

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Demirkan Kararı ve Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelerde Hizmet Alımı

Ercüment Tezcan*

Öz

Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği üyesi ülkelere girişleri, ikametleri ve çalışma haklarının yanı sıra hizmet sunumu ve sunulan hizmetlerden yararlanma hakları da son dönemlerde tartışılan konulardan biridir. AB üyesi ülkelere giriş, ikamet, çalışma ve hizmet sunma hakkı konusunda Adalet Divanı şimdiye kadar önüne gelen davalarda daha liberal bir yorum kabul ederek Türk vatandaşlarına yönelik olumlu bir içtihadi çizgi benimsemiştir. Hizmet alımı konusunda da böylesi bir beklenti mevcuttu. Ancak Adalet Divanı 24 Eylül 2013 tarihinde verdiği Demirkan kararında hizmet alımı konusunda benzer bir yaklaşımı benimsememiş ve hizmet alımı için AB üyesi devletlere girecek olan Türk vatandaşlarının vize almaları gerektiğine karar vermiştir. Demirkan kararı her ne kadar bu konuda net olsa da gerek karar metninde gerekse Hukuk Sözcüsünün Gerekçeli Görüşünde birtakım noktalar tartışmaya açıktır.

Anahtar Kelimeler

Türk Vatandaşları, hizmet alımı, Standstill Hükümü, Avrupa Adalet Divanı, vize yükümlülüğü

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi - İstanbul/Türkiye
etezcangsuedutr@gmail.com

Giriş

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)1 C-211/11 sayılı Leyla Ecem Demirkan /Bunderrepublik Deutschland davasında 24 Eylül 2013 tarihinde verdiği kararla Türk vatandaşlarının hizmet alımı için AB üyesi ülkelere girişte vize almaları gerektiğini belirtmiştir. Bu karar Adalet Divanı'nın gerek Türk işçilerinin çalışma ve oturma hakları, gerekse hizmet sunumu kapsamında verdiği önceki kararlardan daha farklı bir karar olarak öne çıkmaktadır. Bu kararla Adalet Divanı önceki kararlarda sergilediği liberal yaklaşımı bir kenara bırakmış gözükmektedir. Divan'ın bu kararındaki hukuki gerekçelendirme tatmin edici olmaktan uzak gözükmektedir.

Bu karar, kendisine çok güvenilen ve Türkiye'nin can simidi gibi gördüğü meşhur Katma Protokolün 41/1. maddesi çerçevesinde alınmıştır. Divan'ın bu çerçevedeki kararı çok nettir: Katma Protokolün 41/1. maddesi hizmet alımı için –ya da AB hukukundaki teknik ifadesiyle pasif hizmet sunumu için- AB ülkelerinin Türk vatandaşlarına vize uygulamasına engel oluşturmaz. 11 Nisan 2013 tarihinde gerekçeli görüşünü belirten Hukuk Sözcüsü Pedro Cruz Villalon, davaya temel oluşturan hizmet alımının vize muafiyeti için bir gerekçe olarak kullanılamayacağı yönünde görüşünü belirtmiştir (Gerekçeli Görüşün eleştirisi için bkz. Gümrükçü 2013, Göçmen 2013, YTB raporu 2013). Divan da yukarıda anılan kararı vererek bir anlamda Hukuk Sözcüsünün görüşünü teyit etmiştir.

Alınan kararın sonucu bu kadar net olmasına rağmen, gerek Hukuk Sözcüsü'nün davaya ilişkin Gerekçeli Görüşü, gerekse Divan'ın Kararı hukuki gerekçelendirme (argumentation) açısından eleştiriye açık birtakım hususlar içermektedir. Bu çalışmada Adalet Divanı'nın bu kararı çeşitli yönleriyle incelenecektir. Ancak kararın ayrıntısına girmeden önce, hizmet serbestisi konusunda AB'de ve Türkiye-AB ortaklığı çerçevesindeki durum ve konuyla ilgili Adalet Divanı'nın içtihadı genel çizgileriyle ele alınacaktır. Ardından kararın incelemesine geçilecektir.

I- HİZMET SERBESTİSİ KONUSUNDA AB'DE VE TÜRKİYE-AB ORTAKLIĞI ÇERÇEVESİNDEKİ DURUM

Bu başlık altında hizmet serbestisi konusunda önce AB'deki durum, ardından da Türkiye-AB ortaklığı çerçevesindeki durum genel hatlarıyla incelenecektir.

A- Hizmet Serbestisi Konusunda Avrupa Birliği Hukuku'ndaki Durum

Hizmet serbestisi konusunda AET/AB'nin kurucu metinlerinde yer alan düzenlemelerin yanısıra Adalet Divanı da yıllar içinde konuyla ilgili bütüncül bir içtihat ortaya koyarak hizmet serbestisi kavramının içeriği ve kapsamının belirginleşmesine katkıda bulunmuştur (bu konuda sistematik bir analiz için bkz. Pınar 2009: 83-89). Şimdi sırayla bu iki husus ele alınacaktır.

i- Kurucu Metinlerde Hizmet Serbestisiyle İlgili Düzenlemeler: Hizmet serbestisi (freedom to provide services) konusu Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde en temel konulardan biri olarak öne çıkmaktadır. Bu nedenle hizmet serbestisi, tıpkı malların, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımı gibi, Avrupa Birliği'nin İşleyişiyle ilgili Antlaşmanın 56 ila 62. maddeleri (25 Mart 1957 tarihli orijinal versiyonda Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması 59 ila 66. maddeler) arasında ayrıntılı sayılabilecek bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu düzenlemeye bakıldığında gerek hizmet sunucuların gerekse hizmet alıcıların önündeki engellerin kaldırılacağı açıkça ifade edilmiştir.

Hizmet serbestisinin diğer özgürlüklere nazaran daha ikincil/artık (résiduelle) bir niteliği bulunmaktadır. Bir başka deyişle hizmet serbestisi diğer serbestilerin kapsamadığı durumların tamamı için ileri sürülebilir. Hizmet sunumu kapsamında hizmet sunumu yapılan ülkenin kuralları geçerlidir. O ülke hizmet sunumu konusunda kendi vatandaşlarına ne tür kurallar uyguluyorsa aynısını AB üyesi diğer üye devletlerin vatandaşlarına da uygulamak zorundadır. Ancak onun ötesinde bir kural uygulanması yasaktır. Hizmet serbestisi tıpkı malların serbest dolaşımı gibi doğrudan etki özelliğine sahiptir (bu yönde bkz. 33/74 sayılı Van Binsbergen davasında verilen 3 Aralık 1974 tarihli karar, Rec. 1299)2. Dolayısıyla bu çerçevede yapılan her türlü kısıtlamayı taraflar ulusal yargı organları önünde ileri sürebilirler.

Sonraki dönemlerde AET bünyesinde konuyla ilgili birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler arasında kısaca belirli mesleklere yönelik yönergeler (avukatlar, hemşireler vs. gibi mesleklerin yanı sıra bu mesleklere ilişkin diplomaların denkliğinin tanınması) ve belirli alanlara yönelik yönergeler şeklinde bir ayırım yapmak mümkündür. Bu alanlar kısaca Gönderme Yönergesi (96/71 sayılı Yönerge, OJEC, 1997, L 18/1), Televizyon Yönergesi (89/552 sayılı Yönerge, OJEC, 1989, L 298/23), Enerji

Pazarlarının Serbestleştirilmesi Yönergesi (2003/55 sayılı Yönerge, OJEU, 2003, L 176/571), Sınır Ötesi Nakliye Sektörü kapsamındaki yönergeler, Mali Hizmetler kapsamındaki yönergeler, Elektronik İletişim Hizmetleri ve Ağları kapsamındaki yönergeler, Dolaylı Vergilerle ilgili yönergeler ve son olarak Kamu Hizmet İhaleleri kapsamındaki yönergeler şeklinde özetlemek mümkündür. Konuyla ilgili güncel gelişme olarak Bolkestein Yönergesi olarak da anılan Hizmetler Yönergesini (2006/123 sayılı Yönerge, OJEU, L 27.12.2006, L 376/36) zikretmek gerekir (bu konuda daha fazla ayrıntı için bkz. Can 2013: 479-483, Dönmez 2008: 72).

Bugün itibarıyla AB hukukunda hizmet sunum serbestisi üç şekilde gerçekleşebilir. Birincisi hizmet sunumu kapsamında sunucunun serbest dolaşımdan yararlandığı aktif hizmet sunumudur. İkincisi kapsamında hizmet sunucuların yanı sıra hizmet alıcıların da serbest dolaşımdan yararlandığı pasif hizmet sunumudur. Sonuncusu ise sunucu ve yararlanıcılardan daha ziyade bizzat sunulan hizmetin serbest dolaşımının söz konusu olduğu uzaktan hizmet sunma ve bu hizmete erişim şeklindedir.

ii- Adalet Divanı'nın Hizmet Alımıyla İlgili İçtihadı: Adalet Divanı hizmet serbestisinin önündeki engellerin kaldırılabilmesi için oldukça liberal bir yaklaşım benimsemiş; özellikle hizmet alımı kapsamında Luisi-Carbone (286/82 ve 26/83 sayılı davalarda verilen 31 Ocak 1984 tarihli karar, Rec. 377) , Cowan (C-186/87 sayılı davada verilen 2 Şubat 1989 tarihli karar, Rec. 195) gibi aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan oldukça önemli kararlara imza atmıştır.

Adalet Divanı hizmet serbestisiyle ilgili kararlarında bir takım ilkeleri baştan itibaren itina ile koymuştur. Bu ilkelerden ilki uyruklu ilkesidir. Bir başka deyişle hizmet sunucular da yararlanıcılar da üye devletlerin vatandaşı/ AB yurttaşı olmalı ve farklı üye devletlerde ikamet etmelidirler (bu yönde bkz. C-43/93 sayılı Vander davasında verilen 9 Ağustos 1994 tarihli karar, Rec. I-3803). Ancak sonraki dönemlerde yurttaşlık kriteri yumuşatılmış ve AB içinde yaşayan üçüncü ülkelerin vatandaşları da yararlanıcı olarak hizmet serbestisi kapsamına dâhil edilmiştir. Sonraki dönemlerde ikamet konusunda da yumuşama sağlanmış ve hizmet sunumu için tüm ülke yerine hizmet sunumunun efektif olarak yapıldığı yer temel alınmıştır. Buna ilaveten yararlanıcılar yerine hizmetin bizzat kendisinin sınır ötesine sunumu söz konusu olabilir (bu yönde bkz. C-384/93 sayılı Alpine Investments

davasında verilen 10 Mayıs 1995 tarihli karar, Rec. I-1141). Bununla birlikte Divan, tamamen bir üye devlet içinde gerçekleşen hizmet sunumu ve yararlanma durumlarının hizmet serbestisi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir (bu yönde bkz. 76/81 sayılı Transporoute davasında verilen 10 Şubat 1982 tarihli karar, Rec. 417).

Aynı biçimde bir başka üye devletin vatandaşı olan bir kişinin diğer üye devlette ikamet etmesi ve süresiz olarak hizmet sunumundan yararlanması durumunda hizmet sunumu serbestisi için gerekli şartlar gerçekleşmemiş sayılır (bu yönde bkz. C-70/95 sayılı Sodemare davasında verilen 17 Haziran 1997 tarihli karar, Rec. I-3395). Buna karşılık hizmet sunanın ve yararlanıcının aynı ülkenin vatandaşı olmaları hizmet sunumu serbestisini engellemek/ekarte etmek için yeterli olmamaktadır.

Divanın belirlediği bir başka ilke sunulan hizmetlerin çok olması durumunda yararlanıcının belirlenmesidir. Bu durumda sunulan hangi hizmetlerin hizmet serbestisi kapsamında yer aldığı net olarak ortaya konabilecektir. Buna ilaveten yararlanıcıların mutlaka mesleki bir faaliyet göstermesi gerekmez. Yararlanıcı bir turist ya da tedavi görmek isteyen bir hasta olabilir (286/82 ve 26/83 sayılı Luisi-Carbone davalarında verilen 31 Ocak 1984 tarihli karar, Rec. 377).

Hizmet sunumu, hizmet sunucusuyla yararlanıcı arasında bağımlılık (subordination) ilişkisi dışındaki her türlü materyal veya materyal olmayan hizmet ya da mal sunumunu kapsar. Buradaki en önemli nokta yapılan hizmet karşılığında bir ücret ödenmesidir. Bu ücret reel ve efektif olmalıdır. Ücretin kar amacına yönelik olması ve mutlaka yararlanıcı tarafından ödenmesi gerekmez (bu yönde bkz. 352/85 sayılı Bond and Adverteeders davasında verilen 26 Nisan 1988 tarihli karar, Rec. 2085; C-196/87 sayılı Steymen davasında verilen 5 Ekim 1988 tarihli karar, Rec. 6159).

Hizmet serbestisinin kapsadığı faaliyetlere gelince sportif faaliyetler, sanat ve kültür faaliyetleri bu kapsamda yer alırken (bu yönde bkz. 13/76 sayılı Dona davasında verilen 14 Temmuz 1976 tarihli karar, Rec. 1333; 155/73 sayılı Sacchi davasında verilen 30 Nisan 1974 tarihli karar, Rec. 409); devlet tarafından verilen eğitim hizmeti (bu yönde bkz. C-109/92 sayılı Wirth davasında verilen 7 Aralık 1993 tarihli karar, Rec. I-6447), kamu otoritesinin kullanımına katılan her türlü faaliyet (bu yönde bkz. 173/73 sayılı

Reyners davasında verilen 21 Haziran 1974 tarihli karar, Rec. 631) ve kamu ihaleleri hizmet serbestisi dışında yer alır.

Pasif hizmet sunumu ya da sunulan hizmetten yararlanma ile ilgili olarak da Divan 31 Ocak 1984 tarihli Luisi ve Carbone kararından itibaren bu konuyu özellikle gündemine almış ve her defasında yaralanıcıların da hizmet sunumu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Örneğin Luisi ve Carbone kararında hizmet sunumunun tedavi için bir diğer üye devlete giden AET üyesi devletlerin uyuğundaki kişileri de kapsadığı, bu kişilerin ödemeler de dâhil olmak üzere bu çerçevede herhangi bir kısıtlamaya tabi olamayacakları, diğer bir üye devlete bu amaçla giden turistlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir (bkz. kararın 16. Paragrafı).

Divan 2 Şubat 1989 tarihli Cowan kararında ise bir hizmetten yararlanmak için bir diğer üye devlete giden bir turistin o ülkede bir saldırıya maruz kalması durumunda o ülkenin herhangi bir ayrımcılık yapmaksızın gerekli tazminatı ilgiliye ödemesi gerektiği belirtilmiştir (bkz. 186/87 sayılı davada verilen kararın 15 ila 17. Paragrafı). Divan 24 Kasım 1998 tarihli Franz ve Bickel kararında bir adım daha ileri giderek başka hiçbir özgürlükten yararlanmaksızın sadece sunulan bir hizmetten yararlanma opsiyonu için bir diğer üye devlete giden AB üyesi devletlerin vatandaşlarının hizmet sunumu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; bu kişilerin, gittikleri ülkede seyahat özgürlüğüne sahip olduklarını, ayrıca ceza hukuku alanında bu tür kişilere o ülkenin dilinden farklı bir dilde savunma yapabilmelerinin mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. C-274/96 sayılı davada verilen kararın 15-17 ve 31. Paragrafları).

19 Ocak 1999 tarihli Calfa kararında ise Divan sunulan bir hizmetten yararlanmak için bir diğer üye devlete giden ancak o üye devlette uyuşturucuyla yakalanan bir kişinin, o üye devlete girmesinin ömür boyu yasaklanmasını hizmet sunumundan yararlanma hakkına aykırı bulmuştur. Zira böylesi bir karar hizmet sunumundan yararlanma hakkının tamamen yok edilmesi/inkârı anlamına gelir (bkz. C-348/96 sayılı davada verilen kararın 18. Paragrafı). Nihayet 17 Şubat 2005 tarihli Oulane kararında ise Divan hizmet alımı için bir diğer üye devlete giden AB yurttaşlarından ayrımcı bir şekilde pasaport ya da kimlik bilgilerinin sorulamayacağına karar vermiştir. Bununla birlikte sunulan bir hizmetten yararlanmak için bir diğer

üye devlette 3 ayı aşan bir süre ikamet eden bir AB yurttaşı gerekli izahatı yapamadığı takdirde o üye devlet bu kişiyi sınır dışı etme hakkına sahiptir (bkz. C-215/03 sayılı davada verilen kararın 37, 38 ve 56. Paragrafları).

B- Hizmet Serbestisi Konusunda Türkiye-AB Ortaklığı Çerçevesindeki Durum

Bu başlık altında önce temel metinlerde konuyla ilgili yer alan düzenlemelere değinilecek; ardından Adalet Divanı'nın konuyla ilgili içtihadına yer verilecektir.

i- Temel Metinlerde Yer Alan Düzenlemeler: Hizmet serbestisi tıpkı AB çerçevesinde olduğu gibi Türkiye-AET/AB ortaklığı çerçevesinde de birincil metinlerde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin başında Ankara Anlaşmasındaki 13. ve 14. maddeler gelir. 13. maddeye göre “Akit Taraflar, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 52 ilâ 56. (dâhil) maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekte uyuşmuşlardır.”

14. maddeye göre ise “Akit Taraflar, hizmet edimi serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 55, 56 ve 58 ilâ 65. (dâhil) maddelerinden esinlenmekte uyuşmuşlardır.”

Ancak hizmet serbestisiyle ilgili asıl önemli düzenlemeler 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokolde yer alır. Katma Protokolün 41. maddesi:

1. Akit Taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.

2. Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, Akit Taraflar'ın yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder.

Ortaklık Konseyi, söz konusu sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak, tespit eder. Üretim ve alışverişlerin gelişmesine özellikle katkıda bulunan faaliyetlere öncelik verilir.

AB hukukundaki durumun tersine Türkiye-AB Ortaklığı çerçevesinde hizmet serbestisi konusunda türev hukuk düzenlemeleri yapılamamıştır. Bunda diğer nedenlerin yanısıra ortaklığın inişli çıkışlı bir seyir izlemesinin rolü oldukça büyüktür.

ii- Türkiye-AB Ortaklığı Çerçevesinde Hizmet Serbestisiyle İlgili İçtihat: Bu çerçevedeki içtihadı gelince öncelikle Türk işçilerinin ikamet ve çalışma haklarına nazaran hizmet serbestisiyle ilgili davaların daha yeni tarihli olduklarını belirtmek gerekir. İkamet ve çalışma hakkı çerçevesinde 30 Eylül 1986 tarihli Meryem Demirel kararıyla başlayan bir süreç söz-konusuyken (Türk işçilerinin AB üyesi ülkelerde çalışma ve ikamet hakları üzerine bkz. Burrows 1994: 305, Christophe Tchakaloff 1999: 63, Çiçekli 1998, Groenendijk ve Luiten 2011, Günöğür 1987: 57, Günöğür 1999: 203, Köktaş 1999a: 81, Köktaş 1999b, Peers 1996a:7, Pınar 2009: 77, Rumpf 1994: 265, Tezcan 2001: 117, Ümit 2013) hizmet serbestisiyle ilgili davalar Adalet Divanına 1999 sonrası gelmeye başlamıştır. Bizim incelediğimiz kadarıyla bunun özel bir sebebi olmayıp tamamen davalardaki özel koşullarla ilgilidir. Daha açık bir ifadeyle İngiltere'ye turist vizesiyle gidip orada kanunsuz bir biçimde işyeri açıp işleten Savaş çiftinin yasal ikamet izni başvurusu üzerine konu gündeme gelmiştir. Benzer bir dava 2007'de gene İngiltere'de gündeme gelmiştir. Bunun dışında daha ziyade taşımacılık sektöründe hizmet sunan TIR şoförlerinin başvuruları nedeniyle Abatay-Şahin ve Soysal-Savatlı davaları vesilesiyle 2003 ve 2009 yılında hizmet serbestisi konusu gündeme gelmiştir.

Bu açıdan bakıldığında hizmet serbestisiyle ilgili davalar, çalışma ve ikamet hakkıyla ilgili oldukça temel ve birinci kuşak olarak nitelendirilebilecek davalardan sonra Türk vatandaşlarının AB üyesi ülkelerde açtıkları ve daha nitelikli ikinci kuşak dava türü olarak değerlendirilebilir. Bir başka deyişle bu davalarda işçi statüsünden daha ziyade, AB üyesi ülkelerde bağımsız hizmet sunan Türk vatandaşları söz konusudur

Adalet Divanı, Türkiye-AET ortaklığı çerçevesinde hizmet serbestisi bağlamında ön karar prosedürü uyarınca önüne gelen davalarda daha ziyade Katma Protokoldeki 41. maddeyi yorumlamıştır (bu konuda ayrıntı için bkz. Can ve Özen 2005: 258-261). Bu davalardan ilki niteliğindeki Abdülnasır Savaş davasında 11 Mayıs 2000 tarihinde verdiği kararda Divan, 41. maddenin 1. paragrafının doğrudan etki özelliğine sahip olduğunu vur-

gulamıştır. Bunun sonucunda bu düzenleme Türk vatandaşlarına yönelik birtakım haklar doğurmaktadır. Bu hakları açılan davalar vesilesiyle ulusal yargı organları korumakla yükümlüdür. Buna ilaveten bu düzenleme standstill hükmünü de içermektedir. Buna göre hiçbir üye devlet, Türk vatandaşlarının hizmet serbestisi bağlamında Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarihteki düzenlemelerden daha olumsuz/sert düzenlemeler getiremez. Bu çerçevede ulusal hukukun daha olumsuz olup olmadığıyla ilgili değerlendirmeyi ulusal yargı organları yapacaktır.

Son olarak Savaş kararında Divan 41/1. maddedeki standstill hükmünün, bir üye devlette gayri kanuni şekilde ikamet eden Türk vatandaşları lehine şirket kurma hakkı doğurmadığını açık bir biçimde ifade etmiştir. Aşağıda da ele alınacağı gibi bu belirleme daha ziyade davadaki somut olaylarla ilgili olup, Divan bu belirlemeyi yapmaya mecbur kalmıştır.

Divan C-317/01 ve C-369/01 sayılı Abatay ve Şahin davalarında verdiği 21 Ekim 2003 tarihli bir sonraki kararında ise Türkiye menşeli malların kara yoluyla taşınması işinin –bu hizmetin bir üye devletin kara parçasına yönelik yapılması durumunda- Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda 41/1. maddeyi, Türkiye’de yerleşik olan ve bir üye devlete yönelik hizmet sunumu yapan bir şirket ileri sürebileceği gibi, böyle bir şirketin çalışanı da ileri sürebilir. Buna karşılık hizmet alıcısı ile aynı ülkede olan bir şirket –yani Almanya içi hizmet sunumu yapan bir şirket- bu hükmü ileri süremez.

Divanın bir sonraki aşamadaki yaklaşımı daha esnek/yaratıcı olmuştur. Bu yaklaşımın sergilendiği 20 Eylül 2007 tarihli kararda, Katma Protokolün 41/1. maddesinin, bir üye devlete bağımsız işçi (travailleurs indépendants) olarak ilk giriş yapmak isteyen Türk işçilerinin, şirket kurma haklarına (freedom of establishment) yönelik her türlü usul kurallarında yeni kısıtlamaları yasakladığı/engellediği açıkça ifade edilmiştir (bkz. C-16/05 sayılı Tüm ve Darı davalarında verilen karar, Rec. I-7415, pr. 46)

Zira Katma Protokolün 41/1. maddesinde yer alan standstill hükmü, Türk vatandaşlarının üye devletlere girmeleri konusunda iç hukuktaki maddi kuralları uygulanmaz kılan ve onun yerini alan bir esas hükmü (une règle de fond) olarak işlev yapmaz. Ancak bu kural tam tersine neredeyse bir usul kuralı gibi çalışarak, bir üye devlette şirket kurma hakkını kullanmak istey-

en Türk vatandaşlarına yönelik hangi hükümlerin uygulanacağını da *ratione temporis* olarak belirler (bkz. kararın 55. Paragrafı).

Divan 19 Şubat 2009 tarihli Soysal-Savatlı kararında (C-228/06 sayılı Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı davasında verilen karar) çitayı bir miktar daha yükseltmiştir. Divana göre Katma Protokolün 41/1. maddesi, Türkiye'de kurulu bir şirket tarafından istihdam edilen Türk uyruklu kamyon şoförleri tarafından geçerli olarak ileri sürülebilmelidir. Zira bu şoförler bir üye devlete yönelik olarak hizmet sunmaktadırlar. Ayrıca hizmet sunan bir şirketin çalışanları hizmet sunumu için mutlaka gereklidirler (bkz. kararın 46. paragrafı).

Bu noktada Ankara Anlaşması kapsamında bir üye devlette hizmet sunumu hakkından yararlanmak isteyen Türk vatandaşlarının bu faaliyetlerini vizeye tabi kılan bir ulusal düzenleme, bu özgürlüğün efektif kullanımını kısıtlayıcı/zorlayıcı bir niteliğe sahiptir. Zira böyle bir uygulama öncelikle AB yurttaşlarına uygulanmamaktadır³. Divanın böyle bir belirlemeyi yapmış olması ilginçtir. Böylece Adalet Divanı Türk işçilerinin durumunu dolaylı olarak AB yurttaşlarının statüsü ışığında değerlendirmiştir. Dahası bu formaliteler fazladan (*supplémentaire*) ve tekrarlanan nitelikte olup, sonuçta sınırlı süreli bir takım izinlere yol açmaktadır. Son olarak bu düzenleme uyarınca vize talebinin reddedilmesi durumunda hizmet sunumu serbestisinin kullanımı imkânsız hale gelmektedir.

Divana göre sonuç oldukça nettir ve şu şekilde özetlenebilir: Katma Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973'te mevcut olmayan bir düzenleme, Türk vatandaşlarının Ankara Anlaşması tarafından garanti altına alınan ekonomik özgürlüklerinin kullanımını en azından daha kısıtlı hale getirme potansiyeline/etkisine sahiptir. Böyle bir düzenleme Katma Protokolün 41/1. maddesi anlamında, Türk vatandaşlarının ilgili üye devlette hizmet sunumu serbestisi çerçevesinde yeni kısıtlama oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin bir AB türev hukuk kuralını uygulamaya koyması kapsamında yer almaması (türev hukuk kurallarından bağımsız olması) sonucu değiştirmez.

Diğer yandan AB/AET tarafından yapılan uluslararası anlaşmaların türev hukuka nazaran önceliği, bu türev hukuk kurallarının mümkün mertebe bu anlaşmalara uygun olarak yorumlanmasını gerektirir (bkz. kararın 59. paragrafı. Ayrıca bkz. C-61/94 sayılı *Commission/Allemagne* davasında

verilen 10 Eylül 1996 tarihli karar, Rec. I-3989, pr. 52). Son olarak Divan Soysal-Savatlı kararında Katma Protokolün 41/1. maddesindeki standstill hükmünün, AB yurttaşlarına ve Türk vatandaşlarına aynı biçimde uygulanacak kurallar kabul edilmesine bir engel oluşturmadığını açıkça ifade etmektedir (bkz. kararın 61. paragrafı).

II- DEMİRKAN KARARININ ANALİZİ

Çalışmanın başında da belirtildiği gibi Adalet Divanı 24 Eylül 2013 tarihinde, Türk vatandaşlarının hizmet alımı için AB ülkelerine girişte vize almaları gerektiğini yönünde karar vermiştir. Davaya yol açan olayları çok kısa şu şekilde özetlemek mümkün: Annesi Almanya'da yaşayan Leyla Ecem Demirkan, Alman uyruklu üvey babasını ziyaret etmek ister. Ancak, Demirkan'ın Ekim 2007'de Ankara'daki Alman Büyükelçiliği'ne yaptığı vize başvurusu reddedilir. Demirkan bunun üzerine vize almadan Almanya'ya girmek ister. Ancak buna da izin verilmez. Bunun üzerine Demirkan, avukat Rolf Gutmann aracılığıyla Berlin İdare Mahkemesi (Verwaltungsgericht Berlin) önünde dava açar. Berlin İdare Mahkemesi, 22 Ekim 2009'da verdiği kararda Türk vatandaşlarına vize muafiyeti olmadığı gerekçesiyle davayı olumsuz sonuçlandırır. Demirkan bu karara Brandenburg Yüksek İdari Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg) önünde itiraz eder. Bunun üzerine Mahkeme davaya ilişkin prosedürü askıya alarak Adalet Divanı'nın Soysal-Savatlı kararını da gözönünde bulundurarak, Avrupa Birliği'nin İşleyişiyle İlgili Antlaşma'nın 267. maddesi uyarınca 13 Nisan 2011 tarihinde Adalet Divanı'na davayla ilgili yorum talebinde bulunur.

Yüksek Mahkemenin ilk sorusu Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin pasif hizmet sunumunu (hizmet alımını) kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Şayet Divan bu soruyu olumlu yanıtlayacak olursa bu kez bu hizmet alımının belirli bir hizmete erişim amacına yönelik olmayan sadece anne-baba ziyaretiyle yönelik en fazla 3 aylık girişleri kapsayıp kapsamadığına yöneliktir.

Divanın bu davaya ilişkin verdiği yorum kararı oldukça net olmasına rağmen, gerek Hukuk Sözcüsü'nün davaya ilişkin Gerekçeli Görüşünde, gerekse Divan'ın Kararında hukuki gerekçelendirme (argumentation) açısından eleştiriye açık birçok nokta bulunmaktadır. Bu noktalar bu bölümde Türkiye-AB ortaklığı kapsamında yer alan Hukuki Hususlarla İlgili Değerlendirmeler (A) ve Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelerde Hizmet Alımı

Haklarıyla İlgili Değerlendirmeler (B) başlıkları altında incelenecektir.

A- Türkiye-AB Ortaklığı Kapsamında Yer Alan Hukuki Hususlarla İlgili Değerlendirmeler

Demirkan davasıyla ilgili Hukuk Sözcüsünün Görüşünde ve Kararda yer alan hukuki gerekçelendirmeye, Türkiye-AB ortaklığı kapsamında yer alan hukuki hususlara ilişkin bir takım eleştiriler yönelmek mümkündür. Bu eleştiriler aşağıdaki başlıklar halinde sıralanmaktadır:

i- Alman Hukukundaki Liberal Yaklaşımla Çelişen Noktalar: Öncelikle bu bağlamda Katma Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973'de aile ziyareti için Almanya'ya gitmek isteyen Türk vatandaşlarına vize yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmek gerekir (bkz. kararın 28. Paragrafı)⁴. Bu husus oldukça önemlidir. Tıpkı aktif hizmet sunumunda olduğu gibi pasif hizmet sunumunda da o dönemde AET (bugün AB) üyesi olan devletlerin tamamı Katma Protokol yürürlüğe girdikten sonra Türk vatandaşlarına yönelik vize mecburiyeti getirmiştir. Bu uygulamayı 5 Ekim 1980'de önce Almanya başlatmış, ardından bu uygulama diğer AET (AB) üyesi ülkelere yayılmıştır (konuyla ilgili daha fazla ayrıntı için bkz. Pınar 2009: 102-106).

Diğer yandan Katma Protokolün 41/1. maddesi bağlamındaki standstill kavramının hem aktif hizmet sunumunu hem de hizmet alımını içerdiği yönünde Alman hukukçuları arasında her ne kadar birtakım tartışmalar yaşansa da bu kavramın hizmet alımını da içerdiği yönünde genel bir kanaat mevcuttur. Bu kanaatin dayandığı hukuki dayanak ise Adalet Divanı'nın Bickel ve Franz davalarında vermiş olduğu 24 Kasım 1998 tarihli karardır (C-274/96 sayılı davada verilen karar). Bu kararın 15. paragrafında Divan hizmet alan ya da hizmet alma seçeneğine sahip kişileri hizmet alıcısı olarak değerlendirmiş ve bu kişilerin AET Antlaşmasının 59. maddesi kapsamında değerlendirilerek, onlara yönelik olarak uyrukluk temelli her türlü ayrımcılığın yasaklanması yönünde kararını vermiştir.⁵ Bu karardan hareketle birçok Alman mahkemesi standstill kavramının hizmet alımını da içerdiği ve Türk vatandaşlarının turist statüsüyle Almanya'ya vizesiz giriş haklarının olduğu yönünde kararlar vermiştir.⁶

Divan, kararında bu çerçevedeki durumu tartışmadan, Katma Protokolün 41/1. maddesinde yer alan standstill prensibinin başlı başına hak doğurucu bir düzenleme olmadığını, sadece belirli bir tarih itibarıyla yeni kısıtlayıcı

düzenlemeler getirmeyi yasakladığını belirtmekle yetinmiştir (bkz. kararın 58. paragrafı). Bu nokta oldukça önemlidir. Zira bu davada Divan'ın benimsediği tutumla önceki eğilim tersine çevrilmiştir. Şöyle ki: önceki dönemlerde daha kısıtlayıcı bir mantığa sahip olan merciler genelde ulusal yargı mercileridir. Adalet Divanı kabul ettiği liberal içtihatlarla bu mercileri AB hukuku çerçevesinde daha esnek tutumlar takınmaya cesaretlendirmiştir. Oysa bu davada yukarıda da belirtildiği gibi Alman hukukçuları ve mercileri arasında hizmet alımının da bu kapsamda değerlendirilmesi yönünde genel bir kanaat mevcuttu.

Hâlbuki Divan bu genel kanaatin tersine karar vererek bireysel hak ve özgürlükler kapsamında –daha açık bir ifadeyle bir AB ülkesine yapılacak aile ziyareti kapsamında– kısıtlayıcı bir tavır içinde olmuştur. Adeta bu çerçevede Alman yargı mercilerinin liberal yaklaşımlarının önüne geçilmek istenmiş ve tam tersi yönde bir kurguyla süreç birden tersine döndürülmüştür. Artık bundan böyle Alman mahkemelerinin çoğu önceki liberal yaklaşımlarına devam edemeyecek; devam etmeye kalkın olursa da Divan'ın Demirkan kararını karşısında bulacaktır. Böylece genel anlamda 30 Eylül 1986 tarihli Meryem Demirel kararından (C-12/86 sayılı davada verilen karar); hizmet sunumu çerçevesinde ise 11 Mayıs 2000 tarihli Abdülnasır Savaş kararından (C-37/98 sayılı davada verilen karar) bu yana milim milim elde edilen bir açılımın önü bir anda ve bir kararla tıkanmıştır.

Bu noktada davacı taraf açısından büyük bir şok yaşandığını belirtmek gerekir. Zira Almanya menşeli bir dava ve yukarıda değinildiği gibi Almanya'da bu konuda oldukça liberal bir yaklaşım söz konusu olduğu için aslında davacı taraf muhtemelen kendinden son derece emindi. Ancak Divan yukarıda da değinildiği gibi bu liberal yaklaşımı bir kenara bırakarak bu konuda tavizsiz bir tutum sergilemiş ve dava AB ülkelerine hizmet alımı için gitmek isteyen Türk vatandaşlarının aleyhine sonuçlanmıştır.

ii- Standstill Hükmünün Tek Başına Hak Doğurucu Olmadığı Yönündeki Argümantasyon: Katma Protokolün hizmet alımını içermemesiyle doğrudan bağlantılı husus standstill hükmünün hak doğurucu etkiye sahip olmasıdır. Bir başka deyişle Katma Protokolün 41/1. maddesinde yer alan standstill hükmü, hak doğurucu bir etkiye sahip değildir. Bu husus Adalet Divanı tarafından baştan itibaren dikkat çekilen bir husustur (bkz. Savaş kararı, pr. 64; Abatay kararı, pr 62; Tüm ve Darı kararı, pr. 52; Soysal kararı,

pr. 47). Ancak bu noktada bir saptama yapmak gerekir. Şöyle ki: Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamındaki standstill hükmünün ilk kez gündeme geldiği dava Savaş davasıdır. Ancak bu davadaki somut olaylar göz önünde bulundurulduğunda Divanın böyle bir yorumda bulunması ya da böyle bir uyarıda bulunması normaldir. Zira İngiltere'ye eşitle birlikte 1 aylık turist vizesiyle giren ve bu süre bitiminde illegal biçimde ikamet eden ve ticari faaliyette bulunan bir kişi sözkonusudur. Dahası o 1 aylık vizede de çalışma hakkının olmadığı açıkça belirtilmiştir. Tüm bu olumsuzluklara rağmen davacı Katma Protokolün 41/1. maddesindeki standstill hükmünün kendisi açısından bir hak yarattığı yönünde bir iddia/argümantasyon geliştirmiştir. Tüm bunlar karşısında Divanın daha farklı bir yaklaşım benimsemesi sözkonusu değildir⁷.

Aslında burada Adalet Divanı'nın bir denge kurmaya çalıştığı söylenebilir. Bu dengede ilk unsur üye devletlerin AB hukukuyla bağdaşmayan davranışlarını kontrol altına almak ve sınırlamaktır. Bir başka deyişle Divan bu bağlamda standstill kuralının üye devletler tarafından Türk vatandaşlarına yönelik olarak Katma Protokolün yürürlüğe girmesi sonrası getirilen sınırlamalara bir engel oluşturduğunu ifade etmektedir. Divan dolaylı olarak üye devletlere “bu bağlamda Türk vatandaşlarına yönelik olarak sonradan koyduğunuz vize türü kısıtlamalar hukuka uygun değil” mesajını vermektedir (bu yönde bkz. Savaş kararı, pr. 69 ve 71/4; Abatay-Şahin kararı, pr. 66 ve 117/2; Tüm ve Darı kararı, pr. 49 ve 53).

Divan 25 Kasım 2011 tarihli Dereci kararında bu konuda bir adım daha atmış ve Türk vatandaşlarına yönelik olarak ulusal hukukta şirket kurma serbestisiyle ilgili hükümlerin yumuşatılması yönünde bile olsa Katma Protokolün yürürlüğe girdiği döneme göre daha kısıtlayıcı bir düzenlemenin kabul edilmesini standstill prensibine aykırı bulmuştur (bkz. C-256/11 sayılı davada verilen karar, Rec. I-11315, pr. 94 ve 101/2). Divanın bu çerçevedeki temel gerekçesi/argümanı, standstill prensibinin Türk işçilerinin serbest dolaşımı, şirket kurma ve hizmet sunumu ile ilgili her türlü yeni engeli kapsadığı yönündedir. Bu nedenle asıl olan, Katma Protokolün ya da 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yürürlüğe girdiği tarihte Türk vatandaşlarının bu çerçevedeki hakları kapsamında geçerli olan hukuki düzenlemelerdir. Üye devletlerin standstill prensibini hiçe sayarak bu düzenlemeleri değiştirmelerini engellemek gerekir.

Dengedeki ikinci unsur ise Türk vatandaşlarına yöneliktir. Bir başka deyişle Divan, Türk vatandaşlarının sadece standstill kuralına dayanarak AB üyesi ülkelere girme, o ülkelerde ikamet, hizmet sunma veya şirket kurma serbestisinden yararlanma iddiasında bulunamayacaklarını ifade etmektedir (bu yönde bkz. Savaş kararı, pr. 71/3; Abatay-Şahin kararı, pr. 62; Tüm ve Darı kararı, pr. 52; Soysal-Savatlı kararı, pr. 47). Haliyle bu unsur üye devletleri rahatlatmaya yöneliktir. Ancak bu kez sınırlanan Türk vatandaşlarıdır.

Dolayısıyla standstill hükmü çift karakterli (hybride) ya da çift kutuplu bir kavramdır. En azından Katma Protokolün 41/1. maddesi bağlamında Divan tarafından bu şekilde kullanılmıştır. Tarafların pozisyonuna göre bu kutupların pozitif ya da negatif olarak değişebileceği kabul edilmekle birlikte, Türk vatandaşları açısından bakıldığında üye devletleri sınırlamaya yönelik boyut pozitif unsurdur. Bunun tersine Türk vatandaşlarını sınırlamaya yönelik boyut ise negatif unsurdur (Standstill kavramı çerçevesindeki içtihadın analizi için bkz. Baykal 2008 ve 2011, Karayığıt 2011: 411-441). Bu noktada Demirkan kararını ilginç kılan ve önceki kararlardan ayıran husus Türk vatandaşlarını sınırlandırmaya yönelik olan ve standstill hükmünün hak doğurucu olmadığı şeklinde özetlenebilecek olan negatif unsurun ağırlık kazanmış olmasıdır. Bir başka deyişle Demirkan kararında gerek Hukuk Sözcüsü gerekse Divan Türk vatandaşlarının sadece standstill hükmüne dayanarak hizmet alımı amaçlı serbest dolaşımın mümkün olmadığı yönünde görüş belirtmişlerdir. Bu da yukarıda belirtildiği gibi ancak hizmet alımının Katma Protokolün 41/1. maddesinin kapsamından çıkarılmasıyla mümkün olmuştur. Şayet tersi yönde bir tercih yapılmış olsaydı pozitif unsurdan hareketle Katma Protokol yürürlüğe girdikten sonra hizmet alımına yönelik olarak konulan vize yükümlülüğü standstill kapsamına alınarak AB hukukuna aykırı olarak değerlendirilebilecekti.

iii- Türk Vatandaşlarını Farklı Statüde Değerlendirme: Divanın önceki dönemlerde verdiği kararlarda Ankara Anlaşmasındaki üyelik hedefinden hareketle Türk vatandaşlarına daha olumlu bir yaklaşım söz konusu idi (bu yönde bkz. Pınar 2013: 49). Bu çerçevede 6 Haziran 1995 tarihli Bozkurt kararından (C-434/93 sayılı davada verilen karar, Rec. I-1475) bu yana Divanın istikrarlı bir içtihadından söz etmek mümkündür. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı çerçevesindeki bu kararda Divan, 1/80 sayılı kararın amacının, AET antlaşmasının 48, 49 ve 50. maddelerinden esinlenerek

Türk işçilerinin AET üyesi ülkelerde serbest dolaşımının gerçekleştirilmesine yönelik bir aşamayı geride bırakma olduğunu hatırlatarak, bu amacın gerçekleşmesini sağlamak için bu maddeler çerçevesindeki ilkelerin mümkün mertebe 1/80 sayılı karar çerçevesindeki haklara da teşmil edilmesi gerektiği yönünde kararını vermiştir (bkz. kararın 19. ve 20. paragrafları).

Divan 10 Şubat 2000 tarihli Nazlı (C-340/97 sayılı davada verilen karar, Rec. I-957) ve 19 Kasım 2002 tarihli Kurz kararlarında (C-188/00 sayılı davada verilen karar, Rec. I-10691) benzer yaklaşımı Ankara Anlaşmasının 12. maddesi bağlamında sergilemiş ve AB kapsamında işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili ilkelerin, Ankara Anlaşmasının 12. maddesine de mümkün mertebe teşmil edilmesini ifade etmiştir (bkz. Nazlı kararı, pr. 55; Kurz kararı, pr. 30). Divan sonraki dönemlerde verdiği kararlarda bu içtihadı Katma Protokolün işçilerin serbest dolaşımına yönelik 36. maddesi kapsamında da benimsemiştir (bkz. C-171/01 sayılı Wählergruppe Gemeinsam davasında verilen 8 Mayıs 2003 tarihli karar, Rec. I-4301, pr. 72; C-275/02 sayılı Ayaz davasında verilen 30 Eylül 2004 tarihli karar, Rec. I- 8765, pr. 44; C-14/09 sayılı Hava Genç davasında verilen 4 Şubat 2010 tarihli karar, Rec. I- 931, pr. 17).

Benzer yaklaşımın Divan tarafından hizmet serbestisi kapsamında açıkça ifade edilmesi için 21 Ekim 2003 tarihli Abatay-Şahin kararını beklemek gerekmiştir (bkz. C-317/01 ve C-369/01 sayılı davalarda verilen karar, Rec. I-12301). Bu kararda Divan, Ankara Anlaşmasının 14. maddesinin metni ve AET-Türkiye ortaklığının amacı göz önünde bulundurularak, AET anlaşmasının 55. ve 56. maddeleri çerçevesinde kabul edilen ilkelerin mümkün olduğu ölçüde Türk işçilerine de teşmil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan taraflar arasında hizmet serbestisine yönelik kısıtlamaların ortadan kaldırılması gerekçesini de ilk kez açıkça ifade etmiştir (bkz. kararın 112/1 paragrafı).

Bu çerçevedeki en ileri nokta 29 Nisan 2010 tarihli Hollanda c/Komisyon kararıyla sağlanmıştır (C-92/07 sayılı davada verilen karar, Rec. I-3683). Oturum izniyle ilgili belgelerin alımında ve sürelerinin uzatılmasında AB yurttaşlarına nazaran Türk vatandaşlarından daha fazla harç alan Hollanda'ya karşı Komisyon tarafından açılan ihlal davasında Divan, uyumsuzluk konusu olan harçların serbest dolaşım, hizmet serbestisi ve şirket kurma özgürlüğünü ilgilendirdiğini belirtmiş ve bu alanlarda AB hukuku

çerçevesinde kabul edilen ilkelerin Türk vatandaşlarına da teşmil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hollanda tarafından ileri sürülen bu serbestilerden AB yurttaşlarının ve Türk vatandaşlarının aynı oranda yararlanmadıkları tezini de Divan açıkça reddetmiştir (bkz. kararın 69. paragrafı). Sonuçta Divan uyuşmazlık konusu harçların Türk vatandaşlarına karşı ayrımcı bir uygulama olduğunu kabul ederek, Hollanda'nın Ankara Anlaşmasının 9; Katma Protokolün 41/1. ve 1/80 sayılı kararın 10/1 ve 13. maddelerini ihlal ettiği yönünde kararını vermiştir.

Oysa Demirkan kararında Türk vatandaşlarına yönelik bu olumlu hava yerine daha farklı gerekçelerle/argümanlarla dışlayıcı bir yaklaşıma bırakmıştır. Daha açık bir ifadeyle hem Hukuk Sözcüsü hem de Divan daha genel bir değerlendirme ve ifadelerle hizmet serbestisi çerçevesindeki ilkelerin Türk vatandaşlarına teşmil edilemeyeceği yönünde bir yaklaşım benimsemiştir (bkz. Kararın 43 ila 55. paragrafları; Gerekçeli Görüşün 61 ila 70. paragrafları). Bu noktada dikkat edilirse yukarıdaki içtihat çerçevesinde Divan, spesifik olarak çeşitli hükümlerden (örneğin Ankara Anlaşması md. 12) yola çıkarak bu hükümlerde yer alan özgürlükler (örneğin serbest dolaşım) çerçevesindeki ilkelerin Türk vatandaşlarına teşmili üzerine bir içtihat geliştirmiştir.

Oysa Demirkan kararında spesifik hükümler yerine bir yandan iç pazarla ilgili AB hukuku hükümlerinin yorumlarının üçüncü bir ülkeyle yapılan anlaşmanın yorumu kapsamına aktarılamayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir (bkz. kararın 44. paragrafı). Bu noktada Divanın daha önceki kararlarında hiç rastlanmayan kararlarına atıfta bulunması oldukça ilginçtir (bu kararlara örnek olarak bkz. 270/80 sayılı Polydor ve RSO davasında verilen 9 Şubat 1982 tarihli karar, Rec. 329, pr. 14-16; C351/08 sayılı Grimme davasında verilen 12 Kasım 2009 tarihli karar, Rec. I-10777, pr. 29; C-70/90 sayılı Hengartner ve Gasser davasında verilen 15 Temmuz 2010 tarihli karar, Rec. I-7233, pr. 42)

Buna ilaveten gerek Divanın kararında gerekse Gerekçeli Görüşte AB düzenlemelerinde yer alan bir kavramın yorumunun üçüncü bir ülkeyle yapılan anlaşmada yer alan benzer kavrama genişletilebilmesi çerçevesinde genel olarak anlaşmaların amaçları (Objectives of the agreements) temel alınarak bir içtihat geliştirilmeye çalışılmıştır (bkz. Kararın 47. paragrafı). Bu yönde bkz. C-312/91 sayılı Metalsa davasında verilen 1 Temmuz 1993 tar-

ihli karar, Rec. I-3751, pr. 11; C-63/99 sayılı Gloszczuk davasında verilen 27 Eylül 2001 tarihli karar, Rec. I-6369, pr 49; C-162/00 sayılı Pokrzep-towicz-Meyer davasında verilen 29 Ocak 2002 tarihli karar, Rec. I-1049, pr. 33). Özellikle Türkiye-AB ilişkileri çerçevesindeki durumlar için Ankara Anlaşmasının amacı ve bağlamının yanı sıra söz konusu AB hukuku kuralının amacı ve bağlamının karşılaştırılması gerektiği Divanın kararında açıkça belirtilmiştir (bkz. kararın 48. paragrafı).

Bu noktada gerek Gerekçeli Görüşte gerekse Kararda, Türkiye-AB ilişkileri kapsamında yukarıda ele alınan içtihatlar ve kararlar bir kenara bırakılarak daha önceki kararlarda hiç gündeme gelmemiş olan Ziebell kararına gönderme yapılması oldukça ilginçtir (C-371/08 sayılı davada verilen 8 Kasım 2011 karar, pr. 62). Bu karara göre Türkiye-AB ortaklığı daha ziyade ekonomik boyutlu olup (kararın 64. paragrafı) AB hukuku çerçevesindeki kavramlar her durumda AB-Türkiye ilişkilerine transfer edilemez. Ancak sınır dışı edilmeye karşı korunma kapsamında AB yurttaşlarıyla Türk vatandaşları arasında fark olması gerektiği bağlamında geçerli olan Ziebell kararının neden burada özellikle önplana çıkarıldığı merak konusudur. Bu noktada Ziebell davasındaki olaylarla Demirkan davasındaki olayların birbirinden tamamen farklı olduğu belirtilmelidir.

Yeni yaklaşım eskisiyle doğrudan bir tezat oluşturmazken, taban tabana zıt bir sonuca varmaktadır. Daha açık bir ifadeyle Demirkan kararı öncesi spesifik hükümlerden hareketle AB hukuku çerçevesindeki ilkelerin/gelişmelerin ya da içtihadın Türk vatandaşlarına teşmili kabul edilirken; Demirkan kararıyla anlaşmaların amaçları tezinden hareketle AB çerçevesindeki ilkelerin Türk vatandaşlarına mutlaka teşmil edilemeyeceği, teşmil edilmemesi gerektiği yönünde bir sonuca ulaşmaktadır.

Yeni yaklaşım AB yurttaşlarının korunması açısından oldukça ilginç olabilir. Ancak bu yaklaşım ister istemez içinde 2 olumsuzluğu barındırmaktadır. Bunlardan ilki yukarıda da belirtildiği gibi Türk vatandaşlarının dışlanmasıdır. Bir başka deyişle yeni yaklaşımla Türk vatandaşları açısından daha olumsuz bir durum söz konusudur. İkincisi ve hukuk mantığı açısından daha tehlikelisi serbest dolaşım ve hizmet serbestisi gibi konularda AB çerçevesindeki gelişmelerin Türk vatandaşlarına hangi durumlarda teşmil edilebileceğinin, hangi durumlarda da teşmil edilemeyeceğinin net olarak ortaya konamamasıdır. Daha açık bir ifadeyle Demirkan kararı öncesi bu

konuda bir netlik söz konusuysen; bu karar sonrası bu netlik kaybolmuştur. Yeni yaklaşım sonucu Divanın bu çerçevedeki içtihadı daha belirsiz/flu hale gelmiştir. Bundan sonraki kararlarda bu konunun netleştirilmesi için Divana ve Hukuk Sözcülerine büyük iş düşecektir.

iv- AB Türev Hukukunun Daha Önce Yapılan Uluslararası Anlaşmalarla Uyumlu Olması Gerektiği Konusu:

Yer yer gerek Hukuk Sözcülerinin Gerekçeli Görüşlerinde gerekse Adalet Divanı'nın kararlarında dolaylı olarak değinilen bir başka konu AB türev hukukunun Ankara Anlaşması ve Katma Protokole uyumlu olması hususudur. Bu noktada hatırlanacağı gibi 15 Mart 2001 tarihinde 539/2001 (OJEU, L 81, 2001, 1) ve 15 Mart 2006 tarihinde 562/2006 sayılı tüzükler (OJEU, L 105, 2006, 1) kabul edilmiştir. Bu Tüzüklerin ilkinde AB'ye girişte vatandaşlarının vize almakla yükümlü olduğu ülkeler bir liste halinde yer almaktadır (bkz. md. 1/1 ve Ek-1). Türkiye bu listede yer alan ülkeler arasındadır. İkincisinde ise 539/2001 sayılı Tüzükte belirtilen ülkelerin vatandaşı olan kişilerin 6 aylık zaman dilimi içinde 3 ayı geçmemek üzere AB üyesi devletlere girişte vize almaları zorunlu kılınmıştır (md. 5/1). Demirkan davası çerçevesinde hem Kararda hem de Gerekçeli Görüşte bu 2 düzenlemeye yer verilmiştir (bkz. kararın 15 ve 16. paragrafı; Gerekçeli Görüşün 17 ve 18. paragrafları).

Ancak bu tüzüklerin 1 Ocak 1973 sonrası kabul edildikleri hatırlanacak olursa Katma Protokolün 41/1. maddesindeki standstill kuralını çiğnedikleri bir gerçektir (bu yönde bkz. Reçber, 2009, ss. 80-82). Bu Tüzüklerde gerekli değişiklikler yapılarak bunların standstill hükmüyle uyumlu hale getirilmesi gerekir. Komisyon yukarıda değinilen Soysal-Savatlı kararı sonrası bu konuda Bakanlar Konseyine bir teklif sunmuşsa da⁸ takip edebildiğimiz kadarıyla bu konuda henüz bir karar çıkmamıştır. Ancak aşağıda da değinildiği gibi Vize Serbestisi Diyalogu Mutabakat Metni ve Geri Kabul Anlaşması'nın 16 Aralık 2013 günü imzalanmasıyla durum değişmiştir. Bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesi bağlamında yukarıda sözü edilen tüzüklerde gerekli değişiklikler yapılarak bunların Katma Protokolün 41/1. maddesiyle uyumlu hale getirilmesi sağlanacak ve Türk vatandaşlarına vize uygulaması muhtemelen tarih olacaktır. Ancak aşağıda değinileceği gibi ilgili Tüzüklerin Katma Protokolün 41/1. maddesiyle otomatik olarak uyumlu hale getirilmesi gerekirken, Türkiye yok yere yukarıdaki 2 metni imzalamak zorunda bırakılmıştır.

B- Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelerde Hizmet Alım Haklarıyla İlgili Değerlendirmeler

Demirkan davasıyla ilgili Gerekçeli Görüş ve Karara yönelik olarak Türk Vatandaşlarının AB üyesi ülkelerde hizmet alım haklarına ilişkin olarak da birtakım eleştiriler yönelmek mümkündür. Bu eleştiriler izleyen başlıklar altında yapılacaktır:

i- Pasif Hizmet Sunumunun Türkiye-AB Ortaklığı Kapsamında Yer Almaması Konusu: Gerek Hukuk Sözcüsünün Gerekçeli Görüşünde gerekse Divan'ın Kararında ne Ankara Anlaşmasının ne de Katma Protokolün imzalandığı dönemde, hizmet sunumunun yukarıda ifade edilen Luisi ve Carbone kararında yer aldığı şekliyle hizmet alımını da kapsayan bir şekilde ele alındığını gösteren hiçbir kanıt bulunmadığı belirtilmektedir (bkz. Gerekçeli Görüş, pr. 55; Karar, pr. 60)⁹. Ancak benzer mantıktan gidilecek olursa tam tersi yönde, yukarıda bahsedilen metinlerde hizmet alımının yasaklandığını ya da kabul edilmediğini gösteren bir kanıt da bulunmamaktadır. Dolayısıyla aslında Katma Protokolde konuyla ilgili hukuki boşluğun olduğu, tamamen ortada bir durum sözkonusudur.

Aynı durum AET antlaşması için de geçerlidir. Bu antlaşmanın 25 Mart 1957 tarihli orijinal versiyonunda 59. maddenin ilk paragrafında hizmet alanlara yönelik olarak kısıtlamaların kaldırılacağı ifade edilse de hizmet alımı konusu ve bu çerçevede her türlü ayrımcı uygulamanın yasaklanması Divan'ın yukarıda bahsedilen Luisi ve Carbone kararıyla daha net bir hale gelmiştir (bkz. Demirkan kararı, pr. 59). Bir başka deyişle bu çerçevedeki sıçrama Divan'ın Luisi ve Carbone kararıyla gerçekleştirilebilmiştir.¹⁰ Dolayısıyla bu çerçevede hizmet alıcısı konumundaki bireyler lehine durumun liberalleşmesi/netleşmesi için AB hukukunda yaklaşık 30 yıllık bir süre gerekmiştir. Oysa Luisi ve Carbone kararının üzerinden yaklaşık 30 yıl geçmesine rağmen benzer sıçrama Demirkan kararıyla Katma Protokol bağlamında yapılamamıştır.

Buna ilaveten Adalet Divanı'nın şimdiye kadarki hukuki gerekçelendirme/argümantasyon yöntemi/stili değerlendirilecek olursa "yasaklanmayan hususların bireyler lehine kullanılabilmesi" yönünde bir mantığın söz konusu olduğu görülecektir. Örneğin yönergelerin doğrudan etki doğurması çerçevesinde Adalet Divanı benzer bir mantıktan hareket etmiş ve kurucu

metinlerde yönergelerin doğrudan etki doğuramayacağına ilişkin bir hüküm olmadığı gerekçesiyle, yönergelerin doğrudan etki doğurabileceğini ve gerçek ya da tüzel kişiler tarafından ulusal yargı organları önünde açılan davalarda yönerge hükümlerinin doğrudan ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Benzer mantık Demirkan davasında da kullanılabilirdi. Bu durumda ne Ankara Anlaşmasında, ne Katma Protokolde ne de AET/AB birincil metinlerinde, hizmet alımının, Türk vatandaşları için hizmet sunumunun kapsamı dışında bırakıldığını gösteren bir hususun net olarak bulunmadığı görülecektir.

ii- Serbest Dolaşımla Hizmet Alımının (Pasif Hizmet Sunumunun)

Karıştırılması: Gerek Kararın 53. Paragrafında, gerekse Gerekçeli Görüşün 67. paragraflarında ilginç bir mantık hatası yapılarak serbest dolaşımla hizmet alımı birbirine karıştırılmıştır. Bir başka deyişle, hizmet alımını ilgilendiren bir davada Türk vatandaşlarının AB-Türkiye ortaklığı çerçevesinde serbest dolaşıma sahip olmadıkları, sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı gereği, kabul edildikleri AB ülkelerinde birtakım haklara sahip oldukları ifade edilmektedir. Bu nokta gerek doktrinin gerekse uygulamanın çoktandır kabul ettiği bir husus olup herhangi bir tartışmaya mahal vermeyecek kadar açıktır. Bununla birlikte bu davada davacı zaten bunun tersini savunur bir pozisyonda değildir. Davacının iddiası sadece Katma Protokolün 41/1. maddesinin hizmet alımını da içerip içermediğiyle ilgilidir. Dolayısıyla gerek kararın, gerekse gerekçeli görüşün bu iddiayı neden serbest dolaşım bağlamında tartıştıkları net değildir. Gerek kararın, gerekse gerekçeli görüşün bu çerçevede çok da sağlam bir zeminde olmadıkları kesindir. Aynı biçimde gerek Hukuk Sözcüsünün gerekse Divanın konuyu serbest dolaşım zeminine kaydırıp, AB yurttaşlığı ile ilintilendirmeleri de son derece anlamsızdır.

Zira yukarıda açıklandığı gibi konunun tartışılması gereken bağlam hizmet alımı ya da pasif hizmet sunumudur. Bu kavramın ilk kez söz konusu olduğu gerek AET anlaşmasının 59. maddesinde gerekse Divanın bu konuyu netliğe kavuşturduğu 31 Ocak 1984 tarihli Luisi ve Carbone kararının verildiği dönemde henüz AB yurttaşlığı gibi bir kavram pozitif hukukta yer almamaktaydı. Dolayısıyla konunun AB yurttaşlığıyla bağlantılandırılması isabetsiz ve suni bir yaklaşımdır.

Aynı bağlantılandırma Türk vatandaşlarına vize uygulanabilmesine yönelik 15 Mart 2001 tarih ve 539/2001 sayılı Tüzük (OJ, 21.3.2001, L 81, 1) ve

15 Mart 2006 tarih ve 562/2006 sayılı Tüzük (OJ, 13.4.2006, L 105, 1) çerçevesinde de yapılmaktadır (bkz. Gerekçeli Görüşün 17-18 paragrafları).

Bu bağlamda son olarak Hukuk Sözcüsünün başka bir vesileyle gündeme getirdiği, AT-İsviçre arasında 21 Haziran 1999'da imzalanan kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili anlaşmanın (OJEU, 30.4.2002, L 114, 72) 5/3 maddesine bakıldığında, hizmet alıcıların sadece giriş ve süreli ikamet hakkına sahip oldukları görülür. Oysa söz konusu anlaşmada serbest dolaşım hakkının, o ülkeye giriş hakkının yanı sıra şu hususları da içerdiği görülür: o ülkede ikamet etmek, ekonomik bir faaliyette bulunmak, bağımsız olarak ticari faaliyette bulunmak, o ülkede kısa süreliğine de olsa hizmet sunmak, ekonomik faaliyet, istihdam, çalışma ve hayat şartları konusunda o ülke vatandaşlarıyla eşit muameleye tabi olmak (md. 1). Bunun yanı sıra serbest dolaşım o ülkede mesleki hareketliliği de kapsar. Bir başka deyişle serbest dolaşımdan yararlanan kişi o ülkenin tamamında ve istediği işte çalışmak için sınırsız bir serbest dolaşım özgürlüğüne sahiptir. Dahası serbest dolaşımdan yararlanan kişi, anlaşmayla öngörülen hakların kullanımına bağlı olarak gayrimenkul de edinebilir. Ayrıca serbest dolaşımdan yararlanan kişinin aile bireyleri de -vatandaşlıkları ne olursa olsun- o ülkede ikamet ve ekonomik bir faaliyette bulunma hakkına sahiptir. Son olarak serbest dolaşım hakkı yukarıda ifade edilen ekonomik faaliyetleri yaptıktan sonra o ülkede herhangi bir süre kısıtına tabi olmadan kalmayı da kapsamakta ve o ülkede herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmayacak kişilere de serbest dolaşım hakkı tanınmaktadır (bkz. md. 7/a). Dolayısıyla yukarıda da açıkça görüleceği gibi ne AB hukukunda ne de AB'nin İsviçre gibi üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmalarda hizmet alımıyla genel anlamda serbest dolaşım arasında bir denklik/eşitlik yoktur. Yani biri diğerinin yerine kullanılmamaktadır. Hizmet alımı amaçlı serbest dolaşım genel serbest dolaşımın çok küçük bir parçasını oluşturur.

Bu bağlamda son olarak Katma Protokolün 41/1. maddesi çerçevesinde hizmet alımının kabul edilmesi durumunda serbest dolaşım yasağının arkasından dolanılması, bir başka deyişle delinmesi söz konusu olabilir. Daha açık bir ifadeyle gerek Divan, gerekse Hukuk Sözcüsü böyle bir riskten hareketle Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamındaki hizmet alımını serbest dolaşım bağlamında tartışmaktadırlar. Ancak bu çok da doğru bir yaklaşım değildir. Zira bir yandan AB hukukuna bakılacak olursa kişile-

rin serbest dolaşımıyla hizmet alımının farklı mantıkları içerdiği ve farklı düzenlemelere tabi olduğu görülecektir. Diğer yandan Türk vatandaşlarıyla ilgili olarak Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamındaki hizmet alımı sadece 3 aylık bir süre için geçerli olacaktır. Bir başka deyişle bu kapsamda hizmet alımı için bir AB üyesi ülkeye giden Türk vatandaşları o ülkede maksimum 3 ay kalabileceklerdir. Dolayısıyla bu çerçevede Türk vatandaşları için gerçek anlamda bir serbest dolaşım hakkının ihdas edilemeyeceği ortadadır. Bu nedenle Türk vatandaşlarına Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamında hizmet alımı hakkının tanınmasının, serbest dolaşım yasağının arkasından dolanmak gibi bir niteliğe sahip olmayacağı görülecektir.

iii- Hizmet Alımının İç Pazarla Bağlantılandırılması: Divanın kararında yer alan tutarsızlıklardan biri de hizmet alımının iç pazarla bağlantılandırılmış olmasıdır (bkz. kararın 56. Paragrafı)11. Bu saptama ilk bakışta doğru olabilir. Bu noktada iki hususu belirtmek gerekir. Bir yandan pasif hizmet sunumunun açıklığa kavuşturulduğu Luisi ve Carbone kararı henüz iç pazarın tamamlanması süreci başlamadan önce 31 Ocak 1984'te verilmişti. Dolayısıyla bu kararlar iç pazarın tamamlanması süreci zaman olarak birbiriyle pek de örtüşmemektedir. Diğer yandan Hukuk Sözcüsünün Gerekçeli Görüşünün 56. paragrafında da belirttiği gibi, hizmet alımı aslında Luisi ve Carbone kararından çok önce 1960'lı yılların başında AET Hukukunda yer almıştır. Bu çerçevede gerek hizmet sunumuyla ilgili kısıtlamaların kaldırılmasıyla ilgili 1961 yılı genel programı (OJ, 1962, sayı 2, 32)12, gerekse serbest dolaşımın önündeki engellerin kaldırılmasına yönelik 25 Şubat 1964 tarih ve 64/220/AET sayılı yönerge (OJ, 1964, sayı 56, 845) hizmet sunumu ve hizmet alımı ayrımını açıkça yapmaktadır.13 Dolayısıyla bu örnekler göz önünde bulundurulduğunda hizmet alımının iç pazarın tamamlanmasıyla ya da AB yurttaşlığıyla bağlantılandırılması çok da doğru bir yaklaşım değildir.

Aynı bağlamda Divanın, hizmet serbestisinin başlangıçta daha ziyade hizmet sunumu şeklinde öngörüldüğü; bunun Luisi ve Carbone kararıyla hizmet alımını da kapsadığı şeklindeki yaklaşımının da (bkz. kararın 59. Paragrafı) pek tutarlı olmadığı, yukarıdaki düzenlemelerden hareketle açığa çıkmış olmaktadır.

iv- Katma Protokolün Hizmet Alımını İçermediğiyle İlgili Görüşler: Hukuk Sözcüsü Gerekçeli Görüşün 50. ve 51. paragraflarında hizmet alımıyla ilgili oldukça gereksiz bir tartışmaya girmektedir. Bu tartışma-

ların sonunda Divanın Luisi ve Carbone kararına atıfta bulunarak hizmet alımının hizmet sunumunun gerekli bir tamamlayıcısı (complément néces-saire) olduğunu ifade etmiştir. Bu ifade aslında hizmet alımı çerçevesinde Türk vatandaşlarını destekleyen bir unsurdur.

Ancak bir sonraki cümlede en küçük bir gerekçeye dayandırmadan Katma Protokolün 41/1. maddesinin otomatik olarak hizmet alımını içermediği ifade edilmektedir (bkz. pr. 51, son cümle)¹⁴. İşte Hukuk Sözcüsünün gerekçeli görüşündeki kilit nokta burasıdır. Zira tıpkı AB hukukunda olduğu gibi Katma Protokolün 41/1. maddesinin hizmet alımını da kapsadığı yönünde Hukuk Sözcüsü gerekçeli görüşünü belirtmiş olsaydı bugün bu tartışmaların hiçbiri yaşanmayacak ve tıpkı önceki dönemlerde verilen Savaş (pr. 46 ila 54 ve 71), Abatay (pr. 58-59) ve Soysal (pr. 45) kararları gibi bu davada da hizmet alımı standstill kuralının kapsamına alınarak sorun çözülmüş olacaktı. Ancak hiçbir gerekçe gösterilmeden doğrudan Katma Protokolün 41/1. maddesinin hizmet alımını kapsamadığı ifade edilerek bu yol kapatılmıştır.

Sonuç

Öncelikle Demirkan kararıyla Adalet Divanı'nın dar hukuki kalıplar arasına sıkışarak, globalleşen dünyadaki eğilime ters yönde bir karar verdiğini söylemek mümkündür. Kuşkusuz Adalet Divanı bir hukuk mercii olarak hukuka bağlı kalmak zorundadır. Ancak hukuk kurallarını esnek yorumlamak da Adalet Divanı'nın uhdesinde olan bir yetkidir. Bu nedenle son dönemlerde kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili eğilimler (örneğin vize muafiyetleri, kısa süreli giriş-çıkışlar vs.) göz önünde bulundurularak daha esnek bir karar verilebilirdi.

Demirkan kararıyla Adalet Divanı 19 Şubat 2009 tarihli Soysal-Savatlı kararı sonrası Türkiye'nin ve Türk vatandaşlarının yeşeren ümitlerini bir anda söndürmüştür. Zira Soysal-Savatlı kararıyla, standstill prensibinden hareketle Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1973 tarihinde Türk vatandaşlarına vize uygulamayan ülkelerin, o tarihten sonra Türk vatandaşlarına vize uygulaması getiremeyeceğini açık bir biçimde karara bağlayan Adalet Divanı'ndan bir sonraki adımı atması beklenmekteydi (Bu yönde bkz. Pınar 2009, 2010 ve 2013). Bir sonraki adım da Katma Protokolün 41. maddesi kapsamında aktif olarak hizmet sunan Türk vatan-

daşlarına uygulanan vize'nin AB hukukuna aykırı olduğuna ilaveten, bu kapsamda hizmet almak isteyen (ya da pasif hizmet sunumu yapmak isteyen) Türk vatandaşlarına uygulanan vizenin de hem AB hukukuna hem de standstill prensibine aykırı olduğu yönünde Divanın karar vermesi beklenmekteydi. Ancak bu beklenti gerçekleşmedi.

AB yurttaşları söz konusu olduğunda her türlü esnekliği gösteren Adalet Divanı nedense bu davada söz konusu esnekliği göstermemiştir. Bunun farklı nedenleri olabilir. Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu'nun belirttiği gibi, Adalet Divanı siyasi etki altında kalmış olabilir (Eryar Ünlü 2013: 1). Davacı tarafın avukatı Rolf Gutmann'ın belirttiği gibi pasif hizmet alımı ilkesini yanlış yorumlamış olabilir (Eryar Ünlü 2013: 1). Ancak nasıl yorumlanırsa yorumlansın ortaya çıkan gerçek Adalet Divanı'nın bu davada yeterince liberal davranmaması noktasında düğümlenmektedir.

Bu kararlar hizmet alımı amacıyla Türk vatandaşlarının AB ülkelerine vizesiz girişlerinin önü şimdilik hukuken kesilmiştir. Bunun sonucu olarak yürüyen siyasi süreç ve vizesiz Avrupa için AB ile yürütülen görüşmeler önem kazanmıştır. Bilindiği gibi bu konudaki son gelişme, eş zamanlı olarak 16 Aralık 2013 tarihinde Ankara'da Türkiye ile AB arasında "Vize Serbestisi Diyaloğu Mutabakat Metni" ve "Geri Kabul Anlaşması" metinlerinin taraflarca imzalanmasıdır (konuyla ilgili değerlendirme için bkz. Kılıç 2013). Dolayısıyla bu konuda ister istemez Demirkan kararının Türkiye'nin bu anlaşmaları imzalaması için bir katkısının olup olmadığı sorgulanabilir. Bu sorgulama sonucu çıkacak muhtemel yanıt Demirkan kararının bu anlaşmaların imzalanması sürecinde çok ciddi etkisi olduğu yönündedir. Daha açık bir ifadeyle Demirkan kararıyla net bir şekilde hukuki olarak sürecin tıkanması sonucu Türkiye Mutabakat Metnini imzalamıştır.

Ancak buradaki sorun konuyla başlangıçta hiç ilgisi olmayan Geri Kabul Anlaşmasının Türkiye'ye dikte edilmiş olmasıdır. Bu noktada Batı Balkan ülkelere yönelik olarak 21 Haziran 2003'de kararlaştırılan Selanik Ajandasıyla somutlaşan süreçteki şartlar tabir caizse Türkiye'ye de uygulanmıştır. Bilindiği gibi bu ülkelere yönelik olarak Geri Kabul Anlaşması imzalamaları şartıyla vize muafiyeti tanınmıştır. Bu noktada Demirkan kararıyla hukuki süreçten tamamen ümidini yitiren bir Türkiye'nin siyasi sürecin de bu şekilde noktalanmaması için bir an önce Geri Kabul Anlaşmasını imzaladığı pekâlâ düşünülebilir. Diğer yandan Avrupalı yetkililer Adalet Divanının

bu kararına bakarak vizesiz Avrupa konusunda Türkiye'ye yönelik olarak son kararlarını vermemişlerdir. Ancak gene de bu kararın sürece hiçbir yansımalarının olmadığını söylemek ve böyle bir inanç içinde olmak çok naifçe bir yaklaşım olacaktır.

Açıklamalar

- 1 Burada Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ile ilgili çok kısa bir açıklama yapmak gerekir. Şöyle ki : Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ifadesi, Lizbon antlaşması sonrası AB yargı organlarının tümünü (Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi ve Bürokratlar Mahkemesi) kapsayan jenerik bir ifade haline getirilmiştir (bkz. ABA, md. 19). Burada kastedilen bu jenerik ifade olmayıp; Demirkan kararını veren ve ABAD sisteminin en tepesinde yer alan Adalet Divanı'dır. Ancak Lizbon Antlaşması öncesi dönemde bu yargı organının ATAD ya da ABAD gibi ifadelerle isimlendirilmesi ve Avrupa Birliği'ni çağrıştıracak başka bir isimlendirmenin mümkün olmaması nedeniyle ABAD ifadesi mecburen kullanılmıştır.
- 2 Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice (ing: Reports of Cases) başlıklı derlemede yayımlanmaktadır. Çalışmada bu derleme için "Rec" kısaltması kullanılacaktır.
- 3 Divanın kararındaki ifadesiyle şu şekildedir: "(...) national legislation that makes that activity conditional on the issuing of a visa, which can moreover not be required from Community nationals, is liable to interfere with the actual exercise of that freedom (...)».
- 4 « (...) on 1 January 1973, the date of entry into force of the Additional Protocol as regards the Federal Republic of Germany, there was no requirement under German law to obtain a visa for a stay the purpose of which was a family visit ».
- 5 Divan'ın kullandığı ifadeler şu şekildedir: "Situations governed by Community law include those covered by the freedom to provide services, the right to which is laid down in Article 59 of the Treaty. The Court has consistently held that this right includes the freedom for the recipients of services to go to another Member State in order to receive a service there (Cowan, paragraph 15). Article 59 therefore covers all nationals of Member States who, independently of other freedoms guaranteed by the Treaty, visit another Member State where they intend or are likely to receive services."

- 6 Bu kararlara örnek olarak bkz. 25 Mayıs 2009 tarihli Erding Sulh Mahkemesi kararı; 25 Temmuz 2009 tarihli Cham Yerel Mahkemesi'nin Görüşü; 12 Ocak 2011 tarihli Hannover Sulh Mahkemesi kararı; 9 Şubat 2011 tarihli Münih İdare Mahkemesi kararı. Münih İdare Mahkemesi'nin bu davada verdiği kararda kullandığı şu ifade dikkat çekicidir: “Davacı'nın hizmet alımı amacıyla –özellikle turistik amaçla- vizesiz olarak Almanya'ya 3 aya kadar ikamet etmek için girme ve orada h-kalma hakkının bulunduğu tespit edilmiştir.” Alman Mahkemelerinin yansira Hollanda mahkemeleri de aynı yönde kararlar vermiştir. Örneğin bkz. 14 Şubat 2011 tarihli Hollanda Haarlem Mahkemesi kararı (aktaran: Pınar 2013: 48-51).
- 7 Aslında Adalet Divanı Türk işçilerinin çalışma ve ikamet hakları çerçevesinde daha önceki dönemlerde verdiği kararlarda da standstill kavramına yer vermiştir. Örneğin Divan 20 Eylül 1990 tarihinde verdiği Sevince kararında 2/76 sayılı Kararın 7. maddesinin ve 1/80 sayılı Kararın 13. maddesinin açıkça “standstill prensibi” içerdiğini açıkça belirtmiştir. Bu prensibe göre, üye devletlerin sınırları içerisinde yasal olarak ikamet eden ve çalışan Türk işçilerine, işe erişimde yeni kısıtlamalar getirilemez. Bkz. kararın 18. paragrafı.
- 8 Komisyonun 539/2001 sayılı Tüzüğü'nün 4. maddesine yeni bir 4. paragraf şeklinde eklenmesini istediği hüküm şu şekildedir: “To the extent imposed by the application of Article 41(1) of the Additional Protocol to the Association Agreement between Turkey and the EC, a Member State may provide for exceptions from the visa requirement provided for by Article 1(1), as regards Turkish nationals providing services during their stay ». Bkz. COM(2011) 290 final/2, 9 ve 17.
- 9 Karardaki ifade şu şekildedir: “Accordingly, there is nothing to indicate that the Contracting Parties to the Association Agreement and the Additional Protocol envisaged, when signing those documents, freedom of provision of services as including passive freedom of provision of services”.
- 10 Divanın bu çerçevede kullandığı ifade gayet net olup şu şekildedir: “the freedom to provide services includes the freedom, for the recipients of services, to go to another member state in order to receive a service there,

without being obstructed by restrictions, even in relation to payments, tourists, persons receiving medical treatment and persons travelling for the purposes of education or business are to be regarded as recipients of services”.

- 11 Divanın kararındaki ifade şu şekildedir : “By contrast, under European Union law, protection of passive freedom to provide services is based on the objective of establishing an internal market, conceived as an area without internal borders, by removing all obstacles to the establishment of such a market. It is precisely that objective which distinguishes the Treaty from the Association Agreement, which pursues an essentially economic purpose”.
- 12 Bu programın III. Başlığı gerek hizmet sunucuyu, gerekse hizmet alıcıyı etkileyen doğrudan ve dolaylı kısıtlamaların kaldırılmasını gündeme getirmektedir.
- 13 64/220 sayılı yönerge 1/1-b maddesinde hizmet alımı amacıyla diğer AET üyesi ülkelere giden üye devlet vatandaşlarının serbest dolaşımıyla ilgili engellerin kaldırılmasını da öngörmektedir.
- 14 Gerekçeli Görüşteki ifade aynen şu şekildedir : “However, this does not automatically imply that Article 41(1) of the Additional Protocol also includes the passive freedom to provide services”.

Kaynaklar

Baykal, Sanem (2008). “Türkiye-AET Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol’ün 41/1. maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu”. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İngiltere Mahkemelerinin Türk Vatandaşlarının Ülkeye Giriş Koşullarına İlişkin Son Kararı Konferansı. İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yay.

_____. (2011). “Vize Sorununda Ne Aşamadayız?”. Radikal Gazetesi, Kriter Dergisi (65): 34-36.

Burrows, Noreen (1994). “The rights of turkish workers in the Membre State”. European Law Review (ELR): 305-308.

- Can, Hacı (2013). Avrupa Birliği Hukuku. İstanbul: Sürat Yay.
- Can, Hacı ve Çınar Özen (2005). Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku. Ankara: Gazi Üniversitesi Yay.
- Christophe Tchakaloff, Marie-France (1999). "Le suivi des accords entre la Turquie et l'UE devant la Cour de Justice des Communautés européennes". La Turquie et l'Europe, une coopération tumultueuse. Ed. A. İnel. Paris: L'Harmattan. 63-85.
- Çiçekli, Bülent (1997/1998). "The Rights of Turkish Immigrants in the European Union". International Journal on Minority and Group Rights (5/4): 369-432.
- Dönmez, Celalettin (2008). "Avrupa Birliği'nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı". Adalet Dergisi (31): 72-90. (<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/31sayi.pdf>) (13.3.2016).
- Eryar Ünlü, Didem (10.10.2013). "Büyük Mahkemeler de Yanılırlar". <http://www.dunya.com/buyuk-mahkemeler-de-yanilirlar-153499yy.htm> (5.11.2013).
- Göçmen, İlke (2013). "Yargı Aracılığıyla Vizesiz Avrupa Hayal mi?". Güncel Hukuk (6/114): 52-54.
- Groenendijk, Kees ve Maaïke Luiten (2011). Türk Vatandaşlarının Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ile Türkiye Arasında Ortaklığa Dayalı Hakları. Çev. Ozan Turhan-Margerite Turhan. İstanbul: İKV Yay.
- Gümrükçü, Harun (koord./2013). "C-221/11 sayılı Leyla Ecem Demirkan ile Federal Almanya Arasındaki Davaya İlişkin Kanun Sözcüsünün Raporun hakkında Alman ve Türk uzmanların katılımıyla Türkçe, İngilizce ve Almanca olarak hazırlanan görüş". http://harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/antalya-erklaerung-7_5_2013_tr-eng-d.pdf (6.11.2013).
- Günüğur, Haluk (1987). "AET'de ve Türkiye Topluluk ilişkilerinde işçilerin serbest dolaşımı". Avrupa Topluluğu ve Türkiye, Ed. Ömer Bozkurt. Ankara: TODAİE. 57-75.
- _____. (1999). "Avrupa Birliği'nde ve Türkiye AB İlişkilerinde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı" Asomedyâ: 32-46.

- Karayığit, Mustafa Tayyar (2011). "Vive la Clause de Standstill: The Issue of First Admission of Turkish Nationals in to the Territory of a Member State within the Context of Economic Freedoms". *European Journal of Migration and Law* (13): 411-441.
- Kılıç, Taner (18.11.2013). "Geri Kabul Anlaşması' Ne Anlama Geliyor?". *Zaman*. http://www.zaman.com.tr/yorum_geri-kabul-anlasmasi-ne-anlama-geliyor_2184849.html, (28.1.2014).
- Köktaş, Arif (1999a). "The unfinished story of Turkish nationals within in EU : the right of free mouvement for turkish workers". *İnsight Turkey* (1/1): 81-94.
- _____. (1999b). *Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu*. Ankara: Nobel Yay.
- Peers, Steve (1996a). "Toward equality : Actual and potential rights of Third-Country nationals in the European Union". *Common Market Law Review* (33): 7-34.
- Pınar, Hamdi (2010). "“Freedom to provide services” or “Dienstleistungsverkehrsfreiheit” or “libre prestation des services” or “hizmetin serbest dolaşımı”: Uniform Interpretation”. *Ankara Bar Review* (3/2): 75-85.
- <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/<AnkaraBarReview/pdf/2010-july.pdf> (6.11.2013).
- _____. (2013). "Demirkan Davası, Türken-Raus ya da Vizesiz Avrupa Kararı Olacak". *Güncel Hukuk* (6/114): 48-51.
- _____. (2009). "Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (VIII/1-2): 77-113.
- Reçber, Kamuran (2009). *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*. 3. Baskı. Bursa: Alfa Aktüel Yay.
- Rumpf, Christian (1994). "La Libre circulation des travailleurs turcs et l'association entre la Communauté europeenne et la Turquie: de Demirel a Kuş en passant par Sevince". *Actualites du Droit*. 267-285.
- Tezcan, Ercüment (2001). "Le droit du travail et le droit de séjour des tra-

vailleurs turcs dans l'Union européenne à la lumière des arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes". Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (445): 117-128.

Ümit, Ceyda (2013). Avrupa Birliği Hukukunda Üçüncü Ülke Vatandaşları: Tüm Yönleriyle Hak ve Statüleri. Ankara: Seçkin Yay.

_____. (2013): "Demirkan Davası: Başkanlık Raporu". YTB Raporu. <http://www.ytb.gov.tr/index.php/ankara-antlasmasi/demirkan-davasi-ytb-raporu.html>, (22.01.2014).

ÇALIŞMADA GEÇEN KARARLARIN LİSTESİ (KRONOLOJİK SIRAYA GÖRE)

155/73 sayılı Sacchi davasında verilen 30 Nisan 1974 tarihli karar, Rec. s. 409

173/73 sayılı Reyners davasında verilen 21 Haziran 1974 tarihli karar, Rec. s. 631

33/74 sayılı Van Binsbergen davasında verilen 3 Aralık 1974 tarihli karar, Rec. 1299

76/81 sayılı Transporoute davasında verilen 10 Şubat 1982 tarihli karar, Rec. 417.

270/80 sayılı Polydor ve RSO davasında verilen 9 Şubat 1982 tarihli karar, Rec. 329.

286/82 ve 26/83 sayılı Luisi-Carbone davalarında verilen 31 Ocak 1984 tarihli karar, Rec. 377

C-12/86 sayılı Meryem Demirel davasında verilen 30 Eylül 1986 tarihli karar, Rec. 3719.

352/85 sayılı Bond and Adverteeders davasında verilen 26 Nisan 1988 tarihli karar, Rec. 2085

C-196/87 sayılı Steymen davasında verilen 5 Ekim 1988 tarihli karar, Rec. 6159

C-186/87 sayılı Cowan davasında verilen 2 Şubat 1989 tarihli karar, Rec. 195

C-312/91 sayılı Metalsa davasında verilen 1 Temmuz 1993 tarihli karar,

- Rec. I-3751.
- C-109/92 sayılı Wirth davasında verilen 7 Aralık 1993 tarihli karar, Rec. I-6447
- C-43/93 sayılı Vander davasında verilen 9 Ağustos 1994 tarihli karar, Rec. I-3803
- C-384/93 sayılı Alpine Investements davasında verilen 10 Mayıs 1995 tarihli karar, Rec. I-1141
- C-434/93 sayılı Bozkurt davasında verilen 6 Haziran 1995 tarihli karar, Rec. I-1475
- C-61/94 sayılı Commission/Allemagne davasında verilen 10 septem-bre 1996 tarihli karar, Rec. I-3989
- C-70/95 sayılı Sodemare davasında verilen 17 Haziran 1997 tarihli karar, Rec. I-3395
- C-348/96 sayılı Calfa davasında verilen 19 Ocak 1999 karar, Rec. I-11
- C-37/98 sayılı da Abdülnasır Savaş davasında verilen 11 Mayıs 2000 tarihli karar, Rec. I-2927
- C-340/97 sayılı Nazlı davasında verilen 10 Şubat 2000 tarihli karar, Rec. I-957
- C-63/99 sayılı Gloszczuk davasında verilen 27 Eylül 2001 tarihli karar, Rec. I-6369.
- C-162/00 sayılı Pokrzeptowicz-Meyer davasında verilen 29 Ocak 2002 tarihli karar, Rec. I-1049.
- C-188/00 sayılı Kurz davasında verilen 19 Kasım 2002 tarihli karar, Rec. I-10691
- C-171/01 sayılı Wahlergruppe Gemeinsam davasında verilen 8 Mayıs 2003 tarihli karar, Rec. I-4301.
- C-317/01 ve C-369/01 sayılı Abatay-Şahin davalarında verilen 21 Ekim 2003 tarihli karar, Rec. I-12301
- C-275/02 sayılı Ayaz davasında verilen 30 Eylül 2004 tarihli karar, Rec. I- 8765.

- C-215/03 sayılı Oulane davasında verilen 17 Şubat 2005 tarihli karar, Rec. I-1245.
- C-16/05 sayılı Tüm ve Darı davalarında verilen 20 Eylül 2007 tarihli karar, Rec. I-7415
- C-228/06 sayılı Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı davasında verilen 19 Şubat 2009 tarihli karar, Rec. I-1031
- C-351/08 sayılı Grimme davasında verilen 12 Kasım 2009 tarihli karar, Rec. I-10777
- C-14/09 sayılı Hava Genç davasında verilen 4 Şubat 2010 tarihli karar, Rec. I- 931.
- C-92/07 sayılı Hollanda c/Komisyon davasında verilen 29 Nisan 2010 tarihli karar, Rec. I-3683.
- C-70/90 sayılı Hengartner ve Gasser davasında verilen 15 Temmuz 2010 tarihli karar, Rec. I-7233.
- C-371/08 sayılı Ziebell davasında verilen 8 Kasım 2011 tarihli karar.
- C-256/11 sayılı Dereci davasında verilen 25 Kasım 2011 tarihli karar, Rec. I-11315.
- C-211/11 sayılı Leyla Ecem Demirkan c/Bunderrepublik Deutschland davasında verilen 24 Eylül 2013 tarihli karar.

Demirkan Decision of the European Court of Justice and Turkish Citizens's Right of Receive Service in the EU Member Countries

Ercüment Tezcan*

Abstract

The entry, work and residence rights, as well as the freedom to provide services and the right to benefit from the services offered to the Turkish citizens in the European Union member states are the issues that have been discussed in recent years. In cases concerning the entry, residence, work, and freedom to receive services in the European Union member states, the Court of Justice has adopted an ever more liberal approach in case law for Turkish citizens. There was also an expectation regarding the right to receive services. However, the Court of Justice in its decision Demirkan on 24 September 2013 has not adopted a similar approach regarding the right to receive services and has decided that the Turkish citizens who receive services in the EU member states will be required to obtain visas. Although the decision Demirkan is clear about the topic, in the text of the decision and in the Opinion of Advocate General, there are some controversial issues.

Keywords

Turkish citizens, service procurement, Standstill' clause, the European Court of Justice, visa obligation

* Prof. Dr., Galatasaray University, Faculty of Economics and Administrative Sciences – Istanbul/Turkey
etezcangsu@edutr@gmail.com

Решение Суда Европейского Союза по делам Демиркана и вопрос трудоустройство турецких граждан в странах Евросоюза.

Эржумент Тезжан*

Аннотация

Въезд турецких граждан в стран Европейского Союза, проживание и получение трудовых прав, а также права на предоставление услуг, права использование предлагаемых услуг стал одним из самых актуальных вопросов, обсуждаемых в последние годы. В вопросах въезда в стран Евросоюза, вид на жительство, получение трудовых прав, Суд Евросоюза гражданам Турции отнеслись всегда положительно. В вопросе закупки услуг было такое же ожидание. Однако, Суд Евросоюза в решении Демиркана 24 сентября 2013 года не был в аналогичном подходе и принял решение, что граждане Турции для въезда в стран Евросоюза должны получать визу. Хотя решение Демиркана является точным поэтому вопросу, некоторые вопросы открыты для обсуждения.

Ключевые слова

Граждане Турции, закупка услуг, приговор Стандстилл, суд Евросоюза, визовое обязательство

* Проф.док., Университет Галатасарай, факультет экономики и административных наук – Стамбул/
Турция
etezcangsuedutr@gmail.com

