

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI ÖZGÜRLÜĞÜNE GENEL BİR BAKIŞ

Araş. Gör. İNCİ ATAMAN-FİGANMEŞE

I- KONUNUN BİRLİK MEVZUATINDAKİ YERİ

Avrupa Topluluğu Antlaşmasında (ATA'da) öngörülen temel özgürlüklerden biri olan hizmetlerin serbest dolaşımı, antlaşmanın 49. ilâ 55. maddeleri (*eski md. 59-66*) arasında düzenlenme alanı bulmaktadır. Bununla birlikte 55. maddenin (*eski md. 66*) içerdiği atıf hükmü nedeniyle yerleşme özgürlüğüne ilişkin bölümde yer alan 45 ilâ 48. madde (*eski md. 59-55*) hükümleri de hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü konusunda uygulama alanı bulur. Görülüyor ki, yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerin bir kısmı hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda da uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim yerleşme özgürlüğü ile hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü birbiri ile çok bağlantılı olup, ilgili konsey yönergelerinin çoğu her iki konu hakkında da uygulama alanı bulmaktadır.

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Anlaşmasında sadece işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler (AKÇTA md. 69; AAETA md.96) yer aldığından, her iki anlaşma metninde hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Hizmetlerin serbest dolaşımı hakkındaki ATA hükümleri *doğrudan etkili* hükümlerdendir¹. Diğer bir deyişle, bireyler hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hak ve yükümlülükleri ulusal makamlar (idarî makamlar ve mahkemeler) önünde ileri sürebilirler.

Tıpkı yerleşme serbestisine ilişkin sınırlamaların kaldırılmasında (md.

¹ İlgili mahkeme kararları için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP/ATAMER/ODER /ODER/OKUTAN; Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, sf. 127, dph. 39

43; *eski md. 52*) olduğu gibi, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamaların kaldırılmasında da ATA kademeli bir usulün izlenmesini öngörmektedir (md. 49; *eski md.59*). Kısıtlamaların kaldırılmasında izlenecek olan kademeli usulün ana çizgilerinin belirlenebilmesi için de Avrupa Sözleşmesinin 52. maddesinin (*eski md. 63*) birinci bendi uyarınca Konsey, topluluk içinde hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamaların kaldırılmasına dair bir genel program hazırlamalıydı. Konsey, sözü edilen *genel programı* 18 Aralık 1961 tarihinde hazırlamıştır².

Genel program altı bölümden oluşmaktadır. Genel programın *1. Bölümünde* hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından kimlerin yararlanabileceği düzenlenmiş olup, aşağıda ele alınacağı üzere, bu konudaki düzenleme ATA'dan farklılık arz etmektedir. Hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin pek çok yönergede³, kişiler bakımından yönergenin uygulama alanı tespit edilirken genel programın sözünü etmekte olduğumuz ATA'dan farklılık arz eden 1. bölüm hükmüne atıf yapılmaktadır.

Genel programın *2. bölümü* üye devlet vatandaşlarının üye devletlere giriş, çıkış ve ikâmeti konusunu düzenlemektedir; *3. bölümünde* hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması için kaldırılması gereken kısıtlamaların neler olduğu ele alınmıştır; *4. bölümünde* vatandaşlık ve ikâmet sebebiyle ayırıcılık yapmama ilkesi düzenlenmiştir. Genel programın *5. bölümünde* kısıtlamaların kaldırılmasında uyulacak takvim düzenlenmiş olup , son bölüm olan *6. bölümünde* ise, diplomaların ve yeterlilik belgelerinin tanınması konusunun üye devletlerde koordine edilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Avrupa Sözleşmesinin 52. maddesinin 2. bendi uyarınca genel programın tahakkuku için konsey, yönergeler (direktifler) hazırlar. Hizmetlerin serbest dolaşımı hakkında pek çok⁴ yönerge çıkarılmış olup, yukarı-

² ATRG 1962, L.2/32

³ Kişiler bakımından uygulama alanı tespit edilirken Genel Programa atıf yapan yönergelere örnek olarak; 65/1sayılı yönerge ATRG (1965), L. 1/1; 71/304 sayılı yönerge ATRG (1971), L. 185/1; 75/369 sayılı yönerge ATRG (1975), L. 167/29; 75/368 sayılı yönerge ATRG (1975), L. 167/22 gösterilebilir.

⁴ Sadece 1962 ile 1970 yılları arasında yerleşme hakkı ile hizmetlerin serbest

da da belirtmiş olduğumuz gibi bunların çoğu sadece hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili konular hakkında uygulama alanı bulmayıp, yerleşme serbestisi ile ilgili konular hakkında da uygulama alanı bulur. Söz gelimi, “En Az Üç Yıl Süren Mesleki Öğretim ve Eğitimin Tamamlanmasına İlişkin Genel Sistem Hakkında 89/48 sayılı⁵ Konsey yönergesi ve bunu tamamlayan 92/51 sayılı⁶ ikinci Konsey yönergesi hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin konularda olduğu gibi, yerleşme serbestisine ilişkin konular hakkında da uygulama alanı bulur.

II- HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI ÖZGÜRLÜĞÜNÜN MUHTEVASI

1- Kısıtlamaların Kaldırılması

Hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü, bir faaliyetin icrasında vatandaş ile diğer bir üye devlet vatandaşı olan kimse arasında farklı muamele yapılması sonucunu doğuracak tüm kısıtlamaların kaldırılmasını kapsamaktadır. Esasen, bu özgürlüğün dayanağını ATA'nın 12. maddesinde (*eski md.7*) düzenleme alanı bulan taabiyetten doğan her türlü farklı muamele yasağı teşkil etmektedir.

Bu özgürlüğün tanınması ile amaçlanan, sadece birlik vatandaşlarının her üye devlette faaliyet icra etmelerine izin verilmesi ile sınırlı değildir. Bu özgürlüğün tanınmasıyla amaçlanan, bir faaliyetin icrası sırasında vatandaş ile yabancı arasında farklı muamele yapılması sonucunu doğuracak her türlü kısıtlamanın kaldırılmasıdır. Söz gelimi, bir üye devlette faaliyet gösteren kendi vatandaşları bir takım teşviklerden yararlanabiliyorsa, aynı devlette faaliyet gösterecek olan bir başka üye devlet vatandaşı da aynı koşullarla ilgili teşviklerden faydalandırılmalıdır.

Bir üye devlet vatandaşının başka bir üye devlette faaliyet icra etmesi; söz konusu kimsenin yabancı olması nedeniyle engellenemeyeceği gibi onun bir başka üye devlette ikâmet ediyor olması nedeniyle de engelle-

dolaşımına ilişkin genel programların tahakkuku için çıkarılan yönergeler 38 tanedir; IPSEN; Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, sf. 644

⁵ ATRG (1989), L.19/16

⁶ ATRG (1992), L.209/25

nemez veya kısıtlanamaz. Bu konu, mahkeme kararlarında ele alınmıştır. Söz gelimi, Binsbergen davasına⁷ konu olan olayda, Hollanda mahkemesi Binsbergen'in dava vekâleti vermiş olduğu kimsenin ikâmetgâhının Hollanda'da bulunmaması nedeniyle bu kişinin Hollanda mahkemeleri önünde vekillik görevini yerine getiremeyeceğine karar vermiştir. Konu Avrupa Topluluğu Mahkemesi önüne geldiğinde, mahkeme, sırf vatandaşlık veya ikâmetgahın bir kısıtlama sebebi olamayacağına karar vermiştir.

ATA'nın 50. maddesinden (*eski md.60*) açıkça anlaşılıyor ki, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü bakımından önemli olan, üye devletlerin diğer üye devlet vatandaşlarına kendi devlet vatandaşlarına uyguladıklarından farklı kısıtlamaları uygulamamalarıdır. Buna göre, bir üye devlette bir faaliyetin icrası için kendi vatandaşlarından diploma sahibi olmaları⁸, ticarî veya mesleki tecrübeye sahip olmaları gibi bazı şartlar

⁷ 33/74 sayılı Binsbergen kararı, ATKD (1974), 1299 vd.

⁸ Birlik hukukunda belirli meslek dallarının her biri hakkında diplomaların tanınması konusunda tek tek yönergeler bulunmaktadır. Söz gelimi; 77/452 sayılı hemşirelerin diplomalarının tanınması hakkında yönerge; 78/686 sayılı diş hekimlerinin diplomalarının tanınması hakkında yönerge; 78/1026 sayılı veterinerlerin diplomalarının tanınması hakkında yönerge; 80/154 sayılı ebe-lerin diplomalarının tanınması hakkında yönerge; 85/433 sayılı eczacılık diplomalarının tanınması hakkında yönergeler bulunmaktadır.

89/48 sayılı En Az Üç Yıl Süren Mesleki Öğretim ve Eğitimin Tamamlanması Üzerine Verilen Diplomaların Tanınmasına İlişkin Genel Sistem Hakkında Yönerge [ATRG (1989), L. 19/16] ile 89/48 sayılı Yönergeye Ek Olarak Çıkarılan Mesleki Öğretim ve Eğitimin Tanınmasına İlişkin İkinci Bir Genel Sistem Hakkında 92/51 sayılı Yönerge [ATRG (1992)L.209/ 25] ise tek bir meslek dalı hakkında değil, diplomalarının tanınması konusunda hakkında özel yönerge çıkarılmamış olan diğer meslek dallarına ilişkin diplomaların tanınması hakkında uygulama alanı bulur.

89/48 tarihli yönerge sadece en az üç yıl veya daha uzun süren yükseköğretimden alınan diplomalarının tanınması hakkında uygulama alanı bulur. Yönergenin 3. maddesi uyarınca ev sahibi ülkede bir mesleğin icrası bir diplomanın varlığına bağlı ise, yetkili makamlar bu yönerge anlamında gerekli diploma sahibi olan diğer bir üye devlet vatandaşı kimsenin söz konusu mesleği yürütmesine engel olamaz.

Yönergede diplomanın birlik üyesi olmayan bir üçüncü devletten alınabilme ihtimali üzerinde de durulmuştur. Şayet üçüncü devletten alınmış olan diplo-

aranıyorsa aynı şartların yerine getirilmesi o ülkede söz konusu faaliyeti, icra edecek diğer üye devlet vatandaşlarından da aranabilir. Bunun gibi, üye devlet kendi vatandaşlarının belirli meslek kurallarına uymasını arıyorsa, diğer üye devlet vatandaşlarının da aynı meslek kurallarına uymasını arayabilir.

İcra ettiği faaliyet ikâmet etmekte olduğu üye devlette hukuka uygun kabul edilen bir kimse, bu faaliyetini bunu hukuka aykırı kabul eden diğer bir üye devlette icra etmek istediğinde ne olacaktır? Hukuka uygunluğu konusunda üye devletler arasında uzlaşma sağlanamamış faaliyetler acaba sözleşme anlamında hizmet sayılabilecek midir? Bu konu Avrupa Topluluğu Mahkemesinin çeşitli kararlarında ele alınmıştır.

*Grogan*⁹ davasında Avrupa Topluluğu Mahkemesine ahlaka aykırı olması nedeniyle kürtaj yapmanın sözleşme anlamında hizmet sayılıp sayılmayacağı sorulmuştur. Avrupa Topluluğu Mahkemesi, bu faaliyetin üye devletlerin bazısında hukuka uygun kabul edildiğini, bu nedenle bu faaliyetin sözleşme anlamında hizmet sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber, Avrupa Topluluğu Mahkemesi kürtajın sözleşme anlamında hizmet sayılmasının, bu faaliyetin hukuka aykırı kabul edildiği bir üye devlette icra edilmek istenmesi durumunda; söz konusu devletin bunu yasaklamasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir.

1961 tarihli hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin Genel Programın III. Bölümünde vatandaşla farklı muameleye neden olacak ve bu nedenle

ma bir üye devlet ülkesinde tanınmış olup ayrıca diplomanın sahibi kimse aynı üye devlet ülkesinde üç yıllık bir meslekî tecrübeye sahip olmuşsa, üye devlet ülkesi olmayan üçüncü devletten alınan diploma da bu yönerge anlamında diploma sayılacaktır. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Tawil-Albertini kararı, ATKD (1994), 451.

92/51 sayılı Yönerge ise, 89/48 sayılı Yönergenin kapsadığı eğitimin dışındaki eğitimlerden alınmış diplomaların tanınması konusunu düzenler. 92/51 sayılı Yönergenin hükümleri 89/48 sayılı Yönerge ile aynı prensiplere dayanmaktadır. 92/51 sayılı yönerge de tıpkı 89/48 sayılı yönerge gibi orta öğrenim sonrası diplomaların tanınması konusunu düzenliyor olsa da, 92/51 sayılı yönerge en az bir yıllık eğitim veya öğrenim sonrası verilen diplomaların tanınmasına ilişkin hükümler içermektedir. İki yönerge arasındaki en önemli fark, uygulama alanlarıdır.

⁹ 159/90 sayılı *Grogan kararı*, ATKD (1991), 4685

kaldırılması gereken kısıtlamaların özellikle hangileri olduğu sıralanmıştır¹⁰.

¹⁰

Bir üye devlet ülkesinde hizmet görenin o devletin kendi vatandaşlarından farklı muameleye tâbi tutulmasına neden olacak – hukukî veya idarî mevzuat, böyle bir mevzuatın uygulanması veya idarî uygulamalardan doğan – her türlü yasak ve kısıtlama genel programın 5. bölümünde öngörülen süre içinde kaldırılmalıdır.

Sadece yabancılar hakkında uygulama alanı bulan kısıtlayıcı mevzuat ve uygulamaya özellikle şunlar girer:

- Hizmetlerin görülmesini yasaklamak
- Hizmetlerin görülebilmesini bir izne veya belgeye bağlamak. Söz konusu belge yabancı tüccarlar için düzenlenecek sanat tezkeresi ya da yabancı meslek sahipleri için düzenlenecek kimlik belgesi gibidir.
- Hizmetlerin görülebilmesi için verilecek izni, ilave şartların yerine getirilmesine bağlı tutmak,
- Hizmetlerin görülebilmesini daha önceden ev sahibi ülkede oturmuş olma veya ev sahibi ülkede meslekî bir deneme süresinin geçirilmesine bağlı tutmak,
- Faaliyetlerin icrasını vergi veya ev sahibi ülkede bir miktar paranın yatırılması gibi ağırlaştırıcı yükümlülüklerin getirilmesi ile malî açıdan güçleştirmek;
- Kaynaklara veya satış kanallarına erişimi sınırlamak veya engellemek suretiyle bunları pahalı hale getirmek ve güçleştirmek,
- Başta hastalık, kaza, malullük ve yaşlılık sigortası gibi sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeler gibi ve aile yardımlarından yararlanmayı yasaklamak veya sınırlamak;
- Devletleştirme, kamulaştırma ve müsadere durumunda daha az elverişli muameleye tâbi tutmak;

Aynı şekilde normal olarak hizmet edimi ile bağlantılı hakların yabancılar tarafından kullanımının yasaklanması, kısıtlanması veya belirli şartlara bağlı tutulmasına yol açan mevzuat veya uygulamaların da kaldırılması gerekmektedir.

İlgilinin faaliyetinin gerektirmesi durumunda ilgili özellikle aşağıda sıralanan yetkilere sahip olacaktır.

- Özellikle iş akdi ve kira akdi ayrıca hizmet akitlerinin kurulması ve bu akitlerden doğan hakların kullanılması;
- Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerince kurulacak sözleşmelere doğrudan veya alt akit yoluyla taraf olmak;

III- HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN KURALLARIN UYGULAMA ALANI

I- Yer Bakımından Uygulama Alanı

ATA'nın 299. maddesinin (*eski 227*) 1. bendinden, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünün birliğe üye devletlerin tümünün egemenlik alanında uygulanacağı anlaşılmaktadır (md. 299/1).

Sözleşmenin 299. maddesinin 2. bendinde ise, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkındaki hükümlerin Cezayir ile Fransa'nın denizaşırı ülkeleri için de geçerli olduğu belirtilmektedir (md. 299/2). Ne var ki, Cezayir 1.7.1962 tarihinden beri Evian anlaşmaları ile bağımsız bir ülke olduğundan, sözleşme hükümleri bu tarihten itibaren bu ülke hakkında uy-

-
- Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerince verilen izinlerin ve ruhsatların alınması;
 - Taşınır ve taşınmaz mallara sahip olma gibi haklardan yararlanma bunlar üzerinde tasarruf edebilme;
 - Fikrî haklar ve bunlarla ilişkili hakları kazanma, kullanma ve üzerinde tasarruf edebilme
 - İstikraz alma ve her türlü kredinin temini yolunun açılması;
 - Doğrudan veya dolaylı devlet yardımlarından yararlanmak;
 - Mahkemelere başvurma ve idarî makamlar önünde her türlü hukukî yoldan ve hukukî yardımdan yararlanmak.

Genel Programın yine III. Bölümünün B, C, D bentlerinde sözü geçen kısıtlamalar da vatandaşlık durumu dikkate alınmadan uygulama alanı buluyor olsa da yabancıların üye devlet ülkesinde hizmet icra etme olanağını kısıtlamaktadır. Bu sayılanlar şunlardır:

- *Hizmet konusu veya hizmet yükümlüsünün yahut da hizmetin icrasında kullanılacak alet, makine, teçhizat ve diğer araçların yer değiştirmesine ilişkin her türlü yasaklama veya kısıtlamalar (Bölüm III, bent B);*
- *Hizmetin icrası için gerekli malî kaynağın aktarılmasına ilişkin yasaklama ve kısıtlamalar (Bölüm III, bent C);*
- *Hizmet için yapılacak ödemeler hakkındaki her türlü yasaklama ve kısıtlamalar, (Bölüm III, bent D)*

Yukarıda sayılan kısıtlamalardan C ve D bendi ile ilgili olarak devletin aktarılan malî finans kaynağı ve yapılan ödemeleri denetleme ve zarurî düzenlemeleri yapma hakkının bulunduğu genel programın III. bölümünün son fıkrasında belirtilmiştir.

gulama alanı bulmamaktadır¹¹. Hizmetlerin serbest dolaşımı hakkının uygulama alanı bulacağı Fransa'nın denizaşırı ülkeleri ise, Guadeloupe, Guyana, Martinique, Reunion ile 1976 yılından beri St. Pierre ve Miquelon'dur.

2- Kişisel Uygulama Alanı

a- Gerçek Kişiler

Sözleşmenin 49/1. maddesi uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanacak olanlar kimseler:

- a) bir üye devlet vatandaşı olup,
- b) bir üye devlette oturanlardır.

Görülüyor ki, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 49/1 (*eski md.59/1*) madde hükmü yerleşme serbestisine ilişkin 43. madde (*eski md. 52*) hükmünden farklı bir düzenleme getirmektedir. 43. madde uyarınca yerleşme serbestisinden yararlanacak olanların bir üye devlet vatandaşı olması yeterli iken, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanacak olanların, bir üye devlet vatandaşı olmalarının yanı sıra bir üye devlette oturuyor olmaları da gerekmektedir (md. 49/1). Gerçek kişilerin hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanabilmesi için aranan şartlar bakımından *Genel Programda* yer alan düzenleme de aynıdır (*Genel Program, 1. Bölüm*).

49. maddenin 2. fıkrasında üye devletlerden birinde oturmakta olan "üçüncü devlet vatandaşlarına" da bu hakkın Konsey kararı ile tanınabileceği düzenlenmiştir. Ancak Konsey bugüne kadar bu yönde bir karar vermemiştir¹².

b- Tüzel Kişiler

Sözleşmenin 55. (*eski md. 66*) maddesinin 48.maddeye (*eski md.58*)

¹¹ 26.4.1976 tarihli anlaşma ile Cezayir ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir; ATRG, (1978),L.263/1 ve ATRG 1978, L. 295/36

¹² OPPERMANN, Europarecht, 2. Auflage, München 1999, sf. 667

yaptığı atıftan, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkında “tüzel kişilerin”de yararlanacağı anlaşılmaktadır. Buna göre bu haktan yararlanacak olan tüzel kişilerin:

- a) bir üye devletin kanunları uyarınca kurulmuş bulunmaları ve,
- b) sicil merkezi, esas idare merkezi veya esas ikametgâhlarının bir üye devlet ülkesinde bulunması gerekmektedir.

Tüzel kişilerin merkezi veya ikametgâhına ilişkin olan “b” şıkkı altında ele aldığımız şartın, gerçek kişiler bakımından aranan bir üye devlet ülkesinde oturma şartına karşılık geldiği belirtilmektedir¹³.

Genel Programın birinci bölümü uyarınca bir tüzel kişinin bu haktan yararlanabilmesi için , tıpkı ATA’da olduğu gibi, bir üye devletin kanunları uyarınca kurulmuş olması gerekmektedir. Ayrıca tüzel kişinin esas idare merkezi veya esas ikametgâhının bir üye devlette bulunması şartı da genel programda aranmaktadır. Sözleşmenin 58. maddesinden “*farklı olarak*” genel program uyarınca tüzel kişinin sicil merkezinin bir üye devlet ülkesinde bulunması bu haktan yararlanması için kâfi gelmemektedir. Genel program uyarınca, sicil merkezi bir üye devlette bulunup da esas idare merkezi veya esas ikametgâhı birlik içinde bulunmayan tüzel kişilerin bu haktan yararlanabilmesi, ek bir şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şart, tüzel kişinin faaliyetinin bir üye devlet ekonomisi ile gerçek ve devamlı bir bağının bulunmasıdır. Genel program bu bağın varlığının hangi kıstaslara göre belirleneceğini düzenlememekle birlikte, böyle bir bağın oluşup oluşmadığının belirlenmesinde hangi kıstasların dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenleme uyarınca söz konusu ekonomik bağın oluşmuş sayılması için özellikle ortakların, yönetim kurulu veya denetim kurulu üyelerinin vatandaşlığı önem taşımaz. (Genel Program, 1. Bölüm) Hemen belirtelim ki, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kimi yönergede,¹⁴ kişiler bakımından yönergenin uygulama alanı tespit edilirken, genel programın sö-

¹³ RANDELZHOFFER, GRABITZ/HILF; Kommentar Zur Europäischen Union, München, IV. Verlag Zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft-EWGV, Kapitel 3, Dienstleistungen. Art.59, Nr, 23.

¹⁴ Sözelimi 75/369 sayılı yönerge ATRG (1975), L. 167/29; 65/1 sayılı yönerge; ATRG (1965), L. 1/1.

zünü etmekte olduğumuz ATA'dan farklılık arz eden 1. Bölüm hükmüne atıf yapılmaktadır.

ATA'da düzenlenmemiş olmakla birlikte genel programda hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanacak olanların kişinin kendisi veya onun birlik içinde yerleşik şubesi ya da acentası olması gerekliliği düzenlenmiştir¹⁵ (Genel program, 1. Bölüm, son fıkra).

IV- ATA ANLAMINDA HİZMET NEYİ İFADE EDER?

1- Faaliyet Dalı Bakımından

a- Genel Olarak

ATA anlamında hizmetin neyi ifade ettiği 50. maddede (*eski md. 60*) düzenlenmiştir. Bu madde hükmü uyarınca malların, sermayenin ve şahısların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin uygulama alanına girmeyen tüm edimler ATA anlamında hizmet olarak değerlendirilir.

50. maddede sözleşme anlamında hizmete örnek teşkil edecek faaliyetler sıralanmıştır. Bu sıralamada özellikle "meslek" sözünün kullanılmasından kaçınılmış olup, "faaliyet" sözü kullanılmıştır¹⁶. Sözleşmede örnek olarak sıralanan faaliyetler; sınai faaliyetler, ticari faaliyetler, küçük san'at faaliyetleri ve serbest meslek faaliyetleridir. Bu listede yer alan faaliyetler sınırlayıcı olmayıp¹⁷, söz gelimi medya, radyo, iletişim gibi 60. maddede sayılanlar dışındaki faaliyetler de sözleşme anlamında hizmet sayılabilir¹⁸. Topluluk Mahkemesi *Sacchi*¹⁹ kararında da ATA'da aksine hüküm bulunmaması nedeniyle televizyon sinyallerinin gönderilmesinin ATA anlamında hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık aynı kararda televizyon sinyallerinin yayılması-

¹⁵ Özkan'a göre genel programın bu düzenlemesi karşısında gerçek bir kişi bir üye devlet vatandaşı da olsa işçisini üye ülkeye yollayarak hizmet veremeyecektir. ÖZKAN, *Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, İstanbul 1997, sf. 92

¹⁶ RANDELZHOFFER, Art. 60, Nr. 2

¹⁷ STEINDORFF, *Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht*, RIW (1983), sf. 832.

¹⁸ TEKİNALP/TEKİNALP/ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN, sf. 305

¹⁹ 155/73 sayılı *Sacchi kararı*, ATKD (1974) sf.409

nı sağlayan ses kayıtları, filmler, makineler ve diğer ürünlerin ticaretinin ise malların serbest dolaşımına ilişkin olduğu belirtilmiştir.

b- İstisna Teşkil Eden Faaliyetler

ATA'nın 51. maddesinde (*eski md. 61*) hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında ele alınmayacak olan istisnaî faaliyetler düzenlenmiştir. ATA'nın 51. maddesinin birinci bendinde nakliyat alanındaki hizmetler bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna göre, nakliyat alanındaki hizmetler bakımından nakliyata ait bölüm hükümleri uygulanacaktır.

ATA'nın 61. maddenin 2. bendinde de "*sermaye dolaşımı ile bağlantılı*" banka ve sigorta faaliyetleri de hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bölüm kapsamından çıkarılmış olup sermayenin serbest dolaşımına ilişkin bölüm hükümleri uyarınca ele alınmasının gerektiği belirtilmiştir. Banka ve sigortacılık alanındaki faaliyetlerin pek çoğu sermayenin dolaşımı ile ilgili olduğu için, hizmetlerin serbest dolaşımına dair bölüm hükümleri bu sektörün faaliyetlerinin pek azı hakkında uygulama alanı bulacaktır. Hizmetlerin serbest dolaşımına dair bölüm hükümlerinin uygulama alanı bulacağı bankacılık faaliyetlerine örnek olarak "*kiralık kasaların bulundurulması*" ve "*yatırım danışmanlığı*" hizmetleri gösterilebilir²⁰.

2- ATA'da Öngörülen Kıstaslar Bakımından

a- Faaliyetin Bir Üye Devlet Ülkesinin Sınırını Aşması Zorunluluğu

aa) Genel Olarak

Hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bölüm hükümleri, her yönüyle tek bir üye devletle ilişkisi bulunan faaliyetler hakkında uygulama alanı bulmaz²¹. Hizmetin bir üye devlet ülkesinin sınırlarını aşip başka bir veya daha fazla üye devlette de etkili olması aranmaktadır. Topluluk

²⁰ RANDELZHOFFER, Art. 61, Nr. 9

²¹ 41/90 sayılı *Höfner/ Macrotron* kararı, ATRG (1991) I-1979; 52/79 sayılı *Debauve* kararı, ATRG (1980) 833

Mahkemesi kararlarının pek çoğunda da bu gerekliliğin altı çizilmiştir. Söz gelimi, 52/79 sayılı Debauve kararında²² topluluk mahkemesi bir faaliyetin tüm ilgili unsurlarının aynı ülkede cereyan etmesi durumunda ATA'nın 59. ve devamındaki maddelerin (*yeni md. 49 vd.*) uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir. Buna karşın Koestler kararına²³ konu olan olayda ise, Fransa'da bulunan bir banka Fransa'da oturan müşterisi için bazı hesap işlemleri ve hisse talimatlarını yerine getirmekteydi. Bu haliyle hizmetin sınır aşan bir niteliği bulunmamaktaydı. Ancak banka müşterisi olan kimse, banka ile arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermeden Almanya'ya taşınmış olduğu için Topluluk Mahkemesi hizmetin sonradan sınır aşan hizmet olma özelliğini kazandığına ve bu nedenle hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bölüm hükümlerinin uygulama alanı bulacağına karar vermiştir.

bb) Bir Üye Devlet Ülkesinin Sınırını Aşan Faaliyetin Bulunduğu Haller

ATA'nın 49. ve 50. maddelerinden (*eski md. 59 ve 60*) faaliyetin bir üye devlet ülkesinin sınırını aştığının kabulü için hizmet icra eden kimsenin hizmet alıcısının ülkesine gidip orada hizmet vermesi gerektiği yolunda bir anlam çıkarılabilirse de hizmetin sınır aşan nitelikte kabul edileceği tek durum bu değildir. Avrupa Topluluğu Mahkemesinin de kararlarında kabul edildiği üzere başka durumlarda da bir üye devlet ülkesinin sınırını aşan faaliyetin bulunduğu kabul edilebilir. Faaliyetin sınır aşan hizmet kabul edileceği belli başlı haller²⁴:

- Hizmet verenin hizmet alıcısının ülkesine gidip orada faaliyetini gerçekleştirmesi,
- Hizmet alıcısının hizmet veren kimsenin ülkesine gidip, faaliyetin hizmet verenin ülkesinde gerçekleştirilmesi
- Hizmet veren kimse de hizmet alan kimse de kendi ülkelerinde kal-

²² 52/79 sayılı *Debauve kararı*, ATKD (1980), 833

²³ 15/78 sayılı *Société Générale Alsacienne de Banque SA / Koestler kararı*, ATKD (1978), 1971.

²⁴ RANDELZHOFFER, Art. 60, Nr. 4.

maya devam ederken, kendi başına hizmetin bir üye devlet ülkesinin sınırını aşması

- Hizmet ediminin yerine getirilebilmesi için hizmet veren kimse ile hizmet alıcısının birlikte diğer bir üçüncü bir üye devlet ülkesine gitmesi halleridir.

Hizmet verenin hizmet alıcısının ülkesine gidip faaliyetini orada icra etmesi, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı en tipik durumdur. Bu duruma örnek olarak bir avukatın bir başka üye devlet ülkesinde bulunan müvekkilinin ülkesine gidip orada hukuk danışmanlığı yapması gösterilebilir.

Hizmet alıcısının hizmet verenin ülkesine gidip, faaliyetin hizmet vericinin ülkesinde icra edilmesi durumunun ise ATA'da açık bir düzenleme alanı bulmadığı görülür. Gerçekten de ATA'nın 49. maddesi açıkça hizmet verme serbestisinden, 50. maddesi ise, hizmet verenin haklarından söz etmektedir. Söz konusu madde hükümlerinde hizmet alıcısının haklarına değinilmemiştir. Buna karşın kamu güvenliği ve sağlığı istisnaları hakkındaki 64/221 sayılı yönergenin birinci maddesinde bir üye devlet ülkesinde ikâmet etmekte olan veya başka bir üye devlet ülkesine yolculuk eden hizmet alıcısı da korunmuştur. Bunun gibi 73/148 sayılı yönergenin 1(b) maddesinde hizmet alıcısı olmak için başka bir üye devlet ülkesine taşınan veya başka bir üye devlet ülkesinde ikâmet eden birlik vatandaşları hakkında uygulanan her türlü kısıtlamanın kaldırılması öngörülmüştür²⁵.

İlk defa 286/82 ve 26/83 sayılı Luisi ve Carbone kararında²⁶ Topluluk Mahkemesi, sözleşme hükümlerinin hizmet verenleri olduğu gibi hizmet alıcılarını da kapsadığını kabul etmiştir. Luisi ve Carbone, ülkelerinin izin verdiği maksimum limitten daha fazla parayı yurt dışına çıkarmış oldukları için ülkelerinde ceza almış iki İtalyandı. Luisi ve Carbone ise parayı başka bir üye devlette turist olarak ve tıbbî bakımları için alacakları hizmet karşılığı olarak yurt dışına çıkarmış olduklarını ve ülkelerinde uygulanmakta olan yurt dışına para çıkarmaya ilişkin sınırlamaların topluluk hukukuna aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir.

²⁵ CRAIG /DE BÚRCA, EU Law, Second Edition, New York 1998, sf. 767

²⁶ C-286/82 ve 26/83 sayılı Luisi ve Carbone kararı, ATKD (1984),377

Avrupa Topluluğu Mahkemesine konunun sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili mi yoksa hizmetlerin serbest dolaşımı ile mi ilgili olduğu sorulmuştur. Mahkeme, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkının hizmet alıcılarının başka üye devlet ülkelerine yapacakları ödemeler de dahil olmak üzere hiç bir sınırlamaya tâbi olmadan gitmeleri özgürlüğünü de içerdiğine ve *turistlerin, tıbbî bakım, eğitim veya iş için başka üye devlet ülkelerine gidenlerin hizmet alıcısı* olarak kabul edilmeleri gerektiğine karar vermiştir.

Luisi ve Carbone kararından sonra Topluluk Mahkemesi çeşitli kararlarında hizmet alıcısının haklarına yer vermiştir. Bu kararlardan Cowan kararına²⁷ konu olan olayda Paris'te bulunduğu sırada bir şiddet eyleminin mağduru olan İngiliz vatandaşı bir turist, bu tür olayların mağdurlarına Fransız hazinesi tarafından ödenen tazminatı talep etmiş, ancak İngiliz turistin bu talebi söz konusu tazminatın sadece Fransız vatandaşlarına ve Fransa'da ikâmet edenlere ödendiği gerekçesi ile reddedilmiştir. Topluluk Mahkemesi konu hakkında kararını verirken yukarıda ele almış olduğumuz Luisi ve Carbone kararına atıf yaparak, turistler hakkında da 59. maddenin (*yeni md. 49*) uygulama alanı bulacağı, bu nedenle vatandaşla farklı muameleye tâbi tutulamayacağını hükme bağlamıştır.

45/93 sayılı kararda²⁸ İspanya'daki müzelere girmek için İspanyollar ile İspanya'da ikâmet edenlerden ücret alınmamasına karşın, 21 yaşın üstündeki diğer üye devlet vatandaşlarından ücret alınmasının sözleşmenin 59. (*yeni md. 49*) maddesine aykırılık teşkil edip etmediği inceleme konusu olmuştur. Topluluk Mahkemesi, turistlerin otel, restoran gibi kurumlardan aldıkları hizmet nedeniyle ATA anlamında birer hizmet alıcısı olarak sözleşme kapsamına dahil olmaları gerektiği düşüncesinden hareketle, müzelere giriş bakımından da bu kişilerin ATA anlamında hizmet alıcısı olduklarına ve bu nedenle müzelere giriş ücreti olarak ödenecek paralar bakımından, vatandaşla diğer üye devlet vatandaşları arasında ayırım yapılmaması gerektiği kararına varmıştır²⁹.

²⁷ 186/87 sayılı *Cowan kararı*, ATKD (1989), 195

²⁸ C-45/93 sayılı Komisyon/İspanya kararı, ATKD(1994), 911.

²⁹ Bu dava bakımından aşağıda sözü edilecek Humbel davasında olduğu gibi, müze giriş ücretinin devlet tarafından karşılanan hizmetlerden olduğu için 59. madde kapsamına girmediği akla gelebilecek olsa da Mahkeme, bu da-

Sadece hizmetin bir üye devlet ülkesinin sınırını aşmasının en tipik örneği olarak radyo ve televizyon sinyallerinin gönderilmesi gösterilebilir. Televizyon sinyallerini gönderen kişi gibi bunları alan kişi de buldukları ülkenin sınırları dışına çıkmamakla birlikte, televizyon sinyalleri gönderildikleri ülkenin sınırlarını aşıp, sinyal alıcısının bulunduğu ülkenin sınırlarından içeri girmektedir³⁰.

Radyo ve televizyon sinyallerinin gönderildikleri üye devletten başka devlette bulunan sinyal alıcılarına ulaştırılması faaliyetinin hizmetlerin serbest dolaşımı hakkı kapsamında ele alınıyor olması esasen Avrupa Birliği sınırları çapında bir "Audiovision Pazarı" kurulması hedefinin bir göstergesidir³¹. Bu hedefe ulaşılabilmesi için üye devletlerin bu sinyallerin gönderilmesine ilişkin hukuklarının uyumlaştırılması gerekir. Bu uyumlaştırma çalışmalarının ilkinin "Televizyon Faaliyetlerine İlişkin İdarî ve Hukukî Hükümlerin Koordine Edilmesi Hakkında 89/552 Yönerge"³² teşkil eder³³. Bu yönergenin hükümleri Türkiye'nin de taraf olduğu³⁴ bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan "Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinin" hükümleri ile büyük benzerlik arz eder.

Söz konusu yönerge esas itibarıyla televizyon yayınlarının birlik çapında serbestçe gönderilmesini ve alınmasını garanti altına almaktadır. Yönergenin 2. maddesi uyarınca küçüklerin korunması amacıyla televizyon yayınlarının serbestçe gönderilmesi hakkı kısıtlanabilir. Yönergenin 6. maddesinde televizyon yayın saatlerinin çoğunluğunun Avrupa yapımı yayınların gösterimine ayrılması konusu düzenlenmiştir. Ne var ki, yayın saatlerinin çoğunun Avrupa yapımı yayınların gösterimine ayrılması yolundaki hüküm zorlayıcı nitelik taşımamakta, sadece bir temen-

vanın Humbel davasından farklı olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Craig/de Búrca sf. 774.

³⁰ Televizyon sinyallerinin gönderilmesinin ATA'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bölüm hükümleri anlamında hizmet sayılacağı konusu ile ilgili olarak bkz. *Sacchi kararı*, yukarıda sf...

³¹ OPPERMANN, sf. 581, Nr. 1508.

³² ATRG (1989), L.298/23.

³³ 89/552 sayılı yönergenin kapsamı 1997 yılında çıkarılan 97/36 sayılı ek yönerge ile genişletilmiştir.

³⁴ RG. 12.12.1993 / 21786.

ni olarak kalmaktadır. Söz konusu yönerge reklamlar ve sponsorluk hakkında hükümler içermektedir.

89/552 sayılı Yönergenin 22. maddesi uyarınca bütün yayınlar bakımından küçüklerin korunmasına ilişkin yasaklar geçerli olacaktır. Özellikle pornografik içeriği bulunan, şiddet sergileyen ve ırk, cinsiyet, din veya milliyet düşmanlığını ortaya çıkaracak yayınların gösterimi engellenmelidir (md.22).

89/552 sayılı Televizyon Faaliyetlerine ilişkin Yönergeye ek olarak 1997 tarihinde çıkarılan 97/36 sayılı yönerge³⁵ ile getirilen en önemli³⁶ yenilik, 3/a maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca üye devletler, spor müsabakaları gibi Topluluk için büyük önem taşıyan ve milli hukukları uyarınca paralı televizyon kanallarında (Pay-TV) gösterilmesi yasak olan olayların listesini düzenleyip buna uyulmasını isteme hakkına sahiptir. Bu listelerin Topluluk hukukuna uygunluğu ise, komisyon tarafından tetkik edilecektir.

b- Faaliyetin Ücret Karşılığı Yapılması Gerekliliği

Yapılan faaliyetin ATA anlamında hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında ele alınıp alınmayacağı sadece faaliyetin sınır aşan özelliği ile belirlenmez. ATA anlamında bir hizmetin varlığından söz edebilmek için, hizmetin ayrıca bir ücret karşılığında yapılması gerekmektedir.

Hizmetin karşılığında verilecek ücretin mutlaka hizmet alıcısı tarafından verilmesi gerekmez. Nitekim Avrupa Topluluğu Mahkemesi Bond kararında³⁷ ücretin mutlaka hizmet alıcısı tarafından verilmesi gerekmediğine, ücretin başka biri tarafından verilmesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir.

Ücretin devlet tarafından verilmesi durumunda ne olur? Bu konu Gravier davasında³⁸ ele alınmıştır. Bu davada Avrupa Topluluğu Mahkemesi, vatandaşı oldukları ülkeden başka bir üye devlet ülkesinde geçirdikleri

³⁵ 97/36 sayılı yönerge; ATRG (1997), L.202/60.

³⁶ OPPERMANN, sf.677, Nr.1605.

³⁷ *Bond van Adverteerds / Hollanda*, ATKD (1988), 2085.

³⁸ 293 / 83 sayılı *Gravier / City of Liège*, ATKD (1985), 593.

tatilde eğitim alan öğrencilerin sözleşmenin 59. maddesi anlamında hizmet alıcısı olup olmadıkları sorusu ile karşı karşıya kalmıştır. Bu soru Topluluk Mahkemesince cevaplandırılmamış olmakla birlikte, Genel Avukat Slynn *ücretin devlet tarafından toplanan vergilerden ödenmesi durumunda*, eğitimin sözleşmenin 60. maddesi anlamında ücretlendirilmiş kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi benzer sonuca Belçika / Humbel kararında³⁹ varmıştır. Bu karar uyarınca ücretin temel özelliği yapılan hizmetin karşılığını teşkil etmesi olduğu ancak bu özelliğin milli eğitime ilişkin konularda bulunmadığı belirtilmiştir. Bu karar uyarınca devlet milli eğitim sistemini kurarken kâr amacı gütmemekte halkına olan sosyal, kültürel ve eğitimle ilgili görevlerini yerine getirmektedir. Ayrıca milli eğitimde verilen hizmet, öğrenciler veya onların velileri tarafından değil, kamu geliri ile karşılanmaktadır. Bu nedenle, milli eğitimde verilen hizmet, sözleşmenin 60. maddesi anlamında hizmet sayılmayacaktır. Karar uyarınca milli eğitimde alınan hizmetin bir bölümünün öğrenciler veya velileri tarafından karşılanması durumunda da değişen bir şey olmayacaktır.

c- Faaliyetin Geçici Olması Gerekliliği

ATA'nın 50. maddesinin (*eski md. 60*) son fıkrasında faaliyetin "geçici" olarak yürütülmesi gerekliliğinden söz edilmektedir. İşte bu "geçicilik" kıstası, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü ile yerleşme özgürlüğü arasındaki en temel farkı ortaya çıkarmaktadır.

Hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü ile yerleşme özgürlüğü arasındaki bu farkın vurgulandığı Avrupa Topluluğu Mahkemesinin Gebhard kararında⁴⁰ hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bölüm hükümlerinin ve özellikle 60. maddenin 3. fıkrası (*yeni md.50/3*) hükmünde faaliyetin geçici biçimde yürütülmesini arandığı belirtildikten sonra, faaliyetin geçici nitelikte olup olmadığının hangi kıstaslara göre belirleneceği açıklanmıştır. Karar uyarınca faaliyetin geçici olup olmadığının belirlenmesinde sadece faaliyetin süresinin değil, faaliyetin hangi aralıklarla yürütüldüğünün, faaliyetin düzenli bir biçimde yürütülüp yürütülmediğinin,

³⁹ 263/86 sayılı *Humbel kararı*, ATKD (1988), 5365.

⁴⁰ C-55/94 sayılı *Gebhard kararı*, ATKD (1995), 2165.

ve ardı arkasının kesilip kesilmediğinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu karar uyarınca faaliyetin geçici olması gerekliliği, faaliyetin niteliğinin gerektirmesi halinde bir ofis de dahil olmak üzere faaliyetin icra edildiği ülkede altyapının teçhizine engel olmaz.

C-63/86 sayılı Komisyon / İtalya kararında da⁴¹ benzer sonuca varılmıştır. Bu kararda hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanacak olan kimsenin gerekli olması halinde geçici bir konuta sahip olabileceği belirtildikten sonra, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünden yararlanacak olan kimseye sadece konut edinmesine müsaade edilmesinin değil, konut edinme konusunda üye devletin kendi vatandaşlarının malî yükünü hafifletmek için sağladığı tüm kolaylıklardan hizmetlerin serbest dolaşımı hakkını kullanan kimseyi de yararlandırmayı içerdiğini belirtmiştir. Bu nedenle karar uyarınca, hizmetlerin serbest dolaşımı hakkını kullanan kimse, üye devlet vatandaşı ile aynı şartlarla sosyal konut elde edebilecektir.

Sonuç olarak, ATA'nın 49 ilâ 55. maddeleri arasında düzenleme alanı bulan hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü anlamında bir hizmetin varlığından söz edebilmek için belirli şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Faaliyetin bir üye devlet ülkesinin sınırını aşması, ücret karşılığı yapılması, ve geçici olması gerekir ki ATA'nın ilgili hükümleri anlamında hizmet olarak değerlendirilsin.

Genel hatlarıyla ele almaya çalıştığımız hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü Türkiye'nin Avrupa Birliğine üye olması halinde mevzuatımızda pek çok değişikliğin yapılmasını gerektirecek konulardan birini teşkil etmektedir. Gerçekten de konumuzun dar kapsamı nedeniyle ele alamadığımız kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı istisnaları dışında hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü kapsamına giren faaliyetlerin icrası bakımından yabancı ile vatandaş arasında ayırım yapılamayacağından; başta 2007 sayılı Kanun olmak üzere pek çok kanunumuzda değişiklik yapılması gerekecektir.

⁴¹ Komisyon/İtalya ATKD (1988), 29.