

**1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ
AB HUKUKUNDA DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ
VE İÇERDİĞİ REKABET HÜKÜMLERİNİN
DOĞRUDAN ETKİSİNE İLİŞKİN BİR İNCELEME**

*AN ASSESSMENT ON DIRECT APPLICABILITY OF DECISION 1/95 IN
EU LAW AND DIRECT EFFECT OF ITS COMPETITION RULES*

Esin ÇAMLIBEL*
Aslı TUTUCU*

Öz

Bu makalede Türkiye'nin bir rekabet soruşturması sürecinde AB Komisyonu ve bazı AB ülkelerinden işbirliği talebine ilişkin bir deneyimi üzerinden Gümrük Birliği'nin rekabet hükümlerinin etkinliği değerlendirilmiştir. Bu soruşturma kapsamındaki teşebbüsler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a tabi olup bazılarının merkezi AB ülkelerinde bulunmaktadır. Rekabet Kurumu 1/95 sayılı Kararın rekabete ilişkin hükümlerine dayanarak ilgili rekabet otoritelerinden işbirliği talep etmiştir. Ancak, işbirliği talebi reddedilmiştir. Bunun gerekçeleri olarak, 1/95 sayılı kararın rekabet kurallarına ilişkin uygulama kurallarının bulunmadığı, gizliliğe ilişkin hususlar ve 43. maddenin talep edilen işbirliğinin çerçevesi bakımından yetersizliği gösterilmiştir. Aşağıda, AB Komisyonu'nun red gerekçeleri ışığında Gümrük Birliği çerçevesinde 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile kabul edilen rekabet kurallarının niteliği, geçerliliği ve taraflar üzerindeki bağlayıcılığına ilişkin sorular cevaplanmaya çalışılmıştır. Bu sorular yanıtlanırken ilgili hükümlerin doğrudan etkili olduğu görüşüne yakın durulmuştur. Bununla birlikte, bu hükümlerin doğrudan etkili olduğu sonucuna varılmış olması, bu sonucun 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın rekabet kurallarının pratik olarak hayata geçirilebileceğini göstermemektedir. AB ve Türkiye arasında gizli bilgilerin ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin uyum yasalarının çıkarılmamış olması, Taraflar arasında tebligatın nasıl yapılacağına ve rekabet otoritelerinin kararlarının ne şekilde icraya konulacağına ilişkin düzenlemelerin bulunmaması, rekabet kurallarının uygulanması bakımından önemli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, uygulamaya ilişkin engellerin

* Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda Yardımcı Doçent.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda Yardımcı Doçent.

sadece hukuki araçların yokluğundan veya eksikliğinden doğduğunu varsaymak bir yanlısına olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Rekabet Kuralları, Gümrük Birliği, Doğrudan Etki, Rekabet Kurallarının Uluslararası Uygulanmasında İşbirliği, 1/95 Sayılı Karar*

Abstract

This article is an attempt to assess effectiveness of competition rules of Customs Union with EU at a through experience of Turkey in requesting and receiving cooperation from some of EU countries competition authorities and EU Commission in the process of a competition investigation. The undertakings under the investigation were subject to the Act on the Protection of Competition, the head offices of some of these undertakings were situated in EU countries. The Turkish Competition Authority requested cooperation from the relevant authorities based on the competition rules of Decision 1/95. No cooperation was achieved. The objection raised to the request were the lack of implementation rules for competition rules of Decision 1/95, concerns on confidentiality issues and insufficiency of article 43 for providing the required framework for cooperation. In view of the foregoing objections, it has been tried to answer the questions regarding nature, validity and binding effect of competition provisions on the parties. While answering the said questions, it has been adopted in principle that the relevant articles of Decision No 1/95 have direct effect. However, such conclusion does not mean that competition rules in Decision No 1/95 can be applicable to a case in practice. Lack of harmonisation between EU law and Turkish law regarding data protection and servicing of notices and enforcement of decision are another problems which restrict the applicability of the competition rules. It should be noted that even though there are problems restricting applicability of such rules, we are of the opinion that supposing of barriers for enforcement emerge from only lack or deficiency of legal instruments is an illustration.

Keywords: *Competition Rules, Customs Union, Direct Effect, Cooperation on International Application of Competition Rules, Decision No. 1/95*

GİRİŞ

Rekabet Kurulu, 2004 yılında ithal kömür fiyatlarındaki ani artış karşısında Türkiye'ye kömür ihraç eden şirketlerin Türkiye'deki faaliyetlerine yönelik olarak bir soruşturma başlatmıştır¹. Soruşturma kapsamındaki şirketlerden Glencore International AG'nin merkezi İsviçre olup Türkiye'de filyal şirketleri

¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı 2003-1-85, Karar Sayısı 06-55/712-202, Karar Tarihi 25.07.2006

bulunmaktadır. Diğer şirket Krutrade AG'nin merkezi Avusturya'da olup Türkiye'deki irtibat bürosunu kuruluşunun başlaması üzerine kapatmıştır. Mir Trade'in merkezi ise İsviçre'de bulunmaktadır ve Türkiye'de şube, acenta, bayi veya filyal şirketleri bulunmamaktadır. Şirketlerin merkezi bulunan ülkeler AB ve EFTA üyesi ülkelerdir. Türkiye ile Avrupa Toplulukları arasındaki 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın ("1/95 Sayılı Karar") "Rekabet" başlıklı II. Bölümü Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkileyen rekabeti sınırlandırıcı teşebbüs eylemlerini yasaklamaktadır. EFTA ülkeleri ile Avrupa Topluluğu arasında akdedilmiş bulunan Serbest Ticaret Anlaşması da konuya ilişkin olarak 1/95 sayılı Karar ile paralel hükümler içermektedir. Bu çerçevede Rekabet Kurumu, AT Komisyonu'nun ilgili biriminden, iki teşebbüsün genel merkezlerinde inceleme yapılması, elde edilen bilgi ve belgelerden Türkiye pazarı ile ilgili olanların Rekabet Kurumu'na iletilmesi ve anılan teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı eylemleri ile ilgili olarak uygun görülen diğer tedbirlerin alınmasına yönelik işbirliği talebinde bulunmuştur. İlgili birimlerden, Rekabet Kurumuna olumsuz yanıt gelmiştir.

1/95 sayılı Karar uyarınca, taraflardan herhangi birinin diğerinin egemenlik sınırları içerisinde gerçekleşen ve kendi pazarında rekabeti sınırlandıran eylemler olduğunu tespit etmesi halinde, ilgili tarafa bu eylemlere yönelik olarak diğer taraftan gerekli tedbirleri almasını ve uygun şekilde yardımcı olmasını talep etme hakkı verilmektedir. AB Komisyonunun, Rekabet Kurumu ile işbirliği yapmayı reddetmesi, rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanmasının dayanağını teşkil eden etki doktrininin ve bölgesel ve serbest ticaret anlaşmalarındaki rekabete ve rekabet hukukuna dayalı uyumsuzlukların çözümündeki işbirliğine ilişkin hükümlerin bağlayıcılığının ve uygulanabilirliğinin sorgulanması gereğini doğurmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle, bölgesel rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanması bakımından genel kabul gören "Etki Doktrini"ne kısaca değinilecektir. Devamında yukarıda belirtileni karardan yola çıkarak genel olarak ortaklık hukuku uyarınca Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki işbirliğini öngören düzenlemelerin hukuki niteliği, geçerliliği ve taraflar bakımından ne ölçüde bağlayıcı olduğu sorularına yanıt aranacaktır. Bu husus değerlendirilirken, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararında yer alan rekabet hukuku düzenlemeleri kısaca özetlendikten sonra, bu hükümlerin AT hukukunda uluslararası antlaşmalar çerçevesinde yeri belirlenmeye çalışılacaktır. Bu amaçla, önce uluslararası antlaşmaların Türk hukuku bakımından geçerliliği, bağlayıcılığı ve bu antlaşmaların Topluluk ve Topluluk hukuk düzeni ile ilişkisi irdelenecektir. Ardından, Ortaklık Konseyi kararlarının bu çerçevede özellikle 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Topluluk ve Topluluk hukuk düzeni karşısındaki yeri değerlendirilecektir. Son kısımda ise 1/95 sayılı Ortaklık

Konseyi Kararı'nın rekabete ilişkin hükümlerinin taraflara birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri haklar bahşedip bahşetmediği üzerinde durulacaktır. Bu noktada, AB Komisyonu'nun işbirliğini reddederken dayandığı gerekçeler AB mevzuatı, AT Mahkemeleri içtihatları ışığında değerlendirilecektir. Öte yandan, AB Komisyonu'nun tüm gerekçelerinin haklılığı kabul edilemese dahi özellikle başka bir yargı çevresine tabi teşebbüslere ait gizli bilgilerin diğer bir ülkenin rekabet kurumuna verilip verilemeyeceği hususu başta olmak üzere rekabetin önlenmesine yönelik uygulamalara karşı işbirliği hükümlerinin pratik bakımından sonuç yaratabilmesi yönünden yeterliliği irdelenecektir. Nihayet son olarak, Avusturya Rekabet Kurumu'nun 1/95 Sayılı Karar uyarınca işbirliği yapma yükümlüğü olup olmadığı hususu üzerinde durulacaktır.

1. BÖLGESEL REKABET KURALLARININ SINIR ÖTESİ UYGULANMASI

Ekonominin artan ölçüde bütünleşmesi, GATT çerçevesinde gümrük sınırlarının ortadan kaldırılması sonucunda çok sayıda dünya pazarının oluşması, giderek azalan uzak mesafe taşıma masrafları ve az masraflı iletişim teknikleri, ulusal düzeydeki rekabet hukukunun sınır ötesi uygulanması gereğini doğurmaktadır². Uluslararası alanda faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmeleri ve uluslararası karteller bir çok devleti ya da (Avrupa yanında özellikle Kuzey Amerika ve Uzak Doğu devletleri gibi) bölgeyi kapsamaktadır. Bu durumda Wiedemann'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, rekabet sınırlamalarının kontrolünü hedefleyen bir ulusal rekabet politikasının, yurt dışındaki yabancı teşebbüslere karşı uygulanması, hukuki problemlerin ortaya çıkmasını kaçınılmaz kılmaktadır³. Yurt dışındaki işletmeler bir araya gelerek oluşturdukları karteller ile ilgili bölge içerisindeki ticarete zarar vermekte ve rekabeti olumsuz yönde etkilemektedirler. Ticareti olumsuz yönde etkilenen bölgenin rekabet otoritelerinin kendi hukuklarına dayanarak, merkezi ve faaliyetleri bölge dışında olan teşebbüslere karşı egemenlik tasarrufunda bulunup bulunamayacakları ise tartışma konusudur.

Gerek Amerika Birleşik Devletlerinin gerekse Avrupa Birliği'nin rekabet kurallarına bakıldığında bir rekabet sınırlamasının, rekabete aykırı davranışların kendi bölgeleri içerisinde bir etki doğurması halini, kendi rekabet

² Bkz. ve Karş. WIEDEMANN, G.(1999), Handbuch des Kartellrecht, München, §5, s. 62, Rdnr.1

³ Wiedemann (1999), §5, Nr.1, s.62; ATA'nın coğrafi geçerlik alanı, esas olarak üye devletlerin egemenlik alanları ile sınırlıdır. Alman Federal Kartel Dairesi eski başkanlarından Kartte'nin "Federal Kartel Dairesinin tüfekleri sadece Aachen şehrine kadar vurabilirler" sözü bu durumu vurgulamak için söylenmiştir. Esas olarak AB'nin sınırları bakımından Brüksel'deki AB Komisyonu için de aynı şey geçerlidir. Komisyon'un da ATA'nın rekabet kurallarını üye olmayan devletlerin teşebbüslerine uygularken büyük zorluklarla karşılaştığı görülmektedir. Bu değerlendirmeler için bkz. Wiedemann (1999), §5, s.62, Rdnr.1

hukuklarını uygulamak bakımından yeterli saydıkları görülmektedir. İlk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen düzenleme ve uygulamanın diğer ülkelerde de benimsendiği dikkati çekmektedir. Rekabet kurallarının ilgili bölge dışında uygulanabilmesine ve yabancı teşebbüslerin rekabet kurallarına muhatap olmasına imkân veren bu düzenlemenin dayanağı “Etki Doktrini” olarak ifade edilmektedir⁴. “Etki Doktrinine” göre, Rekabet Hukukunun ihlali teşkil eden davranışın nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiği değil, zararlı sonucun nerede gerçekleştiği, hangi piyasaların bundan olumsuz etkilendiği önem taşır⁵.

Rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanmasına olanak veren bir başka araç ise çok taraflı, ikili veya bölgesel işbirliği antlaşmalarıdır. Bu antlaşmaların bir kısmı UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), OECD (*Organization for Economic Co-Operation and Development*), WTO ICN (*World Trade Organization International Competition Network*) gibi üyelerine bağlayıcı yükümlülükler yüklemeyen (*soft cooperation*) gümrük birliği, serbest ticaret anlaşmaları şeklinde ortaya çıkan Bölgesel Ticaret Anlaşmaları tarafları için bağlayıcı yükümlülükler (*hard cooperation*)

⁴ Etki doktrini ilk kez Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanmış ise de, buradaki gelişmelerin de etkisiyle özellikle Avrupa Birliğinde ve diğer bazı ülkelerde kabul edildiği görülmektedir. Hatta bazı ülkelerin ulusal rekabet kanunlarında etki doktrininin uygulanmasına olanak tanıyan açık ve ayrıntılı düzenlemelerin yer aldığı dikkati çekmektedir. Buna örnek olarak Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanununun (GWB) 130/II maddesi verilebilir. GWB 130/II'ye dayalı olarak etki doktrini alman hukukunda açık biçimde kabul edilmektedir. Bkz. Wiedemann (1999), § 5, Rdnr. 23 vd. Türk hukukunda da -ATA 81. maddeye paralel olan- RKHK'un 4. maddesi lafzından ve AB hukukundaki gelişmelerden hareketle etki doktrininin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. EROL,K.(2000), “Rekabet Hukukunun Ülke Dışı Uygulaması” Rekabet Kurumu, Lisansüstü tez serisi No.1, Ankara, s.166 vd.,özellikle s.169; aşağıda bu konu üzerinde ayrıca durulacaktır.

⁵ Uluslararası Kamu Hukuku bakımından “Etki Doktrini”nin kabulü hususunda görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu hukukuna ilişkin yargı kararlarının (üç katı tazminatın ceza ilamı niteliğinde olduğu gerekçesi ile) bir başka ülkede icra edilemeyeceği yönünde JENNİNG, R.Y.(1957), “Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws”, 33; British Yearbook of International Law; HIGGINS, R. (1984) “The legal Bases of Jurisdiction” in Olmstead Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto; LOWE, A.V. (1984), “Public International Law and Conflict of laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations, ICLQ, V.33, No.3, Jul.1984, s. 515-530. Aksi görüş: Devletlerin yargı yetkisinin sınırlarına ilişkin uluslar arası kamu hukukunun klasik prensiplerinin (“yersellik prensibi”, “vatandaşlık prensibi”) rekabet hukukunun benimsediği “Etki Doktrini”ne dayanarak yargı yetkisinin varlığını kabul etmede yetersiz kaldığı belirtilmektedir. Burada problem arzedilen husus, bir işletmenin faaliyette bulunduğu ülkedeki karar ve eylemlerinin olumsuz ekonomik etkileri ve sonuçları işletmenin fiilen faaliyette bulunmadığı bir başka ülkede ortaya çıkmasıdır. Klasik prensiplerin benimsediği fiziki bir sonuç diğer ülkenin sınırları içerisinde doğmamaktadır. Zarar o ülkenin belirli bir pazarında olumsuz ekonomik etkiler olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa, bu halde de sınır ötesinden atış eden bir kişinin sınırın diğer yanındaki birini öldürmesinden farklı bir durumun bulunmadığını söylemek mümkündür. WHISH, R.(2003), “Competition Law” 5. Bası, Suffolk, s.429-430

öngörmektedir⁶. Türkiye'nin AB ile imzalamış olduğu 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararına dayanan Gümrük Birliği Anlaşması Türkiye ile AT bölgesi arasında rekabet kurallarının uygulanacağını öngörmekte ve bu kuralların uygulanması bakımından Tarafların yetkili makamları arasında işbirliği hükümleri içermektedir.

Bu anlaşmalar rekabet hukukunu uluslararası kamu hukukunun alanına dahil etmekte ve spesifik rekabet hukuku sorunlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Söz konusu anlaşmalardan beklenen, rekabet kurallarının uluslararası alanda uygulanmasında problemleri mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmasıdır. Ancak, uygulamada bu amacın ne ölçüde yerine geldiği tartışmalıdır. Bu çerçevede öncelikle 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nda Taraflar arasında hedeflenen gümrük birliğini sağlamaya yönelik politikalarından biri olarak yer alan rekabet hükümlerinin yasal dayanağını, hukuki niteliğini ve Taraflara doğrudan dayanabilecekleri haklar bahşedip bahşetmediğini değerlendirmek gerekmektedir.

2. ORTAKLIK HUKUKU UYARINCA TÜRKİYE İLE AVRUPA TOPLULUĞU ARASINDA REKABET HUKUKU ALANINDA İŞBİRLİĞİNİ ÖNGÖREN DÜZENLEMELER

2.1. Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Kuran Anlaşma: Ankara Anlaşması

Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki ortaklık ilişkisinin temelini 12.09.1963 tarihli ve 64/733 sayılı "Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Bir Ortaklık Kuran Anlaşma" kısaca Ankara Anlaşması⁷ oluşturmaktadır. Ortaklık Anlaşması iki taraflı (*bilâteral*) yapıda ve pariteye yani eşitliğe dayalı olarak oluşturulmuştur⁸.

⁶ TEKDEMİR,Y.(2006), Suggestions For Enhancing The Effectiveness of Cooperation On CLP Issues At Regional Level: Lessons From Turkey, International Seminar on "Competition Provisions in RTAs" Co-Organized By UNCTAD, Yeditepe University and IDRC, İstanbul, s.4; ROSENBERG,B.(2007), Competition Law and Policy Provisions In International Agreements: Assessing the Low Level of International Implementation, Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?, United Nations Conference on Trade and Development, New York-Cenevre, s.8;

⁷ 12.09.1963 tarihli ve 64/733 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Bir Ortaklık Kuran Anlaşma kısaca Ankara Anlaşması metni için bkz. RG, 17.11.1964, S.11858; Orijinal metin için bkz. ayrıca ABIEG 1964, Nr. L 217 s.3685

⁸İki taraflı yapı, iki âkid tarafın diğer bir ifadeyle âkid taraf grubunun karşı karşıya yer almasını ifade etmektedir. Bu durumda Topluluk ve üye devletler, Ankara Anlaşması gibi karma anlaşmalarda da diğer âkid tarafa karşı müşterek bir âkid taraf olarak ortaya çıkmaktadır.VÖNEKY, S.,(GRABITZ,E. ve M.HILF)(2009), Das Recht der Europäischen Union, Band:III, EUV/EGV,(38.Ergänzungslieferung-Stand April 2009), München, Art. 310, Rdnr.31

Ankara Anlaşması'nın 2. maddesinin I. fıkrasına göre Anlaşmanın amacı, "Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde bulundurarak, Taraflar⁹ arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli bir biçimde güçlendirmeyi teşvik etmektir". Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için 3., 4. ve 5. maddelerde gösterilen şart ve usullere göre, bir gümrük birliğinin gittikçe gelişecek şekilde kurulması öngörülmüştür¹⁰. Anlaşmanın amaç ve anlamı çerçevesinde ortaklığın görevinin; içerisinde malların hizmetlerin, sermaye ve şahısların ortak bir rekabet düzeni içerisinde serbestçe dolaştığı müşterek bir ekonomik alan yaratmak olduğu söylenebilir. Gümrük birliğinin adım adım gerçekleştirilmesi Anlaşmanın esaslı noktasını oluştururken, aynı zamanda ortaklığın da esaslı temelini teşkil etmektedir¹¹.

Anlaşmanın tüm bu amaç ve hedefleri çerçevesinde, 16. maddesinde "âkid taraflar; Topluluğu Kuran Antlaşmanın üçüncü büyük bölümünün 1. Kısmında yer alan rekabet, vergileme ve mevzuatın yakınlaştırılması ile ilgili hükümlerde anılan ilkelerin, ortaklık ilişkilerinde de uygulanmasını kabul ederler" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti, ortaklık ile olan ilişkilerinde, Roma Antlaşması'nın rekabet ilkelerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Nitekim, Ankara Anlaşmasında öngörülen hazırlık dönemi bitip, geçiş döneminde uygulanacak kuralların belirlenmesi amacıyla bu Anlaşmanın ayrılmaz bir parçası olarak imzalanmış

⁹ Ankara Anlaşması Ek 1 "‘Âkid Taraflar’ Deyiminin Yorumu ile İlgili Bildiri" uyarınca, "‘Âkid taraflar, Ortaklık Anlaşmasının, metninde geçen ‘Âkid taraflar’ deyimine, bir yandan Türkiye Cumhuriyeti, öte yandan Topluluk ile üye devletler veya sadece, ya üye devletler ya da Topluluk anlamı verilmek suretiyle yorumlanması hususunda anlaşmışlardır. Bu deyim her defasında verilecek anlam, Antlaşmanın bunları karşılayan hükümlerinden çıkarılacaktır. Bazı hallerde ‘Âkid Taraflar’ deyimini, Topluluğu kuran Antlaşmanın geçiş dönemi süresince üye Devletler, bu dönemin bitiminden sonra Topluluk anlamına gelebilecektir.

¹⁰ Ortaklık; âkid tarafların ekonomi politikalarının güçlendirilmiş biçimde koordine edilmesi ile bir gümrük birliğinin gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Bkz. STREINZ, R.(2005), Die Türkei als Partner- Formen der Zugehörigkeit zur EU, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht, Nr.1, s.24; Taraflar arasında gümrük birliği üç aşamada gerçekleştirilecektir. Antlaşmanın 3.maddesinin 3. fıkrasına göre, ortaklığın bir hazırlık dönemi, bir geçiş dönemi ve de bir son dönemi bulunmaktadır ve son dönem gümrük birliğine dayanmaktadır.

¹¹ CAN, H.(2002), Assoziationsverhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei, Frankfurt am Main, s.54,55; Amaç tayini, yapısı ve maddi içeriği bakımından genel olarak değerlendirildiğinde Antlaşmanın tamamlanmış ve bir bütün halinde ayrılmış bir normlar bütünü değil aksine sadece aşama aşama gerçekleştirilecek entegrasyon politikasına dayalı bir program ortaya koyduğu görülmekte ve bu nedenle ayrıntıların hukuki açıdan protokollerle tayin edildiği program hükümleri içeren bir çerçeve antlaşma olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Can (2002), s.54

olan 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokol'ün¹² 43. maddesinde de, bu Protokolün yürürlüğe girişinden sonra altı yıllık bir süre içinde Roma Antlaşması'nın¹³ 85 (yeni:m.81), 86 (yeni:m.82), 90 (yeni:m.86) ve 92 (yeni:m.87)'nci maddelerinde belirtilen ilkelerin uygulama şartlarının ve usullerinin Ortaklık Konseyince tespit edileceği kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, Katma Protokol'ün 43. maddesinin öngördüğü uygulama koşul ve usulleri halen tespit edilmiş değildir.

2.2. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında Yer Alan Rekabet Hukuku Düzenlemelerine Genel Bakış

6 Mart 1995 tarihinde Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması'nın 28. maddesi ile belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak Gümrük Birliği'ne girmek üzere 1/95 Sayılı Karar'ı hayata geçirmişlerdir¹⁴. Bu Karar ile Topluluk ve Türkiye arasında tarım ürünleri istisna olmak üzere ilke olarak mallar için bir Gümrük Birliği yaratılmıştır. Gümrük Birliği esas olarak, gümrük vergileri ile eş etkili resim ve harçların kaldırılmasını ve ayrıca miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin giderilmesini öngörse de¹⁵, onun yalnızca blok içinde gümrük vergileri ve eş etkili diğer vergilerin kaldırıldığı, üçüncü ülkelere karşı Ortak Gümrük Tarifelerinin uygulandığı dar kapsamlı bir faaliyet olarak tasarlandığını söylemek mümkün değildir. Dinamik bir süreç olarak kabul edilen 1/95 sayılı Karar, ortak rekabet ve ticaret kurallarını da içermektedir¹⁶. Bu doğrultuda "Rekabet" başlığını

¹² Geçiş süreci ile ilgili müzakereler 1 Eylül 1970'de sona ermiş; katma protokol, sözleşme taraflarının ulusal parlamentolarınca onaylanarak 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ortaklık Antlaşmasında esas olarak sadece ilke niteliğindeki hükümlerin yer almasına rağmen, Katma Protokol Ortaklığın geçiş dönemini düzenleyen ve 64 maddeden oluşan bir uygulama antlaşmasıdır. Katma protokolle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Can (2002), s.59-61

¹³ Roma Antlaşması'nın anılan hükümlerinin madde numaraları 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve Aralık 2009 itibarıyla yürürlüğe giren Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and The Treaty establishing the European Community (AB Antlaşması ve AT Kuran Antlaşmayı değiştiren Lisbon Antlaşması) uyarınca The Treaty on the Functioning of the European Union (AB İşleyişine İlişkin Antlaşmanın) sırasıyla 101 (şimdi 81), 102 (şimdi 82), 106 (şimdi 86) ve 107 (şimdi 87) olarak değişmiştir. Bu çalışmada söz konusu maddeler AT Antlaşmasındaki madde numaraları ile anılacaktır. Bunun sebebi, makalede dayanak yapılan ATAD içtihatlarında ilgili madde numaralarının geçmekte olması ve bu kararlara dayanırken metin içerisinde farklı madde numaraları kullanarak karışıklığa neden olunmak istenmemesidir.

¹⁴ "Türkiye-AB İlişkileri" Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Yayınları, Ankara Mart 1995

¹⁵ Bkz. 30.03.2006 tarihli ve T-367/03 sayılı Yedat Kararı, Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi, Beşinci Daire kararı'nın çevirisi için bkz. Can, www.ikv.org.tr/pdfs/yedaskararcevirisi-final.pdf, s.2, Nr.10

¹⁶ Gümrük birliği içerisinde rekabeti bozulmalara karşı koruyan, Pazar ekonomisine dayalı bir sistemin kurulması Ankara Anlaşmasının 16.maddesine göre Antlaşmanın temel hedeflerinden biridir ve Antlaşmadaki bu temel hedef, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 32-43. maddelerinde somutlaştırılmıştır. Bkz.Can (2002), s.93

taşıyan II. Bölümde, 32. ve 38. maddeler arasında A. Başlığı altında “Gümrük Birliğinin Rekabet Kuralları” düzenlenirken; B.“Mevzuatın Yakınlaştırılması” başlığı altında 39. ilâ 43. maddeler yer almaktadır. Bu çerçevede 1/95 sayılı Karar’ın II. Bölümü’nde yer alan ve kartelleri düzenleyen 32., hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarını düzenleyen 33. ve devlet yardımlarını düzenleyen 34. maddeleri sırasıyla, AT Antlaşması’nın 81, 82. ve 87. maddelerine paralel düzenlenmiş, AT Antlaşması’nın ilgili hükümleri Karar’ın 32., 33., ve 34. maddelerine lafzen ve büyük kapsamda alınmıştır¹⁷. Anlaşma ve uygulamaların 1/95 sayılı Karar’da düzenlenen rekabet hükümleri ile bağdaşmazlığının tespitinde, Topluluk Hukukuna dayalı anılan hükümlerin uygulanmasındaki ölçütlerle aynı ölçütler geçerli olmaktadır¹⁸.

1/95 sayılı Karar’ın 32. maddesi uyarınca, amaçları veya etkileri rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüslerin örgütlerince alınan kararlar ve ortak uygulamalar, Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkilediği ve Gümrük Birliğinin düzgün işleyişi ile bağdaşmadığı ölçüde yasak sayılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında bu tür anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin kendiliğinden geçersiz olacağı öngörülmüş, son fıkrada ise, muafiyet düzenlenmiştir. 33. maddede “Bir veya daha çok teşebbüsün, Topluluk ve/veya Türkiye topraklarının tümünde ya da önemli bir bölümünde hâkim durumunu kötüye kullanması”, Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkilediği takdirde Gümrük Birliğinin düzgün işleyişi ile bağdaşmaz kabul edilerek yasaklanmıştır. Kararın 34. maddesinin ilk fıkrasında rekabeti bozan veya bozma tehdidi doğuran devlet yardımlarının, Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Gümrük Birliği ile bağdaşmadığı belirtilerek ikinci fıkrada, Gümrük Birliğinin düzgün işleyişi ile bağdaşan ve bağdaşabilir kabul edilen devlet yardımlarının neler olduğu sayılmıştır. 1/95 sayılı Karar’ın 35. maddesinde ise, yukarıda açıklanan 32., 33 ve 34. madde hükümlerine aykırı olan uygulamaların, AT Antlaşmasının 81, 82 ve 87. maddeleri ile ikincil mevzuatında yer alan kuralların uygulanmasından doğan ölçütler çerçevesinde değerlendirileceği; Karar’ın 36.maddesinde ise, tarafların mesleki ve ticari gizlilik gereklerinin getirdiği kısıtları dikkate alarak bilgi alış verişinde bulunabilecekleri belirtilmiştir. Karar’ın oldukça önem taşıyan 37. maddesine göre, “Ortaklık Konseyi, Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde 32, 33. ve 34. maddelerin hükümleri ile

¹⁷ 1/95 sayılı Karar’ın 39. maddesinde Türkiye kamu işletmeleri ile özel haklar veya tekel hakları verilen işletmelerle ilgili düzenlemeyi AT Antlaşması’nın 86. maddesindeki ilkelere ve Topluluğun ikincil mevzuatına uygun olarak Gümrük Birliği’nin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde yapacağını taahhüt etmiştir.

¹⁸ GROEBEN,H.,J.THIESING ve C.D.EHLERMANN(1999), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Baden-Baden, Rdnr. 87

35. maddenin ilgili kısımlarının hükümlerinin uygulanması için gerekli kuralları içeren bir karar alacaktır. Bu kurallar, Topluluğun mevcut kurallarına dayanacak ve rekabetle ilgili her merciin rolünü belirleyecektir.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, bu kurallar belirleninceye kadar Topluluktaki ve Türkiye’deki mercilerin; anlaşmaların, kararların ve uyumlu eylemlerin kabul edilebilir olup olmadığı ve hâkim durumun kötüye kullanılması hususlarını 32. ve 33. maddeler uyarınca karara bağlayacakları, 34.madde’nin uygulama kuralları olarak da GATT sübvansiyonlar Kodu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁹.

1/95 sayılı Karar’ın 38. ve 43. maddelerinde danışma (istişare) usulleri öngörülmüştür. 38.madde’de, Topluluk veya Türkiye’nin belli bir uygulamayı, 32., 33. ve 34. maddelere aykırı bulması ve söz konusu uygulamanın 37.maddede sözü edilen uygulama kuralları ile yeterince ele alınmamış olması veya bu kuralların henüz bulunmaması durumunda ve söz konusu uygulamanın bir Tarafın çıkarlarına veya sanayine önemli ölçüde zarar vermesi ya da verme tehlikesini yaratması halinde, ilgili Tarafın Gümrük Birliği Ortak Komitesi bünyesinde gerçekleştireceği danışma temaslarını takiben veya bu temaslar için talepte bulunmasından 45 işgünü geçtikten sonra uygun tedbirleri alabileceği belirtilmiştir. Burada Gümrük Birliğinin işleyişini en az aksatacak önlemlere öncelik verilecektir.

1/95 sayılı Karar’ın “Mevzuatın Yakınlaştırılması” başlıklı kısmında yer alan 43. maddesi ise, Taraflardan birinin toprağında gerçekleşen rekabete aykırı uygulamalar sonucunda zarar gören diğer Tarafın, karşı Tarafın rekabetle ilgili makamlarından tedbir alınmasını isteyebileceğini belirtmektedir. 43.maddenin I. fıkrasına göre; “*Topluluğun veya Türkiye’nin, diğer Tarafın topraklarında sürdürülen ve rekabete aykırı olan uygulamaların kendi çıkarlarını veya kendi teşebbüslerinin çıkarlarını olumsuz yönde etkilediğine inanması halinde, ilk Taraf, diğer Tarafa durumu bildirebilecek ve diğer Tarafın rekabetle ilgili makamından uygun tedbirleri almasını isteyebilecektir. Yapılan başvuruda rekabete aykırı uygulamaların niteliği ve başvuruda bulunan Tarafın çıkarları üzerindeki etkisi mümkün olduğu kadar açık biçimde ifade edilerek başvuruda bulunan tarafın sağlayabileceği ek bilgiler ve işbirliği önerileri yer alacaktır.*” II.fıkra’da “*söz konusu başvurunun alınmasından ve koşulların uygun ve yararlı gösterdiği şekilde Taraflar arasında temaslarda bulunulmasından sonra, başvuruda bulunan Tarafın rekabetle ilgili makamının başvuruda bahsedilen*

¹⁹ Görüldüğü gibi Karar’ın 37. maddesi, ATA 81.,82.,ve 87. maddelere paralel düzenlemeler içeren 32., 33., ve 34. maddelere ilişkin uygulama hükümlerinin Ortalık Konseyi tarafından verilecek bir kararla iki yıl içinde çıkarılmasını öngörmekte, bu kurallar getirilinceye kadar 32. ve 33. m. hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır.

rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbir alınıp alınmayacağı hususunu ele alacağı; Başvurulan Tarafın aldığı kararları başvuran Tarafa bildireceği; Tedbir uygulanması halinde başvuru Tarafın başvuran Tarafa bu tedbirlerin sonuçları ve mümkün olduğu ölçüde aradan geçen zaman zarfında kaydedilen gelişmeler hakkında bilgi vereceği” hükme bağlanmıştır. III. fıkraya göre ise, “Bu maddenin hiçbir hükmü söz konusu rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbir almak konusunda başvuru Tarafın rekabet yasaları ve uygulama kuralları çerçevesinde sahip olduğu takdir yetkisini sınırlayamayacak veya başvuruda bulunan Tarafı, bu rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbir almaktan alıkoymayacaktır”. 43. madde hükmü değerlendirildiğinde, Taraflardan birinin bölgesinde meydana gelen ve rekabeti ihlal eden davranışın Toplulukla Türkiye arasındaki ticarete değil fakat diğer Tarafın ya da onun teşebbüslerinin çıkarlarına zarar vermesi durumunda, ilgili sözleşme Tarafının diğer Tarafa durumu bildirip uygun tedbirler alınmasını isteyebileceği sonucuna varılmaktadır. Bu aşamadan sonra problem Tarafların karşılıklı danışmaları suretiyle çözülecektir. Bu noktada her iki Tarafa da geniş bir karar özgürlüğünün tanındığı görülmektedir²⁰. 1/95 sayılı Karar’ın rekabete ilişkin anılan maddeleri, özellikle 32. ve 43. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi; her iki tarafa da kendi mevzuatlarında etki doktrininin kaynağı sayılan hükümlere dayanmaksızın, diğer Tarafın topraklarında meydana gelen rekabet ihlallerine karşı, -bu ihlallerin kendilerine veya teşebbüslerine zarar vermesi ya da zarar tehlikesi doğurması halinde- yine karşı Taraftan tedbir alınmasını istemeye olanak verir niteliktedir.

Rekabet Kurumu, ithal parça ve toz kömür pazarlarında yürüttüğü soruşturma sırasında, 1/95 sayılı Karar’ın 32. ve 43. maddelerine dayanarak Avrupa Komisyonu’ndan, ve soruşturma konusu şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu Avusturya rekabet otoritesinden uygun tedbirleri almasını ve soruşturmanın yürütülmesine yardımcı olmasını talep etmiştir²¹. Avrupa Komisyonundan Rekabet Kurumuna gelen cevapta ise “Komisyonun, kendi yargısal yetki alanı dışında kalan herhangi bir üçüncü ülkeyle, şirketler ve bunların faaliyetlerine ilişkin belge ve bilgileri paylaşmalarının mümkün olmadığı, bu yaklaşımın mesleki gizliliğin korunması ilkesine dayandığı; öte yandan esasen talebin haklı olduğu, ancak firmaları ve genellikle önemli meblağları ilgilendiren bu tür konuların çok büyük hassasiyet ve tartışma yarattığı; firmaların hukuken donanımlı ve saldırgan oldukları, bu nedenle

²⁰ Can (2002), s.95

²¹ Soruşturma kapsamındaki bir diğer şirket Mir Trade AG’nin merkezi İsviçre’dedir. Rekabet Kurumu, EFTA üyesi olan İsviçre’den sözkonusu anlaşmanın paralel hükümlerine dayanarak işbirliği talebinde bulunmuştur. Ancak bu çalışmada EFTA anlaşmasının ilgili hükümleri çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

Komisyon'un attığı her adımı hukuken sağlam temellere dayandırması gerektiği, kendilerinin de zaman zaman benzer durumlar yaşadıkları ve üçüncü ülkelerden bilgi ve belge temin edemedikleri" belirtilmiştir²². Bu cevap, Avrupa Komisyonu'nun söz konusu talebin dayanağı olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nı "hukuken sağlam temel" olarak kabul etmediğini de ortaya koymaktadır. Bu yaklaşım karşısında 1/95 sayılı Karar'ın hukuki niteliğini belirlemek ve hukuken Tarafalara haklar sağlayan ve bağlayıcı yükümlülükler yükleyen bir hukuki metin olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

3. ORTAKLIK KONSEYİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ İŞİĞİNDA 1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARI'NIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Ortaklık Konseyinin Hukuki Niteliği

Ortaklığın asli organı olan Ortaklık Konseyi'nin kuruluşu, Ankara Anlaşmasının 6.m.'sinde düzenlenmiştir. Buna göre 6.m.'de ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak amacıyla, tarafların Anlaşma ile verilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyinde toplanacakları belirtilmiştir. Ankara Anlaşması ile Ortaklık Konseyi'ne önemli görev ve yetkiler verilmiştir. Bunların başında karar alma yetkisi gelmektedir. 22.m.'de Konsey'in, Anlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için, Anlaşma'nın öngördüğü hallerde karar yetkisi bulunduğu belirtilmiştir. Konsey'in aldığı Kararlar âkid taraflar için bağlayıcıdır²³. Ortaklık Konseyi, bir yandan Türkiye hükümetinden üyeler, diğer yandan Topluluk üyesi devletlerin

²² Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı 2003-1-85, Karar Sayısı 06-55/712-202, Karar Tarihi 25.07.2006, paragraf.190

²³ Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 40; Aynı maddenin son cümlesinde ise, Ortaklık Konseyinin karar alma dışında, yararlı tavsiyelerde bulunabileceği düzenlenmiştir. Karar alma ve tavsiyelerde bulunma yanında ortaklık konseyinin bir diğer önemli yetkisi, Antlaşma'nın uygulanması ve yorumlanmasında Türkiye'yi, Topluluğu veya Topluluk üyesi bir devleti ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümlenmesinde taşıdığı önemli roldür. (Bkz. Ortaklık Antlaşması 25.m.) Toluner'e göre Antlaşmanın 25. maddesinin özellikle I. ve II. fıkralarında Ortaklık Konseyine tanınan yargı işlevi benzeri olan yetki, antlaşmalarda örgüt organlarına sıkça tanınmış bir yetki değildir. TOLUNER, S.(1995-1996), 6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S.1-2, s.3-26, s.10; Öğretide ihtilafları çözüm mekanizması içerisinde -tıpkı Yunanistan ile akdedilen Ortaklık Antlaşmasında olduğu gibi- Ankara Anlaşması 25/II. m. ile uyuşmazlığı, ortaklık konseyinden sonra ikinci aşamada ATAD'a veya başka herhangi bir mahkemeye götürülebile olanağının düzenlenmiş olmasının, diğer bir çok ortaklık antlaşmasından farklı bir yön olduğu vurgulanmaktadır. Bkz.Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 46

hükümetlerinden üyelerle Topluluk, Konsey ve Komisyonundan üyelerden oluşmakta ve kararlar tüm üyelerin oy birliği ile alınmaktadır²⁴. (m.23)

Ortaklığın asli organı olmakla beraber, Ankara Anlaşması'nda ortaklık konseyinin hukuki niteliği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konseyin bir uluslararası örgüt organı mı, yoksa Ortaklık Anlaşması uyarınca kurulmuş bir sözleşmesel organ mı olduğu konusunda görüş ayrılığı vardır. Başlar'a göre, Ankara Anlaşması ile kurulmuş Ortaklık Konseyi'nin sahip olduğu güçler dikkate alındığında bu yapının de facto olarak bir uluslararası örgüt organı olarak kabul edilebileceği söylenebilir de, bu realist ve fonksiyonel yaklaşımın savunulması pek kolay değildir²⁵. *Schmalenbach* ise, âkid tarafları doğrudan doğruya yükümlülük altına sokabilmesine rağmen, ortaklık konseyinin Tarafların birlikte ve uzlaşarak hareket ettikleri, devletler hukukuna dayalı bir sözleşmesel organ olduğunu kabul etmektedir²⁶. Konsey'in bir uluslararası örgüt organı sayılıp sayılmayacağı konusunda soru işaretleri olduğunu belirten *Lavranos*'a göre, bu konuda belirleyici olan Konsey'in taraflardan bağımsız olarak karar alıp alamayacağıdır. Yazar, Ortaklık Anlaşması'nın 22.m.'si ile verilen geniş yetkilerle, Ortaklık Konseyi'nin bağlayıcı kararlar alabilen bir organ olarak oluşturulduğunu belirtmiştir²⁷. Öğretide ortaklığın bir uluslararası örgüt sayılabileceğini kabul eden Can'a göre de Ortaklık Konseyi, tarafların kendisi vasıtasıyla müşterek hareket ettikleri yalnızca bir sözleşmesel organ

²⁴ Ankara Anlaşmasının 23.maddesine göre ortaklık konseyi kararları oy birliği ile alınmaktadır. Her ne kadar ortaklık konseyi bir taraftan Türkiye hükümetinden üyeler, diğer taraftan Topluluk üyesi devletlerin üyeleri ile Konsey ve Komisyon üyelerinden oluşsa da, Topluluk tek bir taraf kabul edilmekte ve gerek Topluluk tarafının gerek Türkiye tarafının birer oyu bulunmaktadır. Bu durumda gündemde yer alan konularla ilgili olarak Ortaklık Konseyi toplantısından önce Topluluğun tek bir görüş etrafında birleşmesi zorunlu hale gelmektedir. Buna dayalı olarak hem Türkiye'nin hem de Topluluk tarafını oluşturan -başta üye devletler olmak üzere- her birimin oylanacak konuyu veto hakkı, diğer bir ifadeyle kararı engelleme hakkı bulunmaktadır. Bkz.CAN,H ve Ç.ÖZEN (2005), Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Ankara, s. 99,100; Veto hakkı ile ilgili olarak bkz. ayrıca Toluner (1995-1996), s.10; Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.41

²⁵ BAŞLAR, K.(2004),Gümrük Birliği Antlaşması'nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın) Hukuksal Niteliği, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C:4, No:1, Güz:2004, s.162

²⁶ SCHMALENBACH, K.,(CHRİSTIAN C. ve M. RUFFERT)(2002), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft-EUV/EGV, 2.Aufl., Neuwied-Kriftel, Art.310,Rdnr.20; aynı görüşte Vöneky (2009),Art.310, Rdnr.51

²⁷ Kendisine göre, Konsey'in taraflardan bağımsız olarak karar alamaması ve kararlarını sadece oy birliği ile alabilmesi nedeniyle uluslararası örgüt organı sayılmayacağı şeklindeki görüş hatalı olup, bir çok uluslararası örgütte kararların oybirliği ile alınması nedeniyle bu durum söz konusu ayırım bakımından belirleyici bir özellik taşımamaktadır. LAVRANOS, N.(2004), Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law, University of Amsterdam, s.61-75,s.64, Başlar'dan naklen, bkz. Başlar (2004),s. 161

olmayıp, hukuki anlamda ortaklığın âkid taraflarından ayrı, kendi organıdır. Topluluk yanında on iki üye devletin de ortaklık ilişkisinde âkid taraf olarak Türkiye'nin karşısında yer almasına rağmen bu üye devlet temsilcilerinin de dahil olduğu Topluluk tarafının yalnızca tek bir oya sahip olması ve karar alma usulündeki bu hukuki statü, ortaklığın hukuki açıdan Anlaşmaya taraf devletlerden kendine ait farklı bir irade oluşturabildiğini ve ortaklığın Ortaklık Konseyi ile birlikte âkid taraflar yanında kendine ait bir varlığa sahip olduğunu göstermektedir²⁸.

Danıştay, Ortaklık Konseyi'ni, "hükümetler arası organ" olarak tanımlamaktadır²⁹. ATAD da vermiş olduğu kararlarda, Topluluk ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşmasına dayalı olarak kurulan Ortaklık Konseyi'nin, Ortaklık Anlaşması ile öngörülmüş bir organ olduğunu kabul etmiştir³⁰. Sonuç olarak hangi görüş kabul edilirse edilsin Ortaklık Konseyi'nin organ niteliği taşıdığı kabul edilmesinde yerindedir.

3.2. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Hukuki Niteliği

1/95 sayılı Karar'ın yalnızca bir Karar mı yoksa bir antlaşma mı olduğu öğretide tartışmalıdır. Avrupa Birliğine 2004 yılının Mayıs ayında tam üye olan on ülke ile 2007 yılında katılımları gerçekleşen üç ülkenin imzaladıkları ortaklık antlaşmalarında "Ortaklık Konseyi, karar ve tavsiyelerini Taraflar arasındaki Antlaşma ile tanzim eder" ifadesi dikkati çekmektedir³¹. Buradan özellikle

²⁸ Can (2002), s.180; Bu nedenle Yazar, Ortaklık Konseyi'nin münferit âkid taraflara karşı ortaklık adına ortaklığın uygulanması ve geliştirilmesi yetki ve yükümlülüğü altında olması nedeniyle, tereddütsüz biçimde milletlerarası örgüt organı özelliklerini taşıdığı kabul etmektedir. Ancak burada önemli bir noktanın vurgulanması gerekmektedir. O da, Antlaşmanın Ortaklık Konseyine hiç bir şekilde dışa karşı hareket yetkisi vermediğidir. Yetkiler sadece ortaklığın içine doğru tanınmıştır. Ortaklık Konseyinin ortaklığın uygulanması ve geliştirilmesi yetki ve görevi uluslararası ilişkilerde dışarıya karşı ortaklık adına hareket etme yetkisi olmaksızın sadece iç ilişki ile sınırlıdır. Sonuçta Ortaklık konseyi yalnızca iç ilişkiyi düzenleyebilmektedir. Tasarrufların hukuki sonuçlarının üçüncü kişilere temas etmesi hukuki durumu değiştirmeyecektir. Antlaşmanın hiçbir yerinde Ortaklık Konseyine üçüncü kişilere karşı maddi yetkiler tanınmamıştır. Bkz. Can (2002), s.180-182

²⁹ Danıştay 10. Dairesinin vermiş olduğu bir kararda Ortaklık Konseyi, "toplulukları meydana getiren antlaşmalarda belirlenen amaçların, antlaşmalarda öngörülen koşullar içinde gerçekleştirilmesini ve üye devletlerin genel ekonomi politikalarının koordinasyonunu sağlayan, karar yetkisini haiz hükümetler arası bir organ" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Danıştay 10.D.E.1996/1908, K.1998/759, Karar Tarihi: 23.02.1998; Danıştay'ın bu kararı ile ilk defa bir yargı kararı ile Ortaklık Konseyi'nin hukuksal statüsüne işaret edilmiştir. Bkz. Başlar (2004), s.181

³⁰ Bkz.Ör. *Taflan-Met, Altun-Baser, Andal-Buğdaycı v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O Alkol v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, EuGH 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg.1996, s.I-4085, Nr.17

³¹ Örneğin, AB-Hırvatistan; AB-Litvanya; AB-Letonya; AB-Polonya; AB-Bulgaristan arasındaki Ortaklık Antlaşmalarında Konsey kararlarının iki taraf arasındaki anlaşma ile oluşturduğu

Başlar tarafından çıkarılan sonuç, sözü edilen ülkelerle Avrupa Birliği arasında ortaklık kuran Avrupa Antlaşmalarına dayanan Ortaklık Konseyi kararlarının antlaşma şeklinde gerçekleştirildiğidir³². Oysa Ankara Anlaşmasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir³³. Alman öğretisindeki hakim görüş³⁴, Ortaklık Konseyi kararlarının, kararın alınmasıyla bağlayıcı hale gelen; şekil serbestisi nedeniyle basit usulde akdedilen devletler hukuku sözleşmeleri şeklinde ifade edilebilecek, devletler hukukuna dayalı irade açıklamaları olduğudur³⁵. Bu çerçevede Konsey kararları; “ad hoc anlaşmalar”, “mini anlaşmalar”, “anlaşma benzerleri”, ya da “kendine özgü (sui generis) kararlar” olarak nitelendirilmektedir³⁶. Türk hukukunda ise Ortaklık Konseyi kararlarının nitelendirilmesi, 1/95 sayılı Konsey Kararı ile ortaya çıkmış bir sorundur. Karar’ın içerdiği önemli hak ve yükümlülükler ile neden olduğu değişim, Türk hukuku bakımından kararın hukuki niteliğine dayalı geçerlilik tartışmalarına neden olmuştur. Öğretide bir çok yazar, Konsey Kararı’nın bir antlaşma sayılamayacağı görüşündedir³⁷. Bu yazarlar esas olarak, Konsey Kararı’nın

“agreement” ifadesi kullanılarak açık bir biçimde kaleme alınmıştır. Bunun gibi, Avrupa Birliğinin adaylık statüsü dışındaki bazı ülkelerle yaptığı ortaklık antlaşmalarında da, Ortaklık Konseyinin karar ve tavsiyelerini Taraflar arasındaki karşılıklı anlaşma ile kabul edeceği belirtilmiştir. Aynı şekilde 1992 tarihli Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması ile kurulan Avrupa Ekonomik Alanı Konseyi’nin alacağı kararların, bir yanda Topluluk diğer yanda EFTA devletleri arasındaki anlaşma ile alınacağı belirtilmiştir. Tüm örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar (2004), s.155 ve dn.16,17,18

³² Başlar (2004), s.155

³³ Bu nedenle Ankara Anlaşmasının hükümlerine bakarak, Ortaklık Konseyi kararlarının hukuki niteliği ile ilgili bir sonuca varabilmek mümkün değildir. Başlar (2004), s.161

³⁴[Weber, (Groeben,Thiesing ve Ehlermann)(1999),EUV/EGV Kommentar, 5.Aufl.Baden-Baden, Art.238, Rdnr.48; Vedder, (Grabitz ve Hilf) (1999), EUV Kommentar, München, Art.238, Rdnr.35; Gilsdorf, (Groeben,Thiesing ve Ehlermann) (1991), Kommentar zum EWG-Vertrag 4. Aufl.,Baden-Baden, Art.238, Rdnr.249; Baumgartner (1978), EuR 1978, s.111], Can’dan naklen; yazarlar için bkz. Can (2002), s.200

³⁵ GUTTMANN, R. (2000), Assoziationsfreizügigkeit Türkischer Staatsangehöriger: Ihre Entdeckung und Ihre Inhalt,2.Aufl. Baden-Baden, s.60, Can’dan naklen, bkz. Can (2002),s.200, dn.23

³⁶ Can (2002), s.200; Can ve Özen (2005), s.293; Ortaklık Konseyi Kararlarının, öğretinin bir kısmı tarafından âkid taraflar arasında akdedilen devletler hukuku antlaşmaları (ad hoc-antlaşma) sayıldığına ilişkin Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.63; HERRNFELD,H.H.(JÜRGEN SCHWARZE)(2009), EU-Kommentar, 2. Aufl. Baden Baden, Art.310, Rdnr.19 ;[Vedder,(Grabitz ve Hilf)(1999), EUV Kommentar, München, Art.238, Rdnr.35], Herrnfeld’dan naklen. Bkz. Herrnfeld (2009), Art.310, Rdnr.19

³⁷ Bkz. REÇBER,K.(2002), Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Genel bir Bakış, Cilt: 4, Sayı: 2, Sıra:1, No: 57, www.isgucdergi.org/?cilt=4&sayi=2&year=2002; Can (2002), s.81; GÜMRÜKÇÜ,H.(2003), Küreselleşme ve Türkiye, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Hamburg/İstanbul, 17-58, s.57; Başlar’dan naklen,bkz. Başlar (2004), s.163; USAL, Z.(2004), Avrupa Birliği ve Türkiye-AB İlişkileri Hakkında Doğru Bilinen Yanlırlar” İKV No:178,Nisan:2004, no:17; Başlar’dan naklen, bkz.Başlar (2004), s.163; TEKİNALP, Ü.(1996),

Ortaklık Anlaşması ve katma protokol hükümleri uyarınca alındığını, ortaklık ilişkisinin sınırlarını değiştirmedğini ve sadece gümrük birliğinin son aşamasını uygulamaya koyduğunu, bu nedenle Ortaklık Anlaşması'nın 22/I.m.'si uyarınca yalnızca bir Karar olarak kabul edilmesi gerektiğini birbirine yakın gerekçelerle ifade etmektedirler³⁸.

Öğretide, 1/95 sayılı Konsey Kararı'nın bir "Karar" değil, bir antlaşma olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır³⁹. Konu ile ilgili çok kapsamlı bir inceleme yaparak sorunu gerek uluslararası hukuk, gerekse Türk anayasa hukuku açısından ele alan Başlar, "Karar" adı verilen bu belgenin aslında bir uluslararası antlaşma olduğu görüşündedir. Antlaşmaların onlarca değişik şekilde⁴⁰ ortaya çıkabileceğini ileri süren Başlar'a göre, Türkiye'nin gümrük

Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, s.28,29

³⁸ Can (2002), s.81;Bu görüşteki yazarlardan Can, Öğretide 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın gümrük birliğinin kurulması için yapılmış bir antlaşma olarak nitelendirilmesini hukuki anlamda hatalı bulmaktadır. Yazar,1/95 sayılı Kararın, Ortaklık Antlaşması ile Katma Protokolün dayanağını oluşturduğu ortaklık ilişkisinin sınırlarını değiştirmedğini, sadece gümrük birliğinin son aşamasını uygulamaya koyduğunu ve içerik olarak ortaklık hukukunun birincil (asli) hükümleri ile uyum içerisinde olduğunu belirtmektedir. Can'a göre burada sadece bir organın hukuki işlemi söz konusu olduğu için ortaklık konseyi kararlarının bir devletler hukuku antlaşması olarak nitelendirilmesi suni bir hukuki yapılandırma. Yazar, Avrupa Topluluğu-Türkiye ortaklığının belirli ölçüde, "bir iç hukuki kişilik" taşıdığı görüşündedir. Ortaklığın hukuki kişiliğinin varlığı ve geniş anlamda uluslararası örgüt niteliği ile Ortaklık Konseyi'nin de örgüt organı vasfı kabul edilince, Konsey'in hukuki tasarrufları açıklığa kavuşarak Konsey kararları "organ kararı" kategorisinde değerlendirilmiş olacaktır. Bkz. s.201; Aynı görüş için bkz. Can ve Özen (2005), s.294; Reçber'e göre de, "1/95 sayılı Karar'ın, bir antlaşma olarak nitelendirilmesi yanıltıcı ve yanıltıcıdır. Karar, Ankara Anlaşması ve Katma Protokolde öngörülen düzenlemelere dayalı olarak alınmıştır ve Ortaklık Antlaşması ile Katma Protokolde bir değişiklik meydana getirmemiştir. Gerek Ankara Anlaşmasında gerek, Katma Protokolde açık olmayan ya da ayrıntılı olarak düzenlenmeyen bazı noktalar, Karar'da daha ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur." Bkz.Reçber (2002), Aynı görüş için bkz. Gümrükçü (2003), s.57,Başlar'dan naklen, bkz.Başlar (2004),s.163; 1/95 sayılı Karar'ın bir antlaşma olmadığını savunan yazarlardan bir diğeri olan Usal'a göre, Gümrük Birliğini kuran 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Ankara Anlaşmasının meşru bir sonucu olup, Antlaşma ile oluşturulan kurumların vermiş olduğu bir karardır. Usal (2004), Başlar'dan naklen, bkz. Başlar (2004), s.163; Tekinalp de Karar'ın devletler hukuku anlamında bir antlaşma olmadığı gibi nihai bir metin niteliğini de taşımadığını, sadece Ortaklık Konseyi'nin bir kararı olma hüviyetine sahip, Ankara Anlaşması uyarınca gümrük birliğinin son aşamasına geçişi belirleyip hükme bağlayan, Ortaklık Konseyi'nin diğer kararları ile gelişebilecek hatta değiştirilebilecek bir metin olduğu görüşündedir. Yazara göre, bugün taraflar için ya da taraflardan biri açısından yüküm olmayan bir husus yarın bu niteliği kazanabilecektir. Tekinalp (1996), s.28,29

³⁹ Bkz. özellikle, Başlar (2004), s. 168 vd.;Toluner (1995-1996), s.20

⁴⁰ Başlar'a göre, ortak deklarasyon, genel senet, nihai senet, modus vivendi, tahkimname, statü, mektup teatisi, mutabakat zaptı, şart ve misak gibi terimler de antlaşma kavramı içerisinde yer almaktadır. Başlar (2004),s.165, dn.78

birliğini gerçekleştirmek amacıyla uluslararası yükümlülük altına girdiği her Konsey Kararı teknik anlamda bir antlaşmadır⁴¹. Karar'ın hukuki niteliğini anayasa hukuku açısından da inceleyen yazar, 1982 Anayasasında “Andlaşma” ifadesinin genel anlamda kullanılmış olmasına rağmen bu kavramın içerisine uluslararası örgütlerin hukuksal yükümlülük doğuran tasarruflarının da dahil edilip edilemeyeceği konusunda bir açıklığın bulunmadığını ve Konseyin aldığı kararların “uygulama antlaşması” olarak yorumlanması ve değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴².

Topluluk hukukuna bakıldığında Konsey ve Komisyonun, -öğretiyi de izleyerek- konsensüs yolu ile meydana gelen bağlayıcı Ortaklık Konseyi kararlarını, Taraflar arasında yapılmış devletler hukuku antlaşmaları olarak değerlendirdiği görülmektedir⁴³. ATAD ise kararların hukuki niteliği konusunda şu ana kadar açık bir görüş belirtmemiştir. Yalnızca Ortaklık Konseyi kararlarının Ortaklık Antlaşması ile doğrudan doğruya bağlantılı olduğunu açıklayarak, Konsey ve Komisyonun görüşüne karşı mesafeli bir tutum takınmıştır⁴⁴. ATAD'a göre Ortaklık Konseyi kararları, uygulanmaları için çıkarıldıkları Ortaklık Antlaşmaları ile doğrudan doğruya ilişkili oldukları için,

⁴¹ Özellikle 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2/1(a) maddesinde yer alan antlaşma kavramına dayanan yazar, uluslararası hukukun kişilik verdiği aktörlerin aralarında yaptıkları yazılı belgelerin taşıdıkları ismin önemli olmadığını, içeriğinin, yetkili şahıslar arasında yapılıp yapılmadığının ve uluslararası alanda yükümlülük doğurup doğurmadığının önem taşıdığını belirtmektedir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2/1(a) maddesinde antlaşma kavramı; “ister tek bir belgede isterse iki ya da daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü ismi ne olursa olsun devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan milletlerarası antlaşma” olarak tanımlanmıştır.

⁴² “Uygulama antlaşması” görüşünün gerekçesi için bkz. Başlar (2004),s.168 vd. ; Hatta yazar bu tespitin de ötesine geçerek, Karar'ın “değişken yükümlülük” adı verilen bir yenilik getirmesi, diğer bir ifadeyle Ankara Anlaşması ve Katma protokol'de yer verilmeyen değişken nitelikli yükümlülüklerle yer vermesi sebebiyle bir uygulama antlaşması değil, bağımsız bir antlaşma olarak dahi kabul edilebileceğini belirtmektedir. Başlar (2004),s.174; Başlar gibi “uluslararası antlaşma” temelinde yorum yapan Toluner'in de 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının -bir uygulama antlaşması değil- yeni bir uluslararası antlaşma olduğu görüşünü benimsediğini belirtebiliriz. Yazar, Ortaklık Konseyi Kararı'nın Ankara Anlaşması ve Katma Protokole dayanılarak yapılmış bir uygulama Antlaşması olarak değerlendirilmediğini, 1982 Anayasasında öngörüldüğü anlamda bir uygulama antlaşması olmadığına ve Ortaklık Konseyi gibi bir milletlerarası örgüt kararına bağlayıcılık ve uygulanabilirlik kazandıracak bir Anayasa hükmü bulunmadığına göre, içerdiği bazı hükümlerden dolayı “yeni bir antlaşma” olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Toluner (1995-1996), s.20; Sanlı da gerekçe belirtmeksizin, 1/95 sayılı Konsey Kararı'nın Uluslararası Antlaşmaya dayanılarak akdedilen bir uygulama antlaşması olarak nitelendirilmesinin mümkün görünmediğini ifade etmiştir. SANLI, K.C.(2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, s.52, dn.109

⁴³ Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr.26

⁴⁴ Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr.26

Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. ATAD, Ortaklık Antlaşması ile var olan doğrudan ilişkiyi, kararların Antlaşmanın hedeflerini gerçekleştirme fonksiyonundan çıkarmaktadır⁴⁵.

4. 1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ GEÇERLİLİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI

4.1. Türk Hukuku Bakımından

Türk hukukunda, 1/95 sayılı Konsey Kararı'nın hukuki niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar, onun geçerliliğine ilişkin farklı yorumları da beraberinde getirmiştir.

1/95 sayılı Karar'ın teknik anlamda bir uluslararası antlaşma olduğu ya da "Uluslararası antlaşma" kavramının içerik olarak uluslararası örgüt organlarının tek taraflı hukuki tasarruflarını da kapsadığı kabul edildiği takdirde, Karar'ın Türk hukukundaki geçerliliğinin, Anayasa'nın milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasını düzenleyen 90. maddesine göre değerlendirilmesi gerekecektir⁴⁶. Bu bağlamda 1/95 sayılı Karar'ın bir uygulama antlaşması sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷. Öğretide Başlar, bir uluslararası antlaşma olarak kabul edilmesi gereken Konsey Kararı'nın usulüne göre yürürlüğe girmediği gerekçesiyle hukuksal geçerlilik taşımadığı, bunun sonucunda söz konusu belgenin Türk hukuku bakımından bağlayıcılığının da bulunmadığı görüşündedir⁴⁸.

90. maddenin III. fıkrasında, milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmalarının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulunma zorunluluğunun bulunmadığı, ancak bu fıkra göre yapılan ekonomik ve ticari antlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe konamayacağı belirtilmiş; 90. maddenin IV. fıkrasının I fıkraya yaptığı atıf ile, Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla

⁴⁵ EuGH 20.09.1990, "S.Z. Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie", Rs.192/89, Slg.1990, I-3461, Rdnr.9 (Sevince) ; EuGH. 10.09.1996 "Taflan-Met, Altun-Baser, Andal-Buğdaycı v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O Alkol v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging" Rs. C-227/94, Slg.1996, I-4085, Rdnr.18 (Taflan-Met); Bkz ayrıca Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr.27;Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.64

⁴⁶ Can ve Özen (2005),s.348

⁴⁷ Başlar (2004), s.168; Can ve Özen (2005),s.348

⁴⁸ Yazar, Ortaklık Konseyi Kararı'nın Anayasa'nın 90.maddesinde milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için getirilmiş onay prosedüründen geçirilmediği, özellikle bir uygulama antlaşması sayılmasından hareketle Anayasa'nın 90.maddesinin IV. fıkrasına uygun biçimde yürürlüğe sokulmadığı gerekçesi ile yok hükmünde olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Başlar(2004), s.153,170,171,197;

uygun bulmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir⁴⁹. Ancak öğretide “Türk kanunlarında değişiklik getiren andlaşma” ifadesini, “Türk kanunlarında doğrudan değişiklik getiren” diğer bir ifadeyle “yürürlüğe girdiği andan itibaren Türk kanunları ile çelişip farklı hükümler getiren ve bu nedenle onların uygulanmasını engelleyen antlaşma hükümleri” şeklinde yorumlayan yazarlar, sadece kanun değişikliği yapılmasını öngören uluslararası düzenlemelerin, meclisin yasama yetkisine doğrudan müdahale olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle Meclis’in uygun bulma kanununa gerek bulunmayacağı görüşündedir⁵⁰. Bu yorum benimsenerek 1/95 sayılı Karar, Türk kanunlarında değişiklik getirmeyen bir uygulama antlaşması sayılsa dahi, Anayasa’nın 90.maddesinin III. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi, hatta aynı zamanda ekonomik ve ticari içeriği nedeniyle Resmi Gazetede yayımlanması gerekmektedir⁵¹. Oysa bilindiği gibi 1/95 sayılı Karar, ne Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmış ne de resmi gazetede yayımlanmıştır. Bu durumda Türk hukukunda usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmediği hatta henüz yürürlüğe girmediği iddia edilebilir.

Ortaklık Konseyi Kararı’nın hukuki niteliği ve geçerliliği ile ilgili ikinci görüş, Kararı bir uluslararası antlaşma ya da bir uygulama antlaşması değil, uluslararası örgüt organı kararı sayan görüştür. 1982 Anayasası, uluslararası örgütlerin tek taraflı hukuki tasarruflarının normatif niteliğine, onların iç hukukumuzda uygulanabilmesi için onay zorunluluğunun bulunup bulunmadığına açıklık getirmemiştir. Açık düzenleme olmamasına rağmen Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli hükümler içeren uluslararası örgüt kararlarının Türk hukuk düzeninde geçerli olabilmeleri, Can/Özen’e göre yetkili devlet organınca yapılacak işlemlere bağlıdır⁵². Bu nedenle uygulama

⁴⁹ Bu durumda -özellikle Başlar tarafından Türk kanunlarında birçok değişiklik getirdiği kabul edilen- 1/95 sayılı Karar’ın Anayasaya uygun biçimde yürürlüğe girebilmesi için Meclis’in onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerekmektedir. Bkz. Başlar (2004),s. 170

⁵⁰ Can ve Özen (2005),s. 353; Aynı yöndeki yorum için bkz Toluner (1995-1996), s. 20,21,22

⁵¹ GÖZLER, K.(2001),Uluslararası Andlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:56, No:2, Nisan-Haziran

http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/56/2/4_kemal_gozler.pdf ve www.anayasa.gen.tr

Anayasa’nın 105.m.’si uyarınca, Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmaları onaylama yetkisini ancak Başbakan ve Dışişleri Bakanının karşı imzasını alarak kullanabilir. Onaylanan antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için taraf devletler arasında onay belgelerinin değişimi gereklidir. Sözü edilen onay belgesi de Cumhurbaşkanının imzası ile, başbakan ve dışişleri bakanının karşı imzasını taşımaktadır. Eğer antlaşma kendi metninde daha sonraki bir tarihi öngörmüyorsa, son onay belgesinin değişimi tarihinde uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girdiği kabul edilir. Onaylanan antlaşmanın, onaylayan devletin kendi iç hukukunda yürürlüğe girebilmesi için ise,her devletin kendi iç hukuku tarafından öngörülen ilan ve yayım gibi işlemlerin de yapılması gerekmektedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler(2001), s.87,93,94

⁵² Can ve Özen (2005), s. 351

antlaşmalarını düzenleyen Anayasa'nın 90.maddesinin III. fıkrasının, geniş uygulanmaya oldukça uygun bir hüküm olmasından hareketle, uluslararası örgüt organı kararları için de kıyasen uygulanması önerilmektedir⁵³.

1/95 sayılı Karar'ın bir antlaşma değil, yalnızca bir Karar olduğunu kabul eden ve bu nedenle uluslararası antlaşmaların onaylanması ve onaylanmasının uygun bulunması şartlarının yerine getirilmesine gerek olmadığı görüşünde olan yazarlardan Reçber'e göre ise, Gümrük Birliği Kararı antlaşma olarak kabul edilemeyeceği için, Anayasa'nın 90. ve 104. maddeleri ile 244 ve 1173 sayılı yasaların ilgili hükümleri uyarınca onaylanmasına ve yürürlüğe sokulmasına hukuk tekniği açısından gerek yoktur⁵⁴.

Ortaklık Konseyi Kararı'nın bir antlaşma sayılarak gerekli onay prosedüründen geçirilmemesi ya da Resmi Gazetede yayınlanmaması nedeniyle henüz yürürlüğe girmediği iddiası, uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılığına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirecektir. Uluslararası antlaşmaların bağlayıcılık kazanmalarında farklı yöntemler benimsenmiştir⁵⁵. Bunlardan biri de, uluslararası hukuk kişinin antlaşmayla doğrudan doğruya iradesini açıklamasıyla -örneğin sadece imza ile- bağlanması ve bunun için onaylama, kabul veya uygun bulma gibi ikinci bir işleme gerek olmamasını ifade eden "basit usul" yöntemidir⁵⁶. 1/95 sayılı Karar'ın basit usulde akdedilmiş bir antlaşma sayılarak, sadece devlet temsilcisinin imzası ile bağlayıcı hale geleceği ileri sürülse bile, bunun mümkün olabilmesi için iç hukukun bu duruma cevaz vermesi gerekmektedir⁵⁷. Bu noktada ise yine Anayasa'nın 90.madde hükmü ile karşılaşılacaktır. Anayasa'nın 90. maddesinde belirlenen usule uyulmadan, bu işlemlerden yoksun biçimde uygun bulma yasası ya da Cumhurbaşkanı onayı olmaksızın basit usul çerçevesinde sadece imza ya da belge değişimi yolu ile

⁵³ Bu durumda yukarıda yapılan yorum çerçevesinde uluslararası örgüt organı kararı sayılan Konsey Kararı'nın onaylanmasında Türk kanunlarında değişiklik getirmediği sürece Meclis'in uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek olmayacaktır. Can ve Özen (2005),s.353; aynı yönde bkz. ayrıca Can (2002), s.215

⁵⁴ Bkz. Reçber (2002)

⁵⁵ Uluslararası antlaşmalara bağlayıcılık kazandırma yöntemleri; basit usul, antlaşmanın onaylanması ve katılma şeklinde üç başlık altında sınıflandırılmaktadır. PAZARCI, H.(2007),Uluslararası Hukuk, 5.B Ankara, s.57vd.; SUR, M.(2006), Uluslararası Hukukun Esasları, 2.B. İstanbul, s.29 vd. (Bkz. ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 11,12,13. maddeleri)

⁵⁶ Sur (2006), s.29, 30; Pazarcı (2007), s.57

⁵⁷ Sur (2006), s.29, 30; Bir devletin ya da uluslararası örgütün temsilcilerinin hangi durumlarda bağlayıcı nitelikte imza koymaya yetkili olacakları, bu devletin ya da uluslararası örgütün iç hukukuna bağlı olarak çözülecek bir sorundur.

bağlanılması, ortaya birçok teknik hukuksal sorunun çıkmasına ve bağlayıcılıkla ilgili tartışmalara da neden olacaktır⁵⁸.

Bir uluslararası antlaşmanın Türk hukukunda yürürlüğe girip hüküm ve sonuç doğurabilmesinin ön koşulu antlaşmanın önce uluslararası hukukta yürürlüğe girmiş olmasıdır⁵⁹. 1/95 sayılı Karar, uluslararası hukuk bakımından 31.12.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar Ankara Anlaşmasında son döneme geçiş şekli konusunda açık bir düzenleme yer almıyorsa da, gümrük birliğinin son aşamasına bir Ortaklık Konseyi Kararı ile geçilmesi Anlaşmaya aykırı değildir⁶⁰. Konsey Kararları, yine Ankara Anlaşması'nın 22.m.'si uyarınca âkid taraflar için -bir onaylama işlemi gerekli kılmaksızın- bağlayıcıdır. 22.m.'de Konsey'in, Anlaşmanın hedeflerinin gerçekleştirilmesi için yine Anlaşma ile kendisine tanınmış, âkid taraflar bakımından bağlayıcı olan karar alma yetkisi vurgulanmıştır. Hükme göre, âkid tarafların, alınan Kararların ulusal hukuk düzenlerinde uygulanabilmesi için gerekli olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶¹. Devletler hukuku açısından Tarafların, devletler hukuku normlarına ulusal alanda nasıl geçerlilik sağlayacakları ise tamamen kendi takdirindedir⁶².

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın uzun yıllardır uygulandığı, Karar'ın bir çok gereğinin yerine getirildiği, çok sayıda yasa değişikliğinin ve yeni yasanın söz konusu Karar'a dayalı olarak yapıldığı gerçeği karşısında, uluslararası antlaşma sayılması gerektiğinden hareketle, usulüne uygun yürürlüğe girmediği ve bağlayıcı olmadığı iddiası, belki hukuken haklı ancak teorik düzeyde kalmaya mahkum bir tartışma olacaktır. Ortaklık Konseyi Kararları'nın Anayasa'nın 90.maddesinde yer alan usule tabi olmayacağına ilişkin yapılacak anayasal bir düzenleme, tartışmaların giderilmesi açısından önerilebilir.

⁵⁸ Pazarcı (2007), s.59

⁵⁹ Can ve Özen (2005), s. 342; Antlaşma uluslararası hukukta geçerli bir şekilde yürürlüğe girmediği sürece Türk hukukunda uygulanabilmesi mümkün değildir.

⁶⁰ Can ve Özen (2005),s. 355, 356; Geçiş döneminin uygulamaya konmasını düzenleyen Katma Protokolde gümrük birliğinin kurulması ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, Ortaklık Konseyi Katma Protokolle gümrük birliğinin kurulması ve uygulanması konusunda oldukça geniş yetkilerle donatılmıştır.

⁶¹ Can (2002), s.178; Ortaklık Konseyi kararlarının âkid taraflar için devletler hukuku bakımından bağlayıcılığına ilişkin bkz.Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 40

⁶² Taraflar, Antlaşma yükümlülüklerini hangi yolla yerine getireceklerine, üzerinde anlaşılan devletler hukuku normlarına, iç hukuklarında nasıl geçerlilik ve etki sağlayacaklarına kendileri karar verecektir. Can (2002), s.178 ve s.212

4.2. Avrupa Topluluğu Hukuku Bakımından

4.2.1. Genel Olarak

ATAD, 1963 tarihli Van Gend en Loos davasında⁶³ Avrupa Ekonomik Topluluğunun, üye devletlerin sınırlı ölçüde de olsa egemenlik haklarını sınırlandırdıkları, devletler hukukunun yeni bir hukuk düzenini ortaya koyduğunu belirtmiştir. Topluluk hukuk düzeninin kökleri hem ulusal hukuk hem de devletler hukukunda bulunsa da, o her iki hukuk düzenine karşı kendi hukuksal kurumları ile kendine özgü bir sistem, yeni bir hukuk düzeni ortaya koymaktadır⁶⁴. Tüzel kişiliğe sahip olan Topluluğun⁶⁵ uluslararası antlaşma akdetme yeteneği ATA.'da açık biçimde düzenlenmiştir. ATA. 310.m.'de Topluluğun, bir ya da daha fazla devletle veya organizasyonla, karşılıklı hak ve yükümlülükler, ortak hareket tarzı ve özel usulle ortaklık kuran antlaşmalar akdedebileceği açıkça hükme bağlanmıştır⁶⁶.

ATA 300(7)⁶⁷.m.'de ise; bu madde'de yer alan ölçülere uygun olarak akdedilen antlaşmaların, gerek Topluluk organları gerekse üye devletler bakımından bağlayıcı olduğu belirtilmiştir⁶⁸.

4.2.2. Geçerlilik ve Bağlayıcılık

Topluluğun akdettiği antlaşmalar bakımından Avrupa Topluluğu Antlaşması m.300(6) ve (7). Fıkraları, devletler hukuku antlaşmalarının Topluluk hukuku ile ilişkisinde hareket noktasını belirleyen hükümler olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, ATA 300(7).m. normun uygulama alanına giren antlaşmaların Topluluk

⁶³ EuGH 05.02.1963, "N.V.Algemene Transport- En Expeditie Onderneming Van Gend Und Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung", Rs.26/62, Slg.1963, s.1, s.25

⁶⁴ BUSSE,C.(1999), Die Völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union, Köln-Berlin-Bonn-München. Hekimoğlu'ndan naklen, bkz. HEKİMOĞLU, M.M.(2002), Das Verhältnis zwischen EG-Rechtsordnung und Völkerrecht, "Yönetim ve Ekonomi", Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:9, Sayı:1-2, s.173-185, s. 174

⁶⁵ Bkz. ATA 281.m.

⁶⁶ ATA 310.m. Topluluğa, üye olmayan ülkeler ve uluslararası organizasyonlarla ortaklık antlaşmaları akdetme konusunda ucu açık yetki vermiştir. AT Antlaşması'nda -gerek ortaklık antlaşmaları ile ilgili 310.m. gerek 181.m. (gelişmeye yönelik işbirliği) örneklerinde görüldüğü üzere- Topluluğa belirli konularda uluslararası antlaşma akdetme bakımından dış yetki veren maddeler bulunmaktadır. Ayrıca, Topluluğun bu husustaki yetkisi AT Antlaşması'nın diğer hükümlerinden ve Topluluk kurumlarının idari işlemlerinden de doğmaktadır. ATAD, ilk kararlarında, AT Antlaşmasında açıkça sınırlandırılmış olmadığı sürece, Topluluğun uluslararası antlaşma akdetme hususundaki dış yetkisini geniş olarak değerlendirmiştir. Topluluğun dış yetkisi için bkz. KAPTEYN, P.J.G. ve P.VERLOREN VAN THEMAAT (1989) ; Introduction to the Law of the European Communities, 3.Bası, Londra, s. 1253-1345.

⁶⁷ Lisbon Antlaşması ile değişik madde 218

⁶⁸ AT Antlaşması 300.m. uluslararası antlaşmaların Topluluk bakımından onaylanması ve çeşitli Topluluk kurumlarının bu hususa ilişkin yetkilerini düzenlemektedir.

organları ve üye devletler bakımından bağlayıcı olduğunu düzenlerken, madde metninde uluslararası antlaşmaların Topluluk hukukunda kendiliğinden doğrudan geçerliliğe sahip olacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır⁶⁹. Diğer bir ifadeyle AT Antlaşması, uluslararası antlaşmaların ne şekilde akdedileceğini belirtmekle birlikte, bu antlaşmaların Topluluk hukukunun bir parçası haline ne şekilde geleceğine ilişkin bir açıklığa yer vermemiştir. Topluluğun ATA 300(7).m. temeline dayalı olarak akdettiği uluslararası antlaşmaların bağlayıcılık kazanması bakımından, Gerek AT Antlaşmasında gerek kurumsal yapıya ait düzenlemelerde, monist ya da düalist yaklaşımın benimsendiğini gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Topluluğun AT Antlaşması 300(7).m. temeline dayalı olarak akdettiği uluslararası antlaşmaların⁷⁰, Topluluk ve üye devletler bakımından yürürlüğü, geçerliliği ve bağlayıcılığının dayandığı sistem konusunda öğretide görüş birliği bulunmadığını söylemek mümkündür.

Monist teori taraftarları tüm hukuku ortak bir sistem olarak değerlendirmekte bu bağlamda devletler hukuk düzeni ile Topluluk hukuk düzenini birbirinden bağımsız iki hukuk sistemi olarak değil, bir hukuk sisteminin parçaları olarak kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, geçerli olarak akdedilmiş ve yürürlüğe girmiş bir devletler hukuku antlaşması Topluluk iç hukuk düzeninde de doğrudan doğruya geçerlidir ve Topluluk hukukuna dahil edilmesi için ikinci bir işleme (inkorporasyon/dönüştürme) gerek yoktur. Bunun nedeni Topluluk hukukunun da devletler hukukuna dayalı kaynaktan ileri gelmesidir. Monist görüş taraftarlarından *Pipkorn* bu yaklaşımı ATA 300/7. m. ifadesinin ve ATAD'ın Haegeman kararının yorumuna dayandırmaktadır⁷¹. *Pescatore* de devletler hukuku ile Topluluk hukuku arasındaki ilişkinin monist yaklaşıma dayanmasını, “doğrudan uygulanabilirlik” kavramı ile gerekçelendirmektedir. Yazara göre, Topluluk hukukunda devletler hukuku antlaşmaları bakımından açık bireysel bir dönüştürme- ya da icra işlemi öngörülmediği için bu antlaşmalar akdedilmeleriyle Topluluk içi geçerliliğe kavuşmaktadır ve gerek ATAD gerek ulusal mahkemeler önündeki yargılamalarda uygulanabilmeleri gerekir. Bu nedenle yazara göre, doğrudan uygulanabilirliğin bir ön denetimi de gerekli değildir. Bu teori bir antlaşma hükmünün doğrudan uygulanabilirliğinin a-priori denetimini reddetmektedir⁷².

⁶⁹ ARNDT H.W. ve C.FISCHER(2008), *Europarecht*, 9.Aufl. Heidelberg-München-Landsberg-Berlin, s. 240

⁷⁰ ATA 300/7madde (Eski: 228/II.m.) hükümlerine uygun olarak akdedilmiş antlaşmaların Topluluk organları ve üye devletler için bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir.

⁷¹ Hekimoğlu'ndan naklen, bkz. Hekimoğlu (2002),s.174,175

⁷² *Pescatore*'e göre, her iki hukuk düzeni arasındaki ilişki, monizm temeline dayanıyorsa, doğrudan uygulanabilirliğin denetlenmesine gerek duyulmayacaktır. Hekimoğlu'ndan naklen, bkz. Hekimoğlu(2002),s.175

Yunanistan ile Topluluk arasında akdedilen ortaklık antlaşmasının (“Atina Anlaşması”) yorumu konusunda ATAD’ın yetki sahibi olup olmadığı sorusuna yanıt aranan Haegeman⁷³ davasında, Atina Anlaşması’nın 228 (yeni:300.m.) ve 238. (yeni:310.m.) maddelerine göre Konsey tarafından akdedildiği belirtilmiş; buna göre Mahkeme, Sözleşmede Topluluk söz konusu olduğu sürece, Topluluk kurumlarının her türlü davranışının 177. maddenin 1. paragrafının b bendi (yeni:234.m.) kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. Kararda, “*Bu şekilde yürürlüğe giren Antlaşmanın hükümleri yürürlüğe girdiği andan itibaren Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır. Buna göre Mahkeme bu Antlaşmanın yorumuna ilişkin ön karar usulünde yargı yetkisine sahiptir.*” denilmektedir⁷⁴. Haegeman davasında ve bunu takip eden diğer kararlarda varılan sonuç, ATAD’ın monist yaklaşımı benimsediği yolundaki görüşlere dayanak teşkil etmektedir⁷⁵. Ayrıca ATAD, AT Antlaşması’nın 300/7 maddesine dayanarak, Topluluk tarafından akdedilen uluslararası antlaşmaların sadece Topluluk hukuk düzeninin bir parçası olduğunu söylemekle yetinmemiş, aynı zamanda Topluluk normlar hiyerarşisinde ikincil mevzuatın üzerinde olduğunu da ifade etmiştir⁷⁶.

⁷³ Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* [1974] ECR 449, paragraf 4 ve 5;

⁷⁴ ATAD, Haegeman kararından sonra, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girdiği andan itibaren Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu yolundaki yaklaşımını Avrupa Topluluğu ile Türkiye Ortaklık Konseyi tarafından alınan Konsey kararları bakımından da tekrarlamıştır bkz. Case C-192/89, *Sevince* [1990] ECR I-3461 paragraf 9.

⁷⁵ LENAERTS, K.ve E. SMİJTER (1999/2000), *The European Union as an Actor under International Law*, Yearbook of European Law, s.104; Antlaşmanın devletler hukuku bakımından yürürlüğe girmesi ile, otomatik olarak ve içerik bakımından bir dönüşüme gerek olmaksızın Topluluk hukuk düzenine entegre olacağına ilişkin ATAD kararlarını dikkate alan Vöneky de monist görüşün bu noktada en ikna edici olduğu kanaatindedir. Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.28; aynı görüşte MÖBELE,R.,(RUDOLF STREİNZ)(2003), *EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München, Art 300, Rdnr.77; aynı yönde, Herrmfeld (2009), Art. 310, Rdnr. 16; Pescatore de, Topluluk ile devletler hukuku ilişkisini ATAD kararlarından hareketle monist görüş temeline dayandırma eğiliminde olan ve kararlardan dayanak noktaları çıkaran yazarların başında gelmektedir. Bkz. PESCATORE, P (1983), *Die Rechtsprechung des EuGH zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, FS für Mosler, s.661; Bleckmann’dan naklen, bkz. BLECKMANN, A.(1990), *Europarecht*, 5.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, s.167; Bununla birlikte başlangıçta Konsey, düalist yaklaşımı benimseyerek, uluslararası antlaşmaların Topluluk hukukunda uygulanabilmesi için bir aktarma işlemine gerek olduğu görüşündeydi.

⁷⁶ Case C-61/94 *Commission v. Germany* [1996] ECR I-3989, paragraf 52; Case C-286/02 *Bellio F.Ili*[2004] ECR I-3465, paragraf 33; birincil hukukun meşruluğunu değerlendirme konusunda ATAD yetkili değildir. Topluluk normlar hiyerarşisinde Topluluğun akdettiği uluslararası antlaşmaların birincil hukuk ile ikincil hukuk arasında yer aldığı diğer bir ifadeyle Topluluk ikincil hukukuna karşı önceliğe sahip olduğu ve bu nedenle ikincil hukuka ilişkin düzenlemelerin uluslararası antlaşma hükümlerine aykırılık taşımaması gerektiği öğretide bir çok yazarca dile getirilmektedir. Bkz. Arndt ve Fischer (2008), s.240 vd.; Herrmfeld (2009), Art.310, Rdnr.18; OPPERMAN,T., C.D.CLASSEN ve M.NETTESHEİM (2009), *Europarecht*, 4.Aufl. München, 30

Lenaerts/Smitjer, normlar arasındaki bu hiyerarşik ilişkinin de monist yaklaşımın benimsendiği hususundaki şüpheleri ortadan kaldırdığını ifade etmektedir⁷⁷.

Monist görüşün aksine düalist görüş taraftarları⁷⁸, devletler hukuku ile Topluluk hukuk düzeninin birbirinden bağımsız iki ayrı hukuk düzeni olduğunu ve devletler hukuku antlaşmalarının Topluluk içinde geçerli olabilmesi için bunların ikinci bir işlemle (bir inkorporasyon normu ile) Topluluk içine alınmasının gerekli olduğu görüşündedirler. Düalist yaklaşım; uluslararası hukuk düzeni ile Topluluk hukuk düzeninin birbirinden ayrı olduğu ve uluslararası antlaşmanın akdi ile uygulanması arasına mutlaka bir uygulama emri ya da dönüştürme işleminin dahil edilmesi gerektiği şeklinde ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, eğer bir uluslararası antlaşma belirli bir hukuk sistemi içerisinde hak ve yükümlülüklerin kaynağını oluşturamıyorsa düalizmden söz edilebilir. Antlaşmanın kabulü ile bu antlaşmayı ulusal hukuk alanına taşımak, onu ifa etmek, uygulamak veya ona gönderme yapmak amacıyla gerçekleştirilecek bir iç hukuk işlemi, sadece bu anlamda değerlendirilebilir⁷⁹. Daha farklı bir yaklaşım sergileyen Tomuschat'a göre ise, bir antlaşmanın Topluluk hukuk düzeni içerisinde etki doğurabilmesinin birinci şartı, Topluluk hukuk düzeni içerisindeki geçerliliğidir. ATAD'ın içtihadına göre, Topluluğun bir antlaşmayı kabul etmesi ve antlaşmanın devletler hukuku bakımından yürürlüğe girmesi ile, bu sonuca maddi olarak varılabilecektir. Bu sürecin monizm ya da düalizm olarak adlandırılması ise pratik sonuç itibariyle

§ 38, s.681, Rdnr.54; HERDEGEN, M.(2009), Europarecht, 11.Aufl. München , § 29, s.415, Rdnr.4 ; Möbele (2003), Art 300, Rdnr. 82

⁷⁷ Lenaerts ve Smitjer(1999-2000), s.105

⁷⁸ Örneğin bkz. Oppermann vd. (2009), § 38, Rdnr.53, Yazarlar, monist görüşün dayanağı olarak değerlendirilen ATAD'ın Haegemann kararındaki "geçerli bir antlaşmanın Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu"nu belirten ifadesinin yanlış anlaşıldığını, ATAD'ın olayda devletler hukuku geçerliliğini dayandırdığı oldukça daraltıcı sınırlamaların monist değil, düalist görüşe dayanak oluşturduğunu iddia etmektedirler.

⁷⁹ Hekimoğlu (2002) s.180; Topluluğun bazı hallerde düalist yaklaşıma uygun bir yöntemle uluslararası antlaşmayı bir tüzük (*regulation*) veya yönerge (*directive*) ile Topluluk resmi gazetesinde yayınlamak suretiyle uyguladığı görülmektedir. Ancak Topluluğun uluslararası bir antlaşmayı bir karar ile onaylamak yerine buna ilişkin üye devletlerde doğrudan uygulanma özelliği olan Tüzük yayınlaması halinde monist yaklaşımın benimsendiği de düşünülmektedir. Üye devletlerin Tüzüğü iç hukuklarına ithal etmek için ikinci bir işlem yapmamaları, monist yaklaşım olarak görülebileceği gibi; Topluluğun uluslararası antlaşmayı ikinci bir işlem ile (tüzük) Topluluk hukukuna dahil etmesi olarak değerlendirilerek düalist yaklaşımın benimsendiği sonucuna da varmak mümkündür. Bkz. BOURGEOIS, J.(1984), "Effects of International Agreements in EC Law: Are the Dice Cast?" Michigan Law Review, V.82, No.5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein, Apr.-May, 1984, s.1257

farksızdır⁸⁰. Yazara göre antlaşmanın ikincil hukuk karşısındaki önceliği düalizme nazaran monizmle daha iyi bağdaşmaktadır. Bir antlaşmanın, Topluluğun onayı olmaksızın hiçbir zaman akdedilememesi ve gerekli konsey kararı ile hangi norm içeriğinin Topluluğu yükümlülük altına soktuğu ve Topluluk içerisinde uygulanabilir olduğu konusunda bir kontrolün sağlanabilmesi nedeniyle iki yaklaşım arasındaki farklar ortadan kalkmaktadır⁸¹.

Adalet Divanı, teorik bir yaklaşımı benimsemekten veya yeni bir yaklaşım ortaya koymaktan kaçınarak, Topluluk tarafından akdedilen veya icrası üye devletlerin selefî olarak Topluluk tarafından yürütülen bir uluslararası antlaşmanın, yürürlüğe girdiği andan itibaren Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmektedir⁸². Özellikle 1974 tarihli *Haegeman* kararı ile, Topluluğun akdettiği uluslararası Antlaşmaların Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu tespiti yerleşik bir içtihat haline gelmiştir. ATAD yaklaşımını, Topluluğun taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, Konsey tarafından Roma Antlaşmasının 300.maddesi (eski:228.m.) uyarınca akdedilmiş olduğu ve Topluluk açısından bir Topluluk organı işlemi teşkil ettiği görüşü ile gerekçelendirmektedir⁸³. ATAD'a göre, Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz parçası olma bakımından antlaşmanın yürürlüğe girdiği an, yani Topluluk için olan devletler hukuku bağlayıcılığı önem taşımaktadır. Bu nedenle öğretilde, Mahkemenin bu anlamda bir Topluluk içi onay işlemine herhangi bir önem atfetmediği, Antlaşmanın kendiliğinden ve içeriğe dayalı herhangi bir dönüştürme işlemi gerekmeksizin Topluluk hukuk düzeninin parçası haline geldiği görüşünde olduğu kabul edilmektedir⁸⁴.

Ortaklık konseyi kararlarının Topluluk içerisindeki geçerliliği ve bağlayıcılığı bakımından da benzer tartışmalar mevcuttur. Ortaklık konseyi

⁸⁰ TOMUSCHAT, C. (1983), Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln, s. 801-822, s. 804

⁸¹ Tomuschat (1983), s. 804, 805; Düalizmin ikinci temeli olan ve çoğu kez ulusal anayasa hukuklarında bir yandan devletler hukukuna dayalı antlaşma akdi diğer yandan antlaşmanın ulusal alanda (iç hukukta) yürürlüğe konmasında karşılaşılan yetkilendirme farklılıkları Topluluk bakımından tüm önemini yitirmektedir. Topluluk açısından her iki fonksiyon bakımından da son karar Konseye aittir. Bkz. Tomuschat (1983), s. 805

⁸² Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* [1974] ECR 449, paragraf 4 ve 5; ATAD, *Haegeman* kararından sonra, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girdiği andan itibaren Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu yolundaki yaklaşımını Avrupa Topluluğu ile Türkiye Ortaklık Konseyi tarafından alınan Konsey kararları bakımından da tekrarlamıştır bkz. Case C-192/89, *Sevince* [1990] ECR I-3461 paragraf 9.

⁸³ Bkz. Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* [1974] ECR 449, pa.5; EuGH. 30.04.1974, "*R. und V. Haegeman gegen Belgischer Staat*, Rs. 181/73, Slg. 1974, s. 449, Nr.5

⁸⁴ Schmalenbach (2002), Art.300, Rdnr.51; Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.52

kararlarının bağlayıcı etkisi ATA'da açıkça düzenlenmemiştir. ATAD, ilk kez AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararına ilişkin olarak Sevince davasında⁸⁵, Ortaklık Antlaşması'nın uygulanması amacıyla çıkarılan Ortaklık Konseyi Kararlarının, Antlaşma ile olan doğrudan bağlantısı nedeniyle tıpkı Ortaklık Antlaşması gibi yürürlüğe girdiği andan itibaren Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğuna karar vermiştir. Bu kararlar ATAD, Ortaklık Konseyi kararlarını da uluslararası antlaşmalarla aynı statüye tabi tuttuğunu, daha doğru bir ifadeyle ortaklık antlaşmaları için vardığı sonucu ortaklık konseyi kararlarına da uyguladığını göstermiştir⁸⁶. Bu durumda ortaklık konseyi kararlarının Topluluk hukuku içinde geçerliliği için kural olarak Topluluğun ayrı bir aktarma işlemi gerekli olmayacak, kararlar dönüştürme işlemine gerek olmaksızın Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelecektir⁸⁷. ATAD'ın ortaklık konseyi kararlarını Topluluk Hukukuna dahil eden içtihadı da öğreti tarafından tamamen paylaşılmamıştır. Öğretinin bir kısmı ortaklık konseyi kararlarının Topluluk Hukukunda geçerli olup, etki doğurabilmesi için Topluluğun bir aktarma, bir dönüştürme işleminin gerekli olduğu görüşündedir⁸⁸. Yine bazı yazarlara göre, AB Konseyi de Ortaklık Konseyi

⁸⁵ Sevince [1990] ECR I-3461, paragraf 9 (EuGH. 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr. 9)

⁸⁶ ATAD kararlarında, Ortaklık Konseyi Kararının yürürlüğe gireceği tarihin Kararda açıkça belirtilmemiş olması halinde Konsey Kararı'nın alındığı tarihten itibaren Taraflar açısından bağlayıcı olacağına karar vermiştir. Bkz Sevince [1990] ECR I-3461, paragraf 22; (EuGH. 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr. 22); Case C-277/96, "*Taflan-Met, Altun-Baser, Andal-Buğdaycı v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O Alkol v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*", [1996] ECR I-04085, parag. 17-21 (EuGH 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg.1996, s.I-4085, Nr.17-21)

⁸⁷ ATAD'ın özellikle Sevince kararında yaptığı yorum ve kullandığı ifadelerden bu sonuca varmak mümkündür. Taflan-Met kararında, Ankara Anlaşması'nın 6.,22/I. ve 23.maddelerine dayanan ATAD, söz konusu hükümler dikkate alındığında, ortaklık konseyi kararlarının Ankara Anlaşmasında öngörülen bir organın hukuki işlemi olduğunu ve kararların alınması için bu organın âkid taraflarca yetkili kılındığını; bu kararlar vasıtasıyla ortaklık antlaşmasının amaçları yerine getirildiği için, kararların antlaşma ile doğrudan bağlantılı ve bu nedenle 22/I.maddeye göre bağlayıcı olduğunu; âkid tarafların Ortaklık Antlaşması ile Konsey Kararı'nın bağlayıcılığını onayladıklarını ve bağlayıcılığı reddettikleri takdirde Antlaşmayı bizzat ihlal etmiş olacaklarını belirtmiştir. Bkz. Case C-277/96, "*Taflan-Met, Altun-Baser, Andal-Buğdaycı v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O Alkol v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*", [1996] ECR I-04085, parag. 17-20 (EuGH 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg.1996, s.I-4085, Nr.17-20)

⁸⁸ Bu görüşte düalist teoriye uygun olarak, ortaklık ilişkisinin sadece uluslararası hukuk karakterine sahip olduğu ve bununla yaratılan organın Topluluk organı teşkil edemeyeceği esas alınmaktadır. Bu nedenle Ortaklık Konseyi kararları ancak bir "aktarma işlemiyle" Topluluk hukuku etkisini elde ederler. Bkz. RICHTER, S. (1993), Die Assozierung Osteuropäischer Staaten durch die Europäischen Gemeinschaften: Eine Untersuchung der Rechtlichen Grundlagen der Vertragsgestaltung Zwischen den Europäischen Gemeinschaften und Polen, Ungarn und der Tschechoslowakei, Recht der Europäischen Gemeinschaften und GATT, Berlin Heidelberg

Kararlarının Topluluk hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için aktarılmasının gerekli olduğu görüşüne dayanmış, bunun sonucu olarak Ortaklık Konseyi kararlarının Topluluk hukukuna aktarılabilmesi için ek tüzükler çıkarmıştır⁸⁹. Buna karşın öğretinin bir kısmı, ortaklık konseyi kararlarını basit usulde imzalanmış uluslararası antlaşmalar olarak değerlendirerek yukarıda incelenen ATA 300(7) m.'yi ortaklık konseyi kararlarına da uygulama yoluna gitmekte ve ayrı bir aktarma işlemine gerek olmadığını kabul etmektedirler⁹⁰. Türk hukukunda Can ve Özen, gerekçelendirme bakımından çok yeterli bulmasalar da, ATAD'ın yaklaşımını tercih etmekte; ortaklık konseyi kararlarının Topluluk hukuk düzeninde doğrudan geçerli olmasının gerekçesini ATA 310.m. bağlantısı ile 300(7).m.'nin oluşturduğunu düşünmektedirler. Yazarlara göre, ortaklık antlaşmaları imzalama konusunda Topluluğu yetkili kılan ATA 310.m., Topluluğun uluslararası organları yetkili kılmasına da olanak sağlar niteliktedir. Aynı şekilde yazarlar, Topluluğun akdettiği antlaşmaların Topluluk organları ve üye devletler için bağlayıcı olduğunu düzenleyen ATA 300(7).m. hükmünün de bu antlaşma ile kurulan bir organ tarafından alınan kararlara uygulanmaması için bir neden bulunmadığı görüşündedir⁹¹. Bu sebeplerle ortaklık konseyi

Newyork London Paris Tokyo Hong Kong Barcelona Budapest, s.173; [Vedder,(Grabitz ve Hilf) (1999), Art.238 EVG, Rdnr.35, 36], Vöneky'den naklen, bkz.Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.64; Bkz. ayrıca [Hailbronner (1998), in HandKommentar-EUV, Köln, Art.48, Rdnr.32 J], Schmalenbach'dan naklen, bkz. Schmalenbach (2002),EG-Vertrag Art.310, Rdnr.32

Ortaklık Konseyi kararlarını Topluluk hukukuna aktarmanın gerekli olduğu görüşünde olan yazarlar görüşlerini Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Bir Ortaklığın Kurulmasına İlişkin Antlaşmanın Uygulanmasında Alınacak Tedbirler ve Geçerli Olacak Usul Hakkında 12.09.1963 tarihli ve 64/737 sayılı Antlaşmanın 2.maddesine dayandırmaktadırlar. Buna göre, Ortaklık Konseyi'nin Roma Antlaşmasına göre Topluluğun yetki alanına giren karar ve tavsiyelerinin uygulanması, Komisyonun görüşünden sonra Bakanlar Konseyi'nin oy birliği ile vereceği kararla sağlanacaktır. Ortaklık Konseyi'nin karar ve tavsiyelerinin Topluluğun yetki alanına girmediği hallerde ise, üye devletlerin uygulama için gerekli tedbirleri alması gerekecektir. Bu durumda Ortaklık Konseyi Kararlarının düzenlediği konunun Topluluğun veya üye devletlerin yetki alanına girip girmemesine göre farklı bir yol izlenecektir.

⁸⁹ Örneğin, Topluluk ile Malta arasında akdedilen ortaklık Antlaşmasına dayalı olan 1/84 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanması amacıyla çıkarılan 1472/84 sayılı Tüzük. ABIEG 1984 L 143/1 bkz.Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.64; Herrfeld (2009), Art 310. Rdnr.19

⁹⁰ Bu yönde, Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr.34 bkz.ayrıca Rdnr.26; aynı yönde Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 67; Möbele (2003), Art.300, Rdnr.77;Herrfeld (2009), Art 310. Rdnr.19

⁹¹ Topluluk ve üye devletler, gerek devletler hukuku gerek Topluluk hukuku bakımından Ortaklık Antlaşması'nın hükümleri ile tam olarak bağlıdırlar. Topluluk ve üye devletler Ortaklık Antlaşması ile Ortaklık Konseyi kararlarının bağlayıcılığını onaylamışlardır. Bu bağlılığa aykırı hareket etmeleri halinde ise antlaşmayı bizzat kendileri ihlal etmiş olacaklardır. Bu anlamda yükümlülüklerinin kaynağı olan Roma Antlaşması 300(7).m.'si Ortaklık Konseyi kararlarının Tarafların hukuk düzenlerinde Topluluk içi dönüştürmeye ihtiyaç duymaksızın doğrudan etki gösterebileceği genel bir dönüştürme teşkil etmektedir. Topluluk organları ve üye devletler bu halde Ortaklık Konseyi kararlarının Topluluk içi geçerliliğini başka uygulama tedbirlerinin çıkarılmasına bağlı kılamayacaklardır. Bkz. Can (2002), s. 219

kararları, Topluluk hukuk düzeninde bir onaylama işlemi olmaksızın doğrudan geçerli olacak ve doğrudan etkisini gösterecektir⁹². Yukarıda ifade edildiği gibi ATAD'ın da aynı görüşü benimsediğini söylemek mümkündür⁹³.

Avrupa Birliği'nin nihai hedefi göz önüne alındığında düalist yaklaşımın bu amaca hizmet etmekten uzak olduğu açıktır. Zira bu halde Topluluk normu ile üye devlet normu eşdeğer nitelikte kabul edilmiş olacak, bu ise Topluluk hukukunu etkisiz ve işlevsiz hale getirecektir⁹⁴. Oysa Birliğin amaçlarını gerçekleştirebilmesi bakımından Avrupa Birliği hukukunun prensiplerinin, Birliğe üye devletlerde en etkin bir şekilde uygulanması sağlanmak zorundadır. Bunun için Birlik hukukunun, bütünleştirici bir hukuk olarak, bütün üye devletlerde aynı güce sahip ve geçerli olması zorunludur⁹⁵.

Sonuç olarak, gerek Topluluğun akdettiği uluslararası antlaşmaların gerek ortaklık antlaşmalarına dayanan ortaklık konseyi kararlarının -monist görüşe uygun biçimde- Topluluk hukuku içerisinde herhangi bir dönüştürücü işlem yapılmasına gerek olmaksızın, Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası haline geldiği görüşünün benimsenmesi yerinde olacaktır.

⁹² Can ve Özen (2005), s.316; Aynı görüş için bkz. Can (2002), s. 219; Can'a göre, 67/737 sayılı Antlaşma'nın 2.maddesinin bir dönüştürme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu madde sadece Ortaklık Konseyi'nin tavsiye ve kararlarının Bakanlar Konseyi kararları ile açıklanması ve Topluluk hukukunda uygulama çerçevesinin somutlaştırılması amacını gütmektedir. Buradan hareketle Ortaklık Konseyi kararlarının Topluluk içindeki geçerliliğinin, AB Konseyi Kararı vasıtasıyla bir dönüştürme şartına bağlı olduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Can (2002), s.220; İlginç olan nokta ATAD'ın Ortaklık Konseyi Kararlarının geçerliliği bakımından yukarıda da vurgulanan net tavrına rağmen, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Topluluk hukukunda yürürlüğü ve geçerliliği bakımından Avrupa Parlamentosu'nun onayının şart koşulmuş olmasıdır. Karar'ın 65.maddesinde Ortaklık Konseyi Kararı'nın 31.12.1995 tarihinde yürürlüğe gireceğinin belirtilmiş olmasına rağmen, Topluluk hukuku bakımından Karar'ın tamamlanması için Avrupa Parlamentosu'nun uygun görüşünün (assent) alınmasının gerekli olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Toluner (1995-1996), s.8,9

⁹³ Bkz. Vöneky (2009), Art. 310, Rdnr. 64 altında yer alan yorum ve açıklamalar; Herrfeld (2009), Art 310. Rdnr.19

⁹⁴ DOĞU, U.(2004), Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulanma Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm

⁹⁵ Bkz. Doğu, (2004)

5. 1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU BAKIMINDAN DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ VE DOĞRUDAN ETKİSİ⁹⁶

5.1. Genel Olarak “Doğrudan Uygulanabilirlik” ve “Doğrudan Etki” Kavramları

AB hukukunda Topluluk hukuku ile üye devlet hukukları arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi amaçlayan “doğrudan uygulanabilirlik” ve “doğrudan etki” kavramları⁹⁷ Topluluğun akdettiği uluslararası antlaşmalar ile Topluluk hukuku arasındaki ilişki bakımından da kullanılmaktadır⁹⁸.

AT Antlaşması’nda “doğrudan uygulanabilirlik” kavramına⁹⁹ yer verilmesine karşın doğrudan etki kavramına yer verilmemiştir. AT Antlaşması’nın 249/2 maddesinde doğrudan uygulanabilirlik özelliği yalnız

⁹⁶ Çalışma kapsamında dayanılan rekabet ihlalleri Türkiye’de yerleşik olmayan işletmeler tarafından gerçekleştirilmiş ve Türkiye’de sonuçlarını doğurmuştur. Bu bakımdan 1/95 Sayılı Karar’ın ilgili hükümlerinin Topluluk içerisinde doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi söz konusu olup, somut olay bakımından hükümlerin Türkiye’de doğrudan uygulanabilirliği ve etkisi incelenmemiştir.

⁹⁷ Topluluk Hukukunda “doğrudan etki” prensibi 1963 tarihli “*Van Gend en Loos*” davasına kadar geriye gitmektedir. Davada ATA. 25.m.’nin (eski:12.m.) doğrudan etkisi incelenmiştir. Antlaşmanın “gümrük birliği” başlığı ve “üye devletler arasındaki gümrüklerin kaldırılması” alt başlığı altında düzenlenen 25.maddesine göre, “üye devletler arasında, eş etkili ithalat ya da ihracat gümrük veya harçları yasaktır. Bu yasak finans gümrükleri için de geçerlidir.” ATAD, 25.m.’nin doğrudan etkili bir hüküm olduğuna karar vermiştir. ATAD’a göre, Antlaşmanın 25.m.’si ifadesinden hareketle açık, koşulsuz bir yasak, yapma değil yapmama yani kaçınma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülüğün üye devletlerce yerine getirilmesi, iç hukuk koyma işlemine bağlı kılınmamış ve devletlere getirilen bir ihtirazi kayıtla sınırlandırılmamıştır. Bunun yanında 25.m’de düzenlenen yasak esas gereği, üye devletler ve bunların hukukuna tabi kılınan bireyler arasında doğrudan etki yaratmaya uygundur. 25.m.’nin uygulanması ulusal kanun koyucunun herhangi bir müdahalesini gerektirmemektedir. Madde’de, üye devletlerin kaçınma yükümlülüğünün muhatabı olarak belirlenmiş olması ise, birey haklarının bu yükümlülüğe aykırılık taşıyabileceğini engellemektedir. Sonuç olarak, ATAD kararda ATA 25.m.’sinin ruhu, sistematigi ve ifadesi dikkate alındığında doğrudan etki doğurduğu ve ulusal mahkemelerce dikkate alınması gereken bireysel haklar yarattığı sonucuna varmıştır. Van Gend en Loos davası , bir Topluluk normunun (dava konusu olayda Topluluk Antlaşmasının 25.maddesinin doğrudan etkili sayılabilmesi için gereken kriterlerin ilk kez ortaya konduğu dava ve örnek bir karar olarak tarihe geçmiştir. Bkz. EuGH 05.02.1963, *N.V. Algemene Transport-en Expeditie onderneming Van Gend en Loos tegen Nederlandse Finanzverwaltung*, Rs.26/62, Slg.1963, s.1

⁹⁸ BEBR,G.(1983), Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect : From International Fruit Company to Kupferberg, 20 Common Market Law Review, s.35-73; Bourgeois (1984), s.1251; ÖZKAN, I.(2005-2006), “Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku ile Üye Devletler Ulusal Hukukları Arasındaki İlişkiler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.25-26/S.1-2/2005-2006 Prof.Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan, s.288

⁹⁹ AT Antlaşması madde 249/2 “Tüzükler bütünlüğü içerisinde bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır” hükmünü içermektedir.

tüzükler için açıkça belirtilmiş olup, burada temel amaç, Avrupa Topluluğu hukukunun üye devletlerde yeknesak bir biçimde uygulanmasını sağlamaktır¹⁰⁰. Topluluk düzenlemelerinin *doğrudan etkisi* (*direct effectiveness*) ise, ATAD içtihatlarından¹⁰¹ kaynaklanan bir Topluluk hukuku ilkesidir. Öğretide yazarların söz konusu kavramları farklı tanımladıkları ve terminoloji açısından bir görüş birliği bulunmadığı dikkati çekmektedir. Bunun birinci ve en önemli nedeni ATAD kararlarındaki terminolojik belirsizliktir. ATAD Topluluk hukukunun üye devletler ve Avrupa Birliği vatandaşları bakımından hukuki etkisini açıklarken, teorik bir temel ortaya koymaktan kaçınarak “doğrudan geçerlilik”, “doğrudan uygulanabilirlik” ve “doğrudan etki” şeklinde farklı terimler kullanmıştır. ATAD bir çok kararında, doğrudan uygulanabilirlik kavramını doğrudan etki kavramını karşılayacak şekilde kullanma yoluna gitmiş, bir topluluk hükmünün doğrudan etkisi için ortaya koyduğu kriterleri bazı kararlarında doğrudan uygulanabilirlik kavramı için uygulamıştır¹⁰². Öyle ki “doğrudan geçerlilik”, “doğrudan uygulanabilirlik” ve “doğrudan etki” kavramlarının üçünün aynı anda eş anlamlı olarak kullanıldığı kararlarla dahi karşılaşılmaktadır¹⁰³. Bunun yanında bir diğer önemli neden, Tüzüklerin doğrudan uygulanabilirliğini düzenleyen Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 249/II. maddesinin¹⁰⁴ almanca ve İngilizce (aynı zamanda Fransızca) metinlerinde kullanılan kavramların birbirinden farklı olmasıdır. ATA 249/II. m’nin İngilizce metninde “*Tüzük genel geçerliliğe sahiptir. Tüzük tüm kısımları ile bağlayıcıdır ve her üye devlette doğrudan uygulanabilir*” şeklindeki cümlede yer alan “doğrudan uygulanabilir” ifadesi, Almanca metinde “doğrudan geçerlidir” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu terminolojik farklılık “doğrudan geçerlilik”, “doğrudan uygulanabilirlik” ve “doğrudan etki” kavramlarının açıklanmasında karmaşaya neden olmaktadır. Öğretide her üç kavramı birbirinden farklı kavramlar olarak değerlendiren ve tanımlayan yazarlar bulunduğu gibi¹⁰⁵, doğrudan etki kavramına yer vermeksizin sadece “doğrudan geçerlilik” ile “doğrudan uygulanabilirlik” kavramlarını birbirinden ayıran ve - ATAD’ın bazı kararlarında görüldüğü gibi-, Topluluk hukukunun doğrudan

¹⁰⁰ LASOK, K.P.E. ve D.LASOK,(1994); Law and Institutions of the European Union, Butterworths, s.114. ATA üye devletlerin hukuk sistemlerine entegre olan ve yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanan sui generis bir hukuktur.

¹⁰¹ Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Netherlands* (1963) ECR 1; Case 41/74 *Van Duyn v. Home Office* (1974) ECR 1337.

¹⁰² Bu konu ile ilgili özellikle ATAD kararlarında “doğrudan geçerlilik” ile “doğrudan uygulanabilirlik” kavramları arasında terminolojik açıdan bir ayrım yapılmadığına ilişkin yorum için bkz. EMMERT, F.(1996), *Europarecht*, München 1996, s.154

¹⁰³ EuGH Slg. 2002, I-1049, Rs: C-162/00, Rdnr. 19,25,30 (*Pokrzeptowicz-Meyer*)

¹⁰⁴ Lisbon Treaty, Treaty on Functioning of European Union m.288

¹⁰⁵ SCHWEITZER, M, W.HUMMER ve W.OBWEXER (2007), *Europarecht, Das Recht der Europäischen Union*, Wien, s.46-47, Rdnr.170-179

etkisi için kabul edilen tanımı, “doğrudan uygulanabilirlik” kavramının açıklanmasında kullanan yazarlar da bulunmaktadır¹⁰⁶. Bu yazarlardan biri olan ve sadece “doğrudan geçerlilik” ile “doğrudan uygulanabilirlik” kavramlarını birbirinden ayıran Emmert’in açıklamaları dikkate alındığında, “doğrudan uygulanabilirlik” ile “doğrudan etki” kavramlarına aynı anlamı verdiği görülmektedir¹⁰⁷. Bu iki kavramın aslında aynı olduğunu düşünen ve kavramları birbiri yerine kullanan, diğer bir ifadeyle “doğrudan etki kavramı” yerine, bu kavramı karşılayacak şekilde “doğrudan uygulanabilirlik” kavramını kullanan yazarlar¹⁰⁸, “doğrudan uygulanabilirlik”/veya “doğrudan etki” kavramı ile kastedilenin her şartta, ilgili normun kapsamındaki hükümlerin bireylere mahkemelerce koruması gereken (bireylerin mahkemelerde ileri sürebilecekleri, dayanabilecekleri) haklar bahsetmesi olduğunu genel olarak kabul etmektedirler.

Öğretide diğer yazarlardan farklı biçimde, “doğrudan etki” kavramını temel kavram olarak kabul eden ve Topluluk hukukunun geçerliliği ile doğrudan uygulanabilirliğini, doğrudan etkililiğin koşulları olarak değerlendiren Schweitzer/Hummer/Obwexer’e göre¹⁰⁹, doğrudan geçerlilik, Topluluk hukukunun kendine özgülüğü vasıtasıyla, bir ulusal işlemin aktarımı olmaksızın, üye devletlerde bu şekliyle geçerli olmasıdır. Doğrudan etkililiğin koşulu olan, Topluluk hukukunun doğrudan uygulanabilirliği ise, doğrudan geçerlilikten farklı olarak, Topluluk hukukunun bir normunun üye devlet yetkili makamları tarafından somutlaştırılmasına, dönüştürülmesine gerek bulunmaksızın, içerik olarak kesin ve yeterince açık olmasıdır. Buradaki kesinliğin ve yeterince açık olmanın ölçüsü bir yorum sorunudur ve yalnızca Topluluk hukukuna göre

¹⁰⁶ Bkz. Emmert (1996), s.152 vd.; BORCHARD,K.D.(2006), Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3. Aufl.,Heidelberg-München-Landsberg-Berlin, s.64,65

¹⁰⁷ Emmert (1996), s.154; Yazar, ilginç bir şekilde Tüzüklerin doğrudan uygulanabilir olduğunu düzenleyen ATA 249/II.m’sinde yer alan ifadeyi almanca metindeki ifadeye sadık kalarak “doğrudan geçerlilik” ; Topluluk hukukunun “doğrudan etkisini” ise “doğrudan uygulanabilirlik” şeklinde yorumlayıp kullanarak terminolojik karışıklığı gözler önüne sermekte ve açıklamalarında bir çok yazarın “doğrudan etki” ya da “üçüncü etki” kavramını kullanırken aslında “doğrudan uygulanabilirliği” kastettiğini belirtmektedir. Bkz. Emmert (1996), s.154

¹⁰⁸ Özellikle iki kavramı eş anlamlı kullanan yazarlar için bkz. PESCATORE, P.(1983), The Doctrine of “Direct Effect” An Infant Disease of Community Law, ELR 8, s.2 dnp.2; Tomuschat (1983), s.801vd.; Bleckmann (1990), s. 334, Rdnr. 809 vd.ayrıca, s.341, Rdnr.829 vd.; Emmert (1996), s.153 vd.; Can (2002), s.221 vd.

¹⁰⁹ Schweitzer vd.(2007), s.44 vd.; Yazarlar doğrudan etkinin Topluluk hukukunun ilk esaslı unsuru olduğunu ve bu sayede açık biçimde klasik devletler hukukundan ayrıldığını kabul etmektedirler. “Doğrudan etki” ile Topluluk hukukunun üye devlette doğrudan, yani araya bir inkorporasyon işlemi girmeksizin ulusal makam ve mahkemelerde bağlayıcı etkiye sahip olma, onları yeterli kesinlik halinde belirli bir hukuki uygulama ile yükümlü tutma ve bireylere hak ve yükümlülükler tanıma yeteneğinin kastedildiği yazarlarca kabul edilmektedir. Bkz. Schweitzer vd.(2007), s.44

belirlenecektir¹¹⁰. Yazarlara göre; doğrudan uygulanabilirliğin kabul edilebilmesi için söz konusu normun hukuken tam yani somutlaştırılmaya ihtiyaç göstermeyecek, mutlak, diğer ifadeyle gelecekteki belirsiz olaylara bağlı olmayacak, başka uygulama tedbirlerini gerektirmeyecek yapma ya da kaçınma yükümlülüklerinde oluşacak ve muhataplara takdir alanı bırakmayacak şekilde formüle edilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda normun muhataplara bir hak mı tanıdığı ya da yükümlülük mü yüklediği önem taşımamaktadır. Her iki koşulun varolması halinde kabul edilebilecek olan “doğrudan etki” ise, yazarlara göre, ulusal alanda geçerli ve doğrudan uygulanabilir olan Topluluk hukuku normunun ulusal makam ve mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilmesi ile bireylerin ulusal makam ve mahkemeler önünde bu normlara doğrudan dayanabilmelerini ifade etmektedir¹¹¹. Bu durumda Topluluk hukukunun ulusal alanda geçerli ve doğrudan uygulanabilir hükümleri bir çok durumda doğrudan etkiye de sahip olacaktır. Bu özellikle Topluluğun kurucu antlaşmaları ve tüzüklerin bir çok hükmü için söz konusudur. Bazı durumlarda özellikle yönergeler bakımından ise başka bazı şartların da bulunması aranacaktır. Bir yönergenin doğrudan etkiye sahip olabilmesi, ulusal hukuka alınma için üye ülkeye tanınan sürenin sonunda hukuki işlemin yapılmaması halinde söz konusu olacaktır¹¹².

Öğretide bir diğer yaklaşım Oppermann/Classen/Nettesheim’da dikkati çekmektedir. Topluluk hukukunun doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisini birbirinden ayıran yazarlar, Birlik hukukunun üye devletlerde ilgili kişiler için doğrudan etkiye sahip olabilmelerini, doğrudan uygulanabilirliğin sadece özel kavramsal olarak vurgulanan bir şekli olduğunu kabul etmektedirler. Topluluk hukuk normunun ilgili kişiler için doğrudan etkiye sahip olması, bunun vasıtasıyla Topluluk hukukunun ulusal alandaki önceliğini gerekçelendirebilmesi ve ileri sürebilmesi özelliğini ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, hak ve yükümlülükler bireysel olarak dayanma aynı zamanda bu vasıta ile Topluluk hukukunun ulusal alandaki önceliğinin giderek daha fazla

¹¹⁰ Schweitzer vd.(2007), s.45, Rdnr.168

¹¹¹ Schweitzer vd.(2007), s.45,47; Topluluk hukukunun doğrudan etkisi, klasik devletler hukukunun aksine bireylerin, Topluluk hukuk düzeninin sükeleri haline gelmesine neden olmaktadır. Birey çoğu kez ulusal kanun koyucudan bağımsız olarak Topluluk hukuku tarafından tanınan haklarını ulusal makamlar ve mahkemeler önünde ileri sürebilecek ve varolması halinde Topluluğun fiillerine ya da kaçınmalarına karşı yargı yoluna başvurabilecektir.

Schweitzer/Hummer/Obwexer, Topluluk hukukunun doğrudan etkisini, objektif ve sübjektif doğrudan etki olarak ikiye ayırmaktadır. Doğrudan etkiye sahip olan Topluluk hukukunun hükümlerinin üye devletlerin resmi makam ve mahkemeleri tarafından kendiliğinden uygulanması objektif doğrudan etki olarak adlandırılmaktadır. Bireylerin bu tür hükümlere ulusal makam ve mahkemeler önünde dayanmaları ise sübjektif doğrudan etki olarak ifade edilmektedir. Schweitzer vd.(2007), s.46, Rdnr.171

¹¹² Schweitzer (2007), s.46, Rdnr.170

yayıp uygulanmasını sağlamaktadır¹¹³. Oppermann/Classen/Nettesheim'a göre, Topluluk hukukunun konuya göre kesin, tam ve hukuken mükemmel olup, uygulanması için başka uygulama işlemlerini gerektirmeyen normları, bireyler de dahil olmak üzere ilgili muhataplar için doğrudan etkilidir. Burada normun lafzı değil, amaçsal ve işlevsel değerlendirmeler belirleyici olmaktadır. Kaçınma yükümlülükleri olduğu kadar üye devletlerin pozitif hareket etme (yapma) yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin de doğrudan etkili olması mümkündür¹¹⁴. Öğretide söz konusu kavramların özdeş ya da eş anlamlı olmadıkları, aksine dereceli bir ilişki içerisinde buldukları görüşü ileri sürülmektedir¹¹⁵. Yukarıda da kısaca ifade edildiği gibi, Bireyler için bir normun doğrudan etkisinin pratik önemi, Topluluk ve üye devlet resmi makam ve mahkemeleri önünde bunlara dayanabilme olanağındadır. Bireylere bu şekilde, kişisel olarak Birlik hukuk düzenine dahil oldukları sübjektif-kamusal haklar tanınmış olmaktadır¹¹⁶.

AB Hukukunun *doğrudan uygulanabilirliği (direct applicability)*¹¹⁷, esas itibarıyla, AT düzenlemelerinin üye devletlerde, iç hukuka taşınması amacıyla ikinci bir dönüştürme işlemine ihtiyaç olmaksızın doğrudan uygulanabilmesi anlamını taşımaktadır. Buna karşılık *doğrudan etki (direct effectiveness)* ise, Topluluk hukukunun üye devlet vatandaşlarına kendi ulusal makamları önünde ileri sürebilecekleri hak ve yükümlülükler bahşetmesidir¹¹⁸.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, AT Antlaşması 249 maddesi sadece tüzüklerin “doğrudan uygulanabilir” olduğunu hükme bağlamaktadır. ATAD’ın Variola¹¹⁹ davasındaki ifadesi uyarınca “*bir tüzüğün doğrudan uygulanması, yürürlüğe girmesinin ve yöneldiği muhatapların lehine veya onlara karşı uygulanabilmesinin ulusal hukuka dahil olması işleminden bağımsız olması anlamına gelmektedir. Antlaşmadan doğan yükümlülükler gereği, Üye Devletler Tüzüklerin ve diğer Topluluk kurallarının yapısında bulunan doğrudan uygulanma niteliğini engellememe yükümlülüğü altındadır.*” Bunun sonucu

¹¹³ Oppermann vd. (2009), s. 163, 164, Rdnr.16-19

¹¹⁴ Oppermann vd. (2009), s.163, Rdnr.17,18

¹¹⁵ WINTER, J.A.(1972), Direct Effect and Direct Applicability: Two Distinct and Different Concepts in Community Law, 9 Common Market Law Review, 425-438; Kapteyn ve Van Themaat (1989), s.526; BERMAN, G.A., R.J.GOEDEL, W.J.DAVEY ve E.M.FOX (2004), Cases and Materials on European Union Law, İkinci Bası, s.238; Hekimoğlu (2002), s. 180,181

¹¹⁶ Oppermann vd.(2009), s.163,Rdnr. 18

¹¹⁷ Tüzüklerin uygulanışı ve etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lasok ve Lasok (1994), s.114-122; BERMAN, G.A., R.J.GOEDEL, W.J.DAVEY ve E.M.FOX (2004), s.238 vd.; Kapteyn ve Van Themaat (1989), s.324'den 326; 533'den 573'e; Pescatore(1983), s. 155-177

¹¹⁸ Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki kavramları için bkz. ayrıca H. Günür, (1996), Avrupa Topluluğu Hukuku, 3. Bası, Ankara, s.44-73; Tekinalp ve Tekinalp (2002) Avrupa Birliği, 2.bası, İstanbul, s.120-147; Özkan (2005-2006), s.271-300

¹¹⁹ Case 34/73 *Fratelli Variola v. Ministry of Finance* [1977] ECR 2327

olarak üye devletlerin Topluluk tüzüklerini kendi hukuklarına ithal etmek üzere bir dönüştürme işlemi yapmasına gerek kalmamaktadır.

Ancak tüzüklerin doğrudan uygulanabilir hukuk normları olması, her zaman her tüzüğün veya tüzük hükmünün doğrudan etkili olduğu anlamına gelmemektedir.¹²⁰¹²¹ Zira, ATAD'ın yerleşik içtihatlarına göre, AB hukuk normlarının veya uluslararası antlaşma hükümlerinin doğrudan etkili olabilmesi belirli şartları taşıyor olmalarına bağlıdır. Buna göre, AB hukuk normlarının veya uluslararası antlaşma hükümlerinin doğrudan etkili olabilmesi için açık, kesin, eksiksiz ve koşulsuz olması, AB organları ya da üye devletlerin takdir yetkisinin bulunmaması, bir program hüküm niteliği taşıması gerekmektedir. Winter'ın da dayandığı gibi sadece tüzükler bakımından kabul edilen doğrudan uygulanabilirlik kavramının, doğrudan etki kavramından farklı bir içeriği bulunmaktadır.¹²² Winter, doğrudan uygulanmanın, topluluk işlemlerinin ulusal hukuka dahil edilmesine yönelik bir işlem olduğunu, buna karşılık doğrudan etkinin bir işlemin yargılama sürecinde ileri sürülebilmesi anlamına geleceğini

¹²⁰ Tüzüklerin her zaman doğrudan etkili olup olmadığı hususunda ATAD'ın farklı kararları bulunmaktadır. Tüzüğün dilinin doğrudan uygulanmasına imkan verecek şekilde açık ve kesin olmadığı hallerde doğrudan etkinin sözkonusu olamayacağına ilişkin Case 31/64, *De Sociale Voorzorg Mutual Insurance Fund v. Bertholet* [1965], ECR 81,86; Trieste mahkemesinin İtalyan gümrük idaresinin koymuş olduğu idari ve istatistik harçlarının eş etkili tedbir niteliğinde olup Topluluk tüzüğüne aykırı olup olmadığı hususunda ilgili tüzüğün doğrudan etkili olup olmadığı sorusuna ATAD 249 maddenin düzenlemesi uyarınca “[...] tüzüğün niteliği ve topluluk kaynakları içindeki yeri gereği bir Tüzüğün derhal etkiye sahip olduğunu ve bunun sonucu olarak özel hukuk kişilerine ulusal mahkemelerin korumakla yükümlü olduğu haklar bahşedeceği” şeklinde yanıt vermiştir. *Case 34/23 Variola SpA v. Amministrazione Italiana delle Finanze* [1973] ECR 981; 9/73 *Schlütter v. HZA Lörrach* [1973] ECR 1135, Bu davada Tüzüğün hükümlerinin doğrudan etkililiğinin şartlarını taşıyıp taşımadığını araştırmıştır. Buna karşılık, Eridania davasında (*Case 230/78 Zuccheri* [1979] E.C.R. 2749) ATAD, tüzüklerin doğrudan uygulanabilir olmasının, söz konusu tüzüğün bir Topluluk kurumuna veya bir üye devlete bu tüzüğün uygulanmasına yönelik bir yasal düzenleme yapma yetkisi vermesini önlemeyeceğini belirtmiştir. Pescatore (1983), s.164. Uluslararası antlaşmalar bakımından da aynı sonuca ulaşılabilir, Bourgeois (1984), s.1261

¹²¹ Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramlarının birbiri ile aynı anlama geldiği görüşünü savunan Pescatore bu hususu; “*ilgili madde lafzına rağmen uygulama, tüzüklerin her zaman “doğrudan uygulanabilir” olmadığını göstermiştir. İlgili tüzüğün yürürlüğe girmesi için Konsey ve Komisyon’un belirli yasal düzenlemeler yapmasını gerektiren çok sayıda tüzük bulunmaktadır. Dolayısıyla, tüzüklerin de her zaman doğrudan etkiye sahip olacak nitelikte açık ve koşulsuz olduğu söylenemez.*” şeklinde ifade etmektedir. s.164. Bu noktada tüzüğün uygulanabilmesi için yasal düzenlemelere ihtiyaç göstermesi, bir dönüştürme işlemine gerek olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, tüzüğün her zaman doğrudan uygulanabilir olmadığını kabul etmenin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Kanımızca bu durum sadece tüzüğün her durumda doğrudan etkiye sahip olmadığını göstermektedir.

¹²² Winter (1972), s. 425-438, Pescatore, bu yaklaşımın doğru olduğunu ancak bu hususun tüzüklerin doğrudan etkili olup olmadığını açıklayamadığını ve yeterli olmadığını belirtmektedir. Bkz. Pescatore (1983), s.164

ifade etmektedir¹²³. Bunun sonucu olarak Winter'a göre kurallar, yargısal uygulamaya olanak veren özellikleri içermeksizin de doğrudan uygulanabilir olabilir. Diğer bir ifadeyle doğrudan etkili olmayan bir kuralın doğrudan uygulanabilmesi mümkündür.

ATAD'ın, biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu'nun doğrudan etkisinin değerlendirildiği davada¹²⁴ doğrudan etki için verdiği tanım ile Variola davasında¹²⁵ doğrudan uygulanabilirlik için verdiği tanım dikkate alındığında, sergilediği yaklaşımın Winter'ın yaklaşımı ile paralellik taşıdığı görülmektedir¹²⁶.

5.2. ATAD'ın Uluslararası Antlaşmaların Özellikle Ortaklık Antlaşması Hükümlerinin “Doğrudan Etkisi”ne İlişkin Yaklaşımı ve Öğretinin Bakış Açısı

Uluslararası antlaşma hükümlerinin doğrudan etkisine ilişkin uyuşmazlıklar öncelikle International Fruit¹²⁷ ve bunu takiben Schlüter¹²⁸ davaları ile gündeme gelmiştir. Dünya Ticaret Hukukunun Topluluk hukukunda doğrudan etkiye sahip olup olmadığı sorusu Topluluk hukuku işlemlerinin GATT/DTÖ kuralları ile bağdaşmaması nedeniyle geçersiz sayılıp sayılmayacağı ve bireylerin veya üye devletlerin ulusal mahkemeler ya da ATAD önünde GATT hükümlerine dayanıp dayanamayacakları sorularına dayanmaktadır¹²⁹. Her iki davada da ilgili hükümetlerin uygulamalarının GATT hükümlerine aykırılığı iddia edilmiştir.

¹²³ Winter (1972), s.425 vd.; Oder (Tekinalp)(2002), s.130

¹²⁴ C-377/98 *Netherlands v. European Parliament&Council*, [2001] ECR 2001 P. I-07079 paragraf 53-54, “*WTO Sözleşmesinden farklı olarak, CBD (Convention on Biological Diversity) sıkı sıkıya karşılıklı ve iki taraf için bağlayıcı avantajların düzenlemesini içermez. Konsey'in benimsediği gibi CBD bireylerin mahkemeler önünde doğrudan dayanabileceği haklar yaratmak anlamında doğrudan etkiye sahip olmasa dahi bu durum bu antlaşmanın bir tarafı olarak Topluluğa yüklenen yükümlülüklerle uyma hususunda mahkemenin görüşünü ortadan kaldırmaz.*”

¹²⁵ Case 34/73, *Variola SpA v. Amministrazione italiana delle Finanze*, [1973] ECR 981

¹²⁶ Oder (Tekinalp)(2002), s.131

¹²⁷ Case 21/72 *N.V. International Fruit Co., Rotterdam v. Produktschap voor Groenten en Fruit* ECR.1219, (EuGH 12.12.1972, “*International Fruit Company NV und andere gegen Produktschap voor Groenten en Fruit. Verbundene Rs. 21_24 -72*, Slg 1972 s.1219); Davaya konu olayda sınırlayıcı tedbir olarak Southern Hemisphere'den ithal edilen elmalar için ithal yasağı uygulanmaktadır.

¹²⁸ Case 9/73 *Schlüter v. Lörrach* [1973] E.C.R. 1137, (EuGH 24.10.1973, Carl Schlüter gegen Hauptzollamt Lörrach Rs. 9-73, Slg.1973, s.1135); İsviçre peynirleri için telafi edici vergi uygulamasına karşı açılmış bir davadır.

¹²⁹ Nasıl ki, doğrudan etki prensibi, Topluluk hukukunun etkililiği bakımından en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmekteyse, GATT hükümlerinin doğrudan etkisinin kabul edilmesinin de dünya ticaretinin etkililiği bakımından benzer etkiyi doğuracağı öğretide kabul edilmiştir. Bkz.HERRMANN,C.(2001),Grundzüge der Welthandelsordnung- Institutionen, Strukturen und Bezüge zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZEuS, 4. Jahrgang, Heft:3, Saarbrücker Bibliothek, (<http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=136>), s.10

Mahkeme her iki olayda da, GATT çerçevesindeki hak ve borçların muhatabı olarak Topluluğun üye devletlerin yerini aldığını ifade etmiş ancak, GATT'ın davaya konu ilgili hükümlerinin doğrudan etkili olmadığı sonucuna varmıştır. Gerek International Fruit gerekse Schlüter davalarında ATAD, “bir Topluluk tasarrufunun, bir devletler hukuku kuralı¹³⁰ ile bağdaşmamasının, bu tasarrufun geçerliliğini sadece, Topluluğun söz konusu hükümle bağlı olması halinde etkileyeceği” görüşündedir. Diğer bir ifadeyle ATAD'a göre, ATA 177.m. uyarınca, bir Topluluk organının işlem veya tasarrufunun geçerliliğinin, devletler hukuku hükmü uyarınca incelenebilmesi için öncelikle, Topluluğun bu hükümle bağlı olması ve aynı zamanda hükmün Topluluk mensubuna mahkemede dayanabileceği bir hak sağlaması gerekmektedir¹³¹. Ancak bu iki koşulun varlığı halinde devletler hukuku hükmüne aykırı Topluluk tasarrufunun geçersizliği mahkemede ileri sürülebilecektir. ATAD, GATT hükümlerinin, Topluluk mensubunun bir Topluluk tasarrufunun geçerliliğini mahkeme önünde sorgulayabilme konusunda bir hak tanıyıp tanımadığı hususunun ilgili antlaşmanın anlam, yapı/nitelik ve ifadesine bakılmak suretiyle incelenmesi gerektiğini belirtmektedir¹³². Ancak her iki davada da Mahkeme GATT'ın II. ve XI. maddelerinin Topluluk mensuplarına mahkemede dayanabilecekleri haklar tanımadığını ve bu nedenle özellikle International Fruit davası bakımından, Topluluğun çıkarmış olduğu 459/70, 565/70 ve 686/70 sayılı tüzüklerin bu maddelerden etkilenmelerinin ve ilgili hükümlerinin geçersizliklerinin iddia edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır¹³³.

Mahkeme, GATT hükümlerinin doğrudan geçerliliği ve etkililiği konusundaki genel reddedici tutumunu özellikle söz konusu hükümlerin esnekliğine, GATT'da öngörülen istisnalara ve koruma tedbirlerine (*safeguard measures*) ayrıca uyumsuzlukların çözümü için kabul edilmiş sisteme dayandırmaktadır. GATT'da, esas olarak karşılıklılığın kesin karakterden yoksun olan danışmaya dayalı sistemi, bu spite neden olmaktadır¹³⁴. ATAD bu

¹³⁰ Örneğin bir GATT hükmü ile bağdaşmaması halini

¹³¹ EuGH 24.10.1973, *Carl Schlüter gegen Hauptzollamt Lörrach* Rs. 9-73, Slg.1973, s.1135, Nr. 27; EuGH 12.12.1972, “*International Fruit Company NV und andere gegen Produktschap voor Groenten en Fruit*. Verbundene Rs. 21_24 -72 ,Slg 1972 s.1219, Nr. 7-9

¹³² EuGH 24.10.1973, *Carl Schlüter gegen Hauptzollamt Lörrach* Rs. 9-73, Slg.1973, s.1135, Nr. 28; EuGH 12.12.1972, “*International Fruit Company NV und andere gegen Produktschap voor Groenten en Fruit*. Verbundene Rs. 21_24 -72, Slg 1972 s.1219, Nr. 19-20

¹³³ EuGH 24.10.1973, “*Carl Schlüter gegen Hauptzollamt Lörrach*” Rs. 9-73, Slg.1973, s.1135, Nr.30; EuGH 12.12.1972, “*International Fruit Company NV und andere gegen Produktschap voor Groenten en Fruit*. Verbundene Rs. 21_24 -72 ,Slg 1972 s.1219, Nr. 27-28

¹³⁴ Bu gerekçe ile ATAD yalnızca, bireylerin GATT hükümlerine dayanmalarını değil, esas anlamda doğrudan etki ile bir ilgisi olmamasına rağmen, Topluluğun hukuki işlemlerinin bir üye devlet tarafından GATT'a aykırılığa dayalı olarak, ATA 230/I m. (eski:173/I m.) hükümleri uyarınca açılan geçersizlik davası çerçevesinde incelenmesini de reddetmiştir. Bkz. Herrmann

şekilde GATT'ın doğrudan etkisini red ederken, Topluluğun yaptığı bir hukuki işlemin GATT-hükümüne dayanması¹³⁵ veya bu hukuki işlemin GATT'dan doğan bir yükümlülüğün açıkça alınması amacıyla yapılmış olması hallerinde¹³⁶, ona istisnai olarak dolaylı bir etki tanıma yoluna gitmiştir¹³⁷. Dünya Ticaret Örgütü Antlaşmaları bakımından da ATAD, GATT ile ilgili olarak geliştirdiği içtihadı tekrar etmiş, koruma kurallarının ve uyumsuzlukların giderilmesi mekanizmasının güçlendirilmiş olmasına rağmen, DTÖ normlarının âkid taraflara Antlaşma hedeflerinin yerine getirilmesinde çok fazla hareket alanı tanıdığı ve DTÖ-Antlaşmalarının uygulanmasında karşılıklılığın bulunmadığı görüşlerini ileri sürmüştür. Bu nedenle DTÖ- Antlaşmaları da nitelik ve yapıları itibarıyla Topluluk hukuk düzeni içerisinde doğrudan geçerliliğe ve doğrudan etkililiğe elverişli olmadığı gibi Topluluk organlarının işlemlerinin de kural olarak DTÖ-hükümlerine göre değerlendirilebilmesi mümkün değildir¹³⁸.

Topluluğun üye olmayan devletlerle yaptığı antlaşmalar için de ATAD'ın 1963 tarihli Van Gend en Loos kararı ile Topluluk hukukunun bireysel etkisi için geliştirdiği kriterlere dayanma eğilimi ağır basmaktadır¹³⁹.

ATAD, Bresciani davasında¹⁴⁰ Afrika ülkeleri ile yapılmış ortaklık antlaşması niteliği taşıyan 1963 tarihli Yaoundé Antlaşması'nın 2/I. m.'sinin doğrudan etkisini kabul etmiştir. Mahkeme kararında öncelikle Antlaşma'nın 2/I.m.'sinin Topluluğa mensup olanlar açısından, mahkemede dayanabilecekleri bir hak ortaya koyup koymadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiş ve bunun için Antlaşmanın ve söz konusu hükmün anlamının, yapısının/niteliğinin

(2001), s.11; (Bkz. *Deutschland/Rat*, EuGH Rs. C-280/93, Slg. I-1994, s.4973); ATAD'ın gerek GATT hükümlerinin gerek DTÖ kurallarının doğrudan uygulanabilirliği ve etkisi ile ilgili reddedici tutumuna ilişkin yorum ve değerlendirmeler için bkz. Herdegen(2009), § 29, s.415 vd, özellikle s.417-418, Rdnr.9-17; Arndt ve Fischer (2008), s.243 vd.

¹³⁵ Bkz. Herrmann (2001),s.11; (*Fediol/Kommission*, EuGH Rs. 70/87, Slg.1989, 1781); Bu durum, "Topluluğun ikincil hukuku çıkararak bir devletler hukuku yükümlülüğünü yerine getirmeyi istemesi" şeklinde de ifade edilebilir. Bkz. Schmalenbach (2002), Art.300, Rdnr.54

¹³⁶ Bkz. Herrmann (2001), s.11; (*Nakajima/Rat*, EuGH Rs.69/89, Slg.I-1991,2069); Schmalenbach (2002), Art.300,Rdnr.54

¹³⁷ Herrmann (2001), s.11; Dünya Ticaret Örgütü hukukunun dolaylı etkisi için bkz. ayrıca Arndt ve Fischer (2008) s.244

¹³⁸ Schmalenbach (2002), Art.300,Rdnr.53; Ancak ATAD, üye devlet ve Topluluk mahkemelerinin Topluluk Hukukunun uygulanmasında DTÖ-kurallarını mümkün olduğu ölçüde dikkate almakla yükümlü olduklarına işaret etmektedir. TRIPS 50.m. bakımından (Parfums Christian Dior SA) EuGH Rs.C-300 ve 392/98, 14.12.2000, Slg. 2000, I-11307, Nr.47; (Hermes International) Rs.C-53/96, Slg. 1998, I-3603, Nr.28

¹³⁹ Tomuschat (1983), s. 802

¹⁴⁰ Case 87/75 *Bresciani v. Italian Finance Department* [1976] E.C.R. 129;EuGH 5.2.1976 *Conceria Daniele Bresciani gegen Italienische Finanzverwaltung*, Rs. 87-75, Slg.1976, s.129

ve ifadesinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴¹. Antlaşma'nın 2/I.m.'sinde, ortaklık içindeki devlet menşeli ürünlerin, Topluluk üyesi ülkelere ithalinde gümrük vergileri ve bunlara eş etkili vergi, resim ve harçların kademeli olarak kaldırılacağı düzenlenmiştir¹⁴². Bu hüküm esasen Roma Antlaşması'nın doğrudan etkililiği kabul edilen 13/I.m.'sinin paralel düzenlemesine açık bir atfı içermektedir. Bu atıfla Topluluk; üye devletlerin birbirlerine karşı üstlendikleri gümrük ve eş etkili vergileri kaldırma yükümlülüğünü, ortaklık içindeki devletlere karşı da üstlenmiş olmaktadır¹⁴³. ATAD'a göre bu yükümlülük içerik olarak belirlidir ve Topluluğun ne örtülü ve ne de açık bir ihtirazi kaydı söz konusudur. Bu nedenle ATAD, 1963 tarihli Yaoundé Antlaşması'nın 2/I.m.'sinin, "*Topluluğa mensup olanlara 01.01.1970 tarihinden itibaren bir üye devlete gümrük vergilerine eş etkili vergi, resim ve harç uygulamama*" şeklinde, Topluluğun ulusal mahkemeleri tarafından dikkate alınması gereken bir hak tanıdığını kabul etmiştir¹⁴⁴.

Topluluğun taraf olduğu serbest ticaret antlaşması hükümlerinin doğrudan etkiye sahip olup olmadığı sorusu ise Polydor davasında¹⁴⁵ ve daha sonra Kupferberg¹⁴⁶ davasında ATAD'ın önüne tekrar gelmiştir. Her iki davada serbest ticaret antlaşmalarındaki gümrük vergisine eş etkili vergi, resim ve harçlarla miktar sınırlamalarına eş etkili tedbirlerin kaldırılmasına ilişkin hükmün, doğrudan etkisi tartışılmıştır.

Kupferberg davasında, Portekiz ile yapılan serbest ticaret antlaşmasında yer alan diğer âkid taraf menşeli aynı türden ürünlere iç mali yükümlülük niteliğinde bir uygulama ve tedbir getirmekten kaçınma yükümlülüğünün doğrudan uygulanabilir olduğuna ve tacirlere bireysel olarak mahkemeler

¹⁴¹ EuGH 5.2.1976 *Conceria Daniele Bresciani gegen Italienische Finanzverwaltung*, Rs. 87-75, Slg.1976, s.129, Nr.16

¹⁴² EuGH 5.2.1976 *Conceria Daniele Bresciani gegen Italienische Finanzverwaltung*, Rs. 87-75, Slg.1976, s.129, Nr.19-21

¹⁴³ EuGH 5.2.1976 *Conceria Daniele Bresciani gegen Italienische Finanzverwaltung*, Rs. 87-75, Slg.1976, s.129, Nr.25

¹⁴⁴ EuGH 5.2.1976 *Conceria Daniele Bresciani gegen Italienische Finanzverwaltung*, Rs. 87-75, Slg.1976, s.129, Nr.26

¹⁴⁵ Case 270/80 *Polydor Ltd. V. Harlequin Records Ltd.* [1982] E.C.R. 329; EuGH 9.02.1982, *Polydor Limited und RSO Records Inc. gegen Harlequin Records Shops Limited und Simons Records Limited*, Rs. 270/280, Slg.1982, s.329; Bu davada mahkeme Potekiz Antlaşmasının hükümlerin doğrudan etkisini tartışmayıp, dayanılan hükmün iç hukukun uygulanmasını sınırlayan nitelikte olmadığına karar verdi. Bu yaklaşım zımni olarak antlaşmanın doğrudan etkisinin kabul edildiği şekilde de yorumlanabilir, bkz.Bourgeois (1984), s.1255

¹⁴⁶ Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] E.C.R. 3641; EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641

önünde korunması gereken haklar bahsettiğine karar verilmiştir¹⁴⁷. Bu davada, davaya katılan dört üye devlet- Danimarka, Almanya, Fransa ve Birleşik Devletler- Mahkemede açıklamalarında, Toplulukla EFTA üyesi bir devlet arasında yapılan bir serbest ticaret antlaşması'nın içerdiği bir hükmün doğrudan etkiye sahip olup olamayacağı sorusuna vurgu yaparak, Serbest Ticaret Anlaşmasının hiçbir hükmünün doğrudan etkiye sahip olmaması gerektiğini savunmuşlardır. Davaya müdahil devletler bu iddialarına dayanak olarak, serbest ticaret sözleşmelerinde üye devletlerin taraf olarak bulunmadığını, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak öngörülen maddeleri, aynı çerçevede karma komitelerin saklı tutulan rolünü, safeguard maddelerinin varlığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Sözleşmenin “Topluluk hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası” olduğuna ilişkin Haegeman Davasındaki kuralı tekrarladıktan sonra Hükümetler tarafından ileri sürülen gerekçeleri birer birer reddetmiştir. ATAD, Portekiz ile akdedilen antlaşmanın ne niteliğinin ne de yapısının bir tacirin Topluluk içindeki bir mahkeme önünde söz konusu antlaşmanın hükümlerine dayanmasına engel olabileceğini ifade ettikten sonra, 21/I. m.'nin “doğrudan etkiye sahip olacak şekilde koşulsuz ve yeterince açık” olup olmadığı hususunu Antlaşma çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme bu hususun “antlaşmanın konusu ve amacı bakımından olduğu kadar, kapsamı ışığında da” değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme Antlaşmanın amacının, “*âkid tarafların bölgesi menşeli ticarete konu tüm ürünler bakımından ticareti sınırlayan kuralların bertaraf edildiği özellikle gümrük vergilerini ve eş etkiye sahip vergiler ve miktar sınırlamaları ve miktar sınırlamalarına eş etkili tedbirleri kaldırmak suretiyle, bir serbest ticaret sistemi yaratmak...*” olduğu değerlendirmesini yapmış ve bu bağlamda 21/I.m.'nin, gümrük vergilerini ve eş etkiye sahip vergiler ve miktar sınırlamaları ve miktar sınırlamalarına eş etkili tedbirlerin kaldırılması suretiyle sağlanan mal ticaretinin liberalleşmesinin âkid tarafların vergi uygulamaları nedeniyle zarar görmesine engel olacağını ifade etmiştir¹⁴⁸. ATAD, 21.maddenin değerlendirilmesi sonucu maddenin ilk fıkrasının Antlaşma taraflarına vergileme alanındaki hususlarda ayrımcılığa karşı koşulsuz bir yükümlülük yükleyen ve sadece belirli bir vergileme sistemine tabi ürünlerin, birbirleriyle aynı türden ürünler olduğu bulgusuna dayanan ve sınırlarının doğrudan doğruya Antlaşmanın amacından ortaya çıktığı

¹⁴⁷ EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641, Nr.27

¹⁴⁸ EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641, Nr. 24, 25; Bu durum özellikle bir tarafın ithal edilen ürününün, diğer tarafın pazarında, aynı türdeki yerli ürünlerden daha yüksek vergi, resim ya da harç ile yükümlendirilmesi durumunda söz konusudur.

bir hüküm olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁹. Bunun neticesinde ATAD, Topluluk ile Portekiz arasında akdedilen Serbest Ticaret Antlaşması'nın 21/I.m.'sinin, bir mahkeme tarafından uygulanabileceği ve bu suretle Topluluk çapında doğrudan etki yaratabileceği sonucuna varmıştır¹⁵⁰.

Ortaklık antlaşmaları bakımından, ATAD'ın bu antlaşma hükümlerinin doğrudan etkililiğine yaklaşımı göreceli olarak daha geniştir. Yunanistan ile Topluluk arasında akdedilmiş olan Ortaklık Antlaşması'nın 53/I. m.'nin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunun tespit edildiği *Pabst & Richarz v. Hauptzollamt Oldenburg* davasında¹⁵¹ ATAD, Taraflardan hiçbirinin diğer tarafın ürünleri üzerinde, benzer nitelikli kendi ürünlerinde doğrudan veya dolaylı olarak uyguladığı vergiyi aşacak surette doğrudan veya dolaylı olarak iç (ulusal) vergi uygulayamayacağını ve bununla birlikte, taraflardan hiç birinin diğer tarafın ürünleri üzerinde diğer üretimleri dolaylı olarak korumaya elverişli iç (ulusal) vergi uygulayamayacağını belirten ve son olarak, âkid tarafların Ortaklık Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üçüncü yılın başlaması ile, söz konusu Antlaşmanın yürürlüğe giriş anında mevcut olup yukarıda belirtilen hükümlere aykırılık taşıyan düzenlemelerini kaldıracaklarına ilişkin 53/I. m.'nin, yerine getirilmesi veya etkileri başka bir hukuki işlemin yapılmasını gerektirmeyen açık ve net bir yükümlülük içermesi dolayısıyla doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir¹⁵². Kararda ATAD özellikle Antlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üçüncü yılın başlaması ile Tarafların bu hükme aykırılık taşıyan tüm tedbirleri kaldıracaklarına ilişkin 3. alt fıkra düzenlemesinin, doğrudan uygulanabilir olduğunu vurgulamıştır. ATAD'ın, Avrupa Ortaklık Antlaşmaları'na ilişkin yorumunda söz konusu antlaşmaların Topluluk ve Topluluk hukuk düzeni ile

¹⁴⁹ EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641, Nr.26

¹⁵⁰ EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641, Nr. 26

¹⁵¹ Case 17/81, 1982 E.Comm.Ct.J.Rep1331; EuGH 29.04.1982 *Pabst & Richarz KG gegen Hauptzollamt Oldenburg*, Rs. 17/81, Slg. 1982, s.1331

¹⁵² Yunanistan'dan ithal edilen ve destilasyon yolu ile elde edilen güçlü alkollü içeceklerle Almanya'da uygulanan verginin, yerli ürünlere uygulanan vergiden yüksek olması nedenine dayalı uyuşmazlıkta ATAD, Ortaklık Antlaşmasının 53/I.maddesinin Roma Antlaşması'nın 95.maddesi ile aynı fonksiyonu yerine getirdiğini ifade etmiştir. ATAD'a göre, bu hükümle hedeflenen de esas olarak bir gümrük birliğinin kurulması, tarım politikalarının uyumlaştırılması, işçilerin serbest dolaşımının sağlanması ve diğer çeşitli tedbirlerle Topluluk hukukunun gereklerine kademeli olarak uyumunun sağlanarak, Yunanistan'ın Topluluğa katılıma hazırlanmasıdır. ATAD, gerek Antlaşma'nın 53/I.maddesinin ifadesinden gerek Antlaşmanın genel esası ve amacından, bu hükmün, ulusal yüksek alkollü ürünlerin Yunanistan'dan ithal edilen ürünlere kıyasla vergi uygulaması bakımından avantajlı kılan bir ulusal destek düzenlemesine karşı olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. Nr.7, und Nr. 24-27

daha yakın bir bütünleşme öngören yapısı ve niteliğinin önemli bir etkisi olduğu görülmektedir. Avrupa Ortaklık Antlaşması hükümlerinin dava konusu edildiği pek çok olayda özellikle yerleşme hakkına ilişkin hükümlerin doğrudan etkili haklar yarattığı sonucuna varılmıştır¹⁵³.

Ankara Anlaşması ve Katma Protokolün bazı hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliğinin tartışıldığı Demirel davası¹⁵⁴ ise, Topluluğun akdettiği Ortaklık Antlaşmaları ve bu antlaşmaların hükümlerine ATAD'ın bakış açısını yansıtan önemli bir davadır. Kararda ATAD, Ortaklık Anlaşması'nın 12. maddesi ile -Ortaklık Anlaşmasının 7.maddesi ile bağlantılı olarak- Katma Protokolün 36.m.'sinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığını açıklamıştır. ATAD kararda, "Âkid Tarafların, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu kuran Antlaşmanın 48, 49 ve 50. maddelerinden esinlenmekte uyuşmuş olduklarını" düzenleyen 12.m.'si ile, Katma Protokol'ün "Türkiye ile Topluluk üyesi Devletler arasında işçilerin serbest dolaşımının, Ortaklık Anlaşmasının 12. m.'sinde yer alan ilkelere uygun şekilde Anlaşmanın yürürlüğe girişinden sonra on ikinci yılın sonu ile yirmi ikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirileceğini ve Ortaklık Konseyi'nin bu konuda gerekli usulleri kararlaştıracağını" düzenleyen 36.m.'sinin, program niteliğinde hükümler içermesi dolayısıyla ve "Âkid Tarafların, bu Anlaşmadan doğan yükümlerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbirleri alarak, Anlaşma hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü tedbirden sakınacaklarını düzenleyen Ortaklık Anlaşması'nın 7.m.'sinin, âkid taraflara anlaşmanın hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla birlikte çalışma konusunda yalnızca genel bir yükümlülük getirmesi ve burada bireylere doğrudan doğruya hakların tanınmaması nedeniyle, üye devletlerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilir hükümler olmadığını kabul etmiştir. ATAD kararda üçüncü devletlerle akdedilen anlaşmanın bir hükmünün doğrudan uygulanabilir olarak değerlendirilebilmesi için hükmün ifadesi (lafzı), anlam ve amacı dikkate alındığında, yerine getirilmesi ya da etkileri bakımından başka bir işlemin yapılmasına gerek bırakmayacak kadar açık, net ve kesin bir yükümlülük içermesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁵⁵.

¹⁵³ Örneğin bkz. C-257/99 *Barkoci and Malik* [2001] ECR I-6557; C-63/99 *Gloszczuk* [2001] ECR I-6369; C-235/99 *Kondova* [2001] ECR I-6427; C-268/99 *Jany and Others* [2001] ECR I-8615; 162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer* [2002] ECR I-1049; C-438/00 *Kolpak* [2003] ECR I-4135

¹⁵⁴ EuGH 30.09.1987, *Meryem Demirel gegen Stadt Schwäbisch Gmünd*. Rs. 12/86, Slg. 1987, s.3719

¹⁵⁵ EuGH 30.09.1987, *Meryem Demirel gegen Stadt Schwäbisch Gmünd*. Rs. 12/86, Slg. 1987, s.3719

Nr. 13,14; 11.05.2000 tarihli Savaş kararında da ATAD, Ankara Anlaşması'nın 13.maddesi ile Katma Protokolün 41/II.maddesinin doğrudan etkiye sahip hükümler olmadığını karar vermiştir. Dava konusu olayda Abdülnasır Savaş isimli Türk vatandaşı turist vizesi ile geldiği İngiltere'de

Topluluğun Fas ve Cezayir ile akdettiği işbirliği antlaşmalarının bazı hükümlerinin Topluluk hukukunda doğrudan etkiye sahip olduğu, ATAD tarafından kabul edilmiştir. Babahenini davası¹⁵⁶, Topluluk ile Cezayir arasında 26.04.1976 tarihinde akdedilen İşbirliği Antlaşması'nın¹⁵⁷ 39/I.m.'sinin doğrudan etkisinin tartışıldığı ve kabul edildiği bir davadır¹⁵⁸. ATAD'a göre, söz konusu İşbirliği Antlaşması'nın 39/I.m.'si açık, net, kesin bir ifadeyle Cezayir vatandaşı olan işçilerin ve onlarla birlikte yaşamlarını sürdüren aile bireylerinin sosyal güvence alanında vatandaşlıkları nedeniyle mağdur edilme yasağını içermektedir¹⁵⁹. Öyle ki bu açık ve kesin yükümlülüğün yerine getirilmesi ya da etki doğurması başka bir işlemin yapılmasına bağlı değildir¹⁶⁰. Mahkeme Antlaşmanın hedefinin âkid taraflar arasında global bir işbirliğini özellikle iş gücü alanında teşvik etmek olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bu hedef, 39/I.m.'de hükme bağlanan "ayırım yasağını", bireylerin hukuki durumlarını doğrudan doğruya düzenlemek konusunda uygun olduğunu onaylamaktadır¹⁶¹.

kalarak, herhangi bir izin başvurusunda bulunmaksızın ulusal hukuku ihlal ederek bu ülkede oturmaya ve serbest meslek faaliyeti sürdürmeye devam etmiştir. Savaş'ın yasal ikamet izni için İngiliz makamları nezdinde yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine AT-Türkiye Ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarının da dikkate alınması talebiyle açtığı dava, ön karar talebiyle ATAD'a intikal ettirilmiştir. Davada ATAD, davacının dayandığı hükümler olan Ankara Anlaşması'nın "Âkid Tarafların yerleşme serbestisi kısıtlamalarını kaldırmak için Topluluğu kuran Antlaşmanın 52.- 56. maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekte uyuşmuş" olduklarını düzenleyen 13.maddesinin ve Katma Protokolün "Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak Âkid tarafların yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarına uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder" şeklindeki 41/II. maddesinin doğrudan etkiye sahip olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. EuGH 11.05.2000, *The Queen gegen Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdülhasır Savaş*, Rs. C-37/98, Slg. 2000, s.I-2927

¹⁵⁶ EuGH 15.01.1998 "*Henia Babahenini gegen Belgischer Staat*" Rs. C-113/97, Slg. 1998, s.I-183

¹⁵⁷ Topluluk ile Cezayir arasında akdedilen İşbirliği Antlaşması, 26.09. 1978 tarih ve 2210/78 sayılı Konsey tüzüğü ile onaylanmıştır. ABIEG L 263, s.1

¹⁵⁸ Dava konusu olayda Belçika'da yaşayan Cezayir vatandaşı emekli işçinin eşi olan Cezayir vatandaşı fiziksel engelli Henia Babahenini'nin Belçika devletine açtığı dava söz konusudur. Davada, Babahenini, Belçika'da hiç çalışmamış, herhangi bir mesleki faaliyet sürdürmemiş olduğu halde engelliler için söz konusu olan yardım parasını talep etmektedir. Belçika devleti fiziksel engelli olan bayan Babahenini'ye engellilere ödenmesi gereken yardım parasını ödemeyi, bu kişi Cezayir vatandaşı olduğu için reddetmiştir.

¹⁵⁹ Antlaşma'nın 39/I.m.'si, "Cezayir vatandaşı olan işçilere ve onlarla birlikte yaşayan aile üyelerine, sosyal güvenlik alanında, çalıştıkları üye devletlerin vatandaşları karşısında, vatandaşlıklarına dayalı dezavantaj olarak etki etmeyecek bir muamelenin tanındığını" düzenlemiştir.

¹⁶⁰ EuGH 15.01.1998 "*Henia Babahenini gegen Belgischer Staat*" Rs. C-113/97, Slg. 1998, s.I-183, Nr.17

¹⁶¹ EuGH 15.01.1998 "*Henia Babahenini gegen Belgischer Staat*" Rs. C-113/97, Slg. 1998, s.I-183, Nr.17; Cezayirle yapılan İşbirliği Antlaşması'nın 39/I.m.'sinin doğrudan etkisinin tespit

Topluluğun Fas ile akdettiği 27.04.1976 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın¹⁶² 41.maddesinin doğrudan etkisinin kabul edildiği "Kziber"¹⁶³, "Yousfi"¹⁶⁴ ve "Hallouzi-Choho"¹⁶⁵ davalarında ATAD, söz konusu iş birliği

edildiği bir başka karar olan "Krid" kararında ATAD, Cezayirli bir işçinin, üye devlette oturan ve bu devlette ölüm aylığı alan dul eşinin, -üye devlet kanunlarının burada ikamet eden kendi vatandaşları için öngördüğü- ek yardımı almak amacıyla yaptığı başvurunun, sadece Cezayir vatandaşı olması nedeniyle reddedilip reddedilemeyeceği sorusuna yanıt aramıştır. Bu soruya yanıt verebilmek için ATAD öncelikle bireylerin Antlaşma'nın 39/I.maddesine mahkeme önünde doğrudan doğruya dayanıp dayanamayacaklarını sorgulamıştır. İkinci olarak ise bu hükmün bir Cezayirli göçmen işçinin üye devlette oturan ve ölüm aylığı alan bir aile üyesinin ek yardım başvurusunu kapsayıp kapsamadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak yukarıda *Babahenini* davasında olduğu gibi, 39/I.m.'nin, yerine getirilmesi ya da etki doğurması bakımından ikinci bir işlemin yapılmasını gerektirmeyecek ölçüde açık ve net bir yükümlülük içerdiği ve açık bir ayırım yapma yasağını konu edindiği gerekçesiyle, doğrudan etkisini kabul etmiştir. Nr.17,19 vd.

¹⁶² Antlaşma, 2211/78 no'lu ve 26.09.1978 tarihli Konsey Tüzüğü ile onaylanmıştır.

¹⁶³ EuGH 31.01.1991 "Office National de l'emploi gegen Bahia Kziber" Rs. C-18/90, Slg.1991, s. I-199; Dava konusu olayda, Belçika'da işçi olarak çalıştıktan sonra aynı ülkede emeklilik yaşamı sürdüren babası ile birlikte oturan Fas vatandaşı olan bayan Kziber, üniversite öğrenimleri ya da mesleki eğitimlerini tamamlamış genç iş arayanlara tanınan işsizlik desteğinden yararlanmak amacıyla başvuruda bulunmuş, Belçika'daki Office national de l'emploi bayan Kziber'in Fas vatandaşlığı nedeniyle işsizlik desteği talebini reddetmiş, kendisi bunun üzerine iş mahkemesine dava açmıştır. (20.12.1963 tarihli Belçika krallık tüzüğü'nün 125.maddesi Belçika vatandaşı olmayan yabancıların ya da vatansızların işsizlik desteğinden sadece Belçika ile akdedilen bir uluslararası antlaşma çerçevesinde yararlanabileceğini hükme bağlamıştır)

¹⁶⁴ EuGH 20.04.1994 "Zoubir Yousfi gegen Belgischen Staat", Rs.C-58/93, Slg. 1994, s. I-1353;

Fas vatandaşı bir işçinin oğlu olarak Belçika'da doğup büyüyen bay Yousfi, işçi olarak çalıştığı sırada 31.07.1984 tarihinde bir iş kazası geçirerek sakat kalmış ve babası tarafından bakılmaya başlanmıştır. 15.11.1990 tarihinde bay Yousfi Belçika'da 27.02.1987 tarihli kanun uyarınca engelliler için öngörülen yardımı talep etmiştir. 15.02.1991 tarihinde yetkili Belçika makamları bay Yousfi'nin talebini Fas vatandaşı olduğu gerekçesi ile reddetmişlerdir. Bunun üzerine bay Yousfi Belçika mahkemesine dava açmıştır.

¹⁶⁵ EuGH 03.10.1996 "Hallouzi-Choho gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank" Rs.C-126/95, Slg.1996, s. I-4807; Dava konusu olayda Fas vatandaşı emekli bir işçinin eşi olup Hollanda'da eşiyle oturan ancak bu ülkede hiç çalışmamış olan bayan Hallouzi-Choho'nun 1.7.1991 tarihinde 65 yaşını doldurması üzerine Hollanda kanunları uyarınca emeklilik aylığına hak kazanması üzerine kendisine ödenen miktara itirazı söz konusudur. Yaşlılara ödenen emeklilik aylığının dayandığı 1.1.1957 tarihli "Genel Yaşlılık Sigortası Hakkında Kanun" (AOW) hükümlerinin 55 ve 56. maddelerinin sağladığı intibak edimleri (geçici menfaatler), bayan Hallouzi-Choho'ya uygulanmamış ve azami yaşlılık aylığının %78'i kesilerek, kendisine 65 yaşının doldurulmasından önce Hollanda'da oturduğu 11 yıl karşılığında azami yaşlılık aylığının %22'si tutarında maaş bağlanmıştır. (Normalde Hollanda vatandaşlarına tanınan bir hak olan 15. yaşın bitimi ile Genel Yaşlılık Sigortası Hakkında Kanun" (AOW) un yürürlüğe girdiği 1.1.1957 tarihleri arasındaki sürenin sigorta süresinden sayılması şeklindeki düzenlemeden, Bayan Hallouzi-Choho'nun, 15.11.1985 tarihli Kraliyet tüzüğü'nün Hollanda vatandaşı olma ya da Hollanda vatandaşları ile eşit değerlendirilme şartlarını yerine getirmemesi nedeniyle yararlandırılmadığı görülmektedir. Bkz. EuGH 03.10.1996 "Hallouzi-Choho gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank" Rs.C-126/95, Slg.1996, s. I-4807,Nr. 3-10

antlaşmasının -Cezayirle yapılan işbirliği antlaşması'nın yukarıda incelenen 39/I. m. hükmüne paralel bir düzenleme içeren- 41/I.m. hükmünün doğrudan etkili olduğunu aynı gerekçelerle kabul etmiştir. ATAD davalarda öncelikle, uyuşmazlık konusu sorunların, haklarının ihlal edildiğini iddia eden Fas vatandaşlarının durumlarının İşbirliği Antlaşması'nın 41/I.m.'sinin kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Bu soru onaylandıktan sonra, Antlaşmanın amacının, 1. maddeye göre, Fas'ın ekonomik ve sosyal gelişimine hizmet etmek ve ilişkilerin derinleştirilmesinin kolaylaştırılması için, âkid taraflar arasında global işbirliğinin sağlanması olduğu belirtilmiştir¹⁶⁶. "İş gücü alanında işbirliği"nin düzenlendiği III. başlık altında yer alan 40.maddeye göre, Topluluk üyesi hiçbir devlet, Fas vatandaşı olan işçilere çalışma- ve ücret koşulları ile ilgili vatandaşlığa dayalı mağduriyet şeklinde etki eden davranışta bulunmamakla yükümlüdür. Yine III. başlık altında yer alan 41/I.m.'ye göre ise hiçbir üye devletin, Fas vatandaşı olan işçiler ve onlarla birlikte yaşayan aile üyelerine sosyal güvenlik alanında çalıştıkları üye devletlerin vatandaşları ile karşılaştırıldığında, vatandaşlığa dayalı mağduriyet şeklinde etki eden davranışta bulunamayacağı düzenlenmiştir. ATAD tarafından öncelikle dava konusu her üç olayın dayandığı 41/I.m.'nin ulusal mahkeme önünde ileri sürülüp sürülemeyeceğinin ve davalarda mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden ilgili Fas vatandaşlarının bu hükme dayanarak hak talep edip edemeyeceklerinin incelendiği görülmektedir. ATAD'ın bu konudaki yerleşik içtihadına göre, Topluluğun üye olmayan bir devletle akdettiği uluslararası antlaşmanın bir hükmünün doğrudan uygulanabilir sayılabilmesi için, gerek hükmün ifadesi gerekse antlaşmanın anlam ve amacı bakımından yerine getirilmesi ya da etki doğurması için ikinci bir işlemin yapılmasına gerek bırakmayacak derecede açık, kesin ve net bir yükümlülük içermesi gerektiği tekrar edilmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle 41/I.m.'nin öncelikle taşıdığı ifadenin incelenmesi gerektiği belirtilerek, 41/I. m.'nin, Fas vatandaşı olan işçilerin ve onlarla birlikte üye devlette yaşayan aile üyelerinin sosyal güvenlik alanında vatandaşlıklarına dayalı olarak mağdur edilmelerine ilişkin açık, net ve kesin bir yasağı düzenlediği sonucuna varılmıştır¹⁶⁸. Kısaca Antlaşma'nın 41/I.m.'si açık bir ayırım yasağını düzenlemektedir¹⁶⁹. ATAD "ayırım yasağı" ilkesinin düzenlendiği 41/I.m.'nin

¹⁶⁶ Bu işbirliği, Başlık I'e göre, ekonomik, teknik ve finansal alanda; Başlık II'ye göre ticaret politikası alanında ve Başlık III'e göre ise iş gücü alanında gerçekleştirilecektir.

¹⁶⁷ EuGH 31.01.1991 "Office National de l'emploi gegen Bahia Kziber" Rs.C-18/90, Slg.1991, s. I-199, Nr.15

¹⁶⁸ EuGH 31.01.1991 "Office National de l'emploi gegen Bahia Kziber" Rs.C-18/90, Slg.1991, s. I-199, Nr.16, 17;EuGH 03.10.1996 "Hollouzi-Choho gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank" Rs.C-126/95, Slg.1996, s. I-4807, Nr.19; EuGH 20.04.1994 "Zoubir Yousfi gegen Belgischen Staat", Rs.C-58/93, Slg. 1994, s. I-1353, Nr.13,16

¹⁶⁹ ATAD, 41/I.m.'de düzenlenen ayırım yasağının, 41.maddenin devam eden II., III. ve IV. fıkraları saklı tutularak tanındığının belirtilmiş olmasının, bu yasağın; sürelerin toplanarak birlikte

kapsam ve etkisinin belirlenebilmesi için, öncelikle davacının bu hükmün kişisel geçerlilik alanına girip girmediğinin ve ileri sürdüğü talebin bu hüküm anlamında sosyal güvenlik alanına dahil olup olmadığının incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁷⁰. Bu noktada ATAD çok önemli bir yorumda bulunmakta ve İşbirliği Antlaşması'nın 42/I.m.'sinin, 41.m.'de düzenlenen esasların bir "işbirliği konseyi" tarafından uygulanacağını öngörmüş olmasının, "uygulanma ya da etkileri bir başka işleme bağlı bulunmayan bir hükmün doğrudan uygulanabilirliğini tartışmalı hale getirdiği" şeklinde yorumlanamayacağını belirtmektedir. ATAD'a göre, İşbirliği Konseyini düzenleyen 42/I.m.'nin rolü, ayırım yasağına uymanın kolaylaştırılması ve varsa 41/II.m.'ye göre "birlikte hesaplama ilkesinin"¹⁷¹ uygulanması için gereken tedbirlerin alınmasındadır. Yoksa, "ayırım yasağının" doğrudan uygulanmasını bir şarta bağlamak gibi bir amaç güdülmemiştir¹⁷². Sonuç olarak ATAD 41/I.m.'sinin doğrudan etkili bir hüküm olduğunu kabul etmiştir. ATAD, Topluluk ile Fas arasında akdedilen İşbirliği Antlaşması'nın gerek 40. gerek 41.maddelerinin hiçbir şekilde program hüküm niteliği taşımadığı ve aksine çalışma-, ücret koşulları ve sosyal güvenlik alanında bireylerin hukuki durumlarını düzenlemeye elverişli esaslar getirmesi ve ayrıca bu maddenin uygulandığı bireylerin ulusal mahkemeler önünde söz konusu hükme dayanma konusunda bir hakka sahip olmaları nedeniyle doğrudan etkili olduğunu kabul etmiştir¹⁷³.

Görüldüğü gibi, uluslararası antlaşma hükümleri belirli koşulların varlığı halinde, doğrudan etkiye sahip kabul edilmektedir. Topluluğun üçüncü devletler ya da uluslararası organizasyonlarla akdettiği başta ortaklık antlaşmaları olmak üzere bir uluslararası antlaşma hükmünün, lafzı yani ifadesi

hesaplanması, aile yardımlarının tanınması ve maaş ödemelerinin Fas'a transferi için, sadece II., III. ve IV. fıkralarda düzenlenen koşulların sınırları içinde tanındığı anlamına geldiğini, yoksa bu saklı tutmanın, ayırım yasağının kesinliğini sosyal güvence alanında sorulan diğer tüm sorularda kaldırdığı anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır. Bkz. *Kziber*, Rdnr.18; Daha açık ifade etmek gerekirse, 41/I.m.'de saklı tutulan II., III., IV. fıkralarda 1. Farklı üye devletlerde geçirilmiş sigorta, çalışma ya da yerleşim sürelerinin toplanarak birlikte hesaplanmasını; Topluluk içinde oturan aile üyeleri için aile yardımının sağlanmasını ve ; yaşlılık ve dul aylığı, iş kazası, meslek hastalığı aylıklarının Fas'a transferi konularında düzenlemeler bulunmaktadır.

¹⁷⁰ Bkz. EuGH 03.10.1996 "*Hollouzi-Choho gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*" Rs.C-126/95, Slg.1996, s. I-4807,Nr.21 vd., bkz. ayrıca EuGH 20.04.1994 "*Zoubir Yousfi gegen Belgischen Staat*", Rs.C-58/93, Slg. 1994, s. I-1353, Nr.20

¹⁷¹ Bkz. dn.186

¹⁷² Bkz. EuGH 31.01.1991 "*Office National de l'emploi gegen Bahia Kziber*" Rs.C-18/90, Slg.1991, s. I-199, Nr.19

¹⁷³ EuGH 31.01.1991 "*Office National de l'emploi gegen Bahia Kziber*" Rs.C-18/90, Slg.1991, s. I-199, Nr.22, 23; EuGH 03.10.1996 "*Hollouzi-Choho gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*" Rs.C-126/95, Slg.1996, s. I-4807, Nr. 20; EuGH 20.04.1994 "*Zoubir Yousfi gegen Belgischen Staat*", Rs.C-58/93, Slg. 1994, s. I-1353, Nr.19

ile antlaşmanın konusu ve türü dikkate alındığında yerine getirilmesi veya etkileri bakımından başka bir işlemin yapılmasını gerektirmeyecek şekilde açık ve kesin bir yükümlülük içermesi durumunda, doğrudan etkiye sahip olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁴. Bu her şeyden önce ilgili antlaşmanın yorumlanması ile ortaya çıkarılacaktır¹⁷⁵. Aynı zamanda bir ortaklık antlaşması hükmünün doğrudan etkisinin kabul edilebilmesi için, her hüküm bakımından özel durumda inceleme yapılması gerekmektedir¹⁷⁶. Bu durumda bir birey, ulusal mahkemeler ve idari makamlar önünde üye olmayan devletle yapılan antlaşmanın ilgili hükmüne, bu hüküm belirli koşullara bağlanmadığı, belirsiz yani açık olmayan bir ifade taşımadığı ve -hükümün içeriğinden bağımsız olarak- antlaşmanın genel unsurları, ona doğrudan dayanmayı engellemediği takdirde, doğrudan doğruya dayanabilecektir¹⁷⁷. Topluluk Antlaşması 310.m.'ye dayanan bir ortaklık antlaşmasının ortaklık partnerinin ilerideki katılımını hedeflememesi halinde dahi, ilgili münferit hükümlerinin doğrudan etkiye sahip olabilmesi hiç şüphesiz ki mümkündür¹⁷⁸. Herrnfeld'e göre doğrudan etki, antlaşmanın ortaklık partneri lehine eşit düzenleme içermiyor ya da doğrudan etkinin tanınmasının karşılıklılığa dayanmıyor olması gibi gerekçelerle bertaraf edilemez. Olası bir doğrudan etkinin kaldırılabilmesi için antlaşmanın kendi içinde ya da AB Konseyi'nin onay kararında açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir¹⁷⁹.

5.3. ATAD'ın Ortaklık Konseyi Kararlarının "Doğrudan Etkisi"ne İlişkin Yaklaşımı

5.3.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği gibi, ATAD'ın görüşüne göre ortaklık konseyi kararları doğrudan doğruya ortaklık antlaşmasına bağlı olmaları ve antlaşmanın uygulanması amacıyla çıkarılmaları nedeniyle -tıpkı dayandıkları ortaklık antlaşmaları gibi- Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır¹⁸⁰. Ortaklık Konseyi kararlarının antlaşmanın hedeflerini gerçekleştirme fonksiyonu, Ortaklık Antlaşması ile olan doğrudan bağlantısını da ortaya koymaktadır¹⁸¹. Eğer ifadesi yeterince açık ise, Konsey Kararının

¹⁷⁴ Schweitzer vd. (2007), Rdnr.1011

¹⁷⁵ Herdegen (2009), s.415, Rdnr. 4,5

¹⁷⁶ Herrnfeld (2009), Art.310, Rdnr.17

¹⁷⁷ Schweitzer vd. (2007), Rdnr.1011

¹⁷⁸ Herrnfeld (2009), Art.310, Rdnr.17

¹⁷⁹ Herrnfeld (2009), Art.310, Rdnr.17; Topluluk yetkileri çerçevesinde akdedildikleri ve antlaşma hükümleri Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz parçası teşkil ettiği sürece karma antlaşmalar bakımından da yukarıda yapılan tespitler geçerlidir. Bkz. Herrnfeld (2009), Art.310, Rdnr.17

¹⁸⁰ Case C-192/89, *Sevince* [1990] ECR I-3461; EuGH 20.09.1990, "S.Z. Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie" Rs. C-192/89, Slg.1990, s. I-3461

¹⁸¹ Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr.27

hukuken etkili olabilmesi bakımından, Topluluk içi özel bir uygulama işleminin yapılmasına gerek bulunmayacaktır¹⁸².

ATAD'ın yerleşik içtihadına göre, hukuken bağlayıcı olan bir Ortaklık Konseyi Kararı dayandığı ortaklık antlaşması bu etkiye sahip olmasa dahi, doğrudan etkiye sahip olabilir. Ortaklık Konseyi kararlarının doğrudan etkisi bakımından, uluslararası antlaşmalar için ATAD tarafından geliştirilen ve yukarıda üzerinde durulan kriterlerin geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁸³. 19.09.1980 tarihli ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın "Sosyal Hükümler" başlıklı ikinci bölümünün "istihdam ve işçilerin serbest dolaşımlarına ilişkin sorunlar" başlıklı I. kısmında düzenlenen 6.maddesinin I. ve II. fıkralarının doğrudan etkiye sahip olup olmadığı değerlendirildiği Sevince Kararında¹⁸⁴ ATAD, sözü edilen Konsey Kararı hükümlerinin doğrudan etkisinin ancak, antlaşma hükümlerinin doğrudan etkisi için geçerli olan şartları yerine getirmesi durumunda tanınabileceğini belirterek¹⁸⁵ 1987 tarihli Demirel kararına¹⁸⁶ yaptığı atıfla bu şartları yeniden vurgulamıştır. Buna göre Topluluğun bir üçüncü devletle yaptığı uluslararası antlaşmanın doğrudan uygulanabilir (doğrudan etkili) sayılabilmesi için, ifadesi dikkate alındığında ve antlaşmanın anlam ve amacı bakımından yerine getirilmesi veya etki doğurması için başka bir işlemin yapılmasını gerektirmeyecek kadar açık ve kesin bir yükümlülüğü içermesi gerekmektedir. Bu durumda bir Ortaklık Konseyi Kararı hükmünün doğrudan etkiye sahip olup olmadığı da aynı kriterler uygulanarak

¹⁸² Bkz. EuGH "Griechenland/Commission" Rs.30/88, Slg.1989, 3711, Nr.16

¹⁸³ Schmalenbach (2002), Art.310, Rdnr. 28; Möbele (2003), Art 310, Rdnr.23

¹⁸⁴ EuGH 20.09.1990, "S.Z. Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie", Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461; Dava konusu olayda, Hollanda'da oturan ve çalışan ancak dokuz ay evli kaldığı Türk eşinden boşanan Türk vatandaşı Salih Zeki Sevince'nin oturma izninin uzatılması konusunda yaptığı başvurunun reddedilmesi söz konusudur. Davacı, 11.09.1980 tarihinde, kendisine 22.02.1979 tarihinde verilen oturma izninin uzatılması için talepte bulunmuş, ancak bu talep oturma izninin dayandığı ailevi nedenin ortadan kalkmış olması nedeniyle reddedilmiştir. Bu karara karşı açtığı yürütmenin durdurulması talepli dava ise, Raad van State tarafından 12.06.1986 tarihinde reddedilmiştir. Yürütmenin durdurulması kararı nedeniyle, davanın devam ettiği süre içinde davacıya geçici bir çalışma izni verilmiş ve kendisi bu tarihe kadar Hollanda'da çalışmaya devam etmiştir. Mahkemenin red kararı üzerine Zeki Sevince 13.04.1987 tarihinde temyize başvurmuştur. Davacı uzun yıllardan beri Hollanda'da oturup çalıştığını belirterek taleplerini 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 2/I/b maddesine ve 1/80 sayılı Konsey Kararı'nın 6/I/3. maddesine dayandırmıştır. ATAD ön sorun olarak kendisine gelen davada söz konusu hükümlerin doğrudan etkisini incelemiştir.

¹⁸⁵ EuGH 20.09.1990, "S.Z. Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie"Rs.C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr.14

¹⁸⁶ EuGH 30.09.1987, Meryem Demirel gegen Stadt Schwäbisch Gmünd. Rs.12/86, Slg. 1987, s.3719

belirleneceği açıkça ifade edilmiştir¹⁸⁷. ATAD, Ankara Anlaşması'na dayalı olarak çıkarılan 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının bazı hükümlerinin doğrudan etkisini, önüne gelen pek çok olayda yukarıda anılan kriterler doğrultusunda değerlendirmiştir.¹⁸⁸

13 Aralık 2007 tarihinde ATAD'a ön sorun olarak gelen bir davada¹⁸⁹ 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 44, 45, 46 ve 47. maddeleri ile Katma Protokolün 47.maddesinin I.- III. fıkralarının doğrudan etkiye sahip olup olmadığı sorusu yöneltmiştir. ATAD, AT ve Türkiye Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol'ün antidampinge ilişkin hükümlerinin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın ilgili hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede eğer 1/95 sayılı Karar'ın hükümlerine doğrudan etki tanınmayacak olursa bu hükümlerin yorumunun kişiler açısından bir menfaat yaratmayacağı vurgulanmıştır. Kararda, doğrudan etki konusunda yerleşik bir içtihat hukuku oluştuğu vurgulanmış ve bunlar tekrarlanmıştır. Buna göre, Topluluk üyesi olmayan devletlerle Topluluk arasında akdedilen bir antlaşma hükmü antlaşmanın niteliği, amacı ve lafzı dikkate alındığında yürürlüğü veya etkisi bakımından ilave tedbirlerin kabulünü gerektirmeyecek kadar açık ve kesin ise doğrudan uygulanabilir olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁰. Bu cümleden olarak, taraflar arasında bir ortaklık tesis eden bir antlaşmanın belirli hükümleri antlaşmanın amacını ve niteliğini dikkate alarak bireylere doğrudan kullanabilecekleri hukuki haklar yaratabilir¹⁹¹. Karar'da, ortaklık konseyi kararlarının doğrudan etkisinin kabul edildiği Sevince¹⁹² ve Sürül¹⁹³ kararlarına atıf yapılarak 1/95 sayılı AET-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı hükümlerinin doğrudan etkiye sahip olabileceği belirtilmiştir. ATAD, Demirel¹⁹⁴ davasına da atıfta bulunarak bir program belirlemeye yönelik ve yeterince açık ve koşulsuz

¹⁸⁷ EuGH 20.09.1990, "S.Z. *Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie*."Rs.C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr.15

¹⁸⁸ Bkz. EuGH 20.09.1990, "S.Z. *Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie*" Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461;

¹⁸⁹ EuGH 13.12.2007, "*Asda Stores Ltd. gegen Commissioners of her Majesty's Revenue and Customs*", Rs.C-372/06, Slg.2007, s.I-11223

¹⁹⁰ Mahkeme daha önceki kararlarında da olduğu gibi "doğrudan uygulanabilirlik" ve "doğrudan etki" kavramlarını birbiri yerine kullanmıştır. Paragraf 70'de "doğrudan etki" ifadesini kullanırken, 82. paragrafta dorudan etkinin koşullarını sayarken "doğrudan uygulama" ifadesini tercih etmiştir.

¹⁹¹ Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Case C-265/03 *Simutenkov* [2005] ECR I-2579, Paragraf 21 ve 28

¹⁹² Case C-192/89, *Sevince* [1990] ECR I-3461, paragraf 14 ve 15; (EuGH 20.09.1990,"S.Z. *Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie*."Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr.14,15)

¹⁹³ Case C-262/96 *Sürül* [1999] ECR I-2685, paragraf 60; (EuGH, 04.05.1999, "*Sema Sürül gegen Bundesanstalt für Arbeit*", Rs. C-262/96, Slg. 1999,s.I-2685, Nr.60)

¹⁹⁴ Case 12/86 *Demirel* [1987] ECR 3719, paragraf 23 ve 25; (EuGH 30.09.1987, *Meryem Demirel gegen Stadt Schwäbisch Gmünd*. Rs. 12/86, Slg. 1987, s.3719, Nr.23,25)

olmayan Katma Protokol hükümlerinin üye devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanabilir Topluluk kuralları olarak değerlendirilmeyeceğini bir kez daha tekrarlamıştır¹⁹⁵. Mahkeme, 1/95 sayılı kararın 44(1) maddesinin¹⁹⁶ şarta bağlı bir madde olduğu gerekçesi ile doğrudan etkiye sahip olmadığı sonucuna varmıştır. Katma Protokol'ün 47(1) (2) ve (3). bendleri ile birlikte 1/95 sayılı Karar'ın 46. maddesinin ise sadece taraflara uygun koruma tedbirleri alma olanağı sağladığını ancak herhangi bir yükümlülük yüklenmediğini belirterek bu madde için doğrudan etkiden sözedilmesinin mümkün olmadığını hüküm altına almıştır¹⁹⁷. Dava sırasında doğrudan etkili olup olmadığı sorulan 45. maddenin birinci fıkrası, danışma ve karar alma usulünün, taraflardan herhangi biri tarafından alınan ticari korunma araçları için uygulanmayacağını düzenlerken, ikinci fıkrası ticaret politikası önlemlerinin üçüncü ülkelere uygulanması konusunda, koşullar ve uluslararası yükümlülükler uygun olduğunda tarafların bilgi alışverişinde bulunacağı ve danışma suretiyle tedbirlerini koordine etmek için çaba göstereceğini öngörmektedir. ATAD, anılan maddenin sözleşme taraflarını sadece bilgi alışverişi ve danışma suretiyle eylemlerini koordine etmeye teşvik ettiğini herhangi bir yükümlülük içermediğini belirtmiş ve bu nedenle hükmün doğrudan etkisinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

1/95 sayılı Karar'ın 47.maddesinin ise gerekli tüm koşulları taşıdığı ve doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkeme ilgili hükmün, açık, kesin, koşulsuz olup uygulanmak veya etkisini yaratmak için başka bir tedbire gerek olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla ilgili hüküm doğrudan etkiye sahip olup, uygulanacağı gerçek veya tüzel kişilere mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar vermektedir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Bu nedenle Mahkeme Katma Protokolün 47.maddesinin I.II. ve III. fıkralarının, âkid taraflara sadece uygun koruma tedbirleri alma olanağı verdiği ve hiçbir şekilde yükümlülük yüklenmediği gerekçesi ile doğrudan etkili olmadığına karar vermiştir. Bkz. EuGH 13.12.2007, "*Asda Stores Ltd. gegen Commissioners of her Majesty's Revenue and Customs*", Rs.C-372/06, Slg.2007, s.I-11223, Nr.87

¹⁹⁶ 1/95 sayılı Karar'ın 44. maddesi, Taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, tarafların birbirleri arasındaki ticari ilişkilerinde uygulanan anti-dumping ve anti-sbvansiyon tedbirleri dışındaki tüm ticari koruma araçlarını gözden geçireceğini hüküm altına alır. Maddenin ikinci cümlesinde Ortaklık Konseyi'nin Türkiye'nin iç pazarla ilgili rekabet, devlet yardımlarının denetimi ve diğer konulardaki müktesebatı benimsemiş ve etkin biçimde uygulamaya koymuş olması ve dolayısıyla haksız rekabete karşı iç pazardakine denk bir koruma sağlaması koşuluyla, bu araçların Taraflar arasında uygulamadan kaldırılmasına karar verebileceği öngörülmektedir.

¹⁹⁷ Aynı yönde, AET-Türkiye Ortaklık Antlaşması madde 25 uygulanması bakımından doğrudan etki için bkz. Case C-251/00 *Ilumitrónica* [2002] ECR I-10433, paragraf 73)

¹⁹⁸ ATAD'ın doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna vardığı 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 47.m.'de yer alan hüküm şu şekildedir: "Önceki maddelerde öngörülen ticaret politikası önlemlerine tabi tutulan ürünlerin ithaliyle ilgili işlemlerin tamamlanması sırasında ithalatçı devletin mercileri ithalatçıdan, gümrük beyannamesinde söz konusu ürünlerin menşeiini

Öğretide, ATAD'ın Ortaklık Konseyi kararlarının -ilgili bazı hükümlerinin- doğrudan etkisini kabul eden içtihadını eleştiren ve destekleyen yazarlar bulunmaktadır¹⁹⁹.

5.3.2. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Rekabete İlişkin Hükümlerinin Doğrudan Etki bakımından Değerlendirilmesi

Çalışmamızın giriş kısmında yer verdiğimiz Rekabet Kurumu ile AB Komisyonu arasında meydana gelen uyumsuzlukta, Rekabet Kurumu'nun AB Komisyonuna karşı ileri sürdüğü talebin dayanağını teşkil eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında yer alan rekabet kurallarının, özellikle 32. ve

göstermesini ister. Ciddi ve sağlam gerekçelere dayanan kuşkular nedeniyle kesinlikle gerekli görülmesi halinde söz konusu ürünün gerçek menşeyi saptamak için destekleyici ek kanıtlar istenebilir" ATAD'a göre bu hüküm, ithalatçı devletin makamları için, ithalatçıdan ilgili malın menşeyi gümrük beyanında göstermesini istemek zorunda olduğu, açık, kesin, koşulsuz bir yükümlülük getirmiştir. Mahkeme, hükmün amaç ve niteliği dikkate alındığında ithalatçılardan belirli bilgilerin verilmesini isteme bakımından âkid tarafların iradelerini ortaya koyan böyle bir yükümlülüğün, ekonomi katılımcılarının hukuki durumlarını doğrudan doğruya düzenlediğini, bu nedenle bu hükmün muhatabı olan tüm ilgililerin üye devletlerin mahkemelerinde doğrudan etkili olan bu hükme dayanabileceklerini belirtmiştir. EuGH 13.12.2007, "*Asda Stores Ltd. gegen Commissioners of her Majesty's Revenue and Customs*", Slg.2007, Rs. C-372/06, s.I-11223, Nr.90

¹⁹⁹ ATAD'ın bu yöndeki içtihadını eleştiren yazarların başında Richter gelmektedir. Ortaklık Konseyi Kararlarının doğrudan etkisine çeşitli argümanlarla karşı çıkan Richter özellikle Topluluk Antlaşmasından hareketle Topluluğun, Ortaklık Antlaşması ile bir Ortaklık Konseyine, üye devletlerde en azından ulusal hukuk önünde önceliğe sahip doğrudan etkili hukuk koyma yetkilerinin devredilebileceğinin kabulünün mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle Topluluk Antlaşması'nın ortaklık antlaşmaları vasıtasıyla egemenlik haklarının devri yetkisini vermediğini ifade etmektedir. Aynı zamanda hukuk devleti ilkelerinin de bunun kabulüne karşı olduğu görüşündedir. Bkz. Richter (1993), s. 172 vd. özellikle 174-179; Buna karşı olarak Vöneky ise, Ortaklık Konseyi Kararlarının ATA 300.m. anlamında bir devletler hukuku antlaşması olarak kabul edilmesi halinde, uluslararası antlaşmaların bir dönüştürme işlemi gerekmesizin sadece bir icra emrine dayalı olarak Topluluk hukuk düzeninin bir parçası olmasından hareketle, içerdiği açık ve kesin hükümlerin ulusal hukuk düzenlerinde doğrudan etkiye sahip olarak kabul etmenin mantıklı olduğu görüşünü kabul etmektedir. Bkz. Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 67; Ortaklık Konseyi kararlarının doğrudan etkisi ve ATAD'ın, ortaklık konseyi kararlarının tıpkı ortaklık antlaşmaları gibi yürürlüğe girmeleri ile Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası haline gelmesinden hareketle ortaklık konseyi kararı hükümlerine potansiyel doğrudan etki tanıyan içtihadının gerekçe açısından yeterince ikna edici olmadığına ilişkin bkz. Herrmfeld (2009), Art.310, Rdnr.19;Yazara göre, olası doğrudan etki öncelikle tek başına;ortaklık organının (ortaklık konseyinin) kararı vasıtasıyla Topluluk organları ve üye devletler bakımından, organ kararının özel olarak onaylanmasına diğer bir ifadeyle Topluluk hukukuna dönüştürülmesine gerek olmaksızın, bir bağlayıcı etkinin ortaya çıkmasını şart koşmaktadır. Yazar; sadece, ortaklık antlaşmasından, organların Topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası haline gelmek için özel bir uygulama emri ya da dönüştürmeye ihtiyaç duymaksızın bağlayıcı kararlar alma yetkisine ulaşabildiği takdirde, Topluluk hukuk düzeni içerisinde Ortaklık konseyi kararının münferit hükümlerinin olası doğrudan etkisine dair sorunun sorulabilir hale geleceğini belirterek aslında ATAD'ın Konsey Kararları ile ilgili yaklaşımını eleştirmektedir. Bkz. Herrmfeld (2009),Art. 310, Rdnr.19

43. maddelerinin doğrudan etkiye sahip olup olmadığı hususunun ATAD'ın bu hususta oluşturduğu içtihat hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır²⁰⁰. Kararın 32.maddesinde amaçları veya etkileri rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşma, teşebbüs örgütü kararları ve ortak uygulamaların (uyumlu eylemler) ve özellikle beş bend halinde sayılan türdeki uygulamaların Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkiledikleri ölçüde, Gümrük Birliğinin düzgün işleyişi ile uyumlu olmadıkları gerekçesi ile yasaklanmış oldukları ifade edilmektedir. 1/95 sayılı Kararın 32. maddesinin dayanağını teşkil eden ATA 81.m.'nin doğrudan etkili bir hüküm olup olmadığı Bosch²⁰¹ davasında incelenmiştir. Bu davada 81. ve 82. maddelerin üye devletlerin işletmelerinin rekabet ihlallerine uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışılmıştır. Adalet Divanı, bu kuralların uygulanmasına yönelik usul kurallarını belirleyecek 17 sayılı Konsey Tüzüğü²⁰² henüz yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, anılan maddelerin Roma Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı, 17 sayılı Tüzük yürürlüğe girinceye kadar, ne doğrudan uygulanabilirlik ve ne de doğrudan etkili olma konusuna yer vermişken,

²⁰⁰ Hemen belirtmek gerekir ki, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Rekabet başlığını taşıyan II. Bölümünde Gümrük Birliğinin rekabet kuralları düzenlenmiştir. Bu kurallardan "amaçları veya etkileri rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ve bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlerin yasak ve geçersiz olduğunu düzenleyen 32. maddenin; bir ya da daha çok teşebbüsün Topluluk ve/veya Türkiye topraklarının tümünde veya önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanılmasını yasaklayan 33.maddenin ve Topluluk üyesi ülkelerin veya Türkiye'nin devlet kaynaklarından yaptıkları belli kuruluşları veya belli ürünlerin üretimini özendirmek suretiyle rekabeti bozan veya bozma tehdidi oluşturan her türlü yardımın Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkilediği sürece Gümrük Birliğinin düzgün işleyişi ile uyumlu olmadığını düzenleyen 34.maddenin, ATA. 81., 82. ve 87. maddeleri ile büyük ölçüde paralellik taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle Ortaklık Konseyi Kararı'nın 35.maddesinde, 32., 33. ve 34.maddelerin hükümlerine aykırı olan uygulamaların Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 85. (yeni:81), 86. (yeni:82) ve 92. (yeni: 87) maddeleri ile ikincil mevzuatında yer alan kuralların uygulanmasından doğan kriterler çerçevesinde değerlendirileceği açık biçimde düzenlenmiştir. 36.maddede, Âkid Tarafların profesyonel çalışma ve iş gizliliği gereklerinin getirdiği sınırlamaları göz önüne alarak bilgi alış verişinde bulunacakları; 37. maddede ise, Ortaklık Konseyi'nin Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde 32, 33, 34 ve 35.maddelerin ilgili hükümlerinin uygulanması için gereken kuralları bir kararla benimseyecekleri, bu kuralların AT içinde halihazırda mevcut olan kuralları temel alacağı ve bu kurallar belirleninceye kadar, Topluluktaki ve Türkiye'deki makamların, anlaşmaların, kararların, uyumlu eylemlerin ve hakim durumun kötüye kullanılmasının kabul edilebilir olup olmadığı hususunu 32. ve 33. maddeler çerçevesinde belirleyecekleri açık biçimde hükme bağlanmıştır.

²⁰¹ Case 13/61 *Bosch v. EC Commission* (1962) ECR 45.

²⁰² AT Antlaşması 81.ve 82. maddelerin Uygulanması Hakkında Birinci Konsey Tüzüğü, O.J. 1959-1962, 87.

17 sayılı Tüzük yürürlüğe girdikten sonraki kararlarında²⁰³, 81. ve 82. maddelerin doğrudan etkili kurallar olduğunu açıkça belirtmiştir.

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 32. maddesi Topluluk hukukunda doğrudan etkisi açıkça kabul gören 81. maddenin lafzı ile paralellik arz etmektedir. Daha önce de üzerinde durulduğu gibi, ATAD bir hükmün doğrudan etkisinin tespitinde ifadeye, ifadenin açıklığına ve kesinliğine büyük önem atfetmektedir. Her iki maddenin ifadeleri arasındaki paralellik, 81. madde gibi, 1/95 sayılı Karar'ın 32. maddesinin de doğrudan etkili olduğu sonucuna ulaşmak için önemli göstergelerden biridir. ATAD'ın Polydor kararında²⁰⁴ belirttiği gibi ilgili hükmü lafzı dışında 1/95 sayılı Karar'ın amacı ve niteliği ışığında da değerlendirmek gerekir. 1/95 sayılı Karar, iki taraf bölgesi arasında serbest ticareti, gümrük duvarlarının ve eş etkili tedbirlerin kaldırılmasını ve üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifesinin uygulanmasını öngörmektedir. Ayrıca, bugün için dayandığı Ortaklık Antlaşması ile birlikte üyeliğe giriş sürecinin de bir parçasını teşkil etmektedir. 1/95 sayılı Karar'ın tek pazar hedefi gütmüyor olması, diğer amaçları sağlayacak bir politika vazifesi gören rekabet hükümlerinin doğrudan etkili olmadığı sonucuna varmak için yeterli değildir. ATAD'ın Kupferberg davasında yaptığı değerlendirme paralelinde²⁰⁵ 1/95 sayılı Karar'ın bir bütün olarak anlamı, amacı ve kapsamı dikkate alındığında ve anılan 32.madde hükmünün bir şarta bağlı olmayan ve program hüküm niteliği taşımayan açık, kesin, koşulsuz bir yasağı içermesi nedeniyle, doğrudan etkili bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür²⁰⁶. Ancak, 1/95 sayılı Karar'ın

²⁰³ Case 127/73 *SABAM v. NV Fonior* (1974) ECR 51.

²⁰⁴ Case 270/80 *Polydor Ltd. V. Harlequin Records Ltd.* [1982] E.C.R. 329.

²⁰⁵ ATAD bir antlaşma hükmünün doğrudan etkisini tespit edebilmek için öncelikle antlaşmanın anlamının ve amacının ardından kapsamının yani içeriğinin incelenmesi gerektiğini bununla birlikte yine bir çok diğer kararda vurguladığı gibi söz konusu hükmün açık, kesin, koşulsuz bir ifade taşıyıp taşımadığının, bir şarta bağlı olup olmadığının veya program hüküm niteliğini taşıyıp taşımadığının yine lafzından hareketle incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] E.C.R. 3641; EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg.1982, s.3641, Nr. 23 ve ayrıca bkz. 5.2.“ATAD’ın uluslararası Antlaşmaların Doğrudan Etkisine ilişkin Yaklaşımı ve Öğretinin Bakış Açısı” başlığı altında yer alan karar ve açıklamalar.

²⁰⁶ Ortaklık antlaşmaları çoğu kez -ör. Avrupa Antlaşmasında olduğu gibi- ATA'nın ilgili hükümlerinin lafzı ile özdeş olan bazı düzenlemeler içerirler. Ancak öğretilerde Herrnfeld'e göre, ATAD'ın içtihadı uyarınca, Topluluğun üçüncü devletlerle akdettiği antlaşmalardaki özdeş kavramların mutlaka ATA'daki söz konusu kavramlarla aynı şekilde yorumlanması söz konusu değildir. Burada yorumun söz konusu antlaşmanın anlam ve amacı ışığında ve ATA'dan çok daha sınırlayıcı bir biçimde yapılması gerekmektedir. Yazara göre, serbest ticaret antlaşmalarındaki farklı amaç tayini bakış açısı 133.m. uyarınca aynı kavramların farklı yorumlanmasını gerektirebilirken (ör. Bkz. *Polydor* kararı), Ortaklık antlaşmasındaki hükümlerin Topluluk antlaşmasının ilgili hükümleri gibi yorumlanması söz konusu olabilir. (Bkz.ör. *Pabst und Richartz* Kararı).Yine de Yazara göre; ileride bir katılımın (üyeliğin) hedeflenmediği ATA 310.m.'ye

37. maddesinin 1. paragrafında, Karar'ın yürürlüğe girmesini izleyen iki yıl içerisinde rekabete ilişkin diğer maddelerle birlikte 32. maddenin de uygulanması için Ortaklık Konseyi'nin gerekli kuralları içeren bir karar alması öngörülmüştür. Ortaklık Konseyi Taraflar arasında rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik usul kurallarına ilişkin bir karar almamıştır. Bu hal karşısında anılan maddenin uygulanabilmesi için usul kurallarının karar altına alınması gereği, kesin ve koşulsuz olmayan 32. maddenin doğrudan etkili olamayacağı savunulabilir. Ancak, kanımızca, 37. maddenin 2. paragrafında yer verilen ifade usul kurallarına ilişkin bir karar alınmadan önce de 32. maddenin uygulanacağını açık bir biçimde ortaya koymaktadır. 37. maddenin 2. paragrafının birinci bendi uyarınca, birinci paragrafta öngörülen kurallar kabul edilinceye kadar Topluluktaki ve Türkiye'deki makamlar anlaşmaların, kararların, ortak uygulamaların kabul edilir olup olmadığını ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin hususları 32. ve 33. maddeler çerçevesinde karara bağlama yetkisine sahip kılınmıştır. Ayrıca, 37 maddenin 2. paragrafının 2. bendi de uygulama kuralları çıkarılıncaya kadar 34. maddenin GATT Sübvansiyonlar Kodu uyarınca uygulanacağını düzenlemektedir. Bu açık düzenleme karşısında, 1/95 sayılı Karar'ın yürürlüğe girmesiyle, rekabet kurallarının taraflar arasında uygulama kuralları olmaksızın da derhal uygulanabilir kılınmasının amaçlandığı açıktır. Buna ilave olarak, Adalet Divanı'nın AT Antlaşması 81. ve 82. maddelerinin doğrudan etkisi konusunda Bosch²⁰⁷ davasında vardığı sonuç da önemlidir. Bu davada da anılan maddelerin Roma Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olduğunu sonucuna varılırken henüz uygulamaya yönelik usul kuralları bulunmamaktaydı. Öte yandan ATAD'ın, Sevince²⁰⁸ davasındaki yaklaşımı da bu hususta yol gösterici olabilir. Anılan davada, 2/76 sayılı Konsey Kararı'nın 2/II.m.'sinde ve

dayanan salt işbirliği antlaşmalarında ATA hükümlerinde de yer alan özdeş kavramların, ileride bir katılımın hedeflendiği katılım ortaklıkları için geçerli olandan daha sınırlayıcı bir yorumu gerektirdiği kabul edilmektedir. Bkz. Herrfeld (2009), Art.310, Rdnr. 20

²⁰⁷ Case 13/61 *Bosch v. EC Commission* (1962) ECR 45.

²⁰⁸ EuGH "Sevince" 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461; Dava konusu olayda, Hollanda'da oturan ve çalışan ancak dokuz ay evli kaldığı türk eşinden boşanan türk vatandaşı Salih Zeki Sevince'nin oturma izninin uzatılması konusunda yaptığı başvurunun reddedilmesi söz konusudur. Davacı, 11.09.1980 tarihinde, kendisine 22.02.1979 tarihinde verilen oturma izninin uzatılması için talepte bulunmuş, ancak bu talep oturma izninin dayandığı ailevi nedenin ortadan kalkmış olması nedeniyle reddedilmiştir. Bu karara karşı açtığı yürütmenin durdurulması talepli dava ise, *Raad van State* tarafından 12.06.1986 tarihinde reddedilmiştir. Yürütmenin durdurulması kararı nedeniyle, davanın devam ettiği süre içinde davacıya geçici bir çalışma izni verilmiş ve kendisi bu tarihe kadar Hollanda'da çalışmaya devam etmiştir. Mahkemenin red kararı üzerine Zeki Sevince 13.04.1987 tarihinde temyize başvurmuştur. Davacı uzun yıllardan beri Hollanda'da oturup çalıştığını belirterek taleplerini 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 2/1/b maddesine ve 1/80 sayılı Konsey Kararı'nın 6/1/3. maddesine dayandırmıştır. ATAD ön sorun olarak kendisine gelen davada söz konusu hükümlerin doğrudan etkisini incelemiştir.

1/80 sayılı Konsey Kararı'nın 6/III.m.'sinde, "Türk işçilerine tanınan hakların uygulanmasına ilişkin ayrıntılarının her devletin çıkaracağı hükümlerle düzenleneceği" şeklinde bir kurala yer verilmiştir. ATAD bu hükümle sadece, üye devletlere ait olan söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için gerekli olan ilgili idari düzenlemeleri yapma yükümlülüğünün somutlaştırıldığını; üye devletlerin, Türk işçilere Ortaklık Konseyi Kararına dayalı olarak açık bir şekilde belirlenmiş ve herhangi bir şarta bağlı kılınmaksızın tanınmış olan hakları sınırlandırmak ya da herhangi bir şarta bağlamak konusunda yetkili olmadıklarını açık bir şekilde belirtmiştir²⁰⁹ Kararda, idari düzenleme yapılmasını içeren bu hükmün, 6/I.m.'nin ve 2/I/b. m.'nin doğrudan etkililiğine engel olmayacağı sonucuna varılmıştır. ATAD'ın Sevince kararında yaptığı yorum ve vardığı sonucun, 1/95 sayılı Karar'ın, 37/I.m.'si bağlantısı ile 32. maddesi bakımından da uygulanmasının mümkün olabileceği kanatındeyiz. Sevince davasına konu 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın uygulanması bakımından gerekli düzenlemelerin yapılması bakımından üye devletlere bir yükümlülük yüklenirken, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın rekabete ilişkin belirli hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul kurallarının çıkarılmasını 2 yıl içinde yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak Ortaklık Konseyi'ne yüklemiştir. ATAD, üye devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın ilgili hükümlerinin doğrudan etkisini ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır. 1/95 sayılı Karar'ın 32. maddesinin uygulanması bakımından Ortaklık Konseyi'nin kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi ilgili maddenin doğrudan etkisini ortadan kaldırmamalıdır. Kaldı ki, 37 maddenin 1. paragrafının ikinci paragrafın birinci bendi ile birlikte değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Hüküm bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Ortaklık Konseyi'ne usul kuralları çıkarması yönünde getirilen yükümlülük ile 32. maddenin doğrudan etkisini ortadan kaldıracak şekilde bir koşula bağlandığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, 32. maddenin tarafların ilgili kurumları bakımından birbirlerine karşı ileri sürülebilecek haklar yarattığını kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz²¹⁰.

²⁰⁹ EuGH "Sevince" 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg.1990, s.I-3461, Nr. 22

²¹⁰ Öğretide Ortaklık Konseyi Kararlarının içerdiği, üye devletleri muhatap alan ve uygulamanın ayrıntılarının ulusal düzenlemelerle belirleneceğinin belirtildiği uygulama hükümlerinin, üye devletlere kendilerine ait takdir alanları yaratmadığı sürece doğrudan etkinin kabulünü engellemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Bkz.Vöneky (2009), Rdnr. 64; Can da, uygulama hükümleri çıkarma gereğinin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 32., 33., ve 34. maddelerinin doğrudan etkili hükümler sayılmasına engel olmadığı sonucuna varmıştır. Yazar hükümlerin içerik olarak güçlü, kesin ve açık olmalarından hareketle doğrudan etkili oldukları görüşündedir. Bkz.Can (2002), s.94

1/95 sayılı Karar'ın 43. maddesi ise, Topluluğun veya Türkiye'nin diğer tarafın topraklarında sürdürülen rekabete aykırı olan uygulamalar konusunda gerektiğinde uygun tedbirleri almak, karşılıklı bilgi temini ve işbirliğini öngörmektedir. Anılan madde Rekabet Kurulu'nun, AB Komisyonu'na ve Avusturya Federal Rekabet Otoritesi'ne yönelttiği talebin dayanağıdır. Madde üç fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada “*Topluluğun veya Türkiye'nin, diğer Tarafın topraklarında sürdürülen ve rekabete aykırı olan uygulamaların kendi çıkarlarını veya kendi teşebbüslerinin çıkarlarını olumsuz yönde etkilediğine inanması halinde, ilk Taraf, diğer Tarafa durumu bildirebilecek ve diğer Tarafın rekabetle ilgili makamından uygun tedbirleri almasını isteyebilecektir. Yapılan başvuruda rekabete aykırı uygulamaların niteliği ve başvuruda bulunan Tarafın çıkarları üzerindeki etkisi mümkün olduğu kadar açık biçimde ifade edilerek başvuruda bulunan tarafın sağlayabileceği ek bilgiler ve işbirliği önerileri yer alacaktır.*” İlgili fıkrada uygun tedbirleri almak üzere Tarafların birbirinden talepte bulunması herhangi bir koşula bağlanmamıştır. Maddede çıkarları olumsuz yönde etkilenen tarafa uygun tedbirlerin alınmasını talep konusunda açık, kesin ve koşulsuz bir hak tanınmaktadır. Bununla birlikte, aynı maddenin III. fıkrasında anılan maddenin başvuru tarafın “*rekabet yasaları ve uygulama kuralları çerçevesinde sahip olduğu takdir yetkisini*” sınırlayamayacağı hükmü yer almaktadır²¹¹. Kanımızca, taraflara takdir hakkı tanıyan bu fıkra, 43. maddenin 1.fıkrasının doğrudan etkili olmasını engellemez. Zira, buradaki takdir hakkı işbirliğinin yapılması hususundan ziyade anılan teşebbüse rekabet kurallarının uygulanmasına yöneliktir. Bir diğer ifade ile Rekabet Kurumu'nun, AB Komisyonu'ndan işbirliği talep hakkı herhangi bir koşula bağlanmamıştır; talep hakkının kullanılması başka bir merciin takdirine bağlı değildir. Bu nedenle, anılan maddenin Taraflara somut, kesin ve koşulsuz bir hak tanıdığını kabul etmek gerekir. Kuşkusuz, anılan madde karşı Tarafa işbirliği yapma zorunluluğu yüklememektedir. Bu düzenleme uyarınca, kendisinden talepte bulunulan rekabet otoritesi iki hususta takdir hakkına sahiptir. Öncelikle, Tarafların rekabet otoriteleri “*elinden geldiğince ek bilgi sağlama ve işbirliğine girme*” yükümlülüğü altındadır. İkincisi, işbirliği çerçevesinde yürütülen bir soruşturma sonucunda her iki Tarafın rekabet otoritesinin rekabet ihlalinin var olup olmadığı hususunda farklı bir sonuca ulaşması mümkündür²¹². Ancak, bir kez 43. maddenin 1. fıkrasının doğrudan etkili olduğunun kabulü halinde, ilgili rekabet otoritesinin takdir hakkını

²¹¹ 43.maddenin III. fıkrasında, “ Bu maddenin hiçbir hükmünün, söz konusu rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbirler alma konusunda başvuru tarafın rekabet yasaları ve uygulama kuralları çerçevesinde sahip olduğu takdir yetkisini sınırlılamayacağı veya başvuruda bulunan tarafı bu rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbir almaktan alıkoymayacağı” düzenlenmiştir.

²¹² Yine aynı fıkrada yer alan düzenleme uyarınca bu durum, başvuruda bulunan Tarafı, soruşturma konusu rekabete aykırı uygulamalara karşı tedbir almaktan alıkoymaz

kullanarak vardığı sonuca üst yargı merciinde itiraz hakkı doğabilecektir. Kanımızca, anılan paragraf, rekabet kuralları ile bu kuralların uygulanmasına ilişkin diğer maddelerle birlikte değerlendirildiğinde ve 43/I.m. hükmünün lafzı dikkate alındığında, ilgili hükmün doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Kaldı ki, 43. maddenin doğrudan etkiye sahip olmadığı sonucuna varılacak olsa dahi, ATAD'ın Racke kararı²¹³ ve Bioteknoloji Yönergesi'ne ilişkin kararında²¹⁴ açıkça ifade ettiği üzere bu durum, Topluluğun bu anlaşmanın bir tarafı olduğu gerçeğini ve dolayısıyla onun antlaşmadan doğan yükümlülüklerine uygun davranma ödevini ortadan kaldırmayacaktır. Zira, AB Komisyon'undan ve Avusturya Federal Rekabet Otoritesinden talepte bulunan bir özel hukuk kişisi değildir. Talep, anlaşma taraflarından birinin özerk idari bir kurumdur. Ortaklık Anlaşması madde 22(1) uyarınca, Ortaklık Konseyi bir tarafta Üye devletlerin hükümet temsilcilerinden, Konsey ve Komisyon üyelerinden, diğer tarafta Türk hükümeti temsilcilerinden oluşmaktadır. Konsey oybirliği ile hareket etmektedir. Taraflar bu kararlar ile bağlı olmayı kabul etmiştir. Onların bu taahhütlerini yerine getirmekten kaçınmaları, Ortaklık Antlaşması'nın ihlaline neden olacaktır²¹⁵.

Sonuç olarak farklı gerekçelerle de olsa, Rekabet Kurumu'nun, AT Komisyonu'nun ilgili biriminden, rekabete aykırı uygulamaları bulunduğu iddia edilen teşebbüslerle ilgili bir soruşturma sırasında işbirliği talebinde bulunma hakkına sahip bulunduğunu söylemek mümkündür.

5.3.3. AB Komisyonu'nun Diğer Red Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

Kabul etmek gerekir ki, 1/95 sayılı Karar'ın 32. ve 43. maddelerinin doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkiye sahip olmasının, tarafların hukuk düzeninden kaynaklanan engeller karşısında sonuç doğurup doğuramayacağı ayrı bir sorundur²¹⁶. AB Komisyonu, Rekabet Kurumu'nun talebini, (i) 1/95 sayılı Kararın rekabet kurallarının uygulama kurallarının bulunmadığı, (ii) gizli

²¹³ Case C-162/96 Racke [1998] ECR I-3655, paragraflar 45, 47 ve 51

²¹⁴ Case C-377/98 *Netherlands EP&Council*, [200], ECR I-07079 parag. 54

²¹⁵ Case C-277/96, *Taflan-Met, Altun-Baser, Andal-Bugdayci v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O Alkol v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, [1996] ECR I-04085, parag.16 ve 18. Bu gerekçe ile ATAD, Ortaklık Konseyi kararlarının bağlayıcılığının Antlaşma Taraflarınca uygulama tedbirlerinin kabul edilmesi koşuluna bağlı kılınmayacağını ifade etmiştir. Parag. 20.

²¹⁶ Pescatore (1983), 175-176, doğrudan etki prensibinin Topluluk ve üye devlet arasında uygulandığı uyumsuzluklarda ATAD üye devletin belirli bir durumdaki karışıklığından kaynaklanan sebeplerin doğrudan uygulanabilir Topluluk kurallarının niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Case 28/67 *Molkerei-Zentrale v. HZA Paderborn* [1968] ECR 212; case 13/68 *Salgoil v. Ministry of Foreign Trade* [1968] ECR 662

bilgileri yargı bölgesi dışındaki kişilere veremeyeceği, (iii) AB pazarında bir etki görülmediği ve 43. maddenin yeterli olmadığı, gerekçeleri ile reddetmiştir. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere 1/95 sayılı Karar'ın 37. maddesinin 2. paragrafı karşısında rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin uygulama kurallarının bulunmamasının Kararın rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği kanatindeyiz.

AB Komisyonunun soruşturma altındaki şirketlere ait bilgilerin gizli olduğu ve bu bilgileri AB dışına gönderemeyeceğine ilişkin red sebebi ileri sürülen sebepler arasında en ciddi olanıdır. Zira, AT Antlaşması madde 287 uyarınca Topluluk kurumlarının üyeleri, komite üyeleri, Topluluğun memur ve diğer çalışanları görevleri sona erdikten sonra da geçerli olmak üzere mesleki sırları özellikle işletmeler ve onların iş ilişkilerine dair sırlar dahil olmak üzere hiçbir bilgiyi açıklamama yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Kişilerin Korunması ve Verinin serbest Dolaşımı Hakkında 95/46 sayılı Yönerge²¹⁷ ile de gerçek kişilere ait kişisel veriler korunmaktadır. Kişisel verilerin AB Kurumlarının yetki alanı dışına çıkartılmasına, kişisel veriler eğer gönderildiği coğrafi alanda ABndeki koruma ile aynı veya bununla eşdeğer bir korumadan yararlanmadığı sürece izin verilmemektedir.

AB kişisel verileri korumaya ilişkin mevzuatı, bu bilgilerin kaynağında korunduğu seviyede veri koruma yasalarına sahip olmayan ülkelere gönderilmesini yasaklamaktadır²¹⁸. İşbirliğine yönelik bilgi teminini güçleştiren ilgili mevzuata rağmen, AB Mahkemeleri, uluslararası antlaşma kurallarına saygı gösterme yükümlülüğünün, zımnen, uluslararası antlaşmaların, Topluluğun ikincil mevzuatının ve üye devletlerin mevzuatından üstün ve öncelikli olduğunu ifade ettiğini belirtmiştir. Bu husus Mahkeme tarafından hem Topluluk mevzuatı²¹⁹ hem de üye devlet hukuku bakımından onaylanmıştır. Ayrıca Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Société Internationale v. Rogers*²²⁰ davasında verdiği karar da bu hususta yol gösterici olabilir. Bu kararda ilgili ülkenin bir diğer ülkeye belge gönderilmesine itiraz etmesinin, belgeleri temin etmeyen şirket bakımından bir yükümlülükten kaçınmak için bir neden teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, 1/95 sayılı Karar'ın 36. maddesi, Tarafların mesleki ve ticari gizlilik gereklerinin getirdiği kısıtları dikkate alarak bilgi alışverişinde bulunabileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm çerçevesinde

²¹⁷ Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) O.J. L 281 23/11/1995 s. 0031-0050

²¹⁸ Türkiye veri korumasına ilişkin mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlaştırmamıştır; Türkiye ve AB arasında ikili bir anlaşma da mevcut değildir.

²¹⁹ Case C 286/90 *Paulsen and Diva Navigation* [1992] ECR-I6019, paragraf 9

²²⁰ 357 US. 197 (1958), op.cit. supra n.4

Türkiye, AB'nin veri korumasına ve gizli bilgilerin korunmasına ilişkin iç düzenlemelerine uygun davranma hak ve yetkisini kabul etmiş durumdadır.

Görüldüğü üzere, gizli bilgilerin ve kişisel verilerin korunması 1/95 sayılı Karar'ın rekabete ilişkin hükümleri hususunda rekabet otoriteleri arasında işbirliğine gidilmesinin en önemli engellerinden biridir. Öte yandan, gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus “gizli bilgi” kavramının bir tanımının bulunmayışıdır²²¹. AB Komisyon'u Rekabet Kurumu'nun bilgi ve işbirliği talebini reddederken istenilen bilgilerin niteliğini değerlendirmemiş, talebi tümüyle reddederek genel bir yaklaşım sergilemiştir. Bir teşebbüsün rekabet düzenlemelerine aykırı eylemlerine ilişkin bilgi ve kayıtların gizli bilgi teşkil edip etmediği tartışmaya açıktır. 1/95 sayılı Karar'da yer alan işbirliğini gerçekleştirmeye yönelik olarak taraflar arasında kişisel bilgilerin, gizli bilgilerin teminine yönelik bir düzenleme yapılması zorunludur. Bu konuda yapılması gereken, Türkiye'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin AB mevzuatı ile uyum yasalarını en kısa süre içerisinde yürürlüğe koymasındadır.

1970 Tarihli Yabancı Memleketlerde Hukuki ve Ticari Konularda Delil Elde Edilmesine Dair Sözleşme²²² rekabet otoritelerinin bir diğerinden hukuki ve ticari konularda delil talep etmesine imkan vermemektedir. Zira, 1970 tarihli Sözleşme sadece bir âkid devletin adli makamının bir diğer devletin yetkili makamından bir hukuki işlemi yerine getirmesini ve delil sağlanmasını talep hakkı tanımaktadır. Ayrıca bu şekilde elde edilen delillerin açılmış veya açılacak davalarda kullanılması gerekmektedir. Bu düzenleme karşısında idari otoritelerin yürüttükleri soruşturmalar çerçevesinde 1970 tarihli Sözleşme'ye dayanmaları mümkün değildir²²³.

Rekabet Kurumu'nun hakkında soruşturma yürüttüğü kömür kartelinin AB pazarında bir etki yaratmadığı gerekçesi dayanaksız görünmektedir. Öncelikle, rekabete ilişkin kuralların ülkelerin egemenlik alanları dışındaki yerlerde uygulanabilmesi bakımından bir istisna olarak kabul edilen “Etki doktrini” AB hukuku bakımından da genel kabul görmektedir. Buna göre, teşebbüslerin merkezlerinin Topluluk dışında yer alması durumunda dahi, rekabet kurallarının Topluluğun coğrafi geçerlik alanı içinde etki doğuran rekabet sınırlamalarına uygulanabileceği yönündedir²²⁴. “Etki Doktrini”

²²¹ MARS DEN, P. (2006), “Promoting Cooperation in Enforcement Agencies” Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 31 Temmuz-1 Ağustos 2006

²²² Türkiye 12.10.2004 tarihinde tarfa olmuştur. 14.04.2004 tarih, 254333 sayılı RG.

²²³ Rekabet Kurumu'nun Soruşturma kapsamında işbirliği talep ettiği ülkelerden İsviçre 1970 Tarihli Yabancı Memleketlerde Hukuki ve Ticari Konularda Delil Elde Edilmesine Dair Sözleşme'ye taraf olup, Avusturya bu Sözleşme'nin tarafı değildir.

²²⁴ KOCH, (GRABITZ, E. ve M.HILF) (1999), Kommentar zur Europäischen Union, München, Art. 85, Nr.11; Wiedemann (1999), § 4, Nr.7,s.59; EMMERICH,V.(2001), Kartellrecht 9.Aufl.

çerçevesinde Komisyon'un bu gerekçe rekabet kurallarının uygulanabilmesi için geçerli olan kriter ne vatandaşlık ne de coğrafi konumdur. Esas olan rekabete aykırı etkinin konumudur²²⁵. Komisyonun karar uygulamasına bakıldığında uluslararası kartellere karşı çok önceden beri etki prensibine dayandığı görülmektedir. Üye olmayan ülke teşebbüslerinin de bu kartellere katıldığı olaylarda Komisyon, Topluluk hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir²²⁶. 1985 tarihli Zellstoff/Wood Pulp kararında²²⁷ Komisyon ATA 81(1). maddesini, Topluluk içinde şubesi, yavru şirketi, acentesi ya da başka bir kuruluşu bulunmayan, üye olmayan devletlerdeki teşebbüslerin kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmalara, -bu teşebbüslerin Topluluk içinde bulunan alıcılara doğrudan doğruya satış yaptıkları gerekçesi ile- ilk kez açık biçimde uygulamıştır²²⁸. Karar yalnızca üye olmayan ülkelerde kurulu bulunan teşebbüsleri²²⁹ konu edinmektedir ve Topluluk üzerindeki etkiye büyük bir önem verilmiştir²³⁰. Kısaca, Komisyon'un Topluluk dışında oluşmakla birlikte Ortak Pazar içindeki rekabeti sınırlama amacı taşıyan veya açık etkisi görülen klasik

München s.373; Whish (2003), s.435; BELLAMY ve CHILD(2001),European Community Law of Competition, 5.Bası, Sweet & Maxwell s.126; C.S.Kerse, (1998) EC Antitrust Procedure, 4.Bası, Sweet&Maxwell, s.285; Green/Robertson (1997), Commercial agreements and Competition Law, 2. Bası, Kluwer Law International, s.311; ASLAN, Y. (2005) Rekabet Hukuku, 3.bası, Ankara, s.42; D. Goyder (2003) EC Competition Law, 4. Bası Oxford University Press, s. 386; Wyatt/Dashwood (1991), The Substantive Law of the EEC, 2. Bası, Londra , s.350-351.

²²⁵ Bu değerlendirme için Bkz. ZÄCH,R.(1994), Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München, s. 435 (Kanun sözcüsü Darmon'un Zellstoff /Wood Pulp davasındaki açıklamaları) Darmon'a göre gerçekte ATA 81(1).m.'deki "etki etme" kavramının esasen yetki için bir temel oluşturup oluşturmadığı kesin değildir. Bu kavram, her şeyden önce tıpkı "amaçlamak" kavramında olduğu gibi Topluluğun yetkisinin zaten tartışmasız olduğu hallerde maddi rekabet hukukuna yönelik bir ihlali kabul etmeyi mümkün kılmaktadır. Ancak kavram, bir yetki kriteri olarak, başka bir fonksiyonu da yerine getirebilir. Bu durumda içeriği maddi hukuktaki "etki etme" ile özdeş olmayacaktır.

²²⁶ Wiedemann (1999), § 5, Nr.6, s.64 ve § 5, Nr.9, s.66; Bu nedenle rekabet sınırlamasına katılan teşebbüsün uyuşuğu ya da ikametgahının bulunduğu yer değil, rekabet sınırlamalarının Ortak Pazar üzerinde etki edip etmediği önem taşımaktadır. Bkz. Zäch (1994), s.428; Bu kararların bir çoğunda Topluluk içindeki rekabetle doğrudan doğruya bir ilişki bulunmaktadır. Anlaşmalara Topluluk içindeki ve dışındaki mal sunanların katıldığı ve fiyatlar üzerinde uyuşmanın gerçekleştirildiği görülmektedir. Örneğin Basel'de üye olmayan ülkelere ait teşebbüsler tarafından Ortak Pazar için kartelci biçimde fiyat artışı konusunda uyuşulmuş ve Ortak Pazar içinde bu uygulanmışsa, AB üzerinde etki eden bir anlaşma söz konusudur. Bkz. Wiedemann (1999), § 5, Nr.9, s.66; Zäch (1994), s.428

²²⁷ ABIEG 19.12.1984 , 1985 L 85/1, 25 vd.

²²⁸ Koch (1999), § 85, Rdnr.11; Buna karşın teşebbüslerin üye olmayan devletlerin pazarlarındaki davranışları, AB rekabet kurallarının kapsamına girmemektedir.

²²⁹ Söz konusu teşebbüsler Finlandiya, İsveç, Norveç, Kanada, İspanya, Portekiz ve ABD'de yerleşik bulunmaktaydı

²³⁰ Wiedemann (1999), § 5, Nr.9, s.66

kartel uygulamalarında Etki Doktrininden yararlandığı görülmektedir.²³¹²³² Komisyon, ayrıca, XI. Rekabet Politikası Hakkında Rapor'da²³³ “Etki Doktrini” kavramına açıkça yer vermiştir.

Buna karşılık, RKHK.2. maddesinin lafzı karşısında Türk hukuku bakımından da “etki doktrini” nin benimsenmiş olduğunu söylemek mümkündür.²³⁴ Bu hal karşısında, Türkiye’de etkilerini doğuran bir uluslararası kartelin AB’nde bir etki yaratmadığı gerekçesine dayanarak işbirliğinden kaçınmak gerçekçi görünmemektedir.

Ayrıca, 1/95 sayılı Karar’ın 32. maddesinde kullanılan ifade, maddede sayılan işletmeler arasındaki anlaşmalar, işletme birliği kararları ve uyumlu davranışların “Gümrük Birliğinin işleyişi ile bağdaşmaz sayılarak, Toplulukla Türkiye arasındaki ticareti etkileme olasılığı taşıdıkları ölçüde” yasaklanmış olduğu şeklindedir. Anılan madde AB pazarında etki göstermek gibi kıstas belirmemektedir. Soruşturma konusu kömür kartelinin Türkiye ile AT arasındaki ticareti etkileme olasılığı ise ancak işletmelerin pazar payı, Türkiye’nin ithal ettiği kömürün miktarı gibi objektifler ölçütler dikkate alınarak varılabilecek bir sonuçtur. AB Komisyonu bu yönde somut bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç görmemiştir.

Sonuç olarak, 1/95 sayılı Karar’ın 43. maddesinin yetersiz olduğu gerekçesi kuşkusuz ki tartışmaya açıktır. Ancak, AB’nin aday ülkelerle akdettiği Serbest Ticaret anlaşmaları ve aday ülke olan Türkiye ile akdettiği Gümrük Birliği anlaşmasını, aday olmayan ülkelerle akdettiği Serbest Ticaret Anlaşmaları ve Gümrük Birliği anlaşmalarından farklı değerlendirmek

²³¹ P.J. Kuyper (1984), European Community law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments, ICLQ., Vol.33, Ekim s.1017

²³² Komisyonun bu yaklaşımında ısrarlı olduğu, Kinin Karteli soruşturması ile ilgili olarak parlamentodaki yazılı bir soru önermesine cevaben Ortak Pazar içindeki etki esasına dayanarak yargı yetkisini kullanabileceğini açık biçimde ifade ettiği görülmektedir. Bkz. Erol (2000), s.81

²³³ 1981, paragraf 34-42

²³⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da etki teorisinin benimsendiği görüşünde olan yazarlar: Erol (2000), s.160-161, Aslan (2005), s.88-90; TİRYAKIOĞLU, B.(1997), Rekabet Hukuku’ndan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını No: 515, s.72,73; BADUR E.(2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)"Yüksek Lisans Tezi, s.41-42. Kaldı ki, Kanun’un 2. maddesinin gerekeçesinde de etki doktrininin benimsendiği açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte Sanlı, Kanun’daki bu hükmün Rekabet Hukukundaki “etki doktrini” esas aldığını söylemenin güç olduğunu ileri sürmektedir. Sanlı’ya göre, bu ifade de sadece “piyasaların etkilenmesi” değil, bunun yanı sıra teşebbüsün “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet gösterme” si kriteri öngörülmüştür. Dolayısıyla Türkiye’de mukim veya daha doğru bir ifadeyle Türkiye’de faaliyet gösteren her türlü teşebbüs kendiliğinden Kanun’un kapsamında olduğu gibi, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet göstermemekle birlikte, davranışları ile Türk piyasalarını etkileyen teşebbüsler de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamında olacaktır. Sanlı (2000), 39-40,

gerekmektedir. Aday olmayan ülkelerle akdedilen anlaşmalar dahilindeki rekabet hükümleri taraflar arasında sadece bir işbirliğini öngörürken, aday ülkeler bakımından durum farklıdır, bu halde Tarafların yükümlülüğü sadece bir işbirliği değil, hukukların uyumlulaştırılmasıdır²³⁵. Gümrük Birliği çerçevesinde malların serbest dolaşımına hizmet edecek araçlardan birisi de rekabet kurallarıdır. Bu uyumlaştırılma veya bu kuralların gereği gibi uygulanması sağlanmadığı takdirde miktar sınırlamaları, eş etkili tedbirler yoluyla devlet eliyle yaratılamayan engeller, teşebbüsler arasındaki anlaşma ve uygulamalarla yaratılabilecektir. İlgili hükümlerin amacının yanısıra lafzı da değerlendirildiğinde, kanaatimize göre, maddedeki ifadelerde açık bir dil kullanılmış ve taraflara birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri koşulsuz haklar verilmiştir. Bununla birlikte, maddenin açık, kesin ve koşulsuz dilinin rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanması sırasında ortaya çıkan hukuki, fiili ve usule ilişkin güçlükleri bertaraf etmesi beklenemez²³⁶. İşbirliğinin başarılı sonuçlar verebilmesi diğer ülkedeki teşebbüse soruşturma ile ilgili tebligatların yapılması, gibi usul işlemlerinin de taraflar arasında düzenlenmiş olmasını gerektirmektedir²³⁷. Ayrıca, soruşturma sonucunda öngörülen idari cezanın uygulanabilmesi de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Sonuç itibarıyla, Rekabet Kurumu, soruşturmaya konu olayda elindeki delilleri yeterli bulmuş ve Avusturya'daki şirket aleyhine para cezasına hükmetmiştir. Ancak bu ceza uygulanamamıştır. Dolayısıyla, sadece rekabet otoriteleri arasında işbirliği yeterli olmamakta, işbirliğinin hayata geçirilebilmesi için bu işbirliğinin ikili veya çok taraflı anlaşmalarla desteklenmesi gerekmektedir²³⁸.

Hiç kuşkusuz, bu koşullarda rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanmasını öngören bu tip anlaşmalarda aslolanın gönüllülük olduğu açıktır. Ancak, uygulamada kendi pazarı rekabete aykırı uygulamalardan etkilenmeyen tarafın ulusal menfaati koruyucu yaklaşımı tercih ettiği ve karşı tarafın coğrafi alanında doğan rekabeti önleyici sonuçlar için herhangi bir önlem almaktan kaçındığı görülmektedir. Bu durumun örneklerinden biri Kore Cumhuriyeti'nin, Graphite Electrodes davasında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği rekabet otoriteleri ile yaptığı işbirliğinde görülebilir²³⁹. Bu soruşturmada

²³⁵ HORNA, P.M ve B.Ö.KAYALI (2007), National Implementation of Competition -Related Provisions in Bilateral and Regional Trade Agreements, Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?, United Nations Conference on Trade and Development, New York -Cenevre, s.26-27

²³⁶ Aynı yönde bkz.Rosenberg (2007), s.10

²³⁷ Tekdemir (2006), s.11

²³⁸ Tekdemir (2006), s.12

²³⁹ Rosenberg (2007), s.11; aynı şekilde Kore 1995 OECD Konsey Tavsiyesine dayanarak ABD, AB ve Japon rekabet otoriteleri ile Mitsubishi hakkında yürüttüğü soruşturmada da gayriresmi işbirliğini yürütmüştür.

Kore rekabet otoritesi taraflar arasında resmi bir işbirliği antlaşması olmamasına karşın delilleri diğer rekabet otoritelerinin işbirliği ile toplamıştır. Bir diğer örnek ise Brezilya'nın ABD rekabet otoritelerinden sağladığı teknik destek ve gizli olmayan bilgilerin teminine ilişkin işbirliğidir. Bu örnekte de taraflar arasında resmi bir işbirliği antlaşması bulunmamaktadır. Kore ve Brezilya deneyimleri gayri resmi işbirliğinin fiili uygulama açısından daha önemli olabileceğini göstermektedir²⁴⁰.

Kaldı ki, ikili antlaşmalarda taraflardan birinin destek vermede gönülsüz olması halinde tebligat, kararın icrası gibi daha pek çok alanda ortaya çıkacak güçlükler, soruşturma aşamasını engelleyecek, rekabete aykırı uygulamalara karşı karar alınabilse dahi kararın icrasını imkansız kılacaktır.

6. 1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARINDAN HAREKETLE ÜYE DEVLETLERİN İŞBİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Rekabet Kurumu soruşturma kapsamındaki şirketlerden birinin merkezinin Avusturya'da olması nedeniyle, ilgili ülkenin rekabet otoritesinden soruşturmaya ilişkin işbirliği talebinde bulunmuştur. Kurumun bu talebi “*konunun AB'ye üye ülkelerle değil, Topluluk düzeyinde ele alınması gerektiği*” yanıtıyla Avusturya Federal Rekabet otoritesi tarafından reddedilmiştir. Avusturya Federal Rekabet Otoritesi'nin bu cevabının hukuki açılımını nasıl değerlendirmek gerekir? Bu cevap bir anlamda, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın sadece Türkiye ve AT bakımından sonuç doğuracağı, üye devletler bakımından ise Türkiye'ye karşı herhangi bir yükümlülük oluşturmadığı şeklinde anlaşılabilir mi?

Gerek Ortaklık Antlaşması hükümleri, gerekse Ortaklık Konseyi Kararları, ATA 300(7).m. temelinde Topluluğu ve üye devletleri bağlamaktadır²⁴¹. ATAD, Kupferberg kararında, “*Topluluk kurumları tarafından akdedilen antlaşmalardan doğan taahhütlere riayette, üye devletler sadece ilgili üye olmayan devlete ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle kalmayacaklar aynı zamanda tüm bunların üstünde Topluluğa karşı yükümlülüklerini de yerine getirmiş olacaklardır. Mahkeme halihazırda 30 Nisan 1974 tarihli 181/73 Haegeman[1974] ECR 449 kararında böyle bir anlaşmanın hükümlerinin Topluluk hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğunu beyan ederken bunu kastetmiştir.*” ifadesini kullanmıştır²⁴². Bundan hareketle üye devletlerin

²⁴⁰ Rosenberg (2007), s.16.

²⁴¹ ATAD'ın 300/7 maddesinin uygulamasına ilişkin kararlarına örnek olarak: Case C-61/94 *Commission v. Germany*, [1994] ECR I-3989, par.15; Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg*, [1982] ECR 3641

²⁴² Bkz. Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] E.C.R. 3641; EuGH 26.10.1982, *Hauptzollamt Mainz gegen C.A.Kupferberg und CIE KG AA.*, Rs.104/81, Slg. 1982 s.3641, Nr.13

Topluluk kurumlarının akdettiği uluslararası antlaşmalara uyma yükümlülüğünün, bir yandan antlaşmanın karşı tarafına, öte yandan ise Topluluğa karşı da taahhüt edilmiş olduğu kabul edilebilir. Burada önemli olan bir başka husus ise Rekabet Kurumu'nun, Avusturya Rekabet Otoritesinden doğrudan doğruya işbirliği talebinde bulunup bulunamayacağıdır. 1/95 sayılı Konsey Kararı'nın 43.maddesine dayanarak, Avusturya Rekabet Otoritesini kendisi ile işbirliği yapmaya zorlayabilir mi? Avusturya Rekabet Otoritesinin, Türk Rekabet Otoritesine karşı 1/95 sayılı Karar'dan doğan bir işbirliğinde bulunma yükümlülüğü var mıdır?

ATA 300/7 hükmü ve ATAD kararları çerçevesinde durum açık gibi görünse de, Türkiye'nin, Ortaklık Antlaşmasından ya da ortaklık konseyi kararlarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini kimden isteyebileceği, Türkiye'nin taleplerinin muhatabının kim olacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Öğretide bu konuda özellikle ATA 300(7).m'nin yorumu ile ilgili tam bir görüş birliği bulunmadığı dikkati çekmektedir. Topluluğun akdettiği uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerin diğer âkid tarafça üye devletlere karşı ileri sürülebilmesine karşı olan yazarlar, burada ifade edilen bağlayıcılığın -üye devletler bakımından- diğer âkid tarafa karşı bir dış yükümlülük olmadığını, sadece saf bir Topluluk içi icra emri olarak düşünülmesi gerektiğini kabul etmektedirler. Bu görüş doğrultusunda devletler hukuku bakımından Topluluğun antlaşma akdettiği karşı tarafın antlaşmaya dayalı taleplerini, doğrudan üye devletlere karşı ileri sürememesi gerekecektir²⁴³. Buna karşın diğer bazı yazarlar özellikle "karma antlaşma"

²⁴³ Bu yazarların başında gelen Schmalenbach'a göre, ATA. 300(7).m., üye devletler bakımından Topluluğun akdettiği uluslararası antlaşmalara uymak ve onları ulusal alanda uygulamak konusunda Topluluk hukukuna dayalı bir yükümlülük ortaya koymaktadır. Yazara göre, 300(7).m., üçüncü devletlere, üye devletlere karşı özel hukuki pozisyonlar tanımayı amaçlamamaktadır. Bu nedenle bir üçüncü devletin, antlaşmanın ihlali halinde üye devlete başvurabilmesi mümkün görülmemektedir. Kısaca yazar, 7.bendin üye devletlere -dış ilişkide- Topluluğun akdettiği Antlaşmalardan doğan uluslararası hukuka dayalı hak ve yükümlülükler tanımadığı görüşündedir. Bkz. Schmalenbach(2002), Art.300,Rdnr.49; Üye devletlerin antlaşmayı uygulama konusunda sadece Topluluğa dayalı yükümlülüğü bulunduğu, fakat üçüncü devletlere karşı antlaşmayı yerine getirme yükümlüklerinin bulunmadığı şeklinde de açıklanan görüş ekseninde Can da, üye devletlerin Ortaklık Antlaşması ile bağlılığının bir dış yükümlülük, yani Antlaşma'nın karşı tarafına karşı bir yükümlülük olmayıp, bir iç yükümlülük yani Topluluğa karşı bir yükümlülük olduğunu ve Türkiye'nin Antlaşma'nın uygulanmasını üye devletlerden değil, Topluluktan talep edebileceğini kabul etmektedir. Bkz.Can (2002),s.206; Yazar aynı zamanda ATA 300(7).m.'nin sadece iç ilişkide uygulanabileceğini, ortaklığın normlarının da Topluluk içi yükümlülük olarak üye devletler için de aynı ölçüde bağlayıcı olduğunu, ayrıca bunun yanında üye devletlerin ATA 10.m.'den kaynaklanan Topluluğa sadakat yükümlülüğünün de bulunduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak yazara göre, Türkiye üye devletlerden değil,-Topluluğun üye devletlerin ulusal kısımlarının uygulanmasında ATA'ya göre yetkisinin bulunmamasına rağmen-, Topluluktan

ekseninde yaptıkları açıklamalarda, üye devletlerin de antlaşmaya taraf olduğunu ve her şeyden önce devletler hukuku bakımından tüm âkid tarafların karma antlaşmanın hükümleri ile bağlı olduğunu, Ortaklık partnerinin Topluluktan ya da üye devletlerden antlaşmanın ifasını isteyebileceğini, her ikisini de muhatap olarak görebileceğini, istisnaların ise sadece antlaşmanın -açıkça- aksine bir düzenleme içermesi, farklı bir şey öngörmesi halinde söz konusu olacağını belirtmektedirler²⁴⁴. Kanımızca ikinci görüşün kabul edilmemesi halinde ortaklık antlaşmasının ya da Konsey kararlarının bazı hükümlerinin doğrudan etkisinin kabulü ve bunun sonucunda üye devlet resmi makam ve mahkemelerinde ileri sürülerek belirli taleplerde bulunabilme olanağı tartışmalı hatta imkânsız hale gelecektir. Hükmün lafzı ve amacı olanak tanıdığı ve antlaşmadan (ya da Konsey kararından) üye devletin yükümlü ve bir talebin muhatabı olduğunun anlaşıldığı hallerde -söz konusu yükümlülüklerin doğrudan üye devletlere karşı ileri sürülebilmesi mümkün olmalıdır. ATAD içtihadından varılan sonuç da budur.

Bu noktada öğretide Can'ın maddi bağlayıcılık olarak ifade ettiği Topluluk tarafında gerçekte kimin yükümlü olduğu sorusuna da yanıt verilmesi gerekmektedir. Hem Topluluk hem de üye devletler Türkiye'ye karşı ortak bir âkid taraf olarak her durumda Antlaşma'nın tüm içeriği ile bağlı mıdır? Ortaklık Antlaşması'nın 1.no'lu ekinde yer alan, "Ortaklık Antlaşmasında geçen 'âkid taraflar' deyiminin yorumu ile ilgili bildiride" bir ayırma kriteri öngörülmüştür. Buna göre; "Âkid Taraflar; Ortaklık Antlaşmasının, metinde geçen «Akit Taraflar» deyimine bir yandan Türkiye Cumhuriyeti, öte yandan Topluluk ile üye devletler, veya sadece, ya üye devletler ya da Topluluk anlamı verilmek suretiyle yorumlanması hususunda anlaşmışlardır. Bu deyim her defasında verilecek anlam, Antlaşmanın bunları karşılayan hükümlerinden çıkarılacaktır"²⁴⁵. Bu durumda "Âkid Taraflar kavramının anlamı, Antlaşma'nın

antlaşmanın icrasını isteyebilecektir. Topluluk Türkiye'ye karşı antlaşmanın yerine getirilmesi konusunda sınırsız bir biçimde sorumludur. Bkz.Can (2002), s.206 vd.

Bu hususta Schwarze'nin yaklaşımı ise, devletler hukuku antlaşmalarının üye devletler için de (iç ilişkide), -esas olarak bunlar Topluluk hukuku bakımından antlaşmanın yerine getirilmesi yetkisine tabi olduğu ölçüde- bir bağlayıcı etki getirdiği şeklindedir. Buna karşın, üye devletler karma antlaşma çerçevesinde kendi münhasır yetkilerine giren alanlarda kendi devletler hukuku yükümlülüklerini üstlenmeleri durumunda ise ATA 300 (7). m. herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Bkz. Herrfeld (2009), Art 310, Rdnr.16; Herrfeld, ATA 300 (7).m.'den doğan bağlayıcılığın üye devletler bakımından iç ilişkide etki doğuran bir bağlayıcılık olduğunu vurgulamaktadır.

²⁴⁴ Vöneky (2009), Art.310, Rdnr. 22

²⁴⁵ Bu hüküm uyarınca değişik olasılıklar söz konusu olabilecektir:

- Bir yanda Topluluk ve üye devletler birlikte müşterek âkid taraf, diğer yanda Türkiye,
- Bir yanda tek başına Topluluk, diğer yanda Türkiye,
- Bir yanda ortak üye devletler, diğer yanda Türkiye,

ilgili hükümlerinin ve AT Antlaşması'nın ilgili düzenlemelerinin yorumu ile ortaya çıkarılabilecektir.

Dikkatten kaçırılmaması gereken bir başka nokta Ankara Anlaşması'nın bir karma antlaşma olduğudur. Karma antlaşmalar üye devletlerin de katılımı ile akdedilmektedir. Öğretide Vöneky, Topluluğun akdettiği karma antlaşmaların dengelenmesi gereken çok farklı zorluklara neden olduğunu ve bu antlaşmalarda Topluluğa dayalı yetki durumunun içte ve dışta belirsiz olduğunu belirtmektedir. Esasen yukarıda incelenen ayırım kriterleri ya da hükümleri de Topluluk ve üye devlet yetkilerini açık ve net göstermediği için bu durumu değiştirmemektedir²⁴⁶. Can'a göre, Topluluk ve üye devletler bakımından maddi bağlayıcılık, AT Antlaşması'nın iç yetki dağılımına göre belirlenmelidir²⁴⁷. Karma sözleşmeler bakımından öğretide kısmen ayırım yapılmış ve üye devletlerin hukuk düzenlerinde Topluluk hukuku olarak önceliğin sadece, ortaklık antlaşmasının bir Topluluk yetkisine dayanan kısımları için söz konusu olacağı görüşü ileri sürülmüştür. Üye devletlerin yetkilerine dahil olan kısım için ise sadece ulusal hukuka tabi olan hukuki durum esas teşkil edecektir²⁴⁸. Komisyon ile Fransa arasındaki bir davada ATAD, "*Topluluk tarafından akdedilen karma antlaşmalar bakımından, antlaşma hükümleri Topluluk yetki alanı kapsamında olduğu sürece, üye devletler ve üye olmayan devletler saf Topluluk antlaşmalarında olduğu gibi Topluluk hukuk düzeninde aynı statüye sahiptirler*" demektedir²⁴⁹. Kararda, topluluğun yetki alanına dahil olmayan antlaşmalar bakımından aynı sonuca ulaşılmasına olanak verilmeyen bir ifade kullanılmıştır.

Rekabet hukuku Topluluk ve üye devletlerin paylaşılan yetki alanlarından biridir. Bu durumda paylaşılan yetki Topluluğun bu anlamda uluslararası antlaşma yapabilmesine olanak tanımakta mıdır? Bazı yazarlar, sadece Topluluğun münhasır yetkili olduğu alanların bu kapsamda değerlendirilebileceğini ileri sürmektedirler²⁵⁰. Buna karşın Sellafield davasında, kanun sözcüsü Poiares Madura'nın Görüşünde Topluluğun dış yetkisini oldukça genişleten bir yaklaşım benimsenmiştir²⁵¹. Görüşe göre, davaya konu antlaşma

- Bir yanda tek başına ilgili üye devlet, diğer yanda Türkiye

²⁴⁶ Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.21

²⁴⁷ Can (2002), s. 206 vd.

²⁴⁸ Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.57

²⁴⁹ Case C-239/03 Commission v. France[2004] ECR I- 09325, parag.25

²⁵⁰ HELİSKOSKİ, J.(2001), "Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States" Kluwer Law International, Boston, s.46-47

²⁵¹ Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, Kanun Sözcüsü Poiares Madura'nın 18 Ocak 2006 tarihli Görüşü, parag.33, (Görüş için bkz: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003C0459:EN:HTML>)

genel olarak Topluluğun münhasır yetkisi alanında değildir; Üstelik antlaşmaya ilişkin bir Topluluk mevzuatı da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, antlaşma bir kez akdedildikten sonra bu antlaşmaya riayet ve sorumluluk probleminin, antlaşmanın akdedilmesi sırasında yetki hususunun ele alınmasından oldukça farklı olduğu vurgulanmaktadır. En azından paylaşılan yetkinin söz konusu olması halinde Topluluk menfaati, üye devletin karma antlaşmayı bir bütün olarak Topluluk hukuku dahilinde değerlendirmesini gerektirir. Antlaşma bir kez akdedildikten sonra Topluluk hukukunun bir parçası haline gelir, Topluluk menfaati antlaşmanın yorumunda olduğu gibi antlaşmanın uygulanması ile de yakından ilişkilidir. Mahkeme de kararında yetki hususundan ziyade açık bir şekilde Topluluk menfaati ve Topluluk hukukunun kapsamına dayanmıştır. Karma Antlaşmalar bakımından yetkilerin belirsizliği ve karışması, sadece Topluluk hukuku bakımından yetkiye sahip olan ATAD'ın öncelikle karma antlaşmanın hangi kısımlarının Topluluk yetkisi bakımından Topluluk hukuku olarak görülebileceğini açıklığa kavuşturma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Ancak öğretide, ilgililer (hakka tabi kılınanlar) bakımından belirsizliklere engel olmak amacıyla, ATAD'ın Topluluk yetkisini belirlemek yerine bu yetkiyi toptan kabul etme yoluna gittiği, ATAD'ın karma antlaşmalarda hangi hükümlerin Topluluk yetkileri kapsamında akdedildiğine ilişkin bir ayırım yapmadığı, yönünde yorum yapılmaktadır²⁵². Esasen Ankara Anlaşması dışında da Topluluğun akdettiği çeşitli ortaklık antlaşmalarında rekabet hukuku hükümleri yer almaktadır.

Öte yandan, Topluluk hukukuna dayalı yetki bölüşümü sadece, Topluluk tarafında yetkilerin dağılımı bakımından önem taşımaktadır²⁵³. Ortaklık Antlaşması'nın geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi hiç şüphesiz ki yoktur.

Can'a göre, Antlaşma'nın ilgili hükmünün Topluluk tarafındaki muhatabının kim olduğunun anlaşılabilmesi durumunda, hem Topluluğun hem de tüm üye devletlerin yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü oldukları sonucuna varılması gerekmektedir. Yazar burada, ilgili Antlaşma hükmünün hem Topluluk hem de üye devletler bakımından ortak bağlayıcı etkisinden söz etmektedir. Gerek Topluluk gerekse üye devletler böyle bir durumda antlaşmaya

(Karar için bkz. [http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CELEX:62003J0459: EN:HTML](http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0459:EN:HTML)) (13 Temmuz 2009)

²⁵² Vöneky (2009), Art.310, Rdnr.21,53,57; Örnek olarak ATAD'ın *Hermés* kararı verilmektedir. Bkz. EuGH "*Hermés International v. FHT Marketing*", Rs.C-53/96Slg.1997, I-3603, 3647, Rdnr.25,28)

²⁵³ Aynı yönde bkz. Case C-53/96 *Hermés International v. FHT Marketing* [1998] ECR, kanun sözcüsü Tesauro'nun görüşü parag.14

bir bütün olarak bağlandığı için, Türkiye'nin de taleplerini hem Topluluk hem de üye devletlere karşı ileri sürebilmesi mümkün görülmektedir²⁵⁴.

Topluluk, üye devletlerle ilişkisinde Türkiye ile olan ortaklık ilişkisinin merkezinde yer almaktadır. Ortaklık Antlaşması üye devletlerin de katılımına rağmen Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında kurulmuştur. (Ankara Anlaşması 1.m.) Topluluk tarafındaki âkid taraflardan birinin Anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda Anlaşmanın ihlali söz konusu olacaktır. Bu noktada artık Topluluğun ya da her bir ilgili üye devletin tek başına mı yoksa birlikte mi yükümlü olduğu sorusu önemini yitirmektedir. Çünkü Topluluk tarafı Türkiye'ye karşı ortak bir âkid taraf olarak ortaya çıkmakta ve Anlaşma'dan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemektedir²⁵⁵. Bu durumda öğretide Türkiye'nin de anlaşmayı ihlal eden Topluluğa karşı, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu 60.m.'den doğan haklarına dayanabileceği ve Ankara Anlaşması'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir²⁵⁶.

Sonuç olarak 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararından doğan ve muhatabı üye devlet olan yükümlülüklerin, doğrudan üye devletlere karşı ileri sürülebilmesi, üye devletten Anlaşmaya ve Konsey Kararından doğan yükümlülüğüne uymasının istenmesi mümkündür. Ancak olayımızda 1/95 sayılı Karar'ın 43.maddesinin ifadesi bu tür bir talebe olanak verir nitelikte görülmemektedir. 43.maddenin I. fıkrasına göre, "*Topluluğun veya Türkiye'nin, diğer Tarafın topraklarında sürdürülen ve rekabete aykırı olan uygulamaların kendi çıkarlarını veya kendi işletmelerinin çıkarlarını olumsuz yönde etkilediğine inanması halinde ilk Taraf diğer Tarafa durumu bildirebilecek ve diğer tarafın rekabetle ilgili makamının uygun tedbirleri almasını talep edebilecektir. Yapılan başvuruda rekabete aykırı uygulamaların niteliği ve başvuruda bulunan Tarafın çıkarları üzerindeki etkisi mümkün olduğu kadar açık biçimde ifade edilecek ve başvuruda bulunan Tarafın sağlayabileceği ek*

²⁵⁴ Can (2002), s.209

²⁵⁵ Benzer şekilde Topluluk ve üye devletlerin Ortaklık Antlaşması'ndan doğan taleplerini Türkiye'ye karşı kural olarak birlikte, müşterek biçimde ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Can (2002), s.210, 211

²⁵⁶ Can (2002), s.211; Topluluğun üye olmayan devletlerle yaptığı Antlaşmalarda "karşılıklık" ilkesinin uygulanması Tomuschat tarafından ele alınmıştır. ATAD "karşılıklık" prensibini Topluluk içi hukuksal alandan tamamıyla elimine etmiştir. Esasen Topluluk, merkezi hukuki zorlama mekanizmalarına sahiptir ve bunları kullanmaktadır. Ancak Topluluğun üye olmayan devletlerle yaptığı uluslararası hukuk temeline dayalı antlaşmalarda taraflar arasında mevcut olan eşitlik (parite) - eşit haklara sahip olma prensibi bu Antlaşmalara farklı yaklaşmayı haklı kılmaktadır. Her iki âkid taraf da eşit konumda bulunup eşit şekilde düzenlenmişlerdir. Taraflardan hiç birinin Antlaşma içeriğinin anlam, etki ve kapsamı konusunda tek başına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Tomuschat (1983), s. 802, 811,812

bilgiler ve işbirliği önerileri yer alacaktır.” Görüldüğü gibi 43.madde Topluluğun veya Türkiye'nin -rekabet makamlarının- işbirliğinde bulunma yükümlülüğünden söz etmektedir. Metinde Topluluk ifadesinin ve Topluluğun rekabet makamının açık biçimde vurgulandığı göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'nin ve Rekabet Kurumu'nun işbirliği talebinin asıl muhatabının üye devlet rekabet makamı yani Avusturya Rekabet Otoritesi değil, Topluluk rekabet makamı yani AB Komisyonu olduğu anlaşılmaktadır. Madde metni, “Taraflar” ifadesi ile Topluluğu işaret ettiğini açıkça göstermektedir. Buradan hareketle Avusturya Rekabet Otoritesinin Türk Rekabet Otoritesine karşı, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan doğan bir işbirliğinde bulunma yükümlülüğü bulunmadığı sonucuna varılabilecektir. Fakat bu tespit Topluluğun işbirliği yükümlülüğünü hiçbir şekilde bertaraf etmemektedir

SONUÇ

ATAD'ın yerleşik içtihatlar çerçevesinde benimsediği ilkeler ışığında Topluluğun üçüncü ülkelerle akdettiği bir anlaşma hükmünün doğrudan etkiye sahip olup olmadığı anlaşmanın niteliği, amacı ve lafzı dikkate alınarak belirlenmektedir. Taraflar arasında bir ortaklık tesis eden bir anlaşmanın belirli hükümleri anlaşmanın amacı ve niteliği kapsamında karşılıklı olarak bireylere doğrudan kullanabilecekleri hukuki haklar yaratabilir. 1/95 sayılı Kararda yer alan rekabet hükümleri Taraflar arasında hedeflenen gümrük birliğini sağlamaya yönelik politikalardan biri olarak benimsenmiştir. Bu açıdan, Ankara Anlaşması ile birlikte 1/95 sayılı Karar hükümlerinin yorumlanmasında, ileride bir katılımın hedeflendiği dikkate alınarak Topluluk Antlaşmalarındaki özdeş hükümlere ilişkin yorumların esas alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, 1/95 sayılı Karar'ın 32. maddesini doğrudan etkiye haiz olup olmadığını belirlerken aynı yönde bir düzenlemeyi içeren AT Antlaşması'nın 81. maddesine ilişkin yorumdan yararlanmanın mümkün olduğu görüşündeyiz. Sözkonusu düzenlemeler amaç ve dil bakımından birbirine paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla, 32. maddenin ilave tedbirlerin kabulünü gerektirmeyecek kadar açık, kesin ve koşulsuz olduğu söylenebilir.

1/95 Sayılı Karar'ın 43. maddesi uyarınca Tarafların işbirliğinde bulunma yükümlülüğü olmadığı açıktır. Bununla birlikte, madde kapsamında Taraflara işbirliği hususunda takdir hakkı verilmiş olması ilgili hükmün doğrudan etkili olmasına engel teşkil etmeyecektir. Rekabet Kurumu, ilgili hükme dayanarak AB Komisyonu'ndan işbirliği talep edebilir. Karşı tarafın takdir hakkını işbirliğine yanaşmama yönünde kullanması halinde red sebeplerinde haklı olup olmadığı yargı denetimine tabi olabilecektir. Zira, bu hususta takdir hakkının varlığı bu hakkın dayanaksız veya kötüye kullanılabilmesi anlamına gelmeyecektir. Kanımızca, 32. maddenin

uygulanması bakımından usule ilişkin düzenlemelerinin Ortaklık Konseyi tarafından henüz gerçekleştirilmemiş olması gerek 32. maddenin gerek 43. maddenin doğrudan etkisini ortadan kaldırmaz. Rekabet otoriteleri rekabet soruşturmalarının yürütülmesi konusunda belirli yerleşik usullere, kurallara ve yeterli deneyime sahiptir. Dolayısıyla, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar karşısında soruşturmanın yürütülmesine ilişkin kuralların mevcut olmaması Tarafların soruşturma safhasında bilgi ve destek alışverişi bakımından engel teşkil edemez. Kaldı ki, Avrupa Birliği'nin ve ABD'nin uluslararası kartellerde herhangi bir anlaşmaya dayanmaksızın yürüttükleri gönüllü işbirliği buna en açık örnektir. 1/95 sayılı Karar çerçevesinde Avrupa Birliği bakımından mevcut olduğunu savduğumuz yükümlülüklerin, 43. maddenin ifadesi karşısında Avusturya Rekabet Otoritesi bakımından var olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bununla birlikte, bu hükümlerin doğrudan etkili olduğu sonucuna varılmış olması, bu sonucun 1/95 sayılı Karar'ın rekabet kurallarının kolaylıkla sonuç yaratabileceği anlamına gelmemektedir. Bu kuralların uygulanmasının önündeki en önemli engellerden biri hiç kuşkusuz kişisel bilgilerin, gizli bilgilerin korunmasına yönelik farklı mevzuatların varlığıdır. Öte yandan uluslararası tebligatların yapılması, soruşturma sonucunda verilen kararların icrasının ne şekilde gerçekleştirileceği de yanıtız sorular arasındadır. Ancak, bu münferit olayda AB Komisyonu'nun elinden gelen işbirliği olup olmadığı konusunda bir görüşe sürecine dahi gerek görmeksizin kendi bölgesinde etki yaratmayan bir fiyat karteline yönelik işbirliğine kapılarını kapatmış olması bu husustaki sorunun yegane sebebinin eksik hukuki düzenlemeler olmayabileceğini akla getirmektedir. Kanımızca, rekabet kurallarının ülkelerarası/sınırötesi uygulanabilirliğini münferit olaylar ve durumlar üzerinden tartışmak yetersizdir. Asıl gerekli olan bu süreci rekabet kurallarının uygulandığı ilişkiler, ekonomik çevre, çerçevesinde değerlendirmektir²⁵⁷. Rekabet kuralları, uluslararası ilişkiler ve ekonomik çevre arasındaki ilişki kurulmaksızın yapılan bir değerlendirme her zaman eksik olacaktır. Zira, bu halde uygulama güçlüklerinin sadece hukuki düzenleme eksiklikleri ve boşluğundan kaynaklandığı yanılması ortaya çıkacaktır. Bu ise, rekabet hukukunun kapitalist etiğin bir parçası olduğu ve çeşitli biçimlerde ulusal menfaatlere hizmet ettiği gerçeğinin gözden kaçırılmasına neden olacaktır. Ülkelerin rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerine bakıldığında ülke veya bölge sınırları içerisinde rekabete aykırı uygulamaları düzenleyen kurallar ile sınır ötesi uygulamaların rekabete aykırılığını düzenleyen kurallar arasında fark olduğu görülecektir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde ve İngiltere'de

²⁵⁷ FIDLER, D.P.(1992), "Competition Law and International Relations", The International and Comparative Law Quarterly, Sayı 41, No.3, s.563 vd.

ihracat kartelleri rekabet kurallarının uygulaması dışında bırakılmıştır²⁵⁸. Avrupa Birliği'nde AT Antlaşması'nın 81.ve 82. maddelerine bakıldığında ise “*üye ülkelerarası rekabetin etkilenmesi*” halinde rekabetin sınırlandırılması ihtimalinden söz edilmektedir. Benzer yaklaşım Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından da geçerlidir. 2. madde uyarınca “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde[...] faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen*” teşebbüslerin rekabeti önleyici, bozucu faaliyetleri kanun kapsamına alınmıştır. Mevcut sistemde, özel teşebbüsler arasındaki ekonomik rekabet ulusal refahın ve gücün artışı hedeflenmektedir. Bunun sonucu olarak, devletler kendi ulusal teşebbüslerinin uluslararası sistemin avantajlarından tam olarak yararlanmasına izin vermektedir.

Uluslararası ilişkiler çerçevesinde durum açık olmakla birlikte, bu durum Türkiye'nin 1/95 sayılı Karar çerçevesinde rekabet kurallarının uygulanabilirliğini sağlamak için gerekli düzenlemeleri yapma gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu çerçevede, rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik tebligatın yapılması, bilgi ve belgelerin teminine ilişkin uygulama kuralları çıkartılmalı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal durum AB mevzuatı ile uyumlulaştırılmalı ve Taraflar arasında gizli bilgilerin kullanımına, korunmasına ilişkin protokol imzalanmalıdır.

²⁵⁸ Ulusal ekonomiyi koruyucu yöndeki yaklaşımlar birleşme ve devralmalara ilişkin kararlarda da görülmektedir. Bkz. Fidler (1992), s.572 vd.

KAYNAKÇA

ARNDT, H.W. ve C. FİSCHER (2008), *Europarecht*, 9.Aufl., Heidelberg-München-Landsberg-Berlin.

ASLAN, Y. (2005), *Rekabet Hukuku*, 3.bası, Ankara.

BADUR, E. (2001), *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Yüksek Lisans Tezi.

BAŞLAR, K. (2004), *Gümrük Birliği Antlaşması'nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın) Hukuksal Niteliği*, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C:4, No:1, Güz:2004, s.151-198.

BEBR, G. (1983), *Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, 20 *Common Market Law Review*.

BERMANN, G.A., R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY ve E.M. FOX (2004), *"Cases and Materials on European Union Law"*, İkinci Bası.

BLECKMANN, A. (1990), *Europarecht*, 5.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München.

BORCHARD, K.D. (2006), *Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, 3. Aufl., Heidelberg-München-Landsberg-Berlin.

BOURGEOIS, J. (1984), "Effects of International Agreements in EC Law: Are the Dice Cast?" *Michigan Law Review*, V.82, No.5/6.

CAN, H. (2002), *Assoziationsverhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei*, Frankfurt am Main.

CAN, H. ve Ç. ÖZEN (2005), *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku*, Ankara.

DOĞU, U. (2004), *Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulanma Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi*, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm, Erişim Tarihi: 22.02.2010.

EMMERICH, V. (2001), *Kartellrecht*, 9.Aufl. München.

EROL, K. (2000), "Rekabet Hukukunun Ülke Dışı Uygulaması" *Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez serisi No.1*, Ankara

FIDLER, D.P. (1992), "Competition Law and International Relations", *The International and Comparative Law Quarterly*, Sayı 41, No.3, s.563 vd.

GOYDER, D. (2003), *EC Competition Law*, 4. B. Oxford University Pres.

GÖZLER, K. (2001), Uluslararası Andlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:56, No:2, Nisan-Haziran
http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/56/2/4_kemal_gozler.pdf,
Erişim Tarihi: 22.02.2010.

GROEBEN, H., J. THIESING ve C.D. EHLERMANN (1999), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Baden-Baden.

GÜNUĞUR, H. (1996), Avrupa Topluluğu Hukuku, 3. B., Ankara.

GÜMRÜKÇÜ, H. (2003), Küreselleşme ve Türkiye, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Hamburg/İstanbul, s.17-58.

HEKİMOĞLU, M.M. (2002), Das Verhältnis zwischen EG-Rechtsordnung und Völkerrecht, "Yönetim ve Ekonomi", Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:9, Sayı:1-2, s.173-185.

HELISKOSKI, J. (2001), "Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States", Kluwer Law International, Boston.

HERDEGEN, M. (2009), Europarecht, 11.Aufl. München.

HERRMANN, C. (2001), Grundzüge der Welthandelsordnung- Institutionen, Strukturen und Bezüge zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZEuS, Jahrgang:4, Heft:3, s.453-497, Saarbrücker Bibliothek,
<http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=136>,
Erişim Tarihi: 22.02.2010.

HERRNFELD, H.H. (2009), EU-Kommentar, 2. Aufl. Baden Baden

HIGGINS, R. (1984), "The legal Bases of Jurisdiction" in Olmstead Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto.

HORNA, P.M. ve B.Ö. KAYALI (2007), National Implementation of Competition –Related Provisions in Bilateral and Regional Trade Agreements, Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?, United Nations Conference on Trade and Development, New York -Cenevre.

JENNİNG, R.Y. (1957), "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws", 33; British Yearbook of International Law.

KAPTEYN, P.J.G. ve P.VERLOREN VAN THEMAAT (1989), Introduction to the Law of the European Communities, 3.Bası, Londra.

KOCH, (GRABITZ, E. ve M. HILF) (1999), *Kommentar zur Europäischen Union*, München, Art. 85, Nr.11.

KUYPER, P.J. (1984), *European Community law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments*, ICLQ, Vol.33, Ekim.

LASOK, K.P.E. ve D. LASOK (1994), *Law and Institutions of the European Union*, Butterworths.

LAVRANOS, N. (2004), *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, University of Amsterdam.

LENAERTS, K. ve E. SMIJTER (1999/2000), *The European Union as an Actor under International Law*, *Yearbook of European Law*, s.19 vd.

LOWE, A.V. (1984), *Public International Law and Conflict of laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations*, ICLQ, V.33, No.3.

MARSDEN, P. (2006), “Promoting Cooperation in Enforcement Agencies” *Yeditepe Üniversitesi, İstanbul*, 31 Temmuz-1 Ağustos 2006.

MÖBELE, R. (RUDOLF STREINZ) (2003), *EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München.

OPPERMANN, T., C.D. CLASSEN ve M. NETTESHEİM (2009), *Europarecht*, 4.Aufl. München.

ÖZKAN, I. (2005-2006), “Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku ile Üye Devletler Ulusal Hukukları Arasındaki İlişkiler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y.25-26/S.1-2/2005-2006 Prof.Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan.

PAZARCI, H. (2007), *Uluslararası Hukuk*, 5.B Ankara.

REÇBER, K. (2002), *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Genel bir Bakış*, Cilt:4,Sayı:2,Sıra:1 No:57, www.isgucdergi.org/?cilt=4&sayi=2&year=2002, Erişim Tarihi: 22.02.2010.

PESCATORE, P. (1983), *The Doctrine of “Direct Effect” An Infant Disease of Community Law*, ELR 8.

RICHTER, S. (1993), *Die Assozierung Osteuropäischer Staaten durch die Europäischen Gemeinschaften: Eine Untersuchung der Rechtlichen Grundlagen der Vertragsgestaltung Zwischen den Europäischen Gemeinschaften und*

Polen, Ungarn und der Tschechoslowakei, Recht der Europäischen Gemeinschaften und GATT.

ROSENBERG, B. (2007), Competition Law and Policy Provisions In International Agreements: Assessing the Low Level of International Implementation, Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?, United Nations Conference on Trade and Development, New York -Cenevre.

SANLI, K.C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara.

SCHMALENBACH, K. (CHRISTIAN C. ve M. RUFFERT) (2002), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft-EUV/EGV, 2.Aufl., Neuwied-Kriftel.

SCHWEITZER, M, W. HUMMER ve W. OBWEXER (2007), Europarecht, Das Recht der Europäischen Union, Wien.

STREINZ, R. (2005), Die Türkei als Partner- Formen der Zugehörigkeit zur EU, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht, Nr.1.

SUR, M. (2006), Uluslararası Hukukun Esasları, 2.B. İstanbul.

TEKDİMİR, Y. (2006), Suggestions For Enhancing The Effectiveness of Cooperation On CLP Issues At Regional Level: Lessons From Turkey, International Seminar on "Competition Provisions in RTAs" Co-Organized By UNCTAD, Yeditepe University and IDRC, İstanbul.

TEKİNALP, Ü. (1996), Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV.

TİRYAKİOĞLU, B. (1997), Rekabet Hukuku'ndan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını No: 515.

TOLUNER, S. (1995-1996), 6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S.1-2, s.3-26.

TOMUSCHAT, C. (1983), Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftrechtsordnung, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln, s.801-822.

USAL, Z. (2004), Avrupa Birliği ve Türkiye-AB İlişkileri Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar, İKV No:178, no:17.

VÖNEKY, S. (GRABITZ, E. ve M. HILF) (2009), Das Recht der Europäischen Union, Band:III, EUV/EGV, (38.Ergänzungslieferung - Stand April 2009), München.

WIEDEMANN, G. (1999), Handbuch des Kartellrecht, München.

WINTER, J.A. (1972), Direct Effect and Direct Applicability: Two Distinct and Different Concepts in Community Law, 9 Common Market Law Review.

WHISH, R. (2003), "Competition Law" 5. B., Suffolk.

ZÄCH, R. (1994), Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München.