertifikasının çıkarılması için geçerli bir nüfus cüzdanı veya pasaporta ek olarak işverenden bir iş taahhüdü ya da çalışma belgesi aranmaktadır. (md. 8(3).) Kayıt sertifikası çıkarılması esnasında kişinin Direktifteki koşulları taşımasının yanı sıra 'istenilir' bir kişi olup olmadığı da denetlenmektedir. (**BARNARD, (2010),** s. 436.) İkâmet hakkı, ilgili kişi belirlenen koşulları taşıdıkça sürecektir. Bu koşullara ilişkin makul şüphe varsa, ilgili üye devlet, bu durumu denetleyebilir. Buna karşın, bu denetimler, sistematik biçimde yürütülemez. (md. 14(2).) Bu Direktifteki usuli güvenceler, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımını kısıtlayan tüm kararlara uygulanacaktır. (md. 15(1).)

[521] **CHALMERS–*et.al.*,** s. 756; **CUTHBERT,** s. 86; **O'LEARY, (1996),** s. 106.

olarak ikâmet etmiş bir Birlik vatandaşı, orada daimi ikâmet hakkına sahiptir.[522] Buna ek olarak, bir Birlik işçisi ve onun aile üyeleri, kimi koşullar altında, istihdam edildiği üye devlet ülkesinde kalma hakkına sahiptir.[523] Bu hak, esasen, daimi ikâmet hakkında da saklıdır.[524]

Kişilerin serbest dolaşımı, üçüncü olarak, buradaki kişilerin aile üyelerine kimi haklar tanımaktadır.[525] Aile üyeleri, öz olarak, bir üye devlete giriş yaparak, orada Birlik vatandaşına katılma hakkının yanı sıra ekonomik bir etkinliğe başlama hakkı ve sosyal yardımlar da dahil olmak üzere her türlü konuda vatandaşlık temelinde

[522] **2004/38 sayılı Direktif** md. 16(1). İkâmetin devamlılığı, bir yıl içinde toplam altı ayı geçmeyen geçici ya da zorunlu askeri hizmet için daha uzun süreli ya da hamilelik ve doğum, ciddi hastalık, eğitim veya mesleki staj veya bir başka üye devlet veya üçüncü ülkede vazifelendirilmek gibi önemli nedenlerle azami oniki aylık bir kerelik yokluklardan etkilenmeyecektir. (md. 16(3).) Daimi ikâmet hakkı, bir kere elde edildiğinde ancak ardışık iki yılı aşan bir süre ile evsahibi üye devlette bulunmama hâlinde kaybedilebilir. (md. 16(4).) Bir üye devlet, ikâmet süresini teyit ettikten sonra, ilgili Birlik vatandaşına daimi ikâmete ilişkin belgeyi mümkün olduğunca çabuk çıkaracaktır. (md. 19(1, 2).) Bu kategorideki kişiler, yalnızca '*önemli* kamu düzeni ve kamu güvenliği' temelinde sınır dışı edilebilecektir. (md. 28(2). (*Vurgu* eklenmiştir.) Daimi ikâmet alan bir Birlik vatandaşı yönünden ekonomik olarak etkin olması ya da yeterli varlıklara sahip olması gibi ek koşullar aranamayacaktır. Bir başka ifadeyle, Birlik göçmeni, beş yıllık devamlı bir ikâmet dönemi sonunda neredeyse o devletin vatandaşının bir akrabası gibi ev sahibi toplum ile yeterli bir bağ kurmuş addedilmekte ve sosyal yardım bakımından tam bir eşit muamale hakkına kavuşmaktadır. **ARNULL–*et. al.*,** s. 684.

[523] **1251/70 sayılı Tüzük** md. 1, 2, 3, 4, 5. Ayrıca bkz. **POLLARD,** s. 109–110.

[524] 75/34 sayılı Direktif, bir Birlik serbest çalışanı ve onun aile üyelerine, kimi koşullar altında, istihdam edildiği üye devlet ülkesinde kalma hakkı vermekteyken (**75/34 sayılı Direktif** md. 1, 2, 3, 4, 5. Bkz. **POLLARD,** s. 109–110.); 2004/38 sayılı Direktif, bu Direktifi yürürlükten kaldırırken bu konuda ayrıca bir hükme yer vermemektedir. (**2004/38 sayılı Direktif** md. 38.) O hâlde, buradaki daimi ikâmet hakkı, 75/34 sayılı Direktifteki kalma hakkının yerine geçmektedir. (**2004/38 sayılı Direktif** Dibace rt. 19.)

[525] Konuyla ilgili genel olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 742; **BARNARD, (2010),** s. 456–459; **BARRETT, GAVIN,** "Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003 (a), s. 369–421; **BOELES–*et.al.*,** s. 72–74.

ayrımcılığa maruz kalmama hakkına sahiptir.[526] Ayrıca, söz konusu kişi bir işçi ise, onun çocukları, ev sahibi üye devlette genel eğitim, staj ve mesleki eğitim kurslarına o devlet vatandaşları ile aynı koşullar altında katılacaktır.[527] Dahası, aile üyeleri, aile üyesi statüsü sona erse veya serbest dolaşım hakkının artık kapsamı dışında kalınsa bile; Birlik hukuku uyarınca bazı haklara sahiptir. Örneğin; boşanma, evliliğin iptali ya da kayıtlı ortaklığın feshi hâllerinde dahi aile üyeleri, ikâmet hakkını kimi koşullar çerçevesinde muhafaza edebilmektedir.[528] Bundan başka, söz gelişi *Baumbast* kararında Divana göre çocukların ev sahibi üye devlette genel eğitim kurslarına katılmak için ikâmet hakkına sahip oldukları hâllerde, onların başlıca bakıcısı olan ebeveyni, vatandaşlığına bakılmaksızın, bu eğitim hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak için onlarla birlikte ikâmet edebilecektir. Burada, ebeveynlerin boşanmış olması ya da Birlik vatandaşı olan ebeveynin ev sahibi üye devlette işçi statüsünün sona ermesi önem taşımamaktadır.[529]

bbb. İşçilerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı yönünden korunan spesifik etkinlik, 'bir işe başlamak ya da bir işi sürdürmek'tir.[530] Burada, genel tespitlere ek olarak; sosyal haklar, iş arayanlar gibi işçi ile bağlantılı bir sıfatı haiz kişilerce sahip olunan haklar ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ele alınacaktır.

İlk olarak, buradaki sosyal haklar, bir yandan 1612/68 sayılı Tüzük ve 883/2004 sayılı Tüzük vesilesiyle; öte yandan üye devletlerin yetkilerini kullanırken Birlikteki serbest dolaşım ile uyum içinde olmak zorunda olması sonucu doğmaktadır.

---

[526] Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 24; Case C-1/05 *Jia* [2007] pr. 26. Krş. Case C-351/95 *Kadiman* [1997] pr. 33, 37.

[527] **1612/68 sayılı Tüzük** md. 12. Bkz. Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 71.

[528] **2004/38 sayılı Direktif** md. 13.

[529] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 75. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 13(2)(b, d).

[530] **JARASS,** s. 142.

1612/68 sayılı Tüzük, iş fırsatları ve istihdam koşulları yönünden eşit muamele hakkını düzenlemektedir.[531] Burada, özellikle, md. 7(2) ön plana çıkmaktadır. Buna göre:

> [Bir başka üye devlet vatandaşı bir işçi], ulusal işçiler ile aynı sosyal avantaj ve vergi avantajlarından yararlanır.[532]

Gerek sosyal avantaj gerekse de vergi avantajları kavramları geniş yorumlanmaktadır.[533] Örneğin, *Cristini* kararına göre:

> "[bu] hükmün sağlamaya çalıştığı eşit muamele ışığında maddi uygulama alanının sınırı, … iş sözleşmesine bağlanıp bağlanmadığına bakılmaksızın tüm sosyal avantaj ve vergi avantajlarını kapsayacak biçimde çizilmelidir."[534]

Dahası, *Even* kararı uyarınca bu yararlar, nesnel bir statü olarak işçi oldukları için veya salt o devlette ikâmet etmeleri dolayısıyla ulusal işçilere genel olarak verilen ve diğer

---

[531] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 720–722. Bkz. **1612/68 sayılı Tüzük** Dibace rt. 3, 5. Bkz. **OLSEN,** s. 50.

[532] Ayrıca, bir Birlik işçisi, sendikalara üye olma ve buna bağlı hakları kullanma yönünden eşit muamele görecektir. (**1612/68 sayılı Tüzük** md. 8. Bkz. Case C-213/90 *ASTI* [1991] pr. 17, 20–21. AEA için bkz. Case C-465/01*Commission v Austria* [2004] pr. 40. Krş. Case C-171/01 *Wählergruppe* [2003] pr. 93.) Yine, göçmen işçi, barınma ile ilgili konularda ulusal işçi ile aynı hak ve yararlardan faydalanacaktır. (**1612/68 sayılı Tüzük** md. 9. Bkz. Case 305/87 *Commission v Greece* [1989] pr. 18.)

[533] Bir yararın sosyal avantaj mı vergi avantajı mı olduğunun belirlenmesi için "amacı ve verilme koşulları" incelenmelidir. Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 40. Ayrıca, sosyal avantaj ile [883/2004] sayılı Tüzük'te yer alan sosyal güvenlik yararları birbirinden ayrılmalıdır. Bkz. **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 323–324.

[534] Case 32/75 *Cristini* [1975] pr. 13. Krş. Case 76/72 *Michel* [1973] pr. 9. Örneğin *Inzirillo* kararı uyarınca bir üye devlette bir işçinin oğluna verilen bir ödeneği, o devlette çalışan bir başka üye devlet işçisi oğlu adına alabilecektir. (Case 63/76 *Inzirillo* 1976] pr. 21.) Buna ek olarak, yeni doğmuş çocuğu olan ailelere tanınan faizsiz bir kredi (Case 65/81 *Reina* [1982] pr. 18), teminatlı bir asgari geçim ödeneği (Case 249/83 *Hoeckx* [1985] pr. 25), ikâmet edilen üye devlet mahkemeleri önünde kendi dilini kullanma hakkı (Case 137/84 *Mutsch* [1985] pr. 17), yaşlı kişiler için teminatlı asgari gelir (Case 261/83 *Castelli* [1984] pr. 12) ve cenaze harcamalarını karşılamak için verilen ödenek (Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 30) sosyal avantajdır.

üye devlet vatandaşı işçilere genişletilmesi onların Birlik içindeki dolaşımlarını kolaylaştırmaya elverişli gözüken tüm yararları içermektedir.[535] Böylelikle bu madde, bir işçiye dolaylı bile olsa yarar sağlayan tüm sosyal avantaj ve vergi avantajlarını kapsamaktadır.[536] Yine hem bir hak olarak tanınan veya ihtiyari olarak verilen hem de iş sözleşmesi sona erdikten sonraki yararlar, sosyal avantajdır.[537]

883/2004 sayılı Tüzük, sosyal güvenlik sistemlerinin eşgüdümüne dair kurallar getirmektedir.[538] Burada, işçi ve aile üyesi gibi kimi tanımların yanı sıra kişi ve konu yönünden uygulama alanı belirlenmektedir.[539] Buradaki esas kural, eşit muamele ilkesidir.[540] Buna göre, bu Tüzük ile aksi belirtilmemişse, uygulama alanındaki kişiler,

[535] Case 207/78 *Even* [1979] pr. 22. Bu nedenle, Belçika vatandaşlarına İkinci Dünya Savaşı esnasındaki hizmetlerine karşılık olarak tanınan bir takım avantajlar, sosyal avantaj kavramı dışındadır. (pr. 24.) Yine belirli bir grup ulusal işçi için askeri hizmet sunma yükümlülüğünün sonucu kısmi tazminat işlevi gören bir avantaj, sosyal avantaj sayılmamaktadır. (Case C-315/94 *Vos* [1996] pr. 22.) Keza savaş mahkumları için verilen bir ödenek de bu kavramın dışında kalmaktadır. (Case C-386/02 *Baldinger* [2004] pr. 19.)

[536] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 776. Öyleyse, bu yararlar, *Even* formülünün gerektirdiği üzere her seferinde 'hareketliliği kolaylaştırma'makta; ancak göçmen işçinin ev sahibi devlet ile bütünleşmesini kolaylaştırmaktadır. **ELLIS, EVELYN,** "Social Advantages: A New Lease of Life?", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 639, 648. (Case 207/78 *Even* [1979] pr. 22.)

[537] Sırasıyla bkz. Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 28; Case 65/81 *Reina* [1982] pr. 21; Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 34.

[538] Bu Tüzük, 1 Mayıs 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve bu alandaki başlıca düzenleme olan 1408/71 sayılı Tüzük'ü yürürlükten kaldırmıştır. **883/2004 sayılı Tüzük** md. 90, 91; **987/2009 sayılı Tüzük** md. 97. 883/2004 sayılı Tüzük ile ilgili olarak bkz. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1624–1625. Bununla birlikte, 1408/71 sayılı Tüzük, örneğin AEA Anlaşması gibi atfen yer aldığı kimi sınırlı alanlarda hâlen yürürlüktedir. (md. 90.) 1408/71 sayılı Tüzük ile ilgili olarak bkz. **PENNINGS, FRANS,** *Introduction to European Social Security Law*, 3rd Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, s. 25–130.

[539] **883/2004 sayılı Tüzük** md. 1, 2, 3. Krş. **1408/71 sayılı Tüzük** md. 1, 2, 4.

[540] **883/2004 sayılı Tüzük** md. 4.

herhangi bir üye devlet düzenlemesine göre o devletin vatandaşları ile aynı yükümlülüklere tâbi olup aynı yararlardan faydalanacaktır.[541]

Yine, kimi sosyal haklar, üye devletlerin Birlikteki serbest dolaşım hükümlerine riayet etmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Buna göre, herhangi bir konu, Birlik hukukunun bulunduğu aşamada üye devlet yetkisinde kalsa bile; üye devletler, bu yetkilerini kullanırken Birlik hukukuna (işçilerin dolaşım serbestîsine) uymakla yükümlüdür.[542] Örneğin *Elsen* kararına göre üye devletler, sosyal güvenlik sistemlerini organize etmek yetkisini muhafaza etmekle birlikte; bu yetkilerini kullanırken işçilerin serbest dolaşımı hükümlerine uygun davranmalıdır.[543] Bu açıdan, ABİHA md. 45 uyarıncaki vatandaşlık temelinde ayrımcılık ve serbestînin kısıtlanması yasağı, kimi sosyal haklar tanınması ile neticelenebilmektedir.

İkinci olarak, bir kişi, işçi ile bağlantılı bir sıfatı haiz olsa bile; bir işçiye nazaran daha kısıtlı bir biçimde kimi haklardan faydalanabilmektedir. Mesela *Brown* davasında hem İngiliz hem de Fransız Bay Brown, Birleşik Krallık'ta bir şirkette "üniversite öncesi endüstriyel eğitim" olarak bir süre çalıştıktan sonra Cambridge Üniversitesi'nde eğitime başlamıştır.[544] Bu kişi, öğrenci ödeneği için yaptığı başvurunun reddi üzerine dava açmıştır.[545] Divana göre bu kişi, her ne kadar 'işçi' sıfatını haizse bile; buradaki istihdam ilişkisi, ödenek ile finanse edilecek öğrenim yönünden ancak tâli konumdadır.[546] Bundan dolayı, bu kişi, ilgili madde uyarınca öğrenimi amacıyla ev

---

[541] **883/2004 sayılı Tüzük** md. 4. Krş. **1408/71 sayılı Tüzük** md. 3(1). Bkz. **PENNINGS, FRANS,** "Co-Ordination of Social Security on the Basis of the State-of-Employment Principle: Time for an Alternative?", *Common Market Law Review*, Cilt: 42, 2005, s. 80, 81–82.

[542] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 28; Case C-135/99 *Elsen* [2000] pr. 33. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 717.

[543] Case C-135/99 *Elsen* [2000] pr. 33; Case C-120/95 *Decker* [1998] pr. 23; Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 19.

[544] Case 197/86 *Brown* [1988] pr. 3.

[545] Case 197/86 *Brown* [1988] pr. 2, 4–5.

[546] Case 197/86 *Brown* [1988] pr. 23, 27.

sahibi üye devlet vatandaşı öğrencilere ödenen ödeneği almaya hak kazanamamaktadır.[547] Buna karşın, *Ninni-Orasche* kararına göre:

> "Üniversite eğitimi yardımı alanında, ev sahibi üye devlette mesleki etkinlik sürdüren ve müteakiben orada mesleki nitelik elde edeceği bir üniversite öğrenimine başlayan bir başka üye devlet vatandaşı kişi, önceki mesleki etkinlik ile yürütülen öğrenim arasında devamlılık bulunuyor ise, işçi olarak statüsünü muhafaza ediyor addedilerek, 1612/68 sayılı Tüzük md. 7(2)'den yararlanmalıdır."[548]

Bununla birlikte, bu koşul, isteği dışında işsiz kalan ve iş pazarındaki koşulların zorlamasıyla yeniden mesleki eğitim üstlenen göçmen bir işçiye uygulanamaz.[549]

Yine, iş arayanlar, ancak bazı haklardan yararlanabilmektedir. Bir kere, iş arayan bir kişinin evsahibi üye devlette kalma süresi o devletin kurallarına göre belirlenmekle birlikte, ilgili kişilerin en az üç ay iş arama hakkı vardır.[550] Konuyla ilgili *Antonissen* kararı uyarınca bu kategorideki kişiler, mesleki niteliklerine karşılık gelen istihdam teklifleri için kendilerini bildirmeleri ve uygun olduğunda işe başlamak için gerekli adımları atmak için makul bir süreye sahip olmalıdır.[551] Bununla birlikte, bu sürenin sona erdiği anda ilgili kişi, iş aramaya devam ettiği ve işe başlamak için hakiki şansı olduğu hakkında kanıt sunarsa, o kişinin ev sahibi üye devletten ayrılması istenemeyecektir.[552]

---

[547] Case 197/86 *Brown* [1988] pr. 28.

[548] Case C-413/01 *Ninni-Orasche* [2003] pr. 35. Bkz. Case 39/86 *Lair* [1988] pr. 39.

[549] Case C-413/01 *Ninni-Orasche* [2003] pr. 35. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(3)(d). Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 412–414.

[550] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 268. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 6(1).

[551] Somut olaydaki İngiliz hukukuna göre tanınan altı aylık süre, Divan tarafından Birlik hukukuna uygun bulunmuştur. Case C-292/89 *Antonissen* [1991] pr. 21. Krş. Case C-171/95 *Tetik* [1997] pr. 46.

[552] Case C-292/89 *Antonissen* [1991] pr. 21. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 14(4)(b). Tam da bu nedenle, üç ay sonunda otomatik olarak sınır dışı etme öngören Belçika mevzuatı, Birlik hukukuna aykırıdır. Case C-344/95 *Commission v Belgium* [1997] pr. 18.

Son olarak, buradaki haklar, kötüye kullanılmamalıdır.[553] Örneğin *Lair* davasında Divana göre nesnel kanıtlar temelinde bir işçinin bir üye devlete çok kısa süreli bir mesleki etkinlik sonrasında yalnızca o ülkedeki öğrenci yardım sisteminden yararlanmak amacıyla giriş yaptığı belirlenirse, bu tür kötüye kullanmalar Birlik hukuku hükümlerinin kapsamı dışında kalacaktır.[554] Bununla beraber, örneğin *Akrich* kararı uyarınca bir üye devlet vatandaşı işçiyi bir başka üye devlette iş aramaya yönelten saikler, o kişi diğer üye devlette etkili ve hakiki bir etkinlik sürdürüyorsa ya da sürdürmek istiyorsa, onun o devlet ülkesine girmesi ve orada ikâmet etmesi hakkı yönünden önemli değildir.[555]

ccc. Yerleşme Hakkı

Yerleşme hakkı yönünden korunan spesifik etkinlik, 'serbest çalışmaya başlamak veya serbest çalışmayı sürdürmek'tir.[556] Burada, genel tespitlere ek olarak, sosyal haklar ile tüzel kişilere yönelik haklar ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ele alınacaktır.

Buradaki sosyal haklar, bir yandan eşit muamele ilkesini esas alan 883/2004 sayılı Tüzük hasebiyle;[557] öte yandan üye devletlerin Birlikteki serbest dolaşım hükümlerine uyması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, herhangi bir konu, Birlik hukukunun bulunduğu aşamada üye devlet yetkisinde kalsa bile; üye devletler, bu yetkilerini kullanırken Birlik hukukuna (yerleşme serbestîsine) uymakla yükümlüdür.[558]

---

[553] Örnek olarak bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 35.

[554] Case 39/86 *Lair* [1988] pr. 43.

[555] Case C-109/01 *Akrich* [2003] pr. 55. Bkz. Case 53/81 *Levin* [1982] pr. 23.

[556] **JARASS,** s. 142.

[557] **883/2004 sayılı Tüzük** md. 4. Bu Tüzük, 1 Mayıs 2010 tarihinde yürürlüğe girip; bu alandaki başlıca düzenleme olan 1390/81 sayılı Tüzük'ü yürürlükten kaldırmıştır. **883/2004 sayılı Tüzük** md. 90, 91; **987/2009 sayılı Tüzük** md. 97. 883/2004 sayılı Tüzük ile ilgili olarak bkz. "bbb. İşçilerin Serbest Dolaşımı", s. 115.

[558] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 28; Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 40. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 724, 727.

Böylece, mesleki etkinliklerin yürütülmesine ilişkin spesifik kuralların yanı sıra –konuta erişim ve ulusal makamlarca konut edinmenin finansal yükünün hafifletilmesine yönelik sağlanan olanaklar gibi– bu etkinliklerin yürütülmesine yardımcı olan çeşitli genel olanaklara dair kurallar ABİHA md. 49 ile uyumlu olmalıdır.[559] Yine, sosyal avantajlar ve vergi avantajlarına erişim, spesifik ikincil hukuk düzenlemesinin yokluğunda bu madde ile sağlanmıştır.[560] Bununla birlikte, 2004/38 sayılı Direktif, artık bu boşluğu doldurmuştur.[561]

Tüzel kişiler ise, ABİHA md. 49 uyarınca teşebbüs kurma ve yönetme ile acentalar, şubeler ya da yavru şirketler kurma hakkına sahiptir.[562] Teşebbüs kurma ve yönetme, birincil yerleşme; acentalar, şubeler ya da yavru şirketler kurma ise, ikincil yerleşme olarak adlandırılmaktadır.[563] Birlik tüzel kişisi, hem vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapan hem de pazara erişimi kısıtlayan önlemlere karşı Birlik hukukunca korunmaktadır.[564] Öyleyse, bir başka üye devlete yerleşen veya şube açan bir şirket, ulusal şirketler ile aynı şart ve koşullara, yararlara, vergi avantajlarına ve sosyal avantajlara tâbi tutulacaktır.[565]

Bununla birlikte, bu serbestî ile tanınan haklar, kötüye kullanılmamalıdır.[566] Örneğin, *Centros* davasında Divana göre bir üye devlet, belirli bir kısım vatandaşlarının kurucu antlaşma ile tanınan hakların koruması içinde kendi ulusal düzenlemelerini

---

[559] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 767. Bkz. Case 305/87 *Commission v Greece* [1989] pr. 21, 26.

[560] Krş. 1612/68 sayılı Tüzük md. 7(2). Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 663; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 728; **SHAW–*et.al.*,** s. 303; **WHITE, (2004),** s. 139. Sosyal avantajlar ile ilgili olarak bkz. Case 197/84 *Steinhauser* [1985] pr. 16. Vergi avantajları ile ilgili olarak bkz. Case C-80/94 *Wielockx* [1995] pr. 27.

[561] **2004/38 sayılı Direktif** md. 24(1). Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 729; **SHAW–*et.al.*,** s. 303.

[562] Case C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] pr. 30; Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pr. 9.

[563] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 296–297, 322; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 714.

[564] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 33–334.

[565] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 334, 336.

[566] Örnek olarak bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 35.

uygunsuz biçimde dolanmaya kalkışmasını veya bireylerin Birlik hukuku hükümlerinin avantajından uygunsuz ya da hileli biçimde yararlanmasını önlemek için tasarlanmış önlemler alabilir.[567] Buna karşın, bu uyuşmazlıkta taraflarca kaçınılmak istenen ulusal kurallar; belirli bir ticaret, meslek ya da işin yürütülmesine ilişkin olmayıp; şirketlerin kurulmasına ilişkindir. Yerleşme serbestîsine dair hükümler, şirketlerin bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulmasını sağlamak için spesifik olarak tasarlanmıştır.[568] Öyleyse, bir üye devlet vatandaşının şirketler hukuku kuralları daha az kısıtlayıcı olan bir başka üye devlette şirket kurarak, bir başkasında şube açması, kendiliğinden yerleşme hakkının kötüye kullanımı oluşturmayacaktır.[569] Bir başka ifadeyle, ilgili kişiler, Birlik hukuku hükümlerinin avantajından hileli biçimde yararlanmamaktadır; çünkü onlar, bir üye devlette şirket kurarak ve bir başka üye devlette ikincil yerleşme oluşturarak kurucu antlaşmanın açıkça izin verdiğini yapmaktadır.[570]

ddd. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden korunan spesifik etkinlik, 'bir ücret karşılığı serbest çalışan bir kişi tarafından hizmet sunulması ya da hizmet alınması'dır.[571] Burada, 'hizmet' kavramı tanımlandıktan sonra, genel tespitlere ek olarak sosyal haklar ile hakkın kötüye kullanılması yasağı ele alınacaktır.

Hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri, 'hizmet' kavramı ile ilişkilendirildikleri müddetçe uygulama alanı bulacaktır. Bu meyanda kurucu antlaşmaya göre:

---

[567] Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 24. Bu kararın incelemesi için bkz. **DE LA FERIA, RITA,** "Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008, s. 404–408.

[568] Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 26.

[569] Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 27.

[570] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 330. Ulusal hukuk düzenleri arasındaki rekabetten meşru biçimde kazanç sağlamak ile bunu kötüye kullanmak arasında açık bir gerilim vardır. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 588.

[571] Bkz. **JARASS,** s. 142.

> Hizmetler; normal olarak ücret karşılığı sunuluyorsa ve malların, sermayenin ve kişilerin dolaşım serbestîsine ilişkin hükümlere tâbi olmadıkları müddetçe kurucu antlaşma anlamında 'hizmet' sayılacaktır.[572]

Buna karşın, Divana göre bu hüküm, yalnızca hizmet kavramının tanımıyla ilgili olup; öncelik sıralaması yapmamaktadır.[573] Bu itibarla, bir durumun ağırlık merkezi, o davaya uygulanacak serbestî hükmünü belirleyecektir.[574] Bundan başka, taşımacılık alanındaki hizmetler, kurucu antlaşmadaki taşımacılık hükümleri ile düzenlenmektedir.[575] Ayrıca, sermayenin dolaşımı ile bağlantılı bankacılık ve sigorta hizmetlerinin serbestleştirilmesi, sermaye dolaşımının serbestleştirilmesi ile el ele ilerleyecek[576] ve bu nedenle ayrıca düzenlenecektir.

'Hizmet' kavramına geri dönersek, kurucu antlaşma ve Divan kararlarında bu konuda belirlemeler mevcuttur. Kurucu antlaşmaya göre 'hizmetler' endüstriyel ve ticari karakterli etkinlikler ile esnaf ve mesleklere dair etkinlikleri içermektedir.[577] Ayrıca içtihat hukuku uyarınca turizm,[578] alışveriş ve spor etkinlikleri[579] ile tıbbi,[580] finansal[581] ve eğitimsel[582] etkinliklerin yanı sıra sigorta,[583] piyango,[584] banka inşaat

[572] **ABİHA** md. 57; **NA** ile değişik **ATA** md. 50.

[573] Case C-452/04 *Fidium Finanz* [2006] pr. 32. Ayrıca bkz. Opinion of AG Geelhoed in Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pt. 66.

[574] Case C-452/04 *Fidium Finanz* [2006] pr. 34. Örnek olarak bkz. Case C-334/02 *Commission v France* [2004] pr. 25. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 356; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 753.

[575] **ABİHA** md. 58(1); **NA** ile değişik **ATA** md. 51(1).

[576] **ABİHA** md. 58(2); **NA** ile değişik **ATA** md. 51(2).

[577] **ABİHA** md. 57; **NA** ile değişik **ATA** md. 50.

[578] Case C-198/89 *Commission v Greece* [1991] pr. 29.

[579] Joined Cases C-51/96 and C-191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 43.

[580] Case C-157/99 *Smits and Peerbooms* [2001] pr. 53; Case C-372/04 *Watts* [2006] pr. 89.

[581] Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 6.

[582] Devlet eğitimi, kazançlı bir etkinlik içermemesinden ötürü 'hizmet' kavramı dışında kalırken; özel eğitim, ekonomik kâr amacı gütmesi nedeniyle 'hizmet' olarak kabul edilmektedir. Sırasıyla bkz. Case 263/86 *Humbel and Edel* [1988] pr. 17–19; Case C-109/92 *Wirth* [1993] pr. 17.

kredisi[585] gibileri 'hizmet' olarak kabul görmektedir.[586] Bu bakımdan; her türlü ekonomik etkinlik; ahlaki, kültürel veya etik statüsü ne olursa olsun kurucu antlaşma içinde kalmaktadır.[587] Söz gelimi *Grogan* davasında hamileliğin tıbben sona erdirilmesinin hizmet oluşturup oluşturmadığına karar verilmiştir.[588] Divana göre hamileliğin sona erdirilmesi, birçok üye devlette hukuka uygun olarak mesleki bir etkinliğin parçası olarak ücret karşılığı icra edilmektedir. Kaldı ki, tıbbi etkinlikler, ABİHA md. 57 içinde yer almaktadır.[589] Öyleyse, hamileliğin tıbben sona erdirilmesi, icra edildiği devletin hukukuna uygun olarak yapılıyorsa, buna yönelik argümanların ahlak düzlemindeki doğruluğu ne olursa olsun, md. 57 anlamında hizmet sayılacaktır.[590]

Buradaki sosyal haklar ise, üye devletlerin Birlikteki serbest dolaşım hükümlerine uyma yükümlülüğü neticesinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, herhangi bir konu, Birlik hukukunun bulunduğu aşamada üye devlet yetkisinde kalsa bile; üye devletler, bu yetkilerini kullanırken Birlik hukukuna (hizmet sunumu serbestîsine)

---

[583] Case C-118/96 *Safir* [1998] pr. 22.

[584] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 24–25.

[585] Case C-484/93 *Svensson and Gustavsson* [1995] pr. 11; Case C-222/95 *Parodi*[1997] pr. 8.

[586] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 361. Bkz. Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 10; Case 352/85 *van Adverteerders* [1988] pr. 16; Joined Cases C-51/96 and C-191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 56. Ayrıca bkz. **2006/123 sayılı Direktif** md. 4.

[587] Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 470. Örneğin, fuhuş ve kumar da 'hizmet'tir. (Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] pr. 49; Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 25.) Bkz. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 761. Kapteyn ve diğerlerine göre bir üye devlette hukuka uygun olarak icra edilen belirli bir tür etkinliğin iddia edilen ahlak dışı karakteri, onun bir hizmet olup olmadığı hakkında karar verme konusunda doğrudan bir rol oynamasa bile; bu durum, kamu düzeni istisnalarının uygulanmasına sebebiyet verebilecektir. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 745.

[588] Case C-159/90 *Grogan* [1991] pr. 16.

[589] Case C-159/90 *Grogan* [1991] pr. 18. Bkz. Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 16.

[590] Case C-159/90 *Grogan* [1991] pr. 19–21.

uymakla yükümlüdür.[591] Böylelikle, mesleki etkinliklerin yürütülmesine ilişkin spesifik kuralların yanı sıra –konuta ve konut edinmek için finansal olanaklara eşit erişim hakkı gibi– bu etkinliklerin yürütülmesine yardımcı olan çeşitli genel olanaklara dair kurallar ABİHA md. 56 ile uyumlu olmalıdır.[592] Yine, sosyal avantajlar ve vergi avantajlarına erişim, spesifik ikincil hukuk düzenlemesinin yokluğunda bu madde ile sağlanmıştır.[593] Buna karşın, buradaki boşluk, 2004/38 sayılı Direktif ile artık doldurulmuştur.[594]

Bununla birlikte, bu serbestî ile tanınan haklar, kötüye kullanılmamalıdır.[595] Örneğin, *TV 10* kararı uyarınca bir üye devlet, o devletin ülkesine hizmet sunmak amacını taşıyarak bir başka üye devlette kurulmuş bir radyo ve televizyon kuruluşunu 'yerel yayıncı' olarak nitelendirebilir. Zira bu nitelemeye yol açan önlemin amacı, bir başka üye devlette kurulan kuruluşların kurucu antlaşma ile korunan serbestîleri kullanarak ulusal hukuktaki (programların çoğulcu ve ticari olmasını engellemek için tasarlanmış) yükümlülüklerinden haksız olarak kaçınabilmesinin önüne geçmektir.[596]

cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımında korunan spesifik etkinlik, 'yatırım yapmak'tır.[597] Burada, 'sermaye' kavramı tanımlandıktan sonra, ilgili haklar ve hakkın kötüye kullanılması yasağı açıklığa kavuşturulacaktır.

---

[591] Case C-341/05 *Laval* [2007] pr. 87. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 749.

[592] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 784. Bkz. Case 63/86 *Commission v Italy* [1988] pr. 15.

[593] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 392; **SHAW–*et.al.,*** s. 303; **WHITE, (2004),** s. 139. Sosyal avantajlar ile ilgili olarak bkz. Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 12. Vergi avantajları ile ilgili olarak bkz. Case C-17/00 *De Coster* [2001] pr. 26. Bununla beraber, örneğin bir turistin sosyal yarar iddia etme ihtiyacında olması bir hayli düşük bir ihtimaldir. Bkz. **SHAW–*et.al.,*** s. 288.

[594] **2004/38 sayılı Direktif** md. 24(1). Bkz. **SHAW–*et.al.,*** s. 303.

[595] Örnek olarak bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 35.

[596] Case C-23/93 *TV10* [1994] pr. 21. Bkz. Case 33/74 *Van Binsbergen* [1974] pr. 13; Case C-148/91 *Veronica Omroep* [1993] pr. 13. Bu davalarla ilgili olarak bkz. **DE LA FERIA,** s. 398–403.

[597] Bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pt. 27. ABİHA md. 63(2) için bkz. Case C-412/97 *Fenocchio* [1999] pr. 17.

Sermayenin serbest dolaşımı hükümleri, 'sermaye' kavramı ile ilişkilendirildikleri müddetçe uygulama alanı bulacaktır. Bu kavram, kurucu antlaşma ile tanımlanmazken;[598] ona ilişkin tanımlar; doktrin, ikincil hukuk ve içtihat hukukunda bulunabilir. Söz gelişi von Milmowsky'e göre sermaye terimi, mülkiyete dair hakları (menkul ya da gayrimenkuller, alacaklar ya da telif, patent, marka gibi diğer maddi olmayan aktifleri) ifade ederken; sermaye dolaşımı, bu hakların hem yaratımı hem de devridir.[599] Kapteyn ve diğerlerine göre ise sermaye dolaşımı, bir mal ya da hizmet için bir ücrete dönük olmayıp; belirli bir meblağ elde etmek için esasen yatırım ve kâr amaçlı etkinlikleri hedefleyen finansal işlemler ile ilgilidir.[600] Konuyla ilgili 88/361 sayılı Direktif ise, neyin sermaye oluşturduğuna ilişkin bir liste içermektedir.[601] Divan, bu listeyi tahdîdî olarak değil; gösterge olarak kullanmaktadır.[602] Böylelikle, örneğin, bu

[598] Case C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] pr. 20.

[599] Bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 331. Sermaye dolaşımı örnekleri için bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 331–332.

[600] **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 767. Hukuk Sözcüsü Kokott'a göre genel olarak mal ya da hizmet tedariki ile bağlantılı olmayıp, bir üye devletin sınırları ötesine geçen her türlü finansal ya da gerçek sermayenin transferi, sermaye dolaşımı olarak görülebilir. Opinion of AG Kokott in Case C-265/04 *Bouanich* [2006] pt. 30, 31.

[601] **88/361 sayılı Direktif** Annex I.

[602] Case C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] pr. 21. Divan, bu açıdan, ABİHA md. 63'ün 88/361 sayılı Direktif md. 1'in içeriğini önemli ölçüde kopya etmesinden hareket etmektedir. (pr. 21.) Bununla birlikte, bu tür bir yorum yöntemi eleştirilmektedir. Bkz. Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-98/01 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2003] pt. 36. Flynn'e göre ise 88/361 sayılı Direktif yürürlükten kalksa bile; buradaki nomenklatür bugün hâla geçerliliğini korumaktadır. **FLYNN,** s. 776. Benzer bir görüş için bkz. **CASTILLO DE LA TORRE,** s. 1069. 88/361 sayılı Direktif ekindeki nomenklatür, esas olarak, şu başlıklara yer vermektedir: Doğrudan yatırımlar, taşınmaza yapılan yatırımlar, sermaye piyasasında genellikle alım satımı yapılan menkul kıymetlerle ilgili işlemler, kolektif yatırım teşebbüsleri birimlerindeki işlemler, para piyasasında genellikle alım satımı yapılan menkul kıymetler ve diğer araçlarla ilgili işlemler, finansal kurumlardaki cari ve tasarruf hesapları hakkındaki işlemler, ticari işlemler veya bir mukimin katıldığı hizmet sunumu ile ilgili krediler, kısa vadeli krediler ve finansal krediler, teminatlar, diğer garantiler ve rehin hakkı, teslimli satım ve sigorta sözleşmelerindeki

nomenklatürde yer alan taşınmaza yapılan yatırımların tasfiyesi, sermaye dolaşımı kabul edilmiştir.[603] Yine, pay sahipliği ya da sermaye piyasasındaki hisselerin kazanımı aracılığıyla bir teşebbüse katılma şeklindeki doğrudan yatırım, sermaye hareketidir.[604] Bunlara ek olarak, ipotek,[605] miras,[606] şirketin kendi paylarını iktisap etmesi,[607] sermaye piyasasındaki payların finansal bir yatırım yapmak amacıyla edinimi (portföy yatırımı),[608] sermaye olarak nitelendirilmektedir.

Burada, ayrıca, ABİHA md. 63(1)'deki sermaye kavramı ile md. 63(2)'deki ödeme kavramını birbirinden ayrılmalıdır. Ödeme kavramı da, kurucu antlaşmaca tanımlanmazken; doktrin ve içtihat hukuku ile açıklanmıştır. Söz gelimi Kapteyn ve diğerlerine göre ödeme, mallar ya da hizmetlerle ilgili belirli bir ticari işlem çerçevesindeki bir karşılık ya da ücrettir.[609] Divana göre ise örneğin turizm, iş amaçlı gezi, eğitim ya da tıbbi tedavi ile bağlantılı ödemeler, ödemelerin serbest dolaşımı içindedir.[610] O hâlde, ödeme ile sermaye, ilgili sermaye dolaşımının amacı ile ayrılmaktadır: Eğer, mal gönderimi ya da hizmetin yerine getirilmesi gibi bir edim bedeli için para aktarımı ya da banka transferi yapılıyor, çek ya da kambiyo senedi veriliyorsa; buradaki sermaye transferi, 'ödeme' sayılacaktır.[611]

---

transferler, kişisel sermaye hareketleri, finansal varlıkların somut ihraç ve ithali ve diğer sermaye hareketleri. **88/361 sayılı Direktif** Annex I. Bkz. **ÖZDEMİR,** s. 170–171.

[603] Case C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] pr. 22.

[604] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 38.

[605] Case C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] pr. 23–24.

[606] Case C-35/08 *Busley and Fernandez* [2009] pr. 17.

[607] Case C-182/08 *Glaxo Wellcome* [2009] pr. 41.

[608] Joined Cases C-282/04 and C-283/04 *Commission v Netherlands* [2006] pr. 19.

[609] **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 767.

[610] Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] pr. 24, 25.

[611] Bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 335.

Sermayenin serbest dolaşımı, başlıca, bir başka üye devlette serbestçe yatırım yapma hakkını bahşetmektedir.[612] Bu bakımdan, bir yandan ithal sermaye ile yerli sermaye arasında ayrımcılık yapılmaması; öte yandan bu serbestîye yönelik haklı görülmeyen kısıtlamalar getirilmemesi gerekmektedir.[613] Bu yönden, bir alan (örneğin dolaysız vergilendirme) üye devlet yetkisinde kalsa bile; bu yetki, Birlik hukukuna uygun biçimde kullanılmalıdır.[614]

Bununla birlikte, bu serbestî ile tanınan haklar, kötüye kullanılmamalıdır. Bu konuda, sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili doğrudan bir örnek henüz yoktur. Bununla birlikte, diğer serbestîler hakkındaki kararlar, bu vargıyı desteklemektedir. Gerçekten de, örneğin, yerleşme hakkına dair *Centros* davası, serbest dolaşımdan bir bütün hâlinde bahsetmektedir. Buna göre bir üye devlet, belirli bir kısım vatandaşlarının kurucu antlaşma ile tanınan hakların koruması içinde kendi ulusal düzenlemelerini uygunsuz biçimde dolanmaya kalkışmasını veya bireylerin Birlik hukuku hükümlerinin avantajından uygunsuz ya da hileli biçimde yararlanmasını önlemek için tasarlanmış önlemler alabilecektir.[615] Öyleyse, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin yasak, sermayenin serbest dolaşımı yönünden de söz konusudur.

b. Birlik Vatandaşlığı

Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden korunan spesifik etkinlik, 'bir başka üye devlette serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkının kullanılması'dır.[616] Burada, kişilerin serbest dolaşımı ile Birlik vatandaşlığı arasındaki özel hüküm – genel hüküm ilişkisi belirlendikten sonra Birlik vatandaşına tanınan haklar –serbest dolaşım hakkı, göç hakkı ve tali haklar– ile hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilecektir.

---

[612] Bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pt. 27. ABİHA md. 63(2) ile ilgili olarak bkz. Case C-412/97 *Fenocchio* [1999] pr. 17.

[613] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 725. Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171.

[614] Case C-105/07 *Lammers* [2008] pr. 12.

[615] Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 24.

[616] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 33. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 99.

aa. Birlik Vatandaşlığı: Lex Generalis

Birlik vatandaşlığı hükümleri, kişilerin serbest dolaşımı hükümlerine nazaran *lex generalis* konumundadır. Bir başka deyişle, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler ile Birlik vatandaşlığına dair hükümler, bir hak ile ilgili olarak karşı karşıya gelirse, daha özel nitelikteki kişilerin serbest dolaşımı hükümleri uygulanacaktır.[617] Örneğin, *Stylianakis* davasında Divana göre:

> "Her Birlik vatandaşının üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşım ve ikâmet etme hakkını *genel hatlarıyla* düzenleyen [ABİHA md. 21(1)], hizmet sunumu serbestîsini güvence altına alan hükümler ile *spesifik olarak* uygulanmaktadır."[618]

Öyleyse, bir hizmet alıcısı, hizmet sunumu serbestîsine yönelik her türlü kısıtlamaya karşı bu serbestîye dair hükümlere dayanabilecektir.[619] O hâlde, burada Birlik vatandaşlığı hükümleri hakkında bir yorum yapmaya gerek yoktur.[620] Buna karşın, bu tür hâllerde dahi vatandaşlığa dair hükümler, bir kararın gerekçesinin güçlendirilmesi için kullanılabilmektedir.[621]

---

[617] Bkz. Case C-293/03 *My* [2004] pr. 33; Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 37; Case C-520/04 *Turpeinen* [2006] pr. 13; Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 23; Opinion of AG Alber in Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pt. 64. Bkz. **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 16; **DAVIES, G., (2003b),** s. 188; **HILF,** Rn. 5; **KADELBACH, (2006),** s. 467; **STEINER–*et. al.*,** s. 511; **WOUTERS,** s. 48.

[618] Case C-92/01 *Stylianakis* [2003] pr. 18. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[619] Case C-92/01 *Stylianakis* [2003] pr. 19.

[620] Case C-92/01 *Stylianakis* [2003] pr. 20. Yerleşme serbestîsi ile Birlik vatandaşlığı yönünden bkz. Case C-193/94 *Skanavi and Chryssanthakopoulos* [1996] pr. 22. İşçilerin serbest dolaşımı ve Birlik vatandaşlığı yönünden bkz. Case C-100/01 *Olazabal* [2002] pr. 26.

[621] Bkz. Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pr. 15. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 697; **CASTRO OLIVEIRA,** s. 126; **TRYFONIDOU, ALINA,** "In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point", *Common Market Law Review*, Cilt: 46, 2009 (b), s. 1610, 1620.

bb. Haklar

Bir Birlik vatandaşı, kişilerin serbest dolaşımına paralel olarak, üç tür hakka sahiptir: serbest dolaşım hakkı, göç hakkı ve tâli haklar.[622] Buradaki haklar, esas olarak, kurucu antlaşmadan kaynaklanmakla birlikte, bunlarla ilgili düzenlemeler ikincil hukukta da yer almaktadır.[623] Bu bakımdan en önemli düzenleme, 2004/38 sayılı Direktif'tir.

aaa. Serbest Dolaşım Hakkı

Birlik vatandaşlığı, ilk olarak, serbest dolaşıma erişim hakkı vermektedir.[624] Bu bakımdan, bir Birlik vatandaşı, bununla ilgili olarak vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık ile serbestînin kısıtlanması yasakları ile korunmaktadır.[625]

bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet Hakkı

Birlik vatandaşı, bir ülkeden çıkma, bir başka üye devlete girme ve ev sahibi üye devlette ikâmet etme hakkına sahiptir.[626] Kısaca, geçerli bir nüfus cüzdanı veya

---

[622] Krş. "bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı", s. 111.

[623] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 671, 672–673; **BOELES–*et.al.*,** s. 86; **EPINEY, (2007b),** s. 619; **HILF,** Rn. 1; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 547; **O'LEARY, (2008),** s. 12; **SPAVENTA, (2008),** s. 23, 26. Craig ve de Búrca'ya göre 2004/38 sayılı Direktif, ikâmet hakkını ikincil hukuk ile yaratmaktan ziyade, artık, kurucu antlaşmaya dayanan vatandaşlar için temel bir ikâmet hakkını uygulamaktadır. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 870.

[624] Bkz. Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21. Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171.

[625] Bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 31; Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 23, 25. Ayrıca bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 696; **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 18; **DAVIES, G., (2003b),** s. 188, 189; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 208–209; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 545; **RANACHER, CHRISTIAN–STAUDIGL, FRITZ,** *Einführung in das EU-Recht: Institutionen, Recht un Politiken der Europäischen Union*, Facultas Wuv UTB, Austria, 2007, s. 120; **ROGERS–SCANNEL,** s. 48; **SHAW–*et.al.*,** s. 284; **SOMEK, ALEXANDER,** "Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 32, No: 6, 2007, s. 793; **WEATHERILL, (2006),** s. 491.

pasaporta sahip her Birlik vatandaşı; bir üye devlet ülkesinden çıkma,[627] bir başka üye devlet ülkesine girme,[628] herhangi başka bir koşul ya da formalite olmaksızın üç aya kadar o ülkede ikâmet etme[629] hakkına sahiptir. Üç ayı geçen bir ikâmet için ise, Birlik vatandaşı, hem kendisi hem de ailesi adına ikâmet döneminde ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak yeterli varlıklara ve ev sahibi üye devlette kapsamlı bir sağlık sigortasına sahip olmalıdır.[630] Dahası, bir Birlik vatandaşı, ev sahibi üye devlette beş yıl süreyle devamlı olarak ikâmet etmiş ise, orada daimi ikâmet hakkına sahip olacaktır.[631]

Burada, en sorunlu alan, üç ayı geçen ikâmettir. Zira, ikâmet hakkı, bir yandan kurucu antlaşma ile kabul edilirken; diğer yandan ikincil hukuktaki koşullara tâbi kılınmıştır.[632] Divan, *Baumbast* kararı ile buna ilişkin tespitler yapmaktadır:

---

[626] **ABİHA** md. 21. ABİHA md. 21, ikâmet hakkını ilk kez ve açıkça kurucu antlaşmaya işlemiştir. **STEINER–*et. al.,*** s. 509.

[627] **2004/38 sayılı Direktif** md. 4(1).

[628] **2004/38 sayılı Direktif** md. 5(1). Detaylar için bkz. dn. 518.

[629] **2004/38 sayılı Direktif** md. 6(1). Üç ay için ikâmet hakkı, Birlik vatandaşları ve onların aile üyeleri ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine makul olmayan bir yük oluşturmadıkları müddetçe mümkündür. **2004/38 sayılı Direktif** md. 14(1). Öte yandan Birlik vatandaşı veya onun aile üyesinin kendi sosyal yardım sistemine başvurması nedeniyle bir üye devlet, sınır dışı etme kararı veremeyecektir. (md. 14(3).) Bunun yanı sıra bir üye devlet, ulusal hukuk uyarınca genellikle sosyal yardım vermek zorunda kalacaktır; çünkü bir kişinin sosyal güvenlik sistemine "makul olmayan bir yük" olduğunu göstermek zordur. **HAILBRONNER, (2006),** s. 76. Bkz. **BOELES–*et.al.,*** s. 89. Ev sahibi üye devlet, geçici mukimlere bazı sosyal yardımları verse bile; Birlik göçmeni sosyal yardımdan gereğinden çok faydalanıyorsa geçici ikâmete son verebilecektir. **ARNULL–*et. al.***, s. 677.

[630] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b). Krş. **2003/109 sayılı Direktif** md. 5(1). Ayrıca bkz. dn. 520.

[631] **2004/38 sayılı Direktif** md. 16(1). Detaylar için bkz. dn. 522.

[632] **ABİHA** md. 21. Bu, birincil hukukun ikincil hukuka tâbi tutulduğu aşırı seyrek ve belki de yegâne örnektir. **DAVIES, G., (2003a),** s. 69. Ayrıca bkz. dn. 196.

"Bilhassa [ABİHA md. 21]'deki bir üye devlet ülkesinde ikâmet etme hakkı ile ilgili olarak, bu hakkın [ABİHA]'daki açık ve kesin bir hüküm ile tüm Birlik vatandaşlarına doğrudan tanındığı belirtilmelidir. …

Kuşkusuz, Birlik vatandaşları için bir üye devlet ülkesinde ikâmet etme hakkı, [ABİHA] ve onun uygulanması için yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlama ve koşullara tâbi olarak tanınmıştır.

Bununla birlikte, ikâmet hakkının *kullanılması* yönünden [ABİHA md. 21(1)]'deki sınırlama ve koşulların uygulanması, *yargısal denetime tâbi*dir. …

Buradaki sınırlama ve koşullar, [Birlik] hukukunca vaz edilen sınırlara ve hukukun genel ilkelerine ve *özellikle orantılılık ilkesi*ne uygun olarak uygulanmalıdır. Bu, bu konuyla ilgili olarak çıkarılan ulusal önlemlerin *gerekli* ve güttüğü amaca erişmek için *uygun* olması gerektiği anlamına gelmektedir."[633]

Öyleyse, ikâmet hakkı, birincil hukuktan doğmaktadır. İkincil hukuktaki koşullar ise, bu hakkın kullanımına ilişkin olup;[634] yargısal denetime tâbi tutulmakta[635] ve bireysel durum ışığında artan biçimde sıkı bir orantılılık denetiminden geçirilmektedir.[636]

---

[633] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 84, 85, 86, 91. (*Vurgu* eklenmiştir.) *Baumbast* kararı, Birliğin yargısal denetim sisteminde yeni bir gelişmeye işaret etmektedir. Bu bakımdan, bir kısıtlama Birlik mevzuatı ile geçerli bir biçimde vaz edilse bile; ulusal otoriteler, her Birlik vatandaşının serbest dolaşım hakkı üstündeki bu kısıtlamaları orantılılık ilkesine uygun biçimde uygulamalıdır. **DOUGAN, MICHAEL,** "The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 5, 2006, s. 613, 625–626, 634. Krş. Case C-287/05 *Hendrix* [2007] pr. 56, 58. Böylelikle, *Baumbast* kararı ile Birlik vatandaşlığı, dolaşım serbestîsi alanı ve bunun ötesine anayasal nitelikte bir iz bırakmıştır. Bkz. **SPAVENTA, (2008),** s. 40. Ayrıca bkz. **GROUSSOT, (2008),** s. 331.

[634] Bkz. **MATHER,** s. 731; **STRAZZARI,** s. 36.

[635] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 547. Örneğin, üye devletler, ekonomik etkinlik sürdürmeyen Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına dair direktiflerde aranan kimi belgeler açısından esnek bir yaklaşım benimsemelidir. Case C-424/98 *Commission v Italy* [2000] pr. 34–37, 48.

[636] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 679; **BARNARD, (2010),** s. 479; **TRIDIMAS, (2007),** s. 334. Bkz. Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 92–93. Groussot'a göre Divanın orantılılık ilkesine başvurması, adil yargısal

Buradaki koşullar, 'yeterli varlık' ve 'kapsamlı sağlık sigortası'dır.[637] Yeterli varlık koşulu, Birlik vatandaşı öğrenciler ile diğerleri bakımından farklılaşırken; kapsamlı sağlık sigortası koşulu, her Birlik vatandaşı yönünden aynen aranmaktadır.

Yeterli varlık koşulu uyarınca bir kişi, hem kendisi hem de ailesi için ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak yeterli varlık sahibi olmalıdır.[638] Bu açıdan, üye devletler, 'yeterli varlık' için sabit bir miktar tespit edemeyecek; fakat, ilgili kişinin kişisel durumu göz önünde tutulacaktır. Bu miktar, her hâlükârda, ev sahibi üye devlet vatandaşlarının sosyal yardıma hak kazandığı eşikten yüksek veya bu kriter uygulanmıyorsa, ev sahibi üye devletçe ödenen asgari sosyal güvenlik aylığından yüksek olamayacaktır.[639] Ayrıca, 'varlık', kişinin kendisine ya da aile üyesine ya da üçüncü bir kişiye ait olabilir.[640] Bununla beraber, ev sahibi üye devlet, bir varlığın "mevcudiyeti, miktarı ve kullanılabilirliği"ni denetleyebilecektir.[641] Bunun yanı sıra üye devletler, 'sosyal yardıma başvuru' ile 'yeterli varlık yokluğu'nu eş göremeyecektir.[642] Bu yönden bir üye devlet, bu koşulu orantılı biçimde uygulamalı ve AB vatandaşının

---

kararların yolunu açmaktadır. **GROUSSOT, (2008),** s. 334. Rogers ve Scannel'e göre ABİHA md. 21'deki 'sınırlama ve koşullar', dolaşım ve ikâmet temel hakkı zemininde yorumlanmalıdır. **ROGERS–SCANNEL,** s. 57. Buna karşın kimilerine göre bu alandaki Divan kararlarındaki gerekçelendirme, ikna edici bir metodolojiden yoksundur. Bkz. **ELSMORE–STARUP,** s. 82–83; **HAILBRONNER, (2006),** s. 75.

[637] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b,c). Krş. **90/364 sayılı Direktif** md. 1; **90/365 sayılı Direktif** md. 1; **93/96 sayılı Direktif** md. 1. Bkz. Case T-66/95 *Kuchlenz-Winter* [1997] pr. 47; Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 87; Opinion of AG Alber in Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pt. 121–122. Ayrıca bkz. **APAP–*et.al.*,** s. 10, 14; **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 850; **CARRERA,** s. 705; **DAVIES, G., (2003a),** s. 72; **GUILD, (2004),** s. 86; **HILF,** Rn. 10; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 181; **O'LEARY, (1996),** s. 129; **ROGERS–SCANNEL,** s. 64; **SPAVENTA, (2007),** s. 114; **TEZCAN,** s. 37.

[638] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b). Krş. **2003/109 sayılı Direktif** md. 5(1).

[639] **2004/38 sayılı Direktif** md. 8(4).

[640] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 28; Case C-408/03 *Commission v Belgium* [2006] pr. 40.

[641] Case C-408/03 *Commission v Belgium* [2006] pr. 44.

[642] **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 861. Bkz. Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 45.

ikâmet hakkını kaldırmadan evvel o kişinin varlığının yeterliliğini uygun biçimde tahkik etmelidir.[643]

Yeterli varlık koşulu, Birlik vatandaşı öğrenciler için ise daha farklıdır.[644] Buna göre bu kategorideki kişiler, bir deklerasyon ya da kendi seçecekleri denk araçlar vasıtasıyla ikâmet süresi boyunca hem kendisi hem de ailesi için ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak yeterli varlığa sahip olma konusunda ilgili ulusal otoriteye güvence verecektir.[645] Bu itibarla, yeterli varlığa sahip olmanın ispatı aranmamaktadır.[646] Yine, üye devletler, bu deklarasyonda belirli bir miktar gösterilmesini isteyemeyecektir.[647] Buna ek olarak, bir öğrencinin finansal durumu, kontrolünde olmayan sebeplerden ötürü zaman içinde değişebilecektir. Bu nedenle, o öğrencinin deklarasyonunun doğruluğu, yapıldığı zamana göre değerlendirilecektir.[648] Kaldı ki, bu koşul, yalnızca kamu fonlarına makul olmayan bir yük oluşturma hâlinde yerine getirilmemiş sayılacaktır.[649]

Kapsamlı sağlık sigortası koşulu, ev sahibi üye devlette kapsamlı bir sağlık sigortasına sahip olmayı ifade etmektedir.[650] Burada özel sigorta ya da ev sahibi üye devletteki veya herhangi bir yerdeki sosyal sigorta yeterlidir.[651] Bu koşulla ilgili

---

[643] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 861.

[644] Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/c). Bu fıkra, esas olarak, "ev sahibi üye devletçe yasaları ya da idari uygulamaları temelinde onaylı ya da finanse edilen bir özel ya da kamu kurumunda mesleki eğitim de dahil olmak üzere bir öğrenim kursu takip etmek amacıyla kayıtlı olmak"tan bahsetmektedir. Öğrencilere dair finansal hükümler ile ilgili Komisyon değerlendirmesi için bkz. Case C-424/98 *Commission v Italy* [2000] pr. 40, 45.

[645] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/c).

[646] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 506.

[647] **2004/38 sayılı Direktif** md. 8(3).

[648] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 45.

[649] Bkz. Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 44; **2004/38 sayılı Direktif** md. 14(3); **ARNULL–*et. al.***, s. 668; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 457–458.

[650] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b). Krş. **2003/109 sayılı Direktif** md. 5(1).

[651] Bkz. **WHITE, (2004),** s. 125.

Baumbast davasında Bay Baumbast ve ailesi, Almanya'da kapsamlı bir sağlık sigortası yaptırmıştır. Buna karşın, İngiliz makamları, bu sigortayı acil tedavileri içermemesi gerekçesi ile kapsamlı bulmamaktadır.[652] Divana göre sağlık sigortası koşulu, Birlik hukukunun sınırları içinde ve hukukun genel ilkeleri ve özellikle orantılılık ilkesi göz önüne alınarak uygulanmalıdır. Bu doğrultuda alınan ulusal önlem, güdülen amaca erişmek için gerekli ve uygun olmalıdır.[653] Burada salt sağlık sigortasının acil tedavileri kapsamaması nedeniyle ikâmet izni vermemek, ABİHA md. 21(1)'deki bu hakkın kullanılmasına orantısız bir müdahaledir.[654]

Öyleyse, varılan nokta, şu şekilde özetlenebilir: Serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, kurucu antlaşmadan kaynaklanmaktadır. Burada, ikâmet hakkına yönelik ikincil hukuktaki sınırlama ve koşullar, orantılı biçimde yorumlanacak ve uygulanacaktır.[655] Nitekim Divan, bir bireyin Birlik vatandaşı statüsüne vurgu yaparak, bir başka ifadeyle vatandaşlık prensibini kullanarak, bu koşulları sınırlandırmakta ve böylece, bugün için aranan koşullar, *yeterince* yeterli varlık ve sağlık sigortası olmaktadır.[656] Bu nitelikteki koşulların sağlanıp sağlanmadığı ise, ev sahibi üye devlet yetkili otoritelerince duruma göre değerlendirilecektir.[657]

ccc. Tali Haklar: Sosyal Haklar

Buradaki sosyal haklar, bir yandan 2004/38 sayılı Direktif ile düzenlenirken; öte yandan Birlik vatandaşları, üye devletlerin yetkilerini kullanırken Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına riayet etmesi gerekliliği neticesinde kimi haklara kavuşmaktadır.

---

[652] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 89.

[653] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 91.

[654] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 92–93.

[655] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 853; **BARNARD, (2010),** s. 510.

[656] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 510; **DOUGAN–SPAVENTA,** s. 705–706; **GUILD, (2004),** s. 58; **JACOBS, (2007),** s. 596.

[657] Bkz. **DOUGAN–SPAVENTA,** s. 706; **O'LEARY, (2008),** s. 14.

2004/38 sayılı Direktif, 'Eşit Muamele' başlıklı bir hüküm getirmektedir:[658]

> 1. Kurucu antlaşma ve ikincil hukuk ile açıkça öngörülen spesifik hükümlere tâbi olarak, bu Direktif temelinde ev sahibi üye devlet ülkesinde mukim her Birlik vatandaşı, kurucu antlaşmanın kapsamı içinde o üye devlet vatandaşları ile eşit muameleden yararlanır. …
>
> 2. Birinci fıkraya istisna olarak, ev sahibi üye devlet, ikâmetin ilk üç ayı süresince veya alakalı ise [iş arayanlarla ilgili] daha uzun dönemde sosyal yardıma hak kazandırmakla ya da daimi ikâmet hakkının elde edilmesi öncesinde işçiler, serbest çalışanlar, bu statüyü muhafaza edenler ve onların aile üyeleri dışındaki kişilere mesleki eğitimi içerecek biçimde öğrenci bursu ya da öğrenci kredisi olarak çalışmalar için geçim yardımı vermekle yükümlü tutulamaz.

Öyleyse, kural olarak, ev sahibi üye devlette hukuka uygun olarak ikâmet eden her Birlik vatandaşı, sosyal haklar yönünden eşit muamele hakkına sahiptir. Buna karşın, bir üye devlet, ikâmetin ilk üç ayı ya da iş arayanlar yönünden iş arama süresince sosyal yardım hakkı vermeyebilir. Yine, bir üye devlet, daimi ikâmet yoksa, Birlik vatandaşı bir öğrenciye mesleki eğitimi de dahil olmak üzere, eğitim ile ilgili burs ya da kredi vermeyebilir.

Kimi sosyal haklar ise, üye devletlerin Birlikteki serbest dolaşım hükümlerine riayet etmesi sonucu doğmaktadır. Buna göre herhangi bir konu, Birlik hukukunun bulunduğu aşamada üye devlet yetkisinde kalsa bile; üye devletler, bu yetkiyi kullanırken Birlik hukukuna (her Birlik vatandaşının serbest dolaşım ve ikâmet

[658] 2004/38 sayılı Direktif ile ayrımcılık yasağı başka bir biçimde ifade edilip, 'eşit muamele' hakkı denilerek daha pozitif bir dil tercih edilmiştir. Bu dilin vatandaş olmayan kişilere verilecek hakların kapsamını etkileyip etkilemeyeceği şu an için belirsizdir. Bkz. **SHAW–*et.al.,*** s. 300.

hakkına) uymakla yükümlüdür.[659] Bundan ötürü, bir Birlik vatandaşı, birçok sosyal yarara erişebilmektedir.[660]

Sosyal haklar, duruma göre ya ev sahibi üye devlet ya da köken üye devletten talep edilmektedir.[661] İlk hâlde, Birlik vatandaşı, bir üye devlette hukuka uygun olarak ikâmet ediyorsa, eşit muamele ilkesine istinat ederek, sosyal haklara erişebilecektir.[662] Bu açıdan, hukuka uygun bir ikâmet, ya ulusal hukuktan[663] ya da Birlik hukukundan[664] kaynaklanabilecektir.[665] Konuyla ilgili olarak, *Grzelczyk* kararı iyi bir örnektir.[666] Buna göre:

---

[659] Case C-135/99 *Elsen* [2000] pr. 33; Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 25; Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 22.

[660] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 46. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 668; **BOELES–*et.al.*,** s. 84; **ROGERS–SCANNEL,** s. 49; **VON BOGDANDY, ARMIN,** "EGV Art. 12 Diskriminierungsverbot (Nizza-Fassung)", **(Eds.) GRABITZ, EBERHARD–HILF, MEINHARD,** *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 36.

[661] Bkz. **DOUGAN, MICHAEL,** "Cross-border Educational Mobility and Exportation of Student Financial Assistance", *European Law Review*, Cilt: 33, No: 5, 2008 (a), s. 726; **DOUGAN, MICHAEL,** "Expanding the Frontiers of European Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–ODUDU, OKEOGHENE,** *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 134–135.

[662] Bkz. **LENAERTS, KOEN–HEREMANS, TINNE,** "Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 2, 2006, s. 104.

[663] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 61, 63; Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 37. Böylelikle Divan, ABİHA md. 21 ile atıf yapılan sınırlamalar ile karşı karşıya gelmekten de kurtulmaktadır. Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 860; **STRUMIA,** s. 721, 726.

[664] Bkz. Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 46. Bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet Hakkı", s. 131.

[665] Bkz. **BOELES–*et.al.*,** s. 86; **CYGAN, ADAM–SZYSZCZAK, ERIKA,** "EU Citizenship", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 55, 2006, s. 981. Peki, bir ikâmet, ne zaman hukuka uygundur? Burada, iki varsayımdan hareket edilebilir: Birlik vatandaşı, bir başka üye devlete giriş yaptığı andan itibaren, aksine kimi kanıtlar olmadığı müddetçe, ABİHA md. 21 ya da ulusal hukuk uyarınca hukuka uygun ikâmet etmektedir. Yine, bir üye devlet, belirli bir süre fiilen ikâmet eden bir Birlik vatandaşının hukuka aykırı ikâmet ettiğini gösterirken zorlanacaktır. Bkz. **WHITE, (2005a),** s. 892. Yine Spaventa'ya göre her Birlik vatandaşı, ev sahibi üye devlet vatandaşları ile eşit muamele görmek için

"Birlik vatandaşlığı, … vatandaşlığa bakılmaksızın kendilerini aynı durumda bulan kişilerin hukuken aynı muameleyi görmesini sağlayarak üye devlet vatandaşlarının *temel statüsü olacak*tır."[667]

Bu bakımdan, buradaki ilgili Direktif:

"özellikle, ikâmet hakkından yararlanan kişinin karşılaştığı zorluklar geçici nitelikte ise, ev sahibi üye devlet vatandaşı ile diğer üye devlet vatandaşları arasında *belirli bir ölçüde finansal dayanışma*yı benimsemektedir."[668]

Ayrıca, *Bidar* kararı, bu konuyu bütünlemektedir. Buna göre, öğrenci yardımı ile ilgili olarak:

"bu tür bir yardımı, yalnızca o devletin toplumu ile *belirli bir derece bütünleşme* gösteren öğrencilere vermesi, bir üye devlet için meşrudur."[669]

İkinci hâlde, bir Birlik vatandaşı, birtakım sosyal yararları köken devletinden de talep edebilecektir. Söz gelişi, *De Cuyper* kararına göre:

"… salt bir başka üye devlette dolaşım ve ikâmet serbestîlerini kullanmalarından ötürü belirli vatandaşlarını dezavantajlı konuma sokan ulusal düzenlemeler,

---

ABİHA md. 18'e dayanabilirken; sosyal haklar yönünden bu hükmü ileri sürmek, yalnızca hukuka uygunm mukim Birlik vatandaşları için olanaklıdır. Zira, böyle bir gereklilik, ya ikâmet edenler ve etmeyenlere ait durum karşılaştırılabilir olmadığı için eşit muamele ilkesini hiç ihlal etmemektedir ya da üye devletler için meşru bir sebep oluşturmaktadır. **SPAVENTA, (2008),** s. 29–30.

[666] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001]. Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. "b. Birlik Vatandaşlığı", s. 201.

[667] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[668] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 44. (*Vurgu* eklenmiştir.) Kimilerine göre buradaki 'belirli bir ölçüde finansal dayanışma', *Baumbast* kararındaki orantılılık ilkesinin kullanımı ile oldukça benzeşmektedir. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 458; **O'GORMAN, RODERIC,** "The Proportionality Principle and Union Citizenship", *Mitchell Working Paper Series*, No: 1, 2009, s. 5; Opinion of AG Geelhoed in Case C-209/03 *Bidar* [2005] pt. 32.

[669] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 57. (*Vurgu* eklenmiştir.) O hâlde, bir toplum, artık, dayanışmayı yalnızca kendi vatandaşları ile sınırlayamayacak; bilakis, o toplum ile yeterli derecede bütünleşme gösteren tüm kişilere genişletecektir. **LENAERTS–HEREMANS,** s. 107.

[ABİHA md. 21] ile her Birlik vatandaşına tanınan serbestîler üstünde bir kısıtlama oluşturur."[670]

İşte, örneğin böyle bir durumda bir sosyal yarar, sadece nesnel olarak haklı gösterilebilir ve orantılılık ilkesine uygun ise ikâmet koşuluna bağlanabilir.[671] Aksi hâlde, sosyal yararlar, köken üye devlet tarafından kendi ülkesi dışındaki kişilere de verilecektir.[672]

Öyleyse, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile sosyal haklar arasındaki ilişki şu şekilde özetlenebilir. Öncelikle, Birlik hukukunun temel ilkesi, sosyal güvenlik sistemine dayanan kişilere köken üye devletin bakmasını gerektirmektedir.[673] Bu açıdan, yerine göre, bir üye devletteki sosyal yarar, dışarıya aktarılabilecektir.[674] Yine, Birlik vatandaşı, ev sahibi üye devletin yapısı ile yeterli derecede bütünleşmiş ise, eşit muamele ilkesi uyarınca sosyal hak kazanabilecektir.[675] Bu bakımdan, Birlik vatandaşı ile ev sahibi üye devlet arasında belirli bir "bağlama ya da bütünleşme" ve/veya "gerçek

---

[670] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 39. Bu kararın incelemesi için bkz. **COUSINS, MEL,** "Citizenship, Residence and Social Security", *European Law Review*, Cilt: 32, No: 3, 2007, s. 386–395.

[671] Bkz. Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 16, 40, 48.

[672] Bkz. Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 51; Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 40. Bu durum, ulusal sosyal güvenlik sistemlerindeki yerleşik uygulamanın aksinedir. (Bkz. **DOUGAN, (2008a),** s. 724.) Batı Avrupa'daki sosyal güvenlik sistemi açısından içeridekileri ve dışarıdakileri belirleyen temel kriterler, vatandaşlık ve bölgeselliktir. Bu kriterler, Birlik hukuku uyarınca önce ekonomik olarak etkin kişiler, sonra da ekonomik olarak etkin olmayan kişilere ilişkin olarak aşındırılmaktadır. (Bkz. **DOUGAN, (2009),** s. 119, 120.) Ayrıca, Dougan'a göre *Morgan and Bucher* kararı uyarınca bir üye devlet, sosyal bir yarar üstündeki bölgesel engeli muhafaza etmek ile kaldırmak arasında bir karar verirken, geçmişte ya da sürmekte olsun, ulusal topluluk ile hem ekonomik hem de ekonomik olmayan bağlara yeteri derecede ağırlık vermelidir. (**DOUGAN, (2008a),** s. 735.)

[673] Opinion of AG Geelhoed in Case C-456/02 *Trojani* [2004] pt. 70.

[674] Bkz. **DOUGAN, MICHAEL,** "Legal Developments", *Journal of Common Market Studies*, Cilt: 45, 2007, s. 126, 129–131. Böylelikle, göçmenler, bir başka ülke ile anlamlı bağlar kurmaya çabalarken; köken toplumlarından destek alacakları bir geçiş dönemine kavuşabilecektir. Bkz. **DOUGAN, (2009),** s. 135. Dougan'a göre bir kişi, köken üye devletine karşı serbest dolaşım hakkını ileri sürerek sosyal hak talep etse bile, "gerçek bağ" ya da ona denk bir dil yine de kullanılmaktadır. **DOUGAN, (2008a),** s. 733.

[675] Bkz. **GUILD, (2007),** s. 37; **WHITE, (2005a),** s. 900.

bir bağ" bulunmalıdır.[676] Bu bağ, belirli bir süre hukuka uygun ikâmet etmek, bir ikâmet iznine sahip olmak ve/veya bir kişinin kişisel durumu göz önüne alınarak belirlenecektir.[677] Bu tür bir gerçek bağ arayışı, aslında, kimi üye devletlerin sosyal fayda turizmi endişelerini gidermek yönünden adil ve etkili bir yoldur.[678] Böylelikle Divan, ABİHA md. 21'in sosyal fayda turizmi için bir 'güvenli geçiş belgesi' olamayacağını açıklığa kavuşturmuştur.[679] Ayrıca, sosyal haklarla ilgili içtihat hukuku, sosyal bir vatandaşlığın doğuşuna işaret etmektedir.[680]

---

[676] Bkz. **DOUGAN, (2008a),** s. 725; **ELSMORE–STARUP,** s. 101; **GUILD, (2006),** s. 50; **JACOBS, (2007),** s. 596. Bu hâl, genel olarak, ya ikâmet ya da istihdam pazarı ile bağ şeklinde ortaya çıkacaktır. O hâlde, bu yaklaşım, Avrupa bütünleşmesine karşıt biçimde ulusal egemenliğin baskın olduğu bir gerekçelendirmeyi ihtiva etmektedir. Bkz. **GUILD, (2006),** s. 50; **GUILD, (2007),** s. 38. İkâmet için bkz. Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 43. İstihdam pazarı ile bağ için bkz. Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 38. "Gerçek bağ" ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Vatsouras and Koupatantze* [2009] pr. 38, 41; Case C-213/05 *Geven* [2007] pr. 22, 28; Case C-212/05 *Hartmann* [2007] pr. 33, 36; Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 30, 33, 36; **DOUGAN, (2008a),** s. 736; **DOUGAN, (2009),** s. 152–162.

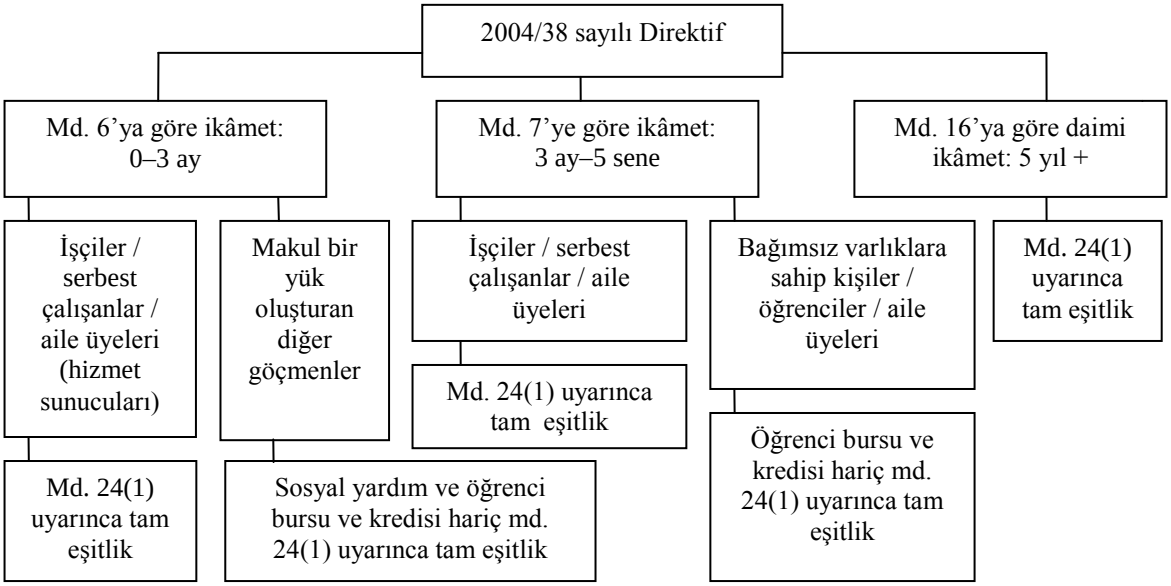
[677] Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 43; Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 61, 62. Bkz. **JACOBS, (2007),** s. 595; **LENAERTS–HEREMANS,** s. 107; **ROGERS–SCANNEL,** s. 52–53; **SPAVENTA, (2008),** s. 40; **TOTH,** s. 466–467.

[678] Bkz. **WHITE, (2005a),** s. 905. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 453; **DOUGAN–SPAVENTA**, s. 709. Öyleyse, AB vatandaşının ev sahibi üye devletteki sosyal haklardan yararlanması, vatandaşlık statüsünün yanı sıra o devlette belirli bir süre ikâmet ederek, o topluluğun bir üyesi olma niyetini gösterdiği için doğacaktır. Bkz. **STRAZZARI,** s. 40.

[679] **LENAERTS–HEREMANS,** s. 105. Bu bakımdan, üye devletler, orantılılık ilkesinin izin verdiği sınırlar dâhilinde sosyal yardım sistemlerine hak kazanma ve böylece ulus-ötesi erişmeye dair koşullar üstünde hâlen sıkı bir kontrol yapabilmektedir. Bkz. **GIUBBONI,** s. 371. Bkz. "bbb. Serbest Dolaşım ve İkâmet Hakkı", s. 45.

[680] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 453; **HAILBRONNER, (2006),** s. 73; **GOLYNKER, (2005),** s. 112; **ILIOPOULOU, ANASTASIA–TONER, HELEN,** "Case C-184/99, *Rudy Grzelczyk* v. *Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, with Annotation by A. Iliopoulou and H. Toner", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 620; **WIND,** s. 240, 259. Yine, Reich ve diğerlerine göre *Grzelczyk* kararı, üye devlet vatandaşlarının sosyal yararlara erişimini sağlayarak vatandaşlığın pozitif bir unsur

Şekil 5: 2004/38 sayılı Direktif uyarınca İkâmet ve Eşitlik[681]



Bu meyanda, Divanın ABİHA md. 21'e ilişkin yorumu ile 2004/38 sayılı Direktif, sosyal haklar yönünden birbiri ile tam örtüşmüyor gibi gözükmektedir.[682] Strazzari, bu konuyu özetlemektedir:

> "[2004/38 sayılı Direktif], kullanılabilir sosyal yararların aralığını AB göçmeninin ekonomik statüsüne göre sınırlayarak, eşit muamele yönünden kategori-temelli bir yaklaşım benimsemektedir. Buna karşın, [konuyla ilgili Divan içtihadı], orantılılık testine göre her bireyin kişisel koşullarının değerlendirilmesini gerektirerek, Divanın tavrının daha esnek olduğunu akla getirmektedir."[683]

---

içerdiğini göstermektedir. **REICH–*et. al.*,** s. 74. Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 858–868; **GUILD, (2004),** s. 66; **HANDOLL, (2006),** s. 175; **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1615. Krş. dn. 513.

[681] Bu Şekil, **BARNARD, (2010),** s. 435'ten alınmıştır.

[682] Bkz. "Şekil 5: 2004/38 sayılı Direktif uyarınca İkâmet ve Eşitlik", s. 141. Konuyla ilgili olarak bkz. **DOUGAN, (2006),** s. 628–633. Ayrıca bkz. **GIUBBONI,** s. 362, 365, 366–367, 368.

[683] **STRAZZARI,** s. 41.

Öğrencilere ilişkin içtihat hukuku, bu noktada açıklayıcıdır.[684] 2004/38 sayılı Direktif uyarınca Birlik vatandaşı öğrenci, bir üye devlette beş sene daimi ikâmet ederse, öğrenci bursu ya da kredisine hak kazanacaktır.[685] Bu Direktif öncesindeki *Bidar* kararına göre ise bir üye devlette hukuka uygun mukim öğrenci Bay Bidar, eğitim için geçim yardımı yönünden ayrımcılık yasağına dayanabilmiştir.[686] Burada, bir kişi, ilgili yardımı alabilmek için ilk akademik yılın ilk günü ve bundan önceki üç yıl boyunca o devlette ikâmet etmelidir.[687] Bununla birlikte, bu şart, Birlik hukukuna aykırıdır; çünkü, ev sahibi devlet ile yeterli bağ oluşturmuş hukuka uygun mukim kişiyi ilgili yardım yönünden eleyerek, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[688] *Förster* davasında da Hollanda'da hukuka uygun mukim öğrenci Bayan Förster, geçim yardımı ile ilgili olarak ayrımcılık yasağını ileri sürebilmiştir.[689] Bununla birlikte, ulusal hukuk uyarınca geçim yardımına hak kazanmak için aranan beş sene ikâmet etme koşulu, Birlik hukuku ile uyumlu bulunmuştur.[690]

İşte, Divanın bu yaklaşımı, yani ekonomik etkinlik sürdürmeyen Birlik vatandaşına kimi hâllerde sosyal yararlara erişim imkânı tanıması, üç farklı açıdan gerilime yol açmaktadır. Bir taraftan, Birlik vatandaşının sosyal yardım başvurusu ile ikâmet izni arasında gerilim vardır. Bu yönden, Birlik vatandaşı, sosyal yardım talebi yapıyorsa, bu kişinin yeterli varlığa sahip olması koşulu ile ilgili şüpheler uyanacaktır.

---

[684] Bkz. **GOLYNKER, OXANA,** "Student Loans: The European Concept of Social Justice According to Bidar", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 3, 2006, s. 397, 401.

[685] **2004/38 sayılı Direktif** md. 24.

[686] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 37. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 292; **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 872. Öyleyse, salt öğrenci statüsüne sahip kişiler, bu yardımdan yararlanamayacaktır. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 680, 681. Yine Dougan'a göre *Bidar* davasındaki gibi bir uyuşmazlık 2006 yılında ortaya çıksa idi; 2004/38 sayılı Direktif, Divanca benimsenen yaklaşımı ve varılan sonucu muhtemelen önleyecekti. **DOUGAN, (2006),** s. 631.

[687] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 52.

[688] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 63.

[689] Case C-158/07 *Förster* [2008] pr. 36, 38, 41.

[690] Case C-158/07 *Förster* [2008] pr. 60. Ayrıca bkz. **GUILD, (2007),** s. 38.

Bu açıdan, bir üye devlet, bir kişinin sosyal güvenlik sistemine başvurması nedeniyle o kişi hakkında sınır dışı işlemi yapamayacaktır.[691] Bununla birlikte, bu hüküm, Birlik vatandaşlarının ikâmet statülerini riske atmaksızın yararlarla ilgili olarak eşit muamele hakkını kullanabilecekleri konusunda onlara güven vermemektedir.[692] Diğer taraftan, üye devlete ait sosyal güvenlik sistemi gerilime maruz kalmaktadır. Bu açıdan, üye devletler, ulusal ya da Birlik hukukuna uygun ikâmet ile sosyal yararlara erişime kapı aralayan içtihat hukuku karşısında daha sıkı uygulamalar benimseyebilecektir.[693] Örneğin, Douglas-Scott'a göre üye devletler, kuşkulu statüdeki vatandaş olmayan kişilerin sınır dışı edilmesi ya da sosyal güvenlik sistemi uyarınca verilen yararların düzeyinin azaltılması ve benzeri kimi tepkiler verebilecektir.[694] Öteki taraftan, AB açısından kurumsal düzeyde bir gerilimden bahsetmek mümkündür. Buna göre Divan, kararları ile Komisyon, Konsey (bir bakıma üye devletler) ve AP arasında uzlaşı olan 2004/38 sayılı Direktif hükümlerinden ayrılmaktadır.[695]

Son olarak, Birlik karar alıcıları, sosyal yararlara ilişkin bahsedilen sıkıntıları giderirken, aynı zamanda sosyal vatandaşlık kavramını güçlendirebilecektir. Bu açıdan, ABİHA md. 21(3) uyarınca "Konsey, özel yasama usulü ile hareket ederek, sosyal güvenlik veya sosyal koruma ile ilgili önlemler kabul edebilir. Konsey, [AP]'ye danıştıktan sonra oybirliği ile karar alacaktır".[696] Bu meyanda, sosyal yararlara ilişkin ABD uygulaması, AB için bir seçenek sunabilmektedir. ABD'deki uygulamaya göre sosyal yararlara ait yükler, federe devletler ile federal devlet arasında paylaşılırken; ABD vatandaşlığı, tek bir merkezden verilmektedir.[697] AB açısından ise, her ne kadar

---

[691] **2004/38 sayılı Direktif** md. 14(3).

[692] Bkz. **GUILD, (2006),** s. 48.

[693] Bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 477.

[694] Bkz. **DOUGLAS-SCOTT, (1998),** s. 64.

[695] Bkz. **STRAZZARI,** s. 39; **HAILBRONNER, (2005),** s. 1257.

[696] Bkz. **ABTHŞ** md. 34.

[697] Bkz. **GIUBBONI,** s. 373, 374; **SCHRAUWEN,** s. 789–790. Ayrıca bkz. Supreme Court of the Unites States, *Edwards v People of State of California*, 314 US 160.

Birlik vatandaşlığının bir elden verilmesi şu an için olası gözükmüyorsa bile;[698] sosyal yararlara ait yüklerin Birlik düzeyinde paylaşılması daha yüksek bir ihtimaldir. Buna karşın, böyle bir düzenleme, ABİHA md. 21(3) uyarınca oybirliği gerektirmektedir. Bu da, bu konuda karar almayı oldukça güçleştirmektedir.

ddd. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Bu serbestî ile tanınan haklar, kötüye kullanılmamalıdır.[699] Konuyla ilgili olarak, 2004/38 sayılı Direktif, 'Hakkın Kötüye Kullanılması' başlıklı bir maddeye yer vermektedir:

> Üye devletler, çıkar evliliği gibi hakkın kötüye kullanılması veya hilekârlık hâllerinde bu Direktif ile verilen herhangi bir hakkı reddetmek, sonlandırmak veya geri almak için gerekli önlemleri kabul edebilir.[700] Bu türdeki herhangi bir önlem, orantılı ve [bu Direktif'teki] usuli korumalara tâbi olmalıdır.[701]

Burada, *Zhu and Chen* davası örnek gösterilebilir.[702] Bu davada İngiltere'ye göre Çinli Bayan Zhu, salt çocuğunun İrlanda vatandaşı olması amacıyla ülkesine gelmiştir. Bu, Birlik hukuku hükümlerinin uygunsuz bir biçimde kötüye kullanılması girişimidir.[703] Bununla birlikte, Divana göre Bayan Chen, Birleşik Krallık'ta uzun süreli ikâmet etmeyi sağlayabilmek için çocuğunun bir üye devlet vatandaşlığı almasını amaçladığını kabul etmektedir. Buna karşın, vatandaşlığın elde edilmesi ve kaybedilmesi koşulları, üye devletler tarafından belirlenmektedir ve dava tarafları, Bayan Chen'in kızı Catherine'nin İrlanda vatandaşlığı elde etmesinin hukuka

---

[698] Bu bakımdan, kurucu antlaşma değişikliklerine yönelik fikirler arasında Birlik vatandaşlığının ikâmet kriterine bağlanması yer alsa bile; bu fikir, kurucu antlaşmaya geçirilememiştir. Bkz. dn. 152.

[699] Konuyla ilgli olarak bkz. **BOELES–*et.al.*,** s. 61–62; **REICH, (2001),** s. 21–23.

[700] Bkz. Case C-109/01 *Akrich* [2003] pr. 50, 57.

[701] **2004/38 sayılı Direktif** md. 35. Bkz. C-127/08 *Metock and others* [2008] pr. 75. Engsig Sørensen'e göre bu hüküm, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin kodifikasyonudur. **ENGSIG SØRENSEN,** s. 438.

[702] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004].

[703] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 34.

uygunluğunu sorgulamamaktadır.[704] O hâlde, burada 'hakkın kötüye kullanılması' hâli yoktur.[705]

Öyleyse, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinin konu bakımından kapsamı açısından belirli nesne, etkinlik ya da hak yönü, şu şekilde özetlenebilir. Bir kere, her bir serbest dolaşım hükmü, pazara ya da serbest dolaşıma erişim ile vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkına yer vermektedir.[706] Buna karşın, serbest dolaşım hükümleri, bir tarafta mallar, sermaye, diğer tarafta kişiler ve Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım olmak üzere farklılık da taşımaktadır. Bu açıdan, ilk iki serbestî; mal ve sermaye gibi salt ekonomik değerlere ilişkin olup; bunlara yönelik kimi haklar tanırken; kişiler ile Birlik vatandaşlığı, 'insan' ortak paydasında buluşarak, ekonomik etkinlik sürdüren ve sürdürmeyen –gerçek ve (bazen) tüzel– kişilere kimi haklar tanımaktadır. Nitekim, mal ve sermayenin serbest dolaşımından farklı olarak, kişiler ile Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden göç hakkı ve tali haklar gibi aynı nitelikte kimi haklar söz konusudur. Bu nedenle de, bu serbestîlere ilişkin olarak ayrı ayrı tasarruflar yürürlükten kaldırılarak, bu konu, tek bir (2004/38 sayılı) Direktif ile düzenlenmektedir. Her iki tür serbestî ile tanınan haklardaki bu ortaklık nedeniyle özel hüküm – genel hüküm ilişkisi gündeme gelmektedir.[707] Buna göre Birlik vatandaşı, evleviyetle işçi, serbest çalışan, hizmet sunan veya alan olarak kimi haklara sahipken; bu sıfatları taşımasa bile Birlik vatandaşı olarak aynı haklara çoğu kez kavuşmaktadır.[708] Bu açıdan, Birlik vatandaşlığı, adeta boşlukları doldurmakta veya bir güvenlik ağı vazifesi görmektedir.[709] Buna karşın, ekonomik bir etkinlik

[704] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 36–38.

[705] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 41.

[706] Bkz. "I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı", s. 171.

[707] Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 37.

[708] Bkz. **WHITE, (2005a),** s. 901.

[709] Bkz. Case C-318/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 124. Ayrıca bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 700; **NIC SHUIBHNE, NIAMH,** "The Outer Limits of EU Citizenship: Displacing Economic Free

sürdürenler, sürdürmeyenlere nazaran hâlen Birlik hukuku uyarınca daha geniş haklardan yararlandığından; bu tür bir sıfatı haiz olmak önemini korumaktadır.[710]

Peki, buraya kadarki açıklamalara göre Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşımlar arasındaki etkileşim nasıl olmuştur? Öncelikle, iç pazardaki serbest dolaşıma dair uygulamadaki yerleşik pratikler, zaman içerisinde Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma ilişkin uygulamaya aktarılmıştır. Bu bakımdan, (pazara) serbest dolaşıma erişim ve ayrımcılık yapılmamasının sağlanmasının[711] yanı sıra serbest dolaşıma dair hakların esasen birincil hukuktan doğması –yani, ikincil hukuk ile yalnızca ayrıntılandırılması–, bir konu üye devlet yetkisinde kalsa bile o konuyla ilgili önlemin Birlik hukuku ile uyumlu olmasının aranması[712] ve bir hakkın kötüye kullanılmaması gibi yerleşik pratikler, artık Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden de aranmaktadır. Böylelikle, serbest dolaşıma dair kuralların uygulanmasına ait belirli bir uygulanma düzeninden bahsedilebilmektedir.

Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ise, ilkin, Birlik karar alıcılarının kişilerin serbest dolaşımı alanını gözden geçirmesine sebep olmuştur.[713] Birlik karar alıcıları, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikâmet hakkı ile ilgili tek ve bütünlüklü bir çerçeve sunan ve içtihat hukukunu yansıtan 2004/38 sayılı Direktif

---

Movement Rights?", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–ODUDU, OKEOGHENE,** *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 171; **SOMEK,** s. 795; **STRUMIA,** s. 721.

[710] Bkz. **APAP–*et.al.*,** s. 10; **CASTRO OLIVEIRA,** s. 84; **DAVIES, G., (2003a),** s. 72; **HALL, (1995),** s. 115; **HANDOLL, (1995),** s. 59; **POLLARD,** s. 106–107; **SHAW–*et.al.*,** s. 284; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 175; **WHITE, (2004),** s. 138; **WHITE, (2005a),** s. 903, 904. Ayrıca bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 7. Bkz. **SHAW–*et.al.*,** s. 290; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 175; **WEATHERILL, (2006),** s. 488.

[711] Bkz. "İkinci Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı, Tahdidin Özellikleri ve Serbestî Hükümlerinin Muhatapları", s. 171.

[712] Bkz. **VAN DER MEI, (2003),** s. 49, 53.

[713] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 665; **BARNARD, (2010),** s. 225; **RENNER,** (Zweiter Teil Freizügigkeitsgesetz / EU–Vorbemerkung) Rn. 2.

kabul etmiştir.[714] Bu Direktif, söz konusu serbest dolaşım ve ikâmet hakkını vatandaşlık kavramı çerçevesinde uyarlayarak, "kavramsal bir U dönüşü" getirmektedir.[715] Nitekim, odak noktasındaki bu değişim, başlıca beş yeni özellikte kendini göstermektedir: 2004/38 sayılı Direktif, (1) serbest dolaşım haklarına ilişkin işçiler, öğrenciler gibi kategorileşmeyi kaldırmıştır; (2) ev sahibi üye devlette daimi ikâmet hakkı dâhil olmak üzere dolaşım için daha esnek koşullar getirmiştir; (3) giriş ve ikâmet hakkı ile bağlantılı idari formaliteleri basitleştirmiş ve geliştirmiştir; (4) aile üyeleri kavramını genişletmiştir; (5) sınır dışı etmeye karşı daha güçlü bir koruma ile daha fazla usuli güvence ve yargısal telafi yolu getirmiştir.[716] Böylelikle, kişilerin serbest dolaşımı, Birlik vatandaşlığı perspektifi ile yeniden kaleme alınmıştır.

Yine, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile belirli nesne, etkinlik ya da hak açısından kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamı genişlemektedir.[717] İlk olarak, mallar ile sermayenin serbest dolaşımı hükümleri, bir kişinin bir üye devletten bir başka üye devlete gitmesi yönünden bir hak vermezken;[718] artık her Birlik vatandaşı,

---

[714] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 665. Bununla birlikte, Birlik vatandaşlarının dolaşım ve ikâmet hakkının 'tüzük' yerine 'direktif' ile düzenlenmesi eleştirilmektedir. Bkz. **POLLARD,** s. 118; **STEINER–*et. al.*,** s. 408, 409. 2004/38 sayılı Direktifin uygulanması ile ilgili olarak bkz. **CARRERA, SERGIO–FAURE ATGER, ANAÏS,** "Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement: A Proliferation of Different Forms of Citizenship?", *CEPS Special Report*, April 2009, s. 1–23.

[715] Bkz. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1623–1624. Ayrıca bkz. **DE ZWAAN,** s. 253.

[716] **CARRERA,** s. 711–715. Bkz. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1623–1624; **REICH, (2005),** s. 683–684. Buradaki (2) ile (3) ile ilgili olarak bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet Hakkı", s. 131. (4) ile ilgili olarak bkz. "bbb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımından Yararlanan Kişinin Aile Üyesi Olmak", s. 86. (5) ile ilgili olarak bkz. "aa. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Genel Sağlık", s. 358. "b. Usuli Güvenceler", s. 377.

[717] Bkz. **JACOBS, (2007),** s. 593.

[718] Bkz. **TRYFONIDOU, ALINA,** "Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms", *European Law Review*, Cilt: 35, No: 1, 2010, s. 43. Krş. Case C-362/88 *GB-INNO-BM* [1990] pr. 8 (Malların serbest dolaşımı, tacirlerin yanı sıra bireyleri de ilgilendirmektedir. Bir üye devlette

böyle bir hakka sahiptir. Söz gelimi, bir Avusturya vatandaşı, mal satmak ya da yatırım yapmak için Almanya'ya gitmek istiyorsa, söz konusu serbestîler böyle bir hakkı kendisine vermezken; bu hak, bu kişinin Birlik vatandaşı olması hasebiyle, artık ona tanınmaktadır.

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, asıl olarak, kişilerin serbest dolaşımı alanını etkileyerek, ekonomik temelden öteye geçen bir genişlemeye yol açmaktadır. Bir kere, her Birlik vatandaşı, artık ekonomik herhangi bir bağ aranmaksızın bir başka üye devlette üç aya kadar ikâmet edebilecektir.[719] Dahası, Birlik vatandaşı, bir devlette beş yıl ikâmet edince orada daimi ikâmet hakkına sahip olacaktır.[720] Buna karşın, üç ay ile beş yıl arasındaki dönem için bir Birlik vatandaşı, işçi ya da serbest çalışan değilse; ancak yeterli varlık ve kapsamlı sağlık sigortası koşullarını taşıyorsa ikâmet hakkından yararlanacaktır.[721] Bu bakımdan, 1990'daki üç Direktif ile aranan koşullar, 2004/38 sayılı Direktif ile değişmese bile; bu koşullar, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım kurucu antlaşmaya girdiğinden beri, yargısal denetime tâbi tutularak, kişisel keyfiyet ışığında orantılılık incelemesinden geçmektedir.[722]

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, ekonomik kökten yoksun olması neticesinde, bilhassa ayrımcılık yasağı açısından oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu açıdan, ekonomik nitelikte olmayan bir dolaşım, artık bir durumu kurucu antlaşmanın uygulama alanı içinde bırakmaya yetmektedir. Bundan ötürü, neredeyse her ulusal önlem, kurucu antlaşmanın uygulama alanı içindedir.[723] Söz gelişi, bir evin kiralanması ya da satın alınmasının yanı sıra ev sahibi devletin ekonomik,

---

yerleşik tüketiciler, özellikle sınır bölgelerinde bir başka üye devlet ülkesinde yerli nüfus ile aynı koşullar altında alışveriş yapmak için serbestçe seyahat edebilmelidir.); Case C-441/04 *Schmidt* [2006] pr. 9.

[719] **2004/38 sayılı Direktif** md. 6(1). Bkz. dn. 629.

[720] **2004/38 sayılı Direktif** md. 16(1). Bkz. dn. 522.

[721] **2004/38 sayılı Direktif** md. 7(1/b,c). Bkz. dn. 637.

[722] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 84, 85, 86, 91.

[723] Bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 478; **SPAVENTA, (2008),** s. 14.

siyasi, toplumsal ve kültürel hayatına katılım gibi dolaşım ve ikâmet serbestîsi ile bağlı tüm alanlar, bu serbestî kapsamındadır.[724] Öyleyse, herhangi bir haklı gerekçenin yokluğunda, bu tür bir alanda ayrımcı önlem muhafaza edilemeyecektir.[725]

Ayrıca, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, işçilerin serbest dolaşımı alanındaki (iş arayanlarla ilgili) içtihat hukukunun kısmen gözden geçirilmesi için vesile olmuştur. Divanın önceki içtihadına göre Birlik vatandaşı iş arayan kişiler, sosyal avantajlar ve vergi avantajları yönünden eşit muamele hakkını ileri sürememektedir.[726] Bununla birlikte, bu durum, Birlik vatandaşlığı ile birlikte değişmiştir.[727] Nitekim, *Collins* kararı uyarınca:

> "Birlik vatandaşlığının getirilmesi ve içtihat hukukunda Birlik vatandaşlarınca yararlanılan eşit muamele hakkının yorumu ışığında, … bir üye devletin iş pazarında istihdama erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan nitelikte bir finansal yardım artık [ABİHA md. 45(2)]'nin kapsamı dışında bırakılamayacaktır."[728]

---

[724] Bkz. **MAGIERA, SIGFRIED,** "Article 45", **(Ed.) MEYER, JÜRGEN,** *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, Rn. 9.

[725] Bkz. **DAVIES, G., (2003b),** s. 196; **VAN DER MEI, (2003),** s. 50.

[726] Case 316/85 *Lebon* [1987] pr. 26.

[727] Bkz. Case C-138/02 *Collins* [2004] pr. 64; Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 22. Bkz. **BİLGİN, ASLI,** "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı ile İş Arayan Kişilere Tanınan Sosyal Avantajlar", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 9, No: 2, 2010 (b), s. 15, 16. *Collins* kararının incelemesi için bkz. **GOLYNKER, (2005),** s. 111–122.

[728] Case C-138/02 *Collins* [2004] pr. 63. Divanın bu yorumu, 2004/38 sayılı Direktif ile de örtüşmemektedir. (Bkz. **DOUGAN, (2006),** s. 629–630; **ELSMORE–STARUP,** s. 99; **GOLYNKER, (2005),** s. 119, 122.) Bu Direktif uyarınca iş arayanlar, sosyal yardım yönünden eşit muamele görmeyi talep edememektedir. (**2004/38 sayılı Direktif** md. 24(2).) Nitekim, kurucu antlaşma hükmünün yorumu ile ilgili Direktif maddesi arasındaki uyum sorunu, *Vatsouras and Koupatantze* davasına konu olmuştur. Divana göre somut olaydaki istihdam pazarına erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan finansal nitelikteki yararlar, ulusal hukuktaki statülerinden bağımsız olarak, ilgili Direktif md. 24(2) anlamında 'sosyal

Buna göre iş arayan kişi, artık eşit muamele hakkını ileri sürebilecek ve söz gelimi bir sosyal yardım ikâmet koşuluna bağlı ise bu koşul, ancak nesnel olarak haklı gösterilebilir ve orantılı ise Birlik hukuku ile uyumlu sayılacaktır.[729] Böylelikle, serbest dolaşımlara ilişkin içtihat hukuku, kısmen bile olsa Birlik vatandaşlığı ışığında yeniden değerlendirilmektedir.

Son olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, dolaşım serbestîsi alanında zihniyet değişimi başlatmaktadır. Birlik vatandaşlığı ile birlikte, dolaşım serbestîsi alanındaki ekonomik paradigma sallanmıştır. Bu yönden, serbest dolaşımda ekonomik statü ile olan bağ gittikçe zayıflamaktadır.[730] Böylelikle, dolaşım serbestîsinin orijinal sınırları esnemekte ve ekonomik alandan sosyal alana doğru bir genişleme yaşanmaktadır.[731] Bu genişleme, esasında önemli bir perspektif değişimine işaret edip; bu değişim, AB'nin iç pazar kökeninden ne kadar uzağa hareket ettiğini de göstermektedir.[732] Bu bakımdan, Birlik, artık ekonomik bir girişimden fazlasıdır.[733]

Buraya kadar anlatılan belirli etkinlik, nesne ya da hakkın Birlik hukukunun uygulama alanında kalmasına ek olarak, bir durum, ancak o durumu Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir unsur varsa bu hukukun kapsamında kalacaktır. Bu husus, aşağıda ele alınmaktadır.

---

yardım' sayılamayacaktır. Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Vatsouras and Koupatantze* [2009] pr. 33–46. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 716–718.

[729] Case C-138/02 *Collins* [2004] pr. 66, 73; Case C-258/04 *Ioannidis* [2005] pr. 29.

[730] Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 83 vd.

[731] Bkz. **STRUMIA,** s. 717. Ayrıca bkz. **DOUGLAS-SCOTT, (1998),** s. 54.

[732] **BARNARD, (2010),** s. 225.

[733] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 671.

B. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama (Sınır Aşırı Unsur)

Konu bakımından kapsamın ikinci yönü, ilgili durumun konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalmaması ya da o durumu Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir unsur bulunmasından oluşmaktadır.

Hiçbir serbest dolaşım hükmü, ilgili durum konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalıyorsa kullanılamamaktadır.[734] Bir başka söyleyişle, temel serbestîler, tüm olayların yalnızca bir üye devlete hasredilebilmesi ve herhangi bir 'sınır aşırı unsur' barındırmaması nedeniyle AB hukuku ile bağlantısı olmayan durumlara uygulanmamaktadır.[735] Bununla birlikte, sınır aşırı unsur, esnetilebilmektedir: Söz gelimi, bir üye devlet vatandaşı, bir başka üye devlette belirli bir etkinlik sürdürmesinin ardından kendi köken devletine karşı serbestî hükümlerine dayanabilmektedir.[736] Buna karşın, Birlik hukuku, tamamen ülke içi ilişkilere uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâline sebebiyet vermektedir.[737] 'Tersine ayrımcılık', AB hukuku ile bir bağ taşıyan üye devlet vatandaşı, ürünü veya sermayesi veyahut da bir başka üye devlet vatandaşı, ürünü veya sermayesi AB hukuku aracılığıyla bir ulusal önleme karşı korunurken; o üye devlet vatandaşı, ürünü veya sermayesinin o ulusal önleme tâbi

[734] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 228; **BOELES–*et.al.*,** s. 75; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 346; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 137; **TRYFONIDOU, ALINA,** *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Great Britain, 2009 (a), s. 8.

[735] **RITTER, CYRIL,** "Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 5, 2006, s. 690. Bkz. **SEIDEL,** s. 242; **STEINER–*et. al.*,** s. 315; **OLIVER, PETER–ROTH, WULF-HENNING,** "The Internal Market and The Four Freedoms", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 429.

[736] Bkz. Case C-370/90 *Singh* [1992] pr. 23.

[737] Case 175/78 *Saunders* [1979] pr. 11; Joined Cases 35/82 and 36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] pr. 16; Case 180/83 *Moser* [1984] pr. 15. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 586; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 137; **MORTELMANS, KAMIEL,** "The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?", *Common Market Law Review*, Cilt: 35, 1998, s. 133; **TRYFONIDOU, (2009a),** s. 1–232.

tutulması dolayısıyla dezavantaja uğraması hâlinde ortaya çıkmaktadır.[738] Bu hâl, Birlik hukuku ile uyumlu kabul edilmektedir.[739]

Bunun yanı sıra, burada iki durum, birbirine karıştırılmamalıdır: Bir serbestî hükmü, tamamen ülke içi ilişki olarak görülen bir hâle uygulanmazken; Divan, böyle bir hâlde bile önkarar davası ile kendisine yöneltilen bir soruya yanıt verebilmektedir. Bu durum, önkarar prosedürünün özelliklerinden ileri gelmektedir.[740] Buna göre bir hâl, konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalsa bile; Divan, ulusal mahkemece yöneltilen bir soruyu yanıtlayabilmektedir.[741] İlkin, örneğin *Leur-Bloem* kararına göre eğer ulusal yasa koyucu, bir direktifin hükümlerini yerel hukuka aktarırken, tamamen ülke içi ilişkiler ile direktife tâbi tutulanlara aynı muameleyi uygulamayı seçerek yerel düzenlemelerini Birlik hukuku ile uyumlu hâle getirmişse; ihtilaflı durum doğrudan Birlik hukukuna tâbi olmasa da Birlik hukukunun yorumu yetkisi Divana aittir.[742] Yine, örneğin *Guimont* kararında Divana göre önkarar davası ile ulusal mahkemeye yanıt verilmesi; ulusal hukuk, bir başka üye devletteki üreticinin Birlik hukukundan kaynaklanan haklarından aynı durumdaki bir ulusal üreticinin de faydalanmasına izin

[738] Bkz. **RITTER,** s. 691. Ayrıca bkz. **PICKUP, DAVID M.W.,** "Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers", *Common Market Law Review*, Cilt: 23, 1986, s. 137; **O'NEILL–SANDLER,** s. 233; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-72/03 *Carbonati Apuani* [2004] pt. 55.

[739] Bkz. **DAUTRICOURT, CAMILLE–THOMAS, SEBASTIEN,** "Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All for Ulysses, nothing for Penelope?", *European Law Review*, Cilt: 34, No: 3, 2009, s. 433; **EHLERS,** s. 184; **HOBE,** s. 128; **JARASS,** s. 151; **WHITE, (2004),** s. 58.

[740] Genel olarak bkz. **ARSAVA, FÜSUN,** *Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2009.

[741] Genel olarak bkz. Opinion of AG Tesauro in Case C-346/93 *Kleinwort Benson* [1995] pt. 12–15; Opinion of AG Jacobs in Case C-28/95 *Leur-Bloem* [1997] pt. 24–39.

[742] Case C-28/95 *Leur-Bloem* [1997] pr. 34. Bkz. **MORTELMANS, (1998),** s. 134.

verilmesini gerektiriyorsa yararlı olabilecektir.[743] Bir başka deyişle, ulusal hukuk tersine ayrımcılık hâlini yasaklıyorsa, Divan ilgili Birlik normunun yorumunu yaparak ulusal mahkemeye bunu iletecektir.[744] Buna karşın, önkarar prosedürüne ilişkin bu durum, bir serbest dolaşım hükmünün tamamen ülke içi ilişki içinde kalan durumlarda kullanılamayacağı gerçeğini değiştirmemektedir.[745]

Aşağıda yer alan iç pazar serbestîleri ve Birlik vatandaşlığı, bu genel tespitler ışığında ve her bir serbestî özelinde ayrı ayrı incelenmektedir.

a. İç Pazar Serbestîleri

Burada, sırasıyla, malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına yer verilecektir.

aa. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34, tamamen ülke içi ilişki içinde kalan olaylara uygulanmamaktadır.[746] Zira bu hüküm, Birlik içi ticaret etki altında kalıyorsa uygulama alanı bulacaktır.[747] Öyleyse, yalnızca bir üye devlet içindeki ticaret akışını etkileyerek, üye devletler arasındaki ticareti engelleyici nitelikte olmayan kurallar, bu hüküm uyarınca yasak sayılmayacaktır.[748]

Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramı esnek yorumlanmaktadır. Bir kere, bir önlem, Birlik içi ticareti "doğrudan ya da *dolaylı*, hâlihazırda ya da *potansiyel* olarak" engelleyebilecek nitelikte ise, ABİHA md. 34 kapsamındadır.[749] Örneğin, *Pistre* kararına göre bu madde, bir davanın tüm vakaları tek bir üye devlete hasredilse bile

[743] Case C-448/98 *Guimont* [2000] pr. 23. Bkz. Case C-6/01 *Anomar* [2003] pr. 41; Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 26.

[744] Bkz. **RITTER,** s. 693, 695–696.

[745] Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 24–25.

[746] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 246.

[747] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5.

[748] Case 155/80 *Oebel* [1981] pr. 20; Case 286/81 *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij* [1982] pr. 9.

[749] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5. (*Vurgu* eklenmiştir.)

uygulanabilecektir.[750] Zira, bir önlemin uygulanması, özellikle o önlem yerli malların pazarlanmasını ithal malların zararına kolaylaştırıyorsa, üye devletler arasındaki malların serbest dolaşımı üzerinde etki doğurabilecektir. Öyleyse, bu tür bir önlem, yalnızca yerli üreticilere uygulansa bile, yerli ve ithal mallar arasında muamele farklılığı yaratarak Birlik içi ticareti en azından potansiyel olarak güçleştirmektedir.[751]

ABİHA md. 34, tamamen ülke içi ilişki içinde kalan olaylara uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâline sebebiyet verebilmektedir.[752] Buna göre yerli mallar, ithal mallar karşısında dezavantajlı duruma düşebilecektir.[753] İşte bu tür tersine ayrımcılık hâlleri, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.[754] Söz gelişi, bir üye devlette yerli üretim yağlara karşı ayrımcılık bulunsa bile; bu tür bir muamele farklılığı, yağ ithalatini hiçbir durumda kısıtlamıyor veya ithal yağların pazarlanmasına halel getirmiyorsa, bu türdeki ulusal önlem, bu hükmü ihlal etmemektedir.[755]

bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Konuyla ilgili olarak; işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı bu sırayla ele alınacaktır.[756]

---

[750] Joined Cases C-321/94, C-322/94, C-323/94 and C-324/94 *Pistre, Barthes, Milhau and Oberti* [1997] pr. 44.

[751] Joined Cases C-321/94, C-322/94, C-323/94 and C-324/94 *Pistre, Barthes, Milhau and Oberti* [1997] pr. 45.

[752] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 608.

[753] Bkz. Case 355/85 *Cognet* [1986] pr. 11.

[754] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 608; **BARNARD, (2010),** s. 89; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 247. Tersine ayrımcılık hâlinin Birlik hukuku ile bağdaşmasının nedenleri ile ile ilgili olarak bkz. Case 98/86 *Mathot* [1987] pr. 7; Case 237/82 *Kaas* [1984] pr. 20.

[755] Case 98/86 *Mathot* [1987] pr. 7–8.

[756] Kişilerin serbest dolaşımına genel olarak değinen bir karar için bkz. Case C-299/95 *Kremzow* [1997] pr. 16.

aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlara uygulanmamaktadır.[757] Bir başka ifadeyle, bu hüküm, ancak bir durumu Birlik hukukunca öngörülen herhangi bir durum ile bağlayan bir etmen varsa kullanılabilir.[758] Örneğin, *Moser* davasında hep Almanya'da yaşamış bir Alman, belirli bir tür mesleki eğitime katılma isteminin Alman otoritelerince geri çevrilmesine itiraz etmektedir.[759] Bay Moser'a göre ilgili önlem, öğretmen olarak eğitimini tamamlamasını imkânsız hâle getirerek, başka üye devlet okullarındaki öğretim işlerine başvurmasının önüne geçmektedir.[760] Divana göre bir başka üye devlette istihdam, "yalnızca hipotetik bir ihtimal" ise, Birlik hukuku ile yeterli bağ kurulmamıştır.[761]

Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramı, esnek bir yoruma da sahiptir.[762] Buna göre bir üye devlet vatandaşı, sınır aşırı etmen bulunan bir durumda köken devletine karşı ABİHA md. 45 uyarınca hak talep edebilecektir.[763] Söz gelişi *Singh* davasında Hintli Bay Singh, İngiliz Bayan Purewal ile 1982 yılında evlenmiştir. Bu çift, 1983–1985 yılları arasında Almanya'da çalışıp, 1986 yılında bir iş açmak için İngiltere'ye dönmüştür.[764] Buna karşın Bay Singh, İngiltere'de ikâmet izni

---

[757] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 89. Bkz. Case C-332/90 *Steen* [1992] pr. 9. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 708.

[758] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 89. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 708.

[759] Case 180/83 *Moser* [1984] pr. 16.

[760] Case 180/83 *Moser* [1984] pr. 17.

[761] Bkz. **NIC SHUIBHNE, NUAMH,** "Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on?", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 736.

[762] Örneğin, bir üye devlette oturup, ekonomik etkinliklerinin hepsini ya da neredeyse hepsini bir başka üye devlette sürdüren sınır işçileri, ABİHA md. 45'e dayanabilecektir. Case C-336/96 *Gilly* [1998] pr. 39; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 702. Bkz. **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 744.

[763] Bkz. **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 741.

[764] Case C-370/90 *Singh* [1992] pr. 3. Bu dava ile ilgili olarak bkz. **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 744–748.

alamamıştır.[765] Divana göre bir Birlik vatandaşı, köken ülkesine eşinin girmesi veya orada ikâmet etmesine yönelik engeller ile md. 45 kaynaklı hakları kullanmaktan caydırılırsa, o haklar tamamen etkili olamayacaktır. Bundan dolayı, bu haklardan faydalanan bir Birlik vatandaşının eşi, o kişi kendi ülkesine döndüğünde Birlik hukukunca kendisine tanınan giriş ve ikâmet etme hakkından yararlanmalıdır.[766]

ABİHA md. 45, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlarda uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâllerine sebebiyet verebilmektedir.[767] Söz gelişi, yukarıdaki *Moser* davasındaki kişi, Almanya dışındaki bir üye devlet vatandaşı ya da belli süre başka üye devlette yaşayan bir Alman olsaydı; bu olay Birlik hukuku içinde kalacaktı.[768] Ne var ki, Bay Moser, buradaki iki ihtimalden birisine girmemesi nedeniyle, Birlik hukukundaki hakları talep edemeyerek, tersine ayrımcılık ile karşı karşıya kalmaktadır.[769] İşte bu durum, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.

bbb. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlara uygulanmamaktadır.[770] Bir başka deyişle, ilgili hükmün uygulanması için, salt ulusal ortamın ötesine geçen herhangi bir unsurun varlığı gerekmektedir.[771] Örneğin, *Nino and others* davasında İtalyan Eleonora Nino ve diğerlerinin İtalyan mevzuatı uyarınca doktorluk yapmaya yetkileri olmadan bu mesleği yürütmelerinden ötürü, bu kişiler hakkında cezai kovuşturma başlatılmıştır.[772] Divana göre bu kişiler, İtalyan

[765] Case C-370/90 *Singh* [1992] pr. 9.

[766] Case C-370/90 *Singh* [1992] pr. 23. (Bu tespit, aynı zamanda ABİHA md. 49'a yöneliktir.) Krş. Case 115/78 *Knoors* [1979] pr. 24; Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 58.

[767] Örnek olarak bkz. Joined Cases 35/82 and 36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] pr. 16.

[768] Case 180/83 *Moser* [1984]. Bkz. **PICKUP,** s. 135, 136.

[769] Pickup'a göre "Moser, tersine ayrımcılığın kurbanı olmuştu". **PICKUP,** s. 135.

[770] Case 20/87 *Gauchard* [1987] pr. 12.

[771] Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 *Nino and others* [1990] pr. 11. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 632.

[772] Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 *Nino and others* [1990] pr. 2.

vatandaşıdır; İtalya'da ikâmet etmektedir ve sadece o üye devletin ülkesi içindeki bir muamele neticesinde İtalyan Ceza Kanunu uyarınca suçlanmaktadır. O hâlde somut dava, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumları ilgilendirmektedir.[773] Öyleyse, yerleşme hakkına dair hüküm, bu tür bir duruma uygulanmayacaktır.[774]

Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramı kimi hâllerde esnekleşmektedir.[775] Bu yönden, yerleşme serbestîsi, vatandaşı olunan ya da o ülkeye tâbi olduğu kabul edilen tüzel kişiler tarafından kendi devletlerine karşı ileri sürülebilmektedir.[776] Söz gelişi, *Knoors* davasında Hollandalı Bay Knoor, serbest çalışan olarak Belçika'da tesisat işi yapmaktadır. Bu kişinin aynı işi Hollanda'da da yapma başvurusu ise reddedilmiştir.[777] Divana göre bir üye devletin kendi vatandaşı, "bir başka üye devlet ülkesinde hukuka uygun olarak ikâmet etmesi ve orada [Birlik] hukuku hükümlerince tanınan bir mesleki niteliği elde etmesi sayesinde" kendi köken devletine karşı "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan haklarını … kullanan herhangi bir diğer kişinin durumunda olduğu gibi" bu hükme dayanabilecektir.[778]

ABİHA md. 49, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlarda uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâllerine sebebiyet verebilmektedir. Buna göre belirli bir durumda bir başka üye devlet vatandaşı ya da şirketi, söz konusu hükmü ileri sürebilecekken; köken devletinde serbest çalışan ve ikâmet eden bir kişi ya da yerleşik olduğu üye devlette faaliyet gösteren bir tüzel kişi, bu hükme dayanamayacaktır. Bu nedenle, bu iki kategori kişi arasında ayrımcı bir muamele olsa bile; bu, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.

---

[773] Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 *Nino and others* [1990] pr. 5, 10.

[774] Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 *Nino and others* [1990] pr. 12.

[775] Örneğin, bir üye devlette yerleşik bir şirket ya da kişinin ekonomik etkinlikleri esas olarak bir başka üye devlet ülkesine yönelikse, bu durum ABİHA md. 49 içindedir. Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 22. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 702. Ayrıca bkz. Case C-337/97 *Meeusen* [1999] pr. 30.

[776] Tüzel kişiler ile ilgili olarak bkz. Case C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] pr. 27–28, 31.

[777] Case 115/78 *Knoors* [1979] pr. 2–3.

[778] Case 115/78 *Knoors* [1979] pr. 24. (Bu tespit, aynı zamanda ABİHA md. 56'ya yöneliktir.)

ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56, tüm yönleriyle tek bir üye devlete hasredilen bir etkinliğe uygulanmamaktadır.[779] O hâlde bu hüküm, ancak bir durumu Birlik hukuku ile bağlayan bir bağ varsa uygulanacaktır.[780] Örneğin, *Jägerskiöld* davası, ikisi de Finlandiya'da yerleşik iki Finlandiyalı arasında geçip; bu kişilerden birisinin diğerine ait Finlandiya'daki su sahasında balıkçılık yapması ile ilgilidir.[781] Bu tür bir uyuşmazlık, Birlik hukukunca öngörülen durumlarla herhangi bir bağ içermediğinden md. 56 bu davada kullanılamayacaktır.[782]

Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramının geniş yorumuna da rastlanmaktadır.[783] Söz gelimi, *Carpenter* kararı uyarınca İngiltere'de yerleşik bir İngiliz, Hollanda'da kimi hizmetler sunmasından ötürü, köken devletine karşı ABİHA md. 56'ya dayanabilecektir.[784] Ayrıca, bir başka üye devlette potansiyel hizmet alıcısı ya da sunucusunun bulunması, sınır aşırı unsur için yeterlidir.[785] Yine, devletler arası bir karakter, sonradan da ortaya çıkabilir. Konuyla ilgili *Koestler* davasında bir Fransız bankası, Fransa'da yerleşik bir Almana hizmet sunmaktadır.[786] Bu kişi, Almanya'ya dönünce, banka ile arasındaki sözleşmesel ilişki de sınır aşırı hâle gelmiştir.[787] Dahası, hizmet sunan ve alan kişinin sınır aşırı bir etkinlik yürütmesine ek olarak, bir hizmet de

---

[779] Case C-108/98 *RI.SAN.* [1999] pr. 23. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 751.

[780] Case C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] pr. 44.

[781] Case C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] pr. 43.

[782] Case C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] pr. 44–45.

[783] Örnek olarak bkz. Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Deliège and Pacquée* [2000] pr. 58.

[784] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 28, 30. Bkz. Case C-405/98 *Gourmet* [2001] pr. 35. *Carpenter* davasında sınır aşırı unsurun mevcut kabul edilmesi eleştirilmektedir. Bkz. **JADOUL, LAURENT–VANESTE, FRÉDÉRIC,** "Case C-60/00. Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department (E.C.J. July 11, 2002)", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 9, 2003, s. 447, 452; **OLIVER–ROTH,** s. 433.

[785] Sırasıyla bkz. Case C-405/98 *Gourmet* [2001] pr. 38; Case C-355/00 *Freskot* [2003] pr. 63.

[786] Case 15/78 *Koestler* [1978] pr. 2.

[787] Case 15/78 *Koestler* [1978] pr. 3.

sınır ötesi sunulabilir.[788] Örneğin, *Alpine Investments* davasında bir kişi, yerleşik olduğu üye devletten bir başka üye devlete gitmeksizin telefon aracılığıyla orada yerleşik potansiyel hizmet alıcılarına hizmet sağlamaktadır.[789] Divana göre bu durum, Birlik hukukunun kapsamındadır.[790]

ABİHA md. 56, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlarda uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâllerine sebebiyet vermektedir. Buna göre, belirli bir durumda bir başka üye devlet vatandaşı ya da şirketi söz konusu hükmü ileri sürebilecekken; köken devletinde hizmet sunan veya alan ve ikâmet eden bir kişi ya da yerleşik olduğu üye devlette hizmet sunan veya alan bir tüzel kişi, bu hükme istinat edemeyecektir.[791] Bu nedenle, bu iki kategori kişi arasında ayrımcı bir muamele olsa bile; bu, Birlik hukukuna ters düşmemektedir.

cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 63, tamamen ülke içi ilişki içinde kalan olaylara uygulanmamaktadır.[792] Başka bir ifadeyle, bu hükmün uygulanması, bir durumu Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir unsura ihtiyaç göstermektedir.[793] Söz gelimi, *Commission v Belgium* davasında Belçika, ülkesinde mukim kişilerin dışarıda çıkarılan

---

[788] Bu durum, ABİHA md. 56 ve 57'nin lâfzi yorumundan çıkmaktadır. Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 781; **CHALMERS–*et.al.,*** s. 745; **STAPLES,** s. 55.

[789] Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 20. Bu kararın incelemesi için bkz. **HATZOPOULOS, VASSILIS,** "Case C-384/93, *Alpine Investments* v. *Minister van Financiën*, with Annotation by V. Hatzopoulos", *Common Market Law Review*, Cilt: 32, 1995 (b), s. 1427–1445.

[790] Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 21, 22. Bkz. Case C-70/99 *Commission v Portugal* [2001] pr. 28; **CHALMERS–*et.al.,*** s. 746; **HATZOPOULOS, (1995b),** s. 1433–1434.

[791] Bkz. **PICKUP,** s. 151. Ayrıca bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 3(1).

[792] Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 25. Bkz. **STEINER–WOODS,** s. 389; **VON MILMOWSKY,** s. 334.

[793] Case C-67/08 *Block* [2009] pr. 21, 22. Bkz. **FLYNN,** s. 784; **VON MILMOWSKY,** s. 334.

menkul kıymetleri edinmesini yasaklamıştır.[794] Divana göre bu yasak, her ne kadar Belçika tarafından kendi ülkesinde mukim olanlara yöneltilmişse bile; salt ülke içi bir önlem olarak görülemeyecektir: İlgili menkul kıymet, Euro-tahvil piyasasında Alman markı olarak çıkarılmıştır; bir uluslararası bankalar ve finansal kurumlar konsorsiyumu tarafından alınmıştır; Frankfurt menkul kıymetler borsasında listelenmiştir ve Alman hukukuna tabidir.[795]

Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramı, genişletilebilmektedir. Burada, bilhassa, sermayenin serbest dolaşımın potansiyel olarak engellenmesi noktasından hareket edildikçe, 'tamamen ülke içi ilişki içinde kalan olay'lar gittikçe azalmaktadır.[796]

ABİHA md. 63, tamamen ülke içi ilişki içinde kalan olaylara uygulanmamasından ötürü, 'tersine ayrımcılık' hâline yol açabilmektedir. Bu tür bir olasılık, söz gelimi *Salzmann* davasında görülmüştür.[797] Burada, ulusal hukuk, diğer üye devlet vatandaşlarının Birlik hukukundan kaynaklanan haklarının aynı durumda bulunan o devlet vatandaşlarına da tanınmasını öngörmektedir.[798] O hâlde, ulusal hukuk, tersine ayrımcılık ihtimalini öngörerek, buna karşı bir çözüm üretmektedir. Bu tür bir hâl ise, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.

b. Birlik Vatandaşlığı

ABİHA md. 20 ve/veya 21 ile birlikte md. 18, yalnızca bir üye devlete hasredilen durumlarda uygulanamamaktadır.[799] Bir başka ifadeyle, bu hükümlerin

---

[794] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pr. 16. Sınır aşırı unsura dair diğer örnekler için bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 334–335.

[795] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pr. 16. Ayrıca bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pt. 27.

[796] Genel olarak bkz. Opinion of AG Geelhoed in Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pt. 101.

[797] Case C-300/01 *Salzmann* [2003].

[798] Case C-300/01 *Salzmann* [2003] pr. 33.

[799] Bkz. **ELSMORE–STARUP,** s. 63; **WHITE, (2004),** s. 130.

uygulanması için bir durumu Birlik hukuku ile bağlayan bir etmene ihtiyaç vardır.[800] Söz gelimi *Uecker and Jacquet* davalarında Norveçli Bayan Uecker ve Rus Bayan Jacquet, Almanya'da çalışan Alman vatandaşları ile evli olarak, bu ülkede yaşamakta ve Alman üniversitelerinde ders vermektedir. Bu kişiler, yabancı dil asistanı olarak üniversitede çalışmak üzere imzaladıkları iş sözleşmesinin sınırlı süreli olmasını Birlik hukukuna aykırı addederek, buna karşı dava açmıştır.[801] Böylelikle, Alman işçi ile evli üçüncü ülke vatandaşının Almanya'ya karşı Birlik hukukuna dayanma imkânı değerlendirilmiştir.[802] Divana göre kurucu antlaşmadaki dolaşım serbestîsi hükümleri ve buna ilişkin ikincil hukuk, Birlik hukukuna tâbi tutulan herhangi bir durum ile onları bağlayan bir etmen yoksa ve tüm unsurlar tek bir üye devlete hasrediliyorsa uygulanamamaktadır.[803] Somut olayda Bayan Uecker ve Jacquet'in eşleri; Alman olup, Almanya'da ikâmet etmekte ve çalışmaktadır.[804] Bu nedenle, bu kişilerin eşleri, Birlik hukukundan kaynaklanan haklarını kullanamayacaktır.[805] Bu bakımdan:

> "Birlik vatandaşlığı, kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamını [Birlik] hukuku ile bağı olmayan iç durumlara genişletmek için tasarlanmamıştır."[806]

Bununla birlikte, 'sınır aşırı unsur' kavramının geniş yorumu ile serbest dolaşım hakkını kullanmış bir kişi, köken devletine karşı Birlik hukukuna dayanabilmektedir.[807]

---

[800] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 23. Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 583; **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 15; **MAGIERA,** Rn. 8; **O'NEILL–SANDLER,** s. 221; **RENNER,** (Zweiter Teil Freizügigkeitsgesetz/EU–Vorbemerkung) Rn. 3.

[801] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 3–4, 6–8.

[802] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 15. Bkz. **1612/68 sayılı Tüzük** md. 11.

[803] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 16.

[804] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 18.

[805] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 19.

[806] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 23.

[807] Konuyla ilgili olarak, Komisyon ve Ombudsmanın fikir ayrılığına düştüğü bir durum için bkz. **3317/2004/GG sayılı Tavsiye** pt. 2.4; **3317/2004/GG sayılı Karar** pt. 2.4. Ayrıca bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 857; **REICH, (2005),** s. 682.

Örneğin, *Wijsenbeek* davasında Hollandalı Bay Wijsenbeek, kendi ülkesine giriş yaparken pasaportunu göstermeyerek vatandaşlığını kanıtlamadığı için ulusal hukuka göre ceza takibatına maruz kalmıştır.[808] Divana göre Bay Wijsenbeek, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hakkını kullanarak, bir başka üye devletten uçakla kendi devletine varmaktadır. Öyleyse, burada sınır aşırı unsur mevcut olup; bu olay, Birlik hukukunun kapsamındadır.[809] Yine *D'Hoop* davasında Belçikalı Bayan D'Hoop, 1991 yılında Fransa'da orta öğrenimini ve 1995 yılında Belçika'da üniversiteyi tamamlayarak, 1996 yılında Belçika ulusal istihdam ofisinden bir ödenek talep etmiştir.[810] Buna karşın, bu kurum, ilgili kişinin orta öğrenimini bir başka yerde tamamlaması nedeniyle bu talebi reddetmiştir.[811] Burada, Bayan D'Hoop, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım hakkını kullanması nedeniyle Birlik hukukunun kapsamı içindedir.[812] Dahası, *Schempp* kararına göre kişinin kendisi serbest dolaşım hakkını kullanmasa bile; eski karısının bu hakkını kullanması, o durum ile Birlik hukukunu bağlayıcı bir etmen oluşturmaktadır.[813]

Buna ek olarak, sınır aşırı unsur kavramı, bir üye devlet vatandaşı olup, bir başka üye devlette mukim olmak ile de sağlanmaktadır. Bu açıdan, *Zhu and Chen* davasında İrlandalı Catherine ile annesi Çinli Chen, Birleşik Krallık'ta uzun dönem ikâmet izni için başvurmuş; ancak bu başvuru, yetkili makamlarca reddedilmiştir.[814] İrlanda ve Birleşik Krallık hükümetlerine göre söz konusu kişi, bir üye devletten diğerine hiç gitmemesi nedeniyle Birlik hukukundan kaynaklanan haklardan yararlanamayacaktır.[815] Divana göre ise:

---

[808] Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pr. 2.

[809] Bkz. Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pr. 41.

[810] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 8–10.

[811] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 11.

[812] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 29.

[813] Case C-403/03 *Schempp* [2005] pr. 23.

[814] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 2, 14.

[815] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 18.

> "ev sahibi üye devlette doğan ve dolaşım serbestîsi hakkını henüz kullanmamış bir üye devlet vatandaşının durumu, salt bu sebepten ötürü, tümüyle içsel bir duruma benzetilerek o vatandaş, ev sahibi üye devlette dolaşım ve ikâmet serbestîsi ile ilgili [Birlik] hukuku hükümlerinden yararlanmaktan yoksun bırakılamaz."[816]

Bu olaydaki sınır aşırı unsur, İrlandalı Catherine'nin Birleşik Krallık'ta ikâmet etmek için izin başvurusu yapmasıdır.[817]

Bu konudaki bir başka örnek olan *Avello* davasında İspanyol Bay Garcia Avello ile Belçikalı Bayan Weber, evli olarak Belçika'da oturmaktadır.[818] Bu kişilerin çocukları Esmeralda ve Diego, Belçika kuralları uyarınca babanın soyadı olan 'Garcia Avello' soyadını almıştır.[819] Bay Garcia Avello ve eşi ise, çocuklarının yasal temsilcileri olarak bu soyadın İspanyol hukukundaki gibi hem baba hem de annenin soyadını içerecek biçimde 'Garcia Weber' olarak değiştirilmesini istemektedir.[820] Divana göre Birlik vatandaşlığı, kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamını Birlik hukuku ile bağı olmayan iç durumlara genişletmemekle birlikte; bu tür bir bağ, somut olayda olduğu gibi, "bir üye devlet vatandaşı olarak, bir başka üye devlet ülkesinde hukuka uygun mukim" kişiler yönünden mevcuttur.[821] Dava tarafı kişilerin doğumlarından bu yana ikâmet ettikleri üye devletin vatandaşlığına da sahip olması, varılan bu sonucu değiştirmemektedir.[822]

ABİHA md. 20, 21 ile 18, bütünüyle bir üye devlet içindeki durumlarda uygulanmaması nedeniyle, 'tersine ayrımcılık' hâllerine sebebiyet vermektedir. Bu durum, Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır. Nitekim, yukarıdaki *Uecker and Jacquet*

[816] Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 19. Bkz. Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 13, 27.

[817] Bkz. Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 26.

[818] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 13.

[819] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 14.

[820] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 15.

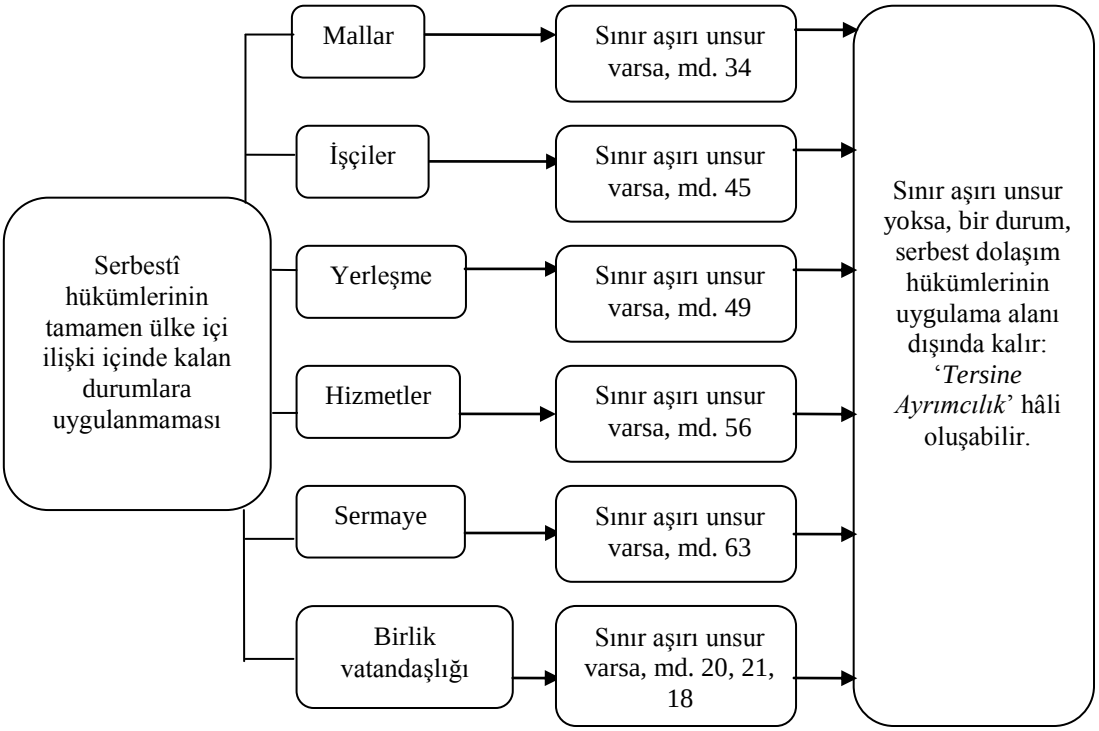
[821] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 26, 27. Ayrıca bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 124.

[822] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 28.

kararında Divana göre bir üye devlet hukukuna göre o devlet vatandaşının uğradığı her türlü ayrımcılık, o devlet hukuku kapsamındadır ve o devletin iç hukuk sistemi çerçevesinde halledilmelidir.[823]

Öyleyse, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinin tamamen ülke içi ilişki içinde kalan durumlara uygulanmaması hâli, aşağıdaki şekil ile özetlenebilir.[824]

Şekil 6: Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşım Hükümlerinin Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalan Durumlara Uygulanmaması



Buna göre kurucu antlaşmadaki bütün serbest dolaşım hükümleri, uygulanmak için sınır aşırı unsurun varlığına ya da bir başka ifadeyle bir durumu Birlik hukuku ile bağlayan bir etmene ihtiyaç göstermektedir. Her ne kadar, bundan ötürü tersine ayrımcılık hâli ile karşılaşılsa bile; bu hâl Birlik hukuku ile bağdaşır kabul edilmektedir.

Peki, buraya kadarki açıklamalara göre Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşım arasındaki etkileşim nasıl olmuştur? Bir kere, iç pazardaki serbest

[823] Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 23.

[824] Bkz. "Şekil 6: Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşım Hükümlerinin Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalan Durumlara Uygulanmaması", s. 164.

dolaşıma dair uygulamadaki yerleşik pratik, yani bir serbest dolaşım hükmünün tamamen ülke içi ilişki içinde kalan durumlara uygulanmaması, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım açısından da aranmıştır. Böylelikle, serbest dolaşıma dair kurallara ilişkin belirli bir uygulanma düzeni, hem kişi hem de konu bakımından kapsam ile ilgili olarak varlığını pekiştirmiştir.[825]

Birlik vatandaşlığı ise, dolaşım serbestîsine ait bu alandaki uygulamayı iki şekilde etkilemektedir. İlk olarak, Birlik vatandaşlığı, tamamen ülke içi ilişki içinde kalma ile tersine ayrımcılık hâlinin gözden geçirilmesi taleplerine güç katarak, bunlara hız kazandırmıştır.[826] Bu açıdan, bir yandan sınır aşırı unsur kavramı eleştirilmekte iken; öte yandan tersine ayrımcılık hâlinin önüne geçmek için çözüm yolları aranmaktadır. İkinci olarak ise, Birlik vatandaşlığı ile tamamen ülke içi ilişki içinde kalma açısından kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamı genişlemektedir.

Sınır aşırı unsur kavramı; 'bağlayıcı etmen', 'iç pazar' ve 'Birlik vatandaşlığı' kavramları temelinde eleştirilse bile; yetki ve görev sebebiyle savunulmaktadır. İlkin, Birlik hukuku ile bağlayıcı bir etmen gerekliliği, ne derece bir bağlantı gerektiği sorusuna muhtaç keyfi bir ayrımdır.[827] Yine, iç pazar, iç sınırları olmayan bir alan olarak tanımlanınca, herhangi bir sınırı geçmemiş bir Birlik vatandaşı, malı, hizmeti ya da sermayesinin serbest dolaşım kurallarından yararlanıp yararlanmayacağı sorusu üstünde düşünülmelidir.[828] Dahası, Birlik vatandaşlığının getirilmesine rağmen tamamen ülke içi ilişkiye dair içtihadın sürdürülmesi, tüm vatandaşların hukuk önünde

---

[825] Nitekim, Nic Shuibhne'ye göre AB vatandaşlığı hukukunun maddi içeriği, orijinal serbest dolaşım hükümleri içerisinde geliştirilen ilkeler ile aynı kökten gelirken; aynı zamanda bu ilkelerin uygulama alanını da açıkça genişletmektedir. **NIC SHUIBHNE, (2009),** s. 170.

[826] Bkz. **CONDINANZI–*et. al.,*** s. 26–27; **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 856; **HILF,** Rn. 1; **HORSPOOL–*et.al.,*** s. 346; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 99–100; **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 748.

[827] Bkz. **PICKUP,** s. 154; Opinion of AG Fennely in Case C-281/98 *Angonese* [2000] pt. 9.

[828] Bkz. **MORTELMANS, (1998),** s. 134. Buna karşın, iç sınırları olmayan bir iç pazar, kurucu antlaşmadaki hükümlere uygun olarak sağlanacaktır. **NA** ile değişik **ATA** md. 14; **ABİHA** md. 26(1). Bkz. Opinion of AG Léger in Case C-293/02 *Jersey* [2005] pt. 127 vd.

eşit olduğu fikrine uymamaktadır.[829] Tüm bunlara karşın, bu konu, esasen yetki ve görevle ilgili olup;[830] serbest dolaşım hükümlerinin uygulanması için sınır aşırı bir unsur aranması, Birlik yetkisi içinde ve dışında kalan durumlar arasındaki sınırı belirlemektedir.[831]

Tersine ayrımcılık hâli ise; 'iç pazar', 'eşitlik ilkesi' ve 'Birlik vatandaşlığı' kavramları temelinde eleştirilse bile; yine yetki ve görev sebebiyle savunulmaktadır. İlkin, tersine ayrımcılık, sınırların ortadan kaldırılması gereken bir iç pazarda kabul görmemelidir.[832] Kaldı ki, kurucu antlaşma ve serbest dolaşım hükümlerinin amacı ışığında tersine ayrımcılık, Birlik hukukundaki serbest pazar ilkesini ihlâl etmektedir.[833] Yine, söz gelimi White'a göre Divan, kişilerin serbest dolaşımına yönelik eşitlik ilkesini "benzer durumlar, farklılaştırma nesnel olarak haklı gösterilemezse, farklı muameleye tâbi tutulamaz" olarak tanımlarken; tersine ayrımcılık hâli, bu beyan ile bağdaşmamaktadır.[834] Dahası, yazara göre Birlik vatandaşlığına tanınan anayasal koruma, tersine ayrımcılık hâli ile uyuşmamaktadır.[835] Yine, kimi yazarlara göre vatandaşlık, ayrımcılık yapmama için genel bir gereksinim ise, salt bir Birlik

---

[829] Bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 465. Ayrıca Mather'e göre Birlik ile vatandaşları arasında doğrudan bir bağ, tamamen ülke içi ilişki içtihadı nedeniyle kurulamamaktadır. **MATHER,** s. 735.

[830] Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 69.

[831] Örneğin, Wouters'e göre sınır aşırı bir unsur yoksa Birlik, yetkisi dışında kalan içsel durumlara müdahale edecektir. **WOUTERS,** s. 50.

[832] Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 74; **O'LEARY, (1996),** s. 275.

[833] **TIETJE, CHRISTIAN,** "Freedom of Establishment", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 295.

[834] **WHITE, ROBIN C.A.,** "A Fresh Look at Reverse Discrimination?", *European Law Review*, Cilt: 18, No: 6, 1993, s. 532. (Joined Cases 117/76 and 16/77 *Ruckdeschel* [1977] pr. 7.) Ayrıca bkz. **PICKUP,** s. 156.

[835] **WHITE, (2004),** s. 260. Dautricourt ve Thomas'a göre tersine ayrımcılık, salt ekonomik amaçlar güden bir Topluluk nezdinde haklı görülebilirken; kimlik ve aidiyet amacıyla getirilen Birlik vatandaşlığı sonrasında bu hâlin sürdürülmesi, oldukça zarar verecektir. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 436. Ayrıca bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 133–134.

vatandaşının ulusal bir sınırı geçmesi ve ötekinin geçmemesi nedeniyle bu kişiler arasında muamele yönünden bir ayrım yapılmamalıdır.[836] Ayrıca, pek çok yazara göre tersine ayrımcılık ile ilgili sorun, bu durumun AB vatandaşlığının üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olarak anlaşılması ile çelişmesidir.[837] Yine, Hukuk Sözcüsü Sharpston'a göre vatandaşlık hakkındaki hükümler, en azından potansiyel olarak, tamamen ülke içi ilişki doktrininin sürdürülebilirliğini zorlamaktadır.[838] Ona göre:

> "[Birlik] vatandaşlığı nedeniyle [Belçika vatandaşları], Birlik hukuku uyarınca dolaşımın yanı sıra Birlik bölgesindeki herhangi bir yerde ikâmet etme hakkına sahiptir. [ABİHA md. 21] hakkındaki evvelki içtihat hukuku, dolaşıma odaklanmıştır. Buna karşın, bu hüküm, aynı zamanda ikâmet hakkından bahsetmektedir.
>
> Divan, eğer bu analiz çizgisini takip ederse, [md. 21]'deki 'üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet hakkı'nın …, 'dolaşma serbestîsi ve daha sonra ikâmet' (yani, ikâmet serbestîsi, dolaşım serbestîsinin kullanılmasından kaynaklanmaktadır) anlamına mı yoksa 'hem dolaşım hem de ikâmet serbestîsi' (öyleyse, önceden üye devletler arasında dolaşım serbestîsi kullanılmaksızın ikâmet serbestîsinin kullanılması ya da ikâmetin sürdürülmesi mümkün hâle gelecektir) anlamına mı geleceği konusunda karar vermelidir."[839]

---

[836] Bkz. **O'NEILL–SANDLER,** s. 234, 235; **REICH–HARBACEVICA,** s. 634. Yine O'Leary'e göre eşit muamele ilkesinin Birlik vatandaşlığının gelişimi için önemi de tersine ayrımcılığın mevcudiyetini zayıflatmaktadır. **O'LEARY, (1996),** s. 276.

[837] Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 583; **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 448; **SPAVENTA, (2008),** s. 31; **WHITE, (2005a),** s. 901.

[838] Opinion of AG Sharpston in Case C-212/06 *French Community and Walloon* [2008] pt. 141.

[839] Opinion of AG Sharpston in Case C-212/06 *French Community and Walloon* [2008] pt. 143–144. Bununla birlikte, Dautricourt ve Thomas'a göre Birlik hukukunun mevcut gelişim düzeyinde ayrımcılık yapmama ilkesini serbest dolaşımdan ayırmak zamansız bir adım olacaktır. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 454.

Dahası, Hukuk Sözcüsü Maduro'ya göre tersine ayrımcılık hâlinde bu tür bir durumdaki vatandaş, serbest dolaşım kurallarının uygulanması aracılığıyla değil; fakat ayrımcılık yapılmaması ilkesi dolayısıyla Birlik koruması alabilmelidir.[840] Buna karşın, bir kısım yazar ise, bu hâli Birlik hukuku ile uyumlu görmektedir. Buna göre bu hâl, Birlik hukukunun üye devletler karşısındaki sınırları ile ilgili *kompetenz-kompetenz* sorununun merkezine temas etmektedir.[841] Bu bakımdan tersine ayrımcılık, köken devlet özerkliğini korumak için vardır.[842] Nitekim, 2004/38 sayılı Direktif, sınır aşırı unsuru açıkça arayarak, üye devletlerin bu konudaki hassasiyetini ortaya koymaktadır.[843] Ayrıca, söz gelimi Ritter'e göre Divanın tamamen ülke içi ilişkilere karışmayı reddetmesi, kurucu antlaşma serbestîlerinin amaçları ile uyumsuz değildir; çünkü burada esas olan yabancı pazarlara *erişim*dir. Zaten, AB hukukunun uygulama alanını genişletmek, Avrupa vatandaşlarını korumayacak; bilakis, kabul edilemez bir deregülasyona yol açacak ve sonu gelmez bir dava süreci başlatacaktır.[844]

Tersine ayrımcılık hâli, Birlik hukuku ile bağdaşıyor olsa bile, bir ayrımcılık olarak rahatsızlık doğurarak, konuya ilişkin çözüm önerileri getirilmiştir. İlkin, bu hâl, Birlik çapında bir uyumlaştırma yapılarak önlenebilir.[845] Yine, üye devletler, tersine ayrımcılığa son verebilir.[846] Buna göre, bir yandan bir üye devletteki ulusal hukuk, Birlik hukuku ile tanınan hakları aynı durumdaki vatandaşlarına tanıyabilecek;[847] diğer

---

[840] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-72/03 *Carbonati Apuani* [2004] pt. 69. Bununla birlikte, Ritter, Maduro'nun bu görüşünü ikna edici bulmamaktadır. **RITTER,** s. 706. Konuyla ilgili olarak bkz. **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 731, 769–770; **TRYFONIDOU, (2009a),** s. 215.

[841] **O'NEILL–SANDLER,** s. 233. Bkz. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 449.

[842] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 674. Ayrıca bkz. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 169.

[843] **2004/38 sayılı Direktif** md. 3. Bkz. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 450.

[844] **RITTER,** s. 691, 701–702, 710. Bkz. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 450.

[845] Bkz. **PICKUP,** s. 139; **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 766; **RITTER,** s. 703.

[846] Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 73; **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 764–766; **WHITE, (1993),** s. 532.

[847] Bkz. Case C-212/06 *French Community and Walloon* [2008] pr. 40.

yandan örneğin İtalya,[848] Almanya,[849] Avusturya,[850] Fransa[851] ve Belçika'daki[852] gibi Anayasa Mahkemeleri, tersine ayrımcılık hâlini telafi edebilecektir. Nitekim, Divan da, tersine ayrımcılık hâlini giderme yükümlülüğünün ulusal hukuktan doğması gerektiğini ima etmektedir.[853]

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığı ile sınır aşırı unsur ya da Birlik hukuku ile bağlayıcı etmen açısından kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamı genişlemektedir. Açıkçası bu ikili, bir yandan dolaylı ayrımcılık ve pazara erişim yaklaşımı;[854] öte yandan potansiyel hizmet alıcı ya da sunucusunun varlığı[855] gibi nedenlerle hâlihazırda bir hayli esnetilmiştir. Bununla beraber, Birlik vatandaşlığı, bu tür esnemelere yeni boyutlar eklemektedir. Birlik vatandaşlığı ile artık herhangi bir tür ekonomik etkinliğin varlığı tartışılmaksızın yalnızca sınırı geçmek[856] ya da sınır aşırı

---

[848] Bkz. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 437; **MENGOZZI,** s. 263–265; **RITTER,** s. 704; **SPAVENTA, (2004),** s. 771.

[849] Bkz. **HOBE,** s. 128.

[850] Bkz. **RITTER,** s. 704; **SPAVENTA, (2004),** s. 771.

[851] Bkz. **SPAVENTA, (2004),** s. 771.

[852] Bkz. **SPAVENTA, (2004),** s. 771; **VAN ELSUWEGE, PETER–ADAM, STANISLAS,** "Belgium, the Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination: Constitutional Court, Judgement 11/2009 of 21 January 2009", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 5, 2009, s. 327–339.

[853] Bkz. Joined Cases C-64/96 and C-65/96 *Uecker and Jacquet* [1997] pr. 23.

[854] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 232; **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1607–1608; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 138; **SPAVENTA, (2007),** s. 151–153. Kimilerine göre böyle bir artış ise, tersine ayrımcılık hâlinin çoğalmasına sebep olacaktır. Bkz. **DAUTRICOURT–THOMAS,** s. 435; Opinion of AG Jacobs in Case C-168/91 *Konstantinidis* [1993] pt. 49. Buna karşın, Barnard'a göre bu artış, tersine ayrımcılık hâlini azaltacaktır. **BARNARD, (2010),** s. 89. Esasen, bir duruma hangi açıdan yaklaşıldığına göre her iki tespit de doğruluk payı taşımaktadır.

[855] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 359. Hatzopoulos'a göre de *Carpenter* kararındaki AİHS'ye yapılan gönderme ile birlikte yalnızca *potansiyel* olan sınır aşırı akımı içerecek biçimde hizmet kavramının geniş yorumlanışı, hemen hemen her davada bir kişinin köken devletine karşı iç pazar kurallarını ileri sürebilmesi olasılığını açmaktadır. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1607.

[856] Bkz. **NIC SHUIBHNE, (2002),** s. 749–750.

hareket olmasa bile başka üye devlette yerleşik üye devlet vatandaşı olmak,[857] Birlik hukuku ile bağı sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle, ABİHA md. 20 ve 21, 'tamamen ülke içi ilişki' problemini bir bakıma değiştirmekte olup; vatandaşlık öncesi bu tür bir ilişki olarak görülecek kimi durumlar, AB vatandaşlığı statüsü nedeniyle artık AB hukuku ile yeterli bağlantıya sahiptir.[858] Böylelikle, Birlik vatandaşlığı, tersine ayrımcılık hâllerinin gittikçe kısıtlanması ve hatta kimi durumlarda bertaraf edilmesi aracıdır.[859]

Bu bölüm ile serbest dolaşıma ait teorik temeller ile serbestî hükümlerinin doğrudan etkisi ve kapsamı (uygulama alanı) belirlenmiştir. Sonraki bölümler ise, bir serbest dolaşım hükmünün etki alanını ortaya koyacaktır. Buna yönelik olarak, takip eden bölüm ile bir serbestînin bir önlem ile ne zaman tahdit edildiği; bu tahdidin ne tür ortak özellikler ihtiva ettiği ve serbestî hükümlerinin kimleri muhatap aldığı soruları yanıtlanacaktır. Böylelikle, iç pazardaki serbest dolaşımlar ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki etkileşim, daha da görünür hâle gelecektir.

[857] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 26, 27. Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 764–765, 788.

[858] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 858.

[859] Bkz. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1606.

İkinci Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı, Tahdidin Özellikleri ve Serbestî Hükümlerinin Muhatapları

Bu bölüm, esasen, bir serbestînin tahdit edilmesine dair yasak ile ilgilidir. Serbestînin tahdit edilmesi ifadesi, burada, serbest dolaşıma dair içtihat hukukundaki iki tahdit kriterini içerecek bir terim olarak kullanılmaktadır. Bu bakımdan, ilgili içtihat hukuku uyarınca serbestîler ile ilgili olarak bir yandan vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapan, öte yandan serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemler, kural olarak, Birlik hukuku ile bağdaşmamaktadır. İşte söz konusu her iki türdeki ulusal önlemler, serbestîyi tahdit etmeleri nedeniyle, ilke olarak, Birlik hukuku uyarınca yasak sayılmaktadır.

Bu bölümde üç konu incelenecektir: İlk olarak, bir durum, kişi ve konu bakımından bir serbest dolaşım hükmünün uygulama alanı içinde kalıyorsa serbestînin tahdidi yasağı devreye girmektedir. Bu bakımdan, ulusal önlem, kural olarak, hem vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapmamalı hem de bir serbestî üstünde kısıtlama oluşturmamalıdır. İkinci olarak, serbest dolaşımı tahdit eden önlem, kimi ortak özellikler ihtiva etmektedir. Son olarak, bir serbest dolaşım hükmü, tahdit türüne de bağlı olarak, belirli kişileri muhatap tutmaktadır. İşte tüm bu konular, bu sırayla aşağıda ele alınmaktadır.

I. Serbestînin Tahdit Edilmesi Yasağı

Bir serbestînin tahdit edilmesi, kural olarak yasaktır. Burada, konuya ilişkin ön tespitler yapılmasının ardından vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması ile serbestînin kısıtlanması yasağı, Divanın içtihat hukuku ışığında ortaya konacaktır. Böylece, iç pazardaki serbest dolaşımlar ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın etkileşiminin gösterilmesi ile paralel olarak, serbestînin tahdit edilmesi yasağına ilişkin içtihat hukuku da, net bir çerçeveye oturtulmaya çalışılacaktır.

1. Tahdit Türlerine İlişkin Ön Tespitler

Tahdit türleri ve buna ilişkin içtihat hukukuna geçmeden evvel, tahdit kriterleri arasındaki tercihin neden önemli olduğunun yanı sıra bu kriterlere genel olarak yer vermek gerekmektedir. Bu konular, burada sırasıyla ele alınmaktadır.

A. Tahdit Kriteri Seçiminin Önemi

Bir serbest dolaşım hükmünün etki alanı ya da bir başka ifadeyle o alanın genişliği, seçilecek tahdit kriterine bağlıdır. Bu etki alanının genişliğindeki değişim ise, üç farklı düzeydeki güç dağılımını doğrudan etkilemektedir:[1] İlk olarak, buradaki kriter, Birlikteki serbest dolaşım hukukunca uygulanan pazar (dolaşım) ilkeleri ile ulusal mevzuatta yer alan diğer değerler arasındaki dengeyi ilgilendirmektedir.[2] İkinci olarak, bu kriter ile, Birlik ile üye devletler arasındaki güç dengesi ve Birlik hukuk düzeninin federal niteliği; yani, düzenleyici yetkinin ya üye devletlere ya da Birliğe tahsis edilmesinden ötürü Birlikteki merkezileşme seviyesi kısmen belirlenmektedir.[3] Üçüncü olarak, seçilecek kriter, yasama ve yürütmenin etkinliklerinin yargı tarafından denetiminin standartını belirleyerek, hakimler ile politikacılar arasındaki güç ilişkisine tesir etmektedir.[4] O hâlde, tahdit kriterinin seçimi, güç dağılımının şekillenmesindeki bu rolü nedeniyle "anayasal" niteliktedir.[5]

---

[1] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 207. Ayrıca bkz. **EDITORIAL COMMENTS,** s. 537–538; **WEILER, JOSEPH H. H.,** "The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", **(Eds.) CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, United States, 1999, s. 363.

[2] Bkz. **BERNARD, NICHOLAS,** "Discrimination and Free Movement in EC Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 45, 1996, s. 82.

[3] Bkz. **BERNARD, (1996),** s. 82; **SNELL, JUKKA,** "Who's got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law", *Yearbook of European Law*, Cilt: 22, 2003, s. 323; **TONER, HELEN,** "Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights–Articles 39, 43, 49 and 18 EC", *Yearbook of European Law*, Cilt: 23, 2004 (b), s. 280–281.

[4] Bkz. **SNELL, (2003),** s. 323.

[5] **SPAVENTA, (2007),** s. 75.

Peki, söz konusu üç alandaki güç dağılımı, seçilen tahdit kriteri ile ne şekilde değişmektedir?[6] Buradaki kriter, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasından serbestînin kısıtlanması yaklaşımına doğru ilerledikçe pazar ilkeleri diğer ilkelere nazaran daha öncelikli konuma gelmekte; üye devletin düzenleyici özerkliği daha derinden etkilenerek,[7] düzenleme yapma konusundaki takdir yetkisi azalmakta[8] ve yargının yasama ve böylelikle üye devlet politikaları üstündeki denetimi artmaktadır.[9] Bu bakımdan, farklı kriterlerin etkisi hakkında şu iki örnek verilebilir. Söz gelimi, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı, hem üye devletlere düzenleyici standartları belirlerken yüksek özerklik düzeyi tanıyacak hem de üye devletlerin ulusal pazarlarını koruyucu biçimde hareket etmesini önleyecektir.[10] Bununla birlikte, serbestînin kısıtlanması yasağı, her ne kadar üye devletlerin düzenleyici özerkliğine daha büyük bir tehlike teşkil etse bile; kişilerin ve hizmetlerin ilke olarak serbest dolaştığı bir tek pazarın yaratılmasına dönük önemli bir adım olacaktır.[11]

Sonuç olarak, tahdit kriteri seçimi ve böylelikle bir serbest dolaşım hükmünün etki alanının belirlenmesi, farklı güç dengeleri üstündeki etkilerinden ötürü oldukça önemlidir. Bir sonraki kısım, tahdit kriterlerine ilişkin bilgiler sunmaktadır.

B. Tahdit Kriterleri

Bir serbest dolaşım hükmünün etki alanının belirlenmesine yönelik tahdit kriterleri, herhangi bir metinde yer almamaktadır. Bu yönden, kurucu antlaşma,

---

[6] Örnek olarak *Cassis de Dijon* kararına yönelik tespitler için bkz. s. 225.

[7] Bkz. **SNELL, (2003),** s. 330.

[8] Bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 75.

[9] Bkz. **O'NEILL, AILBHE,** "The Path not Taken: The Global Approach to the Free Movement of Persons", *Trinity College Law Review*, Cilt: 3, 2000, s. 125.

[10] Bkz. **WILSHER, DANIEL,** "Does *Keck* Discrimination make any Sense? An Assessment of the Non-Discrimination Principle within the European Single Market", *European Law Review*, Cilt: 33, No: 1, 2008, s. 4.

[11] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 224.

herhangi bir tahdit türünü öne çıkarmazken;[12] ikincil hukuktaki düzenlemeler de, tahdit kriterine açıklık getirmemektedir. Dolayısıyla, bu konuya açıklık getirmek, Birlik hukukunun uygulanması ve yorumlanmasından sorumlu Adalet Divanına düşmektedir.[13] Adalet Divanı, bugüne kadarki kararlarında genel olarak iki tür hâlde serbest dolaşım hükümlerine aykırılık tespit etmektedir. Buna göre, bir taraftan vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan; öteki taraftan ayrımcı olmasa bile serbestîyi kısıtlayan önlemler, kural olarak, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerine aykırıdır.[14]

Burada geçen doğrudan ve dolaylı ayrımcı olma ile ayrımcı olmama ifadeleri, doktrince tanımlanmıştır. Hilson'a göre bu terimler, şu anlamlara gelmektedir:[15] Doğrudan ayrımcılık, hukuktaki doğrudan ayrımcılık, açık kasıtlı korumacılık ve muhtemelen hukuktaki dolaylı ayrımcılığı içermelidir. Dolaylı ayrımcılık ise, hukuken ayrım yapmamakla birlikte fiilen ayrım yapan önlemleri içermelidir. Ayrımcılık yapmama ile hukuken ya da fiilen ayrımcılık yapmayan önlemler kast edilmelidir. İşte bu son gruptaki önlemler, yalnızca serbest dolaşımı kısıtlıyorsa, ilke olarak, Birlik hukuku ile çelişecektir.

Aşağıda, konuyla ilgili genel bir girişin ardından vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması ve serbestînin kısıtlanmasına ilişkin tahdit türlerine yer verilecektir.

---

[12] Bkz. **BERNARD, (1996),** s. 82.

[13] Bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 19(1).

[14] Bkz. "2. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağı", s. 193; "3. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı", s. 220.

[15] **HILSON, CHRISTOPHER,** "Discrimination in Community Free Movement Law", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 5, 1999, s. 450–451.

a. Genel Olarak

Serbest dolaşım hükümlerinin etki alanına yönelik tahdit kriterleri, bugüne kadar hep iç pazara dair serbest dolaşım hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bakımdan, konu ile ilgili olarak iki teoriden bahsedilebilir:

> "[Ayrımcılık teorisine göre] kurucu antlaşma, yalnızca korumacılığın ortadan kaldırılması ile ilgili olup, yabancı mal ve kişilerin esasen ve şeklen yerli mallar ve vatandaşlar gibi muamele görmesinin sağlanmasını gerektirmektedir. …
>
> [Pazara erişim teorisine göre] iç pazar, doğrudan ve dolaylı engellerin kaldırılmasının yanında ekonomik aktörlerin pazara erişim kabiliyetini etkileyen kuralların da kaldırılmasını gerektirmektedir; çünkü, serbest dolaşım hükümleri, esasen, ekonomik operatörlerin ekonomik etkinlik yürütmek fırsatını elde etmesi için vardır."[16]

Bir serbest dolaşım hükmünün etki alanının bu teorilerden hangisi ya da hangileri ile belirlenmesi gerektiği noktasında ise bir uzlaşı yoktur.[17] Bununla birlikte, baskın görüşe göre her serbest dolaşım hükmü, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.[18] Buna karşın, bir serbest dolaşım hükmünün pazara (dolaşıma) erişimi engelleyen veya (esaslı biçimde) güçleştiren ya da serbestîyi

---

[16] **SPAVENTA, (2004),** s. 744–747. Spaventa, bu iki teoriye ek olarak, çifte yük teorisine yer vermektedir. Bununla birlikte, bu teori ayrımcılık teorisinin geliştirilmiş bir başka sürümü olarak değerlendirilebilir. (s. 745.) Bu nedenle, bu teori, burada ayrıca ele alınmamaktadır. Ayrımcılık ve pazara erişim yaklaşımı ile ilgili olarak bkz. **GUILD, ELSPETH,** *Immigration Law in the European Community*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2001, s. 38; **SPAVENTA, (2007),** s. 76–88; 89–112; **WHITE, (2004),** s. 192.

[17] Söz gelimi Snell'e göre serbest dolaşım hukuku, eğer ayrımcılık ve korumacılık yapmama ile ilgili ise, esaslı bir farklılaşan etkiye dayalı ve karşılaştırmalı bir test uygundur; yok eğer ekonomik serbestî ile ilgili ise, karşılaştırmalara yer vermeyen mutlak bir test gereklidir. **SNELL, JUKKA,** "The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?", *Common Market Law Review*, Cilt: 47, 2010, s. 470.

[18] Bkz. **BARNARD, (2009),** s. 583; **GOVAERE,** s. 75–76; **HILSON, (1999),** s. 451; **REICH–*et. al.*,** s. 55; **TRIDIMAS, (2007),** s. 60.

kısıtlayan ya da serbestîye yönelik bir engel teşkil eden[19] önlemlere dair yasak getirip getirmediği ise tartışmalıdır.[20] Hatta, böyle bir yasak varsa bile; bu kez de, bu yasaklamanın etki alanının belirlenmesine yönelik kriterler hakkında tam bir uzlaşı yoktur. Dahası, her serbest dolaşım hükmü yönünden aynı kriterlerin mi; yoksa örneğin kişiler gibi insan unsurunun söz konusu olduğu serbest dolaşımlar ile mallar gibi salt bir ürüne ilişkin serbest dolaşıma farklı kriterlerin mi uygulanmasının uygun olacağı konusunda da uzlaşı yoktur.[21]

Peki, serbest dolaşım hükümlerinin lâfzı ve amacı, bu seçim açısından ne kadar yardımcıdır? Bir kere, ilk olarak, ABİHA md. 34, 45, 49, 56, 63 ve 21, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı içermektedir.[22] Md. 34, doğası gereği ayrımcı miktar kısıtlamaları ve ona eşdeğer etkili önlemlere ilişkin yasak getirmektedir. Md. 45(2)'ye göre ise, üye devlet işçileri arasındaki "vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılması" gerekmektedir.[23] Yine md. 49 uyarınca "yerleşme hakkı, yerleşilen ülkenin hukukuna göre oradaki vatandaşlarla aynı koşullar altında … serbest çalışan kişiler olarak etkinliklere başlamak ve bunu sürdürmeyi içermektedir". Keza md. 56 ile birlikte ele alınacak md. 57'ye göre hizmet sunan kişi, hizmet sunulan devletin "kendi

[19] Divan, "kısıtlama" ya da "engel" ya da "pazara erişim" dilini anlamdaş olarak kullanmaktadır. Bkz. **BARNARD, (2009),** s. 596, 597; Joined Cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04 *Placanica and Others* [2007] pr. 43; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 64.

[20] Bkz. Opinion of AG Kokott in Case C-222/07 *UTECA* [2009] pt. 77; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34; **HILSON, (1999),** s. 451; **TONER, (2004b),** s. 275. Kimileri, serbestîler yönünden yalnızca ayrımcılık yasağının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **DAVIES, G., (2003b),** s. 89; **BERNARD, (1996),** s. 97, 98, 99. Yine, O'Neill'e göre en nihayetinde bütün alanlara yönelik olarak "çifte yük" yaklaşımı benimsenmelidir. **O'NEILL,** s. 126.

[21] Söz gelimi Snell'e göre katmanlı yetki ile ilgili endişelerin baskın olduğu ve insani hareket içermeyen mallar, şirketler, sermaye ve hizmetler dolaşımları ile temel hakların söz konusu olduğu gerçek kişilerin serbest dolaşımı arasında bir ayrıma gidilmeli midir? **SNELL, (2010),** s. 471–472.

[22] Bkz. **CAN, HACI,** "Verdeckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 4, 2003, s. 52–54.

[23] Ayrıca bkz. **1612/68 sayılı Tüzük** md. 7(1).

vatandaşlarına vaz ettiği koşullar ile aynı koşullar altında" etkinlik yürütecektir. Yine md. 63, her ne kadar orijinal hükümdeki "vatandaşlık temelinde yapılan her türlü ayrımcılık" ifadesi kaldırılarak, bunun yerine yalnızca "kısıtlamalar"dan bahsetse bile; kısıtlama, ayrımcılığı evleviyetle içermektedir.[24] Nihayet md. 20 ve/veya 21, md. 18 ile birleşerek vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı getirmektedir. Bununla beraber, serbestîlere dair hiçbir kurucu antlaşma hükmü, serbest dolaşım haklarının uygulanmasında tek kriter olarak belirgin biçimde yalnızca ayrımcılığa yöneltilmemiştir.[25]

İkinci olarak, ABİHA md. 34, 45, 49, 56, 63 ve 21, pazara (dolaşıma) erişimi engelleyen veya güçleştiren ya da serbestîye yönelik bir kısıtlama veya engel teşkil eden önlemleri yasaklamaya elverişli bir çerçeve sunmaktadır.[26] Md. 34, "miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili kısıtlamalar yasaktır" derken; md. 45(1), "Birlik içinde dolaşım serbestîsi sağlanacak" demekte;[27] md. 49, "bir üye devlet vatandaşının bir

[24] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 569–570; **CONNOR, TIM,** "Goods, Persons, Services and Capital in the European Union: Jurisprudential Routes to Free Movement", *German Law Journal*, Cilt: 1, No: 2, 2010, s. 166. Ayrıca bkz. Case C-443/06 *Hollmann* [2007] pr. 29.

[25] Bkz. **CONNOR,** s. 167.

[26] Bkz. **CAN, (2003),** s. 52–54; **EHLERS,** s. 186–187. Söz gelimi Snell'e göre kurucu antlaşma; malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin üstündeki kısıtlamaları yasaklayan hükümler içermektedir. **SNELL, (2003),** s. 325. Yine, Mengozzi'ye göre kurucu antlaşma vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ile sınırlı olmayıp; Birlik içinde dolaşım serbestîsini de resmen tanımaktadır. **MENGOZZI,** s. 238. Keza, Handoll'a göre hem ayrımcılığa uğramama hem de dolaşıma yönelik ayrımcı olmayan engellere tâbi olmama hakkı mevcuttur. **HANDOLL, (1995),** s. 74. Md. 34 ile ilgili olarak bkz. **BOZKURT, ENVER–*et. al.*,** *Avrupa Birliği Hukuku*, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 199. Md. 45 ile ilgili olarak bkz. **GUILD, (2001),** s. 37, 59. Md. 49 ile ilgili olarak bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 617. Kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **VAN DER MEI, (2003),** s. 68; **WOUTERS,** s. 35–36. Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile ilgili olarak bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 68, 117.

[27] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 734–735; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 212; **WIßMANN, HELLMUT,** "Art. 39 (48)", **(Eds.) THOMAS DIETERICH *et.al.*,** *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 54.

başka üye devlet ülkesindeki yerleşme serbestîsi üstündeki kısıtlamalar(ı) yasak" saymakta;[28] md. 56, "Birlik içindeki hizmet sunum serbestîsine yönelik kısıtlamalar(ı) yasak" kabul etmekte ve md. 63, "sermayenin dolaşımı üstündeki her türlü kısıtlamalar"a ilişkin bir yasak vazetmektedir.[29] Tüm bu alıntılar, kurucu antlaşmanın lâfzının ayrımcılık yasağının ötesine geçecek bir yoruma elverişliliğini ortaya koymaktadır.[30] Bu maddeler, Birlik etkinliklerine ilişkin NA ile değişik ATA md. 3(1/c) uyarınca "üye devletler arasındaki malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına yönelik engellerin kaldırılması" ile sağlanacak bir iç pazarın tamamlanması ile birleştiğinde, amaçsal bir yorumla bu serbestîler yönünden kısıtlama üstündeki yasak görünür hâle gelmektedir.[31] LA, her ne kadar bu fıkraya açıkça yer vermese bile; bu mantık, bu fıkranın yerinin tutan "bir iç pazar tesis edilecektir" ibaresinin altında yatmaya devam edecektir.[32] Keza md. 21, "her Birlik vatandaşı, üye devletlerin ülkesinde serbestçe dolaşma … hakkına sahiptir" diyerek, lâfzen ayrımcılık yasağının ötesine geçmeye uygundur. Üstelik, kısıtlama üstündeki yasak, amaçsal yorumla da desteklenebilmektedir. Söz gelişi, bir statü olarak bizatihi 'vatandaşlık' kavramı ya da Birliğin hedefleri arasındaki "kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı iç sınırları olmayan bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı"[33] böyle bir yoruma güç katmaktadır. Kaldı ki, Birlik vatandaşlığının kişilerin serbest dolaşımını tamamlayıcı veya bütünleyici karakteri, bu açıdan rol oynayabilecektir.

---

[28] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 755.

[29] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 770.

[30] Buna karşın, örneğin Reich ve diğerlerine göre serbest dolaşım, kurucu antlaşmanın dar lâfzına karşın kısıtlamalar üzerindeki yasaklamalara genişletilmiştir. **REICH–*et. al.*,** s. 55.

[31] Bkz. **NA** ile değişik **ATA** md. 3(1/c). Benzer bir tespit için bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 331. Nitekim Divan, NA ile değişik ATA md. 3(1/c) temelinde ayrımcılık modelinin ötesine geçerek, serbest dolaşıma yönelik engelleri ya da kısıtlamaları kaldırmaya odaklanmıştır. **BARNARD, (2010),** s. 223–224. ABİHA md. 34 ile ilgili benzer bir tespit için bkz. **WEATHERILL, (1996a),** s. 233–234.

[32] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(3).

[33] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(2).

Öyleyse, her serbest dolaşım hükmü, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması hakkında yasak getirirken; aynı zamanda, bunun ötesine geçen ve serbestînin kısıtlanmasına yol açan önlemleri yasaklamayı da lâfzen mümkün kılmaktadır. Kaldı ki, bu lâfız, söz gelimi iç pazarın tesis edilmesi gibi amaçlar ışığında böyle bir yoruma kapı aralamaktadır. Bununla birlikte, bu aralıktan geçip geçmemek veyahut da ne ölçüde geçileceğine karar vermek, Adalet Divanına kalmıştır.

Konuya ilişkin Divan içtihadı uyarınca ise serbest dolaşım hükümleri, hem doğrudan ve dolaylı ayrımcı hem de serbestînin kısıtlanmasına yönelik önlemleri yasaklarken;[34] serbestînin kısıtlanması yasağı, kimi sorunları beraberinde getirmektedir. Divan, evvela, 1970'li yıllar ile birlikte malların serbest dolaşımına dair içtihat hukukunda ayrımcılık yasağından uzaklaşarak, ayrımcı olmasa bile serbest dolaşıma yönelik engel oluşturan önlemleri yasak saymıştır. Bu içtihat hukuku, 1990'lı yıllar ile birlikte önce kişilerin ve hizmetlerin ve daha sonra da sermayenin serbest dolaşımı alanına aktarılmıştır.[35] En nihayetinde, 2000'li yıllar ile birlikte benzer bir gelişim çizgisinin Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım yönünden de (belirli bir ölçüde) takip edildiğine yönelik kararlar göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, genel olarak, üç sorunu beraberinde getirmektedir:[36] Üye devletlerin düzenleyici özerkliğine bu denli bir müdahale, kurucu antlaşmaya uygun mudur? Serbest dolaşım kurallarının etki alanının sınırı, nerede bitmektedir? Hem kurucu antlaşmadaki hakların sınırını tanımlayan hem de karmaşık içtihat hukukundaki gelişmelere yer veren ikna edici bir kavramsal çerçeve var mıdır?

Bir tahdit kriteri olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ile serbestînin kısıtlanması yasağı, aşağıda yer almaktadır.

---

[34] Bkz. **MENGOZZI,** s. 239; **SHAW–*et.al.*,** s. 301.

[35] Bkz. **WHITE, (2004),** s. 191.

[36] Bkz. **SPAVENTA, (2004),** s. 743. Spaventa'ya göre ayrımcılık yaklaşımı, mevcut hukuku yansıtmamakta olup; kısıtlama yaklaşımı, mevcut hukuku açıklamakta daha tutarlı bir çerçeve sunmakta iken; kurucu antlaşmanın serbest dolaşım hükümlerinin bu kadar geniş yorumu bakımından yeterli bir normatif gerekçeye rastlanmamaktadır. **SPAVENTA, (2007),** s. 76.

b. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı

Bir tahdit kriteri olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı, hem genel bir kural –ABİHA md. 18– hem de özel kurallar –md. 34, 45, 49, 56 (57), 63– ile düzenlenmektedir.[37] Öyleyse, ilk olarak, bu kurallar arasındaki ilişki belirlenmelidir. Divana göre md. 18'deki genel yasak, Birlik hukukuna tâbi tutulan ve kurucu antlaşmanın ayrımcılık olmamasına ilişkin spesifik bir kural getirmediği durumlara müstakilen uygulanır.[38] Bununla birlikte, iç pazara dair serbest dolaşım hükümleri, bu konuda spesifik kurallar getirmektedir.[39] Öyleyse, bir önlem, ayrımcılık yapması nedeniyle md. 34, 45, 49, 56 ve 63 ile uyumsuz ise, aynı zamanda md. 18 ile de uyumsuzdur.[40] Son olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile ilgili iki görüş vardır. Bir görüşe göre md. 21, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması yönünden özel hükümdür.[41] Buna karşın, diğer görüşe göre md. 21, spesifik bir ayrımcılık yapılmaması kuralına yer vermemesinden ötürü, md. 18 ile birleşerek bu yönde etki doğurmaktadır.[42] Bununla birlikte, ayrımcılık yapmama ilkesi, ister md. 34, 45, 49, 56, 63 gibi özel bir hüküm isterse de md. 18'deki genel hüküm çerçevesinde olsun aynı biçimde uygulanacaktır. Örneğin, *Huber* kararına göre ayrımcılık yapılmaması ilkesinin uygulanması, temelinin md. 49 olması ya da md. 21(1) ile birlikte md. 18(1) olmasına

---

[37] Genel olarak bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 117; **WHITE, (2004),** s. 49–50. Ayrıca bkz. **ABTHŞ** Bölüm III, md. 20 vd. ABTHŞ ve eşitlik ile ilgili olarak bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 66–67.

[38] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 98. Bkz. **ARNULL,** s. 502; **HOBE,** s. 127. Bu bakımdan ABİHA md. 18, 'boşluk doldurma' işlevi üstlenmektedir. **TRIDIMAS, (2007),** s. 119.

[39] ABİHA md. 34 ile ilgili olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 79; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 666; **LASOK,** s. 391. Md. 45, 49, 56 ve 63 ile ilgili olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 769; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 212, 238. Md. 45 ile ilgili olarak bkz. Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 99. Md. 49 ve 56 ile ilgili olarak bkz. Case 90/76 *van Ameyde* [1977] pr. 27. Md. 63 ile ilgili olarak bkz. Case C-105/07 *Lammers* [2008] pr. 14.

[40] Case 305/87 *Commission v Greece* [1989] pr. 12. Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 118.

[41] Bkz. **HALL, (1996),** s. 137; **KADELBACH, (2006),** s. 476.

[42] Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 119.

bağlı olarak farklılık göstermeyecektir.[43] Öyleyse, ayrımcılık yasağı, hem iç pazar serbestîleri hem de Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım yönünden aynı biçimde uygulanacaktır.

İkinci olarak, Birlik hukukundaki vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı, aynı zamanda eşitlik veya eşit muamele ilkesi olarak adlandırılıp,[44] çifte işleve sahiptir. Ayrımcılık yasağı veya eşit muamele ilkesi, bir yandan, rekabet dezavantajının önüne geçmeye odaklanması nedeniyle iç pazar serbestîlerinin temelini teşkil etmektedir.[45] Buna ilişkin olarak, Hukuk Sözcüsü Tesauro'ya göre:

> "Eşit muamele ilkesi, … [iç pazar serbestîleri açısından] özel bir sebeple temeldir: [Birlik] düzenlemeleri, başlıca, ekonomik durum ve etkinliklerle ilgilenmektedir. Bu alanda benzer durumlar için farklı kurallar getirilirse; sonuç, yalnızca hukuk önünde eşitsizlik değil; aynı zamanda ve kaçınılmaz biçimde ortak pazarın ana felsefesi ile kesinlikle bağdaşmaz olan rekabette bozulmalar olacaktır."[46]

Ayrıca, bununla ilgili olarak Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre:

> "Kurucu antlaşmayı hazırlayanların neden ayrımcılık yasağına bu denli önem verdiğini görmek zor değildir. Kurucu antlaşmanın temel amacı, üretim faktörleri ve ürünlerinin serbestçe … dolaştığı ve böylece kaynakların daha etkili tahsisinin

---

[43] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 74.

[44] Ayrımcılık yapmama ile eşitlik ilkesi arasında kimi zaman bir ayrım çizilmektedir. Ayrımcılık yapmama, eşit muamelenin negatif yönüne işaret ederek ayrımcı muameleden kaçınılmasını gerektirirken; eşitlik ilkesi, devlet üzerindeki pozitif yükümlülükleri işaret ederek statü temelli bir eşitliğe yönelmektedir. Buna karşın Divan, her iki terimi birbiri yerine kullanmaktadır. Bkz. **BARRETT, GAVIN,** "Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law", *Yearbook of European Law*, Cilt: 22, 2003 (b), s. 130; **TRIDIMAS, (2007),** s. 64.

[45] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 75, 76. White'a göre ayrımcılık yasağı, pazara erişimi düzenlemekteki en katı biçimdir. **WHITE, (2004),** s. 206.

[46] Opinion of AG Tesauro in Case C-63/89 *Assurances du Crédit v Council and Commission* [1991] pt. 11.

ve işgücünün daha mükemmel bölüşümünün olacağı bütünleşmiş bir ekonomiye erişmektir. Bu hedefin gerçekleştirilmesine yönelik en büyük engel, ulusal hükümetlerin geleneksel olarak kendi ürün ve işçilerini yabancı rekabete karşı koruduğu birçok ayrımcı kural ve uygulama idi. Her ne kadar ayrımcı kural ve uygulamaların ortadan kalıdırılması tek başına kurucu antlaşmaca öngörülen yüksek düzey bir ekonomik bütünleşmenin yakalanması için yeterli olmayacaksa bile; açıkça vazgeçilmez bir önkoşuldur."[47]

Öyleyse, bu yasak, iç pazardaki rekabet dezavantajının önüne geçmeyi hedeflemektedir.[48] Bu açıdan, bu işlev, Birlik vatandaşlığına yönelik serbest dolaşım ile alakasızdır.

Ayrımcılık yasağı veya eşit muamele ilkesi, öte yandan, hem iç pazardaki kişilerin hem de Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden bir temel hak olmanın yanı sıra (ev sahibi toplum ile) dayanışma veya bütünleşme aracıdır. Bu yönden, yerleşik içtihat hukuku uyarınca vatandaşlık temelinde her türlü ayrımcılığı yasaklayan ABİHA md. 18, Birlik hukukunun temel ilkelerinden birisi olan genel eşitlik ilkesinin spesifik ifadesidir.[49] Bu ilkenin bir genel ilke olması, uygulamadaki gereklilikten ziyade prensip meselesi olup; bu bakımdan özellikle üye devlet anayasaları yol gösterici

[47] Opinion of AG Jacobs in Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Collins and others* [1993] pt. 10. Nitekim Prechal'e göre de vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması, pazar bütünleşmesi için hâlen en iyi araçtır. **PRECHAL, SACHA,** "Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 544.

[48] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 722–723. Hatzopoulos'a göre serbest dolaşım ve ayrımcılık yapmama ilkesi, üye devletler arasında adil rekabeti sağlamayı amaçlamaktadır. **HATZOPOULOS, (2005),** s. 1602.

[49] Case C-115/08 *ČEZ* [2009] pr. 89. Yine Personel Mahkemesine göre "eşit muamele ve ayrımcılık yapmama ilkesi, [Birlik] hukuk düzeninin temel ilkeleri arasındadır". Case F-65/07 *Aayhan* [2009] pr. 101. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 123; **SCHIEMANN,** s. 142. Eşitlik ilkesinin hukuki bir kavram olarak gelişimi ve eşitlik kavramları ile ilgili olarak bkz. **BARRETT, (2003b),** s. 117–129.

niteliktedir.[50] Öyleyse, ayrımcılık yasağı veya eşit muamele ilkesi, bir temel hak işlevi taşımaktadır.[51] Dahası, bu işlev, salt pazar bütünleşmesi arayışının ötesine geçen bütünleşme sürecinin ihtiyaçlarına da denk düşmektedir.[52] Bunun yanı sıra buradaki yasak, 'insan' unsurundan hareketle ev sahibi üye devlet ile bütünleşmesinin sağlanmasını da amaçlamaktadır.[53] Bu durum, bilhassa işçilerin serbest dolaşımı alanında gözlenirken;[54] Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı da artık bu amaca ortaktır.[55]

Üçüncü olarak, Divan içtihadı uyarınca vatandaşlık temelinde hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yapılması yasaktır.[56] 'Ayrımcılık', esas olarak, yerli mal, hizmet veya sermaye ile vatandaşa nazaran ithal mal, hizmet veya sermaye ile göçmen Birlik vatandaşının daha az avantajlı muamele görmesi anlamına gelmektedir.[57] Bu

---

[50] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 62–63. Bu yönden ayrımcılık yapmama ilkesi, çağdaş hukuk sistemlerinin köşe taşıdır. Opinion of AG Tesauro in Case C-63/89 *Assurances du Crédit v Council and Commission* [1991] pt. 11.

[51] **ABTHŞ** md. 21. Bkz. Case C-149/10 *Chatzi* [2010] pr. 63. Ayrıca bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 60; **WHITE, (2004),** s. 208; Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pt. 24.

[52] Bkz. **EVANS,** s. 272, 291.

[53] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 722–723.

[54] Söz gelişi Castro Oliveira'ya göre ayrımcılık yasağı, göçmen işçinin adil muamele görmesi ve dolaşımının teşvik edilmesine yöneliktir. **CASTRO OLIVEIRA,** s. 85. Yine, Kostakopoulou'ya göre ayrımcılık yasağının uygulanışı, göçmen işçinin ev sahibi üye devlette hem ekonomik hem de sosyo-politik bir aktör olduğunu göstermektedir. **KOSTAKOPOULOU, (1999),** s. 401–402.

[55] Söz gelimi, Prechal'e göre ekonomik bütünleşme ile ayrımcılık yapmama arasındaki bağ, örneğin, bu prensip ile hem işçilerin serbest dolaşımındaki sosyal ve insani yönlere açılım hem de öğrenciler ve Birlik vatandaşlarının birleştirilmesi ile gittikçe zayıflamaktadır. **PRECHAL, (2004),** s. 548.

[56] Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımları için bkz. **2002/73 sayılı Direktif** md. 2; **2000/43 sayılı Direktif** md. 2; **2000/78 sayılı Direktif** md. 2.

[57] Bkz. **CONNOR,** s. 160. Bu meyanda Birlik tüzel kişileri yönünden şirketin merkezinin vatandaşlığın bireylerdeki işlevinin aynısını şirketler için gördüğü hatırlatılmalıdır. (Case 270/83 *Commission v France* [1986] pr. 13.) Şirketin merkezi ise, bir üye devletin hukukuna uygun olarak kurulan şirket veya firmanın sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi ya da iş merkezinin bulunduğu devlettir. (Case C-330/91

ayrımcılık, doğrudan (açık) ya da dolaylı (örtülü) biçimde belirebilmektedir.[58] Doğrudan ayrımcılık, bir ulusal önlemin yerel ve sınır aşırı senaryolar arasında açıkça ayrıma gitmesi, örneğin bir malın kökeni ya da bir kişinin vatandaşlığına odaklanarak ithal malları ya da göçmenleri dezavantaja sokması hâlinde ortaya çıkmaktadır.[59] Buna mukabil, dolaylı ayrımcılık, bir önlem, vatandaşlığa veya kökene bağlı olmaksızın aynı biçimde uygulanıyor olsa bile; uygulanışı yönünden o önlemi alan devletin vatandaşı, ürünü, hizmeti ya da sermayesine nazaran diğer üye devlet vatandaşı, ürünü, hizmeti ya da sermayesini daha çok dezavantaja sokuyorsa oluşmaktadır.[60] Bir başka ifadeyle, ayrımcılık yapılması yasağı veya eşit muamele ilkesi, yalnızca vatandaşlık nedeniyle açık ayrımcılığı değil; bundan başka ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla gerçekte aynı sonucu doğuran tüm örtülü ayrımcılık biçimlerini yasaklamaktadır.[61]

Son olarak, ayrımcılık yapılması yasağına ilişkin tahdit kriteri, nasıl uygulanacaktır? Bir kere, bu kriterin uygulanması, niyete mi yoksa etkiye mi odaklanmalıdır? Bir başka ifadeyle, ayrımcılık-karşıtı ilke, yalnızca koruyuculuk ile savaşmak için bir araç mıdır (niyet odaklı mıdır); yoksa, ulusal pazarları koruyan diğer engelleri kaldırmak için de kullanılabilir mi (etki odaklı mıdır)?[62] Divanın içtihat hukukuna göre serbest dolaşıma ilişkin ayrımcılık yasağı, bir önlemi alanın niyetini bir kenara bırakarak; açık bir biçimde o önlemin etkisi ile harekete geçmektedir.[63]

Commerzbank [1993] pr. 13.) Bu bakımdan, doğrudan ayrımcılık, şirketin merkezi temelinde yapılan ayrımcılığı ifade ederken; dolaylı ayrımcılık, bir şirketin merkezi kriteri dışındaki ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla gerçekte şirketin merkezi kriteri kullanılmış gibi sonuç doğması hâlinde oluşacaktır. (pr. 14.)

[58] Bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 40.

[59] Bkz. **EHLERS,** s. 185. Bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pt. 56.

[60] Bkz. **BARRETT, (2003b),** s. 133; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 160; **EHLERS,** s. 185–186.

[61] Case C-224/00 *Commission v Italy* [2002] pr. 15. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 722; **SLOT–BULTERMAN,** s. 761–762; **TRIDIMAS, (2007),** s. 61–62, 121.

[62] **BERNARD, (1996),** s. 101.

[63] Bkz. "A. Yükün Etkisinin Önemli Olması", s. 305. Ayrıca bkz. **BARRETT, (2003b),** s. 133.

Peki, ayrımcılık yasağına ilişkin test, nasıl uygulanacaktır? Bu açıdan, Divanın içtihat hukukundaki ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesine ilişkin tanımlar yol göstericidir. Bu bakımdan, ABİHA md. 18, bir üye devlette Birlik hukukuna tâbi kişiler ile o üye devlet vatandaşlarının "muamelede tam bir eşitliği"ni gerektirmektedir.[64] Yine, eşitlik ilkesi uyarınca farklılaştırma nesnel olarak haklı gösterilmedikçe; benzer durumlar farklı ve farklı durumlar benzer muamele görmemelidir.[65] Öyleyse, burada birbirini takip eden üç soru ortaya çıkmaktadır:[66] İlgili durumlar, kıyaslanabilir nitelikte midir? Bir kural ya da bir kriterin uygulanışı, ayrımcılık yasağı ile korunan belirli kişilerin zararına mı işlemektedir? Böyle bir zarara işleme, haklı görülebilecek midir?

Divan, serbest dolaşım alanındaki kararları ile kıyaslanabilir olmayı örtülü bir biçimde tespit ederken;[67] sonraki iki aşama üstünde daha çok durmaktadır. Nitekim Prechal'e göre de salt bu iki aşamaya ilişkin bir test, bu alanda daha uygun sonuçlar verecektir:

> "İddia edilen bir ayrımcılığın yargısal denetimi, iyi gerekçelendirilmiş kararlar ile sonuçlanan şeffaf, nesnel ve adım adım bir test ile en iyi biçimde sağlanabilir. Bir kişinin (vatandaşlık, cinsiyet, ırk gibi) belirli bir hasleti olması nedeniyle dezavantajlı konuma getirildiği ya da getirilebileceği tespit edilir edilmez; ayrımcılık yapma yasağının *prima facie* ihlali meydana gelmektedir. Haklı gösterme, dikkatlice tetkik edilmesi gereken bir sonraki husustur."[68]

---

[64] Case C-43/95 *Data Delecta* [1996] pr. 16.

[65] Case 810/79 *Überschär* [1980] pr. 16. Bkz. **GUILD, (2001),** s. 46; **TRIDIMAS, (2007),** s. 61–62; **WHITE, (2004),** s. 51.

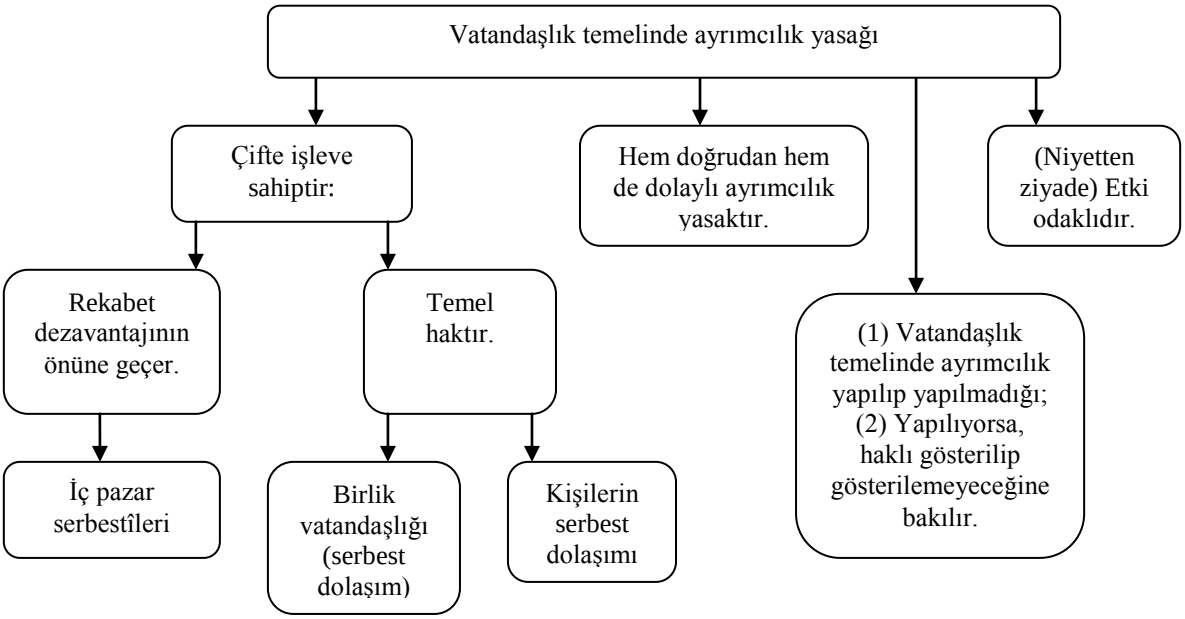
[66] Bkz. **PRECHAL, (2004),** s. 543.

[67] Kıyaslanabilir olma ile ilgili olarak bkz. **WILSHER,** s. 4–10.

[68] **PRECHAL, (2004),** s. 544. Haklı gösterme için birbirinden farklı bir takım sorular yanıtlanmalıdır: Güdülen hedef nedir ve bu hedef meşru mudur? Bu hedefe erişmek için seçilen araçlar, uygun ve orantılı mıdır? (s. 544.)

Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ile ilgili buradaki tüm tespitler, aşağıdaki şema ile özetlenebilir.[69]

Şekil 7: Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağına İlişkin Tespitler



Serbest dolaşımlar yönünden vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra serbestînin kısıtlanması yasağı da gündeme gelebilmektedir.

c. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Bir tahdit kriteri olarak serbestînin kısıtlanması yasağı, ABİHA md. 34, 45, 49, 56, 63 ve 21'in tasarlanma amacına dönük amaçsal yorum ile belirmektedir.[70] Nitekim Divan, her serbest dolaşım hükmü yönünden salt vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapan önlemlerin ötesine geçerek, kimi önlemleri ayrımcı olmasa bile yasak saymıştır.[71] Bu açıdan, "pazara erişim" kavramı, iç pazar serbestîleri ile ilgili olarak öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, serbestînin kısıtlanması yasağı, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden ikinci bir güzergâha sahiptir.[72] Bu bakımdan

[69] Bkz. "Şekil 7: Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağına İlişkin Tespitler", s. 186.

[70] Bkz. **CONNOR,** s. 168; **SPAVENTA, (2007),** s. 105.

[71] Bkz. "3. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı", s. 220.

[72] Bkz. **VAN DER MEI, (2003),** s. 79.

ise, bir hakkı kullanmaktan "caydırma" ya da bir hakkın kullanımından ötürü "dezavantajlı konuma getirme" hâli öne çıkmaktadır.

İlk olarak, iç pazara dair serbest dolaşım hükümlerinin amacı, genel bir ifadeyle, pazara erişimin sağlanması şeklinde ifade edilebilir.[73] Bununla ilgili olarak Tesauro'ya göre:

> "İç pazar sistemi, üye devletlerce vazedilen veya muhafaza edilen engellere ilişkin olarak, ticaretteki mallar ile kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin dolaşımını serbestleştirmeyi amaçlayan bir takım kurallar içermektedir. Bu sistemin temelinde yatan mantık ve dolayısıyla getirilen kuralların işlevi; malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin diğer üye devletlerin pazarlarına erişiminin reddedilmesi ya da güçleştirilmesinin önüne geçmek ve ulusal veya toplu davranıştan kaynaklanarak, ticaret üstünde aynı etkiyi doğuran rekabet bozulmalarını ortadan kaldırmaktır. Öyleyse, ticarete yönelik bir kısıtlama oluşturan ve bundan ötürü sistemin temelinde yatan mantığa aykırı düşen yasaklanmış ulusal önleme dair açıkça tanımlanmış bir kavram, başlıca öneme sahiptir."[74]

Buna ek olarak, Hukuk Sözcüsü Jacobs, *Alpine Investments* davasındaki Görüşü ile hizmetlerin serbest dolaşımı özelinde iç pazara dair serbest dolaşım hükümleri ile iç pazarın tesisi ve işleyişi amacı arasındaki bağa işaret etmektedir:

> "Köken üye devlet kuralının hizmet sunumu serbestîsi üstünde kısıtlama oluşturup oluşturmadığı işlevsel bir kriter ile belirlenmelidir. Bu kriter, bir devletin ülkesinde yerleşik kişilerin [Birlik] içi hizmet sunabilmesine esaslı

---

[73] Söz gelişi Ehlers'e göre de temel serbestîler, üye devletler arası önlemlerle ilgilenerek, Birlik içindeki pazarların tam bir birliğini değil; pazara erişimi amaçlamaktadır. **EHLERS,** s. 184. Yine, White'a göre kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler, bu hükümlerin altında yatan amaç –pazar bütünleşmesi– ile uyumlu olmayan engellere karşı kullanılabilmelidir. **WHITE, (2004),** s. 191, 194.

[74] **TESAURO, GIUSEPPE,** "The Community's Internal Market in the light of the Recent Case-law of the Court of Justice", *Yearbook of European Law*, Cilt: 15, 1995, s. 2.

biçimde mani olup olmadığıdır. Kanımca, bu kriter, iç pazar kavramı ile uyumlu ve ayrımcılık kriterinden daha uygun gözükmektedir.

İç pazarın gerçekleştirilmesi bakış açısıyla önemli olan, bir üye devletin kurallarının ayrımcı olup olmadığı değil; bilakis, iç pazarın tesisi veya işleyişinde olumsuz bir etkisi olup olmadığıdır. Divana göre ortak pazar kavramı, "ulusal pazarları gerçek bir iç pazarınkine mümkün olduğunca yakın koşulların oluştuğu tek bir pazara birleştirmek için" [Birlik] içi ticarete yönelik tüm engellerin ortadan kaldırılmasını içermektedir. İster "ithal" isterse de "ihraç" eden üye devlete ait olsun, hizmet sunumu serbestîsinin kullanımına esaslı biçimde mani olan ulusal kurallar, iç pazarın tesisi ve işleyişini olumsuz biçimde etkilemekte ve bundan ötürü kurucu antlaşmanın kapsamı içinde kalmaktadır."[75]

Serbestînin kısıtlanması yasağı hakkında pek çok farklı formül önerilmiştir. Evvela, ekonomik bakış açısı ile pazara erişime yönelik engel tanımı, iki uç noktaya götürülebilir:

"Bir uçta, pazara erişime yönelik bir engel, hâl ve vaziyet ya da mevzuatça yaratılan giriş engeli olarak tanımlanmaktadır. … Öyleyse, pazara erişim, bir ekonomik aktörün bir pazara diğer ekonomik işletmeciler ile aynı koşullarda erişebilmesi olarak yorumlanmaktadır. …

Diğer uçta, herhangi bir düzenleme erişime yönelik potansiyel bir engel olarak görülebilir; çünkü her düzenleme, uyum masraflarını yüklemekte ve ima etmektedir. Pazara erişime yönelik kabul edilebilir olan ve olmayan engeli ayırt etmek için bir önlemin … keyfi olup olmadığına bakılır."[76]

Bununla birlikte, Birlik hukuku açısından pazara erişim testini savunanlar, bu yaklaşımın ötesinde sezgisel bir yaklaşım izleyerek bu iki uç arasındaki bir yerde durmaktadır.[77]

---

[75] Opinion of AG Jacobs in Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pt. 47–48.

[76] **SPAVENTA, (2004),** s. 757–758.

[77] **SPAVENTA, (2004),** s. 758.

Buradaki testler, genellikle, "pazara erişime" yönelik "doğrudan" ve/veya "esaslı biçimde" bir "güçleştirme"den bahsetmektedir. Misal Govaere'ye göre işlevsel "pazara erişim" kriteri, dört serbestîyi etkili biçimde etkileyen ve bu nedenle iç pazar kurallarınca kapsanması gereken ayrımcı olmayan önlemler ile bu tür etkisi olmaması nedeniyle iç pazar kurallarının kapsamı dışında kalması gereken önlemleri ayırt etmek için kullanılmalıdır. O hâlde, iç pazar kuralları, aynı biçimde uygulanan önlemleri yalnızca bir başka üye devletin istihdam, ürün, sermaye ya da hizmet pazarına erişimi *daha güç hâle getiriyorsa* kapsayacaktır.[78] Buradaki güçleştirmenin derecesi ise, örneğin Weatherill ve Barnard gibi yazarlara ait önerilerde öne çıkmaktadır. Söz gelimi Weatherill'e göre:

> "Bir üye devlet otoritesince getirilerek, kökenine gönderme yapmaksızın tüm mal ve hizmetlere hukuken ve fiilen eşit uygulanan ve o üye devletin pazarına ithal mal ya da hizmetin erişimine yönelik *doğrudan ya da esaslı bir güçleştirme* vaz etmeyen önlemler, [ABİHA md. 34 ve 56]'nın uygulama alanından kurtulacaktır."[79]

Barnard'a göre ise, serbest dolaşım alanındaki soru şöyle olmalıdır:

> "Ulusal önlem, bir başka üye devletteki pazara erişimi *önlüyor* mu ya da bu erişime *doğrudan* ve *esaslı* bir engel oluşturuyor mu?"[80]

Kimi yazarlar, hak-temelli bir yaklaşımdan hareket ederek, iç pazardaki serbest dolaşımlara yönelik testi, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma genişletmektedir. Söz gelimi, bununla ilgili olarak Toner'a göre:

---

[78] **GOVAERE,** s. 75–76. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[79] **WEATHERILL, STEPHEN,** "After *Keck*: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996 (b), s. 894, 896–897. (*Vurgu* eklenmiştir.) Kaldı ki, "fazla belirsiz ve dolaylı" olmaya ilişkin içtihat hukuku, pazara erişime doğrudan ve esaslı bir güçleştirme testinin uygulanıyor olduğu görüşünü desteklemektedir. (s. 900.)

[80] **BARNARD, CATHERINE,** "Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw?", *European Law Review*, Cilt: 26, No: 1, 2001, s. 53. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bu önerinin leh ve aleyhindeki argümanlar için bkz. s. 53–55, 58.

[ABİHA md. 21, 45, 49 ve 56]'daki –ister ekonomik etkinlikle isterse ikâmetle ilgili– haklar üstünde doğrudan ya da esaslı (muhtemelen dışlayıcı) bir etkiye sahip her türlü önlem, kamu çıkarına ilişkin emredici sebepler ile haklı gösterilmedikçe, kurucu antlaşma ile bağdaşmayacaktır."[81]

Ayrıca, bu alandaki bir başka eğilim, ispat yükünün dağılımı ile alakalıdır. Söz gelimi Barnard'a göre serbestîinin kısıtlanması yaklaşımı ile ilgili olarak ayrımcı olmayan devlet kuralları, hukuka uygunluk karinesinden faydalanmalı ve eğer bir tacir, ilgili kuralın pazara erişimini özellikle etkilediğini gösterebilirse –ki bu etki yalnızca ek masraflara yol açmanın ötesine geçmelidir–, o kuralın dört serbestî ile uyumluluğu değerlendirilmelidir.[82] Ona göre:

"[Ayrımcı olmayan ulusal] kurallar, karine olarak hukuka uygun iken; pazar katılımcıları, ilgili kuralın pazara erişimlerine esaslı biçimde mâni olduğunu göstererek bu karineyi çürütebilir. … Davacılar, en azından, ev sahibi devlet kurallarının "pazarı böldüğünü" göstermelidir. Buna yönelik test, ulusal kuralların doğrudan ve esaslı biçimde pazara erişimi güçleştirmesi olabilir: ulusal kurallar, davacının ev sahibi üye devletteki spesifik ekonomik etkinlikle uğraşma kabiliyetini doğrudan etkilemelidir. … Eğer davacı, bu testi geçerse, ulusal kuralı haklı gösterme yükü davalı üye devlete geçecektir ve burada, haklı göstermeye dair yarışan çıkarların gerçek bir dengelenmesine dayalı daha incelikli bir yaklaşım olmalıdır."[83]

Benzer bir şekilde Hukuk Sözcüsü Fennely'e göre:

---

[81] **TONER, (2004b),** s. 297. Krş. Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 22, 23. Benzer bir biçimde Hobe'ye göre temel serbestîlerin algısı üstünde negatif etki doğuran kısıtlamalar, kural olarak, yasaktır ve bu nedenle her seferinde haklı gösterilmeleri gerekmektedir. **HOBE,** s. 129.

[82] **BARNARD, (2009),** s. 579–580.

[83] **BARNARD, (2009),** s. 603–604. Kaldı ki, LA ile Birlik, "sosyal piyasa" ekonomisi kurmak için çalışacaktır. Bu terim, ekonomik ve sosyal politika arasında daha güçlü bir uyumu sağlamak adına bu ikisi arasındaki bağı vurgulamaktadır. İşte bu fikrin hayata geçmesi, çıkarların gerçekten dengelenmesi ile mümkündür. **BARNARD, (2009),** s. 605. Bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 3.

"… Nötr ulusal kurallar, ancak bu kuralların pazar aktörleri üstünde pazardan dışlanmaya yakın bir fiili etki gösterdiği saptanırsa, pazara erişime yönelik maddi engeller oluşturuyor olarak kabul edilecektir. … Eğer Divan, kimi maddi caydırıcı etmenlerin kimi durumlarda dolaşım serbestîsi üstünde ilke olarak kısıtlama oluşturabileceğini belirlerse; mağdur kişiler, belirli bir kuralın her durumda pazara erişimin doğrudan reddini oluşturacak kadar bu erişim üstünde külfetli ve caydırıcı bir etkisi olduğunu göstererek bu karineyi tersine çevirmekle yükümlü olmalıdır. Pek tabii ki, pazara erişimin iddia edilen sağlanamadığı iddiasının varlığının hususi şikayetçinin hâl ve vaziyetine ilişkin olarak belirleneceği, bu yaklaşımda örtülü olarak mevcuttur."[84]

Öyleyse, nötrlük, başlangıç noktasıdır ve bunun aksini ispatlamak, şikayetçiye düşmektedir.[85] Böyle bir yapılanma, iki avantajı beraberinde getirecektir:[86] Ekonomik aktörler nötr kurallara karşı muhtemel yargısal tavrın farkında olacağı için bunlara yönelik anlamsız davalar ortadan kalkacak ve ulusal mahkemeler, yargının icra etmek için iyi donanımlı olduğu görevi; yani düzenlemenin marjinal türlerine karşı gösterilen kanıtları değerlendirecektir.

Serbestînin kısıtlanması yaklaşımı ve buna yönelik testler, genellikle, iki nokta üzerinden sıklıkla eleştirilmektedir. İlk olarak, pazara erişim kavramı veyahut da pazara erişimin doğrudan veya esaslı biçimde güçleştirilmesi ya da serbest dolaşım hakkı üstünde doğrudan ya da esaslı bir etki gibi tabirler, açık bir anlamdan yoksundur.[87] Örneğin, Snell'e göre eğer pazara erişim kavramı ile esas olarak ifade edilmek istenen

[84] Opinion of AG Fennely in Case C-190/98 *Graf* [2000] pt. 32.

[85] **BIONDI, ANDREA,** "In and Out of the Internal Market: Recent Developments on the Principle of Free Movement", *Yearbook of European Law*, Cilt: 19, 2000, s. 489. Yine yazara göre bu yaklaşım ile Hukuk Sözcüsü Jacobs'a ait *Leclerc-Siplec* davasındaki Görüşteki yaklaşım, birbirini yansıtmaktadır. (s. 489.)

[86] Bkz. **BIONDI,** s. 489–490.

[87] Bkz. **BARNARD, (2009),** s. 593; **O'NEILL,** s. 117; **SNELL, (2010),** s. 467; **TRYFONIDOU, (2010),** s. 50; **WEATHERILL, (1996b),** s. 898.

şey, ticaret ve dolaşıma yönelik esaslı ve doğrudan engeller ise, bu terimlerin kullanılması daha uygundur; çünkü pazara erişim kavramı, açıklığa kavuşturduğundan fazlasını gizlemektedir.[88] İkinci olarak, serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, mevcut hâliyle "duruma göre" değerlendirme gerektirmesinden ötürü, hukuki belirlilik ilkesini zedelemektedir.[89] Buna karşın, pazara erişim kavramının muğlaklığı sayesinde Divan, serbest dolaşım hukukunun erişim sahasına ilişkin zor seçimler yapmaktan kaçınmakta ve azami manevra özgürlüğüne kavuşmaktadır.[90] Bununla birlikte, söz gelimi bir parlamentoca çıkarılan bir yasanın bir serbest dolaşım hükmü karşısında uygulanmaması, anayasal bir önemi haiz olup; buna ilişkin bir karar, yargısal önsezi yerine ikna edici sebepler temelinde verilmelidir.[91]

Son olarak, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı açısından serbestînin kısıtlanması yasağı, pazara erişim dışında başka bir kullanıma sahiptir. Buna göre köken üye devlet, kendi vatandaşının Birlik hukukundaki serbest dolaşım hakkını kullanması nedeniyle onu dezavantajlı konuma getiremeyecek veya bu hakkı kullanmaktan onu caydıramayacaktır. Esasen, bu iki durumda vatandaşlık temelinde ayrımcılık yokken; eşitlik ilkesi ihlâl edilmektedir.[92] Zira, burada benzer durumlar, farklı veya farklı durumlar, benzer muamele görmektedir. Bu hâl, farklılaştırma nesnel olarak haklı gösterilemiyorsa, eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.[93] Hatta, Bernard'a göre buradaki iki durum, "serbest dolaşan"lara karşı ayrımcılık yasağı biçiminde ele alınabilir. Bu yaklaşım, kurucu antlaşmanın ilgili maddelerini lâfzen gereğinden fazla

[88] **SNELL, (2010),** s. 468. Benzer bir görüş için bkz. **SPAVENTA, (2004),** s. 764. Biondi'ye göre ise eğer gelecekte kullanılacak kriter, "ulusal düzenlemenin pazara erişimi engelleyip engellemediği" ise; Divan, bir yandan bunu açıkça dile getirmeli; öte yandan bu değerlendirme, pazar davranışının ciddiyetle analizine dayanmalıdır. **BIONDI,** s. 481.

[89] Bkz. **O'NEILL,** s. 117.

[90] Bkz. **SNELL, (2010),** s. 468, 469.

[91] Bkz. **SNELL, (2010),** s. 469.

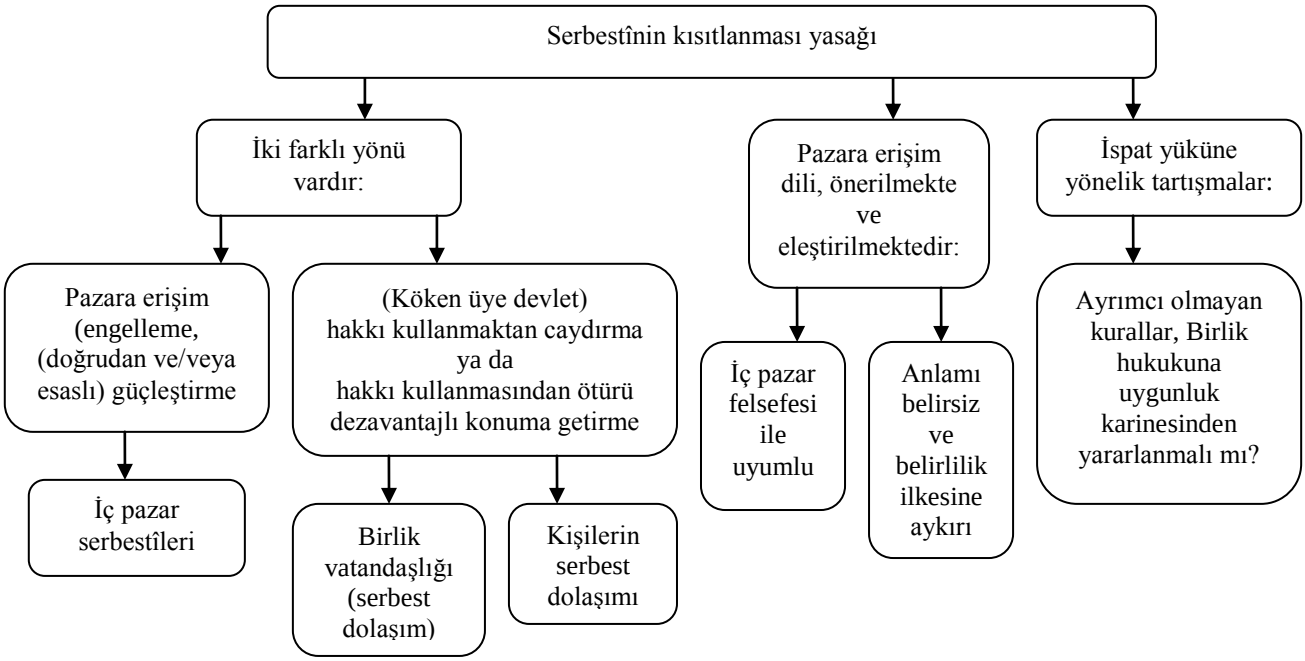
[92] Örnek olarak bkz. Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

[93] Case 810/79 *Überschär* [1980] pr. 16.

esnetmeksizin, iç pazarın felsefesi ile daha iyi bağdaşmaktadır.[94] Buna karşın, Divan, bu durumları serbestînin kısıtlanması yasağı içinde addetmektedir.

Sonuç olarak, serbestînin kısıtlanması yasağı; bir yandan Divanca kullanılmakta ve doktrince belirli bir ölçüde desteklenmekte iken; diğer yandan, içtihat hukuku kolaylıkla kavramsal bir çerçeveye oturtulamamakta ve bu yasaklamanın dış sınırları rahatlıkla belirlenememektedir.[95] Sonraki bölümlerde buraya kadar incelenen tahdit kriterleri, Divan kararları ile somut vakalar ışığında ele alınacaktır.

Şekil 8: Serbestînin Kısıtlanması Yasağına İlişkin Tespitler



2. Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yapılması Yasağı

Bir yasak olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı biçimde gerçekleşebilmektedir. Bu hâller, sırasıyla ele alınmaktadır.

A. Doğrudan Ayrımcılık Yapılması Yasağı

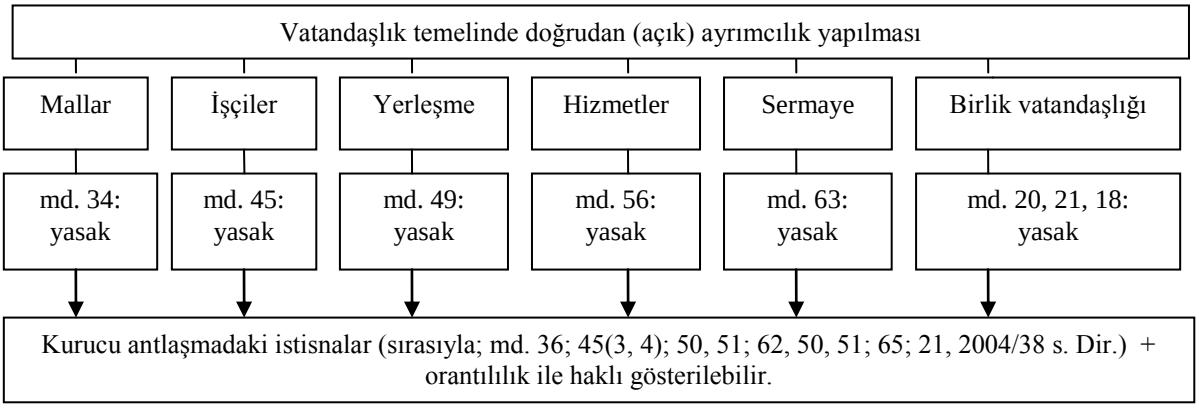
Serbest dolaşım alanında doğrudan ayrımcılık; ürünler, hizmetler veya sermaye ile bireyler veya teşebbüsler; (yerine göre) kökeni, vatandaşlığı veya merkezîne ilişkin

[94] **BERNARD, (1996),** s. 89.

[95] Bkz. "Şekil 8: Serbestînin Kısıtlanması Yasağına İlişkin Tespitler", s. 193

olarak farklı muamele gördüğünde gerçekleşir.[96] Doğrudan ayrımcı ulusal önlem, yalnızca kurucu antlaşmada yer alan istisnalar temelinde ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilmektedir.[97] Bu konu, aşağıda, öncelikle iç pazar serbestîleri daha sonra da Birlik vatandaşlığı açısından incelenecektir.

Şekil 9: Vatandaşlık Temelinde Doğrudan (Açık) Ayrımcılık Yapılamaması



a. İç Pazar Serbestîleri

Bu bölümde; malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı yönünden vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılması incelenecektir.

aa. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34, ithatlatta miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili önlemleri yasaklarken; bu yasak, yerli mal ile ithal mal arasında doğrudan ayrımcılık yapılması hâlini içermektedir. Bu duruma yol açan ulusal önlemler, yalnızca md. 36'da yer alan istisna sebepleri ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilmektedir.[98]

---

[96] Doğrudan ayrımcılık tanımları için bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 767; **BELL,** s. 34; **DAVIES, G., (2003a),** s. 123.

[97] Bkz. "Şekil 9: Vatandaşlık Temelinde Doğrudan (Açık) Ayrımcılık Yapılamaması", s. 194. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 719; **BARNARD, (2010),** s. 237.

[98] Bkz. Case 59/82 *Weinvertriebs* [1983] pr. 11. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

Buradaki çıkış noktası, miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili önlemlerin tanımıdır. Bu kavramlar, kurucu antlaşma ve ikincil hukukça tanımlanmaması nedeniyle Divanca tarif edilmiştir. *Geddo* kararı uyarınca, miktar kısıtlamaları hakkındaki yasak, "duruma göre ithalatın, ihracatın ya da transit malların tamamen veya kısmen sınırlanmasına yol açan önlemleri" içine alırken; bunlara eşdeğer etkili önlemler, "hem bu tarif edilen sınırlama şekli hem de tanımı ya da yöntemi ne olursa olsun aynı etkiyi doğuran yükleri" içermektedir.[99] Eşdeğer etkili önlem kavramı, *Dassonville* kararı ile daha fazla açıklanmıştır:

> "Üye devletlerce çıkarılan ve [Birlik] içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştirmeye elverişli olan tüm ticari kurallar, miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlem kabul edilir."[100]

Öyleyse, bir miktar kısıtlaması veya buna eşdeğer etkili bir önlem, ne zaman doğrudan ayrımcı addedilecektir? İlk olarak, miktar kısıtlamaları; ithalat, ihracat ya da transit malları tamamen veya kısmen sınırlayan ulusal önlemler olmasından ötürü, tanımı itibariyle yerli mal ile ithal mal arasında doğrudan ayrımcılık yapmaktadır. Bu tür önlemlere örnek olarak ithalat yasağı, *Henn and Darby* kararı uyarınca 'kısıtlamanın en uç şekli' olarak ifade edilmiştir.[101]

İkinci olarak, miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlemler, hem ayrımcı olan hem de ayrımcı olmamakla birlikte serbestînin kısıtlanmasına yol açan ulusal önlemleri içermektedir. Bununla birlikte eşdeğer etkili önlemler, burada yalnızca doğrudan ayrımcılık hâli ile bağlantılı olarak ele alınacaktır.[102] Bu yönden, doğrudan ayrımcılık, ithal malların yerli mallar ile nesnel olarak aynı biçimde muamele görmesi gerekirken;

---

[99] Case 2/73 *Geddo* [1973] pr. 7. **ABİHA** md. 35 ile ilgili olarak bkz. Case C-388/95 *Belgium v Spain* [2000] pr. 41. Bir başka tanıma göre miktar kısıtlaması veya kota, bir ürünün ithalatını miktar veya değer ile kısıtlayan her önlemdir. **ARNULL–*et. al.***, s. 572.

[100] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5.

[101] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 12.

[102] **ABİHA** md. 35 ile ilgili olarak bkz. Case C-293/02 *Jersey* [2005] pr. 75–76, 85.

yerli mallardan daha az olumlu muamele görmesi hâlidir.[103] Örneğin, *Rewe-Zentralfinanz* davasında Almanya, ithal bitki ürünlerine bitki sağlığı kontrolü uygularken, elma gibi benzer yerli ürünlerin dağıtımı için böyle bir zorunlu denetim yapmamaktadır. Böylelikle bu kontroller, yalnızca ithal ürünler için aranmaktadır. Dahası, kontrol nedeniyle yaşanan gecikmeler ve ithalatçının üstlenmesi gerekebilecek ek taşıma masrafları, "ithalatı muhtemelen daha zor ya da daha masraflı yapmaktadır".[104] Öyleyse bu kontroller, ABİHA md. 34 anlamında miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlem olup; Birlik hukukunca tanınan istisnalara tâbi olarak yasaklanmıştır.[105]

[103] **BARNARD, (2010),** s. 80. Başka bir tanım için bkz. **CONNOR,** s. 161.

[104] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 4.

[105] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 5. Doğrudan ayrımcı olarak uygulanan miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlem örnekleri çoğaltılabilir: Birlik içi sınırlarda uygulanan sistematik hayvan hastalıkları ve genel sağlık ile ilgili kontroller (Case 251/78 *Denkavit* [1979] pr. 10.); yalnızca formalite olarak uygulanıyor olsa bile ithalat ya da ihracat lisansları veya buna benzer diğer prosedürler (Joined Cases 51–54/71 *International Fruit Company* [1971] pr. 9.); posta pullama makinesinin pazarlanması yönünden önceden onay alınmasına ilişkin kuralların korumacı veya ayrımcı biçimde uygulanması (Case 21/84 *Commission v France* [1985] pr. 11–15.); ithalat yapılan üye devletin yalnızca ithal vermut içkisine ilişkin minimum alkol oranı belirlemesi (Case 59/82 *Weinvertriebs* [1983] pr. 7–8, 12.); ithalat yapılan üye devlette yerli malların aksine ithal içkiler veya tıbbi ürünlerin kısmen veya tamamen reklam yasağına tâbi tutulması (Case C-320/93 *Lucien Ortscheit* [1994] pr. 9.); bir hükümete atfedilebilir olan ve ülke çapında organize biçimde yürütülen yalnızca yerli ürünlere ait ulusal düzeyde reklam kampanyaları ve yerli malların satılmasını özendiren özel prosedürler (Case 249/81 *Commission v Ireland* [1982] pr. 29.); bir üye devletteki tacirlerin bir ürünün belirli bir oranını ulusal tedarikçiden almasına ilişkin kurallar (Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 70.); başka üye devletlerden gelen hatıra eşyalarının yerel pazara erişiminin bu eşyaların kökenlerini içeren bir açıklama koşuluna bağlanması (böylelikle tüketici yerli ve ithal ürün arasında ayrım yapabilecek ve ulusal ürünlere öncelik vermesi teşvik edilebilecektir) (Case 207/83 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1985] pr. 17–18, 20, 22) doğrudan ayrımcı uygulamalar olup; ABİHA md. 34 uyarınca yasaklanmıştır.

bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Burada, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımında vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılması hâli, bu sırayla ele alınacaktır.

aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45, ev sahibi üye devlet işçisi ile bir başka üye devlet (Birlik) işçisi arasında vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılması hâlini yasaklamaktadır.[106] Bu türdeki önlemler, yalnızca md. 45(3, 4)'te yer alan istisna sebepleri ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilmektedir.[107]

Buna ilişkin olarak, *Comission v France* davası örnek gösterilebilir.[108] Burada Fransa, denizcilik alanındaki bir kanun ile bir geminin tayfasının belli oranının Fransız vatandaşı olması şartı getirmiştir.[109] Komisyon, bu şartı işçilerin serbest dolaşımı hükümlerine aykırı bularak, Birlik hukukunu ihlâl etmesi nedeniyle Fransa'ya karşı dava açmıştır.[110] Divana göre ABİHA md. 45(2), "niteliği veya kaplamı ne olursa olsun" üye devlet işçileri arasındaki istihdam, ücret ve istihdama ilişkin diğer koşullara yönelik "vatandaşlık temelindeki her türlü ayrımcılığın kaldırılması"nı gerektirmektedir.[111] Ayrıca her üye devlet, mutlak nitelikteki bu yasaklama gereği diğer üye devlet vatandaşlarının istihdama eşit erişimine izin vermelidir.[112] Bu bakımdan, bir önlem, istihdama erişimde ve iş ve istihdama ilişkin diğer koşullarda eşitlik bakımından ikincil önemde bir engel olsa bile; buradaki ayrımcılık da, md. 45'teki ayrımcılık yasağının genel karakteri ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması ile güdülen amaç

[106] Bkz. **ABİHA** md. 45(2); **1612/68 sayılı Tüzük** md. 7(1).

[107] Case 44/72 *Marsman* [1972] pr. 4; Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 121. Bkz. **BİLGİN, (2010c),** s. 79. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[108] Case 167/73 *Commission v France* [1974].

[109] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 2.

[110] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 1.

[111] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 44.

[112] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 45.

gereğince yasaktır.[113] İlgili ulusal hüküm, bu türde bir engel oluşturması nedeniyle Birlik hukukuna aykırıdır.[114]

bbb. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49, ev sahibi üye devlet serbest çalışanı veya tüzel kişisi ile bir başka üye devlet (Birlik) serbest çalışanı veya tüzel kişisi arasında vatandaşlık veya merkez temelinde doğrudan ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.[115] Bu türdeki önlemler, orantılılık ilkesine uyulması şartıyla yalnızca md. 50 ve 51'de yer alan istisnalar ile haklı gösterilebilmektedir.[116]

Reyners davası, vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılması hâline örnektir.[117] Burada, Hollandalı Bay Reyners, Belçika'da avukatlık mesleğine başlama hakkı veren bir hukuk diplomasına sahipken; Belçika mevzuatı uyarınca vatandaşlığı nedeniyle bu meslekten hariç tutulmaktadır.[118] Divana göre ABİHA md. 49 uyarınca yerleşme hakkı alanında vatandaşlık temelindeki her türlü ayrımcılık yasaktır. Somut

[113] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 46. Ayrıca bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 117.

[114] Case 167/73 *Commission v France* [1974] pr. 47, 48. Vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılması hâlleri çoğaltılabilir: Bir üye devlet mevzuatı ile yalnızca kendi vatandaşı olan belirli kategorideki işçilere sosyal bir nedenle tanınan işten çıkarmaya ilişkin özel koruma (Case 44/72 *Marsman* [1972] pr. 4.); liman işçiliğinin yalnızca İtalyan vatandaşlarınca yapılabilmesi (Case C-179/90 *Siderurgica Gabrielli* [1991] pr. 24.); işçi odalarına seçim için Avusturya vatandaşlığı şartı getirilmesi (Case C-465/01 *Commission v Austria* [2004] pr. 31–32.) ABİHA md. 45 yönünden doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.

[115] ABİHA md. 49 gereği ev sahibi üye devlet, bir şirketin sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi ya da iş merkezinin bulunduğu yerin bir başka üye devlette olmasından ötürü farklı muamele yapamayacaktır. Bkz. Case C-231/05 *Oy AA* [2007] pr. 30.

[116] Case C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* [2006] pr. 36. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 299. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[117] Case 2/74 *Reyners* [1974].

[118] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 2.

olayda Bay Reyners, salt başka bir üye devlet vatandaşı olması nedeniyle avukatlık mesleğine kabul edilmediğinden, ilgili önlem bu yasak kapsamı içinde kalmaktadır.[119]

ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56, ev sahibi üye devlette hizmet sunan veya alan gerçek kişi veya tüzel kişiler ile bir başka üye devlet (Birlik) vatandaşı hizmet sunan veya alan gerçek kişi veya tüzel kişiler arasında vatandaşlık veya yerleşme yeri veya merkez temelinde doğrudan ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.[120] Bu türdeki önlemler, orantılılık ilkesine uyulması şartıyla yalnızca md. 62 uyarınca md. 50 ve 51'de yer alan istisnalar ile haklı gösterilebilmektedir.[121]

Konuya ilişkin olan *Gouda* kararında Divan, ABİHA md. 56 ile ilgili olarak kimi tespitler yapmaktadır.[122] Divana göre:

> "[ABİHA md. 56], ilk sırada, hizmet sunan kişinin vatandaşlığı ya da hizmet sunduğu devletten başka bir üye devlette yerleşik bulunması dolayısıyla o kişiye yönelik her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını içerir."[123]

---

[119] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 16, 32. Doğrudan ayrımcı olarak uygulanan önlemler çoğaltılabilir: belirli mesleklere erişime ilişkin olarak İtalyan vatandaşı olma ya da karşılıklılık koşuluna yer verilmesi (Case 168/85 *Commission v Italy* [1986] pr. 1, 16.); belirli bir binanın işletme amacıyla yalnızca Fransız vatandaşlarına kiralanabilmesi (Case 197/84 *Steinhauser* [1985] pr. 13.); diğer üye devlet vatandaşlarının ev sahibi üye devletteki kara sularında balıkçılık yapması için o devlette bir şirket kurması gerekliliği (Case C-93/89 *Commission v Ireland* [1991] pr. 15.); bir geminin bir üye devlet tabiiyetinde olarak nitelendirilmesi için o üye devlet vatandaşlarına ait olması zorunluluğu (Case C-221/89 *Factortame* [1991] pr. 33.); bir başka üye devlete ikâmetini taşıyan ve İtalyan olmayan dişçilerin İtalyan Dişçi Birliğindeki kaydının silinmesi (Case C-162/99 *Commission v Italy* [2001] pr. 36.); Belçika vatandaşı olmayan kişilerin hava taşıtı kaydı yaptırması için en az bir yıl Belçika'da ikâmet etmesi şartı (Case C-203/98 *Commission v Belgium* [1999] pr. 13.) ABİHA md. 49 yönünden doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.

[120] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 771; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 769.

[121] Case C-288/89 *Gouda* [1991] pr. 11. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[122] Case C-288/89 *Gouda* [1991].

Hizmetlere ilişkin ayrımcı ulusal kurallar, md. 51 gibi "yalnızca sarih bir muafiyet kapsamı içine sokulabilirse [Birlik] hukuku ile uyumludur".[124] Öyleyse, burada gerek vatandaşlık gerek yerleşme yeri temelindeki ayrımcılık yasak olup;[125] her iki hâldeki ayrımcılık, yalnızca kurucu antlaşmada yer alan istisna sebepleri ile haklı gösterilebilmektedir.[126]

van Adverteerders davası konuya uygun bir örnektir.[127] Hollanda ulusal kuralları, diğer üye devletlerden kablo aracılığıyla yayın yapan ve Hollandaca ya da bu dilde alt yazı ile buradaki halk için reklam içeren radyo ve televizyon programlarının dağıtımını yasaklamaktadır.[128] Divana göre bu kural uyarınca diğer üye devletlerde yerleşik yayıncılar kendi kanallarında Hollanda halkı için reklam yapma imkânından yoksun kalırken; Hollanda Yayın Kanunu uyarınca ulusal televizyon kanallarının reklam yayınlayabilmesi "ayrımcılık" oluşturup; ilgili kurallar, hizmet sunum serbestîsine aykırıdır.[129]

cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 63, üye devletler ve üye devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki sermaye dolaşımı üstündeki tüm kısıtlamaları yasaklarken; bu yasak, sermaye

---

[123] Case C-288/89 *Gouda* [1991] pr. 10.

[124] Case C-288/89 *Gouda* [1991] pr. 11.

[125] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 374; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 771.

[126] Bkz. Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 16. Bununla birlikte, bir hizmet sunucusunun ev sahibi üye devlette yerleşik olması ve/veya ikâmeti olmasına ilişkin ulusal kurallar, kimi zaman dolaylı ayrımcı olarak nitelenebilmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 375. Ayrıca bkz. Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 12, 16.

[127] Case 352/85 *van Adverteerders* [1988].

[128] Case 352/85 *van Adverteerders* [1988] pr. 1–3.

[129] Case 352/85 *van Adverteerders* [1988] pr. 26–27. Yine, örneğin, İspanya hukukuna göre yalnızca İspanyol film dağıtıcılarının yabancı filmlere dublaj yapmak için lisans alabilmesi koşulu, doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. Case C-17/92 *Federación de Distribuidores Cinematográficos* [1993] pr. 15.

dolaşımına yönelik ayrımcı önlemleri de içermektedir.[130] Bu tür önlemler, yalnızca md. 65'te yer alan istisna sebepleri ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilmektedir.[131]

Konuyla ilişkili olarak *Albore* davası örnek gösterilebilir.[132] Burada, Alman Bay Heller ile Kraas, İtalya'daki askeri önemi haiz olarak belirlenen *Barano d'Ischia* alanında iki arazi satın almıştır. Buna karşın, bu kişiler, önceden izin için başvuru yapmamıştır. İlgili kadastro müdürlüğü ise, bu iznin yokluğu nedeniyle satışı tescil etmemektedir.[133] Buna karşın, İtalyan vatandaşları, ulusal hukuk uyarınca askeri önemi haiz olarak belirlenen bölgelerde arazi satın almadan önce idari izin isteme yükümlülüğünden muaftır.[134] Bu nedenle, Divana göre ilgili ulusal düzenleme, diğer üye devlet vatandaşları yönünden "üye devletler arası sermaye dolaşımları üstünde ayrımcı bir kısıtlama" teşkil etmektedir.[135]

b. Birlik Vatandaşlığı

ABİHA md. 20 ve/veya 21, md. 18 ile birlikte ele alınarak, ev sahibi üye devlet vatandaşı ile bir başka üye devlet (Birlik) vatandaşı arasında vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu türdeki önlemler, yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilmektedir.[136]

---

[130] Bkz. Case C-282/07 *Truck Center* [2008] pr. 23. Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 725.

[131] Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 24; Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 17. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[132] Case C-423/98 *Albore* [2000].

[133] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 6.

[134] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 12.

[135] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 16. Benzer bir uyuşmazlık için bkz. Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 23.

[136] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31. Bkz. **HAILBRONNER, KAY,** "D. I. Freizügigkeit: Grundlegen", **DAUSES, MANFRED A.,** *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts,* 25. Auflage, C. H. Beck,

Birlik vatandaşlığı, ilk kez *Sala* kararında vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ile birlikte uygulanmıştır.[137] Burada İspanyol Bayan Sala, 1968 yılından bu yana Almanya'da yaşamakta ve 1989 yılında işini bırakmasından bu yana Nuremberg şehrinden sosyal yardım almaktadır.[138] Bu kişi, ikâmet izninin bulunmadığı 1993 yılında o yıl doğan çocuğu için yetkili makamlardan çocuk büyütme ödeneği talebinde bulunmuştur.[139] Bu başvuru, bu kişinin Alman vatandaşlığı, ikâmet hakkı ya da ikâmet izni olmaması nedeniyle reddedilmiştir.[140] Divana göre:

> "[ABİHA md. 20(2)], [md. 18] ile düzenlenen kurucu antlaşmanın *ratione materiae* (konu itibariyle) uygulama alanı içinde vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkı da dâhil olmak üzere kurucu antlaşmada yer alan hak ve yükümlülükleri Birlik vatandaşlığı statüsüne bağlamaktadır."[141]

Burada, evvela, bir ikâmet izni, ikâmet hakkının tanınması açısından yalnızca açıklayıcı ve kanıtlayıcı bir güce sahiptir.[142] Buna karşın, dava dosyasına göre ikâmet iznine sahip olmak, ihtilâflı ödeneğe hak kazanmak için kurucu niteliktedir.[143] Öyleyse, bir üye devlet, ilgili ödeneği almak adına kendi vatandaşından bu tip bir belge istemezken; başka üye devlet vatandaşından isteyerek "eşit olmayan muamele" yapmaktadır.[144] Bayan Sala, bir başka üye devlette hukuka uygun olarak ikâmet etmesinden ötürü, bu

---

München, 2010, Rn. 103. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[137] Case C-85/96 *Sala* [1998]. Bu kararın incelemesi için bkz. **O'LEARY, SÍOFRA,** "Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 1, 1999, s. 68–79; **TOMUSCHAT, CHRISTIAN,** "Case C-85/96, *María Martínez Sala* v. *Freistaat Bayern*, with Annotation by C. Tomuschat", *Common Market Law Review*, Cilt: 37, 2000, s. 449–457.

[138] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 13.

[139] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 15.

[140] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 16.

[141] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 62.

[142] Bkz. Case 48/75 *Royer* [1976] pr. 50.

[143] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 53.

[144] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 54. Bu durum, Alman hükümetince de kabul edilmektedir. (pr. 56.)

tür bir eşit olmayan muameleye karşı md. 18'e dayanabilecektir.[145] Nihayet böyle bir "eşit olmayan muamele", "davacının doğrudan vatandaşlığına dayalı bir ayrımcılık" oluşturup;[146] herhangi bir haklı gerekçenin yokluğunda md. 18 uyarınca yasaktır.[147]

Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, ilk kez *Grzelczyk* kararında vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ile birleştirilmiştir.[148] Burada, Fransız Bay Grzelczyk, Belçika'da bir üniversitede okumaktadır. Bu kişi, ilk üç yıl kendi imkânları ile okuduktan sonra, son yıl öğrencilere verilen 'minimex' adlı bir ödeneğe başvurmuştur.[149] Bununla birlikte, bu başvuru, bu ödeneğin yalnızca Belçika vatandaşlarına verilmesi nedeniyle reddedilmiştir.[150] Divana göre ABİHA md. 18 uyarınca vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması, kurucu antlaşmanın uygulama alanı içinde yasak olup; buradaki uygulama alanı belirlenirken Birlik vatandaşlığı hükümleri (md. 21) de dikkate alınacaktır.[151] Hatta:

> "Birlik vatandaşlığı, açıkça öngörülen istisnalara tâbi olarak, vatandaşlığına bakılmaksızın kendilerini aynı durumda bulan kişilerin hukuken aynı muameleyi görmesini sağlayarak üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacaktır."[152]

Burada, öncelikle, Bay Grzelczyk, md. 21 uyarınca bir başka üye devlette serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkını kullanarak, kurucu antlaşmanın uygulama alanında

[145] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 61, 63.

[146] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 64.

[147] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 55.

[148] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001]. Bu kararın incelemesi için bkz. **ILIOPOULOU–TONER, (2002),** s. 609–620.

[149] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 10–11.

[150] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 12. Belçika'da bu ödenek, 1612/68 sayılı Tüzük uyarınca sosyal avantaj kabul edilmekte ve Birlik işçileri bu ödenekten faydalandırılmaktadır. (pr. 13.)

[151] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 30.

[152] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31.

kalmaktadır.[153] Her ne kadar bu madde, ikâmet hakkını belirli sınırlamalara tâbi kılsa bile; söz konusu kişi, ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine "makul olmayan bir yük" oluşturmamasından ötürü hukuka uygun mukimdir.[154] O hâlde, Bay Grzelczyk'in salt Belçika vatandaşı olmaması nedeniyle ilgili ödeneği alamaması açıkça vatandaşlık temelinde ayrımcılık olup;[155] md. 18 ve 21 uyarınca Birlik hukukuna aykırıdır.[156]

Sonuç olarak, her Birlik vatandaşı, serbest dolaşım ve ikâmet hakkını kullanırken vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ile korunmaktadır. Böylelikle, burada herhangi bir rekabet dezavantajına yönelmeyen ayrımcılık yasağı, bir temel hak işlevine bürünerek, aynı zamanda bir dayanışma ve bütünleşme aracına da dönüşmektedir. Bu açıdan, Divana göre "Birlik vatandaşlığı, … üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacaktır".[157] Öte yandan, hukuka uygun ikâmet ile sosyal haklar yönünden eşit muamele ilkesine dayanabilmek hakkındaki Divan kararlarındaki gerekçe, göçmen Birlik vatandaşlarını bir ikilem ile yüz yüze getirmektedir: hukuka uygun ikâmet, bir göçmene ev sahibi devlette eşit muamele hakkı tanırken; eşit muamele hakkının kullanımı, ev sahibi devletin başvurucunun makul olmayan bir finansal yük hâline geldiğini düşünmesine neden olabilecektir.[158] Yine de, ekonomik nitelikte olmayan Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, artık tıpkı iç pazardaki

[153] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 33. Böylelikle, *Sala* kararındaki sosyal yararın 1612/68 sayılı Tüzük içinde kalıyor olması ile sağlanan *ratione materiae* kapsam, burada serbest dolaşım ile sağlanmaktadır. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 445.

[154] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 44.

[155] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 29.

[156] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 46.

[157] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31. Bu beyanın merkezî olma ve Avrupa'daki aidiyetin niteliğini tedricen dönüştürecek olması, oldukça yüksek ihtimaldir. **GUILD, (2004),** s. 65. Tryfonidou'ya göre bu beyan, üye devlet vatandaşlarının her şeyden evvel Birlik vatandaşı oldukları ve (işçi veya hizmet sunucusu gibi) her tür diğer statünün böylece ikincil kaldığını akla getirmektedir. **TRYFONIDOU, (2010),** s. 40.

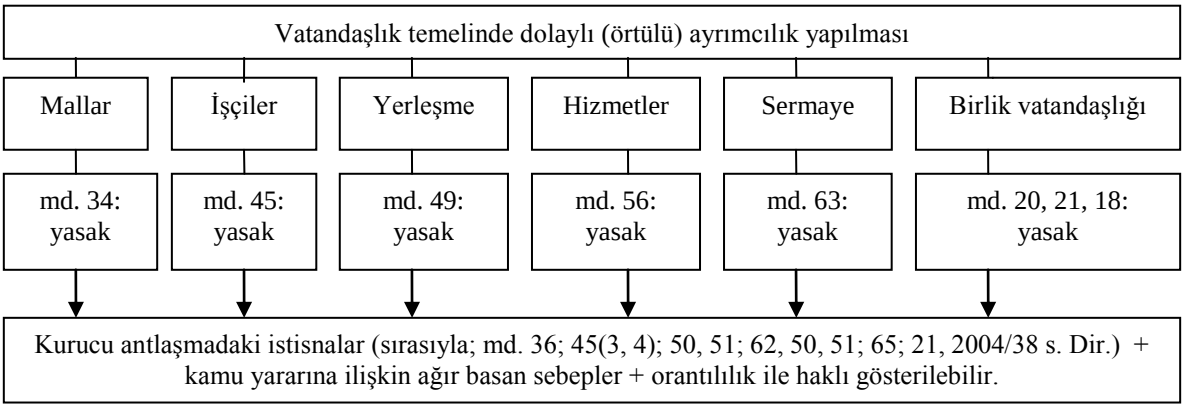
[158] **DOUGAN–SPAVENTA,** s. 708.

serbest dolaşımlar gibi, vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yasağı ile korunarak, geliştirilmektedir. Böylece, Birlik vatandaşlığı, ayrımcılık yapılmaması ilkesinin uygulanması için önceden gerekli görülen ekonomik bir etkinlik yürütmek veya ona katılmak gibi bağlantıları da koparmaktadır.[159]

B. Dolaylı Ayrımcılık Yapılması Yasağı

Serbest dolaşım alanında dolaylı ayrımcılık; görünüşte vatandaşlık ya da köken yönünden nötr olmakla birlikte, bir başka üye devletten gelen ürün, hizmet veya sermaye ile gerçek veya tüzel kişiyi daha çok etkilemeye elverişli ve belirli bir dezavantajlı konuma getirme riskini taşıyan önlemler var ise ortaya çıkmaktadır.[160] Dolaylı ayrımcılık hâlleri, orantılılık ilkesine uygun olma şartıyla, kurucu antlaşmada yer alan istisnalar ve/veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler[161] ile haklı gösterilebilmektedir.[162] Bu konu, öncelikle iç pazar serbestîleri daha sonra da Birlik vatandaşlığı açısından ele alınacaktır.

Şekil 10: Vatandaşlık Temelinde Dolaylı (Örtülü) Ayrımcılık Yapılamaması



[159] Bkz. **O'LEARY, (1999),** s. 77–78. Bkz. Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 61, 63.

[160] Dolaylı ayrımcılık tanımları için bkz. **BELL,** s. 34; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 722; **DAVIES, G., (2003a),** s. 124; **JARASS,** s. 146; **GUILD, (2001),** s. 51, 52; **WHITE, (2004),** s. 54.

[161] Kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler; zorunlu gereksinimler, emredici gereklilikler vb. gibi bu alanda kullanılan tüm nitelemeleri kapsar bir biçimde kullanılmaktadır. Detaylar için bkz. dn. 7, s. 334.

[162] Bkz. "Şekil 10: Vatandaşlık Temelinde Dolaylı (Örtülü) Ayrımcılık Yapılamaması", s. 205. Ayrıca bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 719; **BARNARD, (2010),** s. 241.

a. İç Pazar Serbestîleri

Bu bölümde; malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı yönünden vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılması incelenecektir.

aa. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34, ithatlatta miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili önlemleri yasaklarken; bu yasak, yerli mal ile ithal mal arasında dolaylı ayrımcılık yapılması hâlini içermektedir. Bu duruma yol açan ulusal önlemler, orantılı olmak koşuluyla, md. 36'da yer alan istisnalar ve/veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilir.[163]

Divan, *Commission v Italy* kararında dolaylı ayrımcılık ile ilgili tespitler yapmaktadır:

> "Yerleşik içtihat hukukuna göre açıktır ki [ABİHA md. 34], ayrımcılık yapılmaması ve bir başka üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan ürünlerin karşılıklı tanınması ilkelerinin yanı sıra [Birlik] ürünlerinin ulusal pazarlara serbestçe erişimini sağlama ilkesine saygı gösterilmesi yükümlülüğünü yansıtmaktadır."[164]

Bu anlamda, bir üye devletçe kabul edilen ve amacı ya da etkisi bir başka üye devletten gelen ürünlerin daha az avantajlı biçimde muamele görmesi olan önlemler, md. 34 uyarınca ithalatta miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlemdir.[165] Bir başka ifadeyle, ithal malları daha zor ya da daha masraflı yapan önlemler, 'dolaylı ayrımcılık' içinde değerlendirilmektedir.[166]

---

[163] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 35. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[164] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34.

[165] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 37. Bkz. **BAYKAL, SANEM,** "Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, 2005, s. 109.

[166] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 614.

Konuyla ilgili olarak *Avides Media* davası örnek verilebilir.[167] Burada Avides Media, posta siparişi ile internet sitesi ve elektronik alışveriş platformu aracılığıyla görsel ve işitsel dosya satmaktadır.[168] Bu firma, Japon çizgifilmi olan 'anime'leri DVD veya VCD formatında Birleşik Krallık'tan Almanya'ya satmaktadır. Bu filmler, satış öncesi İngiliz Film Sınıflandırma Kurulunca incelenmektedir. İngiliz mevzuatına göre yapılan bu sınıflandırma sonucu bu filmler, "15 yaş ve üzerine uygun" olarak tasniflenmiştir.[169] Bu firmaya rakip olan Dynamic Medien, yetkili ulusal mahkemede dava açarak Avides Media tarafından posta siparişi ile bu tür ürünlerin satışının yasaklanmasını talep etmiştir. Zira Alman mevzuatına göre yetkili Alman makamlarınca incelenmeyen ve yaş sınıflandırması yapılmayan görüntü saklayan araçlar posta siparişi yoluyla satılamamaktadır.[170] Divana göre bu tür kurallar, Almanya dışındaki bir başka üye devletten görüntü saklayan araçların ithalatını daha zor ve daha pahalı hâle getirmeye elverişli olup; ilgili kişileri Almanya'da bu tür görüntü saklayan araçları pazarlamaktan caydırabilir.[171] Öyleyse, bu kurallar, miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili kısıtlama oluşturmaktadır.[172]

---

[167] Case C-244/06 *Avides Media* [2008].

[168] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 11.

[169] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 12.

[170] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 13.

[171] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 34.

[172] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 35. Dolaylı ayrımcı hâlleri çoğaltılabilir: Bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan margarinin ev sahibi üye devlette satılmasının bu margarinlerin küp şeklinde olması şartına bağlanması (Case 261/81 *Rau* [1982] pr. 20.); bir üye devletin tüm mal ithalatçılarından malların değerinin %5'ine karşılık gelen bir teminat veya banka teminatını avans olarak talep etmesi (Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 28.); bir üye devletçe kendi kurallarına uygun bulunan ve bir başka üye devletten ithal edilen ayar damgası basılmamış gümüş kaplama malların satışının yasaklanması (Case 220/81 *Robertson* [1982] pr. 10.); bir ürünün paketi üstünde belirli bilgilerin belirtilmesi zorunluluğunun ithal ürünlere genişletilmesi (Case 94/82 *De Kikvorsch Groothandel* [1983] pr. 10.); bir ürün için belirlenen azami satış fiyatının ithal ürünlerin satışını imkânsız hâle getirmese bile yerli ürünlere nazaran daha güç hâle gelecek düzeyde tutulması

bb. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımında vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılması hâli, bu sırayla ele alınacaktır.

aaa. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45, ev sahibi üye devlet işçisi ile bir başka üye devlet (Birlik) işçisi arasında vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu tür bir önlem, orantılı olmak koşuluyla, md. 45(3, 4)'te yer alan istisna sebeplerinin yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[173]

Konuyla ilgili ilk tespitler, *Sotgiu* kararı ile yapılmıştır.[174] Buna göre kurucu antlaşma içinde yer alan eşit muameleye ilişkin kurallar:

> "yalnızca vatandaşlık nedeniyle açık ayrımcılığı değil; bundan başka ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla gerçekte aynı sonucu doğuran tüm örtülü ayrımcılık biçimlerini yasaklamaktadır."[175]

Öyleyse, bir işçinin menşe yeri veya ikâmetgahı gibi kriterler, duruma göre, uygulamadaki etkileri yönünden vatandaşlık temelinde ayrımcılık ile eşitse Birlik hukukuna göre yasaktır.[176]

Divan, dolaylı ayrımcılığı sonraki kararları ile tanımlamıştır. İlkin, *Schumacker* kararına göre "ayrımcılık, benzer durumlara farklı kuralların veya farklı durumlara

---

(Case 16–20/79 *Danis and others* [1979] pr. 7.); bir ürün için belirlenen asgari satış fiyatının ithal ürünlerin benzer yerli ürünler karşısında daha düşük satış fiyatlarının sağlayacağı rekabet avantajından mahrum kalarak dezavantajlı duruma düşmesini sağlayacak bir düzeyde sabitlenmesi (Case C-287/89 *Commission v Belgium* [1991] pr. 17.) dolaylı ayrımcı uygulamalar olup, ABİHA md. 34'e göre yasaktır.

[173] Case C-350/96 *Clean Car* [1998] pr. 31; Case C-15/96 *Schöning-Kougebetopoulou* [1998] pr. 21; Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[174] Case 152/73 *Sotgiu* [1974].

[175] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 11. Ayrıca bkz. **1612/68 sayılı Tüzük** Dibace pt. 5.

[176] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 11. Bkz. Case C-350/96 *Clean Car* [1998] pr. 29; Case C-279/93 *Schumacker* [1995] pr. 28; Case C-212/05 *Hartmann* [2007] pr. 31; Case C-213/05 *Geven* [2007] pr. 20.

benzer kuralların uygulanması yoluyla" oluşabilmektedir.[177] Dahası, *O'Flynn* kararı uyarınca:

> "ulusal hukuk hükmü, doğası itibariyle ulusal işçilere nazaran göçmen işçileri daha çok etkilemeye elverişliyse ve göçmen işçileri belirli bir dezavantajlı konuma getirme riskini taşıyorsa dolaylı ayrımcı kabul edilmelidir."[178]

Bu tanım, doktrince en iyi dolaylı ayrımcılık tanımı olarak kabul görmektedir.[179] Öyleyse, göçmenleri daha çok etkilemeye elverişli ve dezavantajlı konuma getirme riski taşıyan her türlü kural, dolaylı ayrımcı sayılacaktır.[180] Bu bakımdan, potansiyel etkiye odaklanmak, bu formülün etki sahasını oldukça genişletirken;[181] ayrımcılık iddia eden kişinin istatistikî ya da diğer araçlarla ilgili önlemin göçmen kişilere daha ağır şartlar getirdiğini ispatlamakla yükümlü tutulmamasına da yol açmaktadır.[182] Ayrıca, özellikle ikâmetgah gibi bölgesel bir unsur içeren ayrım kriterlerinin vatandaş olmayanlardan ziyade vatandaşların avantajına işleyeceği varsayılmaktadır.[183]

Bu konuyla ilgili olarak *Angonese* davası örnek verilebilir.[184] Bu davada anadili Almanca olan İtalyan Bay Angonese, Bolzano ilindeki özel bir bankada açılan bir kadro için iş başvurusu yapmıştır.[185] Başvuru koşulları arasında, o ildeki kamu otoritelerince verilen ve hem Almanca hem de İtalyanca bilgisinin ispatına yarayan bir sertifika yer

---

[177] Case C-279/93 *Schumacker* [1995] pr. 30. Krş. Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 31, 32.

[178] Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20.

[179] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 729; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 591; **DAVIES, G., (2003a),** s. 124.

[180] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 729.

[181] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 241.

[182] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 730; **BELL,** s. 34–35. Bu uygulama, nispetsiz etkinin bilfiil gösterilmesinin arandığı cinsiyet ayrımcılığı ve ABİHA md. 101 içtihat hukukundan farklılaşmaktadır. Sırasıyla bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 224; **BARNARD, (2010),** s. 241.

[183] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 730. Bkz. Case C-278/03 *Commission v Italy* [2005] pr. 14.

[184] Case C-281/98 *Angonese* [2000].

[185] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 5.

almaktadır.[186] Bay Angonese, her iki dile hâkim olmakla birlikte, bu sertifikaya sahip olmadığından iş başvurusuna olumsuz yanıt almıştır.[187] Divana göre bu koşul, bu sertifikanın yalnız bir ilde verilmesi ve orada ikâmet etmeyen kişilerin bu sertifikayı elde etmesi ihtimalinin az olması dolayısıyla, İtalya vatandaşları dışındaki diğer üye devlet vatandaşlarını dezavantajlı konuma getirmektedir.[188] Öyleyse bu kural, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[189]

bbb. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49, ev sahibi üye devlet serbest çalışanı veya tüzel kişisi ile bir başka üye devlet (Birlik) serbest çalışanı veya tüzel kişisi arasında vatandaşlık veya merkez temelinde dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu türdeki önlemler, orantılı olmak koşuluyla, md. 50 ve 51'te yer alan istisna sebeplerinin yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[190]

Eşit muamele ilkesi hakkındaki içtihat hukukuna göre ABİHA md. 49:

---

[186] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 6, 7.

[187] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 8, 9.

[188] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 38–40. Krş. Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 14. (dn. 206.)

[189] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 42. Vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılması hâlleri çoğaltılabilir: Yalnızca bir üye devlette ikâmet edenlere vergi yardımı tanınması (Case C-279/93 *Schumacker* [1995] pr. 29.); bir üye devletin yalnızca kendi devletindeki askerlik hizmeti yükümlülüklerini esas alması (Case 15/69 *Ugliola* [1969] pr. 6. Krş. Case C-315/94 *Vos* [1996] pr. 17.); İtalyan hukukunca yabancı dil asistanlarının sözleşme sürelerinin sınırlanmasına karşılık diğer işçiler yönünden bu sınırlamaya gidilmemesi ve yabancı dil asistanlarının yalnızca %25'inin İtalyan olması (Case 33/88 *Allué and Coonan* [1989] pr. 12. Krş. Case C-162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer* [2002] pr. 44.); Avusturya'da bir hizmet istasyonunun başına geçecek yöneticinin bu ülkede ikâmetgahı olmasının aranması (Case C-350/96 *Clean Car* [1998] pr. 29, 30.); bir kişinin bir başka üye devletteki kamu hizmetindeki istihdamını dikkate almamak (Case C-419/92 *Scholz* [1994] pr. 11.) ABİHA md. 45 yönünden dolaylı ayrımcılık oluşturacaktır.

[190] Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 60. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

"yalnızca vatandaşlık nedeniyle açık ayrımcılığı değil; bundan başka ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla gerçekte aynı sonucu doğuran tüm örtülü ayrımcılık biçimlerini yasaklamaktadır."[191]

Divan, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler yönünden dolaylı ayrımcılıkla ilgili benzer betimlemeler yapmaktadır. İlk olarak *Conijn* kararına göre bir ulusal hüküm, muameledeki bir ayrım sonucu "ağırlıklı olarak diğer üye devlet vatandaşlarının zararına işliyorsa", vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[192] İkinci olarak *ASM* kararı uyarınca "diğer üye devletlerde yerleşik teşebbüsleri hariç tutarak, ağırlıklı olarak bu teşebbüslerin zararına işleyen türde muamelede bir ayrım yapılması, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır".[193] Bu yönden, dolaylı ayrımcılık yaratan potansiyel kriterler, genellikle serbest çalışan kişinin ikâmetgahı ve şirketin esas yerleşme yeridir.[194]

Konuya örnek olarak, *Talotta* davası gösterilebilir.[195] Burada, Bay Talotta, Lüksemburg'ta yaşamakta ve Belçika'da restoran işletmektedir.[196] Bu kişi, Belçika'da yalnızca o devlette elde ettiği gelir üzerinden, ikâmet etmeyen kişilerden alınan vergiye tâbi tutulmaktadır.[197] Bu kişi, 1992 yılına ait vergi beyannamesini vermekte gecikince, yetkili makamlar ulusal mevzuat gereği asgari bir vergi matrahı üzerinden belirli bir vergi borcu çıkarmıştır.[198] Divana göre yalnızca ikâmet etmeyen vergi mükelleflerine asgari vergi matrahı belirleyen ilgili ulusal kurallar, ABİHA md. 49 anlamında "vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık" yapmaktadır. Zira ikâmetgah temelinde bir

[191] Case C-3/88 *Commission v Italy* [1989] pr. 8.

[192] Case C-346/04 *Conijn* [2006] pr. 25; Case C-107/94 *Asscher* [1996] pr. 38.

[193] Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 60.

[194] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 768. Ayrıca bkz. Case C-1/93 *Halliburton Services* [1994] pr. 17, 20; Case C-80/94 *Wielockx* [1995] pr. 17, 22; Case C-107/94 *Asscher* [1996] pr. 38.

[195] Case C-383/05 *Talotta* [2007].

[196] Case C-383/05 *Talotta* [2007] pr. 7.

[197] Case C-383/05 *Talotta* [2007] pr. 8.

[198] Case C-383/05 *Talotta* [2007] pr. 9, 10, 2.

ayrım yapan bu tür bir düzenleme, o devlette ikâmet eden kişilere verilen kimi vergi yardımlarını ikâmet etmeyenlere tanımamasından ötürü, "olayların büyük çoğunluğunda ikâmet etmeyen kişiler yabancılar olduğundan ağırlıklı olarak diğer üye devlet vatandaşlarının zararına işlemeye elverişli"dir.[199]

ccc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56, ev sahibi üye devlette hizmet sunan veya alan gerçek kişi veya tüzel kişiler ile bir başka üye devlet (Birlik) vatandaşı hizmet sunan veya alan gerçek kişi veya tüzel kişiler arasında vatandaşlık veya yerleşme yeri veya merkez temelinde dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu türdeki önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem md. 62 uyarınca md. 50 ve 51'de yer alan istisna sebepleri hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[200]

Eşit muamele ilkesi hakkındaki içtihat hukukuna göre ABİHA md. 56:

> "yalnızca vatandaşlık nedeniyle açık ayrımcılığı değil; bundan başka ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla gerçekte aynı sonucu doğuran tüm örtülü ayrımcılık biçimlerini yasaklamaktadır."[201]

Divan, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler yönünden dolaylı ayrımcılıkla ilgili benzer betimlemeler yapmaktadır. İlk olarak *Ciola* kararına göre bir ulusal hüküm, muameledeki bir ayrım sonucu "ağırlıklı olarak diğer üye devlet vatandaşlarının zararına işliyorsa", vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[202] İkinci

[199] Case C-383/05 *Talotta* [2007] pr. 32. Krş. Case C-279/93 *Schumacker* [1995] pr. 28. Bir başka dolaylı ayrımcı önlem örneği için bkz. Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 63. Yine, tüzel kişilere ilişkin *Commission v Italy* davasında İtalyan kuralları uyarınca yalnızca tüm veya çoğunluk hisseleri doğrudan ya da dolaylı olarak kamuya veya devlete ait olan şirketler, kamu otoriteleri için veri-işleme sistemi anlaşması akdedebilmektedir. Divana göre bu kural, "esas olarak İtalyan şirketlerini kayırma"sı nedeniyle ABİHA md. 49'u ihlâl etmektedir. Case C-3/88 *Commission v Italy* [1989] pr. 1, 9, 16.

[200] Case C-507/03 *Commission v Ireland* [2007] pr. 30. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[201] Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 13.

[202] Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 14.

olarak *ASM* kararı uyarınca "diğer üye devletlerde yerleşik teşebbüsleri hariç tutarak, ağırlıklı olarak bu teşebbüslerin zararına işleyen türde muamelede bir ayrım yapılması vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılıktır".[203]

Konuyla ilgili olarak *Commission v Italy* kararı örnek gösterilebilir. Bu davada İtalya'daki kimi belediyeler; müze, anıt, galeri, arkeolojik kazı, kamu anıtı olarak sınıflandırılan park ve bahçelere giriş için 60 veya 65 yaşını geçmiş İtalyanlar ve bu kültürel alanların dâhil olduğu otoritenin bölgesinde ikâmet eden kişilere avantajlı ücret sunmaktadır. Buna karşın, aynı yaştaki ikâmet etmeyen turistler, bu avantajlardan yararlanamamaktadır.[204] Divana göre özellikle ikâmetgah temelinde ayrım yapan bir önlem, "olayların büyük çoğunluğunda ikâmet etmeyen kişiler yabancılar olduğundan ağırlıklı olarak diğer üye devlet vatandaşlarının zararına işlemeye elverişli"dir.[205] Kaldı ki, bir önlemin ayrımcı olarak nitelenmesi için o devletteki tüm vatandaşların avantajlı konuma getirilmesi ya da yalnızca diğer üye devlet vatandaşlarının dezavantajlı duruma getirilmesi gerekmemektedir.[206] Öyleyse, burada, 60 ya da 65 yaşını geçkin diğer üye devlet vatandaşı turistlerin ücret avantajından yararlanamaması, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır.[207]

cc. Sermayenin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 63, üye devletler ve üye devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki sermaye dolaşımı üstündeki tüm kısıtlamaları yasaklarken; bu yasak, sermaye

---

[203] Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 60.

[204] Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 1.

[205] Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 14. Buna karşın, hizmet sunan kişiler yönünden ikâmetgah temelinde ayrıma gidilmesi, ABİHA md. 56 ve 57 lâfzen dikkate alındığında dolaylı değil; doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 10–11. Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 785.

[206] Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 14. Krş. Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 38–40. (dn. 188.)

[207] Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 15, 25.

dolaşımına yönelik dolaylı ayrımcı önlemleri de içermektedir.[208] Bu tür önlemler, orantılı olmak koşuluyla, md. 65'teki istisnalar ve/veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilir.[209]

Divan, henüz, ABİHA md. 63 ile ilgili olarak dolaylı ayrımcılık analizi yapmazken; bu tür incelemeler, Hukuk Sözcülerince yapılmıştır. Söz gelimi Hukuk Sözcüsü Bot'a göre çeşitli dolaşım serbestîleri ile uygulanan ayrımcılık yapılmaması ilkesi, "yalnızca vatandaşlık temelinde açık ayrımcılığı" değil; aynı zamanda "ayrımın diğer kriterlerinin uygulanmasıyla aynı sonuca yol açan her türlü ayrımcılığı" yasaklamaktadır.[210] Keza Hukuk Sözcüsü Geelhoed, *Kerckhaert and Morres* davasındaki Görüşünde ihtilaflı Belçika kurallarının yabancı kaynaklı kâr payı ile yerli kaynaklı kâr payı arasında dolaylı ayrımcılık oluşturma ihtimalini göz önüne almıştır.[211] Ona göre eğer ulusal mevzuat, hukuken yabancı kaynaklı kâr paylarına eşit biçimde uygulanıyor olsa bile gerçekte ayrımcı bir etki doğuruyorsa dolaylı ayrımcı sayılacaktır.[212] Son olarak, Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'e göre varlık vergisi yönünden yalnızca mukim vergi mükellefleri ile varlıklarının %90'ı Hollanda'da bulunan mukim olmayanlara tanınan bir tenzilat, vatandaşlık temelinde ayrımcılık ile eş anlamlıdır; çünkü o üye devlette yaşayan kişilerin çoğunluğu o devletin vatandaşıdır.[213]

Divan ise, bu alandaki kararlarında dolaylı ayrımcılıktan bahsetmemektedir. Bazen, davanın tarafları, dolaylı ayrımcılığı açıkça ileri sürerken; Divan, sadece somut

[208] Bkz. **CONNOR,** s. 166; **VON MILMOWSKY,** s. 336.

[209] Bkz. Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pt. 64–71; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 777. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[210] Opinion of AG Bot in Case C-194/06 *Orange European Smallcap Fund* [2008] pt. 38.

[211] Opinion of AG Geelhoed in Case C-513/04 *Kerckhaert and Morres* [2006] pt. 21, 22.

[212] Opinion of AG Geelhoed in Case C-513/04 *Kerckhaert and Morres* [2006] pt. 22.

[213] Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-376/03 *D.* [2005] pt. 30, 66. Benzer bir değerlendirme için bkz. Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pt. 50, 55, 56.

uyuşmazlıktaki önlemin 'kısıtlama' oluşturup oluşturmadığını sorgulamıştır.[214] Bazen ise, söz gelimi *Blanckaert* davasındaki gibi, Hukuk Sözcüsü ihtilaflı önlemi dolaylı ayrımcılık açısından ele almışken;[215] Divan, bunun yerine sermayenin serbest dolaşımı üstünde bir 'kısıtlama' olup olmadığı noktasından hareket ederek kararı kaleme almıştır.[216] Bu durum, bir yandan tek para biriminin gelmesi ile artık yabancı para birimi ile yabancı kişileri özdeşleştirmekteki imkansızlık gibi fiili nedenler;[217] öte yandan serbestînin kısıtlanması ile dolaylı ayrımcılık yasağının çoğu kez iç içe bulunması gibi pratik nedenlerle[218] açıklanabilir.

b. Birlik Vatandaşlığı

ABİHA md. 20 ve/veya 21, md. 18 ile birlikte ele alınarak, ev sahibi üye devlet vatandaşı ile bir başka üye devlet (Birlik) vatandaşı arasında vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.[219] Bu türdeki önlemler, orantılı olmak koşuluyla, kurucu antlaşmadaki istisna sebeplerinin yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[220]

Divan, *Schempp* ve *Bressol and Chaverot* kararları ile dolaylı ayrımcılığı tanımlamaktadır. *Schempp* kararına göre üye devletler, kurucu antlaşmanın her Birlik vatandaşının diğer üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkına

---

[214] Case C-513/03 *van Hilten-van der Heijden* [2006] pr. 28, 43; Case C-11/07 *Eckelkamp* [2008] pr. 21, 42.

[215] Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pt. 50, 55, 56.

[216] Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pr. 40.

[217] **PEERS, STEVE,** "Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?", **BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 344. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 572.

[218] Bkz. dn. 602, s. 281.

[219] Bkz. **CYGAN–SZYSZCZAK,** s. 977–978.

[220] Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 41. Bkz. **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 103. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

ilişkin hükümleri uyarınca "vatandaşlık temelinde aleni veya örtülü her türlü ayrımcılıktan" kaçınmalıdır.[221] Bu anlamda:

> "ayrımcılık yapılmaması ilkesi, nesnel olarak haklı gösterilmedikçe benzer durumların farklı ve farklı durumların benzer muamele görmemesini gerektirmektedir."[222]

Bressol and Chaverot kararına göre ise:

> "ulusal hukukun bir hükmü, diğer üye devlet vatandaşlarını ev sahibi üye devlet vatandaşlarından daha fazla etkilemeye tabiatı gereği eğilimli ve bunun sonucunda diğer üye devlet vatandaşı kişileri belirli bir dezavatajlı konuma getirme riski taşıyorsa dolaylı ayrımcı olarak nitelenmelidir".[223]

Böylelikle, *Schempp* kararı ile ayrımcılık yasağının ilkesel yönü ön plana çıkarılırken; *Bressol and Chaverot* kararı ile kişilerin serbest dolaşımı alanındaki dolaylı ayrımcılık tanımı, bu alana aynen aktarılmıştır.[224] *Schempp* kararı, hem Birlik hukukunun genel bir ilkesi olarak eşit muamele ilkesi hem de bir temel hak olarak ayrımcılık yapılmaması ilkesi ile;[225] *Bressol and Chaverot* kararı ise Divanın ayrımcılık yapmama ilkesinin her serbest dolaşım yönünden aynı biçimde uygulanacağı tespiti ile örtüşmektedir.[226]

Birlik vatandaşının dezavantajlı konuma getirilerek ayrımcılık yapılması, *Bidar* davasına konu olmuştur.[227] Burada, Fransız Bay Bidar, 1998 yılından bu yana büyük annesi ile birlikte İngiltere'de yaşamaktadır. Bu kişi, orta öğretimini bu devlette tamamlayarak, 2001 yılında üniversitede iktisat eğitimine başlamıştır.[228] Bu kişi, harç

---

[221] Case C-403/03 *Schempp* [2005] pr. 19. Bkz. Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 51.

[222] Case C-164/07 *Wood* [2008] pr. 13; Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 75.

[223] Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 41. Bkz. Case C-212/05 *Hartmann* [2007] pr. 30.

[224] Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20; Case C-346/04 *Conijn* [2006] pr. 25.

[225] Case C-115/08 *ČEZ* [2009] pr. 89; **ABTHŞ** md. 21; Case C-149/10 *Chatzi* [2010] pr. 63.

[226] ABİHA md. 49 ve 21 ile ilgili olarak bkz. Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 74.

[227] Case C-209/03 *Bidar* [2005]. Bu kararın incelemesi için bkz. **GOLYNKER, (2006),** s. 390–401.

[228] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 20–21.

ücretleri yönünden yardım almakla birlikte, yaşam giderlerinin karşılanması için finansal yardım talebi, Birleşik Krallık'ta yerleşik olmaması nedeniyle reddedilmiştir.[229] Divana göre kurucu antlaşma kapsamında kalan bu yardım yönünden vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapılması yasaktır.[230] Ulusal hukuka göre bu yardım, bir kişi Birleşik Krallık'ta yerleşik ise ve akademik yılın ilk gününden bu yana ve o günden itibaren en az üç yıldır ikâmet ediyorsa verilmektedir.[231] Bu koşul, başka üye devlet vatandaşlarını dezavantajlı konuma getirme riskini taşıyıp; Birleşik Krallık vatandaşlarınca daha kolay yerine getirilmesi muhtemeldir.[232] O hâlde bu koşul, vatandaşlık temelinde dolaylı bir ayrımcılık yapmaktadır.[233]

Benzer durumların farklı muamele görmesi ile *Huber* davasında karşılaşılmaktadır.[234] Bu davada Avusturyalı Bay Huber, serbest çalışan bir sigorta acentası olarak iş yürütmek için 1996 yılında Almanya'ya gelmiştir.[235] Alman makamları, Almanya'ya giriş ve çıkışları ile ikâmetgah durumu gibi bu kişiye ait kimi bilgileri saklamaktadır.[236] Bununla birlikte, böyle bir bilgi veritabanı, Almanya vatandaşları yönünden oluşturulmamıştır. Bu nedenle, Bay Huber, kendisine ait bilgilerin bu veritabanından silinmesini talep etmiştir.[237] Buna karşın, bu talep yetkili makamlarca reddedilmiştir.[238] Divana göre Bay Huber, Birlik vatandaşlığındaki dolaşım ve ikâmet etme serbestîsini (md. 21) kullanmasından ötürü, vatandaşlık temelinde

[229] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 22.

[230] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 48, 51.

[231] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 52.

[232] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 53.

[233] Bkz. Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 54. Nitekim, ikâmetgâh koşulu, potansiyel bir dolaylı ayrımcılık kriteridir. Bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 44–45; Case C-212/05 *Hartmann* [2007] pr. 31.

[234] Case C-524/06 *Huber* [2008].

[235] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 30.

[236] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 31.

[237] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 32.

[238] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 33.

ayrımcılık yasağının (md. 18) koruması altındadır. Peki, kişisel bilgileri depolayan ve işleyen bir sistem, bu yasak ile bağdaşmakta mıdır?[239] Ayrımcılık yapılmaması ilkesi, benzer durumların farklı ve farklı durumların benzer muamele görmemesini gerektirmektedir.[240] O hâlde, bir üye devlet vatandaşı ile Birlik vatandaşı arasındaki, Birlik vatandaşlarının kişisel bilgilerin sistematik işlenmesi aracılığıyla oluşan muameledeki bu ayrım, md. 18 uyarınca yasaklanan bir ayrımcılıktır.[241]

Avello davasında ise farklı durumlara benzer muamele yapılmaktadır.[242] Burada, İspanyol Bay Garcia Avello ile Belçikalı Bayan Weber, evli olarak Belçika'da oturmaktadır.[243] Bu çiftin Esmeralda ve Diego adlı çocuklarının soyadı, Belçika kuralları uyarınca babalarının soyadı olan 'Garcia Avello' olarak kayda geçmiştir.[244] Bay Garcia Avello ve eşi ise, çocuklarının yasal temsilcileri olarak, bu soyadın İspanyol hukukundaki gibi hem baba hem de annenin soyadını içerecek biçimde 'Garcia Weber' olarak değiştirilmesini istemektedir.[245] Divana göre her ne kadar soyadına ilişkin kurallar üye devlet yetkisinde kalsa da; üye devletler bu yetkilerini kullanırken ayrımcılık yapmama ilkesine uygun davranmalıdır.[246] Bu ilkeye göre farklı durumlar, benzer bir muamele görmemelidir.[247] Oysa burada Belçika yanında bir başka üye devlet vatandaşı olan kişiler, yalnızca Belçika vatandaşı olanlar ile aynı muameleyi

[239] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 73.

[240] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 75.

[241] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 80.

[242] Case C-148/02 *Avello* [2003]. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 127. Bu kararın incelemesi için bkz. **VERLINDEN, JOHAN,** "European Court of Justice, Judgment of October 2, 2003, Case C-148/02, Carlos Garcia Avello v. État Belge (The State of Belgium)", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 11, 2005, s. 705–716.

[243] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 13.

[244] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 14.

[245] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 15.

[246] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 25, 27, 29.

[247] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 31.

görmektedir.[248] Bu kişilere Belçika'da ve İspanya'da farklı soyadı verilmesi, *inter alia,* bu kişilerin bir üye devlette aldıkları diploma veya belgelerden diğerinde yararlanması konusunda mesleki ve özel düzeyde ciddi güçlük çıkarabilecektir.[249] Bu da, dolaylı ayrımcılık oluşturup; nesnel sebeplerle haklı gösterilmedikçe, ABİHA md. 21 ve 18 uyarınca yasaktır.[250]

Avello kararı, gerekçelendirmesi nedeniyle pek çok eleştiriyi üstüne çekmiştir.[251] Kimi yazarlara göre somut uyuşmazlıktaki ihtilaflı önlem, serbest dolaşım ile oldukça zayıf bir bağ taşımaktadır.[252] Bu nedenle de, böyle bir önlemin serbest dolaşım üstündeki etkisinin fazla belirsiz ve dolaylı görülmesi gerekmektedir.[253] Örneğin, Arnull ve diğerlerine göre buradaki bağ, salt potansiyel etkenler üstüne kurulup; bu kişiler Belçika tarafından verilen soyadını kullanarak da ileride çıkacak karışıklığı önleyebilecektir.[254] O hâlde, burada ayrımcılık yapmama ilkesi, serbest dolaşıma erişmek için araçsal bir uygulamadan ziyade, esasında temel hak olarak görülerek etki doğurmuştur.[255]

Sonuç olarak, her Birlik vatandaşı, serbest dolaşım ve ikâmet hakkını kullanırken, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılığa maruz kalmama hakkına sahiptir.

---

[248] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 32.

[249] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 36. Bkz. Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 55.

[250] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 34.

[251] Yine, burada neden İspanyol hukukunun Belçika hukukuna göre öncelikli olduğu açık değildir. Bkz **TRIDIMAS, (2007),** s. 134. De Zwaan'a göre de *Avello* kararı, Divanın bir üye devleti açıkça yetkisinde kalan bir alanda bir başka üye devletin sistemini uygulamaya zorlaması ölçüsünde çarpıcıdır. **DE ZWAAN,** s. 251.

[252] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 698; **SPAVENTA, (2007),** s. 124; **VERLINDEN,** s. 713.

[253] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 698; **SPAVENTA, (2007),** s. 131. Ayrıca bkz. "B. Yükün Etkisinin Boyutu ve Uzaklığı", s. 308.

[254] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 698.

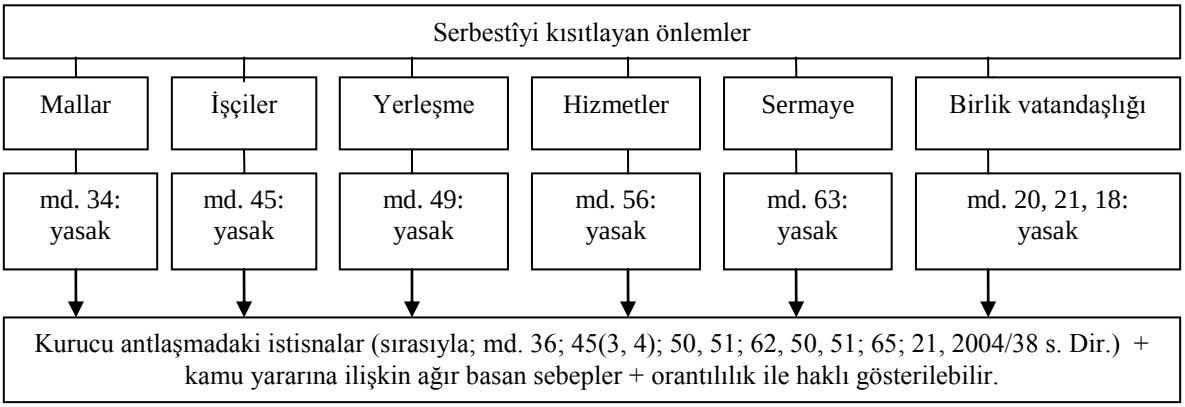
[255] Söz gelimi O'Neill ve Sandler'a göre her ne kadar bu dava temel haklara istinat ederek karara bağlanmasa bile; temel haklar ile vatandaşlık arasındaki bağ, Hukuk Sözcüsü Görüşü ile vurgulanmıştır. **O'NEILL–SANDLER,** s. 233. Bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-148/02 *Avello* [2003] pt. 27.

Bu bakımdan ayrımcılık yapmama ilkesi, temel hak işlevine bürünerek, aynı zamanda dayanışma ve bütünleşme aracına da dönüşmektedir. Nitekim, Divan, *Huber* kararı ile bu ilkenin "benzer durumların farklı ve farklı durumların benzer muamele görmemesini gerektirmesi"ni tespit ederek, bir üye devlet vatandaşı ile Birlik vatandaşının durumunu kıyaslanabilir kabul etmiş ve ikisi arasındaki muamele ayrımını yasak saymıştır.[256] Bu da, Birlik vatandaşlığının üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacağı tespiti ve vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağının Birlik vatandaşlığındaki temel hak işlevi ile uyumludur.

3. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Bir serbest dolaşım hükmü uyarınca vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasının yanında serbestînin kısıtlanması da yasaktır.[257]

Şekil 11: Serbestînin Kısıtlanması Yasağı[258]



Serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, genel olarak, bir önlem ile "pazara erişimin engellenmesi ya da (esaslı biçimde) güçleştirilmesi" ve/veya "serbestîye yönelik kısıtlama ya da engel oluşturulması" ve/veya "serbestînin kullanımının zorlaştırılması ya da daha az çekici hâle getirilmesi" ve/veya bir kişinin "dolaşım serbestîsi hakkını

[256] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 75, 80.

[257] Bkz. **EHLERS,** s. 186; **JARASS,** s. 149.

[258] Burada, serbestîyi kısıtlayan önlemler ile "pazara erişimi engelleyen veya esaslı biçimde güçleştiren", "dolaşım serbestîsinin kullanmasını zorlaştıran veya daha az çekici kılan", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak üzere köken devletten ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmasından ötürü bir kişiyi dezavantajlı konuma getiren"ler kastedilmektedir.

kullanmaktan caydırılması" ya da "bu hakkı kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getirilmesi"ni yasaklamaktadır. Böyle bir önlem, orantılılık ilkesine uygun olmak şartıyla, kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri ve/veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[259] Bu konu, öncelikle iç pazar serbestîleri daha sonra da Birlik vatandaşlığı açısından incelenecektir.

A. İç Pazar Serbestîleri

Bu bölümde; malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı hükümlerince yasaklanan serbestînin kısıtlanmasını oluşturan durumlar ortaya konulacaktır.

a. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra serbestînin kısıtlanması yasağına da yer vermektedir.[260] Bununla birlikte, bu ikinci türe giren önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[261]

Serbestînin kısıtlanması yasağı, ilkin *Dassonville* davası ile karşımıza çıkmaktadır.[262] Burada bir grup tacir, Fransa'da serbest dolaşımda bulunan İskoç

---

[259] Bkz. "Şekil 11: Serbestînin Kısıtlanması Yasağı", s. 220.

[260] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34. ABİHA md. 35 ise, md. 34'teki uygulamanın aksine; yalnızca ayrımcı önlemlere uygulanmaktadır. Bkz. Case C-12/02 *Grili* [2003] pr. 32. Ayrıca bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 610; **LASOK,** s. 391. Komisyon, *Gysbrechts* davasında md. 35 yönünden de serbestînin kısıtlanması yaklaşımına geçilmesini talep etse bile; Divan yaklaşımını değiştirmemiştir. Case C-205/07 *Gysbrechts* [2008] pr. 28, 40. Nitekim, Oliver ve Roth'a göre Divanın bu maddeye yönelik – salt ayrımcılık testine yer veren– yaklaşımı, tek pazar fikri ile uyumludur. **OLIVER–ROTH,** s. 420. Ayrıca bkz. **TRYFONIDOU, (2010),** s. 55. Bu farklılığın olası sebepleri ile ilgili olarak bkz. **HILSON, (1999),** s. 459.

[261] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 6; Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8; Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pr. 20. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[262] Case 8/74 *Dassonville* [1974].

viskisini satın alarak, bu malları Belçika'ya ithal etmektedir. Bununla birlikte bu kişilerin İngiliz gümrük otoritesinden alınmış bir köken belgesine sahip olmaması, Belçika mevzuatına aykırılık oluşturmaktadır.[263] Bu uyuşmazlık vasıtasıyla Divan, "miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili kısıtlama" tanımı yaparken, serbestînin kısıtlanması yasağının da ilk adımını atmıştır. Bu tanıma göre:

> "Üye devletlerce çıkarılan ve [Birlik] içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştirmeye elverişli olan tüm ticari kurallar, miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlem kabul edilir."[264]

Bununla birlikte, üye devletler, tüketiciler yönünden bir ürünün kökeninin doğruluğunu güvence altına alan Birlik çapında bir sistemin yokluğunda haksız uygulamaları önlemek için tedbir alabilecektir. Bu tür önlemler ise, "makul olma" ve istenilen ispat araçlarının "üye devletler arası ticarete yönelik engel görevi görmemesi" ve bu nedenle de tüm Birlik vatandaşlarınca erişilebilir olması koşuluna tâbi tutulacaktır.[265] Buradan hareketle bir üye devletçe bir ürünün kökeninin ispatı için istenilen formaliteler, sadece o ürünü doğrudan ithal eden kişilerce ciddi zorluklarla karşılaşmadan yerine getirilebilecek nitelikte olduğundan miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili önlem kabul edilmektedir.[266]

Cassis de Dijon kararı, serbestînin kısıtlanması yasağını detaylandırmaktadır.[267] Burada bir tacir, Fransa'da üretilen 'Cassis de Dijon' likörünü Almanya'ya ithal etmek istemektedir. Bu kişi, Alman yetkili makamına başvurarak gerekli izni talep etmiştir. Buna karşın, Alman makamlarına göre adı geçen ürünün alkol oranının düşüklüğü nedeniyle bu ürün 'Cassis' adı ile Almanya'da satılmak için gerekli nitelikleri

[263] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 3.

[264] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5. Bu tür önlem örnekleri için bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 638–642.

[265] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 6.

[266] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 8, 9.

[267] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979].

taşımamaktadır.[268] Alman kuralları uyarınca Cassis de Dijon gibi bir meyve likörü, asgari %25 alkol oranına sahip ise Almanya'da pazarlanabilecekken; Fransa'da serbestçe pazarlanan bu likörün alkol oranı %15 ile %20 arasında değişmektedir.[269] Öyleyse, buradaki asgari alkol oranı koşulu, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama olarak nitelenebilecek midir?[270]

Divan, bu uyuşmazlık vesilesiyle, serbest dolaşıma –serbestînin kısıtlanması yasağına– yönelik önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, ilk olarak:

> "Alkolün üretimi ve pazarlanmasına ilişkin ortak kuralların yokluğunda ... kendi ülkelerinde alkol ve alkollü içeceklerin üretimi ve pazarlanmasına ilişkin konuları düzenlemek üye devletlere aittir. Ulusal hükümler; özellikle mali denetimin etkililiği, genel sağlığın korunması, ticari işlemlerin adilliği ve tüketicinin korunmasına ilişkin zorunlu gereksinimleri karşılamak için gerekli kabul ediliyorsa, ihtilaflı ürünlerin pazarlanmasına ilişkin ulusal kurallar arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan [Birlik] içindeki dolaşıma yönelik engeller kabullenilmelidir."[271]

Öyleyse, bu cümleleri bir başka açıdan okursak, Birlik içindeki dolaşıma yönelik engeller, zorunlu gereksinimler ile haklı gösterilmedikçe miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlem olarak yasak kabul edilecektir. İşte bu kısım, "makul olma kuralı" olarak anılmaktadır.[272] Bu kural ışığında bu davadaki ulusal kurallar, ne genel sağlığın ne de

---

[268] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 2.

[269] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 3.

[270] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 6.

[271] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. Ayrıca *Rau* kararı ile de bu tür kuralların güdülen amaç ile orantılı olması gerektiği ve bir üye devletin aynı amaca erişmek için birden fazla seçeneği varsa, o üye devletin malların serbest dolaşımını en az sınırlayan aracı seçmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Case 261/81 *Rau* [1982] pr. 12.

[272] Bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 192; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 625; **STEINER–*et. al.,*** s. 378; **VERLOREN VAN THEMAAT, (1988),** s. 115.

tüketicinin korunması ile haklı gösterilebilir olup; "ticarete yönelik engel" oluşturmaktadır.[273] İkinci olarak:

> "bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan alkollü içeceklerin bir başka üye devlet pazarına sunulamaması için hiçbir geçerli neden bulunmamaktadır."[274]

İşte bu kısım, "karşılıklı tanıma kuralı" olarak adlandırılmaktadır.[275] Bu kurala göre bir başka üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazara sunulan alkollü içeceklerin ithalatında ithal devletteki düzenlemeler ile asgari alkol oranlarının sabitlenmesi yasaktır.[276]

Serbestînin kısıtlanması yasağı, *Cassis de Dijon* kararı ile netleşmiştir.[277] Böylece ABİHA md. 34'ün odak noktası, artık ayrımcı bir etkiden ticaret üstünde kısıtlayıcı bir etkiye kaymıştır.[278] Başka bir ifadeyle, bu karardaki formül, yalnızca amacı ya da etkisi ayrımcı olan önlemler ile sınırlı uygulanmamaktadır.[279] Nitekim, bu karar ile gelen bu alandaki anlayış değişikliğine binaen Komisyon, hemen karar ile ilgili yorumlayıcı bir bildiri yayımlamıştır.[280] Dahası, buradaki yaklaşım, ileride diğer iç pazar serbest dolaşımlarını da etkilemiştir.[281]

Cassis de Dijon kararındaki 'makul olma' ve 'karşılıklı tanıma' kuralları birlikte, şu şekilde etki göstermektedir: Karşılıklı tanıma kuralı uyarınca karine olarak bir başka

---

[273] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 14.

[274] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 14.

[275] Bu kurala "denklik karinesi" de denmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 93; **EMILIOU,** s. 232.

[276] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 15.

[277] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 579–581.

[278] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 677.

[279] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 584–585.

[280] **EC Commission,** "Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in Case 120/78 ('*Cassis de Dijon*')", [1980] OJ C 256/2.

[281] Örnek olarak bkz. **CORCORAN–HART,** s. 236.

üye devlette hukuka uygun olarak pazarlanan bir mal, ithal eden devletteki 'zorunlu gereksinimler' ile uyumludur.[282] Buna karşın, ilgili gereksinimin korunması için daha fazla önlemin *gerekli* olduğunun kanıtı ile bu karinenin aksi ispat edilebilir.[283] Bununla birlikte, özellikle bir önlem açıkça Birlik içi ticarete bir engel olarak etki ediyorsa, o önlemin gerekli olduğunun ispatı çok ağır bir yüktür.[284] Yine, bu iki kural, bir malın tâbi tutulacağı düzenleyici rejimi de belirlemektedir. Buna göre bir önlem, ABİHA md. 34'ü ihlâl ediyorsa köken devlet; etmiyorsa ev sahibi devletin düzenleyici rejimi uygulanacaktır.[285]

Cassis de Dijon kararı ile tahdit kriteri olarak serbestînin kısıtlanması yasağına geçiş, farklı güç dengeleri üzerindeki etkisi nedeniyle eleştirilmiştir.[286] Bu açıdan, bir kere, ulusüstü otorite ile ulus devlet arasındaki tercih, ulusüstü otoriteden yana kullanılmıştır. Söz gelimi Barnard'a göre *Cassis de Dijon* kararı, demokratik olarak seçilmiş ulusal hükümetlerce çıkarılan muhtelif (yüksek) ulusal standartları potansiyel olarak aşındırma pahasına pazar bütünleşmesinin *Birlik* çıkarını yükselten bir karardır.[287] Ayrıca, düzenleme ile pazar arasındaki seçim, pazardan yana yapılmıştır. Bir başka ifadeyle, ABİHA md. 34'e aykırı sayılıp, uygulanamaz hâle gelen bir ulusal önlem yerine Birlik kuralı getirilmez ise; pazar düzenlenmemiş bir hâl alacaktır.[288] Buna karşın, deregülasyona yol açıcı böyle bir etkinin çok büyütülmemesi gerektiği de

[282] Bkz. **CUTHBERT,** s. 64.

[283] **STEINER–*et. al.*,** s. 380. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 581; **BARNARD, (2010),** s. 93; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 680; **CUTHBERT,** s. 64; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 193.

[284] **STEINER–*et. al.*,** s. 380. Bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 193.

[285] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 677. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 93.

[286] Bkz. "A. Tahdit Kriteri Seçiminin Önemi", s. 172.

[287] **BARNARD, (2010),** s. 94.

[288] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 94.

ileri sürülmüştür.[289] Nihayet, yasama ve yürütme ile yargı arasında öncelik, yargıya verilmiştir. Örneğin Chalmers ve diğerlerine göre bu kararın güçsüzlüğü, yargıdan güçlü taleplerinde yatmaktadır.[290]

Cassis de Dijon kararı sonrası pek çok farklı önlem, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama olarak kabul görmüştür. Bu önlemler arasında ilk olarak isme, biçime, boyuta, ağırlığa, bileşime, sunuma, etiketlemeye ve paketlemeye ilişkin olanlar gibi mallar yönünden aranan gereklilikler yer almaktadır.[291] İkinci olarak; lisanslama, denetim ve onay gibi önlemler bulunmaktadır.[292] İlk iki türdeki önlemler yönünden Divan, ayrımcılık aramaksızın, "aynı biçimde uygulanan" bir ulusal önlem "malların serbest dolaşımını güçleştiriyorsa", bu önlemi Birlik hukukuna aykırı bulmaktadır.[293] Üçüncü olarak, bu önlemler; reklam, satış promosyonu ve satış yerine ilişkin kuralları içermektedir.[294] Bu türdeki önlemler ise *Keck* kararı ile birlikte 'belirli satış düzenlemeleri' olarak görülmeye başlayacaktır.[295]

---

[289] Bkz. **WEATHERILL, STEPHEN,** "Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market", **BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 49.

[290] **CHALMERS–*et.al.*,** s. 680.

[291] Bkz. Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 15. Örnek olarak bkz. Case 261/81 *Rau* [1982] pr. 2, 13, 15, 20; Case 16/83 *Prantl* [1984] pr. 22, 24; Case 407/85 *3 Glocken* [1988] pr. 2, 11; Case 286/86 *Deserbais* [1988] pr. 12; Case 182/84 *Miro* [1985] pr. 27. Daha fazla örnek için bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 583.

[292] Örnek olarak bkz. Case C-55/99 *Commission v France* [2000] pr. 18, 19; Case C-105/94 *Saar-Sektkellerei Faber* [1997] pr. 33; Case C-432/03 *Commission v Portugal* [2005] pr. 41.

[293] Bkz. Case C-366/04 *Schwarz* [2005] pr. 30; Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pr. 20.

[294] Örnek olarak bkz. Case 271/92 *Union Nationale des Syndicats d'Opticiens de France* [1993] pr. 7.

[295] Reklam, satış promosyonu ve satış yerine ilişkin kararlar, *Keck* kararı sonrası verilse idi; kimilerine göre farklı sonuçlanacakken, kimilerine göre ise yöntem farklı olsa bile varılan sonuç aynı olacaktır. **BARNARD, CATHERINE,** *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2007, s. 109.

Cassis de Dijon kararı ile *Keck* kararı arasındaki dönemde ABİHA md. 34 yönünden serbestînin kısıtlanması yaklaşımı ile ilgili sorunlar yaşanmıştır.[296] Bu duruma en güzel örnek, Pazar günü satış yasağı ile ilgili olarak Divan önüne getirilen davalardır.[297] Söz gelişi, *Torfaen* kararına göre md. 34'teki yasaklama, perakendecilerin Pazar günü dükkanlarını açmasını yasaklayan ulusal kuralların Birlikteki ticareti kısıtlayıcı etkisi bu türdeki kuralların özünde olan etkiyi aşmadıkça bu kurallara uygulanmamaktadır.[298] Bu kararı esas alarak, bu kural ile md. 34'ün uyumu hakkında hüküm kuran ulusal mahkemeler, farklı neticelere ulaşmıştır.[299] Bu nedenle Divan, *de l'Aisne* kararı ile md. 34'teki yasaklamanın Pazar günü dükkan açma yasağına uygulanmayacağını belirtmiştir.[300] *B & Q* kararı ile de perakendecileri Pazar günü dükkânlarını açmaktan alıkoyan ulusal kuralları md. 34 ile uyumlu bulmuştur.[301]

Aynı dönemde, hem Hukuk Sözcüleri hem de kimi yazarlar, ABİHA md. 34 ile ilgili testin gözden geçirilmesini talep etmiştir.[302] Örneğin, Hukuk Sözcüsü Tesauro, bu madde hakkındaki yaklaşımı gözden geçirmek adına md. 34 ile ilgili şu soruyu gündeme taşımıştır:

---

[296] Örnek olarak bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 585–588.

[297] Bkz. **DAVIES, P.,** s. 52; **HORSPOOL–*et.al.,*** s. 269. İngiltere için bkz. Case C-145/88 *Torfaen* [1989]; Case C-306/88 *Stewart John Anders* [1992]; Case C-304/90 *Payless DIY Ltd and Others* [1992]; Case C-169/91 *B & Q* [1992]. Fransa için bkz. Case C-312/89 *de l'Aisne* [1991]. Belçika için bkz. Case C-332/89 *Marchandis and Others* [1991]. İtalya için bkz. Joined cases C-69/93 and C-258/93 *Punto Casa* [1994]. Hollanda ile ilgili benzer bir dava için bkz. Joined Cases C-401/92 and C-402/92 *'t Heukske and Boermans* [1994].

[298] Case C-145/88 *Torfaen* [1989] pr. 17.

[299] Bkz. **DAVIES, P.,** s. 56; **EMILIOU,** s. 246.

[300] Case C-312/89 *de l'Aisne* [1991] pr. 13.

[301] Case C-169/91 *B & Q* [1992] pr. 17.

[302] Bu konudaki akademik görüşler için bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 587–588; **BARNARD, (2010),** s. 122–123.

"[ABİHA md. 34], [Birlik] içi ticareti özgürleştirmek için mi; yoksa daha genel olarak herhangi bir üye devletteki ticaretin engelsizce sürdürülmesini teşvik etmek için mi tasarlanan bir hükümdür?"[303]

White'a göre ise ürün gereklilikleri ile pazar vaziyetleri arasına bir çizgi çekilmeli ve ürün gerekliliklerine md. 34 uygulanacakken; pazar vaziyetleri, ithal mallar yerli mallarla eşit biçimde pazara eriştiği müddetçe, bu maddenin kapsamı dışında kalmalıdır.[304] Yine bu ayrımı destekleyen Mortelmans'a göre pazar vaziyetleri kategorisi, bir ürünü kimin, ne zaman, nerede ve nasıl sattığı ile ilişkilidir.[305] Böylelikle 'bölgesel unsur' içeren kurallar, md. 34 dışında kalacakken; 'sabit alan' içermeyen kurallar, md. 34 içinde kalacaktır.[306] Nitekim Divan, bu iki yazara ait görüşlerden etkilenmiş gözükmektedir.[307]

Böylece *Keck* kararına giden yol hazırlanmıştır.[308] Adı geçen davada Bay Keck ve Mithouard, Fransız mevzuatı uyarınca yasak olmasına karşın; bir malı zararına (güncel alım fiyatının altında fiyata) yeniden satmaktadır.[309] Divana göre tacirlerin ticari özgürlüklerini sınırlama etkisini haiz her türlü kurala –diğer üye devletlerden gelen ürünlere yönelmiş olmasa bile– itiraz aracı olarak ABİHA md. 34'e başvurmasındaki artan eğilim, bu konudaki içtihat hukukunun yeniden incelenmesi ve aydınlığa

[303] Opinion of AG Tesauro in Case C-292/92 *Hünermund* [1993] pt. 1. Tesauro'ya göre md. 34, özellikle, yerli ürünlere kıyasla ithal ürünlerin pazara erişiminin önüne geçme veya bunu güçleştirme etkisini haiz önlemleri bertaraf etmelidir. **TESAURO,** s. 4. Ayrıca *Keck* kararı uyarınca "[md. 34, Birlik] içi ticareti özgürleştirmek için getirilmiştir". Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 14–17.

[304] **WHITE, E. L.,** "In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, Cilt: 26, 1989, s. 235.

[305] **WHITE, (1989),** s. 235.

[306] **MORTELMANS, KAMIEL,** "Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?", *Common Market Law Review*, Cilt: 28, 1991, s. 115.

[307] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 123.

[308] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993]..

[309] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 2.

kavuşturulmasını gerektirmektedir.[310] Buna göre, *Cassis de Dijon* kararı ile başlayarak yerleşen içtihat hukuku uyarınca uyumlaştırma düzenlemelerinin yokluğunda hukuka uygun olarak üretildikleri ve pazarlandıkları üye devletlerden gelen mallara bu tür mallarca karşılanması gereken (isme, biçime, boyuta, ağırlığa, bileşime, sunuma, etiketlemeye ve paketlemeye ilişkin olanlar gibi) gereklilikleri ortaya koyan kuralların uygulanması sonucu oluşan "malların serbest dolaşımındaki engeller", md. 34 uyarınca yasaktır.[311] Buna karşın:

> "önceden karar verilenin aksine, diğer üye devletlerden gelen ürünlere uygulanan ve belirli satış düzenlemelerini kısıtlayan veya yasaklayan ulusal hükümler; bu kurallar, ulusal ülke içinde iş yapan ilgili tüm tacirlere uygulandığı ve yerli ürünlerle diğer üye devletlerden gelen ürünlerin pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilediği müddetçe, *Dassonville* kararı uyarınca üye devletler arası ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak engellememektedir."[312]

Bu türdeki kurallar, md. 34'ün kapsamı dışında kalmaktadır. Zira:

> "Bu koşullar yerine getirilirse, diğer üye devletteki gereklilikleri karşılayarak gelen ürünlerin satışına bu tür kuralların uygulanması, bu ürünlerin pazara erişiminin önüne geçen veya yerli ürünlerin pazara erişimine mâni olunmasından daha fazla bu ürünlerin pazara erişimine mâni olmayan niteliktedir."[313]

---

[310] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 14.

[311] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 15.

[312] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 16. Buradaki koşullar, kümülatif olarak aranacaktır. 'Tüm tacirlere uygulanma', vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması ilkesine; 'hukuken' aynı etki, ilgili düzenlemenin hedefi ve formulasyonuna; 'fiilen' aynı etki ise, önlemin etkileri ya da sonuçlarına atıf yapmaktadır. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 629–630.

[313] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 17. Kaldı ki somut olaydaki ulusal önlem, 'üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenlemek' için tasarlanmamıştır. (pr. 12.) Divanın bu paragraftaki tespiti ile işçilerin serbest dolaşımındaki *Graf* kararı arasında bir paralellik kurulabilir; çünkü adı geçen kararda

Öyleyse, bir üye devletin zararına yeniden satış hakkındaki yasağı, md. 34'ün dışındadır.[314]

Keck kararı ile ABİHA md. 34'ün etki sahasının sınırlarının belirlenmesi adına 'ürün gereklilikleri' ile 'belirli satış düzenlemeleri' arasında ayrıma gidilmesi, iki yönden önem taşımaktadır. İlk olarak, tüm tacirlere uygulanan ve yerli ile ithal ürünün pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkileyen satış düzenlemeleri, md. 34 dışında tutularak;[315] bu alan, ulusal düzenleyicilere kalacaktır.[316] İkinci olarak, bir önlemin niteliği, 'karine' ve 'ispat yükü' açısından fark doğuracaktır.[317] Buna göre bir önlem, ürün gerekliliği ise *per se* hukuka aykırıyken; satış düzenlemesi ise *per se* hukuka uygundur.[318] Bu nedenle, bir satış düzenlemesinin md. 34'e aykırı olduğunun ispatı, iddia sahibi tacire düşecektir.[319]

Keck kararı da eleştirilmekten uzak kalmayarak, kimi olumlu ve olumsuz yansımalar doğurmuştur.[320] Bu karar, 'belirli satış düzenlemeleri' gibi yeni ve şekli bir tasnife gidilmesi, belirsiz olması ve reklam üstündeki kısıtlamalar gibi devletler arası ticareti etkileyen kimi dinamik önlemleri içine alması nedeniyle yetersiz görülmektedir.[321] Buna karşın, bu ayrım, öncekine oranla md. 34'ün sınırlarını daha net

---

ilgili önlem iş pazarına *erişimi* etkilememekle bu serbestînin kapsamı dışında kalmıştır. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 182–183. (Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 23.)

[314] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 18.

[315] Bkz. **CANDAN, TOLGA,** "Malların Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 36.

[316] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 602; **BARNARD, (2010),** s. 126.

[317] Bkz. Opinion of AG van Gerven in Joined Cases C-401/92 and C-402/92 *'t Heukske and Boermans* [1994] pt. 20. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2001),** s. 45; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 181.

[318] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 136–137.

[319] Örnek olarak bkz. Case C-405/98 *Gourmet* [2001] pr. 16, 30.

[320] Genel olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 147–149; **O'NEILL,** s. 116–118.

[321] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 126–127. Ayrıca bkz. **BERNARD, (1996),** s. 91; **VAN GERVEN, WALTER,** "Articles 30, 48, 52 and 59 after *Keck & Mithouard*, and Protection of Rights Arising from

biçimde ortaya koymakta ve bu da hem tacirler hem de üye devletler yönünden hangi tür pazar düzenlemelerinin caiz olduğu konusunda daha fazla belirlilik sağlamaktadır.[322]

Keck kararı sonrasındaki kararlar 'belirli satış düzenlemeleri' ve 'ürün gereklilikleri' ayrımı üstüne kurulmuştur.[323] Buna örnek olarak *DocMorris* kararı gösterilebilir.[324] Burada Hollanda'da kurulu Doc Morris şirketi, hem bir sağlık merkezi işletmekte hem de e-posta yoluyla tıbbi ürün satmaktadır. Bu etkinlik ve internet sitesi, Hollanda makamlarınca çıkarılan lisans ile kapsanmakta olup, bu makamların denetimine tâbidir.[325] Internet satışları, 8 Haziran 2000 tarihi itibariyle Alman dilini de içeren reçeteli ve reçetesiz onaylı ilaçlar yönünden Almanya'daki tüketicilere yapılmaya başlanmıştır.[326] Bununla birlikte, Alman mevzuatına göre internet üzerinden satış yapılması yasaktır.[327] Divana göre ihtilaflı önlem, 'belirli satış düzenlemesi'dir.[328] Bu

---

Directives after *Faccini Dori*", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 2, 1996, s. 227; **WEATHERILL, (1996b),** s. 887.

[322] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 685.

[323] Bkz. **VAN GERVEN, (1996),** s. 228. Belirli satış düzenlemeleri, "*inter alia* belirli ürünlerin satış yeri ve zamanı ve o ürünlerin reklamının yapılmasının yanı sıra belirli pazarlama yöntemlerine ilişkin hükümler"dir. (Case C-71/02 *Karner* [2004] pr. 38; Case C-141/07 *Commission v Germany* [2008] pr. 31.) Bununla birlikte, ürün gereklilikleri ile belirli satış düzenlemeleri arasındaki sınır belirsizdir. (Case C-416/00 *Morellato* [2003] pr. 28.) Yine bir kural, hem bir belirli satış düzenlemesi hem de ürün gerekliliği olarak nitelenebiliyorsa, ürün gerekliliği olması ağır basarak otomatik olarak ABİHA md. 34 kapsamında kalacaktır. (Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 591.) Ayrıca, Birlik içi ticareti etkileyen kimi önlemler, ürün gereklilikleri ile satış düzenlemeleri ayrımına tam oturmamaktadır: satış ya da kullanım hakkındaki yasaklama, denetim, kayıt, ruhsatname gerekliliği, lisans gerekliliği, ulaşım üstündeki kısıtlama, istatistik için veri sağlama yükümlülüğü. (Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 601.)

[324] Case C-322/01 *DocMorris* [2003]. *Keck* ile *DocMorris* kararı arasındaki dönem için bkz. Case C-292/92 *Hünermund* [1993] pr. 21, 22; Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95 *De Agostini and TV-Shop* [1997] pr. 39–47; Case C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] pr. 3, 24, 25, 29, 31. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 593–600.

[325] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 35.

[326] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 36.

[327] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 41.

önlem, tüm tacirlere aynı biçimde uygulanmaktadır.[329] Bununla birlikte, "belirli bir önlemin hem yerli ürünler hem de diğer üye devletlerden gelenlerin pazarlanmasını aynı biçimde etkileyip etkilemediğini belirlemek için ilgili sınırlayıcı önlemin kapsamı tespit edilmelidir".[330] Eczai ürünlerin internet aracılığıyla satışının yasaklanması, Almanya içindeki eczanelerden ziyade; dışındakilere yönelik bir "engel" oluşturmaktadır. Bu da, yerli ürünlerin pazara erişiminden daha çok diğer üye devletlerden gelen ürünlerin pazara erişimine mâni olabilmektedir.[331] Öyleyse, bu yasaklama yerli ilaç satışı ile diğer üye devletlerden gelen ilaç satışını aynı biçimde etkilememektedir.[332] Sonuç olarak, bu yasaklama, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlem oluşturmaktadır.[333]

Aslında, ister ürün gerekliliği isterse de belirli satış düzenlemesi olarak nitelensin, ABİHA md. 34 ile ulusal önlem arasındaki ilişki incelenirken, esas yönelim, "pazara erişim"i güvenceye almaktır.[334] 'Belirli satış düzenlemeleri' sayılan bir önlem, pazara erişimi önlüyor veya buna önemli ölçüde mâni oluyorsa; Divan, yerli ile ithal ürünün pazarlanmasının hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilenmediği neticesine varmaya daha çok yatkındır.[335] O hâlde, 'pazara erişim' uygulamasının ayrımcılık dili

---

[328] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 68..

[329] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 69.

[330] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 71.

[331] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 74. Bkz. Case C-108/09 *Ker-Optika* [2010] pr. 54.

[332] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 75.

[333] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 76.

[334] Benzer görüşler için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 125; **BIONDI,** s. 480; **CUTHBERT,** s. 59; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 273; **OLIVER–ROTH,** s. 413; **TONER, (2004b),** s. 279–280; **VAN GERVEN, (1996),** s. 230. Bkz. Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 37. Hatta Divan, malların serbest dolaşımına ilişkin *TK-Heimdienst* kararında hizmetlere ilişkin *Alpine Investments* kararına atıf yaparak, pazara erişimi ön plana çıkarmıştır. Kaldı ki, *Alpine Investments* kararı ile Divan, *Keck* kararını hizmetlerin serbest dolaşımı alanına aktarmayı reddetmiştir. Case C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] pr. 29. Bkz. **BIONDI,** s. 481–483.

[335] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 136; **TRIDIMAS, (2007),** s. 201, 205.

içinde saklandığı bir yargısal kurnazlık görülmektedir.[336] Böylelikle, 'pazara erişim' yeniden vurgulanmaktadır.[337]

Dahası, ABİHA md. 34 yönünden 'pazara erişimin kısıtlanması' temelindeki testler, hem Hukuk Sözcülerince[338] hem de doktrinde[339] savunulmaktadır. Örnek olarak Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre ilk olarak değişik kural kategorileri arasında sert ayrımlar yapmak ve bu kategorilere farklı testler uygulamak uygun değildir. Farklı kurallar ile yüklenen kısıtlamaların şiddeti, salt bir derece farklılığına ilişkindir. Öyleyse, kısıtlamaları ölçerken md. 34'ün amacı ışığında formülleştirilen tek bir test kullanılması daha uygundur.[340] İkinci olarak, "yerli ile ithal ürünün pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkileme" ile bir ayrımcılık testi getirilmektedir. Oysaki bu test uygun gözükmemektedir. "Kurucu antlaşmanın malların serbest dolaşımı ile ilgili hükümlerinin temel kaygısı, üye devletler arası ticaretteki haklı gösterilemeyen

---

[336] **WILSHER,** s. 20.

[337] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 136; **TRIDIMAS, (2007),** s. 205. Bu yaklaşım, Hukuk Sözcüsü van Gerven'in *Torfaen* davasındaki ve Hukuk Sözcüsü Jacobs'un *Leclerc-Siplec* davasındaki Görüşündeki tespitlerine yakındır. Opinion of AG van Gerven in Case C-145/88 *Torfaen* [1989] pt. 17; Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 38–44, 49. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 202.

[338] Söz gelimi Hukuk Sözcüsü Lenz'e göre md. 34 salt ayrımcılığı yasaklamanın ötesine gitmektedir ve bu maddenin amacı, bir iç pazarın kurulması ve muhafaza edilmesi için aynı biçimde uygulansa bile diğer üye devletlerden gelen ürünlerin pazara erişimine mâni olabilecek önlemleri yasaklamaktır. O hâlde, "ithal malların pazara erişimine engel" olup olmadığı belirleyicidir. Opinion of AG Lenz in Case C-391/92 *Commission v Greece* [1995] pt. 14, 18. Yine, Hukuk Sözcüsü van Gerven'e göre Divan ürün gereklilikleri ile belirli satış düzenlemeleri arasındaki farklılıktaki temeli "pazara erişime mâni olunması" düzeyi üstüne kurmuştur. Opinion of AG van Gerven in Joined Cases C-401/92 and C-402/92 *'t Heukske and Boermans* [1994] pt. 21.

[339] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 596; **WEATHERILL, (1996b),** s. 894, 896–897; **BARNARD, (2001),** s. 53. ("c. Serbestînin Kısıtlanması Yasağı", s. 186.) Ayrımcılık temelli yaklaşıma gidiş de destek görmektedir. Bkz. **BERNARD, (1996),** s. 92, 108; **DAVIES, G., (2003b),** s. 89; **O'NEILL,** s. 126. İçtihat hukuku ise, iki görüşü de bütün olarak desteklememektedir. **ARNULL–*et. al.*,** s. 593.

[340] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 38.

engelleri önlemektir".[341] Aynı şekilde, kurucu antlaşmanın tek pazar kurma hedefi açısından ayrımcılık, yararlı bir kriter değildir.[342] O hâlde, asıl soru: "bir önlemin md. 34 kapsamına girip girmemesi belirlenirken hangi test uygulanmalıdır?" sorusudur. Bu bakımdan uygun test, tek bir rehber ilke ile oluşturulabilir:

> "bir üye devlette meşru bir ekonomik etkinlik yürüten tüm teşebbüsler, [Birlik] pazarının bir bölümüne tam erişimi yadsıyacak geçerli bir sebebin yokluğunda bu pazarın tümüne serbestçe erişmelidir."[343]

Bundan ötürü, buradaki uygun test "[Birlik] pazarına erişim üstünde esaslı bir kısıtlama olup olmadığı"dır.[344] Burada da, ayrımcı önlemler *per se* yasak kabul edilecektir.[345] Bununla birlikte, "pazara erişimi esaslı biçimde kısıtlamaya elverişli ayrım gözetmeksizin uygulanan önlemler" de, md. 34 kapsamı içinde kalacaktır.[346]

"Pazara erişim" üstündeki bu vurgular, bu alandaki yakın tarihli kararlar ile de güçlendirilmiştir. Buna ilişkin *Commission v Italy* davasında İtalya, motosikletlere römork bağlanmasını yasaklamaktadır.[347] Peki, bu tür bir kural, ABİHA md. 34 ile uyumu açısından ne şekilde ele alınacaktır? Divana göre bir kere, yerleşik içtihat hukuku uyarınca md. 34:

---

[341] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 39.

[342] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 40.

[343] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 41. Bu ilke, gerekçeleri farklı olsa bile, *Dassonville*, *Cassis de Dijon* ve *Keck* kararları ve bu alandaki diğer kararların temelini oluşturmaktadır. (pt. 41.)

[344] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 42. Tabii ki, bu, md. 34 yönünden bir *de minimis* testinin başlatılması anlamına da gelecektir. (pt. 42.) Buradaki 'pazara erişim' kriteri, işçilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile yerleşme serbestîsi alanındaki içtihat hukukunda etkili olmuştur. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 631.

[345] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 43.

[346] Opinion of AG Jacobs in Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] pt. 44, 49. Buna karşın, bu test de eleştirilmiştir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 144; **SPAVENTA, (2007),** s. 95–96.

[347] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 1, 8.

> "[Birlik] ürünlerinin ulusal pazarlara serbestçe erişimini sağlama ilkesine saygı gösterilmesi yükümlülüğünü yansıtmaktadır."[348]

Bunu müteakiben, Divan, ürün gerekliliklerine ilişkin olarak *Cassis de Dijon* kararı ve belirli satış düzenlemelerine dair olarak *Keck* kararındaki formülasyonlara gönderme yaptıktan sonra,[349] mevcut içtihat hukukunu toparlamaktadır:

> "Sonuç olarak, amacı ya da etkisi diğer üye devletlerden gelen ürünlere daha az lehte biçimde muamele etmek olan bir üye devletçe çıkarılan önlemler, … [ABİHA md. 34] anlamında ithal ürünler üstünde miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama kabul edilecektir. Bir başka üye devlet kökenli ürünlerin bir üye devlet *pazarına erişimini güçleştiren* her türlü diğer önlem de, bu kavramca kapsanmaktadır."[350]

Divan, motosikletlere römork bağlanmasını yasaklayan İtalyan kuralını özellikle römorkların serbest dolaşımına teşkil edebileceği kısıtlama açısından ele almıştır.[351] Bu bakımdan, bir üye devlette bir ürünün kullanımı hakkındaki yasaklama, tüketicilerin davranışları üstünde hatırı sayılır bir etki bırakarak, o ürünün o üye devlet pazarına erişimini etkilemektedir.[352] Tüketiciler, motosiklet için tasarlanmış römorku kullanmanın yasak olmasından ötürü, bu tür bir römorku almakla ilgilenmeyecektir. Öyleyse, İtalyan kuralı, bu tür römorklara yönelik oluşacak talebin önüne geçerek ithalatı güçleştirmektedir.[353] O hâlde, ilgili kural, bir başka üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan motosikletler için tasarlanmış römorkların "İtalyan pazarına erişimini güçleştirmek etkisine sahip olduğu ölçüde" ve nesnel olarak haklı gösterilmedikçe miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlamadır.[354]

---

[348] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34.

[349] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34.

[350] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 37. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[351] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 49.

[352] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 56.

[353] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 57.

[354] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 58.

Bu karar, *Mickelsson and Roos* kararı ile desteklenmektedir.[355] Burada Finlandiya kuralları, kişisel jet-ski kullanımını kısmen yasaklamakta olup; bu tür bir kullanım nedeniyle Bay Mickelsson ve Roos aleyhine kovuşturma başlatılmıştır.[356] Divan, burada, *Keck* kararına hiç yer vermeksizin yalnızca *Commission v Italy* kararına atıf yaparak, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama kavramının "bir başka üye devlet kökenli ürünlerin bir üye devlet pazarına erişimini güçleştiren" her türlü önlemi içerdiğini tespit etmiştir.[357] Divana göre bu tür bir kısmen yasaklama, kişisel jet-ski sahiplerinin kullanımını ciddi derecede kısıtlıyorsa, bu tür kuralların ilgili malların ulusal pazara erişimi güçleştirme etkisi olacağından, ABİHA md. 36 ya da kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile haklı gösterilmedikçe bu kurallar, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama oluşturacaktır.[358]

Bu yakın tarihli kararlar, ABİHA md. 34'ün rotasının (yeniden) pazara erişim yönüne kırıldığına işaret etmektedir. Bu kararlar ile bir başka üye devlet pazarına erişime odaklı bu test, bir taraftan *Keck* kararını sessizce saf dışı bırakırken, öte taraftan bu test gelecekteki içtihat hukukunda muhtemelen daha baskın hâle gelecektir.[359] Bununla birlikte, bu kararlar, Divanın mallar yönünden üçlü bir kategorik ayrıma gittiği ve bu bakımdan *Keck* kararının süreceği anlamına da gelebilmektedir.[360] Bu yönüyle, artık, 'ürün gereklilikleri' ve 'belirli satış düzenlemeleri'nin yanı sıra 'diğer tür önlemler' kategorisi açılmış gözükmektedir. Nitekim, söz gelişi *Keck* kararında içtihat hukukunun gözden geçirilmesi açık bir biçimde yer alırken;[361] benzer bir tespitin ne

[355] Case C-142/05 *Mickelsson and Roos* [2009].

[356] Case C-142/05 *Mickelsson and Roos* [2009] pr. 2, 9–13.

[357] Case C-142/05 *Mickelsson and Roos* [2009] pr. 24. Bkz. Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 37; Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993].

[358] Case C-142/05 *Mickelsson and Roos* [2009] pr. 28.

[359] Bkz. **BARNARD, (2009),** s. 593; **CONNOR,** s. 207.

[360] Bkz. Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 35, 36, 37. Örneğin, Snell'e göre serbest erişim, malların serbest dolaşımının üç ilkesinden birisi olarak tanımlanmıştır. **SNELL, (2010),** s. 456.

[361] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 14.

Commission v Italy ne de *Mickelsson and Roos* kararında görülmesi, md. 34 yönünden üçüncü bir kategorinin açılması durumunu güçlendirmektedir.[362]

Sonuç olarak, ABİHA md. 34, serbestînin kısıtlanması yaklaşımı çerçevesinde, öz olarak pazara erişimi önleyen veya (esaslı biçimde) güçleştiren önlemleri yasaklamaktadır.

b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımında serbestînin kısıtlanması hâli, bu sırayla, ele alınacaktır.

aa. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasının yanı sıra serbestînin kısıtlanmasını da yasaklamaktadır.[363] Bununla birlikte, bu ikinci türe giren önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisnalar hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[364]

Serbestînin kısıtlanması yasağı ile ilgili ilk dava *Bosman* olarak karşımıza çıkmaktadır.[365] Burada Belçikalı profesyonel futbolcu Bay Bosman, 1988 yılından itibaren 30 Haziran 1990 tarihinde bitecek bir sözleşme ile Belçika birinci ligindeki 'RC Liège' takımında oynamaktadır.[366] 21 Nisan 1990 tarihinde bu kulüp, Bay Bosman'a yeni bir sözleşme önermiştir; ancak bu teklif reddedilince bu kişi zorunlu transfer

[362] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009]; Case C-142/05 *Mickelsson and Roos* [2009].

[363] Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 45; Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 18; Case C-387/01 *Weigel* [2004] pr. 50, 51. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 705; **REICH–*et. al.*,** s. 58–59.

[364] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 104; Case C-224/01 *Köbler* [2003] pr. 77. Bkz. **WIßMANN,** Rn. 58. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[365] Case C-415/93 *Bosman* [1995]. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 573; **RUDDEN–PHELAN,** s. 225. Bu kararın incelemesi için bkz. **VAN NUFFEL, PIET,** "Bosman", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 2, 1996, s. 345–359; **WEATHERILL, STEPHEN,** "Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL and Others* v. *Jean-Marc Bosman and Others* with Annotation by S. Weatherill", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996 (c), s. 991–1033.

[366] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 28.

listesine konmuştur.[367] Hiçbir kulüp zorunlu transfer ile ilgilenmeyince bu kişi, Fransa ikinci ligi takımı 'US Dunkerque' ile anlaşmıştır.[368] 27 Temmuz 1990 tarihinde RC Liège ve US Dunkerque kulüpleri arasında da bir transfer sözleşmesi imzalanmıştır.[369] Bununla birlikte bu sözleşme, Belçika Futbol Federasyonunca Fransa'daki Futbol Federasyonuna transfer sertifikasının 2 Ağustos 1990 tarihine kadar gönderilmesi şartına bağlanmıştır.[370] US Dunkerque kulübünün iflas edeceği şüphesi içine düşen RC Liège kulübü, ilgili sertifikanın gönderilmesi işlemini durdurmuştur. Böylelikle, kulüpler arasındaki sözleşme askıda kalmıştır.[371] Bu durum, Bay Bosman tarafından dava edilmiştir.[372]

Divan, *Bosman* davasında belirtilen transfer kuralları ile ABİHA md. 45 arasındaki uyumu değerlendirmiştir. Buna göre ilgili transfer kuralları, md. 45 ile yasaklanan "işçilerin dolaşım serbestîsine yönelik bir engel" oluşturmakta mıdır?[373] İşçilerin dolaşım serbestîsine ilişkin hükümler, Birlik vatandaşlarınca Birlik çapındaki "her türdeki mesleki etkinliğin yürütülmesinin kolaylaştırılmasını amaçlamakta" ve Birlik vatandaşlarını "bir başka üye devlet ülkesinde ekonomik etkinlik yürütmek istediğinde dezavantajlı konuma getirebilecek önlemlerin önüne geçmektedir".[374] Bu bakımdan, bir üye devlet vatandaşını dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak için köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran hükümler, ilgili işçilerin vatandaşlığı dikkate alınmaksızın uygulanıyor olsa bile, bu serbestîye bir engel oluşturmaktadır.[375] Nitekim, somut uyuşmazlıktaki ihtilaflı transfer kuralları, bir başka üye devlette etkinlik

[367] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 29.

[368] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 30.

[369] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 31.

[370] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 32.

[371] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 33.

[372] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 34.

[373] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 92.

[374] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 93, 94. Bkz. Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 34.

[375] Bkz. Case C-10/90 *Masgio* [1991] pr. 18–19. Krş. Case 81/87 *Daily Mail* [1988] pr. 16.

yürütmek isteyen bir futbolcunun bir kulüple sözleşmesi sona erse bile; o kulüpten ayrılmasını önleyerek veya bundan caydırarak dolaşım serbestîsini kısıtlamaya elverişli olmasından ötürü, "işçiler için dolaşım serbestîsine bir engel" oluşturmaktadır.[376] Bir başka deyişle, bu kurallar, futbolcuların bir başka üye devlet "istihdam pazarına erişimini doğrudan etkilemesi" nedeniyle işçilerin dolaşım serbestîsini engelleyebilecektir.[377] Sonuç olarak, bu transfer kuralları, işçilerin dolaşım serbestîsine yönelik engeldir.[378]

Bosman kararı ile bir yandan serbestînin kısıtlanması yasağı getirilirken; öte yandan serbestîler arasındaki uyuma yönelik izler de bırakılmıştır. Bir kere, bu karara göre bir önlem, bir üye devlet vatandaşının bir başka üye devlet "istihdam pazarına erişimini doğrudan etkileyerek", dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak için köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyuyor veya caydırıyorsa yasaktır. İkinci olarak, malların serbest dolaşımı alanındaki *Keck* kararı, bu karar ile bu alana yansıtılamayacaktır; çünkü bu davadaki kurallar, pazara erişimi doğrudan etkilemektedir.[379] Yine, bu karar ile serbestînin kısıtlanması yasağı ortaya konurken; aynı tahdit türünün yerleşme serbestîsi alanındaki özdeşi *Gebhard* kararına gönderme yapılmıştır.[380] Gerek *Keck* gerek *Gebhard* kararları ile ilgili bu atıflar, serbest dolaşım alanındaki içtihat hukukundaki uyumun ipuçlarını ortaya bırakmaktadır. Bu uyum, büyük ölçüde, "pazara erişim" yönelimli gözükmektedir.[381]

Serbestînin kısıtlanması yasağının tesisinin ardından ABİHA md. 45'in dış sınırları belirlenmiştir. Buna ilişkin *Graf* davasında Alman Bay Graf, 3 Ağustos 1992

[376] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 99, 100.

[377] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 103.

[378] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 104. Buradaki transfer kuralları, haklı gösterilememiştir. (pr. 105–114.)

[379] Bkz Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 103. Krş. Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 36–38.

[380] Bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 104; Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37.

[381] Bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 103; Case C-109/04 *Kranemann* [2005] pr. 26; Case C-208/05 *ITC* [2007] pr. 33; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 188; **STEINER–*et. al.*,** s. 421.

yılından bu yana Avusturya'daki Filzmoser şirketinde çalışmaktadır. Bu kişi, Almanya'da yeni bir şirkette işe başlamak için Filzmoser şirketiyle olan iş sözleşmesini 29 Şubat 1996'da sonlandırmıştır.[382] Filzmoser şirketi, ulusal mevzuata dayanarak, Bay Graf'a iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle tazminat vermeyi reddetmiştir.[383] Divana göre içtihat hukuku uyarınca bir önlem, ayrımcı olmaksızın uygulansa bile, istihdam pazarına erişimi etkileyerek,[384] bir üye devlet vatandaşının dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak için bir ülkeden ayrılmasının önüne geçiyor veya ayrılmaktan caydırıyorsa serbestîye yönelik engel sayılacaktır.[385] Bununla birlikte, ihtilaflı mevzuat, bir işçinin bir başka işveren yanında işe başlamak için istihdam sözleşmesini sona erdirmesinin önüne geçmemekte veya bundan caydırmamaktadır; çünkü istihdam sözleşmesinin sona ermesi ile hak kazanılacak tazminat, işçinin mevcut işvereni yanında kalıp kalmamayı seçmesine değil; bilakis kendi inisiyatifi veya ona atfedilebilecek olmayan bir biçimde sözleşmesinin sona erdirilmesi şeklindeki "gelecekteki ve hipotetik bir olaya bağlı"dır.[386] Böyle bir olay, bu mevzuatın işçiler için dolaşım serbestîsini güçleştirmeye elverişli olarak nitelenebilmesi için "fazla belirsiz ve dolaylı"dır.[387] Öyleyse, ilgili mevzuat, md. 45 ile uyumludur.[388]

---

[382] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 5.

[383] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 6.

[384] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 23. Broberg ve Holst-Christensen'e göre bu paragraf, *Keck* doktrinine açık bir atıftır; çünkü gerek Komisyon gerek Danimarka, İtalya ve Birleşik Krallık, ilk kez *Keck* kararı ile getirilen 'pazara erişim' kriterinin istihdam pazarına da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Pazara erişim kriterinin istihdam pazarına uygulanması; dil nitelikleri, sınav sertifikaları, ödeme koşulları ve benzerlerinin bu kriter ve dolayısıyla md. 45 içinde kalmasına yol açacaktır. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 605–606.

[385] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 23.

[386] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 24. Krş. Case C-542/08 *Barth* [2010] pr. 39.

[387] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 25. Hukuk Sözcüsü Fennely'in deyişi ile ilgili ulusal kural, serbest dolaşıma bir engel oluşturmak için "fazla zayıf, uzak ve belirsiz"dir. Opinion of AG Fennely in Case C-190/98 *Graf* [2000] pt. 34. Detaylı bilgi için bkz. "B. Yükün Etkisinin Boyutu ve Uzaklığı", s. 308.

[388] Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 26.

Konuyla ilgili *Burbaud* kararı ise, yerleşme serbestîsi alanındaki *Gebhard* kararınındaki formülasyonu bu alana yansıtmaktadır.[389] Buna göre:

> "[yerleşik içtihat hukuku uyarınca] vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaksızın uygulanıyor olsa bile; bir üye devlet vatandaşı işçinin dolaşım serbestîsini kullanmasını *zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli* her türlü ulusal önlem, kurucu antlaşmaca güvence altına alınan bu temel serbestîye engel oluşturur."[390]

Bu bakımdan Fransa'nın bir başka üye devlette hastane yöneticisi sayılan bir üye devlet vatandaşından belirli bir sınavı geçmesini istemesi, o kişinin bu alandaki özel niteliklerinin göz önüne alınması ihtimalini ortadan kaldırarak, o kişiyi işçilerin serbest dolaşımı haklarını kullanmaktan caydırmakta ve dezavantajlı bir duruma sokmaktadır.[391] Ayrıca, bu türdeki bir koşul, açıkça ilgili istihdama erişimi etkileyen bir engel oluşturmaktadır.[392]

Konuyla ilgili üçüncü tür bir duruma *Commission v Germany* davası örnek verilebilir.[393] Burada, Alman mevzuatı uyarınca Almanya dışında mukim Alman vatandaşları, bu devletten aldıkları emeklilik-tasarruf ikramiyelerini geri ödemek zorundadır.[394] Buna karşın, Divana göre:

> "Bir işçi veya iş arayan bir kişinin, vatandaşı olduğu üye devlette kurucu antlaşmaca dolaşım serbestîsine ilişkin imkânlardan yararlanması nedeniyle bundan yararlanmadığı bir duruma göre daha az lehe bir muamele görmesi; dolaşım serbestîsi hakkı ile uyumsuzdur."[395]

---

[389] Case C-285/01 *Burbaud* [2003].

[390] Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32.

[391] Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 100.

[392] Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 101.

[393] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009].

[394] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 109.

[395] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 108.

Nitekim, somut uyuşmazlıktaki ihtilaflı hüküm, ikâmetgahını Almanya'da muhafaza ederek, Alman vergisine tam yükümlü kalan kişilere ABİHA md. 45'teki dolaşım serbestîsi hakkını kullanarak bir başka üye devlete yerleşen bir işçiye göre daha lehe bir muamele yapmaktadır. Kaldı ki, muameledeki bu farklılık, Alman işçileri Almanya dışında mesleki etkinlik yürütmekten caydırmaya elverişlidir.[396] Öyleyse, söz konusu ulusal mevzuat, işçilerin dolaşım serbestîsini engelleyebilecektir.[397] Hatta, aynı sonuç, ekonomik olarak etkin olmayan kişiler, yani Birlik vatandaşları (md. 21) yönünden de aynı gerekçelerle uygulanacaktır.[398]

Öyleyse, işçilerin serbest dolaşımına dair serbestînin kısıtlanması yasağı, yer yer birbiri içine geçen üç formülü esas almaktadır. Buna göre ilk olarak, "bir üye devlet vatandaşı işçinin dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli";[399] ikinci olarak, bir kişiyi "kendi devletinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran";[400] üçüncü olarak, bir kişiyi dolaşım serbestîsi hakkını kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren[401] her türlü önlem bir 'engel' olarak yasaktır. İlk formül ile yerleşme hakkına ilişkin *Gebhard* kararı, işçilerin serbest dolaşımı alanına aktarılarak, serbest dolaşım alanındaki ortak formül olma yolunda adım atmaktadır.[402] İkinci ve üçüncü formüller ise, köken üye devlete yönelik olup; esasen eşit muamele ilkesinin yansımalarıdır.[403] Bununla birlikte, 'alıkoyma' ve 'caydırma' dili, işçilerin

[396] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 109.

[397] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 112.

[398] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 115.

[399] Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32.

[400] Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34.

[401] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 108.

[402] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Bkz. Case C-152/05 *Commission v Germany* [2008] pr. 19, 26.

[403] Bu konudaki yerleşme hakkına ilişkin kararlar, eşit muamele ilkesine ilişkin daha belirgin ipuçları taşımaktadır. Bkz. Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 42. Birlik vatandaşlığı yönünden bkz. Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 50; Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

serbest dolaşımı alanında sıklıkla pazara erişim vurgusu ile birlikte kullanılmaktadır.[404] Buradaki 'dezavantajlı konuma getirme' dili ise, aslen, serbest dolaşıma yönelik engel yerine göçmenlere (serbest dolaşanlara) yönelik ayrımcılık ile açıklanabilir.[405] Burada, doğrusu, bir üye devlete ait kurallar, diğer üye devlet vatandaşlarına karşı (dolaylı biçimde) ayrımcılık yaparken; aynı zamanda o devletin kimi vatandaşları üstünde negatif bir etki bırakmaktadır.[406] Yine, bu hâlde, ilgili kişinin bir başka üye devletin istihdam pazarına erişimine yönelik güncel ve doğrudan bir engel doğup doğmadığına bakmaya gerek yoktur.[407] Bu son iki formül, yerleşme ve hizmetler gibi kişilere ilişkin iç pazar serbestîlerinin yanı sıra Birlik vatandaşlığı yönünden de kullanılabilecektir.[408]

bb. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra serbestînin kısıtlanması yasağına da yer vermektedir.[409] Bununla birlikte, bu ikinci türe giren önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisnalar hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[410]

Serbestînin kısıtlanması yasağı ile ilgili en meşhur karar *Gebhard* kararıdır.[411] Burada Alman Bay Gebhard, 1977 yılında Stuttgart Barosuna kayıtlı avukattır.[412] 1978

---

[404] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 99, 100, 103; Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 23.

[405] Bkz. **BERNARD, (1996),** s. 89; **CASTRO OLIVEIRA,** s. 91.

[406] Bkz. **BERNARD, (1996),** s. 87. Aynı yönde bir tespit için bkz. **HILSON, (1999),** s. 460–461.

[407] **CASTRO OLIVEIRA,** s. 91.

[408] Yerleşme hakkı ile ilgili olarak bkz. **BERNARD, (1996),** s. 86. Yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **CASTRO OLIVEIRA,** s. 91; **PLENDER,** s. 572, 574, 575; Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 115.

[409] Opinion of AG Léger in Case C-196/04 *Cadbury Schweppes* [2006] pt. 63. Bkz. **HANDOLL, (1995),** s. 72; **REICH–*et. al.*,** s. 63.

[410] Case C-79/01 *Payroll* [2002] pr. 26, 28; Case C-299/02 *Commission v Netherlands* [2004] pr. 17–18. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[411] Case C-55/94 *Gebhard* [1995]. Bu kararın incelemesi için bkz. **BALLON, ELKE,** "Reinhard Gebhard", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 3, 1997, s. 145–151; **LONBAY, JULIAN,** "Case C-

yılında İtalya'ya yerleşen Bay Gebhard, 1989 yılından itibaren İtalya'da kendi ofisini kurarak çalışmasını sürdürmüştür.[413] 1992 yılında Milan Baro Konseyi, "avvocato" sıfatını kullanarak İtalya'da kalıcı şekilde profesyonel etkinlik sürdürmesi nedeniyle Bay Gebhard'a 6 ay meslekten men cezası vermiştir.[414] Bay Gebhard, bu karara karşı ulusal mahkeme önünde dava açmış ve ulusal mahkeme konuyu Divan önüne taşımıştır.[415]

Divan, *Gebhard* kararında yerleşme serbestîsi ile ilgili *inter alia* şu tespitlere yer vermektedir. Belirli bir etkinliğe başlama ve bunu sürdürme, ev sahibi üye devlette (diploma, sertifika veya diğer resmi nitelikler gibi) birtakım koşullara bağlı ise; o etkinliği yürütme amacı taşıyan bir başka üye devletin vatandaşı, kural olarak bu koşullara uymalıdır.[416] Bununla birlikte, Divanın içtihat hukuku uyarınca:

> "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlerin kullanımını *zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli* ulusal önlemler, dört koşulu yerine getirmelidir: ayrımcı olmayan bir biçimde uygulanmalıdır; kamu yararının emredici gereksinimleri ile haklı gösterilmelidir; güttükleri amaca ulaşılmasını güvenceye almak için uygun olmalıdır ve buna ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemelidir."[417]

55/94 *Reinhard Gebhard* v. *Consiglio dell'ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, with Annotation by J. Lonbay", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996, s. 1073–1087.

[412] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 3.

[413] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 4–6.

[414] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 11.

[415] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 12, 18.

[416] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 35, 36. Bununla birlikte, üye devletler, bir başka üye devlette ilgili kişi tarafından elde edilen bilgi ve ehliyeti göz ardı edemeyecektir. (Case C-340/89 *Vlassopoulou* [1991] pr. 15.) Bir başka ifadeyle, ev sahibi devlet, diplomaların denkliğini göz önüne alarak, gerektiğinde ulusal kurallarınca istenilen bilgi ve ehliyet ile ilgili kişinin sahip olduklarını karşılaştırmak zorundadır. (pr. 16.)

[417] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Bkz. Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32.

O hâlde yerleşme serbestîsinin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler ilke olarak ABİHA md. 49 ile çelişmektedir.[418]

Bu karar, pek çok açıdan önem taşımaktadır. Bir kere, buradaki yaklaşım ile malların serbest dolaşımındaki *Cassis de Dijon* kararındaki yaklaşım büyük ölçüde benzeşmektedir.[419] Her iki karardaki gerekçe uyarınca ilkin bir alandaki üye devlet düzenleyici yetkisi kabul edilmekte; buna karşın, bir ulusal önlem serbest dolaşıma yönelik engel oluşturuyorsa ve hatta bir serbestînin kullanımını zorlaştırıyor ya da daha az çekici hâle getiriyorsa, kural olarak kurucu antlaşma ile uyumsuz sayılmakta ve ancak belirli koşulları sağlayan önlemler bundan hariç tutulmaktadır.[420] İkinci olarak, serbestînin kısıtlanması yaklaşımına ilişkin formüle yer verilirken, yerleşme serbestîsinden söz etmek yerine "temel serbestîler" bir bütün olarak dile getirilmiştir. Bundan dolayı, serbest dolaşım hükümlerinin özünde tek bir formül ile ifade bulabileceği düşüncesi güçlenmektedir. Hakikaten, bu formül, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı alanında da açıkça takip edilmiştir.[421] Böylelikle, en azından, kişilerin serbest dolaşımına yönelik bir uzlaşının varlığı göze çarpmaktadır.

---

[418] Bu alandaki örnekler çoğaltılabilir: Yunan hukukuna göre uzman gözlükçülerin birden fazla dükkan işletmesi yasağı (Case C-140/03 *Commission v Greece* [2005] pr. 28.); ticari bir fuar yapılması öncesinde otoritelerce onay alınmasını gerektiren İtalyan kuralları (Case C-439/99 *Commission v Italy* [2002] pr. 39.); baro üyeleri ile muhasebeciler arasında multi-disipliner ortaklık kurulmasına ilişkin Hollanda kuralı (Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 122.) yerleşme hakkına yönelik kısıtlamadır. Buna karşın, bir başka üye devlette yerleşik bir limited şirketin şubesinin kaydı için o şirketin hedeflerinin yayım gideri için peşinat yatırılması kuralı, yerleşme serbestîsi ile uyumludur. Case C-453/04 *Limited* [2006] pr. 39.

[419] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. Bkz. **BALLON,** s. 149–150; **LONBAY,** s. 1082–1083.

[420] Hatta bu bakımdan, (tıpkı malların serbest dolaşımındaki *Cassis de Dijon* formülü gibi) hemen hemen her kural, kurucu antlaşmanın kapsamı içinde kalıyor şeklinde nitelendirilebilir. Bkz. **SPAVENTA, (2004),** s. 749.

[421] Sırasıyla bkz. Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19. Hatta aynı formül, sermayenin serbest dolaşımı alanına da aktarılmak istenmiştir. Bkz. Opinion of AG Mazák in Case C-451/05 *ELISA* [2007] pt. 77.

CaixaBank davası gibi tüzel kişilerle ilgili olan davalarda da ABİHA md. 49 ile ilgili kriter değişmemektedir.[422] Burada yetkili Fransız makamları, İspanya'da merkezi bulunan Caixa Holding şirketinin tali kuruluşu olup Fransa'da merkezi bulunan Caixa-Bank şirketinin belirli bir tür hesaba ilişkin Fransa'da ikâmet edenlerle yeni sözleşmeler yapmasını yasaklamış ve mevcut sözleşmeleri feshetmesine karar vermiştir.[423] Divana göre ABİHA md. 49, yerleşme serbestîsi üstündeki tüm kısıtlamaların tasfiye edilmesini gerektirmektedir. Bu serbestînin kullanılmasını "*yasaklayan, buna mâni olan veya bunu daha az çekici kılan*" her önlem, bu tür bir kısıtlama olarak görülmelidir.[424] Belirli bir tür hesap üstündeki yasaklama, Fransa dışındaki üye devletlerdeki şirketler için onların *pazara erişimini etkileyerek* bu devlette yavru şirketleri aracılığıyla etkinliklerini sürdürmesine karşı ciddi bir engel oluşturmaktadır.[425] Öyleyse bu yasaklama, md. 49 uyarınca kısıtlama olarak görülmelidir.[426]

Serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, köken devlete yönelik bir boyut da taşımaktadır. Buna göre ilk olarak, söz gelimi *Saillant* kararına göre:

> "Her ne kadar [ABİHA md. 49]…, yabancıların ev sahibi üye devlette o devlet vatandaşları ile aynı biçimde muamele görmesini sağlamayı özellikle amaçlamaktaysa bile; aynı zamanda bu hüküm, köken üye devletin kendi

[422] Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004]. Bu açıdan, gerek bireyler gerek şirketler yönünden yerleşme serbestîsi hakkındaki içtihat hukukunda güçlü paralellikler geliştirilmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 354.

[423] Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pr. 5.

[424] Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pr. 11. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 19; Case C-79/01 *Payroll* [2002] pr. 26.

[425] Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pr. 12. (*Vurgu* eklenmiştir.) Hukuk Sözcüsü Tizzano'ya göre de *ayrımcılık yapılmaması ilkesine uyuluyorsa* –ve bundan dolayı ekonomik bir etkinliğe *başlanması* ve onun *sürdürülmesi*ne ilişkin koşullar hem hukuken hem de fiilen eşit ise–, ulusal önlem amacı ve etkileri ışığında *pazara erişimi doğrudan etkilemiyor* ise, o önlem, kişilerin serbest dolaşımı üstünde bir kısıtlama olarak tanımlanamayacaktır. Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 66. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 734.

[426] Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pr. 12.

vatandaşlarından birisinin bir başka üye devlette yerleşmesini güçleştirmesini de yasaklamaktadır."[427]

Nitekim, bu davadaki ihtilaflı önlem, bir Fransız vergi mükellefini yerleşme hakkını kullanmaktan alıkoymasa bile; bir başka üye devlette yerleşmek isteyen mükellefler yönünden en azından caydırıcı bir etki göstererek, bu hakkın kullanımını kısıtlamaktadır.[428] Bir başka ifadeyle, bir mükellef, yerleşme hakkını kullanarak vergiye ilişkin ikâmetini Fransa dışına taşırsa, ikâmetini Fransa'da tutan bir kişiye nazaran daha dezavantajlı bir muamele görecektir.[429] Öyleyse, ihtilaflı önlem, yerleşme serbestîsini güçleştirmeye elverişlidir.[430] Bu yaklaşım, esasen, işçilerin serbest dolaşımındaki 'alıkoyma' ve 'caydırma' dilinin bu alandaki karşılığıdır.[431] Yine, yukarıda değinilen *Saillant* kararındaki paragraf, köken devletin kendi vatandaşlarının yerleşme hakkını güçleştirmesi yasağını ev sahibi üye devlette eşit muamele görme kuralının karşılığı gibi göstermektedir. Bu da, köken devlete yönelik serbestînin kısıtlanması yaklaşımının eşit muamele ilkesinin görünümü olması ile örtüşmektedir.[432]

İkinci olarak, köken devletçe serbest dolaşmış kişilere yönelik ayrımcılık yapılması yasaktır. Buna ilişkin *Commission v Germany* davasında Alman mevzuatı uyarınca yalnızca ilgili referans döneminde o devletin herhangi bir bölgesinde çalışmış psikoterapistler, bu devletin hastalık sigortası planı çerçevesinde muayene yapabilmektedir. Buna karşın, aynı referans döneminde bir başka üye devletin hastalık

[427] Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 42. Birlik tüzel kişileri için bkz. Case C-247/08 *Gaz de France* [2009] pr. 55.

[428] Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 45.

[429] Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 46.

[430] Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 48.

[431] Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34.

[432] Krş. Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 50; Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

sigortası planı kapsamında çalışanlar, aynı muayene imkânından yoksun bırakılmaktadır.[433] Divana göre:

> "Avrupa Birliği vatandaşının vatandaşı olduğu üye devlette kurucu antlaşmaca dolaşıma ilişkin olarak sunulan serbestîlerden yararlanması nedeniyle bundan yararlanmadığı bir duruma göre daha az lehe muamele görmesi; dolaşım serbestîsi hakkı ile uyumsuzdur."[434]

Bu gerekçe, yerleşme serbestîsini kullanan kişilere kıyasen uygulanabilmektedir. Nitekim, somut uyuşmazlıkta referans döneminde Almanya dışında çalışarak, sonrasında bu devlete dönen psikoterapistler, bu dönemi bu devlet içinde geçirenlere göre daha az lehe muamele görmektedir. Öyleyse, ihtilaflı ulusal mevzuat, haklı gösterilmedikçe, yerleşme serbestîsine aykırıdır.[435] Burada, Divanın işçiler yerine Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı içtihat hukukuna gönderme yapması, dikkat çekmektedir.

Öyleyse, yerleşme hakkına dair serbestînin kısıtlanması yasağı, üç formül üzerinden ilerlemektedir.[436] Bir yanda, köken üye devlete yöneltilen ve bir kişinin yerleşme hakkını kullanmasını güçleştiren[437] veya bu hakkı kullanması nedeniyle onu dezavantajlı konuma getiren[438] önlemler yasaklanmıştır. Bu açıdan, Divanın kararlarındaki çapraz atıflar neticesinde kişiler ile Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı açısından belirli bir ortaklık doğmuştur.[439] Diğer yanda, (pazara erişim odaklı) serbestînin kısıtlanması yasağına göre serbest çalışan bir kişinin dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli her türlü önlem, kural

---

[433] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 17–20.

[434] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58. Bkz. Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 20.

[435] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 59.

[436] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 754–755.

[437] Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 42.

[438] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58.

[439] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58; Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 115.

olarak yasaktır.[440] Her ne kadar burada açıkça zikredilmese de; bu formüle ilişkin kararlar, esasen, pazara erişime yönelik bir kısıtlama çerçevesinde görülmüştür.[441] Bu açıdan, pazara erişim odaklı yaklaşım hâlen içtihat hukukunda yer almayı sürdürmektedir.[442]

cc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra serbestînin kısıtlanması yasağına da yer vermektedir.[443] Bununla birlikte, bu ikinci türe giren önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisnalar hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[444]

Säger kararı, bu alandaki serbestînin kısıtlanması yasağı ile ilgili en meşhur karardır.[445] Burada Birleşik Krallık'taki Dennemeyer şirketi, hem bu devlette hem de Almanya'da vakti gelen ödemelerin yapılması gibi patent yenileme hizmeti sunmaktadır.[446] Bu şirket, bu etkinliklerine karşılık Alman patent vekillerince alınan ücretten daha düşük bir komisyon almaktadır.[447] Bay Säger, adı geçen şirketin gerekli lisansı olmadan işlem yaptığını ve haksız rekabette bulunduğunu ileri sürerek dava açmıştır.[448] Burada, Divana göre:

---

[440] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Hatta, bu formül, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı alanında da açıkça takip edilmiştir. Bkz. Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19.

[441] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 736, 773.

[442] Case C-314/08 *Filipiak* [2009] pr. 58, 62, 72; C-384/08 *Attanasio Group* [2010] pr. 43. Krş. dn. 478.

[443] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12; Case C-219/08 *Commission v Belgium* [2009] pr. 13.

[444] Case C-429/02 *Bacardi* [2004] pr. 32; Case C-219/08 *Commission v Belgium* [2009] pr. 14. Bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[445] Case C-76/90 *Säger* [1991]. Benzer bir karar için bkz. Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 25.

[446] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 3.

[447] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 4.

[448] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 5, 8.

> "[ABİHA md. 56], hizmet sunan bir kişinin vatandaşlığı temelindeki tüm ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının yanı sıra ulusal hizmet sunucular ile diğer üye devletlerdeki hizmet sunuculara ayrım yapılmaksızın uygulanıyor olsa bile; bir başka üye devlette hukuka uygun olarak benzer hizmetleri sunanların etkinliklerini *yasaklamaya ya da buna mâni olmaya elverişli* her türlü kısıtlamanın kaldırılmasını gerektirmektedir."[449]

Buna göre ulusal düzenleme, bir başka üye devlette yerleşik teşebbüsün ülkesinde belirli hizmetler sunmasını idari lisans koşuluna tâbi tutması nedeniyle hizmet sunumu serbestîsi üstünde kısıtlama teşkil etmektedir.[450] Buna ek olarak, müteakip kararlar ile buradaki formüle bir ekleme daha yapılmıştır. Artık, yerleşik içtihat hukuku uyarınca:

> "[ABİHA md. 56], …bir başka üye devlette hukuka uygun olarak benzer hizmetleri sunanların etkinliklerini yasaklamaya ya da buna mâni olmaya ya da *daha az avantajlı kılmaya* elverişli her türlü kısıtlamanın kaldırılmasını gerektirmektedir."[451]

Böylece, yerleşme hakkı alanındaki *Gebhard* formülü, hizmetlerin serbest dolaşımı alanında da aynen uygulanmaktadır. Nitekim, Divan, pek çok kararı ile bu iki serbestîye yönelik bir kısıtlama olup olmadığını (yukarıdaki) aynı teste tâbi tutarak bir karara varmaktadır.[452]

Ayrıca, bu alandaki serbestînin kısıtlanması yasağına yönelik farklı bir lâfza da rastlanmaktadır.[453] Söz gelimi *Kohll* davasında Lüksemburg devletinde sigortalı bir kişi,

---

[449] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[450] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 14. Bkz. Case C-433/04 *Commission v Belgium* [2006] pr. 28.

[451] Case C-515/08 *dos Santos Palhota and Others* [2010] pr. 29. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[452] Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19; Case C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* [2006] pr. 31.

[453] Case C-158/96 *Kohll* [1998].

başka üye devletten aldığı tıbbi hizmetlerin masraflarının kendisine geri ödenmesi için bu devletteki bir kurumdan önceden izin almış olmalıdır.[454] Burada:

> "[ABİHA md. 56], üye devletler arası hizmet sunumunu salt bir üye devlet içindeki hizmet sunumuna göre *daha zor hâle getirme etkisi olan* her türlü ulusal kuralın uygulanmasının önüne geçmektedir."[455]

Söz konusu koşul, sigortalı kişileri başka üye devlette yerleşik tıbbi hizmet sunucularına başvurmaktan caydırmasından ötürü, hem bu kişiler hem de bu kişilerin hastaları yönünden hizmet sunumu serberstîsine engel oluşturmaktadır.[456]

Peki, farklı lâfza sahip testler, uygulamada bir farklılık doğurmakta mıdır? Bu soru, olumsuz yanıtlanacaktır. Nitekim, Divan, söz gelimi *de Coster* kararı ile yukarıda bahsedilen iki teste birlikte yer vererek;[457] somut olayı bu çerçevede değerlendirmiştir. Burada, uydu aracılığıyla televizyon yayınlarını almada kullanılan disk antenlerine vergi getirilmiştir. Bu vergi, ev sahibi devletteki radyo ve televizyon dağıtımına avantaj sağlayarak, başka üye devletlerde yerleşik radyo ve televizyon yayını aktarma alanındaki işletmelerin etkinliklerine mâni olmaya daha fazla elverişlidir.[458] Yine, Divan, kimi hâllerde bir önlemin 'hizmet sunum serbestîsine kısıtlama' oluşturduğunu belirtmekle yetinse bile;[459] öteki kararlar ile böyle bir kısıtlamanın bir önlemin hizmet sunumuna 'mâni olmaya veya daha az çekici hâle getirmeye elverişli' olması ile bağlantılı olduğunu açıkça belirtmiştir.[460] Öyleyse, en nihayetinde, farklı lâfza yer veren testler uygulama yönünden ciddi bir farklılık yaratmamaktadır.[461]

---

[454] Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 31.

[455] Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 33. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Joined Cases C-155/08 and C-157/08 *X and E.H.A.* [2009] pr. 32.

[456] Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 35.

[457] Case C-17/00 *De Coster* [2001] pr. 29, 30. Sırasyla bkz. Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12; Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 33.

[458] Case C-17/00 *De Coster* [2001] pr. 35.

[459] Case C-189/03 *Commission v Netherlands* [2004] pr. 17.

[460] Case C-205/99 *Analir* [2001] pr. 22. Bkz. Case C-288/02 *Commission v Greece* [2004] pr. 30.

ABİHA md. 56'ya ait dış sınırlar ise, *Grogan* davasına konu olmuştur.[462] İrlanda'da hamileliğin tıbben sona erdirilmesi yasaktır. İrlanda makamları, öğrenci derneklerince diğer üye devletlerde bu işlemi hukuka uygun olarak yapan kliniklerin ad, telefon ve adres bilgilerinin dağıtımını yasaklamıştır. Bilgileri dağıtılan klinikler ise, bu dağıtıma katılmamaktadır.[463] Divana göre md. 56, hizmet sunumu serbestîsi üstündeki her türlü kısıtlamayı yasaklarken; somut olaydaki öğrenci derneklerinin eylemi ile diğer üye devletlerdeki hamileliği tıbben sona erdirme işlemi yapan klinikler arasındaki bağ, bilgi dağıtımı hakkındaki yasaklamanın kısıtlama olarak görülmesi için *fazla zayıf*tır.[464]

Serbestînin kısıtlanması yasağının sınırlarını sorgulatarak, bu alanda oldukça ses getiren bir karar ise *Carpenter* kararıdır.[465] Burada Filipinli Bayan Carpenter, 18 Eylül 1994 tarihinde Birleşik Krallık'a ziyaretçi olarak altı ay için girme izni almıştır. Bu süreyi aşan Bayan Carpenter, uzatma başvurusu yapmamıştır. 22 Mayıs 1996 yılında ise bu kişi, İngiliz Peter Carpenter ile evlenmiştir.[466] Bay Carpenter, tıbbi ve bilimsel dergilerde reklam alanı satışı ile uğraşan bir işletme yürütmekte ve bu amaçla üye devletlere seyahat etmektedir.[467] 15 Temmuz 1996 tarihinde Bayan Carpenter, bir Birlik vatandaşının eşi olarak Birleşik Krallık'ta kalma izni için başvurmuştur.[468] Buna karşın

---

[461] Aynı yönde bir görüş için bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 478.

[462] Case C-159/90 *Grogan* [1991].

[463] Case C-159/90 *Grogan* [1991] pr. 22.

[464] Case C-159/90 *Grogan* [1991] pr. 24. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 363. Bir önlemin üye devletler arası ticareti güçleştirmeye elverişli olmak için "fazla belirsiz ve dolaylı" olduğu davalar ile ilgili olarak bkz. dn. "740" s. "309".

[465] Case C-60/00 *Carpenter* [2002]. Bu kararın incelemesi için bkz. **ACIERNO, SILVIA,** "The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 3, 2003, s. 398–407; **EDITORIAL COMMENTS,** s. 537–543; **JADOUL–VANESTE,** s. 447–453.

[466] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 13.

[467] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 14.

[468] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 15.

hem bu kişinin başvurusu reddedilmiş hem de bu kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınmıştır.[469] Divana göre:

> "[Birlik] düzenleyicilerinin kurucu antlaşmaca güvenceye alınan temel serbestîlerin kullanımına yönelik engelleri kaldırmak için üye devlet vatandaşlarının aile hakkının korunmasının sağlanmasının önemini tanıdığı hatılatılmalıdır. …
>
> Bay ve Bayan Carpenter'ın ayrılması, aile hayatlarına ve böylece Bay Carpenter'ın temel bir serbestîyi kullanma koşullarına zarar verecektir. Eğer, Bay Carpenter, eşinin ülkeye girişi ve orada ikâmetine ilişkin köken devletince çıkarılan engeller nedeniyle bu serbestîyi kullanmaktan caydırılırsa; bu serbestî, tam etkili olamayacaktır."[470]

Öyleyse, burada, temel bir serbestînin kullanımına ilişkin "zarar verici" önlemler veya bir kişiyi bir serbestîyi kullanmaktan "caydıran" önlemler, başlı başına, bir kısıtlama olarak görülmektedir.[471] Bu bakımdan, pazara erişim unsuru, arka plana atılmış gözükmektedir.[472] Böylece, kısıtlama kavramı da, oldukça geniş biçimde tanımlanmıştır.[473] Buradaki esas endişe ise, bir Birlik vatandaşının aile hayatının

---

[469] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 15, 16.

[470] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 38–39. Bu tespit, Divanın 'aşırıya kaçması' görülerek, eleştirilmektedir. Bkz. **JADOUL–VANESTE,** s. 450–451. Acierno'ya göre burada, Bayan Carpenter'ın sınır dışı edilmesinin hizmet sunumu serbestîsi üstündeki etkisinin fazla dolaylı, belirsiz veya hipotetik olduğu ve bundan dolayı Bay Carpenter'ın ekonomik serbestîsini kullanmasını gerçekten engellemeyeceği düşünülebilir. **ACIERNO,** s. 405.

[471] Krş. Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34; Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 42.

[472] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 792; **EDITORIAL COMMENTS,** s. 541. Krş. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 99, 100, 103; Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 23.

[473] Bkz. **EDITORIAL COMMENTS,** s. 539, 541; **JADOUL–VANESTE,** s. 451; **SHAW–*et.al.,*** s. 289. Yine Ehlers'e göre bu tür bir tanımdan hareket edilirse temel serbestîler, sınır aşırı etkisi olan hemen hemen her ulusal kurala uygulanacaktır. Kaldı ki, *Carpenter* kararında iç pazar yararına temel serbestîlerin uygulanması ile ihtilaflı ulusal kural arasındaki yeterli derecede bağın varlığı tartışmalıdır. **EHLERS,** s. 188.

korunmasıdır.[474] Bu da, esasen, kişilerin serbest dolaşımının 'insan' unsuru ile doğrudan alakalıdır.

O hâlde, *Carpenter* kararı, serbestînin kısıtlanması yaklaşımı açısından bir yeniliktir. Gerçekten de konuyla ilgili net çıkarımlar yapan Reich ve Harbacevica'ya göre:

> "Yalnızca esasen ekonomik nitelikli olanlar değil; fakat, etkinliğin kişisel boyutunu ilgilendiren kısıtlamalar da Birlik hukukunun kapsamı içinde kalmaktadır. Bu, *inter alia*, *Bosman* ve *Kraus* kararları ile hâlihazırda geliştirilmiş geniş kısıtlama kavramına eklenen yeni bir unsurdur. Bu kararlara göre kısıtlama için bir üye devlet kuralı ya da uygulamasının, "[Birlik] vatandaşlarınca … temel serbestîlerin kullanımını … daha az çekici kılmaya elverişli" olması yeterlidir. Bu davalardaki kısıtlamalar, bir Birlik vatandaşının ekonomik etkinliği ile bir biçimde her zaman alakalıdır. … *Carpenter* kararı ile Divan, daha öteye giderek; –serbest dolaşımdan ziyade gerçekte vatandaşlığa çok daha yakın bir unsur olan– bir ekonomik etkinliğin kısıtlanması kavramının içinde aile hayatının korunmasını içermeyi istiyor gözükmektedir."[475]

Öyleyse, bu karar ile ilgili en iyi açıklama, belki de Birlik vatandaşlığı ve temel haklar merkezinden gelebilecektir.[476]

Sonuç olarak, bu alandaki serbestînin kısıtlanması yasağı, çok büyük ölçüde, pazara erişim odaklı bir yoldan gitmektedir. Buna göre, ya bir başka üye devlette hukuka uygun olarak benzer hizmetleri sunanların etkinliklerini yasaklamaya veya buna

---

[474] Bkz. **ACIERNO,** s. 403; **HUNT, JO,** "Legal Developments", *Journal of Common Market Studies*, Cilt: 41, 2003, s. 92.

[475] **REICH–HARBACEVICA,** s. 635. Keza, Spaventa'ya göre *Carpenter* kararı, serbest dolaşım hükümleri açısından kafa karıştırıcıdır ve açıklaması zordur. Bay Carpenter bir hizmet sunucusu ve eşinin sınır dışı edilmesi aile hakkına yönelik bir bozulma ise bile; bu ikisi arasında bağ yoktur. **SPAVENTA, (2004),** s. 767.

[476] Bkz. **REICH–*et. al.*,** s. 66; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 187.

mâni olmaya veya daha az avantajlı kılmaya elverişli her türlü kısıtlama ya da üye devletler arası hizmet sunumunu salt bir üye devlet içindeki hizmet sunumuna göre daha zor hâle getirme etkisi olan her türlü önlem yasaktır. Bu açıdan, içtihat hukukunun temel yönelimi, pazara erişim testi yönünde ilerlemektedir.[477] Bu uygulama, hâlen devam etmektedir.[478] Buna karşın, *Carpenter* kararı ise, şimdilik türünün tek örneği istisnai bir karar olarak durmaktadır.

c. Sermayenin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 63, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra serbestînin kısıtlanması yasağına da yer vermektedir.[479] Bununla birlikte, bu ikinci türe giren önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[480]

Bu alandaki serbestînin kısıtlanmasına dair yasak, *Commission v Portugal* kararı ile net bir biçimde ortaya konmuştur.[481] Divana göre ABİHA md. 63'teki üye devletler arasındaki sermaye dolaşımları üstündeki kısıtlamalara yönelik yasaklama:

> "finansal piyasalardaki işletmeciler arasında salt vatandaşlık temelinde eşit olmayan muamelenin ortadan kaldırılmasının ötesine geçmektedir.

---

[477] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 377; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 794. Ayrıca bkz. Case C-500/06 *Dermoestética SA* [2008] pr. 33; Case C-518/06 *Commission* v *Italy* [2009] pr. 64.

[478] Case C-314/08 *Filipiak* [2009] pr. 58, 62, 72. Krş. Case C-228/06 *Soysal and others* [2009] pr. 62.

[479] Joined Cases C-463/04 and C-464/04 *Federconsumatori and Others* [2007] pr. 19. Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 725; **RINGE, WOLF-GEORG,** "Company Law and Free Movement of Capital", *Cambridge Law Journal*, Cilt: 69, No: 2, 2010, s. 385; **STEINER–WOODS,** s. 388; **VON MILMOWSKY,** s. 336.

[480] Case C-567/07 *Sint Servatius* [2009] pr. 25; Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 49. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 777. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[481] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002]. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 571. Bu kararın incelemesi için bkz. **KRONENBERGER, VINCENT,** "The Rise of the 'Golden' Age of Free Movement of Capital: A Comment on the Golden Shares Judgments of the Court of Justice of the European Communities", *European Business Organization Law Review*, Cilt: 4, 2003, s. 115–136.

İhtilaflı kurallar, eşit olmayan muameleye sebep olmuyorsa bile; bu kurallar, ilgili teşebbüslerdeki payların kazanımına *mani olmaya* ve diğer üye devletlerdeki yatırımcıları bu teşebbüslerin sermayelerine yatırım yapmaktan *caydırmaya elverişli*dir. O hâlde, sonuç olarak bu kurallar, sermayenin serbest dolaşımını *asılsız kılabilir*."[482]

Bu koşullar altında, Portekiz'deki bazı şirketler yönünden belirli bir paydan daha fazlasına sahip olmak isteyen hissedarların ilgili ulusal makamlardan önceden izin almasına ilişkin kural, sermayenin serbest dolaşımına bir kısıtlama oluşturmaktadır.[483]

Serbestînin kısıtlanması temelindeki bu yaklaşım, "pazara erişim" ile de birleşerek, sonraki kararlara da yansımıştır. Bu açıdan, altın hisse senetlerine ilişkin kararlar öne çıkmaktadır.[484] Söz gelimi *Commission v Spain* davası, özetle, yeni özelleştirilen şirketlerde yapısal değişiklikler yapılması veya bu şirketlerdeki belirli sayıdaki hissenin kazanımı için ilgili ulusal makamlardan önceden izin almayı gerektiren kurallarla ilgilidir.[485] Bu kurallarla ilgili olarak Birleşik Krallık, *Keck* kararına dayanarak, bu kuralların pazara erişimi kısıtlamadığını ve bu nedenle sermayenin serbest dolaşımını etkilemeye elverişsiz olduğunu iddia etmiştir.[486] Divan ise, bu argümanı kabul edilebilir bulmamıştır.[487] Divana göre:

"… yatırım işlemleri hakkındaki ilgili kısıtlamalar, her ne kadar mukim olanlar ile olmayanlara ayrım gözetmeksizin uygulanıyorsa bile; bu tür pay sahipliği edinen kişinin statüsünü etkilemekte ve bundan ötürü diğer üye devletlerden

---

[482] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 44–45. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[483] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 46.

[484] Bkz. Case C-98/01 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2003].

[485] Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 9. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 571.

[486] Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 58.

[487] Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 59. Divan, bu noktada, *Keck* kararının hizmetler alanına uyarlanmamasına dair *Alpine Investments* kararının ilgili kısmına da gönderme yapmaktadır. (pr. 60.) Bkz. Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 37. Ayrıca bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 337; **PEERS,** s. 344.

gelen yatırımcıları bu tür yatırımlar yapmaktan *caydırmaya elverişli* olmakta ve sonuç olarak *pazara erişimi* etkilemektedir."[488]

O hâlde, pay sahipliği kazanımını sınırlayan kurallar, sermayenin serbest dolaşımına yönelik kısıtlama oluşturmaktadır.[489]

Sermayenin serbest dolaşımı alanındaki serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, farklı lâfızlara bürünebilmektedir.[490] Burada Divan, kimi zaman, yalnızca sermayenin serbest dolaşımı üstündeki 'kısıtlama' veya 'engel'den bahsetmektedir.[491] Bu açıdan, 'kısıtlama' ile 'engel' ifadeleri, birbiri yerine geçecek biçimde kullanılmaktadır.[492] Öte yandan, Divan, kimi zaman, sermayenin dolaşım serbestîsinin kullanımından 'vazgeçirmeye' veya 'caydırmaya' veya 'yıldırmaya' elverişli önlemleri kısıtlama kabul etmektedir.[493] Söz gelimi *Busley and Fernandez* kararına göre ABİHA md. 63(1) uyarınca yasaklanan önlemler, "mukim olmayanları bir üye devlette ya da bir üye devlette mukim olanları diğer üye devletlerde yatırım yapmaktan *vazgeçirmeye elverişli olan*ları" içermektedir.[494] Yine, söz gelişi *Dijkman* kararı ile üye devletçe alınan ve

---

[488] Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 61. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 572.

[489] Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 57, 62.

[490] Bkz. **CONNOR,** s. 176.

[491] Söz gelimi *Konle* davasındaki kural, "sermayenin serbest dolaşımı üstünde kısıtlama"ya yol açarken (Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 39.); *Bordessa* davasındaki idari izin sermayenin dolaşım serbestîsini "asılsız kılacaktır" (Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] pr. 25.) ve *Weidert* davasındaki önlem, diğer üye devlet şirketleri yönünden "kısıtlayıcı etkiye" sahiptir. (Case C-242/03 *Weidert and Paulus* [2004] pr. 14.)

[492] Bkz. Joined Cases C-282/04 and C-283/04 *Commission v Netherlands* [2006] pr. 15, 16, 18, 20. 'Engel' için bkz. Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 31. 'Kısıtlama' için bkz. Case C-541/08 *Fokus Invest* [2010] pr. 38.

[493] Bkz. **PEERS,** s. 341.

[494] Case C-35/08 *Busley and Fernandez* [2009] pr. 20. (*Vurgu* eklenmiştir.) Örneğin, md. 63(1) uyarınca kısıtlama olarak nitelenebilecek ulusal önlemler, hem diğer üye devletlerde yerleşik şirketlerin paylarının edinimini engellemeye veya sınırlamaya elverişli olanları hem de diğer üye devletlerde yerleşik

"kendi mukimlerini başka üye devletten kredi almaktan ya da orada yatırım yapmaktan *caydırmaya elverişli* önlemler", kısıtlama kabul edilmektedir.[495] Bunun yanı sıra, söz gelimi *Federconsumatori and Others* kararına göre ise "başka üye devletteki yatırımcıları bazı teşebbüslerin sermayelerine yatırım yapmaktan *yıldırmaya elverişli*" ulusal önlemler, md. 63(1)'e göre kısıtlamadır.[496]

Son olarak, bu alandaki serbestînin kısıtlanması yaklaşımının sınırları bulunmaktadır. Özellikle vergi ile ilgili olmak üzere, kimi dezavantajlar serbestînin kısıtlanması olarak nitelendirilmemektedir. Hakikaten, söz gelişi *Damseaux* kararına göre:

> "farklı üye devletlerce vergi yetkilerinin paralel kullanımından kaynaklanabilecek dezavantajlar, böyle bir kullanım ayrımcı olmadığı müddetçe, [ABİHA md. 63] ile yasaklanan bir kısıtlama oluşturmamaktadır."[497]

Öyleyse, bir kâr payı, hem o payın ödendiği üye devlet hem de hissedarın ikâmet ettiği üye devlet tarafından vergilendiriliyorsa; Birlik hukuku uyarınca ikâmet edilen üye devlet, her iki üye devlete atfedilen yetkinin kullanımından kaynaklanabilecek dezavantajın önüne geçmekle yükümlü değildir.[498]

Sonuç olarak, serbestînin kısıtlanması yasağı, bu alanda etkisini hissettirmektedir.[499] Buna göre, esasen, bir kişiyi sermayenin dolaşım serbestîsinin

---

şirketlerdeki bu tür payların muhafazasından vazgeçirmeye elverişli olanları içermektedir. (Case C-377/07 *STEKO* [2009] pr. 24.) Yine, örneğin, miras ile ilgili olarak, ilgili mal varlığının bulunduğu ve bu mal varlığına ait mirası vergilendiren üye devletten başka bir devlette mukim olan kişinin mirasının değerini azaltma etkisi olan her türlü önlem, kısıtlama sayılmaktadır. (Case C-11/07 *Eckelkamp* [2008] pr. 44.)

[495] Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 25. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[496] Joined Cases C-463/04 and C-464/04 *Federconsumatori and Others* [2007] pr. 21.

[497] Case C-128/08 *Damseaux* [2009] pr. 27.

[498] Case C-128/08 *Damseaux* [2009] pr. 34. Bununla birlikte, çifte vergilendirme ile ilgili bu türdeki kararlar eleştirilmektedir. Bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 345.

[499] Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 25. Kısıtlama yasağının uygulanışı, Birlik içi sermaye dolaşımı ya da üçüncü ülkelerle sermaye dolaşımı olması bakımından farklılık arz etmemektedir. Case C-101/05 *A*

kullanımından ‘vazgeçirmeye’, ‘caydırmaya’ veya ‘yıldırmaya’ elverişli önlemler, bu serbestî üstünde kısıtlama kabul edilerek, kurucu antlaşma uyarınca yasak sayılacaktır.[500] Böylelikle, diğer serbest dolaşım hükümleri gibi, sermayenin serbest dolaşımı da “geleneksel hukuki gerekçelendirme”ye kavuşmaktadır.[501] Bu bakımdan, malların serbest dolaşımındaki ‘mal’ kavramı gibi ‘sermaye’ kavramı üstüne kurulan ve mal ticaretinin güçleştirilmesi gibi sermaye dolaşımının güçleştirilmesini yasak sayan bir test yerine, [502] kişilerin serbest dolaşımındaki gibi bir kişinin dolaşım serbestîsi hakkını kullanmaktan caydırılması benzeri bir testin tercih edilmesi ilgi çekici görünmektedir. [503]

B. Birlik Vatandaşlığı

ABİHA md. 20 ve 21, md. 18 ile birleşerek vatandaşlık temelinde ayrımcılığı yasaklarken; md. 21 uyarınca serbestînin kısıtlanması yasaktır.[504] Bununla birlikte,

---

[2007] pr. 38. Bkz. **STEINER–WOODS,** s. 388. Buna karşın, bir tahdidin haklı gösterilmesi yönünden, söz gelişi, Birlik içi sermaye dolaşımını haklı gösteremeyecek bir sebep, üçüncü ülkelerle sermaye dolaşımı yönünden bu serbestîyi kısıtlayan bir önlemi haklı gösterebilecektir. Case C-101/05 *A* [2007] pr. 37. Bkz. **USHER, JOHN A.,** “The Evolution of the Free Movement of Capital”, *Fordham International Law Journal*, Cilt: 31, 2008, s. 1567.

[500] Bkz. **STEINER–WOODS,** s. 389.

[501] Bkz. **KRONENBERGER,** s. 123.

[502] Söz gelimi, von Milmowsky’e göre ABİHA md. 63(1)’deki yasaklama, bir önlem “doğrudan ya da dolaylı, fiili ya da potansiyel” olarak sermaye dolaşımını güçleştiriyorsa uygulanmalıdır. **VON MILMOWSKY,** s. 336. Yine, Peers’a göre bir ulusal kural, doğası gereği ülke içi dolaşımı caydırmaktan daha çok ülke dışından gelen sermayenin dolaşımını caydırıyorsa; o kural, sermaye kurallarının kapsamı içinde görülmelidir. **PEERS,** s. 345.

[503] Söz gelimi Ringe’ye göre ihtilaflı önlemin başka üye devletlerden gelen potansiyel yatırımcılar üstünde “yıldırıcı (caydırıcı) etki”ye sahip olup olmadığı belirleyici olmalıdır. **RINGE,** s. 379–380, 403, 409.

[504] Bkz. **BİLGİN, ASLI,** “Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım ve Birlik Yurttaşlığı”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 6, No: 23, 2010 (a), s. 36; **CHALMERS, DAMIAN,** “The Unbearable Heaviness of European Citizenship”, *European Law Review*, Cilt: 31, No: 6, 2006, s. 780; **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 100; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 101. Ayrıca Barnard’a göre buradaki

serbestîyi kısıtlayan önlemler, orantılı olmak koşuluyla, hem kurucu antlaşmadaki istisnalar hem de kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir.[505]

ABİHA md. 21 yönünden serbestînin kısıtlanması yasağı, ilk olarak Jacobs, Geelhoed ve Kokott gibi kimi Hukuk Sözcülerince dile getirilmiştir.[506] Bunlardan Jacobs'a göre md. 21, vatandaşlık temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık bulunmasa bile uygulanacaktır.[507] Dolaşım serbestîsine ilişkin kurucu antlaşma hükümleri, başlangıçta işçiler ile hizmet sunma ya da yerleşme serbestîsini kullananları

---

konunun vatandaşlık olmasından dolayı; mallar ve hizmetlerdeki gibi ticari alanlarda daha çok rastlanan 'pazara erişim' yerine 'kısıtlama' dili buraya daha iyi oturmaktadır. **BARNARD, (2007),** s. 440.

[505] Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 37. Bkz. **CHALMERS,** s. 780; **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 102. Ayrıca bkz. "Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[506] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004]; Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006]; Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006]. Ayrıca, Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'e göre ayrımcılık yapılmaması ve dolaşım serbestîsi birbirinden bağımsız ilkeler olup; her biri kendi içinde değerlendirilebilir. (Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pt. 67.) Üye devlet ülkelerinde vatandaşlar için dolaşım serbestîsi tanınarak Birlik vatandaşlığının yaratılması, bu serbestîyi (ekonomik etkinlik ile olan bağ veya iç pazara erişilmesi gibi) işlevsel ve araçsal unsurlarından ayırarak ve Birlik vatandaşlarının siyasi statüsünün özünde olan gerçekten bağımsız bir hak düzeyine yükselterek hatırı sayılır derecede ileri nitel bir adımı temsil etmektedir. (pt. 82.) Öyleyse, örneğin, bir öğrenciyi bir başka üye devlette öğrenime devam etmekten caydıran önlemlerle öğrencilerin dolaşım serbestîsi kısıtlanmakta veyahut da sınırlanmaktadır. (pt. 109, 110, 124.) Yine Hukuk Sözcüsü Maduro, md. 21 ile ihtilaflı ulusal kurallar arasındaki ilişkiyi ele alırken dolaşım serbestîsini kullanan kişileri bu nedenle dezavantajlı konuma getiren ulusal kuralların md. 21(1) ile her Birlik vatandaşına tanınan serbestîler üstünde bir "kısıtlama" oluşturduğunu ifade etmektedir. Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-499/06 *Nerkowska* [2008] pt. 19. Buna ek olarak Hukuk Sözcüsü Mazák, md. 21(1) uyarınca tanınan dolaşım serbestîsi hakkına bir "engel" olan önlemlerden bahsetmektedir. Opinion of AG Mazák in Case C-33/07 *Jipa* [2008] pt. 35.

[507] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 16, 18.

ilgilendirmekteydi. Bu serbestî, artık md. 21 ile tüm Birlik vatandaşlarına tanınmıştır.[508] Ayrıca, dolaşım serbestîsi, evvela vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ile güvenceye alınmışken; içtihat hukukunda bu serbestîye ilişkin ayrımcı olmayan kısıtlamaların da önüne geçilen tedrici bir genişleme yaşanmıştır. Örneğin, md. 45, açıkça işçiler için dolaşım serbestîsinin vatandaşlık temelindeki ayrımcılığın kaldırılması yoluyla güvenceye alınacağına yer verse bile; kimi ayrımcı olmayan önlemlerin önüne geçeceği biçiminde yorumlanmıştır. Oysa ki, md. 21'in lâfzı, düpedüz ayrımcılık yasağı ile sınırlanmamıştır.[509] Dahası, dolaşım serbestîsi, bir kişinin bir üye devlete girme, orada kalma ve oradan ayrılma hakkı üstündeki kısıtlamaların kaldırılmasından fazlasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan:

> "Böyle bir serbestî, bunu kullanan kişilere yönelik haklı gösterilemeyen yük vazeden her türlü önlem ortadan kaldırılmaksızın sağlanamaz. –Köken üye devletten ayrılma veya oraya dönme ya da Birlik içinde başka bir yerde ikâmet etme veya oraya gitmeyi içerecek biçimde– hangi bağlamdan kaynaklanırsa kaynaklansın, böyle bir yük vaz edilemeyecektir.
>
> Sonuçta … [ABİHA md. 21]'deki sınırlara bağlı olarak, dolaşım veya ikâmet serbestîsi hakkını kullanmaya çalışan herhangi bir Avrupa Birliği vatandaşına yönelik *haklı gösterilemeyen bir yük* vaz edilemeyecektir."[510]

---

[508] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 19.

[509] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 20.

[510] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 21–22. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bir başka davada Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre ilgili kişinin yaşayacağı pratik zorluklar, vatandaşlık temelinde ayrımcılıktan kaynaklanmazken; bu kişinin vatandaş olarak üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkına yönelik açık bir engeldir. Opinion of AG Jacobs in Case C-96/04 *Niebüll* [2006] pt. 54. Sharpston'a göre Divanın *Pusa* kararında ayrımcılık-temelli bir yaklaşım mı; yoksa serbest dolaşıma yönelik engeller temelli bir yaklaşım mı uyguladığı belirsizdir. **SHARPSTON, ELEANOR,** "Citizenship of the Union", **(Eds.) MOSER, PHILIP–SAWYER, KATRINE,** *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, Great Britain, 2008, s. 174. Toner'a göre Hukuk Sözcüsü Jacobs'un *Pusa* davasındaki Görüşü, mantıklıdır ve md. 21,

Hukuk Sözcüsü Geelhoed de, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşımda kısıtlama yasağı görmektedir. Ona göre ABİHA md. 21'in uygulanması için ayrımcılığa gerek yoktur.[511] Bu hüküm, Birlik vatandaşlarına kurucu antlaşma ve ikincil hukuktaki her türlü sınırlama veya koşula tâbi olarak üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkı tanımaktadır. Bu kavramlardan hiçbirisi, yalnızca ayrımcılık hâlinde uygulanacaklarını imâ etmemektedir.[512] Ayrıca, örneğin bu hak işçiler için dolaşım serbestîsi (md. 45) yönünden açıkça ayrımcılık yasağı ile güvenceye alınmışken; ayrımcı olmayan önlemleri de men edecek şekilde yorumlanmıştır.[513] Öyleyse, ayrımcılık yasağına yer vermeksizin dolaşım ve ikâmet etme serbestîsi hakkını düzenleyen md. 21'in yalnızca ayrımcı önlemler söz konusu olduğunda uygulanacağı şeklinde yorumlanmasına gerek yoktur.[514] Burada asıl soru:

> "önlemin Birlik vatandaşlarınca serbestçe dolaşım ve ikâmet etme hakkını kullanımı üstünde herhangi bir kısıtlama vazedip vazetmediği ve eğer vazediyorsa, o kısıtlamanın haklı gösterilip gösterilemediğidir."[515]

Son olarak Hukuk Sözcüsü Kokott, *Tas-Hagen* davasındaki Görüşünde ABİHA md. 21 ile ilgili dolaşım serbestîsinin kısıtlanması başlığı açmaktadır.[516] Ona göre serbest dolaşım hakkını kullanan bir Birlik vatandaşı, md. 18'deki ayrımcılık yapılmaması ilkesine dayanabilecektir.[517] Buna karşın, somut olaydaki ulusal kural,

---

ayrımcılık ötesine geçmeye elverişli bir hükümdür; ancak, Hukuk Sözcüsü Jacobs tarafından belirlenen ve söz konusu maddeyi ihlal edebilecek ayrımcı olmayan önlem türleri, gerçekçi bir denetim mekanizmasından yoksundur. **TONER, (2004b),** s. 297.

[511] Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 104.

[512] Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 105.

[513] Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 106.

[514] Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 107.

[515] Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 108.

[516] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 23, 45, 54. Bu davanın incelemesi için bkz. **YANEVA,** s. 407–418.

[517] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 47.

ilgili kişiler yönünden ne doğrudan ne de dolaylı ayrımcılığa neden olmaktadır.[518] Bununla birlikte, serbest dolaşım hakkını kullanan bir Birlik vatandaşına bu hakkı kullanmamasına göre daha aleyhte muamele edilmesine yol açan düzenlemeler de md. 21 ışığında değerlendirilecektir.[519] Klasik temel serbestîler bakımından Divan sınır aşırı yönü olan ve sadece yerel olan durumların eşit olmayan muamelesini 'kısıtlama' olarak nitelemiştir. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkı da temel serbestîdir. Öyleyse, sınır aşırı durumların daha az lehte muamele görmesi hâlleri, kısıtlama olarak sınıflandırılabilir. O hâlde:

> "bir Birlik vatandaşının diğer üye devletlerde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkını *engelleyen* ya da aksi takdirde serbest dolaşım genel hakkını kullanmaktan Birlik vatandaşlarını *caydırabilecek bir engel* oluşturan tüm önlemler, [ABİHA md. 21(1)] ışığında değerlendirilmelidir."[520]

Divan, serbestînin kısıtlanmasına yönelik ilk tespitlerini *D'Hoop* kararı ile örtülü biçimde yapmıştır.[521] Burada Belçikalı Bayan D'Hoop, 1991 yılında Fransa'da orta öğrenimini ve 1995 yılında Belçika'da üniversiteyi tamamlayarak, 1996 yılında Belçika istihdam ofisinden iş aramaya yardımcı bir ödenek istemiştir.[522] Buna karşın, bu talep, bu kişinin orta öğrenimini bir başka devlette tamamlamasından ötürü reddedilmiştir.[523] Divana göre ihtilaflı ödeneğin Belçika'da orta öğrenim diplomasına bağlı tutulması, "bir başka üye devlette eğitim sürdürmek için dolaşım serbestîsini kullanan belirli

---

[518] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 48.

[519] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 49.

[520] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 50. Hukuk Sözcüsü Kokott, somut olaydaki ulusal kuralı değerlendirirken de "daha az çekici kılmak"tan bahsetmektedir. (pt. 52.)

[521] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002]. Bu kararın incelemesi için bkz. **ILIOPOULOU, ANASTASIA– TONER, HELEN,** "A New Approach to Discrimination against Free Movers?", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 3, 2003, s. 389–397.

[522] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 8–10.

[523] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 11.

vatandaşlarını salt bu nedenle dezavantajlı konuma getirmektedir".[524] Böyle bir "muamele eşitsizliği, Birlik vatandaşlığı statüsünün temelini oluşturan ilkelere aykırı"dır. Buradaki ilke, bir vatandaşın dolaşım serbestîsini kullanırken hukuken aynı muamele göreceği garantisidir.[525] Bununla birlikte, benzer durumlara ilişkin sonraki kararlarında Divan, eşit olmayan muamele yerine "bir üye devletin kimi vatandaşlarının salt bir başka üye devlette dolaşma ve ikâmet etme serbestîsini kullanması nedeniyle o kişileri dezavantajlı konuma getiren ulusal düzenlemeleri"nin yasak olmasına dayanmaktadır.[526]

Buna ilişkin olarak *Grunkin and Paul* kararı ile Divan gözle görülür biçimde ayrımcılık ile serbestînin kısıtlanması incelemesini ayrı ayrı yapmaktadır.[527] Burada Leonhard Matthias, Alman Bay Grunkin ve Bayan Paul'ün çocuğudur. Bu kişi, Almanya vatandaşı olup; doğduğu 1998 yılından bu yana Danimarka'da yaşamaktadır.[528] Bu kişi, Danimarka mevzuatı uyarınca "Grunkin-Paul" soyadını almıştır.[529] Yetkili Alman makamları ise, Alman mevzuatına dayanarak bu kişiyi bu soyadı ile kaydetmeyi reddetmektedir.[530] Divana göre Leonhard Matthias, ilke olarak, hem vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması hakkına ilişkin md. 18 hem de üye devlet ülkelerinde serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkına dair md. 21'e istinat

[524] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 34.

[525] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

[526] Bkz. Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21.

[527] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008]. Bu kararın incelemesi için bkz. **KUBICKI, PHILIPP,** "Kurze Nachlese zur Rechtssache Grunkin-Paul – Art. 18 EG und die Rechtsfolgen eines Verstoßes", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft: 11, 2009, s. 366–369.

[528] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 5.

[529] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 6.

[530] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 7.

edebilecektir.[531] Bununla birlikte, md. 18 ile ilgili olarak, burada vatandaşlık temelinde ayrımcılık bulunmamaktadır.[532] Md. 21 ile ilgili olarak ise:

> "Bir üye devletin kimi vatandaşlarının salt bir başka üye devlette dolaşma ve ikâmet etme serbestîsini kullanması nedeniyle o kişileri dezavantajlı konuma getiren ulusal düzenlemeler, [md. 21(1)] ile tüm Birlik vatandaşlarına tanınan serbestîler üstünde kısıtlama oluşturmaktadır."[533]

Bir kişinin doğduğu ve ikâmet ettiği üye devlette verilen ve kaydedilenden farklı bir soyadını vatandaşı olduğu üye devlette kullanmaya zorlanması, üye devlet ülkelerinde "serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkının kullanımını *zorlaştırmaya elverişli*"dir.[534] "Dolaşım serbestîsine ilişkin ciddi bir güçlük"ten kaynaklanan böyle bir "engel", yalnızca nesnel mülahazalara dayalı ve güdülen meşru amaç ile orantılı ise haklı gösterilebilecektir.[535]

Bu konuda aydınlatıcı bir başka karar *Morgan and Bucher* kararıdır.[536] Burada Alman Bayan Morgan ve Bücher, Almanya dışındaki bir üniversitede eğitim almak adına burs talebinde bulunmuştur.[537] Bununla birlikte, bu tür bir burs, ancak ilk sene Almanya'da eğitim görülür veya Almanya'daki yerleşik ikâmetgahından günlük

---

[531] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 18.

[532] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 19–20.

[533] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21. Bkz. Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 35.

[534] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 22. (*Vurgu* eklenmiştir.) Örnek olarak, *Nerkowska* davasında savaş veya baskının sivil mağdurları için bir maluliyet aylığı tesis edilmiştir. Bu aylık, ancak alıcılar Polonya'da ikâmet ediyorsa ödenmektedir. Bu şart, ilgili Polonya vatandaşlarını diğer üye devletlerde "dolaşma ve ikâmet etme serbestîlerini kullanmaktan *caydırmaya elverişli*"dir. (Case C-499/06 *Nerkowska* [2008] pr. 33. (*Vurgu* eklenmiştir.)) Benzer bir tespit için bkz. Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 36.

[535] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 29.

[536] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007]. Bu kararın incelemesi için bkz. **DOUGAN, (2008a),** s. 723–738.

[537] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 2.

gidilebilecek bir yerde eğitime başlanır ise verilmektedir.[538] İlgili ulusal makamlara göre söz konusu kişiler, bu koşulları taşımamaktadır.[539] Divana göre bir üye devlet vatandaşı, köken devletinin düzenlemeleri uyarınca bir başka üye devlette kalmasının önüne konulan engeller ile Birlik vatandaşları için dolaşım serbestîsine yönelik kurucu antlaşmaca sunulan imkânlardan yararlanmaktan caydırılırsa, bu imkânlar tam olarak etkili olamaz.[540] Bundan dolayı, bir üye devlet, bir başka üye devlette eğitime devam eden öğrencilere yönelik eğitim ya da staj bursuna ilişkin bir sistem sağlarsa, bu bursun alınmasına dair ayrıntılı kuralların üye devlet ülkelerinde dolaşma ve ikâmet etme hakkına "haklı gösterilemeyen kısıtlama" yaratmamasını temin etmelidir.[541] Ayrıca, Almanya, her ne kadar ilgili ilk sene burada eğitim görme koşulunun kısıtlayıcı etkisinin "fazla belirsiz ya da fazla önemsiz" olduğunu ileri sürse bile; özellikle finansal kaynakları sınırlı olan kişiler yönünden bu niteleme kabul görmemektedir.[542] Öyleyse, burada, kamu çıkarına ilişkin nesnel mülahazalar ve orantılılık ilkesi ışığında haklı gösterilmedikçe, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hakkına yönelik kısıtlama bulunmaktadır.[543]

Sonuç olarak, ABİHA md. 21, serbestînin kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Peki, buradaki kısıtlama ile ne kast edilmektedir? Bu noktada, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin içtihat hukuku ile kıyas yapılmalıdır. Buna göre, bir yandan köken devlet, md. 21 uyarınca bir kişinin salt "dolaşma ve ikâmet etme serbestîsini kullanması nedeniyle" o kişiyi "dezavantajlı konuma getiren"[544] veya bir başka üye devlette kalmasının önüne

[538] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 9, 14.

[539] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 9, 14.

[540] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 26.

[541] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 28.

[542] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 32. Krş. "B. Yükün Etkisinin Boyutu ve Uzaklığı", s. 308.

[543] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 33.

[544] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21. Krş. Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58.

"engel koyan" ya da onu dolaşım serbestîsi hakkını kullanmaktan "caydıran"[545] önlem alamayacaktır. Öyleyse, serbest dolaşmış veya dolaşmak isteyen kişilere yönelik ayrımcılık yapılmamalıdır. Bir başka ifadeyle, salt yerel olan ile sınır-aşırı bir unsur taşıyan vakaların eşit olmayan muamele görmesi, 'kısıtlama' olarak nitelenecektir.[546] Zira, eşit muamele ilkesi, Birlik vatandaşlığı statüsünün temeli olarak kabul edilmektedir.[547] Bu çizgideki 'kısıtlama' yasağı, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma dair bugüne kadarki Divan kararlarını da açıklamaktadır. Buna karşın, diğer çizgideki pazara erişim odaklı –bir kişinin dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli her türlü önleme dair– yasak ise,[548] her ne kadar buna yönelik Hukuk Sözcüsü Görüşleri olsa da; Birlik vatandaşlığı alanına henüz aktarılmamıştır.[549]

Bununla birlikte, serbestînin kısıtlanmasına yönelik daha geniş bir yasağa ilişkin kriter teklifleri, doktrinde de dile getirilmektedir.[550] Örneğin, Somek'e göre *Gebhard* ve *Bosman* kararlarının ruhuyla ABİHA md. 21, salt ulusal düzenlemeler arasındaki farklılıktan kaynaklansa bile; yerel kural, yabancı ülkeye erişimi o ülkenin kendi vatandaşına kıyasla daha meşakkatli yaptığı andan itibaren alakalı hâle gelir biçiminde yorumlanacaktır.[551] Yine Hailbronner'e göre çeşitli tavırlar ile Birlik vatandaşlarının

---

[545] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 26. Krş. Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34; Case C-542/08 *Barth* [2010] pr. 39, 40.

[546] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 50. Bkz. **ILIOPOULOU–TONER, (2003),** s. 394.

[547] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

[548] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19.

[549] Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 21–22; Opinion of AG Geelhoed in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pt. 108. Barnard'a göre ise *Tas-Hagen* kararı ile *Säger* kararındaki "kısıtlama" testi, vatandaşların serbest dolaşımı alanına aktarılmıştır. **BARNARD, (2009),** s. 592. Bkz. Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 30; Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12.

[550] Toner'a ait benzer bir görüş için bkz. s. 190. Ayrıca bkz. **TONER, (2004b),** s. 293–295.

[551] **SOMEK,** s. 794.

serbest dolaşımını kayda değer biçimde güçleştirmeye ya da kısıtlamaya elverişli ayrımcı olmayan kısıtlamalar, serbest dolaşım uyarınca yasak sayılmalıdır.[552]

Peki, ABİHA md. 21 uyarınca Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı, köken devlet temelli kısıtlama yaklaşımından sıyrılarak, bundan çok daha geniş bir hâl almalı mıdır? Konuyla ilgili olarak, lehte ve aleyhte argümanlar ileri sürülebilir. Lehe olan argümanlar açısından ilk olarak, kişilerin serbest dolaşımı ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki genel hüküm – özel hüküm ilişkisinden hareket edilebilir. Burada, Divana göre Birlik vatandaşlarının üye devlet ülkelerinde dolaşma ve ikâmet etme hakkına genel terimlerle yer veren md. 21, söz gelimi yerleşme serbestîsi yönünden md. 49 ve işçilerin serbest dolaşımı yönünden de md. 45'te spesifik ifadesini bulmaktadır.[553] Bir başka ifadeyle, md. 21'den kaynaklanan bütün haklar, md. 45, 49 ve 56'da spesifik ifadesini bulmaktadır.[554] Öyleyse, bu hükümler aynı hakları içerirken; salt kişi bakımından kapsam yönünden md. 45 (işçi), 49 (serbest çalışan) ve 56 (hizmet sunan ve alıcısı), md. 21'e (Birlik vatandaşı) göre özel hüküm oluşturmaktadır. O hâlde, md. 21, kural olarak, dolaşım serbestîsinin uygulanması yönünden md. 45, 49 ve 56'dan farklı olmamalıdır. Bu bakımdan, her bir hükmün lâfzından hareket edilirse, md. 21'in ekonomik serbest dolaşım hükümleri ile benzer bir şekilde işlemesini beklemek mazur görülmelidir.[555]

İkinci olarak, Divan, temel serbestîlere yönelik tek bir formül üzerinde durmaktadır. Söz gelimi, *Gebhard* kararı uyarınca 'bir temel serbestînin' kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli önlemler, ilke olarak, kurucu

[552] **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 101.

[553] Case C-104/06 *Commission v Sweden* [2007] pr. 15; Case C-318/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 35.

[554] Bkz. Opinion of AG Bot in Case C-152/05 *Commission v Germany* [2008] pr. 77.

[555] Bkz. **DOUGAN, (2006),** s. 620. Ayrıca bkz. **ARNULL,** s. 530. Davies'e göre ekonomik aktörlere tanınan haklar, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım ve ayrımcılık yapmamaya bağlı iken; vatandaşlar yönünden de bu haklara yer verilmesinden ötürü buna bağlı diğer haklar da bunu takip edecektir. **DAVIES, G., (2003a),** s. 121.

antlaşma ile uyumsuzdur.[556] Buna ek olarak, Divana göre ABİHA md. 21'deki serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, temel bir serbestî olarak nitelenmektedir.[557] Öyleyse, bir temel serbestî olarak Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı açısından da bu hakkın "kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli" önlemler yasak sayılmalıdır.

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığına atfedilen önem, kısıtlamanın geniş yorumuna bir destektir. Bu açıdan, Divana göre Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlarının 'temel statüsü' olacaktır.[558] Yine, Birlik karar alıcıları, kişilerin serbest dolaşımını Birlik vatandaşlığı temelinde yeniden düzenlemiştir.[559] Buna yönelik olarak Kokott'a göre tam olgunlaşmış bir temel serbestîye dönüşebilmek için AB vatandaşlarının serbest dolaşım hakkı, diğer dört temel serbestî gibi kısıtlamaların yasaklandığı bir aşamaya ulaşmalıdır. Bu yönden bir kısıtlama, temel serbestîlerin kullanımını güçleştiren veya daha az çekici hâle getiren ulusal önlemlerdir. Birlik vatandaşlığı yönünden de kimi koşullar altında ayrımcı olmayan önlemleri yasak sayan ve serbest dolaşım ve ikâmet hakkını diğer temel serbestîler ile aynı hizaya getiren uyumlaştırılmış bir yaklaşım, Divanca benimsenen Birlik vatandaşlığının 'temel statüsü' ve yeni AB vatandaşlık Direktifi ile örtüşmektedir.[560]

Dördüncü olarak; vatandaşlık kavramı, temel haklar ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanı bir arada ele alınarak, tahdit kriterine yönelik daha geniş bir yaklaşım

---

[556] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Bu formül, işçiler ve hizmetlerin serbest dolaşımına aktarılırken; sermayenin serbest dolaşımına da aktarılmak istenmiştir. Sırasıyla bkz. Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19; Opinion of AG Mazák in Case C-451/05 *ELISA* [2007] pt. 77.

[557] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 23; Case C-544/07 *Rüffler* [2009] pr. 63.

[558] Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] pr. 31.

[559] **2004/38 sayılı Direktif**.

[560] **KOKOTT, JULIANE,** "EU Citizenship–Citoyens Sans Frontières?", European Law Lecture, *Durham European Law Institute Online Paper*, 2005, s. 9.

savunulabilir.[561] Buna göre Birlik vatandaşlığı, tüm temel haklar açısından gerçek bir temel hâline gelecekse, o zaman buradaki tahdit kriteri ayrımcılık yasağından kurtulmalıdır.[562] Zira, dolaşım serbestîsine yönelik engeller yaklaşımı ile Birlik hukukunun kapsamı içinde kalan durumlar artarken; temel haklar da uygulanabilir hâle gelecektir. Ayrıca, nasıl ki iç pazar serbestîleri yönünden bir iç pazar tesisi amacı referans noktası oluyor ve burada pazara erişime yönelik engeller bertaraf edilmek isteniyorsa; Birlik vatandaşlığı yönünden de adalet, özgürlük ve güvenlik alanının yaratılması hedefi, dolaşıma yönelik engellerin kaldırılmasını gerektirir biçimde yorumlanabilmelidir.[563]

Aleyhe olan argümanlar açısından ilk olarak, kişiler ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki farklılık öne çıkarılabilir. Buna göre ilk kategori, ekonomik olarak etkin kişilerle ilgili iken; ikinci kategori, ekonomik etkinlik yürütmeyen kişilerle ilgilidir. Buna koşut olarak, ilk kategorideki serbest dolaşımlar, iç pazarın tesisi ve işleyişi ile ilgili iken; Birlik vatandaşlığı açısından bununla kıyaslanabilecek bir hedef yoktur. LA, her ne kadar kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı ve iç sınırları olmayan bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanının Birlik vatandaşlarına sunulmasından bahsetse bile; bu kavram, iç pazar gibi oturmuş bir kavram veya alan değildir. Öyleyse, iç pazardaki serbest dolaşımlar yönünden serbestînin kısıtlanması, aslen, pazara erişimin sağlanması ile ilgili iken; Birlik vatandaşları yönünden bununla kıyaslanabilecek bir alana erişimden henüz bahsedilemeyecektir.

İkinci olarak ise, serbestînin kısıtlanması yasağının genişletilmesi, kimi sorunları beraberinde getirecektir. Bir kere bu yaklaşım, ekonomik serbest dolaşımlar yönünden hâlen tartışmalıdır. Dahası, iç pazardaki serbest dolaşımlarda söz konusu yasaklama, en nihayetinde pazara erişim ile bağlantılı önlemleri içermektedir. Oysa ki, Birlik vatandaşlığına dair dolaşım serbestîsinin etki sahası, herhangi bir ekonomik arka planın

[561] **Conclusions of the Presidency**–Brussels, December 10–11, 2009, pt. 27.

[562] Bkz. **BESSON–UTZINGER,** s. 584. Bkz. "D. Temel Haklar", s. 293.

[563] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(2). Bkz. "c. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", s. 53.

yokluğunda 'neredeyse sınırsız' veya 'çok geniş' bir alana yayılacaktır.[564] Öyleyse, burada daha az kapsayıcı bir test tercih edilmelidir; zira aksi hâlde, her türlü ulusal önlem, "dolaşıma erişim" gibi aşırı bir teste tâbi tutulması nedeniyle kısıtlama görülerek haklı gösterilmesi gerekecektir.[565] Bu da, üye devletlerdeki düzenleyici yetki oldukça daralırken; Birlikteki merkezileşme seviyesinin buna koşut olarak hızlıca artmasına ve yasama ve yürütmenin etkinliklerinin gittikçe daha fazla bir biçimde yargının denetiminden geçmesine sebebiyet verecektir. İşte bu nedenlerle, serbestînin kısıtlanması yasağına dair böyle bir genişletme hakkında iyi düşünerek yola çıkılmalıdır.[566]

Sonuç olarak, ABİHA md. 21 ile köken devlet temelli kısıtlama yaklaşımından sıyrılarak, daha geniş bir kritere geçilmesi olası olmakla birlikte; şu an için tercih edilir durmamaktadır.

4. Serbestîlerin Tahdit Edilmesi ile ilgili Birtakım Saptamalar

İşte bu anahatları ile değinilen 'serbest dolaşım'a ait gelişim, kimi sorulara neden olmaktadır. Buna göre, örneğin, serbest dolaşımlar arasında bir uyum olup olmadığı ve böyle bir uyumun uygun olup olmadığı ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden iç pazardaki serbest dolaşımlara benzer bir gelişimin yaşanıp yaşanmayacağı ve bunun uygun olup olmayacağı soruları yöneltilebilir. Öyleyse, bir yandan iç pazardaki serbest dolaşım arasındaki uyum ve uyumsuzluklar; öte yandan iç pazar serbestîleri ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki uyum ve

[564] İlk ifade için bkz. **KUBICKI,** s. 367–368. İkinci ifade için bkz. **SPAVENTA, (2008),** s. 23, 25. Ayrıca bkz. **ILIOPOULOU–TONER, (2002),** s. 616.

[565] Bkz. **SPAVENTA, (2008),** s. 23. Kubicki'ye göre hem md. 21'in neredeyse sınırsız uygulama alanı hem de müdahale düzeyinde –*Keck* formülüne benzeyen– bir sınırlandırıcı kriterin yokluğu neticesinde sadece bir sınıraşırı an bulunur bulunmaz ulusal hukuka ait bütün konular kendiliğinden bir haklı gösterme mecburiyeti ile karşı karşıya kalacaktır. **KUBICKI,** s. 367–368.

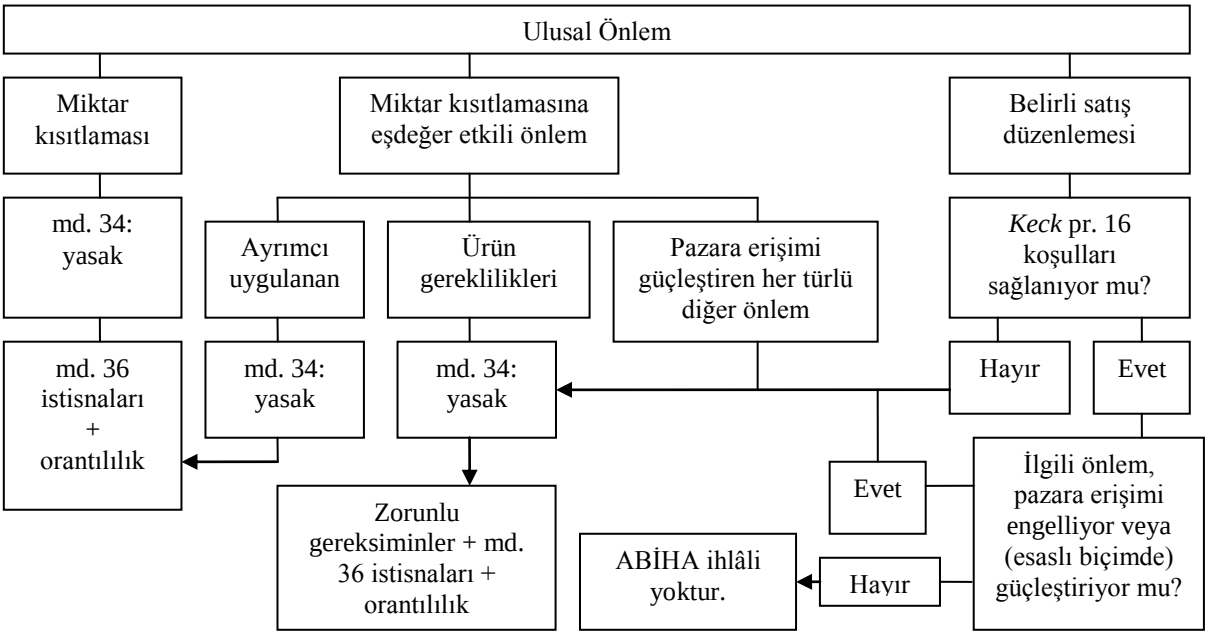
[566] Bkz. **ILIOPOULOU–TONER, (2002),** s. 616–617.

uyumsuzluklar belirlenmeye ihtiyaç göstermektedir. Böylelikle, serbest dolaşım altında tek bir mantık yatıp yatmadığı ve serbestîler arasındaki etkileşim görünür kılınacaktır.

A. Tarihi Bakış Açısıyla Gelişim

Dolaşım serbestîsine ilişkin içtihat hukukunun gelişim çizgisi, kısaca, şu şekilde ifade edilebilir. Bir kere, her serbestî, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı vaz etmektedir. 1970'li yıllar ile birlikte ilkin malların serbest dolaşımı, ayrımcılık temelinden serbestînin kısıtlanması temeline kaymıştır. 1990'lı yıllarda ise, serbestînin kısıtlanması yaklaşımı kişiler ve hizmetler alanına aktarılırken; mallara yönelik olarak 'ürün gereklilikleri' ile 'belirli satış düzenlemeleri' arasında ayrıma gidilerek 'ayrımcılık'a vurgu yapılmıştır. Yine 1990'lı yıllarda MA, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım ve ikâmet hakkı getirerek; sermayenin serbest dolaşımını diğer serbestîlerle aynı lâfza tâbi tutmuştur. Bunu takiben, 2000'li yıllar ile birlikte sermayenin serbest dolaşımı, serbestînin kısıtlanması yaklaşımına ilerlerken; Birlik vatandaşlığı yönünden de bu tür bir eğilime rastlanmaktadır. Yine, aynı yıllar ile birlikte malların serbest dolaşımı da yeniden serbestînin kısıtlanmasına odaklanmaktadır.

Şekil 12: Malların Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme[567]



[567] Bu Şekil **BARNARD, (2010),** s. 142'den alınmıştır. *Keck* pr. 16 uyarınca bir önlem, etkilenen tüm tacirlere uygulanıyorsa ve hukuken ve fiilen aynı etkiye sahipse md. 34'ü ihlal etmeyecektir.

Bu gelişim çizgisi, her serbestî yönünden ayrı ayrı ele alınır ise, ilk olarak, malların serbest dolaşımına değinmek gerekecektir.[568] Divan, ilk kez bu alanda ayrımcılık yasağının ötesine geçerek, aynı biçimde uygulanan kimi önlemleri Birlik hukuku uyarınca kural olarak yasak saymıştır. Buna ilişkin *Dassonville* ve *Cassis de Dijon* kararları uyarınca "[Birlik] içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştiren önlemler", Birlik içindeki dolaşıma engel oluşturup; zorunlu gereksinimler ile haklı gösterilmedikçe yasaktır.[569] Bununla beraber, Divan, bu formülasyonun etki sahasının genişliğinin uygulamada kimi problemlere neden olmasından ötürü, *Keck* kararı ile bu formülün sınırlarını belirginleştirmek niyetiyle 'belirli satış düzenlemeleri' kategorisi getirmiştir. Bu kategorideki önlemler, "ülke içinde iş yapan ilgili tüm tacirlere uygulanıyor ve yerli ürünlerle diğer üye devletlerden gelen ürünlerin pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkiliyorsa", ABİHA md. 34 ihlâl edilmeyecektir.[570] İşte bu tespit, kısıtlama yaklaşımından ayrımcılık yaklaşımına kayma olarak görülmüştür.[571] Buna karşın, burada, bu kategoriden ziyade, böyle bir kategorik ayrıma gidilmesinin amacı önem taşımaktadır: Bu tür düzenlemeler, ithal "ürünlerin pazara erişiminin önüne geçen veya yerli ürünlerin pazara erişimine mâni olunmasından daha fazla bu ürünlerin pazara erişimine mâni olmayan niteliktedir".[572] Öyleyse, her ne şekilde nitelenirse nitelensin, ulusal önlem ile md. 34 arasındaki ilişki incelenirken "pazara erişimi güvenceye almak" esastır.[573] Kaldı ki, Divan 2009 yılındaki *Commission v Italy* kararı ile bu alandaki yerleşik içtihat hukukunu şu şekilde ortaya koymaktadır: Md. 34, ayrımcılık yapılmaması ve karşılıklı

[568] Bkz. "Şekil 12: Malların Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme", s. 273.

[569] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5; Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8.

[570] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 16.

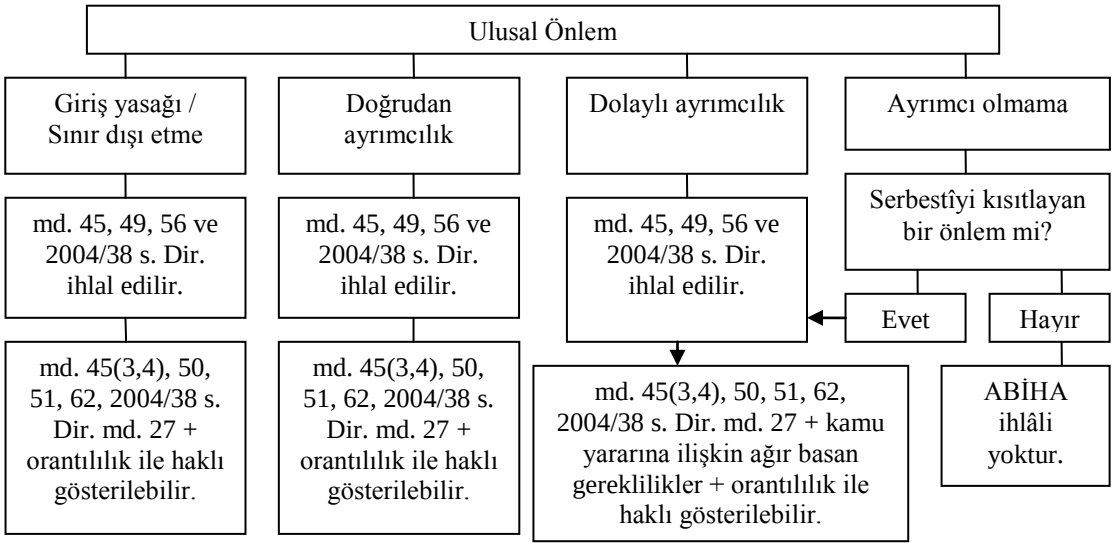
[571] Bkz. **DAVIES, G., (2003b),** s. 65.

[572] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 17.

[573] Konuyla ilgili detaylar için bkz. dn. 334 s. 232.

tanıma ilkelerinin yanı sıra "[Birlik] ürünlerinin ulusal pazarlara serbestçe erişimini sağlama ilkesine saygı gösterilmesi yükümlülüğünü yansıtmaktadır".[574]

Şekil 13: Kişilerin Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme[575]



Mallar alanındaki pazara erişim yönelimli uygulama, daha sonra kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımı alanını etkilemiştir.[576] Divan; *Bosman, Gebhard* ve *Säger* kararları ile serbestînin kısıtlanması yaklaşımına geçerken;[577] öz olarak serbestînin kullanımını "zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli" önlemleri kural

[574] Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34.

[575] Bu Şekil **BARNARD, (2010),** s. 244'ten alınmıştır. Burada, serbestîyi kısıtlayan önlemler ile "pazara erişimi engelleyen veya esaslı biçimde güçleştiren", "dolaşım serbestîsinin kullanmasını zorlaştıran veya daha az çekici kılan", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak üzere köken devletten ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmasından ötürü bir kişiyi dezavantajlı konuma getiren"ler kastedilmektedir.

[576] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 594, 704; **OLIVER–ROTH,** s. 414–415; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 172; **TESAURO,** s. 7–10, 15; **VAN DER MEI, (2003),** s. 77; **VAN GERVEN, (1996),** s. 218. Bkz. "Şekil 13: Kişilerin Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme", s. 275.

[577] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 99, 100; Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12. O'Neill'e göre *Bosman*, *Gebhard* ve *Säger* kararları, aynı yaklaşımı –makul olma kuralı– sergilemektedir. **O'NEILL,** s. 112–113. Ayrıca bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 707.

olarak Birlik hukukuna aykırı kabul etmiştir.[578] Serbestînin kısıtlanması yaklaşımı, kişilerin serbest dolaşımına tatbik edilince; *Keck* kararındaki kategorik ayrımın bir benzeri bu alana aktarılmak istenmiştir.[579] Buna karşın Divana göre bu alanlarda bu tür bir ayrıma gitmeye gerek yoktur; çünkü bu alandaki serbestîyi kısıtlayan önlemler, hâlihazırda "istihdam pazarına erişimi doğrudan etkilemekte" veya "pazara erişimi etkilemekte" olup; bu nedenle belirli satış düzenlemesi kategorisinden ayrılmaktadır.[580] Öyleyse, bu alanlardaki serbestînin kısıtlanması yasağı, tıpkı malların serbest dolaşımındaki gibi pazara erişimi esas almaktadır.[581] Bir başka ifadeyle, her ne kadar mallar ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden farklı formülasyonlar kullanılıyorsa bile; her bir serbestî türü, aynı mantık –iç pazar– ile hareket etmekte ve ilkesel olarak aynı etki sahasını işaret etmektedir: Bir önlem, pazara erişimi engelliyor veya esaslı biçimde güçleştiriyorsa veya serbestînin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ise, kural olarak, Birlik hukukuna aykırıdır.[582]

Kişilerin serbest dolaşımı, serbestînin kısıtlanması yönünden köken devlete yönelik bir başka kritere de sahiptir. Buna göre ekonomik olarak etkin kişi, salt dolaşım serbestîsi hakkını kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getirilmemeli veya bu

---

[578] Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19.

[579] *Keck* kararı, kimilerine göre kişilerin serbest dolaşımına aktarılabilir iken; kimilerine göre aktarılabilir değildir. Sırasıyla bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 793; **O'NEILL,** s. 118. **BARNARD, (2001),** s. 42; **TESAURO,** s. 7.

[580] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 103; Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 36–38. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 630; **PLENDER,** s. 574; **SHAW–*et.al.*,** s. 302; **TRIDIMAS, (2007),** s. 206.

[581] Bkz. **CONNOR,** s. 205; **TRIDIMAS, (2007),** s. 206. ABİHA md. 45 ile ilgili olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 705. Md. 49 ile ilgili olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 770; **BARNARD, (2010),** s. 355. Md. 56 ile ilgili olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 791; **BARNARD, (2010),** s. 355.

[582] Buna karşın, Hukuk Sözcüsü Poaires Maduro'ya göre mallar ile kişilerin serbest dolaşımı arasındaki yaklaşım farkı içtihat hukukundaki tutarlılık konusunda sorun yaratmaktadır. Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pt. 33.

hakkı kullanmaktan alıkonulmamalı ya da caydırılmamalıdır.[583] Bu hâl, esasen, serbest dolaşan kişilere yönelik, sırf bu hasletleri nedeniyle yapılan bir ayrımcılık veya eşit muamele ilkesine aykırılık sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, Divan, burada böyle bir dil kullanmak, yani serbest dolaşanlara veya dolaşmışlara yönelik ayrımcılık yasağı veyahut da bu kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesinin ihlâli üstünde durmak yerine serbestîye yönelik bir engel veya kısıtlamadan bahsetmeyi tercih etmektedir.

Sermayenin serbest dolaşımı ise, malların ve kişilerin serbest dolaşımındaki pazara erişim yönelimli uygulamayı aynen benimsemiştir.[584] Buna göre esasen, bir kişiyi sermayenin dolaşım serbestîsinin kullanımından 'vazgeçirmeye', 'caydırmaya' veya 'yıldırmaya' elverişli önlemler, bu serbestî üstünde kısıtlama kabul edilerek, kurucu antlaşma uyarınca yasak sayılacaktır.[585] Aynen kişiler alanındaki gibi, serbestînin kısıtlanması yasağı sermayenin serbest dolaşımına yansıtılınca *Keck* kararı benzeri bir oluşum da bu alana aktarılmak istenmiştir.[586] Buna karşın, Divana göre bu alanda da bu tür bir ayrıma gitmeye gerek yoktur; zira buradaki önlemler hâlihazırda "pazara erişimi etkilemekte" olup, bu nedenle belirli satış düzenlemesi kategorisinden ayrılmaktadır.[587] Öyleyse; mallar, kişiler, hizmetler ve sermayenin serbest dolaşımında farklı formülasyonlar olsa bile; iç pazar mantığı ile hareket eden bu serbestîler ilkesel olarak aynı etki sahasına sahiptir: Bir önlem, pazara erişimi engelliyor veya esaslı biçimde güçleştiriyorsa veya serbestînin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ise, kural olarak, Birlik hukukuna aykırıdır.

---

[583] Bkz. **PLENDER,** s. 572, 574, 575; Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58.

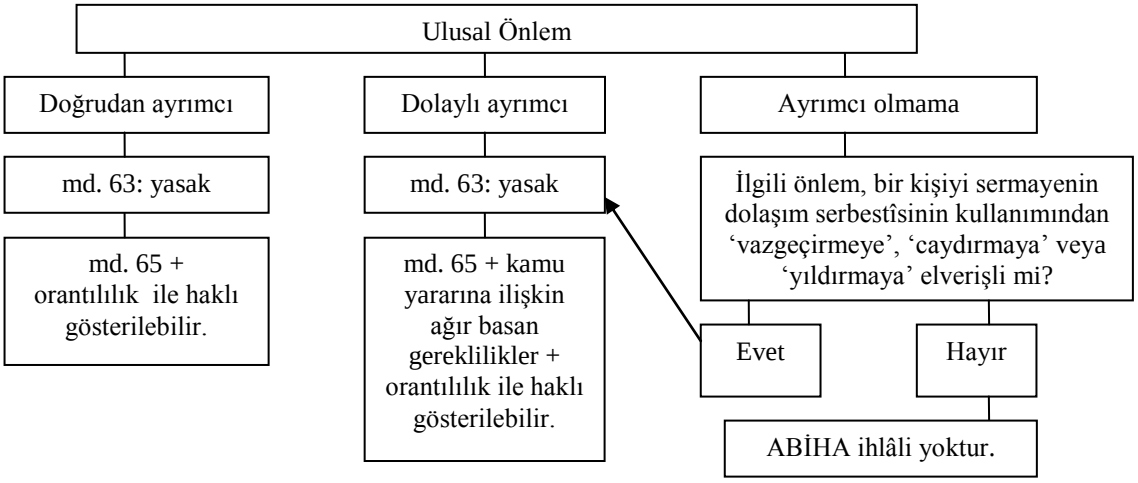
[584] Sermayenin serbest dolaşımı ile diğer serbestîlere yönelik testler arasındaki uyum için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 567–569; **SPAVENTA, (2004),** s. 751. Bkz. "Şekil 14: Sermayenin Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme", s. 278.

[585] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 44–45.

[586] Bkz. dn. "579", s. 276.

[587] Case C-98/01 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2003] pr. 47.

Şekil 14: Sermayenin Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme[588]



Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ise, şimdilik, yalnızca kişilerin serbest dolaşımındaki köken devlete ilişkin kısıtlama dilinden etkilenmiş gözükmektedir.[589] Bir kere, buradaki serbest dolaşım, tutuk bir dönemin ardından bilhassa ayrımcılık yasağı yönü ile Birlik hukukunda etki doğurmuştur. Bunun yanı sıra, artık "bir üye devletin kimi vatandaşlarının salt bir başka üye devlette dolaşma ve ikâmet etme serbestîsini kullanması nedeniyle o kişileri dezavantajlı konuma getiren ulusal düzenlemeler, [md. 21(1)] ile tüm Birlik vatandaşlarına tanınan serbestîler üstünde bir kısıtlama" teşkil etmektedir.[590] Yine, Birlik vatandaşının bir başka üye devlette kalmasının önüne "engel koyan" ya da onu dolaşım serbestîsi hakkını kullanmaktan "caydıran" önlemler, Birlik hukukuna aykırıdır.[591] Dahası, son yıllarda dolaşım serbestîsinin kullanılmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli önlemleri içeren bir formülasyona

[588] Bu Şekil, esas olarak, **BARNARD, (2010),** s. 570'ten alınmıştır.

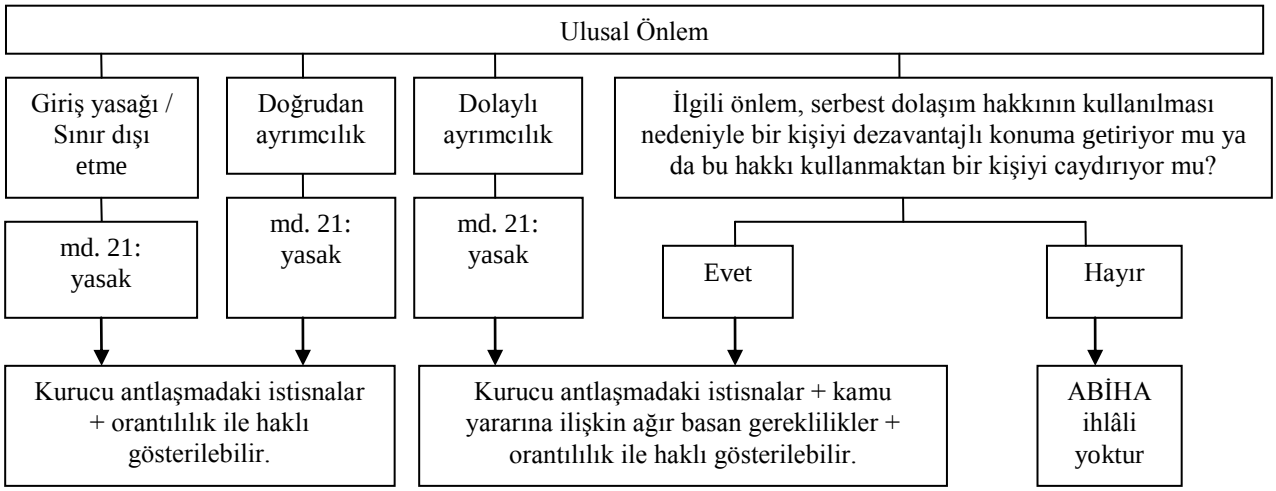
[589] Bkz. "Şekil 15: Birlik Vatandaşlarının Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme", s. 279. Ayrıca bkz. **ILIOPOULOU–TONER, (2003),** s. 391–392.

[590] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21.

[591] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 26.

doğru ilerlemenin izleri de görülebilmektedir.[592] Buna karşın, bu yönde açık bir karara henüz rastlanmamaktadır.

Şekil 15: Birlik Vatandaşlarının Serbest Dolaşımında Tahdit ve Haklı Gösterme[593]



B. Adalet Divanının Serbestînin Tahdit Edilmesine Yönelik Farklı Yaklaşımları

Adalet Divanı, bir serbestînin etki sahasını –bir önlemin serbestîler ile çatışma içinde olup olmadığını– belirlerken bazı davalarda üç ve bazı davalarda iki aşamadan oluşan farklı yaklaşımlar sergilemektedir.[594] Üç aşamalı yaklaşım şu şekilde belirtilebilir:[595] İlgili önlem, ayrımcılık ve serbestînin kısıtlanması yönüyle ayrı ayrı ele alınır; ardı sıra, ilgili serbestî hükmünün ihlâl edilip edilmediği belirlenir; eğer bir ihlâl söz konusu ise, haklı gösterilip gösterilemeyeceği ele alınır. İki aşamalı yaklaşımsa şu şekilde belirtilebilir:[596] Bir önlemin pazara erişime yönelik engel veya esaslı biçimde

[592] Hatta bu formülasyon üye devletlerce kullanılmıştır. Bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pt. 75. Ayrıca bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-148/02 *Avello* [2003] pt. 65.

[593] Bu Şekil, esas olarak, **BARNARD, (2010),** s. 448'den alınmıştır.

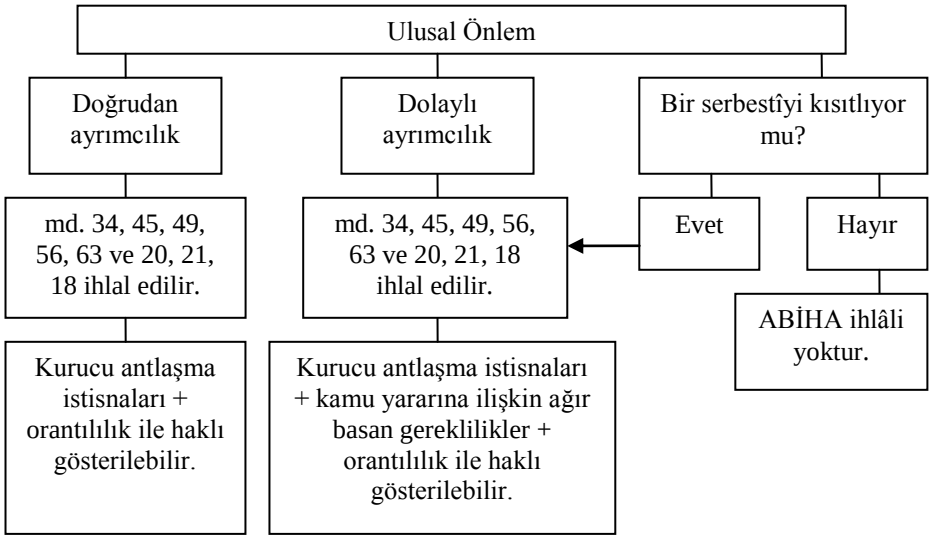
[594] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 103–104, 253.

[595] Bkz. "Şekil 16: Serbestî Hükümlerine Ait Bütünsel Yaklaşım I", s. 280. Örnek olarak bkz. Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 14, 18; Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 21.

[596] Bkz. "Şekil 17: Serbestî Hükümlerine Ait Bütünsel Yaklaşım II", s. 281. Örnek olarak bkz. Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 15.

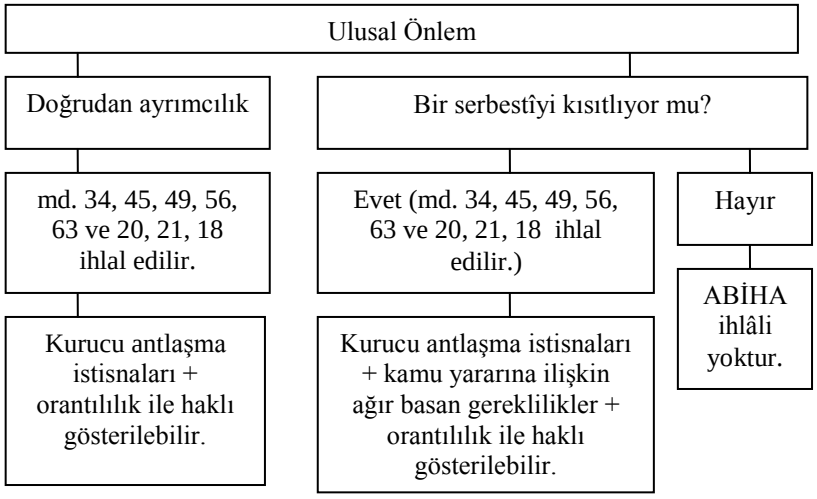
güçleştirme mi ya da serbestîye yönelik bir kısıtlama veya engel mi olduğu belirlenir; ardından, yerine göre haklı gösterilip gösterilemeyeceği karara bağlanır.

Şekil 16: Serbestî Hükümlerine Ait Bütünsel Yaklaşım I[597]



[597] Burada, serbestîyi kısıtlayan önlemler ile "pazara erişimi engelleyen veya esaslı biçimde güçleştiren", "dolaşım serbestîsinin kullanmasını zorlaştıran veya daha az çekici kılan", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak üzere köken devletten ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmasından ötürü bir kişiyi dezavantajlı konuma getiren"ler kastedilmektedir.

Şekil 17: Serbestî Hükümlerine Ait Bütünsel Yaklaşım II[598]



Adalet Divanı kararlarındaki bu yaklaşım farkı, bazı özellikler ihtiva etmektedir. Bir kere, üç aşamalı yaklaşım, esasen 'ayrımcılık' dili kullanırken; iki aşamalı yaklaşım, 'kısıtlama' ya da 'engel' dili kullanmaktadır.[599] İki aşamalı yaklaşım, amaçsal ve pazara (dolaşıma) erişim odaklı bir yaklaşımdır.[600] Ayrıca, Divan kararlarında kimi zaman ayrımcı olan ve olmayan önlemler arasındaki çizgi net değildir.[601] Kimi zaman ise, dolaylı ayrımcı olan ve serbestîyi kısıtlayan önlemler arasındaki çizgi her zaman belirgin bulunmamaktadır.[602] Bu açıdan, 'dolaylı ayrımcılık' ile 'kısıtlamalar' arasında

[598] Örnek olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 378, 573. Burada, serbestîyi kısıtlayan önlemler ile "pazara erişimi engelleyen veya esaslı biçimde güçleştiren", "dolaşım serbestîsinin kullanmasını zorlaştıran veya daha az çekici kılan", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmak üzere köken devletten ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran", "dolaşım serbestîsi hakkını kullanmasından ötürü bir kişiyi dezavantajlı konuma getiren"ler kastedilmektedir.

[599] Kısıtlama ve engel, birbiri yerine geçecek biçimde kullanılmaktadır. **CONNOR,** s. 168.

[600] Bkz. **GUILD, (2001),** s. 58; **SHAW–*et.al.*,** s. 302.

[601] Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 125; **STEINER–*et. al.*,** s. 379; **VAN DER MEI, (2003),** s. 79.

[602] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 771–772; **DAVIES, G., (2003a),** s. 124–126; **EHLERS,** s. 211, 212; **TONER, (2004b),** s. 280; **WHITE, (2004),** s. 206; **WILSHER,** s. 4. Örnek olarak bkz. Case C-250/95 *Futura Participations* [1997] pr. 24; Opinion of AG Kokott in Case C-174/04 *Commission v Italy* [2005] pt. 30.

değişken bir sınır çizgisi vardır.[603] Buna karşın, kimi hâllere yalnızca serbestînin kısıtlanması yasağı uygulanabilmektedir.[604]

Peki, buradaki bu yaklaşım –ayrımcılık ile kısıtlama dili– farkı nasıl izah edilebilir? Buna ilişkin en makul yaklaşım, pazara veya dolaşıma erişim ile hâlihazırda erişmiş olma ayrımı üzerine oturtulabilmektedir. Bir kere, bu tür bir ayrıma kurucu antlaşma ve ikincil hukukun kimi maddelerinde rastlanmaktadır.[605] Yine, Divanın içtihat hukukunda bu ayrımın izlerini görmek mümkündür.[606] Bu konuya *Alpine Investments* kararı örnek gösterilebilir: İhtilaflı önlem, *Keck* kararındaki belirli satış düzenlemeleri ile kıyaslanabilir değildir; çünkü *Keck* davasında üye devletler arası ticaret güçleştirilmezken (pazara erişim etkilenmemişken), *Alpine Investments* davasındaki yasaklayıcı önlem, diğer üye devletlerdeki hizmetlerin pazara erişimini doğrudan etkileyip, Birlik içi hizmet ticaretini güçleştirmeye elverişlidir.[607]

Ayrıca, pazara veya dolaşıma erişim ile hâlihazırda erişmiş olma ayrımı, Divan içtihadı nazara alınarak, doktrinde de dile getirilmektedir.[608] Örneğin, hem Arnull ve diğerleri hem de Chalmers ve diğerlerine göre md. 45 ve 49 ile ilgili bu tür bir ayrım

---

[603] Opinion of AG Kokott in Case C-222/07 *UTECA* [2009] pt. 77. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 163; **WHITE, (2004),** s. 59. Örnek için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 255–257.

[604] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 772.

[605] **ABİHA** md. 49; **1612/68 sayılı Tüzük** Başlık I ve Başlık II. Bu açıdan ABİHA md. 49 uyarınca 'serbest çalışan olarak bir etkinliğe başlamak ve onu sürdürmek' ifadesi öne çıkmaktadır.

[606] Bkz. Opinion of AG Lenz in Case C-415/93 *Bosman* [1995] pt. 205; Opinion of AG Fennely in Case C-190/98 *Graf* [2000] pt. 33.

[607] Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 36–38. Bkz. Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-36/02 *Omega* [2004] pt. 36. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 243; **HATZOPOULOS, (1995b),** s. 1436–1439.

[608] Örnek olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 590, 592; **BARNARD, (2007),** s. 276–279; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 699, 706; **OLIVER–ROTH,** s. 416; **SPAVENTA, (2007),** s. 113. Barnard, benzer bir tespiti yaparken, ABİHA md. 110 içtihadı ile 34, 45, 49 ve 56 içtihadı arasında paralellik kurmaktadır. **BARNARD, (2010),** s. 61.

göze çarpmaktadır:[609] İlkin, ayrımcı olup olmamasına bakılmaksızın, göçmen işçi veya serbest çalışanın bir üye devlete girmesi ve orada ikâmet etmesi ile o devletteki istihdama erişim koşullarına mâni olan dolaşım serbestîsine yönelik her türlü engel yasaktır. Buna karşın, bir göçmen işçi veya serbest çalışan yönünden çalışırkenki etkinliklerini ve toplum, sağlık, eğitim veya vergi ile ilgili olan veya mukimler için olağan olarak mevcut bulunan diğer avantajlardan yararlanmayı etkileyen önlemler, doğrudan ya da dolaylı ayrımcı değilse, kurucu antlaşma ile uyumludur. Kaldı ki bu ayrım, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşıma, dolaşıma erişim ile hâlihazırda dolaşıma erişmiş kişiler yönüyle aktarılabilecektir.

Yine, pazara veya dolaşıma erişim ile hâlihazırda erişmiş olma ayrımı temelindeki bütünsel yaklaşım, serbestî hükümlerinin amacı ile de uyumludur. Pazara veya dolaşıma erişim yönünden serbestînin kısıtlanması kriteri ve hâlihazırda erişmiş olanlar yönünden ayrımcılık kriterinin kullanımı sayesinde Birlik ile üye devlet yetki alanları arasındaki denge noktası tutturulacak; Birlik hukuku, aşırı biçimde deregülasyona yol açıcı ve müdahaleci görüntüsünden uzaklaşacak ve mahkemeler lehine, ulusal ve yerel otoritelerin aleyhine artan gücün sınırları çizilecektir.[610]

Bunlara karşın pazara veya dolaşıma erişim ile hâlihazırda erişmiş olma ayrımı, bilhassa her zaman net olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Örneğin, *Commission v Denmark* kararında Divana göre bir önlemin engel olarak nitelenebilmesi için o önlem, "işçilerin istihdam pazarına erişimini etkilemelidir".[611] Bu yönden:

> "Bir etkinliğin sürdürülmesine ilişkin tavır, o etkinliğe erişimi etkilemeye de elverişlidir. Dolayısıyla, bir ekonomik etkinliğin sürdürülmesine ilişkin koşullarla

[609] **ARNULL–*et. al.***, s. 735, 739, 740, 771; **CHALMERS–*et.al.,*** s. 699, 706. Benzer tespitler, ABİHA md. 56 yönünden de yapılabilir. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 773.

[610] **CHALMERS–*et.al.,*** s. 707, 730. Pazara erişmiş olanlar yönünden geniş bir test uygulansa idi; vergi, iş, sağlık ve güvenlik, çevre, planlama gibi ulusal kanunların serbestî hükümleri ışığında bir kamu çıkarı ile haklı gösterilmesi ve orantılılı bulunması aranacaktı. Bu da, mahkemelerin gücünün artışına, belirsizliğe ve deregülasyona neden olacaktı. Bu yapılmayarak, bu sakıncalar önlenmektedir. (s. 730.)

[611] Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 36.

ilgili düzenleme, içtihat hukuku uyarınca dolaşım serbestîsine yönelik bir engel oluşturabilecektir."[612]

Yine, kimi yazarlara göre de buradaki ayrım, her seferinde keskin hatlı bir görünüm almamaktadır.[613] Öyleyse, bu tespitler ışığında, bir önlemin erişim ile mi yoksa etkinlik ile mi ilgili olduğu o önlemin Birlik hukukuna uygun olup olmadığı hakkında doğrudan bir fikir vermeyecek ve herhâlukârda pazara erişim üstündeki etkiye bakmak gerekecektir.[614] İşte bu açıdan, pazara erişim ile ilgili doğrudan (*Bosman*, *Alpine*) veya esaslı biçimde etkileme veya güçleştirme (*Commission v Italy*) kavramları içtihat hukukunda belirmiştir.[615] Öyleyse, serbest dolaşıma dair içtihat hukukunun ana kavramı, pazara erişim olarak gözükmektedir.[616] En nihayetinde Divanın üç aşamalı ve iki aşamalı yaklaşımları, tam bir temele oturtulamamakta ve daha çok duruma göre uygulanıyor gözükmektedir.

C. Serbestînin Tahdit Edilmesi Açısından Uyum

Her serbestînin tahdit edilmesine ilişkin tavır ile ilgili olarak ne ölçüde uyumdan bahsedilebilecektir? Bu sorunun yanıtı, pek çok görüşe yol açmıştır. Kaldı ki, buradaki çoğu görüş, iç pazar serbestîlerine yönelik olarak verilirken; son yıllarda Birlik vatandaşlığı da bu görüşleri etkilemektedir. Bu açıdan, bir tarafta böyle bir uyuma işaret edenler; diğer tarafta böyle bir uyuma karşı çıkanlar bulunmaktadır. Böyle bir uyuma karşı çıkanlar; her bir serbestînin ayrı muamele görmesi, ev sahibi ile köken devlet ayrımı yapılması ve kişiler ile ekonomik nitelikli serbestîlerin farklı tutulmasından birini tercih etmektedir. Bu görüşlere yer vermeden evvel, belirli bir düzeydeki uyuma ilişkin ilk işaretler tespit edilmelidir.

---

[612] Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 37.

[613] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 276–279; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 706; **SNELL, (2010),** s. 445.

[614] Bkz. **SNELL, (2010),** s. 446.

[615] Bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995]; Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995]; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009].

[616] Bkz. **SNELL, (2010),** s. 460.

İlkin, serbest dolaşım hükümlerinin etki sahasına ilişkin olarak en azından belirli bir derecede uyum bulunmaktadır. Bir kere, her serbestî hükmü, özellikle iç pazara ait kurucu antlaşmadaki tanım ile birlikte, "serbest dolaşım" veya "dolaşım serbestîsi" şeklinde aynı ya da benzer lâfza sahiptir.[617] Ayrıca, iç pazar serbestîleri açısından iç pazarın tesisi odaklı tek bir amaç mevcuttur.[618] Yine, içtihat hukukundaki tarihsel gelişim, her bir serbestînin etki sahasının belirlenmesi yönünden ayrımcılıktan serbestînin kısıtlanması yasağına uzanan yolculuğu göstermektedir.[619] Bu açıdan, bilhassa, içtihat hukukundaki çapraz atıflar, her bir serbest dolaşım hükmünün tahdidine ilişkin olarak en azından belirli bir derecede uyuma işaret etmektedir.[620] Örneğin, hem malların serbest dolaşımı hem de yerleşme hakkına ilişkin *Pfeiffer* kararında Divan yalnızca *Gebhard* formülüne yer vererek, her iki serbestî için de çıkarımlar yapmaktadır.[621] Yine, örneğin, *Commission v Germany* davası ile Birlik vatandaşlığı

[617] **ABİHA** md. 26 ile birlikte, 34, 45, 49, 56 ve 63; md. 21. Örnek olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 770.

[618] **ABİHA** md. 26. Verloren van Themat'a göre ortak pazar kavramı, ortak pazarın kurulması ve onun düzgün işleyişini himaye eden tutarlı bir içtihat hukuku bütününün gelişmesinde Adalet Divanının ilham kaynaklarından başlıcasıdır. Divan, bu içtihat hukukunda ortak pazar kavramını mallar, kişiler, hizmetler ve sermaye ile ödemelerden oluşan "beş serbestî"ye yönelik olarak kurucu antlaşma sistemindeki uyumluluğu ve tutarlılığı temin eden bir bağ olarak kullanmıştır. **VERLOREN VAN THEMAAT, (1991),** s. 293. Ayrıca, Lenaerts ve van Nuffel'e göre iç pazara dair hükümler, her pazar katılımcısının ticaret kısıtlamaları aracılığıyla sınırları muhafaza eden veya yeniden koyan ulusal kurallar ile sekteye uğratılmaksızın Birliğin "iç" sınırları üstünden kendi çalışanları ve sermayesini konuşlandırma, malları satma veya alma, hizmet sunma veya alma imkânının olmasını amaçlamaktadır. Bkz. **LENAERTS–VAN NUFFEL**, s. 140.

[619] Bkz. "A. Tarihi Bakış Açısıyla Gelişim", s. 272.

[620] Bkz. **CASTRO OLIVEIRA,** s. 125.

[621] Bkz. Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 19, 29. Yine, söz gelişi, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olan *Dijkman* kararında da Divan, "[ABİHA] ile güvence altına alınan temel serbestîler üstünde kısıtlamanın mevcudiyeti" başlığı altında söz konusu serbestîleri ayrı ayrı ele almaktadır. Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 20–48.

içtihat hukukundaki bir kriteri, yerleşme hakkı alanına aktarmaktadır.[622] Öyleyse, bir serbestî hükmünün tahdidine yönelik belirli seviyede uyum mevcuttur.

İkinci olarak, iç pazar serbestîleri temelinde tahdide ilişkin tek bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir.[623] Bu bakımdan, Divan, ABİHA md. 34, 45, 49, 56 ve 63 yönünden sırasıyla, *Cassis de Dijon* (ve *Keck* ile *Commission v Italy*), *Bosman*, *Gebhard*, *Säger* ve *Commission v Portugal* kararları ile aynı mantık (pazara erişim) temelinde ayrımcı olmayan ancak bir serbestîyi kısıtlayan önlemleri yalnızca belirli şartlar dâhilinde Birlik hukukuna uygun bulmaktadır.[624] Bu yönden, *Keck* kararında mallar ile diğer serbestîler yönünden yöntem açısından olsa da, yaklaşım açısından bir farklılık yaratılmamıştır.[625] Kaldı ki, aksi düşüncede olanlar varsa bile, *Commission v Italy* kararı, kimi yazarlar tarafından pazara erişim üstünde yenilenmiş bir vurgu olarak

---

[622] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58, 59.

[623] Bu bakımdan, birörnek bir yaklaşım, farklı serbest dolaşım hükümlerinin yorumunda daha üst düzey bir 'hukuki belirlilik ve tutarlılık' yaratma çabası ve 'açıklık ve şeffaflığa' yönelik bir hâmle olarak takdir edilebilir. Sırasıyla bkz. **POIARES MADURO, MIGUEL,** "Harmony and Dissonance in Free Movement", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 66; **CONNOR,** s. 208.

[624] Bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8; Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 16–17; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 34; Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 99–100; Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 12; Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 44–45. İçtihat hukukundaki uyuma yönelik tespitler için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 243–246; **CAN, (2008),** s. 154; **CASTILLO DE LA TORRE,** s. 1070; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 710–711; **CONNOR,** s. 181, 207; **KOSTAKOPOULOU, (1999),** s. 402; **MORTELMANS, KAMIEL,** "Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?", *Common Market Law Review*, Cilt: 38, 2001, s. 617–618; **POIARES MADURO,** s. 63, 66; **WEATHERILL, (1996c),** s. 1003, 1004; **WHITE, (2004),** s. 262.

[625] **BARNARD, (2010),** s. 243; **EHLERS,** s. 211; **WEATHERILL, (1996b),** s. 893–894; Opinion of AG Lenz in Case C-415/93 *Bosman* [1995] pt. 205; Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 73. Krş. **HILSON, (1999),** s. 453–457.

değerlendirilmektedir.[626] Ayrıca Divanın yerleşme hakkına ilişkin *Gebhard* kararındaki formülasyonunda serbestîlerden bir bütün olarak bahsetmesi, serbestîlere ilişkin ortak yaklaşımın işaretidir.[627] Bu açıdan, her ne kadar bugüne kadar *Keck* kararındaki yaklaşım, diğer serbestîlere aktarılmak istenmişse bile; gelinen noktada ayrıksı bir hâl alan *Keck* içtihadından vazgeçilerek, asıl olarak diğer serbestîlere ait formülasyon –*Gebhard* formülü– burada da kullanılmalıdır.[628]

Ayrıca kimi Hukuk Sözcüleri, böyle bir uyum yönünde görüş belirtmektedir. Bu açıdan Hukuk Sözcüsü Tizzano, *Caixa-Bank* davasındaki Görüşü ile bir yandan mallar ile kişilerin serbest dolaşımı arasındaki uyuma öte yandan pazara erişim ile ayrımcılık arasındaki farklılığa dikkat çekmektedir.[629] Ona göre ayrımcılık yapılmaması ilkesine uyuluyorsa –ve bundan dolayı ekonomik bir etkinliğe başlanması ve onun sürdürülmesine ilişkin koşullar hem hukuken hem de fiilen eşit ise–, ulusal önlem, yalnızca amacı ve etkileri ışığında pazara erişimi doğrudan etkiliyorsa kişilerin serbest dolaşımı üstünde kısıtlama sayılacaktır.[630] Yine *Keck* kararındaki rasyonel, pazara erişim ve ayrımcılık ikili kriterinde yatmaktadır: bir başka üye devletten gelen ürünlerin pazara erişimini önleyen ya da ulusal ürünlerden daha fazla bu tür ürünlerin erişimine mâni olan her türlü ulusal önlem, malların dolaşım serbestîsine engel oluşturmaktadır.[631] Kısacası, *Keck* kararı temelinde detaylı bir inceleme sonunda,

---

[626] Bkz. **BARNARD, (2009),** s. 576–577. Hatta Tryfonidou'ya göre bu karar ile Divan pazara erişim testini açıkça ABİHA md. 34 yönünden uygulayarak, bu maddenin kapsamı ile diğer temel serbestîlerinkini aynı çizgiye çekmiştir. **TRYFONIDOU, (2010),** s. 47.

[627] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 617; **DAVIES, G., (2003a),** s. 130; **EHLERS,** s. 187; Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pt. 51.

[628] Benzer bir görüş için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 148; **CONNOR,** s. 206; Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pt. 35.

[629] Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004].

[630] Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 66. (*Vurgu* kaldırılmıştır.)

[631] Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 72. (*Vurgu* kaldırılmıştır.)

malların serbest dolaşımı içtihat hukuku, kişilerin serbest dolaşımına dair *Alpine Investments* ve *Graf* kararlarında uygulanan test ile aynı mahiyette bir test getirmektedir.[632] Ayrıca benzer bir test, *Kraus* ve *Gebhard* kararlarındaki yaklaşım ile örtüşmektedir.[633]

Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro ise, *Alfa Vita* davasındaki Görüşü ile Birlik vatandaşlığı da dahil tüm serbest dolaşımlar yönünden uyum gerekliliğine işaret etmektedir.[634] Ona göre serbest dolaşım sistemlerine yönelik bir uyumlaştırma gerçekleştirilmelidir.[635] Kaldı ki, böyle bir uyumlaştırma, Birlik vatandaşlığının gereksinimleri ışığında elzemdir. Bir Birlik vatandaşı, dolaşım serbestîsini ya da hizmet, mal ya da sermayesini dolaştırma serbestîsini ya da ikâmet etme veya Birlikteki etkinlikleri için merkez kurma serbestîsini kullanmak istediğinde aynı sistemin uygulanması arzu edilir bir durumdur. Bundan dolayı, bu temel serbestîlerin kullanımına mani olmaya ya da onu daha az çekici kılmaya elverişli her önlem, kurucu antlaşmaya aykırı addedilmelidir.[636]

Keza Tryfonidou, tıpkı Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro gibi, Birlik vatandaşlığı ışığında serbest dolaşım hükümlerinin uygulanmasına yönelik uyumun gerekliliğine işaret etmektedir. Ona göre pazar serbestîleri arasındaki uyuma yönelik hamleler, Birlik vatandaşlığı bağlamındaki ve bilhassa pazar serbestîlerinin tüm Birlik vatandaşlarına tanınan ekonomik haklar olarak yeniden yapılandırılmasına yönelik gelişmelerin ayrılmaz parçasıdır.[637] Kurucu antlaşmanın ekonomik temel serbestîlere yönelik hükümleri, iç pazarın inşası ve muhafazası amacının yanı sıra ABİHA md. 20(2)

---

[632] Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 73.

[633] Opinion of AG Tizzano in Case C-442/02 *Caixa-Bank* [2004] pt. 74.

[634] Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006].

[635] Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pt. 46, 50. Buradaki test, dolaşım serbestîsinin kullanımına yönelik bir ayrımcılık olup olmadığının belirlenmesidir. (pt. 46.)

[636] Opinion of AG Poiares Maduro in Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pt. 51. Krş. Opinion of Geelhoed in Case C-212/05 *Gertraud Hartmann v Freistaat Bayern* [2007] pt. 34.

[637] **TRYFONIDOU, (2010),** s. 36.

ışığında Birlik vatandaşlarının sınır aşırı ekonomik etkinlik yürütme genel hakkının bir parçasıdır.[638] Öyleyse, bu serbestîlere yönelik farklı yorumları muhafaza etmek, gittikçe anlamını kaybetmektedir.[639]

Üçüncü olarak, bir serbestî hükmünün tahdidine ilişkin farklı yaklaşımları savunanlar vardır. Bu açıdan, kimine göre her bir serbestî hükmü, değişik özellikleri nedeniyle farklı uygulanmalıdır.[640] Bu bakımdan, örneğin bir kişi, bir mala göre daha fazla (ölçülemez) bir değere sahiptir ya da mallar, somut iken; hizmetler, soyuttur.[641] Bunun yanı sıra, düzenleyici bakış açısıyla ev sahibi ve köken devlet ayrımına gidilebilir.[642] Bu yönden, söz gelimi işçilerin serbest dolaşımı ile yerleşme hakkında bireyin etkinlikleri üstünde asıl kontrol ev sahibi üye devlettedir. Buna karşın, mallar ve hizmetlerin serbest dolaşımında asıl kontrol köken üye devlettedir. O hâlde bu iki kategori, farklı muameleye tâbi tutulmalıdır.

Kimilerine göre ise kişiler ile ekonomik nitelikli serbestîler, birbirinden ayrılmalıdır. Bu ayrımla ilgili olarak, esas gerekçe, bir taraftaki 'insan' unsurunun öteki tarafta bulunmamasıdır.[643] Nitekim, Oliver ve Roth'a göre:

---

[638] **TRYFONIDOU, (2010),** s. 41.

[639] **TRYFONIDOU, (2010),** s. 42.

[640] Söz gelimi, Hilson'a göre serbestîler arasında farklı muamele ihtiyacına işaret eden önemli farklılıklar bulunması nedeniyle, serbestîler arasında birörnek bir yaklaşım olmamalıdır. Nitekim *Keck, Alpine Investments* ve *Bosman* kararları uyarınca Divana göre de hizmetler ve işçiler, mallar gibi muamele görmemelidir. **HILSON, (1999),** s. 462. Ayrıca, Daniele'ye göre –kişilerin serbest dolaşımına yönelik– global bir yaklaşım yerine farklı durumları dikkate alan farklı kriterler uygulanmalıdır. **DANIELE, LUIGI,** "Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", *European Law Review*, Cilt: 22, No: 3, 1997, s. 195–198, 200.

[641] Bkz. **MORTELMANS, (2001),** s. 617–618.

[642] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 774, 793; **BARNARD, (2010),** s. 236.

[643] Poaires Maduro'ya göre Divan, birörnek yaklaşım yerine sınırlı olan adli kaynaklarını pazar bütünleşmesinin daha az gelişim gösterdiği kişilerin serbest dolaşımına tahsis etmelidir. **POIARES MADURO,** s. 67.

> "İçtihat hukukundaki trendin sonucu, dört serbestînin tâbi olduğu ilkeler, tamamen olmasa bile; esaslı bir ölçüde uyumlaşmıştır. … Kuşkusuz, farklılaştırma yapmak için herhangi bir nesnel gerekçenin yokluğunda aynı ilkeler uygulanmalıdır. Nedensiz farklılıklardan açık bir biçimde kaçınılmalıdır. Bununla birlikte, her şey göz önünde bulundurulduğunda dört serbestî aynı biçimde muamele göremeyecektir. Başlıca ayrım çizgisi, sağduyu ve insanlığın önerdiği yerden çizilmelidir: bir tarafta insanoğlunun dolaşımı; öte tarafta salt ekonomik işlemler."[644]

Yine, söz gelimi O'Neill'e göre kişilere nazaran mallar söz konusu olduğunda farklı mülahazaların uygulanması gerektiği açık olup; örneğin, salt bir hizmetin sınır ötesi dolaşımı malların serbest dolaşımı ile kıyaslanabilecekken; bir hizmet sunucusu ya da alıcısının, yani kişilerin serbest dolaşımı açısından farklı etmenler dikkate alınmalıdır.[645] Dahası, White'a göre ABTHŞ de; işçiler, yerleşme ve hizmetler hakkındaki Birlik hukukunu iki yöne ayırmaktadır: ilki, bireylerin kişisel hakları; ikincisi, başka üye devletlerin iş çevresine erişimi sağlamak için pazarı düzenlemek ile ilgilidir.[646] Kaldı ki, bunlara koşut olarak, bir tahdit kriteri olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı, hem ekonomik temelli rekabet dezavantajına yönelmekte hem de insan hakkı olarak bir olaya uygulanabilmektedir.

Bu meyanda kişilerin serbest dolaşımına yönelik tek bir yaklaşım benimsenmesi yerinde görülmektedir. Bir kere, doktrin, bu hükümler arasındaki ortak yapıya işaret etmektedir.[647] Nitekim, Divana göre de kişilerin serbest dolaşımına ilişkin ABİHA md.

---

[644] **OLIVER–ROTH,** s. 440–441.

[645] **O'NEILL,** s. 120.

[646] **WHITE, (2004),** s. 130.

[647] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 776, 777; **BARNARD, (2010),** s. 356; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 314; **JOHNSON, ESTHER–O'KEEFFE, DAVID,** "From Discrimination to Obstacles to Free Movement: Recent Developments concerning the Free Movement of Workers 1989–1994", *Common Market Law Review*, Cilt: 31, 1994, s. 1333. s. 1344; **WOUTERS,** s. 26.

45, 49 ve 56 aynı hukuki korumayı sağlamaktadır.[648] Bu hükümler, *inter alia*, Birlik vatandaşlarının Birlik çapında mesleki etkinliklerini sürdürmesinin kolaylaştırılmasını amaçlayarak, bir başka üye devlet ülkesinde ekonomik etkinlik sürdürmek istediklerinde onları dezavantajlı konuma getirebilecek önlemlerin önüne geçmektedir.[649] Bu yönden, buradaki her bir serbestî ile ilgili dolaylı ayrımcılık tanımı da aynıdır: ulusal hukukun bir hükmü, doğası itibariyle vatandaşlara nazaran göçmenleri daha çok etkilemeye elverişliyse ve göçmenleri belirli bir dezavantajlı konuma getirme riskini taşıyorsa, dolaylı ayrımcı olmasından ötürü yasaktır.[650] Keza, bir kişinin dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli her türlü ulusal önlem de kural olarak yasaktır.[651] Yine, bir kişiyi, salt dolaşma serbestîsini kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren veya dolaşım serbestîsi hakkını kullanmaktan caydıran önlemler de yasaktır.[652]

Bir kısım yazar ise, kişiler ile ekonomik nitelikli serbestîler arasında ayrıma gitmek hususuna Birlik vatandaşlığı perspektifinden yaklaşmaktadır.[653] Söz gelimi

---

[648] Bkz. Case C-314/08 *Filipiak* [2009] pr. 58.

[649] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 93, 94; Case C-314/08 *Filipiak* [2009] pr. 58.

[650] İşçiler, yerleşme, hizmetler, tüzel kişiler ve Birlik vatandaşlığı ile ilgili olarak sırasıyla bkz. Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20; Case C-346/04 *Conijn* [2006] pr. 25; Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 14; Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 60; Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 41. Yine, ayrımcılık yasağı uyarınca bir devletin belirli vatandaşları daha az lehte bir muamele görse bile, Birlik vatandaşları o devletin en iyi muamele gören vatandaşları gibi muamele görmelidir. Bkz. Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 14.

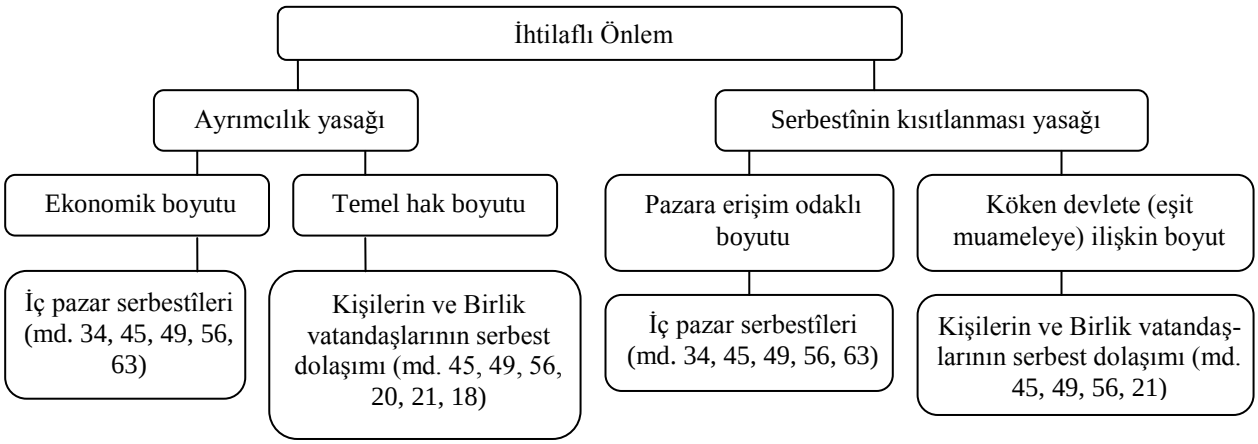
[651] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37; Case C-285/01 *Burbaud* [2003] pr. 95; Case C-330/07 *Jobra* [2008] pr. 19.

[652] Sırasıyla bkz. Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58; Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34. Buna ilişkin olarak, Spaventa'ya göre pazara erişim, içtihat hukukunun altında yatan tek kavram olarak görülemeyip; dolaşımdan 'caydırma' kavramı ve göçmenlere karşı ayrımcılık ile desteklenmelidir. **SPAVENTA, (2007),** s. 93, 108. Bkz. **GUILD, (2001),** s. 56.

[653] Söz gelimi, Johnson ve O'Keffee'ye göre kurucu antlaşmadaki vatandaşlık hükümleri, Divanın kişilerin serbest dolaşımına anayasal nitelik verdiği içtihat hukukunu onaylayarak, onu, mallardan

Snell'e göre Divan, ürünler ve vatandaşlar arasında ayrıma giderek, vatandaşlara ayrıcalıklı muamele etmelidir.[654] Bu ayrım, içtihat hukuku yönünden tutarlı ve duyarlı bir temel sunabilecek olmasından ötürü, muhafaza edilebilir ve geliştirilebilir olup; hatta muhafaza edilmeli ve geliştirilmelidir.[655] Buna yönelik iki argüman ileri sürülebilir:[656] İlk olarak Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı, bir pazar serbestîsi olmanın ötesinde bir temel haktır. İkinci olarak, AB vatandaşlığının doğuşu ve evrimi, Birlik vatandaşlarının dolaşımına ayrıcalıklı muamele etmeyi haklı göstermektedir.

Şekil 18: Serbestî Hükümlerinin Tahdidine Yönelik Uyum ve Farklılık



Sonuç olarak, serbestîler arasında hem uyum hem farklılık söz konusudur.[657] Bir kere, iç pazardaki serbestîler, vatandaşlık temelinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapan önlemleri yasaklamaktadır. Yine, ayrımcı olmasa bile, pazara erişimi engelleyen

---

kesinlikle ayırmaktadır. **JOHNSON–O'KEEFFE,** s. 1330. Keza, Hilson'a göre Birlik vatandaşlığı ile kişilerin serbest dolaşımı anayasallaşmıştır. **HILSON, (1999),** s. 453.

[654] **SNELL, JUKKA,** "And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law", **(Eds.) TRIDIMAS, TAKIS–NEBBIA, PAOLISA,** *European Union Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order, Volume 2: Internal Market and Free Movement of Community Policies,* Hart Publishing, North America, 2004 (a), s. 67.

[655] **SNELL, (2004a),** s. 49, 72. Keza White'a göre hem mallar ile kişiler hem de ayrımcı olan ve olmayan önlemler arasındaki ayrım muhafaza edilmelidir; çünkü bu ayrım, vatandaşlık aracılığıyla AB vatandaşlarına ait hakların gelişimine daha iyi hizmet etmeye elverişlidir. **WHITE, (2004),** s. 205.

[656] **SNELL, (2004a),** s. 67–68.

[657] Bkz. "Şekil 18: Serbestî Hükümlerinin Tahdidine Yönelik Uyum ve Farklılık", s. 292.

veya esaslı biçimde güçleştiren veya dolaşım serbestîsi hakkının kullanılmasını zorlaştıran veya daha az çekici kılan önlemler yasaktır. Buradaki odak noktası, pazara erişim olarak gözükmektedir. Bununla beraber, kişilerin serbest dolaşımı; mal, hizmet, sermaye gibi salt ekonomik nitelikli serbestîlerden 'insan' unsuru nedeniyle ayrılmaktadır. Bir kere, köken üye devlete ilişkin ve eşit muamele ilkesinin bir yansıması olarak, buradaki içtihat hukuku uyarınca bir kişiyi salt dolaşma serbestîsini kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren veya bu hakkını kullanmaktan caydıran önlemler yasaktır. Ayrıca, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağı, kişilerin serbest dolaşımında diğerlerinden farklı olarak temel hak işlevi de kazanmaktadır. İşte, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, bir yandan kişilerin serbest dolaşımındaki 'insan' unsuru baskın içtihat hukukunu takip etmekte; öte yandan, bu içtihat hukuku yönünden bir güçlendirici vazifesi görmektedir. Böylelikle, salt ekonomik nitelikteki serbestîler ile insan unsuru taşıyan serbestîler arasındaki ayrımdan hareket edilerek, serbest dolaşım alanındaki içtihat hukuku da net bir çerçeveye oturtulmaktadır.

D. Temel Haklar

Birlik vatandaşı, kurucu antlaşmanın uygulama alanı içinde kalan bir durumda doğrudan AB seviyesinde temel hak koruması talep edebilecek midir? Bir başka ifadeyle, Birlik vatandaşı, kurucu antlaşmanın uygulama alanı içinde ayrımcılık ve serbestînin kısıtlanması yasağının yanı sıra temel haklar ile de korunmakta mıdır? İşte bu sorular, 1993 yılında Hukuk Sözcüsü Jabobs tarafından olumlu yanıtlansa bile; Divanca desteklenmemiştir. Temel haklar, yerleşik içtihat hukukuna göre bir yandan serbest dolaşıma istisna teşkil edebilirken; öte yandan serbest dolaşımı tahdit eden önlemler, temel haklar ile uyumlu olmalıdır.[658] Öyleyse, temel hakların mevcudiyeti, pazar bütünleşmesi gereksinimine bağlıdır. Bir başka deyişle, 'nesnel' haklar, 'öznel' haklara dönüştürülmek istenmemektedir.[659] Bununla birlikte, AB vatandaşlığının

[658] Bkz. "2. Temel Hakların Etkisi", s. 429. Bkz. **HALL, (1996),** s. 141.

[659] **EVANS,** s. 284.

gelişimi ve LA ile ABTHŞ'nin birincil hukuk seviyesindeki bağlayıcılığı, bu konuyu yeniden ele almayı gerektirebilecektir.[660]

İlk olarak, Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre Birlik vatandaşı, Birlik hukukunun uygulama alanında kalan bir durumda temel haklara doğrudan dayanabilmelidir. Bir başka deyişle, bu tür bir durumda yalnızca ayrımcılık ve pazara erişim temelinde bir koruma değil; fakat aynı zamanda temel hak koruması talep edilebilmelidir. Ona göre:

> "[ABİHA md. 45, 49, 56] uyarınca bir işçi ya da serbest çalışan olarak bir başka üye devlete giden bir [Birlik] vatandaşı, yalnızca iş ya da mesleğini sürdürmek ve ev sahibi üye devlet vatandaşları ile aynı yaşam ve çalışma koşullarından yararlanmaya hak kazanmamakta; buna ek olarak, [AB] içinde yaşamını kazanmak için her nereye giderse gitsin, özellikle [AİHS]'de yer alanlar olmak üzere, temel değerlerin ortak kodu uyarınca muamele göreceğini varsaymaya da hak kazanmaktadır. Bir başka deyişle, o kişi, "*civis europeus sum*" demek ve temel haklarının her türlü ihlâline karşı çıkmak için bu statüyü ileri sürmek hakkına sahiptir."[661]

Öyleyse, bu Görüş uyarınca bir başka üye devlet ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan ve Birlik haklarını kullanan Birlik vatandaşı, Birlik hukukunca tanımlanan temel haklarının korunmasına hak kazanacaktır.[662] Böylelikle, Birlik vatandaşı ile temel

---

[660] Söz gelimi, Reich ve Harbacevica'ya göre Divan, serbest dolaşımın doğal sonucu şeklinde vatandaşlığı geleneksel bir biçimde mi yoksa Hukuk Sözcüsü Jacobs tarafından önerilen şekilde genel bir temel hak biçiminde mi değerlendireceği hakkında karar vermek zorunda kalacaktır. **REICH–HARBACEVICA,** s. 635. Yine, Spaventa'ya göre Divan, Birlik vatandaşlarının dolaşırken ne ölçüde Birlik hukukunun genel ilkeleri ile korunacağı sorusu ile er ya da geç karşılaşacaktır. **SPAVENTA, (2004),** s. 770.

[661] Opinion of AG Jacobs in Case C-168/91 *Konstantinidis* [1993] pt. 46. Bu alıntı içinde geçen "*civis europeus sum*" ifadesi ile her Birlik vatandaşının vatandaşlık statütüsüne dayanarak, kimi ana hakları ileri sürebilmesi kastedilmektedir. Bkz. **KUIPERS, JAN-JAAP,** "Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law", *European Journal of Legal Studies*, Cilt: 2, No: 2, 2009, s. 85.

[662] Bkz. **GROUSSOT, (2008),** s. 320–321.

haklar arasında bağ kurularak, Divanın yetkisini genişletmek için bir girizgâh yapılmaktadır.[663]

Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro ise, ulusal önlemin temel haklarla uyumuna ilişkin Divan yetkisi ile ilgili olarak konuya daha farklı yaklaşmaktadır.[664] Bir kere, bu konuyla ilgili olarak, Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre bir başka üye devlette ekonomik etkinlik sürdüren her üye devlet vatandaşı, Birlik hukuku uyarınca temel hak koruması talep edebilmelidir.[665] Buna karşın, Divana göre ev sahibi üye devletin bir başka üye devlet vatandaşının temel bir hakkını her ihlâli, serbest dolaşım hakkının kullanımını zorlaştırmayacaktır.[666] Poiares Maduro'ya göre AA ile temel hakların AB hukuk düzeninde içkin olduğu iyice ortaya çıkmışken; bu içtihat hukukunu geliştirmenin zamanı gelmiştir.[667] Bu bakımdan:

> "bir yandan, her ulusal önlemin temel haklar ışığında denetlenmesi yetkisi ile üye devletlerin Birlik üyesi olarak diğer yükümlülüklerini yeterince yerine getirebilmek için temel haklara ilişkin olarak gerekli koruma düzeyini sağlayıp sağlamadığını inceleme yetkisi arasında bir ayrım yapılmalıdır."[668]

Her ulusal önlemin temel haklar ışığında denetlenmesi yetkisi, Birliğin şu anki yetkileri içinde kalmazken; üye devletlerin Birlik üyesi olarak diğer yükümlülüklerini yeterince

---

[663] Bkz. **GROUSSOT, (2008),** s. 320. Yine, Shaw'a göre burada serbest dolaşım, vatandaşlar için insan hakları gibi vatandaşlığın bireyler için (daha) pozitif haklar yaratma kapasitesi aracılığıyla anlam kazanarak farklı bir eğilime dönüşmektedir. Bununla birlikte, *Konstantinidis* davasındaki Divan kararı, ilham açısından 'hak temelli' olmaktan ziyade aslen 'ekonomik' olmuştur. **SHAW, (1998),** s. 303, 304.

[664] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 14 vd. Konuya Birliğin yetkisi ve temel hakların korunması boyutundan yaklaşan bir görüş için bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2010] pt. 156–173.

[665] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 16.

[666] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 17.

[667] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 17–19. Bkz. **AA** ile değişik **ABA** md. 6 ve 7.

[668] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 20.

yerine getirebilmek için temel haklara ilişkin olarak gerekli koruma düzeyini sağlayıp sağlamadığını inceleme yetkisi, Avrupa bütünleşmesi sürecinin doğası gereği mevcuttur.[669] Öyleyse, eğer bir üye devlette temel hakların ciddi ve ısrarlı ihlâli söz konusu ise Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkını kullanması da tahayyül edilemez. Bu tür sistematik eksiklikler, serbest dolaşım kurallarının ihlâli anlamına gelecek bir etki doğuracaktır.[670] O hâlde:

> "Yalnızca ilgili üye devletteki temel hakların koruması yönünden sistematik nitelikte bir problemi öne çıkaran ciddi ve ısrarlı ihlâller, … serbest dolaşım kurallarına dair ihlâl addedilmelidir. … Buna karşın, … Divan, bir üye devletteki temel hakların korunması ciddi biçimde yetersiz olmadıkça, yalnızca ulusal önlemler bugüne kadarki içtihat hukukunca tanımlanan yetkisinin uygulama alanında kalıyorsa o önlemlerin temel haklar ile uyumunu incelemelidir."[671]

Böylelikle, Hukuk Sözcüsü Jacobs'a ait Görüş, "oldukça geniş kapsamlı" olması nedeniyle tam anlamıyla rağbet görmemektedir.[672]

Peki, mevcut içtihat hukuku, Birlik vatandaşlığının gelişimi ve LA ile ABTHŞ'ye tanınan anayasal statü neticesinde değişim gösterebilir mi? Söz gelimi, ABTHŞ'deki haklar, Birlik vatandaşının hakları olarak kabul edilirse, dolaşım serbestîsini kullanan bir Birlik vatandaşı, bu serbestîyi engellemese bile temel hak koruması talep edebilir mi?[673] Hatta, AB'nin AİHS'ye katılımı, bu yolda bir

---

[669] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 20.

[670] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 21.

[671] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008] pt. 22.

[672] Opinion of AG Gulmann in Case C-2/92 *Bostock* [1994] pt. 31 (dn. 11). Bunun yanı sıra, söz gelimi, Elsmore ve Starup'a göre Birlik vatandaşlığı pazar dili üzerindeki vurguyu tamamen değiştirerek daha anayasal bir dile yer verse bile; Hukuk Sözcüsü Jacobs tarafından önerilen '*civis europeus sum*' diyerek ayrımcılığın ötesine geçmekten sakınılmalıdır; çünkü bu, ulus devlet kimliği ve vatandaşlığın AB bakımından anlamsızlaştığı bir duruma yol açacaktır. **ELSMORE–STARUP,** s. 112.

[673] **ABİHA** md. 20(2) ve **LA** ile değişik **ABA** md. 1, 6(1). Misal, Kadelbach'a göre vatandaşlık statüsü ile temel haklar arasında pek çok bağlantı zamanla meydana çıkabilecektir. **KADELBACH, (2006),** s. 482.

destekleyici olabilir mi?[674] Veyahut da mevcut içtihat hukukuna koşut olarak, dolaşım serbestîsi hakkını kullanan Birlik vatandaşının (yürütmek için bir başka üye devlete gittiği ekonomik iş ile bağlantılı olsa da, olmasa da) AB hukukunca korunan tüm temel hakları ileri sürememesi Birlik vatandaşının dolaşım serbestîsi hakkını kullanmaktan caydırılması olarak nitelenebilir mi?[675] Bugüne kadarki kararları ile Divan, bu yolu seçmemiş gözükmektedir. Kaldı ki, gerek kurucu antlaşma gerek ABTHŞ'deki kimi hükümler, adeta böyle bir gelişmenin önüne geçmek için tasarlanmıştır. Bu açıdan, ABTHŞ'nin ve AİHS'ye olası bir katılımın AB'nin kurucu antlaşma ile tanımlanan yetkilerini hiçbir şekilde genişletmeyeceği sıklıkla vurgulanmaktadır.[676]

Birlik vatandaşlığı, yine de, temel haklar alanındaki yerleşik içtihat hukukuna göre bile temel hak korumasını genişletmektedir. Zira, bu hukuka göre üye devletler Birlik hukukunu uygularken temel haklara uygun hareket etmelidir[677] ve Birlik hukukunun uygulama alanı ve etki sahası, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım ve ikâmet hakkı ile kayda değer biçimde genişlemiştir. Bu bakımdan, artık herhangi bir ekonomik etkinlik ile bağ kurulması aranmaksızın; Birlik vatandaşının dolaşım serbestîsi ile bağ kurmak, temel haklara ilişkin korumayı tetikleyecektir. Bu yönden, nasıl ki ayrımcılık yasağı temel hak olarak Birlik vatandaşlığı ile birleşmektedir;[678] aynı biçimde diğer temel haklar da Birlik vatandaşlığı ile bütünleşebilecektir.[679]

---

[674] **LA** ile değişik **ABA** md. 6(2). Krş. **SHAW, (1998),** s. 304.

[675] Opinion of AG Sharpston in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2010] pt. 83. Nitekim, temel haklar boyutunun yokluğunda Birlik vatandaşı, kendisine ait haklardan etkili biçimde yararlanamayacaktır. Bkz. **EVANS,** s. 285.

[676] **LA** ile değişik **ABA** md. 6(1, 2); **ABTHŞ** md. 51(2), 52(2). Ayrıca bkz. **ACIERNO,** s. 407.

[677] Bkz. **ELSMORE–STARUP,** s. 91.

[678] ABİHA md. 18 yönünden kurucu antlaşmanın *ratione materiae* uygulama alanında kalmak için; sınır aşırı bir bağ olması, ilgili Birlik vatandaşının ev sahibi üye devlette hukuka uygun mukim olması, ihtilaflı önlemin ikâmet ile –dolaylı ve potansiyel dâhil– bağı olması veya onu kolaylaştırması gerekmektedir. Bkz. **EPINEY, (2007b),** s. 617, 618, 621–622.

[679] Bkz. **WERNICKE,** s. 396. Ayrıca bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2010] pt. 47. Lenaerts ve De Smijter'e göre Birlik vatandaşlığı ile kurucu antlaşmada yer alan az

E. Birlik Vatandaşlığı ile İç Pazardaki Serbest Dolaşımlar Arasındaki Etkileşim

Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşımlar ve özellikle kişilerin serbest dolaşımının birbirini etkilemesi, hemen hemen kaçınılmaz durmaktadır. Bir kere, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşıma dair her hüküm, 'serbest dolaşım'ı sağlamaya yönelmiştir.[680] Yine, gerek Birlik vatandaşlığı gerek kişilerin serbest dolaşımı, 2004 yılından bu yana, Birlik vatandaşlığı temelinde tek bir Direktif ile düzenlenmektedir.[681] Ayrıca, Divana göre Birlik vatandaşlığına dair ABİHA md. 21 ile kişilerin serbest dolaşımına ait md. 45, 49 ve 56 arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi vardır.[682] Buna karşın, kişilerin serbest dolaşımı, iç pazar tesisi gibi ekonomik bütünleşmenin parçası iken; Birlik vatandaşlığı, ekonomik bağ ile kopuşun ve yeni bir (siyasi) bütünleşmenin temsilcisidir. Bununla birlikte, kişilerin serbest dolaşımı, hiçbir zaman salt ekonomik boyut –üretim faktörü dolaşımı– ile ele alınmayarak; buradaki 'insan' unsuru hep varlığını hissettirmiştir. Öyleyse, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hakkı, adeta, iç pazardaki serbest dolaşımlar ve bilhassa kişilerin serbest dolaşımı ile etkileşim içine girmek için yaratılmıştır.

---

sayıdaki temel haklardan birisi olan ayrımcılığa maruz kalmamanın bağlanması, Birlik vatandaşlığı ile temel haklar arasında hukuki bir çapraz bağlantı yönünden önemli bir adımdır. **LENAERTS, KOEN–DE SMIJTER, EDDY,** "A "Bill of Rights" for the European Union", Common Market Law Review, Cilt: 38, No: 1, 2001, s. 275. Yine Groussot'a göre *Baumbast* ve *Chen* kararları, ABİHA md. 21 ile temel haklar ve orantılılık ilkesi arasındaki yakın bağı göstermektedir. **GROUSSOT, (2008),** s. 334. (Case C-413/99 *Baumbast* [2001]; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004].) Yine Szyszczak ve Cygan'a göre vatandaşlık kavramı, temel insan hakları kavramı ile birleşerek, serbest dolaşım hakkını önceden Birlik hukukunun kapsamı dışında kaldığı düşünülen alanlara genişletmektedir. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 173.

[680] **ABİHA** md. 26 ile birlikte, 34, 45, 49, 56 ve 63 ile 21.

[681] Bkz. **2004/38 sayılı Direktif**. Ayrıca, Dougan'a göre göçmen Birlik vatandaşlarının bir bütün olarak hukuki muamele görmesi konusunda tutarlılığa erişmek ya da daha ziyade keyfi tutarsızlıklardan kaçınmak yönünde bir istek mevcuttur. **DOUGAN, (2006),** s. 636.

[682] Case C-92/01 *Stylianakis* [2003] pr. 18. Bkz. "aa. Birlik Vatandaşlığı: *Lex Generalis*", s. 129.

İşte burada, ilk olarak, kişilerin serbest dolaşımı, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşımı etkilemektedir. Bu açıdan, Birlik vatandaşlığı hükümleri, kişilerin serbest dolaşımına yönelik yerleşik içtihat hukukunun üstüne gelmiştir. Adıgeçen içtihat hukuku, iki yolda ilerlemektedir. İlk olarak, ekonomik temelli yaklaşıma göre pazara erişimin sağlanması ve vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması esastır. İkinci olarak, köken devlete yönelik ya da temel hak temelli yaklaşıma göre eşit muamele ilkesi veya vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması esastır. Birlik vatandaşlığı, serbest dolaşım hakkı ile donatılınca, bu ikinci türdeki içtihat hukukunu birebir takip etmiştir. Bu bakımdan, tıpkı kişilerin serbest dolaşımındaki gibi, Birlik vatandaşları da temel hak görünümündeki ayrımcılık yasağı ile korunmaktadır. Yine, bir kişiyi serbest dolaşım hakkını kullanmaktan caydıran ya da bu hakkı kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren önlemlere ilişkin yasaklama, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma aktarılmıştır. Buna karşın, ekonomik temelli yaklaşım, ilk bakışta buraya yansıtılmamıştır.

Peki, Birlik vatandaşlığı, kişilerin serbest dolaşımındaki ekonomik bazlı yaklaşımdan etkilenecek midir? Bu açıdan, ilgi çekici bir bulguya rastlanmaktadır. Birlik vatandaşlığı, tıpkı kişilerin serbest dolaşımı gibi, bir kişiyi serbest dolaşım hakkını kullanmaktan caydırabilecek önlemleri yasaklamaktadır.[683] Bununla birlikte, bu türdeki önlemler, kişilerin serbest dolaşımı yönünden yasaktır; çünkü, bu önlemler, bir başka üye devlet pazarına erişimin önüne geçmektedir.[684] Buna karşın, Birlik vatandaşlığı açısından pazara erişim herhangi bir rol oynamasa bile; dolaşım serbestîsi veya serbest dolaşım hakkı temelinde bu içtihat Birlik vatandaşlığına aktarılmıştır. Öyleyse, buna benzer bir biçimde *Gebhard* formülü de bu alana yansıtılacak mıdır? Bir başka deyişle, Birlik vatandaşlığı yönünden de bir kişinin dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli her türlü önlem, yasak sayılacak mıdır? Bu sorunun yanıtı, 'caydırma' dilinin tasnifi ile ilgilidir. Bu durum, salt

[683] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 26.

[684] Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 34. Bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 108.

yerel olan ile sınır-aşırı unsur taşıyan vakaların eşit olmayan muamele görmesi olarak nitelenirse,[685] Divanın Birlik vatandaşlığında hâlen eşit muamele ilkesinin sınırları içinde hareket ettiği sonucu ortaya çıkacaktır. Nitekim Divan da, en azından şimdilik, *Gebhard* formülü benzeri bir oluşumu Birlik vatandaşlığına yansıtmak yönünde adım atmamaktadır.[686]

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım ise, iç pazardaki serbest dolaşımları –özellikle kişilerin serbest dolaşımını– etkilemektedir. Bir kere, tahdit kriteri olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı, Birlik vatandaşlığı ile temel hak olarak güç kazanmaktadır.[687] Bu açıdan, söz gelimi Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre ayrımcılık yasağı, Birliğin üye devlet hükümetleri arasındaki ticari bir düzenlemeden fazlası olarak her Avrupa vatandaşının birey olarak katılabileceği ortak bir girişim olduğunu göstermektedir.[688] Dahası Birlik hukukunun başka hiçbir yönü bireye bu kadar doğrudan temas etmemekte veya ortak kimlik ve paylaşılan gelecek duyusunu teşvik etmemektedir. Kaldı ki, bu duyular olmaksızın kurucu antlaşmanın Dibacesinde ilan edilen "Avrupa halkları arasında daha yakın bir birlik" boş bir slogandan ibaret olacaktır.[689] Keza, Tridimas'a göre Birlik vatandaşlığı ile birleşen ayrımcılık yasağı, ekonomik bütünleşme aracından vatandaşlıkta güçlendirme ve

[685] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 50; Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 35.

[686] Örneğin, Hukuk Sözcüsü Jacobs, buna benzer bir formül belirlerken; Divan, bu yaklaşımı takip etmemiştir. Opinion of AG Jacobs in Case C-224/02 *Pusa* [2004] pt. 21–22.

[687] Kimi Hukuk Sözcüleri, bu yasağın Birlik vatandaşlığı için muazzam sembolik önemi üstünde durmaktadır. Opinion of AG Jacobs in Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Collins and others* [1993] pt. 11; Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pt. 130.

[688] Yine Hukuk Sözcüsü Jacobs'a göre vatandaşlık temelinde ayrımcılığa maruz kalmama serbestîsi, kurucu antlaşmaca verilen en temel haktır ve Birlik vatandaşlığının ana bileşenidir. Opinion of AG Jacobs in Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pt. 24.

[689] Opinion of AG Jacobs in Joined cases C-92/92 and C-326/92 *Collins and others* [1993] pt. 11.

dayanışma aracı olmaya doğru yavaşça dönüştürülmüştür.[690] Davies'e göre ise ayrımcılık yapmama ilkesi, giderek gerçek bir "vatandaşlık hakkı" hüviyetini kazanmaktadır.[691] Ayrımcılık yasağının bu değişen karakteri, kişilerin serbest dolaşımına da kuşkusuz yansıyacaktır.

Yine, Birlik vatandaşlığı ile statü olarak vatandaşlık öne çıkmaktadır. Bu bakımdan, pek çok yazar, Divan kararları ışığında bu tespite yer vermektedir. Söz gelimi, Spaventa'ya göre *Gebhard*, *Gourmet* ve *Carpenter* kararları, Divanın vatandaşı salt *serbest dolaşan sıfatı*ndan ziyade *vatandaş sıfatı* ile koruduğu ve böylece geleneksel olarak ulusal anayasal mahkemelere ait olan bir rol üstlendiği gelişimin bir parçasıdır.[692] Ayrıca, kimi yazarlara göre *Carpenter* kararı, aslında kişilerin serbest dolaşımının 'insani' yönü ile alakalı olup; bu davadaki sonuç, ekonomik bir vatandaşın durumunun Birlik vatandaşına dönüştürülmesine yaklaşmaktadır.[693] Öyleyse, Birlik vatandaşlığı ve ona bağlı serbest dolaşım ile kişinin vatandaş statüsü git gide ön plana çıkmaktadır. Hatta, bu yönden Dougan'a göre Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, ekonomik serbest dolaşımlara uygulanan olağan yaklaşımı gölgede bırakmaktadır.[694] Kişilerin serbest dolaşımı da Birlik vatandaşlarınca kullanıldığından, vatandaşlık statüsünün öne çıkışı, bu alana da damgasını vuracaktır.

Dahası, serbest dolaşıma ait olağan referans sistemi değişmektedir. Bugüne kadarki süreçte serbestî hükümleri aracılığıyla iç pazar tesisi ve işleyişi, yani pazar bütünleşmesi veya ekonomik bütünleşme sağlanmaya çalışılmıştır. Bununla beraber, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, artık, ulusüstü bir yönetimin inşası için araçsal

---

[690] **TRIDIMAS, (2007),** s. 61, 133. Ayrıca, Groussot'a göre vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağı, vatandaşlık hükümleri ile birlikte okunarak, bu yasak ile pazar serbestîleri arasındaki göbek bağı kesilmiştir. **GROUSSOT, (2008),** s. 328.

[691] **DAVIES, G., (2003a),** s. 121.

[692] **SPAVENTA, (2004),** s. 744.

[693] Bkz. **REICH–*et. al.*,** s. 66. Ayrıca bkz. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 187.

[694] **DOUGAN, (2006),** s. 625.

bir serbestî konumundadır.[695] Öyleyse, dolaşım serbestîsinin işlevsel ele alınması, yavaş yavaş pazar bütünleşmesinden ziyade siyasi bütünleşme hedefine yönelmeye başlamıştır.[696] Bu durum, ekonomik nitelikten ziyade, insan ya da vatandaş niteliklerinin öne çıktığı hâllerde, kişilerin serbest dolaşımından yararlanan Birlik vatandaşları için de gittikçe daha çok geçerli olacaktır.

O hâlde, en azından kişilerin serbest dolaşımı alanında, Birlik vatandaşlığı merkezli yeni bir oluşuma gidilebilecek midir?[697] Nitekim, Birlik vatandaşlığının gelişimi ile kurucu antlaşmanın farklı insan gruplarına farklı haklar vermesi fikri yavaşça kaybolmaktadır.[698] Buna koşut olarak Birlik vatandaşlığı ile kişilerin serbest dolaşımını tek bir çatı altında toplayan Spaventa'ya göre "serbest dolaşım" hakkı, artık, salt bir dolaşım hakkı olmanın yanı sıra bir başka üye devlette ve hatta bir kişinin kendi devletinde ekonomik etkinlik sürdürmek hakkı olarak yorumlanırsa, *Baumbast* kararı ışığında bu hak, orantısız düzenlemelerden hariç tutulmalıdır.[699] Başka bir deyişle, bir üye devletçe bu hakka yönelik vaz edilen her türlü sınırlama ve koşul, meşru bir çıkar gütmeli ve orantılılık ve temel haklar dâhil Birlik hukukunun genel ilkeleri ile uyumlu olmalıdır.[700] Böylelikle, hem Divanın yalnızca iç pazar mantığı ile karar vermediğine dikkat çekilmekte hem de daha geniş bir kavramı ifade eden bireyin korunması olgusu tamamlanmaktadır.[701] Bu tür girişimler, belki de, serbest dolaşım alanında Birlik vatandaşlığı temelinde dönüştürülmüş yeni bir yaklaşıma kapı aralayacaktır.

---

[695] Bkz. **STRAZZARI,** s. 1, 48.

[696] Bkz. **STRAZZARI,** s. 3.

[697] İç pazar serbestîlerine yönelik içtihat, iki nedenle, elden geçirilebilir hâle gelmiştir: ekonomik serbest dolaşım hukuku, belirli bir olgunluk seviyesine erişmiştir ve Birlik, pek çok ekonomik olmayan hedef belirleyerek ve vatandaşlık temelinde kendini yeniden tanımlamaktadır. Bkz. **TRYFONIDOU, (2010),** s. 39.

[698] Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 121.

[699] **SPAVENTA, (2004),** s. 765, 772.

[700] **SPAVENTA, (2007),** s. 136, 146.

[701] **SPAVENTA, (2004),** s. 772.

Buraya kadar serbestînin tahdidine yönelik kriterler ve onlara ait uygulama incelenmiştir. Bir sonraki bölüm ise, bu tahdide ilişkin ortak özellikleri öne çıkarmaktadır.

II. Bir Serbestîye Ait Tahdidin Özellikleri

Ulusal önlem, vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıyorsa ya da serbestîyi kısıtlıyorsa tahdit oluşturacaktır. Peki, bu önlemler başka ne tür özelliklere sahiptir? Bu açıdan, tahdidi oluşturan önlem ve yük kimi ortaklıklar taşırken; bir serbestî hükmü ihmâl yoluyla da ihlal edilebilmektedir. Bu konular, sırasıyla, ele alınacaktır.

1. Tahdidi Oluşturan Önlem Türleri

Tahdidi oluşturan önlem türleri, bir devlete atfedilebilir olan yasal düzenlemeler, idari düzenlemeler, bireysel kararlar ve *de facto* uygulamaların yanı sıra devlet dışındaki kimi kuruluşlardan gelebilecektir.

İlk olarak, devlete atfedilebilir önlemler ile bir serbestî hükmü tahdit edilebilir. Bu açıdan, yasal ve idari düzenlemeler, evleviyetle tahdit oluşturabilecek bir önlemdir.[702] Keza, bireysel kararlar ile de serbestîler tahdit edilebilir. Bu açıdan, ulusal hukuka ait idari hükümler, yalnızca genel soyut kuralları değil; bunun yanı sıra spesifik bireysel idari kararları içermektedir.[703] Buna ek olarak, d*e facto* uygulamalar, belirli

[702] Yasal düzenlemeler açısından malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 623; **STEINER–*et. al.,*** s. 373. Yerleşme hakkı ile ilgili olarak bkz. Case C-231/05 *Oy AA* [2007] pr. 40. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 749. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **FLYNN,** s. 778; **STEINER–WOODS,** s. 387. Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile ilgili olarak bkz. **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 100. İdari düzenlemeler açısından genel olarak bkz. Case 158/80 *Rewe-Markt Steffen* [1981] pr. 43; Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 31. Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 623. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 31. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 157/85 *Brugnoni and Ruffinengo* [1986] pr. 22. Bkz. **FLYNN,** s. 778; **STEINER–WOODS,** s. 387.

[703] Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 32. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 749–750.

koşullar altında bir serbestîyi tahdit edebilecektir. Buna ilişkin olarak, malların serbest dolaşımına dair kararlar örnek gösterilebilir.[704] Söz gelimi, *Commission v France* kararına göre ABİHA md. 34, bir üye devletin yasaları ve diğer düzenleyici işlemlerinin yanı sıra o üye devletteki "korumacı veya ayrımcı uygulamaları" da kapsamaktadır.[705] "İdari uygulama", belirli bir derecede tutarlılık ve genellik gösteriyorsa, md. 34 ile yasaklanan bir önlem oluşturacaktır. Buradaki genellik, ilgili pazarda pek çok tacir bulunması ya da sadece birkaç teşebbüsün etkin olmasına göre farklı değerlendirilmelidir. İlgili pazarda sadece birkaç teşebbüsün etkin ise, ulusal idarenin tek bir teşebbüse yönelik davranışı md. 34 ile çelişebilecektir.[706]

İkinci olarak, devlet dışı kimi kuruluşlara ait önlemler, tahdit oluşturabilecektir. Bu durum, kişilerin serbest dolaşımı alanında belirgindir.[707] Bununla ilgili olarak, örneğin Uluslararası Bisikletçiler Birliği,[708] FIFA ve UEFA[709] ve hatta özel bir banka[710] tarafından alınan karar veya koyulan kurallar, söz konusu serbestîler yönünden tahdit oluşturabilecektir. Bu konu, serbestî hükümlerinin muhatapları ile yakından bağlantılı olup, sonraki bir bölümde ayrıntılı olarak incelenmektedir.[711]

2. Tahdidi Oluşturan Yükün Özellikleri

Tahdidi oluşturan yük, üç temel özelliğe sahiptir: İlgili yükün 'etki'si önemlidir; bu etkinin boyutunun önemi yoktur ve bu yükün dolaşım serbestîsi üstündeki etkisi fazla belirsiz veya dolaylı olmamalıdır.

---

[704] Ayrıca bkz. Case 249/81 *Commission v Ireland* [1982] pr. 29–30; Case 324/93 *Evans* [1995] pr. 39.

[705] Case 21/84 *Commission v France* [1985] pr. 12.

[706] Case 21/84 *Commission v France* [1985] pr. 13.

[707] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 61. Örnek olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 750.

[708] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 17.

[709] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 82–84.

[710] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 6, 7.

[711] Bkz. "III. Serbestî Hükümlerinin Muhatapları", s. 313.

A. Yükün Etkisinin Önemli Olması

Birlik hukuku, bir yükün 'etki'sini nazara almaktadır. Bu durum, dolaylı ayrımcılık yapılması üzerinden izah edilebilir. Buna göre bir önlemin dolaylı ayrımcı olup olmadığı, iki perspektiften hareket edilerek tespit edilebilir: bu önlemi alan kişi ya da organın niyeti ve o önlemin etkisi.[712] İşte Birlik hukuku, önlemin etkisini esas almaktadır.[713] Bir başka ifadeyle, belirli bir kriterin uygulanmasının etkisi belirleyicidir.[714] Divan, niyet yerine etki temelli yaklaşım benimseyerek, iki açıdan elini güçlendirmektedir:[715] İlkin, böylelikle serbest dolaşım hukukunun kapsamı genişlemektedir; çünkü korumacı niyetin belirlenmesini kanıtlamak zordur. İkinci olarak, böylece Divan, bir üye devleti kasıtlı korumacılık yapmak ile doğrudan suçlama siyasi duyarsızlığından kaçınmaktadır.

Bir serbestîye yönelik tahdidi belirlerken Birlik hukukunun yükün etkisini nazara alması, her serbestî bakımından örneklenebilir. İlkin malların serbest dolaşımı yönünden ABİHA md. 34 içinde "etkisi" kelimesinin tercih edilmesi, kısıtlamanın "etkisinin" onun amacından çok daha önemli olduğunu göstermektedir.[716] Dahası, *Dassonville* kararına göre de md. 34 hükmünün ihlâl edilip edilmediği, önlemin *amacından* ziyade *etkisi*nden hareketle belirlenmektedir.[717] Divan, *DocMorris* kararında bunu şu şekilde ifade etmektedir:

---

[712] Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 122.

[713] Bkz. **BARRETT, (2003b),** s. 133; **DAVIES, G., (2003a),** s. 122, 123; **EHLERS,** s. 186; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 128; **TRIDIMAS, (2007),** s. 76.

[714] **VAN DER MEI, (2003),** s. 75. Bununla beraber, 'niyet' de, serbest dolaşım yönünden alakalı olabilmektedir. Bkz. **HILSON, (1999),** s. 447–448. Ayrıca bkz. Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 34; Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 32.

[715] **HILSON, (1999),** s. 448.

[716] Bkz. **BOZKURT–*et. al.*,** s. 195.

[717] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 661; **HILSON, (1999),** s. 447; **WEATHERILL, (1996a),** s. 226.

"Bir önlem üye devletler arası ticareti düzenlemeyi amaçlamasa bile; belirleyici unsur onun [Birlik] içi ticaret üstündeki fiili veya potansiyel etkisidir."[718]

Buradaki 'etki'ye ilişkin iki ek tespit yapılabilir. İlk olarak, buradaki test, bir önlemin ekonomik etkileri çevresinde yoğunlaşmamaktadır.[719] Bir başka ifadeyle, ilgili önlemin kısıtlayıcı etkilerinin ampirik olarak gösterilmesi gerekmeyip; o önlemin kuramsal ya da farazi etkileri belirleyicidir.[720] İkinci olarak, söz gelimi bir önlem, hem üye devletin diğer kısımlarından gelen ürünlerin hem de diğer üye devletlerden ithal edilen ürünlerin satışını etkiliyorsa, o önlemin ulusal ürünlerin bütününü kayırması veya yalnızca ithal ürünleri dezavantajlı konuma getirmesi etkisinin olup olmadığına bakılmaksızın, o önlem malların serbest dolaşımı yönünden ayrımcı ya da korumacı olarak nitelendirilebilecektir.[721]

İkinci olarak, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden söz gelimi dolaylı ayrımcılık tanımı, açıkça 'etki'ye ağırlık vermektedir. *O'Flynn* kararındaki tanıma göre ulusal hukukun bir hükmünün doğası itibariyle ulusal işçilere nazaran göçmen işçileri daha çok *etkilemeye elverişli* olması ve göçmen işçileri belirli bir dezavantajlı konuma getirme *riski* taşıması, serbest dolaşım üstündeki her türlü potansiyel *etkiye* odaklanmanın açık göstergesidir.[722] Burada da *Dassonville* kararındaki gibi potansiyel etkinin yeterli olması, gerçekten bir nispetsiz etkinin varlığını ispatlamayı gereksiz kılmaktadır.[723] Bir başka ifadeyle, Birlik hukuku uyarınca ayrımcılık iddiası olan kişi, ilgili gereksinim ile vatandaş olmayan kişilerin olumsuz

---

[718] Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 67. Bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 177.

[719] **CHALMERS–*et.al.*,** s. 661–662.

[720] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 662. Örnek olarak bkz. Case C-126/91 *Yves Rocher* [1993] pr. 10.

[721] Case C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] pr. 27. Krş. Case C-388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 14; Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 38–40.

[722] Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20. (*Vurgu* eklenmiştir.) Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 41. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 241; **DAVIES, G., (2003b),** s. 38.

[723] Bkz. **BARNARD, (2001),** s. 39; **SHAW–*et.al.*,** s. 300.

etkilendiğini ispatlamak zorunda değildir; bu tür bir gereksinimin uygulanmasının bu tür bir etki doğurabilecek olmasının gösterilmesi yeterlidir.[724] Yine tüzel kişilerle ilgili *Oy AA* kararına göre bir düzenlemenin yerleşme hakkına yönelik kısıtlama addedilmesi için, bir başka üye devlette yerleşik şirketlerin ilgili üye devlette bu serbestînin kullanımını kısıtlamaya elverişli olması yeterlidir. Bu bakımdan, o düzenlemenin fiilen ilgili şirketlerin ev sahibi devlette şube edinme, oluşturma veya muhafaza etmekten kaçınmasına yol açma etkisinin gösterilmesi gerekmemektedir.[725]

Son olarak, sermayenin serbest dolaşımı yönünden uygulanan test de 'etki' odaklıdır.[726] Nitekim, bir kişiyi sermaye açısından dolaşım serbestîsinin kullanımından 'vazgeçirmeye', 'caydırmaya' ya da 'yıldırmaya' elverişli önlemler kısıtlama sayılmaktadır.[727] Konuyla ilgili en iyi örnek, *Verkooijen* davasıdır.[728] Buradaki ulusal hükme göre hissedar olan gerçek kişiler, sadece kâr payları o ülkede yerleşik şirketlerce ödeniyorsa, kâr payı muafiyetine ilişkin vergi avantajından yararlanabilecektir.[729] Divana göre bu tür bir hüküm, Hollanda'da mukim Hollanda vatandaşlarını bir başka üye devlette merkezi bulunan şirketlere sermaye yatırımı yapmaktan "caydırma *etkisine* sahiptir".[730] Bu tür bir hüküm, aynı zamanda, başka üye devletlerde yerleşik şirketler yönünden de "kısıtlayıcı *etkiye* sahiptir": bu tür şirketlerin hisseleri, Hollanda'da mukim yatırımcılar yönünden o devlette merkezi bulunan şirketlerin hisselerine göre daha az

[724] Bkz. **WHITE, (2004),** s. 54, 199. Kaldı ki, bir kişinin ayrımcılık yapılmasını ampirik kanıtlar ile göstermesi, hukuk davası açısından zor, masraflı ve karmaşıktır. Bkz. **WILSHER,** s. 10.

[725] Case C-231/05 *Oy AA* [2007] pr. 40. Ayrıca bkz. Case C-374/04 *Test Claimants* [2006] pr. 62.

[726] Bkz. **STEINER–WOODS,** s. 389.

[727] Bu terimler için sırasıyla bkz. Case C-35/08 *Busley and Fernandez* [2009] pr. 20; Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 25; Joined Cases C-463/04 and C-464/04 *Federconsumatori and Others* [2007] pr. 21.

[728] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000].

[729] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 36.

[730] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 34. (*Vurgu* eklenmiştir.)

çekicidir.[731] Öyleyse, sermayenin serbest dolaşımına yönelik tahdit, bir önlemin "fiili ya da potansiyel etkisi" ile belirlenmektedir.[732]

B. Yükün Etkisinin Boyutu ve Uzaklığı

Birlik hukukuna göre bir önlem ile yaratılan yükün etkisinin boyutu, önem taşımamaktadır. Bu tespit, serbestîler yönünden bir *de minimis* kuralı uygulanmaması anlamına gelmektedir.[733] Öyleyse, her serbestî açısından en ufak kısıtlamalar bile Birlik hukukuna aykırı kabul edilebilecektir. Bu yönden önemli olan, kısıtlamanın kayda değer olup olmaması değil; fakat ortada kısıtlama bulunup bulunmamasıdır.[734]

Bu durum, her serbestî açısından örneklenebilir.[735] Söz gelişi, malların serbest dolaşımına ilişkin ABİHA md. 34, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlemleri, üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi derecesine göre sınıflandırmamıştır. Ulusal önlem, ithalatı engelleyici nitelikteyse, engelleme hafif olsa ve ithal malların başka yollarla pazarlanma ihtimali olsa da; miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlem sayılacaktır.[736] Öyleyse, ulusal önlemin Birlik içi ticarette kayda değer bir etkisinin olması aranmamaktadır.[737] Yine, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin md. 45, 49, 56 ve 20, 21 ile 18, ihtilaflı engelin boyutu ya da ölçeğine

---

[731] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 35. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[732] **FLYNN,** s. 783.

[733] Komisyon, söz gelimi işçilerin dolaşım serbestîsi ile ilgili olarak, bu alanda bir *de minimis* kuralı uygulanmadığını belirtmiştir. Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 70.

[734] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 811.

[735] Örneğin, *French Community and Walloon* kararına göre mallar, kişiler, hizmetler ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin kurucu antlaşma hükümleri, temel Birlik hükümleri olup; bu serbestîlere yönelik ufak olsa bile her kısıtlama yasaklanmıştır. Case C-212/06 *French Community and Walloon* [2008] pr. 52.

[736] Joined Cases 177–178/82 *van de Haar* [1984] pr. 13.

[737] Case 16/83 *Prantl* [1984] pr. 20.

değinmemektedir.[738] Ayrıca, sermayenin serbest dolaşımına ilişkin md. 63 açısından kısıtlamanın boyutuna yer verilmemektedir.[739]

Birlik hukuku, bir yükün etki boyutuna bakmazken; yükün dolaşım serbestîsi üzerindeki etkisinin uzaklığını dikkate almaktadır. Buna göre bir serbestî hükmü, ancak bir yükün dolaşım serbestîsi üstündeki etkisi "fazla belirsiz ve dolaylı" değil ise ihlâl edilebilecektir.[740] Bu bakımdan, uzaklık kavramı, niteliksel bir biçimde uygulanmaktadır.[741] Bir başka ifadeyle, bu tür durumlarda ilgili yük ile Birlik içi ticaret veya dolaşım üstündeki etki arasındaki illiyet bağı eksiktir.[742] Bununla birlikte, uygulamada 'maddi önem' eşiği ile kısıtlayıcı etkinin fazla belirsiz ve dolaylı olmaması gereksinimi kullanımının sonucu çoğunlukla aynıdır.[743] Buna karşın, iki yaklaşımın niteliksel olarak farklı olmasından ötürü, bu iki yaklaşım kimi davalarda farklı neticeler de verecektir.[744]

---

[738] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 258.

[739] Bkz. Case E-1/00 *Íslandsbanki-FBA* [2000-2001] pr. 28.

[740] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-20/03 *Burmanjer and others* [2005] pr. 31. İşçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-190/98 *Graf* [2000] pr. 25. Yerleşme hakkı ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-418–421/93, C-460–462/93, C-464/93, C-9–11/94, C-14–15/94, C-23–24/94 and C-332/94 *Casa Uno and others* [1996] pr. 32. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Opinion of AG Kokott in Case C-222/07 *UTECA* [2009] pt. 53, 130. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-282/04 and C-283/04 *Commission v Netherlands* [2006] pr. 29. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 32. Konuyla ilgili örnekler için bkz. **BIONDI,** s. 485–488. *Graf* ve *Morgan and Bucher* kararları için sırasıyla bkz. s. 240, 265.

[741] **NIC SHUIBHNE, (2009),** s. 179.

[742] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 601–602; **BARNARD, (2010),** s. 120. Ayrıca bkz. Opinion of AG La Pergola in Case C-44/98 *BASF* [1999] pt. 18; Opinion of AG Fennely in Case C-67/97 *Bluhme* [1999] pt. 19.

[743] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 229.

[744] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 229.

Sonuç olarak, tahdidi oluşturan yüke ait özellikler, yani, 'etki'nin nazara alınması, 'potansiyel' etkinin yeterli olması, gerçekten nispetsiz etkinin varlığının ispatının yerine bir yükün belirli bir tür etki doğurabilecek olmasının gösterilmesinin aranması, etkinin boyutunun önem taşımaması ve yalnızca yük ile dolaşım serbestîsi üstündeki etki arasındaki illiyet bağı eksikliği (uzaklık) hâlinde ihlâl ihtimalinin ortadan kalkması ışığında bir serbestî hükmünün etki sahasının genişliğinin çarpıcılığı görünür hâle gelmektedir.

3. Serbestî Hükümlerinin İhmâl Yoluyla İhlâl Edilebilmesi

Serbestî hükümleri, önlem alınarak ya da önlem almaktan kaçınılarak ihlâl edilebilmektedir.[745] Bundan ötürü serbestîler, kimi hâllerde önlem alma pozitif yükümlülüğü vaz etmektedir.[746]

Konuyla ilgili olarak *Commission v France* davası incelenebilir.[747] Burada Fransız çiftçileri, diğer üye devletlerden gelen zirai ürünlere yönelik şiddet içeren eylemler yapmaktadır. Bu eylemler arasında; bu tür ürünleri Fransa'ya taşıyan kamyonların durdurularak yüklerinin tahrip edilmesi, kamyon sürücülerine karşı şiddet gösterilmesi, bu ürünleri satan süpermarketlerin tehdit edilmesi ve dükkânlardaki ürünlere zarar verilmesi bulunmaktadır.[748] Komisyon, bu olaylar sonucunda Fransa aleyhine ihlâl davası açmıştır; zira Fransa, bireylerin eylemleri ile malların serbest dolaşımının engellenmesini önleyecek gerekli ve orantılı önlemleri almamaktadır.[749] Divana göre:

---

[745] Bkz. **JARASS,** s. 150; **KENT, (2000),** s. 68; **KENT, (2001),** s. 127. Arnull ve diğerlerine göre bu yaklaşım, temel haklar teorisi ile tamamen uyum içindedir. Bu teoriye göre devletler yalnızca bireylerin temel haklarına müdahale etmeme negatif yükümlülüğüne değil; aynı zamanda bu hakların etkili biçimde kullanılmasını güvence altına alma pozitif yükümlülüğüne de sahiptir. **ARNULL–*et. al.***, s. 603.

[746] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 221.

[747] Case C-265/95 *Commission v France* [1997]. Konuyla ilgili bir başka örnek *Schmidberger* kararıdır. Bkz. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003].

[748] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 2.

[749] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 1.

> "[ABİHA md. 34], yalnızca üye devletler arasındaki ticarete kısıtlama yaratan ve devletten kaynaklanan önlemleri yasaklamaz. Bu hüküm, aynı zamanda, malların serbest dolaşımına devletçe sebep olunmayan engelleri bertaraf etmek için bir üye devletin gerekli önlemleri almaktan kaçınması hâlinde de uygulanır."[750]

Md. 34 ve sadakat yükümlülüğü uyarınca üye devletler, kendi ülkelerinde temel serbestîleri sağlamak için gerekli ve uygun tüm tedbirleri almalıdır.[751] Bu bağlamda, üye devletler, kamu düzeni ve iç güvenliğin muhafaza edilmesindeki münhasır yetkileri nedeniyle en uygun önlemleri seçme konusunda takdir yetkisine kuşkusuz ki sahiptir.[752] Bununla birlikte, bu takdir yetkisi nazara alınarak, üye devletlerin malların serbest dolaşımının sağlanması için uygun önlemleri alıp almadığını doğrulamak ise Divana düşmektedir.[753]

Peki, bu prensipler, somut uyuşmazlıkta nasıl uygulanmıştır? Kısaca, Divan, dava konusu olayların yaklaşık on senedir düzenli olarak sürmesi, seneler geçtikçe ciddileşen olayların zirai ürünlerin ticaretini tehlikeye atması, tüm bu olaylara karşın yalnızca birkaç kişinin tespit edilerek cezalandırılması üzerinde durmuştur. O hâlde, olayların sıklığı ve ciddiyeti ışığında Fransız hükümeti, malların serbest dolaşımını sağlamakta yetersiz önlemlere başvurmuştur.[754] Sonuç olarak, Fransa, bireylerce diğer üye devletlerden gelen zirai ürünlere yönelik şiddet içeren eylemlere ilişkin gerekli ve orantılı tüm önlemleri "açıkça ve ısrarla" almayarak, malların serbest dolaşımı ve sadakat yükümlülüğü uyarınca olan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.[755]

---

[750] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 30.

[751] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 32. Bkz. **LA** ile değişik **ABA** md. 4(3).

[752] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 33.

[753] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 35.

[754] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 40, 44, 50, 52.

[755] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 65, 66. Krş. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 64, 94. Bkz. **ABİHA** md. 34; **LA** ile değişik **ABA** md. 4(3). Bu dava ile İngiltere'deki benzer bir davanın sonuçlarının karşılaştırması için bkz. **MUYLLE, KOEN,** "Angry Farmers and Passive Policemen:

Bu karar esas alınarak, serbestî hükmünün ihmal yoluyla ihlâline ilişkin kimi tespitler yapılabilir.[756] Bir kere, her ne kadar bu konuya ilişkin bugüne kadarki kararlar malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak verilmişse bile; bu karardaki prensipler, diğer serbestîlere genişletilebilecektir.[757] Yine, büyük bir ihtimalle, üye devletler bireysel eylemler nedeniyle yalnızca istisnai hâllerde sorumlu tutulacaktır.[758] Başka bir deyişle, bireylerin serbest dolaşımı tehlikeye atmaya oranla daha az ciddiyet taşıyan müdahaleleri, bu yaptırıma vücut vermeyecektir.[759] Dahası, Divan, bu tür bir durumda hangi önlemi alacaklarını belirlerken üye devletlere geniş bir takdir yetkisi verecek ve genellikle üye devletlerin kararları üzerinde fikir yürütmeye çalışmayacaktır.[760] Ayrıca, bir üye devletin bireylerce sebep olunan serbest dolaşıma dönük engelleri ortadan

---

Private Conduct and the Free Movement of Goods", *European Law Review*, Cilt: 23, No: 5, 1998, s. 472–474.

[756] Buradakilere ek olarak, Birlik yasa koyucusu harekete geçerek, üye devletin eylemi ya da eylemsizliği nedeniyle ticaret engellerinin oluşması ile ilgilenmek için 'hızlı müdahale mekanizması'na yönelik bir Tüzük çıkarmıştır. Bkz. **2679/98 sayılı Tüzük**. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 604; **CAN, (2008),** s. 210; **BAQUERO CRUZ, JULIO,** "Free movement and private autonomy", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 6, 1999, s. 611.

[757] Nitekim Divan, *Commission v France* kararında bir üye devletin ülkesinde "bir temel serbestî"ye saygıyı sağlamak için gerekli ve uygun tüm tedbirleri alma gerekliliğinden bahsetmektedir. Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 32. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **RINGE,** s. 393–394.

[758] Bu görüş, Hukuk Sözcüsü Lenz tarafından dile getirilip; Mann'a göre bu fikir, Divan kararında örtülü biçimde mevcuttur. Bkz. Opinion of AG Lenz in Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pt. 66; **MANN,** s. 138.

[759] **BARNARD, (2010),** s. 77–78. Benzer bir görüş için bkz. **EPINEY, ASTRID,** "Free Movement of Goods", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007 (a), s. 229.

[760] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 156 (Barnard, bu yorumu, *Schmidberger* kararındaki aynı tespitlere ilişkin olarak yapmaktadır.); **JARASS,** s. 150.

kaldırmakta başarısız olması nedeniyle ilgili bir kişi, o üye devlete karşı devlet sorumluluğu ilkesi uyarınca tazminat davası açabilecektir.[761]

Peki, buraya kadarki açıklamalara göre Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşımlar arasındaki etkileşim nasıl olmuştur? Bir kere, serbestîye yönelik tahdit, daha Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım öncesinde kimi ortak özellikler ihtiva etmeye başlamıştır. Buna göre, tahdidi oluşturan yük açısından niyetten ziyade 'etki' önem taşımakta; bu etkinin boyutunun bir önemi bulunmamakta, bir başka ifadeyle *de minimis* kuralı serbest dolaşım alanında uygulanmamakta ve bir yükün dolaşım serbestîsi üstündeki etkisinin fazla belirsiz veya dolaylı olmaması gerekmektedir. İşte Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, bu yerleşik içtihat hukukunu aynen almıştır. Bu da, dolaşım serbestîsi bakımından uyumun derecesini arttırmaktadır. Bunun yanı sıra bir serbestî hükmü, aktif bir eylemin yanı sıra pasif bir eylemle, yani bir önlem almaktan kaçınarak da ihlâl edilebilirken; bu kural, şartlar oluştuğu takdirde, mallar dışındaki diğer tüm serbest dolaşımlar yönünden kullanılabilecektir.

Bir sonraki bölüm ise, bir serbest dolaşım hükmünün kime karşı kullanılabileceğini göstermektedir.

III. Serbestî Hükümlerinin Muhatapları

Kurucu antlaşmadaki serbestî hükümleri, doğrudan etkili kabul edilmektedir.[762] Bu hükümler uyarınca serbestîler yönünden hem vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması hem de serbestînin kısıtlanması yasaktır. Böylelikle, bu hükümler, bireylere ulusal mahkemeler ve otoriteler önünde ileri sürebilecekleri haklar kazandırmaktadır.[763]

---

[761] Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 184; **SNELL, (2004b),** s. 241. Bkz. dn. 308, s. 73.

[762] Bkz. "II. Kurucu Antlaşmadaki Serbest Dolaşıma Dair Hükümlerin Doğrudan Etkisi", s. 72.

[763] Bir serbestî hükmünden yararlananlarla ilgili olarak örneğin işçilerin serbest dolaşımı yönünden bir işveren, bir başka üye devlet vatandaşını işe almak istediğinde ABİHA md. 45'e dayanabilir. (Case C-350/96 *Clean Car* [1998] pr. 19.) Söz gelimi, hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden yalnızca hizmet

Peki, bu hükümler kimlere karşı ileri sürülebilmekte veyahut da kimleri muhatap almaktadır? İşte bu soru, aşağıda iç pazardaki ve Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım açısından yanıtlanmaya çalışılacaktır.

1. İç Pazar Serbestîleri

Bu bölümde; malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı hükümlerinin muhatapları belirlenecektir.

A. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34, üye devletleri muhatap alırken; bireylere karşı ileri sürülememektedir. Bu bakımdan, devlet kavramı, oldukça geniş yorumlanmakta[764] ve pek çok önlem neticesinde md. 34 devlete karşı kullanılabilmektedir.[765] Bir kere, bu hüküm, üye devletlerin her türlü otoritesince çıkarılan önlemlere uygulanabilmektedir. Bu anlamda, merkezi otoriteler ile federal devlet otoritesi ya da diğer bölgesel otoriteler arasında fark yoktur.[766] Yine; yasama, yürütme ya da yargıya ait her türlü kamu organının işlemi üye devlete aittir.[767]

İkinci olarak, kimi kuruluşlarca çıkarılan işlemler, ulusal hükümetlerin sorumlu tutulabilmesi hâlinde, üye devletlere atfedilecektir.[768] Konuya ilişkin *Commission v Ireland* davasında kamu otoritesi olmayan İrlanda Malları Konseyi, İrlanda ürünlerinin teşvik edilmesi için reklam kampanyası yürütmektedir.[769] Divana göre Konsey etkinlikleri, ulusal bir uygulama seviyesine erişmiştir; İrlanda hükümetince

---

sunan teşebbüsler değil; fakat onların çalışanları, md. 56'ya dayanabilir. (Case C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] pr. 12.)

[764] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 157; **EMILIOU,** s. 228–229; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 262.

[765] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 659; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 186; **EPINEY, (2007a),** s. 229; **SHAW–*et. al.*,** s. 110; **SNELL, (2004b)**, s. 218–221.

[766] Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa* [1991] pr. 8.

[767] Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 371.

[768] Bu durum, dört serbestî için de geçerlidir. Bkz. **EHLERS,** s. 197.

[769] Case 249/81 *Commission v Ireland* [1982] pr. 6.

başlatılılmıştır ve hükümetin yardımı ile ilerlemektedir. Öyleyse bu uygulama, bağlayıcı kararlara dayanmasa bile, ABİHA md. 34'teki yasak kapsamındadır.[770] Sonuç olarak, ilgili Konseyin etkinlikleri İrlanda hükümetine atfedilebilir olup; İrlanda, bu etkinliklerinden ötürü sorumludur.[771]

Üçüncü olarak, üye devletler, ilk bakışta kamusal statü dışında gözükseler bile; kimi özelliklere sahip kuruluşların işlemleri nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.[772] Örneğin, Birleşik Krallık Eczacıları Birliği; mevzuat ile tanınması, eczacılık ile ilgili yegâne kuruluş olması, eczacılık mesleğini yürütmek için bu Birliğe kaydın zorunlu olması, eczacılarla ilgili etik kuralları koyması ve bu Birlik içinde ulusal mevzuat ile kurulmuş bir disiplin komitesinin mesleki suistimallere disiplin cezaları verebilmesi yetkileri nedeniyle yaptığı işlemlerden ötürü ABİHA md. 34'e muhatap olacaktır.[773] Yine, özel bir şirket olarak kurulmuş olsa bile; bir üye devletçe kanun ile kurulan ve üreticilere yüklenen katkı payı ile finanse edilen bir kuruluş, kurucu antlaşmanın malların serbest dolaşımına ilişkin temel kurallarına uymakla yükümlüdür.[774] Öyleyse, Divan, bir organın eylemlerinin md. 34 kapsamına girip girmediğini belirlerken; organın işlevlerini, kanuni temelini, yönetimini ve finansmanını dikkate almakta; yani organın hukuki biçimi belirleyici bulunmamaktadır.[775]

Son olarak, üye devletler, ABİHA md. 34'e aykırı birey eylemleri nedeniyle de mesul olabilecektir. Söz gelimi, *Commission v France* kararı uyarınca md. 34, sadakat yükümlülüğü ile birlikte "bir üye devletin, malların serbest dolaşımına devletçe sebep olunmayan engellerin icabına bakmak için gerekli önlemleri almaktan kaçınması

---

[770] Case 249/81 *Commission v Ireland* [1982] pr. 27–28.

[771] Case 249/81 *Commission v Ireland* [1982] pr. 29, 30. Bkz. **DAVIES, G., (2003a)**, s. 177–178.

[772] Oliver ve Roth'a göre kimi özellikleri haiz (devlet yetkilerinin devredildiği veya devletçe kurulan, personeli atanan ve finanse edilen) kuruluşlara dört serbestînin uygulanması doğrudur. **OLIVER–ROTH,** s. 425. Benzer bir görüş için bkz. **EHLERS,** s. 197.

[773] Case 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989] pr. 14–16.

[774] Case C-325/00 *Commission v Germany* [2002] pr. 18. Bkz. Case 222/82 *Apple and Pear* [1983] pr. 17.

[775] **STEINER–*et. al.*,** s. 371. Bkz. Case C-302/88 *Hennen Olie* [1990] pr. 15–16.

hâlinde" uygulanmaktadır.[776] Bir başka ifadeyle, üye devletler, kendi ülkelerinde temel serbestîleri sağlamak için gerekli ve uygun tüm tedbirleri almalıdır.[777]

ABİHA md. 34, bireylere karşı ise kullanılamamaktadır.[778] Divana göre bu husus, bir yandan md. 34 ile rekabet kuralları öte yandan üye devlet önlemleri ile bireysel sözleşmeler arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Söz gelimi *Van de Haar* kararı uyarınca md. 101, teşebbüsleri ve teşebbüs birliklerini muhatap alan ve iç pazarda etkin bir rekabetin korunmasını amaçlayan rekabete ilişkin kurallara dâhilken; md. 34, malların serbest dolaşımını sağlamaya ve bu amaç ile bu tür serbest dolaşımı bir biçimde engelleyebilecek üye devletlere ait önlemleri ortadan kaldırmaya çalışan kurallar arasında yer almaktadır.[779] Öyleyse, rekabet kuralları teşebbüsleri muhatap tutarken; malların serbest dolaşımı kuralları üye devletleri muhatap almaktadır.[780] Yine, *Vlaamse Reisbureaus* kararına göre md. 34, "teşebbüslerin davranışları ile değil;

---

[776] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 30. Bkz. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 57. **LA** ile değişik **ABA** md. 4(3). Bkz. "3. Serbestî Hükümlerinin İhmâl Yoluyla İhlâl Edilebilmesi" s. 310.

[777] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 32. Bkz. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 59.

[778] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 155; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 659; **HILSON, (2004),** s. 644; **KINGREEN, THORSTEN,** "Fundamental Freedoms", **(Eds.) VON BOGDANDY, ARMIN–BAST, JÜRGEN,** *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, North America, 2006, s. 580; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 158. Divanın bu duruşu, desteklenmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 76; **MANN,** s. 139; **EPINEY, (2007a),** s. 230. Bununla birlikte, ABİHA md. 34'e belirli bir derecede yatay etki tanınması gerektiğini ileri sürenler de vardır. Bkz. **DAVIES, G., (2003a),** s. 176; **SNELL, (2004b),** s. 232–233, 245; **WYATT, DERRICK,** "Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality after Viking and Mangold, and the Implications for Community Competence", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt: 4, 2008, s. 46. Krş. Case C-47/90 *Le Lion SA* [1992] pr. 29. (Bu dava, md. 35 ile ilgilidir.)

[779] Joined Cases 177 and 178/82 *van de Haar* [1984] pr. 11–12. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 158. Bir olaya md. 34 ya da 101'in uygulanmasının yaratacağı farklılıklar için bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 622.

[780] Birlik rekabet hukuku anlamında 'teşebbüs', bir birimin hukuki statüsü ve ne şekilde finanse edildiğine bakılmaksızın ekonomik etkinlikte bulunan her birimi kapsamaktadır. Case C-41/90 *Höfner* [1991] pr. 21.

yalnızca kamu önlemleri ile ilgilenmektedir".[781] Dahası, *Sapod Audic* kararı gereğince Sapod şirketinin 'Green Dot logo' işaretini paket üstüne basması yükümlülüğü, taraflar arasındaki sözleşmenin bir maddesi olmasından ötürü, "bir üye devletçe yüklenmemesi ve fakat bireyler arasında kararlaştırılması nedeniyle" md. 34 anlamında ticarete yönelik engel olarak kabul görmeyecektir.[782]

B. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümlerinin muhatapları, bu sırayla ele alınacaktır.

a. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 45, hem üye devletleri hem de belirli ölçüde devlet dışı kişileri muhatap almaktadır. Üye devletin muhatap tutulması, herhangi bir zorluğa yol açmamaktadır.[783] Bu yönden devlet; hükümeti, bakanlıkları, kamu kurulları ve müdürlüklerini, yerel yönetim otoritelerini ve tamamen devletçe sahip olunan şirketleri kapsamaktadır.[784] Bununla beraber, md. 45, Divan kararları uyarınca bir alanı toplu biçimde düzenleyen kuruluşlar ve hatta kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir.[785] Buna ilişkin olarak, *Walrave and Koch*, *Bosman* ve *Angonese* kararları örnek verilebilir.

Divan, *Walrave and Koch* kararı ile Uluslararası Bisikletçiler Birliğini ABİHA md. 45 ve 56'nın muhatabı saymıştır.[786] Somut uyuşmazlık, bu uluslararası spor örgütünün kuralları ile md. 45, 56 ve 18 arasındaki uyum ile ilgilidir.[787] Bu hükümler,

---

[781] Case 311/85 *van Vlaamse* [1987] pr. 30.

[782] Case C-159/00 *Sapod Audic* [2002] pr. 74. Bkz. Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 5.

[783] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 8.

[784] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 572.

[785] Bkz. **BECKER, ULRICH,** "Freedom of Movement for Workers", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 275.

[786] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974].

[787] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 14.

uygulama alanları içinde vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.[788] Divana göre:

> "Bu tür bir yasaklama, yalnızca kamu otoritelerinin eylemlerine uygulanmaz; fakat ücretli istihdamı ve hizmet sağlamayı toplu bir biçimde düzenlemeyi amaçlayan her türlü diğer nitelikteki kuralları da içine alır."[789]

Divan, bu durumu üç gerekçe ile izah etmektedir. İlk olarak, "ulusal kökenli engellerin ortadan kaldırılması, kamu hukukuna göre yönetilmeyen birlikler ya da kuruluşlarca, onlara tanınan yasal özerkliğin kullanılması nedeniyle doğan engeller ile nötrlenirse", Birliğin temel hedefleri olan kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik üye devletler arasındaki engellerin yok edilmesi tehlikeye girebilecektir.[790] Bu tespit, Birlik hukukunun etkili uygulanması (*effet utile*) gerekliliğine işaret etmektedir.[791] İkinci olarak, çeşitli üye devletlerdeki çalışma koşulları, kimi zaman kanun ya da tüzükte yer alan kurallar aracılığıyla ve kimi zaman da özel kişilerce oluşturulan veya bağıtlanan sözleşme veya diğer işlemlerle düzenlenmektedir. O hâlde, söz konusu yasaklamayı "bir kamu otoritesinin işlemleri ile sınırlamak, bu yasaklamanın uygulanmasında eşitsizlik yaratılması riskini taşımaktadır".[792] Bu tespit, Birlik hukukunun birörnek uygulanması gerekliliğine işaret etmektedir.[793] Üçüncü olarak, md. 45 ve 56, ortadan kaldırılması gerekli engellerin kaynağı ile ilgili lâfzen herhangi bir sınırlama getirmemekte; bir

---

[788] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 16.

[789] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 17.

[790] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 18.

[791] Bkz. **VAN DEN BOGAERT, STEFAAN,** "Horizontality", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 125, 135–136.

[792] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 19.

[793] Bkz. **VAN DEN BOGAERT,** s. 125, 136–137.

başka ifadeyle, belirli bir muhataba yer vermemektedir.[794] Sonuç olarak, md. 45, 56 ve 18, –vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı–, istihdam ve hizmet sağlamayı toplu bir biçimde düzenlemeyi amaçlayan her türlü nitelikteki kurala, yani ilgili uluslararası spor kuruluşu kurallarına tesir edecektir.[795]

Bosman kararı ile *Walrave and Koch* kararı bir adım öteye taşınmıştır.[796] Bu karar uyarınca ABİHA md. 45, Birlik hukukunun etkili ve birörnek uygulanması gerekliliği neticesinde serbestîinin kısıtlanması yasağı yönüyle de ücretli istihdamı toplu bir biçimde düzenlemeyi amaçlayan her türlü kurala ve kuruluşa (UEFA) uygulanacaktır.[797] Bu meyanda UEFA, bu belirlemeye karşı bir argüman ileri sürmüştür. Ona göre bu yorum sonucunda md. 45, bireyleri üye devletlerden daha fazla sınırlamaktadır; zira yalnızca üye devletler; kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde sınırlamalarını haklı göstermeye ehildir.[798] Divana göre ise bu argüman yanlış bir varsayıma dayanmaktadır. Bireyleri; kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık gerekçelerine dayanmaktan alıkoyan hiçbir şey yoktur.[799] Kaldı ki, bu

---

[794] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 20, 21. Bkz. **SNELL, (2004b),** s. 222. Krş. **PRECHAL, SACHA–DE VRIES, SYBE,** "Seamless Web of Judicial Protection in the Internal Market?", *European Law Review*, Cilt: 34, No: 1, 2009, s. 13.

[795] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 25.

[796] Case C-415/93 *Bosman* [1995]. Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974].

[797] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 82–84, 92. Bkz. **VAN DEN BOGAERT,** s. 127.

[798] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 85. Bkz. **OLIVER–ROTH,** s. 427.

[799] Cherednychenko'ya göre bireyler ve özel kuruluşların kendi ayrımcı ya da sınırlayıcı işlemlerini haklı göstermek için üye devletler için geliştirilen sınırlama sebeplerini başarıyla ileri sürebilmesi uygulamada hiç de gerçekçi gözükmemektedir. **CHEREDNYCHENKO, OLHA,** "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", *European Review of Private Law*, Vol: 14, No: 1, 2006, s. 42. Davies'e göre bir özel kuruluşun işlemlerinin kamu güvenliği temelinde gerekli olduğunu iddia etmesi belki de zor olmakla birlikte; bu önlemleri desteklemek için genel iyiyi temsil eden kamu düzenine dayanabilme imkânı mevcut gözükmektedir. **DAVIES, G., (2003a),** s. 179. Mortelmans'a göre kamu düzeni ve kamu güvenliği hâlinde, özel kuruluşlara bırakılamayacak genel çıkarlar (*imperium*) söz konusudur. **MORTELMANS, (2001),** s. 642.

gerekçelerin ne kapsamı ne de içeriği, ilgili kuralların kamu ya da özel nitelik taşımasından etkilenmektedir.[800] Sonuç olarak, md. 45, serbestînin kısıtlanması yasağı yönüyle profesyonel sporcuların ücretli istihdamı ile ilgili kurallar getiren spor kuruluşlarının kurallarına uygulanacaktır.[801]

Bir sonraki adım olan *Angonese* kararında ABİHA md. 45'teki vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması kuralının bireyleri de muhatap aldığı kesinleşmiştir.[802] Burada, md. 45 ile özel bankaca talep edilen belirli bir sertifika koşulunun uyumu incelenmiştir.[803] *Walrave and Koch* ve *Bosman* kararlarından alıntı yapan Divana göre md. 45, vatandaşlık temelinde ayrımcılığı yasaklarken; hem Birlik hukukunun etkili ve birörnek uygulanması gerekliliği hem de bu maddenin genel terimlerle kaleme alınması dolayısıyla bu yasak, ücretli istihdamı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan kurallara uygulanmaktadır.[804] Yine *Defrenne II* kararına göre kurucu antlaşmanın kimi hükümleri üye devleti muhatap alsa bile; bu durum, bu hükümlerde yer alan yükümlülüklerle uyum konusunda bir çıkarı olan herhangi bir bireye hak tanınmasının önüne geçmeyecektir.[805] Öyleyse:

> "Kurucu antlaşmanın emredici nitelikteki bir hükmüne ilişkin olarak, … ayrımcılık yasağı, … istihdamı toplu olarak düzenlemeyi amaçlayan bütün

[800] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 86. Kimi yazarlara göre 'iradenin muhtariyeti', bu tür hâllerde haklı gerekçe olarak kullanılabilmelidir. Bkz. **CHEREDNYCHENKO,** s. 42; **OLIVER–ROTH,** s. 423.

[801] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 87.

[802] Case C-281/98 *Angonese* [2000]. Davanın vakaları ile ilgili olarak bkz. s. 209. Bu davanın incelemesi için bkz. **THOMAS, KATHRYN,** "Angonese: An unwarranted Extension of the Scope of Community Law", *University College Dublin Law Review*, 2002, s. 74–91.

[803] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 21, 28.

[804] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 29–33. Bkz. Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 17–21; Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 83–84.

[805] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 34. Bkz. Case 43/75 *Defrenne II* [1976] pr. 31.

anlaşmaların yanı sıra bireyler arasındaki sözleşmelere de aynı biçimde uygulanır.''[806]

Bu değerlendirmeler, temel bir serbestîye yer veren ve md. 18'deki genel ayrımcılık yasağının özel uygulaması olan md. 45 yönünden *a fortiori* uygulanabilmelidir. Bu açıdan, md. 45, md. 157 gibi, iş gücü piyasasında hiçbir ayrımcılık olmamasını sağlamak için tasarlanmıştır.[807] Sonuç olarak, md. 45, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönüyle özel kişilere karşı da ileri sürülebilecektir.[808]

Peki, ABİHA md. 45, serbestînin kısıtlanması yasağı yönüyle bireye karşı kullanılabilecek midir? Daha net bir ifadeyle, gerek devlet gerek ücretli istihdamı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan kuruluşlar dışındaki kişiler, serbestînin kısıtlanması yasağına muhatap tutulabilecek midir? Bu konu ile ilgili herhangi bir Divan kararı olmamakla birlikte, böyle bir uygulama, hem 'iradenin muhtariyeti' hem de 'hukuki belirlilik' ilkeleri temelinde yerinde görülmemektedir. İlk sebebe örnek olarak, Arnull ve diğerlerine göre md. 45'in yatay uygulanmasını serbestînin kısıtlanması yasağına taşımak, özel kişilerin sözleşme özgürlüğünü haddinden fazla sınırlama riskini taşıyan ve fazla ileri giden bir adım oluşturacaktır.[809] İkinci sebebe örnek olarak, Prechal ve de Vries'e göre temel serbestîlerde serbestînin kısıtlanması yasağı, tam etkiye sahip olursa;

---

[806] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 34. Bkz. Case 43/75 *Defrenne II* [1976] pr. 39.

[807] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 35.

[808] Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 36. Bu yasak, özel kişiler yönünden de, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık vakalarını içermektedir. Case C-94/07 *Raccanelli* [2008] pr. 45–46. Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 573; **VAN DEN BOGAERT,** s. 129. Bir serbestî hükmünün vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönünden bireylere uygulanmasını haklı bulanlar ve eleştirenler vardır. Bunu haklı bulanlar için bkz. **LOHSE, EVA JULIA,** "Fundamental Freedoms and Private Actors – Towards an 'Indirect Horizontal Effect'", *European Public Law*, Cilt: 13, No: 1, 2007, s. 187–189; **VAN DEN BOGAERT,** s. 150; **PRECHAL–DE VRIES,** s. 16–17. Bunu eleştirenler için bkz. **EPINEY, (2007a),** s. 231; **OLIVER–ROTH,** s. 426–429; **DE WITTE, BRUNO,** "Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order", **(Eds.) CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, United States, 1999, s. 184; **EHLERS,** s. 198–199.

[809] **ARNULL–*et. al.*,** s. 709.

bu durum hukuki belirlilik ilkesi ile çatışacaktır.[810] Bu gerekçeler ışığında Divan da, büyük bir ihtimalle, serbestînin kısıtlanması yasağını bireylere karşı kullanmayacaktır.

b. Yerleşme Hakkı

ABİHA md. 49, hem üye devletleri hem de belirli ölçüde devlet dışı kişileri muhatap almaktadır. Bu durum, üye devletler açısından net iken;[811] devlet dışı kişiler yönünden daha tartışmalıdır.[812] *Wouters* ve *Viking* kararları, buna örnek gösterilebilir.

Wouters davası ile Hollanda Barolar Birliği ABİHA md. 49'a muhatap kabul edilmiştir.[813] Bu dava, md. 49 ve 56 ile adı geçen Birlik düzenlemesine göre bir avukatın bir muhasebeci ile tam ortaklık kurarak çalışması yasağının uygunluğunu konu almaktadır.[814] *Walrave and Koch* ve *Bosman* kararlarına gönderme yapan Divana göre md. 49 ve 56'ya uygunluk, nitelik olarak kamuya ait olmayan ve fakat serbest çalışmayı ve hizmet sağlamayı toplu biçimde düzenlemek için tasarlanmış kurallar yönünden de aranacaktır. Aksi hâlde Birlik hukukunun etkili uygulanması tehlikeye girecektir.[815] O hâlde, md. 49 ve 56, serbestînin kısıtlanması yasağı yönüyle bu tür kurallara uygulanacaktır.[816]

Ayrıca, *Viking* kararı ile işçi sendikaları ABİHA md. 49'un muhatabı sayılmıştır.[817] Söz konusu dava, işçi sendikalarının eylemlerinin bu maddeye uygunluğu

---

[810] **PRECHAL–DE VRIES,** s. 18. Benzer bir görüş için bkz. **THOMAS,** s. 91.

[811] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 32.

[812] Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 122; Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 61.

[813] Case C-309/99 *Wouters* [2002].

[814] Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 2.

[815] Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 120. Bkz. Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 17, 23, 24; Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 83, 84; Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 32.

[816] Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 122.

[817] Case C-438/05 *Viking* [2007]. Bu davanın incelemesi için bkz. **DAVIES, A. C. L.,** "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal*, Cilt: 37, No: 2, 2008, s. 126–148; **HINAREJOS, ALICIA,** "*Laval* and *Viking*: The Right to Collective Action versus EU Fundamental Freedoms", *Human Rights Law Review*, Cilt: 8, 2008, s. 714–729; **REICH,**

ile ilgilidir. Divana göre, bir kere, Birlik hukuku etkili uygulanmalı (*effet utile*) ve kurucu antlaşmanın emredici nitelikteki bir hükmüyle düzenlenen temel bir serbestîye zarar verilmesi üzerindeki yasak, istihdamı toplu olarak düzenlemeyi amaçlayan bütün anlaşmalara tatbîk edilmelidir.[818] Buna göre işçi sendikaları, kamu hukuku birimleri olmayıp ulusal hukukça verilen yasal özerkliği kullansa bile; işçi sendikalarınca başlatılan toplu eylem, Viking firmasına ait gemi çalışanlarının istihdamını toplu olarak düzenlemek için bir sözleşmenin bağıtlanması amacına yönelmiştir.[819] O hâlde, md. 49, bir işçi sendikasına karşı ileri sürülebilecektir.[820]

Yerleşme hakkına dair içtihat hukuku, iki soruyu henüz yanıtlamamıştır. Evvela, ABİHA md. 49, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönüyle bir alanı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan kuruluşlara karşı ileri sürülebilecek midir? Bu soru, olumlu yanıtlanmalıdır. Bir kere, bu tür kuruluşlar, serbestînin kısıtlanması yasağı yönü ile yerleşme hakkına muhatap sayıldığına göre, ayrımcılık yasağı yönü ile de aynı serbestîye evleviyetle muhatap kabul edilecektir.[821] Yine Divan, kişilerin serbest dolaşımına dair hükümler hakkında karar verirken, sıklıkla bir diğer hükme ait karara atıf yapmakta olup; bundan dolayı md. 45 ve 56'ya ait içtihat hukukuna kıyasen md. 49, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönü ile bu türdeki kuruluşları muhatap alacaktır.[822] Dahası, md. 49'daki vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı, md.

NORBERT, "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union–the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ", *German Law Journal*, Cilt: 9, No: 2, 2008, s. 125–161.

[818] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 57–59.

[819] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 60.

[820] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 61.

[821] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 66.

[822] Krş. Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 25; Bkz. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 159.

18'deki yasağın özel olarak düzenlenmiş hâlidir.[823] Md. 18, bu türdeki kuruluşları muhatap aldığına göre,[824] md. 49 da bu kuruluşları muhatap alacaktır.

Ayrıca, ABİHA md. 49 ile bireyler arasındaki muhataplık ilişkisine dair bir karara da henüz rastlanmamaktadır. Peki, devlet ve bir alanı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan kuruluşlar dışındaki kişiler, bu hükmün mutahabı sayılacak mıdır? Bir kere, doktrindeki hâkim kanıya göre *Angonese* kararı ışığında md. 49, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönü ile bireylere karşı ileri sürülebilecektir.[825] Bu durum, özellikle kişilerin serbest dolaşımı alanındaki içtihat hukukundaki paralellik ile de desteklenmektedir. Buna karşın, serbestînin kısıtlanması yasağı yönü ile md. 49, tıpkı işçilerin serbest dolaşımı hükmündeki gibi, 'iradenin muhtariyeti' ve 'hukuki belirlilik' ilkeleri temelinde büyük bir ihtimalle bireylere karşı kullanılamayacaktır.[826]

c. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 56, hem üye devletleri hem de belirli ölçüde devlet dışı kişileri muhatap almaktadır. Bu durum, üye devlet açısından açık iken;[827] devlet dışı kişiler yönünden daha tartışmalıdır.[828] *Walrave and Koch*, *Wouters* ve *Laval* kararları, buna örnek gösterilebilir.

İlk olarak, *Walrave and Koch ve Wouters* davaları ile sırasıyla Uluslararası Bisikletçiler Birliği ve Hollanda Barolar Birliği ABİHA md. 56'ya muhatap

[823] Case C-384/08 *Attanasio Group* [2010] pr. 31.

[824] Case C-411/98 *Ferlini* [2000] para 50. Konuyla ilgili doktrindeki görüşler için bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 162; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 124, 125; **SHAW–*et.al.*,** s. 300; **TRIDIMAS, (2007),** s. 74, 119, 120.

[825] Bkz. **VAN DEN BOGAERT,** s. 147–149; **PRECHAL–DE VRIES,** s. 24; **DAVIES, G., (2003a),** s. 181–182; **STEINER–*et. al.*,** s. 447. Bkz. Case C-281/98 *Angonese* [2000].

[826] Bkz. s. 321.

[827] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 27.

[828] Case C-341/05 *Laval* [2007] pr. 98.

sayılmıştır.[829] *Walrave and Koch* kararına göre md. 56'daki vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ve *Wouters* kararına göre serbestînin kısıtlanması yasağı, "yalnızca kamu otoritelerinin eylemlerine uygulanmaz; fakat ücretli istihdam ve hizmet sağlamayı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan her türlü diğer nitelikteki kuralları da içine alır".[830] Öyleyse, Uluslararası Bisikletçiler Birliği ve Hollanda Barolar Birliği, md. 56 bakımından muhataptır.

ABİHA md. 56 ile bireyler arasındaki muhataplık ilişkisine dair bir karar ise, henüz verilmemiştir. Bu açıdan, öncelikle, doktrindeki hâkim kanıya göre *Angonese* kararı ışığında md. 56, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı yönü ile bireylere karşı kullanılabilecektir.[831] Özellikle kişilerin serbest dolaşımı alanındaki içtihat hukukundaki paralellik, bu durumu desteklemektedir. Buna karşın, serbestînin kısıtlanması yasağı yönü ile md. 56, tıpkı işçilerin serbest dolaşımı hükmündeki gibi, 'iradenin muhtariyeti' ve 'hukuki belirlilik' ilkeleri temelinde büyük bir ihtimalle bireylere karşı kullanılamayacaktır.[832]

C. Sermayenin Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 63, üye devletlere karşı ileri sürülebilirken; devlet dışı kişilere karşı kullanımı açısından henüz herhangi bir karar bulunmamaktadır. Bu bakımdan, devlet kavramı ile ulusal ve yerel otoritelerin yanı sıra[833] yasama, yürütme ya da yargıya ait her türlü kamu organı ifade edilmektedir.[834] Devlet dışı kişilere karşı kullanım konusu ise, *Commission v Belgium* davasında Belçika tarafından bir savunma olarak kullanılsa

[829] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974]. Davanın detayları için bkz. s. 317. Case C-309/99 *Wouters* [2002]. Davanın detayları için bkz. s. 322. Ayrıca bkz. Case C-341/05 *Laval* [2007] pr. 98–111.

[830] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 17; Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 120.

[831] Bkz. **VAN DEN BOGAERT,** s. 147–149; **PRECHAL–DE VRIES,** s. 24; **DAVIES, G., (2003a),** s. 181–182; **STEINER–*et. al.*,** s. 447. Bkz. Bkz. Case C-281/98 *Angonese* [2000].

[832] Bkz. s. 321.

[833] Case C-452/01 *Ospelt and* [2003] pr. 2. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 768.

[834] Bkz. ve krş. **STEINER–*et. al.*,** s. 371.

bile; Divan, bu konu hakkında herhangi bir yorum yapmamıştır.[835] Bu davada Belçika, ihtilaflı önlemin Belçika devleti tarafından kamu otoritesi kudreti ile değil; fakat özel işletmeci sıfatı ile alındığını ileri sürerek, ilgili önlemin bundan dolayı md. 63 kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.[836] Başka bir ifadeyle, Belçika'ya göre md. 63, devlet dışı kişilere karşı ileri sürülemeyecek olup; somut uyuşmazlık yönünden özel işletmeci statüsünü haiz Belçika devleti, bu maddeye muhatap tutulmamalıdır.[837] Buna karşın Divan, ilgili önlemi, yalnızca devletin kamu otoritesi kudreti ile çıkarabileceği bir düzenleyici önlem olarak niteleyerek, devlet dışı kişilerin muhataplığı hakkında bir belirleme yapmamıştır.[838]

Peki, ABİHA md. 63, devlet dışı kişileri muhatap tutacak mıdır? Bu soru, doktrince farklı biçimde yanıtlanmıştır. Söz gelimi, Craig ve De Búrca'ya göre kurucu antlaşma hükümleri, normal olarak, devletlere ve özel kişilere karşı kullanılabilmekte olup; md. 63'e doğrudan etki tanıyan *Sanz de Lera* kararında bunun aksine işaret eden herhangi bir tespit yoktur.[839] Kaldı ki, bu yorum, md. 63'ün görünüşte yalnızca devlete gönderme yapmaması ile desteklenmektedir.[840] Buna karşın, von Milmowsky'e göre söz konusu hüküm, üye devletlere yöneltilmiştir ve ayrıca, en azından ilke olarak, vatandaşlar ve şirketler gibi özel ekonomik aktörler, temel serbestîlerin faydalanıcıları olup; onlar ile kısıtlanamayacaktır.[841] Konuya içtihat hukuku perspektifinden yaklaşan Ringe'ye göre ise bir yandan özel kuruluşlar düzenleyici olarak işlem yaptıklarında AB hukuku ile bağlı iken; öte yandan ayrımcılık yapılmaması kavramı, saygınlığı sonucu özel kişiler üstünde etki doğurabilmektedir. Öyleyse, özel kişiler, yalnızca istisnai

[835] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000].

[836] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pr. 20.

[837] Bkz. Opinion of AG Jacobs in Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pt. 30.

[838] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pr. 22, 25. Bkz. **FLYNN,** s. 779.

[839] **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 724. Bkz. Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 48.

[840] **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 724. Benzer bir görüş için bkz. **FLYNN,** s. 786.

[841] **VON MILMOWSKY,** s. 348. (*Vurgu* kaldırılmıştır.)

olarak sermayenin serbest dolaşımı ile bağlıdır: ayrımcılık yasağı bu kişilere yöneltilebilecek; ancak devlet benzeri bir rol ile kural koymadıkça gerçek ve tüzel kişiler sermayenin serbest dolaşımına muhatap tutulmayacaktır.[842]

Öyleyse, sermayenin serbest dolaşımı hükmünün devlet dışı kuruluşları muhatap tutması ile ilgili ne söylenebilir? Bilhassa, bu alandaki içtihat hukukunun mallar ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden farklılaşması, konuyu daha ilginç kılmaktadır. Bu bakımdan, ilkin, von Milmowsky'nin mülahazalarının aksine; bir kurucu antlaşma hükmü devletlere yöneltilse bile; bireyleri muhatap aldığı ve ayrıca temel serbestî hükümlerinin vatandaşlar ve şirketler gibi özel ekonomik aktörleri kısıtladığı bilinmektedir.[843] Yine, malların serbest dolaşımı hükmü, bireylere karşı kullanılamamaktadır; çünkü, kurucu antlaşma bu alanda serbest dolaşım ve rekabet kuralları çifte koruması sunmaktadır. Öyleyse, muhatap yönünden mallar ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımı arasındaki ayrım, 'mal' gibi salt ekonomik bir değer ile 'kişi' gibi insani bir değer arasındaki farklılıktan kaynaklanmamaktadır. Bu açıdan Divan, hizmetler yönünden kişi boyutu olsun ya da olmasın kişilerin serbest dolaşımı içtihadını sürdürmektedir. O hâlde, ABİHA md. 63, bir alanı toplu biçimde düzenleyen kuruluşlar yönünden hem serbestînin kısıtlanması hem de vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı ile ileri sürülebilir iken; bunun dışındaki kişilere karşı salt vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ile kullanılabilir gözükmektedir.[844]

---

[842] **RINGE,** s. 393. Bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995]; Case C-309/99 *Wouters* [2002]; Case C-438/05 *Viking* [2007]; Case C-281/98 *Angonese* [2000]; Case 43/75 *Defrenne II* [1976].

[843] Sırasıyla bkz. Case 43/75 *Defrenne II* [1976] pr. 31, 39; Case C-281/98 *Angonese* [2000] pr. 36.

[844] Kapteyn ve diğerlerine göre kişisel pazar katılımcılarının ABİHA md. 63'teki yasağın kapsamı içinde kalıp kalmadığı hâlen belirsiz iken; bu hâl, özellikle bankacılık sektörü yönünden önemli bir mülahaza oluşturmaktadır. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 768. Bununla birlikte Ringe'ye göre söz gelimi, tek bir şirket, buradaki "toplu biçimde düzenleme" ölçütünü büyük bir olasılıkla aşamayacaktır. **RINGE,** s. 393.

2. Birlik Vatandaşlığı

ABİHA md. 20, 21 ile birlikte md. 18, üye devletlere karşı kullanılabilirken; devlet dışı kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından henüz bir karar bulunmamaktadır. Bu açıdan, bu hükümler, evleviyetle üye devletleri muhatap tutmaktadır.[845] Buna karşın, devlet dışı kişilere karşı kullanım yönünden henüz herhangi bir karar yoktur. Bu konu, serbestînin kısıtlanması ve ayrımcılık yasağı yönüyle ayrı ayrı ele alınabilir.

İlk olarak, ABİHA md. 21, serbestînin kısıtlanması yönüyle devlet dışı kişilere karşı ne ölçüde ileri sürülebilecektir? Bir kere, Divan, nasıl ki Birlik hukukunun etkili ve birörnek uygulanması gerekliliği nedeniyle md. 45, 49 ve 56'yı ücretli istihdamı ve hizmet sağlamayı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan her türlü kuruluşa yöneltiyorsa;[846] serbest dolaşıma dair md. 21 de benzer gerekçeler ile bir alanı toplu biçimde düzenlemeyi amaçlayan türdeki kuruluşları muhatap alacaktır. Buna karşın, md. 21, yine aynen kişilerin serbest dolaşımı hükümleri gibi, serbestînin kısıtlanması yasağı yönüyle 'iradenin muhtariyeti' ve 'hukuki belirlilik' ilkeleri temelinde bireylere uygulanmamalıdır.[847]

İkinci olarak, ABİHA md. 20, 21 ile birlikte md. 18, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı yönüyle devlet dışı kişilere karşı ne ölçüde ileri sürülebilecektir? Bir kere, doktrindeki pek çok yazara göre md. 18'deki vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı, yatay etkiye sahip olmalıdır.[848] Söz gelimi, Kapteyn ve diğerlerine göre md. 18, temel bir ilkeyi içermesinden ötürü, özel kişiler arasındaki ilişkilere de

---

[845] Case C-85/96 *Sala* [1998] pr. 63; Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86. Bkz. **KLUTH, WINFRIED,** "Art. 18 (ex-Art. 8 a)", **(Eds.) CALLIES, CHRISTIAN–RUFFERT MATTHIAS,** *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 3. Auflage, Beck Juristischer Verlag, München, 2007, Rn. 14.

[846] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 82–84, 92.

[847] Bkz. s. 321.

[848] Ehlers'e göre ABİHA md. 18 ile ilgili yatay etki sorusu, temel serbestîlere uygulanan standartın aynısı ile belirlenmelidir. **EHLERS,** s. 181. Ayrıca van der Woude ve Mead'e göre vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağı, bireyleri muhatap almaktadır. **VAN DER WOUDE–MEAD,** s. 132.

uygulanmalıdır.[849] Yine, Lohse'ye göre ayrımcılık yapılması yasağı, yatay doğrudan etkiye yatkındır; çünkü ayrımcılık her nereden –devlet veya özel kişiler– kaynaklanıyorsa kaynaklansın yasaklanmalıdır.[850] Dahası, Prechal ve de Vries'e göre ayrımcılık yasağının mantıksal temeli, pazar birleştiricisi nitelikten insan onurunun korunması ve bireyin kişiliğinin gelişmesi öz değerleri yönünde kaymakta olup; vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının temel hak karakteri, özel kişiler için yükümlülük oluşturmakta ve eninde sonunda tam yatay etkiye vücut vermektedir.[851]

Öyleyse, Birlik vatandaşlığı ile birleşen ABİHA md. 18, hem bir alanı toplu biçimde düzenleyen kuruluşları hem de bireyleri muhatap alacaktır. İlk olarak, bu madde, Birlik hukukunun temel ilkelerinden birisi olan genel eşitlik ilkesinin spesifik ifadesi olup;[852] üye devletlerde Birlik hukukunca yönetilen bir durumda bulunan kişiler ile o üye devlet vatandaşlarının muamelede tam eşitliğini gerektirmektedir.[853] Kaldı ki, LA ile artık Birlik vatandaşlığı ve ayrımcılık yapmama tek bir başlık olarak yer almaktadır.[854] Böylelikle, kurucu antlaşmadaki bu sistematik, Birlik vatandaşları yönünden eşitlik ilkesini güçlendirmektedir ve buna koşut olarak, bu ilke, üye devletler kadar bireyleri de muhatap tutmalıdır. Öyleyse, bu derece kuvvetli bir eşitlik ilkesinin yansıması olarak md. 18, bu maddenin ihlâli her kimden geliyorsa, onu muhatap tutmalıdır. İkinci olarak, md. 45, 49 ve 56'daki ayrımcılık yasağı, md. 18'deki ayrımcılık yasağının özel bir düzenlemesi iken; md. 20 ve 21, md. 18 ile birleşerek etki göstermektedir. Öyleyse, md. 45, 49 ve 56, ayrımcılık yasağı yönünden bir alanı toplu biçimde düzenleyen kuruluşları ve bireyleri nasıl muhatap tutuyorsa, md. 20 ve 21 ile birleşince md. 18 de bu kişilere karşı aynı biçimde kullanılmalıdır.

---

[849] **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 162. Yine yazarlara göre *Angonese* kararı sonrasında kurucu antlaşmada yer alan ayrımcılık yapmama kurallarına bir özel kişi, bir başka özel kişiye karşı dayanabilecektir. (s. 533.)

[850] **LOHSE,** s. 187–189.

[851] **PRECHAL–DE VRIES,** s. 16–17.

[852] Case C-115/08 *ČEZ* [2009] pr. 89.

[853] Case C-43/95 *Data Delecta* [1996] pr. 16.

[854] **ABİHA Başlık II**.

Sonuç olarak, her bir serbestî hükmünün mevcut içtihat hukukuna göre muhataplarına ilişkin şu tablo çizilebilir:[855]

Tablo 1–Serbest Dolaşım Hükümlerinin Muhatapları (Mevcut İçtihat Hukuku)[856]

		Mallar (md. 34)	İşçiler (md. 45)	Hizmetler (md. 56)	Yerleşme (md. 49)	Sermaye (md. 63)	AB vatandaşlığı (md. 21, 20, 18)
Üye devletler	A.Y.	+	+	+	+	+	+
	S.K.Y.	+	+	+	+	+	+
Bir alanı toplu biçimde düzenlemeye yetkili kuruluşlar	A.Y.	–	+	+	?	?	?
	S.K.Y.	–	+	+	+	?	?
Diğer (gerçek ve tüzel) kişiler	A.Y.	–	+	?	?	?	?
	S.K.Y.	–	?	?	?	?	?

Öyleyse, serbestî hükümlerinin muhatapları ile ilgili olarak, şu çıkarımlar yapılabilir. İlkin, mallar ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımına ait içtihat hukuku, farklı bir yol izlemektedir. Bu açıdan, Divan kararlarındaki belirleyici gerekçe; mallar, serbest dolaşımın yanı sıra rekabet kuralları ile korunurken; kişiler ve hizmetlerin böyle bir korumadan yoksun olmasıdır. Bununla birlikte, ABİHA md. 34 uyarıncaki devlet kavramının geniş yorumu ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımındaki bir alanı toplu düzenleme üzerindeki vurgu, birbirinden çok uzakta durmamaktadır.[857] İkinci olarak, kişilerin serbest dolaşımı içtihadında kayda değer bir uyum vardır. Bu bakımdan, söz gelimi *Walrave and Koch* kararı md. 45, 56 ve 18; *Wouters* kararı md. 49 ve 56 ile ilgili

[855] Bkz. "Tablo 1–Serbest Dolaşım Hükümlerinin Muhatapları (Mevcut İçtihat Hukuku)", s. 330.

[856] Bu tablodaki 'A.Y.', 'ayrımcılık yasağı'; 'S.K.Y.', 'serbestînin kısıtlanması yasağı' yerine geçmektedir.

[857] Bkz. **SNELL, (2004a),** s. 57.

olup; bu hükümler, muhatapları açısından tek tip bir biçimde ele alınmıştır.[858] Üçüncü olarak, gerek sermayenin serbest dolaşımı gerek Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, içtihat hukuku uyarınca şu an için yalnızca üye devletleri muhatap tutmaktadır. Bir başka deyişle, bu serbestîlere ilişkin hükümler ile devlet dışı kişiler arasındaki muhataplık hususu, hâlâ netlik kazanmamıştır. Bununla birlikte, bu açıdan, genel olarak serbestîler arasındaki uyumu; özel olarak, kişiler ile Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşımdaki uyumu nazara almak gerekecektir.

O hâlde, bu tablodaki soru işaretleri ise, büyük ihtimalle şu şekilde dolacaktır:[859]

Tablo 2: Serbest Dolaşım Hükümlerinin Muhatapları[860]

		Mallar (md. 34)	İşçiler (md. 45)	Hizmetler (md. 56)	Yerleşme (md. 49)	Sermaye (md. 63)	AB vatandaşlığı (md. 21, 20, 18)
Üye devletler	A.Y.	+	+	+	+	+	+
	S.K.Y.	+	+	+	+	+	+
Bir alanı toplu biçimde düzenlemeye yetkili kuruluşlar	A.Y.	–	+	+	+	+	+
	S.K.Y.	–	+	+	+	+	+
Diğer (gerçek ve tüzel) kişiler	A.Y.	–	+	+	+	+	+
	S.K.Y.	–	–	–	–	–	–

İlk olarak, yerleşme hakkı, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım, ayrımcılık yasağı yönüyle bireyleri muhatap alacaktır. İkinci olarak, hiçbir serbestî, serbestînin kısıtlanması yasağı yönüyle bireyleri muhatap tutmayacaktır. Son olarak, bir alanı toplu biçimde düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar ise gerek ayrımcılık gerek serbestînin kısıtlanması yasağı ile sermayenin

[858] Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] pr. 14; Case C-309/99 *Wouters* [2002] pr. 2.

[859] Bkz. "Tablo 2: Serbest Dolaşım Hükümlerinin Muhatapları", s. 331.

[860] Bu tablodaki 'A.Y.', 'ayrımcılık yasağı'; 'S.K.Y.', 'serbestînin kısıtlanması yasağı' yerine geçmektedir.

serbest dolaşımı ve Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükmüne muhatap sayılacaktır.

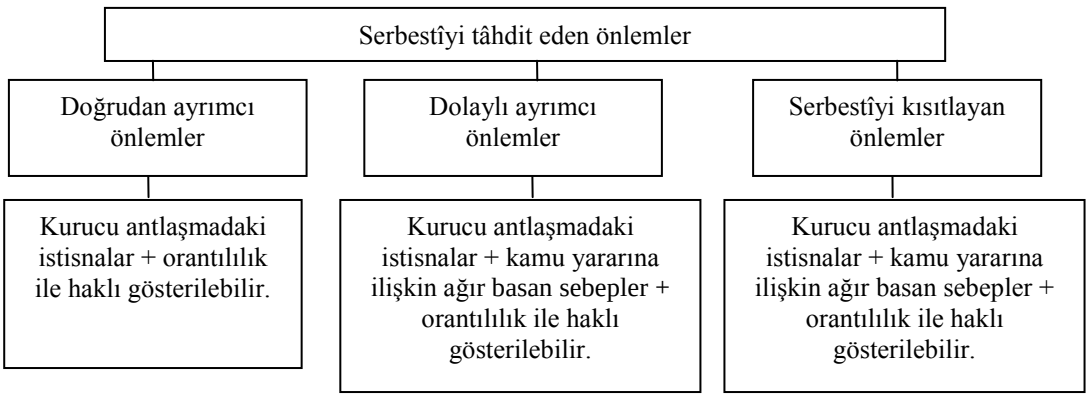
Peki, buraya kadarki açıklamalara göre Birlik vatandaşlığı ile iç pazardaki serbest dolaşımlar arasındaki etkileşim nasıl olmuştur? Bir kere, henüz açıkça etkilememekle birlikte, genel eğilime paralel olarak kişilerin serbest dolaşımı içtihadı, Birlik vatandaşlığına dair dolaşım serbestîsi alanında da muhtemelen takip edilecektir. Buna koşut olarak, Birlik vatandaşlığının getirilmesi ile birlikte temel hak hüviyeti pekişen ayrımcılık yasağı, özellikle kişilerin serbest dolaşımı alanında sıradan bireyleri de kapsayacak biçimde her muhatap yönünden kullanılabilecektir.

Bu bölümde serbestî hükmünün tahdidi, yani serbestî hükmünün etki sahasının yanı sıra bu tahdide dair kimi özellikler ve bu hükümlerin muhatapları belirlenmiştir. Sonraki bölüm ise, bu etki sahasının gerçek boyutunu gösterecektir. Zira, hem ayrımcılık hem de serbestînin kısıtlanması hâlinde bir önlem, kural olarak, Birlik hukukuna aykırı olmakla birlikte; kimi hâllerde bu önlemin haklı görülmesi de mümkündür. İşte bu durum, bir sonraki bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Üçüncü Bölüm: Serbestînin Tahdit Edilmesinin Haklı Gösterilmesi

Bu bölüm, esasen, serbestînin tahdit edilmesinin haklı gösterilmesi ile ilgilidir. Bu bakımdan, her ne kadar bir ulusal önlem, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapıyor veyahut da serbestîyi kısıtlıyorsa bile; böyle bir durum, belirli şartlar altında haklı gösterilebilecektir.[1] Bir başka ifadeyle, Birlik hukuku, Birlik hukukundaki kimi hakları engellemek ya da kısıtlamak konusunda üye devletlere yetki tanımaktadır.[2] Bununla birlikte, serbest dolaşımı tahdit eden önlem, her şeyden evvel haklı bir gerekçeye dayanmalıdır. Buna ek olarak, önlemin haklı gösterilmesi, ilgili duruma uygulanacak ikincil hukuk olup olmaması veyahut da temel haklara uyum açısından çeşitli nitelikler taşımaktadır. Son olarak, serbestîyi tahdit eden önlem, orantılılık ilkesine uygun olmalıdır. Bu konular, aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

Şekil 19: Serbestîyi Tahdit Eden Önlemlerin Haklı Gösterilmesi



[1] Genel olarak bkz. "Şekil 19: Serbestîyi Tahdit Eden Önlemlerin Haklı Gösterilmesi", s. 333.

[2] Esasen, bu bakımdan üçlü bir ayrıma gidilebilir. İlk olarak, ABİHA md. 122 veya 143 ve 144 gibi ekonomik koruma hükümleri; ikinci olarak, md. 36, 45, 52, 62, 65 gibi istisna hükümleri ve son olarak, özel görevler üstlenen teşebbüslere (md. 37, 106(2)) ya da belirli özel sektörlere (md. 44 ve 96) kimi spesifik muafiyetler tanıyan hükümler vardır. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 578–579. Burada, ikinci gruptaki istisnalar anlatılacaktır.

I. Haklı Gerekçelerin Olası Dayanakları

Temel serbestîler, kural olarak tahdit edilememekle birlikte; böyle bir tahdit, birtakım istisnalar uyarınca kimi hâllerde mümkündür. Bu yönden bir istisna, üye devletlere hitap eden ve onların serbest ticaretin veya dolaşımın istenmeyen müdahalesine karşı toplumun belirli değerlerini korumalarını sağlayan izin verici bir kuraldır.[3] Bununla beraber, bu tür istisnalar, belirli konuları üye devlet münhasır yetkisine bırakmak amacıyla tasarlanmamıştır. Bu istisnalar, yalnızca buna dayalı önlem güttüğü hedefe erişilmesi ile haklı görülmeyi sürdürdüğü müddetçe o önlemin serbest dolaşım ilkesinden sapmasına izin vermektedir.[4]

Serbest dolaşıma yönelik tahdidin haklı gösterilmesine dayanak oluşturan sebepler, o tahdidin niteliğine göre değişmektedir.[5] Buna göre doğrudan ayrımcı önlemler yalnızca kurucu antlaşmada yer alan ve ikincil hukuk ile detaylandırılan (açık) istisnalar ile haklı gösterilebilirken;[6] dolaylı ayrımcı ve serbestîyi kısıtlayan önlemler hem açık istisnalar hem de Divanca kabul gören kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler[7] ile haklı gösterilebilmektedir.[8] Ayrıca, ihtilaflı önlemler, orantılılık ilkesine

---

[3] Bkz. **LASOK,** s. 392. Ayrıca bkz. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 154.

[4] Case 35/76 *Simmenthal* [1976] pr. 14; Case 5/77 *Denkavit* [1977] pr. 34. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 645. Bu tespit, her ne kadar ABİHA md. 36 ile ilgili olarak yapılmışsa bile; diğer serbestîlere de genişletilebilecektir.

[5] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 801–802; **HARTLEY,** s. 417; **HILSON, (1999),** s. 451.

[6] Bkz. Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 36, 38.

[7] Terminoloji sorunu ile ilgili olarak bkz. "2. Divan Kararları ile Oluşturulan Kamu Yararına Dayalı Gerekçelendirmeler", s. 388.

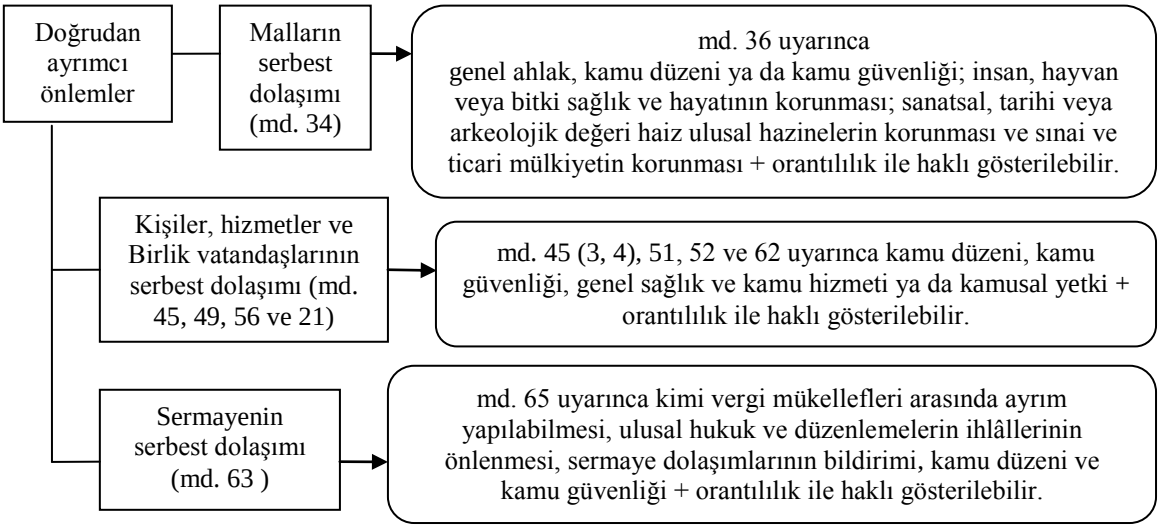
[8] **Doğrudan ayrımcılık** yapan önlemlerin haklı gösterilmesi ile ilgili olarak bkz. (Malların serbest dolaşımı) Case C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana* [1990] pr. 14; (İşçilerin serbest dolaşımı) Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 121; (Yerleşme hakkı) Case C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* [2006] pr. 36; (Hizmet sunumu serbestîsi) Case C-490/04 *Commission v Germany* [2007] pr. 86; (Sermayenin serbest dolaşımı) Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 17; (Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı) Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pt. 129. **Dolaylı ayrımcılık** yapan önlemlerin haklı gösterilmesi ile ilgili olarak bkz. (Genel olarak) Case C-292/97

her halükârda uygun olmalıdır.[9] Bu tespitler ışığında, sırasıyla, kurucu antlaşmada yer alan ve ikincil hukuk ile detaylandırılan istisnalar ve Divanca kabul gören kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler incelenecektir.

1. Kurucu Antlaşmada Yer Alan İstisnalar ve Vasıfları

Kurucu antlaşma ve ikincil hukuktaki istisnalar, serbest dolaşımlar açısından üçe ayrılmaktadır: –mallar, –kişiler, hizmetler ile Birlik vatandaşları, –sermaye.[10] Bu nedenle, bu konu, aşağıda bu sırayla ele alınacaktır.

Şekil 20: Doğrudan Ayrımcı Önlemlerin Haklı Gösterilmesi



Karlsson [2000] pr. 44–45; (Malların serbest dolaşımı) Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 35; (İşçilerin serbest dolaşımı) Case C-350/96 *Clean Car* [1998] pr. 31; (Yerleşme serbestîsi) Case C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation* [2006] pr. 46; (Hizmet sunumu serbestîsi) Case C-347/06 *ASM* [2008] pr. 60; (Sermayenin serbest dolaşımı) Opinion of AG Bot in Case C-194/06 *Orange European Smallcap Fund* [2008] pt. 44; (Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı) Case C-403/03 *Schempp* [2005] pr. 28. **Serbestîyi kısıtlayan önlemler**in haklı gösterilmesi ile ilgili olarak bkz. (Malların serbest dolaşımı) Case C-265/06 *Commission v Portugal* [2008] pr. 37. (İşçilerin serbest dolaşımı) Case C-224/01 *Köbler* [2003] pr. 77; (Yerleşme hakkı) Case C-299/02 *Commission v Netherlands* [2004] pr. 17–18; (Hizmet sunumu serbestîsi) Case C-429/02 *Bacardi* [2004] pr. 32; (Sermayenin serbest dolaşımı) Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 49; (Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı) Case C-76/05 *Schwarz and Gootjes-Schwarz* [2007] pr. 94.

[9] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 694; **REICH–*et. al.*,** s. 55; **VAN GERVEN, (1996),** s. 225.

[10] Bkz. "Şekil 20: Doğrudan Ayrımcı Önlemlerin Haklı Gösterilmesi", s. 335.

A. Malların Serbest Dolaşımı

ABİHA md. 34 uyarınca doğrudan ayrımcılık içeren önlemler, yalnızca md. 36'da yer alan istisnalarla haklı gösterilebilmektedir.[11] Md. 36 uyarınca bu sebepler şöyle sıralanabilir:[12]

- genel ahlak, kamu düzeni ya da kamu güvenliği;
- insan, hayvan veya bitki sağlık ve hayatının korunması;
- sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri haiz ulusal hazinelerin korunması;
- sınai ve ticari mülkiyetin korunması.

Ayrıca bu madde uyarınca burada yer alan istisna sebeplerine dayanan yasaklama veya kısıtlamalar, üye devletler arası ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamalıdır. Buna ek olarak, bu türdeki önlemler, orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.[13]

ABİHA md. 36 hükmü ile ilgili kimi genel tespitler yapılabilir. Buna göre, ilk olarak, bu madde dar biçimde yorumlanmaktadır.[14] Zira bu madde, üye devletler arasındaki malların serbest dolaşımına yönelik tüm engellerin kaldırılacağı temel kuralından sapmaktadır.[15] Buna koşut olarak, bu maddedeki istisna sebepleri sınırlı sayıda olup; bu madde burada yer almayan istisna sebeplerine dayanak olarak kullanılamaz.[16] Yine aynı nedenden ötürü, bir istisnanın mevcudiyeti, spesifik olarak

---

[11] Bkz. **KENT, (2000),** s. 71; **CONNOR,** s. 182.

[12] Bu liste, klasik kamu düzeni endişelerini yansıtmaktadır. **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 170.

[13] Bkz. "III. Haklı Gerekçelerin Sınırı Olarak Orantılılık İlkesi", s. 442.

[14] Case 113/80 *Commission v Ireland* [1981] pr. 7; Opinion of AG Bot in Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pt. 96. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 616; **CANDAN,** s. 38; **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387.

[15] Case 113/80 *Commission v Ireland* [1981] pr. 7.

[16] Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 27. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 616; **BARNARD, (2010),** s. 149. Örneğin, tüketicinin korunması ve ticari işlemlerde adil olunması ABİHA md. 36'da yer almamasından ötürü, bu madde uyarınca bu sebeplere dayanılamaz. Case 113/80 *Commission v Ireland* [1981] pr. 8.

ileri sürülmelidir.[17] Buna ek olarak, md. 36'nın ekonomik nitelikte olmayan konulara değinmesine paralel olarak,[18] bu madde, ekonomik amaçlarla kullanılamaz.[19] Ayrıca, ispat yükü, serbest dolaşım hakkının kullanımını reddeden tarafa düşmektedir.[20] Bu taraf, çoğunlukla ulusal otoritelerdir.[21] Bu doğrultuda ulusal otoriteler, her ayrı durum bakımından ulusal önlemin md. 36'da yer alan çıkarların etkili biçimde korunması için gerekli olduğunu göstermelidir.[22] Son olarak, bir alanda uyumlaştırma yapan Birlik işlemi mevcutsa, üye devletler yalnızca bu işlem ile öngörülen istisna sebeplerine dayanabilecektir.[23]

Aşağıda, sırasıyla, ABİHA md. 36'da yer alan istisna sebepleri ve md. 36(2) uyarınca istisna sebeplerine dayanan yasaklama veya kısıtlamaların üye devletler arası ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmaması konusu ele alınacaktır.

---

[17] Bkz. **LASOK,** s. 392. Örnek olarak bkz. Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 13–14.

[18] Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 27.

[19] Bkz. Case C-398/98 *Commission v Greece* [2001] pr. 30. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 618; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 835; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 202. Örnek olarak ABİHA md. 36 "esas olarak idarenin yükünün hafifletilmesi veya kamu giderlerinin azaltılması için kullanılamaz." (Case 104/75 *de Peijper* [1976] pr. 18.); "asli amacı bütçeye ilişkin olan bir önlemi haklı göstermez." (Case 238/82 *Duphar* [1984] pr. 23.). Ayrıca, "[Birlik] içi ticareti kısıtlayan bir önlem, bir üye devletin bir teşebbüsün varlığını sürdürmesini sağlamak isteği ile haklı gösterilemez." Case C-324/93 *Evans* [1995] pr. 36. Bununla birlikte, Davies'e göre bir ekonomik çıkar gerçekten önemli ise, Divan, çoğunlukla, bunu genel sağlık ya da kamu stratejisi olarak başka bir şekilde ifade etmeye hazırlıklıdır. İstisna maddelerine "ekonomik amaçlarla dayanılamaz" cümlesinin işlevi, fiilen sadece Divanın yeterince sağlam veya ikna edici bulmadığı argümanları reddetmektir. **DAVIES, G., (2005),** s. 47.

[20] Bkz. **EMILIOU,** s. 228; **JARASS,** s. 155. Fikri mülkiyet alanındaki bir ispat yükü sorunu ile ilgili olarak bkz. Case C-244/00 *Van Doren + Q.* [2003] pr. 31, 41.

[21] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 623. Ayrıca bkz. **WEATHERILL, (1996a),** s. 228.

[22] Bkz. Case C-254/05 *Commission v Belgium* [2007] pr. 35.

[23] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 18. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 36; **VERLOREN VAN THEMAAT, (1988),** s. 116–117. Detaylar için bkz. "A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması" s. 422.

a. İstisna Sebepleri

ABİHA md. 36, istisna sebebi olarak genel ahlak, kamu düzeni ya da kamu güvenliği; insan, hayvan veya bitki sağlık ve hayatının korunması; sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri haiz ulusal hazinelerin korunması ve sınaî ve ticari mülkiyetin korunmasına yer vermektedir. Buradaki sebepler, ne kurucu antlaşma ne de ikincil hukuk ile tanımlanmasından ötürü, Divan tarafından açıklanmıştır. Bu nedenle bu sebepler, mahkeme kararları ışığında incelenerek, bunlara ilişkin genel tespitler yapılacaktır. Bu sebepler, aşağıda ele almaktadır.

aa. Genel ahlak

Genel ahlak istisnası, *Henn and Darby* davasında kullanılmıştır.[24] Burada Bay Henn ve Darby, Rotterdam'dan gelen bir kamyon ile Danimarka kökenli ve edebe aykırı altı film ve yedi dergiyi İngiltere'ye sokmak istemiştir.[25] Bununla birlikte Birleşik Krallık düzenlemeleri, edebe aykırı ve müstehcen eşyaların ithalatını yasaklamaktadır.[26] Divana göre edebe aykırı ve müstehcen eşyaların ithalatını yasaklayan ulusal önlem, kısıtlamanın en uç şekli olup, ABİHA md. 34 uyarınca miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama oluşturmaktadır.[27] Peki, bu türdeki bir önlem "genel ahlak" temelinde haklı görülebilecek midir? Divana göre ilke olarak:

> "üye devletler, kendi değerler ölçüsüne ve kendince seçtiği forma uygun olarak, kendi ülkesinde genel ahlakın gereksinimlerini belirler."[28]

Böylelikle bir üye devlet, kural olarak, yerel hukuku uyarınca edebe aykırı ve müstehcen dergilerin bir başka üye devletten ithali hakkında yasaklama getirebilir.[29]

---

[24] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979].

[25] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 2.

[26] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 1.

[27] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 12.

[28] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 15. Tekinalp ve diğerlerine göre ahlaki değerler kavramının sınırını tespit etmek oldukça güçtür. **TEKİNALP–*et.al.*,** s. 323.

[29] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 17.

Bununla birlikte, md. 36(2) uyarınca ithalat üstündeki kısıtlamalar, üye devletler arası ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamalıdır.[30] Bu fıkra, md. 36(1)'de yer alan sebeplere dayalı ticaret üstündeki kısıtlamaların özel amaçlarından saptırılması ile ya diğer üye devlet menşeli mallar yönünden ayrımcılık yaratacak ya da belirli ulusal ürünleri dolaylı olarak koruyacak şekilde kullanılmalarını önlemek için tasarlanmıştır.[31] Somut olayda, ilgili üye devlet içinde aynı malların ticareti hukuka uygun olarak yapılamamaktadır.[32] Öyleyse, malların ithaline ilişkin bir yasak, genel ahlak temelinde haklı gösterilebilirse ve bu amaçla çıkarılmışsa ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmayacaktır.[33]

Öyleyse, genel ahlak istisnası ile ilgili olarak iki tespit yapılabilir: İlk olarak, üye devletler, kendi değerler ölçüsüne ve kendince seçtiği forma uygun olarak genel ahlak kavramının içini doldurabilecektir. Bununla birlikte, bu bakımdan üye devletlere tanınan takdir yetkisi, Divanın denetimi altındadır. O hâlde, üye devletler, takdir yetkilerini belirli bir dereceye kadar kullanabilmektedir. İkinci olarak, genel ahlak istisnası ile üye devletler arası ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir sınırlama aracı oluşturmama koşulu arasında sıkı bir bağ olup; çoğu kez bu istisnanın kabulü ile bu koşulun sağlanması bir arada ele alınacaktır.

bb. Kamu Düzeni

Kamu düzeni istisnası *Thompson and others* davası ile karşımıza çıkmaktadır.[34] Burada üç İngiliz, Birleşik Krallık'ta 1947 yılı öncesinde basılan gümüş alaşımlı paraları ihraç etmek istemiştir.[35] Bununla birlikte, bu tür paraların ihracı, on tanenin

[30] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 20.

[31] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 21.

[32] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 21. Krş. Case 121/85 *Conegate* [1986] pr. 15, 16.

[33] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 22.

[34] Case 7/78 *Thompson and others* [1978].

[35] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 2.

üstü için ve ihraç tarihinde paranın yüz yıllık olmaması hâlinde yasaktır.[36] Divana göre ödeme aracı olmayan bu türdeki paralar, malların serbest dolaşımı hükümleri içinde kalmaktadır.[37] Bununla birlikte, bir üye devlet, para basmak ve parayı imhadan korumakta yetkilidir.[38] Birleşik Krallık da, tedavülde olmasa bile ulusal paraların eritilmesi ya da imha edilmesini yasaklamıştır.[39] Divana göre bir başka üye devlette eritilme ya da imha edilmelerinin önüne geçmek için bu türdeki paraların ihracının yasaklanması, kamu düzeni temelinde haklı görülmelidir. Zira bu yasaklama, geleneksel olarak devletin temel çıkarlarından birisi kabul edilen para basma hakkının korunması gereğinden gelmektedir.[40]

Kamu düzeni istisnası ile ilgili kimi genel tespitler yapılabilir: Bir kere, kamu düzeni, bir devletin kamu yararı ve asayişe yönelik belirli bir davranış standartını muhafaza etmeye ilişkin çıkarını ifade etmektedir.[41] Bununla birlikte, bu tanıma da koşut olarak, her ne kadar bu istisna potansiyel olarak geniş gözükse bile; dar biçimde yorumlanmakta ve seyrek olarak başarıyla kullanılmaktadır.[42] Bu bakımdan, kamu düzeni istisnasının kapsamını genişletmeye yönelik çabalar genellikle olumsuz

[36] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 5.

[37] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 31.

[38] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 32.

[39] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 33.

[40] Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 34. Krş. Case 7/61 *Commission v Italy* [1961] s. 392; Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 26, 27. (Bu davalarda İtalya kamu düzeni temelinde "para biriminin korunması"na dayanmak istese bile; Divan ABİHA md. 36'daki istisnaların ekonomik nitelikte olmayan konulara isnat ettiğini belirterek İtalya'nın savunmasını yerinde bulmamıştır.)

[41] **LASOK,** s. 393.

[42] Bkz. **LASOK,** s. 393; **STEINER–*et. al.*,** s. 399. Yine, Divan, kimi kararlarında alkole yönelik tedbirler ile kamu düzeni arasındaki bağlantıya dikkat çekse bile; bu tür vakaları, insan sağlığı ve hayatının korunması istisnası ışığında değerlendirmektedir. Case C-170/04 *Rosengren and others* [2007] pr. 40, 58; Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pr. 28, 40.

neticelenmektedir.[43] Söz gelimi, bir ulusal kural, salt cezai yaptırım içermesinden ötürü kamu düzeni kavramının kapsamına girmemektedir.[44] Son olarak, kamu düzeni istisnası; mallar, kişiler ve hizmetler ile Birlik vatandaşlığı ve sermayenin serbest dolaşımı yönünden paralel biçimde uygulanmaktadır.[45]

cc. Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği istisnası *Campus Oil* davasında yer bulmaktadır.[46] Burada İrlanda mevzuatı uyarınca petrol ürünleri ithalatçıları, gereksinimlerinin belirli bir oranını devlete ait petrol rafinerisinden ve yetkili bakanlıkça sabitlenen fiyatlardan almalıdır.[47] Bu mevzuat, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama olarak nitelenince, bu mevzuatın kamu güvenliği temelinde haklı gösterilip gösterilemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır.[48] Divana göre petrol ürünleri, bir ülkenin mevcudiyeti için temel önemde olup; bu ürünlerin arzının kesilmesi, ülkenin mevcudiyetine yönelik tehlikelerin

---

[43] Bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 199. Örnek olarak, 'kamu düzeni' terimi, tüketicinin korunması düşüncesini içermez. Case 177/83 *Kohl* [1984] pr. 19. Yine, *Cullet* davasında Fransa, ulusal önleminin kaldırılması hâlinde haksız rekabetten etkilenecek perakendecilerin şiddetli tepkileriyle karşılaşılabilecek olmanın kamu düzeni ve güvenliğine tehlike arz ettiğini ileri sürmüştür. Divan, Fransa'nın ilgili ulusal önlemin kaldırılması neticesinde bunun sonuçları ile baş edemeyeceğini gösterememesi karşısında bu iddiayı yerinde bulmamıştır. Case 231/83 *Cullet* [1985] pr. 32–33. Ayrıca bkz. dn. 46, s. 341.

[44] Case 16/83 *Prantl* [1984] pr. 33.

[45] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 727; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 775. Öyleyse, Divan, davaya konu olan toplumun temel çıkarlarından birisine yeterince ciddi bir tehdit olup olmadığını belirlemeye çalışacaktır. **STEINER–*et. al.,*** s. 399. Malların serbest dolaşımı için bkz. Case 7/78 *Thompson and others* [1978] pr. 34. Kişilerin, hizmetlerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı için bkz. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 28; **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2); "aaa. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği", s. 358. Sermayenin serbest dolaşımı için bkz Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17; "dd. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği", s. 386.

[46] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 1. Her ne kadar İrlanda, kamu düzeni istisnasına da dayanmak istese de; Divana göre bu dava kamu düzeni ile alakasız olup, buradaki ilgili tek istisna sebebi, kamu güvenliğidir. (pr. 33.) Bu tespite göre kamu düzeni, son çare istisnasıdır. **STEINER–*et. al.,*** s. 400.

[47] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 1.

[48] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 20, 33.

bileşkesiyle birlikte kamu güvenliğini ciddi biçimde etkileyebilecektir.[49] Asgari petrol arzının her zaman sağlanması amacı, her ne kadar ABİHA md. 36 ekonomik amaçlarla kullanılamasa bile; salt ekonomik düşüncelerin ötesine geçerek kamu güvenliği kavramınca kapsanılan bir hedeftir.[50] Ayrıca, ihtilaflı kurallar, md. 36 kapsamında kalmak için kamu güvenliği gereksinimlerini karşılayan nesnel durumlar ile haklı gösterilmelidir.[51] Bu açıdan, petrol ürünleri yönünden tamamen veya büyük ölçüde dışa bağımlı bir üye devlet, rafine ürünler ilgili pazardaki rekabetçi fiyatlarla satışa sunulamıyorsa, ihtilaflı mevzuatı yönünden kamu güvenliği istisnasına istinat edebilecektir.[52]

Kamu güvenliğine dair bir başka tespit *Richardt* kararı ile yapılmıştır.[53] Burada Bay Richardt, kabarcık bellek devresi yapımında kullanılan ve Birlik içinde hukuka uygun olarak serbest dolaşıma girmiş bulunan kimi maddeleri Sovyetler Birliği'ne ithal etmektedir.[54] Bu kişi, Fransa'da bu ithalata ilişkin gerekli formaliteleri yerine getirmiştir. Buna karşın Fransa'dan uçakla doğrudan Moskova'ya taşınacak mallar,

[49] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 34.

[50] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 35.

[51] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 36. Yine, haklı gösterme bir kez gerçekleştiğinde, ilgili kuralların kamu güvenliği kavramınca kapsanan hedeflere ek olarak üye devletlerin erişmek isteyebilecekleri ekonomik nitelikli diğer hedeflere erişmeyi mümkün kılar nitelikte olması, ABİHA md. 36'nın uygulanmasını engellemez. (pr. 36.)

[52] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 51. Krş. Case C-347/88 *Commission v Greece* [1990] pr. 47–49. (Bu davada Yunanistan, kamu sektörü rafinerilerinin ürünlerinin rekabetçi fiyatlarla satışa sunulamayacağını gösteremediğinden, Yunanistan'ın kamu güvenliği istisnasına dayanan savunması reddedilmiştir.) Kaldı ki, *Campus Oil* kararındaki gerekçelendirme çokça eleştirilmiştir ve o zamandan bu yana başarılı olarak kullanılamamıştır. **STEINER–*et. al.,*** s. 400. Barnard'a göre ise *Campus Oil* kararındaki devlet lehine tutum, Divanın dava konusunu kamu düzenine yönelik hayati bir konu olarak görmesi ve devletin bu hedeflere erişmek için iyi niyetle davranması temelinde açıklanabilir. **BARNARD, (2007),** s. 82.

[53] Case C-367/89 *Richardt* [1991].

[54] Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 3.

uçaktaki arıza nedeniyle Lüksemburg'a tırlar ile taşınmak zorunda kalmıştır.[55] Buradaki gümrük kontrolleri esnasında da Lüksemburg hukukuna göre özel transit lisansı bulunmadığı gerekçesiyle bu mallar alıkonulmuştur.[56] Peki, ulusal hukukça bu tür bir özel transit lisansı koşulu aranması, kamu güvenliği sebebi ile haklı gösterilebilecek midir? Bir kere, Divana göre "kamu güvenliği kavramı, bir üye devletin hem iç hem de dış güvenliğini kapsamaktadır". Bu bakımdan, stratejik amaçlarla kullanılmaya elverişli malların ithalatı, ihracatı ve transit geçişi, bir üye devletin kamu güvenliğini etkileyebilecektir.[57] Bundan dolayı, stratejik eşya olarak tanımlanan malların niteliklerini tasdik etmek için üye devletler, ABİHA md. 36 uyarınca bu malların transit geçişini özel bir onayın verilmesine bağlı kılmaya yetkilidir.[58]

Kamu güvenliği sebebine ilişkin bu kararlara ek olarak, bu kavramın içeriği, doktrince de doldurulmaya çalışılmıştır. Örneğin, suç alet-edevatı veya teröristlerce kullanılabilecek malzemenin ithalatı, kamu güvenliği temelinde kısıtlanabilecektir; çünkü, asayişin muhafaza edilmesi devletin öncelikli sorumluluklarından birisidir.[59] Yine, onaysız silahların ithalatı, kamu güvenliğine dair ulusal önlemlere tâbi tutulabilecektir.[60]

dd. İnsan, Hayvan veya Bitki Sağlığı ve Hayatının Korunması

İnsan, hayvan veya bitki sağlığı ve hayatının korunması, uygulamada en çok kullanılan istisna sebebi olup;[61] kimi özellikler ihtiva etmektedir. Bir kere, insan sağlığı ve hayatının korunması, Divana göre ABİHA md. 36'da korunan çıkarlar arasında en önde gelmektedir.[62] Ayrıca, üye devletler, genel sağlığın korunması için önlem alırken

[55] Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 4.

[56] Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 5.

[57] Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 22.

[58] Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 23.

[59] Bkz. **LASOK,** s. 394.

[60] Bkz. **LASOK,** s. 394.

[61] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 158. Ayrıca bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 860.

[62] Case C-320/93 *Lucien Ortscheit* [1994] pr. 16; Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 38.

sağlamayı amaçladıkları koruma düzeyini belirlemekte serbesttir.[63] Bununla birlikte, üye devletler, hem hakiki sağlık endişeleri olduğuna dair kanıt sunmalı hem de ciddi bir sağlık politikasının varlığını ortaya koymalıdır.[64] Burada, sırasıyla, bitki sağlığı, hayvan sağlığı ve insan sağlığına ilişkin kararlar kısaca incelenecektir.

Bitki sağlığı, *Rewe-Zentralfinanz* davası ile gündeme gelmiştir.[65] Burada bir üye devlet, bir başka üye devletten ithal edilen elmaları sağlık denetiminden geçirmektedir.[66] Divana göre bu tür denetimler, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlamadır.[67] Bununla birlikte, bitki sağlığı denetimi, bitki ürünlerinin ithalatı esnasında bitkiler için zararlı kimi organizmaları taşıyıp taşımadıklarını tespit amacıyla yürütülmekte ve ilke olarak, bitki sağlığının korunması temelinde haklı görülmektedir.[68] Buna karşın bu uygulama, keyfi ayrımcılık yapmamalıdır. Bunun için bulaşık yerli ürünlerin dağıtımını engellemek adına etkili önlemler alınması ve özellikle geçmiş deneyimler ışığında ithalat üzerinde denetim olmadığı takdirde zararlı organizmaların yayılması riski olduğuna inanmak için neden bulunması gerekmektedir.[69]

Hayvan sağlığı, *Bluhme* davası ile karşımıza çıkmaktadır.[70] Burada Danimarka, bu devlete ait Læsø adasında Læsø kahverengi arısından başka arıların bulundurulmasını yasaklamıştır.[71] Divana göre bu yasak, miktar kısıtlamasına eşdeğer

[63] Case C-443/02 *Schreiber* [2004] pr. 43.

[64] İlk tespit ile ilgili olarak bkz. Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 40–44. İkinci tespit ile ilgili olarak bkz. Case 40/82 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1984] pr. 38. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 158.

[65] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975].

[66] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 1.

[67] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 5.

[68] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 7, 9.

[69] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 9.

[70] Case C-67/97 *Bluhme* [1999].

[71] Case C-67/97 *Bluhme* [1999] pr. 1, 2.

etkili kısıtlamadır.[72] Buna karşın bu yasak, adı geçen hayvanların hayatının korunması amacına yönelmesi nedeniyle, ABİHA md. 36 uyarınca haklı gösterilebilecektir. Zira farklı vasıflardaki yerli hayvan nüfuslarının korunması için çıkarılan önlemler, ilgili nüfusun yaşamını sürdürmesinin sağlanması yoluyla biyolojik çeşitliliğin muhafaza edilmesine katkı yapacaktır.[73] Bu önlem, orantılı olup; hayvan sağlığı ve hayatının korunması temelinde haklı görülmektedir.[74]

İnsan sağlığı istisnası ile ilgili örnek olarak *Commission v France* davası verilebilir.[75] Burada Fransa, İtalya'dan ithal edilen şarapları izin verilen tetkikleri yapmak için gereken sürenin ötesinde bekletmekte ve sistematik analize tâbi tutmaktadır.[76] Divana göre analizler aracılığıyla sağlık kontrollerinin yapılması, sağlığa zararlı ulaşım araçlarının kullanılmasından kaynaklananlar gibi kimi tehlikelerin önüne geçmek yönünden uygun bir araç olabilmekte ve insan hayatı ve sağlığının korunmasına hizmet edebilmektedir.[77] Bununla birlikte, buradaki sistematik analizler bu amaç ile orantılı bulunmayıp; haklı gösterilememektedir.[78]

---

[72] Case C-67/97 *Bluhme* [1999] pr. 19–23.

[73] Case C-67/97 *Bluhme* [1999] pr. 33.

[74] Case C-67/97 *Bluhme* [1999] pr. 37, 38. Hayvan sağlığı ile ilgili olarak örneğin, süt ve kremanın ithalinde lisans almak için yapılan başvurular sırasında sunulan bilgiler, yetkili makamlarca merkezileştirilir ve bunlardan uygun biçimde yararlanılırsa, hayvan sağlığının korunması amacına hizmet edecektir. Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 17.

[75] Case 42/82 *Commission v France* [1983].

[76] Case 42/82 *Commission v France* [1983] pr. 1.

[77] Case 42/82 *Commission v France* [1983] pr. 52. Örneğin, ithal edilen uzun ömürlü sütün Birleşik Krallık'taki tesislerce paketlenmesi gerekliliğine ilişkin ulusal kurallar, insan sağlığının korunması hedefine ulaşmakta gerekli bulunmamıştır. Kaldı ki, Birleşik Krallık'taki genel sağlığın bu ürünlerden etkilendiğine dair herhangi bir bulgu da yoktur. Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 22–23, 28, 32.

[78] Case 42/82 *Commission v France* [1983] pr. 63. Spesifik kanıtlara dayanan herhangi bir makul şüphenin yokluğunda, sistematik analiz yapmak yerine rasgele kontroller ile yetinmek gerekmektedir. (pr. 57.)

Bu alandaki bir başka örnek *Association of Pharmaceutical Importers* davasıdır.[79] Burada ulusal kurallar, eczacının hastayı muayene eden doktorca yazılan reçetedeki tıbbi ürünü aynı tedavi edici etkiye sahip bir başka ürünle değiştirmesini yasaklamaktadır.[80] Divana göre bu kural, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlamadır.[81] Peki bu kural, sağlığın korunması ile haklı gösterilebilecek midir? Doktorlar ile eczacılar arasındaki ilişkiye dair kurallar, ulusal genel sağlık sisteminin bir parçası olup; Birlik tarafından düzenlenmedikçe bu konular ABİHA md. 36'daki sınırlar içinde kalmakta ve "insan sağlığı ve hayatının korunmasının derecesi ve bu koruma derecesine nasıl ulaşacağına karar vermek üye devletlere düşmektedir".[82] Öyleyse, bu tür bir kural, orantılılık ilkesine uyuluyorsa ve üye devletler arası ticarette keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama yoksa md. 36 uyarınca genel sağlık temelinde haklı görülecektir.[83]

İnsan sağlığına ilişkin diğer kimi tespitler ise şu şekilde belirtilebilir. *Van der Veldt* kararına göre belirli bir miktarı aşan tuz alımının genel sağlığa risk oluşturduğunu belirleyen düzenleme, tüketicilere yönelik risk olması hâlinde ABİHA md. 36 gereklilikleri ile uyumlu iken; bu risk, "genel varsayımlar ölçütüne göre değil; ilgili bilimsel araştırmalar temelinde ölçülmelidir".[84] Yine *Debus* kararı uyarınca gıda katkı maddelerinin zararlılığı konusunda "bilimsel araştırmanın mevcut durumunda belirsizlikler bulunuyorsa", üye devletler, tam uyumlaştırmanın yokluğunda sağlamak

[79] Joined Cases 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989].

[80] Joined Cases 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989] pr. 1, 19.

[81] Joined Cases 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989] pr. 19.

[82] Joined Cases 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989] pr. 21.

[83] Nitekim, somut olaydaki ihtilaflı kural, bu gereklilikleri karşılamaktadır. Joined Cases 266–267/87 *Association of Pharmaceutical Importers* [1989] pr. 22–24. Bu alana ait örnekler çoğaltılabilir: Bkz. Case 324/93 *Evans* [1995] pr. 39; Case C-320/93 *Lucien Ortscheit* [1994] pr. 1, 20–21; Case 174/82 *Sandoz* [1983] pr. 20.

[84] Case C-17/93 *Van der Veldt* [1994] pr. 17.

istedikleri insan sağlığı ve hayatını koruma derecesine karar verecektir.[85] 'İhtiyatlılık ilkesi'[86] olarak adlandırılan bu hususa göre her türlü makul şüphenin varlığı hâlinde Birlik hukuku, genel sağlığın korunması tarafında yer almalıdır.[87] Böyle bir durumda Divan, giderek yeterince özenli bir risk değerlendirmesinin yapılıp yapılmadığına yönelik usuli bir teste doğru yönelmektedir.[88]

Bu konuda üzerinde durulması gerekli bir başka husus, genel sağlık ile çevrenin korunması arasındaki ilişkidir. Bu ayrım, doğrudan ayrımcı önlemler, genel sağlık ile haklı gösterilebilirken; çevrenin korunması ile haklı gösterilememesi nedeniyle önem taşımaktadır. Konuyla ilgili *Prussen Elektra* davasında ulusal düzenleme, kapsamı ve ilgili teşebbüsün arz alanı içinde kalan yenilenebilir enerjiden üretilen elektrik ile ilgili elektrik sunan teşebbüslere ödeme yükümlülüğü vazetmektedir.[89] Divana göre bu düzenleme, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlamadır. Bu kısıtlamanın ABİHA md. 36 ile uyumlu olup olmadığı, ilgili düzenlemenin amacı ve elektrik piyasasının özellikleri ışığında belirlenecektir.[90] Bu düzenleme, elektrik üretimi için yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılmasını teşvik ederek, "çevrenin korunması için yararlı"dır.[91] Bu politika, "insan, hayvan veya bitki sağlığı ve hayatının korunması için de tasarlanmıştır".[92] Ayrıca, elektrik öyle bir niteliktedir ki; bir kere taşınma veya

[85] Joined cases C-13/91 and C-113/91 *Debus* [1992] pr. 13. Bkz. Case T-13/99 *Pfizer v Council* [1999] pr. 114. Ayrıca bkz. Case 174/82 *Sandoz* [1983] pr. 17; Case C-192/01 *Commission v Denmark* [2003] pr. 47.

[86] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 618; **BARNARD, (2010),** s. 159–160.

[87] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 317.

[88] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 860. Bkz. Case C-41/02 *Commission v Netherlands* [2004] pr. 49–50. Broberg ve Holst-Christensen'e göre ise ihtiyatlılık ile orantılılık ilkesi arasında karşılıklı bir ilişki bulunup; sağlık riski iddiasını desteklemek için bilimsel doğrulama bakımından üst düzey bir gereklilik aranacaktır. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 331.

[89] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 71.

[90] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 71, 72.

[91] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 73.

[92] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 75. Krş. Case C-389/96 *Aher-Waggon* [1998] pr. 18, 19.

dağıtım sistemine girdikten sonra üretildiği enerji kaynağının belirlenmesi zordur.[93] Sonuç olarak, ihtilaflı ulusal hüküm, Birlik hukukunun elektrik pazarı ile ilgili mevcut durumuna göre md. 36 ile uyumludur.[94]

Bu karar, iki farklı biçimde yorumlanmaktadır.[95] Bir kısım yazara göre bu karar, doğrudan ayrımcı önlemlerin yalnızca ABİHA md. 36'daki istisnalarla haklı gösterilmesi ilkesinden ayrılmaktadır.[96] Buna karşın, ötekilere göre çevrenin korunması, md. 36 içindeki genel sağlık istisnası içinde yer alabilmektedir.[97] İçtihat hukukunun bütünlüğü dikkate alınarak yapılacak en uygun yorum ise, bu karar yönünden çevrenin korunmasının "uzun dönem bir tehlikeye karşı" insan, hayvan ve bitki sağlığının korunmasını amaçlayan önlemler içinde ele alınmasıdır.[98] Kaldı ki, Divanın *PreussenElektra* kararında çevre ve genel sağlığın korunmasına bir arada yer vermesi,[99] bu karar açısından çevrenin korunmasını genel sağlığın korunması içinde eriyebilir gördüğünün göstergesidir.

ee. Artistik, Tarihi veya Arkeolojik Değeri Haiz Ulusal Hazinelerin Korunması

Artistik, tarihi veya arkeolojik değere haiz ulusal hazinelerin korunması istisnası, *Fachverband der Buch* davası ile kullanılmaya çalışılmıştır.[100] Burada Avusturya makamları, Almanya'dan ithal edilen kitaplara yönelik perakende satış fiyatı belirlemektedir.[101] Divana göre bu uygulama, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili

---

[93] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 79.

[94] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 81.

[95] Bkz. **CANDAN**, s. 65.

[96] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 625; Opinion of AG Jacobs in Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pt. 226.

[97] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 162.

[98] Aynı doğrultuda bir görüş için bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 626.

[99] Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] pr. 73, 75.

[100] Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009].

[101] Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009] pr. 15, 19.

kısıtlamadır.[102] Her ne kadar ulusal mahkeme, kültürel nesneler olarak kitapların korunması gibi amaçlardan bahsetse bile; bu amaçlar, ABİHA md. 36 anlamında haklı gösterme sebebi olarak görülemez. Ayrıca, "kültürel çeşitliliğin korunması, genel olarak md. 36 uyarınca 'artistik, tarihi veya arkeolojik değeri haiz ulusal hazinelerin korunması'nın içinde kalıyor olarak kabul edilemez".[103]

Artistik, tarihi veya arkeolojik değeri haiz ulusal hazinelerin korunması istisnasına ilişkin bu kararlara ek olarak, bu kavram, doktrince açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre bu istisna, açık olmamakla birlikte, devletlerin kendilerinde tutmak istedikleri ulusal saygı veya tarihi duyarlılık gösterilen nesneleri içine almaktadır.[104] Yine bu istisna, kural olarak, ihracat üzerindeki sınırlamalara uygulanabilir gözükmektedir.[105] Bununla beraber, Divan, henüz bu istisna sebebi temelinde herhangi bir önlemi Birlik hukukuna uygun bulmamıştır.[106]

ff. Sınaî ve Ticari Mülkiyetin Korunması

Sınaî ve ticari mülkiyetin korunması; patent, marka, telif ve tasarım haklarını içermektedir. Bu istisna, Divan önünde sıklıkla ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, burada konuyla ilgili üç genel tespit yapmakla yetinilecektir.[107] İlk olarak, bu istisna, fikri mülkiyet sahibi özel kişilerin eylemleri yönünden derogasyon verilmesidir. Bir başka ifadeyle, ABİHA md. 345 uyarınca fikri mülkiyeti tanıyan ulusal kurallara itiraz edilememektedir. İkinci olarak, fikri mülkiyet hakları çoğunlukla pazar bölücü etki

---

[102] Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009] pr. 22, 29.

[103] Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009] pr. 32. Bkz. Opinion of AG Trstenjak in Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009] pt. 92. Buna karşın, kültürel nesneler olarak kitapların korunması, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep olarak kabul görecektir. Case C-531/07 *Fachverband der Buch* [2009] pr. 34.

[104] Bkz. **LASOK,** s. 395. Ayrıca bkz. **CANDAN,** s. 46.

[105] Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 403; **TEKİNALP–*et.al.,*** s. 323.

[106] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 163; **KENT, (2000),** s. 81.

[107] Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 403–404. Konuyla ilgili olarak bkz. **CANDAN,** s. 46–53; **ÖZCAN, MEHMET,** *Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s. 104–144.

doğurmaktadır.[108] Bu nedenle, malların serbest dolaşımı ile sınaî ve ticari mülkiyetin korunması istisnası arasında hassas bir denge gözetilmelidir. Bu denge, temel olarak, Divanca geliştirilen iki doktrin ile sağlanmaktadır.[109] İlk doktrin, hakkın varlığı ile kullanılması arasındaki ayrımdan yola çıkmaktadır.[110] Buna göre hakkın varlığı, korunurken; hakkın kullanımı, hakkın 'spesifik konusu' olan o hak ile korunan merkezi alanın aşılıp aşılmadığı yönünden denetime tâbi tutulmaktadır.[111] Ayrıca, 'hakkın tüketilmesi' doktrinine göre hak sahibi bir ürünün ilk kez pazarlanmasını kontrol edebilirken, bundan sonraki pazarlanma ve dağıtımını kontrol edememektedir.[112] Son olarak, orantılılık ilkesi, bu istisna sebebiyle ilgili olarak da merkezi bir role sahiptir.[113]

b. İstisnaların Sınırı: Ticaret Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama

Ulusal önlem, ABİHA md. 36 ışığında haklı gösterilmek için, bu maddedeki istisna sebeplerinden birisine girmenin yanı sıra ticaret üzerinde keyfi ayrımcılık veya örtülü kısıtlama oluşturmamalıdır.[114] Konuyla ilgili kimi kararlara değinilebilir.

---

[108] Bkz. **ŞAHİN, SEYİT A.,** *Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Verdiği Kararların İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004, s. 86.

[109] Genel olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 659.

[110] Bkz. **BOZKURT–*et. al.,*** s. 226.

[111] Hakkın spesifik konusu ile ilgili olarak bkz. **ŞAHİN,** s. 98–114; **TEKİNALP–*et.al.,*** s. 693–717.

[112] Hakkın tüketilmesi ile ilgili olarak bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 336–338, 397–400; **ŞAHİN,** s. 115–129; **TEKİNALP–*et.al.,*** s. 685–693. Örnek olarak bkz. **89/104 sayılı Direktif** md. 7.

[113] Bkz. **EMILIOU,** s. 256.

[114] Bkz. **EMILIOU,** s. 259. Her ne kadar kurucu antlaşmada açıkça yer almasa bile; Divan bu koşulu önceki kararlarında hizmetlerin serbest dolaşımı için de öngörmüştür. Case 62/79 *Coditel* [1980] pr. 15. Yine, sermayenin serbest dolaşımı yönünden benzer bir koşul öngörülmektedir. Bkz. "b. İstisnaların Sınırı: Sermayenin Serbest Dolaşımı Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama", s. 387.

ABİHA md. 36(2) hakkındaki ilk tespitler, *Henn and Darby* kararında yapılmıştır.[115] Burada, edebe aykırı ve müstehcen eşyaların ithalatını yasaklayan ulusal kuralın genel ahlak istisnası ile haklı gösterilmesi değerlendirilmektedir.[116] Divana göre md. 36(2):

> "[md. 36(1)'de] yer alan sebeplere dayalı ticaret üstündeki kısıtlamaların özel amaçlarından saptırılması ile ya diğer üye devlet menşeli mallar yönünden ayrımcılık yaratacak ya da belirli ulusal ürünleri dolaylı olarak koruyacak şekilde kullanılmalarını önlemek için tasarlanmıştır."[117]

Burada Birleşik Krallık'taki kurallar, edebe aykırı ve müstehcen eşyaların üretilmesi ve pazarlanmasını yasaklamakta veya en azından kısıtlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, bu kurallar, kimi ulusal ürünlere dolaylı koruma vermek için tasarlanan veya yerli mallar ile ithal mallar arasında keyfi ayrımcılık yapmayı amaçlayan bir önlem olarak görülemeyecektir.[118]

Rewe-Zentralfinanz davasında ise bir üye devletçe bir başka üye devletten ithal edilen elmalara ilişkin bitki sağlığı denetimi yürütülmesi ile ABİHA md. 34 ve 36 ilişkisi ele alınmaktadır.[119] Divana göre bu denetim, bitki sağlığının korunması temelinde haklı görülmekle birlikte; bu uygulamanın keyfi ayrımcılık olarak nitelendirilmemesi için bulaşık yerli ürünlerin dağıtımını engellemek adına etkili önlemler alınması ve özellikle geçmiş deneyimler ışığında ithalat üzerinde denetim olmadığı takdirde zararlı organizmaların yayılması riski olduğuna inanmak için neden

---

[115] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979].

[116] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 1.

[117] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 21. Bkz. Case C-170/04 *Rosengren and others* [2007] pr. 42. Örnek olarak bkz. Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa* [1991] pr. 25; Case 40/82 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1984] pr. 1, 40.

[118] Case 34/79 *Henn and Darby* [1979] pr. 21.

[119] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 1.

bulunması gerekmektedir.[120] O hâlde, nesnel temellerde haklı gösterilemeyen bir ayrımcılık, keyfi olarak nitelendirilecektir.[121]

Keyfi ayrımcılık ve örtülü kısıtlama ile ilgili kimi tespitler yapılabilir. İlkin, ithal mallara yönelik ayrımcılık hâlinin keyfi olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir ölçüt, yerli mallara karşı alınan önlemler ile yapılan karşılaştırmadır.[122] Böyle bir ayrım yapılıyorsa, bu ayrım nesnel ve meşru bir temele dayanmalıdır.[123] Ticaret üzerinde örtülü kısıtlama ise, malların serbest dolaşımı üstündeki her türlü kısıtlayıcı etkinin ilgili çıkarı korumak için gerekli olan ile sınırlanmasını ifade etmektedir.[124] Yine, orantılılık ilkesi ile keyfi ayrımcılık veya örtülü kısıtlama, birbiri ile örtüşmektedir.[125] Örneğin, orantılılık ilkesine aykırı bir önlem, ticaret üstünde örtülü ayrımcılık hâline yol açabilecektir.[126]

B. Kişilerin, Hizmetlerin ve Birlik Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı

Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden doğrudan ayrımcılık içeren önlemler, orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla, yalnızca kurucu

---

[120] Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 7, 9.

[121] **STEINER–*et. al.*,** s. 398.

[122] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 619; **BARNARD, (2010),** s. 164. Örnek olarak bkz. Case 40/82 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1984] pr. 38, 40.

[123] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 624. Örneğin, bir önlem ithal malları dışlasa bile; insan sağlığı ve hayatının korunması hedefine erişmek için tek yol bu ise haklı görülecektir. Bkz. Case C-324/93 *Evans* [1995] pr. 35–39. Yine, yerli üründe olmayan gerçek bir risk ithal malı etkiliyorsa böyle bir ayrım yapılabilecektir. Case 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* [1975] pr. 8.

[124] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 624.

[125] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 622; **EMILIOU,** s. 259; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 27–30. Buna karşın Candan'a göre orantılılık ilkesinin ihlal edilmediği halde, yerli ürünler karşısında ithal edilen ürünlere keyfi ayrımcılık yapılan ulusal önlemlerden bahsedilebilecektir. **CANDAN,** s. 54.

[126] Case 272/80 *Maatschappij voor Biologische Producten* [1981] pr. 13, 14; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 27. Bkz. **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 276; **STEINER–*et. al.*,** s. 396.

antlaşmada belirlenen ve ikincil hukuk ile detaylandırılan istisnalar ile haklı gösterilebilmektedir.[127] ABİHA md. 45(3, 4), 51, 52 ve 62 uyarınca bu sebepler şöyle sıralanabilir:

- kamu düzeni;
- kamu güvenliği;
- genel sağlık.

Ayrıca, kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak 'kamu hizmeti' ve/veya 'kamusal yetki' istisnası bulunmaktadır.

Kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık ya da kısaca kamu düzeni istisnaları ile kamu hizmeti veya kamusal yetki istisnası arasında iki türlü farklılıktan bahsedilebilir. Bir kere, kamu hizmeti veya kamusal yetki istisnası, bir durumu Birlik hukukunun kapsamı dışında bırakırken; kamu düzeni istisnaları, Birlik hukukunun kapsamı içinde kalan bir önlemin haklı gösterilmesi için kullanılmaktadır.[128] Yine, kamu düzeni istisnaları, bir kişinin ülkeye girişini reddetmek veya onu sınırdışı etmek ve her türlü ayrımcı önlemi haklı göstermek için kullanılırken;[129] kamu hizmeti veya kamusal yetki istisnası ise, yalnızca istihdama erişimin ilk defa reddi için kullanılmaktadır.[130]

Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma dair hükümler açıkça istisnalara yer vermediğinden, bu serbest dolaşım ile istisnalar arasındaki ilişki açıklanmalıdır. Burada Birlik vatandaşlığı ile ilgili ayrımcılık yasağı getiren ABİHA md. 18, görünürde herhangi bir istisnaya yer vermemektedir.[131] Buna karşın, buradaki yasak, "açıkça belirlenen istisnalara tâbi" olması nedeniyle mutlak nitelik taşımamaktadır.[132] Öyleyse,

[127] Bkz. **CONNOR,** s. 182. Bkz. "III. Haklı Gerekçelerin Sınırı Olarak Orantılılık İlkesi", s. 442.

[128] Bkz. **VAN DER MEI, (2003),** s. 70, 71–72.

[129] Örnek olarak bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 832; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 730.

[130] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 479.

[131] Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 762.

[132] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 23.

kamu düzeni istisnası gibi kurucu antlaşmadaki kişilerin serbest dolaşımına ait istisnalar, md. 18 yönünden de uygulanabilecektir.[133] Keza md. 21'deki "sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere" ifadesindeki sınırlamalar, kurucu antlaşmada yer alan ve ikincil hukuk ile detaylandırılan kamu düzeni istisnalarına gönderme yapmaktadır.[134] Öyleyse yukarıda belirtilen istisna sebepleri, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma yönelik doğrudan ayrımcılık içeren önlemler yönünden uygulanacaktır.[135]

Yine, buradaki istisnalar, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak birörnek biçimde yorumlanacaktır. Bu sonucu destekleyen birkaç argüman ileri sürülebilir:[136] İlkin, kurucu antlaşmanın planı (ABİHA md. 45–62), bu serbestîlere aynı Başlık altında yer vermektedir. Yine, kişilerin serbest dolaşımı hükümleri; ayrımcılık, giriş ve ikâmete ilişkin olarak paralel biçimde yorumlanmaktadır. Ayrıca, md. 45(3) ile 52 içinde yer alan kamu düzeni kaydı, tek Direktif –2004/38 sayılı Direktif– ile tatbik edilmektedir. Öyleyse, md. 52, md. 45(3) ile kıyas edilebilir biçimde yorumlanmalıdır. Bu kıyaslanabilir yorum, aynı istisnalara tâbi olan Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden de geçerlidir. Zira ayrımcılık, giriş ve ikâmete ilişkin olarak md. 45, 49 ve 56 ile 21 paralel yorumlanmakta ve kamu düzeni kaydı tek ve aynı Direktif –2004/38 sayılı Direktif– ile tatbik edilmektedir.

Kurucu antlaşma ile sayılan bu sebepler, ikincil hukuk ile detaylandırılmıştır. Konuyla ilgili 1964 yılında çıkarılan 64/221 sayılı Direktif, 2004 yılında çıkarılan

---

[133] **SLOT–BULTERMAN,** s. 762. Bkz. **ROGERS–SCANNEL,** s. 64; **TRIDIMAS, (2007),** s. 120, 121.

[134] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 688; **BEENEN,** s. 54; **CONDINANZI–*et. al.*,** s. 29; **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 850; **DAVIES, G., (2003a),** s. 72; **GUILD, (2001),** s. 49; **GUILD, (2004),** s. 87; **HALL, (1995),** s. 116, 120, 125, 127; **HILF,** Rn. 10; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 363; **LENAERTS–VAN NUFFEL,** s. 547; **O'LEARY, (1996),** s. 129; **SPAVENTA, (2008),** s. 23; **TEZCAN,** s. 41. Ayrıca bkz. Case C-356/98 *Kaba I* [2000] pr. 30; Case C-466/00 *Kaba II* [2003] pr. 46; Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 47.

[135] Bkz. **REICH–HARBACEVICA,** s. 630.

[136] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 799.

2004/38 sayılı Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır.[137] Bu çalışmada 2004/38 sayılı Direktif incelenmekle birlikte, bu Direktif büyük ölçüde 64/221 sayılı Direktif ve ona ait içtihat hukukunu esas almıştır.[138] Bu nedenle, 2004/38 sayılı Direktif, yüksek bir ihtimalle 64/221 sayılı Direktif ile aynı doğrultuda yorumlanacaktır.[139] Bundan dolayı, bir farklılık olmadıkça 64/221 sayılı Direktife ait içtihat hukuku, 2004/38 sayılı Direktif için de geçerli olarak kullanılacaktır.[140]

2004/38 sayılı Direktif ve istisna sebepleri hakkında kısaca şu bilgilere yer verilebilir. Bir kere, bu Direktif; işçi, serbest çalışan, hizmet alıcısı olarak ya da ekonomik amaçlı olmaksızın bir başka üye devlette ikâmet eden ya da o devlete giden üye devlet vatandaşları ve onların aile üyelerine uygulanmaktadır.[141] Bu Direktife göre Birlik vatandaşları ve onların aile üyelerinin dolaşma ve ikâmet etme hakları; kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde üye devletlerce kısıtlanabilecektir.[142] Bununla birlikte, kullanılabilecek sebepler, kişinin ev sahibi üye devletteki ikâmet süresine göre vasıflandırılmıştır.[143] Buna göre ilk üç ay, tüm istisna sebepleri geçerli iken; 3 ay ile 5 yıl arası için yalnızca kamu düzeni ve güvenliği ileri sürülebilecektir.

---

[137] **2004/38 sayılı Direktif** md. 38(2). 2004/38 sayılı Direktif, 30 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (md. 41.) Bu Direktifi iç hukuka aktarma süresi iki yıldır. (md. 40(1).) Yürürlükten kaldırılan direktiflere yapılan referanslar, bu Direktife yapılmış kabul edilecektir. (md. 38(3).)

[138] Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 494. 2004/38 sayılı Direktif hükümleri, geçmişteki uygulamadan bir kopuş teşkil etmekten ziyade o içtihadın kodifikasyonudur. **STEINER–*et. al.,*** s. 506.

[139] Bkz. **STEINER–*et. al.,*** s. 494.

[140] Aynı doğrultuda bkz. **BARNARD, (2010),** s. 481.

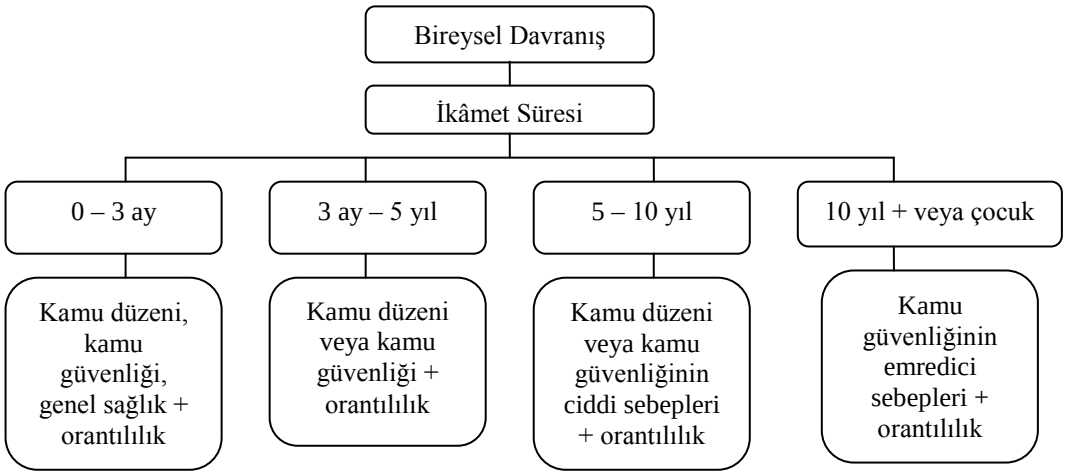
[141] **2004/38 sayılı Direktif** md. 1. Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 1.

[142] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27. Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 2. Bu maddelerde geçen, 'önlem' ifadesi, Divan tarafından "[kişilerin] serbest dolaşımının uygulama alanına giren kişilerin ev sahibi üye devletin vatandaşları ile aynı koşullar altında o devletlere serbestçe girme ve o devletlerde serbestçe ikâmet etme haklarını etkileyen her türlü eylem" olarak tanımlanmıştır. (Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 21.) Bu tespit, 2004/38 sayılı Direktif yönünden de geçerli gözükmektedir. Bkz: **STEINER–*et. al.,*** s. 495.

[143] Bkz. "Şekil 21: İkâmet Süresine Göre Kullanılabilecek İstisna Sebepleri", s. 356.

Ayrıca, 5 ile 10 yıl arası ikâmet hâlinde kamu düzeni veya güvenliğinin 'ciddi' sebepleri; 10 yıl üstü ikâmet hâlinde kamu güvenliğinin 'emredici' sebepleri aranacaktır. Yine, çocuklar için kamu güvenliğinin 'emredici' sebepleri aranacaktır. Son olarak, 2004/38 sayılı Direktif hükümleri, muhtemelen tıpkı 64/221 sayılı Direktif hükümleri gibi, doğrudan etkili kabul edilerek, bireylere zengin bir maddi ve usuli hak kaynağı sunacaktır.[144]

Şekil 21: İkâmet Süresine Göre Kullanılabilecek İstisna Sebepleri[145]



Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına yönelik istisnalar ile ilgili kimi genel tespitler yapılabilir. İlkin, bu istisnalar, dar biçimde yorumlanmaktadır.[146] Hatta Birlik vatandaşlığı ile birlikte, bir kişinin 'Birlik vatandaşı' statüsüne sahip olmasından ötürü istisnalar, "özellikle kısıtlayıcı" biçimde

[144] Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 496. Örnek olarak, **64/221 sayılı Direktif** md. 3(1), **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2) ile lâfzen aynı olup, ilk Direktifteki madde *van Duyn* kararına göre doğrudan etkilidir. (Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 15.) Yine, 2004/38 sayılı Direktif, AİHS'ye gönderme yapmasa bile; Divanın içtihat hukuku uyarınca bu Sözleşme, usulî bir güvenlik ağı ve rehberdir. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 699.

[145] Bu Şekil, esas olarak, **BARNARD, (2010),** s. 488'den alınmıştır.

[146] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 18; Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 23. Kamu hizmeti ile ilgili olarak bkz. Case C-47/02 *Anker* [2003] pr. 33. Kamusal yetki ile ilgili olarak bkz. Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 34. Her ikisi için genel olarak bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 796; **BARNARD, (2010),** s. 500.

yorumlanmalıdır.[147] İstisnaların dar yorumuna koşut olarak, buradaki istisna sebepleri sınırlı sayıdadır.[148] Ayrıca, ekonomik amaçlara hizmet etmek için bu sebeplere isnat edilememektedir.[149] Bundan başka, burada ispat yükü, kısıtlamayı haklı göstermeye çalışan kimselere düşmektedir.[150] Bu kimseler, çoğu kez ulusal makamlardır.[151] Ulusal makamlar, kurucu antlaşmadaki yükümlülüklerinin sınırı içinde kalarak, bu istisnaların uygulanmasında belirli bir takdir yetkisine sahiptir.[152] Buna ek olarak, bir alanda uyumlaştırma yapan Birlik işlemi mevcutsa; üye devletler, yalnızca bu işlem ile öngörülen istisna sebeplerine dayanabilecektir.[153] Bir de, bu temellere dayanan ulusal önlemler, hukukun genel ilkelerinden olan orantılılık ilkesi ve temel haklara (insan haklarına) uygun olmalıdır.[154] Yine, buradaki istisnalar yönünden hem maddi hem de usuli güvencelere uygunluk aranmaktadır.[155] Son olarak, temel haklar (insan hakları) ya da Birlik vatandaşlığı, istisnaların yorumu açısından bu alandaki içtihat hukukunu etkilemektedir.[156]

---

[147] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 65. Kapteyn ve diğerleri de aynı kanıdadır. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 694.

[148] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 480. Ayrıca bkz. Case 388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 20.

[149] Case 352/85 *van Adverteerders* [1988] pr. 34. Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(1). Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 2(2). Ayrıca bkz. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 835.

[150] Bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 86. Krş. Case C-26/03 *Halle* [2005] pr. 46; Ayrıca bkz. **JARASS,** s. 155; **SLOT–BULTERMAN,** s. 764; **WHITE, (2005a),** s. 885.

[151] Bkz. **GUILD, (2007),** s. 26; **LASOK,** s. 444. Bkz. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 32; Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86.

[152] Bkz. **LASOK,** s. 444.

[153] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 480. Ayrıca bkz. Case C-421/98 *Commission v Spain* [2000] pr. 42. Detaylar için bkz. "A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması" s. 422.

[154] Orantılılık ile ilgili olarak bkz. Case C-100/01 *Olazabal* [2002] pr. 43; Case C-456/02 *Trojani* [2004] pr. 31; **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2); "III. Haklı Gerekçelerin Sınırı Olarak Orantılılık İlkesi", s. 442. Temel haklar ile ilgili olarak bkz. Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 43; "2. Temel Hakların Etkisi", s. 429.

[155] Case C-50/06 *Commission v Netherlands* [2007] pr. 34. Bkz. "b. Usuli Güvenceler", s. 377.

[156] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 478; **STEINER–*et. al.,*** s. 494; **STREINZ, RUDOLF,** *Europarecht,* 8. Auflage, C. F. Müler Verlag, Heidelberg, 2008, Rn. 833. Birlik hukukunun genel ilkeleri ile uyuma

Aşağıda, sırasıyla, kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına yönelik kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri ve bu tür önlemler bakımından uyulması gerekli usuli güvenceler ele alınacaktır.

a. İstisna Sebepleri

Kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık ile kamu hizmeti ve kamusal yetki istisnaları, bu sırayla incelenecektir.

aa. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Genel Sağlık

Burada, kamu düzeni ve kamu güvenliği ile genel sağlık istisnasına yer verilecektir.

aaa. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği

Buradaki inceleme esas olarak Divan kararları ve ikincil hukuk temelinde ve kamu düzeni üzerinden yapılacaktır. Bu durumun iki nedeni vardır. İlk olarak, kamu düzeni ve kamu güvenliği, ayrı ayrı istisna sebebi olmakla beraber,[157] kamu güvenliği

---

değinen kararlar için bkz. Case C-50/06 *Commission v Netherlands* [2007] pr. 34; Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] pr. 43–44; Case C-459/99 *MRAX* [2002] pr. 61–62. Temel haklar ile ilgili olarak bkz. "2. Temel Hakların Etkisi" s. 429.

[157] Söz gelimi Bozkurt ve diğerlerine göre kamu güvenliğine dayanan kısıtlama, kamu düzenine dayanan kısıtlamalardan daha fazla ve ülkenin varlığına doğrudan bir tehdidin varlığını gerektirir. **BOZKURT–*et. al.,*** s. 258. Lasok'a göre ise kamu güvenliği, ülke içinden veya dışından olan şiddet, kargaşa ve tehditler karşısında devletin ve orada yaşayanların güvenliği çıkarı ile haklı gösterilen serbest dolaşıma yönelik kısıtlamayı ima etmektedir. Buna karşın yazara göre kamu düzeni, hem kamu düzeni ve kamu güvenliği hem de genel sağlık istisnalarını kapsıyor gözükmektedir. **LASOK,** s. 444, 445. Bilgin'e göre kamu düzenine kıyasla oldukça sınırlı bir kapsama sahip olan kamu güvenliği istisnası, terör, casusluk gibi konular ile üye devleti istikrarsızlığa sürükleyebilecek nitelikteki aktivitelerin varlığı hâlinde söz konusudur. **BİLGİN, (2010c),** s. 90. Divana göre kamu güvenliği, hem iç hem de dış güvenliği ilgilendirip; kurumların ve esaslı kamu hizmetlerinin işleyişine yönelik bir tehdit, nüfusun sağlıklı kalmasının yanı sıra askeri çıkarlara yönelik bir risk ile dış ilişkilere ya da ulusların barışçıl birlikte var oluşuna yönelik ciddi bir bozulma riski kamu güvenliğini etkileyebilecektir. Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 43, 44.

terimi, genellikle kamu düzeni terimi içinde değerlendirilmektedir.[158] İkinci olarak, Divana göre ikincil hukuka ait kamu düzeni kavramının yorumu, birincil hukuk için de aynen geçerlidir.[159] Burada, kamu düzenine yönelik olarak öne çıkan 'takdir yetkisi', 'mevcut, hakiki ve yeterince ciddi ihlâl', 'kişisel davranış', 'önceki cezai mahkumiyet', 'sınır dışı etme' ve 'tüzel kişiler' olarak adlandırılabilecek hususlar, sırasıyla incelenecektir.

İlk olarak, Divana göre üye devletler, ulusal ihtiyaçlar ışığında neyin kamu düzeni oluşturduğunun belirlenmesi konusunda belirli bir takdir yetkisine sahiptir.[160] Buna ilişkin *van Duyn* davasında Birleşik Krallık yetkili makamları, faaliyetleri sosyal olarak zararlı görülen Siyantoloji Kilisesi'nde Hollandalı Bayan van Duyn'un sekreter olarak çalışmaya başlamak üzere ülkeye girişine izin vermemiştir.[161] Divana göre temel bir serbestîden sapmayı haklı göstermek için kullanılan kamu düzeni istisnası, dar biçimde yorumlanmalı ve böylece bu kavramın kapsamının Birlik kurumlarının kontrolüne tâbi olmaksızın her üye devletçe bireysel olarak belirlenmemesi sağlanmalıdır. Bununla birlikte:

> "kamu düzeni kavramına başvurmayı haklı gösteren özel durumlar, bir ülkeden diğerine ve bir dönemden diğerine farklılık gösterebilir ve bu nedenle bu konuda

[158] Bkz. **KENT, (2000),** s. 97; **STEINER–*et. al.*,** s. 498. Bu iki istisna sebebi, 'birbiri ile alakalı' ve 'örtüşen' niteliktedir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 586, 864; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 234; **SHAW–*et.al.*,** s. 296. Barnard'a göre içtihat hukuku, kamu güvenliğini büyük ölçüde kamu düzeni başlığı altına yerleştirmiştir. **BARNARD, (2010),** s. 481.

[159] Case C-466/98 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2002] pr. 57. Krş. "bb. Kamu Düzeni" s. 339; "cc. Kamu Güvenliği", s. 341; "dd. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği", s. 386.

[160] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 481. Kamu düzeni ile bağlantılı görülen sebepler, şöyle belirtilebilir: Dolandırıcılık ile mücadele edilmesi (Case 79/85 *Segers* [1986] pr. 17.), insan onuruna saygı gösterilmesi (Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 36, 41.).

[161] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 2, 3.

yetkili ulusal makamlara kurucu antlaşma ile getirilen sınırlar içinde bir takdir alanı tanınmalıdır."[162]

Burada bir üye devlet, kendi devletinde hukuka aykırı olmamakla birlikte sosyal olarak zararlı nitelemesini haiz bir kuruluşta çalışmak konusunda kendi vatandaşlarına kısıtlama getirmese bile; bir başka üye devlet vatandaşının o işte çalışmak üzere ülkesine girmesini kamu düzeni sebebi ile engelleyebilecektir.[163] Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere, sonraki kararlar ile eşit muamele ilkesi ile uyumsuz olan bu sonuçtan dönülmüştür.[164]

İkinci olarak, bir dizi karar ile kamu düzeni istisnasını başarılı olarak kullanmak için sağlanması gerekli koşullar belirlenmiştir. Buna ilişkin *Rutili* davasında Fransa makamları, İtalyan Bay Rutili'nin Fransa'da belirli bölgelerde ikâmet etmemesine karar vermiştir.[165] Bu karar, Bay Rutili'nin 1967 ve 1968 yıllarındaki siyasi ve sendikal faaliyetleri nedeniyle belirtilen bölgelerde bulunmasının "kamu düzenini bozmasının muhtemel olması" temelinde verilmiştir.[166] Divana göre "üye devletler, ulusal gereklilikleri ışığında kamu düzeni gereksinimlerini belirleyebilir".[167] Bununla birlikte, kamu düzeni kavramı, dar biçimde yorumlanacaktır.[168] Bundan dolayı, bir ülkeye girme, orada kalma ve dolaşma hakkı üstündeki kısıtlamalar, ancak "bir kişinin mevcudiyeti ya da davranışı, kamu düzenine *hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike*

[162] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 18. Keza Birlik hukuku, kamu düzenine aykırı olarak nitelenecek davranışların değerlendirilmesi konusunda birörnek bir değerler ölçüsü vaz etmemektedir. Bkz. Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] pr. 60. Ayrıca bkz. Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 31.

[163] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 23, 24.

[164] Bkz. s. 364.

[165] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 2.

[166] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 6.

[167] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 26.

[168] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 27.

oluşturuyorsa" getirilebilir.[169] Bu bakımdan, üye devletler, genel mülahazalar temelinde değil; kişinin bireysel durumu temelinde karar almalıdır.[170] Buna ek olarak, kamu düzeni sebebi, ekonomik amaçlara hizmet etmek için ileri sürülerek uygunsuz biçimde kullanılamayacaktır.[171] Kaldı ki, üye devletlerin yabancıları denetlemesine ilişkin bu sınırlamalar, AİHS md. 8, 9, 10 ve 11'deki haklara ulusal güvenlik veya kamu düzenine dayanarak 'demokratik bir toplum'daki çıkarların korunması için gerekli olanlardan başka kısıtlama getirilemeyeceğine dair genel ilkenin spesifik görünümüdür.[172]

Bu alandaki *Bouchereau* davası ile *Rutili* kararındaki "kamu düzenine hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike oluşturma" koşuluna ekleme yapılmıştır.[173] Burada Birleşik Krallık'ta çalışan bir Fransız, bu devlette iki kez arka arkaya uyuşturucu bulundurmaktan dolayı suçlu bulunmuştur.[174] Ulusal mahkeme, bu kişinin sınır dışı edilmesi için yetkili makama tavsiyede bulunmadan evvel Birlik hukukunun yorumunu istemiştir.[175] Divana göre kamu düzeni kavramı, hukukun her türlü ihlâlini içeren sosyal düzende karışıklığın yanı sıra *toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen* kamu düzeni gereksinimlerine hakiki ve yeterince ciddi bir tehlikenin mevcudiyetini de gerektirmektedir.[176] Öyleyse, herhangi bir hukuka aykırılık –örneğin uyuşturucu

---

[169] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 28. (*Vurgu* eklenmiştir.) Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Kamu düzeni gerekliliklerine mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığı, geçmişte ya da şimdi olsun, bir davranışın yoğunluğuna dayanacaktır. **STEINER–*et. al.,*** s. 500.

[170] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 29. **64/221 sayılı Direktif** md. 3. Krş. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Bu madde uyarınca bir olayın özelliklerinden tecrit edilen veya genel korunma mülahazalarına isnat eden gerekçeler kabul edilemez. Bkz. Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 24.

[171] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 30. **64/221 sayılı Direktif** md. 2(2). Aynı doğrultuda bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(1).

[172] Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 32.

[173] Case 30/77 *Bouchereau* [1979].

[174] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 2, 3.

[175] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 4, 5.

[176] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 35. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Case C-168/04 *Commission v Austria* [2006] pr. 64. Bu tespit, **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2) içinde yer almaktadır.

bulundurmak– ile sosyal düzenin yalın bir ihlâli, kamu düzeni temelinde alınan önlemi haklı göstermeyecektir.[177] Buna ek olarak, toplumun temel çıkarlarından birisine yönelik hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike de aranacaktır.[178]

Ayrıca, Divan, "kamu düzenine hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike oluşturma" testini son derece sıkı biçimde uygulamaktadır.[179] Söz gelimi *Commission v Germany* davasında Alman mevzuatına göre sınırsız AB ikâmet iznine sahip yabancı kişiler, kamu düzeni veya kamu güvenliğine ilişkin 'ciddi' sebepler ile sınır dışı edilebilmektedir.[180] Buna karşın, Divana göre kamu düzeni kavramına istinat etmek için sosyal düzenin bozulmasının yanı sıra toplumun temel çıkarlarından birisine hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike bulunması gerekmektedir.[181] O hâlde, ilgili ulusal kural, içtihat hukukundan kaynaklanan gereksinimleri yeterince açık bir biçimde aktarmayarak, Birlik hukuku ile çelişmektedir.[182] Dahası, toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike ile bu tehlikenin üstesinden gelmek için çıkarılan ayrımcı önlem arasında *doğrudan ve güncel bir bağ* olmalıdır.[183] Örneğin, *Orfanopoulos and Oliveri* kararı uyarınca 'mevcut tehlikenin varlığı' koşulu, sınır dışı etme kararı ile aynı zaman içinde sağlanmalıdır.[184]

Aynı sıkı denetim, *Commission v Spain* davasında Schengen Bilgi Sistemi ile kurucu antlaşma ve 2004/38 sayılı Direktif arasındaki ilişki çerçevesinde ortaya

---

[177] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 484. Bununla beraber, bu koşul, mutlaka gerekmemekle birlikte, genellikle cezai bir davranış içermektedir. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 586. Bununla birlikte, cezai mahkumiyet sınır dışı etmeyi her zaman haklı göstermemektedir. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2).

[178] Case C-348/96 *Calfa* [1999] pr. 25. Krş. Case C-340/97 *Nazli* [2000] pr. 28.

[179] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 484.

[180] Case C-441/02 *Commission v Germany* [2006] pr. 71.

[181] Case C-441/02 *Commission v Germany* [2006] pr. 70.

[182] Case C-441/02 *Commission v Germany* [2006] pr. 74, 77.

[183] Case C-466/98 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2002] pr. 57.

[184] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 79.

konmuştur.[185] Burada, iki İspanyol ile evli iki Cezayirli, Schengen Bilgi Sistemindeki uyarılar nedeniyle İspanya'ya girememektedir.[186] Divana göre Schengen mevzuatının ilgili maddeleri ile Birlik hukuku örtüşmemektedir. Schengen mevzuatına göre kamu düzeni temelinde bir uyarı, ilgili kişi en az bir yıllık hapis cezasına çarptırılmışsa veya yabancıların ülkeye giriş veya ikâmeti hakkındaki ulusal düzenlemelerle uyum sağlamaması nedeniyle bir önleme maruz kalmışsa verilebilmektedir.[187] Buna karşın, Birlik vatandaşının eşi olan üçüncü ülke vatandaşları yönünden yalnızca o kişinin varlığının toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen hakiki, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike oluşturması hâlinde uyarı konulabilecektir.[188] Somut olayda İspanya, salt Schengen Bilgi Sistemindeki uyarıya dayanarak ilgili Cezayirlileri ülkeye almamakla, Birlik hukukunu ihlâl etmiştir.[189] Öyleyse, Schengen kuralları ile kurucu antlaşma veya 2004/38 sayılı Direktif arasında uyumsuzluk olduğunda kurucu antlaşma ve 2004/38 sayılı Direktif, Schengen kurallarından önce gelecektir.[190]

Üçüncü olarak, kamu düzeni temelinde alınan önlemler, münhasıran ilgili kişinin 'kişisel davranış'ına dayanmalıdır.[191] Kişisel davranış kavramı, *van Duyn* davasında karşımıza çıkmaktadır.[192] Burada, Birleşik Krallık, Hollandalı bir kişinin faaliyetleri sosyal olarak zararlı görülen bir kuruluşta çalışmaya başlamak üzere ülkeye girişine izin vermemiştir.[193] Divana göre bir kişinin belirli bir grup ile geçmişteki bağı, Birlik içinde serbestçe dolaşma hakkının geri çevrilmesi kararını genellikle haklı göstermeyecektir.

---

[185] Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006].

[186] Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] pr. 23, 24.

[187] Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] pr. 48.

[188] Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] pr. 52. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 691.

[189] Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] pr. 59.

[190] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 484.

[191] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 3(1). Ayrıca bkz. Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 24.

[192] Case 41/74 *van Duyn* [1974].

[193] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 2, 3.

Buna karşın, bir kişinin bir kuruluşun amaçları ve projeleri ile özdeşleşmenin yanı sıra etkinliklerine katılmayı yansıtan şimdiki bağı, ilgili kişinin iradi fiili ve bundan ötürü kişisel davranışı olarak değerlendirilebilir.[194] Hatta Divana göre bir üye devlet, kendi vatandaşları yönünden bu tür bir kısıtlama getirmese bile; kamu düzeni temelinde bir başka üye devlet vatandaşının ülkesine girerek belirli bir işe başlamasını geri çevirebilecektir.[195]

Bununla birlikte, bu son tespit, ayrımcılık yapmama ilkesi ile uyumsuz olup; sonraki kararlar ile bundan dönülmüştür.[196] Buna ilişkin *Adoui and Cornuaille* davasında Fransız iki kadının Belçika'da ikâmet etme isteği, ulusal makamlarca çalıştıkları bardaki garsonluk işinin ahlakî açıdan şüpheli olması nedeniyle geri çevrilmiştir.[197] Bununla birlikte, aynı türdeki işler –hayat kadınlığı–, Belçika vatandaşları yönünden herhangi bir önleyici tedbire maruz kalmamaktadır.[198] Bir üye devletin kendi vatandaşları yönünden herhangi bir önleyici önlem veya diğer hakiki ve etkili önlemler almadığı bir davranış, bir başka üye devlet vatandaşı söz konusu olunca kamu düzenine yönelik yeterince ciddi bir tehlike olarak nitelenemez.[199] Öyleyse bir üye devlet, vatandaşları ile göçmenlere yönelik eyleminde tutarlı olmalıdır.[200]

---

[194] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 17.

[195] Case 41/74 *van Duyn* [1974] pr. 23.

[196] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 483.

[197] Joined Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] pr. 2.

[198] Joined Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] pr. 5, 7.

[199] Joined Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] pr. 8. Bu durum *Jany and Others* kararına "kamu düzenine yönelik gerçek bir tehlike [olarak nitelenemez]" biçiminde yansıtılmıştır. Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] pr. 61. Krş. "b. İstisnaların Sınırı: Ticaret Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama", s. 350; "b. İstisnaların Sınırı: Sermayenin Serbest Dolaşımı Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama", s. 387.

[200] **BARNARD, (2010),** s. 483–484.

Kişisel davranış kavramının kapsamı, *Bonsignore* kararı ile biraz daha daraltılmıştır.[201] Burada İtalyan Bay Bonsignore, Almanya'da hukuka aykırı olarak ateşli silah bulundurması nedeniyle ceza almıştır. Ulusal makamlar ise, salt bu cezai mahkûmiyete dayanarak sınır dışı etme kararı çıkarmıştır.[202] Divana göre alınan önlemden etkilenen kişilerin 'yalnızca' 'kişisel davranışı' belirleyicidir. Dar biçimde yorumlanması gerekli 'kişisel davranış' kavramı uyarınca sınır dışı etme kararı, yalnızca etkilenen kişi tarafından işlenebilecek barış ve kamu güvenliği ihlâlleri hâlinde alınabilecektir.[203]

Divanın bu alandaki içtihadı, 2004/38 sayılı Direktif ile tedvin edilmiştir. Buna göre ilgili bireyin bireysel davranışı, toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen hakiki, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike teşkil etmelidir.[204] Buna ek olarak, ev sahibi üye devlet, ilgili kişinin kamu düzeni ve güvenliğine tehlike teşkil edip etmediğini araştırırken elzem görürse köken ya da bir başka üye devletten bu kişinin polis kayıtlarına ilişkin bilgileri talep edebilecektir. Bununla birlikte bu işlem, rutin hâline gelmemelidir.[205]

Dördüncü olarak, 'önceki cezai mahkumiyetler', serbestîyi tahdit eden önlemlerin alınması için kendiliğinden temel oluşturmamaktadır.[206] Bu deyiş, *Bouchereau* kararı ile yorumlanmıştır.[207] Burada bir Fransız, Birleşik Krallık'ta çalışmaktadır. Bu kişi, iki kez arka arkaya uyuşturucu bulundurmaktan suçlu bulunmuştur. Birleşik Krallık, bu nedenle bu kişiyi sınır dışı etmek istemektedir.[208] Divana göre ulusal otoriteler, kamu düzeni gereksinimlerinin korunmasının özünde

[201] Case 67/74 *Bonsignore* [1975].

[202] Case 67/74 *Bonsignore* [1975] pr. 2, 3.

[203] Case 67/74 *Bonsignore* [1975] pr. 6. Ayrıca bkz. dn. 227, s. 368.

[204] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Bkz. Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 23.

[205] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(3).

[206] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 3(2).

[207] Case 30/77 *Bouchereau* [1979].

[208] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 2–5.

bulunan çıkarlar açısından spesifik bir değerlendirme yürütmelidir. Zira bu değerlendirme ile cezai mahkûmiyetin temelini oluşturan değerlendirmeler her zaman çakışmamaktadır.[209] Bundan dolayı, önceki cezai mahkûmiyet, sadece bu mahkûmiyete sebebiyet veren durumlar kamu düzeni gerekliliklerine mevcut bir tehlike oluşturan kişisel davranışın kanıtları ise dikkate alınacaktır.[210]

Beşinci olarak, 'sınır dışı etme kararı' özel önem taşımaktadır.[211] Zira, sınır dışı etme, "kurucu antlaşmaca tanınan ve güvence altına alınan hakkı hükümsüz kılmaktadır".[212] Buna ek olarak, bu tip bir karar, bireyin özellikle aile hayatı üzerinde önemli etki doğurmaktadır.[213] Bu açıdan, AB hukuk düzeninde temel hakların öneminin artması, sınır dışı etme hakkını da etkilemektedir. Özellikle, kamu düzeni temelinde bir haklı gösterme, yalnızca temel hakları göz önüne alırsa başarılı olabilecekken; aile hayatına saygı gösterilmesi, bu alanda bilhassa önemlidir.[214] İşte bu nedenlerle, 2004/38 sayılı Direktif, bu konuyu ayrıca düzenlemektedir.

Evvela, sınır dışı etme kararı öncesi kimi etmenler göz önüne alınmalıdır. Buna göre bir üye devlet, kamu düzeni veya kamu güvenliği temelinde 'sınır dışı etme kararı' almadan önce, bir bireyin ülkesinde ne kadar süre kaldığı, yaşı, sağlık durumu, ailesi, ekonomik durumu, ev sahibi üye devletle sosyal ve kültürel bakımdan bütünleşmesi ve köken devleti ile bağının derecesi gibi mülahazaları dikkate almalıdır.[215] Yine, üye devlet, sınır dışı etme kararı verildikten iki sene sonra icra ediliyorsa; bireyin fiilen ve

---

[209] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 27.

[210] Case 30/77 *Bouchereau* [1979] pr. 27–28.

[211] Bkz. "Şekil 22: Kamu Düzeni Temelinde Bir Birey Sınırdışı Edilmeden Önce Değerlendirilmesi Gerekenler", s. 379.

[212] Case 118/75 *Watson* [1976] pr. 20. Krş. Case C-329/97 *Ergat* [2000] pr. 57.

[213] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 487.

[214] Bkz. **SHAW–*et.al.*,** s. 297.

[215] **2004/38 sayılı Direktif** md. 28(1). Bkz. Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 100. Birey ev sahibi üye devlet toplumu ile ne kadar bütünleşmişse, üye devletin istisnalara başarılı biçimde dayanması ihtimali o kadar düşüktür. **ARNULL–*et. al.*,** s. 691.

hakiki biçimde kamu düzeni veya kamu güvenliğine yönelik tehlike oluşturup oluşturmadığını kontrol etmeli ve sınır dışı etme kararı verildiğinden bu yana durumda herhangi bir özlü değişiklik bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir.[216] Ayrıca, kamu düzeni veya kamu güvenliği temelinde ülkeye alınmayan kişiler, en aşağı üç yıl geçmek şartıyla makul bir süre sonunda ve karar alındığındaki koşullarda özlü bir değişim olduğunu göstererek bu kararın kaldırılmasını isteyebilecektir.[217] Bu talep, altı ay içinde karara bağlanacaktır ve bu süre zarfında ilgili kişinin ülkeye giriş hakkı yoktur.[218]

Ayrıca, sınır dışı etmeye ilişkin kamu düzeni testi, ikâmet süresi uzadıkça yoğunlaşmaktadır.[219] Buna göre, bir üye devlet, (5 yıl ile 10 yıl arası ikâmeti olan) daimi ikâmet hakkına sahip Birlik vatandaşı veya onun aile üyelerini ancak kamu düzeni veya kamu güvenliğine ilişkin *ciddi* sebepler ile sınır dışı edebilecektir.[220] Yine bir üye devlet, o devlette evvelki on senedir yaşayan veya çocuk sayılan Birlik vatandaşını ancak kamu güvenliğinin *emredici* sebepleri ile sınır dışı edebilecektir.[221] Öyleyse, Birlik vatandaşının statüsü, ikâmet süresi uzadıkça ev sahibi üye devlet vatandaşının statüsü ile oldukça yakın bir çizgiye çekilmektedir.[222] Peki, buradaki 'ciddi' ve 'emredici' nitelemeleri nasıl anlamlandırılacaktır? Divana göre 'emredici'

---

[216] **2004/38 sayılı Direktif** md. 33(2).

[217] **2004/38 sayılı Direktif** md. 32(1). Bkz. Joined Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] pr. 12.

[218] **2004/38 sayılı Direktif** md. 32(1, 2).

[219] Bkz. "Şekil 21: İkâmet Süresine Göre Kullanılabilecek İstisna Sebepleri", s. 356.

[220] **2004/38 sayılı Direktif** md. 28(2).

[221] **2004/38 sayılı Direktif** md. 28(3). Buradaki çocuk tabiri; (Birleşmiş Milletlerin 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca) bir çocuğun tâbi olduğu hukuka göre reşitlik daha erken kazanılmadı ise; on sekiz yaşının altındaki her insanı kastetmektedir.

[222] Bkz. **GUILD, (2007),** s. 29–30. Ayrıca bkz. Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 25. Barnard'a göre daimi ikâmet statüsüne sahip kişiler bakımından istisnalara yönelik bu katı yaklaşım, AB göçmeninin adı dışında aynen vatandaş gibi muamele görmesidir. Bir üye devlet, kendi vatandaşlarını nasıl sınır dışı edemiyorsa; 2004/38 sayılı Direktif ile aynısı AB daimi mukimleri için de neredeyse gerçektir. **BARNARD, (2010),** s. 487.

sebepler, ‘ciddi’ sebeplere oranla kayda değer biçimde daha sıkı bir kavramdır.[223] “Kamu güvenliğinin emredici sebepleri”, kamu güvenliğine yönelik tehdidin yanı sıra bu tehdidin özellikle yüksek derecede ciddiyet barındırmasını gerektirmektedir.[224] O hâlde, söz gelişi, kamu güvenliğinin emredici sebepleri ile terörist, seri tecavüzcü veya katillerin kastedildiği varsayımsal olarak belirtilebilir.[225]

Bunlara ek olarak, kimi hâllerde sınır dışı etme kararı verilememekte ve sınır dışı etme hâlinde ilgili kişi pasaport veya nüfus cüzdanını çıkaran devlete alınmaktadır. İlkin, ilgili kişinin ev sahibi üye devlete girişte kullandığı ve kayıt sertifikası veya ikâmet kartı için kullanılan kimlik kartı veya pasaportun süresinin dolması, sınır dışı etmek için temel teşkil etmemektedir.[226] Yine ev sahibi üye devlet, otomatik biçimde, bir ceza ya da hapis cezasının hukuki bir sonucu olarak[227] ya da Birlik vatandaşı veya onun aile üyesinin kendi sosyal yardım sistemine başvurması nedeniyle[228] sınır dışı etme kararı veremeyecektir. Son olarak, pasaport ya da nüfus cüzdanını çıkaran üye devlet; kamu düzeni veya kamu güvenliği (ya da genel sağlık) sebebiyle bir başka üye devletten atılan bu belgenin sahibinin, bu belge artık geçerli olmasa veya belge sahibinin vatandaşlığı ihtilaflı olsa bile, kendi ülkesine yeniden girmesine izin vermekle yükümlüdür.[229]

Altıncı olarak, gerçek kişiler yönünden kamu düzeni istisnası uygulaması, giderek tüzel kişiler bakımından da kullanılmaktadır. Söz gelişi, Divan, bir havayolu şirketine kamu düzenine tehlike teşkil etmesi nedeniyle işletme izni verilmemesi ile

---

[223] Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 40.

[224] Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 41.

[225] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 487.

[226] **2004/38 sayılı Direktif** md. 15(2). Bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 3(3); Case 48/75 *Royer* [1976] pr. 38, 40.

[227] **2004/38 sayılı Direktif** md. 33(1). Bkz. Case 67/74 *Bonsignore* [1975] pr. 6, 7. Case C-348/96 *Calfa* [1999] pr. 26–29.

[228] **2004/38 sayılı Direktif** md. 14(3).

[229] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(4). Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 3(4).

ilgili bir davada gerçek kişilere ilişkin *Bouchereau* kararına atıf yaparak, bu tür bir ulusal önlemin toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen hakiki ve yeterince ciddi bir tehlikenin varlığı ve orantılılık ilkesine uyum hâlinde haklı görüleceğini belirtmiştir.[230] Bununla birlikte, bu alandaki en somut örnek *Omega* kararıdır.[231] Burada bir Alman şirketi, İngiliz şirketinden aldığı ekipman ile oyuncuların ceketlerine takılan sensörlere lazer silahı ile atış yapılmasına dayalı ve 'öldürücü oyun' oynanabilen bir yer işletmektedir.[232] Ulusal makamlara göre adam öldürme simülasyonu ve şiddetin önemsizleştirilmesinin kamuoyunun temel değerlerine aykırı olmasından ötürü, bu oyun kamu düzenine bir tehlike oluşturmaktadır.[233] Ulusal mahkemeye göre ise bu oyun, Alman Anayasası'nda yer alan insan onuru ile bağdaşmamaktadır.[234] Divan, temel haklar ile kamu düzeni istisnasını neredeyse birlikte ele alarak, insanlık onurunun korunmasını kamu düzeni içinde niteliyor gözükmektedir.[235] Somut olayda, kişilere karşı şiddet içeren simülasyonlar içeren oyunların yasaklanması, korunmak istenen insan onuru düzeyi ile örtüşmektedir. Bu yasak, aynı zamanda orantılılık ilkesi ile de uyumlu olup; Birlik hukuku ile bağdaşmaktadır.[236]

bbb. Genel Sağlık

Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımını kısıtlayan önlemler, genel sağlık sebebi ile de alınabilirken;[237] bu, kimi kurallara tâbidir. İlk

[230] Case C-466/98 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [2002] pr. 57.

[231] Case C-36/02 *Omega* [2004].

[232] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 3–5.

[233] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 7.

[234] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 11.

[235] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 33–36.

[236] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 39, 41.

[237] Buradakilere ek olarak, ABİHA md. 52'deki genel sağlık istisnası, kimi zaman sosyal politika ile birlikte ele alınabilmektedir. Söz gelimi, yüksek düzey sağlık korumasının yakalanmasına katkıda bulunduğu müddetçe herkese açık ve dengeli bir tıbbî hizmet ve hastane hizmetinin muhafaza edilmesi (Case C-372/04 *Watts* [2006] pr. 104.) ve alkol istismarı ile mücadele etmek için alkollü içecek

olarak, üye devletler yalnızca belirli hastalıklar ile dolaşım serbestîsini kısıtlayabilmektedir. Bu hastalıklar, Dünya Sağlık Örgütünün ilgili organlarınca tanımlanan ve salgın potansiyeline sahip olanlar ve ev sahibi üye devletin vatandaşlarına uygulanan koruma hükümlerine tâbi tutulan diğer bulaşıcı veya bulaşıcı parazitik hastalıklardır.[238] İkinci olarak, bir kişinin bir devlete girişinin üzerinden üç ay geçtikten sonra oluşan hastalıklar, o kişinin o ülkeden sınır dışı edilmesi sebebi oluşturmayacaktır.[239] Son olarak, üye devletler, gerekli olduğuna yönelik ciddi belirtiler mevcut ise; ülkeye giriş tarihinden itibaren üç ay içinde ikâmet etme hakkına sahip olan kişilerin burada belirlenen hastalıkları taşımadıklarını doğrulamak adına bedelsiz olarak tıbbi denetimden geçmesini isteyebilmektedir. Bununla birlikte, bu tıbbi denetimler, rutin biçimde yapılamayacaktır.[240]

bb. Kamu Hizmeti ve Kamusal Yetki İstisnaları

Kamu hizmeti ve kamusal yetki istisnaları, sırasıyla, ABİHA md. 45(4) ve 51 (ile 62) ile düzenlenmektedir. Md. 45(4) uyarınca işçilerin serbest dolaşımı, 'kamu hizmeti'nde çalıştırılmayı kapsamamaktadır. Md. 51 (ile 62)'ye göre ise yerleşme hakkı ve hizmet sunum serbestîsi bölümündeki hükümler, bir üye devlette nadiren bile olsa 'kamusal yetki' kullanılması ile bağlantısı olan etkinliklere uygulanmayacaktır. Bununla birlikte, md. 45(4) ve 51, esasen aynı amaca sahip olması dolayısıyla kıyaslanabilir biçimde yorumlanmalıdır.[241] Buna karşın, karşılaştırılabilir davalar yönünden her zaman

---

reklamının kısıtlanması (Case C-429/02 *Bacardi* [2004] pr. 37.) genel sağlık istisnası içinde kalmaktadır. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 494–496.

[238] **2004/38 sayılı Direktif** md. 29(1). Krş. **64/221 sayılı Direktif** md. 4(1).

[239] **2004/38 sayılı Direktif** md. 29(2). Krş. **64/221 sayılı Direktif** md. 4(2).

[240] **2004/38 sayılı Direktif** md. 29(3).

[241] **ARNULL–*et. al.,*** s. 796. Benzer görüşler için bkz. **BARNARD, (2010),** s. 503; **CHALMERS–*et.al.,*** s. 578; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 243; **STEINER–*et. al.,*** s. 444. Bkz. Case C-345/08 *Peśla* [2009] pr. 30–33.

aynı sonuca varılmayabilir.[242] Bundan dolayı, aşağıda 'kamu hizmeti' veya 'kamusal yetki' ile ne ifade edilmek istendiği sırasıyla ortaya konulacaktır.

aaa. Kamu Hizmeti

ABİHA md. 45(4) uyarınca işçilerin serbest dolaşımına ait hükümler, kamu hizmetinde istihdamı kapsamamaktadır.[243] Konuya ilişkin olarak ilk tespitler *Sotgiu* kararında yapılmıştır.[244] Burada, İtalyan Bayan Sotgiu, Alman Postahanesinde çalışmaktadır. Bu kişi, ikâmet yerlerinden başka bir yerde görev verilen işçilere belirli koşullarla verilen harcırahı alamamaktadır.[245] Divan, burada 'kamu hizmeti' kavramının yorumunu yapmıştır. Acaba bu istisnanın kapsamı, işveren idare ile işçi arasındaki hukuki ilişkiyi niteleyen terimlerce belirlenebilecek midir? Md. 45 herhangi bir ayrıma gitmediğine göre bir işçinin personel, kâtip ya da memur olarak işe alınmasının ya da istihdam koşullarının kamu ya da özel hukukça belirlenmesinin ilgisi bulunmamaktadır. Bu hukuki unvanlar, ulusal yasa koyucunun tavrına göre değişebilir olduklarından Birlik hukukunun gereklilikleri bakımından uygun bir yorum kriteri değildir.[246] O hâlde, buradaki muafiyet, yalnızca kamu hizmetinin bir parçası olan görevlere erişimi ilgilendirmektedir. Bu yönden, işveren idare ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği herhangi bir önem taşımamaktadır.[247]

Kamu hizmeti kavramı, *Commission v Belgium* kararı ile biraz daha açıklığa kavuşmuştur. Burada Belçika, belirli görevler yönünden yalnızca kendi vatandaşlarına çalışma hakkı tanımaktadır.[248] Divana göre, ilk olarak, kamu hizmeti kavramı, Birlik çapında birörnek yorum ve uygulama gerektirmektedir. Kamu hizmeti tasniflemesi, bir görevin kamu hukukunca verilen yetkilerin kullanımı ve devletin genel çıkarının

[242] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 798. Ayrıca bkz. Case C-283/99 *Commission v Italy* [2001] pr. 25.

[243] Konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. **BEENEN,** s. 71–115.

[244] Case 152/73 *Sotgiu* [1974].

[245] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 1.

[246] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 5.

[247] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 6.

[248] Case 149/79 *Commission v Belgium* [1980] pr. 1.

korunmasının sorumluluğu içermesinden dolayı kamu hizmetinin spesifik etkinliklerinin tipik bir örneği olup olmadığına dayanmaktadır.[249] Bununla birlikte, bu davada Divan ihtilaflı görevler hakkında değerlendirme yapmayarak, bunun yerine Komisyon ve Belçika'ya bu karardaki tespitler ışığında bu konuda bir rapor sunması için süre vermiştir.[250] Buna karşın, bu taraflar aralarında anlaşamayınca uyuşmazlık iki sene sonra yeniden Divana taşınmıştır.[251] Divana göre belediyedeki teknik büro baş denetçisi, asli denetçi, stok kontrol memuru ve gece bekçisi ile mimar görevi dışındaki tüm görevler, kamu hizmeti istisnası dışında kalmaktadır.[252]

Bunlara ek olarak, şu görevler, ABİHA md. 45(4)'teki kamu hizmeti koşulu dışında kabul edilmektedir:

- kamu hastanesindeki hemşire,[253]
- öğretmen stajyeri,[254]
- avukat stajyeri,[255]
- üniversitedeki yabancı dil asistanı,[256]
- gemici,[257]
- devlet demir yollarındaki çeşitli görevliler,[258]

[249] Case 149/79 *Commission v Belgium* [1980] pr. 12. Buradaki koşullar, dar biçimde yoruma uygun olarak kümülatif biçimde ele alınmalıdır. Buna karşın, *Commission v Italy* kararı, aksi yönde bir izlenim vermektedir. Bkz. Case 225/85 *Commission v Italy* [1987] pr. 9–10. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 501.

[250] Case 149/79 *Commission v Belgium* [1980] pr. 23, 24.

[251] Case 149/79 *Commission v Belgium II* [1982].

[252] Case 149/79 *Commission v Belgium II* [1982] pr. 8, 11.

[253] Case 307/84 *Commission v France* [1986] pr. 13.

[254] Case 66/85 *Lawrie–Blum* [1986] pr. 28.

[255] Case C-109/04 *Kranemann* [2005] pr. 19.

[256] Case 33/88 *Allué and Coonan* [1989] pr. 9.

[257] Case C-37/93 *Commission v Belgium* [1993] pr. 1, 6.

[258] Case 149/79 *Commission v Belgium II* [1982] pr. 3, 24.

- ulusal araştırma merkezindeki araştırmacılar,[259]
- yerel yönetimdeki tesisatçı, marangoz, elektrikçi ve bahçevanlar,[260]
- kamu hukukunca verilen yetkilerin kullanımı ve devletin genel çıkarlarının korunması yükümlülüğüne doğrudan veya dolaylı herhangi bir katılım içermeyen kamu sektöründeki eğitime, araştırmaya, iç taşımaya, posta ve telekomünikasyona, su, gaz ve elektriğe yönelik görevler.[261]

Birlik kurumları, bu konuyu düzenlemek istese bile; bunu yapamamıştır. Komisyon bunun üzerine 1988 yılında Resmi Gazetede bir bildirim yayınlayarak hangi görevlerin kamu hizmeti kapsamına girip hangilerinin girmediği konusundaki görüşünü ortaya koymuştur.[262] Buna göre silahlı kuvvetler, polis, vergi makamları görevlileri kamu hizmeti içerisinde; buna karşın hemşire, okutman ve kamu kuruluşlarındaki askeri olmayan araştırma görevleri kamu hizmeti dışında değerlendirilmiştir.[263]

Komisyon, bu bildirimi tâkiben üye devletlere karşı ihlâl davaları da açmıştır. Söz gelişi *Commission v Belgium* davasında Divana göre su, gaz ve elektirik dağıtım sektörlerindeki ilgili görevler kamu hukuku ile verilen yetkilerin kullanılmasına ya da devletin veya diğer kamu otoriterlerinin genel çıkarlarının korunması için tasarlanan yükümlülüklere doğrudan veya dolaylı herhangi bir katılım içermediğinden, bu görevlerin genelliği onları kamu hizmetinin spesifik etkinliklerinden uzak tutmaktadır.[264] O hâlde, bir üye devlet, bir alandaki tüm görevleri genel olarak vatandaşlık koşuluna tâbi tutamayacaktır.[265] Sonuç olarak, bir üye devlet, kamu hukuku

[259] Case 225/85 *Commission v Italy* [1987] pr. 9.

[260] Case 149/79 *Commission v Belgium II* [1982] pr. 3, 24.

[261] Case 473/93 *Commission v Luxembourg* [1996] pr. 50.

[262] OJ C 72/2 [1998]. Ayrıca bkz. **COM (2002) 694 final,** Commission Communication, "Free Movement of Workers–Achieving the full Benefits and Potential", 2002, s. 19.

[263] [1988] OJ C 72/2. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 724.

[264] Case 173/94 *Commission v Belgium* [1996] pr. 17.

[265] Case 173/94 *Commission v Belgium* [1996] pr. 18–19; Case 290/94 *Commission v Greece* [1996] pr. 35–36; Case 473/93 *Commission v Luxembourg* [1996] pr. 46–47.

ile verilen yetkilerin kullanılmasına ya da devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel çıkarlarının korunması için tasarlanan yükümlülüklere doğrudan veya dolaylı herhangi bir katılım içeren görevleri bu muafiyete sokabilecektir.[266] Somut olayda Belçika; su, gaz ve elektrik dağıtım sektörlerine genel olarak vatandaşlık klozu uygulaması dolayısıyla ABİHA md. 45'i ihlal etmektedir.[267]

Bunlara ek olarak, bir özel kişi veya şirket, belirli çalışmalar yönünden yerine göre kamu hizmeti istisnasını ileri sürebilmektedir. Örneğin bir işçinin bir deniz aracında asayişin muhafazası gibi kamu hukuku yetkisi kullanacağı bir durum mevcutsa, ABİHA md. 45(4) uyarınca 'kamu hizmeti' istisnası kullanılabilecektir.[268] Zira bu tür bir durumdaki özel kişi ya da şirket, kamu otoritesinin temsilcisi gibi davranmaktadır.[269] Bununla birlikte, kamu hizmeti istisnasına istinat etmek için bir pozisyona tanınan kamu hukuku yetkileri, düzenli biçimde kullanılıyor olmalı ve işçinin etkinliklerinin 'çok küçük' bir parçasını oluşturmamalıdır.[270]

Buraya kadar anlatılanlar, kamu hizmeti istisnası hakkında kimi genel tespitler yapmaya imkan vermektedir. Bir kere, Divanın buradaki yaklaşımı, her görevin sorumluluklarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesinden ötürü, "kamu gücü kullanımı" içerilip içerilmediğine göre belirleme yapılan 'işlevsel' bir yaklaşım olarak tanımlanabilir.[271] Öyleyse, her görev, buradaki 'işlevsel' test ile uyumlu olup olmadığı yönünden bireysel olarak değerlendirilecektir.[272] Bununla birlikte, devlete belirli bir

---

[266] Case 173/94 *Commission v Belgium* [1996] pr. 20; Case 290/94 *Commission v Greece* [1996] pr. 37; Case 473/93 *Commission v Luxemburg* [1996] pr. 48.

[267] Case 173/94 *Commission v Belgium* [1996] pr. 21.

[268] **ARNULL–*et. al.*,** s. 725. Bununla birlikte, kamu hizmetinin bir parçası olmayan özel güvenlik şirketleri, ABİHA md. 45(4)'e dayanamayacaktır. Case C-114/97 *Commission v Spain* [1998] pr. 33.

[269] Case C-405/01 *Marina Mercante Española* [2003] pr. 43; Case C-47/02 *Anker* [2003] pr. 62.

[270] Case C-405/01 *Marina Mercante Española* [2003] pr. 44; Case C-47/02 *Anker* [2003] pr. 63.

[271] **STEINER–*et. al.*,** s. 444. Bkz. Case 473/93 *Commission v Luxembourg* [1996] pr. 27. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 501.

[272] Bkz. **GUILD, (2004),** s. 92.

sadakat gerektiren yüksek düzey görevlerin kamu hizmeti içerisinde olduğundan söz edilebilir.[273] Yine kamu hukukunca verilen yetkilerin kullanımına katılım, devlet kaynakları üstünde üst düzey yönetimsel yetki kullanımını içermektedir.[274] Bununla birlikte, kamu hizmeti istisnası, bir kez kamu hizmetine kabul edildikten sonra işçiler arasında ücret veya diğer koşullar bakımından ayrımcılık yapılmasını haklı göstermek için kullanılamayacaktır.[275] Buna karşın, bu istisna, hâlihazırda kamu hizmetinde görev alan bir Birlik vatandaşının 'duyarlı' görevlere yükseltilmesi yönünden ayrımcılık yapılmasına cevaz veriyor gözükmektedir.[276]

bbb. Kamusal Yetki

ABİHA md. 51 ve 62 uyarınca yerleşme hakkı ve hizmet sunum serbestîsi bölümündeki hükümler, bir üye devlette nadiren bile olsa 'kamusal yetki' kullanılması ile bağlantısı olan etkinliklere uygulanmayacaktır. Konuyla ilgili *Reyners* davasında avukatlık mesleğinin kamusal yetkinin kullanımını içermesinden ötürü, bu mesleğin yerleşme serbestîsi hükümlerinden muaf tutulduğu ileri sürülmüştür.[277] Divana göre ise kamusal yetki istisnası, "kamusal yetkinin kullanımı ile doğrudan ve spesifik olarak bağlı etkinlikler" ile sınırlanmalıdır.[278] O hâlde, yalnızca yardımcı ve hazırlayıcı nitelikteki işlevler, son kararı alarak kamusal yetkiyi etkili biçimde kullanan bir birim ile karşılaştırıldığında, kamusal yetkinin kullanımı ile bağlı değildir.[279] Bu bakımdan

---

[273] **KENT, (2001),** s. 165. Bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 227.

[274] Case 225/85 *Commission v Italy* [1987] pr. 9. Buna göre yalnızca yönetim ya da bilimsel ve teknik sorunlar hakkında devlete danışmanlık yapma görevleri ABİHA md. 45 anlamında 'kamu hizmeti'dir. (pr. 9.)

[275] Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 4.

[276] **ARNULL–*et. al.*,** s. 725. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 502. Ayrıca bkz. Case 225/85 *Commission v Italy* [1987] pr. 10.

[277] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 35.

[278] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 45. Bkz. Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 36.

[279] Case C-404/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 38; Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 36.

örneğin bir özel organ, yaptığı denetimleri sonuca bağlayarak kamu otoritesi yetkileri kullansa bile; bu organ, kamu otoritelerince denetleniyor ve onun yaptığı denetim en nihai olarak kamu otoritelerinin sorumluluğunda ise burada md. 51 uygulanmayacaktır.[280] Zira bu durumda "kamusal yetkinin kullanımı ile doğrudan ve spesifik olarak bağlı" bir etkinlik yoktur.[281]

Konuya ilişkin olarak kimi örnekler verilebilir: Trafik kazası bilirkişilerinin trafik kazalarına ilişkin raporlarının mahkemeleri bağlamaması ve yargısal makamların takdirine yer bırakmasından ötürü, bu kişilerin etkinlikleri kamusal yetki kullanımı dışındadır.[282] Yine, atanmış bir komiserin son kararı alarak kamusal yetki kullanan bir kurul olan Sigorta Denetim Kurulu karşısında yardımcı ve hazırlayıcı nitelikteki işlevler yerine getirmesi dolayısıyla, bu kişinin etkinlikleri ABİHA md. 51 dışındadır.[283] Ayrıca, ne veri işleme sistemlerinin tasarımı, programlaması ve işletilmesi teknik işi ne de ulaşım danışmanlığı kamusal yetki kullanımı içermektedir.[284] Buna ek olarak, güvenlik teşebbüsleri ve güvenlik personelinin etkinlikleri, özel hukukça yönetilen ilişkiler temelinde gözetim ve koruma görevlerinin yürütülmesi ve kısıtlama (zorlama) yetkisi içermemesinden ötürü kamusal yetki kullanımı dışındadır.[285] Son olarak kamusal yetki muafiyeti, yalnızca bu türdeki etkinliklere erişim ile ilgili olarak kullanılabilecektir. Bir kişi bu tür etkinlikler yapmakta yetkili kılınmış ise, onun çalışma koşulları yönünden herhangi bir ayrımcılık yapılamayacaktır.[286]

---

[280] Case C-393/05 *Commission v Austria* [2007] pr. 41–42.

[281] Case C-393/05 *Commission v Austria* [2007] pr. 42, Case C-404/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 44.

[282] Case C-306/89 *Commission v Greece* [1991] pr. 7.

[283] Case C-42/92 *Thijssen* [1993] pr. 22.

[284] İlki ile ilgili olarak bkz. Case C-3/88 *Commission v Italy* [1989] pr. 13. İkincisi ile ilgili olarak bkz. Case C-263/99 *Commission v Italy* [2001] pr. 29.

[285] Case C-114/97 *Commission v Spain* [1998] pr. 36–37.

[286] Krş. Case 152/73 *Sotgiu* [1974] pr. 4. Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 798.

Kamusal yetki ile kamu hizmeti istisnası arasında kimi farklılıklar bulunmaktadır. Bir kere, kamusal yetki istisnasında bir bütün olarak meslekler ile değil; fakat etkinlikler ile kamusal yetki kullanımı arasında bağ aranmaktadır.[287] Yine, kamu hizmetine ilişkin Divan içtihadı uyarınca bu istisnaya istinat etmek için bir pozisyona tanınan kamu hukuku yetkileri, düzenli biçimde kullanılmalı ve işçinin etkinliklerinin 'çok küçük' bir parçasını oluşturmamalıdır.[288] Kamusal yetki istisnasında ise 'nadiren bile olsa' kamusal yetki kullanımının önüne geçilebilecektir.[289] Öyleyse, her iki madde, kıyaslanabilir yorum ve uygulamaya tâbi olsa bile; benzer kimi durumlarda farklı neticeler doğurabilecektir.[290]

b. Usuli Güvenceler

Kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde alınan ulusal önlemler, bazı usuli koşulları yerine getirmelidir.[291] Bu koşullar, bir taraftan ikincil hukukta yer almakta; öte taraftan Divan kararları ile tespit edilmektedir. Bu bakımdan, konuyla ilgili ilk düzenleme olan 64/221 sayılı Direktif asgari ve karmaşık usuli gereksinimlere yer verirken; 2004/38 sayılı Direktif ile daha gelişmiş ve basit bir usuli koruma getirilmiştir.[292] Burada, kararların bildirilmesi ile idari ve yargısal makamlara başvuruya yönelik güvenceler göze çarpmaktadır.

Kararların bildirimi, kimi şekli ve maddi koşulları taşımalıdır. İlk olarak, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde alınan önlemler, ilgili kişinin bu bildirimin içeriğini ve etkilerini anlayabileceği biçimde ve bu kişiye yazılı olarak

[287] Bkz. Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 45, 46.

[288] Case C-405/01 *Marina Mercante Española* [2003] pr. 44; Case C-47/02 *Anker* [2003] pr. 63.

[289] Case 2/74 *Reyners* [1974] pr. 46.

[290] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 798.

[291] Usuli güvencelere uygulamada ne ölçüde dikkat edildiği çok açık değildir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 499.

[292] 2004/38 sayılı Direktif öncesi Divan kararları ile ilgili olarak bkz. **POLLARD,** s. 113–114.

bildirilmelidir.[293] İkinci olarak, devlet güvenliğine aykırı olmadıkça; ilgili kişiler kendi vakaları ile ilgili alınan kararın dayandığı kamu düzeni, kamu güvenliği veya genel sağlık sebeplerinden açık ve tam olarak haberdar edilmelidir.[294] Böylelikle, ilgili kişi, etkili bir savunma hazırlayabilecektir.[295] Üçüncü olarak, bu bildirim, ilgili kişinin itiraz başvurusu yapabileceği mahkeme ya da idari otoriteyi, itiraz süresini ve uygulanıyorsa kişinin o devletin ülkesini terk etmesi için tanınan süreyi belirtmelidir. Acil durumlar hariç tutulmak üzere, bir kişinin o devleti terk etmesi için verilen süre, bildirim tarihinden itibaren bir aydan daha az olmamalıdır.[296]

Bunlara ek olarak, uyulması gerekli kimi usuli güvenceler bulunmaktadır. İlk olarak, hukuki çarelere ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Buna göre ilgili kişiler, kendilerine karşı kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde alınan her karara karşı itiraz veya bu kararın gözden geçirilmesi başvurusu yapmak için ev sahibi üye devlette yargısal ve uygun olduğunda idari ıslah usullerine erişebilmelidir.[297] Buradaki idari ıslah usulü, yargısal usule ek olarak getirilmektedir.[298] Yine, bir üye devlet, bir kişinin yetkili otorite önüne çıkması usulünü belirleyecekken; o birey, o ülkenin yerel hukukunun sağladığı savunma ve yardım ya da temsil hakkının aynısından

---

[293] **2004/38 sayılı Direktif** md. 30(1). Krş. **64/221 sayılı Direktif** md. 7. Bkz. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 39.

[294] **2004/38 sayılı Direktif** md. 30(2). Aynı doğrultuda bkz. **64/221 sayılı Direktif** md. 6. Ayrıca bkz. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 37.

[295] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 496. Ayrıca bkz. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 39.

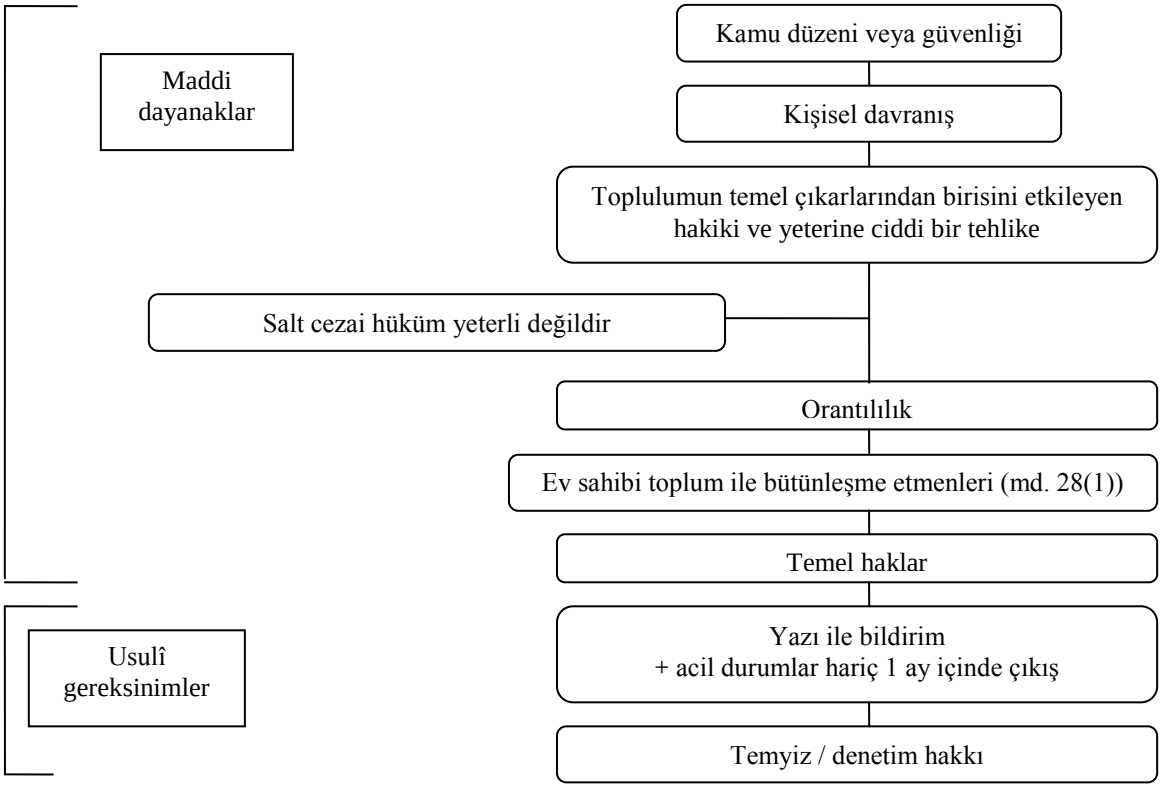
[296] **2004/38 sayılı Direktif** md. 30(3). Krş. **64/221 sayılı Direktif** md. 7, 8, 9.

[297] **2004/38 sayılı Direktif** md. 31(1). Krş. **64/221 sayılı Direktif** md. 8, 9. Bkz. Case 222/86 *Heylens* [1987] pr. 14–15. Ayrıca bkz. Case C-175/94 *Gallagher* [1995] pr. 26. Burada, sınır dışı etme kararını veren otorite, kararın gözden geçirilmesi için yetkili otoriteyi atayabilecektir; yeter ki, bu atanan otorite mutlak bağımsız biçimde görevlerini yerine getirsin ve ilk otoritenin kontrolü altında olmasın. (pr. 26.)

[298] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 498.

faydalanacak ve otoritenin kararı hakkında bilgilendirilecektir.[299] Ayrıca, bir üye devlet, ilgili kişinin bu hukuki çareye başvurma imkanı sürerken o kişiye yönelik sınır dışı etme kararını uygulayamayacaktır.[300]

Şekil 22: Kamu Düzeni Temelinde Bir Birey Sınırdışı Edilmeden Önce Değerlendirilmesi Gerekenler[301]



İkinci olarak, sınır dışı etme kararına karşı kimi düzenlemeler bulunmaktadır.[302] Buna göre sınır dışı etme kararına karşı itiraz veya bu kararın gözden geçirilmesi

[299] Bkz. Case C-175/94 *Gallagher* [1995] pr. 25. Her ne kadar bu karar 64/221 sayılı Direktif md. 9 ile ilgili olsa bile; 2004/38 sayılı Direktif md. 31 idari ıslah usullerine erişime yer verdiğinden bu karar uygulanmaya devam edecek gözükmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 499.

[300] Joined cases C-65/95 and C-111/95 *Shingara and Radiom* [1997] pr. 24. Her ne kadar bu karar 64/221 sayılı Direktif md. 8 ile ilgili olsa bile; 2004/38 sayılı Direktif md. 31 itiraz veya gözden geçirme çarelerine yer verdiğinden bu karar uygulanmaya devam edecek gözükmektedir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 498.

[301] Bu Şekil, **BARNARD, (2010),** s. 486'dan alınmıştır.

[302] Bkz. "Şekil 22: Kamu Düzeni Temelinde Bir Birey Sınırdışı Edilmeden Önce Değerlendirilmesi Gerekenler", s. 379.

başvurusu, bu kararın yürütmesinin durdurulması istemiyle beraber yapılırsa, ilgili kişinin bilfiil sınır dışı edilmesi, kural olarak, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilene kadar yapılamayacaktır. Buna karşın, sınır dışı etme kararı, önceki bir yargısal karara dayanıyorsa veya ilgili kişi önceden yargısal yollara başvurmuşsa veya sınır dışı etme kararı kamu düzeninin zorunlu sebeplerine dayanıyorsa yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar vermeksizin sınır dışı etme kararı uygulanabilir.[303]

Üçüncü olarak, ıslah usulünün niteliğine ilişkin bazı belirlemeler yapılmaktadır. Buna göre ıslah usulleri, kararın hukukiliğinin yanı sıra önlemin temelini oluşturan maddi olayların incelenmesine olanak tanımalıdır.[304] Ayrıca, ilgili önlem, orantılılık ilkesi ile uyumlu olmalıdır.[305] Son olarak, bir üye devlet, ıslah usulü derdest iken ilgili kişiyi ülkesinden çıkarabilir; ancak o kişinin varlığı kamu düzeni veya kamu güvenliğine ciddi sorun oluşturmadıkça ya da itiraz ya da yargısal denetim ülkeye giriş yasağı ile ilgili olmadıkça, o kişinin bizzat savunmasını yapmasını önleyemez.[306]

C. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak doğrudan ayrımcılık içeren önlemler, yalnızca kurucu antlaşmaca belirlenen istisnalar ile haklı gösterilebilmektedir.[307] Bu bakımdan ABİHA md. 65(1), birisi özel, diğeri genel olmak

---

[303] **2004/38 sayılı Direktif** md. 31(2).

[304] Yalnızca hukukilik denetimi, Birlik hukukuna aykırıdır. Case C-136/03 *Dörr and Ünal* [2005] pr. 57.

[305] **2004/38 sayılı Direktif** md. 31(3). Bkz. Joined Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] pr. 15. Shaw ve diğerlerine göre bu koşul, özellikle uzun dönem mukimler yönünden önemlidir. **SHAW–*et.al.,*** s. 298.

[306] **2004/38 sayılı Direktif** md. 31(4). Bkz. Case C-357/98 *Yiadom* [2000] pr. 35.

[307] Bkz. **CONNOR,** s. 182. Kurucu antlaşmadaki istisnalar, esasen, üçüncü ülkelerle olan sermaye dolaşımı ile Birlik içi sermaye dolaşımı arasında ayrım yapmaktadır. Üçüncü ülkelerle olan sermaye dolaşımına yönelik istisnalar (ABİHA md. 64, 65, 66, 215 ve 75), Birlik içi sermaye dolaşımına ilişkin istisnalara (md. 65) göre daha geniştir. Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 725; **PEERS,** s. 335–336; **USHER, (2008),** s. 1563; **VON MILMOWSKY,** s. 357–360. Ayrıca Divan, üçüncü ülkelerle sermaye

üzere iki fıkra hâlinde bu sebeplere yer vermektedir. Buna göre, üye devletler, şu haklara sahiptir:

- ikâmetgâhları ya da sermayelerinin yatırıldığı yer bakımından aynı durumda bulunmayan vergi mükellefleri arasında ayrım yapan vergi hukuklarının ilgili hükümlerini uygulamak;
- özellikle vergi alanında ve finansal kurumların ihtiyatla denetimi yönünden ulusal hukuk ve düzenlemelerin ihlâlini önlemek için gerekli tüm önlemleri almak;
- idari veya istatistikî bilgi amacıyla sermaye dolaşımlarının bildirimi hakkında prosedürler oluşturmak;
- kamu düzeni veya kamu güvenliği temelinde haklı görülen önlemler almak.

Ayrıca burada yer alan istisna sebeplerine dayanan önlemler ve prosedürler, sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamalıdır.[308] Ayrıca, bu türdeki önlemler, orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.[309]

ABİHA md. 65 hükmü ile ilgili kimi genel tespitler yapılabilir. İlk olarak, bu madde dar biçimde yorumlanmaktadır.[310] Zira bu madde, üye devletler arasındaki sermayenin serbest dolaşımına yönelik tüm engellerin kaldırılacağı temel kuralından sapmaktadır.[311] Öyleyse, bu maddedeki istisna sebepleri, sınırlı sayıdadır ve bu madde, burada yer almayan istisna sebeplerine binaen kullanılamaz.[312] Buna ek olarak bu

---

dolaşımı hâlinde istisnaları yorumlarken Birlik içi sermaye dolaşımına nazaran daha esnek davranmaktadır. Case C-101/05 *A* [2007] pr. 37.

[308] ABİHA md. 65(3). Bu cümle, ABİHA md. 36(2)'ye denk düşmektedir. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 774. Bkz. "b. İstisnaların Sınırı: Ticaret Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama" s. 350.

[309] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 19. Bkz. "III. Haklı Gerekçelerin Sınırı Olarak Orantılılık İlkesi", s. 442.

[310] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Bkz. **STEINER–WOODS,** s. 390.

[311] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17.

[312] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 52. Bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 339.

madde, salt ekonomik amaçlarla kullanılamaz.[313] Ayrıca, ispat yükü, serbest dolaşım hakkının kullanımını reddeden tarafa düşmektedir.[314] Bu da çoğunlukla ulusal otoritelerdir.[315] Yine, istisnaya dayanan bir önlem, hukuki belirlilik ilkesi ile uyumlu olmalıdır.[316] Dahası, böyle bir istisna sebebine dayanan kısıtlayıcı önlemden etkilenen her kişi, kanuni tazminata erişebilmelidir.[317] Bunlarla beraber, bir alanda uyumlaştırma yapan Birlik işlemi mevcutsa, üye devletler yalnızca bu işlem ile öngörülen istisna sebeplerine dayanabilecektir.[318] Son olarak, buradaki istisna sebepleri ile diğer serbestîlere dair istisna sebepleri arasındaki çakışma ve benzerlikler neticesinde Divan, buradaki sebepleri diğer serbestîler hakkındaki içtihadından faydalanarak yorumlamaktadır.[319]

Aşağıda, sırasıyla, ABİHA md. 65'te yer alan istisna sebepleri ve md. 65(3) uyarınca istisna sebeplerine dayanan önlemler ve prosedürlerin sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmaması hususu ele alınacaktır.

---

[313] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17; Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 52.

[314] Bkz. **JARASS,** s. 155. Divanın bu ispat yükü kuralına uygun davranmadığı bir dava için bkz. Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 18.

[315] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 727. Krş. **ARNULL–*et. al.***, s. 623; **WEATHERILL, (1996a),** s. 228.

[316] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 22. Bu ilke, hukukun genel ilkesidir ve bu nedenle her serbest dolaşım bakımından bu ilke ile uyum aranabilir niteliktedir. Bununla birlikte, bu gereksinim, yalnızca sermayenin serbest dolaşımı alanında bu derecede açıklıkla dile getirilmiştir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 586; **FLYNN,** s. 802–803; **STEINER–WOODS,** s. 392.

[317] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17.

[318] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 648. Detaylar için bkz. "A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması" s. 422.

[319] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 585; **CONNOR,** s. 195.

a. İstisna Sebepleri

ABİHA md. 65, istisna sebebi olarak mukim olan ve olmayan vergi mükellefleri arasında ayrım yapılabilmesi, ulusal hukuk ve düzenlemelerin ihlâllerinin önlenmesi, sermaye dolaşımlarının bildirimi ile kamu düzeni ve kamu güvenliğine yer vermektedir. Buradaki sebepler, ne kurucu antlaşma ne de ikincil hukuk ile tanımlanmıştır. Bundan dolayı bu sebepler, Divan tarafından açıklanmıştır. Bu nedenle bu sebepler, mahkeme kararları ışığında incelenerek, bunlara ilişkin genel tespitler yapılacaktır. Bu sebepler, aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

aa. Kimi Vergi Mükellefleri Arasında Ayrım Yapılabilmesi

ABİHA md. 65(1/a) uyarınca üye devletler, ikâmetgâhları ya da sermayelerinin yatırıldığı yer bakımından aynı durumda bulunmayan vergi mükellefleri arasında ayrım yapan vergi hukuklarının ilgili hükümlerini uygulayabilecektir.[320] Bununla beraber, bu hüküm, Divan tarafından vasıflandırılmıştır. Gerçekten de Divan, bir yandan istisnaların dar yorumlanması ve öte yandan istisnaya dayanan bir önlemin sermayenin serbest dolaşımı bakımından keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmaması gereğinden hareket ederek, bu istisnayı sınırlandırılmıştır: Bu hüküm, sermayelerini yatırdıkları yere göre vergi mükellefleri arasında ayrım yapan her türlü vergi düzenlemesinin otomatik olarak kurucu antlaşma ile uyumlu olduğu anlamına gelmemektedir.[321]

Divan, kararları ile ABİHA md. 65(1/a)'nın uygulanması için gerekli koşulları açıklamıştır. Bu bakımdan, *Verkooijen* kararı uyarınca sermayenin serbest dolaşımı hükümleri ile uyumlu olabilmek için "muameledeki ayrım, nesnel olarak kıyaslanabilir olmayan durumlarla ilgili olmalı *veya* vergi sisteminin bütünlüğünün korunması *gibi*

[320] Ayrıca bkz. MA'ya Ekli "Avrupa Topluluğu Antlaşması md. 73d Hakkında Deklarasyon". Bkz. **USHER, (2008),** s. 1549–1550.

[321] Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 26; Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 28.

genel çıkara ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilmelidir".[322] Hatta Divan, bu karar ile kişilerin serbest dolaşımı alanındaki *Schumacker* ve *Bachmann* kararlarına gönderme yaparak, bu konudaki birörnek uygulamaya açıkça işaret etmektedir.[323] O hâlde, özetle, nesnel olarak kıyaslanabilir olmayan durumlardan kaynaklanan muameledeki bir ayrım, Birlik hukuku ile uyumludur.[324] Buna karşın, durumlar nesnel olarak kıyaslanabilir ise, bu kez, muameledeki ayrımın kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilmesi gerekecektir. Burada, en çok vergi sisteminin bütünlüğü sebebine istinat edilmektedir.[325] Bununla birlikte, vergi sisteminin bütünlüğüne dayanan bir savunma, iki koşulu yerine getirmelidir. İlk olarak, ilgili vergi avantajı ile koyulan belirli bir vergi ile o avantajın mahsup edilmesi arasında "doğrudan bağ"

[322] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 43. (*Vurgu* eklenmiştir.) Bkz. Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pr. 42. Böylelikle, sermayenin serbest dolaşımı ile diğer serbestîler arasındaki bütünlük sağlanmıştır. **USHER, (2008),** s. 1559–1560, 1570. Flynn'e göre Divanın yaklaşımı, kurucu antlaşmayı hazırlayanların amacına uygundur. **FLYNN,** s. 794. Aksine Peers'a göre bu yorum, vergi istisnaları yönünden serbestîlerin birörnek uygulanmasını sağlıyorsa bile; kurucu antlaşmanın lâfzının inkâr edilmesi pahasına yapılmaktadır. **PEERS,** s. 349.

[323] Divan, "nesnel olarak kıyaslanabilir olmayan durumlarla ilgili olma" ifadesinden sonra *Schumacker* kararına; "vergi sisteminin bütünlüğünün korunması *gibi* genel çıkara ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilme" ifadesinden sonra ise *Bachmann* kararına gönderme yapmaktadır. Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 43; Case C-279/93 *Schumacker* [1995] pr. 37; Case C-204/90 *Bachmann* [1992] pr. 32. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 587.

[324] Nesnel olarak kıyaslanabilir olmayan durumlar için bkz. Case C-512/03 *Blanckaert* [2005] pr. 50. Nesnel olarak kıyaslanabilir durumlar için bkz. Case C-487/08 *Commission v Spain* [2010] pr. 53.

[325] Case C-292/04 *Meilicke* [2007] pr. 25, 26; Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 42. Bu sebebin yanı sıra vergiden kaçma ile mücadele ve mali denetimin etkililiği sebepleri de burada kullanılabilir. Bkz. Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 27. Bununla beraber, vergi gelirlerinde indirime gidilmesi, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep değildir. Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 40. Yine, vergi kaçırma ya da dolandırıcılığa dair genel bir karine, bir önlemin haklı gösterilmesi için yetersizdir. Case C-334/02 *Commission v France* [2004] pr. 27.

kurulmalıdır.[326] İkinci olarak, vergi sisteminin bütünlüğünün korunması gereksinimi, ihtilaflı vergi düzenlemesince güdülen amaç ışığında incelenecektir.[327] Bu inceleme, daha çok orantılılık incelemesi hüviyetini taşımaktadır.[328]

bb. Ulusal Hukuk ve Düzenlemelerin İhlâllerinin Önlenmesi

ABİHA md. 65(1/b) uyarınca üye devletler, özellikle vergi alanında ve finansal kurumların basiretli denetimi yönünden ulusal hukuk ve düzenlemelerin ihlâlini önlemek için gerekli tüm önlemleri alabilecektir. Söz gelişi, vergi alanındaki belirli ihlâlleri önlemek için gerekli önlemler, mali denetimin etkililiğini sağlamak ve vergiden kaçma gibi kimi hukuk dışı etkinliklerle mücadele etmeyi amaçlayan önlemleri içermektedir.[329] Yine, vergi amacı ile mukimlerin eşit muamele görmesi ilkesine saygı gösterilmesi gereği, bu istisna sebebi içinde kalmaktadır.[330] Ayrıca, kara para aklama, uyuşturucu kaçakçılığı ya da terörizm gibi kıyaslanabilir ehemmiyete sahip hukuk dışı etkinliklerin önlenmesi, buradaki istisnanın bir parçasıdır.[331] Kurucu antlaşmadaki diğer istisna hükümlerinde buna benzer bir formülün yokluğu ise, sermayenin serbest dolaşımının oldukça hassas niteliğinin altını çizmektedir.[332]

cc. Sermaye Dolaşımlarının Bildirimi

ABİHA md. 65(1/b) uyarınca üye devletler, idari veya istatistikî bilgi amacıyla sermaye dolaşımlarının bildirimi hakkında prosedürler oluşturabilecektir. Bu istisna ile ilgili herhangi bir karara rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, bu istisna, oldukça geniş gözükmektedir ve diğer serbestîler bakımından denk bir istisnaya yer verilmemiştir.[333]

---

[326] Case C-292/04 *Meilicke* [2007] pr. 26; Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 42. Doğrudan bağın olmadığı bir durum için bkz. Case C-242/03 *Weidert and Paulus* [2004] pr. 21, 22.

[327] Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 43. Bkz. Case C-9/02 *Saillant* [2004] pr. 67.

[328] Bkz. Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 46.

[329] Case C-478/98 *Commission v Belgium* [2000] pr. 38. Bkz. Case C-101/05 *A* [2007] pr. 55.

[330] Case C-439/97 *Sandoz* [1999] pr. 23.

[331] Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] pr. 21.

[332] Bkz. **FLYNN,** s. 795.

[333] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 589. Bu istisna ile ilgili bir örnek için bkz. **VON MILMOWSKY,** s. 348.

dd. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği

ABİHA md. 65(1/b) uyarınca üye devletler, kamu düzeni veya kamu güvenliği temelinde haklı görülen önlemler alabilecektir. Divan, kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin bu istisnayı malların ve kişilerin serbest dolaşımı içtihadı ile parallelik kurarak yorumlamaktadır.[334]

Söz gelimi, *Eglise de scientologie* kararı, kişilerin serbest dolaşımı içtihat hukuku alıntıları taşımaktadır.[335] Bu karara göre üye devletler, ulusal gereksinimleri ışığında kamu düzeni ve kamu güvenliği gerekliliklerini belirlemekte ilke olarak hâlen serbesttir.[336] Buna karşın, bu kavramların kapsamı, Birlik kurumları tarafından herhangi bir denetim olmaksızın her üye devletçe tek taraflı olarak belirlenemeyecektir.[337] O hâlde, bu istisna sebepleri, ancak toplumun temel çıkarlarından birisine yönelik hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike mevcutsa kullanılabilecektir.[338]

Yine, kamu güvenliğine ilişkin *Albore* ile *Commission v Belgium* kararları, malların serbest dolaşımı içtihat hukuku göndermelerine yer vermektedir.[339] *Albore* davasında belirli taşınmazlara yalnızca İtalyan vatandaşlarının erişebilmesi, kamu güvenliği temelinde haklı gösterilmeye çalışılmıştır.[340] Bununla beraber, Divana göre bu önlem, diğer üye devlet vatandaşlarının söz konusu taşınmazları almasının ilgili üye devletin askeri çıkarlarını "gerçek, belirli ve önemli risklere maruz bırakması" hâlinde

---

[334] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 727; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 775. Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. "bb. Kamu Düzeni", s. 339; "cc. Kamu Güvenliği", s. 341. Kişilerin, hizmetlerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz "aaa. Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği", s. 358.

[335] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000].

[336] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17.

[337] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Krş. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 26, 27.

[338] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Krş. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 28. Sermayenin serbest dolaşımı alanında bu kriterin sağlanamadığı bir dava için bkz. Case C-567/07 *Sint Servatius* [2009] pr. 28.

[339] Case C-423/98 *Albore* [2000]; Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002].

[340] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 18. Bkz. ve krş. Case C-367/89 *Richardt* [1991] pr. 22.

kamu güvenliğine dayanarak haklı görülebilecektir.[341] *Commission v Belgium* davasında ise, Belçika hükümetinin iki enerji şirketindeki altın hisseleri söz konusudur.[342] Divana göre petrol ürünlerinin asgari arzının her zaman sağlanması hedefi, nasıl ki malların serbest dolaşımına yönelik kısıtlamaları kamu güvenliği mülahazaları ile haklı gösterebilir ise; aynı gerekçelendirme kamu güvenliği ile ilgili olarak sermayenin serbest dolaşımı yönünden de uygulanacaktır.[343] Öyleyse, Divan, her serbestî ile ilgili olarak kamu düzeni ve kamu güvenliği istisnaları bakımından birörnek yorum yapmaktadır.

b. İstisnaların Sınırı: Sermayenin Serbest Dolaşımı Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama

ABİHA md. 65(3) uyarınca bu maddedeki istisna sebeplerine dayanan önlemler ve prosedürler, sermayenin serbest dolaşımı yönünden "keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamalı"dır.[344] Bu fıkra, daha çok ABİHA md. 65(1/a)'daki mukim olan ve olmayan vergi mükellefleri arasında ayrım yapılması ile birleşerek kullanılmaktadır.[345] Böylelikle keyfi bir ayrımcılık oluşturmamak için muameledeki böyle bir ayrım, nesnel olarak kıyaslanabilir olmayan durumlarla ilgili olmalı veya genel çıkara ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilmelidir.[346] Öyleyse, nesnel temellerde haklı gösterilemeyen bir ayrımcılık, keyfi olarak nitelendirilecektir.[347] Bunun yanı sıra sermayenin serbest dolaşımı üzerinde örtülü bir kısıtlama oluşturmama, gerekli

[341] Case C-423/98 *Albore* [2000] pr. 22.

[342] Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002] pr. 1.

[343] Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002] pr. 46. Krş. Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 34, 35. Nitekim, Belçika hükümeti, ilgili önlemleri kamu güvenliği temelinde haklı göstermiştir. Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002] pr. 60. Krş. Case C-483/99 *Commission v France* [2002] pr. 47, 48, 54.

[344] Krş. "b. İstisnaların Sınırı: Ticaret Üzerinde Keyfi Ayrımcılık ve Örtülü Kısıtlama Oluşturmama", s. 350.

[345] Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 26; Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 28.

[346] Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 43.

[347] Krş. **STEINER–*et. al.*,** s. 398.

olanın ötesinde bir sınırlamanın var olmamasını gerektirmektedir.[348] O hâlde, bu fıkraya uyum ile orantılılık ilkesine uygunluk arasında bir çakışma yaşanması muhtemel gözükmektedir.[349]

2. Divan Kararları ile Oluşturulan Kamu Yararına Dayalı Gerekçelendirmeler

Serbestîler yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlemler, "makul olma kuralı" uyarınca açık istisnaların yanı sıra "kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler" ile de haklı gösterilebilmektedir.[350] Esasen, burada birden fazla terminoloji kullanılmaktadır. Söz gelimi, malların serbest dolaşımında "zorunlu gereksinimler" veya "nesnel gerekçeler" nitelemeleri; kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımında ise "kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler", "nesnel gerekçeler" ya da "emredici gereklilikler" nitelemelerine rastlanmaktadır.[351] Keza farklı nitelemelere örnek olarak "kamu çıkarına ilişkin ağır basan sebepler",[352] "genel çıkara yönelik emredici sebepler"[353] ve hatta "kamu yararı"[354] nitelemeleri zaman zaman kullanılmıştır. Bununla birlikte, tüm bu terimler, birbirinin işlevsel dengidir.[355] Bu çalışma bakımından ise, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler, "zorunlu gereksinimler" ya da "emredici gereklilikler" gibi ifade edilen farklı kavramlara karşılık gelecek ve hepsini kapsayacak biçimde genellikle kullanılmıştır.

---

[348] Krş. **ARNULL–*et. al.***, s. 624.

[349] Krş. **ARNULL–*et. al.***, s. 622; **EMILIOU,** s. 259. Ayrıca krş. Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 27–30.

[350] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 479; **VAN DER MEI, (2003),** s. 78. Bkz. "Şekil 23: Dolaylı Ayrımcı ve Serbestîyi Kısıtlayan Önlemlerin Haklı Gösterilmesi", s. 391.

[351] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 719.

[352] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 36.

[353] Case C-224/97 *Ciola* [1999] pr. 15.

[354] Case 279/80 *Webb* [1981] pr. 17 (*general good*).

[355] **BARNARD, (2010),** s. 511. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 802; **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 552; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 833; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 665.

Kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile ilgili genel kimi tespitler yapılabilir. Bir kere bu terim, korunmaya değer ve serbest dolaşım hükümlerine göre öncelik taşıması gerekli belirli ulusal çıkarları ifade etmektedir.[356] Bu yönden bu sebepler, sınırlı sayıda olmayıp; Divan tarafından kabul gören sebeplerden oluşmaktadır.[357] Bununla birlikte, bu sebepler, kurucu antlaşma ile uyumlu meşru bir amaç gütmelidir.[358] Buna ek olarak, bu istisna sebepleri, dar biçimde yorumlanmaktadır.[359] Ayrıca, yalnızca ekonomik nitelikteki amaçlar, serbest dolaşıma yönelik engelleri haklı gösteren kamu yararının ağır basan sebebi değildir.[360] Yine, tüm bu önlemler, orantılılık ilkesi ile de uyumlu olmalıdır.[361] Buna ek olarak, ispat yükü, esasen, kısıtlamayı haklı göstermeye çalışan kimselere düşmektedir.[362] Bu kişiler,

[356] Bkz. Opinion of AG Tesauro in Case C-118/96 *Safir* [1998] pt. 29.

[357] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 512, 581; **DAVIES, G., (2003b),** s. 38; **VAN GERVEN, (1996),** s. 225.

[358] Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 53.

[359] Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387.

[360] Malların serbest dolaşımı için bkz. Case C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] pr. 33. İşçilerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-109/04 *Kranemann* [2005] pr. 34. Yerleşme serbestîsi için bkz. Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 48. Hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. Case 388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 22. Sermayenin serbest dolaşımı için bkz. Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 52. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı için bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pt. 90. Örneğin, ulusal işletmelerin korunması, yalnızca ekonomik bir amaç olmasından ötürü kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep sayılamaz. Case C-398/95 *SETTG* [1997] pr. 23. Yine, Divan, belirtilen amacın gerçekten ekonomik olup olmadığına ya da ilgili kuralların nesnel olarak bir başka meşru çıkara hizmet edip etmediğine bakacaktır. Joined Cases C-49/98, C-50/98, C-52/98 to C-54/98 and C-68/98 to C-71/98 *Finalarte and Others* [2001] pr. 40–42.

[361] Bkz. **VAN GERVEN, (1996),** s. 225. Örnek olarak bkz. Case C-464/02 *Commission v Denmark* [2005] pr. 53.

[362] **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387; **JARASS,** s. 155. Örnek olarak bkz. Case C-487/08 *Commission v Spain* [2010] pr. 68. Genel olarak bkz. Opinion of AG Stix-Hackl in Case C-292/04 *Meilicke* [2007] pt. 30.

çoğunlukla ulusal otoritelerdir.[363] Bundan dolayı, ulusal otoriteler, argümanlarını kanıtlayan spesifik kanıtlarla ulusal önlemin kamu yararına ilişkin ağır basan sebepleri karşılamak için gerekli ve de orantılılık ilkesi ile uyumlu olduğunu göstermekle yükümlüdür.[364] Yine, bir serbestî yönünden kabul gören bir sebep, kıyas yolu ile bir başka serbestî yönünden kullanılabilecektir.[365] Dahası, bir alanda uyumlaştırma yapan Birlik işlemi mevcutsa, üye devletler yalnızca bu işlem ile öngörülen istisna sebeplerine dayanabilecektir.[366]

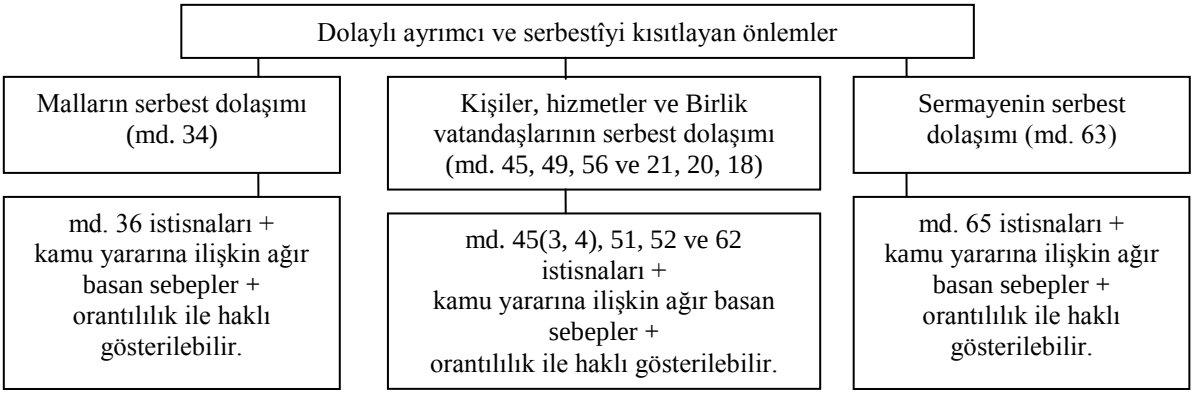
[363] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **EMILIOU,** s. 235. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-487/08 *Commission v Spain* [2010] pr. 68.

[364] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-254/05 *Commission v Belgium* [2007] pr. 35. İşçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-147/03 *Commission v Austria* [2005] pr. 63. Yerleşme serbestîsi ile ilgili olarak bkz. Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 47. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-42/02 *Lindman* [2003] pr. 25. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Opinion of AG Mazák in Case C-451/05 *ELISA* [2007] pt. 102. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 20. Bu bakımdan, ulusal önlem ile dayanılan sebep arasındaki bağ gösterilmelidir. Case C-243/01*Gambelli* [2003] pr. 63. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 511.

[365] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 805; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 732. Örnek olarak *Test Claimants* kararı bu türdeki istisnalar yönünden temel serbestîleri bir bütün olarak ele almaktadır. Case C-524/04 *Test Claimants* [2007] pr. 68. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olan *Mattner* kararında da vergi sisteminin bütünlüğü ile ilgili olarak benzer bir tespite rastlanmaktadır. Case C-510/08 *Mattner* [2010] pr. 53. Yine örneğin mali denetimin etkililiği, her serbestî yönünden kamu yararına ilişkin ağır basan sebeptir: Malların serbest dolaşımı için bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. İşçilerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51. Yerleşme hakkı için bkz. Case C-254/97 *Baxter* [1999] pr. 18. Hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-436/00 *X and Y* [2002] pr. 51. Örneğin yol güvenliği, yerleşme hakkına ilişkin bir kararda malların serbest dolaşımına ilişkin bir karara atfen kamu yararına ilişkin ağır basan sebep sayılmıştır. Sırasıyla bkz. Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 48; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 60.

[366] Bkz. "A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması", s. 422.

Şekil 23: Dolaylı Ayrımcı ve Serbestîyi Kısıtlayan Önlemlerin Haklı Gösterilmesi



Burada, kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerle ilgili olarak sırasıyla iç pazar serbestîleri ve Birlik vatandaşlığı ele alınacaktır.

A. İç Pazar Serbestîleri

Malların, kişiler ile hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı, bu sırayla incelencektir.

a. Malların Serbest Dolaşımı

Malların serbest dolaşımı yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerle de haklı gösterilebilmektedir. Buna ilişkin ilk tespitler, *Dassonville* kararıyla yapılmıştır.[367] Bu karar uyarınca Birlik düzeyinde bir ürünün kökeninin hakikiliğinin tüketicilere garanti edilmesini sağlayan bir sistemin yokluğunda, bir üye devlet buna ilişkin olarak haksız uygulamaların önüne geçmek için önlemler alıyorsa, bu önlemler 'makul' olmalıdır.[368] Bununla birlikte, bu davadaki önlem, doğrudan ayrımcı olması nedeniyle yalnızca ABİHA md. 36 ışığında değerlendirilerek, yasak kabul edilmiştir.[369]

[367] Case 8/74 *Dassonville* [1974]. Benzer bir görüş için bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 386; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 191–192; **EMILIOU,** s. 236; **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 266; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 624.

[368] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 6.

[369] Case 8/74 *Dassonville* [1974] pr. 9.

Ulusal önlemin 'makul' olması ile ne kastedildiği ise *Cassis de Dijon* kararı ile ortaya konmuştur.[370] Buradaki önlem, aynı biçimde uygulanan bir miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili önlemdir. Divana göre her üye devlet, bir ürünün üretimi ve pazarlanmasına ilişkin ortak kuralların yokluğunda kendi ülkesinde o ürünün üretimi ve pazarlanmasına ilişkin konuları düzenlemekte serbesttir.[371] Buna göre:

> "Ulusal hükümler; özellikle mali denetimin etkililiği, genel sağlığın korunması, ticari işlemlerin adilliği ve tüketicinin korunmasına ilişkin zorunlu gereksinimleri sağlamak için gerekli olarak haklı görülebiliyorsa; ihtilaflı ürünlerin pazarlanmasına ilişkin ulusal kurallar arasındaki farklılıktan kaynaklanan [Birlik] içindeki dolaşımdaki engeller kabul edilmelidir."[372]

O hâlde, hem yerli hem de ithal mallara aynı biçimde uygulanan ulusal önlemler, ABİHA md. 34 uyarınca miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama olarak görülürse, "zorunlu gereksinimler" ile haklı gösterilebilecektir.[373] Yine, *Keck* kararına göre belirli satış düzenlemeleri, ulusal ülke içinde iş yapan ilgili tüm tacirlere uygulanmıyorsa veya yerli ürünlerle diğer üye devletlerden gelen ürünlerin pazarlanmasını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilemiyorsa, zorunlu gereksinimler ile haklı gösterilebilecektir.[374]

Zorunlu gereksinimlere dair kimi tespitler yapılabilir. İlkin zorunlu gereksinimler, üye devletlerin davranışlarını haklı göstermek için ileri sürdükleri muteber sebepler olarak tanımlanabilir.[375] Bu gereksinimler, malların kökeni ile alakasız

---

[370] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979]. Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387; **EMILIOU,** s. 236.

[371] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8.

[372] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. Kapteyn ve diğerlerine göre buradaki zorunlu gereksinimler, karşılıklı tanıma kuralına bir karşı denge olarak oluşturulmuştur. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 665.

[373] Zorunlu gereksinimler yerine kimi zaman emredici gereksinimler veya kamu yararının ağır basan gereksinimleri kavramları kullanılmaktadır. Sırasıyla bkz. Case C-239/90 *British Motors Wright* [1991] pr. 17; Case C-3/99 *Ruwet* [2000] pr. 50.

[374] Joined Cases C-267–268/91 *Keck* [1993] pr. 16; Case C-322/01 *DocMorris* [2003] pr. 75–77.

[375] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 166.

olmalı ve Divanca meşru olarak değerlendirilen hedeflere hizmet etmelidir.[376] Bu bakımdan, bu gereksinimler sınırlı sayıda bulunmamaktadır.[377] Yine bu gereksinimler, her zaman, Birlik düzeyinde bir eylem bekleyen geçici bir önlem olarak görülmelidir.[378] Divan, bugüne kadar pek çok sebebi zorunlu gereksinim kavramı içinde değerlendirmiştir. Bu sebepler arasında:

- mali denetimin etkililiği,[379]
- genel sağlığın korunması,[380]
- ticari işlemlerin adilliği,[381]
- tüketicinin korunması,[382]
- çalışma koşullarının iyileştirilmesi,[383]
- sinemaya ilişkin yeni eserlerin teşvik edilmesi,[384]
- çevrenin korunması,[385]

---

[376] **BARNARD, (2010),** s. 166. Bkz. **DAVIES, P.,** s. 54.

[377] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 626; **EMILIOU,** s. 237.

[378] Bkz. **EMILIOU,** s. 243. Ayrıca bkz. **HORSPOOL–*et.al.,*** s. 268.

[379] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8.

[380] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8; Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pr. 23. Genel sağlığın korunması ile ilgili olan davalarda Divan, ABİHA md. 36'da yer alan genel sağlık istisnasına ilişkin içtihadına başvurmaktadır. Bkz. Case C-123/00 *Bellamy* [2001] pr. 12. Bazı yazarlara göre makul olma kuralı altında bir genel sağlık istisnasına yer verilmesi gereksizdir. **EMILIOU,** s. 241; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 667.

[381] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8; Case C-71/02 *Karner* [2004] pr. 52.

[382] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8; Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pr. 23.

[383] Case 155/80 *Oebel* [1981] pr. 12.

[384] Joined Cases 60–61/84 *Cinéthèque* [1985] pr. 23.

[385] Case C-176/03 *Commission v Council* [2005] pr. 41; Case C-320/03 *Commission v Austria* [2003] pr.72. Bkz. **BAYKAL, (2005),** s. 123–128. Üye devletler, bir etkinliğin ekolojik götürüsü açık ve yüksek ise bu türdeki çevresel etkinlikleri yasaklamak için önlem almakta serbesttir. Bkz. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 856.

- çocuğun korunması,[386]
- ulusal ya da bölgesel sosyo-kültürel vasfın korunması,[387]
- toplumda düzenin muhafaza edilmesi,[388]
- basın çeşitliliğinin muhafaza edilmesi,[389]
- sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflama riskinin engellenmesi[390] yer almaktadır.

Öyleyse, pek çok farklı konu, zorunlu gereksinim olarak değerlendirilebilmektedir.[391] Bununla birlikte, burada, ulusal önlemin orantılılık ilkesi ile uyumu önem taşımaktadır.[392] Bu bakımdan, bir yandan pek çok konu zorunlu gereksinim addedilmekteyken; öte yandan ulusal önlemler amaçladıkları hedefe yönelik olma ve gerekli olanın ötesine geçmeme testinden kalmakta ve en nihayetinde malların serbest dolaşımına bir engel olarak görülmektedir.[393]

b. Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili kamu yararına ilişkin ağır basan sebepleri, bu sırada ortaya konulacaktır.

aa. İşçilerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan bir önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir. Bu durum, ilk olarak *Kraus* kararıyla tespit

[386] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 42.

[387] Case C-145/88 *Torfaen* [1989] pr. 14.

[388] Case C-65/05 *Commission v Greece* [2006] pr. 33.

[389] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 18.

[390] Case C-120/95 *Decker* [1998] pr. 39.

[391] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 168.

[392] Bkz. **EMILIOU,** s. 244.

[393] Örnek olarak bkz. Case C-320/03 *Commission v Austria* [2003] pr. 91. Bkz. **EMILIOU,** s. 238.

edilmiştir.[394] Burada Bay Kraus, Almanya'da hukuk fakültesinden mezun olarak, 1988 yılında Birleşik Krallık'taki bir üniversitede LLM derecesi almıştır.[395] Bununla birlikte bu kişinin bu akademik unvanı kullanabilmesi, Alman mevzuatı uyarınca yetkili makamların bu kullanımı onaylamasına bağlıdır.[396] Divana göre ABİHA md. 45, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaksızın uygulanıyor olsa bile, Birlik vatandaşlarının "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîleri kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli her türlü ulusal önlem"in önüne geçmektedir. Bununla birlikte, bu tür bir önlem "kurucu antlaşma ile uyumlu meşru bir amaç güdüyorsa ve kamu yararının ağır basan sebepleri ile haklı gösterilebilirse" bu durum değişecektir. Buna ek olarak, ilgili ulusal önlemler güttükleri amaca erişimi sağlamak için uygun olmalı ve bu amacın gerektirdiğinin ötesine gitmemelidir.[397]

Divan, şu sebepleri kamu yararına ilişkin ağır basan sebep olarak görmektedir:

- vergi sisteminin bütünlüğünün (tutarlılığının) korunması gereği,[398]
- vergiden kaçmanın önlenmesi,[399]
- mali denetimin etkililiği,[400]
- sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflaması riski,[401]
- (futbolda) genç oyuncuların takıma alınması ve eğitilmesi,[402]

[394] Case C-19/92 *Kraus* [1993].

[395] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 8.

[396] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 10.

[397] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32. Bkz. Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 38.

[398] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 113. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 867–870.

[399] Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51; Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 27.

[400] Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51; Case C-334/02 *Commission v France* [2004] pr. 31–32.

[401] Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 84; Case C-208/05 *ITC* [2007] pr. 43.

- tüketicinin (hizmet alıcılarının) korunması,[403]
- yol güvenliğinin sağlanması.[404]

Buna karşın, finansal yükün artması ve olası idari zorluklar gibi temellere dayanan sebepler, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep oluşturmamaktadır.[405]

Konuya örnek olarak vergi sisteminin bütünlüğünün korunması gereği ile ilgili *Bachmann* davası incelenebilir.[406] Burada Alman Bay Bachmann, Belçika'da çalışmaktadır. Söz konusu kişi, Belçika'ya varmadan evvelki hastalık ve sakatlık ile hayat sigortası sözleşmelerine binaen Almanya'da ödediği katkıların 1973 ve 1976 yılları arasındaki toplam mesleki gelirinden düşürülmesini istemiştir. Buna karşın, ilgili ulusal makam, ulusal mevzuat ışığında bu talebi reddetmiştir.[407] Divana göre vergi sisteminin bütünlüğünün korunması gereği ile ilgili olarak ihtilaflı Belçika kurallarına göre katkıların düşülebilirliği ile emeklilik ve hayat sigortası sözleşmeleri uyarınca sigortacı tarafından ödenecek miktara vergi koymak sorumluluğu arasında bir bağ bulunmaktadır.[408] Buna göre formülasyonu üye devletlere ait olan vergi sisteminin bütünlüğü, bir devletin bir başka üye devlette ödenen hayat sigortası katkılarının düşülmesine izin vermek zorunda bırakılması için, o devletin sigortacı tarafından ödenecek miktarlara vergi koyabilmesini gerektirmektedir.[409] O hâlde burada "katkıların düşülebilirliği ile sigortacılar tarafından ödenecek miktarların vergilendirilmesi arasında doğrudan bağ bulunmakta" ve "ilgili vergi sisteminin bütünlüğünü korumak için bu bağ muhafaza edilmelidir".[410] O hâlde, ilgili ulusal kurallar, Birlik hukuku ile uyumludur.[411]

---

[402] Case C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010] pr. 39.

[403] Case C-330/03 *Colegio* [2006] pr. 32.

[404] Joined Cases C-151/04 and C-152/04 *Nadin and Durré* [2005] pr. 47, 49.

[405] Case C-400/02 *Merida* [2004] pr. 30; Case C-55/00 *Gottardo* [2002] pr. 38.

[406] Case C-204/90 *Bachmann* [1992].

[407] Case C-204/90 *Bachmann* [1992] pr. 2, 3.

[408] Case C-204/90 *Bachmann* [1992] pr. 21.

[409] Case C-204/90 *Bachmann* [1992] pr. 23.

[410] Bkz. Case C-55/98 *Vestergaard* [1999] pr. 24; Case C-264/96 *ICI* [1998] pr. 29.

bb. Yerleşme Hakkı

Yerleşme serbestîsi yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan bir önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir. Buna ilişkin olarak *Gebhard* kararı uyarınca:

> "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlerin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler, *dört koşulu yerine getirmelidir*: ayrımcı olmayan biçimde uygulanmalıdır; kamu yararının emredici gereksinimleri ile haklı gösterilmelidir; güttükleri amaca ulaşılmasını güvenceye almak için uygun olmalıdır ve buna ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemelidir."[412]

Öyleyse, 'kamu yararının emredici gereksinimleri' ne anlama gelmektedir? Divan, pek çok sebebi bu kavram içinde görmektedir. Bu sebepler şu şekilde belirtilebilir:

- vergiden kaçmanın önlenmesi,[413]
- vergi sisteminin bütünlüğünün korunması,[414]
- mali denetimin etkililiği,[415]
- ticari işlemlerin adilliği,[416]
- tüketicinin (hizmet alıcılarının) korunması,[417]
- sınai ve ticari mülkiyetin korunması,[418]

---

[411] Case C-204/90 *Bachmann* [1992] pr. 28. Bununla birlikte, pek çok davada bu bağ bulunmamaktadır. Bkz. Case C-55/98 *Vestergaard* [1999] pr. 24.

[412] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37.

[413] Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51; Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 27.

[414] Case C-360/06 *Bauer* [2007] pr. 37. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 867–870.

[415] Case C-334/02 *Commission v France* [2004] pr. 31–32; Case C-411/03 *SEVIC* [2005] pr. 28.

[416] Case C-167/01 *Inspire Art* [2003] pr. 132.

[417] C-384/08 *Attanasio Group* [2010] pr. 50; Case C-6/01 *Anomar* [2003] pr. 73.

[418] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 21.

- çevrenin korunması,[419]
- alacaklıların, azınlık hissedarlarının, işçilerin ve hatta vergi otoritelerinin çıkarlarının korunması,[420]
- yol güvenliğinin sağlanması,[421]
- bir ülkenin enerji arzının sürekliliğinin korunması,[422]
- mesleki (avukatlık) etkinliklerin ahlaki ve etik ilkelerine riayet edilmesi ve disiplin denetiminin yapılması.[423]

Konuya örnek olarak sınai ve ticari mülkiyetin korunmasına ilişkin *Pfeiffer* davası gösterilebilir.[424] Burada Pfeiffer şirketi, Löwa şirketine karşı belirli bir ticaret unvanı kullanmaktan men davası açmıştır.[425] İlk şirket, 1969 yılından bu yana Avusturya'nın Pasching şehrinde 'Plus KAUF PARK' adı altında bir süpermarket işletmektedir.[426] Alman Tegelmann şirketinin yavru şirket olarak Avusturya'da süpermarket zincirine sahip Löwa şirketi ise, 1994 yılında işlerini ana şirkete ait 'Plus' adı altında sürdürmeye karar vermiştir.[427] Ulusal hukuk uyarınca bir başka kişi tarafından hukuka uygun olarak kullanılan ticaret unvanları ile karıştırılma ihtimali bulunan ticaret unvanlarının kullanımı yasaklanabilmektedir.[428] İşte Pfeiffer şirketi, bu

[419] C-384/08 *Attanasio Group* [2010] pr. 50.

[420] Case C-208/00 *Überseering* [2002] pr. 92; Case C-411/03 *SEVIC* [2005] pr. 28.

[421] Case C-438/08 *Commission v Portugal* [2009] pr. 48; Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] pr. 60.

[422] Doğal gaz arzının sürekliliğinin korunması için bkz. Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002] pr. 23. Elektrik arzının sürekliliğinin korunması için bkz. Case C-393/92 *Almelo* [1994] pr. 46–50. Petrol arzının sürekliliğinin korunması için bkz. Case C-483/99 *Commission v France* [2002] pr. 24.

[423] Case 292/86 *Gullung* [1988] pr. 29

[424] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999].

[425] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 2.

[426] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 3.

[427] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 4, 6.

[428] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 8.

hükme binaen Löwa şirketinin 'Plus' unvanını kullanmamasını talep etmektedir.[429] Divana göre ilgili ulusal kural, yerleşme hakkı üstünde bir kısıtlamadır.[430] Buna karşın, buradaki ulusal hukuk hükmü, karıştırılma riskine karşı ticaret unvanlarını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle bu hüküm, sınai ve ticari mülkiyetin korunması ile ilgili genel çıkara ait ağır basan gereklilikler ile haklı görülmektedir.[431] Kaldı ki, ilgili hüküm, ticaret unvanının spesifik konusuna (karışıklık riskine karşı ticaret unvanı sahibinin korunması) karşılık geldiğinden ulusal hukukça tanınan böyle bir koruma Birlik hukuku ile uyumludur.[432]

cc. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir. Buna ilişkin *Säger* kararına göre:

> "kurucu antlaşmanın temel bir ilkesi olarak hizmet sunma serbestîsi, ilgili çıkar hizmet sunan kişinin yerleşik olduğu üye devlette tâbi tutulduğu kurallar ile korunmadığı müddetçe, sadece kamu yararına ilişkin zorunlu sebeplerle haklı gösterilebilen ve varış devletinde etkinlik sürdüren tüm kişi veya teşebbüslere uygulanan kurallarla sınırlanabilir. Özellikle, bu gereklilikler, mesleki kurallarla uyum sağlamak ve hizmet alanın korunmasını temin etmek için nesnel olarak gerekli olmalı ve bu amaçlara ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemelidir."[433]

[429] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 7.

[430] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 20.

[431] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 21.

[432] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 22. Krş. "ff. Sınaî ve Ticari Mülkiyetin Korunması", s. 349.

[433] Case C-76/90 *Säger* [1991] pr. 15.

Öyleyse, 'kamu yararına ilişkin zorunlu sebepler' ne anlama gelmektedir? Divan, pek çok sebebi bu kavram içinde görmektedir. Bu sebepler şu şekilde belirtilebilir:[434]

- vergiden kaçmanın önlenmesi,[435]
- mali denetimin etkililiği,[436]
- bir sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflaması riski,[437]
- hizmet alıcılarının korunması,[438]
- hizmet sunucuların sosyal yönden korunması,[439]
- fikri mülkiyetin korunması,[440]
- işçilerin korunması,[441]
- tüketicinin korunması,[442]
- adil ticaretin sağlanması,[443]
- dolandırıcılığın önlenmesi,[444]
- muntazam (düzgün) adalet yönetiminin (yargı idaresinin) muhafaza edilmesi,[445]

[434] Ayrıca bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 758–759.

[435] Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51; Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 27.

[436] Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51; Case C-334/02 *Commission v France* [2004] pr. 31–32.

[437] Case C-372/04 *Watts* [2006] pr. 103; Case C-157/99 *Smits and Peerbooms* [2001] pr. 73.

[438] Joined Cases 110/78 and 111/78 *van Wesemael* [1979] pr. 28.

[439] Case C-255/04 *Commission v France* [2006] pr. 47.

[440] Case C-288/89 *Gouda* [1991] pr. 14; Case 62/79 *Coditel* [1980] pr. 15.

[441] Case C-445/03 *Commission v Luxembourg* [2004] pr. 29.

[442] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 36; Case C-6/01 *Anomar* [2003] pr. 73.

[443] Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95 *De Agostini and TV-Shop* [1997] pr. 53.

[444] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 36.

- toplumda düzenin muhafaza edilmesi,[446]
- ulusal tarihi ve artistik mirasın korunması,[447]
- yol güvenliğinin sağlanması.[448]

Örnek olarak *Schindler* davasındaki piyangolar hakkındaki yasaklama, ABİHA md. 56 uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlamakla birlikte, haklı gösterilebilir niteliktedir.[449] Burada; hizmet alıcılarının korunması, tüketicinin korunması ve toplumda düzenin muhafaza edilmesi, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler olarak gösterilmektedir. Divana göre piyangoların kendine özgü niteliği dikkate alındığında, bir üye devlet bu piyangoları yasaklayabilmelidir.[450] İlk olarak, her bir üye devlet yönünden kumarın diğer türleri gibi piyangoların da ahlaki, dini veya kültürel yönleri göz ardı edilemez. Üye devletlerin genel eğilimi, kumarı kısıtlamak ve hatta yasaklamak ve bunun özel bir kâr kaynağı hâline gelmesini önlemektir. İkinci olarak, piyangolar, suç veya hile yönünden yüksek bir risk taşımaktadır. Üçüncü olarak, piyangolar, sakıncalı bireysel ve sosyal sonuçları olabilecek bir biçimde harcamaya teşvik etmektedir. Son olarak, nesnel bir gerekçe olmasa bile piyangolar; sosyal işler, yardım işleri, spor veya kültür gibi kâr amacı gütmeyen ve kamu çıkarına dair etkinliklere katkıda bulunabilmektedir.[451] Bu etmenler, ulusal otoritelerin toplumda düzeni sağlamak için "yeterli bir derecede serbestlik" sahibi olmasını haklı göstermektedir. Bu bakımdan, bu etkinliği kısıtlamak ve hatta yasaklamak hakkında değerlendirme yapmak ulusal otoritelere düşmektedir.[452] Bir üye devlet, ülkesinde geniş çaplı piyangoların

---

[445] Case C-3/95 *Broede* [1996] pr. 31.

[446] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 36.

[447] Case C-198/89 *Commission v Greece* [1991] pr. 16; Case C-154/89 *Commission v France* [1991] pr. 17.

[448] Joined Cases C-151/04 and C-152/04 *Nadin and Durré* [2005] pr. 47, 49.

[449] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 53, 54.

[450] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 59.

[451] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 60.

[452] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 61.

işletimini yasaklıyorsa, bu tür piyangolara katılıma ait malzemenin ithalatını da yasaklayabilir. Bu tür bir yasaklama, üye devletin piyangolara ilişkin olarak ülkesinde sağlamaya çalıştığı korumanın gerekli bir parçasıdır.[453]

Buna ek olarak, *Säger* kararındaki "ilgili çıkar hizmet sunan kişinin yerleşik olduğu üye devlette tâbi tutulduğu kurallar ile korunmadığı müddetçe" ifadesi açılabilir. Bu tabir, köken üye devlet kontrolü ya da köken ülkesi ilkesinin yansımasıdır.[454] Konuyla ilgili *Guiot* davasındaki ulusal kural, bir işverenin yerleşik olduğu üye devlettekinin yanı sıra hizmet sunduğu üye devletteki sosyal güvenlik fonuna katkı sağlamasını gerektirmektedir.[455] Divana göre bu kural, hizmet sunum serbestîsine kısıtlama oluştursa bile; işçinin sosyal yönden korunması ile haklı gösterilebilir.[456] Buna karşın, ilgili işçilerin aynı ya da benzer bir biçimde korunması, işverenin yerleşik olunan üye devletteki ödemeleri ile karşılanıyorsa bu tür bir haklı gösterme söz konusu olamayacaktır.[457]

c. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımı yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir. Buna ilişkin *Commission v Portugal* kararı uyarınca:

---

[453] Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 62.

[454] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 381. Ev sahibi üye devletin ilgili çıkarların korunması için köken devletçe alınan önlemleri dikkate alması gerekliliği önemlidir; çünkü, hizmetler bakımından birincil düzenleyici, köken devlettir ve ev sahibi devlet yalnızca bütünleyici denetimler getirebilir. Bu yönden hizmetler ile mallara ilişkin içtihat hukukunda paralellik bulunurken; bu kural, birincil düzenleyicinin ev sahibi üye devlet olduğu yerleşme ve işçiler yönünden geçerli değildir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 382.

[455] Case C-272/94 *Guiot* [1996] pr. 14.

[456] Case C-272/94 *Guiot* [1996] pr. 15–16.

[457] Case C-272/94 *Guiot* [1996] pr. 17. Bkz. Case C-131/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 43. Ayrıca bkz. **BIONDI,** s. 475–476.

"Kurucu antlaşmanın temel bir ilkesi olarak sermayenin serbest dolaşımı, yalnızca [ABİHA md. 65] ile belirlenen sebepler veya *genel çıkara ilişkin ağır basan gereksinimler* ile haklı gösterilen ve ev sahibi üye devletin ülkesinde bir etkinlik sürdüren bütün kişiler ya da teşebbüslere uygulanan ulusal kurallarca kısıtlanabilir. Dahası, bu şekilde haklı gösterilebilmek için, ulusal düzenleme, orantılılık ilkesi ile bağdaşacak bir şekilde, güttüğü hedefi güvence altına almaya uygun olmalı ve o hedefe erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir."[458]

Öyleyse, 'genel çıkara ilişkin ağır basan gereksinimler' ne anlama gelmektedir? Divan, kimi gereksinimleri bu kavram içine katmaktadır. Bu sebepler şu şekilde belirtilebilir:

- mali denetimin etkililiği,[459]
- vergiden kaçmanın önlenmesi,[460]
- vergiden kaçınma ile mücadele edilmesi,[461]
- vergi sisteminin bütünlüğünün korunması,[462]
- ipotek (*mortgage*) sisteminin öngörülebilirliği ve şeffaflığını sağlamak,[463]
- bir üye devletteki sosyal konut politikası ve bu politikanın finansmanı ile ilgili gereklilikler,[464]
- sosyal politikaların finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflaması riski,[465]
- bir arazi üzerindeki baskıya karşı direnme,[466]

[458] Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 49. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[459] Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 58; Case C-101/05 *A* [2007] pr. 55.

[460] Joined Cases C-155/08 and C-157/08 *X and E.H.A.* [2009] pr. 45; Case C-451/05 *ELISA* [2007] pr. 81.

[461] Case C-315/02 *Lenz* [2004] pr. 27.

[462] Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 29; Case C-242/03 *Weidert and Paulus* [2004] pr. 16.

[463] Case C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] pr. 29.

[464] Case C-567/07 *Sint Servatius* [2009] pr. 30.

[465] Case C-567/07 *Sint Servatius* [2009] pr. 31. Bkz. Case C-372/04 *Watts* [2006] pr. 103.

- kent ve ülke planlaması önlemi olarak kırsal alanlarda kalıcı nüfusun muhafaza edilmesi[467] ya da kent planlaması amacıyla kırsal alanlarda kalıcı nüfusun ve turist sektöründen bağımsız ekonomik etkinliğin muhafaza edilmesi,[468]
- çevrenin korunması,[469]
- umumi posta hizmeti gibi genel çıkara ilişkin bir hizmetin güvence altına alınması.[470]

Diğer iç pazar serbestîlerinden farklı olarak bu serbestî yönünden, buradaki sebeplere pek fazla başvurulmamaktadır. Zira, bu serbestîye ilişkin kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri, oldukça geniştir ve diğer serbestîlerde kamu yararına ilişkin ağır basan sebep olarak nitelenenleri de kapsamaktadır.[471]

B. Birlik Vatandaşlığı

Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlem, kurucu antlaşmadaki istisnaların yanı sıra kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmektedir. Örneğin, *D'Hoop* kararında böyle bir duruma rastlanmaktadır.[472] Burada Divana göre ihtilaflı önlem:

> "yalnızca ilgili kişilerin vatandaşlığından bağımsız [kamu yararına ilişkin] nesnel mülahazalara dayanıyorsa ve ulusal hükümlerin meşru amacı ile orantılı ise haklı gösterilebilir."[473]

---

[466] Case C-370/05 *Festersen* [2007] pr. 27–28.

[467] Case C-567/07 *Sint Servatius* [2009] pr. 29; Case C-370/05 *Festersen* [2007] pr. 27–28.

[468] Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 34.

[469] Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 34.

[470] Joined Cases C-282/04 and C-283/04 *Commission v Netherlands* [2006] pr. 38.

[471] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 584–585; **CONNOR,** s. 195.

[472] Case C-76/90 *Säger* [1991].

[473] Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 20. 'Kamu yararına ilişkin nesnel mülahazalar' terimi için bkz. Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 40; Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 37.

Buna ek olarak, bir önlem, güdülen amaca erişilmesini sağlamak için uygunsa ve bu amaca erişmek için gerekli olanın ötesine gitmiyorsa orantılıdır.[474]

Öyleyse, 'kamu yararına ilişkin nesnel mülahazalar' ne anlama gelmektedir? Divan, pek çok sebebi bu kavram içinde görmektedir. Bu sebepler arasında şunlar sayılabilir:

- etnik-kültürel azınlığın korunması,[475]
- kamu düzeninin korunması,[476]
- işsizlik ödeneği yönünden işsiz kişilerin iş ve aile durumlarının gözlenmesi gerekliliği,[477]
- alacaklının geri alma hakkı yönünden borçlunun aylık gelirinin sınırlı bir kısmını koruması imkânının tanınması,[478]
- iç savaş mağdurlarına yapılan yardımların dayanışma amacı ile üye devlet toplumu ile özel bağa sahip kişilerle sınırlanması,[479]
- kişilerin kimlikleri ya da nesilleri yönünden karışıklık riskinin önlenmesi için tasarlanan bir araç olarak soyadlarının değişmezliği ilkesi,[480]
- bir kişinin soyadının kesinlik ve devamlılık ile belirlenmesi, alt soyun aynı soyadına sahip olmasının sağlanması ve geniş ailenin üyeleri arasındaki ilişkinin muhafaza edilmesi,[481]
- iki üye devlet arasındaki yaşam maliyeti, gelir, sosyal yardımların ortalama düzeyini dikkate alan yardım sunulması isteği ve yararlanan kişilerin

[474] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 33.

[475] Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pr. 29.

[476] Case C-524/06 *Huber* [2008] pr. 76.

[477] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 41.

[478] Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 26.

[479] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 35.

[480] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 42.

[481] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 30, 31.

istihdam ve sosyal durumunun etkili biçimde gözlenmesinin sağlanması gerekliliği,[482]

- yardım alan kişi ile ilgili üye devlet toplumu arasında bağ bulunmasının sağlanması isteği ve alıcının bu yararın verilmesindeki koşulları sağlamaya devam ediyor olduğunun doğrulanması gerekliliği,[483]
- ulusal eğitim sisteminin mevcudiyetine ve onun türdeşliğine yönelik riskin önlenmesi,[484]
- öğrencilerin derslerini kısa bir dönem içinde bitirmesinin sağlanması hedefi ve böylelikle üye devletin eğitim sisteminin finansal dengesine katkıda bulunulması,[485]
- diğer üye devletlerden gelen öğrencilerin geçim masraflarını karşılayan bir yardımın yalnızca o devletin toplumu ile belirli bir dereceye kadar bütünleştiğini gösteren öğrencilere verilmesi,[486]
- genç kişilerin eğitimden istihdam pazarına geçişini kolaylaştırmayı amaçlayan bir ödenek yönünden buna başvuran kişi ile ilgili coğrafi istihdam pazarı arasında gerçek bağ aranması.[487]

Konuyla ilgili iyi bir örnek olan *Bidar* davası, "bir toplum ile belirli bir dereceye kadar bütünleşme" ve "bir kişi ile ilgili coğrafi istihdam pazarı arasındaki gerçek bağ" ile alakalıdır.[488] Buradaki ulusal önlem, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[489] Divana göre muameledeki böyle bir farklılık, yalnızca ilgili kişinin

[482] Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 38, 39.

[483] Case C-499/06 *Nerkowska* [2008] pr. 37.

[484] Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 53.

[485] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 36.

[486] Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* [2007] pr. 43.

[487] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 38.

[488] Case C-209/03 *Bidar* [2005].

[489] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 53.

vatandaşlığından bağımsız nesnel mülahazalara dayanıyorsa ve ulusal kuralların meşru amacı ile orantılı ise haklı gösterilebilir.[490] Bir üye devlet, öğrencilerin yaşam giderlerini karşılayan yardımlar yönünden bu tür yardımları yalnızca o üye devletin toplumu ile belirli bir derece bütünleşme sergileyen öğrencilere verebilecektir.[491] Bununla birlikte, bir üye devlet, ilgili öğrencilerin istihdam pazarı ile bağ kurmasını isteyemeyecektir; çünkü, yüksek öğrenimde bir öğrenci tarafından elde edilen bilgi, o kişiyi belirli bir coğrafi istihdam pazarına özgülememektedir.[492] Öte yandan, belirli bir derece bütünleşmenin varlığı, ilgili öğrencinin ev sahibi üye devlette belirli bir süre ikâmet etmesi bulgusu neticesinde mevcut kabul edilebilir.[493] Bu bakımdan üç yıl ikâmet etme koşulu aranabilir bir koşul iken; o üye devlette yerleşik olma koşulu, güdülen amaca uygun olmaması dolayısıyla haklı görülmemektedir.[494]

Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımındaki kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler, iç pazar serbestîlerine oranla çok daha çeşitlidir. Bunun sebebi, ABİHA md. 21'in serbest dolaşım hakkının kullanımını herhangi bir şekilde etkileyen ulusal kurallara karşı kullanılabilmesidir. Bir başka ifadeyle, eşit muamele hakkı, salt ekonomik çıkarların hudutları ötesinde etki doğurmaktadır.[495] Bunun sonucunda, ekonomik bağlantılı olsun ya da olmasın pek çok önlem, md. 21 içinde kalmakta ve haklı gösterilebilmek için oldukça çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Bu açıdan, iç pazardaki muadilleri ile kıyaslandığında 'hakiki bir bağ' gerekliliği, 'belirli bir düzeyde finansal dayanışma' ya da 'belirli bir düzeyde üye devlet ile bütünleşme' gibi mülahazalar aşırı geniş bir içeriğe de sahiptir.[496]

---

[490] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 54.

[491] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 57.

[492] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 58.

[493] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 59.

[494] Case C-209/03 *Bidar* [2005] pr. 61.

[495] Bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 123.

[496] **BESSON–UTZINGER,** s. 587. Yazarlara göre iç pazar serbestîleri ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki bu uyumsuzluk, 2004/38 sayılı Direktifin getirilme amacına aykırıdır. Yine, Birlik

3. Serbestîlerin Haklı Gösterilmesine İlişkin Gerekçeler ile ilgili Birtakım Saptamalar

Serbestîlerin haklı gösterilmesi yönünden aranan haklı gerekçeler, pek çok ortaklık ihtiva etmektedir. Bu bakımdan, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, çok büyük ölçüde, kişilerin serbest dolaşımının ve buna paralel olarak iç pazar serbestîlerinin uygulanma düzeninin adımlarını takip etmektedir. Buna mukabil, Birlik vatandaşlığı, bilhassa 'vatandaşlık' statüsünün doğasında içkin olan sebeplerle kişilerin serbest dolaşımındaki istisnaların daha da dar biçimde yorumuna kapı açmaktadır.

İlk sırada, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, haklı gerekçelere yönelik uygulanma düzeni açısından kişilerin serbest dolaşımı ve dolayısıyla iç pazar serbestîleri gibi kabul görmüştür. Bu bakımdan, ilk olarak, doğrudan ayrımcı önlemler ile dolaylı ayrımcı veya serbestîyi kısıtlayan önlemler, haklı gerekçeler yönünden ayrılmaktadır.[497] Bir serbestî yönünden vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapan bir önlem söz konusu ise o önlem, yalnızca kurucu antlaşmaca belirlenen istisna sebepleri uyarınca ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilir. Buna karşın, bir serbestîye ilişkin olarak vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık yapan veyahut da o serbestîyi kısıtlayan bir önlem söz konusu ise o önlem, hem kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri hem de Divan kararları ile tanınan kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerle ve orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla haklı gösterilebilir.[498]

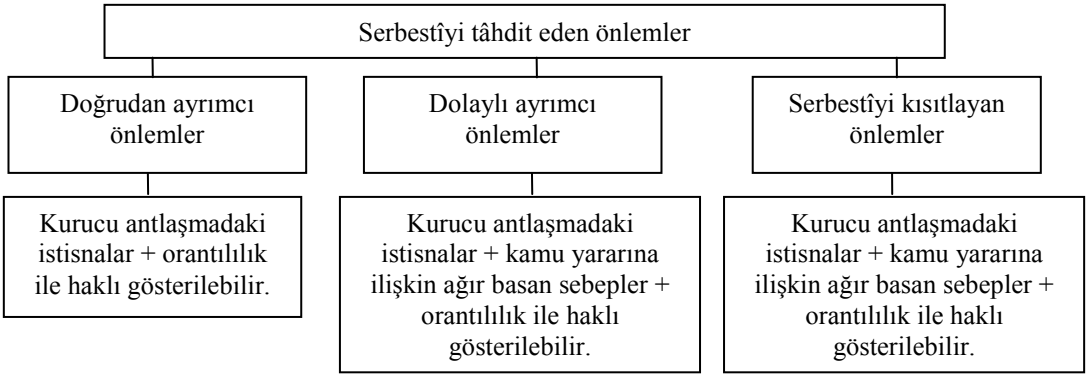
---

vatandaşlığındaki haklı sebepler, iç pazardaki serbestîlere yönelik geleneksel sıkı sınırlamalara kıyasla oldukça belirsiz ve çelişkilidir. (s. 587.)

[497] Bkz. "Şekil 24: Serbestîyi Tahdit Eden Önlemlerin Haklı Gösterilmesi", s. 409. Genel olarak bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 197; **TESAURO,** s. 8.

[498] Örnek olarak Divan, *CIBA* kararında "temel serbestîlerden birisini kısıtlayan önlemin" orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla, kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile haklı gösterilebileceğini belirtirken; serbestîler yönünden ortak bir dil kullanmaktadır. Case C-96/08 *CIBA* [2010] pr. 45.

Şekil 24: Serbestîyi Tahdit Eden Önlemlerin Haklı Gösterilmesi



İkinci olarak, serbestîyi tahdit eden önlemin haklı gösterilmesi, ilkesel bazda ortaklıklar ihtiva etmektedir. Bu ortaklıklar şu şekilde belirtilebilir:[499]

- Tüm istisna sebeplerinin kapsamı nihai olarak Birlik düzeyinde ve Divanca belirlenmektedir.[500]
- Kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri sınırlı sayıda iken;[501] Divan kararları ile tanınan kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler sınırsız sayıdadır.[502]
- İstisnalar, dar biçimde yorumlanacaktır.[503]
- Bu istisnalar, ekonomik amaçlar ile kullanılamayacaktır.[504]

---

[499] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 646–653.

[500] Örneğin ABİHA md. 36 ile ilgili olarak bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 396.

[501] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 27. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 20. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 52. Genel olarak bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 197; **TESAURO,** s. 8.

[502] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-269/07 *Commission v Germany* [2009] pr. 84. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 49. Genel olarak bkz. **DEARDS–HARGREAVES,** s. 197; **TESAURO,** s. 8.

[503] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 46/76 *Bauhuis* [1977] pr. 12. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 23. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile ilgili olarak bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387.

- İspat yükü, serbest dolaşımın kısıtlanmasını haklı göstermeye çalışan kişilere düşecek olup;[505] bu çoğu kez ulusal makamlardır.[506]
- Birlik tasarrufu bir alanda uyumlaştırma yapıyorsa, yalnızca burada öngörülen istisna sebepleri kullanılabilir.[507]

---

[504] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 95/81 *Commission v Italy* [1982] pr. 27. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 352/85 *van Adverteerders* [1988] pr. 34. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile ilgili olarak malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] pr. 33. İşçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-109/04 *Kranemann* [2005] pr. 34. Yerleşme serbestîsi ile ilgili olarak bkz. Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] pr. 48. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case 388/01 *Commission v Italy* [2003] pr. 22. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Opinion of AG Sharpston in Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pt. 90. Bununla birlikte, bu kural, istisnai kimi hâllerde esnetilmektedir. Örnek olarak bkz. Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 36. Yine, söz gelimi bir önlem, kamu güvenliği uyarınca haklı görülürse, o önlemin bu kavrama ek olarak ekonomik nitelikli diğer hedeflere erişmeyi mümkün kılar nitelikte olması, ABİHA md. 36'nın uygulanmasını engellemez. (pr. 36.)

[505] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **EMILIOU,** s. 228. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 86. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **JARASS,** s. 155. Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile ilgili olarak bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 387.

[506] Bkz. **CAN, (2008),** s. 155. Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-254/05 *Commission v Belgium* [2007] pr. 35. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-413/99 *Baumbast* [2001] pr. 86. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 727. Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile ilgili olarak malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-270/02 *Commission v Italy* [2004] pr. 22. İşçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-147/03 *Commission v Austria* [2005] pr. 63. Yerleşme serbestîsi ile ilgili olarak bkz. Case C-297/05 *Commission v Netherlands* [2007] pr. 76. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-8/02 *Leichtle* [2004] pr. 45. Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-224/02 *Pusa* [2004] pr. 20.

[507] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 18. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-421/98 *Commission v Spain* [2000] pr.

- Temel haklar, bir yandan serbestînin tahdidini haklı gösteren bir sebep olarak kullanılabilirken;[508] öte yandan serbestîyi tahdit eden önlemin haklı görülebilmesi, o önlemin temel haklar ile uyumlu olmasına bağlanmıştır.[509]

Üçüncü olarak, serbestîyi tahdit eden önlemi haklı göstermek için kullanılan sebepler, çoğunlukla birbirinin aynısı veyahut da benzeridir. Bir kere, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, ayrımcı önlemler yönünden kişilerin serbest dolaşımındaki sebepleri, aynen almıştır. Bu örtüşme, söz konusu sebeplerin Birlik vatandaşlarına dair 2004/38 sayılı Direktif ile ortak bir biçimde detaylandırılması ile en üst noktaya ulaşmıştır. Buna ek olarak, serbest dolaşımlar bakımından ortak sebeplere de rastlanmaktadır. Bu açıdan, bir taraftan kurucu antlaşmadaki istisnalar bakımından mallar, kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık sebepleri ortak iken; bu serbestîler ile sermayenin serbest dolaşımı yönünden de kamu düzeni ve kamu güvenliği ortaktır.[510] Diğer taraftan, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler bakımından söz gelimi vergi sisteminin bütünlüğü ve mali denetimin etkililiği gibi sebepler ortaktır.[511] Bu duruma da

---

42. Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler ile ilgili olarak bkz. **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 579, 647. Ayrıca bkz. "A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması", s. 422.

[508] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 77. Kişiler, hizmetler ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 35. Ayrıca bkz. "2. Temel Hakların Etkisi", s. 429.

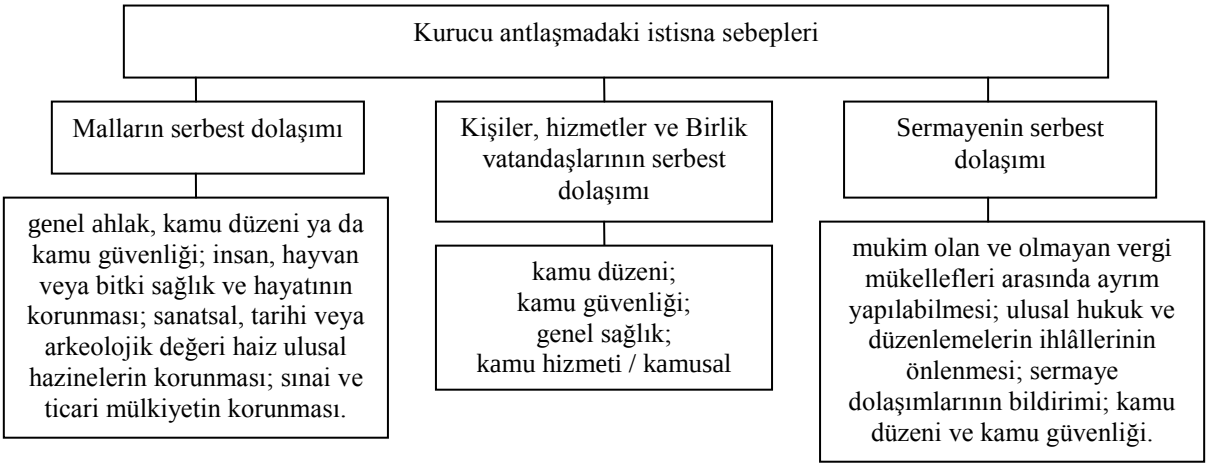
[509] Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 24. Kişilerin serbest dolaşımı ve Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile ilgili olarak bkz. Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 40. Ayrıca bkz. "2. Temel Hakların Etkisi", s. 429.

[510] ABİHA md. 36, 45(3), 52, 62, 65. Bkz. "Şekil 25: Kurucu Antlaşmadaki İstisna Sebepleri", s. 412.

[511] Mali denetimin etkililiği ile ilgili olarak, malların serbest dolaşımı için bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8. İşçilerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-150/04 *Commission v Denmark* [2007] pr. 51. Yerleşme hakkı için bkz. Case C-254/97 *Baxter* [1999] pr. 18. Hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-436/00 *X and Y* [2002] pr. 51. Sermayenin serbest dolaşımı için bkz. Case C-233/09 *Dijkman* [2010] pr. 58. Vergi sisteminin bütünlüğü ile ilgili olarak, işçilerin serbest dolaşımı için bkz. Case C-

koşut olarak, bir serbestî yönünden kabul gören bir sebep, kıyas yolu ile bir başka serbestî yönünden kullanılabilmektedir.[512] Öyleyse, farklı serbestîlere ait istisnalar arasındaki bu uyum ışığında belirli bir kavramın özünü incelerken diğer serbestîlere ait içtihat hukukunu analiz etmek faydalıdır.[513]

Şekil 25: Kurucu Antlaşmadaki İstisna Sebepleri



Dördüncü olarak, aynı veya benzer istisna sebepleri, birbirine paralel biçimde yorumlanmaktadır. Bu bakımdan, pek çok örnek verilebilir. Söz gelimi, kamu düzeni her serbestî yönünden paralel yorumlanmaktadır.[514] Buna ilişkin en iyi örnek olan sermayenin serbest dolaşımı alanındaki *Eglise de scientologie* kararına göre kamu düzeni gereklilikleri Birlik kurumları denetiminde olup;[515] bu istisna ancak toplumun temel çıkarlarından birisine yönelik hakiki ve yeterince ciddi bir tehlike mevcutsa kullanılabilecektir.[516] Yine, söz gelişi, kamu güvenliği kavramı da paralel yoruma sahiptir. Konuyla ilgili *Commission v Belgium* kararı uyarınca petrol ürünlerinin asgari

204/90 *Bachmann* [1992] pr. 21. Yerleşme hakkı için bkz. Case C-360/06 *Bauer* [2007] pr. 37. Sermayenin serbest dolaşımı için bkz. Case C-319/02 *Manninen* [2004] pr. 29.

[512] Bkz. **ARNULL–*et. al.,*** s. 805; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 732. Örneğin *Test Claimants* kararı bu türdeki istisnalar yönünden temel serbestîleri bir bütün olarak ele almaktadır. Case C-524/04 *Test Claimants* [2007] pr. 68.

[513] **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 655.

[514] Bkz. **CRAIG–DE BÚRCA,** s. 727; **KAPTEYN–*et. al.,*** s. 775.

[515] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Krş. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 26, 27.

[516] Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] pr. 17. Krş. Case 36/75 *Rutili* [1975] pr. 28.

düzeyde arzının her zaman sağlanması bakımından hem mallar hem de sermaye yönünden kamu güvenliğine ilişkin gerekçelendirme aynıdır.[517] Buna ek olarak, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin *Tsakouridis* kararı ile diğer serbest dolaşımlardaki içtihat hukuku, aynen bu alanda da kullanılmıştır.[518] Yine, genel sağlık istisnası da paralel uygulanmaktadır. Örneğin, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin *Bacardi* kararı, bu istisnanın yorumu yönünden açıkça malların serbest dolaşımı içtihadı ile paralellik kurarak, ilgili davalara gönderme yapmaktadır.[519] Yine, örneğin, yerleşme hakkına ilişkin *Pfeiffer* kararında kamu yararına ilişkin ağır basan sebep olarak nitelenen sınai ve ticari mülkiyetin korunması, tıpkı malların serbest dolaşımı yönünden bir kurucu antlaşma istisnası olan aynı istisna ile özdeş biçimde yorumlanmıştır.[520]

Beşinci olarak, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler, bir bütün olarak farklı bir kategorizasyon içinde sunulabilir. Böyle bir sınıflandırma, bir serbestî yönünden kabul gören bir sebebin kıyas yolu ile bir başka serbestî yönünden kullanılabilecek olması açısından faydalıdır. Bununla birlikte, bu sebepler, esas olarak, iç pazar serbestîleri nazara alınarak oluşturulmuştur. Bu bakımdan birkaç kategoriden bahsedilebilir.[521]

İlk kategori, (bir işlemin bir kişinin çıkarını göz önüne almadığı ve o kişinin o konuda seçiminin olmadığının varsayıldığı) pazar dışsallıkları ile ilgilidir:

---

[517] Case C-503/99 *Commission v Belgium* [2002] pr. 46. Bkz. ve krş. Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 34, 35.

[518] Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 43, 44.

[519] Case C-429/02 *Bacardi* [2004] pr. 37. Burada, şu davalara atıf yapılmaktadır: Case 152/78 *Commission v France* [1980] pr. 17; Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa* [1991] pr. 15.

[520] Case C-255/97 *Pfeiffer* [1999] pr. 22.

[521] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 512–515; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 833–834. Chalmers ve diğerleri, esasen, dört kategori sunmaktadır. Bunlardan biri ise; insan onurunun korunması, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğünü içeren insan hakları kategorisidir. Bu kategori ise, bu çalışma bakımından temel haklar ile serbestîler arasındaki ilişki içinde değerlendirilmektedir. İnsan hakları kategorisi için bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 833.

- ticari işlerde vasfın kalitesinin güvence altına alınması ve bu tür işlerle görevlendirilen kişilerin korunması,[522]
- çevrenin korunması,[523]
- genel sağlığın korunması,[524]
- tüketicinin korunması,[525]
- haksız rekabetin önlenmesi,[526]
- dolandırıcılığın önlenmesi,[527]
- hissedarların suistimalinin önlenmesi,[528]
- fikri mülkiyet haklarının korunması,[529]
- sert iklim, uzaklık ve seyrek nüfus nedeniyle nüfusunda azalma olan bir alandaki sürdürülebilir yerleşimin (bir bölgesel politika hedefi olarak) desteklenmesi,[530]
- yol güvenliği.[531]

İkinci kategori, ulusal veya bölgesel soyso-kültürel karakteristikleri muhafaza eden siyasi tercihler olarak görülen kimi uygulamaların korunması ile ilgilidir:

- spor klüpleri arasında dengenin sağlanması,[532]
- sosyal damping veya haksız rekabetin önlenmesi,[533]

[522] Case C-58/98 *Corsten* [2000] pr. 38.

[523] Case C-17/00 *De Coster* [2001] pr. 36–37.

[524] Case C-429/02 *Bacardi* [2004] pr. 37.

[525] Case 220/83 *Commission v France* [1986] pr. 20.

[526] Case C-60/03 *Wolff & Müller* [2004] pr. 41.

[527] Case C-243/01*Gambelli* [2003] pr. 67.

[528] Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 24.

[529] Case 262/81 *Coditel* [1982] pr. 13.

[530] Case E-3/05 *Surveillance Authority v Norway* [2006] pr. 57.

[531] Case C-55/93 *van Schaik* [1994] pr. 19.

[532] Case C-415/93 *Bosman* [1995] pr. 106.

- istihdam pazarında çalkantıdan kaçınılması,[534]
- işçilerin sosyal yönden korunması,[535]
- yasadışı çalışma ile mücadele edilmesi,[536]
- adalara, adalardan ve adalar arası düzenli denizcilik hizmetlerinin yeterliliğinin sağlanması,[537]
- finansal sektörün saygınlığının korunması,[538]
- vasıflı ticaret veya mesleki işin kalitesinin korunması.[539]

Üçüncü kategori, bir devletin ülkesine hükmetmesi için gerekli hizmetleri sunmasına yönelik kapasitesi ile ilgilidir:

- iç ve dış güvenliğin korunması,[540]
- adalet yönetimi sisteminin korunması,[541]
- vergi düzeninin bütünlüğünün sağlanması,[542]
- mali denetimin etkililiği,[543]
- sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin muhafaza edilmesi,[544]
- sosyal güvenlik sisteminde yolsuzluğun önlenmesi,[545]

---

[533] İlki ile ilgili olarak bkz. Case C-244/04 *Commission v Germany* [2006] pr. 61. İkincisi ile ilgili olarak bkz. Case C-60/03 *Wolff & Müller* [2004] pr. 41.

[534] Case C-445/03 *Commission v Luxembourg* [2004] pr. 38.

[535] Case C-255/04 *Commission v France* [2006] pr. 47.

[536] Case C-255/04 *Commission v France* [2006] pr. 52.

[537] Case C-205/99 *Analir* [2001] pr. 27.

[538] Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] pr. 44.

[539] Case 33/74 *van Binsbergen* [1974] pr. 22.

[540] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 34.

[541] Case C-3/95 *Broede* [1996] pr. 36.

[542] Case C-294/97 *Eurowings* [1999] pr. 19.

[543] Case C-55/98 *Vestergaard* [1999] pr. 23.

[544] Case C-158/96 *Kohll* [1998] pr. 41.

- giderlerin kontrol altına alınması ve finansal, teknik ve insani kaynakların harcanmasının önüne geçilmesi,[546]
- sadakat yükümlülüğü.[547]

Buradaki sebepler, iç pazardaki serbest dolaşımlara yönelik olanları kapsaması nedeniyle, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım yönünden kolaylıkla kullanılamayacaktır. Bu açıdan, Birlik vatandaşlığına ilişkin nesnel gerekçeler, pazar dışsallıkları ile ilgili birinci kategori dışında kalarak, daha çok yerel karakteristik ve devletçe sunulan hizmetlerle ilişkili ikinci ve üçüncü kategori içinde nitelendirilebilir. Burada, şu sebepler örnek olarak verilebilir:

- etnik-kültürel azınlığın korunması,[548]
- bir ödeneğin verildiği kişinin durumunun denetlenmesi,[549]
- soyadı ile ilgili değişmezlik, kesinlik ve devamlılık gerekliliği,[550]
- eğitim sisteminin mevcudiyeti ve türdeşliği,[551]
- belirli tür yardımlar açısından toplum ile belirli bir derece bağ aranması,[552]
- belirli tür ödenekler için ilgili kişi ile coğrafi istihdam pazarı arasında gerçek bağ aranması.[553]

İkinci sırada, Birlik vatandaşlığı, bilhassa 'vatandaşlık' statüsünün doğasında içkin olan sebeplerle kişilerin serbest dolaşımındaki istisnaların daha da dar biçimde yorumu konusunu gündeme getirmiştir. İlk olarak, Divan, kamu düzeni istisnası ile ilgili

---

[545] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 41.

[546] Case C-157/99 *Smits and Peerbooms* [2001] pr. 68–69.

[547] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 34–35.

[548] Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] pr. 29.

[549] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 41; Case C-221/07 *Zablocka-Weyhermüller* [2008] pr. 38, 39.

[550] Case C-148/02 *Avello* [2003] pr. 42; Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] pr. 30, 31.

[551] Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 53.

[552] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 35.

[553] Case C-224/98 *D'Hoop* [2002] pr. 38.

bir kararda bu tespiti yapmıştır. Konuyla ilgili *Orfanopoulos and Oliveri* davası, işçilerin serbest dolaşımını ilgilendirmektedir.[554] Burada, Divana göre işçilerin dolaşım serbestîsi ilkesi geniş yorumlanacakken; bu ilkeden sapmalar dar yorumlanacaktır.[555] Buna ek olarak:

> "bir kişinin Birliğin vatandaşı olması statüsü nedeniyle, bu serbestîden sapmaların *özellikle kısıtlayıcı* bir yorumu gerekmektedir. [Zira]… bu statü, üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacaktır."[556]

Öyleyse, Birlik vatandaşlığının getirilmesi ve kişilerin serbest dolaşımından faydalanan kişilerin aynı zamanda bu statüye sahip olması nedeniyle, artık her iki tür serbest dolaşıma yönelik istisnalar, dar yorumlanmalarına ek olarak, aynı zamanda 'özellikle kısıtlayıcı' biçimde yorumlanacaktır.

İkinci olarak, Divanın bu yorumuna paralel olarak, Birlik yasa koyucusu da 2004/38 sayılı Direktif ile ikâmet süresi ile sınır dışı etme arasında benzer bir ilişki getirmiştir. Bu Direktif, ekonomik etkinlik yürüten veya yürütmeyen tüm Birlik vatandaşları ile ilgili olarak, dolaşım ve ikâmet hakkı ile bu hakların kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelinde kısıtlanma ihtimaline yer vermektedir.[557] Bu sebeplerle kısıtlama ise, bir kişinin bir üye devletteki ikâmet süresine göre vasıflandırılmıştır.[558] Buna göre ilk üç ay, tüm istisna sebepleri geçerli iken; 3 ay ile 5 yıl arası için yalnızca kamu düzeni ve kamu güvenliği ileri sürülebilecektir.[559] Ayrıca, 5 ile 10 yıl arası ikâmet hâlinde kamu düzeni veya kamu güvenliğinin 'ciddi' sebepleri;[560]

---

[554] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004].

[555] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 64.

[556] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 65. (*Vurgu* eklenmiştir.) Ayrıca bkz. **KADELBACH, (2006),** s. 467; **COM (93) 702 final,** Commission Report, "Report from the Commission on the Citizenship of the Union", 1993, pt. II.

[557] **2004/38 sayılı Direktif** md. 1, 27.

[558] Bkz. "Şekil 21: İkâmet Süresine Göre Kullanılabilecek İstisna Sebepleri", s. 356.

[559] **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(1).

[560] **2004/38 sayılı Direktif** md. 28(2).

10 yıl üstü ikâmet edenler ve çocuklar için ise kamu güvenliğinin 'emredici' sebepleri aranacaktır.[561] Böylelikle, bir Birlik vatandaşı, ikâmet süresi arttıkça adeta ev sahibi üye devletin vatandaşı gibi muamele görecektir. Bu anlamda kişilerin serbest dolaşımına yönelik istisnaların kapsamı da daralmaktadır.

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığının getirilmesi, kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik kamu hizmeti ve kamusal yetki istisnalarının sorgulanmasına sebep olmuştur. Bir kere, her iki istisna, esas olarak, şu rasyonel ile hareket etmektedir: kamu otoritesinin kimi işlemleri, devletin yalnızca kendi vatandaşlarından bekleyebileceği bir sadakat derecesi gerektirmektedir.[562] Bu açıdan, Wouters'a göre bu istisnalar, salt ekonomik bütünleşme hedefi güden AET zamanından kalmıştır. Divan, özellikle Birlik vatandaşlığı gibi siyasi boyutu haiz bir konunun kurucu antlaşmalara eklenmesi ile birlikte artık bu istisnaların kapsamını gittikçe daraltmalıdır.[563] Yine, White'a göre Birlik vatandaşlığının getirilmesi, zaman içinde bu istisnaların kullanımının daha fazla azaltılmasına yönelik çağrılara yol açacaktır.[564] Öte yandan, Birlik vatandaşlığı, hâlihazırda yalnızca üye devlet vatandaşlığının tamamlayıcısıdır. Bu bakımdan, bir devlet ile vatandaşları arasındaki sadakat derecesi üstüne kurulu kamu hizmeti ve kamusal yetki istisnalarının salt Birlik vatandaşlığının mevcudiyeti nedeniyle ne derece daraltılabileceği belirsizdir.

Son olarak, bu konudaki bir tartışmaya ve bir belirlemeye dikkat çekmek gerekmektedir. İlk olarak, kurucu antlaşmadaki istisna sebeplerinin hep aynı kalması eleştirilerek, çözümün bir parçası olarak serbestînin tahdidi hâlinde her türlü haklı gerekçeye başvurulması ihtimali tartışılmaktadır. Bu bakımdan, söz gelimi, çevre, bir politika olarak kurucu antlaşmalara girerken; malların serbest dolaşımı alanında

[561] **2004/38 sayılı Direktif** md. 28(3).

[562] Bkz. **WOUTERS,** s. 44.

[563] **WOUTERS,** s. 44, 49.

[564] **WHITE, (2004),** s. 87.

çevrenin korunması bir istisna sebebi olarak hâlâ yer almamaktadır.[565] Bu durum, bütünleşme sürecinin değişen niteliği, siyasi değerlerdeki gelişmeler ve yeni teknolojiler ile gelen zorlukları dikkate almak zorunda kalan Adalet Divanını zorda bırakabilmektedir.[566] Nitekim, Divanın kimi kararları, yukarıda bahsedilen türde bir tartışmaya çanak tutmuştur. Bu açıdan, özellikle çevrenin korunması ve vergi sisteminin bütünlüğünün korunması gibi kamu yararına ilişkin ağır basan kimi sebepler yönünden doğrudan ayrımcı önlemlerin bu sebepler ile haklı görüldüğü kanısı uyanmıştır.[567] Bununla birlikte, Divan, hâlen haklı gösterilme yönünden doğrudan ayrımcı önlemler ile dolaylı ayrımcı ya da serbestîyi kısıtlayan önlemler arasındaki ayrıma dikkat etmektedir.[568] Buna rağmen, yaşanan bu tür gelişmeler, önemli olanın bir önlemin ayrımcı ya da ayrımcı olmayan niteliğinden çok, onun serbest dolaşım üstündeki kısıtlayıcı etkisi olduğunu önermektedir.[569]

Öyleyse, doğrudan ayrımcı önlemler, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmeli midir? Bu yönden, Hukuk Sözcüsü Jacobs, haklı gösterme sebeplerinin bir bütün olmasını savunmuştur.[570] Ona göre ilgili önlemin (doğrudan ya da dolaylı) ayrımcı olması ile ayrımcı olmayan kısıtlama oluşturmasına dayalı olarak farklı sebepler bulunması uygun değildir. Kurucu antlaşmadaki sebepler dışında haklı gösterme sebepleri bir kez kabul edildikten sonra, bir sebep kategorisini ayrımcı

[565] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 149.

[566] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 832.

[567] Bkz. **BROBERG–HOLST-CHRISTENSEN,** s. 278, 769; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 666–667, 711–712; **OLIVER–ROTH,** s. 436.

[568] Bkz. **WHITE, (2004),** s. 204.

[569] **TRIDIMAS, (2007),** s. 208–209.

[570] Opinion of AG Jacobs in Case C-136/00 *Danner* [2002] pt. 40. Jacobs burada, hem hizmetler hem de malların serbest dolaşımı yönünden bu tespitleri yapsa bile; yaklaşımı tüm serbestîleri kapsıyor gözükmektedir. Hukuk Sözcüsü Jacobs tarafından ortaya atılan bu görüş, desteklenmiştir. Bkz. **CONNOR,** s. 201; **OLIVER–ROTH,** s. 436. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Opinion of AG Tesauro in Case C-120/95 *Decker* [1998] pt. 50; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] pt. 33; **PRECHAL, (2004),** s. 545–546; **VON MILMOWSKY,** s. 340.

önlemlere ve öteki kategoriyi ayrımcı olmayan kısıtlamalara uygulamak için herhangi bir sebep yoktur. Kurucu antlaşma metni, kesinlikle böyle bir sebebe yer vermemektedir: ABİHA md. 56, ayrımcılığa gönderme yapmamakta; fakat genel olarak hizmet sunumu serbestîsi üstündeki kısıtlamalardan bahsetmektedir.[571] Her hâlükârda, (doğrudan ya da dolaylı) ayrımcı ve ayrımcı olmayan önlemler arasındaki farklılığı kesin biçimde uygulamak zordur. Ayrıca kurucu antlaşmadaki sebeplerden daha az meşru ya da güçlü olmayacak ve kurucu antlaşmaca açıkça belirtilmemiş (çevrenin ve tüketicinin korunması gibi) genel çıkarlar bulunmaktadır. O hâlde, haklı göstermeye ilişkin analiz, ileri sürülen sebebin genel çıkarın meşru bir amacı olup olmadığı ve öyleyse ilgili kısıtlamanın orantılılık ilkesi ile haklı gösterilip gösterilemeyeceğine dayanmalıdır.[572] Kaldı ki, her durumda, bir önlem ne kadar ayrımcı ise, o önlemin orantılılık ilkesi ile uyumu o kadar olasılık dışıdır.

İkinci olarak, haklı gerekçeler ile ilgili olarak Divan, politika meseleleri hakkında bir karar vermeye zorlanmaktadır. Bu bakımdan, burada serbest dolaşım ile başka kimi (ekonomik olmayan) sebepler arasında denge kurulmaya çalışılmaktadır. Bu durum, bir yandan, Birliğin salt ekonomik oluşum olmadığının altını çizmekte;[573] bir başka ifadeyle, Divanca ABİHA'nın yalnızca bir ekonomik anayasa olarak görülmediğini göstermektedir.[574] Öte yandan ise, bu durum, kimi zorluklara yol açmaktadır. Bir kere, Divan, haklı gerekçeler ve bilhassa kamu yararına ilişkin ağır

[571] Aynı tespit, ABİHA md. 34, 45, 49, 56, 63 ve 21 ile ilgili olarak da rahatlıkla yapılabilecektir.

[572] Wouters'e göre de açık ayrımcılık hâllerinde bile nesnel olarak haklı gösterme ihtimalinin açık tutulması, ABİHA'nın başlıca hedefleri ile uyum içindedir. **WOUTERS,** s. 38.

[573] Söz gelişi Divan, *Cassis de Dijon* kararı ile, ABİHA md. 34'ün aşırı geniş tanımına bir karşı ağırlık olarak birtakım kamu yararına ilişkin zorunlu gereksinimler oluşturmuştur. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 581.

[574] **BARNARD, (2010),** s. 168. Zorunlu gereksinimlerin gelişimi, düzenleyici rekabetin her olası yıkıcılığına (dibe doğru yarışa) bir fren oluşturmanın yanı sıra Avrupa Anayasasının sadece ekonomik değil; aynı zamanda sosyal ve kültürel değerler içeren bir Anayasa olarak çoğulculuğunu göstermektedir. **BARNARD, (2007),** s. 136.

basan sebeplerin ileri sürülmesi (ve orantılılık denetimi yapmasının gerekmesi) hâlinde, her seferinde, politika soruları hakkında karar vermeye zorlanmaktadır.[575] Buna koşut olarak, bu tür davalar, Divanın duruma göre hareket etmesini gerektirerek, belirli bir davada nasıl karar çıkacağını tahmin etmeyi güçleştirmektedir.[576]

Böylelikle, serbestînin tahdit edilmesi bakımından hangi durumda hangi gerekçeler ile hareket edilebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bununla birlikte, serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi yönünden kurucu antlaşmaya veya Divan kararları uyarınca kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebebe dayalı bir haklı gerekçenin bulunmasının yanı sıra başka kimi unsurlar da etki doğurmaktadır. Bu bakımdan ilgili duruma uygulanacak ikincil hukukun olup olmaması ya da o durum bakımından temel haklara uyulup uyulmadığı da önem taşımaktadır. İşte bu konular, bir sonraki bölümde ele alınmaktadır.

II. İkincil Hukukun ve Temel Hakların Etkisi

Serbestîyi tahdit eden bir önlemin haklı gösterilmesi, iki farklı etmenin etkisi altındadır. Bu yönden, bir taraftan Birlik kurum tasarrufları (ikincil hukuk), öte taraftan ise temel haklar, burada kimi sonuçlar meydana getirmektedir. Bu konular, bu sırayla aşağıda incelenecektir.

1. İkincil Hukukun Etkisi

Serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi, ilgili duruma uygulanacak ikincil hukuk olup olmamasından etkilenmektedir. Bu bakımdan, bir alanda uyumlaştırma yapılması ve birincil hukuk ile ikincil hukuk ilişkisi ön plana çıkmaktadır. Bu hususlar, aşağıda yer almaktadır.

---

[575] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 587; **BARNARD, (2010),** s. 168; **STEINER–*et. al.*,** s. 396. Bu durum, hakimlerin meşru yargısal rolün dış sınırlarında gezinerek, yargı değerlendirmesinin yasamanınkinin yerine geçmesi riskini taşımasına yol açmaktadır. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 587.

[576] **DANIELE,** s. 200.

A. İkincil Hukuk ile Uyumlaştırma Yapılması

Birlik tasarrufları ile bir alanda uyumlaştırma yapılmışsa, o alan yönünden – birincil hukuka uygun olmak kaydıyla– yalnızca bu tasarruf uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle, bir Birlik tasarrufu, bir konuda uyumlaştırma yapıyorsa; o tasarruftaki kurallar, o konu hakkında nihaidir.[577] Öyleyse, üye devletler, Birlik tasarrufu ile 'uyumlaştırma' yapılan bir alanda kurucu antlaşmadaki istisnalar ve Divanca oluşturulan kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplere dayanarak serbestîleri kısıtlayamamaktadır.[578] Burada uyumlaştırma ile esas olarak 'tam uyumlaştırma' kastedilmektedir.[579] Üye devletler, böyle bir durumda yalnızca Birlik tasarrufu istisna sebebi öngörüyorsa, bu sebepten yararlanabilecektir.[580] Bundan ötürü, her davada ihtilaflı kuralın bir Birlik tasarrufu kapsamında kalıp kalmadığı konusunda karar vermek gerekmektedir.[581] Zira üye devletler, tam ya da bağlayıcı olmayan Birlik tasarruflarının varlığı hâlinde kurucu

[577] Bkz. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 393; **EHLERS,** s. 179; **STEINER–*et. al.*,** s. 482.

[578] Bkz. **CORCORAN–HART,** s. 226; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 192; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 579, 647; **SHAW, (1993),** s. 297. Ayrıca bkz. Case 5/77 *Denkavit* [1977] pr. 35; Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 8.

[579] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 622; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 204; **DOUGAN, (2000),** s. 866; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 646; **SHAW, (1993),** s. 297. Ayrıca bkz. Case C-3/99 *Ruwet* [2000] pr. 46, 47. Öyleyse, bir Birlik tasarrufundaki standartlardan sapan ulusal kurallara üç hâlde izin verilmektedir: ilgili düzenleme, asgari uyumlaştırma öngörüyorsa, koruma klozu içeriyorsa veya ulusal kural ABİHA md. 114(4) ya da 95(5) ile uyumluysa. Tabii ki, ilk iki hâle giren ulusal kurallar, kurucu antlaşma ile uyumlu olmalıdır. Bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 750. Örnek olarak bkz. Case C-323/93 *Crespelle* [1994] pr. 35. Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 623; **CLOUGH–FORWOOD,** s. 393. Dougan'a göre ise asgari uyumlaştırma hâlinde, ilgili maddenin Birlik yasa koyucusunca tanımlanmasındaki detay derecesine bakmak gerekmektedir. **DOUGAN, (2000),** s. 866, 867, 866–878. Uyumlaştırma ile ilgili olarak bkz. "bb. Merkezi Model: Uyumlaştırma", s. 65.

[580] Bu istisnalar dar biçimde yorumlanacaktır. **CLOUGH–FORWOOD,** s. 393.

[581] Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 482–483.

antlaşma istisnaları ya da kamu yararına ilişkin ağır basan gereksinimlere dayanabilecektir.[582]

Konuya ilişkin bir örneğe *Denkavit* kararında rastlanmaktadır.[583] Burada Denkavit şirketi, Bay Tedeschi ile süt tozundan yapılma hayvan yemi satışı konusunda sözleşme yapmıştır. Bununla birlikte, bu şirket, İtalyan sağlık otoritelerince ihtilaflı üründe potasyum nitrat fazlası bulunması neticesinde bu malları teslim edememiştir.[584] Bundan dolayı, İtalyan önleminin hayvan yemlerindeki istenmeyen madde ve ürünlerin azami izin verilen seviyelerini sabitleyen 74/63 sayılı Direktif ile uyumlu olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir.[585] Divana göre bir Birlik direktifi, hayvan ve insan sağlığının korunmasını sağlamak için gerekli önlemleri uyumlaştırıyor ve buna riayet edildiğini denetlemek için ortak bir Birlik usulü kuruyorsa, ABİHA md. 36'ya başvurulması bundan böyle mazur görülemeyecektir.[586] Öyleyse, somut uyuşmazlık yönünden ilgili Direktif hükümleri nihaidir.

Bu konu, *Lomas* kararı ile daha fazla aydınlatılmaktadır.[587] Burada İngiliz Lomas şirketi, yetkili ulusal makamdan yetkili ulusal makamdan İspanya'ya koyun ihracatı için gereken izni alamamıştır.[588] Zira ulusal makamlar, İspanya'daki kesimevlerinin kesim öncesi hayvanların şok edilmesi ile ilgili 74/577 sayılı Direktif hükümlerine uygun olmadığı kanaatindedir.[589] Divana göre ABİHA md. 36, Birlik hukukunca tanınan temel bir gereksinim oluşturan hayvan sağlığı ve hayatının korunması temelinde haklı gösterilen malların serbest dolaşımına yönelik kısıtlamaların muhafaza edilmesine izin vermektedir. Buna karşın, Birlik direktifleri bu belirli hedefe

[582] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 647.

[583] Case 5/77 *Denkavit* [1977].

[584] Case 5/77 *Denkavit* [1977] pr. 2.

[585] Case 5/77 *Denkavit* [1977] pr. 1. **74/63 sayılı Direktif**.

[586] Case 5/77 *Denkavit* [1977] pr. 35.

[587] Case C-5/94 *Lomas* [1996].

[588] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 2.

[589] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 3. **74/577 sayılı Direktif**.

erişilmesi için gerekli önlemlerin uyumlaştırılmasını sağlıyorsa, md. 36'ya artık başvurulamayacaktır.[590] Peki, bir üye devlet, bir başka üye devletin uyumlaştırma direktifini uygulamadığını düşünüyorsa ne olacaktır? Divana göre böyle bir durumda o üye devlet, "tek taraflı olarak kendi yetkisine dayanarak [Birlik] hukuku kurallarının bir başka üye devletçe her türlü ihlalini gidermek için tasarlanmış düzeltici veya koruyucu önlemler çıkaramayacaktır".[591] Bu bakımdan üye devletler, birbirlerinin ülkelerinde gerekli tetkiklerin yapıldığı konusunda birbirilerine güvenmelidir.[592]

Buraya kadarki örnekler, malların serbest dolaşımına ilişkin olsa bile; aynı tespitler, kişiler, hizmetler, sermaye ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı yönünden de geçerlidir.[593] Zira, serbest dolaşımın temel ilkeleri yönünden hem iç pazar serbestîleri hem de Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım açısından ortak bir model mevcuttur.[594] Bir başka deyişle, göçmen AB vatandaşları ve sermaye hakkındaki uyumlaştırma kuralları ile kurucu antlaşma arasındaki rejim, malların serbest dolaşımı ile aynı temel ilkeleri takip etmektedir.[595] O hâlde; kişiler, hizmetler, sermaye ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına yönelik istisnalar, herhangi bir uyumlaştırmanın yokluğunda kullanılabilecektir.[596] Bir başka ifadeyle, bir Birlik tasarrufu ile bir alanda tam uyumlaştırma yapılıyorsa, yalnızca o tasarruftaki istisna sebeplerine dayanılabilir.

Bu alanda belki de en çok tartışılan ikincil hukuk, hizmetlere ilişkin 2006/123 sayılı Direktiftir. Söz konusu Direktif md. 16, hizmetlerin serbest dolaşımı ve ilgili istisnaları düzenlemektedir. Buna göre üye devletler, bir başka üye devlette yerleşik

---

[590] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 18. Bkz. Case C-241/01 *National Farmers' Union* [2002] pr. 48.

[591] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 20. Bkz. Case 232/78 *Commission v France* [1979] pr. 9.

[592] Case C-5/94 *Lomas* [1996] pr. 19. Ayrıca bkz. Case 46/76 *Bauhuis* [1977] pr. 22.

[593] Bkz. **JARASS,** s. 158.

[594] Bkz. "3. İç Pazarın Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Birlik Vatandaşlığına Dair Serbest Dolaşıma Uyarlanabilirliği", s. 59.

[595] Göçmen AB vatandaşları ve malların serbest dolaşımına ilişkin olarak bkz. **SLOT–BULTERMAN,** s. 787.

[596] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 249.

hizmet sunucularının o devlette hizmet sunma hakkına saygı gösterecektir. Hizmet sunulan üye devlet, ülkesindeki hizmet etkinliğine serbestçe erişim ve bu etkinliğin serbestçe kullanımını sağlayacaktır. Üye devletler, ülkesindeki hizmet etkinliğine erişim veya bu etkinliğin yürütülmesini kimi gereklilikler ile uyuma tâbi tutmak istiyorsa; şu ilkelere uymalıdır:

> (a) ayrımcılık yapmama: Gereklilik, vatandaşlık ya da şirketler yönünden kayıtlı merkezin yeri temelinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcı olmamalıdır.
>
> (b) gereksinim: İlgili gereklilik; kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık ya da çevrenin korunması ile haklı gösterilmelidir.
>
> (c) orantılılık: Gereklilik, güdülen amaca erişmek için uygun olmalı ve o amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir.[597]

Öyleyse, hizmet sunucunun gittiği üye devlet; kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık ve çevrenin korunması sebepleri ile haklı gösterildiği müddetçe, hizmet sunumu etkinliğine ilişkin kimi gereklilikler getirebilir. Yine, bir üye devlet, Birlik hukukuna uygun olarak toplu sözleşmeleri de içerecek biçimde istihdam koşullarına ilişkin kurallarını uygulayabilir.[598] Bu düzenleme, Divanın ABİHA md. 56 ile ilgili içtihadını geniş biçimde yansıtmaktadır.[599] Bu durum, kimi Birlik önlemleri ile kurucu antlaşmadaki veya Divan içtihadındaki istisnaların bu önlemlere aktarılabildiğini göstermektedir.[600] Bununla birlikte, bu Direktif ile Divanın md. 56 ile ilgili içtihadının ilişkisinin nasıl olacağı belirsizdir.[601] Söz gelimi, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin doğrudan ayrımcılık yapan bir önlem, kurucu antlaşma uyarınca çevrenin korunması ile

---

[597] **2006/123 sayılı Direktif** md. 16(1).

[598] **2006/123 sayılı Direktif** md. 16(3).

[599] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 409.

[600] Ayrıca bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 648. Örnek olarak bkz. **84/450 sayılı Direktif** md. 4(2); **2002/20 sayılı Direktif** md. 3(1); **79/409 sayılı Direktif** md. 2.

[601] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 406.

haklı gösterilemezken; 2006/123 sayılı Direktif uyarınca haklı gösterilebilecek midir? İşte bu ve benzeri soruların yanıtı için Divan kararlarını beklemek gerekecektir.

B. İkincil Hukuka Uyumun Birincil Hukuk Çerçevesinde Denetimin Önüne Geçmemesi

İkincil hukuka uyum, birincil hukuk çerçevesinde denetim yapılmasının önüne geçmemektedir. Bu bakımdan, Birlik kurum tasarruflarını içeren ikincil hukuk, hiyerarşik olarak *inter alia* kurucu antlaşmalardan oluşan birincil hukukun altında yer almaktadır. Öyleyse, ikincil hukuk (Birlik kurum tasarrufları), birincil hukuka (kurucu antlaşmalara) uygun olmalıdır. Bu hiyerarşik ilişkinin serbest dolaşım açısından üç farklı yansıması vardır: serbestîlere ilişkin ikincil hukuk, birincil hukuk ile uyumlu olmalıdır; bir üye devlete ait ulusal kurallar, o alandaki ikincil hukukun yanı sıra birincil hukuk ile de uyumlu olmalıdır; birincil hukuka aykırılık hâlinde ikincil hukuk yönünden ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

İlk olarak, ikincil hukuk, birincil hukuk ile uyumlu olmalıdır.[602] Bu duruma örnek olarak *Nutri-Link* kararı gösterilebilir.[603] Buna göre miktar kısıtlamaları ve bunlara eşdeğer etkili önlemlere yer veren ABİHA md. 34, "yalnızca ulusal önlemlere değil; fakat aynı zamanda [Birlik] kurumlarınca çıkarılan önlemlere de uygulanacaktır".[604] Aynı tespitten hareketle Divan, *Pinna* kararında ABİHA md. 45'e aykırı olan 1408/71 sayılı Tüzük md. 73(2)'yi geçersiz kabul etmiştir.[605] O hâlde, söz gelişi 2004/38 sayılı Direktif yürürlüğe girdiğinde kurucu antlaşma hükümleri ile herhangi bir çatışma hâlinde ilgili hükümler kuşkusuz öncelikle uygulanacaktır.[606] Bu

[602] Divan, ikincil hukukun temel serbestîler ile uyumunu nadiren incelemektedir. Bkz. **EHLERS,** s. 179.

[603] Joined Cases C-154/04 and C-155/04 *Natural Health and Others* [2005].

[604] Joined Cases C-154/04 and C-155/04 *Natural Health and Others* [2005] pr. 47. Bu davadaki 2002/46 sayılı Direktifin ilgili hükümleri, ABİHA md. 34 ve 36 ile uyumludur. (pr. 93.) Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 609.

[605] Case 41/84 *Pinna* [1986] pr. 25. Bkz. **PENNINGS, (2001),** s. 102–103.

[606] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 270.

bakımdan, örneğin, ikincil hukuk ile getirilen istisnalar, Divanca yorumlanan birincil hukuk ile örtüşmelidir.[607]

Bu hususta ilgi çekici bir örnek, 2004/38 sayılı Direktif md. 22 ile kurucu antlaşma arasındaki ilişkidir. Bu ikisi arasında bir farklılık göze çarpmaktadır.[608] Söz konusu madde uyarınca ikâmet ve daimi ikâmet hakkı, ev sahibi üye devletin tüm ülkesini kapsamalıdır. Üye devletler, yalnızca aynı kısıtlamaları kendi vatandaşlarına da uyguluyorsa, ikâmet hakkı üzerinde bölgesel kısıtlamalar vaz edebilecektir. Buna karşın, konuyla ilgili *Olazabal* kararı uyarınca Birlik hukukuna göre sınır dışı etme gibi en üst düzey yaptırım ile karşı karşıya kalabilen bir göçmen, her ne kadar aynı önlem o devlet vatandaşlarına uygulanmasa bile; bundan daha az sert bir önlem olan ikâmet hakkı üstündeki bölgesel kısıtlamalara tâbi tutulabilecektir.[609] *Olazabal* kararının kurucu antlaşma hükmünün yorumu olmasından ötürü, 2004/38 sayılı Direktif md. 22 ile bu yorum arasındaki uyum soru işareti olarak belirmektedir.

Kimi hâllerde Divan, herhangi bir çatışma düzeyine varmaksızın, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerini ikincil hukuk ile tanınan hakların ötesine geçmek için kullanabilmektedir.[610] Bu konuya örnek olarak, ABİHA md. 21 ile 2004/38 sayılı Direktif ile aranan yeterli varlık ve sağlık sigortası koşulu arasındaki ilişki gösterilebilir. Bir yandan bu koşulların geçerliliği sorgulanamamakta; öte yandan bu koşulların md. 21 ile uyumlu bir biçimde uygulanması aranmaktadır. Böylece, şu anda aranan koşullar, *yeterince* yeterli varlık ve sağlık sigortası hâline gelmiştir.[611] Bu yaklaşım, (siyasi düzeyde kabul edilen) ikincil hukuk ile (Divanın Birlik hukukunun

[607] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 580. Bkz. Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Vatsouras and Koupatantze* [2009] pr. 33–46.

[608] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 489.

[609] Case C-100/01 *Olazabal* [2002] pr. 41. Bkz. **GUILD, (2004),** s. 94.

[610] Bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 139.

[611] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 510. Bkz. s. 135.

sınırları hakkındaki görüşü olan) kurucu antlaşma hükümleri arasında *kırılma*nın ötesinde *gerilim* yaratmaktadır.[612]

İkinci olarak, bir üye devlete ait ulusal kurallar, o alandaki ikincil hukukun yanı sıra birincil hukuk ile de uyumlu olmalıdır.[613] Bu durum, genellikle, kısmi uyumlaştırmaya yer veren ikincil hukuk düzenlemeleri ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.[614] Divan, bu gibi hâllerde ilgili Direktifin içeriğinin ötesine geçen ulusal önlemler yönünden kurucu antlaşmadaki yasaklama ve istisnaları incelemektedir. Konuyla ilgili *UTECA* davasında üye devletler, 89/552 sayılı Direktif md. 3 uyarınca yetki alanlarındaki televizyon yayıncılarına ilişkin olarak daha detaylı veya sıkı kurallar koyabilmektedir.[615] Bununla birlikte, Divana göre her üye devlet, bu hakkı kullanırken kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlere saygı göstermekle yükümlüdür.[616] Konuyla ilgili bir başka durum, 2004/38 sayılı Direktif ile ABİHA md. 56 arasında da yaşanabilir.[617] Buna göre hizmet sunan kişiler, bir başka üye devlete giderek orada üç aya kadar kalırsa, bu durum 2004/38 sayılı Direktif md. 6 ile düzenlenmişken; önceki durumun (73/148 sayılı Direktif) aksine, üç aydan fazla olan süreler için hizmet sucunularına herhangi bir hak bu Direktif ile getirilmemektedir. İşte bu noktada, devreye ABİHA md. 56 girmekte ve üç aydan fazla süreler için hizmet sunmak amacıyla bir başka üye devlette bulunma kurucu antlaşma ile korunmaktadır.

Son olarak, birincil hukuka aykırılık hâlinde ikincil hukuk yönünden ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu duruma *ITC* kararı örnek gösterilebilir. Burada bir ulusal kural ile Birlik hukukunun uyumuna ilişkin hem birincil hukuk hem de ikincil hukukun yorumu istenmiştir. Divan ise, bu kuralı ABİHA md. 45 uyarınca yasak olarak niteledikten sonra bu alandaki 1612/68 sayılı Tüzük md. 3 ve 7

[612] **SPAVENTA, (2007),** s. 140.

[613] Bkz. **JARASS,** s. 158.

[614] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 592.

[615] **89/552 sayılı Direktif**. Bu Direktif, **97/36 sayılı Direktif** ile değiştirilmiştir.

[616] Case C-222/07 *UTECA* [2009] pr. 18.

[617] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 370.

ile ilgili kuralın uyumu hakkında herhangi bir karar vermeye gerek kalmadığına hükmetmiştir.[618]

Peki, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ile iç pazar serbestîleri arasındaki etkileşim, ikincil hukuka ilişkin bu tespitler yönünden nasıl olmuştur? Burada, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazar serbestîlerine ilişkin yerleşik uygulamayı aynen almıştır. Kısaca, bir konudaki ikincil hukukun varlığı, serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi yönünden öz itibariyle iki farklı biçimde etki etmektedir. Bir kere, herhangi bir serbestîyi tahdit eden önlem, ikincil hukukun kapsamı içinde kalıyorsa; ilgili Birlik tasarrufu o konuda tam uyumlaştırma getirdiği müddetçe, (eğer varsa) yalnızca o tasarruftaki istisna sebepleri ile o tahdit haklı gösterilebilecektir. Buna ek olarak, Birlik kurum tasarrufları ile kurucu antlaşma hükümleri arasındaki hiyerarşik ilişki, göz ardı edilemeyecektir. Bu açıdan, ikincil hukuk, birincil hukuka uyumlu olmalı iken; bu uyum, çoğu kez ikincil hukukun birincil hukuka uygun bir biçimde yorumlanması yoluyla sağlanmaktadır.

Bir serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi, bir alanda ikincil hukuk olup olmamasının yanı sıra temel haklara uyum yönünden de değerlendirilmelidir. Bu konu, bir sonraki bölümde ele alınmaktadır.

2. Temel Hakların Etkisi

Temel hakların korunması, Birlik hukuku içinde zaman geçtikçe artan bir önem kazanmıştır.[619] Bu gelişmeye koşut olarak, temel serbestîler ile temel haklar arasındaki ilişki gündeme gelmiştir.[620] Bu bakımdan temel haklar ile serbestîler, bir yandan

---

[618] Case C-208/05 *ITC* [2007] pr. 36.

[619] Bkz. "d. Temel Haklar", s. 55.

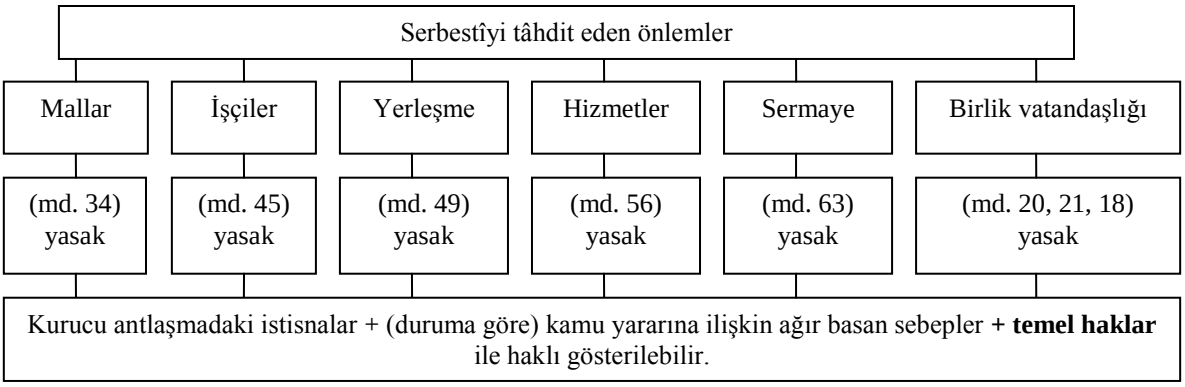
[620] Burada, ayrıca, iç pazar serbestîleri ya da ekonomik serbestîler, nadiren bile olsa daha geleneksel medeni ve siyasi temel haklar gibi temel bir hak olarak da adlandırılabilmektedir. Bu hak türleri arasındaki hiyerarşi ise, ulusal sistemlerdekine nazaran daha belirsizdir. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 188–189. 'Temel bir hak' nitelemesi için örnek olarak bkz. Case C-39/07 *Commission v Spain* [2008] pr. 37. Divan, özellikle Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikâmet hakkı bakımından bu nitelemeyi

bütünleyici nitelikte iken; öte yandan çarpışma hattında bulunabilmektedir.[621] Bu açıdan, temel haklar, iki farklı biçimde gündeme gelebilmektedir: Bir yandan, serbestîyi tahdit eden bir ulusal önlem, temel haklar ile haklı gösterilebilirken;[622] öte yandan, bu tip bir önlem, temel haklar ile uyumlu olmalıdır.[623] Bu konu, bu sıra ile aşağıda incelenmektedir.

A. Serbestînin Tahdit Edilmesinin Temel Haklar ile Haklı Gösterilmesi

Serbestîyi tahdit eden önlem, kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri ve (yerine göre) kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerin yanı sıra temel haklar ile de haklı gösterilebilmektedir.[624]

Şekil 26: Serbestîyi Tâhdit Eden Önlemlerin Temel Haklar ile Haklı Gösterilebilmesi



yapmaktadır: Case C-408/03 *Commission v Belgium* [2006] pr. 41; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] pr. 33.

[621] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 337.

[622] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 77; Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 35; Case C-341/05 *Laval* [2007] pr. 93; Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 45. Bkz. **EHLERS,** s. 182; **SZYSZCZAK–CYGAN,** s. 154.

[623] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 43; Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 24; Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 40; Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 97. Bkz. **EHLERS,** s. 182; **SLOT–BULTERMAN,** s. 784.

[624] Bkz. "Şekil 26: Serbestîyi Tâhdit Eden Önlemlerin Temel Haklar ile Haklı Gösterilebilmesi", s. 430. Ayrıca bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 332; **STREINZ,** Rn. 832. Bu yönden insan hakları, kurucu antlaşma ile aynı seviyede kabul görmesinden ötürü, hem ayrımcı olan hem de serbest dolaşımı kısıtlayan önlemleri haklı göstermek için kullanılabilecektir. Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 339–340.

Bu duruma en iyi örnek, *Schmidberger* davasıdır. Bu davada Avusturya makamları, Brenner otoyolunda gösteri düzenlemeleri için çevreci bir gruba izin vermiştir. Bunun sonucunda adı geçen otoyol, yaklaşık 30 saat için kapatılmıştır.[625] Bu yolu kullanan Schmidberger şirketi, bu yolun kapanmasının malların serbest dolaşımı hükümlerini ihlâl ettiğini ileri sürerek, bu nedenle uğradığı zararları gidermek için Avusturya aleyhine tazminat davası açmıştır.[626] Divana göre bu ulusal önlem, Birlik içi ticareti sınırlamaya elverişli olup, nesnel gerekçeler ile haklı gösterilemezse, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama kabul edilecektir.[627] Bu davada ulusal makamlar, Avusturya Anayasası ve AİHS'de yer alan göstericilerin temel haklarına –ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğüne– saygı gösterilmesi gereğinden hareket etmektedir.[628]

Öyleyse, temel haklar ile serbest dolaşım arasındaki ilişki ne olmalıdır?[629] İçtihat hukuku uyarınca temel haklar, Divanca kabul gören ve riayet sağlanan hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz parçasıdır. Divan, temel haklarla ilgili olarak üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve üye devletlerin işbirliğinde bulunduğu veya imza attığı insan haklarının korunması hakkındaki uluslararası anlaşmalarca karşılanan kılavuz ilkelerden esinlenmektedir. Bu açıdan AİHS özel önem taşımaktadır.[630] Buna ek olarak, insan hakları ile uyumsuz bulunan önlemler, Birlik hukukuna aykırı kabul edilmektedir.[631] Öyleyse:

> "Hem [Birlik] hem de üye devletlerin temel haklara saygı göstermesi gerektiğinden, bu hakların korunması, ilke olarak, malların serbest dolaşımı gibi kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel bir serbestî uyarınca bile olsa

[625] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 2.

[626] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 15, 16.

[627] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 64.

[628] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 69.

[629] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 70.

[630] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 71. Bkz. Case C-94/00 *Roquette Frères* [2002] pr. 25.

[631] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 73. Bkz. Case C-299/95 *Kremzow* [1997] pr. 14.

> [Birlik] hukukunca vaz edilen yükümlülüklerin kısıtlanmasını haklı gösteren meşru bir çıkardır."[632]

Bu davada ulusal makamlar, kurucu antlaşmada yer alan temel serbestîlerden birisine kısıtlama getirme kararı verirken, AİHS ve ilgili Anayasa ile korunan temel haklara saygı gösterilmesi gerekliliğine dayanmaktadır.[633] Bu nedenle bu dava, Birlik hukukunda temel hakların korunması gereksinimi ile temel serbestîlerden kaynaklanan gereksinimleri bağdaştırmayı gerektirmektedir.[634]

Peki, böyle bir bağdaştırma nasıl yapılabilecektir? İlk olarak, malların serbest dolaşımı temel ilkelerden birisini oluştursa bile; belirli durumlarda ABİHA md. 36 veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile sınırlanabilmektedir.[635] İkinci olarak, AİHS'de yer alan ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü; bu özgürlüklere getirilen istisnaların kanun ile getirilmesi, bir ya da daha fazla meşru amaç gütmesi, demokratik bir toplumda gerekli olması ve güdülen meşru amaç ile orantılı olması kaydıyla kamu çıkarına dayanan amaçlarla haklı gösterilerek sınırlanabilmektedir.[636] Bu özgürlüklerin kullanılması, genel çıkarla uyuşan ve hakkın özüne dokunmayan kısıtlamalar yoluyla sınırlanabilir.[637] Bu durumlarda ilgili çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesi için bu çıkarlar, olayın tüm şartları nazara alınarak tartılmalıdır.[638] Bu anlamda ulusal makamlar, geniş bir takdir yetkisinden yararlanmaktadır. Bununla birlikte:

---

[632] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 74.

[633] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 76.

[634] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 77.

[635] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 78.

[636] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 79. Bkz. Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 42.

[637] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 80. Bkz. Case C-404/92P *X v Commission* [1994] pr. 18.

[638] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 81.

> "[Birlik] içi ticarete getirilen kısıtlamaların güdülen meşru amaç –…temel hakların korunması– ışığında orantılı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir."[639]

Divana göre ulusal makamlar, olayda kendilerine tanınması gereken geniş takdir yetkisine binaen gösterinin meşru amacının Birlik içi ticareti daha az sınırlayıcı önlemler yoluyla elde edilemeyeceğini addetmekte yetkilidir.[640] Öyleyse, üye devlet makamlarının somut olaydaki gibi bir gösteriye izin vermesi, malların serbest dolaşımı ve sadakat yükümlülüğü ile uyumludur.[641]

Divan, bir başka kararı ile, temel haklar ile kamu düzeni istisnası arasında bir bağ kurmuş gözükmektedir. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili *Omega* davasında adam öldürme simülasyonuna dayalı bir oyun, Alman mahkemesi tarafından Alman Anayasası'nda yer alan insan onuruna aykırılık teşkil etmesi nedeniyle yasaklanmak istenmektedir.[642] Konuyla ilgili olarak Divan, temel haklar ile kamu düzeni istisnası arasında geçişli bir dil kullanarak karara varmaktadır. Divana göre, ilk olarak, *inter alia* üye devletlerin anayasal geleneklerinden esinlenerek belirlenen temel haklar, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz parçasıdır.[643] Bu meyanda insan onuruna saygı gösterilmesinin sağlanması, hukukun genel bir ilkesidir.[644] Yine, gerek Birlik gerek üye devletlerce saygı gösterilmesi gerekli temel haklar, hizmetlerin serbest dolaşımı gibi kurucu antlaşmaca güvence altına alınan bir temel serbestînin kısıtlanmasını haklı gösteren meşru bir çıkardır.[645] Bununla beraber, hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlayan önlemler, güvence altına almayı amaçladıkları çıkarları korumak için gerekli ise ve bu hedeflere daha az kısıtlayıcı önlemler aracılığıyla erişilemiyorsa kamu düzeni

[639] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 82.

[640] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 93.

[641] Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] pr. 94. Bkz. ABİHA md. 34, 35 ve LA ile değişik ABA md. 4(3).

[642] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 11.

[643] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 33.

[644] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 34.

[645] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 35.

temelinde haklı gösterilebilir.[646] Bu bakımdan bir üye devletçe alınan kısıtlayıcı bir önlem, ilgili temel hak ya da meşru çıkarın korunması yönünden tüm üye devletlerce paylaşılan bir kavrayışa karşılık gelmeyebilir.[647] Divana göre orantılı olan bu önlem, "ilgili etkinliğin insan onuruna aykırılık oluşturması nedeniyle kamu düzeninin korunması temelinde" kabul edilmesi dolayısıyla Birlik hukukuna uygundur.[648]

Konuyla ilgili *Sayn-Wittgenstein* kararı Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın temel haklar ile haklı gösterilebilmesine ilişkin bir örnektir.[649] Burada Avusturyalı Bayan Sayn-Wittgenstein, bir Alman tarafından evlat edinilince kendisine 'Fürst von Sayn-Wittgenstein' soyadı verilmiştir.[650] Bununla birlikte, ilgili Avusturya makamları, bu tür bir soyadı kullanımının soyluluğun kaldırılmasına ilişkin anayasal nitelikteki ulusal kanunlara aykırı olduğunu fark ederek,[651] bu kişiye yeniden 'Sayn-Wittgenstein' soyadını vermiştir.[652] Divana göre soyadındaki böyle bir değişiklik, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin ABİHA md. 21'e aykırıdır.[653] Bununla birlikte, bu tür bir aykırılık, orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla, nesnel gerekçeler temelinde haklı gösterilebilir.[654] Bu bakımdan, soyluluğun kaldırılması, kamu düzeninin yanı sıra eşitlik ilkesinin yansıması olup; Birlik hukukunun genel bir ilkesi olan bu ilke, meşru bir çıkardır.[655] Sonuç olarak, bir kişinin adı içindeki soylu unvan veya unsurların

[646] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 36.

[647] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 37.

[648] Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 38, 41. Benzer bir yaklaşım için bkz. Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 26. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 363.

[649] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010].

[650] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 2.

[651] Bu bakımdan, ilgili mevzuat uyarınca soyluluk takısı 'von' ve soylu statüye ilişkin olarak 'Prens' anlamına gelen 'Fürst' ifadeleri kaldırılmalıdır. Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 7.

[652] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 2, 3, 7.

[653] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 70.

[654] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 81.

[655] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 82–84, 88, 89.

yasaklanmasına ilişkin Avusturya kuralları, eşit muamele ilkesinin korunması hedefi yönünden orantılı olup, bu temelde haklı görülmektedir.[656]

O hâlde, buradaki kararlar hangi neticeleri doğurmaktadır? Bir kere, serbestînin tahdit edilmesi, artık haklı bir gerekçe olarak temel haklar ile de haklı gösterilebilecektir. Böylece, Divan, insan haklarını ciddiye almakta ve salt ekonomik birlik mahkemesi olarak değil; aynı zamanda anayasal bir düzenin anayasa mahkemesi gibi tutum takınmaktadır.[657] Hatta, söz gelimi *Schmidberger* kararı, Divanın bu gibi durumlarda hangi önlemi alacaklarını belirlerken üye devletlere geniş bir takdir yetkisi vereceğini ve genellikle üye devletlerin kararları üzerinde fikir yürütmeye çalışmayacağını ima etmektedir.[658] Bu meyanda özellikle temel hakların ulusal anayasalarda yer almasından hareketle, örneğin *Omega* kararı, ulusal anayasal standartları Birliğin ekonomik hedefleri ile rekabetçi bir ilişki içinde değil; yönetiminin bir parçası olarak gören değer farklılığına dayanan bir bütünleşme modelini desteklemektedir.[659] Bununla birlikte, temel hakların korunmasının serbest dolaşım kurallarına istisna olarak ileri sürülmesi, iki yönlüdür: Bir yandan, bu gelişme, temel hakların temel serbestîlere göre üst hedef olabilmesi nedeniyle hoş karşılanabilir iken; öte yandan, bu hâlde Divan, temel hakları dört serbestî ile dengeleyecek olup; bu tür bir icraat, temel hakların bir kenara bırakılmasına da yol açabilecektir.[660]

---

[656] Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 93.

[657] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 339. Ayrıca, ulusal anayasa mahkemelerinin isyankâr kararları arkaplanı ışığında düşünülürse *Schmidberger* kararı, bir barışma jesti ve ulusal anayasa mahkemelerini kucaklamak için bir girişim olarak görülebilir. (s. 339.)

[658] **BARNARD, (2010),** s. 156.

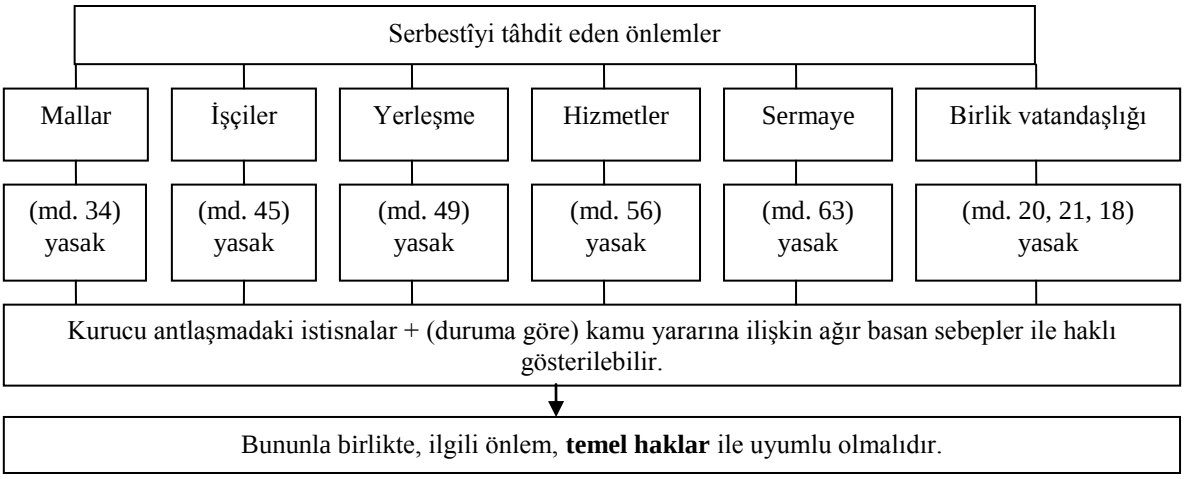
[659] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 341.

[660] Bkz. **GOVAERE,** s. 79.

B. Serbestîyi Haklı Gösteren Önlemin Temel Haklar ile Uyumlu Olması

Serbestîyi tahdit eden önlem, kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri ve (yerine göre) kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilmekle birlikte; bu önlem, aynı zamanda, temel haklar ile uyumlu olmalıdır.[661]

Şekil 27: Serbestîyi Tâhdit Eden Önlemin Temel Haklar ile Uyumlu Olması Gerekliliği



Konuyla ilgili olarak *ERT* davası örnek verilebilir.[662] Burada münhasır televizyon haklarını içeren ulusal sisteme dair hükümlerin Birlik hukukuna uygun olup olmadığı belirlenmiştir.[663] Divan, hukukun genel ilkelerine riayeti sağlama görevi üzerinde durarak, temel hakların hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz parçası olduğunu yinelemiştir. Temel haklar belirlenirken üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve üye devletlerin işbirliği yaptığı veya imzaladığı insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası anlaşmalardan ilham alınmaktadır.[664] AİHS bu alanda özel önem ihtiva etmektedir.[665] Bu doğrultuda Birlik, tanınan ve korunan insan haklarına saygı gösterilmesi ile uyumsuz olan önlemleri kabul edemez.[666] Divan, her ne kadar Birlik

[661] Bkz. "Şekil 27: Serbestîyi Tâhdit Eden Önlemin Temel Haklar ile Uyumlu Olması Gerekliliği", s. 436. Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 750; **RANACHER–STAUDIGL,** s. 116; **STREINZ,** Rn. 833.

[662] Case C-260/89 *ERT* [1991].

[663] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 1.

[664] Bkz. Case C-4/73 *Nold* [1974] pr. 13.

[665] Bkz. Case 222/84 *Johnston* [1986] pr. 18.

[666] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 41.

hukuku kapsamına girmeyen ulusal kuralların AİHS ile uyumunu denetlemek konusunda yetkili değilse bile; ulusal mahkemeye gerekli tüm yorum kriterlerini sağlamakla yükümlüdür.[667]

> "Özellikle, bir üye devlet, hizmet sunum serbestîsinin kullanılmasını engellemeye elverişli kuralları haklı göstermek için [ABİHA md. 52 ve 62'ye] dayandığında, [Birlik] hukukunca tanınan bu tür bir haklı gösterme, hukukun genel ilkeleri ve bilhassa temel haklar ışığında yorumlanmalıdır. Bunun neticesinde ihtilaflı ulusal kurallar, sadece … temel haklarla uyumlu iseler [md. 52 ve 62] ile sağlanan istisna içinde kalır."[668]

Sonuç olarak, üye devletin kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık istisnası temelindeki önlemleri, AİHS md. 10'da yer alan ifade özgürlüğü genel ilkesi ışığında ulusal mahkemece değerlendirilmelidir.[669]

Konuyla ilgili çarpıcı bir başka örnek *Carpenter* davasıdır.[670] Burada Filipinli Bayan Carpenter, 18 Eylül 1994 tarihinde Birleşik Krallık'a ziyaretçi olarak altı ay için giriş izni almıştır. Bu süreyi aşan Bayan Carpenter, uzatma başvurusu da yapmamıştır. Bu kişi, 22 Mayıs 1996 tarihinde İngiliz Peter Carpenter ile evlenmiştir.[671] Bay Carpenter, tıbbi ve bilimsel dergilerde reklam alanı satışı ile uğraşan bir işletme yürütmekte ve bu amaçla üye devletlere seyahat etmektedir.[672] 15 Temmuz 1996

---

[667] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 42. Bkz. Case 12/86 *Demirel* [1987] pr. 28.

[668] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 43. *ERT* kararının altında yatan mantık, bir üye devlet açık bir istisnanın avantajından yararlanmak istediğinde, o devletin eylemlerinin Birlik hukuku kapsamında görülmesidir. Öyleyse, açık bir istisna, Birlik yetkisinin dış sınırlarını belirlemekten ziyade; Birlikçe üye devletlere tanınan bir izindir. Aynı tespit, kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler için de yapılabilmektedir. Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 325–326. Ayrıca bkz. Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 24.

[669] Case C-260/89 *ERT* [1991] pr. 44–45.

[670] Case C-60/00 *Carpenter* [2002].

[671] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 13.

[672] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 14.

tarihinde Bayan Carpenter, bir Birlik vatandaşının eşi olarak Birleşik Krallık'ta kalma izni için başvurmuştur.[673] Buna karşın hem bu başvurusu reddedilmiş hem de hakkında sınır dışı etme kararı alınmıştır.[674]

Peki, buradaki kararlar Birlik hukuku ile uyumlu mudur? Uyuşmazlık konusunu Birlik hukuku kapsamı içinde gören Divana göre Bay Carpenter'ın eşine ikâmet izni verilmemesi, hizmet sunumu serbestîsine engel oluşturmaktadır.[675] Bununla beraber, bir üye devlet, kamu çıkarı sebeplerini ileri sürerek bu tür bir ulusal önlemi haklı gösterebilir. Buna karşın, bu önlem, temel haklar ile uyumlu olmalıdır.[676] Bayan Carpenter'ı sınır dışı etme kararı, Bay Carpenter'ın AİHS md. 8 anlamındaki aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil etmektedir.[677] Her ne kadar bu madde, bir yabancının bir ülkeye giriş ve orada ikâmet etmesi hakkı tanımasa bile; bir kişiyi yakın aile üyelerinin yaşadığı bir ülkeden çıkarmak, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlâl edebilecektir. Bu tür bir karar, "hukuka uygun olarak" ve "AİHS md. 8(2)'de yer alan meşru amaçlardan birisine dayanarak" alınır ve "demokratik bir toplumda gerekli" ve "güdülen meşru amaç ile orantılı" olursa AİHS ihlâl edilmeyecektir.[678] Somut olaydaki sınır dışı etme kararı, bir yandan Bay Carpenter'ın aile hayatına saygı hakkı ile öte yandan kamu düzeni ve kamu güvenliğinin muhafaza edilmesi "yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurmamaktadır".[679] Burada, Bayan Carpenter, ulusal göç kurallarını ihlâl etse bile; gelecekte kamu düzeni veya kamu güvenliğine tehlike oluşturacağını gösteren herhangi bir davranışına rastlanmamaktadır. Dahası, Bay ve Bayan Carpenter arasındaki evlilik

[673] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 15.

[674] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 15, 16.

[675] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 37, 39.

[676] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 40.

[677] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 41.

[678] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 42. Bkz. *Boultif v Switzerland*, no. 54273/00, §§ 39, 41 ve 46, ECHR 2001-IX.

[679] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 43.

hakikdir ve Bayan Carpenter, Bay Carpenter'ın önceki evliliğinden olan çocuğuna da bakmaktadır.[680] Bu koşullar altında, Bayan Carpenter'ı sınır dışı etme kararı, güdülen amaç ile orantısız bir ihlâldir.[681]

Öyleyse, temel haklar ile serbestîler arasındaki ilişkiyi toparlarsak, bir yandan serbestînin tahdidi, temel haklar temelinde haklı gösterilebilecekken; öte yandan serbestîyi tahdit eden bir önlem, temel haklar ile uyumlu olmalıdır.[682]

Şekil 28: Temel Haklar ile Serbestîler Arasındaki İlişki

Peki, temel haklar ile serbestîlerin ilişkisi yönünden iç pazar serbestîleri ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki etkileşim ne şekilde gerçekleşmiştir? İlk olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazar serbestîleri yönünden içtihat hukuku ile şekillendirilen prensipleri aynen almaktadır.[683] Öyleyse, bu içtihat hukukundaki ortak noktaları ön plana çıkartmak, her serbestî bakımından faydalıdır. Bu bakımdan ilk ortak noktaya göre temel haklar da sınırlanabilmektedir. Bu açıdan, *Metronome Musik* davasında Divan, bu noktayı şöyle dile getirmektedir:

[680] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 44.

[681] Case C-60/00 *Carpenter* [2002] pr. 45.

[682] Bkz. "Şekil 28: Temel Haklar ile Serbestîler Arasındaki İlişki", s. 439.

[683] Örnek olarak bkz. Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 93.

"…ticaret veya meslek sürdürme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi, [Birlik] hukukunun genel ilkelerinin bir parçasıdır. Bununla birlikte, bu ilkeler, mutlak olmayıp sosyal işlevleri ile bağlantılı olarak düşünülmelidir. Sonuç olarak, mülkiyet hakkı ve ticaret veya meslek sürdürme özgürlüğünün kullanılması, sınırlamanın [AB] tarafından sürdürülen genel çıkarların hedeflerine denk düşmesi ve güttüğü amaca ilişkin olarak korunan hakkın özünü zayıflatan orantısız ve katlanılmaz bir müdahale oluşturmaması koşuluyla sınırlanabilir."[684]

İkinci ortak nokta, temel haklar yönünden faydalanılan kaynaklarla ilgilidir. Bu bakımdan, bu kaynaklar, esas olarak, üye devlet anayasaları, temel haklar ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve ABTHŞ olarak sayılabilir. Üye devlet anayasal ilkelerine örnek olarak insan onuru ve eşitlik ilkesi temel hak olarak nitelendirilmiştir.[685] Temel haklar ile ilgili uluslararası sözleşmelere örnek olarak, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Hakkında Sözleşme ve Avrupa Sosyal Şartı gösterilebilir.[686] AİHS ise, bu tür sözleşmeler arasında özel öneme sahiptir.[687] Hatta, ABAD, giderek artan bir biçimde AİHM kararlarına da göndermeler yapmaktadır.[688] Buna ek olarak, ABTHŞ, bağlayıcılık kazanmasından evvelki dönemde Hukuk Sözcüsü Görüşlerinde; LA ile birincil hukuk seviyesinde bağlayıcılık kazanmasından sonraki dönemde ise Divan kararlarında sıklıkla yer almaktadır.[689]

---

[684] Case C-200/96 *Metronome Musik* [1998] pr. 21.

[685] Sırasıyla bkz. Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 34; Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] pr. 82–84, 88, 89.

[686] Sırasıyla bkz. Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 39–42; Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 43–47.

[687] Case C-283/05 *ASML* [2006] pr. 26. Bkz. **ROGERS–SCANNEL,** s. 41.

[688] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 299, 340.

[689] Joined Cases C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08 *Alassini and others* [2010] pr. 61; Joined Cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08 *Abdulla and others* [2010] pr. 6, 7; Case C-555/07 *Kücükdeveci* [2010] pr. 22; Case T-390/08 *Bank Melli Iran v Council* [2009] pr. 105. Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 188.

İkinci olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, bilhassa kişilerin serbest dolaşımına yönelik temel hak koruma sahasını genişletmektedir.[690] Bu açıdan, serbestîyi tahdit eden bir ulusal önlemin haklı bir gerekçeye dayanmasının yanı sıra temel haklar ile uyumunun aranması dolayısıyla serbest dolaşım, Divanın insan hakları yetkisini öne sürmek için adeta bir geçide dönüşmektedir.[691] Bir başka deyişle, temel serbestîlerin kapsamı genişledikçe, ABAD'ın insan hakları yetkisinin eriştiği alan da artmaktadır.[692] Bu duruma en iyi örnek, *Carpenter* kararıdır; çünkü burada bir hizmet sunucusu, salt bir başka devlette hizmet sunması nedeniyle eşinin hakları yönünden köken devletine karşı Birlik temel hakları ile korunmuştur.[693] Öyleyse, bu çizgi takip edilince, ekonomik etkinlik sürdürmeyi bile aramayan Birlik vatandaşlarına yönelik serbest dolaşım, Birlik temel hak koruma sahasını açık bir biçimde genişletmektedir. Söz gelişi, *Tsakouridis* kararında Divan, kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımını bir bütün olarak ele alarak, serbest dolaşımı tahdit eden bir önlemin ABTHŞ ve AİHS ile korunan özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına uygun olması gerekliliği üzerinde durmaktadır.[694]

Buraya kadar, serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi için gerekli haklı gerekçeler ve bu aşamaya ikincil hukuk ve temel hakların etkisi incelenmiştir. Bir sonraki bölüm, haklı gösterme aşamasının belki de en önemli kısmı olan orantılılık ilkesini ele almaktadır. Zira, bir önlemin bir serbestîyi tahdit edip etmediği en nihayetinde o önlemin orantılılık ilkesine uygunluğuna bağlı olarak yanıtlanmaktadır. Sırada, bu konu yer almaktadır.

---

[690] Ayrıca bkz. "D. Temel Haklar", s. 293.

[691] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 194.

[692] **TRIDIMAS, (2007),** s. 332.

[693] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 332–333.

[694] Case C-145/09 *Tsakouridis* [2010] pr. 52.

III. Haklı Gerekçelerin Sınırı Olarak Orantılılık İlkesi

Serbestîyi tahdit eden önlem, haklı gerekçeye dayanmasının yanı sıra orantılılık ilkesi ile de uyumlu olmalıdır.[695] Bu açıdan, orantılılık ilkesi, temel serbestîler üstündeki tahdidin ve en nihayetinde bu tahdide yönelik gerekçelerin ölçüsünü değerlendirme aracıdır.[696]

Orantılılık ilkesi ile ilgili inceleme, her serbestîye ayrı ayrı yer vermeksizin, bir bütün hâlinde yapılacaktır. Bu durum, iki sebepten ileri gelmektedir. İlk olarak, orantılılık ilkesi ile ilgili olarak, temel serbestîler arasında genel bir farklılık saptanamamaktadır.[697] Zira, orantılılık ilkesi, Birlik hukukunun genel ilkelerinden birisi olmasının yansıması olarak, her bir serbestînin tahdidinin haklı gösterilmesi için aranan ortak bir koşuldur. İkinci olarak, bu ilkenin uygulanışı, gerek kurucu antlaşmadaki istisnalar gerek kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler yönünden de herhangi bir farklılık göstermemektedir.[698] Bu nedenlerle, aşağıda orantılılık ilkesine genel olarak yer verildikten sonra, bu ilkenin unsurları, bu ilkeye yönelik testin yoğunluğu ve bu ilke ile usulî güvenceler arasındaki ilişki ele alınacaktır.

---

[695] Case C-33/07 *Jipa* [2008] pr. 29; Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 27. Bkz. **2004/38 sayılı Direktif** md. 27(2). Ayrıca bkz. **STONE SWEET, ALEC–MATHEWS, JUD,** "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational* Law, Cilt: 47, 2009, s. 139–140.

[696] Bkz. **UEDA, JUNKO,** "Is the Principle of Proportionality the European Approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice", *European Business Law Review*, Cilt: 14, No: 5, 2003, s. 561.

[697] **KINGREEN, THORSTEN,** "EGV Art. 28 (ex-Art. 30), Art. 29 (ex-Art. 34) und Art. 30 (ex-Art. 36)", **(Eds.) CALLIES, CHRISTIAN–RUFFERT MATTHIAS,** *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 3. Auflage, Beck Juristischer Verlag, München, 2007, Rn. 88.

[698] **SNELL, JUKKA,** *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford University Press, United States, 2005, s. 195; **TRIDIMAS, (2007),** s. 212.

1. Orantılılık İlkesi Hakkında Genel Tespitler

Orantılılık ilkesi hakkındaki genel tespitler; bu ilkenin tanımı, gelişimi ve kullanım yerleri, işlevi, önemi, orantılılık hakkında karar verecek mahkeme ve orantılılık ilkesi yönünden ispat yükünden oluşmaktadır. Bu konular, aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

A. Orantılılık İlkesinin Tanımı

Orantılılık ilkesi, genel ve özel olarak tanımlanabilir. Genel olarak orantılılık ilkesi, esasen, otoriterlerce kullanılan araçların amaçları ile orantı içinde olması gerekliliğini ifade etmektedir.[699] Bir diğer deyişle, alınan önlem, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmalıdır.[700] Bu açıdan orantılılık, farklı normlar, ilkeler ve değerler arasındaki çatışmaları çözmeye yardım eden bir dengeleme aracıdır.[701] Orantılılık ilkesi özel olarak –serbest dolaşım alanındaki uygulamaya göre– ise, özünde, bir hedefe erişmeye çalışan önlemler ile o hedef arasında makul bir ilişki gerektirmektedir.[702] Bu yönden bu ilke, bir üye devletçe çıkarılan bir önlemin getiri ve götürülerinin Birlik kurallarının korumaya değer gördüğü farklı çıkarlar ışığında değerlendirilmesini gerektirmektedir.[703] Bu açıdan bu ilkenin asıl özelliği, ihtilâflı önlemce güdülen

---

[699] Bkz. **SCHIEMANN,** s. 145.

[700] Orantılılık yükümlülüğünün içeriği, kabaca, belirli bir hedef ile o hedefe erişmek için kullanılan idari veya yasamaya ait araçlar arasında makul bir ilişki olmasıdır. **DE BÚRCA, GRÁINNE,** "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law*, Cilt: 13, 1993, s. 105. Yine orantılı olma ilkesi, ulaşılacak olan amaç ve elde edilecek getiri ile onu elde etmek için gözden çıkarılan şey arasında bir denge olması biçiminde de tanımlanmıştır. Bkz. **BOZKURT–*et. al.*,** s. 208.

[701] **ANDENAS, MADS–ZLEPTNIG, STEPHAN,** "Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, Cilt: 42, 2007, s. 375.

[702] **UEDA,** s. 561.

[703] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 23.

hedefler ile onun bireysel serbestî üstündeki ters etkileri arasında Divanın bir dengeleme faaliyeti yürütmesidir.[704]

B. Orantılılık İlkesinin Gelişimi ve Kullanım Alanları

Orantılılık ilkesi, ulusal hukuk içinde gelişirken; Birlik hukukunca da korunan ve birden fazla kullanım alanı olan bir ilke hâline gelmiştir.[705] Bir kere, orantılılık ilkesi, 20. yüzyılda kıta Avrupası devletleri olan Fransa ve Almanya'da geliştirilmiş olup;[706] kamu düzenlemeleri karşısında birey haklarının korunması ile ilgili olarak doğmuştur.[707] Birlik hukuku yönünden ise bu ilke, hem kurucu antlaşmaca zikredilmekte[708] hem de hukukun genel ilkesi olarak korunmaktadır.[709] İşte orantılılık ilkesinin Birlik hukukunun genel ilkelerinden birisi olma statüsü neticesinde kurucu

---

[704] **TRIDIMAS, TAKIS,** "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 68. Ayrıca bkz. **BARNARD, (2010),** s. 172; **EMILIOU,** s. 265.

[705] Ayrıca, orantılık ilkesi, farklı alanlarda farklı kullanımlara sahiptir. Bkz. **SNELL, (2005),** s. 194. Bu bakımdan orantılılık ilkesi kavramı ve uygulanışı, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bkz. **UEDA,** s. 561. Yine, bu ilkenin uygulanması, söz gelimi, AB (ABİHA) ile WTO ve NAFTA gibi diğer uluslararası ticaret anlaşmaları açısından farklılaşmaktadır. Bkz. **UEDA,** s. 557.

[706] Bkz. **TRIDIMAS, (1999),** s. 65.

[707] Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 383; **MORAL SORIANO, LEONOR,** "How Proportionate should Anti-Competitive State Intervention be?", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 1 2003, s. 113. Ayrıca bkz. Case 44/79 *Hauer* [1979] pr. 23.

[708] **LA** ile değişik **ABA** md. 5(1, 4). Bu hâlde orantılılık ilkesi, yetki ve katmanlı yetki ilkesi arasındaki ilişki bağlamında görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 136–174; 175–192; **BERMANN, GEORGE,** "Proportionality and Subsidiarity", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 75–99.

[709] Bkz. Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] pr. 16; Case C-365/08 *Agrana Zucker* [2010] pr. 29. Ayrıca bkz. **JACOBS, FRANCIS G.,** "Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 2; **TRIDIMAS, (2007),** s. 90; **UEDA,** s. 561.

antlaşmadaki serbest dolaşım hükümlerinde açıklık olmasa bile; bu hükümler yönünden bu ilke uygulanabilir hâle gelmiştir.[710] Burada orantılılık ilkesi, serbestîyi tahdit eden önlemin Birlik hukukuna uygun olması için sağlaması gereken ölçüttür. Bununla birlikte, bu ilkenin kapsamı, kullanıldığı bağlama göre vurgu bakımından çeşitlilik göstermektedir.[711] Bu açıdan Birlik tasarrufları ile ilgili orantılılık testinin yoğunluğunun ulusal önlemlerle ilgili olan testteki yoğunluğa nazaran daha az olması, dikkat çekici bir örnek teşkil etmektedir.[712] Yine de orantılılık ilkesinin farklı bağlamlar yönünden ortak özelliği, ihtilaflı önlemin gerekliliği ya da uygunluğunun belirlenmesidir.[713]

C. Orantılılık İlkesinin İşlevi

Orantılılık ilkesi, serbest dolaşım alanında temel olarak iki işlev yerine getirmektedir. Bu ilke, bilhassa iç pazar serbestîleri yönünden bir yandan pazar bütünleşmesine katkıda bulunma; öte yandan bireysel hakların korunması işlevlerini görmektedir.[714] Başka bir ifadeyle bu ilke, hem serbest dolaşıma dönük 'gereksiz' kısıtlamaların önüne geçmek için işlemekte hem de pazar katılımcılarının serbest dolaşım hükümlerinden kaynaklanan haklarının haklı sebep olmaksızın ihlâl edilemeyeceği garantisini bu kişilere sunmaktadır.[715] Birlik vatandaşlığındaki serbest

[710] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 195.

[711] Bkz. **USHER, JOHN A.,** *General Principles of EC Law*, Longman Publishing, Singapore, 1998, s. 37.

[712] Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 394; **BERMANN,** s. 75–77; **JACOBS, (1999),** s. 21; **MORAL SORIANO,** s. 120; **SNELL, (2005),** s. 213.

[713] Bkz. **USHER, (1998),** s. 40.

[714] Bkz. **JANS, JAN H.,** "Proportionality Revisited", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 27, No: 3, 2000, s. 243; **TRIDIMAS, (2007),** s. 193. Orantılılık ilkesinin serbest dolaşım alanındaki bir diğer işlevi, hukuki normların kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi için kullanılan bir araç olmasıdır. Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 386. Genel olarak orantılılık ilkesinin işlev türleri ile ilgili olarak bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 384–387.

[715] **JANS,** s. 243.

dolaşım yönünden de orantılılık ilkesinin dolaşım serbestîsine katkıda bulunma ve bu hakkı koruma işlevleri göze çarpmaktadır.[716]

D. Orantılılık İlkesinin Önemi

Orantılılık ilkesi, genel olarak ve serbest dolaşım özelinde önem taşımaktadır. Bu bakımdan, orantılılık ilkesi; genel olarak; yasama, yürütme ve yargı arasındaki ilişki ile Avrupa düzeyindeki yetki dağılımı gibi birtakım anayasal hususlar ile bağlantılı olması nedeni ile önemlidir.[717] İlk olarak, orantılılık ilkesi; yasama, yürütme ve yargı arasındaki ilişkiye temas etmektedir. Bu açıdan mahkemelerin orantılılık testini bağımsız bir denetim sebebi olarak uygulaması; idari ve yasamaya ait karar almaya aşırı yargısal müdahale, güçler ayrılığı ve yargı eliyle yürütülen dengeleme hakkında endişelere daima yol açmaktadır.[718] Bu açıdan orantılılık ilkesi, yargısal güçteki genişlemenin doktrinel destekleyicisidir.[719] Nitekim orantılılık ilkesini uygulayan hakimler, hukuk sistemi içinde yargı için özellikle etkin bir rol tanımlamaktadır: idari işlemler veya yasama işlemlerinin *esasa ilişkin* denetimi.[720] Bu özelliği nedeniyle orantılılık, sıklıkla en kapsamlı denetim sebebi olarak algılanmaktadır.[721] İkinci olarak,

---

[716] Hatta Birlik vatandaşlığı ile ilgili olarak orantılılık ilkesi, serbest dolaşım hakkının tahdidinin haklı gösterilmesi aşamasının yanı sıra ikâmet hakkına yönelik koşullar yönünden de aranarak, bunlar bakımından da burada belirtilen işlevlerini yerine getirmektedir. Bkz. "bbb. Giriş, Çıkış ve İkâmet Hakkı", s. 131.

[717] Bkz. **SNELL, (2003),** s. 337; **JANS,** s. 242.

[718] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 385–386. Bkz. **BERMANN,** s. 82; **DE BÚRCA,** s. 107; **HOFFMAN, A.,** "A Sense of Proportion", **(Eds.) ANDENAS, MADS–JACOBS, FRANCIS,** *European Community Law in the English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 149; **SNELL, (2005),** s. 201.

[719] Bu genişleme, gerek devletler gerek kimi uluslararası kuruluşlar ile ilgili olarak küresel düzeyde gözlenmektedir. **STONE SWEET–MATHEWS,** s. 72.

[720] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 385. Bkz. **DE BÚRCA,** s. 149; **TRIDIMAS, (1999),** s. 68–69. Davies'e göre orantılılık, Divan kararlarına politikanın girmesi anlamına gelerek burada AB amaçları ulusal amaçlar karşısında dengelenmektedir ve bu dengeleme süreci, yasama benzeri gibi oldukça özneldir. **DAVIES, G., (2003b),** s. 90.

[721] **TRIDIMAS, (1999),** s. 69.

orantılılık ilkesi, Avrupa düzeyinde yetki dağılımı hususu ile ilgilidir. Gerçekten, bu ilke yoluyla ulusal çıkar ile Birlik hukuku çıkarı arasında dengeleme yapılması, esasen, Avrupa bütünleşmesi bağlamında merkezileşme ve ademimerkezileşme arasındaki denge arayışı ile ilgilidir.[722] Orantılılık ilkesi, özel olarak serbest dolaşım alanında ise özellikle bir tahdidin Birlik hukukuna uygun olması sorusunun en nihayetinde bu ilke ile uyum aşamasında yanıtlanması nedeniyle oldukça önemlidir.[723]

E. Orantılılık Hakkında Karar Verecek Mahkeme

Serbest dolaşım ile ilgili olarak, orantılılık ilkesine uyum konusunda karar veren mahkeme hakkında şu tespitler yapılabilir:[724] İlkin, ihlâl davasındaki çekişmeli yargılamada ulusal önlemin orantılı olup olmadığına karar vermek Divana düşmektedir.[725] Buna karşın, önkarar davası başvurusu hâlinde ulusal önlemin orantılılığı hakkındaki kararı kimi zaman Divan kimi zaman ise ulusal mahkemeler sonlandırmaktadır.[726] Bu durumda, orantılılık ilkesinin ulusal mahkemenin uygulamasına bırakılması gerekip gerekmediği, esas olarak, içerilen sorunun niteliğine

---

[722] Bkz. **UEDA,** s. 558. Ayrıca bkz. **JANS,** s. 242; **SNELL, (2005),** s. 201.

[723] Bkz. **TRIDIMAS, (1999),** s. 70. Ayrıca bkz. **CONNOR,** s. 183, 184, 200; **FLYNN,** s. 800; **JARASS,** s. 157.

[724] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 621; **DAVIES, G., (2003b),** s. 36–37; **TRIDIMAS, (1999),** s. 77–78.

[725] **ABİHA** md. 258. Örnek olarak bkz. Case C-131/93 *Commission v Germany* [1994] pr. 25–27.

[726] **ABİHA** md. 267. Burada, önkarar davası yönünden Divan ve ulusal mahkemelerin yetki sahalarından kısaca bahsedilebilir. Buna göre ABİHA md. 267, ulusal mahkemeler ile Adalet Divanı arasında açık bir işlev ayrılığına dayanıp; bir davadaki olayların her türlü değerlendirmesi, ulusal mahkemeye düşmektedir. Case C-341/05 *Laval* [2007] pr. 45. Bununla beraber, önkarar başvurusu yapan ulusal mahkeme, Adalet Divanının ilgili soruları yanıtlayabilmesi için gerekli 'olgusal ve hukuki malzemeyi' Divana sunmalıdır. (pr. 46.) Bununla birlikte, Divan ise, Birlik yargısı ile ulusal mahkemeler arasındaki yargı yetkisinin bölüşümü uyarınca önkarar başvurusunda tanımlanan şekliyle önüne getirilen soruların oluştuğu olgusal ve yasal bağlamı dikkate almalıdır. (pr. 47.) Burada, Adalet Divanı, ulusal mahkemeye Birlik hukuku ile ilgili her türlü bilgiyi sunacakken; ulusal mahkeme, bu bilgiyi önündeki uyuşmazlığa uygulayacaktır. Bkz. **JANS,** s. 255.

ve olayın somut özelliklerine bağlıdır.[727] Bu bakımdan, üç farklı yaklaşım tarzı göze çarpmaktadır.[728] İlk olarak Divan, ulusal önlemin orantılı olup olmadığını belirlemesine imkân verecek yeterli bilginin olduğunu düşünerek orantılılık hakkında karar verebilmektedir.[729] İkinci olarak Divan, önlemin orantılılığının incelenmesinin somut olayın unsurları ile bağı nedeni ile bu incelemeyi yapmak konusunda ulusal mahkemenin Divana göre daha iyi pozisyonda bulunmasından hareketle orantılılık incelemesini ulusal mahkemeye bırakabilmektedir.[730] Üçüncü olarak Divan, ulusal mahkemenin isteği üzerine Birlik hukukunu yorumlarken orantılılık ilkesinin spesifik uygulaması ile ilgili rehberlik sunabilmektedir.[731] Kısacası, orantılılık ilkesine uygunluk, genellikle ulusal mahkeme; ancak kimi zaman ABAD tarafından yerine getirilmektedir.[732]

F. Orantılılık İlkesi Yönünden İspat Yükü

Orantılılık bakımından ispat yükü, esasen iki husus ile ilgilidir:[733]

---

[727] **TRIDIMAS, (1999),** s. 78. Davies'e göre bir sorunun soruluş tarzı, yeni bir hususun öne sürülmesi, bir sorunun genel öneme sahip olma elverişliliği, sunulan olgusal bilginin derecesi ve sorunun ne kadar zor olduğu veya siyasi olarak sakıncalı olması gibi etkenler uygulamada hangi mahkemenin orantılılık hakkında karar vereceğini etkilemektedir. **DAVIES, G., (2003b),** s. 37.

[728] Bkz. **JANS,** s. 255.

[729] Örnek olarak bkz. Case C-254/97 *Baxter* [1999] pr. 18–21.

[730] Örnek olarak bkz. Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pr. 38; Case C-324/93 *Evans* [1995] pr. 38. Bkz. **DE BÚRCA,** s. 135; **TRIDIMAS, (2007),** s. 238–239.

[731] Örnek olarak bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 64–65. Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 380.

[732] Bkz. **BIONDI,** s. 478; **JANS,** s. 256. İlk durum için bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 64. İkinci durum için bkz. Case C-189/95 *Franzén* [1997] pr. 76. Bkz. **EMILIOU,** s. 247.

[733] **JANS,** s. 259. (*Vurgu* eklenmiştir.) Buna ek olarak, ispat yükünün yerine getirilip getirilmediği kararı, ihlâl davasında Divan; önkarar davasında ise ulusal mahkeme tarafından verilecektir. Bkz. **EMILIOU,** s. 255.

▪ *Kim* kanıtı sunmalıdır? Üye devlet mi? Yine özellikle, önkarar prosedüründe değil de; ihlâl davasında orantılılık ortaya konulduğunda Komisyonun rolü nedir?

▪ *Ne* kanıtlanmalıdır? Bir önlemin orantılılığı mı; yoksa orantısız olmadığı mı?

İlk olarak, kanıtı sunacak kişiler, şu şekilde belirtilebilir: Orantılılık ilkesine uygunluğun ispatı, bir önlemi haklı göstermeye çalışan tarafa düşmektedir.[734] Bu bakımdan, örneğin, malların serbest dolaşımındaki ispat yükü, çoğunlukla ulusal otoritelere düşecek; ancak, örneğin fikri ve sınai mülkiyet alanındaki bir uyuşmazlıkta bir birey veya teşebbüs üstünde de kalabilecektir.[735] *Bressol and Chaverot* davası, konuyla ilgili iyi bir örnektir:

> "Avrupa Birliği Hukukunca tanınan bir ilkeden ayrılan bir önlem kabul ettiklerinde her bir ayrı davada o önlemin dayanılan hedefe erişmeyi sağlamak için uygun olduğunu ve ona erişmek için gerekli olanın ötesine geçmediğini göstermek [ulusal] otoritelere düşmektedir. Bir üye devletçe haklı gösterme aracı olarak ileri sürülen sebepler, o devletçe kabul edilen önlemin uygunluğu ve orantılılığının analizi ve argümanlarını temellendiren spesifik deliller ile tamamlanmalıdır."[736]

Bununla birlikte, buradaki ispat yükünün ölçüsü vardır. Söz gelimi *Commission v Italy* davasındaki ulusal önlem, karayolu trafik kazası mağdurları için sosyal koruma

---

[734] Bkz. **EMILIOU,** s. 255; **UEDA,** s. 563.

[735] Bkz. **EMILIOU,** s. 255.

[736] Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 71. Krämer'e göre ispat yüküne ilişkin bu durum, uygulamada daha karmaşık ve çeşitli bir hâl almaktadır. Buna göre, yargılama süreci esnasında tüm taraflar; Komisyon, üye devlet, taraflar, katılan üye devletler, hatta kimi zamanlarda Konsey, orantılılık ya da alakalı önlem ile ilgili (bilimsel raporlar, herhangi bir yerdeki uygulama gibi) vaziyetler sunmaktadır. Bu bakımdan, "bir tarafça ileri sürülen argümanlar ne kadar destekleniyorsa; diğer tarafça ileri sürülecekler o kadar detaylı olmalıdır". Bu süreç sonunda kimi olgusal yönler açıkta kalmışsa, ispat yükü sorusu gündeme gelmektedir. **KRÄMER, LUDWIG,** *EC Environmental Law*, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 83. (**JANS,** s. 259'dan alınmıştır.)

sağlanması hedefine yöneliktir.[737] Divana göre karayolu trafiği ve bu alandaki ilgili kamu çıkarı hedeflerine ilişkin durum, bir üye devletten diğerine değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla üye devletler, bu alanda belirli bir takdir yetkisinden yararlanıyor olarak kabul edilmelidir:

> "Her ne kadar, kendi kurallarının güdülen meşru hedefe erişmek için uygun ve gerekli olduğunu göstermenin [ABİHA] anlamındaki bir kısıtlamayı haklı göstermek için emredici bir gerekliliğe istinat eden bir üye devlete düştüğü doğru olsa bile; buradaki ispat yükü, o üye devletin herhangi başka bir düşünülebilir önlemin aynı koşullar altında erişilmek istenen hedefi olanaklı kılacağını kesin olarak kanıtlamasını gerektirecek kadar kapsamlı değildir."[738]

İkinci olarak, kanıtlacak olan (orantılılık, orantısız olmama) ile ilgili şu tespitler yapılabilir: Divan, bir önlemin orantılılığına ilişkin hem 'orantılı olma' hem de 'orantısız olmama' diline yer vermektedir. Bununla birlikte, Divan bir üye devlete daha fazla serbestlik tanımak istiyorsa, Divanın orantılı olmaktan ziyade orantısız olmanın yokluğu kriterini uygulama ihtimali artmaktadır.[739] Bu bakımdan *Commission v Italy* davasına ilişkin yukarıdaki kesit, bir önlemin orantılılığının ayrıca ve açıkça kanıtlanmasına gerek görmemesinden ötürü, bu tespiti destekler niteliktedir.[740] O hâlde, orantılı olma ya da orantısız olmama, yalnızca kelimeler üstünde oynama olarak gözükse bile; Divanın daha çok (bir önlem orantılı mı?) ya da daha az (bir önlem orantısız değil mi?) yoğun denetim yürütmesini sağlıyor izlenimi vermektedir.[741]

2. Orantılılık İlkesinin Unsurları

Orantılılık ilkesine uygunluk denetimi, belirli bir sorgulamaya işaret etmekte olup; bu sorgulama, kimi unsurlara ayrılabilmektedir. Bu bakımdan, orantılılığın

---

[737] Case C-518/06 *Commission* v *Italy* [2009] pr. 83.

[738] Case C-518/06 *Commission* v *Italy* [2009] pr. 84.

[739] **JANS,** s. 261. Örnek olarak bkz. Case C-203/08 *Sporting Exchange Ltd* [2010] pr. 29.

[740] Case C-518/06 *Commission v Italy* [2009] pr. 84.

[741] **JANS,** s. 261.

değerlendirilmesi, en genel ifadesiyle, belirli bir hedef ile ona erişmek veya onu geliştirmek için kullanılan araçlar arasındaki ilişkinin sorgulanmasını gerektirmektedir.[742] İşte bu sorgulama, kimi unsurlar temelinde gerçekleştirilirken; bu unsurlar hakkında bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bu nedenle, burada ilk önce orantılılık ilkesinin unsurlarına dair kimi genel tespitler yapıldıktan sonra, bu unsurlar, sırasıyla ele alınacaktır.

A. Orantılılık İlkesinin Unsurlarına Dair Genel Tespitler

Orantılılık ilkesi, doktrindeki tasnifler uyarınca kimilerine göre üç, kimilerine göre ise iki unsur ihtiva etmektedir.[743] Bir görüşe göre orantılılık ilkesi, üç unsur taşımaktadır: uygunluk, gereklilik ve *stricto sensu* orantılılık.[744] Bir başka görüşe göre ise orantılılık ilkesi, temelde, iki testi birleştirmektedir: uygunluk ve gereklilik testi.[745] Bununla birlikte, bu tasnifler ile ilgili olarak, unsur sayısından ziyade; bir unsurun içeriği önem taşımaktadır.[746]

Divan ise, orantılılık ilkesini uygularken, her zaman aynı teste yer vermemektedir.[747] Bir başka ifadeyle Divan, bir önlemin orantılılık denetimini icra

---

[742] **BERMANN,** s. 80.

[743] Kingreen'e göre ise orantılılık testi, dört adım içermektedir: meşru bir amacın gerçekleştirilmesi, uygunluk, gereklilik ve yeterlilik testi. **KINGREEN, (2007),** Rn. 89.

[744] Bkz. **BIONDI,** s. 478; **DE BÚRCA,** s. 113; **JANS,** s. 240; **JARASS,** s. 160–161; **HAILBRONNER, (2010),** Rn. 102; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 650–651; **UEDA,** s. 562–563; Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 27; Opinion of AG Kokott in Case C-342/05 *Commission v Finland* [2007] pt. 24.

[745] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 171; **DEARDS–HARGREAVES,** s. 189; **MORAL SORIANO,** s. 114; **RANACHER–STAUDIGL,** s. 115; **TRIDIMAS, (1999),** s. 68.

[746] Söz gelimi *stricto sensu* orantılılık unsuru, uygunluk ve/veya gereklilik unsuru içinde ele alınabilmektedir. Bkz. **DAVIES, G., (2003b),** s. 34–35. Bermann'a göre ise, *stricto sensu* orantılılık unsuru, gereklilik unsuru içinde ele alınabilir. **BERMANN,** s. 80–81.

[747] Bkz. **JANS,** s. 240; **SNELL, (2005),** s. 195.

ederken, uygulamada bir ya da en fazla üç teste yer vermektedir.[748] Bununla birlikte, burada kimi genel tespitler yapılabilir. İlk olarak, Divan, genellikle, orantılılık ilkesi çerçevesinde uygunluk ve gereklilik testine yer vermektedir.[749] Bu durumun en iyi örnekleri, *Campus Oil* ve *Gebhard* kararlarıdır. *Campus Oil* kararı ile orantılılık testinin bu iki bileşenine açıkça vurgu yapılmaktadır:

> "… [ABİHA md. 36] temelinde çıkarılan önlemler, yalnızca, bu maddenin koruduğu çıkarlara hizmet ediyorsa ve [Birlik] içi ticareti kesinlikle gerekli olandan fazla kısıtlamıyorsa haklı görülebilir."[750]

Keza temel serbestîleri bir bütün olarak ele alan *Gebhard* kararına göre:

> "kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlerin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler, dört koşulu yerine getirmelidir: ayrımcı olmayan bir biçimde uygulanmalıdır; kamu yararının emredici gereksinimleri ile haklı gösterilmelidir; güttükleri amaca ulaşılmasını güvenceye almak için *uygun olmalı*dır ve buna ulaşmak için *gerekli olanın ötesine geçmemeli*dir."[751]

İkinci olarak, Divan, kimi hâllerde üç unsurdan hangi ikisine değindiğini belirtmeksizin, iki unsur üzerinden orantılılık ilkesine uygunluğu gözetmektedir.[752] Bu

---

[748] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 23. Ayrıca bkz. **GROUSSOT, XAVIER,** "Proportionality in Sweden: The Influence of European Law", *Nordic Journal of International Law*, Cilt: 75, 2006, s. 453, 454. Yine, buradaki testlere ilişkin olarak, uygulanma aşamaları ve vurgu bakımından farklılık olabilmektedir. Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 388.

[749] Bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 48; Case C-527/06 *Renneberg* [2008] pr. 81.

[750] Case 72/83 *Campus Oil* [1984] pr. 37.

[751] Case C-55/94 *Gebhard* [1995] pr. 37. Kimilerine göre *Gebhard* kararı, orantılılık ilkesinin serbest dolaşım alanındaki uygulamasına ilişkin kapsamlı bir özettir. Bkz. **REICH–*et. al.*,** s. 64; **USHER, (1998),** s. 40, 51. Divan, aynı lâfza yer vermeyi sürdürmektedir. Bkz. Case C-96/08 *CIBA* [2010] pr. 45.

[752] Bkz. **VAN GERVEN, WALTER,** "The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 37.

bakımdan uygulama açısından uygunluk, gereklilik ve *stricto sensu* orantılılık üstündeki tartışmalar, ayrılamaz biçimde birbirine bağlı olup; kimi davalarda bu üç irdelemeyi bütünün ayrı parçaları olarak yürütmek zordur.[753] Buna ek olarak, Divan, orantılılık ilkesi hakkında karar verirken, çoğu kez uygunluk ve gereklilik testlerine yoğunlaşmakta olup;[754] *stricto sensu* orantılılık testi uyarınca bir değerlendirme, düzenli biçimde yapılmamaktadır.[755]

Üçüncü olarak, Divan, genellikle, *stricto sensu* orantılılık testini gereklilik testinin bir parçası olarak ele almaktadır.[756] Bir başka ifadeyle, ticareti daha az kısıtlayıcı alternatif arayışı, bazen, üye devletçe bir tür daha düşük bir koruma düzeyi yükümlülüğü anlamına gelebilmektedir.[757] Dahası, Divan, gereklilik ile *stricto sensu* orantılılık testi analizini pratikte ayrıştırmamaktadır.[758] Bu açıdan, Divan, açıkça *stricto sensu* orantılılık testini yürütmek yerine, gerekçesini gereklilik testi altında sunsa bile; götürü ve getirilerin marjinal denetimini yapmaktadır.[759]

B. Orantılılık İlkesinin Unsurları

Orantılılık ilkesi, esas olarak, üç unsur taşımaktadır: Uygunluk, gereklilik ve *stricto sensu* orantılılık. Bu unsurlar, birbirini dışlar nitelikte olmayıp; mahkemeler, ilke

---

[753] Bkz. **UEDA,** s. 592.

[754] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 196; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

[755] **STREINZ,** Rn. 833. Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 390.

[756] Bkz. **STONE SWEET–MATHEWS,** s. 143; **UEDA,** s. 591.

[757] **LANGER, JURIAN–WIERS, JOCHEM,** "Danish Bottles and Austrian Animal Transport: The Continuing Story of Free Movement, Environmental Protection and Proportionality", *Review of European Community & International Environmental Law*, Cilt: 9, No: 2, 2000, s. 192. Bkz. Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 16, 21–22. Ayrıca bkz. **SNELL, (2005),** s. 206. Bkz. Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 13.

[758] Bkz. **TRIDIMAS, (1999),** s. 68.

[759] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 212.

olarak, bir önlemin kümülatif olarak bu üç unsuru sağlaması gerekliliğini arayabilecektir.[760] Bu unsurlar, aşağıda bu sırayla irdelenmektedir.

a. Uygunluk

Uygunluk, bir önlemin içerdiği araçlar ile sonuç (hedef) arasındaki ilişki ile ilgilidir.[761] Bir başka ifadeyle, uygunluk, önlem ile güdülen hedef arasında illiyet bağı olmasını gerektirmektedir.[762] Uygunluk testinde araç ile sonuç arasındaki ilişkide aracın sonuç bakımından uygun ya da elverişli ya da orantılı olması incelenmektedir.[763] O hâlde, ulusal önlem, öne sürülen çıkarı korumak için uygun olmalıdır.[764] Bu bakımdan, 'uygun', 'mecburi' olmaktan daha az sıkı bir illiyet bağı ima ediyor gözükürken; aynı zamanda yalnızca 'yararlı' olmaya göre daha az esnektir.[765] Bir başka deyişle, uygunluk, ihtilâflı önlemin güdülen amaca erişmeye hakikaten katkı yapmasını gerektirmektedir.[766] Öyleyse, bu test, üye devletlerce görünürde genel bir çıkarı korumayı amaçlayan ve fakat gerçekte korumacı bir amaca sahip olan kurallar kabul edilmesini önlemektedir.[767]

Uygunluk testine yönelik rehber ilkeler, hem Divan kararları hem de Hukuk Sözcüsü görüşlerinde yer bulmaktadır. Söz gelişi *Commission v Spain* kararına göre somut uyuşmazlıktaki serbestîyi tahdit eden önlem, yalnızca İspanyol yasa koyucusu

---

[760] **BERMANN,** s. 81. Ayrıca bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 455.

[761] **GROUSSOT, (2006),** s. 454.

[762] **GROUSSOT, (2006),** s. 454; **SNELL, (2003),** s. 338.

[763] Bkz. Case 132/80 *United Foods* [1981] pr. 28. Buna göre, otoritelerce getirilen gereklilikler ile denetim uygulaması arasında "makul bir bağlantı" olmalıdır. (pr. 28.) Ayrıca bkz. **MORAL SORIANO,** s. 117.

[764] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 650–651; **UEDA,** s. 562–563; Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 27.

[765] **JANS,** s. 243. Bir önlemde bulunan araçlar, hedeflerine erişmek için uygun, bir başka ifadeyle mantık çerçevesinde muhtemel olmalıdır. **TRIDIMAS, (1999),** s. 68.

[766] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 23.

[767] **SNELL, (2005),** s. 198. Benzer bir görüş için bkz. **JANS,** s. 240.

tarafından güdülen hedefler; kamu düzeni, kamu güvenliği veya genel sağlık kategorilerinden birisi içinde kalırsa ve orantılılık ilkesi ile uyumlu ise haklı gösterilebilecektir. Bu bakımdan:

> "bir ulusal düzenleme, yalnızca güttüğü hedefe tutarlı ve sistematik bir biçimde erişmek için bir ilgiyi hakikaten yansıtıyorsa, o hedefe erişilmesini sağlamak için uygundur."[768]

Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro'nun *Ahokainen and Leppik* davasındaki Görüşüne göre ise:

> "Uygunluk testi uygulanırken belirlenmesi gereken soru, ilgili önlemin üye devletçe isnat edilen meşru çıkar için herhangi bir yarar getirip getirmediğidir. Herhangi bir yarar getirmiyorsa; ilgili önlem, tabiatı gereği orantılılık ilkesini ihlâl edecektir."[769]

Uygunluk testinin uygulanışına ilişkin pek çok karar örnek gösterilebilir. İlk sırada, bu testten geçemeyen kimi önlemler örneklenebilir. Söz gelimi, yukarıda yer verilen *Commission v Spain* davasındaki ulusal önlem, uygunluk testinden geçememiştir. Burada, *inter alia*, kumara bağımlılıkla mücadele etmek, uygunluk bakımından değerlendirilmiştir. Divana göre bu mücadele, genel sağlığın korunması tanımı içinde görülebilse bile; bu davada İspanya, ülkesinde bu bağımlılığın nüfus içinde genel sağlığa tehlike oluşturduğu düşünülecek bir noktaya eriştiğini ortaya koyamamaktadır.[770] Dahası, bu mücadele yönünde bir tedbir olarak alınan kazancın muafiyeti; piyangolar, şans oyunları ve bu tür muafiyetten yararlanan bahise katılma konusunda tüketicileri muhtemelen cesaretlendirecek olup; bu nedenle, güdüldüğü iddia edilen hedefe erişilmesini sağlamak için uygun ve tutarlı bir araç değildir.[771]

---

[768] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 38. Bkz. Case C-169/07 *Hartlauer* [2009] pr. 55.

[769] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 24.

[770] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 40.

[771] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 41.

Konuyla ilgili bir diğer örnekte Birlik vatandaşlığı alanındaki *Tas-Hagen* davasındaki önlem, uygunluk testinden kalmıştır. Burada Hollanda mevzuatı uyarınca sivil savaş mağdurları, başvuru esnasında bu ülkede ikâmet etmek kaydıyla, belirli bir sosyal yardıma hak kazanmaktadır.[772] Bununla birlikte, Divana göre bu mevzuat, Birlik vatandaşlarının dolaşım serbestîsine yönelik kısıtlamadır.[773] Bu kısıtlama, ancak kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ışığında ve orantılılı olması hâlinde haklı görülebilir.[774] Hollanda, böyle bir yardımı ikâmet koşuluna bağlayarak, dayanışma yükümlülüğünü savaş sırası ve sonrasında Hollanda nüfusu ile bağları bulunan sivil savaş mağdurları ile sınırlamak istemektedir.[775] Burada bu tür bir dayanışma, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep sayılabilecektir.[776] Buna karşın, ihtilâflı kuraldaki ikâmet koşulu, güdülen amaca erişmek için uygun bir araç değildir.[777] Zira, ikâmet koşulu, sosyal yardım veren devlet ile ona başvuranlar arasındaki bağlantı derecesi yönünden tatmin edici bir gösterge değildir; çünkü bu kriter, o ülke dışında mukim olmakla birlikte o devletin toplumu ile bütünleşme seviyesi her açıdan benzer olan kişiler yönünden farklı sonuçlar doğurmaya elverişlidir.[778] Bu nedenle bu kural, orantılılık ilkesine aykırıdır.[779]

İkinci sırada, uygunluk testini sağlayan önlemlere ilişkin kararlara işaret edilebilir. Konuya örnek olarak, malların serbest dolaşımı ile ilgili *Avides Media* davası

[772] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 4–6.

[773] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 32.

[774] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 33.

[775] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 34.

[776] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 35.

[777] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 37.

[778] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 38.

[779] Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pr. 39. Sermayenin serbest dolaşımı alanında uygunluk testinden kalan bir önlem için bkz. Case C-439/97 *Sandoz* [1999] pr. 35; Case C-35/08 *Busley and Fernandez* [2009] pr. 31–32.

gösterilebilir.[780] Burada, çocukların sağlığına zarar verebilecek bilgi ve malzemelere karşı çocukların korunması hedeflenmektedir.[781] Bu amaçla, yetkili otorite tarafından incelenmemiş, tasniflenmemiş ve görülebilecek yaş aralığını belirleyen bir etiket konulmamış görüntü saklama araçlarının satımı ve e-posta ile gönderimi yasaklanmıştır.[782] Divana göre bu yasak, çocukların korunması için uygun bir önlemdir.[783]

Bir başka örnek olarak hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili *United Pan-Europe Communications and others* davasında da uygunluk testi geçilmiştir. Burada, Belçika'daki mevzuatı uyarınca o devletin ilgili bölgesinde (*Brussels-Capital*) hizmet sunan kablolu yayın işletmecileri, özel yayıncılar tarafından yayını yapılan televizyon programlarını yayınlamakla yükümlüdür.[784] Divana göre bu tür bir düzenleme, hizmet sunum serbestîsi hakkında kısıtlama getirip; kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile ve orantılılık ilkesine uymak koşuluyla haklı gösterilebilir.[785] Belçika, bu kurallar ile televizyon dağıtım ağlarında çoğulcu ve kültürel pek çok program bulunmasını ve tüm televizyon izleyicilerinin çoğulculuğa ve geniş program seçkisine erişiminin sağlanmasını amaçlamaktadır.[786] Divana göre kültür politikası, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep oluşturabilir.[787] Peki, bu düzenleme, güdülen amaca erişmek için uygun mudur? Bu bakımdan, *Brussels-Capital* bölgesinin iki dilli oluşuna binaen ulusal düzenleme, güdülen kültürel hedefe erişmek için uygun bir araçtır; çünkü bu düzenleme, bu bölgedeki Flemenkçe ve Fransızca konuşan televizyon izleyicilerinin o bölgeye yayın yapan kablolu yayın işletmecileri ağı aracılığıyla kendi dilleri ile kültürel

[780] Case C-244/06 *Avides Media* [2008].

[781] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 47.

[782] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 47.

[783] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 47.

[784] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 3.

[785] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 38, 39.

[786] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 40.

[787] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 41.

ve dilsel bağlantılı televizyon programlarına erişmesine imkân sağlamaktadır. Böylelikle bu tür bir düzenleme, o bölgedeki televizyon izleyicilerinin kendi dillerinde yerel ve ulusal haberlerin yanı sıra kendi kültürlerini temsil eden programlara erişmesini güvence altına almaktadır.[788]

b. Gereklilik

Gereklilik, bir önlemin güdülen amaca erişmek için gerekli olup olmadığı sorusuna ilişkindir.[789] Bir önlem, gereklilik testini geçmek için gerekli, elzem ve vazgeçilmez olmalıdır.[790] Öyleyse, bir önlemin istinat ettiği hedefe bu önlemden daha az kısıtlayıcı alternatif araçlarla erişmek mümkün olmamalıdır.[791] Bir başka deyişle, bir önlemin gerekli olması, üye devletin meşru çıkarını ihtilâflı önlem kadar etkili biçimde korurken serbest dolaşıma daha az kısıtlayıcı olabilecek alternatif bir önlemin gerçekçi bir şekilde mevcut olmamasına bağlıdır.[792] O hâlde, birden fazla uygun önlem arasında bir seçim söz konusu ise, en az külfetli ve eşit derecede etkili olanı seçilmelidir.[793] Bu nedenlerle 'en az kısıtlayıcı alternatif' olarak da adlandırılan bu test,[794] bilhassa malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden içtihat hukukunda baskın

[788] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 43.

[789] **GROUSSOT, (2006),** s. 454.

[790] Bkz. **JANS,** s. 240; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 650–651; **UEDA,** s. 562–563; Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 27.

[791] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 389.

[792] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 25. Ayrıca bkz. **JANS,** s. 240.

[793] **SNELL, (2005),** s. 198. Bkz. **RANACHER–STAUDIGL,** s. 115.

[794] Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 389; **TRIDIMAS, (1999),** s. 66. Bermann, bu testi ABD'deki adıyla 'en az şiddetli önlem' sorgulaması olarak nitelemektedir. Bkz. **BERMANN,** s. 81, 82. Yine bu test, 'en az kısıtlayıcı araçlar' olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 454.

konumdadır.[795] Esasen bir üye devlet, uygun önlemler arasında en az kısıtlayıcı olanı seçmemişse, ya korumacı ya da yeteneksizdir.[796]

Gereklilik testi, Divan kararlarına sıklıkla yansımaktadır.[797] Söz gelimi malların serbest dolaşımı ile ilgili *Rau* kararı uyarınca "bir üye devlet, aynı amaca erişmek için birden fazla seçeneğe sahipse, o üye devlet, malların serbest dolaşımını en az sınırlayan aracı seçmelidir."[798] Keza, kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili *Festersen* kararı uyarınca ihtilâflı ulusal önlem yönünden "[ikâmet] gerekliliğinden daha az kısıtlayıcı başka önlemler alınabilir miydi" sorusu gündeme gelmektedir.[799] Yine, Birlik vatandaşlığı ile ilgili *Turpeinen* kararına göre Finlandiya vergi sisteminin mukim olmayan vergi mükellefleri için basitleştirilmesi ve şeffaflaştırılması hedefleri, "Birlik vatandaşlarının dolaşım serbestîsini daha az kısıtlayıcı önlemler ile gerçekleştirilebilir" olması nedeniyle orantılılık ilkesi ile uyumsuzdur.[800] Öyleyse, burada, temel olarak, araçlar arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır: her iki önlem makul bir biçimde eşit derecede etkili midir ve eğer öyle ise, bu önlemler arasında hangisi diğer değerler üstünde en az kısıtlamayı gerektirmektedir?[801]

Peki, daha az kısıtlayıcı önlem olup olmadığı, ne şekilde ortaya konacaktır? Divanın içtihat hukukuna göre bir üye devlet, serbest dolaşım üstünde şiddetli etki bırakacak bir önlem getirmeye niyetlendiğinde "dolaşım serbestîsine daha az kısıtlayıcı önlemler kullanma olasılığını dikkatlice inceleme yükümlülüğü" altındadır. Bu yükümlülük yerine getirilmezse; Divan, alternatif araçların varlığına dair herhangi bir

---

[795] **SNELL, (2005),** s. 198. Bkz. **DE BÚRCA,** s. 139, 146.

[796] **SNELL, (2005),** s. 200. Benzer bir görüş için bkz. **DE BÚRCA,** s. 131.

[797] Bkz. **SNELL, (2003),** s. 338.

[798] Case 261/81 *Rau* [1982] pr. 12. Bkz. Case C-265/06 *Commission v Portugal* [2008] pr. 37.

[799] Case C-370/05 *Festersen* [2007] pr. 37. Bkz. Opinion of AG Mengozzi in Case C-182/06 *Lakebrink* [2007] pt. 52.

[800] Case C-520/04 *Turpeinen* [2006] pr. 34, 35.

[801] **BERMANN,** s. 82.

karar vermeye gerek görmeksizin orantılılık ilkesinin ihlâline karar verebilmektedir.[802] Buna karşın, bir üye devlete düşen ispat yükü, "o üye devletin bir diğer düşünülebilir önlemin aynı koşullar altında erişilmek istenen hedefi olanaklı kılacağını kesin olarak kanıtlamasını gerektirecek kadar kapsamlı değildir".[803]

Gereklilik testine ilişkin pek çok davadan örnek verilebilir. Söz gelimi, malların serbest dolaşımına ilişkin *UHT Milk* olarak anılan dava, daha az kısıtlayıcı önlemlere açıkça işaret etmektedir.[804] Burada Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda, UHT sürecinden geçirilmiş süt ve kremanın ithali ve bu ürünlerin kendi ülkelerinde satışı hakkında sınırlamalar getirmiştir.[805] Komisyon ise, bu sınırlamaları ABİHA md. 34'e aykırı bularak, bu devletler aleyhine ihlâl davası açmıştır.[806] İhtilaflı kurallar arasında yer alan ithal süt ile ilgili spesifik ithalat lisansı sistemi, md. 34 uyarınca yasak kabul edilerek, bu sistemin md. 36 uyarınca hayvan sağlığının korunması kapsamında kalıp kalmadığı ve orantılılığı değerlendirilmiştir.[807] Divana göre ithalatçılar tarafından lisans almak için yapılan başvurular sırasında sunulan bilgiler, yetkili makamlarca bu bilgiler merkezileştirilir ve bu bilgilerden uygun biçimde yararlanılırsa, hayvan sağlığının korunması amacına hizmet verecektir.[808] Bununla birlikte aynı sonuca:

> "…Birleşik Krallık makamları lisans verme usulünü kaldırsa ve işlerine yarayacak bilgiyi elde etmek ile kendilerini sınırlasa da, örneğin; ithalatçılar tarafından imzalanacak ve gerektiğinde uygun sertifikalarla tamamlanacak deklarasyonlar yoluyla da erişilebilir."[809]

---

[802] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 25. Bkz. Case C-320/03 *Commission v Austria* [2003] pr. 87.

[803] Case C-518/06 *Commission* v *Italy* [2009] pr. 84.

[804] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983].

[805] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 1.

[806] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 1.

[807] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 11, 16.

[808] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 17.

[809] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 18.

Öyleyse, ithalatta lisans gerekliliği, orantılılık ilkesi ile uyumlu olmamasından ötürü, md. 36 uyarınca haklı görülemeyecektir.[810]

Konuyla ilgili Birlik vatandaşlığı alanındaki *De Cuyper* kararı gereklilik testini geçen bir ulusal önlemi içermektedir.[811] Burada, Belçikalı Bay De Cuyper, Belçika'da yalnız yaşıyor olduğunu beyan ederek, 1997 yılında işsizlik ödeneği almaya başlamıştır.[812] İlgili Belçika kurumu müfettişleri, 2000 yılındaki teftişleri esnasında Bay De Cupyer'e ait bilgilerin gerçek olmadığını fark edince; Bay De Cuyper, 1999 yılının Ocak ayından bu yana Fransa'da yaşadığını itiraf etmiştir.[813] Bunun üzerine ilgili kurum, ikâmet koşulunu yerine getirmemesi nedeniyle bu kişiye ait işsizlik ödeneğini 1999 yılının Ocak ayından itibaren kesmiştir.[814] Divan, buradaki ikâmet koşulunu ABİHA md. 21 uyarınca kısıtlama olarak niteleyerek, haklı görülme ihtimalini ele almıştır.[815] Buna göre bu önlem, kamu yararına ilişkin ağır basan bir gereklilik olarak işsiz kişilerin istihdam ve aile durumlarının gözlenmesi ihtiyacına dayanmaktadır.[816] Yine, buradaki ikâmet koşulu, ilgili Belçika kurumu müfettişlerinin işsizlik ödeneği hakkının sürmesi için belirlenen (yalnız yaşama ve çalışmama gibi) hukuki gereksinimler ile uyumu gözlemesi ihtiyacını karşılamaktadır.[817] Ayrıca, bu olayda, daha az kısıtlayıcı gözlem önlemleri ihtimali yönünden, bu tür önlemlerin "güdülen amaca erişilmesini sağlamaya elverişli oldukları" ortaya konamamıştır.[818] Zira somut

---

[810] Case 124/81 *Commission v United Kingdom and Northern Ireland* [1983] pr. 19. Sermayenin serbest dolaşımı alanında gereklilik testinden kalan bir önlem için bkz. Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] pr. 27, 31.

[811] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006].

[812] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 12–14.

[813] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 15.

[814] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 16.

[815] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 39–40.

[816] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 41.

[817] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 43.

[818] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 44.

uyuşmazlıktaki gibi gözlem düzenlemelerinin etkililiği, beklenmedik ve olay yerinde yapılmasına bağlı olup; işsizlik ödeneği gözlemi, diğer kimi ödeneklere ilişkin gözlemlere nazaran daha kısıtlayıcı düzenlemeler getirilmesini haklı gösteren spesifik bir niteliğe sahiptir.[819] Öyleyse, "belge ya da sertifika sunulması gibi daha az kısıtlayıcı önlemler, gözlemin artık beklenmedik olmaması ve bundan ötürü daha az etkili olması anlamına gelecektir".[820] Bundan ötürü, ilgili ikâmet koşulu, orantılılık gereksinimini karşılamaktadır.[821]

c. *Stricto Sensu* Orantılılık

Stricto sensu orantılılık, neden olunan dezavantajların güdülen hedeflere karşı orantısız olmamasını zorunlu kılmaktadır.[822] Bir başka ifadeyle, *stricto sensu* orantılılık testi ile bir önlemin etkilerinin etkilenen çıkarlara ilişkin olarak orantısız ya da aşırı olup olmadığı analiz edilmektedir.[823] Öyleyse, *stricto sensu* orantılılık (dengeleme testi) ile bir önlemin sebebiyet verdiği serbest dolaşıma yönelik engelin o önlemin erişmeyi amaçladığı hedef veya sonuç ile orantısız olmaması ifade edilmektedir.[824] Yarışan hedeflerin gerçek bir değerlendirme ve dengelemesi de, bu aşamada gerçekleşmektedir.[825]

Hem doktrin hem de Divan, *stricto sensu* orantılılık konusuna ihtiyatla yaklaşmaktadır. Söz gelimi Snell'e göre *stricto sensu* orantılılık testinin avantajları ve

---

[819] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 45.

[820] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 46.

[821] Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] pr. 47.

[822] Joined Cases C-96/03 and C-97/03 *Tempelman and van Schaijk* [2005] pr. 47; Case C-220/01 *Lennox* [2003] pr. 76; Opinion of AG Kokott in Case C-342/05 *Commission v Finland* [2007] pt. 24.

[823] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 390.

[824] Bkz. **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 650–651; **UEDA,** s. 562–563; Opinion of AG van Gerven in Case C-159/90 *Grogan* [1991] pt. 27. Getiri-götürü analizi, temel olarak, bir önlemin avantajları ile dezavantajları arasında bir denge gerektirmektedir. **BERMANN,** s. 82.

[825] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 390. Ayrıca bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 455.

dezavantajları tartılınca, Divan bu alanda marjinal bir denetim ile yetinmelidir:[826] Ulusal önlemler, çoğu durumda uygulanmaya devam etmelidir; fakat, serbest ticaretteki Birlik çıkarının değeri, düzenlemenin değerini açıkça aşıyorsa, ulusal önlem orantısız olarak kabul görmelidir. Dahası Divan, *stricto sensu* orantılılık testini uygulamakta açıkça aşırı derecede temkinli davranarak, orantılılık testi kapsamında çıkarlar arası hakiki bir dengelemeyi bertaraf etmemekle birlikte, genel bir kural olarak böyle bir testi yürütmemektedir.[827]

Stricto sensu orantılılık, Hukuk Sözcüsü görüşleri ve Divan kararlarında yer bulmaktadır. Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro, *Ahokainen and Leppik* davasındaki Görüşünde *stricto sensu* orantılılık ile ilgili yararlı bilgiler sunmaktadır. Ona göre:

> "[*Stricto sensu* orantılılıkta] ilgili üye devlet, meşru çıkarlarına bahşetmeye karar verdiği koruma düzeyinin [Birlik] içi ticarette yol açtığı müdahale derecesi ile orantılı olduğunu göstermelidir. Bu test ile [gereklilik] testi arasındaki fark, [bu] testin sonucunda, *meşru çıkarlarının daha düşük bir düzeyde korunmasına yol açsa bile*; üye devletin [Birlik] içi ticareti daha az kısıtlayıcı önlem almasının gerekebilmesidir."[828]

Stricto sensu orantılılığın uygulanması ile ilgili yararlı bir tanım ise Divan tarafından *B & Q* kararı ile yapılmaktadır.[829] Buna göre:

> "[Birlik] hukuku uyarınca meşru amaç güden ulusal kuralların orantılılığını değerlendirmek, bu amaca erişmekteki ulusal çıkarı, malların serbest dolaşımının sağlanmasındaki [Birlik] çıkarı ile tartmayı içermektedir. Bu bakımdan ihtilaflı kuralların [Birlik] içi ticaret üstündeki kısıtlayıcı etkilerinin güdülen amaca erişmek için gerekli olanı aşmadığını doğrulamak için bu etkilerin doğrudan,

---

[826] **SNELL, (2005),** s. 204.

[827] **JANS,** s. 248.

[828] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

[829] Bkz. **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 390–391; **JANS,** s. 248; Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

dolaylı ya da salt spekülatif olup olmadığı ve bu etkilerin ithal ürünlerin pazarlanmasına ulusal ürünlerin pazarlanmasından daha fazla mâni olup olmadığı değerlendirilmelidir."[830]

Bu ifade, serbest ticaret bağlamında bir dengelemenin, ihtilâflı önlemin istinat ettiği ulusal hedefin değeri ve önemi ile serbest ticaretin sağlanmasındaki genel çıkar arasında bir karşılaştırmayı çoğunlukla içerdiğinin altını çizmektedir.[831]

Stricto sensu orantılılık ile ilgili kimi örnekler verilebilir. Bu açıdan, özellikle kişilerin ve Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı alanında bir takım kararlar ile cezai yaptırımlar ve orantılılık ilişkisi gündeme gelmektedir. Söz gelişi *Messner* kararında ulusal mevzuat, "ihlâlin ağırlığına nazaran oldukça orantısız bir ceza vazederek" işçilerin serbest dolaşımına engel oluşturduğundan haklı görülmemektedir.[832] Buna ek olarak, Divanın getiri ve götürü analizine başvurduğu iyi bir örnek malların serbest dolaşımı ile ilgili *Commission v Denmark* davasıdır.[833] Burada Danimarka, bira ve meşrubat kaplarının iade edilebilir olması şartını getirmiştir. Bu kaplar, iade edilebilir olma şartına uygunluk yönünden denetlenerek, Çevrenin Korunması Ulusal Ajansı tarafından onaylanacaktır.[834] Komisyon, bu sistemin malların serbest dolaşımı ile uyumsuz olduğunu belirterek, Danimarka'ya karşı ihlal davası açmıştır.[835] 16 Mart 1984 tarihindeki karar neticesinde, depozito ve iade sistemi kurulması hâlinde, metal olanlar dışındaki onaylanmayan kaplar, yabancı üretici için yılda 3000 hektolitreyi aşmayacak miktarda kullanılabilecektir.[836] Danimarka'ya göre bu kurallar, çevrenin korunması

[830] Case C-169/91 *B & Q* [1992] pr. 15.

[831] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 390.

[832] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 14. Bu davanın vakaları için bkz. 480. s. Ayrıca bkz. Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] pr. 44; Case C-459/99 *MRAX* [2002] pr. 78; Case C-215/03 *Oulane* [2005] pr. 24.

[833] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988]. Bkz. **BERMANN,** s. 81; **SNELL, (2005),** s. 206.

[834] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 1–2.

[835] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 1.

[836] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 3.

zorunlu gereksinimi ışığında haklı görülmelidir.[837] Divan, çevrenin korunmasının zorunlu gereksinim olduğunu yineledikten sonra, ulusal önlemin çevrenin korunması amacı ile orantılı olup olmadığına bakmıştır.[838] Divana göre depozito ve iade sistemi kurulması gerekliliği, kapların yeniden kullanılmasının sağlanmasını amaçlayan sisteminin vazgeçilmez unsuru olduğundan bu kuralların malların serbest dolaşımını sınırlaması orantılıdır.[839] Buna karşın, üretici ve ithalatçıların sadece Çevrenin Korunması Ulusal Ajansı tarafından onaylanmış kapları kullanması gerekliliği, iade edilen kapları yeniden kullanmaya hazır yabancı üreticinin Danimarka makamlarınca red edilebilecek olması ve ithalatçılarca pazarlanabilecek ürün miktarının sınırlanması karşısında erişilmek istenilen hedef ile orantılı bulunmamıştır.[840]

Ayrıca, kimi davalarda *stricto sensu* orantılılık testi ile ilgili olarak marjinal bir denetim, gereklilik testi altında uygulanabilmektedir.[841] Örneğin, *Cassis de Dijon* davasında Alman hükümeti, alkollü içeceklere asgari alkol oranları getiren ulusal kuralların uygulanmasını haklı göstermek için çeşitli argümanlar ileri sürmüştür. Bu argümanlar arasında tüketicinin korunması yer almaktadır.[842] Buna göre belirli likörler için asgari alkol oranları, alkollü içecek üreticileri ve dağıtıcıları nezdindeki haksız uygulamalar karşısında tüketicinin korunması için belirlenmektedir.[843] Divana göre bu amaç, gerekli bilginin ürünün paketinde köken işareti ve alkol oranının gösterilmesi

[837] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 7.

[838] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 8–9, 11–12.

[839] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 13. Krş. Case C-309/02 *Radlberger* [2004] pr. 83. Divanın bir ulusal önlemi orantılı kabul ettiği diğer kararlarla ilgili olarak bkz. Case C-284/95 *Hi-Tech* [1998] pr. 66.

[840] Case 302/86 *Commission v Denmark* [1988] pr. 16, 21–22. Langer ve Wiers, Divanın çevresel ve iç pazara ait çıkarları tartmaya zorlanması ve ona yardımcı olacak (derdest) Birlik düzenlemelerinin olmaması hâlinde, Divanın 'yargısal öz kısıtlama'ya saygı göstererek, marjinal bir test uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir. **LANGER–WIERS,** s. 192.

[841] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 209.

[842] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 9.

[843] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 12.

neticesinde tüketiciye aktarılması ile de sağlanabilir.[844] Öyleyse, burada orantılılık ilkesi ile uyum yoktur.[845] İşte burada etiketleme, eşit bir koruma düzeyine erişen daha az kısıtlayıcı bir araç değildir; etkiletleme ile sunulan tüketicinin korunması düzeyi, daha düşüktür.[846] Öyleyse, orantılılık ilkesi ile uyum, burada gereklilik testi altında icra edilen bir *stricto sensu* orantılılık testine dönüşmektedir.

3. Orantılılık Testinin Yoğunluğu

Orantılık testinin yoğunluğu, bir mahkemenin bir önlemin orantılılık ilkesi ile uyumunu ne kadar sıkı değerlendirdiği ile ilgilidir. Orantılılık ilkesinin Divanca uygulanışı, oldukça itaatkâr bir yaklaşımdan ihtilâflı önlem için dayanılan haklı sebebin ihtimamlı ve araştırıcı biçimde incelemesine kadar uzanan geniş bir alanı kapsamaktadır.[847] Zira Birlik hukukunda orantılılık, birörnek bir test dikte etmekten ziyade; farklı bağlamlarda farklı çıkarları korumak için kullanılan ve değişen derecelerde yargısal denetim içeren esnek bir ilkedir.[848] Bir olaydaki farklı çıkarların tartılması hakkındaki yargısal süreç, davadan davaya ve bağlamdan bağlama epeyce farklılık göstermektedir.[849] Bir başka ifadeyle, orantılılık ilkesi, birden çok uygulamaya imkân sağlamak için yeterince esnek olup;[850] orantılılık testi, somut olaya göre farklı yoğunluklarda uygulanabilmektedir.[851]

Orantılılık ilkesi, davadan davaya farklılaşarak, esnek biçimde uygulanması nedeniyle hem eleştirilmekte hem de bu durum yerinde görülmektedir.[852] Bu durumu

---

[844] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 13.

[845] Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979] pr. 14.

[846] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 209.

[847] **DE BÚRCA,** s. 111.

[848] **TRIDIMAS, (1999),** s. 69.

[849] **DE BÚRCA,** s. 114.

[850] Bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 464; **MORAL SORIANO,** s. 120.

[851] Bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 464; **JACOBS, (1999),** s. 8, 20; **SNELL, (2005),** s. 212.

[852] Esnek uygulama ile ilgili olarak bkz. Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 846; **JANS,** s. 263; **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 649; **TRIDIMAS, (2007),** s. 196.

eleştirenlere göre esnek uygulama nedeni ile orantılılık ilkesinin uygulanışında belirlilik ve bütünlük yoktur. Söz gelimi, Tridimas'a göre temel serbestîlerin uygulama alanını belirleyen kriterlerin açık bir şekilde ifade edilememesi; nesnellik, belirlilik ve şeffaflıktan yoksun olabilecek orantılılık ilkesine aşırı bağımlılık riskini taşımaktadır.[853] Buna karşın Chalmers ve diğerlerine göre bu tür bir eleştiri haklı olmakla birlikte, ekonomik serbestîler ile oldukça çeşitli kamu çıkarları arasındaki yüzleşmenin heterojen gerilimler yaratması kaçınılmaz olup; bu uyumsuzluk, alternatifi ulusal endişelere duyarsız olmak ise ödenmesi gereken bir bedel olabilir.[854] Yine Bermann'a göre Birlik mahkemeleri, orantılılık ilkesini uygularken denetleme düzeyini yoğunlaştırma ya da yumuşatma özgürlüğüne ihtiyaç duymaktadır ve bugüne kadar hiç kimse, bu tür bir uygulamanın herhangi bir özlü zarar ya da adaletsizliğe yol açtığına dair güçlü bir argüman ileri sürememiştir.[855]

Orantılılık ilkesinin yoğunluğu, kimi etmenler tarafından etkilenirken; bu tür etkilerle ilgili kimi genel tespitler yapılabilir. Bu yönler, aşağıda sırasıyla yer almaktadır.

A. Orantılılık Testinin Yoğunluğunu Etkileyen Etmenler

Orantılılık ilkesi, uygulanması esnasında çeşitli etmenlerden etkilenmektedir. Bu bakımdan, ilgili uyuşmazlık bağlamındaki, söz gelimi bu uyuşmazlığın konusu ve ilgili çıkar türleri gibi etmenler, bu ilkenin uygulanmasını kuşkusuz etkileyebilecektir.[856] İşte bu tür etmenler farklı yazarlarca tasniflenmiştir. Burada, Tridimas ve De Búrca tarafından yapılan tasniflere yer verilecektir.[857] İlkin Tridimas'a göre Divan, orantılılık

[853] **TRIDIMAS, (2007),** s. 207.

[854] **CHALMERS–*et.al.*,** s. 850.

[855] **BERMANN,** s. 85.

[856] Bkz. **UEDA,** s. 563. Ayrıca bkz. **GROUSSOT, (2006),** s. 464.

[857] Ayrıca bkz. **BERMANN,** s. 83.

ilkesine ait testleri, değişen ölçüde sıkılık ile uygulayıp; bu bakımdan şu etmenler bu esnada rol alabilmektedir:[858]

- Değerlendirme yetkisi (Bir kurumun değerlendirme yetkisi ne kadar geniş ise, Divanca yürütülen denetim, o kadar az kapsamlıdır.);
- İlgili önlemin kısıtlayıcı etkisi ve olumsuz yönde etkilenen çıkarın türü (Bir önlem, özel çıkarıları ne kadar şiddetli etkiliyorsa, o önlemin gerekliliğini ortaya koymak o kadar zordur.);
- İlgili önlemin hedefi ve o önlemin korumayı amaçladığı çıkarın türü;
- Aynı hedefe daha az kısıtlayıcı önlemler ile erişilip erişilemeyeceği;
- Mukayese edilebilir ürün veya üreticilere ilişkin muamele;
- Bir bireyin ilgili önlem neticesinde hakiki bir güçlük çekip çekmediği;
- İlgili önlemin geçici etkisi;
- Bir durumun aciliyeti;
- İlgili konunun teknik niteliği ve gerekli olan uzmanlık derecesi.

Ayrıca, De Búrca'ya göre Divan, bir karara varırken yalnızca başvuran tarafından ileri sürülen çıkar ya da hakkın ve ilgili önlem tarafından hizmet edildiği iddia edilen hedefin niteliği ve öneminden değil; aynı zamanda görece uzmanlığı, pozisyonu ve karar alan otorite karşısında Divanın genel yetkisinden etkilenmektedir.[859] Bundan başka, şu etmenler, Divanın ihtilaflı önlemleri çok yakından denetlemekte temkinli davranmasına yol açıyor gözükmektedir:[860]

(a) İhtilaflı önlem, önemli bir amaç gütmekte midir?

(b) İlgili önlemin konusu, karar alıcılara geniş takdir yetkisi tanınan ve açıkça siyasi sorumluluk üstlendikleri bir konu mudur?

---

[858] **TRIDIMAS, (1999),** s. 76–77. (*Vurgu* kaldırılmıştır.)

[859] **DE BÚRCA,** s. 111, 127.

[860] **DE BÚRCA,** s. 147.

(c) Etkilenen çıkar ya da hak, önemli ve hukuken tanınmış temel nitelikteki bir çıkar ya da haktan başka mıdır ve aşırı şiddetli olmayan bir biçimde mi kısıtlanmıştır?

(d) İhtilâflı önlem, üye devlet işlemi ve ihlâl edilen çıkar dolaşım serbestîsi gibi Birlik hukukunun temel bir kuralı ise, ilgili devletin amacı aşağıdakilerle ilişkili midir?

(i) Başka Birlik kurallarının işleyişini etkileyenler hariç olmak üzere; Birlik yetkisi alanında olmayan ulusal olarak hassas veya ideolojik olarak çekişmeli bir konu.

(ii) Uzmanlık bilgisi, tecrübesi ve çeşitli ulusal gereksinimlerin takdirini gerektiren karmaşık bir siyasi hedef.

(iii) Belirli çıkarlar için Avrupa çapında uyumlaştırılmış ya da uluslararası alanda kabul gören koruma standartlarının henüz olmadığı bir alan.

(iv) Örneğin, pahalı bir sosyal politikanın yeniden düzenlenmesini gerektirecek olan gibi orantısızlık bulgusunun devlet üstüne hatırı sayılır derecede finansal yük yükleyeceği bir alan.

Buradaki etmenlere veya belirlemelere ek olarak, bir noktaya daha dikkat çekmek gerekmektedir. Gerek bu etmenler veya belirlemeler gerek orantılılık ilkesine yönelik değerlendirmeyi yapacak kişiler açısından öznellik bulunmaktadır.[861] Öyleyse, orantılılık ilkesi ile ilgili temel bir sorun, bu ilkenin davadan davaya uygulanışının *ad hoc* niteliğidir.[862] O hâlde, orantılılık ilkesinin yoğunluğu, belirlenen etmenler nazara alınarak davadan davaya farklılık gösterecektir. Bununla birlikte, konuyla ilgili kimi genellemeler yapmak da mümkün gözükmektedir. Sırada, bu genellemeler yer almaktadır.

[861] Bkz. **UEDA,** s. 563.

[862] **UEDA,** s. 563.

B. Orantılılık Testinin Yoğunluğuna İlişkin Kimi Genellemeler

Orantılılık testinin yoğunluğuna ilişkin kimi genellemeler yapılabilir. Bu bakımdan, evvela, Divanca kullanılan tetkik derecesi, tahdidin kurucu antlaşmadaki istisnalar veya kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile vaz edilmesine dayalı olarak farklılık göstermemektedir.[863] Bunun yanı sıra; amaç ile araç denetimi, bir konunun hassasiyeti, bir alandaki yetki, bir tahdidin niteliği, bütünüyle veya kısmen yasaklama, önceden izin alma ile bildirimde bulunma, ilgili meşru çıkara ilişkin ortak bir koruma düzeyi olması ve bir alanda üye devletlere ilişkin çoğunluk görüşü olması konuları yönünden genellemeler yapılabilmektedir. Bu genellemeler, sırasıyla aşağıda yer almaktadır.

a. Amaç Denetimi ile Araç Denetimi

Divan içtihatı uyarınca uygunluk testi, gereklilik (ve *stricto sensu* orantılılık) testine göre daha rahat sağlanmaktadır. Bu bakımdan, ilgili araç, güdülen amaca genellikle uygun kabul edilirken;[864] bu amaca erişmek için seçilen araç, alternatifleri – daha az sınırlayıcı önlemler ya da hiç önlem alınmaması hâli– açısından daha yoğun biçimde ele alınmaktadır. Bir başka ifadeyle Divan, amaçlar hakkında hafif bir denetim benimserken; bu amaçlara erişme araçlarının denetimi konusunda çok daha fazla sıkı davranabilmektedir.[865] Öyleyse, netice olarak; uygunluk, gereklilik ve *stricto sensu* orantılılık testlerinin yoğunluk yönünden artan bir sıra takip ettiği belirtilebilir.[866]

b. Bir Konunun Hassasiyeti

Bir konunun hassas olması, o konudaki orantılılık denetimini hafifletirken;[867] bu tür konular dışındakiler yönünden orantılılık sıkı biçimde denetlenmektedir.[868] Bir konu

[863] Bkz. **TRIDIMAS, (2007),** s. 212.

[864] Bkz. **JANS,** s. 240.

[865] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 81.

[866] **JANS,** s. 241.

[867] Bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 849. Bkz. Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 61–63; Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 37–41. Sigorta hizmetine ilişkin bir örnek için bkz. **HORSPOOL–*et.al.*,** s. 338.

hassas ise bir davadaki kamu çıkarı sorunlarının önemi ve hassasiyeti, belirli etkinlikleri kısıtlama ve/veya yasaklamanın gereğini değerlendirme konusunda üye devletlere geniş takdir yetkisi bırakırken;[869] bir konu hassas değilse Divan, orantılılık ilkesini istenilen sonuca ulaşmak için mutlaka gerekli olanın ötesine geçen tüm önlemleri dışlar biçimde uygulamaktadır.[870]

Burada, kimi konular, hassas olarak nitelenebilir. Divan, örneğin ulusal güvenlik, ekonomi politikası veya ulusal harcama meseleleri içeren önlemler gibi belirli spesifik siyasi bağlamlarda denetim bakımından daha itaatkâr olma eğilimi göstermektedir.[871] Yine, genel ahlak, kamu düzeni, kamu güvenliği ve bunlarla ilişkili kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerin esas olarak üye devlet yetkisinde kalması dolayısıyla, Divan, bu konularda üye devlet önlemlerine riayet etmektedir.[872] Bir başka örnek olarak, kültür politikası aracılığıyla çoğulculuğun muhafaza edilmesi, ifade özgürlüğü temel hakkı ile ilişkili olduğudan, ulusal otoriteler "geniş bir takdir yetkisi"ne sahiptir.[873] Buna ek olarak, Hukuk Sözcüsü Trstenjak'a göre kişilik ile aile ve özel hayat hakkı gibi anayasal statüdeki hukuki çıkarların korunması ile ilgili olarak, ulusal yasa koyuculara belirli bir takdir yetkisi tanınmalıdır.[874] Dahası, üye devletler, alkol istismarının önlenmesi ve onun tüketilmesi ile ilişkili pek çok suç türüne karşı mücadele edilmesi gibi Birlik hukuku uyarınca meşru olan ve devletlerce özel önem atfedilen

---

[868] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 804; **BIONDI,** s. 471, 476; **SNELL, (2005),** s. 213. Bkz. Case 104/75 *de Peijper* [1976] pr. 32; Case C-212/97 *Centros* [1999] pr. 37.

[869] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 810. Ayrıca bkz. Case C-288/89 *Gouda* [1991] pr. 15.

[870] Bkz. **STEINER–*et. al.*,** s. 380.

[871] Bkz. **DE BÚRCA,** s. 111; **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 394.

[872] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 212–213. Ayrıca bkz. **JANS,** s. 246. Yine, bir üye devlet, koruma düzeyine ilişkin olarak münhasır yetkiye sahipse, *stricto sensu* orantılılık testi bertaraf edilmektedir. **JANS,** s. 250.

[873] Case C-250/06 *United Pan-Europe Communications and others* [2007] pr. 44.

[874] Opinion of AG Trstenjak in Case C-81/09 *Tipou* [2010] pt. 104.

hedeflere dönük olarak somut sonuçlara erişmeyi sağlayacak önlemleri belirlemek konusunda takdir yetkisinden yararlanmaktadır.[875]

Kimi konulardaki denetim ise daha katıdır. Gerçekten; tüketicinin korunması, sağlığın korunması, çevrenin korunması ve işçinin korunması gibi ulusal önlemin üçüncü kişilerin çıkarlarını korumak için çıkarılması hâlinde sıkı biçimde orantılılık denetimi yapılmaktadır.[876] Öyleyse, ulusal kurallar siyasi olarak zor meseleler çıkarmıyorsa, Divanın incelemesi oldukça detaylı olmaya yatkındır.[877] Yine, etkilenen belirli hak ya da Birlikteki belirli çıkar ne kadar önemli ve onun üstündeki ters ya da kısıtlayıcı etki ne kadar büyük ise; Divanın daha az kısıtlayıcı alternatifin varlığına yönelik arayışı muhtemelen o kadar daha sıkıdır.[878]

Konuyla ilgili olarak, sırasıyla, hafif ve sıkı orantılılık denetimi içeren *Läärä* ve *Familiapress* kararlarına değinilebilir.[879] *Läärä* davasında Finlandiya düzenlemeleri, tek bir kamu organına kumar aletlerini işletmek için münhasır haklar tanımaktadır.[880] Bu düzenleme, diğer üye devletlerdeki işletmecileri ödeme karşılığında kamu kullanımına sunulacak kumar makineleri yapmaktan doğrudan veya dolaylı olarak alıkoyarak, hizmet sunumu serbestîsine engel oluşturmaktadır.[881] Buna karşın, bu düzenleme, hizmet alıcılarının –tüketicilerin– korunması ve toplumda düzenin muhafaza edilmesi

---

[875] Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pr. 32. Ayrıca bkz. Case C-394/97 *Heinonen* [1999] pr. 43.

[876] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 82; **CHALMERS–*et.al.*,** s. 846.

[877] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 382.

[878] **DE BÚRCA,** s. 148.

[879] Case C-124/97 *Läärä* [1999] ve Case C-368/95 *Familiapress* [1997]. Hafif bir orantılılık denetimi için ayrıca bkz. Case C-275/92 *Schindler* [1994] pr. 54–55, 60–62; Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 37–40; Joined Cases C-94/04 and C-202/04 *Cipolla and Others* [2006] pr. 65; Case C-65/05 *Commission v Greece* [2006] pr. 37–41.

[880] Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 10.

[881] Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 29.

ile haklı gösterilebilecektir.[882] Kumarın her türü yönünden ülkesindeki koruma düzeyini belirlemek, her üye devletin değerlendirme yetkisinin bir parçasıdır. Ulusal otoriteler, bu tür etkinlikleri tamamen veya kısmen yasaklamak ya da yalnızca kısıtlamak ve bu amaçla daha çok veya az sıkı denetim mekanizmaları kurmak konusunda serbesttir.[883] Ulusal düzenleme, suç ve dolandırıcılık riski göz önüne alındığında, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı gözükmektedir.[884]

Familiapress davası, sıkı orantılılık denetimine örnektir.[885] Burada, Almanya'da yerleşik Heinrich Bauer yayınevi, Almanya'da çıkarttığı ve ödüllü bulmacalar içeren "Laura" dergisini aynı zamanda Avusturya'da da dağıtmaktadır.[886] Buna karşın, ödüllü bulmacalar, Avusturya hukukuna aykırıdır.[887] Divan, bu ulusal kuralı, miktar kısıtlamasına eşdeğer etkili kısıtlama kabul etmiştir.[888] Bununla birlikte, bu kural, basın çeşitliliğinin muhafaza edilmesi ile haklı gösterilebilir.[889] Buna karşın, ihtilaflı kural, orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.[890] Bu ilkeye uygunluk tespit edilirken, ilk olarak, bulmacaya ödül koyan gazetelerin ihtilaflı düzenlemenin korumayı amaçladığı ve kıyaslanabilir ödüller sunma imkânı olmayan basındaki küçük yayımcılarla rekabet içinde olup olmadığı belirlenmelidir. İkinci olarak ise, böyle bir ödül kazanma olasılığının talepte kayma yaratmaya elverişli bir teşvik oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir.[891] Bu koşulların yerine gelip gelmediği, ulusal mahkeme tarafından

[882] Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 33.

[883] Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 35.

[884] Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 41, 42.

[885] Case C-368/95 *Familiapress* [1997].

[886] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 3.

[887] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 4.

[888] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 12.

[889] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 13, 18.

[890] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 19, 27.

[891] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 28.

Avusturya basın pazarı incelenerek belirlenecektir.[892] Bu çalışma ile ulusal mahkeme, ihtilaflı ürün pazarını tanımlamalı ve bireysel yayımcılar veya yayımcı gruplarının pazar paylarını göz önüne alarak trendi ortaya koymalıdır.[893] Ayrıca, ulusal mahkeme, tüketicinin bakış açısından ilgili ürünün ödül vermeyen gazetelerin yerine ne ölçüde geçebileceğini takdir etmelidir. Bu tespit yapılırken, ilk sayfada yer alan ödül kazanma ihtimaline yönelik reklamın varlığı, kazanma ihtimalinin yüksekliği, ödülün miktarı veya ödülü kazanmanın ne ölçüde yaratıcılığa, beceriye veya bilgiye ilişkin bir teste dayanması gibi satın alma kararını etkileyen her tür koşul göz önüne alınmalıdır.[894] Buna ek olarak, ulusal mahkeme, basının çeşitliğinin muhafaza edilmesinin, ödüllü gazetelerin dağıtımını tamamen yasaklamak yerine Birlik içi ticareti daha az sınırlayıcı bir araçla, örneğin Avusturya'ya gönderilen dergiler yönünden ödüle ilişkin reklamların kaldırılması veya Avusturya'daki okuyuculara ödül verilmemesi ile sağlanıp sağlanmayacağını da belirleyecektir.[895]

c. Bir Alandaki Yetki

Bir alandaki yetkinin münhasıran üye devlette olması, orantılılık denetimindeki sıkılığı azaltmaktadır. Nitekim bir önlem, esas olarak devletin yetkisi içinde görülürse, Divan, çok önemli bir Birlik çıkarı olumsuz yönde etkilenmedikçe, ilgili ulusal önlemin orantılılığını çok yakından incelemek konusunda muhtemelen isteksiz olacaktır.[896] Bu tür alanlara kimi örnekler verilebilir. Söz gelişi, kamu düzeninin muhafaza edilmesi ve iç güvenliğin korunması gibi münhasır yetki alanlarında üye devletler, temel serbestîlerin ihlâllerine karşı alınacak en uygun önlemleri belirlemek konusunda belirli bir takdir yetkisi kullanmaktadır.[897] Yine, doğrudan vergilendirme ve eğitim sisteminin

[892] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 29.

[893] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 30, 34.

[894] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 31, 34.

[895] Case C-368/95 *Familiapress* [1997] pr. 32–33.

[896] **DE BÚRCA,** s. 112.

[897] Case C-265/95 *Commission v France* [1997] pr. 33.

örgütlenmesi gibi alanlar, hâlen birinci derecede ulusal hukukça düzenlenmekte olduğundan, üye devletler bu alanlardaki ulusal kuralları kabul ederken oldukça geniş takdir yetkisine sahiptir.[898] Keza, sosyal yardımların Birlik hukukunca idare edilmemesi, üye devletlerin bu tür yardımlara dair sistemi düzenlerken oldukça geniş takdir yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir.[899]

d. Bir Tahdidin Niteliği

Tahdit yönünden ayrımcılık yasağından ziyade kısıtlama yasağı esas alındıkça, orantılılık denetiminin yoğunluğu hafiflemektedir. Gerçekten de, söz gelişi *Cinéthèque* ve *Alpine Investments* kararları nazara alındığında Divan, temel serbestîlerin kapsamını ne kadar geniş anlıyorsa; orantılılık ilkesini uygulamakta o kadar az kuvvetli davranmaktadır.[900] Keza Spaventa'ya göre Divan, bir ekonomik etkinliği düzenleyen ayrımcı olmayan kuralların bir ülkede yerleşik kişilere vaz edilebileceğini *ilke olarak* kabul edip; herhâlukârda bu nedenle bu kurallar, 'daha hafif' orantılılık değerlendirmesine tâbi tutularak genellikle haklı görülmektedir.[901] Bu açıdan bakıldığında, hafif bir orantılılık denetimi, serbest dolaşımın kapsamını genişletme açısından *quid pro quo* (karşılığı) olmaktadır.[902]

e. Bütünüyle Yasaklama ile Kısmî Yasaklama

Bir alanda bütünüyle yasaklama ya da hariç tutma getiren önlemlerin orantılılık ilkesi ile uyumsuz bulunma ihtimali, bu alanda kısmî yasaklama ya da hariç tutma içeren önlemlere nazaran daha yüksektir.[903]

İlk olarak, bir alanda bütünüyle yasaklama ya da hariç tutma getiren önlemler, genellikle, orantılılık ilkesi ile uyumsuz addedilmektedir. Nitekim Divan, genel olarak,

---

[898] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-281/06 *Jundt* [2007] pt. 16.

[899] Opinion of AG Kokott in Case C-192/05 *Tas-Hagen* [2006] pt. 41.

[900] **TRIDIMAS, (2007),** s. 216.

[901] **SPAVENTA, (2007),** s. 99.

[902] **TRIDIMAS, (2007),** s. 216.

[903] Bkz. **JANS,** s. 264.

bir ürünü yasaklayan ulusal kuralı orantısız bulmaktadır.[904] Buna ek olarak, bir alandaki hariç tutmalar da orantısız sayılmaktadır. Konuyla ilgili *Commission v Spain* davasında İspanya, ülkesi içinde organize edilmiş her türlü piyango, şans oyunu ve bahis kazançlarını gelir vergisinden muaf tutarken; ülkesi dışındakileri vergilendirmektedir.[905] Divan, bu uygulamayı belirli teşebbüsler yönünden doğrudan ayrımcı bulmuştur.[906] Bundan ötürü, bu tür bir önlem, yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar ile haklı gösterilebilecektir.[907] Bu açıdan, kara para aklamanın önlenmesi ve vergi kaçakçılığı ile mücadele hedefleri ile ilgili olarak, bu hedeflerin kamu düzeni tanımı içinde kalıp kalmadığını belirlemeye gerek yoktur. Bu açıdan, bir üye devletin otoritelerinin genel bir biçimde ve ayrım yapmaksızın başka üye devlette yerleşik organ ve birimlerin cezai etkinlik yürüttüğünü varsayması haklı görülemeyecektir. "Dahası, bu tür organ ve birimleri bu vergi muafiyetinin faydasından *genel bir biçimde dışlamak*, suçla mücadele için gerekli olanın ötesine geçtiğinden" orantısızdır.[908]

Yine de Divan, kimi istisnai hâllerde bütünüyle yasaklamayı kurucu antlaşmaya uygun görebilmektedir. Örneğin *Toolex* davasındaki önlem, *trichloroethylene* adlı maddenin sanayide kullanımını tamamen yasaklamaktadır.[909] Divan, bu önlemin orantılılık ilkesine uygunluğunu denetlerken; Uluslararası Kanser Araştırma Ajansı ile Dünya Sağlık Örgütünün çalışmalarının yanı sıra yakın tarihte yapılan Alman araştırması ve Amerikan epidemiyolojik çalışmaları sonuçlarını dikkate alarak, bu maddenin insanlarda kanser hastalığına yol açma riskini ortaya koymuştur.[910] Konu hakkındaki en son tıbbi araştırmaları nazara alan Divana göre ilgili önlem, gerekli

[904] **BARNARD, (2010),** s. 174. Örnek olarak bkz. Case C-350/97 *Monsees* [1999] pr. 29.

[905] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 1.

[906] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 34.

[907] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 38.

[908] Case C-153/08 *Commission v Spain* [2009] pr. 39. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[909] Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 39.

[910] Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 40–44.

olanın ötesine geçmemektedir.[911] Öyleyse, ihtilaflı önlem, insan sağlığının korunması istisnası içinde kalmaktadır.[912]

İkinci olarak, kısmî yasaklama ya da hariç tutma içeren önlemler, çoğunlukla orantılılık ilkesi ile uyumlu sayılmaktadır. Söz gelişi *Aragonesa* davasında ulusal önlem, alkol oranı %23'ten yüksek alkollü içeceklere yönelik otoyollar ve sinemalar gibi kimi belirli yerlerde reklam yasağı getirmektedir.[913] Divana göre sınırlı alanda reklam yasaklaması getiren ulusal önlem, alkol karşıtı kampanyanın oldukça önem taşıdığı iki nüfus kategorisi olan araba sahipleri ve genç insanların sıklıkla bulunacağı yerleri içermesi nedeniyle orantılıdır.[914]

f. Önceden İzin Alma ile Bildirimde Bulunma

Önceden izin alma ile bildirimde bulunma usulleri, özellikle sermayenin serbest dolaşımı alanında görülmektedir. Burada, Divan, orantılılık ilkesinden hareketle önceden izin alma usulünü dolaşım serbestîsine genellikle aykırı bulurken; bildirimde bulunma usulünü genellikle uyumlu bulmaktadır.

Konuyla ilgili olarak, bilhassa sermayenin serbest dolaşımı alanında görülen birkaç karara değinilebilir.[915] Söz gelimi *Konle* kararı uyarınca bir başka üye devlet vatandaşının bir arazi parçasını ancak gerekli idari izin ile satın alabilmesi kuralı, orantılılık ilkesi ile uyumlu değildir.[916] Zira, burada, bildirimde bulunmaya ilişkin usulün, örneğin ikinci konut ile ilgili ulusal hukukun ihlâlinin para cezasına çarptırılması gibi bir yaptırım ile birlikte desteklenmesi yeterlidir.[917] Divan, *Reisch and Others* kararı ile bildirimde bulunmanın orantılı yönlerini açmaktadır: Bildirimde

[911] Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 45.

[912] Case C-473/98 *Toolex Alpha* [2000] pr. 49.

[913] Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa* [1991] pr. 17–18.

[914] Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa* [1991] pr. 18.

[915] Genel olarak bkz. **BARNARD, (2010),** s. 582–584; **FLYNN,** s. 801–802.

[916] Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 15, 49.

[917] Case C-302/97 *Konle* [1999] pr. 46, 47, 49

bulunma, sadece *a posteriori* uygulanan denetim usullerinin aksine, taşınmazı edinen kişiyi hukuki belirlilik unsuru ile donatma avantajına sahiptir. Dahası, önceden inceleme, hızlıca bitirilen inşaat projelerince sebep olunan zararı önlemekte daha iyi bir konumdadır.[918] Keza, *Sanz de Lera and Others* kararına göre önceden bildirim, planlanan işlemin niteliği ve bildirimde bulunanın kimliği hakkında yararlı bilgiler vermesinden ötürü, kurucu antlaşma ile uyumludur.[919] Yine, *Bordessa and Others* kararı uyarınca önceden bildirim, önceden iznin aksine, bir taraftan ihtilaflı işlemin dondurulmasını içermezken; öte taraftan ulusal hukuk ve düzenlemelerin ihlâlini önlemek için etkili denetim yapmak bakımından ulusal otoritelere hâlen imkân tanımaktadır.[920]

g. İlgili Meşru Çıkara Dair Ortak Bir Koruma Düzeyi Olması

Bir meşru çıkara dair ortak koruma düzeyi bulunuyorsa, orantılılık testi daha sıkı uygulanmaktadır. Söz konusu bağlantıya işaret eden Hukuk Sözcüsü Poiares Maduro'ya göre:

> "Divan, bilhassa *stricto sensu* orantılılık testi esnasında, alakalı kamu çıkarına tanınmak istenen koruma düzeyinin seçiminde üye devletlere beliri bir miktar takdir yetkisi bırakmaktadır.[921] Bundan ötürü, farklı üye devletler, korumaya değer buldukları meşru çıkarlara farklı değerler atfedebilmektedir. [Birlik] hukuku, tetkik edilmekte olan meşru çıkar hakkında ortak bir koruma düzeyini hâlihazırda açıkça belirlemiş ise, o alanlarda Divan bu testi daha sıkı uygulamaktadır."[922]

[918] Joined Cases C-515/99, C-519–524/99 and C-526–540/99 *Reisch and Others* [2002] pr. 36.

[919] Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995] pr. 38.

[920] Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] pr. 27.

[921] Örnek olarak bkz. Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 32, 37, 39.

[922] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

Örneğin, Divan, tüketicinin korunması ile ilgili olan kararlarda çoğu kez *stricto sensu* orantılılık testinin ihlâline karar vermektedir.[923] Burada Divan, evvela, "orta derecede bilgili tüketici" veya "orta derecede dikkatli tüketici"yi esas alarak hareket etmektedir.[924] Bunun sonucunda üye devletlerin koruma düzeylerini bu noktaya uyarlaması gerekmektedir.[925] Nitekim Divan, ürün gereklilikleri ile ilgili pek çok davada tüketicinin aldanmaması için bir etiketleme gereksiniminin yeterli olacağına karar vermektedir.[926] Söz gelişi, şifalı bitkilere dayalı olan ürünlerin niteliği, içeriği ve ayırt edici özelliği hakkında tüketiciyi bilgilendiren uygun bir etiketleme, tüketicinin korunması hedefini gerçekleştirmektedir.[927] Bununla beraber, bu yaklaşım, hizmetlerin serbest dolaşımı alanında tüketiciye bilgi sunulmasının ötesinde ek bir boyuta sahiptir. Burada, Divan, hizmet sunan ile alan arasındaki bilgi düzeyindeki asimetri oldukça fazla olduğundan üye devletlere tüketicileri dezavantajlı sözleşmelere karşı korumak için müdahale izni tanımakta cömert davranmaktadır.[928]

h. Bir Alanda Üye Devletlere Ait Çoğunluk Uygulaması Olması

Divan, üye devletlerin çoğunluğundaki uygulamalar uzlaşıya işaret ediyorsa ulusal önlemlere karşı daha sert bir çizgi izlerken; böyle bir ortaklık yoksa ulusal

---

[923] Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

[924] "Orta derecede bilgili tüketici"nin esas alınması ile ilgili olarak bkz. Case C-319/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 50. "Orta derecede dikkatli tüketici" için bkz. Case C-470/93 *Mars* [1995] pr. 24; Case C-210/96 *Gut Springenheide* [1998] pr. 31; Case C-220/98 *Estée Lauder* [2000] pr. 27. Ayrıca bkz. **JANS,** s. 251–252.

[925] Bkz. Opinion of AG Poiares Maduro in Case C-434/04 *Ahokainen and Leppik* [2006] pt. 26.

[926] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 627; **CHALMERS–*et.al.,*** s. 851. Ayrıca bkz. Case C-12/00 *Commission v Spain* [2003] pr. 85–92.

[927] Case C-88/07 *Commission v Spain* [2009] pr. 98. Bkz. Joined Cases C-158–159/04 *Alfa Vita* [2006] pr. 25. Genel sağlık ile ilgili kimi durumlarda da etiketleme, önerilen bir çözümdür. Bkz. Case C-319/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 95.

[928] Bkz. **CHALMERS–*et.al.,*** s. 855. Bkz. Case C-366/97 *Romanelli and Romanelli* [1999] pr. 11.

önlemlere daha hoşgörülü yaklaşmaktadır.[929] Bir başka deyişle, çoğunluk görüşü ya da üye devletlerin uygulamalarından sapan önlemler, üye devletler arasında bir uzlaşı (henüz) bulunmayan alanlardaki önlemlere nazaran daha sıkı denetime tâbi tutulabilmektedir.[930]

Bu duruma örnek olarak *Messner* davası gösterilebilir.[931] Burada Alman Bay Messner, İtalya'ya girişinden itibaren üç gün içinde İtalyan mevzuatınca gerekli ikâmet bildiriminde bulunmamıştır.[932] Bu nedenle, bu kişi hakkında üç aya kadar hapis cezası veya 400.000 İtalyan Lireti tutarına kadar para cezası verilmesi ihtimali ortaya çıkmıştır.[933] Divana göre ilgili bildirimin yapılması hakkındaki bu üç günlük sınırlama, orantılı değildir.[934] Böyle bir zaman sınırlaması koymak, ev sahibi devletin ülkesini etkileyen nüfus hareketleri hakkında tam bilgi edinmekteki çıkarını korumak için kesinlikle gerekli gözükmemektedir. Bu çıkar, daha uzun bir döneme izin verilerek de sağlanabilecektir. Dahası, "bu görüş, benzer bir yükümlülük vaz eden [Birliğin] *üye devletlerinin çoğunluğunun* ilgili kişilere açıkça daha uzun dönemler tanıması ile de desteklenmektedir".[935] Öyleyse, üç günlük bir zaman sınırlaması, makul olarak nitelenemeyecektir.[936]

Bu nitelemenin aksi ise, *Commission v Germany* davasında karşımıza çıkmaktadır.[937] Burada, ilgili ulusal kurallara göre Birlikteki bir sigorta şirketi; satıcılar, temsilciler, acentalar ya da diğer aracı kuruluşlar ile Almanya'ya doğrudan sigorta hizmeti sunmak istediğinde, söz konusu kişiler Almanya'da yerleşik ve yetkilendirilmiş

[929] Bkz. **SNELL, (2005),** s. 215.

[930] **ANDENAS–ZLEPTNIG,** s. 394.

[931] Case C-265/88 *Messner* [1989].

[932] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 2.

[933] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 2.

[934] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 10.

[935] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 11. (*Vurgu* eklenmiştir.)

[936] Case C-265/88 *Messner* [1989] pr. 12.

[937] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986].

olmalıdır.[938] Divana göre ilgili Alman düzenlemeleri, hizmet sunum serbestîsi üstünde kısıtlama oluşturmaktadır.[939] Buna karşın, sigorta sektörü, sigortalı kişi sıfatıyla tüketicinin korunması perspektifinden özellikle hassas bir sektördür.[940] Kaldı ki, "teknik karşılıklar ve bu tür karşılıkları temsil eden varlıklara ilişkin hâlihazırda yürürlükteki ulusal kurallar arasında kayda değer farklılıklar" vardır.[941] Öyleyse, böyle bir uyumsuzluk durumunda Almanya, kendi ülkesinde sunulan hizmetlerle ilgili olarak teknik karşılıklar hakkındaki kuralları ile uyumu istemekte ve denetlemekte haklı görülmelidir.[942] Öyleyse, buradaki yetkilendirme koşulu gereklidir ve ihtilaflı kurallar ile hizmetlerin serbest dolaşımı arasında uyumsuzluk yoktur.[943]

Yine, *Avides Media* davası, üye devletlerce paylaşılan bir ortaklık olmaması durumuna örnektir.[944] Burada, Alman makamlarınca incelenmeyen ve yaş sınıflandırması yapılmayan görüntü saklayan araçlar posta siparişi yoluyla satılamamaktadır.[945] Divana göre bu kural, ABİHA md. 34 uyarınca miktar kısıtlamalarına eşdeğer etkili kısıtlamadır.[946] Buna karşın, bu önlem, çocukların korunması amacı ile haklı gösterilebilecektir.[947] Burada, koruma düzeyi ve ona ilişkin detaylı kurallar yönünden, bir üye devlet otoritesince kabul edilen kısıtlayıcı önlemler, tüm üye devletlerce benimsenen bir kavrayışa tekabül etmeyebilir.[948] Kaldı ki:

---

[938] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 1.

[939] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 28.

[940] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 30.

[941] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 39.

[942] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 39. Bununla birlikte, aynı zamanda bu tür kurallar, sigortalı kişilerin korunması için gerekli olanın ötesine geçmemelidir. (pr. 39.)

[943] Case 205/84 *Commission v Germany* [1986] pr. 51.

[944] Case C-244/06 *Avides Media* [2008].

[945] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 13.

[946] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 35.

[947] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 47.

[948] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 44.

"Bu kavrayış, *inter alia*, ahlaki ve kültürel görüşler temelinde bir üye devletten diğerine değişiklik gösterebileceğinden üye devletler, *belirli bir takdir yetkisine sahip* olarak görülmelidir.

… ulusal yasa koyucu tarafından tesis edilen inceleme prosedürü ile ilgili olarak, salt bir üye devletin bir başka üye devletçe kabul edilen koruma sisteminden farklı bir sistem tercih etmesi, [çocukların korunması] amacına yönelik çıkarılan ulusal hükümlerin orantılılığının değerlendirilmesini etkilemeyecektir. Bu kurallar, yalnızca güdülen amaç ve ilgili üye devletin sağlamayı istediği koruma düzeyi esas alınarak değerlendirilmelidir."[949]

Öyleyse, serbest dolaşım kurallarının istisnaları uygulanırken, Birlik hukuku, üye devletlerin Birlikteki en düşük koruma düzeyini benimsemesini gerektirmemektedir.[950]

4. Orantılılık İlkesi ve Usuli Güvenceler

Orantılılık ilkesi, serbest dolaşım ile ilgili olarak kimi usuli güvencelere açılan bir kapı olabilmektedir. Bu açıdan, serbest dolaşım alanındaki uygulanışı ile aslında maddi bir ilke hüviyetinde olan orantılılık ilkesi, 1980'li yıllar ile birlikte ihtilaflı önlemlerden ziyade usuli bağlamı dikkate alan başka bir boyut kazanmıştır.[951] Bu yönüyle orantılılık ilkesi, kimi hâllerde usuli güvenceler tanınmasına yol açmakta ya da pek çok davada orantılılık ilkesine usuli bir çözüm eklenmektedir.[952]

Orantılılık ilkesinden kaynaklanan usuli güvenceler, iki ana gruba ayrılabilir:[953] İlk olarak, bu güvenceler, kısıtlayıcı önlemlere karşı mevcut olması gerekli yargısal denetime ilişkin olabilir. İkinci olarak, idari prosedürlerde uygulanan kriterler dâhil

---

[949] Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 44, 49. (*Vurgu* eklenmiştir.) Ayrıca bkz. Case C-124/97 *Läärä* [1999] pr. 36; Case C-36/02 *Omega* [2004] pr. 38.

[950] Bkz. **JANS,** s. 247.

[951] Bkz. **PRECHAL, SACHA,** "Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 35, No: 3, 2008, s. 202.

[952] **KAPTEYN–*et. al.*,** s. 651.

[953] **PRECHAL, (2008),** s. 202.

olmak üzere izin ya da lisansın verilmesi ya da reddedilmesi sonucunu doğuran bu tür prosedürler ile karşılanması gereken belirli standartları ilgilendirebilir. Divanın kararları ise, kimi zaman hem yargısal denetime hem de idari prosedürlere yönelik tespitlere yer verirken; kimi zaman bunlardan yalnızca bir tanesine değinmektedir.

Söz gelişi *Greenham* davası, orantılılık ilkesi uyarınca birtakım idari prosedürlerin yerine getirilmesi ve yargısal denetime birlikte vurgu yapmaktadır.[954] Bu davada İngiltere'de yerleşik NSA International şirketinden gelen gıda maddelerinin dağıtımını yapan Paris'te merkezi bulunan NSA France SARL şirketinin ortak yöneticileri Bay Greenham ve Bay Abel aleyhine ceza davası yürütülmektedir.[955] Bay Greenham ve Bay Abel, Fransa'da insan tüketimi için izin verilmeyen koenzim Q10 katkılı ve tavsiye edilen günlük alım miktarını aşan miktarda vitamin içeren kimi gıda maddelerini satma suçundan yargılanmaktadır.[956] Söz konusu olaydaki gıda maddeleri, bir başka üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazara sunulmuş; ancak ithal edildikleri üye devlette içerdikleri kimi maddeler nedeniyle satışı yasaklanmış ya da bir ulusal liste içinde yer alan kimi katkıları içeren malların pazarlanması izin koşuluna tabi tutulmuştur.[957] Divan, bu ulusal düzenlemelerin ABİHA md. 34 kapsamında kalmakla birlikte md. 36 uyarınca haklı gösterilebileceğini belirtmektedir.[958] Bunun için:

> "İlk olarak, bu tür kurallar, ekonomik işletmecilerin izne tâbi maddeler ulusal listesinde yer alan bir besine sahip olmalarını sağlayacak bir prosedür sunmalıdır. Bu prosedür, kolayca erişebilir ve makul bir süre içinde tamamlanabilen ve red ile sonuçlanıyorsa bu kararın mahkeme önünde dava edilebileceği bir prosedür olmalıdır.

[954] Case C-95/01 *Greenham* [2004].

[955] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 2.

[956] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 13.

[957] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 29, 33, 34.

[958] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 34.

İkinci olarak, izne tâbi maddeler ulusal listesinde yer alan bir besinin ihtiva edilmesinin temin edilmesi için yapılan başvuru, sadece bu madde kamu sağlığına gerçek bir tehlike oluşturuyorsa yetkili ulusal makamlarca reddedilebilir.

…pazara sunmaya izin verilmemesi, mevcut en güvenilir bilimsel verilere ve uluslararası araştırmaların en yeni sonuçlarına dayanan kamu sağlığına karşı tehlikenin detaylı değerlendirmesine dayanmalıdır."[959]

Bu koşullar yerine getirilmişse, ulusal düzenleme md. 34 ve 36'ya uygun kabul edilecektir.[960] Bu koşulların yerine getirilip getirilmediği, önkarar başvurusu yapan mahkeme tarafından belirlenecektir.[961]

Bu karar ile birlikte, orantılılık ilkesi, usuli güvenceler ile birleştirilmiştir. Bu açıdan, bu karar, ilgili işletmecilerin ürünlerini üye devletteki izne tâbi kimi maddeler yönünden bir izin alabilmesi ve ürününü piyasaya sunabilmesi için bir prosedürün varlığı gerekliliğini ortaya koyması nedeniyle çarpıcıdır.[962] Bu prosedür, kolayca erişebilir olma ve makul bir süre içinde tamamlanma ve red ile sonuçlanıyorsa bu kararın mahkeme önünde dava edilebilmesi gibi iyi yönetişim ilkeleri ile uyum içinde olmalıdır.[963]

Radlberger kararı ise, yerine getirilmesi gereken birtakım idari prosedürleri açmaktadır.[964] Buradaki önlem, paketleme-yeniden kullanım oranına dayalı bir depozito ve iade sistemi kurmaktadır. Divana göre bu önlem, ekolojik bakış açısından avantajlıdır. Bununla birlikte, bu önlem, yalnızca bir yandan paketlemenin yeniden kullanımını teşvik ederken öte yandan ilgili üretici ve dağıtıcılara buna uymak için

[959] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 35–36, 50.

[960] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 50.

[961] Case C-95/01 *Greenham* [2004] pr. 49.

[962] Bkz. **BARNARD, (2007),** s. 86.

[963] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 186–187. Ayrıca bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 844. Bkz. Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 50.

[964] Case C-309/02 *Radlberger* [2004].

"makul bir geçiş dönemi tanıyorsa" ve paketleme-atık yönetimi sistemi değiştiğinde ilgili her üretici veya dağıtıcının "işleyen sisteme fiilen katılımı sağlanıyorsa" orantılılık ilkesine uyacaktır.[965] O hâlde, orantılılık ilkesi, üye devletler düzenleyici sistemlerinde önemli değişiklikler getirirken bu değişikliklere uyum sağlamak için tacirlere yeterli süre tanınmasını gerektirmektedir.[966]

Bu konudaki *Commission v Germany* davası ise, yargısal denetim boyutu ile ön plana çıkmaktadır.[967] Burada, Almanya, *inter alia*, ulusal mevzuatı uyarınca kimi katkı maddelerini içeren biraların ithalatını yasaklamaktadır.[968] Divana göre bu yasak, orantılılık ilkesi ile uyumlu olmak için şu şartları yerine getirmelidir:[969] Tüm tacirler, orantılılık ilkesine binaen, belirli katkı maddeleri yönünden izin almak adına erişilebilir ve makul süre içinde tamamlanacak bir prosedüre başvurabilmelidir.[970] Yine, tacirler, haksız biçimde izin verilmemesi hâlini mahkemelere taşıyabilmelidir.[971] Almanya, ulusal mevzuatının bu şartlarla uyumsuz olması nedeniyle malların serbest dolaşımı kuralları gereğince üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyerek, Birlik hukukunu ihlâl etmiştir.[972]

Konuyla ilgili bir başka örnek olarak *Kraus* davası, kişilerin serbest dolaşımı alanına ilişkindir.[973] Bu davada Almanya'da hukuk fakültesi bitiren Bay Kraus, 1988

---

[965] Case C-309/02 *Radlberger* [2004] pr. 81. Benzer kararlar için bkz. Case C-320/03 *Commission v Austria* [2003] pr. 90; Case C-463/01 *Commission v Germany* [2004] pr. 79–80.

[966] Bkz. **ARNULL–*et. al.***, s. 606.

[967] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987]. Bkz. **PRECHAL, (2008),** s. 210.

[968] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987] pr. 13.

[969] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987] pr. 43.

[970] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987] pr. 45.

[971] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987] pr. 46.

[972] Case 178/84 *Commission v Germany* [1987] pr. 54.

[973] Case C-19/92 *Kraus* [1993]. Bunun yanı sıra, sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak *Commission v Portugal* kararı uyarınca orantılılık ilkesi ile uyumlu olmak için bir sistem, ilgili teşebbüslere önceden bildirilen nesnel ve ayrımcı olmayan kriterlere dayanmalı ve bu tür bir kısıtlayıcı önlemce etkilenen tüm kişilere tazminat hakkı vermelidir. Case C-367/98 *Commission v Portugal* [2002] pr. 50.

yılında Birleşik Krallık'taki bir üniversitede LLM derecesi almıştır.[974] Bununla birlikte bu kişi, yalnızca yetkili makamlar onaylarsa bu akademik unvanı kullanabilecektir.[975] Divana göre bu kural, ancak orantılılık ilkesine uyum gözetilirse Birlik hukukuna uygun sayılacaktır.[976] Bu bakımdan, onay prosedürü, yalnızca bir başka üye devlette elde edilen lisansüstü akademik ünvanın tamamlanmış öğrenim kurslarını takiben yetkili bir yüksek öğretim kurumunca gereği gibi verilip verilmediğini doğrulamayı amaçlamalıdır.[977] Bu prosedür, ilgilenen kişilerce kolayca erişilebilir olmalı ve özellikle aşırı idari ücret ödenmesine bağlı olmamalıdır.[978] Yine ulusal otoriteler, onay vermez ise; bu karar, Birlik hukukuna uygunluğun denetlenebileceği yargısal usule tâbi tutulabilmeli ve ilgili kişi, kendisine yönelik alınan kararın nedenlerini anlayabilmelidir.[979] Nihayet ulusal otoriteler, onay prosedürüne uymama hâlinde yaptırım öngörebilecekken; bu yaptırımlar, buradaki aykırılık ile orantılı olmalıdır. Ulusal mahkeme, ilgili yaptırımın kurucu antlaşmaca güvence altına alınan temel serbestîlerin kullanımına mani olacak kadar ağır olup olmadığına karar verecektir.[980]

Kısaca toparlamak gerekirse, idari prosedürler ile yargısal denetime ilişkin olarak şu tespitler yapılabilir:[981]

- İlgili prosedür, hâlihazırda erişilebilir olmalı ve makul süre içinde tamamlanmalıdır.
- Alakalı kurallar ve koşullar, açıkça ortaya konulmalı ve önceden ilan edilmelidir.

---

[974] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 8.

[975] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 10.

[976] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 32, 36, 37.

[977] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 38.

[978] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 39.

[979] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 40. Bkz. Case C-340/89 *Vlassopoulou* [1991] pr. 22. Ayrıca bkz. **PRECHAL, (2008),** s. 212; **TRIDIMAS, (2007),** s. 194; **WHITE, (2004),** s. 161.

[980] Case C-19/92 *Kraus* [1993] pr. 41. Ayrıca bkz. Case 8/77 *Sagulo and Others* [1977] pr. 12–13.

[981] Bkz. **PRECHAL, (2008),** s. 208.

- Prosedürlerde kullanılan kriterler, nesnel olmalı ve ayrımcı olmamalıdır.
- İlgili kararlar, gerekçeler ile desteklenmelidir.
- Herhangi bir olumsuz karar –özellikle bir izni geri çevirenler– mahkemeler önünde dava edilebilir olmalıdır.

Aslında bütün bu gerekliliklerin arkasında yatmakta olan endişe, ulusal otoritelerin takdir yetkisi kullanımının çevrelenmesi ve keyfiliğe karşı güvence oluşturulması ihtiyacıdır.[982]

Sonuç olarak, serbest dolaşım alanında orantılılık ilkesi ile usulî güvenceler arasında bir bağ bulunmaktadır. Bu bakımdan, serbestîyi tahdit eden kimi önlemler, sadece idari prosedürlere ve yargısal denetime ilişkin birtakım usulî güvenceleri sağlıyorsa orantılılık ilkesi ile uyumlu addedilecektir. Bu durum, orantılılık ilkesinin bireysel hakların gardiyanı olmasından kaynaklanıp; bu bakımdan, dolaşım serbestîsi ile hukukun üstünlüğü aynı anayasal düzenin sıkıca birbirine dolanmış yönleridir.[983]

Bununla beraber, orantılılık ilkesi ile usulî güvencelere ait bu içtihat hukukunun farklı dayanaklara bağlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu açıdan, Prechal'a göre her ne kadar ABAD ve doktrin, serbest dolaşım alanındaki usulî güvenceler ile orantılılık ilkesi arasında bağ kurmuşsa bile; bu yaklaşım tarihi nedenlerle haklı görülmekle birlikte, geçen süre içinde AB'de beliren etkili yargısal koruma ve iyi yönetişim gibi genel ilkeler, usulî güvenceler yönünden artık daha uygun dayanaklardır.[984] Nitekim, doktrinde kimi yazarlar, orantılılık ilkesi ile usulî güvenceler arasındaki bağı 'iyi yönetişim' üzerine artan bir vurgu olarak görüp; bu çerçevede söz gelimi kolayca erişebilir olan ve makul süre içinde tamamlanması gereken bir prosedür

[982] **PRECHAL, (2008),** s. 208.

[983] **TRIDIMAS, (1999),** s. 67.

[984] **PRECHAL, (2008),** s. 216. Yargısal koruma ile ilgili olarak bkz. **PRECHAL, (2008),** s. 214; **ABTHŞ** md. 47; Joined Cases T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 and T-272/01 *Philip Morris International v Commission* [2003] pr. 121–122. İyi yönetişim ile igili olarak bkz. **PRECHAL, (2008),** s. 215; **ABTHŞ** md. 41; Joined Cases C-154/04 and C-155/04 *Natural Health and Others* [2005] pr. 72–73.

yaratılması gerekliliği ile bu prosedür izlenerek verilecek kararın mahkeme önünde dava edilebilir olması gibi güvenceleri de iyi yönetişim ilkeleri ile uyum içinde olarak tanımlamaktadır.[985] Buradan hareketle, 1980'li yıllar ile birlikte orantılılık ilkesine bağlanan usulî güvencelerin günümüzde artık etkili yargısal koruma ve iyi yönetişim gibi genel ilkeler temelinde inşası daha yerinde bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

Peki, orantılılık ilkesine dair buraya kadarki anlatılanlar ile ilgili olarak iç pazar serbestîleri ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım arasındaki etkileşim ne şekilde gerçekleşmiştir? Bir kere, hâlihazırda iç pazar serbestîlerinin haklı gösterilmesi yönünden uygulanan orantılılık ilkesi, aynı şekliyle Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım alanına da aktarılmıştır. Bu alandaki ortak uygulama, yukarıda ortaya konmuştur. Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım ise, bir yandan ekonomik etkinlikten bağımsız olarak pek çok ulusal önlemi orantılılık ilkesi ile denetlenme potasına sokarken; diğer yandan Birlik vatandaşlarının üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olacak olmasından hareketle kişilerin serbest dolaşımını tahdit edici kimi önlemlerin orantılılığı yönünden daha sıkı bir orantılılık testi uygulanabileceğini ima etmektedir.

Bu bölüm ile serbestîyi tahdit eden önlemin haklı gösterilebilmesi hususu ortaya konmuştur. Buna göre bir önlem, bir serbestî ile ilgili olarak ayrımcılık yapması ya da onu kısıtlaması hâlinde kural olarak Birlik hukukuna aykırı olacakken; bu durum, –bir konuda ikincil hukuk olup olmamasına göre değişecek ve temel hakları da kapsayacak biçimde– haklı gerekçeler temelinde ve orantılılık ilkesi ve temel haklar ile uyumlu olmak koşuluyla haklı gösterilebilecektir. Böylece, haklı gösterilen önlem, Birlik hukuku ile bağdaşır kabul edilerek, uygulanmaya devam edecektir. Böylelikle, serbestînin tahdidinin etki sahası ya da serbestînin ne zaman tahdit ediliyor sayılıp sayılmayacağı da artık belirli hâle gelmektedir.

---

[985] Bkz. **BARNARD, (2010),** s. 186. Ayrıca bkz. **CHALMERS–*et.al.*,** s. 843, 844. Bkz. Case C-244/06 *Avides Media* [2008] pr. 50.

SONUÇ

1958 kökenli ve ekonomik temelli iç pazar serbestîleri, 1993 yılı ile birlikte siyasi ve sosyal ağırlıklı Birlik vatandaşlığı ile serbest dolaşım ortak noktasında buluştuğundan beri, bu ikili arasındaki etkileşim, bir süreç hâlinde her ikisini de değiştirmektedir. Bu süreç, birbiri ile kesişen beş gelişim çizgisi üzerinden izah edilebilir.

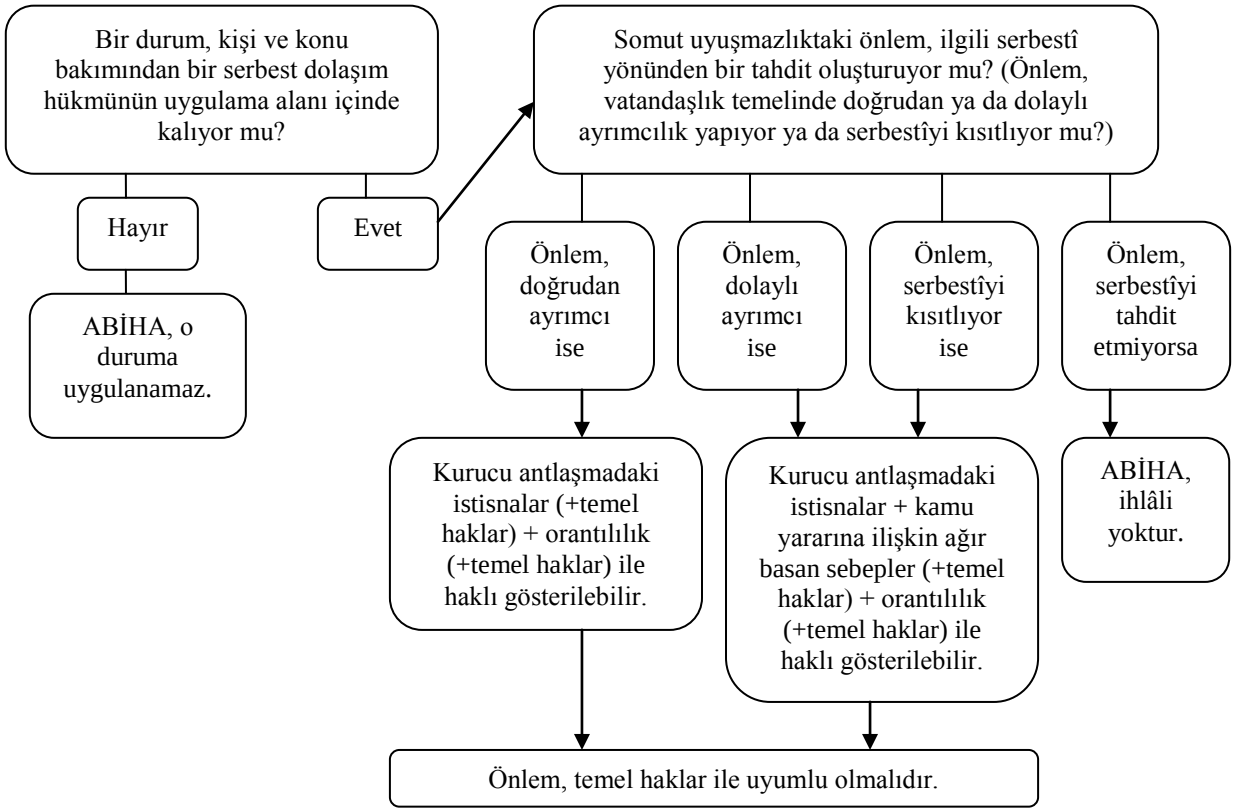
İlk olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazardaki serbest dolaşımlara ilişkin uygulanma düzenini aynen almıştır.[1] Buna göre bir olay, bir serbestî hükmünün kişi ve konu bakımından uygulama alanında ise, o hükme yönelik haklı gösterilemeyen tahdit içeren ulusal önlemler yasaktır. Böylelikle, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazardaki serbest dolaşımlara "dört serbestî" şeklinde hitap edilmesi gibi, artık "beşinci serbestî" olarak adlandırılmaya hak kazanmıştır. Bu meyanda, aynı uygulanma düzeninin takibi neticesinde beş serbestî arasında ilkesel düzeyde uyumdan bahsedilebilecektir. Buradaki ilkelere örnek olarak, bir konu üye devlet yetkisinde kalsa bile o konuyla ilgili önlemin Birlik hukuku ile uyumlu olmasının aranması, hakkın kötüye kullanılması yasağı, Birlik hukukunun uygulanması için sınır aşırı unsur gerekliliği ve serbestîyi tahdit eden önlemin orantılılık ilkesine uygun olma zorunluluğu gibi yerleşik pratikler gösterilebilir. Buna karşın, serbestîlere ait farklı karakteristikler, bir serbestî hükmünün somut olaya uygulanması aşamasında kendini göstermektedir. Bu açıdan, özellikle bir serbestîyi tahdit eden önlem, haklı gösterme aşamasındaki kurucu antlaşmadaki istisnalar ve kamu yararına ilişkin ağır basan sebeplerin varlığı ve uygulamasının yanı sıra orantılılık ilkesine uygunluk anında da o serbestîye ilişkin karakteristiklerden etkilenmektedir.

İkinci olarak, serbest dolaşım alanı, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım sayesinde kişi ve konu bakımından kapsam yönünden genişlemektedir. Bir kere, artık ekonomik etkinlik sürdürsün ya da sürdürmesin her Birlik vatandaşı, kurucu

[1] Bkz. "Şekil 29: Serbestî Hükümlerinin Uygulanma Düzeni Yönünden Uyum", s. 490.

antlaşmanın kişi bakımından kapsamı içinde kalmaktadır. O hâlde, bundan böyle bir kişi; işçi, serbest çalışan, hizmet sunan ya da iş arayan veya hizmet alan gibi ekonomik etkinlik ile bir bağı olan sıfatları olmasa bile; salt Birlik vatandaşı olarak Birlik hukukunun koruması içinde kalabilmektedir. Bu bakımdan, önceden yalnızca ekonomik etkinlik sürdüren kişilere tanınan ikâmet hakkı gibi haklar, belirli (*yeterince* yeterli varlık ve sağlık sigortası) koşulları taşıyan Birlik vatandaşlarına genişletilmiştir. Dahası, Birlik hukuku ya da ulusal hukuka göre hukuka uygun mukim sayılan Birlik vatandaşları, ayrımcı olmayan bir biçimde ev sahibi üye devletteki kimi sosyal haklara erişmek imkanına kavuşmuştur.

Şekil 29: Serbestî Hükümlerinin Uygulanma Düzeni Yönünden Uyum

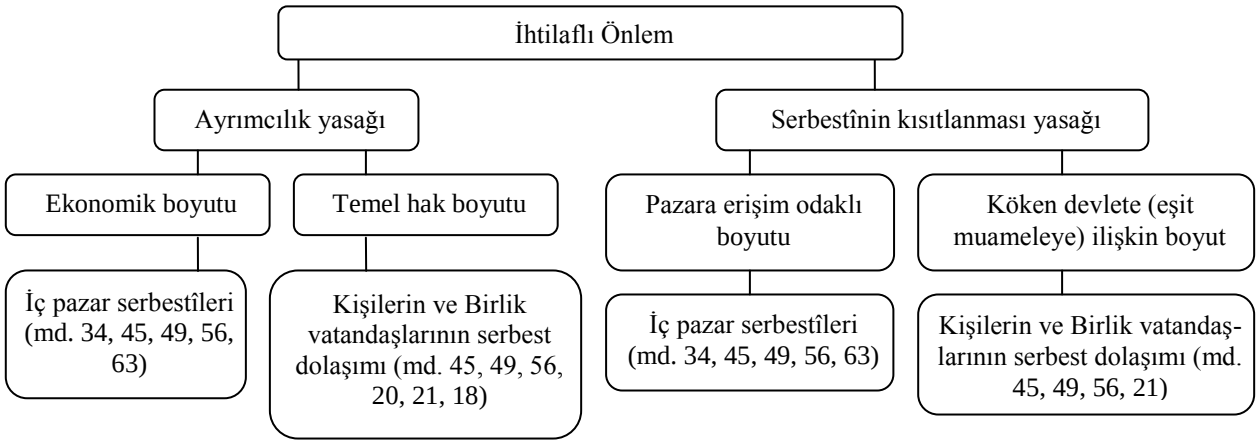


Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, serbest dolaşımın tahdidine ilişkin yasağa dair içtihat hukukunu daha net bir çerçeveye oturtmaktadır.[2] Bu bakımdan, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, üretim faktörü olmanın yanı sıra 'insan' olarak kişilere ait serbest dolaşımlar ile mallar, hizmetler ve sermaye gibi

[2] Bkz. "Şekil 30: Serbestî Hükümlerinin Tahdidine Yönelik Uyum", s. 491.

ekonomik hüviyeti ağır basan serbest dolaşımlar arasındaki farkı öne çıkarmaktadır. Bu yönden, kişilerin serbest dolaşımı içtihat hukukunda yer bulan 'insan' odaklı yaklaşım,[3] Birlik vatandaşlığının getirilişi ile birlikte artık daha tutarlı bir anayasal çerçeveye kavuşmuştur.[4] Bu anayasal çerçeve, ekonomik olsun veya olmasın, göçmen Birlik vatandaşları bakımından uygulanacak ilkelerin uyumu için odak noktası sunmaktadır.[5] Divan da, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşıma yönelik içtihat hukukunu açıkça kişilerin serbest dolaşımının 'insan' odaklı yaklaşımını takip ederek oluştururken;[6] daha sonraki kişilerin serbest dolaşımına dair kararlarda bu içtihat hukukuna göndermeler yapmaktadır.[7] Buna karşın, ekonomik unsuru ağır basan konular yönünden kişilerin serbest dolaşımı, tıpkı mallar, hizmetler ve sermayeye dair ekonomik nitelikli serbest dolaşımlar gibi yorumlanacak ve uygulanacaktır. Böylelikle, AB serbest dolaşım hukuku da, 'ekonomik' ve 'insan' unsurlarının nirengi noktası oluşturduğu belirli bir uyum ve bütünlük içinde varlığını sürdürecektir.

Şekil 30: Serbestî Hükümlerinin Tahdidine Yönelik Uyum



[3] Bkz. Opinion of AG Trabucchi in Case 7/75 *Mr. and Mrs. F.* [1975]. Ayrıca bkz. **1612/68 sayılı Tüzük** Dibace rt. 5; Opinion of AG Jacobs in Case 344/87 *Bettray* [1989] pt. 29.

[4] Bkz. **SPAVENTA, (2007),** s. 126.

[5] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 704–707; **DAVIES, G., (2003b),** s. 189, 190.

[6] Bir örnek olarak dolaylı ayrımcılık ile ilgili olarak bkz. Case C-73/08 *Bressol and Chaverot* [2010] pr. 41 ve Case C-237/94 *O'Flynn* [1996] pr. 20.

[7] Case C-456/05 *Commission v Germany* [2007] pr. 58, 59.

Dördüncü olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, hem Divan hem de Birlik karar alıcılarının bazı konuları yeniden ele almasına vesile olmaktadır. Bir kere, Divan, iç pazardaki serbest dolaşıma dair içtihat hukukunu kısmen gözden geçirmektedir. Sözgelimi *Collins* kararı uyarınca "Birlik vatandaşlığının getirilmesi ve içtihat hukukunda Birlik vatandaşlarınca yararlanılan eşit muamele hakkının yorumu ışığında" bir üye devletin iş pazarında istihdama erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan finansal yardım, artık işçilerin serbest dolaşımı hükmünün kapsamı içinde kalmaktadır.[8] Yine, *Orfanopoulos and Oliveri* kararına göre işçilerin serbest dolaşımı kuralından sapmalar, "bir kişinin Birliğin vatandaşı olması statüsü nedeniyle, … özellikle kısıtlayıcı yorumlanacaktır".[9] Öyleyse, Divanın (özellikle işçilerle ilgili) önceki içtihat hukukunun geleneksel doktrinleri, artık 'vatandaşlık' yorumuna tâbi tutularak anlaşılmalıdır.[10] Dahası, Birlik karar alıcıları, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin pek çok Birlik tasarrufunu Birlik vatandaşlığı temelinde yenilemiştir. Bu bakımdan 2004/38 sayılı Direktif, kişilerin serbest dolaşımı ve ikâmet hakkını vatandaşlık kavramı çerçevesinde uyarlamaktadır. Bu uyarlamaya örnek olarak, bu Direktif ile işçi, öğrenci vb. gibi kategorik ayrımların kaldırılması ve sınır dışı etmeye karşıgüçlü bir koruma ile esaslı usuli güvenceler ve yargısal telafi yolu getirilmesi gösterilebilir.

Son olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, 'insan' veya 'vatandaş' merkezli bir yapıya gidiş sinyalleri yayarak, Birliğin gelecekteki rotası yönünden de üç farklı alandaki eğilimi kuvvetlendirmekte rol oynamaktadır. İlk olarak, Birlik vatandaşlığı, AB'nin siyasi birliğe doğru olan yolculuğunu güçlendirmektedir. Nitekim, bu durum, kurucu antlaşma yapılırkenki yaklaşıma uygun düşmektedir.[11] Buna göre Avrupa, bir anda ve tek bir plan uyarınca bir bütün olmayacak; ancak bu, *de facto*

[8] Case C-138/02 *Collins* [2004] pr. 63.

[9] Joined Cases C-482/01 and C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] pr. 64, 65.

[10] Bkz. **ARNULL–*et. al.*,** s. 707; **BARNARD, (2010),** s. 262, 294; **SPAVENTA, (2007),** s. 137–138.

[11] **AETA Dibace** rt. 1, Avrupa halkları arasında gitgide daha yakın bir birlik kurulması ve **AETA Dibace** rt. 8, kişisel kaynakların birleştirilmesi ile barış ve özgürlüğün güçlendirilmesine yer vermektedir.

dayanışma oluşturan somut kazanımlar aracılığıyla gerçekleştirilecektir.[12] Öyleyse, ortak pazar kurmak gibi ekonomik bir bütünleşme ile başlaması planlanan süreç, siyasi bir birlikteliğe doğru yol almak üzere programlanmıştır. Nitekim, 1993 yılı ile birlikte iç pazarın büyük ölçüde tamamlanmasının akabinde Birlik vatandaşlığının kurucu antlaşmada ilk kez yer alması, bu sürece ait yaklaşımı belirgin bir biçimde yansıtmaktadır. Bu açıdan, Birlik vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım, bir yandan iç pazar serbest dolaşımlarını bütünler veya tamamlarken; öte yandan ekonomik bütünleşmeden siyasi bütünleşmeye ilerleyişe hız katmaktadır. Ayrıca, Birlik vatandaşlığı, söz gelişi AP seçimleri ve yerel seçimlerde oy kullanma ve aday olabilme hakkı,[13] üçüncü devlette iken bir üye devletin diplomatik ya da konsolosluk otoritesinin korumasından yararlanma hakkı;[14] AP'ye dilekçe verme ve Avrupa Ombudsmanına başvurma hakkı,[15] temel haklar,[16] iyi yönetişim ve şeffaflık,[17] belgelere erişim hakkı[18] ve kişisel verilerin korunması hakkı[19] ile siyasi birlik yönünde ilerlemektedir. Kaldı ki, Birlik kurumları, gelecekte Birlik vatandaşlığına dair hakları güçlendirebilme veya bunlara yenilerini ekleyebilme yetkisine de sahiptir.[20] Öyleyse, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, en genel hâliyle, siyasi birliğe doğru seyir hâlindedir.

İkinci olarak, serbest dolaşım ve ötesinde Birlik vatandaşlığı, AB'nin iç pazarın tesisine odaklı ekonomik önceliklerini sosyal politika alanları ile git gide dengelemesi sürecinin aktörlerinden biridir. Bu yönden, özellikle iç pazarın büyük ölçüde

---

[12] Robert Schumann tarafından hazırlanan ve takdim edilen 9 Mayıs 1950 tarihindeki bildirgeden alınmıştır. <http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_en.htm>

[13] **ABİHA** md. 21(2/b). Bkz. **ABTHŞ** md. 39, 40.

[14] **ABİHA** md. 21(2/c). Bkz. **ABTHŞ** md. 46.

[15] **ABİHA** md. 21(2/d). Bkz. **ABTHŞ** md. 41(4), 43, 44.

[16] **LA** ile değişik **ABA** md. 1, 6(1, 3); **ABTHŞ** md. 51(1).

[17] **ABİHA** md. 16.

[18] **ABİHA** md. 16(3).

[19] **LA** ile değişik **ABA** md. 9; **ABİHA** md. 16.

[20] **ABİHA** md. 25. (**NA** ile değişik **ATA** md. 22.)

tamamlanmasına denk düşen 1990'lı yıllar ile birlikte örneğin sosyal politika,[21] işverenler ile işçiler arası sosyal diyalog,[22] ekonomik ve sosyal uyum,[23] tüketici politikası,[24] istihdam politikasının[25] yanı sıra Birlik vatandaşlığı,[26] özgürlük, güvenlik ve adalet alanı[27] ve temel haklar[28] gibi kimi konular, kurucu antlaşmaya eklenmiştir. Dahası, LA, ekonomik ve sosyal hedefler arasında farklı bir dengeye yer vererek, iç pazarın yanı sıra örneğin sosyal dışlanma ve ayrımcılık ile mücadele edilmesi ve sosyal adaletin arttırılması gibi hedeflere yer vermektedir.[29] Hatta, iç pazar ve Birlik vatandaşlığı da dâhil olmak üzere Birlik içindeki politika oluşumu, yatay kimi hükümler nedeniyle söz gelimi yeterli sosyal koruma güvencesi, sosyal dışlanma ile mücadele[30] ve cinsiyet, ırk veya etnik köken ile din veya inanış, özürlülük, yaş ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılık ile mücade edilmesi[31] gibi hususları göz önünde tutacaktır. Dahası, bu değişimler, Divanın kararlarına da yansımaktadır. Söz gelimi, erkek ve kadın işçilere yönelik eşit işe eşit ücret ilkesine ilişkin *Deutsche Post* kararına göre "[ABİHA md. 157] ile güdülen ekonomik amaç, yani farklı üye devletlerde yerleşik teşebbüsler arası rekabetteki bozulmanın ortadan kaldırılması, aynı hükümce güdülen ve temel bir insan hakkının dışavurumu olan sosyal amaca göre ikincil konumda"[32] iken; *Viking* kararı uyarınca Birliğin "yalnızca ekonomik değil; aynı zamanda sosyal bir amacı olması

[21] **ATS** md. 21 ile değişik **AETA** md. 118a; **MA** md. G(B/32) ile değişik **ATA** Başlık VIII.

[22] **ATS** md. 22 ile değişik **AETA** md. 118b.

[23] **ATS** md. 23 ile değişik **AETA** md. 130a, 130b, 130c, 130d, 130e.

[24] **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 3(s) ve **MA** md. G(B/3) ile değişik **ATA** md. 129a.

[25] **AA** md. 2(3/c) ile değişik **ATA** md. 3(i) ve **AA** md. 2(19) ile değişik **ATA** Başlık VIa.

[26] **MA** ile değişik **ATA** md. 8a–8e.

[27] **NA** ile değişik **ATA** md. 61 vd.; **NA** ile değişik **ABA** md. 29 vd.

[28] **ABA** md. F(2).

[29] **LA** ile değişik **ABA** md. 3(3). Krş. **NA** ile değişik **ATA** md. 2.

[30] **ABİHA** md. 9.

[31] **ABİHA** md. 10. Ayrıca bkz. **ABİHA** md. 8, 11, 12, 13.

[32] Joined cases C-270/97 and C-271/97 *Deutsche Post* [2000] pr. 57. (**NA** ile değişik **ATA** md. 141; **AETA** md. 119.)

nedeniyle", serbest dolaşım hükümleri ile tanınan haklar, "sosyal politika tarafından güdülen hedefler ile dengelenmelidir".[33] İşte Birlik vatandaşlığının getirilmesi ve bu statüye serbest dolaşım hakkı bağlanması, sosyal konulara yönelik eğilim doğrultusunda bir paya sahiptir.

Üçüncü olarak, Birlik vatandaşlığı, gerek serbest dolaşım gerek statü boyutuyla AB içindeki temel haklar korumasının gelişiminin bir parçası ve destekleyicisidir. Buradaki temel haklar koruması, her şeyden evvel, Divanın temel haklara hukukun genel ilkelerinin parçası olarak birincil hukuk ile aynı seviyede koruma sağlaması ile başlamaktadır.[34] Buna ek olarak, üye devletler, kurucu antlaşma değişiklikleri ile Birlikteki temel haklar konusuna gittikçe artan bir önem atfetmektedir. Bu bakımdan, söz gelişi, kurucu antlaşma ile AİHS'ye yapılan göndermeler[35] en nihayetinde LA ile birlikte Birliğin AİHS'ye katılımının önünün açılması ile neticelenirken;[36] şu an için bu yöndeki görüşmeler devam etmektedir. Ayrıca, 2000 yılında hazırlanan ABTHŞ, LA ile birlikte artık birincil hukuk ile eş düzeyde yürürlük kazanmıştır.[37] Bunun yanı sıra Birlik karar alıcıları, örneğin 2004/38 sayılı Direktif ile "aile hayatı ile insan onuru" ve ABTHŞ hükümlerine göndermeler yaparak, temel haklara verdikleri değeri ortaya koymaktadır.[38] İşte burada, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, bir yandan, temel hakların korunmasının çapını genişletirken; öte yandan, temel haklar, Birlik vatandaşlığının gelişimi yönünden anlamlı bir güzergâh vazifesi görebilecektir.

AB içindeki tüm bu paradigma değişiklikleri, serbest dolaşım yönünden de gelecek açısından önemli değişikliklere yol açabilecektir. Bu bakımdan, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, ekonomik bir (iç) pazar 'alanı'ndan; bir adalet, özgürlük ve güvenlik 'alanı'na geçişi temsil etmektedir. Böylelikle, dolaşım

[33] Case C-438/05 *Viking* [2007] pr. 79.

[34] Case C-45/08 *Spector Photo Group* [2009] pr. 40.

[35] **ABA** md. F(2).

[36] **LA** ile değişik **ABA** md. 6(2).

[37] **LA** ile değişik **ABA** md. 6(1).

[38] **2004/38 sayılı Direktif** Dibace rt. 15, 31.

serbestîsinin hareket ‘alanı’ da farklılaşmaktadır. Bundan ötürü, artık ekonomik odaklı retorik, yerini Birlik vatandaşlığı ile birlikte birey, insan ve/veya hak odaklı olanına terk etmektedir. Bir başka ifadeyle, serbest dolaşıma ait olağan referans sistemi, bir iç pazar ve ekonomik bütünleşmeden, ulusüstü bir yönetim ve siyasi bütünleşmeye doğru kaymaktadır.[39] Bu akım, eğer nihayete kavuşursa, artık kurucu antlaşma, Birlik vatandaşları (ve yerine göre herkese) tanınan haklar üzerinden yeniden kaleme alınacaktır. Kaldı ki, böyle bir gelişmeye giden yol, temel haklara dair bir şartın yanı sıra artık ekonominin ötesindeki sosyal ve siyasi kimi hedefler ile yola devam kararı alınan LA ile de kol kola gitmektedir. Bununla beraber, bu tür bir değişime kadar, AB serbest dolaşım hukuku, iç pazardaki serbest dolaşımlar kökenli uygulanma düzeni ile birlikte Birlik vatandaşlığı ile zaman içinde tedricen evrim geçirmeye devam edecektir.

[39] Bkz. **DE ZWAAN,** s. 264; **STRAZZARI,** s. 3.

KAYNAKÇA

Kitap

- **APAP, JOANNA–*et.al.*,** *Freedom of Movement of Persons: A Practitioner's Handbook*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2002.

- **ARNULL, ANTHONY,** *The European Union and its Court of Justice*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006.

- **ARNULL, ANTHONY–*et. al.*,** *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2006.

- **ARSAVA, FÜSUN,** *Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2009.

- **BALDWIN, RICHARD–WYPLOSZ, CHARLES,** *The Economics of European Integration*, Ashford Colour Press, United Kingdom, 2004.

- **BALKIR, CANAN,** *Uluslararası Ekonomik Bütünleşme: Kuram, Politika ve Uygulama AB ve Dünya Örnekleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

- **BARNARD, CATHERINE,** *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2007.

- **BARNARD, CATHERINE,** *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 3rd Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2010.

- **BARNES, IAN–BARNES, PAMELA M.,** *The Enlarged European Union*, Longman Publishing, United States of America, 1995.

- **BAYKAL, SANEM,** *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

- **BEENEN, NANDA,** *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment: The Impact of European Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001.

• **BELL, MARK,** *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, United States, 2004.

• **BOELES, PIETER–*et.al.*,** *European Migration Law*, Intersentia, Antwerp, 2009.

• **BOZKURT, ENVER–*et. al.*,** *Avrupa Birliği Hukuku*, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

• **BROBERG, MORTEN–HOLST-CHRISTENSEN, NINA,** *Free Movement in the European Union: Cases, Commentaries and Questions*, DJØF Publishing, Denmark, 2004.

• **CAN, HACI,** *Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

• **CHALMERS, DAMIAN–*et. al.*,** *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006.

• **CONANT, LISA,** *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Cornell University Press, United States of America, 2002.

• **CONDINANZI, MASSIMO–*et. al.*,** *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 2008.

• **CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

• **CUTHBERT, MIKE,** *E.U. Law in a Nutshell*, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000.

• **DAVIES, GARETH,** *European Union Internal Market Law*, 2nd Edition, Cavendish Publishing, Australia, 2003(a).

• **DAVIES, GARETH,** *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003(b).

• **DEARDS, ELSPETH–HARGREAVES, SYLVIA,** *European Union Law Textbook*, Oxford University Press, Great Britain, 2004.

• **DEDEOĞLU, BERİL,** *Adım Adım Avrupa Birliği*, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul, 2006.

• **DEHOUSSE, RENAUD,** *The European Court of Justice, The Politics of Judicial Integration,* St. Martin's Press, Newyork, 1998.

• **DINAN, DESMOND,** *Ever Closer Union: An Introduction to European Integration,* 2nd Edition, Palgrave, Great Britain, 1999.

• **DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH,** *Constitutional Law of the European Union*, Great Britain, 2002.

• **EMILIOU, NICHOLAS,** *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, Great Britain, 1996.

• **GÖÇMEN, İLKE,** *Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri*, Yetkin, Ankara, 2008.

• **GÖKDERE, AHMET,** *Avrupa Topluluğu ve Türkiye ile İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.

• **GUILD, ELSPETH,** *Immigration Law in the European Community*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2001.

• **GUILD, ELSPETH,** *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2004.

• **HALATÇI ULUSOY, ÜLKÜ,** *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

• **HALL, STEPHEN,** *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1995.

• **HANDOLL, JOHN,** *Free Movement of Persons in the EU*, Chancery Law Publishing, Great Britain, 1995.

• **HARTLEY, TREVOR C.,** *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.

• **HOBE, STEPHAN,** *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002.

• **HORSPOOL, MARGOT–*et.al.*,** *European Union Law*, Butterworths, Great Britain, 1998.

• **KAPTEYN, P. J. G.–*et. al.*,** *The Law of the European Union and the European Communities*, 4th Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.

• **KENT, PENELOPE,** *European Union Law Nutcases*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000.

• **KENT, PENELOPE,** *Law of the European Union*, 3rd Edition, Pearson Education, Malaysia, 2001.

• **KÖKTAŞ, ARİF,** *Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu,* Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

• **LASOK, DOMINIC,** *Lasok & Bridge Law and Institutions of the European Union*, 6th Edition, Butterworths, Great Britain, 1994.

• **LAURSEN, FINN–VANHOONACKER, SOPHIE (Eds.),** *The Intergovernmental Conference on Political Union: Institutional Reforms, New Policies and International Identitiy of the European Community*, Van Hooren Drukkerij, Heerlen, 1992.

• **LENAERTS, KOEN–VAN NUFFEL, PIET,** *Constitutional Law of the European Union*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, Great Britain, 2005.

• **MAAS, WILLEM,** *Creating European Citizens*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2007.

• **McGIFFEN, STEVEN P.,** *The European Union: A Critical Guide*, Pluto Press European Union, London, 2001.

• **MENGOZZI, PAOLO,** *European Community Law from the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam,* 2nd Edition, Kluwer Law International, United States, 1999.

• **MOUSSIS, NICHOLAS,** *The European Union with or without a Constitution: A Response to Citizens' Questions*, European Study Service, Belgium, 2005.

• **NUGENT, NEILL,** *The Government and Politics of the European Union,* 5th Edition, Duke University Press, Durham, 2003.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** *The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Great Britain, 1996.

• **ÖZCAN, MEHMET,** *Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

• **ÖZEN, ÇINAR,** *Türkiye-Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği ve Tam Üyelik Süreci Üzerine Etkileri*, Hasan Ceylan Kitabevi, İzmir, 2002.

• **PENNINGS, FRANS,** *Introduction to European Social Security Law*, 3rd Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

• **RANACHER, CHRISTIAN–STAUDIGL, FRITZ,** *Einführung in das EU-Recht: Institutionen, Recht un Politiken der Europäischen Union*, Facultas Wuv UTB, Austria, 2007.

• **REICH, NORBERT–*et. al.*,** *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Oxford, 2003.

• **RENNER, GÜNTER,** *Ausländerrecht*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005.

• **ROGERS, NICOLA–SCANNEL, RICK,** *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2005.

• **RUDDEN, BERNARD–PHELAN, DIARMUID ROSSA,** *Basic Community Cases*, 2nd Edition, Oxford University Press, United States, 1997.

• **SHAW, JO–*et. al.*,** *Economic and Social Law of the European Union*, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2007.

• **SHAW, JOSEPHINE,** *European Community Law*, Macmillan Press, Great Britain, 1993.

• **SNELL, JUKKA,** *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford University Press, United States, 2005.

• **SPAVENTA, ELEANOR,** *Free Movement of Persons in the European Union: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.

• **STAPLES, HELEN,** *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, Kluwer Law International, the Netherlands, 1999.

• **STEINER, JOSEPHINE–*et.al.*,** *Text Book on EC Law*, 9th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006.

• **STEINER, JOSEPHINE–WOODS, LORNA,** *EU Law*, 10th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2009.

• **STREINZ, RUDOLF,** *Europarecht*, 8. Auflage, C. F. Müler Verlag, Heidelberg, 2008.

• **SZYSZCZAK, ERIKA–CYGAN, ADAM,** *Understanding EU Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, the Netherlands, 2008.

• **ŞAHİN, SEYİT A.,** *Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Verdiği Kararların İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004.

• **TEKİNALP, ÜNAL–*et.al.*,** *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2000.

• **TEZCAN, ERCÜMENT,** *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

• **TONER, HELEN,** *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, Great Britain, 2004 (a).

• **TOTH, AKOS G.,** *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law: Volume II: The Law of the Internal Market*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

• **TRIDIMAS, TAKIS,** *The General Principles of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, United States, 2007.

• **TRYFONIDOU, ALINA,** *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Great Britain, 2009 (a).

• **USHER, JOHN A.,** *General Principles of EC Law*, Longman Publishing, Singapore, 1998.

• **VAN DER MEI, PIETER A.,** *Free Movement of Persons within the European Community: Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Great Britain, 2003.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2006.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Law Series, Oxford, 1996 (a).

• **WEATHERILL, STEPHEN–BEAUMONT, PAUL,** *EU Law*, 3rd Edition, Penguin Books, London, 1999.

• **WHITE, ROBIN C. A.,** *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford University Press, Great Britain, 2004.

• **WILKINSON, RORDEN,** *The WTO: Crisis and the Governance of Global Trade*, Routledge, Great Britain, 2007.

Makale

• **ACIERNO, SILVIA,** "The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 3, 2003, s. 398–407.

• **AKÇAY, BELGİN,** "Ekonomik ve Parasal Birlik", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 325–369.

• **AKÇAY, BELGİN,** "Euro Alanının Ekonomisine İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, Kış 2006, s. 1–27.

• **AKGÜL AÇIKMEŞE, SİNEM,** "Avrupa Birliği'nde Demokratik Meşruiyet Sorunu", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 4, 2003, s. 23–45.

• **ANDENAS, MADS–ZLEPTNIG, STEPHAN,** "Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, Cilt: 42, 2007, s. 371–428.

• **ARDY, BRIAN,** "Economic and Monetary Union", **(Ed.) GOWER, JACKIE,** *The European Union Handbook*, 2nd Edition, Fitzroy Dearborn Publishers, Michigan, 2002, s. 127–139.

• **ARSAVA, FÜSUN,** "Avrupa Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 1, 2005, s. 1–13.

• **BALASSA, BELA,** "Towards a Theory of Economic Integration", *Kyklos*, Cilt: XIV, 1961, s. 1–17.

• **BALLON, ELKE,** "Reinhard Gebhard", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 3, 1997, s. 145–151.

• **BAQUERO CRUZ, JULIO,** "Free movement and private autonomy", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 6, 1999, s. 603–620.

• **BARNARD, CATHERINE,** "Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw?", *European Law Review*, Cilt: 26, No: 1, 2001, s. 35–59.

• **BARNARD, CATHERINE,** "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?", *Cambridge Law Journal*, Cilt: 68, No: 3, 2009, s. 575–606.

• **BARRETT, GAVIN,** "Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003 (a), s. 369–421.

• **BARRETT, GAVIN,** "Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law", *Yearbook of European Law*, Cilt: 22, 2003 (b), s. 117–153.

• **BAYKAL, SANEM,** "Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, 2005, s. 103–129.

• **BAYKAL, SANEM,** "Temel Haklar", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 371–399.

• **BAYKAL, SANEM,** "Reform Antlaşması ve Getirdikleri: Kurumsal Yapı Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 7, No: 1, 2007, s. 45–67.

• **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** "Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı ve Lizbon Antlaşması", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–*et. al.*,** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 203–233.

• **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** "Yasal Göç ve Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Entegrasyonu", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 401–445.

• **BECKER, ULRICH,** "Freedom of Movement for Workers", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 255–280.

• **BELLAMY, RICHARD,** "Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU", *Citizenship Studies*, Cilt: 12, No: 6, 2008, s. 597–611.

• **BERMANN, GEORGE,** "Proportionality and Subsidiarity", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 75–99.

• **BERNARD, NICHOLAS,** "Discrimination and Free Movement in EC Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 45, 1996, s. 82–108.

• **BERNARD, NICK,** "Flexibility in the European Single Market", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 101–122.

• **BESSON, SAMANTHA–UTZINGER, ANDRÉ,** "Introduction: Future Challenges of European Citizenship — Facing a Wide-Open Pandora's Box", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 573–590.

• **BİLGİN, ASLI,** "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım ve Birlik Yurttaşlığı", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 6, No: 23, 2010 (a), s. 15–41.

• **BİLGİN, ASLI,** "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı ile İş Arayan Kişilere Tanınan Sosyal Avantajlar", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 9, No: 2, 2010 (b), s. 1–19.

• **BİLGİN, ASLI,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Lizbon Antlaşması", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–*et. al.,*** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 317–347.

• **BİLGİN, ASLI,** "İşçilerin Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010 (c), s. 71–95.

• **BİLİCİ, NURETTİN,** "AB'de Ekonomik Bütünleşme ve Türkiye'nin Entegrasyonu", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 5, No: 2, 2006, s. 39–45.

• **BIONDI, ANDREA,** "In and Out of the Internal Market: Recent Developments on the Principle of Free Movement", *Yearbook of European Law*, Cilt: 19, 2000, s. 469–491.

• **CAN, HACI,** "Verdeckte Diskriminierung in der Systematik der Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 4, 2003, s. 47–72.

• **CANDAN, TOLGA,** "Malların Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 13–70.

• **CARRERA, SERGIO,** "What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?", *European Law Journal*, Cilt: 11, Sayı: 6, 2005, s. 699–721.

• **CARRERA, SERGIO–FAURE ATGER, ANAÏS,** "Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement: A Proliferation of Different Forms of Citizenship?", *CEPS Special Report*, April 2009, s. 1–23.

• **CASTILLO DE LA TORRE, FERNANDO,** "Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94, *Criminal proceedings against L.E. Sanz de Lera and Others*, with Annotation by F. Castillo de la Torre", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996, s. 1065–1072.

• **CASTRO OLIVEIRA, A.,** "Workers and Other Persons: Step-by-Step from Movement to Citizenship Case Law 1995–2001", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 77–127.

• **CHALMERS, DAMIAN,** "The Unbearable Heaviness of European Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 6, 2006, s. 779–780.

• **CHEREDNYCHENKO, OLHA,** "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", *European Review of Private Law*, Vol: 14, No: 1, 2006, s. 23–61.

• **CHRYSSOCHOUU, DIMITRIS N.,** "EU Democracy and the Democratic Deficit", **(Ed.) CINI, MICHELLE,** *European Union Politics*, New York, Oxford University Press, 2003, s. 365–382.

• **CLOSA, CARLOS,** "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review*, Cilt: 29, 1992, s. 1137–1169.

• **CLOUGH, MARK–FORWOOD, NICHOLAS,** "The Single European Act and Free Movement: Legal Implications of the Provisions for the Completion of the Internal Market", *European Law Review*, Cilt: 11, No: 6, 1986, s. 383–408.

• **CONNOR, TIM,** "Goods, Persons, Services and Capital in the European Union: Jurisprudential Routes to Free Movement", *German Law Journal*, Cilt: 1, No: 2, 2010, s. 159–209.

• **CORCORAN, ANDREA M.–HART, TERRY L.,** "The Regulation of Cross-border Financial Services in the EU Internal Market", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 8, 2002, s. 221–292.

• **COUSINS, MEL,** "Citizenship, Residence and Social Security", *European Law Review*, Cilt: 32, No: 3, 2007, s. 386–395.

• **CRAIG, PAUL,** "The Evolution of the Single Market", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 1– 40.

• **CYGAN, ADAM–SZYSZCZAK, ERIKA,** "EU Citizenship", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 55, 2006, s. 977–982.

• **ÇELİKEL, AYSEL,** "Ortak Pazarda Yabancıların Hukuki Durumu", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü,** *Avrupa Ekonomik Topluluğu: Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar*, İstabul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973, s. 1–22.

• **DANIELE, LUIGI,** "Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", *European Law Review*, Cilt: 22, No: 3, 1997, s. 191–200.

• **DAUSES, MANFRED A.,** "Consumer Information in the Case Law of the European Court of Justice: A German View", *British Food Journal*, Cilt: 100, No: 5, 1998, s. 244–253.

• **DAUTRICOURT, CAMILLE–THOMAS, SEBASTIEN,** "Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All for Ulysses, nothing for Penelope?", *European Law Review*, Cilt: 34, No: 3, 2009, s. 433–454.

• **DAVIES, A. C. L.,** "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal*, Cilt: 37, No: 2, 2008, s. 126–148.

• **DAVIES, PAUL,** "Market Integration and Social Policy in the Court of Justice", *Industrial Law Journal*, Cilt: 24, 1995, s. 49–77.

• **DE BÚRCA, GRÁINNE,** "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law,* Cilt: 13, 1993, s. 105–150.

• **DE LA FERIA, RITA,** "Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008, s. 395–441.

• **DE WITTE, BRUNO,** "Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order", **(Eds.) CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, United States, 1999, s. 177–214.

• **DE ZWAAN, JAAP W.,** "European Citizenship: Origin, Contents and Perspectives", **(Eds.) BAŃKOWSKI, ZENON–SCOTT, ANDREW,** *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration*, Blackwell Publishers, Great Britain, 2000, s. 149–167.

• **DEAKIN, SIMON,** "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?", *European Law Journal*, Cilt: 12, No: 4, 2006, s. 440–454.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "Cross-border Educational Mobility and Exportation of Student Financial Assistance", *European Law Review*, Cilt: 33, No: 5, 2008 (a), s. 723–738.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "Expanding the Frontiers of European Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–ODUDU, OKEOGHENE,** *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 119–166.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "Legal Developments", *Journal of Common Market Studies*, Cilt: 45, 2007, s. 125–142.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "Minimum Harmonization and the Internal Market", *Common Market Law Review*, Cilt: 37, 2000, s. 853–885.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 5, 2006, s. 613–641.

• **DOUGAN, MICHAEL,** "The Treaty of Lizbon 2007: Winning Minds, Not Hearts", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008 (b), s. 617–703.

• **DOUGAN, MICHAEL–SPAVENTA, ELEANOR,** "Educating Rudy and the Non English Patient: A Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 5, 2003, s. 699–712.

• **DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH,** "In Search of Union Citizenship", *Yearbook of European Law*, Cilt: 18, 1998, s. 29–65.

• **DOWNES, TONY,** "Market Citizenship: Functionalism and Fig-Leaves", **(Eds.) BELLAMY, RICHARD–WARLEIGH, ALEX,** *Citizenship and Governance in the European Union*, Continuum, Great Britain, 2001, s. 93–106.

• **EDITORIAL COMMENTS,** "Freedoms Unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 537–543.

• **EHLERMANN, C.-D.,** "The Internal Market Following the Single European Act", *Common Market Law Review*, Cilt: 24, 1987, s. 361–409.

• **EHLERS, DIRK,** "General Principles", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 175–225.

• **ELLIS, EVELYN,** "Social Advantages: A New Lease of Life?", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 639–659.

• **ELSMORE, MATTHEW J.–STARUP, PETER,** "Union Citizenship–Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy", *Yearbook of European Law*, Cilt: 26, 2007, s. 57–113.

• **EMERSON, MICHAEL,** "Vade Mecum for the Next Enlargements of the European Union", *CEPS Policy Brief*, No: 61, December 2004, s. 1–3.

• **ENGSIG SØRENSEN, KARSTEN,** "Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?", *Common Market Law Review*, Cilt: 43, 2006, s. 423–459.

• **EPINEY, ASTRID,** "Free Movement of Goods", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007 (a), s. 226–254.

• **EPINEY, ASTRID,** "The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007 (b), s. 611–622.

• **ERHAN, ÇAĞRI–AKDEMİR, ERHAN,** "Giriş: Avrupa Bütünleşmesi", **AKÇAY, BELGİN–*et. al.,*** *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 15–48.

• **EVANS, ANDREW,** "Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law", **(Ed.) LA TORRE, MASSIMO,** *European Citizenship: An Institutional Challange*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, s. 267–291.

• **EVERSON, MICHELLE,** "Adjudicating the Market", *European Law Journal*, Cilt: 8, No: 1, 2002, s. 152–171.

• **EVERSON, MICHELLE,** "The Legacy of the Market Citizen", **(Eds.) SHAW, JO–MORE, GILLIAN,** *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 73–90.

• **FAVELL, ADRIAN–RECCHI, ETTORE,** "Pioneers of European Integration: an Introduction", **(Eds.) FAVELL, ADRIAN–RECCHI, ETTORE,** *Pioneers of European Integration: Citizenship and Mobility in the EU*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2009, s. 1–25.

• **FLYNN, LEO,** "Coming of Age: The Free Movement of Capital Case Law 1993–2002", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 773–805.

• **GIUBBONI, STEFANO,** "Free Movement of Persons and European Solidarity", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 360–379.

• **GOLYNKER, OXANA,** "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity", *European Law Review*, Cilt: 30, No: 1, 2005, s. 111–122.

• **GOLYNKER, OXANA,** "Student Loans: The European Concept of Social Justice According to Bidar", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 3, 2006, s. 390–401.

• **GOVAERE, INGE,** "The Future Direction of the E.U. Internal Market: On Vested Values and Fashionable Modernism", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 16, 2010, s. 67–80.

• **GROUSSOT, XAVIER,** "'Principled Citizenship' and the Process of European Constitutionalization–From a Pie in the Sky to a Sky with Dimaonds", **(Eds.) BERNITZ, ULF–NERGELIUS, JOAKIM–CARDNER, CECILIA,** *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2008, s. 315–342.

• **GROUSSOT, XAVIER,** "Proportionality in Sweden: The Influence of European Law", *Nordic Journal of International Law*, Cilt: 75, 2006, s. 451–472.

• **GUILD, ELSPETH,** "Citizens Without a Constitution, Borders Without a State: EU Free Movement of Persons", **(Eds.) BALDACCINI, ANNELIESE–*et.al.***, *Whose Freedom, Security and Justice?*, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 25–55.

• **GUILD, ELSBETH,** "Citizenship and Fundamental Rights", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 45–63.

• **HAAG, MARCEL,** "EG Artikel 18", **(Eds.) VON DER GROEBEN, HANS–SCHWARZE, JÜRGEN,** *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, Rn. 1–20.

• **HAILBRONNER, KAY,** "D. I. Freizügigkeit: Grundlegen", **DAUSES, MANFRED A.,** *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 25. Auflage, C. H. Beck, München, 2010, Rn. 1–215.

• **HAILBRONNER, KAY,** "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Market Law Review*, Cilt: 42, 2005, s. 1245–1267.

• **HAILBRONNER, KAY,** "Union Citizenship and Social Rights", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 65–78.

• **HALL, STEPHEN,** "Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights", *European Law Review*, Cilt: 21, No: 2, 1996, s. 129–143.

• **HANDOLL, JOHN,** "Conclusions", **(Eds.) CARLIER, JEAN-YVES,–GUILD, ELSBETH,** *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 171–179.

• **HATZOPOULOS, VASSILIS,** "A (More) Social Europe: A political crossroad or a Legal One-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon", *Common Market Law Review*, Cilt: 42, 2005, s. 1599–1635.

• **HATZOPOULOS, VASSILIS,** "Case C-384/93, *Alpine Investments* v. *Minister van Financiën*, with Annotation by V. Hatzopoulos", *Common Market Law Review*, Cilt: 32, 1995 (b), s. 1427–1445.

• **HILF, MEINHARD,** "EGV Article 18", **(Eds.) GRABITZ, EBERHARD–HILF, MEINHARD,** *Das Recht der Europäischen Union*, 38. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 1–21.

• **HILLION, CHRISTOPHE,** "Negotiating Turkey's Membership to the European Union: Can the Member States do as they Please?", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 3, 2007, s. 269–284.

• **HILSON, CHRISTOPHER,** "Discrimination in Community Free Movement Law", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 5, 1999, s. 445–462.

• **HILSON, CHRISTOPHER,** "What's in a Right? The Relationship between Community, Fundamental and Citizenship Rights in EU Law", *European Law Review*, Cilt: 29, No: 5, 2004, s. 636–651.

• **HINAREJOS, ALICIA,** "*Laval* and *Viking*: The Right to Collective Action versus EU Fundamental Freedoms", *Human Rights Law Review*, Cilt: 8, 2008, s. 714–729.

• **HOFFMAN, A.,** "A Sense of Proportion", **(Eds.) ANDENAS, MADS–JACOBS, FRANCIS,** *European Community Law in the English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 149–161.

• **HUNT, JO,** "Legal Developments", *Journal of Common Market Studies*, Cilt: 41, 2003, s. 79–95.

• **ILIOPOULOU, ANASTASIA–TONER, HELEN,** "A New Approach to Discrimination against Free Movers?", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 3, 2003, s. 389–397.

• **ILIOPOULOU, ANASTASIA–TONER, HELEN,** "Case C-184/99, *Rudy Grzelczyk* v. *Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, with Annotation by A. Iliopoulou and H. Toner", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 609–620.

• **JACOBS, FRANCIS G.,** "Citizenship of the European Union–A Legal Analysis", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 591–607.

• **JACOBS, FRANCIS G.,** "Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 1–21.

• **JADOUL, LAURENT–VANESTE, FRÉDÉRIC,** "Case C-60/00. Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department (E.C.J. July 11, 2002)", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 9, 2003, s. 447–453.

• **JANS, JAN H.,** "Proportionality Revisited", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 27, No: 3, 2000, s. 239–265.

• **JARASS, HANS D.,** "A Unified Approach to the Fundamental Freedoms", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 141–162.

• **JOHNSON, ESTHER–O'KEEFFE, DAVID,** "From Discrimination to Obstacles to Free Movement: Recent Developments concerning the Free Movement of Workers 1989–1994", *Common Market Law Review*, Cilt: 31, 1994, s. 1313–1346.

• **KADELBACH, STEPHEN,** "Union Citizenship", **(Eds.) VON BOGDANDY, ARMIN–BAST, JÜRGEN,** *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, North America, 2006, s. 453–499.

• **KARLUK, RIDVAN,** "Dört Özgürlük Modeli ve Uygulaması", **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ,** *Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Kurumları Sempozyumu (30 Mart–1 Nisan 2005)*, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s. 83–134.

• **KJELLGREN, ANDERS,** "On the Border of Abuse: The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 245–277.

• **KINGREEN, THORSTEN,** "EGV Art. 28 (ex-Art. 30), Art. 29 (ex-Art. 34) und Art. 30 (ex-Art. 36)", **(Eds.) CALLIES, CHRISTIAN–RUFFERT MATTHIAS,** *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 3. Auflage, Beck Juristischer Verlag, München, 2007, s. 573–644.

• **KINGREEN, THORSTEN,** "Fundamental Freedoms", **(Eds.) VON BOGDANDY, ARMIN–BAST, JÜRGEN,** *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, North America, 2006, s. 549–584.

• **KLUTH, WINFRIED,** "Art. 18 (ex-Art. 8 a)", **(Eds.) CALLIES, CHRISTIAN–RUFFERT MATTHIAS,** *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 3. Auflage, Beck Juristischer Verlag, München, 2007, Rn. 1–27.

• **KOKOTT, JULIANE,** "EU Citizenship–Citoyens Sans Frontières?", European Law Lecture, *Durham European Law Institute Online Paper*, 2005, s. 1–12.

• **KOSTAKOPOULOU, THEODORA,** "European Union Citizenship: Writing the Future", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 623–646.

• **KOSTAKOPOULOU, THEODORA,** "Nested 'Old' and 'New' Citizenships in the European Union: Bringing out the Complexity", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 5, 1999, s. 389–413.

• **KRONENBERGER, VINCENT,** "The Rise of the 'Golden' Age of Free Movement of Capital: A Comment on the Golden Shares Judgments of the Court of Justice of the European Communities", *European Business Organization Law Review*, Cilt: 4, 2003, s. 115–136.

• **KUBICKI, PHILIPP,** "Kurze Nachlese zur Rechtssache Grunkin-Paul – Art. 18 EG und die Rechtsfolgen eines Verstoßes", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft: 11, 2009, s. 366–369.

• **KUIPERS, JAN-JAAP,** "Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law", *European Journal of Legal Studies*, Cilt: 2, No: 2, 2009, s. 66–96.

• **LANGER, JURIAN–WIERS, JOCHEM,** "Danish Bottles and Austrian Animal Transport: The Continuing Story of Free Movement, Environmental Protection and Proportionality", *Review of European Community & International Environmental Law*, Cilt: 9, No: 2, 2000, s. 188–192.

• **LEHNING, PERCY B.,** "European Citizenship: Between Facts and Norms", *Constellations*, Cilt: 4, No: 3, 1998, s. 346–367.

• **LENAERTS, KOEN–DE SMIJTER, EDDY,** "A "Bill of Rights" for the European Union", Common Market Law Review, Cilt: 38, No: 1, 2001, s. 273–300.

• **LENAERTS, KOEN–HEREMANS, TINNE,** "Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 2, 2006, s. 101–115.

• **LOHSE, EVA JULIA,** "Fundamental Freedoms and Private Actors – Towards an 'Indirect Horizontal Effect'", *European Public Law*, Cilt: 13, No: 1, 2007, s. 159–190.

• **LONBAY, JULIAN,** "Case C-55/94 *Reinhard Gebhard* v. *Consiglio dell'ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, with Annotation by J. Lonbay", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996, s. 1073–1087.

• **LOUIS, JEAN-VICTOR,** "The Economic and Monetary Union: Law and Institutions", *Common Market Law Review,* Cilt: 41, 2004, s. 575–608.

• **MAESTRIPIERI, CESARE,** "Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services", *Common Market Law Review*, Cilt: 10, 1973, s. 150–173.

• **MAGIERA, SIGFRIED,** "Article 45", **(Ed.) MEYER, JÜRGEN,** *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, Rn. 1–15.

• **MANN, SUNNY,** "Does Article 30 of the EC Treaty Catch Private Barriers to Intra-Community Trade?", *King's College London Journal*, Cilt: 10, 1999, s. 136–139.

• **MARIAS, EPAMINONDAS A.,** "From Market Citizen to Union Citizen", **(Ed.) MARIAS, EPAMINONDAS A.,** *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, s. 1–23.

• **MARSHALL, THOMAS H.,** "Citizenship and Social Class", **(Eds.) MANZA, JEFF–SAUDER, MICHAEL,** *Inequality and Society*, W.W. Norton anc Co., New York, 2009, s. 148–154.

• **MATHER, JAMES D.,** "The Court of Justice and Union Citizen", *European Law Journal*, Cilt: 11, No: 6, 2005, s. 722–743.

• **MORAL SORIANO, LEONOR,** "How Proportionate should Anti-competitive State Intervention be?", *European Law Review*, Cilt: 28, No: 1 2003, s. 112–123.

• **MORTELMANS, KAMIEL,** "Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?", *Common Market Law Review,* Cilt: 28, 1991, s. 115–136.

• **MORTELMANS, KAMIEL,** "The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?", *Common Market Law Review*, Cilt: 35, 1998, s. 101–136.

• **MORTELMANS, KAMIEL,** "Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?", *Common Market Law Review,* Cilt: 38, 2001, s. 613–649.

• **MUMCU, NECATİ,** "Avrupa İktisadi Topluluğunun Oluşumu–Serbest Ticaret Bölgeleri–Gümrük Birlikleri ve Türkiye", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü,** *Avrupa Ekonomik Topluluğu: Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar*, İstabul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973, s. 147–184.

• **MUYLLE, KOEN,** "Angry Farmers and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods", *European Law Review,* Cilt: 23, No: 5, 1998, s. 467–474.

• **NIC SHUIBHNE, NUAMH,** "Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on?", *Common Market Law Review*, Cilt: 39, 2002, s. 731–771.

• **NIC SHUIBHNE, NIAMH,** "The Outer Limits of EU Citizenship: Displacing Economic Free Movement Rights?", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–ODUDU, OKEOGHENE,** *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 167–196.

• **O'GORMAN, RODERIC,** "The Proportionality Principle and Union Citizenship", *Mitchell Working Paper Series,* No: 1, 2009, s. 1–16.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** "Developing an Ever Closer Union between the Peoples of Europe?", *Mitchell Working Paper Series*, No: 6, 2008, s. 1–25.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** "Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 24, No: 1, 1999, s. 68–79.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** "The Principle of Equal Treatment on Grounds of Nationality in Article 6 EC: A Lucrative Source of Rights for Member State Nationals?", **(Eds.) DASHWOOD, ALAN–O'LEARY, SÍOFRA,** *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, Great Britain, 1997, s. 105–136.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** "The Principle of Non-Discrimination and EC Social Policy", **(Ed.) VAN EMPEL, MARTIJN,** *"From Paris to Nice" Fifty Years of Legal Integration in Europe*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2003, s. 15–32.

• **O'LEARY, SÍOFRA,** "The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 32, 1995, s. 519–554.

• **OLIVER, PETER–ROTH, WULF-HENNING,** "The Internal Market and The Four Freedoms", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 407–441.

• **OLSEN, ESPEN D. H.,** "The Origins of European Citizenship in the First Two Decades of European Integration", *Journal of European Public Policy*, Cilt: 15, 2008, s. 40–57.

• **O'NEILL, AILBHE,** "The Path not Taken: The Global Approach to the Free Movement of Persons", *Trinity College Law Review*, Cilt: 3, 2000, s. 111–127.

• **O'NEILL, PAUL–SANDLER, SUSAN R.,** "The EU Citizenship Acquis and the Court of Justice: Citizenship Vigilante or merely Vigilant Treaty Guardian?", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Cilt: 7, No: 3, 2008, s. 206–246.

• **ÖZDEMİR, SAHİR,** "Sermayenin Serbest Dolaşımı", **(Eds.) AKÇAY, BELGİN–BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, GÜLÜM,** *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 163–179.

• **PAUL, JOEL R.,** "Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 1, 1995, s. 29–62.

• **PEERS, STEVE,** "Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?", **BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 333–349.

• **PENNINGS, FRANS,** "Co-Ordination of Social Security on the Basis of the State-of-Employment Principle: Time for an Alternative?", *Common Market Law Review,* Cilt: 42, 2005, s. 67–89.

• **PFISTER, BERNHARD,** "Avrupa Ekonomik Topluluğunda Hukuka Uyum", **(Derleyenler) ÖZTAN, BİLGE–ÖZTAN, FIRAT,** *Avrupa Topluluğu Hukukunun Durumu ve Perspektifi Sempozyumu 17–21 Ekim 1990,* Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 121–159.

• **PICKUP, DAVID M.W.,** "Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers", *Common Market Law Review*, Cilt: 23, 1986, s. 135–156.

• **PLENDER, RICHARD,** "Citizenship and Immigration", *European Business Law Review*, 2005, s. 559–590.

• **POIARES MADURO, MIGUEL,** "Harmony and Dissonance in Free Movement", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004, s. 41–68.

• **POLLARD, DAVID,** "Rights of Free Movement", **(Eds.) NEUWAHL, NANETTE A.–ROSAS, ALLAN,** *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, s. 105–118.

• **PRECHAL, SACHA,** "Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 533–551.

• **PRECHAL, SACHA,** "Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 35, No: 3, 2008, s. 201–216.

• **PRECHAL, SACHA–DE VRIES, SYBE,** "Seamless Web of Judicial Protection in the Internal Market?", *European Law Review*, Cilt: 34, No: 1, 2009, s. 5–24.

• **RAMBOW, GERHARD,** "The End of the Transitional Period", *Common Market Law Review*, Cilt: 6, 1969, s. 434–450.

• **REICH, NORBERT,** "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union–the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ", *German Law Journal*, Cilt: 9, No: 2, 2008, s. 125–161.

• **REICH, NORBERT,** "The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union", *European Law Journal*, Cilt: 11, Sayı: 6, 2005, s. 675–698.

• **REICH, NORBERT,** "Union Citizenship–Metaphor or Source of Rights", *European Law Journal*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2001, s. 4–28.

• **REICH, NORBERT–HARBACEVICA, SOLVITA,** "Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with regard to Free Movement of Persons", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 615–638.

• **RINGE, WOLF-GEORG,** "Company Law and Free Movement of Capital", *Cambridge Law Journal*, Cilt: 69, No: 2, 2010, s. 378–409.

• **RITTER, CYRIL,** "Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234", *European Law Review*, Cilt: 31, No: 5, 2006, s. 690–710.

• **ROSSI, ANDREA,** "The Internal Market and Free Trade in the European Union", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.–SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 79–104.

• **ROTT, PETER,** "Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 40, 2003, s. 1107–1135.

• **ROUSSEAU, DOMINIQUE,** "Editorial – Citizenship in Abeyance", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 1, 2005, s. 44–46.

• **SCHIEMANN, K.,** "The Application of General Principles of Community Law by English Courts", **(Eds.) ANDENAS, MADS–JACOBS, FRANCIS,** *European Community Law in the English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 137–148.

• **SCHRAUWEN, ANNETTE,** "Sink or Swim Together? Developments in European Citizenship", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 23, 2000, s. 778–794.

• **SCOTT, ANDREW,** "Theories of Regional Economic Integration and the Global Economy", **(Ed.) GOWER, JACKIE,** *The European Union Handbook*, 2nd Edition, Fitzroy Dearborn Publishers, Michigan, 2002, s. 103–126.

• **SEIDEL, MARTIN,** "İçpazar ve Getirdiği Hürriyetler", **(Derleyenler) ÖZTAN, BİLGE–ÖZTAN, FIRAT,** *Avrupa Topluluğu Hukukunun Durumu ve Perspektifi Sempozyumu 17–21 Ekim 1990,* Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 217–250.

• **SHARPSTON, ELEANOR,** "Citizenship of the Union", **(Eds.) MOSER, PHILIP–SAWYER, KATRINE,** *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, Great Britain, 2008, s. 167–183.

• **SHAW, JO,** "The Interpretation of European Union Citizenship", *Modern Law Review*, Cilt: 61, 1998, s. 293–317.

• **SHIMMEL, NATALIE,** "Welcome to Europe, but Please Stay Out: Freedom of Movement and the 2004 Expansion of the European Union", *Berkeley Journal of International Law*, Cilt: 24, 2006, s. 760–800.

• **SLOT, PIET JAN,** "Harmonization", *European Law Review*, Cilt: 21, 1996, s. 378–397.

• **SLOT, PIET JAN–BULTERMAN, MIELLE,** "Harmonization of Legislation on Migrating EU Citizens and Third Country Nationals: Towards a Uniform Evaluation Framework", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 29, 2006, s. 747–789.

• **SNELL, JUKKA,** "And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law", **(Eds.) TRIDIMAS, TAKIS–NEBBIA, PAOLISA,** *European Union Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order, Volume 2: Internal Market and Free Movement of Community Policies*, Hart Publishing, North America, 2004 (a), s. 49–72.

• **SNELL, JUKKA,** "Private Parties and the Free Movement of Goods and Services", **(Eds.) ANDENAS, MADS–ROTH, WULF-HENNING,** *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States, 2004 (b), s. 211–243.

• **SNELL, JUKKA,** "Who's got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law", *Yearbook of European Law*, Cilt: 22, 2003, s. 323–351.

• **SNELL, JUKKA,** "The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?", *Common Market Law Review*, Cilt: 47, 2010, s. 437–432.

• **SOMEK, ALEXANDER,** "Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship", *European Law Review*, Cilt: 32, No: 6, 2007, s. 787–818.

• **SØNDERGAARD BIRKMOSE, HANNE,** "Regulatory Competition and the European Harmonisation Process", *European Business Law Review*, 2006, s. 1075–1097.

• **SPAVENTA, ELEANOR,** "From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards A (Non-) Economic European Constitution", *Common Market Law Review*, Cilt: 41, 2004, s. 743–773.

• **SPAVENTA, ELEANOR,** "Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects", *Common Market Law Review*, Cilt: 45, 2008, s. 13–45.

• **STARR-DEELEN, DONNA–DEELEN, BART,** "The European Court of Justice as a Federator", *The Journal of Federalism*, Cilt: 26, No: 4, 1996, s. 81–97.

• **STONE SWEET, ALEC–MATHEWS, JUD,** "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational* Law, Cilt: 47, 2009, s. 72–164.

• **STRAZZARI, DAVIDE,** "The New Functionalist Approach of the ECJ Towards the European Freedom of Movement and Residency: Some Lessons from a Constitutional Comparative Survey", *Jean Monnet Working Paper*, No: 3, 2008, s. 1–51.

• **STRUMIA, FRANCESCA,** "Citizenship and Free Movement: European and American Features of a Judicial Formula for Increased Comity", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 12, 2006, s. 713–749.

• **TAŞDEMİR, HAKAN–DEMİR, HASAN,** "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2, No: 3, 2002, s. 85–100.

• **TESAURO, GIUSEPPE,** "The Community's Internal Market in the light of the Recent Case-law of the Court of Justice", *Yearbook of European Law*, Cilt: 15, 1995, s. 1–16.

• **THOMAS, KATHRYN,** "Angonese: An unwarranted Extension of the Scope of Community Law", *University College Dublin Law Review*, 2002, s. 74–91.

• **TIETJE, CHRISTIAN,** "Freedom of Establishment", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Germany, 2007, s. 281–308.

• **TOGAN, SÜBİDEY,** "The Customs Union Agreement between Turkey and the European Union", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.–SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 293–314.

• **TOMUSCHAT, CHRISTIAN,** "Case C-85/96, *María Martínez Sala* v. *Freistaat Bayern*, with Annotation by C. Tomuschat", *Common Market Law Review*, Cilt: 37, 2000, s. 449–457.

• **TONER, HELEN,** "Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights–Articles 39, 43, 49 and 18 EC", *Yearbook of European Law*, Cilt: 23, 2004 (b), s. 275–302.

• **TRIDIMAS, TAKIS,** "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 65–84.

• **TRYFONIDOU, ALINA,** "Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms", *European Law Review*, Cilt: 35, No: 1, 2010, s. 36–56.

• **TRYFONIDOU, ALINA,** "In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point", *Common Market Law Review*, Cilt: 46, 2009 (b), s. 1591–1620.

• **UEDA, JUNKO,** "Is the Principle of Proportionality the European Approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice", *European Business Law Review*, Cilt: 14, No: 5, 2003, s. 557–593.

• **ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, HANS,** "European Citizenship: Its Meaning, Its Potential", **(Ed.) DEHOUSSE, RENAUD,** *Europe After Maastricht: An Ever Closer Union*, Law Books in Europe, München, 1994, s. 126–148.

• **USHER, JOHN A.,** "The Evolution of the Free Movement of Capital", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 31, 2008, s. 1533–1570.

• **VAN DEN BERG, ROGER,** "Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe", *KYKLOS*, Cilt: 53, No: 4, 2000, s. 435–466.

• **VAN DEN BOGAERT, STEFAAN,** "Horizontality", **(Eds.) BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 123–152.

• **VAN DER MEI, PIETER A.,** "Freedom of Movement for Indigents: A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 19, No: 3, 2002, s. 803–861.

• **VAN DER WOUDE, MARC–MEAD, PHILIP,** "Free Movement of the Tourist in Community Law", *Common Market Law Review*, Cilt: 25, 1988, s. 117–140.

• **VAN ELSUWEGE, PETER–ADAM, STANISLAS,** "Belgium, the Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination: Constitutional Court, Judgement 11/2009 of 21 January 2009", *European Constitutional Law Review*, Cilt: 5, 2009, s. 327–339.

• **VAN GERVEN, WALTER,** "Articles 30, 48, 52 and 59 after *Keck & Mithouard*, and Protection of Rights Arising from Directives after *Faccini Dori*", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 2, 1996, s. 217–239.

• **VAN GERVEN, WALTER,** "Harmonisation Within and Beyond", **(Ed.) VAN EMPEL, MARTIJN,** *"From Paris to Nice" Fifty Years of Legal Integration in Europe*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2003, s. 1–14.

• **VAN GERVEN, WALTER,** "The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe", **(Ed.) ELLIS, EVELYN,** *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Great Britain, 1999, s. 37–63.

• **VAN MAURIK, AAD,** "The Economic Theory of Customs Unions and Free Trade Areas", **(Eds.) HOSLI, MADELEINE O.–SAETHER, ARILD,** *Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, s. 19–34.

• **VAN NUFFEL, PIET,** "Bosman", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 2, 1996, s. 345–359.

• **VERLINDEN, JOHAN,** "European Court of Justice, Judgment of October 2, 2003, Case C-148/02, Carlos Garcia Avello v. État Belge (The State of Belgium)", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 11, 2005, s. 705–716.

• **VERLOREN VAN THEMAAT, PIETER,** "Some Preliminary Observations on the IGC: The Relations between the Concepts of a Common Market, a Monetary Union, an Economic Union, a Political Union and Sovereignty", *Common Market Law Review*, Cilt: 28, 1991, s. 291–318.

• **VERLOREN VAN THEMAAT, PIETER,** "The Contributions to the Establishment of the Internal Market by the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities", **(Eds.) BIEBER, ROLAND–*et.al.*,** *1992: One European Market?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1988, s. 109–126.

• **VON BOGDANDY, ARMIN,** "EGV Art. 12 Diskriminierungsverbot (Nizza-Fassung)", **(Eds.) GRABITZ, EBERHARD–HILF, MEINHARD,** *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 1–65.

• **VON MILMOWSKY, PETER,** "Freedom of Movement of Capital and Payments", **(Ed.) EHLERS, DIRK,** *European Fundamental Rights and Freedoms*, de Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 331–361.

• **VRANKEN, MARTIN–RICHARDSON, MEGAN,** "Europe 1992: Past, Present and Future of European Community Law", *Adelaide Law Review*, Cilt: 14, 1992, 219–244.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** "After *Keck*: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996 (b), s. 885–906.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** "Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL and Others* v. *Jean-Marc Bosman and Others* with Annotation by S. Weatherill", *Common Market Law Review*, Cilt: 33, 1996 (c), s. 991–1033.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** "Harmonisation: How Much, How Little?", *European Business Law Review*, 2005, s. 533–545.

• **WEATHERILL, STEPHEN,** "Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market", **BARNARD, CATHERINE–SCOTT, JOANNA,** *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Great Britain, 2002, s. 41–73.

• **WEILER, JOSEPH H. H.,** "The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", **(Eds.) CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE,** *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, United States, 1999, s. 349–376.

• **WERNICKE, STEPHAN,** "Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens", *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2007, s. 380–407.

• **WHITE, E. L.,** "In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, Cilt: 26, 1989, s. 235–280.

• **WHITE, ROBIN C.A.,** "A Fresh Look at Reverse Discrimination?", *European Law Review*, Cilt: 18, No: 6, 1993, s. 527–532.

• **WHITE, ROBIN C. A.,** "Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 54, 2005 (a), s. 884–905.

• **WHITE, ROBIN C. A.,** "The Citizen's Right to Free Movement", *European Business Law Review*, 2005 (b), s. 547–558.

• **WILSHER, DANIEL,** "Does *Keck* Discrimination make any Sense? An Assessment of the Non-Discrimination Principle within the European Single Market", *European Law Review*, Cilt: 33, No: 1, 2008, s. 3–22.

• **WIND, MARLENE,** "Post-national Citizenship in Europe: the EU as a "Welfare Rights Generator"?", *Columbia Journal of European Law*, Cilt: 15, 2009, s. 239–264.

• **WIßMANN, HELLMUT,** "Art. 39 (48)", **(Eds.) THOMAS DIETERICH *et.al.,*** *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Rn. 1–58.

• **WOUTERS, JAN,** "European Citizenship and the Case-law of the Court of Justice of the European Communities on the Free Movement of Persons", **(Ed.) MARIAS, EPAMINONDAS A.,** *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, s. 25–61.

• **WYATT, DERRICK,** "Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality after Viking and Mangold, and the Implications for Community Competence", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt: 4, 2008, s. 1–48.

• **YANEVA, TANYA,** "Borderlines of Union Citizenship", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 34, No: 4, 2007, s. 407–418.

Tez Özeti

1950'li yıllarda Avrupa'da insanları (halkları) birleştirme projesi olarak yola çıkan Avrupa bütünleşmesi, günümüzde ekonomik bütünleşmeden siyasal bütünleşmeye doğru ilerleyişini sürdürmektedir. İşte bu bütünleşmenin temeli, üye devletler arasında bir 'ortak pazar' kurulmasıdır. Ortak (iç) pazar uyarınca malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin dolaşım serbestîsine yönelik üye devletler arasındaki engeller kaldırılacaktır. Bu bakımdan, Divan, esas itici güç olmuştur. Divan, kurucu antlaşmadaki serbest dolaşıma dair hükümleri doğrudan etkili kabul ederek, adeta bir iç pazar hukuku oluşturmaya başlamıştır. Böylece, serbest dolaşım hükümleri uyarınca bir durum kişi ve konu bakımından bu hükümlerin kapsamında kalıyorsa, hem vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan hem de serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemler, haklı gerekçeler temelinde ve orantılılık ilkesi ile temel haklara uygun olmak koşuluyla haklı gösterilmedikçe yasaktır.

1993 yılında iç pazar temelinin büyük oranda tamamlanması ile birlikte bütünleşme sürecinde yeni adımlar atılması da olanaklı hâle gelmiştir. Bu meyanda, Maastricht Antlaşması ile, *inter alia*, 'Birlik vatandaşlığı' yaratılmıştır. Birlik vatandaşları, *inter alia*, kimi koşullar ve sınırlamalara bağlı olarak üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve ikâmet hakkına sahiptir. İşte bu serbest dolaşım ve ikâmet hakkı, yine esas olarak Divan tarafından geliştirilmiştir. Divan, ilkin, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikâmet hakkına dair hükmü doğrudan etkili kabul etmiştir. Böylece, artık ilgili hüküm uyarınca kişi ve konu bakımından bu hükmün kapsamında kalan durumlarda hem vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan hem de bu serbestîyi kısıtlayan ulusal önlemler, haklı gerekçeler temelinde ve orantılılık ilkesi ile temel haklara uygun olmak koşuluyla haklı gösterilmedikçe yasaktır.

1958 kökenli ve ekonomik temelli iç pazar serbestîleri, 1993 yılı ile birlikte siyasi ve sosyal ağırlıklı Birlik vatandaşlığı ile serbest dolaşım ortak noktasında buluştuğundan beri, bu ikili arasındaki etkileşim, bir süreç hâlinde her ikisini de

değiştirmektedir. Bu süreç, birbiri ile kesişen beş gelişim çizgisi üzerinden izah edilebilir. İlk olarak, Birlik vatandaşlığına dair serbest dolaşım hükmü, iç pazara dair serbest dolaşım hükümlerinin uygulanma düzenini takip ederek, artık bu dört serbestînin yanında beşinci serbestî sıfatını taşımaya hak kazanmıştır. İkinci olarak, serbest dolaşım alanının kişi ve konu bakımından kapsamı, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım sayesinde genişlemiştir. Üçüncü olarak, iç pazardaki serbest dolaşımlara Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımın eklenmesi, genel olarak serbest dolaşım ve özel olarak iç pazar serbest dolaşımlarının tahdidine ilişkin yasak hakkındaki içtihat hukukunu daha net bir çerçeveye oturtmaktadır. Dördüncü olarak, Birlik vatandaşlığı ve ona dair serbest dolaşım, bir yandan, iç pazardaki serbest dolaşıma dair içtihat hukukunun (kısmen) gözden geçirilmesi için vesile olurken; diğer yandan, özellikle kişilerin serbest dolaşımına ilişkin pek çok Birlik tasarrufunun Birlik vatandaşlığı temelinde yenilenmesine yol açmıştır. Son olarak, Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşım, iç pazar serbest dolaşımlarının izinden gittiği için 'vatandaşlık' statüsünün altında yatan potansiyelin yalnızca bir kısmı açığa çıkabilmektedir. Buna rağmen, bu potansiyel; bir 'siyasi birlik', 'sosyal vatandaşlık' ve artan temel haklar korumasına doğru meyleden bir zihniyet değişiminin tohumlarını atmaktadır.

Öyleyse, Birlik hukukundaki serbest dolaşım, bir yandan yerleşik uygulamaları ile Birlik vatandaşlığındaki serbest dolaşımı şekillendirirken; diğer yandan Birlik vatandaşlığı ile yeniden şekillenmektedir.

Summary of the Thesis

European integration, which set off in the 1950's as a project to unite people in Europe, continues nowadays its progress beginning from economic integration towards political integration. The basis of the European integration is the establishment of a 'common market' between the Member States. The common (internal) market requires the abolition of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital between the Member States. In this regard, it has been the Court of Justice which has become the driving force behind the establishment of the internal market. After deeming the free movement provisions in the Founding Treaty as directly effective, the Court has started to form in fact an internal market or free movement law. Accordingly, the freedom of movement provisions prohibit the national measures which either discriminate directly or indirectly on the ground of nationality or restrict the freedom of movement, unless they are justified on the legitimate grounds and comply with the principle of proportionality and fundamental rights, as long as a situation falls within the personal and material scope of those provisions.

When the internal market was established to a large extent in 1993, European integration became ready to introduce new developments. In this regard, the Maastricht Treaty created *inter alia* 'Union citizenship'. Union citizens have been given *inter alia* the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to certain limitations and conditions. Again, it was the Court of Justice which has given effect to this right of free movement and residence. The Court granted direct effect to the provision which lays down the right of Union citizens to free movement and residence. Accordingly, this provision prohibits the national measures which either discriminate directly or indirectly on the ground of nationality or restrict the freedom of movement, unless they are justified on the legitimate grounds and comply with the principle of proportionality and fundamental rights, as long as a situation falls within the personal and material scope of this provision.

The interaction between the economically based internal market freedoms and politically or socially motivated Union citizenship has been transforming both of them, ever since they came together on the common ground of 'free movement'. This transformation can be explained in five stages of development which overlap each other. Firstly, the right to free movement of Union citizens can now be deemed as a 'fifth freedom' in addition to the so called 'four freedoms' of the internal market, given that the free movement provision related to Union citizens follows the same implementation scheme of the free movement provisions of the internal market. Secondly, the personal and material scope of the area of free movement have been broadened due to the free movement and residence rights of Union citizens. Thirdly, the case-law relating to the prohibition of restrictions on free movement in general and free movement in the internal market in particular can now be framed more clearly, thanks to the addition of free movement of Union citizens to the free movement in internal market. Fourthly, Union citizenship and the right of free movement attached to it call forth the (partial) revision of the case-law related to the free movement in internal market on the one hand; and give rise to the replacement of lots of Union acts concerning especially the free movement of persons in the light of Union citizenship on the other. Lastly, free movement of Union citizens, can only partially reveal the potential which lies under the 'citizenship' status, since it follows the implementation scheme of the internal market freedoms. Nevertheless, this potential has launched a mentality change which is in the direction of a 'political union', a 'social citizenship' and an increased protection of fundamental rights.

Consequently, the freedom of movement in Union law has been shaping the free movement of Union citizens with its well-established practices on the one hand; and being reshaped by Union citizenship on the other.