



HUKUK SÖZCÜSÜ VILLALÓN'UN *DEMİRKAN* DAVASINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ ANALİZİ

Hukuk Sözcüsü Villalón'un Alman Yüksek İdare Mahkemesi tarafından sorulan ilk soruya ilişkin muhakeme silsilesi aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

İlk olarak, Hukuk Sözcüsü, hizmet sunma serbestisi kavramının ikincil mevzuat aracılığıyla hizmet alıcılarını da kapsayacak biçimde genişletilmesinin, Divan'ın *Luisi/Carbone* kararına kadar tartışmalı bir husus olduğunu; dolayısıyla Katma Protokol'ün akdedilmesi sırasında Âkit Tarafların hizmet sunma serbestisinin kapsamı konusundaki niyetlerinin belirgin olamayacağını iddia etmektedir.

İkinci olarak, Divan'ın *Ziebell* kararındaki muhakemesini Katma Protokol'ün 41(1). maddesine uyarlayabilmek ve böylelikle Türk hizmet alıcılarını söz konusu maddenin kapsamı dışında bırakmak için, hizmet sunma serbestisi kavramının hizmet alıcılarını da kapsayacak biçimde genişletilmesinin, bu genişletmenin ikincil mevzuat aracılığıyla mı, içtihat hukukuyla mı yapıldığını açıkça belirtmeksizin, AB vatandaşları için dolaşım serbestisinin sağlanmasına yönelik bir ilk adım teşkil ettiğini öne sürmektedir.

Son olarak, iddialarını desteklemek amacıyla, bazı üye devletlerin ve Türkiye'nin, Katma Protokol'ün 41(1). maddesini ihlal eden geçmiş uygulamalarına gönderme yapmaktadır.

Bu argümanlar aşağıda sırayla değerlendirilecektir.

1. Hizmet alıcılarının durumunun *Luisi/Carbone* kararına kadar tartışmalı olduğunu iddia etmek, Konsey'in ilk olarak 64/220/AET sayılı Direktif'te ve dokuz yıl sonra 73/148/AET sayılı Direktif'te aynı şekilde ortaya koyduğu açık iradesini sorgulamak anlamını taşımaktadır. Hukuk Sözcüsü Trabucchi, *Watson/Belmann* (ECR, 1976, s. 1204) davasında bu yönde bir girişimde bulunmuştur; ne var ki ileri sürdüğü görüşler Divan tarafından, söz konusu kararın 15. paragrafında çekince konulmaksızın "hizmet alan kişiler"e yer verilmek suretiyle, zımni olarak reddedilmiştir.

Hizmet sunma serbestisi kavramının kapsamı, henüz 1964 yılında ikincil mevzuat (64/220/AET sayılı Konsey Direktifi) aracılığıyla hizmet alıcılarının da kapsama dahil edilmesiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Konsey bunu yaparken, hizmet alıcılarını yeni bir kişi kategorisi olarak değerlendirmemiş ve bunun sonucu olarak, söz konusu Direktif'in ve 73/148/AET sayılı Direktif'in kabulü sırasında, bu direktiflerin hizmetleri ilgilendiren kısmı için AET Antlaşması'nın 63. maddesinden farklı bir hukuki dayanağa müracaat etmemiştir. Gerçekten, 1990 yılında serbest dolaşım hakkının yeni kişi kategorilerine (bağımsız gelir kaynakları olan kişiler, emekliler, öğrenciler) teşmil edilmesine karar verildiğinde, Konsey, 90/364/AET, 90/365/AET ve 90/366/AET (bu sonuncu Direktif'in yerini AET Antlaşması'nın 7. maddesi uyarınca kabul edilen 93/96/AET sayılı Direktif almıştır) çıkarmak için hukuki dayanak olarak AET Antlaşması'nın 235. maddesine başvurmuştur. Yürürlükte kaldıkları süre içinde, ne 64/220/AET sayılı Direktif, ne de 73/148/AET sayılı Direktif aleyhine hukuka aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmamıştır.



Luisi/Carbone davasında Divan, Hukuk Sözcüsü Mancini gibi, ilgili ikincil mevzuat (73/148/AET ve 64/221/AET sayılı Direktifler) temelinde, hizmet sunma serbestisinin hizmet alıcılarını da kapsadığını kolayca tespit etmiştir. Eğer Divan'ın bu konuda daha önce bir ön karar verme fırsatı olsaydı, yorumu çok büyük ihtimalle aynı olurdu.

Hukuk Sözcüsü Villalón'un, görüşleri Divan tarafından büyük ölçüde takip edilen Hukuk Sözcüsü Mancini yerine Hukuk Sözcüsü Trabucchi'nin görüşlerine yer vermesi ilginçtir; zira gerek *Watson/Belmann* kararının verildiği 1976 yılında, gerek *Luisi/Carbone* kararının verildiği 1984 yılında yürürlükte bulunan ilgili Topluluk mevzuatı aynı idi.

2. Hizmet sunma serbestisinin hizmet alıcılarını da kapsayacak biçimde genişletilmesinin, AB vatandaşları için dolaşım serbestisinin sağlanmasına yönelik bir ilk adım teşkil ettiği iddiası problemlidir.

Öncelikle, AB vatandaşları için dolaşım serbestisinin sağlanmasına giden yolda, ekonomik bakımdan aktif kişileri ilgilendiren dolaşım serbestileri arasından niçin sadece hizmet alma serbestisinin seçildiğini ve farklı muameleye tabi tutulduğunu anlamak güçtür. Eğer bu özgürlükler AB vatandaşları için dolaşım serbestisinin sağlanmasında önemli bir role sahiptirler, ki öyledir, objektif kriterler temelinde bunlardan birinin diğerine üstünlük taşıması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, söz konusu özgürlükler, bir bireyi daha önce ekonomik bakımdan aktif kişi olarak sahip olduğu haklardan mahrum bırakmak amacıyla AB vatandaşlığıyla ilişkilendirilemez.

Hizmet sunma serbestisi ekonomik amaçlı özgürlüklerin bir parçasıdır ve Divan, *Luisi/Carbone* kararında, "malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımının kapsamadığı kazanç sağlayan her türlü faaliyeti serbestleştirme" amacını gerçekleştiren hizmet alma serbestisini, hizmet sunma serbestisinin "zorunlu bileşeni" olarak değerlendirmiştir. Burada dikkat "kazanç sağlayan her türlü faaliyet" ibaresi üzerinde yoğunlaşmalıdır. Hizmet alıcılar, hizmet sunucular gibi, "ekonomik" amaçlı özgürlükler kapsamında yer alan kişilerdir. Hukuk Sözcüsü Villalón tarafından görüşünün 79. paragrafında aksiyle ispat edildiği üzere, hizmet alıcılar, marjinal ve tâli olmayan "belirli hizmetler" almak isteyen kişilerdir. Bu kişiler "herkes" şeklinde sınıflandırılmaz. Eğer öyle olsaydı, AB vatandaşlarına bir diğer üye devlette üç aya kadar koşulsuz ikamet hakkı veren 2004/38/AT sayılı Direktif'in çıkarılmasına gerek kalmazdı.

Bundan dolayı, Türkiye-AB Ortaklık hukukunda yer alan hizmet sunma serbestisi kavramını Topluluk/Birlik hukukunda yer alan aynı kavramdan farklı yorumlamak mümkün değildir.

3. Hukuk Sözcüsünün, bazı üye devletlerin ve Türkiye'nin, Katma Protokol'ün 41(1). maddesini ihlal eden geçmiş uygulamalarına gönderme yapması da problemlidir.

Yeterli veri olmaksızın tarafların niyetlerini okumaya çalışmak, doğru yorum yapmak için elverişli bir yöntem değildir. Burada söz konusu olan, Katma Protokol'ün taraflarınca gerçekleştirilen bir ihlaldir. Karşılıklı ihlal, ilgili hükmün yorumuna ilişkin karşılıklı zımni bir uzlaşma anlamına gelmez. Her hâlükârda Katma Protokol'ün 41(1). maddesinin hukuki etkisinde bir azalma olmaz. Hiç şüphesiz, Belçika, Hollanda ve Türk vatandaşları, ilgili ulusal



mahkemeler önünde söz konusu hükümde yer alan yeni kısıtlama getirme yasağına dayanarak hak iddia edebilirler.

Nihai Tespitler

Hizmet sunma serbestisi ile ilgili olarak Katma Protokol'ün 41(1). maddesinde yer alan yeni kısıtlama getirme yasağı, o tarihteki üye devletler ve Türkiye bakımından 1 Ocak 1973 tarihinde başlamaktaydı ve dolayısıyla o tarihten itibaren neyi yapamayacakları konusunda net bir fikre sahip olmalıydılar.

Aksine kanıt olmadığı sürece, Katma Protokol'ün 41(1). maddesinde yer alan “hizmet sunma serbestisi” kavramının kapsamını, Katma Protokol'ün akdedildiği tarihte yürürlükte olan Topluluk hukukunda yer alan aynı kavramın kapsamından farklı olarak yorumlamak için bir neden yoktur.

AET Antlaşması'nda yer aldığı haliyle hizmet sunma serbestisi kavramı, başından beri hizmet alma serbestisini içermektedir. Başvurulan hukuki dayanaktan da anlaşılacağı üzere, 1964 yılında ikincil mevzuat vasıtasıyla yapılan şey bu kavramın genişletilmesi olmayıp, sadece açıklığa kavuşturulmasıdır. Dolayısıyla, Divan tarafından *Luisi/Carbone* kararındaki “zorunlu bileşeni” ibaresiyle de teyit edildiği üzere, hizmet sunma serbestisi kavramına bölünebilir bir kavram muamelesi yapılamaz.

Divan, bugüne kadar, Ortaklık Anlaşmasının amaçlarından hareketle, AET/AT/AB-Türkiye Ortaklık hukukunda yer alan kişilerin serbest dolaşımına ilişkin kavramların, bunların Topluluk/Birlik hukukundaki muadilleriyle özdeş olup olmadığını sorgulama yoluna gitmemiştir. Divan, ya zımni olarak söz konusu kavramların özdeş olduğunu kabul etmiş (örneğin, *Savaş* davasında “iş kurma hakkı” kavramı, *Abatay* davasında “hizmet sunma serbestisi” kavramı) veya aynı kavramın Topluluk/Birlik hukukundaki yorumuna gönderme yapmıştır (örneğin, *Birden* davasında “işçi” kavramı). Hizmet sunma serbestisi kavramının başından beri bölünemez olduğu gösterilmiş olduğundan, bu kavrama farklı bir yorum getirmek için bir neden bulunmamaktadır.

Son olarak, eğer Âkit Tarafların hizmet sunma serbestisi kavramının kapsamına ilişkin farklı bir görüşü olsaydı, gerekli çekinceleri koymak suretiyle bunu Katma Protokol'ün 41(1). maddesine yansıtabilirlerdi.