|  |
| --- |
| **Leyla Ecem Demirkan ( C211/11)    24.09.2013** |
|   |   |
|   |   |
|  **Dava konusu**Leyla Ecem Demirkan adlı vatandaşımız F. Almanya’ya vizesiz seyahat talebine ilişkin ilk derece mahkemesinde açtığı davayı kaybetmiş ve Berlin-Brandenbung Eyalet İdare Mahkemesi nezdinde temyiz talebinde bulunmuştur. Anılan Mahkeme Katma Protokol’ün 41/1. maddesi manasında bir hak sahipliğinin mevcut olup olmadığının incelenmesi için ön karar talebiyle AB Adalet Divanı’na başvurmuştur. **Karar** AB Adalet Divanı 24.09.2013 tarih ve C211/11 sayılı kararıyla Türk vatandaşlarının hizmet alımı için AB üyesi ülkelere vizesiz seyahat edemeyeceğine hükmetmiştir.  Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi Divan’dan bilhassa iki sorunun cevaplandırılmasını talep etmişti:1.      Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir Ortaklık kurulmasına yönelik Anlaşmaya ilişkin 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokol’ün 41. Madde 1. Fıkrası manasında; pasif hizmet serbestîsi, yani hizmet alımı da hizmetlerin serbest dolaşımı kavramına dâhil midir?2.      Sorunun “evet” ile cevaplandırılması halinde, Katma Protokol’ün 41. Maddesi 1. Fıkrasına göre hizmet alımı serbestîsinin Ortaklık Hukukuyla korunması, müşahhas bir hizmet alımı için değil, bilakis akrabaları ziyaret amacıyla, Federal Almanya’ya üç aylık bir süreyle seyahat etmek isteyen ve bu esnada sadece Almanya’daki hizmet alımı imkânlarını ileri süren davacının durumundaki Türk vatandaşlarını da kapsar mı?AB Adalet Divanı bu kararıyla “hizmetlerin serbest dolaşımı” kavramına açıklık getirmiş ve Katma Protokol’ün “mevcut şartlarda zorlaştırma yapılamayacağı” esasından hareketle, “hizmetlerin serbest dolaşımı kavramı”ndan pasif hizmet serbestliğine ilişkin bir sonuca varılamayacağı, başka bir ifade ile sözkonusu kavramdan herhangi bir hizmeti almak için Türk vatandaşlarının hizmet alıcısı sıfatıyla bir üye devlete gidebilme serbestliğine sahip olmadıkları kararını vermiştir. Divan hizmet sunumu ile ilgili kararlarıyla herhangi bir çelişkiye düşmemek için gerekçesinde zaman zaman söz konusu kararlara (Savatlı, Savaş, Abatay kararları gibi...)  atıfta bulunmakta,  hizmet sunumu serbestliğiyle ilgili kararların yerindeliğine işaret etmekte, ancak hizmet alımı için söz konusu kararların referans olamayacağını vurgulamaktadır.   Mahkeme karar gerekçesinde bilhassa Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET)  kuran Anlaşmanın 59. maddesi gereği (daha sonraki AB Anlaşmasının 59. Maddesi, bilahare yapılan değişiklikle 49. maddesi ve en son 56. madde olarak yer almaktadır) Birlik Anlaşmalarıyla AB üyesi ülke vatandaşlarına tanınan serbest hizmet dolaşımı hakkının sadece bir hizmet sunumu değil,  aynı zamanda hizmet alımı hakkını da içerdiğini ve bunun 1984 yılındaki “Luisi/Carbone” kararıyla da teyit edilmiş olduğunu vurgulamaktadır. Bu itibarla Birlik vatandaşları sadece hizmet sunmak için değil, örneğin eğitim, sağlık hizmeti ve turistik amaçlarla bir başka üye ülkeye gidebilmektedirler. Böyle bir hak, yani pasif hizmet alımı sınırlardan arındırılmış bir iç piyasanın oluşumuna yönelik bir haktır. Divan’a göre, böyle bir piyasa ancak bu tür engellerin ortadan kaldırılmasıyla mümkün olabilir.  Ancak Divan Birlik vatandaşlarına serbest dolaşımla ilgili, yani hizmet alımıyla ilgili haklar tanıyan Birlik Anlaşmaları ile bir taraftan Ortaklık Anlaşması ve diğer taraftan Katma Protokol hükümleri arasında eşit değerde hükümler görmemektedir. Kararın gerekçesinde Birlik Anlaşmaları ve Ortaklık Anlaşması/Katma Protokol arasındaki hedef farklılığına işaret etmektedir.  Divan gerekçesinde Birlik Anlaşmalarının hedefinde açık ve bariz bir şekilde hem hizmet alımının hem de hizmet sunumunun yer aldığı, bunun da 1984 yılında verdiği “Luisi/Carbone” kararıyla pekiştiği, Türkiye/AB Anlaşmalarında (Ortaklık Anlaşması, Katma Protokol, OKK) hükümler açık olmadığından hizmetlerin serbest dolaşımı kavramının hizmet sunumuna uygulanabileceği, fakat Katma Protokol’de yer alan “mevcut şartlarda zorlaştırmaya gidilemeyeceği” hükmüne, başka bir ifadeyle, pasif hizmet alımına (Stilhalteklausel)  uygulanamayacağı görüşüne yer vermektedir.  Serbest dolaşımla ilgili olarak Ortaklık Anlaşmasının 14. maddesinde yer alan AB Anlaşmasının serbest dolaşımla ilgili maddelerine atıfta bulunulması Türk vatandaşları için AB Anlaşmaları manasında bir serbest dolaşım hakkı içerdiği şeklinde anlaşılamaz. Bu maddelere sadece bir ilham kaynağı olarak işaret edilmiştir. Diğer taraftan Ortaklık Konseyi şimdiye dek Katma Protokol hükümleri mucibince hizmetlerin serbest dolaşımındaki engelleri ortadan kaldırmaya yönelik yol planı ve ayrıntıları tespit edecek herhangi bir tedbir almamıştır. Serbest dolaşımı somutlaştıracak herhangi bir girişimde de bulunmamıştır. Ayrıca 1984 yılında Louisi/Carbone Kararı verilmeden 14, yani 21 yıl önce Ortaklık Anlaşmasının ve Katma Protokol’ün taraflarının imza aşamasında hizmetlerin serbest dolaşımının pasif hizmet serbestisini de içerdiğinden hareket ettiklerine dair herhangi bir ipucu mevcut değildir.  Ayrıca Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde amaç olarak bilhassa ekonomik hedeflere odaklanmıştır. Ortaklık Anlaşmasının 2. maddesi ekonomik gelişmeye vurgu yapmaktadır. Katma Protokol’ün 41/2. maddesi ise bu hedefleri detaylandırmıştır.  Divan genel bir serbest dolaşımı mümkün kılmak için, Birlik Anlaşmasının 21. maddesi gereği Birlik vatandaşları için geçerli olan ekonomik özgürlüklerle mukayese edilebilir gibi görünen ekonomik özgürlüklerin geliştirilmesinin Ortaklık Anlaşmasının konusu olmadığını ve Ortaklık Anlaşmasının muayyen hakların kullanılmasını sadece ikamet edilen ülkenin egemenlik sahasında teminat altına aldığını belirterek, bu hususta 18 Temmuz 2007 tarihli ve C 325/05 sayılı Derin Kararına atıfta bulunmaktadır.  Gerekçede Divan geçmişte mütemadiyen Katma Protokol’ün 41/1. maddesinde yer alan “mevcut şartlarda kötüleştirme yapılmaması” kaydının Türk vatandaşlarına sadece Birlik Hukuku esasında bir yerleşme ve buna bağlı bir ikamet hakkı verilmesine uygun bir hüküm olmadığına ve bu hükme bağlı olarak hizmetlerin serbest dolaşımı hakkının veya üye bir ülkeye serbestçe giriş hakkının verilmediğine işaret etmektedir. Keza bu hususta da Savaş, Abatay, Tüm/Darı ve Soysal kararlarını ileri sürmektedir.   Divan gerekesinde ayrıcı aşağıdaki hususlara değinmektedir. “Mevcut şartlarda kötüleştirme yapılamayacağı” kaydı ister yerleşme özgürlüğüyle bağlantılı olsun, isterse hizmetlerin serbest dolaşımıyla bağlantılı olsun, sadece iktisadi bir faaliyetin icrasıyla irtibatlı olarak bir Türk vatandaşının üye ülkelerin egemenlik sahasına girişini ve oradaki ikametini alakadar eder.  Birlik hukukunda yer alan pasif hizmet serbestliği hakkı ise sınırlardan ve her türlü engellemelerden arındırılmış bir iç piyasanın ortaya çıkarılması hedefine istinat etmektedir. Keza bu hedef Birlik Anlaşması ile Ortaklık Anlaşması arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Mevcut karar gerekçesinde de tespit edildiği üzere, Ortaklık Anlaşması ağırlıklı olarak iktisadi hedeflere odaklanmıştır.  Ayrıca Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol hükümleri manasında hizmetlerin serbest dolaşımı kavramının yorumuna ve Birlik Anlaşması manasındaki yorumuna anlaşmaların zamanlaması bağlamında bakılması gerekir.  Bu itibarla, Katma Protokol’ün 41/1. maddesinde öngörülen “kötüleştirmeme” kaydının kendiliğinden haklar yaratmadığının vurgulanması gerekir. Burada belli bir zaman zarfından itibaren her türlü yeni bir kısıtlayıcı tedbiri yasaklayan hüküm sözkonusudur.   Görüş sunan hükümetlerin, AB Konseyi’nin ve Avrupa Komisyonunun da ifade ettikleri üzere, hizmetlerin serbest dolaşımı esas itibariyle özünde hizmet sunma serbestliği olarak tasarlanmıştır. Bu nedenledir ki, Divan 1984 yılında Luisi/Carbone Davasında AB Anlaşması manasında hizmetlerin serbest dolaşımının pasif hizmet serbestliğini, yani hizmet alımı serbestliğini de kapsadığına karar vermiştir.  Böylece Ortaklık Anlaşmasının ve Katma Protokol’ün taraflarının imza aşamasında hizmetlerin serbest dolaşımının pasif hizmet serbestisini de içerdiğinden hareket ettiklerine dair herhangi bir ipucu mevcut değildir.  Diğer taraftan, Başsavcının 71 numaralı kenar başlığında da ifade ettiği üzere, Ortaklık Anlaşmasının taraflarının uygulaması tam aksi için ipuçları sunmaktadır. Çok sayıda üye devletler Katma Protokol yürürlüğe girdikten sonra Türk vatandaşlarının turistik ikametleri için vize mükellefiyeti getirmiş ve bu konuda Katma Protokol’ün 41/1. maddesi hükmünü bir engel olarak görmemiştir. Keza Türkiye de Ekim 1980’de 1973 yılından beri vize mükellefiyetinden muaf tutulan ve işçi olmayan Belçika ve Hollanda vatandaşları için bu muafiyeti kaldırmak suretiyle Belçika ve Hollanda vatandaşlarına karşı aynı tarzda işlem yapmıştır, yani vize mükellefiyeti öngörmüştür.  Tüm bu izahata bağlı olarak, Divan’ın Luisi/Carbone Kararında yaptığı Birlik Anlaşmasının 59. maddesine ilişkin yorumu, Ortaklık Anlaşması/Katma Protokol ile Birlik Anlaşmasının arasındaki amaç ve bağlam farklılığına istinaden, Katma Protokol’ün 41/1. maddesi hükmüne uygulanamaz.  Tüm açıklanan nedenlerden dolayı, Katma Protokol’ün 41/1. maddesinde yer alan “hizmetlerin serbest dolaşımı” kavramının Türk vatandaşlarının bir üye devlette hizmet almak için bu üye devlete gidebilmesi serbestliğini kapsamadığı şeklinde cevaplandırmak gerekir.Birinci soruya verilen olumsuz cevaptan sonra  Divan ikinci sorunun cevaplanmasına gerek görmemiştir.  |