

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE ORTAKLIK HUKUKUNDA  
HİZMET ALICILARININ DURUMU:  
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN DEMİRKAN DAVASI**

**Yrd. Doç. Dr. Güzde KAYA\***

**Öz**

*Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2013'te sonuçlandırdığı Demirkan davasında, AB ülkelerinde kısa süreli de olsa hizmet alıcısı olarak bulunmak isteyen Türk vatandaşlarının, AB'nin ortak vize rejimine tabi olmaya devam edeceklerini karara bağlamıştır. Demirkan kararı, AB hukukunda hizmet alıcısı kavramının çok geniş bir insan kategorisini kapsamaması nedeniyle, Türk vatandaşlarının AB ülkelerine vizesiz gidip gidemeyeceklerinin tespiti bakımından, gerek AB, gerek Türk kamuoyu ve politik çevrelerinde büyük ilgi uyandırmıştır. Bununla birlikte Türkiye ve AB arasındaki ilişkideki politik açmazlar ve Türkiye'den AB'ye olası bir yoğun göç endişesine dayanan politik önyargılar, Divan'ın, Demirkan davasındaki kararının hukuk mantığıyla sağlıklı olarak örtüşemeyecek şekilde gerekçelendirilmesine yol açmıştır. Divan, Demirkan kararında önceki içtihat hukukunun yarattığı olumlu etkiden ciddi bir dönüş yapmıştır. Bu kararda Divan'ın vardığı politik sonuçtan ziyade, çoğu hukukçuyu esasen şaşırta n, Divan'ın hukuksal zeminde bu sonuca hangi gerekçelerle ulaştığıdır. Bu çalışmada, ABAD'ın ve Hukuk Sözcüsü'nün Demirkan kararındaki incelemelerinin, konuyu irdeleyen Türk ve yabancı akademisyenlerin görüşleri çerçevesinde ve Divan'ın içtihat hukuku ışığında karşılaştırmalı ve eleştirel olarak değerlendirilmesi amaçlanmıştır.*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: [gozde.kaya@deu.edu.tr](mailto:gozde.kaya@deu.edu.tr)) (Makale Gönderim T.: 18.02.2016/Kabul T.: 04.04.2016)

### **Anahtar Kelimeler**

*Avrupa Birliği, Demirkan kararı, Hizmetlerin serbest dolaşımı, Hizmet alıcısı, AB ve Türkiye Ortaklık hukuku*

### **THE SITUATION OF SERVICE RECIPIENTS UNDER EUROPEAN UNION AND TURKISH ASSOCIATION LAW: DEMIRKAN JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

#### **Abstract**

*In its Demirkan ruling of 2013, the European Court of Justice (ECJ) had ruled that Turkish citizens who wanted to move to EU countries as service recipients though for short stays, would continue to be subject to EU's common visa policy. As the concept of service recipients corresponds to a large category of persons under EU law, Demirkan judgement of the Court raised great concern both in European and Turkish public opinion and political environment since it was linked to the determination of whether or not Turkish nationals had the right to move to EU countries without any visas. However, the political deadlocks in the relationship between Turkey and the EU accompanied with the prejudices arising from the worries due to any possible mass migration from Turkey to the Union, caused the ECJ to justify its decision in Demirkan in a way that is hardly compatible with the basic logic of law. The ECJ in Demirkan judgement, made a serious return from the positive atmosphere created by its earlier case law. What was surprising for most scholars with regard to Demirkan judgement, was not the political outcome reached by the Court, but rather the way the ECJ justified its judgement in legal terms. This study aims to make a comparative and critical analysis of the findings of the ECJ and the Advocate General in Demirkan judgement taking into consideration the studies concluded on this specific case by national and international academicians as well as the case law of the ECJ.*

#### **Keywords**

*European Union, Demirkan judgement, Free movement of services, Service recipients, EU and Turkey association law*

## GİRİŞ

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 24 Eylül 2013'te, Türk vatandaşlarının AB ülkelerinde vizesiz ve kısa süreli hizmet alıcısı olarak bulunmalarına olumsuz yanıt veren çok önemli bir karara imza attı. *Demirkan*<sup>1</sup> kararı ile Divan, hizmet alıcısı olarak AB ülkelerine gitmek isteyen Türk vatandaşlarının, AB'nin üçüncü devlet vatandaşlarına uygulamakta olduğu vize rejimine tabi olmaya devam edeceklerini netleştirdi. ABAD'ın *Demirkan* kararındaki tespitinin ne yönde olacağı, gerek AB gerek Türk kamuoyu ve politik çevrelerinde büyük merak konusuydu. Nitekim Divan, kararı olumlu neticelendirmiş olsaydı, bunun, Türk vatandaşlarının AB ülkelerinde kısa süreli serbest dolaşım hakkı üzerinde yaratacağı etki çok büyüktü.

*Demirkan* kararının bu denli merak uyandırmasında, kuşkusuz ABAD'ın 2009 yılında *Soysal*<sup>2</sup> davasında yaptığı olumlu tespitin devamının gelip gelmeyeceği ve Divan'ın içtihat hukukundaki istikrarını koruyup korumayacağı da etkili olmuştur. AB ve Türkiye arasındaki Ortaklık hukukunun dönüm noktalarından biri sayılan *Soysal* kararında ABAD, Türk vatandaşı hizmet sunucularının Katma Protokol<sup>3</sup> md. 41/1'de yer alan *standstill* hükmüne<sup>4</sup> dayanarak, Protokol'ün imzalandığı tarihte AB'ye üye olan dokuz

<sup>1</sup> Case C-221/11, *Leyla Ecem Demirkan v. Bundesrepublik Deutschland*, [2013] ECR not yet published.

<sup>2</sup> Case C-228/06, *Mehmet Soysal, İbrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland* [2009] ECR I-1031.

<sup>3</sup> Katma Protokol, 23 Kasım 1970'te imzalanmış ve 1 Ocak 1973'te yürürlüğe girmiştir. Türk tarafı için bkz. 13675 sayılı ve 22 Kasım 1970 tarihli Resmi Gazete. AET tarafı için bkz. Additional Protocol, signed on 23 November 1970 at Brussels and annexed to the Agreement establishing the Association between the European Economic Community and Turkey and on measures to be taken for their entry into force, Council Regulation (EEC) No. 2760/72 of 19 December 1972 (OJ 1972 L293/1).

<sup>4</sup> Katma Protokol md.41/1'de yer alan *standstill* hükmü, dönemin Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) üyesi ülkelere, Ortaklık Antlaşması'nın hizmet sunma serbestisini düzenleyen 14.maddesi ve yerleşme hakkını düzenleyen 13.maddesinden yararlanmak isteyen Türk vatandaşlarına yönelik olarak Protokol'ün yürürlük tarihi olan 1 Ocak 1973'te mevcut olan ulusal nitelikteki kural ve koşullarını ağırlaştırmama/kötüleştirmelerini emreder. Bu çerçevede "Ákit taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar." Bkz. **Baykal**, Sanem:

ülkeye<sup>5</sup> kısa süreli olarak vizesiz girmeye hakları bulunduğu hükmetmiştir. AB iç pazar hukukundaki dört temel özgürlükten biri olan hizmetlerin serbest dolaşımının ekonomik olarak faaliyette bulunma ve hizmet sunma boyutunun AB ve Türkiye arasındaki ortaklık ve günümüzdeki adaylık statüsü çerçevesinde incelendiği *Soysal* kararı, şüphesiz Türk vatandaşlarının serbest dolaşım hakkı üzerinde olumlu etkilere sahiptir. Hatta Almanya, Hollanda ve Danimarka gibi Türk vatandaşlarının yoğun olarak yerleştiği üye ülkeler, *Soysal* kararının ardından sınırlı ve pratik açıdan uygulanabilirliği tartışılır nitelikte olsa da, ulusal hükümlerinde birtakım değişikliklere gitmişlerdir<sup>6</sup>.

Hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin madalyonun diğer yüzünü hizmet alıcılarının durumunun ne olacağı sorusu oluşturmaktadır. Kuşkusuz hizmet alıcıları, hizmet sunucularından daha geniş yelpazede bir insan kitlesini kapsamakta olup, hakkın kullanımı ekonomik amaçlı bir faaliyette bulunmak koşuluna bağlı değildir. Hizmet alıcısı olma, her farklı kategoride yer alan bireyi kapsamakta olup, ABAD'ın yerleşmiş içtihat hukuku uyarınca, turistler, tıbbi tedavi ya da eğitim almak, işini icra etmek amacıyla seyahat edenler bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>7</sup>.

ABAD'ın, *Demirkan* kararına verdiği yanıt bu noktada önem arz etmektedir. Keza, Divan'dan, 1999'dan beri AB'ye aday ülke konumunda olan,

---

“Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku Kapsamında Vize Uygulaması: Hukuki Durum Saptaması ve Öneriler”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı/ Değerlendirme Notu, Mayıs 2009, s. 4. Dolayısıyla tarafların, her somut olayda 1 Ocak 1973 tarihinde serbest dolaşıma ilişkin yürürlükteki mevzuatlarının ne olduğunun ayrı ayrı tespitinin gerektiği hatırlatılmalıdır.

<sup>5</sup> 1 Ocak 1973 itibarıyla dönemin AET'ye Almanya, Danimarka, İrlanda, İngiltere, Belçika, Lüksemburg, Hollanda, Fransa, İtalya üyedir.

<sup>6</sup> ABAD'ın *Soysal* kararı ve bu kararın ardından gerek üye devletler, gerek AB seviyesinde gerçekleştirilen mevzuat ve politika değişiklikleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Kaya**, Gözde: “Free Movement of Turkish Citizens after the *Soysal* Judgment”, içinde *Turkey and the European Union: Facing New Challenges and Opportunities*, eds. Firat Cengiz ve Lars Hoffmann, Routledge, New York 2014, s. 121-137.

<sup>7</sup> Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377, para. 16; **Tınc**, Mehmet Rifat: “Avrupa Birliği Türkiye Ortaklık Hukuku'nda İçtihat Değişimi, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 3, Eylül 2014, s. 13.

nüfusu 77 milyonu bulan ve katılım müzakere süreci politik anlaşmazlıklar nedeniyle çok ağır seyreden bir ülkenin vatandaşlarının AB ülkelerine vizesiz girip giremeyeceğini karara bağlaması istenmiştir. Kuşkusuz bu inceleme, Divan açısından oldukça zordur. Nitekim Divan'ın, politik olarak durağan olan bir ilişkiyi, hukuksal olarak aniden diriltecek bir yanıt vermesi, AB'nin iç dinamikleri göz önüne alındığında, çok da kolay görünmemektedir. Türkiye'den AB'ye tam üyelik sonrası gerçekleşecek olası göç Senaryoları, maalesef bilimsel araştırmalardan ziyade, 1960'lı yıllarda başta Almanya olmak üzere Batı Avrupa devletlerinin Türk vatandaşları için yürüttüğü misafir göçmen işçi politikasından günümüz ilişkilerine miras kalan önyargılar temelinde şekillenmektedir. Özellikle Türkiye'nin ekonomik olarak AB genel ortalamasının altında olması, nüfusunun diğer üyelere kıyasla çok olması ve olası göçe dair kaygılar, AB cephesinden bakıldığında ilişkinin hukuki zeminine de olumsuz olarak yansımaktadır. Öte yanda, AB ile Türkiye arasında imzalanan Geri Kabul Antlaşması<sup>8</sup> ve bunun karşılığında Türk vatandaşları için gerçekleşmesi beklenen vize serbestisi, hala taraflar arasında tam netlik kazanamamış, hatta son dönemdeki Suriye mülteci kriziyle daha da karışıklığa uğramış ve politik müzakere süreci devam eden çok önemli konulardır.

*Demirkan* davasında AB ve Türkiye ilişkisindeki politik önyargılar, ABAD'ın kararının hukuk mantığıyla sağlıklı olarak örtüşmeyecek şekilde gerekçelendirilmesine yol açmıştır. Divan, *Demirkan* kararında önceki içtihat hukukunun<sup>9</sup> yarattığı olumlu etkiden ciddi bir dönüş yapmıştır<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> “Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Antlaşma” (Geri Kabul Antlaşması), 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanmış ve 1 Ekim 2014'te yürürlüğe girmiştir. Türk tarafı için bkz. 29076 sayılı ve 2 Ağustos 2014 tarihli Resmi Gazete. AB tarafı için bkz. signed on 16 December 2013, Council Decision No. 2014/252/EU of 14 April 2014 on the conclusion of the Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation (OJ 2014 L 134).

<sup>9</sup> Case C-228/06 *Mehmet Soysal, İbrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland* [2009] ECR I-1031; Case C-294/06 *Ezgi Payir and Others v Secretary of State for the Home Department* [2008] ECR I-203; Case C-14/09 *Hava Genc v Land Berlin* [2010] ECR I-0000; Case C-37/98 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte AbdulnasirSavas*, [2000] ECR I-02927; Joined Cases C-317/01 and C-369/01 *Eran Abatay and Others and Nadi Sahin v Bundesanstalt für Arbeit* [2003] ECR I-12301; Case

ABAD'ın son yıllarda, Türkiye ile AB arasındaki ortaklık mevzuatını yorumlarken attığı her ileri adımdan sonra bir geri adım attığı tespit edilmiştir. Nitekim, *Soysal* kararıyla ortaya çıkan olumlu atmosferi *Demirkan* ile gölgeleyen Divan, *Demirkan*'dan neredeyse bir yıl sonra, *Naime Doğan*<sup>11</sup> davasında AB'ye ye bazı devletlerin orada yerleşme hakkını kullanan Türk vatandaşlarının aile üyelerinin ülkeye ilk girişleri için getirdikleri ve Katma Protokol'n yürürlüğe girdiği tarihte var olmayan dil koşulu gibi düzenlemelerin, kısıtlayıcı nitelikte olduğunu ve *standstill* hükmünü ihlal ettiğini karara bağlayarak, Türk vatandaşları lehine bir karar vermiştir.

Bu çalışma, *Demirkan* kararının Ortaklık hukuku literatürü açısından arz ettiği önem sebebiyle incelenmesinin gerektiği düşüncesinden hareketle hazırlanmıştır. Bununla birlikte çalışmanın ana amacı, ABAD'ın *Demirkan* kararındaki incelemesine ilişkin hem Türk hem de yabancı hukukukların görüşlerini birbirleriyle karşılaştırmalı ve eleştirel bir bakış açısıyla ele alarak, değerlendirmektir. Bu çerçevede, çalışmanın ilk kısmında, *Demirkan* kararına konu maddi vakıalar ve AB hukukunda hizmet alıcılarının hukuki durumu kısaca ele alınmış, ardından, karara büyük ölçüde dayanak olan Hukuk Sözcüsü Villaln'un yerel mahkemenin sorularına ilişkin görüşü ve Divan'ın davanın esasına dair incelemesi detaylı olarak sunulmuştur. Çalışmanın ana kısmında, Hukuk Sözcüsü'nn ve Divan'ın incelemesi, literatürdeki çeşitli hukukçuların kararı irdeleyen güncel çalışmaları ve Divan'ın içtihat hukuku ışığında karşılaştırmalı ve eleştirel bir bakış açısıyla ele alınmıştır.

---

C-16/05 *Veli Tum and Mehmet Dari v Secretary of State for the Home Department* [2007] ECR I-7415; Case C-242/06 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v T. Sahin* [2009] ECR I-0000; Case C-92/07 *European Commission v Kingdom of the Netherlands* [2010] ECR I-0000.

<sup>10</sup> Bu çalışmada eserleri incelenen diğer hukukçuların aksine, ABAD'ın *Demirkan* kararıyla esasen kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde eskiden daha geniş olarak uyguladığı kıyas yöntemine bir üst sınır çizdiğini, kararın hukuk tekniği açısından tartışmalı bir karar olmadığını ve bunun bir içtihat değerikliği gibi algılanmaması gerektiğini savunanlar da vardır. Bkz. **Tınc**, s.1-40.

<sup>11</sup> Case C-138/13, *Naime Dogan v Bundesrepublik Deutschland*, [2014], ECR not yet published. *Naime Doğan* Davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Göçmen, İlke/Tezcan**, Narin: "Avrupa Birliği'ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi", Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 607-621.

## I. DAVAYA KONU MADDİ OLAYLAR

Davaya konu olay, 2007 yılında Leyla Ecem Demirkan adındaki genç kızın Almanya'da yaşayan ve ağır hasta olan Alman vatandaşı üvey babasını ziyaret etmek amaçlı vize almak için Ankara'daki Alman Büyükelçiliği'ne yaptığı başvurunun reddedilmesiyle başlamıştır. Demirkan, başvurusunun reddine ilişkin Berlin İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davacı, esasen Mahkeme'den Katma Protokol md. 41/1'e dayanarak Almanya'ya vizesiz girebileceğine hükmedilmesini ya da yaptığı başvurunun reddine ilişkin kararın iptalini ve Alman yetkili makamlarının kendisine vize vermeleri yönünde karar verilmesini talep etmiştir. 2009 yılında Berlin İdare Mahkemesi, Demirkan'ın Almanya'ya vizesiz giriş yapma hakkı bulunmadığına hükmederek davayı reddetmiştir. Mahkeme, Demirkan'ın Katma Protokol md.41/1'de yer alan *standstill* hükmüne dayanmasının mümkün olmadığına; bu hükmün aile ziyareti gerçekleştirmek amacıyla talep edilen oturma izinlerine uygulanamayacağına ve *standstill* hükmünün, Türk vatandaşlarına ekonomik nitelikteki bir faaliyetten bağımsız, genel bir serbest dolaşım hakkı tanımadığına hükmetmiştir<sup>12</sup>.

Demirkan, Berlin İdare Mahkemesi'nin olumsuz kararına karşı, Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi'nde itiraz etmiştir. Yüksek Mahkeme, incelemesine Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte Alman ulusal mevzuatı uyarınca Demirkan'ın örneğindeki gibi bir aile ziyareti yapılabilmesi için vize alınmasına gerek bulunmadığını tespit ederek başlamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, ABAD'ın *Soysal* davasında Katma Protokol md.41/1'de yer alan hizmetlerin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar getirilmesi yasağının, bir üye devletten diğerine hizmet alabilmek amacıyla seyahat edebilme hakkını içeren pasif hizmet sunumuna uygulanıp uygulanmayacağı hususuna bir açıklık getirmediğini tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme, Almanya'daki hakim görüşün, *standstill* hükmünün hem aktif hem de pasif hizmet sunumunu kapsadığı yönünde olduğunu belirtmiştir<sup>13</sup>.

Yüksek mahkeme, ön karar prosedürü çerçevesinde davayı ABAD'a intikal ettirerek, Divan'a iki soru yöneltmiştir. Bunlardan ilki pasif hizmet

<sup>12</sup> Demirkan, dn.1, paras. 22-25.

<sup>13</sup> Demirkan, dn.1, para. 28.

sunma serbestisinin Katma Protokol'ün 41.maddesinde yer alan hizmet sunma serbestisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. İkinci soru ise ilk soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, Katma Protokol'ün 41.maddesi çerçevesindeki pasif hizmet sunma serbestisinin sağladığı korumanın, somut olaydaki gibi Almanya'ya belirli bir hizmet almak amacıyla değil de, üç aya dek sürebilecek bir akraba ziyaretinde bulunmak amacıyla giden ve Almanya'da hizmet alma olasılığına dayanan kişileri kapsayıp kapsamadığının tespitini gerektirmektedir.

## II. AB HUKUKUNDA HİZMET ALICILARININ DURUMU

Hizmetlerin serbest dolaşımı, AB birincil hukukunda ABİA (Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma) md.56-62 arasında düzenlenmiştir. ABİA md.56 uyarınca, üye devlet vatandaşlarına yerleştikleri üye devletin dışında bir başka üye devlette geçici olarak hizmet sunma imkanı tanınır. Bu çerçevede üye devletlerin AB vatandaşlarının bu haklarını kısıtlayıcı nitelikteki ulusal düzenlemeleri yasaklanmıştır. ABİA md.56 ile 57, esasen hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde, hizmetlerin serbest sunumunu düzenler. ABİA'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri arasında hizmet alıcılarının durumunu tespit eden açık ve kesin bir hüküm bulunmamaktadır.

AB yasakoyucusu, bu hakkın içeriğini ilk olarak 1964 yılında yayımladığı 64/220 sayılı Yönerge'de<sup>14</sup> düzenlemiştir<sup>15</sup>. 1973 yılında bu Yönerge'nin yerini alan 73/148 sayılı Yönerge'de<sup>16</sup> de aynı düzenleme korun-

<sup>14</sup> Council Directive 64/220/EEC of 25 February 1964 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (OJ 56, 04.04.1964).

<sup>15</sup> **Groenendijk**, Kees: "Notes on the Opinion of AG Cruz Villalón of 14 April 2013 in the case Demirkan C-221/11" içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD'ın Demirkan Davası*, (der. Harun **Gümrükçü**, Tamer **İlbuğa**), Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Antalya, Temmuz 2013, s. 23; Eriřim: [http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarcilig\\_in\\_yarattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun_gumrukcu-hukuki_inkarcilig_in_yarattigi_abad_in_demirkan_davasi.pdf) [10.10.2014].

<sup>16</sup> Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (OJ L 172, 28.6.1973).



muştur. 73/148 sayılı Yönerge md.1/b’de bir başka üye devlete hizmet alıcısı olarak gitmek isteyen üye devlet vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakları üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması gerektiğine işaret edilerek, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkının hizmet alma hakkını da kapsadığı ifade edilmiştir<sup>17</sup>. ABAD, *Luisi and Carbone*<sup>18</sup> kararında bu görüşü teyit ederek, hizmet sunumu yapan kişilerin hizmet alıcılarının bulunduğu üye devlete gitme hakları olduğu gibi, aynı mantıktan hareketle, hizmet alıcılarının da hizmeti sunan kişilerin bulunduğu yere gitme hakları bulunduğu hükmetmiştir. Hatta Divan bunun daha da ötesine giderek, bir başka üye devlette faaliyet gösteren bir hizmet sağlayıcıdan hizmet almanın hizmetlerin serbest dolaşımının “vazgeçilmez (ayrılmaz) bir unsuru” olduğunu belirtmiştir<sup>19</sup>. Divan sonraki tarihli *Cowan*<sup>20</sup> kararında bu yöndeki içtihadını korumuştur<sup>21</sup>.

### III. HUKUK SÖZCÜSÜ CRUZ VILLALÓN’UN GÖRÜŞÜ

ABAD, *Demirkan* davasına ilişkin kararını verirken, büyük ölçüde davanın Hukuk Sözcüsü Cruz Villalón’un görüşünü takip etmiştir. Davaya katılan Almanya, Yunanistan ve İngiltere’nin Hükümet Temsilcileri ile Bakanlar Konseyi, AB topraklarına girmek isteyen kişiler için vize koşulu öngörülmesinin, hizmetlerin serbest dolaşımını engellemediğini savunmuşlardır. Bu görüşe göre, vize uygulaması esasen, sınır denetimlerinin güvenliğini sağlamak için başvuru idari bir usuldür ve üye ülkelere girmeyi daha zor hale getirmez. Vize uygulaması, sadece kişilerin üye ülkelere giriş yapmadan önce giriş koşullarını kesin olarak taşıyıp taşımadıklarının tespitine imkan verir. Hukuk Sözcüsü Villalón, bu konuda ilgili üye devlet

<sup>17</sup> Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms*, 3.bası, Oxford University Press, New York 2010, s. 359.

<sup>18</sup> *Luisi and Carbone*, dn.7.

<sup>19</sup> *Luisi and Carbone*, dn.7, para. 10; **Horspool, M./Humphreys, M.**: *European Union Law, Core Text Series*, Oxford University Press, NY, 2010, s. 368; Paul Craig and Gráinne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, NY, 2011, s. 792; **Barnard**, s. 359.

<sup>20</sup> Case 186/87 *Ian William Cowan v Trésor Public* [1989] ECR 195.

<sup>21</sup> **Pınar**, Hamdi: “Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Y. 2009, Sa.1-2, s. 89.

hkmetleri ve Bakanlar Konseyi ile aynı fikirde değildir. Villaln'a göre, ye devletlere giriş yapmak için vize koşuluna tabi olmanın, bu koşula tabi olmamaya kıyasla hem maddi hem de bürokratik açıdan külfeti bulunmaktadır. Buna ek olarak, vizeye sahip olunması da ye ülkeye kesin olarak giriş yapılabileceği anlamını taşımamaktadır<sup>22</sup>.

Davaya katılan Hollanda hkmeti ile Bakanlar Konseyi, Türk vatandaşlarına *standstill* hükmüne dayanmak suretiyle ye ülkelere ve Schengen alanına vizesiz giriş hakkı tanınmasının, 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'ne<sup>23</sup> ve AB'nin birincil hukuk kaynaklarına uygun olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, *standstill* hükmünün bu denli geniş yorumu, AB'nin münhasır yetki alanına giren ortak vize politikasının amaçlarını tehlikeye düşürür niteliktedir. Bakanlar Konseyi, Türk hizmet alıcılarına *standstill* hükmünün uygulanması halinde, Katma Protokol'n yürürlük tarihindeki ulusal mevzuatları dikkate alındığında, dokuz ye devletin topraklarına vizesiz olarak girilebileceğini, öte yanda diğer AB yesi ülkeler için vize koşulu aranacağını ve bunun da Schengen alanının bütünlüğünü ciddi şekilde bozabileceğini belirtmiştir<sup>24</sup>. Hukuk Sözcüsü Villaln ise görüşünde, Birliğin 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'n kabul ederken sahip olduğu yetkinin yarışan yetki olduğunu; bu sebeple ye devletlerin *standstill* hükmü çerçevesinde vizesiz giriş hakkı tanıma yetkilerinin bu yetki paylaşımıyla çatışmadığını vurgulamıştır. Aksine Hollanda hkmeti ve Bakanlar Konseyi'nin bu görüşü, ikincil nitelikte bir Birlik hukuku düzenlemesi olan

<sup>22</sup> Opinion of Advocate General Cruz Villaln delivered on 11 April 2013 on Case C-221/11 *Leyla Ecem Demirkan v. Bundesrepublik Deutschland*, paras. 39-40.

<sup>23</sup> Council Regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement. OJ L 81, 21.3.2001. Avrupa Birliği'nin, 15 Mart 2001 tarihli ve 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü ile AB'ye ülke devletlerin topraklarına giriş yapabilmek için vatandaşları tarafından vize alınmasına ihtiyaç duyulan üçüncü devletler ile bu zorunluluktan muaf olan devletler tespit etmiştir. İlgili Tüzük md.1/1'de Tüzüğe Ek I'deki listede yer alan üçüncü devlet vatandaşlarının AB'ye ye devletlerin dış sınırlarına geçiş yapabilmek amacıyla vize almalarının gerektiği hükme bağlanmıştır.

<sup>24</sup> Villaln, dn.22, paras. 41-42.

539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'nü birincil hukuk düzeyine yükseltmektedir<sup>25</sup>.

Hukuk Sözcüsü, öncelikle pasif hizmet sunumunun kapsamını incelemiştir. Pasif hizmet sunumu ilk bakışta aktif hizmet sunumuna benzer gibi görünse de, sınır aşımı hizmet sunumuna ilişkin her iki hükme sağlanan hukuksal koruma bakımından aralarında niceliksel ve niteliksel birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Aktif hizmet sunumu, hizmet sunan belirli kişi gruplarının serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılmasını amaçlamaktadır. Villalón'a göre, aktif hizmet sunumunda hizmeti sunan kişilerin niceliksel açıdan net bir şekilde ayırt edilmesine imkan vardır. Oysa ki, pasif hizmet sunumuna ilişkin hukuksal koruma, piyasadaki tüm tüketicileri kapsamaktadır ve bu bakımdan aktif hizmet sunumununkinden farklıdır. Buna ek olarak Villalón, aktif ve pasif hizmet sunumu arasında niteliksel bir farklılığın da bulunduğunu savunmaktadır. Hizmet sunan kişiler, korunan hizmetle yakın bir ilişki içindedirler. Bu kişiler, yerine getirdikleri hizmetin karşılığı olarak bir ücret alırlar ve sundukları hizmet esasen, kendi yetenekleriyle sınırlıdır. Öte yandan tüketiciler, piyasaya her gün tüketici olarak katılmalarını ayırt edici olarak etkilemeyen pek çok hizmet alırlar. Hatta ABAD'ın içtihat hukuku uyarınca, hizmetin karşılığının dahi hizmeti alan kişi tarafından ödenmesi gerekmemektedir<sup>26</sup>. Bu sebeple Villalón'a göre, pasif hizmet sunumu, tüketicilere sağlanan bu geniş koruma çerçevesinde, kişilerin serbest dolaşımı hakkına benzer bir nitelik sergilemektedir<sup>27</sup>.

Villalón, hizmet sunumu serbestisinin pasif hizmet sunumu da kapsadığını belirterek, Divan'ın *Luisi and Carbone* kararına göndermede bulunmuştur. Yine de, Hukuk Sözcüsü'ne göre, bu tespit, Katma Protokol md. 41/1'in pasif hizmet sunumunu kendiliğinden kapsayacağı anlamını taşımamaktadır<sup>28</sup>. Bunu takiben Villalón, Katma Protokol md.41/1'de düzenlenen hizmetlerin serbest sunumu kavramına pasif hizmet sunumunun dahil olup olmadığını incelemiştir. ABAD'ın, ABİA md.56 ve Katma Protokol md.41/1'in kapsamını yorumlayan içtihat hukukunda pasif hizmet sunumunun

<sup>25</sup> Villalón, dn.22, para. 43.

<sup>26</sup> Case 352/85 Bond van Adverteerders and Others [1988] ECR 2085, para.16.

<sup>27</sup> Villalón, dn.22, paras. 48-50.

<sup>28</sup> Villalón, dn.22, para. 51.

*standstill* hükmü kapsamında yer alıp almadığı açık bir şekilde tespit edilmemiştir. Villaln'a göre, Katma Protokol'n uluslararası bir antlaşma olması nedeniyle, bu durumun tespiti için 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi referans alınmalıdır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi<sup>29</sup> md.31/1 uyarınca 'bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyiniyetle yorumlanır.' Katma Protokol'n tarafları, md.41/1'i kaleme alırken, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın (AETA) 59.maddesinde<sup>30</sup> yer alan hizmetlerin serbest sunumunu düzenleyen terminolojiden yararlanmışlardır. Bununla birlikte, Villaln'a göre, Protokol'n imzalandığı tarihte bu kavramın içeriği henüz kesin olarak belirlenmemiştir. Hizmetlerin serbest sunumuna aktif hizmet sunumunun dahil olduğu, esasen bu tarihte de kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıktır. Fakat Hukuk Sözcüsü'ne göre, pasif hizmet sunumunun Birlik hukukunda hizmetlerin serbest sunumu kavramına dahil edilmesi, ancak ABAD tarafından 1984 yılında verilen *Luisi and Carbone* kararıyla gerçekleşmiştir<sup>31</sup>. Bu sebeple Villaln, Katma Protokol'n imzalandığı tarihte pasif hizmet sunumunun hizmetlerin serbest sunumu kavramına dahil olarak algılanmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Villaln, pasif hizmet sunumunun hizmetin serbest sunumu kavramına dahil olup olmadığı tartışmasının yeni olmadığını, konunun özellikle ABAD'ın 1976'daki *Watson and Belmann*<sup>32</sup> kararında Hukuk Sözcüsü Trabucchi'nin bu yönde geniş bir yorumu reddetmesiyle tartışmalı hale geldiğini vurgulamıştır. Villaln'a göre, Trabucchi açık bir şekilde böylesine kapsamlı bir yorumun, AETA md. 59'un lafzına ve farklı kategorilerdeki Pazar katılımcılarına farklı türlerde serbest dolaşım hakkı tanıyan Kurucu Antlaş-

<sup>29</sup> 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi UNIC Ankara, Erişim: [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/Viyana\\_69.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf) [15.10.2014].

<sup>30</sup> Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın 59.maddesi, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 49. maddesine, günümüzde ise Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 56.maddesine karşılık gelmektedir.

<sup>31</sup> Villaln, dn.22, paras. 52-55.

<sup>32</sup> Case 118-75, *Lynne Watson and Alessandro Belmann* [1976] ECR 01185.

malar'ın yapısına uygun düşmeyeceğini savunmuştur. Hukuk Sözcüsü, AB ve üye devletleri ile İsviçre konfederasyonu arasında kişilerin serbest dolaşımına ilişkin 1999 yılında yapılan Antlaşma'yı<sup>33</sup> örnek göstererek, bu tür belirsizliklerin yaşanmaması amacıyla Antlaşma'da hizmet alıcılarının birbirlerinin topraklarına giriş ve yerleşme hakkının açıkça tanındığını belirtmiştir<sup>34</sup>. Hukuk Sözcüsü'ne göre, Türkiye ile AET arasındaki ilişkide de hizmet alıcılarının serbest dolaşım hakkından yararlanması istenseydi, bu hak açıkça tanınırdı.

Villalón, *standstill* hükmünün kapsamının sınırlı olduğunu savunmaktadır. Hukuk Sözcüsü'ne göre, bu argümanın dayanaklarından ilkinin Katma Protokol'ün 59. maddesi oluşturmaktadır. Bu madde, Türkiye'nin, üye devletlerin ATA kapsamında birbirlerine sağladıklarından daha ayrıcalıklı muamele göremeyeceğine ilişkindir. İkincisi ise Katma Protokol'de hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin kısıtlamaların haklı nedene dayandırılmasına imkan veren ve ABİA md.61, ABİA md. 51 ve ABİA md.52'nin karşılığı olan herhangi bir düzenlemenin yer almamasıdır. Hukuk Sözcüsü'ne göre bu durum, Katma Protokol'ün taraflarının *standstill* hükmünün bu denli geniş bir maddi içeriğe sahip olmasını tasavvur etmediklerine işaret etmektedir<sup>35</sup>.

Villalón görüşünde, ABAD'ın *Luisi and Carbone* davasındaki hizmet sunumu serbestisinin pasif hizmet sunumunu da kapsadığına ilişkin ABİA 56. madde çerçevesindeki yorumunun *standstill* hükmüne uygulanıp uygulanamayacağını da incelemiştir. Bu çerçevede Hukuk Sözcüsü, Divan'ın *Abatay and Others* kararına atıf yapmıştır. Divan *Abatay and Others* kararında '*... ve Kurucu Antlaşma'nın hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin hükümlerinde yer alan ilkeler Türk vatandaşlarını mümkün olabildiğince*

<sup>33</sup> Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons - Final Act - Joint Declarations - Information relating to the entry into force of the seven Agreements with the Swiss Confederation in the sectors free movement of persons, air and land transport, public procurement, scientific and technological cooperation, mutual recognition in relation to conformity assessment, and trade in agricultural products, OJ L 114 , 30/04/2002 P. 0006 - 0072.

<sup>34</sup> Villalón, dn.22, para. 57.

<sup>35</sup> Villalón, dn.22, para. 59.

*kapsar Şekilde geniŐletilmelidir*' Şeklinde hkmetmiŐtir<sup>36</sup>. Villalón, buradaki *mümkün olabildiğince* ifadesini olumsuz olarak yorumlamıŐtır. Villaln'a göre, Kurucu Antlaşmalar ve üçüncü devletlerle yapılan antlaŐmalarda yer alan ifadeler çok benzer ya da aynı dahi olsa, bu, Kurucu Antlaşmalar'ın ilgili hükümlerine ilişkin içtihat hukukunun üçüncü bir devletle yapılan antlaşmaya teŐmili anlamını taşımamaktadır. Hukuk Sözcüsü, teşmil imkanının ancak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31.maddesi uyarınca söz konusu antlaşmaların amaçlarına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Villaln'a göre, üçüncü devletle yapılan antlaşmanın amacının aşamalı Şekilde Birliğe yelik olarak belirlenmesi dahi, Kurucu Antlaşmalar'a ilişkin içtihat hukukunun ye olmayan devletle yapılan antlaşmaya kendiliğinden teşmil edileceği anlamına gelmemektedir<sup>37</sup>.

Hukuk Sözcüsü'ne göre, Divan'ın ABİA'nın 56. maddesine ilişkin içtihat hukukunun, *standstill* hükmüne uygulanabilirliğinin incelenmesi için Birlik Kurucu Antlaşmaları ile Ortaklık Antlaşması<sup>38</sup> ve Katma Protokol'n amalarınının karŐılaŐtırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, öncelikle Ortaklık Antlaşması'nın amacı belirlenmelidir. Ortaklık Antlaşması, Türkiye'nin AB'ye katılma olasılığını içeren bir 'katılım ortaklığı' yaratmaktadır. Bununla birlikte, Villaln'a göre, Ortaklık Antlaşması'nın amacı Hukuk Sözcüsü Bot tarafından Divan'ın *Ziebell*<sup>39</sup> kararında vurgulandığı üzere<sup>40</sup>, taraflar arasındaki ekonomik ve ticari ilişkilerin gelişmesini sağla-

<sup>36</sup> Joined Cases C-317/01 and C-369/01 *Eran Abatay and Others and Nadi Sahin v. Bundesanstalt für Arbeit*, [2003] ECR I-12301 para. 112.

<sup>37</sup> Villaln, dn.22, paras. 61-63.

<sup>38</sup> AET ile Türkiye arasındaki Ortaklık Antlaşması, diğer ismiyle Ankara Antlaşması, 12 Eylül 1963'te imzalanmış ve 1 Aralık 1964'te yrrlĞe girmiştir. Türk tarafı için bkz. 11858 sayılı ve 17 Kasım 1964 tarihli Resmi Gazete. AET tarafı için bkz. The Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey, signed in Ankara on 12 September 1963 by the Republic of Turkey and by the Member States of the EEC and the Community, and concluded, approved and confirmed on behalf of the Community by Council Decision 64/732/EEC of 23 December 1963 (OJ 1973 C 113).

<sup>39</sup> Case C-371/08 *Nural Ziebell v Land Baden-Württemberg*, [2011] ECR I-12735.

<sup>40</sup> Opinion of Advocate General Bot delivered on 14 April 2011 on Case C-371/08 *Nural Ziebell v Land Baden-Württemberg*, paras. 44-46.

maya yönelik olup, esasen ekonomik niteliklidir<sup>41</sup>. Bot'a göre, Ortaklık ilişkisini düzenleyen üç temel aşama<sup>42</sup> göz önüne alındığında, Ortaklık Antlaşması'nın amacının tamamıyla ekonomik nitelikte olduğu kuşku götürmemektedir<sup>43</sup>.

Villalón, Ortaklık Antlaşması'nın Türkiye'nin AB'ye katılma olasılığını içerdiğini kabul etmekle birlikte, Antlaşma'nın gümrük birliği ve temel serbestilere ilişkin hükümleri incelendiğinde, bütünleşmeye ilişkin aşamalı bir süreç öngördüğünü ve Antlaşma'nın düzenleme altına aldığı her alanda tamamlanmış, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve kapsamlı hükümler içermediğine dikkat çekmiştir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, Ortaklık ilişkisinin uygulanmasında ve gelişiminde etkin bir rol oynamak amacıyla kurulan Ortaklık Konseyi'nin varlığı bunu desteklemektedir. Bununla birlikte Villalón, Ortaklık Konseyi'nin faaliyetlerinin çeşitli alanlar arasında yeterince dengeli bir şekilde yürümediğini ve Gümrük Birliği alanında ilişkilerin ileri düzeyde geliştirilmesine yönelik kararlar alınırken, hizmetlerin serbest dolaşımı alanında kayda değer bir ilerlemenin gerçekleşmediğini belirtmiştir. Hukuk Sözcüsü'ne göre Ortaklık Antlaşması'nın bu özelliği, AB'yi kuran Antlaşmalar'la örtüşmemektedir. AB'nin Kurucu Antlaşmaları'nın amacı üye devletler arasında malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı bir iç pazar yaratmaktır. İç pazarın iyi şekilde gelişebilmesi için ise vatandaşların, ekonomik faaliyetlerin dışında kalan alanlarda da korunması gerekmekte ve bu bakımdan hem Birlik vatandaşlığı, hem de ona bağlı olan serbest dolaşım hakkı büyük önem taşımaktadır. Birlik vatandaşlığının AB hukukunun merkezine yerleştirilmesi, AB'nin ekonomik boyutu aşan amaçlarını ortaya koymaktadır. Bu sebeple, ABİA md. 56'nın pasif hizmet sunumunu içerecek şekilde geniş yorumlanması, mevcut tüm engeller kaldırılarak, bir iç pazar yaratılması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Birlik Kurucu Antlaşmaları'nı, Ortaklık Antlaşması'ndan ayıran da bu amaçtır. Villalón'a göre, Ortaklık Antlaşması'nın yapısı ve KP md.41'deki *standstill* hükmünün çerçevesi, aksi açıkça belirtilmediği sürece, bu hükmün

<sup>41</sup> Villalón, dn.22, para. 65.

<sup>42</sup> Bu aşamalar birbirini takip eden hazırlık, geçiş ve son dönemden oluşmaktadır.

<sup>43</sup> Bot, dn.40, para. 46.

pasif hizmet sunumunu içerecek Şekilde geniş yorumlanmasını destekler nitelikte değildir<sup>44</sup>.

#### IV. ABAD'IN DEğERLENDİRMESİ

ABAD, davanın esası hakkındaki incelemesine başlamadan önce, bu konudaki yerleŐik içtihat hukukuna<sup>45</sup> atıf yapmış ve ABİA'nın 56. maddesinde Avrupa vatandaşları için düzenlenen hizmet sunma serbestisinin, pasif hizmet sunumunu da içerdiğini teyit etmiştir. Bu hüküm kapsamında hizmet alıcılarının herhangi bir kısıtlamayla karŐılaŐmadan diğer bir ye devlete hizmet alabilmek amacıyla gidebilme hakları bulunmaktadır<sup>46</sup>.

Divan, *SavaŐ*<sup>47</sup> kararına da atıf yapmak suretiyle, Katma Protokol md.41/1'deki *standstill* hükmünün, yeterince açık, net ve koŐulsuz olduğunu ve tarafların Katma Protokol'n yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hizmetlerin serbest sunumu ve yerleşme hakkına ilişkin yeni kısıtlamalar getirmelerini tartışmasız Şekilde yasaklayan emredici bir hüküm niteliğinde olduğunu tespit etmiştir<sup>48</sup>. Bunu takiben Divan, yerleŐik içtihat hukuku<sup>49</sup> uyarınca söz konusu hükmün, doğrudan etkiye sahip olduğuna vurgu yaparak, hükmün kapsamına giren Türk vatandaşlarının bu hükmü ye devlet mahkemelerinde ileri srebileceklerini teyit etmiştir<sup>50</sup>.

Divan'a göre ilk sorunun yanıtlanması için öncelikle, Katma Protokol md.41/1'deki *standstill* hükmünün diğer bir ye devlete hizmet almak amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına uygulanabilir olup olmadığının

<sup>44</sup> Villaln, dn.22, paras. 65-69.

<sup>45</sup> Bkz. *Luisi and Carbone*, dn.7, para. 16; *Cowan*, dn. 20, para. 15; Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637, para. 15; Case C-348/96 *Criminal proceedings against Donatella Calfa* [1999] ECR I-11, para. 16; Case C-215-03 *Salah Oulane v Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* [2005] ECR I-1215, para. 37.

<sup>46</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 35.

<sup>47</sup> Case C-37/98 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, [2000] ECR I-02927, para. 46.

<sup>48</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 37.

<sup>49</sup> *Savas*, dn.47, para. 54; *Abatay*, dn. 36, paras. 58-59, Case C-16/05 *Veli Tum and Mehmet Dari v. Secretary of State for the Home Department* [2007] ECR I-7415, para. 46, *Soysal*, dn.2, para. 45.

<sup>50</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 38.



tespit edilmesi gerekir. Keza, *Demirkan* davasına konu olan somut olay, *Soysal*<sup>51</sup> davasındakinden farklı niteliktedir. Somut olayda davacılar bu kez, diğer bir üye devlete hizmet sunmak değil, hizmet almak amacıyla gitmek istemektedirler<sup>52</sup>.

Divan, Kurucu Antlaşmalar'ın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinde yer alan ilkelerin mümkün olduğu ölçüde Türk vatandaşlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini yinelemiştir. Ancak, Divan, Villalón'un görüşü doğrultusunda, iç pazara ilişkin Kurucu Antlaşma hükümleri dahil olmak üzere AB hukuksal mevzuatına dair Divan tarafından yapılan yorumların, AB ile Birliğe üye olmayan üçüncü bir devlet arasında yapılan bir antlaşmaya, -antlaşmada aksine açık bir hüküm bulunmadığı sürece- kıyas yoluyla kendiliğinden uygulanamayacağını vurgulamıştır<sup>53</sup>.

Divan, Ortaklık Antlaşması'nın 2. Kısımının 3. Bölümünde 'Ekonomik nitelikteki sair hükümler' başlığına dikkat çekmiştir. Bu başlıkta, taraflar arasında kademeli olarak işçilerin serbest dolaşımının sağlanmasında (md.12), yerleşme serbestine ilişkin kısıtlamalar (md.13) ile hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamaların kaldırılmasında (md.14), tarafların AT'nu kuran Antlaşma'nın bu alanları düzenleyen ilgili hükümlerinden esinlenmekte mutabık kaldıkları belirtilmektedir. Divan, Villalón'un görüşü doğrultusunda, Ortaklık Antlaşması'nın 14. maddesine işaret ederek, tarafların, AT'nu kuran Antlaşma'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ya da bunların uygulanmasına ilişkin hükümlerini uygulamak yönünde bir zorunlulukları bulunmadığını vurgulamıştır. Divan' a göre, Ortaklık Antlaşması'nın 14. maddesinde yer alan 'esinlenmek' ifadesi, tarafları bağlayıcı şekilde değil, onlara Antlaşma'nın amacını gerçekleştirmeye ilişkin önlemlerin alınması bakımından yol gösterici nitelikte yorumlanmalıdır<sup>54</sup>. Villalón'a göre bu ifade, hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin AB birincil hukukunda yer alan düzenlemelerin model olarak alınmasının niyetlendiğini göstermektedir. Ancak Hukuk Sözcüsü, hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin hükümlerin

<sup>51</sup> *Soysal*, dn.2.

<sup>52</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 42.

<sup>53</sup> *Demirkan*, dn.1, paras. 43-44.

<sup>54</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 45.

Ortaklık ilişkisine teşmil edilemeyeceğinin aşıkar olduğunu ve bu ifadenin yeknesak bir uygulamaya işaret etmeyerek, farklı yorumlara açık olduğunu savunmuştur<sup>55</sup>.

Bu çerçevede Divan, yerleşik içtihat hukuku uyarınca Kurucu Antlaşma'da yer alan bir hükme ilişkin olarak yaptığı bir yorumun, AB'nin nc bir devletle yaptığı antlaşmada yer alan benzer nitelikteki başka bir hükme uygulanabilirliğinin, her hükmün hizmet ettiği amaç göz önünde tutulmak suretiyle belirleneceğini vurgulamıştır. nc devlet ile yapılan söz konusu antlaşma ile Kurucu Antlaşma'nın amaç ve kapsam bakımından bir kıyaslamasının yapılması çok önem arzetmektedir<sup>56</sup>. Bu durumun AET ve Türkiye arasındaki Ortaklık ilişkine yansımaları bakımından Divan, *Ziebell*<sup>57</sup> kararına işaret etmiştir. ABAD bu kararda AB hukuk düzeninde yer alan bir hükmün kıyas yoluyla Ortaklık ilişkisine uygulanabilmesi için, Ortaklık Antlaşması ve AB hukuk düzeninin ilgili hükümlerinin amaı ve kapsamı bakımından, kıyaslanmaları gerektiğine hükmetmiştir<sup>58</sup>.

Divan'a göre, Ortaklık Antlaşması ile Katma Protokol ve ABİA arasında, sadece bununla sınırlı kalmamakla birlikte en başta, AB'de hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı ilişkisi bakımından farklılıklar bulunmaktadır. ABAD, Katma Protokol'n 41/1.maddesindeki amaç ve kapsamın, ABİA'nın 56.maddesinde yer alan amaç ve kapsamdan, özellikle de bu hükümlerin hizmet alıcılarına uygulanması bakımından temel farklılıklar bulunduğunu belirtmiştir<sup>59</sup>. Divan, Villaln'un görüşü paralelinde *Ziebell* kararına ikinci bir atıfta bulunarak, AET ve Türkiye Ortaklık ilişkisinin tamamıyla ekonomik bir amaç güttüğüne<sup>60</sup> hükmetmiştir. Divan, Ortaklık

<sup>55</sup> Villaln, dn.22, para. 60.

<sup>56</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 47; Case C-312/91 *Procedural issue relating to a seizure of goods belonging to Metalsa Srl.* [1993] ECR I-3751, para. 11; Case C-63/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk and Elzbieta Gloszczuk*, [2001], ECR I-6369, para. 49; Case C-162/00, *Land Nordrhein-Westfalen v Beata Pokrzepowicz-Meyer*, [2002], ECR I-01049, para. 33.

<sup>57</sup> *Ziebell*, dn.39.

<sup>58</sup> *Ziebell*, dn. 39, para.62; Case C-221/11; *Demirkan*, dn.1, para.48.

<sup>59</sup> *Demirkan*, dn.1, para.49.

<sup>60</sup> *Ziebell*, dn. 39, para. 64.

Antlaşması'nın ve Katma Protokol'ün esasen Türkiye'nin ekonomik gelişmesini sağlama amacına hizmet ettiğini<sup>61</sup> vurgulamıştır<sup>62</sup>.

ABAD'a göre, Ortaklık Antlaşması'nın sadece ekonomik amaca hizmet etmesi, Antlaşma'da kullanılan dile de yansımıştır. Divan bu tezini güçlendirmek amacıyla, Antlaşma'nın geçiş sürecinin uygulanmasını düzenleyen 2. Kısımın 1. 2. ve 3. Bölümlerinin sırasıyla 'Gümrük Birliği', 'Tarım' ve 'Ekonomik nitelikteki sair hükümler' olarak öngörülen başlıklarına işaret etmiştir. Dahası Divan, Ortaklık Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 14.maddesinin açık bir şekilde ekonomik konulara ayrılan 2. Kısımın 3. Bölümünde yer aldığını belirtmiştir<sup>63</sup>.

Divan, Ortaklık Antlaşması'nın amacını düzenleyen md.2/1'e gönderme yapmış ve Ortaklık Antlaşması ile Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınması ve Türk halkının istihdam seviyesinin ve yaşam şartlarının yükseltilmesi ihtiyacı çerçevesinde taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerin devamlı ve dengeli şekilde güçlendirilmesinin hedeflendiğini ifade etmiştir<sup>64</sup>.

Dahası ABAD'a göre Ortaklık Antlaşması'nda, ABİA md. 21 çerçevesinde Avrupa vatandaşlarına tanınan genel nitelikteki serbest dolaşım hakkıyla kıyaslanabilir düzeyde ve ekonomik özgürlükleri geliştirmeye yönelik bir hedef yer almamaktadır. Divan, Ortaklık Antlaşması'nın yanısıra, ne Katma Protokol'de ne de işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararında Türkiye ile AB arasında kişilerin serbest dolaşımını düzenleyen genel bir ilke bulunduğuna dikkat çekmiştir<sup>65</sup>.

Divan, önceki kararlarında, Katma Protokol md.41/1'deki *standstill* hükmünün kendi başına Türk vatandaşlarına üye devlet topraklarına girme, burada hizmet sunma, oturma ya da yerleşme hakkı tanımayacağına hükmettiğini<sup>66</sup> yinelemiştir. Özetle Divan, *standstill* hükmünün, Türk vatandaşla-

<sup>61</sup> *Savas*, dn.47, para. 53.

<sup>62</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 50.

<sup>63</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 51.

<sup>64</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 52.

<sup>65</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 53.

<sup>66</sup> *Savas*, dn.47, paras. 64 and 71; *Abatay*, dn. 36, para. 62; *Tum and Dari*, dn.49, para. 52; *Soysal*, dn.2, para. 47.

rının ye devlet topraklarına girme ve oturma koşulları ile ilişkili olabilmesini tek bir koşula bağlamıştır. Bu koşul da, yerleşme ya da hizmet sunma serbestisi olması farketmeksizin, dava konusu faaliyetin ancak ekonomik nitelikte bir faaliyetin gerçekleştirilmesinin asli unsuru olmasıdır. Divan, AB hukukunda ise pasif hizmet sunumuna ilişkin korumanın aksine, tüm engellerin ve sınırların ortadan kaldırıldığı bir iç pazar oluşturulması hedefine dayandığını belirtmiştir. ABAD'a göre, ABIA'yı tamamıyla ekonomik amaç güden Ortaklık Antlaşması'ndan açık bir Şekilde ayıran da bu hedef farklılığıdır<sup>67</sup>.

Divan'a göre, hizmet sunumu serbestisi kavramının gerek Ortaklık Antlaşması ve Katma Protokol; gerek ABIA'da yer alan hükümler çerçevesindeki yorumu, aynı zamanda bu hükümlerin düzenlendikleri zamanın koşullarına da bağlıdır. Bu erevede Divan, Katma Protokol md.41/1'deki *standstill* hükmünün kendiliğinden hak yaratamayacağını da hükme bağlamıştır. Bu hüküm, belirli bir tarihe göndermede bulunarak, herhangi bir yeni kısıtlayıcı önem getirilmesini yasaklar niteliktedir<sup>68</sup>.

ABAD'a göre, AB hukukunda hizmet sunumu serbestisine ilişkin hükümler, ilk olarak aktif hizmet sunumunu kapsayacak Şekilde tasarlanmıştır. Nitekim, davaya görüş sunan ye devlet hkmetleri ve Avrupa Konseyi ile Avrupa Komisyonu da bunu teyit etmiştir. Divan, Villaln'un görüşünü takip ederek, AT'nu kuran Antlaşma kapsamındaki hizmet sunma serbestisinin, pasif hizmet sunumunu da kapsadığına açık bir Şekilde ancak 1984 yılındaki *Luisi and Carbone* kararı ile birlikte hkmedilmesinden hareketle, Ortaklık Antlaşması'nın ve Katma Protokol'n taraflarının bu belgeleri imzaladıkları tarihte hizmet sunma serbestisine pasif hizmet sunumunu dahil etmeyi tasarladıklarına ilişkin hiçbir işaret bulunmadığına karar vermiştir<sup>69</sup>.

Divan incelemesine Villaln'un görüşünü ekleyerek devam etmiştir. Hukuk Sözcüsü, Ortaklık Antlaşması'nın taraflarının Türk tarafının iddia ettiğinin aksi yönünde bir uygulama içerisinde olduklarını savunmuş ve bazı ye devletlerin Katma Protokol'n yürürlüğe girmesinden sonra Türk

<sup>67</sup> *Demirkan*, dn.1, paras. 54-56.

<sup>68</sup> *Demirkan*, dn.1, paras. 57-58.

<sup>69</sup> *Demirkan*, dn.1, paras. 59-60.

vatandaşlarının turistik amaçlı ziyaretleri için vize koşulu getirdiklerini ve bunu Katma Protokol 41.md.'de yer alan *standstill* hükmünü ihlal eder nitelikte değerlendirmediklerini belirtmiştir<sup>70</sup>. Bu çerçevede Divan, Türkiye'nin de işçi statüsünde olmayan Belçika ve Hollanda vatandaşları için 1973 yılında yürürlükte olan vize muafiyetini, 1980'de kaldırdığına işaret etmiştir<sup>71</sup>.

ABAD, *Demirkan* kararında nihai olarak, ABİA ile Ortaklık Antlaşması ve Katma Protokol'ün amaç ve kapsam bakımından farklı olmaları nedeniyle, AETA'nın 59.maddesine ilişkin olarak *Luisi and Carbone* davasında yapılan yorumun, Katma Protokol'ün 41/1.maddesine teşmil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu sebeple Divan, Yüksek Mahkeme tarafından sorulan ilk sorunun yanıtını, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan 'hizmet sunumu serbestisi kavramının' hizmet almak amacıyla üye devletlerden birine gitmek isteyen Türk vatandaşlarını kapsamadığı şeklinde yorumlanacağı yönünde vermiştir. Divan, ilk soruya verdiği yanıtın olumsuz olması nedeniyle, ikinci soruyu yanıtlama gereği duymamıştır<sup>72</sup>.

## V. KARARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

### 1. Schengen Alanı Bütünlüğünün Bozulması

Hukuk Sözcüsü Villalon'un davaya katılan bazı üye devlet hükümetlerinin Katma Protokol 41.md.'de yer alan *standstill* hükmünün Türk hizmet alıcılarına uygulanmasıyla, Schengen alanının hukuksal bütünlüğünün bozulabileceği iddiasına verdiği 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü çerçevesinde AB ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımının yarışan yetki olduğu yönündeki yanıt isabetlidir.

Groenendijk, ek bir noktaya daha vurgu yapmaktadır. Şöyle ki, AB'ye üye devletlerin, AB'nin ortak vize politikasının hukuksal dayanağını oluşturan ABİA'nın 77. maddesini kabul etmiş olmaları, Katma Protokol'ün 41.maddesinin anlamı ya da kapsamını tek taraflı olarak değiştirebilecekleri anlamına gelmemektedir. Aksi halde üye devletlerin, uluslararası antlaşma-

<sup>70</sup> Villalón, dn.22, para. 71

<sup>71</sup> *Demirkan*, dn.1, para. 61.

<sup>72</sup> *Demirkan*, dn.1, paras. 62-65.

lardan doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaları olasıdır. Zira, ye devletlerin de taraf olduğu 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesi taraflardan birinin uluslararası bir antlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirememeye nedeni olarak ulusal hukukunu gerekçe göstermesini yasaklamaktadır<sup>73</sup>. Bu durumda ye devletlerin, Katma Protokol md.41/1'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'ne aykırılık oluşması durumunu ileri srmeleleri yerinde değildir. Hatta Voegeli, daha da öteye giderek, ikincil nitelikte bir AB hukuku düzenlemesi bir yana, birincil nitelikteki bir AB hukuku düzenlemesinde yapılacak bir değişikliğin dahi, AB'nin uluslararası bir antlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Bu durum ancak tarafların uluslararası antlaşmanın kendisinde, yani Ortaklık Antlaşması ve ek belgelerinde değişiklik yapmasıyla mümkündür<sup>74</sup>.

## 2. Pasif Hizmet Sunumu İle Kişilerin Serbest Dolaşımı Kavramları Arasındaki İlişki

Villalon, görüşünde pasif hizmet sunumu ve aktif hizmet sunumu arasında birtakım niceliksel ve niteliksel farklılıklar bulunduğunu ve pasif hizmet sunumunun hizmet sunumu serbestisine dahil edilmesinin serbest dolaşım hakkına benzer bir hak yarattığını ileri sürmüştür. AB hukuk düzeninde kişilerin serbest dolaşımı ile hizmetlerin serbest dolaşımı kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen, Hukuk Sözcüsü'nn görüşünde bu kavramların karıştığı tespit edilmektedir<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Groenendijk, s. 23-24.

<sup>74</sup> Voegeli, Wolfgang: "Comment on the Opinion of the Advocate General in Case C-221/11 Leyla Ecem Demirkan vs. Federal Republic of Germany", içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD'ın Demirkan Davası*, der. Harun Gümrükçü, Tamer İlbuğa, Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Temmuz 2013, Antalya, s. 14; Erişim: [http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarciligın\\_yarattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun_gumrukcu-hukuki_inkarciligın_yarattigi_abad_in_demirkan_davasi.pdf) [10.10.2014].

<sup>75</sup> Gümrükçü, Harun: nsz, içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD'ın Demirkan Davası*, der. Harun Gümrükçü, Tamer İlbuğa, Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Temmuz 2013, Antalya, s. 5; Erişim:

Groenendijk'e göre, hizmet alıcısı kavramının yelpazesinin çok geniş olması, Hukuk Sözcüsü'nün savunduğunun aksine, bu hak ile kişilerin serbest dolaşımı hakkı arasındaki farkı ortadan kaldırmamaktadır. Yazara göre Hukuk Sözcüsü'nün değerlendirmesinde, Türk vatandaşlarına pasif hizmet sunumu hakkı tanınmasının, onları ekonomik anlamda iç pazarda tüketici olma statüsünün ötesine geçireceği ve Birlik vatandaşlığına bağlı serbest dolaşım hakkına sahip olmalarına yol açacağı endişesi hakimdir<sup>76</sup>. Oysa ki üye devlet vatandaşlarına Birlik vatandaşı olmaları sebebiyle tanınan kişilerin serbest dolaşım ve yerleşme hakkı, günümüzde AB hukuk düzeninde ABİDA md. 21 çerçevesinde temel bir hak niteliğine kavuşmuş olup, Türk vatandaşlarına bu yönde bir hak tanınması talep edilmemektedir. Keza, Katma Protokol'ün 41.maddesi, Türk vatandaşı olan hizmet alıcılarına AB'nin dış sınırlarında ya da Schengen Bölgesi'nde sınır kontrolünden geçmelerine ilişkin bir muafiyet tanımamaktadır. Groenendijk'e göre Türk vatandaşına sınırdan geçerken üye devleti ne amaçla ziyaret ettiği, ziyareti süresince geçimini sağlayacak yeterli mali kaynağa sahip olup olmadığı sorulabilir ve bunları kanıtlaması istenebilir. Oysaki serbest dolaşım hakkından faydalanmak isteyen bir AB vatandaşına bu tür sorular sorulamaz. Dahası Schengen Sınır Yasası uyarınca ilgili Türk vatandaşının pasaportunun üye devlet topraklarına her giriş ve çıkışında yetkili makamlarca damgalanması gerekmektedir. Türk vatandaşı hizmet alıcısının, üye devlette vizesiz giriş hakkının kendisine tanıdığı üç aylık süreyi aşması ya da ulusal ya da Birlik göç politikasına ilişkin düzenlemeleri ihlal edecek şekilde davranması durumunda, Schengen Bilgi Sistemi'ne kaydı alınacak ve bu da ileride Birlik topraklarına alınma ihtimalinin düşmesine yol açabilecektir. Bu sebeple yazara göre, üye devletlerde pasif hizmet sunumu hakkını kullanmak isteyen Türk vatandaşlarının, sınır denetiminden geçerken kısa süreli ziyaretlerinin ekonomik nitelikte bir amacı olduğunu, etkin ve gerçek birer hizmet alıcısı olduklarını ve almak istedikleri hizmetin tali nitelikte bir hizmet olmadığını ispatlamaları suretiyle bu endişe ortadan kaldırılabilir<sup>77</sup>.

---

[http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarciligin\\_varattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun_gumrukcu-hukuki_inkarciligin_varattigi_abad_in_demirkan_davasi.pdf) [10.10.2014]; Voegeli, s. 16.

<sup>76</sup> Groenendijk, s. 24.

<sup>77</sup> Groenendijk, s. 24-25.

Groenendijk'e göre, bu noktalar, Türk vatandaşlarına kısa süreli vizesiz giriş hakkı tanınması ile Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı arasındaki farka işaret etmektedir.

Groenendijk ile aynı görüşü paylaşan Voegeli'ye göre, bu yönde bir çekince gereksizdir. Yazara göre Ortaklık Antlaşması'nın iç pazardaki dört temel serbestiyi esas aldığı ve AB hukukunda temel serbestilerin ötesine geçen alanlara ilişkin olarak rneğin -Birlik vatandaşlarına siyasal haklara tanınması gibi- bir gelişim sürecini hedeflemediği doğrudur. Bununla birlikte, pasif hizmet sunumu 64/220 sayılı Yönerge ile düzenlendiğinde, AB hukuk düzeninde henüz ekonomik olarak aktif olmayan kişilere tanınan bir serbest dolaşım hakkı ve siyasal hakların yanı sıra vatandaşlık statüsüne bağlı diğer hakları da tanıyan bir statü bulunmamaktaydı. Genel nitelikte bir hak olan kişilerin serbest dolaşım ve yerleşme hakkı, Maastricht Antlaşması ile ancak 1993'te Birlik hukuk düzenine dahil olmuştur. Bu sebeple Voegeli'ye göre, pasif hizmet sunumu en başta pazarın sadece arza değil, aynı zamanda talebe de ihtiyaı olduğu gerçeğinden yola çıkılarak düzenlenmiştir. Eğer hizmeti sunanlar ulusal sınırları aşma hakkına sahipse, aynı hak hizmeti alanlara da tanınmalıdır. Aksi halde, gerçek anlamda bir pazar oluşumundan söz edilemeyecektir. Bu çerçevede ekonomik anlamda hizmetlerin serbest dolaşımı, zorunlu olarak pasif hizmet sunumunu da kapsamalıdır<sup>78</sup>.

Hatzopoulos ise, hizmet alıcısının hizmet almak amacıyla sözleşmeye taraf diğer bir devlete gitmesi durumunun, GATS<sup>79</sup> kapsamındaki hizmet tanımında açık bir şekilde yer aldığını vurgulamaktadır. Yazar, Hukuk Sözcüsü tarafından ortaya konulan aktif ve pasif hizmet sunumuna ilişkin

<sup>78</sup> Voegeli, s. 16.

<sup>79</sup> General Agreement on Trade in Services. (Dünya Ticaret rgt Hizmet Ticareti Genel Antlaşması) GATS, Uruguay Round müzakereleri sonucunda 15 Nisan 1994'te Marakeş'te imzalanan ve 1 Ocak 1995'te yürürlüğe giren Nihai Senet kapsamında kurulan Dünya Ticaret rgt'nün ekinde yer alan çok taraflı antlaşmalardan biridir. Türkiye'nin de kurucu ye olarak imza koyduğu Nihai Senet, 25 şubat 1995 tarih ve 22213 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve ve 26 Mart 1995'de Türkiye'nin Dünya Ticaret rgt'ne resmî yeliği gerçekleşmiştir. Bkz. "Dünya Ticaret rgt (DT)", Türkiye Cumhuriyeti Dışışleri Bakanlığı resmî web sitesi, Erişim: <http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-dto.tr.mfa> [20.12.2014].



niceliksel ve niteliksel farklılıkların GATS'ın metninde yer almadığına işaret etmektedir. Dahası yazar, iki taraflı ya da bölgesel ticaret ve/veya yatırım antlaşmalarında hizmet sunumuna yer verilmesi halinde, hizmet alıcılarına da çoğunlukla birtakım haklar tanındığını hatırlatmaktadır<sup>80</sup>. Öte yanda Hatzopoulos, hizmet kavramının, somut olaydaki gibi hizmet alıcısı dikkate alınmaksızın tanımlanmasının da mümkün olmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla, hizmet alıcılarına örneğin yer değiştirme, bilgi edinme, seçim yapabilme gibi hakların tanınmadığı bir pazardan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Esasen, hizmet alıcıları, hizmetlerin ortaya çıkışına ve tüketimine fiziksel mevcudiyetleri, bireysel ihtiyaçları ve çeşitli talepleri aracılığıyla katılmaktadırlar. Hatta yazar, konuyu daha ileri bir noktaya taşıyarak, sağlık hizmetleri gibi daha ziyade talep vasıtasıyla yönlendirilen hizmetler için, hizmet alıcılarına hizmet sunucularından bile daha fazla hak tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim, yazar bu hususun hasta haklarının sınırötesi sağlık hizmetlerinde uygulanmasına ilişkin 2011/24 sayılı Yönerge'nin<sup>81</sup> amaçları arasında açıkça yer aldığına işaret etmektedir<sup>82</sup>.

Matera'ya göre Divan, gerçek bir hizmet almak amacıyla seyahat eden Türk vatandaşları ile herhangi bir ekonomik amaç olmaksızın seyahat etmek isteyen vatandaşlar arasında bir ayırım yapmış olsaydı, Ortaklık Antlaşması'nın ekonomik niteliğini korumuş ve hatta güçlendirmiş olurdu. Yazara göre bu bağlamda, Türk vatandaşları'na tanınacak serbest dolaşım hakkı ile ABİDA 21. md. kapsamında Avrupa vatandaşlarına ekonomik bir faaliyete bağlı olmaksızın tanınan serbest dolaşım hakkı arasındaki çizgi net bir şekilde ortaya konmuş olurdu<sup>83</sup>.

Hatzopoulos'a göre, ABAD, Ortaklık ilişkisi kapsamındaki hizmet alıcılarına hizmet sunucularından farklı davranma nedenini haklı gerekçe-

<sup>80</sup> **Hatzopoulos**, Vassilis: "Turkish Service Recipients under the EU-Turkey Association Agreement: *Demirkan*", *Common Market Law Review*, Vol:51, Issue 2, 2014, s. 662.

<sup>81</sup> Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border health care, O.J.2011, L 88/45.

<sup>82</sup> **Hatzopoulos**, s. 661.

<sup>83</sup> **Matera**, Claudio: "Case C-221/11 Leyla Demirkan v. Bundesrepublik Deutschland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 September 2013, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 47, Enero/Abril 2014, s. 293.

lerle açıklayamadığından, esasen AB hukuk düzeninde sağlam bir temele oturmuş olan hizmet kavramının içeriğini derinden sarsmıştır<sup>84</sup>.

### 3. Pasif Hizmet Sunumunun AB Hukuku ve Ortaklık Hukuku erevesindeki Anlamı

Hukuk Sözcüsünün *Demirkan* kararındaki görüşü, pasif hizmet sunumunun hizmetlerin serbest sunumuna dahil olup olmadığının Birlik hukuku ve Ortaklık hukukunda farklı Őekillerde yorumlanarak yanıtlanacağı iddiasına dayanmaktadır. Villaln, pasif hizmet sunumunun AB hukuk düzeninde ilk kez Divan'ın 1984 yılındaki *Luisi and Carbone* kararıyla açıklığa kavuşmuş olması nedeniyle, Katma Protokol'n yürürlük tarihinde henüz bu yönde bir algının oluşmadığını savunmaktadır. Oysa ki, pasif hizmet sunumunun hizmetlerin serbest sunumu kapsamına dahil olması, 64/220 sayılı Yönerge'de düzenlenmesiyle açık bir Şekilde gerçekleşmiştir. Groenendijk'e göre, ABAD, *Luisi and Carbone* kararında hizmetlerin serbest sunumu hakkının kişisel kapsamına bir değişiklik getirmemiş, aksine 1964'ten beri yürürlükte olan hükmü daha sağlam bir temele oturtmuştur<sup>85</sup>. Hukuk Sözcüsü'nn görüşünde 64/220 sayılı Yönerge'ye atıf yapmasına rağmen, bunu bu Şekilde yorumlamaması Şaşırtıcıdır. Villaln, o döneme ait hukuk literatüründeki bilimsel tartışmalar ve 1970'li yıllarda ABAD'ın iki hukuk Sözcüsü'nn<sup>86</sup> kavramın bu denli geniş yorumlanamayacağına ilişkin görüşlerinden hareket etmektedir. Oysa ki, Voegeli haklı olarak, AB hukuk düzenine ait bir hükmün yorumlanmasında yetkili tek makamın ABAD olduğunu hatırlatmaktadır. İkinci önemli nokta ise pasif hizmet sunumunun, hizmetlerin serbest sunumu kavramına yukarıda belirtildiği gibi bir Yönerge aracılığıyla kazandırılmış olması nedeniyle, AB'nin ikincil hukuk kaynaklarında yer alan bir tanımın Şüphesiz, konuyla ilgili gerek bilimsel tartışmalar, gerek

<sup>84</sup> **Hatzopoulos**, s. 659.

<sup>85</sup> **Groenendijk**, s. 23.

<sup>86</sup> Pasif hizmet sunumunun hizmetlerin serbest sunumu kavramına dahil olacak Şekilde geniş yorumlanmaması gerektiğine Hukuk Sözcüsü Trabucchi, ABAD'ın C-118/75 sayılı *Watson and Belmann* kararında; Hukuk Sözcüsü Capotorti ise C-66/77 sayılı *Kuyken* kararındaki görüşlerinde yer vermişlerdir.

Hukuk Sözcüleri'nin görüşleri gibi yardımcı kaynaklardan üstün gelecek olmasıdır<sup>87</sup>.

Can, bu konudaki asıl sıkıntının Katma Protokol md.41/1'in içeriğinin çok açık olmaması nedeniyle, bu hükümde yer alan hizmetlerin serbest dolaşımı alanındaki mevcut durumun kötüleştirilmemesi koşulundan kimlerin yararlanacağı noktasında çıktığına işaret etmektedir. Yazara göre, ABAD, içtihat çizgisinde başvurduğu ve sıklıkla eleştiriye maruz kaldığı bütünleşmeyi teşvik edici nitelikteki yorum yöntemleri nedeniyle hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda da genişletici yorumu tercih ederek, hizmet alıcılarını da ilgili serbest dolaşımın kapsamına dahil etmiştir. Bununla birlikte, yazar, bu yaklaşımın Avrupa öğretisinde tam destek sağlayamadığına da işaret etmektedir. Bu noktada *Demirkan* kararını eleştiren diğer görüşlerin aksine Can, hizmet sunumlarının serbest dolaşımının hizmet sunucularının yanı sıra hizmet alıcılarına da haklar tanımakta olduğu tezinin ABAD haricinde başka mahkemelerde örneğin Türk mahkemelerinde benimsenebilirliğini sorgulamaktadır. Yazar, *Demirkan* kararının Divan'ın önceki içtihatlarından dönüş niteliğinde olduğunu ve karar üzerinde hukuki mülahazalardan ziyade politik mülahazaların etkili olduğunu kabul etmekle birlikte, kararın eleştirilmesinin ancak bu durumda daha rasyonel temellere dayanacağını savunmaktadır<sup>88</sup>.

Matera ise, Hukuk Sözcüsü'nün ve Divan'ın aktif ve pasif hizmet sunumu arasında yaptığı ayrımı ekonomik açıdan yaklaşmaktadır. Yazara göre, Divan'ın Katma Protokol'ün 41/1.maddesini daraltıcı bu yorumu, tıbbi tedavi gibi belirli ve somut bir hizmet almak amacıyla üye devletlere gitmek isteyen Türk vatandaşlarını engelleyeceği için, AB ülkelerinin sağlık turizmini olumsuz olarak etkileyebilecektir<sup>89</sup>. Tınç'da Divan'ın bu sınırlı yorumunu ve pasif hizmet kavramının Ortaklık hukukunun kapsamı dışında bırakılmasını, ekonomik özgürlükler ve AB-Türkiye ilişkilerinin geleceğinin

<sup>87</sup> Voegeli, s. 14.

<sup>88</sup> Can, Hacı: "Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı-Avrupa Birliği Adalet Divanı 'Ecem Demirkan' Kararı", ASOMEDYA, Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak/Şubat 2014, s. 27-28. Çalışma, aynı zamanda ABAD'ın *Demirkan* kararının ve Hukuk Sözcüsü'nün görüşünün kapsamlı birer çevirisini içermektedir.

<sup>89</sup> Matera, s. 292.

seyri bakımından kayıp olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, Divan bu suretle, hizmet alıcısı olabilecek pek çok kişi ve de buna bağlı durumu, Ortaklık Antlaşması'nın kapsamı dışında tutmuştur. Buna ek olarak yazar, pasif hizmetin yaratabileceği hakların Ortaklık hukuku dışından tutulmasının, esasen Ortaklık Antlaşması'nın gelişimine de engel olacağına işaret etmektedir<sup>90</sup>.

Groenendijk, Hukuk Sözcüsü'nn AB ile İsviçre arasında 1999'da akdedilen bir Antlaşma'yı AET'nin Türkiye ile 40 yıl önce yaptėđı bir Protokol' yorumlamak için kaynak olarak almasının, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne uygun olmadığını savunmaktadır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 31/3(a) uyarınca, antlaşmaların genel yorumunda antlaşmanın bütünüyle birlikte taraflar arasında antlaşmanın yorumu ya da hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak yapılan daha sonraki tarihli bir antlaşma da dikkate alınır. Oysa ki, Groenendijk'in haklı olarak belirttiėđi gibi, tarafların sadece bir kısmı arasında -AB ile ye devletler- yapılan sonraki tarihli bir antlaşmaya geçerli bir yorum aracı olarak başvurulamaması gerekir<sup>91</sup>. Voegeli'ye göre, AB ile İsviçre arasında yapılan ve pasif hizmet sunumunu açık bir şekilde tanıyan bu antlaşmayı referans almak yerinde olmayacaktır. Keza bu Antlaşma, 64/220 sayılı Yönerge'de düzenlenen hükmü tekrar etmekte, yeni bir bakış açısı getirmemektedir<sup>92</sup>. Pirker ise, ABAD ve Hukuk Sözcüsü'nn, AB'nin İsviçre ve Türkiye ile yaptėđı antlaşmalar bakımından, Birliėđin bu ülkelerin katılımına ilişkin politik görüşü temelinde yorum yapıldėđı izlenimini bıraktıklarını savunmaktadır. Yazar, ABAD'ın AB'nin İsviçre ile yaptėđı antlaşmaya ilişkin eski kararlarında, antlaşmanın kapsamını İsviçre'nin Avrupa Ekonomik Bölgesi ya da AB'ye katılmama tercihi yönünde ve daraltıcı şekilde yorumladėđını; buna karşın yeni kararlarında daha bütünleşme yanlısı bir bakış açısıyla AB hukuk düzenini temel alan yorumlar yaptėđını belirtmektedir<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> **Tınç**, s. 11-15.

<sup>91</sup> **Groenendijk**, s. 25.

<sup>92</sup> **Voegeli**, s. 14.

<sup>93</sup> **Pirker**, Benedikt: "AG Cruz Villaln in Case C-221/11 Demirkan: Selective Associationism", 15 April 2013, European Law Blog, Erişim: <http://europeanlawblog.eu/?p=1713> [05.02.2015].

#### 4. Katma Protokol'ün 59. Maddesinin *Standstill* Hükümüne Etkisi

Groenendijk, Villalón'un Katma Protokol'ün 59. maddesinin, *standstill* hükmünün içeriğini sınırladığı ve tarafların bu denli geniş bir maddi içeriği tasavvur etmedikleri yönündeki görüşünü haklı bulmamaktadır. Yazar, aksine 59.maddenin Türk vatandaşlarının Protokol kapsamındaki haklarının daha ileriye uzanacak olası etkilerine net bir sınır çizmek amacıyla getirilmiş olabileceğini ve Hukuk Sözcüsü'nün dayandığı gibi olumsuz değil, olumlu bir anlamda kaleme alındığını savunmaktadır<sup>94</sup>.

Tezcan ve Slot'da bu görüş doğrultusunda, KP. 59.maddenin kapsamının, ABAD tarafından, Türk vatandaşlarının *standstill* hükmüyle elde edecekleri hakların, Avrupa vatandaşlarının sahip olduğu haklara dek uzanabileceği, daha ötesine geçemeyeceği, aksinin maddeye aykırılık teşkil edebileceği yönünde yorumlandığını belirtmektedirler.<sup>95</sup> Öte yandan, AB üyesi ülkelerde yerleşme, hizmetlerin serbest sunumu ya da çalışma hakkını kullanmak isteyen Türk vatandaşlarından, Avrupa vatandaşlarına tanınan haklara kıyasla orantısız ek bazı koşulları yerine getirmeleri de talep edilmemeli<sup>96</sup>.

Groenendijk, benzer şekilde Villalón'un *Abatay and Others* kararındaki Kurucu Antlaşma'nın hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin hükümlerinde yer alan ilkelerin Türk vatandaşlarını mümkün olabildiğince kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği hükmündeki 'mümkün olabildiğince' ifadesini olumsuz şekilde yorumlamasını da eleştirmektedir. Yazara göre, bu ifade üye devletlerin Ortaklık mevzuatından kaynaklanan hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin hükümleri tek taraflı ve keyfi şekilde kısıtlayabilecekleri anlamına gelmemektedir<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Groenendijk, s. 25.

<sup>95</sup> Tezcan/Idriz, Narin and Slot, Piet Jan: "Free Movement of Persons Between Turkey and the EU: Hidden Potential of Article 41(1) of the Additional Protocol", CLEER Working Papers, , Centre for the Law of EU External Relations, 2010/2, s.8.

<sup>96</sup> Wiesbrock, Anja: "Political Reluctance and Judicial Activism in the Area of free Movement of Persons: The Court as the Motor of EU-Turkey Relations?", *European Law Journal*, Vol.19, No.3, May 2013, s. 436.

<sup>97</sup> Groenendijk, s. 25.

### 5. Kamu Yararı Gerekçesi

AB'ye üye devletler, her ne kadar dar olarak yorumlanması gerekse de, ABİA md. 62 çerçevesinde yabancı devlet vatandaşlarına karşı kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçelerine dayanmak suretiyle hizmetlerin serbest dolaşımı hakkının kullanılmasına ilişkin birtakım kısıtlamalar getirebilirler<sup>98</sup>. Hatta bu gerekçeler, serbest dolaşım hakkının istisnaları olarak da adlandırılmaktadırlar. Bu noktadan hareketle Can, ABAD'ın *Demirkan* kararındaki politik yaklaşımını, birey ve toplum çıkar ilişkisini dengeleyen ve hakkın iç sınırlarından birini oluşturan kamu yararı mülhazasına dayandırmaktadır. Nitekim, ABAD, AB iç pazarına ilişkin verdiği daha önceki tarihli kararlarında Birliğe üye devletlerin kamu yararı gerekçesine dayanarak serbest dolaşım hakkına dair getirmiş oldukları kısıtlamaları hukuka aykırı bulmamıştır. Yazara göre, ABAD, üstü kapalı da olsa, bu yaklaşımını *Demirkan* kararında korumuştur. Can'a göre, *Demirkan* kararındaki fark, kamu yararı gerekçesinin üye devletlerin ya da Birlik organlarının tasarrufları yerine, bu kez Divan'ın kendi kararına temel oluşturmuş olmasındadır<sup>99</sup>.

### 6. Ortaklık Antlaşması'nın Amacının Tamamen Ekonomik Nitelikte Olması

ABAD'ın Ortaklık Antlaşması'nın tamamıyla ekonomik bir amaç güttüğü yönündeki argümanı incelendiğinde, Ortaklık Antlaşması'nın öncelikli hedefinin taraflar arasında ekonomik bir bütünleşme gerçekleştirmek olduğu doğrudur. Kuşkusuz, siyasi bütünleşmeye giden yol, ekonomik bütünleşmeden geçmektedir. Bu çerçevede tarihsel süreç dikkate alındığında, ilk etapta ekonomik bir amaç çerçevesinde bütünleşmek fikrinin sadece AET ve Türkiye arasındaki ilişkide değil, AET'nin kendi kuruluş ve bütünleşme sürecinde de gerçekleştiği görülmektedir. Bu da doğaldır, çünkü gümrük birliği ve Ortak Pazar, nihai olarak ulaşılması planlanan siyasi birliğin kaçınılmaz ve öncelikli bütünleşme türleridir. Hatta AB'nin günümüzde dahi

<sup>98</sup> Can, Hacı: Avrupa Birliği Hukuku, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul, 2013, s. 478; Bozkurt, Enver/Özcan, Mehmet/Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 307.

<sup>99</sup> Can, 2014, s. 28-29.

sosyal ya da siyasi bir birliğe kıyasla ekonomik birlik olma özelliğinin ön plana çıktığını düşünenler vardır. Hatzopoulos, AB'nin özellikle Euro krizi ertesinde, kriz yaşayan ülkeler için öngördüğü ekonomik nitelikteki önlemlerin ve politikaların sosyal boyutun önüne geçtiğini savunmaktadır<sup>100</sup>. Dahası, yazara göre, ABAD'ın Avrupa vatandaşlığını etki ve boyut olarak ileri bir noktaya taşıdığı iddia edilen, dönüm noktası niteliğindeki *Zambrano*<sup>101</sup> kararı dahi, AB'nin öncelikli olarak ekonomik bir bütünleşme olduğu gerçeğini etkilememektedir. Dolayısıyla, AB bütünleşmesi ve ortaklık ilişkisinin süreçleri yapısal olarak birbirine benzer niteliktedir; sadece bütünleşmenin derecesi birbirinden farklıdır. Her iki durumda da amaç bütünleşmenin daha zayıf olan tarafının ekonomisini güçlendirerek, üretimin dört temel faktörünün serbestçe dolaşabildiği daha büyük bir pazar yaratmaktır<sup>102</sup>.

Kuşkusuz, AET ilk kurulduğu dönemden itibaren, bütünleşmenin öncelikli amacı ekonomik olsa da amacın ileride bu boyutun ötesine geçeceği bilinmekteydi. Benzer durum AET ile Türkiye arasındaki ortaklık ilişkisi için de geçerlidir. Ortaklık Antlaşması'nın önsözünde, Türkiye'nin Topluluğa katılma olasılığı, kuşkuya yer vermeyecek şekilde ifade edilmiştir.<sup>103</sup> Esasen Ortaklık Antlaşması'nın 28. maddesi de, tarafların nihai niyetinin sadece ekonomik boyutla sınırlı kalmadığını açıkça ispatlamaktadır. Antlaşma'nın 28.maddesi, Antlaşma'nın işleyişinin, Türkiye'nin Topluluğu kuran Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerin tümünü üstlenebileceğini gösterdiğinde, tarafların Türkiye'nin Topluluğa katılması olanağını inceleyeceklerini açık bir ifadeyle düzenlemiştir. Bu hüküm, Ortaklık Antlaşması'nın sadece ekonomik amaca hizmet ettiği yönündeki dar yorumun ötesine geçilmesi

<sup>100</sup> **Hatzopoulos**, s. 658.

<sup>101</sup> Case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, [2011] ECR I-1177. *Zambrano* kararıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Kaya**, Gözde: "What Role for European Citizenship after the Lisbon Treaty: Diminishing or Growing", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Kasım-Aralık 2011, Sayı 87-88, s. 186-201.

<sup>102</sup> **Hatzopoulos**, s. 659.

<sup>103</sup> Ortaklık Antlaşması Önsözünden alındığı şekliyle: "*Türk halkının yaşama seviyesini iyileştirme çabasına, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun getireceği desteğin, ileride Türkiye'nin Topluluğa katılmasını kolaylaştıracağını kabul ederek...*"

gerektiğini ve Antlaşma'nın şartların gerçekleşmesi halinde siyasi bütünleşme amacı güttüğünü tartışmasız şekilde göstermektedir. Buna ek olarak Türkiye ile AET arasındaki ortaklık ilişkisinin son aşamasına geçişi sağlayan ve gümrük birliğini tesis eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının<sup>104</sup> nsznde de, tarafların Ortaklık Antlaşması'nın 28. maddesiyle belirledikleri siyasi bütünleşmeye ulaşma amacını korudukları ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>.

Divan'ın Ortaklık Antlaşması'nın ekonomik nitelikte bir amaca hizmet ettiğine ilişkin tespitinde, Hukuk Sözcüsü Villaln'un görüşünden etkilen-diği açıktır. Halbu ki ABAD, *Savaş* ve *Ziebell* kararlarından sonraki *Dülger*<sup>106</sup> kararında, bu argümanı kabul etmeyerek<sup>107</sup>, Ortaklık Antlaşma-sı'nın 2. maddesindeki<sup>108</sup> amacı kabul etmekle birlikte, tarafların temel amacının ekonomik nitelikte bir bütünleşme sağlamanın çok ötesine geçtiğini belirtmiştir.<sup>109</sup> Taraflar arasında günümüzde cereyan etmekte olan siyasi ilişkinin kapsamı, diğer bir ifadeyle Türkiye'nin AB'ye katılımı sürecinin yavaşlaması ya da bazı ye devletlerce konuya çekinceli yaklaşılması, tarafların en baştaki niyetlerini etkilememektedir<sup>110</sup>.

Burada vurgulanması gereken önemli bir başka nokta da ne Hukuk Sözcüsü'nn görüşünde, ne de ABAD'ın kararında, Türkiye'nin AB'ye aday ülke olduğundan bahsedilmesidir. Bilindiği gibi Türkiye 1999'daki Helsinki

<sup>104</sup> Türkiye ile AET arasında Gümrük Birliği'ni tesis eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı, 6 Mart 1995'te imzalanmış ve 31 Aralık 1995'te yürürlüğe girmiştir. AB tarafı için, Decision No.1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union, 13.02.1996, OJ L 35.

<sup>105</sup> 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararından alındığı şekliyle: "Türkiye ile Topluluk arasındaki ortaklığı yaratan Ankara Anlaşması'nda, özellikle de 28. maddesinde belirlenen hedeflerin Avrupa'da büyük siyasi ve ekonomik dönüşümlerin yaşandığı günümüzde önemini koruduğunu dikkate alarak..."

<sup>106</sup> Case 451/11, *Natthaya Dülger v. Wetteraukreis*, [2012] ECR I-00000.

<sup>107</sup> **Groenendijk**, s. 25.

<sup>108</sup> Türkiye ve AET Ortaklık Antlaşması md:2/1: "Anlaşma'nın amacı, Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile gözönünde bulundurarak, Taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir."

<sup>109</sup> *Dülger*, dn. 106, para.45.

<sup>110</sup> **Voegeli**, s. 15.



Zirvesi ile AB'ya aday ülke ilan edilmiş ve 2005 yılından bu yana da AB ile katılım müzakerelerini yürütmektedir. Bununla birlikte Hukuk Sözcüsü ve Divan, Ortaklık Antlaşması'nın amacını yorumlarken sadece ekonomik niteliğini vurgulayarak, şaşırtıcı şekilde taraflar arasındaki bu resmi ilişkiye hiç atıf yapmamışlardır. Bu kapsamda Türkiye, AB'ye aday bir ülke değil de, sanki Birliğe komşu ve ticari bir işbirliği antlaşması imzalamış üçüncü bir ülkeymiş gibi değerlendirilmiştir.

Hatta, Türkiye, AB'ye aday diğer ülkelerden de farklı bir konumdadır. Çünkü Türkiye, 1996'dan bu yana AB ile aktif bir gümrük birliği ilişkisi yürütmektedir.<sup>111</sup> Bu sebeple Türkiye'nin 'aday ülke' statüsünün ya da gümrük birliği sürecinin Ortaklık Antlaşması ve Katma Protokol'ün yorumlanmasında hiç dikkate alınmaması oldukça ilginçtir<sup>112</sup>. Bunun yanı sıra Türkiye'nin, AB'nin vize rejimini uyguladığı tek aday ülke olduğu hatırlatılmalıdır<sup>113</sup>. Bu durum değişmediği takdirde, Kirişçi'nin de haklı olarak savunduğu gibi, Türkiye'nin aday ülke olarak Schengen müktesebatını ulusal hukukuna aktarması sonrasında, kendisinin negatif listede yer aldığı bir düzenlemeyi uygulama yükümlülüğü söz konusu olacaktır<sup>114</sup>. Pirker ise Ortaklık Antlaşması'nda nihai amaç olarak Türkiye'nin AB'ye katılımından açıkça bahsedildiğini teyit etmekte ve antlaşmanın bu amaç doğrultusunda bütünleşmeye ilişkin oldukça iddialı bir program içerdiğini belirtmektedir. Yazar, Ortaklık Antlaşması'nın amacının bu yönde okunabilecekken, Hukuk Sözcüsü'nün bunu taraflar arasındaki ilişkinin kaydettiği sınırlı gelişmeye vurgu yaparak belirlemesini eleştirmiştir<sup>115</sup>.

Hatzopoulos ise ABAD'ın, Ortaklık Antlaşması'nın amacının tamamen ekonomik nitelikte olduğuna ilişkin argümanını *Ziebell* kararıyla desteklemesini yerinde bulmamıştır. Yazara göre *Ziebell* kararında Divan'a sorulan hukuki soru, somut olaydakinden farklıdır. *Ziebell* kararında Divan'a bir

<sup>111</sup> **Hatzopoulos**, s. 655-656.

<sup>112</sup> **Matera**, s.294; **Hatzopoulos**, s. 655-656.

<sup>113</sup> **Kaya**, 2014, s. 122; **Matera**, s. 294.

<sup>114</sup> **Kirişçi**, Kemal: "A Friendlier Schengen Visa System as a Tool of Soft-Power: The Experience of Turkey", *European Journal of Migration and Law*, Vol.7, No.4, 2005, s. 349.

<sup>115</sup> **Pirker**, 2013.

Türk vatandaşının aile üyesinin, diğer bir ye devlette yerleşen Avrupa vatandaşının aile üyesinin sınır dışı edilmemeye ilişkin yararlandığı üst düzey hukuki korumadan yararlanma hakkının bulunup bulunmadığı sorulmuştur. Divan ise, bu soruya ortaklık ilişkisinin amacının tamamıyla ekonomik nitelikte olmasını gerekçe göstererek olumsuz yanıt vermiştir. Divan, Avrupa vatandaşlarının serbest dolaşımını düzenleyen 2004/38 sayılı Yönerge çerçevesinde bu hakkın sadece Avrupa vatandaşı olan kişilere tanındığını belirtmiştir. ABAD, *Ziebell* kararında ABİA'nın ve Ortaklık Antlaşması'nın ekonomik hedeflerinin gerçekteştirilmesine ilişkin ekonomik nitelikteki haklar ile vatandaşlıktan doğan ve sadece Avrupa vatandaşlarına özgülenmiş bireysel nitelikteki temel haklar arasında net bir ayrım çizmiştir. Halbuki, *Demirkan* kararına konu olan hizmet alımı, hizmet sunma gibi, ekonomik temelli bir haktır. Vatandaşlık ile hizmet sunumu arasındaki dolaylı bağlantı ise çok sonraları kurulmuş olup, 2004/38 sayılı Yönerge'nin hizmet alıcılarıyla bağlantısı oldukça sınırlıdır. Bu sebeple yazara göre, *Ziebell* kararındaki yorumun, *Demirkan* kararına teşmili sağlıklı değildir<sup>116</sup>. Kaldı ki, ABAD'ın *Ziebell* kararındaki hükmü, Ortaklık Antlaşması ve davaya konu 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın öncelikli hedefinin ekonomik olabileceği, fakat tamamıyla ekonomik olup olmadığının tartışmalı olması nedeniyle eleştirilere konu olmaktadır<sup>117</sup>.

Tınc ise, Divan'ın Ortaklık Antlaşması'nın amacını sadece ekonomik olarak belirlenmesini, Divan'ın yorum siyasetinde ortaya çıkan dikkate değer bir gerileme olarak değerlendirmektedir. Yazar, hukuk düzenin gelişiminde amaçsal (teleolojik) yorumun katkısının önemli olduğuna ve Ortaklık Antlaşması'nın sadece ekonomik bir antlaşma seviyesine indirgenmesinin, ileride Divan tarafından yapılacak yorumların daha bile kısıtlayıcı olmasına yol açaabileceğine dikkat çekmektedir. Tınc'a göre Divan, bu çerçevede kıyas yöntemini daha az uygulayacak ve verimsiz yorumlarıyla Ortaklık hukukunun gelişimini kstekleyebilecektir. Amaçsal yorumunun günümüze dek,

<sup>116</sup> **Hatzopoulos**, s. 656-657.

<sup>117</sup> **Hamenstdt**, Kathrin: "The Protection of Turkish Citizens Against Expulsion-This Far and No Further? The Impact of the Ziebell Case", *German Law Journal*, Vol.14, No.1, 2013, s. 253. *Ziebell* davası ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Neuwahl**, Nanette: "Case C-371/08 Nural Ziebell v. Land Baden-Württemberg", *Marmara Journal of European Studies*, Vol.20, No.2, 2012, s. 165-175.

hem AB hukuku hem de Ortaklık hukukunun gelişimindeki büyük payı dikkate alındığında, Ortaklık Antlaşması'nın sadece ekonomik antlaşma olarak nitelendirilmesinin, Divan'ın eskiden başvurduğu ve Birliğin bütünleşme ruhunu metnin önüne geçirerek, hakların içeriğini ve kapsamını genişlettiği yapıcı yorumlarının azalacağına işaret ettiği hatırlatılmalıdır<sup>118</sup>.

### 7. Ortaklık İlişkinin Taraflarının Vize Edinme Süreçleri Arasındaki Farklılık

ABAD'ın kararında ve Hukuk Sözcüsü'nün görüşünde, Katma Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra bazı üye devletler ve Türkiye'nin turistik amaçlı ziyaretlere ilişkin vize muafiyetini karşılıklı olarak kaldırdıklarını vurgulamalarına karşın, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1973'te Topluluğa üye olan devletlerin Türk vatandaşlarının üç aya dek kısa süreli ziyaretleri için vize koşulu aramadığına hiç değinmemiş olmaları hayli şaşırtıcıdır. Divan incelemesinin başında Alman hukukunun bu tarihte Türk vatandaşları için vize koşulu öngörmediğini belirtmekle yetinmiş, bu bilgiyi hükmü tesis ederken değerlendirmemiştir. Groenendijk'e göre Türk vatandaşlarının 1973 yılında her üye devlet toprağında birbirinden bağımsız iki ya da üç aya dek vizesiz ziyaret imkanına sahip olması, günümüz Schengen vizesiyle sahip olduğu toplam miktardan daha fazladır. Dahası, Türk vatandaşları ile AB üyesi ülkelerin vatandaşlarına karşılıklı uygulanan vize başvuru usul ve süreçlerinin birbirinden hayli farklı olduğu hatırlatılmalıdır. AB üyesi ülkelerin vatandaşları, Türkiye'ye gelmek istediklerinde, uçakla ülkeye indikten sonra havaalanında oldukça uygun bir harç ücreti karşılığında vizelerini kolayca temin edebilmektedirler. Oysa ki, süreç, bunun tersi için farklı işlemektedir. Türk vatandaşları, örneğin Belçika ya da Hollanda'ya gitmek istediklerinde, ilk olarak ikamet ettikleri şehirden bu ülkelerin diplomatik temsilciliğinin bulunduğu bir başka şehre gitmek için seyahat edecek, yüksek olasılıkla vizeyi alana dek orada bir kaç gün geçirecek, bürokratik açıdan epey sayıda belgeyle durumunu ispat edecek ve ardından da sonucu kesin olmayan bir başvuru için yüklü miktarda vize harç ücreti ödeyecektir. Dolayısıyla AB ve Türk tarafının vize alma süreçleri karşıla-

<sup>118</sup> Tınç, s. 32-33.

tırıldığında arada emek, zaman ve masraf bakımından hayli farklılıklar bulunduğu vurgulanmalıdır<sup>119</sup>.

### 8. Ortaklık Antlaşması'nın 14.Maddesinin Yorumu

*Demirkan* kararında eleştirilmesi gereken bir başka nokta, ABAD'ın Ortaklık Antlaşması'nın 14. maddesinde yer alan 'esinlenmek' ifadesine ilişkin görüşüdür. Divan'a göre taraflar bu ifadeyle ortaklık ilişkisinde hizmetlerin serbest sunumunun gerçekleştirilmesi bakımından AT'nu kuran Antlaşma'nın bu alanı düzenleyen ilgili hükümlerinin yol göstermesini amaçlamışlardır. Hukuk Sözcüsü de, tarafların, Ortaklık Antlaşması'nın 14.maddesinin yorumunda AT Antlaşması'nın ilgili maddelerini model olarak alacakları yönünde anlaştıklarını doğrulamaktadır. Bununla birlikte, Villalón'un hizmet sunma serbestisinin ortaklık ilişkisine teşmil edilemeyeceğine dair görüşü ve bu hususla ilgili Divan'ın ortaklık ilişkisine ait 1987 tarihli *Demirel*<sup>120</sup> kararına atıf yapması ilginçtir. ABAD'ın Türkiye ile AET arasındaki ortaklık ilişkisine ait en eski kararlarından biri olan *Demirel*'de Ortaklık Antlaşması'nın 14. maddesiyle kıyaslanabilir nitelikte olan ve işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen 12. maddesinin doğrudan etkiye sahip olup olmadığı incelenmiştir. Divan bu maddenin program belirleyici özelliğinden ötürü doğrudan etkiye sahip olmadığına karar kılmıştır. Hukuk Sözcüsü'nün bu karar ile *Demirel* kararı ve Ortaklık Antlaşması 14.md. arasında kurduğu dolaylı bağı anlamak güçtür. Her iki karar arasında emsal olabilecek nitelikte bir ilişki kurulabileceği kabul edilse dahi, Divan'ın içtihat hukukunun gelişen ve değişen dinamik yapısı göz önüne alındığında, neredeyse 25 yıl önce verilmiş bir karardaki yoruma dayanmanın ne kadar sağlıklı olacağı tartışılır niteliktedir.

Bununla birlikte, Divan'ın tarafların, AT Kurucu Antlaşması'nın ilgili maddelerini model almada anlaştıklarını kabul etmesine rağmen, bu yönde bir zorunlulukları bulunmadığına ilişkin tespiti de şaşkırtıcıdır. Divan bu tespitine ilişkin gerekçeli bir dayanak belirtmemiştir. Voegeli tarafından da haklı olarak ifade edildiği gibi, model, erişilmeye çalışılan ve örnek

<sup>119</sup> Groenendijk, s. 25-26.

<sup>120</sup> Case 12/86, *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, [1987] Reports of cases 3719.

alınandır<sup>121</sup>. Taraflar bu konuda aksi fikirde olmuş olsalardı, Ortaklık Antlaşması'nın ilgili maddelerinde bu yönde bir atfın yer almayacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede, Divan'ın ve Hukuk Sözcüsü'nün yorumları mevcut atfın etkisinin ve anlamının sorgulanmasına yol açmaktadır. Zira, tarafların bu niyetlerinden saptıklarını gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Hatzopoulos ise Ortaklık Antlaşması'nın yorumunda AT Antlaşması'nın ilgili maddelerinin model olarak alınmasında bir zorunluluk bulunmadığını kabul etmekle birlikte, Ortaklık Antlaşması'nın hükümlerinin hizmetlerin serbest sunumu bakımından diğer bölgesel ticaret antlaşmalarındaki gibi yorumlanmama nedenini sorgulamaktadır. Yazara göre, Divan tarafından yapılan yorum, sadece kavrama ilişkin AB hukuk düzeninde yerleşmiş içtihat hukukundan sapmakla kalmamakta; hizmet kavramının ekonomik mantığından ve bu alandaki Antlaşmalara ilişkin uygulamalardan da ayrılmaktadır. ABAD'ın bu yorumuyla ilk kez, alıcılara sunucularından daha dezavantajlı davranılan bir hizmet kavramı ortaya çıkmıştır. Bu sebeple yazar, bu yorumun 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ni ihlal eder nitelikte olup olmadığını sorgulanması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim, yazara göre Divan'ın yorumu, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md.31/1'deki 'alelade mana'yı karşılar nitelikte gözükmektedir<sup>122</sup>.

Daha da ilginç olanı ABAD'ın, AB'nin Polonya ve Slovakya ile imzalamış olduğu Ortaklık Antlaşmaları'na ilişkin 2002 tarihli *Pokrzeptowicz-Meyer*<sup>123</sup> ve 2003 tarihli *Deutscher Handballbund*<sup>124</sup> kararlarında, AT Kurucu Antlaşmaları'ndaki hükümlere dair yorumunu kolaylıkla ilgili Ortaklık Antlaşmaları'nda yer alan benzer nitelikli hükümlere teşmil etmiş olmasıdır<sup>125</sup>. ABAD, AB'nin Yunanistan ile akdettiği Ortaklık Antlaşması çerçevesinde incelediği *Pabst and Richarz*<sup>126</sup> kararında da benzer bir sonuca varmıştır. Divan, Ortaklık Antlaşması'nın amacı olan Yunanistan'ın aşamalı

<sup>121</sup> Voegeli, s. 15.

<sup>122</sup> Hatzopoulos, s.663.

<sup>123</sup> *Pokrzeptowicz-Meyer*, dn.56.

<sup>124</sup> Case C-438/00, *Deutscher Handballbund eV v Maros Kolpak*, [2003] ECR I-04135.

<sup>125</sup> *Pokrzeptowicz-Meyer*, dn. 56, paras. 39-40; *Deutscher Handballbund*, dn.124, paras. 34-36.

<sup>126</sup> *Case 17/81, Pabst&Richarz KG v. Hauptzollamt Oldenburg* [1982] ECR 1331.

olarak Birliğe katılımını göz önüne almak suretiyle, Kurucu Antlaşmalar'a ilişkin içtihat hukukunu Ortaklık Antlaşması'na teşmil ederek, genişletici yorum yapmıştır<sup>127</sup>. Hatzopoulos, Divan'ın ya da Hukuk Sözcüsü'nn *Demirkan* kararında davacı tarafın dayandığı *Pabst and Richarz* kararından farklı bir yorumu tercih etme nedenini yeterince ortaya koymadıklarını belirtmektedir. Bu suretle yazar, bu yönde bir yorumun Türkiye ile yapılan Ortaklık Antlaşması için yapılmama nedenini sorgulamaktadır<sup>128</sup>. Halbuki, benzer bir yorum, ABAD'ın, AB ile İşve arasındaki Antlaşma çerçevesinde incelediği *Legros*<sup>129</sup> kararında da ortaya konmuştur.

Dahası ABAD, AB'nin Rusya ile 1994'te imzaladığı Ortaklık ve İşbirliği Antlaşması kapsamında işçilerin haklarına ilişkin hükümleri yorumladığı 2005 tarihli *Simutenkov*<sup>130</sup> kararında, AB'nin üçüncü devletlerle akdettiği ortaklık ve işbirliği antlaşmalarının kapsamının sınırlı olmasının, bu antlaşmaların AB Kurucu Antlaşmaları'ndakine benzer nitelikteki hükümlerinin kısıtlayıcı olarak yorumlanmasını gerektirmediğine hükmetmiştir. Bu karar, ABAD'ın geleneksel olarak ortaklık antlaşmaları için uygulamakta olduğu yorum metodunu ortaklık ve işbirliği antlaşmaları için de uygulayabileceğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir<sup>131</sup>. Bu erevede, ABAD'ın *Simutenkov* kararındaki genişletici ve ilerici yorum anlayışını, *Demirkan* kararında neden aksi yönde uyguladığını anlamak güçtür. Kaldı ki, Rusya'nın ileride AB'ye tam ye ya da ortak ye olması da taraflarca olasılık dahilinde görülmemektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin stratejik ortaklık düzeyinde olup<sup>133</sup>, Türkiye ile AB arasındaki adaylık

<sup>127</sup> *Pabst&Richarz*, dn. 126, paras. 26-27; Villaln, dn.22, para. 63.

<sup>128</sup> **Hatzopoulos**, s. 656.

<sup>129</sup> Case C-163/90, *Administration des Douanes et Droits Indirects v Lopold Legros and others*, [1992] ECR 04625.

<sup>130</sup> Case C-265/03, *Igor Simutenkov v Ministerio de Educacin y Cultura and Real Federacin Espaola de Ftbol*, [2005], ECR I-02579.

<sup>131</sup> **Matera**, s. 294-295.

<sup>132</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Zhussipbek**, Galym: "Avrupa Birliği ile Rusya Federasyonu Arasındaki Stratejik Ortaklığın Analizi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 7, Sayı: 25, 2011, s. 50.

<sup>133</sup> "EU and Russia-A Strategic Partnership", Erisim: [http://www.eeas.europa.eu/russia/docs/2011\\_eu-russia\\_leaflet\\_en.pdf](http://www.eeas.europa.eu/russia/docs/2011_eu-russia_leaflet_en.pdf) [03.04.2015].

ilişkisi kadar güçlü olmadığı hatırlatılmalıdır. Matera'ya göre ABAD, *Demirkan* kararında, *Simutenkov*'a kıyasla bu denli kısıtlayıcı bir yorum yapmakla, üçüncü devletlerle yapılan ikili antlaşmaların yorum yöntemlerine ilişkin olarak da karışıklığa yol açmıştır. Bununla birlikte yazar, *Simutenkov* davasının Hukuk Sözcüsü Stix-Hackl'in bu konudaki görüşüne işaret etmektedir<sup>134</sup>. Hukuk Sözcüsü Stix-Hackl, AB'nin üçüncü bir devletle yaptığı bir antlaşmanın hükümlerinin, AB Kurucu Antlaşmaları'nın hükümleri model alınarak düzenlenmiş olsa dahi, Divan tarafından kimi zaman Kurucu Antlaşmalar'dakine benzer şekilde, kimi zaman ise farklı şekilde yorumlanabileceğine işaret etmiştir<sup>135</sup>.

Stix-Hackl'in görüşü, *Demirkan* kararından çok önce bir tarihte verilmiş olsa dahi, Divan'ın *Demirkan*'daki bakış açısını kısmen de olsa açıklamaktadır. Divan, bu tür durumlarda kanatimizce benzer vakıalar karşısında benzer içtihat yaratmak yerine, somut olayın olası politik sonuçlarını da dikkate almak suretiyle her somut olayda farklı sonuçlara varabilecek bir değerlendirme yapma yolunu seçmiştir. Her somut olayın değişen durum ve koşullarına göre farklı sonuca varmak şüphesiz işin mantığı gereği olmakla birlikte, benzer vakıalar karşısında bu denli birbirinin zıttı kararlara ulaşmanın da hukuk mantığıyla ne kadar örtüşeceği ve ayrımcı muameleye yol açıp açmayacağı sorgulanmalıdır. Keza, ayrımcı muamele, eşit durumda bulunanlara ortada haklı bir sebep olmaksızın farklı davranmakla ortaya çıkmaktadır. Davaya konu olayda ayrımcı muamelenin söz konusu olup olmadığını inceleyebilmek için de emsal olarak gösterilebilecek ve kıyaslama yapılabilecek üçüncü bir devlete ihtiyaç vardır. Yukarıda belirtilenlerin ışığında ABAD'ın, Türkiye ile yapılan Ortaklık Antlaşması'ndaki hükümleri emsallerinden farklı yorumlaması, ayrımcı muameleye yol açabilir nitelikte görülmektedir. Pirker'de, ABAD'ın AB'nin üçüncü devletlerle yaptığı uluslararası antlaşmaları neredeyse keyfî bir şekilde bazen dar bazen geniş kapsamda yorumladığını ve bunun sonucu olarak iç pazara ilişkin temel serbestilerin kimi zaman daha özgürlükçü kimi zaman daha kısıtlayıcı şekilde ele alındığına dikkat çekmektedir. Yazar, esasen ABAD'ın konuya

<sup>134</sup> **Matera**, s. 296.

<sup>135</sup> Opinion of Advocate General Stix-Hackl delivered on 11 January 2005 on Case C-265/03 *Simutenkov*, para. 30.

AB'nin muhatabı olan ülkeye göre değişen bir 'seçici ortaklık'<sup>136</sup> anlayışı çerçevesinde yaklaştığını savunmaktadır<sup>137</sup>.

Matera'ya göre, *Demirkan* kararı, AB hukuk düzeninde daha önceden yeknesak olarak kabul edilen kavramların bölünmesine yol açmıştır. Dahası uluslararası antlaşmaların yorumlanması için oldukça tartışmalı bir yöntem getirmiştir. Bu da esasen kavramları yorumlamayı, sadece uluslararası antlaşmaların akdedildikleri döneme hasreden, geriye dönük ve daraltıcı bir yöntemdir<sup>138</sup>.

### SONUÇ

ABAD'ın Türkiye ile AET arasındaki ortaklık ilişkisi bakımından son yıllarda yansıttığı olumlu bakış açısından, *Demirkan* kararındaki bu hızlı dönüşü, ancak Divan'ın hükmü verirken politik endişelerle hareket etmesiyle açıklanabilir. Oysa ki, AB'nin en yüksek yargı mercii olan Divan'dan, AB ile Türkiye arasındaki ilişkinin politik boyutundan arınmış bir Şekilde ve hukuk mantığıyla daha örtüŐecek bir hüküm tesis etmesi beklenirdi. Dahası, Divan, *Demirkan*'da sadece politik endişelerle hareket etmekle kalmamış, vardığı olumsuz neticeyi, AB hukuk düzeniyle ve Türkiye-AET Ortaklık hukukuyla rtŐmeyecek Şekilde gerekçelendirmiştir. *Demirkan* kararında pek çok akademisyeni Őařırtan, Divan'ın vardığı neticeden ziyade, bu neticeye nasıl vardığıdır.

ABAD'ın koşullu da olsa Türkiye'ye ileride AB'ye katılım olanağının incelenmesi hakkını tanıyan Ortaklık Antlaşması'nın 28.maddesini hiç dikkate almaksızın, Türkiye ile AET arasındaki Ortaklık Antlaşması'nı sadece ekonomik temelli yorumlaması ve en önemlisi de, Türkiye'nin AB'ye adaylık sürecinin değerlendirmede hiç dikkate alınmamış olması, kararda en başta dikkati çeken hususlardır.

ABAD'ın incelemesi, hem AB hukuk düzeninde hem de Ortaklık mevzuatında yer alan bazı temel kavramlara ve bunların hizmet ettiği amaca

<sup>136</sup> Yazar tarafından kullanılan ifadenin İngilizce olarak orijinali 'selective associationism'dir.

<sup>137</sup> **Pirker**, 2013.

<sup>138</sup> **Matera**, s. 296.



dair yerleşmiş anlayışı ve temel mantığı da zedelemiştir. Divan'ın, pasif hizmet sunumu kavramını, keyfi bir anlayış çerçevesinde AB hukuk düzeyinde ve Ortaklık hukukunda farklı şekilde yorumlaması, hukukçuları şaşırtmakla kalmamış, Divan'ın içtihat hukukuyla sağlaması beklenen yarar ve istikrar bozulmuştur.

Dahası, ABAD'ın, AB'nin politik çıkarları gerektirdiği ölçüde başka üçüncü ülkelerle yapılan Ortaklık Antlaşmaları'nı daha esnek ve ilerici bir bakış açısıyla okuyabildiği görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye ve AB arasındaki Ortaklık Antlaşması'nın ilgili hükümlerinin bu denli dar ve kısıtlayıcı bir çerçevede ele alınmasının, aynı zamanda Türk vatandaşları aleyhine ayrımcılık yaratır nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki, Türkiye, AB'ye aday ülke olduğundan, AB'nin Ortaklık Antlaşmaları'nı daha geniş yorumladığı bu ülkelerden adaylığın sağladığı çerçevede daha avantajlı bir konuma sahip olması beklenirken, durum maalesef tersi şekilde ortaya çıkmıştır.

Günümüzde Ortadoğu'da yaşanmakta olan istikrarsızlık ve Suriye mülteci krizi dikkate alındığında, hem Türkiye hem de AB için süreç, hiç de kolay gözükmemektedir. Güncel gelişmeler, AB'nin bazı üyelerinin Schengen Antlaşması'nı dahi askıya almalarına ya da sorgulamalarına neden olmuştur. Böyle bir konjonktürde, Türkiye ve AB arasındaki ortaklık ilişkisinden doğan hakları ileri sürmek, şüphesiz eskiye oranla daha zor olabilecektir. ABAD'ın Ortaklık hukukunu eskisi kadar esnek ve genişletici bir yorumla okumadığı da ortadadır. Bununla birlikte, tarafların yarattığı Ortaklık hukukundan kaynaklanan haklar kazanılmıştır ve Ortaklık Antlaşması var olduğu sürece geriye alınması mümkün değildir. Bu çerçevede kanaatimizce yapılması gereken ve Türkiye için en avantajlı olan, mevcut güncel gelişmelerin dikkate alınmasıyla birlikte, AB ile katılım müzakere sürecinin Ortaklık Antlaşması ve sağladığı haklar temelinde yürütülmesidir.

**KAYNAKÇA**

- Barnard**, Catherine: *The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms*, 3.bası, Oxford University Press, New York 2010.
- Baykal**, Sanem: “Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku Kapsamında Vize Uygulaması: Hukuki Durum Saptaması ve neriler”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı/Değerlendirme Notu, Mayıs 2009.
- Bozkurt**, Enver/**zcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif: *Avrupa Birliği Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Can**, Hacı: “Avrupa Birliği ye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı-Avrupa Birliği Adalet Divanı ‘Ecem Demirkan’ Kararı”, ASOMEDYA, Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak/şubat 2014, s. 26-53.
- Can**, Hacı: *Avrupa Birliği Hukuku*, Sürat niversite Yayınları, İstanbul, 2013.
- Craig**, Paul/**de Burca**, Gráinne: *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 2011.
- “Dünya Ticaret rgt (DT)”, Türkiye Cumhuriyeti Dışışleri Bakanlığı resmi web sitesi, Erişim: [http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-dto\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-dto_.tr.mfa)[20.12.2014]
- “EU and Russia-A Strategic Partnership”, 3 Nisan 2015 tarihinde [http://www.eas.europa.eu/russia/docs/2011\\_eu-russia\\_leaflet\\_en.pdf](http://www.eas.europa.eu/russia/docs/2011_eu-russia_leaflet_en.pdf) adresinden erişildi.
- Göçmen**, İlke/**Tezcan**, Narin: “Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2014, s. 607-621.
- Groenendijk**, Kees: “Notes on the Opinion of AG Cruz Villaln of 14 April 2013 in the case Demirkan C-221/11” içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD’ın Demirkan Davası*, der. Harun Gmrk, Tamer İlbuğa, Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Antalya, Temmuz 2013, s. 23-27, 10 Kasım 2014 tarihinde <http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/>

[File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarciligin\\_yarattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](#) adresinden erişildi.

**Gümrükçü**, Harun: Önsöz, içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD'ın Demirkan Davası*, der. Harun Gümrükçü, Tamer İlbuğa, Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Temmuz 2013, Antalya, Temmuz 2013, s. 3-7, 10 Kasım 2014 tarihinde [http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarciligin\\_yarattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun_gumrukcu-hukuki_inkarciligin_yarattigi_abad_in_demirkan_davasi.pdf) adresinden erişildi.

**Hamenstädt**, Kathrin: “The Protection of Turkish Citizens Against Expulsion-This Far and No Further? The Impact of the Ziebell Case”, *German Law Journal*, Vol.14, No.1, 2013, s. 239-268.

**Hatzopoulos**, Vassilis: “Turkish Service Recipients under the EU-Turkey Association Agreement: *Demirkan*”, *Common Market Law Review*, Vol:51, Issue 2, 2014, s. 647-664.

**Horspool**, M./**Humphreys**, M.: *European Union Law, Core Text Series*, Oxford University Press, New York 2010.

**Kaya**, Gözde: “Free Movement of Turkish Citizens after the *Soysal* Judgment”, içinde *Turkey and the European Union: Facing New Challenges and Opportunities*, eds. Fırat Cengiz ve Lars Hoffmann, Routledge, New York 2014, s. 121-137.

**Kaya**, Gözde: “What Role for European Citizenship after the Lisbon Treaty: Diminishing or Growing”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 87-88, Kasım-Aralık 2011, s. 186-201.

**Kirişçi**, Kemal: “A Friendlier Schengen Visa System as a Tool of Soft-Power: The Experience of Turkey”, *European Journal of Migration and Law*, Vol.7, No.4, 2005, s. 343-367.

**Matera**, Claudio: “Case C-221/11 Leyla Demirkan v. Bundesrepublik Deutschland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 September 2013, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 47, Enero/Abril 2014, s. 285-299.

- Neuwahl**, Nanette: “Case C-371/08 Nural Ziebell v. Land Baden-Wrtemberg”, *Marmara Journal of European Studies*, Vol.20, No.2, 2012, s. 165-175.
- Pınar**, Hamdi: “Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, Sa.1-2, 2009, s. 77-113.
- Pirker**, Benedikt: “AG Cruz Villalón in Case C-221/11 Demirkan: Selective Associationism”, *European Law Blog*, 15 April 2013, 5 Şubat 2015 tarihinde <http://europeanlawblog.eu/?p=1713> adresinden erişildi.
- Tezcan/Idriz**, Narin and **Slot**, Piet Jan: “Free Movement of Persons Between Turkey and the EU: Hidden Potential of Article 41(1) of the Additional Protocol”, *CLEER Working Papers*, Centre for the Law of EU External Relations, 2010/2, 2010.
- Tın**, Mehmet Rıfat: “Avrupa Birliği Türkiye Ortaklık Hukuku’nda İçtihat Değişimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 3, Eylül 2014, s. 1-40.
- Voegeli**, Wolfgang: “Comment on the Opinion of the Advocate General in Case C-221/11 Leyla Ecem Demirkan vs. Federal Republic of Germany”, içinde *Hukuki İnkarcılığın Yarattığı ABAD’ın Demirkan Davası*, (der. Harun Gümrükçü, Tamer İlbuğa), Akdeniz Üniversitesi İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Vizesiz Avrupa Dizisi 6, Antalya, 13-18, Temmuz 2013, 10 Kasım 2014 tarihinde [http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun\\_gumrukcu-hukuki\\_inkarciligin\\_yarattigi\\_abad\\_in\\_demirkan\\_davasi.pdf](http://www.harungumrukcu.com/FileUpload/bs389247/File/harun_gumrukcu-hukuki_inkarciligin_yarattigi_abad_in_demirkan_davasi.pdf) adresinden erişildi.
- Wiesbrock**, Anja: “Political Reluctance and Judicial Activism in the Area of free Movement of Persons: The Court as the Motor of EU-Turkey Relations?”, *European Law Journal*, Vol.19, No.3, May 2013, s. 422-442.
- Zhussipbek**, Galym: “Avrupa Birliği ile Rusya Federasyonu Arasındaki Stratejik Ortaklığın Analizi”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 7, Sayı: 25, 2011, s. 47-85.