

C-221/11 SAYILI 24 EYLÜL  
2013 TARİHLİ AVRUPA BİRLİĞİ  
ADALET DİVANI'NIN  
'LEYLA ECEM DEMİRKAN  
FEDERAL ALMANYA  
CUMHURİYETİ'NE KARŞI'  
KARARI\*

Çeviren: Arş. Gör. Belkıs VURAL\*\*

---

\* Kararın yargılama dili Almancadır. Almanca karar metni için bakınız: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142081&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=25501>; Aynı karar İngilizce metninden Türkçe'ye Yrd. Doç. Dr. İlke Göçmen tarafından da çevrilip, Küresel Bakış Dergisi 11. sayısında yayımlanmıştır.

\*\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi; LL.M. (eur.)(Münih), LL.B (Bilkent Üniversitesi); e-posta: [bvural@ybu.edu.tr](mailto:bvural@ybu.edu.tr)



MAHKEMENİN KARARI<sup>[1]</sup> (Büyük Daire)<sup>[2]</sup>

24 Eylül 2013

“Ortaklık Anlaşması AET–Türkiye–Katma Protokol–41(1). madde–Standstill Hükümü–Üye bir devlete giriş için vize mecburiyeti–Hizmet sunma özgürlüğü–Bir Türk vatandaşının bir aile ferdini ziyaret ve potansiyel olarak hizmet almak amacıyla bir üye devlete giriş hakkı”

Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi’nin (Almanya)<sup>[3]</sup>, ABİDA’nın<sup>[4]</sup> 267. maddesine göre, 13 Nisan 2011 tarihli kararıyla yapmış olduğu ön karar usulü başvurusu, 11 Mayıs 2011 tarihinde Yüksek Mahkemeye ulaşmıştır.

C-221/11 Sayılı

Leyla Ecem Demirkan Federal Almanya Cumhuriyeti’ne Karşı davasında

Başkan V. Skouris, Başkan Yardımcısı K. Lenaerts, Daire Başkanları A. Tizzano, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Rosas (Raportör), ve Daire Başkanları M. Berger, Hâkim E. Levits, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader, J.-J. Kasel, M. Safjan and D. Šváby

Kanun Sözcüsü: P. Cruz Villalón,

Kâtip: M. Aleksejev,

İdare Kurulu işbirliğinde Yüksek Mahkeme (Büyük Daire) yazılı yargılama ve 6 Kasım 2012 tarihli duruşmayı dikkate alarak,

– Bayan Demirkan’ı temsilen Avukat R. Gutmann tarafından,

– Alman Hükümeti’ni temsilen T. Henze, J. Möller ve K. Hailbronner tarafından,

– Çek Hükümeti’ni temsilen M. Smolek tarafından,

– Danimarka Hükümeti’ni temsilen C. Vang ve V. Pasternak Jørgensen tarafından,

– Estonya Hükümeti’ni temsilen M. Linntam tarafından,

– Yunan Hükümeti’ni temsilen G. Karipsiades ve T. Papadopoulou tarafından,

– Fransız Hükümeti’ni temsilen G. de Bergues, D. Colas ve B. Beaupère-Manokha tarafından,

– Hollanda Hükümeti’ni temsilen, B. Koopman, M. Bulterman ve C. Wis-sels tarafından,

[1] Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)/Der Europäische Gerichtshof (EuGH); Kararın Almanca metninde “Gerichtshof” kelimesi kullanılmış olduğundan metnin devamında ABAD, Yüksek Mahkeme olarak kullanılacaktır.

[2] Große Kammer

[3] Berlin-Brandenburg Oberverwaltungsgericht

[4] Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma/Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

- Slovak Hükümeti'ni temsilen B. Ricziová tarafından,
  - Birleşik Krallık Hükümeti'ni temsilen S. Ossowski ve L. Christie ve Avukat R. Palmer tarafından,
  - Avrupa Birliği Konseyi'ni temsilen, J. Monteiro, E. Finnegan ve Z. Kupčová tarafından,
  - Avrupa Komisyonu'nu temsilen G. Braun ve G. Wils tarafından,
- sunulan mütalaaları da inceledikten ve 11 Nisan 2013 tarihli oturumda Kanun Sözcüsünün görüşünü muhakeme ettikten sonra aşağıdaki kararı verir.

### **Karar**

1. Bu ön karar usulü başvurusu, Brüksel'de 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanmış ve 19 Aralık 1972'de (Resmi Gazete/ABI. L 293, S.1)<sup>[5]</sup> 2760/72 Sayılı AET Konsey Tüzüğü ile Topluluk adına akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmış olan Katma Protokol'ün 41(1). maddesinin ('Katma Protokol') ve özellikle bu maddedeki hizmet sunma özgürlüğü kavramının yorumlanması hakkındadır.

2. Başvuru, Türk vatandaşı Bayan Demirkan'ın Almanya'da yaşayan üvey babasını ziyaret etmek için yaptığı vize başvurusunun Alman makamlarca reddedilmesiyle ilgili davada yapılmıştır.

### **Hukuki Çerçeve**

#### ***Avrupa Birliği Hukuku***

##### **Ortaklık Anlaşması**

3. Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında bir ortaklık kuran anlaşma (Ortaklık Anlaşması) Ankara'da, Türkiye Cumhuriyeti, AET üye ülkeleri ve Topluluk tarafından 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanmış ve 23 Aralık 1963 tarihinde, 64/732/AET sayılı Konsey Kararıyla (Resmi Gazete/ABI. 1964, Nr.217, S.3685) Topluluk adına akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmıştır.

4. Ortaklık Anlaşması'nın 2(1). maddesine göre, anlaşmanın hedefi, âkit taraflar arasındaki ticari ve ekonomik işgücüne ilişkin, işçilerin dolaşım özgürlüğünün kademeli olarak güvenceye alınması (Ortaklık Anlaşması 12. madde), yerleşme özgürlüğü (Ortaklık Anlaşması 13. madde) ve hizmet sunma özgürlüğü üzerindeki (Ortaklık Anlaşması 14. madde) kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını da kapsayan ilişkileri devamlı ve dengeli olarak güçlendirmeyi, Türk halkının yaşam standardını yükseltmeyi ve Türkiye'nin ileri tarihte Topluluğa üyeliğini kolaylaştırmayı (Anlaşma Dibacesi 4. hüküm ve 28. Madde) teşvik etmektedir.

[5] Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, L dizisi 293 numaralı düzenleme. Resmi Gazete Bilgileri Almanca hali muhafaza edilerek verilmiştir. Böylece olası karışıklıklar engellenmek istenmiştir.

5. Bu hedeflere ulaşılması için, Gümrük Birliğine kademeli geçiş üç aşamada öngörülmüştür. Birliği kuran anlaşma, (AET-Türkiye Ortaklığı) Topluluğun yardımı ile Türkiye Cumhuriyeti ekonomisinin güçlenmesini sağlayacak hazırlık dönemini (Anlaşmanın 3. maddesi), Türkiye ile AET arasında bir Gümrük Birliğinin gittikçe gelişen şekilde yerleşmesi ve ekonomik politikaların yaklaştırılmasını sağlayan bir geçiş dönemini (Anlaşmanın 4. maddesi), ve Gümrük Birliği esasına dayanan ve âkit tarafların ekonomi politikaları arasındaki uyumluluğun güçlendirilmesini gerektiren son dönemi (Anlaşmanın 5. maddesi) öngörür.

6. Ortaklık Anlaşmasının 6. maddesi şu şekildedir:

“Ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak amacıyla âkit taraflar, bu Anlaşma ile tahsis edilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyi’nde toplanırlar.”

7. Ortaklık Anlaşmasının II. kısmında yer alan, (“Geçiş döneminin uygulamaya konulması”) başlıklı 8. madde şunu öngörür:

“4. maddede düzenlenen hedeflere ulaşılması için Ortaklık Konseyi, geçiş döneminin başlangıcından önce ve Geçici Protokolün 1. maddesinde belirlenmiş usul doğrultusunda, Topluluğu Kuran Anlaşmanın kapsadığı, dikkate alınması gereken alanlarla, özellikle bu kısımda adı geçen alanlara ilişkin uygulama şartlarını, usullerini, sıra ve sürelerini, amaca uygun görülecek her türlü koruyucu kuralları tespit eder.”

8. Ortaklık Anlaşmasının yine II. kısmında yer alan 14. maddesi şu şekildedir:

“Âkit taraflar, aralarındaki hizmet sunma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların ortadan kaldırılması için [45 ATA], [46 ATA] ve [48 ATA] ilâ [54 ATA] maddelerini rehber edinmeyi kabul ederler.”

9. Ortaklık Anlaşmasının 22(1).maddesi de şöyledir:

“Anlaşmanın hedeflerine ulaşılması amacıyla, Anlaşmanın öngördüğü hallerde Ortaklık Konseyi karar alma yetkisine sahiptir. İki taraftan her biri, yerine getirilmesi gerekli tedbirleri alırlar...”

### **Katma Protokol**

10. Ortaklık Anlaşmasının ayrılmaz parçası olduğu 62. maddesinde düzenlenen Katma Protokolün 1. maddesi Ortaklık Anlaşmasının 4. maddesinde belirtilen geçiş döneminin gerçekleşme şartlarının, ayrıntılarının ve sürelerinin bu protokol ile tespit edilmiş olduğunu düzenlemiştir.

11. Katma Protokolün (“Kişilerin ve Hizmetlerin Dolaşımı”) başlıklı II. kısmı, “İşçiler” hakkındaki I. bölümü ve “Yerleşme Hakkı, Hizmet ve Ulaştırma” hakkındaki II. bölümü kapsar.

12. Katma Protokol II. kısım, II. bölümde yer alan 41. madde şu şekildedir:

“(1) Âkit taraflar, aralarında yerleşme hakkı ve hizmet sunma özgürlüğüne yeni kısıtlamalar koymaktan kaçınırlar .

(2) Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşmasınının 13. ve 14. maddelerinde belirtilen ilkelere uygun olarak, âkit tarafların, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmet sunma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaları gitgide kaldırmalarında uygulanacak süre ve usulleri tespit eder.

Ortaklık Konseyi, söz konusu süre ve usulleri, çeşitli faaliyet kategorileri için, bu alanlarda Topluluğun önceden koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal anlamda özel koşullarını dikkate alarak tespit eder. Üretim ve ticaretin gelişmesine katkı sağlayan faaliyetlere öncelik verilir.”

13. Katma Protokolün 41(2.) maddesine dayanarak Ortaklık Konseyi, Topluluk ile Türkiye arasında hizmetlerin serbestleştirilmesini ve kamu ihale pazarlarının karşılıklı olarak açılmasını amaçlayan müzakerelerin başlaması hakkındaki 11 Nisan 2000 tarihli 2/2000 sayılı kararı (Resmi Gazete/ABI. 2000 L 138, s. 27) kabul etti. Şu var ki (Ancak), şu ana kadar, herhangi bir önemli hizmetin serbestleştirilmesi, Ortaklık Konseyi tarafından kabul edilmedi.

14. Katma Protokolün IV. kısmında (“Genel ve Son hükümler”) yer alan 59. maddeye göre:

“Bu Protokol'ün kapsamına giren alanlarda, Türkiye, Topluluğu kuran Antlaşma uyarınca, üye ülkelerin birbirlerine sağladıklarından daha lehte bir muameleden yararlanamaz.”

539/2001 (AT) Sayılı Konsey Tüzüğü

15. 15 Mart 2001 tarihli ve 539/2001 (AT) Sayılı Konsey Tüzüğü'nün, dış sınırlardan geçerken vize almaları zorunlu olan üçüncü ülke vatandaşları ile bu zorunluluktan muaf olan üçüncü ülke vatandaşlarının listelendiği 1. maddesi (Resmi Gazete/ABI. L 81, s. 1) şu şekildedir:

“Ek I'deki listede yer alan üçüncü ülkelerin vatandaşları, üye devletlerin dış sınırlarından geçerken vize almak zorundadırlar.”

16. Türkiye Cumhuriyeti Ek I'deki listededir. 539/2001 Sayılı Tüzüğü'nün Dibacesinin ilk cümlesine göre, hangi üçüncü devlet vatandaşlarının üye devletlerin sınırlarından geçerken vize almak zorunda olduğunun ve hangi üçüncü ülke vatandaşlarının bu zorunluluktan muaf tutulduğunun listelenmesi, ATA m. 61'e göre “bir özgürlük güvenlik ve adalet bölgesi içerisinde kişilerin serbest dolaşımını doğrudan ilgilendiren yan yükümlülükler” kapsamındadır.

## Alman Hukuku

1 Ocak 1973'teki haliyle Alman Hukuku

17. Ön karar talebinden de açıkça görülmektedir ki, Katma Protokolün yürürlüğe girmiş olduğu 1 Ocak 1973 tarihinde Federal Almanya Cumhuriyeti iç hukukuna göre, eğer ülkeye giriş amaçları aile ziyareti idiyse, Türk vatandaşları, Alman toprağına girmek için vize almak zorunda değillerdi.

18. 10 Eylül 1965 tarihli (BGBl.<sup>[6]</sup>1965 I S. 1341), Yabancılar Kanununun Uygulanması Hakkında Tüzüğü<sup>[7]</sup> 13 Eylül 1971 tarihli (BGBl. 1971 I S. 1743) versiyonunun 5. paragrafının 1. fıkrasının 1 numaralı bendine göre, Tüzük Eki ile bağlantılı olarak, Türk vatandaşları, sadece, eğer Almanya'da çalışmak niyetinde idiyeler, Alman toprağına girmek için vize şeklinde bir oturma izni almak zorunda idiler.

19. Türk vatandaşları, 1 Temmuz 1980 tarihli (BGBl. 1980 I S. 782) Yabancılar Kanununun Uygulanması Hakkında Tüzüğü değiştiren 11. Tüzüğe kadar, genel bir vize zorunluluğına tabi değildiler.

## Esas dava zamanında ilgili Alman Hukuku düzenlemeleri

20. Ön karar talebinden de açıkça görülmektedir ki, esas davadaki başvuru sahibi ile aynı durumda olan Türk vatandaşları için, Almanya'ya girebilmek amacıyla vize almak, Yabancıların Milli Sınırlar İçerisinde Çalışması, İkamet Etmesi ve Uyum Sağlaması Hakkında Kanunun<sup>[8]</sup> (İkametgâh Kanunu) (BGBl. 2004 I S. 1950) 4(1). paragrafının 1. cümlesine göre zorunludur.

21. İkametgâh Kanununun ("İkamet izninin şartları") başlıklı 4(1). paragrafı uyarınca:

"Avrupa Birliği Hukuku ya da bir düzenleyici işlemle aksi öngörülmedikçe ya da Ortaklık Anlaşması uyarınca ikamet hakkı mevcut değilse, yabancıların Federal Almanya toprağına girmesi ve Federal Almanya sınırları içerisinde ikamet edebilmesi için ikamet izni şarttır..."

Esas davadaki uyumsuzluk ve ön karar usulüne başvurulmuş sorular

22. Kasım 2007'de 1993 doğumlu Türk vatandaşı Demirkan, Ankara'da bulunan (Türkiye) Alman Büyükelçiliği'ne, Almanya'da yaşayan ve Alman vatandaşı olan üvey babasını ziyaret etmek amacıyla vize başvurusunda bulunmuştur. Demirkan başvurusunun reddi karşısında, Berlin İdare Mahkemesi'ne<sup>[9]</sup> dava açmıştır.

[6] Das Bundesgesetzblatt: Federal Resmi Gazete

[7] Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes

[8] Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG)

[9] Verwaltungsgericht Berlin

23. Demirkan mahkemedan kendisinin Federal Almanya Cumhuriyetine vizesiz girme hakkı olduğunun tespitini istemiştir. Alternatif olarak, Demirkan, vize başvurusunu reddeden kararın iptalini ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin kendisine ziyaretçi vizesi vermekle yükümlü olduğunun tespitini talep etmiştir.

24. Demirkan'a göre, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmünde açıktır ki, üvey babasını görmek amacıyla planladığı Almanya ziyareti için vizeye ihtiyacı yoktur. Böyle bir ziyaret, hizmet alma unsurlarını zorunlu olarak kapsayacağından, kendisinin bu hizmetlerden yararlanan olarak, başvurduğu turist vizesini almaya hakkı vardır. Katma Protokolün yürürlüğe girmiş olduğu tarihte, Federal Almanya Cumhuriyeti iç hukukuna göre, eğer Türk vatandaşları 3 aydan fazla bir süre kalmayı ve Alman Federal Cumhuriyetinde çalışmayı planlamıyorlarsa, Federal Almanya Cumhuriyetine girerken ikamet izni almaktan muaftılar.

25. Berlin İdare Mahkemesi, Demirkan'ın Federal Almanya Cumhuriyeti'ne vizesiz girmek için hiçbir haktan yararlanmadığı sebebine dayanarak, 22 Ekim 2009 tarihli kararıyla bu başvuruyu reddetti. Özellikle, Demirkan, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmüne dayanamazdı; çünkü aile ziyareti amacıyla alınacak ikamet izni için bu hüküm uygulanabilir değildi. Mahkemeye göre, standstill hükmü Türk vatandaşlarına ekonomik faaliyetlerden bağımsız, genel bir seyahat hürriyeti sağlamamaktaydı.

26. Demirkan bu karara karşı, Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesine<sup>[10]</sup> temyize başvurdu.

27. Mahkemenin ilk tespitinde Demirkan, hem milli hukuka (İkametgâh Kanunu 4.(1). paragrafın 1. cümlesi) hem de Avrupa Birliği Hukuku'na (Ek I ve 539/2001 Sayılı Tüzüğü'nün 1(1).maddesi) göre Federal Almanya toprağına girebilmek için vize almalıdır. Eğer ki vizesiz girme hakkı olsaydı, bu yalnızca Katma Protokolün 41(1). maddesine dayanarak olabilirdi.

28. İkinci olarak, Almanya Federal Cumhuriyeti açısından Katma Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde, Alman Hukukunda, Demirkan'ın başvurmuş olduğu gibi aile ziyareti amacıyla bulunma durumu için vize alınmasının gerekli olmadığı tespit edildi. Ancak Yüksek Mahkeme İçtihadında, özellikle 19 Şubat 2009 tarihli Soysal ve Savatli kararında (C-228/06, Slg. 2009, I-1031)<sup>[11]</sup>, hizmet sunma özgürlüğüne getirilebilecek herhangi bir kısıtlamanın yasak olduğunu düzenleyen Katma Protokolün 41(1). maddesinin pasif hizmet sunma özgürlüğünü kapsadığı, yani bir devletteki hizmet alıcısının diğer bir başka devlete hizmet alma amacıyla seyahat etme özgürlüğünü kapsayacak şekilde genişletilebileceği belirtilmemektedir” Almanyada bu husus hem mahkeme

[10] Berlin-Brandenburg Oberverwaltungsgericht

[11] Die Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz



içtihatlarında hem de öğretide çok farklı şekillerde cevaplandırılmıştır. Almanya'daki hakim görüşe göre ise standstill hükmü, hem aktif hem de pasif hizmet sunma özgürlüğünü kapsamaktadır.

29. Katma Protokolün 41(1). maddesi anlamında hizmetin serbest dolaşımı kavramı, pasif hizmet sunma özgürlüğünü de kapsar mı şeklindeki ilk soruyu yanıtlamak için, Almanya'ya seyahat etmek isteyen Türk vatandaşlarının akraba ziyareti amacıyla en fazla 3 aya kadar olan ziyaretleri ve yalnızca orada hizmet alma ihtimaline dayanan kalma durumlarının standstill hükmü kapsamında olup olmadığı da incelenmelidir.

30. Alman Hukuk öğretisindeki bazı yazarlar, pasif hizmet sunma özgürlüğünün alanının geniş yorumlanması gerektiği görüşüne dayanak olarak , Avrupa Birliğince garanti altına alınan diğer özgürlüklerden bağımsız olarak , Mahkemenin pasif hizmet sunma özgürlüğünün, hizmet almak istediği ya da hizmet alma ihtimali olduğu diğer bir üye devleti ziyaret eden tüm üye ülkelerin vatandaşlarına uygulanacağına hükmettiği 24 Kasım 1998 tarihli Bickel ve Franz (C-274/96, Slg. 1998, I-7637) davasını gösterirler.

31. Bu şartlarda Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi yargılamanın durdurulmasına ve aşağıdaki sorular için, ön karar usulüne başvurulmasına karar vermiştir.

1. Pasif hizmet sunma özgürlüğü, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki anlamıyla hizmetin serbest dolaşımı kavramının kapsamında mıdır?

2.1. soruya olumlu cevap verildiği takdirde;

Katma Protokolün 41(1). maddesinde düzenlenen pasif hizmet sunma özgürlüğünün ortaklık hukukunca korunması durumu, Federal Almanya'ya belirli bir hizmeti almak amacıyla değil, yalnızca akraba ziyareti amacıyla üç aya kadar olan ve Almanya'da sadece hizmet alma ihtimaline dayanan bir ziyarette bulunmak isteyen başvuru sahibinin durumunda olduğu gibi, Türk vatandaşlarına da genişletilebilir mi?

### Soru 1

32. İlk soruyla, ön karar usulüne başvuran Mahkeme, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki anlamıyla "hizmetin serbest dolaşımı" kavramının, hizmet almak amacıyla bir üye devleti ziyaret eden hizmet alıcısı Türk vatandaşlarını da kapsayacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı hususunu bilmek istiyor.

33. Belirtmek gerekir ki, ABİDA'nın 56. maddesi hizmet alıcısının bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşmiş olan üye devlet vatandaşlarının hizmet sunma özgürlüklerine getirilecek kısıtlamaları yasaklamıştır.

34. 31 Ocak 1984 tarihli birlikte görülen Luisi ve Carbone (286/82 ve 26/83, Slg. 1984, 377) davalarının 10. paragrafında, Yüksek Mahkeme, hizmetin

serbest dolaşımı kavramını AET Anlaşmasının<sup>[12]</sup> 59. maddesi bağlamında yorumladı. (Bu madde daha sonra ATA<sup>[13]</sup> 59. madde ve sonrasında ATA 49. madde halini aldı, ancak şu anda bu madde ABİDA'nın 56. Maddesine karşılık gelmektedir.). Yüksek Mahkeme, hizmetlerin sunulabilmesi amacıyla, hizmeti sunan kişi, hizmet sunacağı kişinin yerleşik olduğu üye devlete gidebilir ya da hizmet alıcısı hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu ülkeye gidebilir şeklinde karar verdi. İlk mesele, hizmet sunan kişiye, hizmet sunduğu üye devlette devletin kendi vatandaşları için koyduğu şartlara tabi olarak geçici süre ile faaliyetini sürdürmesine izin veren AET Anlaşmasının 60. maddesinin 3. paragrafında (Bu madde daha sonra ATA 60. madde 3. paragrafı, ve sonrasında ATA 50. maddesinin 3. paragrafı halini aldı, ancak şu anda bu madde ABİDA'nın 57. maddesinin 3. paragrafına karşılık gelmektedir.) açıkça belirtilmiştir , ikinci mesele ise kazanç karşılığı yapılan ve malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı kapsamında olmayan faaliyetlerin serbestleştirilmesi amacının kaçınılmaz tamamlayıcı yansımasıdır.

35. Yüksek Mahkeme İçtihadına göre ABİDA'nın 56. maddesince üye devlet vatandaşlarına, dolayısıyla Avrupa Birliği vatandaşlarına verilen hizmet sunma özgürlüğü, pasif hizmet sunma, yani hizmet alıcısının bir başka üye devlete orada hizmet almak amacıyla, kısıtlamalar olmaksızın, gitmesini kapsar. (Luisi ve Carbone davası, paragraf 16; 2 Şubat 1989 tarihli Cowan, 186/87, Slg. 1989, 195, paragraf 15; Bickel ve Franz, paragraf 15; 19 Ocak 1989 tarihli, Calfa C-348/96, Slg. 1999, I-11, paragraf 16; ve 17 Şubat 2005 tarihli Qulane, C-215/03, Slg. 2005, I-1215, paragraf 37.)

36. ABİDA'nın 56. maddesi yine bu Anlaşmanın güvence altına aldığı diğer özgürlüklerden bağımsız olarak, başka üye devletin orada hizmet almak niyetinde olan ya da hizmet alması muhtemel (bu etki için Bickel ve Franz, paragraf 15'e bakınız) tüm Avrupa Birliği vatandaşlarını kapsar. Bu içtihadı göre turistler, tıbbi tedavi alan kişiler ve eğitim ve ticari amaçlarla seyahat eden kişiler hizmet alıcısı olarak sayılmalıdırlar (Luisi ve Carbone davası, paragraf 16).

37. Ortaklık Anlaşması kapsamında Türk vatandaşlarının durumuyla ilgili olarak, Katma Protokolün 41(1). maddesi, lafzından da anlaşıldığı gibi, âkit tarafları, Katma Protokolün yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren, yerleşme özgürlüğü ve hizmetin serbest sağlanmasına kısıtlamalar koymaktan engelleyen açık, kesin ve koşulsuz bir standstill hükmü koyar. (Yerleşme özgürlüğü kısıtlamaları için bakınız, 11 Mayıs 2000 tarihli, Savas, C-37/98, Slg. 2000, I-2927, paragraf 46).

[12] Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması/Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)

[13] Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma/Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeninschaft (EG-Vertrag)

38. Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihadına göre Katma Protokolün 41(1). maddesi doğrudan etkiye sahiptir. Bunun sonucu olarak, bu düzenlemeler kendilerine uygulanabilir olan Türk vatandaşları üye devlet mahkemelerinde, bu düzenlemelere dayanabilirler. (Bu anlamda bakınız, Savas paragraf 54; 21 Ekim 2003 tarihli birlikte görülen Abatay ve Diğerleri C-317/01 ve C-369/01, Slg. 2003, I-12301, paragraf 58 ve 59; 20 Eylül 2007 tarihli, Tum ve Dari, C-16/05, Slg. 2007, I-7415, paragraf 46; ve Soysal ve Savatli, paragraf, 45).

39. Standstill hükmü genel olarak, bir üye devlette Türk vatandaşları tarafından bu ekonomik özgürlüklerin kullanılmasını amaçlar ve bunlara etki eden, bu özgürlüklerin kullanılmasını bu Katma Protokol'ün söz konusu üye ülkede yürürlüğe girdiği tarihteki şartlardan daha sıkı şartlar sunan yeni tedbirlerin konulmasını yasaklar. (Bu anlamda bakınız, Savas paragraf 69 ve paragraf 71'in 4. satırı; Abatay ve Diğerleri, paragraf 66 ve paragraf 117'nin 2. satırı; ve Tum ve Dari, paragraf 49 ve 53).

40. Mahkeme daha önce bir üye devlette meşru şekilde hizmet sağlayıp Türkiye'de merkezi bulunan bir şirket tarafından ve yine böyle bir şirkette çalışan tır şoförleri tarafından Katma Protokolün 41(1). maddesine dayanılabileceğine hükmetti. (Abatay ve Diğerleri, paragraf 105 ve paragraf 106).

41. Soysal ve Savatli davasından da açıkça görüldüğü gibi Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmü, bu protokolün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, eğer ki bu tarihe kadar Türk vatandaşları için bu tür bir vize gerekli görülmemiş ise, bu vatandaşlara Türkiye merkezli bir şirket adına hizmet sunmak amacıyla üye ülkeye girmek için vize alma zorunluluğu getirilmesini yasaklıyor.

42. Somut olayda, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmünün, Soysal ve Savatli kararının temelinde yatan durumdan farklı olarak, amaçları sınır aşan hizmetlerin sunulması olmayıp, ne var ki, bir üye devlete gidip orada hizmet almak amacıyla olan Türk vatandaşlarına da uygulanır olup olmadığı değerlendirilmelidir.

43. Âkit taraflar arasında hizmet sunma özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların ortadan kaldırılması amacıyla, hizmet sunma özgürlüğünü düzenleyen sözleşme hükümlerinin ardındaki genel esaslar, mümkün olduğunca, Türk vatandaşlarına uygulanmalıdır. (Bu anlamda karşılaştırma için bakınız, Abatay ve Diğerleri, paragraf 112 ve orada yer verilen Mahkeme İçtihadı).

44. Bununla birlikte, iç pazarı ilgilendiren Avrupa Birliği Hukuku düzenlemelerine ilişkin yapılan yorumlar, sözleşme hükümleri de dahil, Birliğin üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmaların yorumlanmasına, söz konusu anlaşmada açıkça bu durum öngörülmediği müddetçe, kendiliğinden kıyas yoluyla uygulanmaz. (Bu anlamda karşılaştırma için bakınız, 9 Şubat 1982 tarihli Polydor ve RSO Records, 270/80, Slg. 1982, 329, paragraf 14-16; 12 Kasım 2009

tarihli, Grimme, C-351/08, Slg. 2009, I-10777, paragraf 29; ve 15 Temmuz 2010 tarihli Hengartner ve Gasser, C-70/09, Slg. 2010, I-7233, paragraf 42).

45. Bu noktada, Ortaklık Anlaşması'nın 14. maddesinde geçen "rehber edinmek"<sup>[14]</sup> fiili âkit taraflara, topluluğu kuran anlaşmanın hizmet sunma özgürlüğünü düzenleyen maddelerini ya da bu ilgili maddelerin uygulamasını düzenleyen hükümleri uygulama zorunluluğu yüklememektedir ve bu söz konusu düzenlemeler, Ortaklık Anlaşmasının koyduğu amaçların gerçekleşmesinde yalnızca esin kaynağı<sup>[15]</sup> olarak dikkate alınmalıdır.

46. Paragraf 13'te belirtildiği gibi, Ortaklık Konseyi hizmetlerin serbestleştirilmesi için kayda değer herhangi bir tedbir almamıştır. Konsey şimdiye kadar, kendisini 2/2000 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile sınırlandırmıştır.

47. Şimdiye kadar Yüksek Mahkemenin defaatle karara bağladığı gibi, Birliği kuran sözleşmedeki bir maddenin yorumlanmasının, Avrupa Birliği ve üye olmayan bir devletle yapılmış olan bir anlaşmanın karşılaştırılabilir, benzer ya da aynı lafza sahip bir maddesine genişletilmesinin mümkün olup olmadığı, özellikle, her maddenin kendi içinde taşıdığı amaca bağlıdır. Anlaşmanın amaç ve içeriği ile Kurucu Sözleşme'nin taşıdığı amaç ve içerik arasındaki fark burada son derece önemlidir. (Karşılaştırınız, 1 Temmuz 1993 tarihli, Metalsa C-312/91, Slg. 1993, I-3751, paragraf 11; 27 Eylül 2001 tarihli, Gloszczuk, C-63/9 Slg. 2001, I-6369, paragraf 49; ve 29 Ocak 2002 tarihli, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Slg. 2002, I-1049, paragraf 33).

48. Özellikle Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasındaki ortaklık açısından, 8 Aralık 2011 tarihli Ziebell (C-371/08, henüz yayınlanmamış) kararının 62. paragrafından da çıkarıldığı gibi, Avrupa Birliği Hukuku'nun bir hükmünün, bu ortaklık altında, kıyasen uygulanması uygun düşer mi hususu tespit edilirken, Ortaklık Anlaşmasının amaç ve içeriği ile söz konusu Avrupa Birliği Hukuku düzenlemelerinin amaç ve içeriği karşılaştırılmalıdır.

49. Burada belirtilmelidir ki, hizmet sunma özgürlüğü ve Avrupa Birliği içerisinde kişilerin serbest dolaşımı arasındaki bağlantı nedeniyle, bir tarafta Ortaklık Anlaşması ve onun Katma Protokolü arasında, diğer tarafta da yine Ortaklık Anlaşması ile Kurucu Sözleşme arasında farklılıklar vardır. Bilhassa, Katma Protokolün 41(1). maddesinin amacı ve içeriği, ABİDA'nın 56. maddesinin amacı ve içeriğinden temelde, özellikle de bu düzenlemelerin hizmet alıcısına uygulanabilmeleri açısından ayrılmaktadır.

50. Avrupa Ekonomik topluluğu ile Türkiye arasındaki ortaklık, münhasıran ekonomik amaçlıdır (Ziebell Kararı, paragraf 64). Ortaklık anlaşması ve onun

[14] Almanca 'sich leiten lassen' fiili bu söz konusu madde kapsamında Türkçe'de 'rehber edinmek' ve İngilizce'de 'to be guided' fiiliyle örtüşmektedir.

[15] Almanca karar metninde 'inspirationsquelle' ifadesine yer verilmiştir.

Katma Protokolü özellikle Türkiye'nin ekonomik gelişimini desteklemektedir (Savas Kararı, paragraf 53).

51. Ortaklık Anlaşmasının saf ekonomik açıdan bir amaç sınırlaması olduğu kendi lafzından anlaşılmaktadır. Bu amaç, Ortaklık Anlaşmasının, "Geçiş Döneminin Uygulanmaya Konulması" başlıklı 2. kısmında yer alan, 1.bölüm ("Gümrük Birliği"), 2. bölüm ("Tarım") ve 3.bölüm ("Ekonomik nitelikteki sair hükümler") şeklindeki başlıklarda da kendini gösterir. Ortaklık Anlaşmasının "Âkit taraflar, hizmet edimi serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için Topluluğu kuran Anlaşmanın 45, 46 ve 48 ilâ 54.(dahil)(ATA) maddelerini rehber edinmekte uyuşmuşlardır" şeklindeki 14. maddesi, yukarıda belirtildiği gibi açıkça ekonomik meselelerden söz eden, Anlaşmanın 2. kısım 3. bölümünde yer almaktadır.

52. Ayrıca, Ortaklık Anlaşmasının 2(1). maddesine göre, ortaklığın amacı "Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalışma ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde bulundurarak, taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerin aralıksız ve dengeli olarak güçlendirilmesini teşvik etmektir . Katma Protokolün 41(2). maddesinin 2. bendinde ise, Ortaklık Konseyinin yerleşme ve çeşitli faaliyet dalları için hizmet sunma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların aşamalı olarak kaldırılması için gereken süre ve detayları, bu alanlarda Avrupa Birliği'nin daha önce koyduğu düzenlemeler ve de Türkiye'nin sosyal ve ekonomik özel durumu dikkate alınarak tespit edileceği belirtilmiştir.

53. Avrupa Birliği vatandaşlarının, ABİDA'nın 21. maddesinde sağlandığı gibi, genel manada kişilerin serbest dolaşımı amacıyla ekonomik özgürlüklerinin geliştirilmesi Ortaklık Anlaşmasının konusu değildir. Ne bu Anlaşma ve onun Katma Protokolü, ne de yalnızca işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili Ortaklık Konseyi'nin Ortaklığın geliştirilmesi konusundaki 1/80 sayılı 19 Eylül 1980 tarihli kararı Türkiye ile Avrupa Birliği arasında kişilerin serbest dolaşımı hakkında genel bir ilke oluşturmamaktadır. Buna ek olarak, Ortaklık Anlaşması bazı hakların kullanılmasını yalnızca ev sahibi üye devletin toprağında güvence altına almaktadır. (Bu anlamda karşılaştırınız, 18 Temmuz 2007 tarihli Derin Kararı, C-325/05, Slg. 2007, I-6495, paragraf 66).

54. Yüksek Mahkemenin, defaatle belirttiği gibi, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmü, kendisi tek başına, yalnızca Avrupa Birliği düzenlemeleri temelinde, yerleşme hakkını ya da netice olarak bir oturma hakkını ve gerçekte hizmet sunma özgürlüğünü ya da bir üye devletin toprağına girme hakkını Türk vatandaşlarına veremez. (Bu anlamda karşılaştırınız, Savas, paragraf 64 ve 71. paragrafın 3. satırı; Aybay ve Diğerleri, paragraf 62; Tum ve Dari, paragraf 52; ve Soysal ve Savatli, paragraf 47).

55. Sonuç olarak, standstill hükmü, yerleşme özgürlüğü ve hizmet sunma özgürlüğü bağlamında, yalnızca bir ekonomik faaliyetin yerine getirilmesi ile ilgili olarak, Türk vatandaşlarının üye devlet topraklarına girmelerinin ve orada bulunmalarının koşulları ile ilgili olabilir.

56. Buna karşın, Avrupa Birliği Hukuku altında pasif hizmet sunma özgürlüğünün korunması, iç sınırların olmadığı bir iç pazarı, böyle bir iç pazar oluşturmanın önündeki tüm engelleri kaldırarak oluşturmaya dayanır. Hatta bu amaç, Kurucu Sözleşme ile bu kararın 50. paragrafında da belirtildiği gibi aslen ekonomik amaç taşıyan Ortaklık Anlaşmasını birbirinden ayırt eder.

57. İkinci olarak, hizmet sunma özgürlüğü kavramının Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol bağlamında yorumlanması, diğer yandan da bu kavramın Kurucu Anlaşma bağlamında yorumlanması bu düzenlemelerin tarihsel bağlamına da bağlıdır.

58. Belirtilmelidir ki, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki gibi bir standstill hükmü tek başına haklar yaratmaz. Burada, belirli bir tarihten itibaren yeni kısıtlayıcı tedbirlerin alınmasını engelleyen bir hüküm söz konusudur.

59. Hükümetlerin Yüksek Mahkemeye sundukları görüşlerinde ve de Avrupa Birliği Konseyi<sup>[16]</sup> ve Avrupa Komisyonun<sup>[17]</sup> açıklamalarında, hizmet sunma özgürlüğü esasen, hizmetin icra edilme özgürlüğü olarak kabul edilmişti. İlk olarak 1984'te, Luisi ve Carbone kararında Yüksek Mahkeme açıkça belirtmiştir ki, hizmet sunma özgürlüğü Kurucu Anlaşma kapsamında, pasif hizmet sunma özgürlüğünü de kapsar.

60. Bu nedenle, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokolü imzalayan âkit devletlerin hizmet sunma özgürlüğünün pasif hizmet sunma özgürlüğünü de kapsadığını taahhüt ettikleri hiçbir dayanak noktası mevcut değildir.

61. Kanun Sözcüsünün görüşünün 71. Paragrafında da belirttiği gibi, âkit devletlerin uygulamaları aksi duruma dayanak noktası sağlamaktadır. Çok sayıda üye devlet Katma Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, doğrusu bunun Katma Protokolün 41(1).maddesince yasaklandığına itibar etmeyerek, turistik amaçlı ziyaretlerde Türk vatandaşlarına vize zorunluluğu getirdi. Türkiye Cumhuriyetinin kendisi de, Alman Hükümetinin iddiaları uyarınca, aynı şekilde Belçika Krallığı ve Hollanda Krallığına yönelik, 1973 yılında yürürlüğe girmiş olan, işçi olmayan Belçika ve Hollanda vatandaşlarına vize muafiyetini Ekim 1980'de hükümsüz kılmıştır.

62. Tüm bu daha önce belirtilen değerlendirmelerden, bir taraftan sözleşmelerin ve diğer bir taraftan da Ortaklık Anlaşmasının ve onun Katma Protokolünün amacı ve içeriğinin birbirinden farklı olması sebebiyle, Yüksek

[16] Der Rat der Europäischen Union

[17] Die Europäische Kommission

Mahkemenin Luisi ve Carbone davasında yaptığı, AET Anlaşmasının 59. maddesinin yorumunun, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki standstill hükmüne genişletilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

63. Bu şartlar altında, ilk sorunun cevabı, Katma Protokolün 41(1). maddesinde yer alan hizmet sunma özgürlüğü kavramının bir üye devlete hizmet alıcısı olarak giren ve orada hizmet alacak Türk vatandaşlarını kapsamayacak şekilde yorumlanacağıdır.

## Soru 2

64. İlk sorunun olumlu cevaplanması durumunda ikinci sorusu ile ön karar usulüne başvuran Mahkeme, pasif hizmet sunma özgürlüğünün akraba ziyaretlerini ve sadece hizmet alma ihtimalini kapsayıp kapsamadığını sormuştur.

65. Birinci soruya verilen cevap neticesinde, ikinci sorunun cevaplandırılmasına gerek görülmemiştir.

### Masraflar

66. Bu yargılama, esas davanın tarafları için, ön karar usulüne başvuran mahkemenin önünde görülmekte olan davanın bir parçasıdır, dolayısıyla masraflara ilişkin karar bu mahkemenin meselesidir. Diğer katılanların, görüşlerini Yüksek Mahkemeye sunmak için yaptıkları masrafların tahsili mümkün değildir.

Bu sebeplerle, Yüksek Mahkeme (Büyük Daire):

23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de imzalanmış ve 19 Aralık 1972'de 2760/72 sayılı AET Konsey Tüzüğü ile Topluluk adına akdedilmiş, uygun görülmüş ve onaylanmış olan Katma Protokolün 41(1). maddesindeki "hizmet sunma özgürlüğü" kavramının hizmet alıcısı Türk vatandaşlarının bir üye ülkeye girmelerini ve orada hizmet alma amacıyla bulunmalarını kapsayacak şekilde yorumlanamamasına hükmeder.

### İmzalar

