

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**AVRUPA BİRLİĞİ'NDE TÜRK VATANDAŞLARININ
SERBEST DOLAŞIMI**

Yüksek Lisans Tezi

AYŞE BURCU KAPLAN

İstanbul 2007

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
AYŞE BURCU KAPLAN nın AVRUPA BİRLİĞİNDE TÜRK VATANDAŞLARININ
SERBEST DOLAŞIMI adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 05.04.2007
tarih ve 2007-4/44 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 4.9.2007

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. NURAY EKŞİ

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. MEHMET ERDEM ÖZDEMİR

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. BAHADIR ERDEM



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**AVRUPA BİRLİĞİ'NDE TÜRK VATANDAŞLARININ
SERBEST DOLAŞIMI**

Yüksek Lisans Tezi

AYŞE BURCU KAPLAN

Danışman: PROF. DR. NURAY EKŞİ

İstanbul 2007

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
KISALTMALAR	viii
1. GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
2. KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI AÇISINDAN TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI	
2.1 GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI.....	4
2.2 AVRUPA EKONOMİK TOPLULUĞU İLE TÜRKİYE ARASINDA ORTAKLIK TESİS EDEN ANKARA ANLAŞMASI VE KATMA PROTOKOL	17
2.3 ORTAKLIK KONSEYİ KARARLARI	25
2.3.1 Ankara Anlaşması'nın 12. maddesinin Uygulanmasına İlişkin 2/76 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı	25
2.3.2 Ortaklığın Geliştirilmesine İlişkin 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı	30
2.3.3 Avrupa Topluluklarına Üye Devletlerin Türk İşçileri ve Aile Bireylerine Uyguladıkları Sosyal Güvenlik Programlarına İlişkin 3/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı.....	36
2.4 AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATININ ÜSTLENİLMESİNE İLİŞKİN TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMINDA TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR.....	38
2.4.1 Türk Vatandaşlarının Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı Açısından Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin 24 Mart 2001 Tarihli Türkiye Ulusal Programı	38
2.4.2 Türk Vatandaşlarının Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı Açısından Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin 24 Temmuz 2003 Tarihli Türkiye Ulusal Programı	43
2.5 AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN 6 EKİM 2004 TARİHLİ TÜRKİYE İLERLEME RAPORU, TAVSİYE RAPORU VE ETKİ RAPORUNDA TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİNDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR.....	43
2.5.1 Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te Yayınladığı Türkiye İlerleme Raporu.....	44
2.5.2 Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te Yayınladığı Türkiye	

Tavsiye Raporu.....	49
2.5.3 Avrupa Birliği Komisyonu’nun 6 Ekim 2004’te Yayınladığı Türkiye Etki Raporu.....	50

İKİNCİ BÖLÜM

3. AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ KARARLARINDA TÜRK VATANDAŞLARININ SERBEST DOLAŞIM HAKKI

3.1. GENEL OLARAK AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ.....	53
3.2 AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANININ AB HUKUKUNU YORUMLAMA YETKİSİ.....	56
3.2.1 Genel Olarak Ön Karar Usulü (Preliminary Ruling Procedure).....	57
3.3 TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ’NDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN ADALET DİVANİ KARARLARI	62
3.3.1. C-12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd	62
3.3.1.1. Dava Konusu	62
3.3.1.2 Adalet Divanı Kararı	64
3.3.1.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	69
3.3.2 C-192/89 S. Z. Sevince v Staatssecretaris van Justitie.....	69
3.3.2.1. Dava Konusu.....	69
3.3.2.2 Adalet Divanı Kararı.....	70
3.3.2.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	73
3.3.3 C-237/91 Kazim Kus v Landeshauptstadt Wiesbaden.....	75
3.3.3.1 Dava Konusu.....	75
3.3.3.2 Adalet Divanı Kararı.....	76
3.3.3.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	77
3.3.4 C-355/93 Hayriye Eroglu v Land Baden Württemberg	78
3.3.4.1 Dava Konusu.....	78
3.3.4.2 Adalet Divanı Kararı.....	80
3.3.4.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	82
3.3.5 C-434/93 Ahmet Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie	82
3.3.5.1 Dava Konusu	82
3.3.5.2 Adalet Divanı Kararı.....	84

3.3.5.3. Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	88
3.3.6 C–277/94 Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdaycı v Bestuur van de Sociale and O. Akol v Bastuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging	89
3.3.6.1 Dava Konusu.....	89
3.3.6.2 Adalet Divanı Kararı.....	90
3.3.6.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz..	93
3.3.7 C–171/95 Recep Tetik v Land Berlin.....	93
3.3.7.1 Dava Konusu.....	93
3.3.7.2 Adalet Divanı Kararı.....	95
3.3.7.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz..	99
3.3.8 C–351/95 Selma Kadiman v Freistaat Bayern.....	100
3.3.8.1 Dava Konusu.....	100
3.3.8.2 Adalet Divanı Kararı.....	103
3.3.8.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz..	106
3.3.9 C–386/95 Süleyman Eker v Land Baden-Württemberg	107
3.3.9.1 Dava Konusu.....	107
3.3.9.2 Adalet Divanı Kararı.....	108
3.3.9.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz..	109
3.3.10 C-285/95 Suat Kol v Land Berlin	110
3.3.10.1 Dava Konusu.....	110
3.3.10.2 Adalet Divanı Kararı.....	112
3.3.10.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	113
3.3.11 C–98/96 Kasim Ertanir v Land Hessen.....	113
3.3.11.1 Dava Konusu.....	113
3.3.11.2 Adalet Divanı Kararı.....	115
3.3.11.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	119
3.3.12 C–36/96 Faik Günaydin, Hatice Günaydin, Günes Günaydin and Seda Günaydin v Freistaat Bayern.....	120
3.3.12.1 Dava Konusu.....	120
3.3.12.2 Adalet Divanı Kararı.....	122
3.3.12.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	126

3.3.13	C–210/97 Haydar Akman v Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen-Kreises	126
3.3.13.1	Dava Konusu.....	126
3.3.13.2	Adalet Divanı Kararı.....	128
3.3.13.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	131
3.3.14	C–1/97 Mehmet Birden v Stadtgemeinde Bremen.....	131
3.3.14.1	Dava Konusu.....	131
3.3.14.2	Adalet Divanı Kararı.....	132
3.3.14.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	138
3.3.15	C–262/96 Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit.....	138
3.3.15.1	Dava Konusu.....	140
3.3.15.2	Adalet Divanı Kararı.....	144
3.3.15.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	145
3.3.16	C-340/97 Ömer Nazli, Caglar Nazli and Melike Nazli v Stadt Nürnberg.....	145
3.3.16.1	Dava Konusu.....	145
3.3.16.2	Adalet Divanı Kararı.....	146
3.3.16.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	151
3.3.17	C–102/98 Ibrahim Kocak v Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken and C-211/98 Ramazan Örs v Bundesknappschaft	152
3.3.17.1	Dava Konusu.....	152
3.3.17.1.1	C-102/98 Sayılı Karar.....	152
3.3.17.1.2	C-211/98 Sayılı Karar.....	153
3.3.17.2	Adalet Divanı Kararı.....	154
3.3.17.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	156
3.3.18	C–329/97 Sezgin Ergat v Stadt Ulm.....	156
3.3.18.1	Dava Konusu.....	156
3.3.18.2	Adalet Divanı Kararı.....	158
3.3.18.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	160

3.3.19	C–37/98 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Sivas.....	160
	3.3.19.1. Dava Konusu.....	160
	3.3.19.2 Adalet Divanı Kararı.....	164
	3.3.19.2.1 Hukuk Sözcüsünün Görüşü.....	166
	3.3.19.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	167
3.3.20	C–65/98 Safet Eyüp v Landesgesch. Ämterstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg.....	168
	3.3.20.1 Dava Konusu.....	168
	3.3.20.2 Adalet Divanı Kararı.....	170
	3.3.20.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	172
3.3.21	C-188/00 Bülent Kurz, né Yüce v Land Baden-Württemberg.....	172
	3.3.21.1 Dava Konusu.....	172
	3.3.21.2 Adalet Divanı Kararı.....	175
	3.3.21.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	179
3.3.22	C–171/01 Wählergruppe "Gemeinsam Zusammen/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG", and Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit and Others.....	180
	3.3.22.1 Dava Konusu.....	180
	3.3.22.2 Adalet Divanı Kararı.....	182
	3.3.22.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	185
3.3.23	C–317/01 Eran Abatay and Others and C-369/01 Nadi Sahin v Bundesanstalt für Arbeit.....	186
	3.3.23.1 Dava Konusu.....	186
	3.3.23.1.1 C-317/01 Sayılı Karar.....	186
	3.3.23.1.2 C/369/01 Sayılı Karar.....	189
	3.3.23.2 Adalet Divanı Kararı.....	191
	3.3.23.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	195
3.3.24.	C–373/02 Sakir Öztürk v Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.....	195
	3.3.24.1 Dava Konusu.....	195

3.3.24.2	Adalet Divanı Kararı.....	197
3.3.24.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	199
3.3.25	C-275/02 Engin Ayaz v Land Baden-Württemberg.....	199
3.3.25.1	Dava Konusu.....	199
3.3.25.2	Adalet Divanı Kararı.....	201
3.3.25.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	202
3.3.26	C-467/02 Inan Cetinkaya v Land Baden-Württemberg.....	203
3.3.26.1	Dava Konusu.....	205
3.3.26.2	Adalet Divanı Kararı.....	207
3.3.26.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	207
3.3.27	C-374/03 Gaye Gürol v Bezirksregierung.....	208
3.3.27.1	Dava Konusu.....	208
3.3.27.2	Adalet Divanı Kararı.....	209
3.3.27.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	211
3.3.28	C-383/03 Ergül Dogan v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg.....	212
3.3.28.1	Dava Konusu.....	212
3.3.28.2	Adalet Divanı Kararı.....	213
3.3.28.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	214
3.3.29	C-136/03 Georg Dörr v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten and Ibrahim Ünal v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg.....	214
3.3.29.1	Dava Konusu.....	214
3.3.29.2	Adalet Divanı Kararı.....	215
3.3.29.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	216
3.3.30	C-373/03 Ceyhun Aydinli v Land Baden-Württemberg.....	216
3.3.30.1	Dava Konusu.....	216
3.3.30.2	Adalet Divanı Kararı.....	218
3.3.30.3	Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve	

Görüşümüz.....	220
3.3.31 C–230/03 Mehmet Sedef v Freie und Hansestadt Hamburg.....	220
3.3.31.1 Dava Konusu.....	220
3.3.31.2 Adalet Divanı Kararı.....	223
3.3.31.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	226
3.3.32 C–502/04 Ergün Torun v Stadt Augsburg.....	226
3.3.32.1 Dava Konusu.....	226
3.3.32.2 Adalet Divanı Kararı.....	227
3.3.32.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	229
3.3.33 C–4/05 Hasan Güzeli v Oberbürgermeister der Stadt Aachen.....	229
3.3.33.1 Dava Konusu.....	229
3.3.33.2 Adalet Divanı Kararı.....	230
3.3.33.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	232
 3.4 AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ KARARLARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME.....	 232
4. SONUÇ.....	242
KAYNAKÇA.....	249

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AEVO	: Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer
AKÇT	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASVG	: Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ASTI	: Association de Soutien aux Travailleurs Immigres
BAföG	: Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAĞ-KUR	: Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu
BKGG	: Bundeskindergeldgesetz
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
BSHG	: Bundessozialhilfegesetz
C	: Case
C	: Cilt
C	: Information and Notices (Official Journal)
CFI	: Court of First Instance
COM	: Communication
dn.	: Dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
EAEC	: European Atomic Energy Community
ECJ	: European Court of Justice
ECR	: European Court Reports
EEC	: European Economic Community
ed.	: Edition
EU	: European Union
EURATOM	: European Atomic Energy Community

f.	: Fıkra
HC	: House of Commons
html	: Hyper text markup language
http	: Hyper text transfer protocol
ILO	: International Labour Organization
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
L	: Legislation
LVA	: Landesversicherungsanstalt
md.	: Madde
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MJES	: Marmara Journal of European Studies
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OJ	: Official Journal of the European Union*
OKK	: Ortaklık Konseyi Kararı
OOPEC	: Office for Official Publications of the European Communities
p.	: Page (s)
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SEC	: Section
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
vb.	: Ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
www	: World Wide Web

*Nis Antlaşmasının 38. paragrafı ile Amsterdam Antlaşmasının 254. maddesinin (1) ve (2). bentlerinde yer alan Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Communities) ifadesi, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Union) olarak değiştirilmiştir.

1. GİRİŞ

Avrupa Birliği hukukunda, Avrupa Birliği'ne üye devlet vatandaşlarının, herhangi bir sınırlama ya da yasaklama ile karşılaşmaksızın ve vatandaşlığa dayalı herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın, diğer üye devletlere serbestçe girmesi, dolaşması, ikamet etmesi, iş başvurusunda bulunması, gittikleri ülkelerde o ülkelerin vatandaşları ile eşit şartlarda sosyal haklardan yararlanması serbest dolaşım hakkı anlamına gelmektedir. Avrupa Birliği müktesebatının en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilen kişilerin serbest dolaşımı, en geniş anlamıyla, “coğrafi açıdan ülkeler arasında hareket özgürlüğü” olarak ifade edilmektedir¹. Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşları, bu özgürlük sayesinde, diğer bir üye devlette iş arama, çalışma, ikamet etme ve ailelerini yanlarında getirme hakkına sahiptir. Vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmaması, serbest dolaşımın en önemli özelliklerinden biridir.

Topluluk içerisinde kişilerin serbest dolaşımı, ilk defa Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran Paris Antlaşması² ile sadece kömür-çelik sektöründe ortaya çıkmıştır. Serbest dolaşımın kapsamı, sonraki tarihli anlaşmalarla genişleyerek, sektörel sınırlamalar ortadan kalkmış ve tüm üye ülkelerde bir hak olarak kabul edilmiştir.

Türkiye'nin henüz üye devlet statüsü bulunmaması nedeniyle, üye devletlerden birine giriş yapmış bir Türk vatandaşının ilgili üye ülkede çalışma ve ikamet izni bulunmaksızın çalışması ve ikamet etmesi, üye ülkede yasalara aykırı olarak bulunma anlamına gelmektedir. Bu durum genellikle bir sınır dışı edilme sebebidir. Ancak 12 Eylül 1963'te imzalanan ve 1 Aralık 1964'te yürürlüğe giren Türkiye ile

¹ GÜMRÜKÇÜ Harun, Türkiye ve Avrupa Birliği, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Avrupa Dizisi No. 15, İstanbul Mayıs 2002, s. 186.

² Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Paris Antlaşması, resmi adıyla, Treaty Establishing the European Coal and Steel Community, 18.04.1951'de Paris'te imzalanmış ve 24.07.1952'de yürürlüğe girmiştir. Bu Antlaşma, elli yıllık bir süreye sahiptir ve 23 Temmuz 2002'de sona ermiştir. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Paris Antlaşması, OJ'de yayınlanmamıştır. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Paris Antlaşması'nın metnine ulaşmak için bkz. T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler, Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET), (Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler), C. 1, Ağustos 1993, s. 1-92, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/antlasma/at1.pdf> (20.09.2006). Bu Antlaşma, bundan sonra, kısaca, “AKÇT” olarak anılacaktır.

Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Tesis Eden Ankara Anlaşması³, bu Anlaşmanın ayrılmaz bir eki olan, 23 Kasım 1970’te imzalanan ve 1 Ocak 1973’te yürürlüğe giren Katma Protokol⁴ ve ilgili Ortaklık Konseyi Kararları⁵ neticesinde üye devletlerde hâlihazırda yasal olarak yaşayan ve çalışan Türk vatandaşları ile onların aile bireylerine sınırlı da olsa bazı haklar tanınmaktadır. Bu haklar, üye ülkede kalınan süreye bağlı olarak değişmekte, çalışılan sürenin uzunluğuna bağlı olarak tanınan haklar da artmaktadır. Kişinin üye devletteki çalışmasını devam ettirmesi, ailesini yanında getirerek çalıştığı yerde ailesi ile bir arada yaşaması, belirli bir sosyal güvenlik rejimine dâhil olması, bu hakların tanınmasında güdülen en önemli amaçlardır. Ankara Anlaşması sayesinde, üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarının bu Anlaşma ve bu Anlaşma çerçevesinde kabul edilen mevzuat uyarınca ulusal mahkemeler nezdinde hak iddia etme ve uyuşmazlığın Topluluk hukukuna dair olduğuna kanaat getiren ulusal mahkemelerin de, Topluluk hukukunun yorumu konusunda tereddüte düştükleri hallerde, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na başvuruda bulunma imkânları vardır. Ancak, mevcut düzenlemeler, hâlihazırda bir Avrupa Birliği üyesi ülkede çalışmakta olan Türk işçileri ve ailelerinin durumuna ilişkin olup, Türkiye’den Avrupa Birliği üyesi

³ RG 17.11.1964/11858; OJ L 217 29.12.1964 P. 3687–3688. Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Tesis Eden Ankara Anlaşması, bundan sonra, kısaca, “Ankara Anlaşması” olarak anılacaktır.

⁴ RG 29.08.1972/14406; OJ L 293 29.12.1972 P. 4–56.

⁵ Çalışmamızın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları, Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır. Yine, ileride inceleyeceğimiz kimi Divan kararlarında, üye devletler, Ortaklık Konseyi’nin bir Topluluk organı olmadığını ve dolayısıyla yasama yetkisine sahip olmadığını iddia etmişler; söz konusu Ortaklık Konseyi Kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmaması nedeniyle, doğrudan etkili olmadıklarını ve bu gerekçeyle üye devletlerde bulunan vatandaşlarımızın ulusal mahkemeler nezdinde bu kararlara istinaden hak iddiasında bulunamayacaklarını iddia etmişlerdir. Kimi üye devletler ise, bu kararları, sadece birer iyi niyet belgesi olarak nitelendirmişlerdir. İlgili içtihatlarında Divan, bu hususlara açıklık kazandırmıştır. Divan, söz konusu Ortaklık Konseyi Kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmamasının, vatandaşlarımızın, söz konusu kararların açık, kesin ve şarta bağlı olmayan hükümlerine dayanarak, üye devlet mahkemeleri nezdinde hak talep etmelerini engellemeyeceğini ifade etmiştir. Ortaklık Konseyi Kararlarının hukuksal değeri hususunda Günuğur’ın görüşünün aktarılmasının da bu noktada faydalı olacağı kanaatindeyiz. Günuğur, söz konusu kararların, akit taraflar için uyulması zorunlu nitelik taşıdığını, ikincil norm olarak adlandırılan bu tür normların, bir yandan Türkiye’nin, diğer yandan üye devletlerin iç hukuklarında, yürütme organlarının (hükümetlerin) kararnameleleriyle yürürlüğe konduğunu ve hukuksal sonuçlar doğurduğunu ifade etmiştir. Yazarın ayrıntılı açıklamaları için bkz. GÜNUĞUR Haluk, Ortaklık Anlaşmaları ve 6 Mart 1995 Ortaklık Konseyi Toplantısı Kararları Işığında Gümrük Birliği, Avrupa Birliği ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri Semineri, 20-31 Mart 1995, Ankara, Avrupa Birliği El Kitabı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Yayınları, 2. Baskı, Eylül 1995 Ankara, s. 283.

bir ülkeye çalışmak amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına yönelik herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bugün, Avrupa Birliği ülkelerine çalışmak için gitmek isteyen Türk vatandaşlarının çalışma izni alma yükümlülükleri devam etmektedir. Türk vatandaşlarının serbest dolaşım hakkından yararlanabilmeleri ancak Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne  ye olmasından sonra mümkün olacaktır⁶.

Çalışma, iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, "Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Kişilerin Serbest Dolaşımı Açısından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Dayanakları", ikinci bölüm ise "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararlarında Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşım Hakkı" konularına ayrılmıştır.

Birinci bölümde, genel olarak Avrupa Birliği'nde kişilerin serbest dolaşımı incelenecek, serbest dolaşım açısından Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerinin yasal dayanakları olan Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, ortaklık hukuku kapsamında kabul edilen 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları⁷, Avrupa Birliği Müktesebatının  stlenilmesine İlişkin 24 Mart 2001 ve 24 Temmuz 2003 tarihli Türkiye Ulusal Programları ile Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004 tarihli Türkiye İlerleme Raporu, Tavsiye Raporu ve Etki Raporu üzerinde durulacak; ikinci bölümde ise, genel olarak Divan ve AB mevzuatının yorumuna ilişkin sorunların Divan önüne gelme yollarından biri olan  n karar usulü hakkında bilgi verilecek ve Türk vatandaşlarının serbest dolaşım hakları ile ilgili Divan kararları ayrıntılı olarak incelenecek ve bu kararlara ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

⁶KINSMANN Fiona/EKŞİ Nuray, Avrupa Birliği'nin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu, İKV Yayınları, İstanbul Ekim 2002, s. 32.

⁷ Ortaklık Konseyi Kararları için bkz: T.C. Başbakanlık, Devlet Planlama Teşkilatı, Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000, C. 2, DPT Yayınları, No. 2596, Ankara 2001, <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/ab/okk2.pdf> (18.09.2006).

BİRİNCİ BÖLÜM

2. KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI VE KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI AÇISINDAN TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

2.1 GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİNDE KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI

Avrupa Birliği vatandaşlarının⁸ Birlik içerisindeki serbest dolaşım hakkı, Avrupa Birliği müktesebatının⁹ en önemli unsurlarından birini teşkil etmektedir¹⁰.

⁸ Vatandaşlığı sadece devletler verebileceğinden ve Avrupa Birliği de uluslarüstü bir kuruluş olduğundan, buradaki vatandaşlık gerçek anlamda bir vatandaşlık olmayıp, varsayımsal bir vatandaşlıktır; bu konuda bkz. EKŞİ Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku Ders Notları, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 04.06.2005. “Avrupa Birliği vatandaşlığı” ifadesi ilk kez imzalandığı yer olması sebebiyle Maastricht Antlaşması olarak da bilinen Avrupa Birliği Antlaşması’nda yer almıştır. (Treaty on European Union, OJ C 191, 29.07.1992). Bu Antlaşma, 07.02.1992’de imzalanmış ve 01.11.1993’te yürürlüğe girmiştir ve bundan sonra “Maastricht Antlaşması” olarak anılacaktır. Maastricht Antlaşmasının 8. maddesine göre, Avrupa Birliği üyesi devlet vatandaşları, aynı zamanda Avrupa Birliği vatandaşlarıdır. Maastricht Antlaşmasının 8a maddesine göre de, her Avrupa Birliği vatandaşının üye ülkelerde serbestçe dolaşım ve ikamet hakkı vardır. Resmi adı “Avrupa Birliği Antlaşmasını, Avrupa Topluluklarını Kuran Antlaşmaları ve Bazı İlgili Düzenlemeleri Değiştiren Amsterdam Antlaşması” olan ve bundan sonra kısaca “Amsterdam Antlaşması” olarak anılacak olan Antlaşmanın (Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing The European Communities and Related Acts, OJ C 340, 10.11.1997) 17. maddesine göre de, bir üye devlet uyruğunda olan herkes Birlik vatandaşlarıdır. İlgili maddede, Birlik vatandaşlığının, ulusal vatandaşlığın yerini almayıp onun tamamladığı belirtilmiştir. Amsterdam Antlaşmasının 18. maddesinde ise, bütün Birlik vatandaşlarının üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşmak ve ikamet etmek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Nitekim Avrupa Birliği Anayasası Taslağı’nın 8. maddesinde de Avrupa Birliği vatandaşlığı (citizenship of the union) şu şekilde tanımlanmıştır: “Her üye devletin vatandaşı, aynı zamanda birlik vatandaşlarıdır. Birlik vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığa ilavedir, onun yerini almaz ”. AB, her birinin kendi halkı, vatandaşları, politik düzeni, kültürü, gelenekleri, dili ve tarihi olan, egemen devletler tarafından kurulduğu için, her bir devletin kendi kimliği bulunmaktadır. Avrupa Birliği vatandaşlığı, bir Avrupa halkı yaratmamakta ve bir Avrupa devleti kurmamaktadır. Burada, üye devlet vatandaşları, kendi vatandaşlarına ek olarak, AB vatandaşlığını da elde ederler. Bu sayede, bireylere, vatandaşı oldukları üye devletler tarafından tanınan haklara ek olarak, kişilerin serbest dolaşımı ve yerleşim hakkı gibi birtakım haklar tanınmaktadır. Bu konuda bkz. LOKRONTZ-BERNİTZ Hedvig, “Avrupa Vatandaşlığı ve Avrupalı Kimliği”, AB Hukuku Semineri, İsveç Başkonsolosluğu, İstanbul 10–12 Ekim 2002, Avrupa Birliği Hukuku, Türkçe’ye Çeviren ve Yayına Hazırlayan İdil Işıl Gül, Lami Bertan Tokuzlu, Şefik Matbaası, 2003, s. 56–57.

⁹ Avrupa Birliği müktesebatı, temel Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve diğer ikincil hukuk kaynaklarında (tüzük, karar, yönerge, vs.) yer alan kural ve kurumlar bütünüdür ifade etmektedir. Dış ilişkiler, güvenlik ve adalet, serbest dolaşım, gümrük birliği, çevre koruması, eğitim ve araştırma vs. tüm konular Avrupa Birliği müktesebatı içinde yer alan konulardır; bu konuda bkz. <http://www.canaktan.org/ekonomi/avrupa-birligi/muktesebat1.htm> (29.07.2005). Fransızcası, *acquis communautaire* olan bu terim, “AB, olduğu gibi” anlamına gelir. Aday ülkeler ancak müktesebatı kabul ettikten ve AB tüzük, yönerge ve kararlarını kendi ulusal mevzuatlarının bir parçası yaptıktan sonra AB’ye üye olabilirler; bu konuda bkz. Avrupa

Ülkeler arasındaki ekonomik, ticari, siyasi ve kültürel ilişkilerin gelişmesine bağlı olarak, bir ülkeden diğer bir ülkeye çalışmak üzere gidenlerin sayısı her geçen gün artmıştır¹¹. Başlangıçta ortak pazarın gerçekleştirilebilmesinde önemli unsurlardan biri olarak görülen işçilerin serbest dolaşımı, bugün, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm Avrupa Birliği vatandaşlarına tanınan temel bir hak olarak kabul edilmektedir¹². İşçilerin kendi ülke sınırlarını aşarak yabancı ülkelerde çalışmaya başlamasıyla bir nevi uluslararası nitelikli iş ilişkileri ortaya çıkmış, yabancı işçi çalıştıran ülkelerde çalışan işçilerin hukuki durumları özellik kazanmıştır¹³.

Avrupa Birliği'nde ekonomik, sosyal ve siyasî bütünleşmenin tam anlamıyla gerçekleşmesinde, kişilerin serbest dolaşımının özel bir önemi vardır. Ekonomik bütünleşme, Avrupa Birliği ülkelerinin bir bölgesel ekonomik grup oluşturarak ve bir politika etrafında bütünleşerek, her türlü ayrımcılığın kaldırılmasına olanak sağlamaktadır¹⁴. Ülkeler arasında etkin bir ekonomik bütünleşmenin sağlanmasında, vatandaşlığa dayalı ayrımcılıktan uzak bir serbest dolaşım esasının kabul edilmesi önemlidir. Ekonomik açıdan serbest dolaşım, "bireyin şu ya da bu mesleği edinme veya icra etme, istediği bir yerde şu ya da bu işi kabul etme kararında özgür olmasıdır"¹⁵. Avrupa Birliği'nde kişilerin serbest dolaşımının sağlanması, yalnızca iş gücünün geniş bir hareket alanına sahip olması anlamına gelmemektedir. Bu serbesti, aynı zamanda siyasi açıdan da bir birlik vatandaşlığının yaratılması sonucunu doğurmaktadır. Kişilerin serbest dolaşımı, bir yandan işçilerin iş imkânlarını geliştirmesini diğer yandan

Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Türkiye için AB Üyelik Müzakereleri Süreci, 2006, s.23, http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/brochures/AccessionBooklet.pdf (26.03.2007).

¹⁰ Corporate & Public Strategy Advisory Group, EU Acquis Communautaire Related to Social Policy and Employment prepared for MESS, November 2006, Brussels & İstanbul, s. 99, <http://www.mess.org.tr/ab/pdfler.asp?pdf=1> (05.04.2007).

¹¹ OKUR Zeki, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakları", Prof. Dr. Erdal Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 923.

¹² CAIRNS Walter, Introduction to European Union Law, Cavendish Publishing, 2nd Ed., London 2002, s. 183.

¹³ ESENER Turhan, "Uluslararası İş Hukuku", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972, s. 607.

¹⁴ KORKUSUZ Refik, "AB Hukuku'nda Üye Ülkelerin ve Türk İşçilerinin Serbest Dolaşım Hakkı", Kamu Hukuku Arşivi, Prof. Dr. İlhan Özay'a Armağan, Eylül 2004, s. 197, http://www.akader.org/khuka/2004_eylul/6.htm (20.09.2006).

¹⁵ GÜMRÜKÇÜ, 186.

işverenlerin ihtiyaç duyduğu nitelikteki kişileri işe almasını sağlayarak, sosyal bütünleşmenin de gerçekleşmesine hizmet etmektedir¹⁶.

İlk defa, AKÇT'yi kuran Paris Antlaşmasının 69. maddesinde, üye devletlerin, sağlık ve kamu düzeninin temel gerekleri sonucu getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla üye devlet vatandaşları ve kömür veya çelik üretiminde gereken niteliklere sahip oldukları kabul edilen işçilerin kömür ve çelik endüstrilerinde istihdam edilmeleri konusunda vatandaşlık esasına dayalı her türlü kısıtlamadan kaçınmayı taahhüt ettikleri hükme bağlanmıştır. Kömür ve çeliğin savaş sanayinin hammaddesini teşkil etmesinin doğal bir sonucu olarak, Avrupa bütünleşmesi ilk kez bu sektörde başlamıştır. Böylelikle, bir devletin tek başına savaş ortamı hazırlamasına engel olunabileceği düşünülmüştür. Ancak hedeflenen bütünleşme, sadece kömür ve çelik sektöründe çalışanlara ilişkin olup, tüm iş alanlarını kapsamamaktadır¹⁷.

Üye devletler, AKÇT çerçevesinde başarılı bir bütünleşme gerçekleştirdikten sonra ekonomik alanda bir ortak pazar kurulmasını tavsiye etmişler, ayrıca ulaştırma ve atom enerjisi alanında da işbirliği yapılması gerekliliği üzerinde durmuşlardır¹⁸. Bu amaç doğrultusunda, AKÇT yetersiz görülerek¹⁹, altı Avrupa ülkesi (Almanya, Hollanda, Fransa, İtalya, Belçika, Lüksemburg) tarafından, Roma'da 25 Mart 1957'de imzalanan ve 1 Ocak 1958'de yürürlüğe giren Antlaşmalar ile Avrupa Atom Enerjisi

¹⁶ KINSMANN /EKŞİ, 9.

¹⁷ Bu konuda bkz. BALDONI Emiliana, "The Free Movement of Persons in the European Union: A Legal-Historical Overview, State of the Art Report, Pioneur Working Paper, No. 2, July 2003, s. 5, http://www.obets.ua.es/pioneur/bajaarchivo_public.php?iden=40 (24.07.2007).

¹⁸ KABAALİOĞLU Haluk, AB Kurumları ve Avrupa Hukukunun Uluslararası Özellikleri Işığında Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu, İstek Vakfı Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997; s. 86, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Avrupa Birliği Nedir? (Tarihsel Gelişim, Kurumsal Yapı ve Genişleme Süreci, Ağustos 2002, s. 3, <http://www.abm.tobb.org.tr/raporlaryayinlar/abnedir.doc> (27.03.2007). WEATHERILL Stephen/BEAUMONT Paul, EU Law, Penguin Books, 3rd Ed., London 1999, s. 3; [EKŞİ Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, (Roma Konvansiyonu) , Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 1'den naklen.].

¹⁹ Bu konuda bkz. TUNÇOMAĞ Kenan, "Avrupa Ekonomik Topluluğu Açısından İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Sorunları", Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 25.

Topluluğu²⁰ ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuştur. AET'nin kurulması ile, üye ülkeler arasında, ekonomi politikalarının yakınlaştırılması suretiyle, sermayenin ve iş gücünün serbest dolaşımı yoluyla ekonomik kalkınma hedeflenmiştir²¹. Bu bütünleşme çabalarının sonucunda Avrupa'da her birinin faaliyet alanı farklı olan üç Topluluk kurulmuştur.

Kişilerin serbest dolaşımı hususunda ayırım yapma yasağını içeren düzenleme, EURATOM Antlaşmasının 96. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede, üye devletlerin, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı ile ilgili temel zorunluluklardan kaynaklanan sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, nükleer alanda nitelikli iş gücü istihdamı konusunda diğer üye devletlerden herhangi birinin vatandaşlarına karşı vatandaşlık esasına dayalı her türlü kısıtlamayı kaldıracakları belirtilmiştir.

Maastricht Antlaşması ile AKÇT'yi kuran 1951 tarihli Paris Antlaşması, AET ile EURATOM'u kuran 1957 tarihli Roma Antlaşmaları ve 1987 tarihli Tek Avrupa Senedi'ne²² dayanan kurumsal yapı, Avrupa Toplulukları olarak adlandırılmıştır²³. Avrupa Toplulukları, Avrupa Birliği'nin üç temel sütunundan (three pillars) biridir. İkinci temel sütun dışişleri ve güvenlik politikası; üçüncü sütun ise adalet ve içişleri alanlarında işbirliğidir²⁴. Avrupa Birliği'ni kuran bu Antlaşma, AET'yi kuran Antlaşma'nın adını "Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma" olarak değiştirmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması ile AKÇT ve EURATOM varlıklarını aynı isimlerle hukuki

²⁰ Treaty Establishing the European Atomic Energy Community, OJ 38, 27.12.1957, P. 635. Bundan sonra kısaca "EURATOM Antlaşması" olarak anılacaktır. EURATOM Antlaşması metni için bkz. Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler, 324-449.

²¹ KAYA Kadir, Avrupa Birliği ve Geleceği, Türk İdare Dergisi, s. 46, http://www.icisleri.gov.tr/_icisleri/TurkIdareDergisi/UploadedFiles/A.KadirKaya%2043--54.doc (23.08.2007).

²² Avrupa Tek Senedi, resmi adıyla, Single European Act, 28.02.1986'da imzalanmış ve 01.07.1987'de yürürlüğe girmiştir. OJ L 169, 29.06.1987.

²³ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, 4; FIRAT Ahmet, Avrupa Birliği ve Türkiye, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 10-15 Nisan 2006 Antalya, s. 4, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/gmabtarih.pdf> (23.08.2007).

²⁴ DEDEOĞLU Beril, Dünden Bugüne Avrupa Birliği, Boyut Yayınları, İstanbul 2003, s. 58-59, EKŞİ, Roma Konvansiyonu, 4, FIRAT, s. 7; KAYA, 47; TEZCANERCÜMENT, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İletişim Yayınları, İstanbul 2002, s. 58-59.

birimler olarak koruyabilmiş ancak AET varlığını korumasına karşın ismini koruyamamış ve bunun sonucunda AET kavramının yerini AT kavramı almıştır²⁵. Bu nedenle, bu çalışmada, bundan sonra AET Antlaşması yerine AT Antlaşması ibaresi kullanılacaktır. 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliği ile Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşmalarında önemli değişiklikler yapılmıştır. Amsterdam Antlaşması, Maastricht Antlaşması ve Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşmalarının yerine geçmemiş ancak bu Antlaşmalarda temel değişiklikler yapmıştır²⁶. Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliği Antlaşması ve AT Antlaşması maddeleri yeniden numaralandırılmış ve her iki Antlaşmaya da yeni hükümler eklenmiştir²⁷. Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemelerin içeriğinde herhangi bir değişiklik yapmayan Amsterdam Antlaşması, AT Antlaşmasında 48–51. maddeler arasında düzenlenmiş bulunan serbest dolaşım hükümlerini, yeniden numaralandırma yaparak, 39–42. maddeler arasında düzenlemiştir.

AT Antlaşmasının kişilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeleri, sadece kömür-çelik ve nükleer enerji sektörleriyle kısıtlı olarak serbest dolaşım hakkı tanıyan AKÇT ve EURATOM Antlaşmalarının düzenlemelerinden çok daha geniş hükümler içermektedir.

AT Antlaşmasının 39. maddesinin ilk fıkrasında (eski madde 48/f.1), Topluluk içerisinde işçilerin serbest dolaşımının sağlanacağı öngörülmüştür. İlgili maddenin ikinci fıkrasında, serbest dolaşım konusunda, üye devletler işçileri arasında, istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda vatandaşlık esasına dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, örneğin, Hollanda, ülkesinde bulunan bir Fransız vatandaşına, çalışma koşulları açısından, kendi vatandaşlarına uyguladığı muameleden farklı bir muamele uygulayamaz. Söz konusu maddede, bu dolaşım özgürlüğünün, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebebiyle haklı görülebilecek sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, iş tekliflerini kabul

²⁵ KAYA, 46; WEATHERILL/BEAUMONT, 22–23; (EKŞİ, Roma Konvansiyonu, 5, dn. 14’ten naklen), EKŞİ Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 13–14 dn. 65, SAKMAR/EKŞİ, 742, dn. 61.

²⁶ <http://www.ikv.org.tr/sozluk2.php?ID=990> (26.09.2006).

²⁷ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, 5.

etme, bu amaçla üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma, üye devlet vatandaşları hakkında uygulanan ulusal düzenlemeler uyarınca bir üye devlette istihdam amacı ile yerleşme, Komisyon tarafından kabul edilecek düzenlemelere uygun olarak ilgili devlette ikamet ettikten sonra bu devletin topraklarında bulunma haklarını içerdiği belirtilmiştir. İlgili maddenin son fıkrasında ise, söz konusu düzenlemelerin kamu hizmetlerindeki istihdam hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. AT Antlaşmasının 39. maddesinden anlaşılabileceği üzere, Topluluk üyesi devlet vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım hakkı, sınırsız nitelikte değildir. Üye devletler tarafından, serbest dolaşım hakkına, kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı nedenleriyle sınırlamalar getirilebilir²⁸ ve serbest dolaşım ilkesi kamu hizmetinde uygulanamaz. Kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı kavramları, üye devletlerin farklı uygulamalarına sebebiyet verebilecek mahiyette kavramlar olduklarından, üye devletlerce yapılabilecek farklı uygulamalara engel olmak amacıyla, bu hususta, Yabancıların Dolaşım ve İkametlerine İlişkin Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği veya Kamu Sağlığı Nedeniyle Alınan Özel Tedbirlerin Koordinasyonu Hakkında 25.02.1964 tarihli ve 64/221 sayılı Konsey Direktifi²⁹ kabul edilmiştir. Toplam on bir madde ve bir ekten oluşan 64/221 sayılı Direktif'in ilk maddesinde, söz konusu Direktif'in, AT Antlaşması kapsamında serbest dolaşım hakkından faydalanan tüm işçi ve serbest çalışanlar ile onların aile bireyleri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, 64/221 sayılı Direktif, Avrupa Birliği'nde serbest dolaşım hakkına sahip olmamaları nedeniyle, üçüncü ülke vatandaşları hakkında uygulanma niteliğini haiz değildir³⁰. 64/221 sayılı Direktif'in 2. maddesinin ilk fıkrasında, söz konusu Direktif'in, üye devletlerin, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedeniyle, yabancıların ülkelerine giriş yapması, yabancılara ikamet izni verilmesi ya da yabancıların ikamet izinlerinin yenilenmesi ya da yabancıların ülkelerinden sınır dışı

²⁸ Bu konudaki görüşleri için bkz. BERMANN George A./GOEBEL Roger J./DAVEY William J./FOX Elenor M., Cases and Materials on European Union Law, 2nd Ed., American Casebook Series, West Group, USA 2002, s. 603.

²⁹ OJ 56, 04.04.1964, P. 850-857. Resmi adı, Council Directive of 25 February 1964 on the Co-ordination of Special Measures Concerning the Movement and Residence of Foreign Nationals Which are Justified on Grounds of Public Policy, Public Security or Public Health olan bu Direktif, bundan sonra, kısaca, "64/221 sayılı Direktif" olarak anılacaktır.

³⁰ STEINER Josephine/WOODS Lorna/FLESHER-TWIGG Christian, Textbook on EC Law, Oxford University Press, 8th Ed., New York 2003, s. 369.

edilmesi hususunda uyguladıkları tüm özel tedbirleri kapsadığı ve aynı maddenin ikinci fıkrasında, üye devletlerce alınacak özel tedbirlerin ekonomik amaçlar taşımayacağı hükme bağlanmıştır. 64/221 sayılı Direktif'in 3. maddesinde, kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle alınacak özel tedbirlerin, münhasıran ilgilinin kişisel durumuna dayandırılacağı ve sadece önceki tarihli cezai mahkumiyetler (previous criminal convictions) nedeniyle, özel tedbirlerin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, örneğin, kişi, işlem sırasında düzgün bir yaşantı sürmekteyse, kendisinin önceden bir suç işlemiş olması dahi kısıtlama sebebi olamaz. Kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle üye devletlerce alınacak özel tedbirlerin münhasıran ilgilinin kişisel durumuna dayandırılmasına ilişkin bu düzenleme, üye devletlerin Avrupa Birliği göçmen grupları hakkında, bu grupların vatandaşlıklarına dayanarak, genel işlemler yapmalarını sınırlaması açısından büyük önem taşımaktadır³¹. Örneğin, Divan, Carmelo Angelo Bonsignore³² kararında, sırf Almanya'da bulunan diğer üye devlet vatandaşlarına gözdağı vermek ve söz konusu kişiler üzerinde caydırıcı etki yaratmak amacıyla, ruhsatsız tabancası ile taksirle kardeşinin ölümüne sebebiyet veren bir İtalyan vatandaşının Almanya'dan sınır dışı edilemeyeceğine hükmetmiştir. Divan, genel nitelik taşıyan bu tür gerekçeleri, 64/221 sayılı Direktif'e aykırı bulmuştur. Bu düzenlemede yer alan "kişisel durum" ile kastedilen, *bizzat* ilgilinin tavır ve davranışlarının, bulunduğu üye ülkenin kamu düzeni veya kamu güvenliği için, gerçek ve ciddi bir tehlike teşkil etmesidir. 64/221 sayılı Direktif'in 3. maddesinde, ayrıca, ilgilinin ülkeye giriş ve oturma izni almak için kullandığı kimlik belgesinin ya da pasaportunun süresinin dolmasının, kişinin sınır dışı edilmesi için bir sebep teşkil etmeyeceği ve bu durumda, söz konusu kimlik belgesini veya pasaportu veren üye devlet makamının, ilgili kişinin ülkesine giriş yapmasına izin vereceği, ilgili kişinin vatandaşlığı konusunda tereddüt bulunsa bile bu zorunluluğun ortadan kalkmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu konuda Divan'ın Lynee Watson³³ kararı üzerinde durmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu içtihadında, Divan, ülkeye giriş ve oturma izni almak için kullandığı kimlik belgesinin ya da pasaportunun süresinin dolması durumunda

³¹ STEINER/WOODS/FLESHER-TWIGG, 378.

³² C-67/74, ECR 1975, P. 297.

³³ C-118/75, ECR 1976, P. 1185.

kişinin hiçbir şekilde sınır dışı edilemeyeceğini, bu durumda, üye devletin sadece, ilgili kişi hakkında, söz konusu kişinin idari usullere uygun davranmaması sebebiyle, para cezası uygulayabileceğini ve uygulanacak para cezası ile kişinin idari usullere uymaması arasında bir orantı bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak, unutmamak gerekir ki, 64/221 sayılı Direktif'in mevcudiyetine rağmen, kamu düzeni ve kamu güvenliği gerekçe gösterilerek, serbest dolaşım hakkına sınırlama getirme konusundaki takdir yetkisi üye devletlere aittir. Ancak, söz konusu sınırlamaların, 64/221 sayılı Direktif'in ilgili maddelerine uygun olup olmadığı hususunun, Divan'ın yargısal denetimine tabi tutulması mümkündür. Kamu sağlığı sebepleriyle, serbest dolaşım hakkına üye devletlerce getirilebilecek sınırlamalar, 64/221 sayılı Direktif'in 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, söz konusu Direktif'in ekine atıfta bulunmuştur. 64/221 sayılı Direktif'in ekinde, söz konusu hastalık ve maluliyetler bir liste halinde verilmiştir. Söz konusu ekte, "bir üye devletin kamu sağlığını tehlikeye düşürebilecek hastalıklar" ile "bir üye devletin kamu düzenini veya kamu güvenliğini tehdit edebilecek hastalık ve maluliyetler" olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, bir üye devletin kamu sağlığı için tehlikeli olan hastalıklar; Dünya Sağlık Örgütü'nün 25.05.1951 tarihli ve 2 sayılı Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nde sayılan karantinaya tabi hastalıklar, tüberküloz, frengi ve diğer mikrobik hastalıklar ya da diğer bulaşıcı hastalıklardır. Yine, aynı düzenlemeye göre, bir üye devletin kamu düzeni veya kamu güvenliğini tehdit edebilecek hastalık ve maluliyetler ise, uyuşturucu bağımlılığı, ileri seviyede zihinsel rahatsızlıklar, ileri seviyede ruhsal rahatsızlık belirtileridir. 64/221 sayılı Direktif'in 7. maddesinde, kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı nedeniyle serbest dolaşım hakkını sınırlandırma sebeplerinden birinin gerçekleşmesi nedeniyle, kişinin üye ülkeye yapmış olduğu ilk ikamet izni başvurusunun reddedilmesi, kişinin ikamet izninin yenilenmemesi ya da kişinin sınır dışı edilmesi durumunun, resmi olarak kişiye bildirileceği ve bu bildirimde, kişiye hangi tarihe kadar ülkeden ayrılması gerektiğinin belirtileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddede, bu sürenin, ivedi haller dışında, kişinin henüz ilgili üye ülkede ikamet iznine sahip olmaması durumunda on beş gün ve diğer hallerde ise bir aydan kısa olamayacağı belirtilmiştir. 64/221 sayılı Direktif'in 8. maddesinde, söz konusu Direktif hükümleri gerekçe gösterilerek, kişinin ilgili üye ülkeye yapmış olduğu ilk ikamet izni başvurusunun reddedilmesi, kişinin ikamet izninin yenilenmemesi ya da kişinin sınır dışı edilmesi

durumlarında, kişinin, ilgili üye ülke vatandaşları ile aynı yasal haklara sahip olduğu belirtilmiştir. 64/221 sayılı Direktif'in 9. maddesinde, ilgili kişinin iç hukukça sağlanan savunma ve temsil edilme gibi haklara sahip olduğu, kişinin; bir mahkeme nezdinde itiraz hakkı yok ise, mahkeme nezdinde itiraz hakkı sadece söz konusu kararın hukuki olup olmadığı ile sınırlı ise (bir diğer deyişle, yerindelik incelemesi mümkün değil ise) ya da kişinin itirazı yürütmeyi durdurma etkisini haiz değil ise, bu durumda, ev sahibi üye ülkenin yetkili makamından görüş temin edilene kadar, kişi hakkında kişinin ikamet izninin yenilenmesini reddeden ya da eğer kişi ikamet iznine sahip ise, kişinin ülkeyi terk etmesine ilişkin bir karar verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine, aynı maddeye göre, kişinin ilk kez yapmış olduğu ikamet izni başvurusunun reddedilmesi ya da ilgili kişi hakkında ikamet izni verilmeden önce kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin bir karar verilmesi durumunda, kişinin söz konusu kararı, bir kez daha incelenmesi için yetkili makama gönderme hakkını haiz olduğu ve kişinin ilgili makam nezdinde bizzat kendisini savunabileceği belirtilmiştir. Adalet Divanı, Roland Rutili³⁴ kararında, bir üye ülke yetkili makamının, ülkesinde bulunan bir diğer üye devlet vatandaşı hakkında, ilgili kişinin ikamet izni başvurusunu reddeden ya da ilgili kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin bir karar vermesi durumunda, kararının gerekçesini ve kararına karşı başvurulabilecek hukuki yolları ilgili kişiye bildirmesinin gerektiği hususunda hüküm vermiştir. 64/221 sayılı Direktif'in 10. maddesinde, üye ülkelerin, söz konusu Direktif'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, bu Direktif'e uygun ulusal düzenlemeleri yürürlüğe koyacakları ve bu hususta derhal Komisyon'u bilgilendirecekleri hükme bağlanmıştır.

AT Antlaşmasının 39. maddesinin son fıkrasında, serbest dolaşım konusundaki düzenlemelerin kamu hizmetlerindeki istihdam hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu sınırlama nedeniyle, kamu hizmetlerinde çalışacak kişinin, ilgili devletin vatandaşı olması gerekebilir³⁵. AT Antlaşmasında "kamu hizmeti" kavramı tanımlanmamıştır. Bu kavram, Divan tarafından açıklanarak, Topluluk

³⁴ C-36/75, ECR 1975, P. 1219.

³⁵ ATAY Ethem, Avrupa Birliği Üyesi Olmanın Vatandaşlara Tanımış Olduğu Belli Başlı Haklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. II, S. 1-2, s. 237.

hukukuna ait bir kavram haline gelmiştir. Bu konuda, Divan’ın çeşitli kararları mevcuttur. Örneğin, Divan, Giovanni Maria Sotgiu³⁶ kararında, bu tür bir sınırlamanın, *sadece* kamu hizmetine ilişkin meslekler hakkında uygulanabileceğini özellikle vurgulamıştır. Divan, bir başka kararında³⁷, kamu yararı gözetilerek yapılan işlerin kamu hizmeti olduğunu belirtmiştir. Divan, benzer bir kararında³⁸, söz konusu sınırlamanın, çalışan kişinin kamu hukuku uyarınca yetkilerini kullanması ya da devletin genel menfaatlerinin korunmasından sorumlu olması durumlarında uygulanabileceğini belirtmiştir. İncelemiş olduğumuz Divan kararlarında, Divan’ın “kamu hizmeti” kavramının kapsamını mümkün olduğunca dar tuttuğunu görüyoruz.

AT Antlaşmasının 39. maddesinde (eski madde 48), kişilerin serbest dolaşım alanını belirli bir sektörle sınırlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Buna göre, işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili AT Antlaşması hükümlerinin, kural olarak, ekonomik faaliyete ilişkin tüm sektörler için geçerli olduğu ifade edilebilir³⁹.

AT Antlaşmasının 39. maddesinin 2. fıkrasında (eski madde 48/f.2) yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağı, diğer bir ifadeyle eşit muamele yükümlülüğü söz konusu Antlaşmanın 12. maddesinde (eski madde 6), bu antlaşmanın temel ilkelerinden biri olarak benimsenmiştir. AT Antlaşmasının 12. maddesinde “*Bu Antlaşmanın uygulanması kapsamında, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, uyrukluk esasına dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır*” ibaresi yer almaktadır. Vatandaşlığa dayalı ayırım yapmama kuralı, Topluluk hukukunun genel prensiplerinden biridir⁴⁰. AT Antlaşmasının ilk metninden itibaren vatandaşlığa ayrımcılık yapılmaması genel bir kural olarak varlığını korumuştur. Topluluk düzeni geliştikçe, bu temel ilkenin de

³⁶ C-152/73, ECR 1974, P. 153, Bu konudaki görüşleri için bkz. ROWLINSON William/KELLY-CORNWELL Malachy, European Community Law A Practitioner’s Guide, Sweet & Maxwell, 2nd Ed. , London 1994, s. 144.

³⁷ Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, C-149/79, ECR 1982, P. 1845. Bu konudaki görüşleri için bkz. ROWLINSON/ KELLY-CORNWELL, s. 144.

³⁸ Commission of the European Communities v Italian Republic, C-225/85, ECR 1987, P. 2625. Bu konudaki görüşleri için bkz. ROWLINSON/ KELLY-CORNWELL, s. 144.

³⁹ BOZKURT Enver/ÖZCAN Mehmet/KÖKTAŞ Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2. Bası, Ankara 2004, s. 240.

⁴⁰ CAIRNS, 183.

uygulama alanı genişlemiştir⁴¹. Ayrımcılık, tam anlamıyla aynı durumda olan iki kişiye farklı davranıldığında ya da farklı durumda olan iki kişiye aynı şekilde davranıldığında ortaya çıkar. Eşit muamele kuralı, açık veya örtülü olarak, çalışma, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, kişilere, vatandaşlıklarına dayalı ayrımcılık yapılmasını engeller⁴². Eşit muamele kuralı, hem işçiler ve hem de serbest çalışanlar hakkında uygulanır. Bu ilke sayesinde, örneğin, ilgili, kıdemden kaynaklanan avantajlar açısından bulunduğu üye ülkenin vatandaşı ile aynı şartlarda yararlanır ya da örneğin, ilgilinin çalıştığı üye ülkenin mevzuatı uyarınca, o üye ülkenin vatandaşlarının kıdem tazminatları veya yıllık ikramiyeleri hesaplanırken, askerlik hizmetinde geçen süreler hesaba katılıyorsa, ilgili de bu imkanlardan aynı şekilde yararlanır⁴³. Bu bağlamda, AT Antlaşmasının 12. maddesinin öngördüğü eşit muamele ilkesinin, sadece işçilerin serbest dolaşımı açısından değil, yabancıların yararlanacağı tüm haklar açısından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴. Diğer yandan, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık şekli ya da fiili olabilir. Vatandaşlığa dayalı ayrımcı muamele içeren bir işlem, bir belgeden açıkça anlaşılabilirse şekli ayrımcılık, idarenin uygulamasından kaynaklamıyorsa fiili ayrımcılıktan bahsedilmektedir⁴⁵.

AT Antlaşmasının 40. maddesinde (eski madde 49), aynı Antlaşmanın 39. maddesinin (eski madde 48) nasıl uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre; Konsey, Komisyonun teklifini Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra, tüzük ve yönergelerle serbest dolaşımın aşamalı olarak gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri alır.

AT Antlaşmasının 41. maddesinde (eski madde 50) ise üye devletlerin, ortak bir program çerçevesinde genç işçilerin değişimlerini teşvik edecekleri hüküm altına

⁴¹ TEKİNALP Gülören, “Avrupa Birliği’nde İkamet ve Yerleşmeyle İlgili Düzenlemeler ve Türkiye”, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, S. 1–2, Yıl: 17–18, 1997–1998, s. 493.

⁴² MATHIJSEN P.S.R.F., A Guide to European Union Law, Sweet and Maxwell, 6th Ed., London 1995, s. 185-189.

⁴³ ATAY, 238.

⁴⁴ Bu görüş için bkz. ÇELİKEL Aysel, “Ortak Pazarda Yabancıların Hukuki Durumu”, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 3.

⁴⁵ Bu konudaki açıklamaları için bkz. ÖZKAN Işıl, Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı Yayınları, No. 152, İstanbul 1997, s. 34.

alınmıştır. Teşvik edici bir nitelik taşıyan bu maddeye göre, üye devletler, ortak bir program çerçevesinde, genç işçilerin karşılıklı olarak değişimini kolaylaştırma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. Bu çerçevede, üye devletlerin, genç işçileri kendi ülkelerine karşılıklı olarak kabul etmeleri ve bu işçilere geçici nitelikte iş vermeleri hükme bağlanmıştır⁴⁶. Bu düzenleme ile amaçlanan, genç işçilerin değişimi sonucu, genel kültür ve mesleki tecrübelerin artması ve bu suretle üye devletler arasında yakınlaşma sağlanmasıdır⁴⁷.

AT Antlaşmasının 42. maddesi (eski madde 51), işçilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin düzenleme getirmektedir. Bu maddeye göre, Konsey, Komisyonun teklifi üzerine işçilerin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla sosyal güvenlik alanında gerekli tedbirleri oybirliğiyle alır. Söz konusu maddeye göre, Konsey, çalışmak üzere gelen göçmenlere ve onların bakmakla yükümlü oldukları kişilere, sosyal yardımlara hak kazanılmasında ve mevcut hakların korunmasında, farklı üye devletlerde geçirilen çalışma sürelerinin birleştirilmesini sağlayan bir sistem kurar. Konsey, AT Antlaşmasının bu düzenlemesine dayanarak, Topluluk içerisinde dolaşan işçilere, serbest çalışanlara ve bu kişilerin aile bireylerine uygulanacak sosyal güvenlik sistemini belirlemek üzere, Topluluk İçerisinde Dolaşan İşçilere ve Aile Bireylerine Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Uygulanması Hakkında 1408/71 sayılı Tüzüğü⁴⁸ kabul etmiştir. Söz konusu Tüzüğün kapsamına baktığımızda, *Topluluk içerisinde dolaşan* ibaresi nedeniyle, bu Tüzüğün sadece üye devlet vatandaşları hakkında uygulanacağı, üçüncü ülke vatandaşları hakkında uygulanamayacağı sonucunu çıkarıyoruz, zira Topluluk içerisinde dolaşım hakkı sadece üye devletlerin vatandaşlarına tanınmış bir

⁴⁶ GÜNUĞUR Haluk, “AET’de ve Türkiye Topluluk İlişkilerinde İşçilerin Serbest Dolaşımı”, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 64.

⁴⁷ REİSOĞLU Seza, Ortak Pazar Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 316, Şefik Matbaası, Ankara 1973, s. 64.

⁴⁸ OJ L 149, 05.07.1971, P. 2-50. Resmi adı, Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the Application of Social Security Schemes to Employed Persons and Their Families Moving within the Community olan bu tüzük, 1973–2005 yılları arasında kabul edilen çeşitli tüzüklerle değişikliklere uğramış, son olarak, 647/2005 sayılı Tüzük ile bazı hükümleri değiştirilmiştir: OJ L 100, 06.04.2005. Bu Tüzük, bundan sonra kısaca “1408/71 sayılı Tüzük” olarak anılacaktır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT Celal, “AB Tüzüklerinin Düzenleme Alanlarına Bir Örnek: 1408/71 Sayılı Sosyal Güvenlik Tüzüğü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 21, S. 1, Ocak 2007, s. 22.

haktır. Ayrıntılı düzenlemeler içeren, 1408/71 sayılı Tüzük, Avrupa Birliği sosyal güvenlik hukukunun temel düzenlemesidir. Bu Tüzüğün kapsamı zaman içerisinde yapılan değişikliklerle genişlemiş ve 1408/71 sayılı Tüzük, AB içerisinde yer değiştiren işçileri, serbest çalışanları ve bu kişilerin aile bireylerini kapsamına alarak, bu kişilerin sosyal güvenliklerinin sağlanması hususunda birincil kaynak haline gelmiştir. Bu Tüzük, üye ülkelerin birbirinden farklı olan ulusal düzenlemeleri arasında koordinasyon sağlayarak serbest dolaşım hakkından yararlanan kişilere sosyal koruma sağlamaktadır. 1408/71 sayılı Tüzük ile amaçlanan, sosyal güvenlik sistemleri birbirinden farklı olan üye devlet mevzuatları arasında bir uyum sağlamaktan ziyade; serbest dolaşım hakkından yararlanan kişilerin, hangi üye devlete giderlerse gitsinler, bulundukları ve/veya çalıştıkları devletin sosyal güvenlik imkanlarından faydalanmalarını temin etmek, sosyal güvenlik alanındaki hakların kazanılması açısından farklı üyelerde geçirilen sürelerin birleştirilmesini sağlamak ve sosyal güvenlik alanında vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı yasaklamaktır. Üye devlet vatandaşları tarafından serbest dolaşım hakkı kullanıldığı sırada, kişilerin sosyal güvenlik haklarının kaybolması, serbest dolaşım hakkını zedeleyici sonuçlar doğurabileceğinden, Avrupa Birliği, bu süreçte, üye ülkeleri bağlayıcı düzenlemeler yapmak ve bazı temel prensipler üzerinde anlaşma sağlamak suretiyle, sosyal güvenlik haklarının kaybının serbest dolaşım hakkına zarar vermesini engelleyici tedbirler almıştır⁴⁹. 1408/71 sayılı Tüzüğün kabul edilmesi de bu amaçtan hareket edildiğinin göstergesidir. 1408/71 sayılı Tüzük ile, sosyal güvenlik alanında üye ülkelerin sosyal güvenlik sistemlerini tek bir normda bir araya getirmek yerine, üye ülkelerin sosyal güvenlik sistemlerinin koordinasyonu sağlamak suretiyle, serbest dolaşım haklarını kullanan üye devlet vatandaşlarının zarara uğramaları önlenmiştir. 1408/71 sayılı Tüzüğün ilk maddesinde, çalışılan ülkenin sosyal güvenlik hukuku kapsamında sosyal yardımlara hak kazanacak kişilerin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Söz konusu maddeye göre, sınır işçileri ve mevsimlik işçiler de, bu Tüzük kapsamında, çalıştıkları üye ülkenin sosyal yardımlarına hak kazanabilirler. Ancak, belirtmek gerekmektedir ki, gerek AT Antlaşmasının 42. maddesi ile gerekse 1408/71 sayılı Tüzük ile amaçlanan, üye devletlerin sosyal güvenliğe ilişkin mevzuatlarının,

⁴⁹ Bu konudaki açıklamaları için bkz. ARICI Kadir, Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel İlkeleri ve Türk Sosyal Güvenlik Mevzuatının Uyum Meselesi, AB-Türkiye Endüstri İlişkileri, Beta Yayınları, Alpay Hekimler (Editör), Ağustos 2004 İstanbul, s. 633.

diğer üye devlet vatandaşlarına, herhangi bir ayırım yapılmaksızın uygulanmasıdır. 1408/71 sayılı Tüzük genel olarak değerlendirildiğinde, bu Tüzüğün, vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı engellenmesi, kişilerin çalıştıkları üye ülkelerin ulusal sosyal güvenlik mevzuatlarına tabi olmalarının sağlanması, kişinin bir üye ülkedeki ikametinin son bulup bir başka üye ülkede ikamet etmeye başlaması durumunda kişi ile birlikte kişinin kazanmış olduğu sosyal güvenlik haklarının da transferinin sağlanması ve üye devletlerde geçen sigortalılık sürelerinin birleştirilmesi amacıyla üye devlet mevzuatları arasında koordinasyon amacı taşıdığını söylemek mümkündür.

AT Antlaşmasının 43. maddesi (eski madde 52) ise, serbest meslek sahiplerinin Topluluk içerisinde sürekli olarak ekonomik faaliyetlerde bulunma ve işletmeler kurmak suretiyle ekonomik faaliyetlerini sürdürme hakkını düzenlemiştir⁵⁰.

Her ne kadar emeğin serbest dolaşımı ile ilgili düzenlemelerden yalnızca işçiler yararlanmaktaysa da, işçilerin serbest dolaşımı konusu, ilerleyen zamanlarda öğrencileri, emeklileri, işçilerin aile bireylerini de kapsar bir hale gelmiştir. Bu nedenle, konu “Kişilerin Serbest Dolaşımı” başlığı altında incelenmeye başlanmıştır⁵¹. Burada önemli olan, bu haktan yararlanmak isteyen kişinin bir işçi ya da bir işçinin aile bireyi olduğunu ortaya koymasıdır.

2.2 AVRUPA EKONOMİK TOPLULUĞU İLE TÜRKİYE ARASINDA ORTAKLIK TESİS EDEN ANKARA ANLAŞMASI VE KATMA PROTOKOL

Ankara Anlaşması ile Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında bir ortaklık ilişkisi⁵² kurulmuştur. Türkiye ile Topluluk arasındaki ilişkiler, esas olarak Ankara Anlaşması’na dayanmaktadır⁵³. AT ile Türkiye Arasında Bir Ortaklık Tesis Eden

⁵⁰ KARLUK Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2005, s. 264.

⁵¹ AYHAN Sinan, Avrupa Birliği’nde Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Türkiye için Müzakere Süreci, Uzmanlık Tezi, AB Genel Sekreterliği, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi, Ankara Mayıs 2004, s. 14.

⁵² Ankara Anlaşmasının 1. maddesine göre: “*Bu Anlaşma ile Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık kurulmuştur.*”

⁵³ LICHTENBERG Hagen, “Turkey and The European Union”, MJES, Vol. 6, No. 1, 1998, s. 142.

Ankara Anlaşması⁵⁴, AT Antlaşmasının 238. maddesinde (eski madde 181) belirtilen prosedüre uygun olarak, Topluluk tarafından müzakere edilmiş, taraflarca imzalanmış ve Türkiye ile Topluluk üye devletleri tarafından onaylanmış bir ortaklık anlaşmasıdır. Ortaklık anlaşmaları, Avrupa Birliği ile Avrupa Birliği'ne üye olmayan ülkeler arasında ortaklık ilişkisi kuran anlaşmalardır⁵⁵. Yapılışı açısından sui generis (kendine özgü) bir uluslararası anlaşma olan Ankara Anlaşması, Topluluk hukuku açısından ise, bir ticaret anlaşmasından daha ileri bir anlamı olmakla birlikte, Topluluğa girişi sağlamayan bir anlaşmadır⁵⁶. Ankara Anlaşması, bir taraftan Türkiye'yi, diğer taraftan Topluluğu ve üye devletleri bağlayıcı nitelikte, uluslararası bir taahhüttür. Ancak, işlevleri bir devletin Topluluğa girişini sağlamak olan katılım anlaşmalarından farklı olarak, Ankara Anlaşması, belirli kişi ya da topluluklara kendiliğinden ve doğrudan uygulanabilir nitelikte hak ve yükümlülükler yaratmamaktadır. Bundan dolayı, Ankara Anlaşması, kendine has özellikleri bir yana dursun, uluslararası hukuk anlamında klasik bir antlaşma niteliğindedir⁵⁷.

Bu noktada, “doğrudan etki” (direct effect) ve “doğrudan uygulanabilirlik” (direct applicability) kavramları üzerinde durmanın faydalı olacağı kannatindeyiz. Doğrudan etki ve doğrudan uygulanabilirlik, Topluluk hukukunun ulusalüstü karakterini belirleyen en önemli özelliklerinden ikisidir⁵⁸. “Doğrudan Etki” ifadesi, Topluluk hukuku tarafından tanınan ve bireyler tarafından ulusal mahkemeler nezdinde doğrudan ileri sürülebilecek nitelikte haklar içeren Topluluk hukuku kurallarını ifade etmektedir⁵⁹. Bu ifade, ilk defa Adalet Divanı'nın Van Gend en Loos kararı⁶⁰ ile ortaya

⁵⁴ Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında bir ortaklık ilişkisi kuran bu Anlaşma, bundan sonra, kısaca “Ankara Anlaşması” olarak anılacaktır.

⁵⁵ POLAT Celal, “Türk İşçilerinin Hakları: İçtihat Hukukunun Gelişiminin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 4, Temmuz 2005, s. 30.

⁵⁶ LASOK Dominik, “The Ankara Agreement: Principles and Interpretation”, Marmara Üniversitesi, Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1- 2, Yıl: 1991, s. 27.

⁵⁷ LASOK, 27.

⁵⁸ DOĞU Umut, Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulanma Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi, Kamu Hukuku Arşivi, Eylül 2004, s. 1, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm (20.07.2007).

⁵⁹ BAYKAL Sanem, AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Araştırma Dizisi No. 14, Ankara 2002, s. 41-44.

konmuştur. Doğrudan etki, Topluluk hukukunun ulusal hukukun bir parçasını teşkil ettiği ve ulusal mahkemeler nezdinde ileri sürülebileceği anlamına gelmektedir. Doğrudan etkiye sahip bir düzenlemeden kaynaklanan hak, devlete karşı ileri sürülebiliyorsa “dikey doğrudan etki”, bireyler arasında ileri sürülebiliyorsa “yatay doğrudan etki”den bahsedilmektedir⁶¹. “Doğrudan Uygulanabilirlik” ise, bir Topluluk tasarrufunun, üye devletlerin söz konusu tasarrufu iç hukuka aktarma işlemine ihtiyaç olmaksızın, çıkarıldığı an bir iç hukuk tasarrufu gibi geçerlilik kazanmasını ifade eden kavramdır⁶². Doğrudan uygulanabilirlik, AT Antlaşmasının 249. maddesi (eski madde 189) ile sadece tüzüklere atfedilmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında, tüzüklerin tüm üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir. Doğrudan uygulanabilirliğin sadece tüzükler için geçerli olmasının sebebi, uygulamada Birlik organları tarafından çok fazla sayıda tüzük çıkarılması ve her bir tüzüğün iç hukuka aktarılmasının güçlüğüdür. Tüzükler ile istenen sonuçlara erişebilmek açısından, tüzüklerin doğrudan doğruya iç hukukun parçası olduğu kabul edilmektedir⁶³. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan etki ve doğrudan uygulanabilirlik kavramları, birbirleriyle sıkı sıkıya bağlantılıdır, bu yakın bağlantı, çalışmanın ikinci bölümünde incelenmiş olan Adalet Divanı kararlarında daha net görülecektir, zira Divan ve Divan’a ön karar başvurusunda bulunan üye devletlerin ulusal mahkemeleri, her iki kavramı içi içe kullanmaktadırlar. Ancak, her ne kadar doğrudan etki ile doğrudan uygulanabilirlik kavramları arasında yakın bir ilişki bulunsu da, esasında iki kavram

⁶⁰ C-26/62, ECR 1963, P. 1. Divan, bu kararı ile, Topluluğun, üye devletlerin, sınırlı alanlarda da olsa, egemenlik yetkilerini lehine sınırlandırdıkları yeni bir milletlerarası hukuk düzeni meydana getirdiğini ifade etmiştir. Divan’ın bu içtihadı hakkındaki yorumları için bkz. BAŞLAR Kemal, Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu, s. 4, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-AB-anayasa.pdf> (24.07.2007); ÇELENK Sevdanur, Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi, Hukuk Dünyası Dergisi, Yıl: 16, S: 2006/1, Ocak-Mart 2006, Alemdar Ofset, s. 79; GÜRBÜZ Hasan, Gümrük Birliği Anlaşmasının Anayasanın Başlangıç Kısımına Aykırılığı ve Egemenlik İlkesi ile Çelişmesi, Yeni Hayat Dergisi, S. 47/1998, s. 4, <http://www.yenihayat.org/dergi/1998/47/9.html> (24.07.2007); İNCEOĞLU Sibel, Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı, s. 4, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/sibel.pdf> (24.07.2007).

⁶¹ DOĞU, 1.

⁶² ECEVİT Kenan, KAVALLALI Özlen, ÖZDEMİR SAHİR, AB Sözlüğü, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Ekim 2004, s. 27, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/sozluk.pdf> (20.07.2007).

⁶³ DOĞU, 4.

arasındaki fark şu şekilde açıkça tespit edilebilir: Doğrudan uygulanabilirlik, doğrudan etki için *yeterli* bir ön şart olmakla birlikte, *gerekli* bir ön şart değildir⁶⁴.

Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, Türkiye ile Topluluk arasında işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili önemli düzenlemeler içermektedir. Topluluk hukuku anlamında, Ankara Anlaşması'nın birinci hedefi, Topluluk ile Türkiye arasında bir gümrük birliği yaratmaktır. Bununla birlikte, daha sonra üzerinde duracağımız gibi, amacı sadece gümrük birliğini gerçekleştirmek olmayan Ankara Anlaşması, diğer bazı alanlarda da ekonomik işbirliğini sağlayıcı ve Türkiye'nin Topluluğa tam üyeliğine yardımcı etkiye sahiptir.

Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında imzalanan Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği'nde serbest dolaşımını öngören birincil yasal dayanaklardır. Birincil kaynakların ne şekilde uygulanacağı konusundaki Ortaklık Konseyi Kararları ve Adalet Divanı'nın ön sorun yoluyla verdiği kararlar ise ikincil kaynak niteliğindedir.

Ankara Anlaşması, AT'nin ilk uluslararası anlaşmalarından biridir⁶⁵. Altı ülke tarafından (Almanya, İtalya, Belçika, Lüksemburg, Hollanda, Fransa) 25 Mart 1957 tarihinde imzalanan AT'yi kuran Roma Anlaşması'nın 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 1959 yılında, önce Yunanistan, Yunanistan'ı takiben de Türkiye 31 Temmuz 1959'da, bir "ortaklık" kurmak için AT'ye başvurmuşlardır⁶⁶. Türkiye'nin, uzun dönemde, batı Avrupa'da kurulabilecek siyasal bir birliğin dışında kalmak istememesi ve AT'nin Yunanistan'a vereceği tavizlerden pay almak istemesi, bu başvurunun en önemli sebepleridir⁶⁷.

Topluluk, AT Antlaşmasının 238. maddesi (eski madde 181) uyarınca yapılmış olan bu ortaklık istemini olumlu yanıtlamıştır. Bu yanıt, ağustos aylarında

⁶⁴ ARNULL Anthony, The European Union and Its Court of Justice, Oxford University Press, New York 1999, s. 108.

⁶⁵ ARI Hareketi (ARI), Değişim ve Gelişim Sürecinde AB ve Türkiye, Düşünce ve Toplumsal Gelişim Derneği Yayınları, 1. Bastı, İstanbul Ekim 2001, s. 81.

⁶⁶ ARI, 82.

⁶⁷ ARI, 82.

Topluluk servislerinin genellikle çalışmamasına rağmen, Türkiye'ye 11 Eylül 1959'da ulaşmıştır⁶⁸. 1959 yılının Eylül ayında yapılan ilk müzakereleri, sonuncusu 20 Haziran 1963'te tamamlanan diğer dokuz müzakere izlemiştir⁶⁹. Türkiye ile AT, 12 Eylül 1963 tarihinde aralarında bir ortaklık kuran Ankara Anlaşması'nı imzalamış ve bu Anlaşma 1 Aralık 1964'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Ankara Anlaşması'nı imzalayarak, Avrupa Topluluğu üyesi olma yönündeki iradesini açıklamıştır⁷⁰.

Ankara Anlaşması, Türkiye ile Topluluk arasında hazırlık, geçiş ve son dönem olarak adlandırılan üç kademedede tamamlanacak bir ortaklık ilişkisi kurmuştur.

Anlaşma ile taraflar arasında zaman içinde gümrük birliğinin tamamlanması, ekonomi politikalarını yakınlaştırarak, Türkiye'nin AB'ye tam üyeliğinin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.

Hazırlık dönemi, Ankara Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle yani 1 Aralık 1964'te başlamış, Ankara Anlaşmasının 3. maddesinin 2. fıkrasında, süresi, Geçici Protokol'de öngörülen usullere uygun uzatma dışında, beş yıl olarak belirlenmiş ve bu dönem içerisinde, Türkiye'nin geçiş ve son dönem yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için, Topluluğun yardımı ile ekonomisini güçlendirmesi öngörülmüştür. Bu dönem, fiilen on yıl sürmüş ve 1 Ocak 1973'te Katma Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte sona ermiştir.

Ankara Anlaşması, Türkiye ile Topluluk arasındaki ilişkilerin temel ilkelerini tespit eden karma nitelikli bir çerçeve anlaşmadır⁷¹. Bu nedenle, Ankara Anlaşmasında yer alan genel nitelikli hükümlerin somutlaştırılarak, uygulamaya konulmasını sağlamak üzere, 23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de Katma Protokol imzalanmıştır. 1 Ocak

⁶⁸ SARAÇOĞLU Tevfik, "Türkiye-Avrupa Ekonomik Topluluğu İlişkileri", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1- 2, Yıl: 1991, s. 49.

⁶⁹ SARAÇOĞLU, 49.

⁷⁰ ARI Tayyar, "Full Membership-Utopia? Problems and Prosperity in Turco-European Relations", MJES, Vol. 15, No. 1-2, 1997, s. 213, KARLUK Rıdvan, "Türkiye Avrupa Birliği'nin Neresindedir?", Türkiye -Avrupa Birliği İlişkileri Sempozyumu, Türk Ocakları Genel Merkezi- Ankara Ticaret Odası, 16-17 Mart 2001, Yayına Hazırlayan: Mustafa Akyol, Ankara Ofset, Ankara 2001, s. 37.

⁷¹ ÜNAL Şeref, "Avrupa Birliği Ülkelerindeki Türk Vatandaşlarının Hukuki Statüsü ve Mahkeme Kararları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1999, s. 434.

1973'te yürürlüğe giren Ankara Anlaşmasının ayrılmaz bir parçası olan⁷² Katma Protokol, Geçiş Dönemi'nin uygulanmasına ilişkin şart, usul, sıra ve süreleri belirlemektedir.

Katma Protokol, Topluluk ile Türkiye arasında, gümrük birliğini aşan bir bütünleşme öngörmüştür. Bu nedenle, Katma Protokol, malların serbest dolaşımına ilişkin hükümlerle yetinmeyip, aynı serbestiyi sermaye, iş gücü ve hizmetler açısından da öngörmüştür. O zamana kadar ikili anlaşmalar aracılığıyla yürütülen “göçmen Türk işçileri” sorunu, Katma Protokol ile kısmen de olsa Türkiye ile AT arasındaki ortaklık ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmeye başlanmıştır⁷³.

Ankara Anlaşmasının Katma Protokol ile düzenlenen Geçiş Dönemi'nin tamamlanmasını izleyen dönemde başlayan son dönem, Ankara Anlaşmasının 5. maddesi uyarınca, gümrük birliğine dayanır ve akit tarafların ekonomi politikaları arasındaki koordinasyonun güçlendirilmesini gerektirir. Ankara Anlaşması, son dönem için bir süre öngörmemiştir.

Ankara Anlaşmasının 12. maddesine göre, akit taraflar, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49 ve 50) esinlenmek hususunda uyuşmuşlardır. AT Antlaşmasının söz konusu hükümleri, Topluluk üyesi devlet vatandaşlarının diğer üye devlet topraklarında serbestçe yerleşerek çalışma ve iş kurma haklarını düzenlemiştir. Antlaşmanın 12. maddesindeki atıf dolayısıyla, Türk vatandaşlarının da bu haklardan aynı anlayış çerçevesinde yararlanmaları amaçlanmıştır. Ayrıca, Ankara Anlaşmasının 13. maddesi⁷⁴ ve 14. maddesi⁷⁵ ile bir adım daha atılarak, ikamet ve çalışma hakları

⁷² Ankara Anlaşmasının 30. maddesine göre: “*Akit Taraflarca Anlaşmaya eklenmesi uygun bulunan Protokoller, Anlaşmanın ayrılmaz parçalarıdır.*”.

⁷³ T.C. Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Avrupa Topluluğu ve Türkiye, 2. Bası, Ankara 1993, s. 210; T.C. Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği ve Türkiye, 5. Bası, Ankara 2002, s. 331.

⁷⁴ Ankara Anlaşmasının 13. maddesine göre: “*Akit Taraflar, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşmanın 52 ila 56. maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekte uyuşmuşlardır.*”.

özellikle vurgulanmış ve AT Antlaşmasının 43–54. maddelerine (eski maddeler 52–65) atıfta bulunulmuştur. AT Antlaşmasının söz konusu hükümlerinde, Topluluk üyesi devlet vatandaşlarının diğer bir üye devlet ülkesinde hiç bir ayırım yapılmadan bu haklardan yararlanmaları güvence altına alınmış, dolayısıyla Türk vatandaşlarının da aynı haklardan söz konusu hükümler çerçevesinde yararlanmaları öngörülmüştür. Ancak, konumuz serbest çalışanların hizmet edimini ve yerleşme serbestliğini kapsamadığından, bu çalışmada bu konu üzerinde durulmayacaktır. Taraflar, Ankara Anlaşması'nın 9. maddesi ile vatandaşlık dolayısıyla uygulanan her türlü ayırımın, AT Antlaşmasının 12. (eski madde 6) maddesinde yer alan ilke uyarınca yasak olduğunu kabul etmişlerdir.

Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler, Katma Protokolün 2. Kısımının 1. Bölümünde 36–40. maddeleri arasında yer almaktadır. Katma Protokolün 36. maddesinin 1. fıkrasına göre, Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasında işçilerin serbest dolaşımı, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde yer alan ilkelere uygun olarak, Ankara Anlaşmasının yürürlüğe girişinden sonra on ikinci yılın sonu ile yirmi ikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilecektir. Ankara Anlaşması, 1 Aralık 1964'te yürürlüğe girdiğine göre, söz konusu dönem, 1 Aralık 1976 ile 1 Aralık 1986 tarihleri arasındaki dönemdir.

Katma Protokolün 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Ortaklık Konseyi, bu konuda gerekli usulleri kararlaştıracaktır. Söz konusu düzenlemeye göre, serbest dolaşımın uygulanma yöntemlerinin saptanmasıyla görevli organ, Ortaklık Konseyi'dir. Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde yer alan ilkelere uygun şekilde gerçekleştirilmesi öngörülen serbest dolaşımın içeriği Ankara Anlaşmasının ayrılmaz bir eki olan Katma Protokolde düzenlenmiş, zaman içerisinde ayrıntılı düzenleme yapma görevi ise Ortaklık Konseyine bırakılmıştır.

Katma Protokolün hazırlandığı yıllar ile serbest dolaşımın gerçekleşmesi beklenen 1986 yılı sonlarındaki ekonomik durum ve iş gücü piyasasının aynı

⁷⁵ Ankara Anlaşmasının 14. maddesine göre: “*Akit Taraflar, hizmet edimi serbestliği kısıtlamalarını kaldırmak için, Topluluğu Kuran Antlaşmanın 55, 56 ve 58 ila 65. maddelerinden esinlenmekte uyumuşlardır.*”.

olmayacağı düşünülerek bu konuda karar alma yetkisi Ortaklık Konseyi'ne verilmiştir. Ankara Anlaşması ve Katma Protokolde serbest dolaşım hakkının içeriğinin belirtilip, uygulama usullerinin zaman içerisinde belirlenmesinin Ortaklık Konseyi'ne bırakılması, zamanın şartlarına uygun düzenlemeler yapılabilmesi açısından, kanaatimizce uygun olmuştur.

Katma Protokolün 36. maddesinde öngörülen serbest dolaşım hakkı, hem üye devletlerde bulunan Türk vatandaşlarına ve hem de Türkiye'de bulunan Topluluk üyesi devlet vatandaşlarına tanınmış bir haktır. Dolayısıyla, Katma Protokolde öngörülen bu hakkı, Türk işçilerinin tek taraflı olarak yararlanacağı bir hak olarak değerlendirilemez.

Katma Protokolün 36. maddesinde, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde öngörülen serbest dolaşımın en geç yirmi iki yıl sonra gerçekleştirilmesi hedeflenmesine rağmen, Ankara Anlaşmasının ilgili maddesi anlamında, hedeflenen serbest dolaşım gerçekleşmemiştir.

Katma Protokolün 37. maddesine göre, her üye devlet, Toplulukta çalışan Türk uyruklu işçilere, çalışma şartları ve ücret bakımından, Topluluk üyesi diğer devletlerin vatandaşı olan işçilere göre vatandaşlıklarından ötürü herhangi bir farklı işleme yer vermeyen bir rejim tanır. Bu maddeye göre, Topluluk üyesi bir devlet, ülkesinde çalışan bir üye devlet vatandaşı hakkında hangi rejimi uyguluyorsa, aynı rejimi, ülkesinde çalışan Türk vatandaşlarına da uygulamak durumundadır. Bir üye ülkede bulunan Türk vatandaşının çalışma şartları ile aldığı ücret, o ülkede bulunan ve aynı nitelikteki bir işte çalışan Topluluk üyesi devlet vatandaşının çalışma şartları ve aldığı ücret ile aynı olmalıdır ve kendisi hakkında, vatandaşlığı ileri sürülerek üye devlet vatandaşları hakkında uygulanan rejimden farklı bir rejim uygulanmamalıdır.

Katma Protokolün 38. maddesi *“Türkiye ile Topluluk üyesi Devletler arasında işçilerin serbest dolaşımının kademeli olarak gerçekleştirilmesine değin, Ortaklık Konseyi, Türk uyruklu işçilerin her üye Devlette çalışmalarını kolaylaştırmak amacıyla, bu işçilerin serbestçe meslek ve yer değiştirmelerinden ortaya çıkan bütün sorunları ve özellikle çalışma ve oturma izinlerinin uzatılmasını inceleyebilir.”* hükmünü içermektedir. Söz konusu maddede, burada öngörülen amacı gerçekleştirmek için,

Ortaklık Konseyinin üye Devletlere tavsiyelerde bulunabileceği belirtilmiştir. Nitekim Türkiye-Avrupa Topluluğu ilişkilerinin icra organı olan Ortaklık Konseyi, bu konularda 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarını kabul etmiştir. Söz konusu Ortaklık Konseyi Kararları, çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Topluluk içerisinde çalışan Türk işçilerinin ve ailelerinin sosyal güvenlikleri ile ilgili düzenleme getiren Katma Protokolün 39. maddesinde, Ortaklık Konseyi'nin bu Protokol'ün yürürlüğe girişinden itibaren bir yıl içerisinde, sosyal güvenlik alanında, Topluluk içerisinde yer değiştiren Türk işçileri ve bu kişilerin Topluluk içerisinde oturan aile bireyleri yararına hükümler tespit edeceği belirtilmiştir. İlgili maddede ayrıca bu hükümlerin, tespit edilecek usullere göre, Türk işçilerine yaşlılık, ölüm ve sakatlık gelir ve aylıkları ile işçi ve Topluluk içerisinde oturan aile bireylerine sağlanan sağlık hizmetleri yönünden, çeşitli üye devletlerde geçen sigortalılık veya çalışma sürelerinin birleştirilmesine imkân vereceği belirtilmiştir. Belirtilen düzenlemelerin, işçinin ailesinin Topluluk içerisinde oturması halinde, aile yardımlarının ödenmesini sağlayacak nitelikte olması gerektiği de aynı maddede ifade edilmiştir.

Katma Protokolün 40. maddesinde, AT Antlaşmasının 41. maddesinin (eski madde 50) üye devletlerce uygulama alanına konması sonucu alınan tedbirlerden esinlenerek, aralarında genç işçi değişimini kolaylaştırmak üzere Türkiye ve üye devletlere tavsiyelerde bulunabileceği belirtilmiştir.

Ankara Anlaşması ve Katma Protokol incelendiğinde bu düzenlemelerin hiç birinin, Türk vatandaşlarına bir üye devlette çalışmak üzere ilgili devlete serbestçe giriş yapma ve orada ikamet etme hakkı tanımamadığı sonucuna ulaşıyoruz. Türk işçilerinin, üye devletlerin iş gücü piyasalarına girişi, ilgili üye devletin iç hukukuna tabidir ve bu durum genellikle ilgili üye devlette çalışmak isteyen Türk işçisinin çalışma ve buna bağlı olarak ikamet izni almasını gerektirir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı hükümlerinin uygulanabilmesi için, bir Türk işçisinin bir üye devletteki işveren

nezdinde en az bir yıl süreyle ve kesintisiz ve yasal olarak çalışmış olması gerekmektedir⁷⁶.

2.3 ORTAKLIK KONSEYİ KARARLARI

2.3.1 Ankara Anlaşmasının 12. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin 2/76 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı

Ortaklık Konseyi, Katma Protokolün 36. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde serbest dolaşım ile ilgili esasları ilk olarak 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıyla belirlemiştir. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, hem üye devletlerde bulunan Türk vatandaşları, hem de Türkiye’de bulunan üye devlet vatandaşları hakkında uygulanmak üzere kabul edilmiştir. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının giriş kısmında, bu kararın 1 Aralık 1976 tarihinde başlayan ilk dört yıllık dönem için kabul edildiği, ileriki dönemler için uygulanacak kuralların ise süreç içerisinde Ortaklık Konseyi tarafından yeniden düzenleneceği belirtilmiştir.

20 Aralık 1976’da yürürlüğe girmiş olan 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Avrupa Topluluğu iş gücü piyasasında bulunan Türk işçilerinin çalışma ve ikamet haklarını düzenlemektedir.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, birinci dönem için, Katma Protokolün 36. maddesinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı kuralları oluşturmaktadır.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının serbest dolaşım konusunda Türk işçilerine tanıdığı haklar, söz konusu Kararın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Topluluk üyesi devletlerden birinde yasal olarak üç yıl boyunca çalışan bir Türk işçisi, Topluluk üyesi devlet vatandaşlarına tanınan önceliklere hak kazanır, normal şartlarda yapılan ve söz konusu devletin iş bulma kurumlarında iş, çalışma alanı ve bölge itibarıyla kaydı bulunan işlere başvurabilir. Topluluk üyesi devletlerden birinde beş yıl yasal olarak çalışan bir Türk işçisi, aynı ülkede kendi istediği herhangi bir ücretli işe girme serbestisine sahip olur. İlgili maddeye göre, yasal çalışma süresi hesaplanırken, yıllık izinler, hastalık, doğum ya da iş kazası nedeniyle kısa dönemle işten uzaklaşmalar

⁷⁶ KINSMANN/EKŞİ, 28.

hesaba katılır. Ancak, ilgili yetkili kurumlar tarafından belgelenen istem dışı işsizlik süreleri ve hastalık nedeniyle uzun süreli işi terk etme durumları yasal çalışma süresine dâhil edilmez. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2. maddesinin ikinci fıkrasında ise, ilk fıkranın uygulanması için gereken usullerin ulusal kurallar çerçevesinde tespit edileceği belirtilmiştir.

Söz konusu maddede, çalışma süresi açısından üç ve beş yıllık süre ayırımına gidilmiş, üye devletlerden birinde yasal olarak üç yıl kesintisiz şekilde çalışan Türk işçileri sadece bulundukları bölgedeki kendi mesleği ile ilgili açık işlere başvurma imkânına sahipken, üye devletlerden birinde yasal olarak beş yıl boyunca kesintisiz şekilde çalışan Türk işçileri o devlet içindeki herhangi bir bölgede, mesleği ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, dilediği işe girme serbestliğine sahip kılınmıştır. Türk işçilerine tanınan bu imkân kişinin çalışmakta olduğu üye devlet ülkesiyle sınırlıdır, Türk işçisinin bir başka üye devlette açık olan işlere başvurma gibi bir hakkı söz konusu değildir. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2. maddesine göre, örneğin, Lüksemburg’da beş yıl boyunca yasal olarak kesintisiz şekilde çalışmış olan bir Türk işçisi, Lüksemburg sınırları içerisinde, dilediği bölgede ve dilediği işte çalışma imkânına sahiptir. Aynı kişinin Fransa’da açık olan bir işe başvurması mümkün değildir. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2. maddesinin birinci fıkrası, bir üye devlette üç yıl boyunca yasal olarak kesintisiz şekilde çalışmış olan Türk işçilerinin açık işlere başvurma hakkını bölgesel ve mesleki açıdan sınırlandırmakta, aynı maddenin ikinci fıkrası ise, aynı şartlarda beş yıl boyunca çalışmış olan Türk işçilerinin açık işlere başvurma hakkını böyle bir sınırlandırmaya tabi tutmayarak, buradaki sınırı, kişinin beş yıl boyunca kesintisiz şekilde çalışmış olduğu üye devlet ülkesi olarak göstermiştir.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3. maddesinde; yasal olarak aileleri ile birlikte bir Topluluk üyesi devlette ikamet eden çocukların, genel eğitim çerçevesindeki eğitim olanaklarından faydalanacağı belirtilmiştir. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, 3. maddesiyle, üye devletlerde bulunan Türk işçilerinin çocukları ile Türkiye’de bulunan üye devlet vatandaşlarının çocuklarına, eğitimleri sırasında bulundukları devlet ulusal mevzuatı tarafından öngörülen bütün imkânlardan yararlanma hakkını tanımaktadır.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Türk işçilerine diğer üçüncü ülke vatandaşlarına nazaran öncelik tanıyan 5. maddesine göre; Topluluk, eğer talep ettiği iş gücünü üye devletlerin iş gücü piyasasından karşılayamıyorsa ve yasa, tüzük ya da idari kararlar ile belirlenen hükümler çerçevesinde, iş gücü açığını üye devlet vatandaşı olmayan işçiler ile karşılanmasına ilişkin bir karar mevcut ise, Türk işçilerine öncelik tanınacaktır. Kanaatimizce, bu düzenleme ile, Türk işçileri, üye devlet vatandaşları ile aynı seviyede olmasa da, üçüncü ülke vatandaşları ile mukayese edildiğinde, ayrıcalıklı bir konuma sahip kılınmışlardır.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesine göre; Topluluk üyesi devlet ya da Türkiye, eğer iş gücü piyasalarının dengesinin bozulduğu ya da bozulacağı tehlikesi nedeniyle belli bir bölgede, etkinlik alanında ya da belli bir iş kolundaki yaşam standartlarını ya da istihdam seviyesini ciddi boyutta tehlikeye sokacağı kanısına varılırsa, ilgili devlet 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(a) ve 2(1)(b) maddelerini uygulamaktan kendiliğinden kaçınır. İlgili devlet, bu tür geçici kısıtlamalardan Ortaklık Konseyini haberdar eder. Bu düzenlemeye göre, üç ya da beş yıllık yasal çalışma sürelerini tamamlayan Türk vatandaşlarının veya üye devlet vatandaşlarının elde edecekleri haklar, ancak 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinde belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde sınırlandırılabilir ve bu sınırlamalar, sadece geçici nitelikte olabilir.

Bunun yanı sıra, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinde, Topluluk üyesi devletler ve Türkiye'nin, sınırları içerisinde yasal olarak çalışan ve ikamet eden işçilere, işe girme konusundaki şartlara yeni kısıtlamalar getiremeyeceği belirtilmiştir. Topluluk hukukunda bu kural “stand-still”⁷⁷ olarak adlandırılmaktadır. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesine benzer bir düzenleme, Katma Protokolün “*yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar konması*”nı yasaklayan 41. maddesinde de yer almaktadır. “Mevcut durumun daha kötüye

⁷⁷Bu konudaki açıklamaları için bkz. ÇİÇEKİLİ Bülent, “Türkiye-AB Ortaklık Hukuku Çerçevesinde Türkiye’deki AB Vatandaşlarının Çalışma ve İkamet Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, C. 19-20, S. 1-2, Yıl: 1999-2000, s. 218; http://www.turkaydanismanlik.com/tr/docs/Turk_AB_Ortaklik_Hukuku_Cercevesinde_Turkiyedeki_AB_vatandaslarinin_calisma_ve_ikamet_haklari_uzerine_bir_degerlendirme.pdf (13.02.2007).

götürülememesi kuralı” anlamına gelen stand-still kuralını, ayrıca, Ankara Anlaşmasının 13 ve 14. maddeleri ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinde görmek mümkündür. Bu koruma klozu sayesinde, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, hem üye devletlerin hem de Türkiye’nin, kendi aralarında, sınırları içerisinde yasal olarak çalışan ve ikamet eden işçilere, işe girme konusunda yeni kısıtlamalar getirmeleri mümkün değildir. Ancak bu koruma klozunun mevcudiyetine rağmen bir kısıtlama getirilmiş olması durumunda, söz konusu kısıtlamalar gerek üye ülkelerdeki vatandaşlarımız gerekse Türkiye’deki üye devlet vatandaşları hakkında uygulanmayacaktır.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 8. maddesi “*Bu Karar, eğer vatandaşlarına daha büyük avantaj sağlıyorsa, ulusal kanunlarında ve Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasında mevcut ikili anlaşmalarda yer alan hak ve yükümlülükleri etkilemez.*” hükmünü içermektedir. Düzenlemeye göre, söz konusu Karardan daha elverişli hükümler içeren ikili anlaşma ve ulusal mevzuat hükümleri uygulanacak, diğer düzenlemelerin yerini ise 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı hükümleri alacaktır.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinde, bu Karar hükümlerinin kamu politikaları, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı gerekçeleri nedeniyle belli kısıtlamalara tabi olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10. maddesi “*bu Karar, hükümlerinin uyumlu bir şekilde uygulanabilmesi, uygulamalarının iç piyasasında bozukluk meydana getirme tehlikesi yaratmadan yerine getirilmelerini sağlamak için Ortaklık Konseyi üye devletlerin ve Türkiye’nin istihdam durumu konusunda haberdar edilir.*” hükmünü içermektedir.

Durum, hukuki açıdan böyle olmakla birlikte, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ve dolayısıyla Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki ilişkilerinde uygulamaya konulamamıştır. Topluluk iş gücü piyasasında çalışan Türk işçi sayısının Türkiye’de çalışan üye devlet vatandaşları ile kıyaslanamayacak boyutta olması, Topluluğun Türk işçilerine serbest dolaşım hakkını

vermek istememesinin en önemli sebebidir. Ekonomik açıdan bakıldığında, Ankara Anlaşmasının ayrılmaz bir parçası olan Katma Protokolün hazırlanma sürecinde (1969–1970 yılları) Avrupa Topluluğu iş gücü piyasası, yabancı işçi kabulüne elverişli bir durumdaydı. Bu elverişliliğin uzun yıllar süreceği inancında olan üye devletler, Türk vatandaşlarına ve diğer üçüncü ülke vatandaşlarına iş arzında bulunmaktaydı. Ancak üye devletlerin ekonomileri 1973–1974 yıllarında ortaya çıkan petrol krizi nedeniyle gerileme dönemine girmiş ve bu tahminler yanılgıya dönüşmüştür. Kendi vatandaşlarına iş veremez duruma düşen üye devletler, birkaç yıl önce ülkelerine kabul etmiş oldukları üçüncü ülke vatandaşlarına iş imkânları tanıyamamışlardır. Avrupa Topluluğu Komisyonu yetkilileri, Katma Protokol ile Türkiye’ye tanınan bu hakkı, ilerleyen yıllarda bir *gençlik günahı* olarak nitelendirmişlerdir⁷⁸.

2.3.2 Ortaklığın Geliştirilmesine İlişkin 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı

2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, tatmin edici hükümler içermediği ve özellikle sosyal alanda iyileştirmelerin gerekli olduğu gerekçesiyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı⁷⁹ ile değiştirilmiştir⁸⁰. Böylelikle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Türk işçileri için serbest dolaşımın birinci aşamasını belirleyen 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yerini almıştır. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının süresi üç yıl olarak belirlenmiş ve 30 Kasım 1983’te sona erecek şekilde kabul edilmiştir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı da, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı gibi, hem üye devletlerde bulunan Türk vatandaşları, hem de Türkiye’de bulunan üye devlet vatandaşları hakkında uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

1 Aralık 1980 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci bölümünde, 6. ve 18. maddeleri arasında işçilerin serbest dolaşımı ve sosyal haklarıyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Çalışma koşulları ve ücretlerde ayrımcılık yapılmaması kuralını içeren bu düzenlemelerde daha önceden kazanılmış

⁷⁸ KESKİN, 70.

⁷⁹ OJ L 65 11.03.1981.

⁸⁰ Değişiklik sebebi için bkz. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 4.

hakların geriye götürülmesi engellenmektedir⁸¹. Sosyal açıdan, genellikle üye devletlerde yaşamakta olan Türk vatandaşlarının durumlarıyla ilgili olan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı bu kişilerin hukuki durumlarının iyileştirilmesine yönelik önemli düzenlemeler içermektedir⁸².

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi, hâlihazırda yasal olarak bir üye devletin iş gücü piyasasına dâhil olmuş Türk işçilerine şu hakları tanımaktadır:

(1). O üye devlette bir yıl yasal olarak çalışmış bir Türk işçisi, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yeniletme hakkına sahiptir.

(2). O üye devlette, üç yıl yasal olarak çalışmış bir Türk işçisi, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına sahiptir.

(3). O üye devlette, dört yıl yasal olarak çalışmış bir Türk işçisi, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yıllık izinler ile analık, iş kazası veya kısa süreli hastalık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlıklar, yasal çalışma süreleri olarak kabul edilir. Söz konusu düzenlemeye göre, yetkili makamlar tarafından usulüne uygun biçimde belgelenmiş iradi olmayan işsizlik süreleri ile hastalıktan kaynaklanan uzun süreli devamsızlıklar, yasal çalışma süresine dâhil edilmemekle birlikte, daha önceki çalışma süresinde kazanılmış hakları da etkilemez. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, ilk iki fıkranın uygulanması için gereken usullerin ulusal mevzuatlar uyarınca tespit edileceği belirtilmiştir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararından bir adım daha ileri giderek, kişinin dilediği işlere başvurabilmesi için gerekli olan beş yıllık çalışma süresini dört yıla indirmiştir. Kanaatimizce, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi

⁸¹ GÜMRÜKÇÜ, 193.

⁸² GÜMRÜKÇÜ, 193.

Kararı ile kişinin dilediği işlere başvurabilmesi için gerekli olan yasal çalışma süresinin beş yıldan dört yıla indirilmesi, söz Konusu Karar kapsamındaki kişiler için olumlu bir düzenlemedir, zira bu değişiklik sayesinde, Karar kapsamındaki kişiler, aynı haklara, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile mukayese edildiğinde, bir yıl daha yasal olarak çalışmalarına gerek olmaksızın sahip olabileceklerdir.

Bu haklardan yararlanmanın ön koşulu, ilgili kişinin “işçi” niteliğine sahip olmasıdır. Ne yazık ki, AT Antlaşmasında “işçi” terimini açıklayan herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bu terimin anlamını ve uygulama alanını ilk kez Divan belirlemiştir. “İşçi” teriminin “kesin” tanımı ilk olarak Levin Davası’nda yapılmıştır⁸³. Bu davada, Adalet Divanı, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralların sadece “etkili ve gerçek bir iş ile meşgul olan, bir başkasının emir ve talimatı altında çalışan” kişileri kapsadığı sonucuna ulaşmıştır. Bundan dolayı Divan, sadece ekonomik bir faaliyette bulunan ya da bu amaçla iş aramakta olan kişilerin serbest dolaşımının garanti altına alındığına karar vermiştir. Bununla birlikte, Divan, “ekonomik faaliyet” kavramını tanımlamamış, buna karşılık, bir dizi kararında, hangi durumların “ekonomik faaliyet” kavramı ile bağdaşıp bağdaşmadığını tespit etmiştir⁸⁴. Divan, *Steymann*⁸⁵ davasında, ücret almaksızın bir dini mezhepte boru tesisatçısı olarak çalışmakta olan ancak ihtiyaçları bu topluluk tarafından karşılanan kişiyi işçi olarak nitelendirmiş, *Lawrie-Blum*⁸⁶ davasında, haftada birkaç saat eğitim veren bir antrenör hakkında da aynı sonuca ulaşmış, halbuki *Bettray*⁸⁷ davasında, işsizlik yardımı⁸⁸ alma karşılığında bir işçi yerleştirme projesi kapsamında çalışan kişiyi “işçi” olarak nitelendirmemiştir.

⁸³ C-53/81, D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie, ECR 1982, P. 1035, bu konuda bkz. CAIRNS, 184; BERMAN/GOEBEL/DAVEY/FOX, 615.

⁸⁴ CAIRNS, 184.

⁸⁵ C-196/87, Udo Steyermann v Staatssecretaris voor Justitie, ECR 1988, P. 6159, bu konuda bkz. CAIRNS, 184.

⁸⁶ C-66/85, Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg, ECR 1986, P. 2121, bu konuda yaptığı yorum için bkz. CUTHBERT Mike, European Union Law, Q & A Series, 4th Ed., London 2001, s. 173; BARNARD Catherine, The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms, Oxford University Press Inc. , First Publishing, USA 2004, s. 265.

⁸⁷ C-344/87, Bettray v Staatsecretaris van Justitie, ECR 1989, P. 1622, bu konuda yaptığı yorum için bkz. CAIRNS, 184.

⁸⁸ Avrupa Birliği sosyal güvenlik hukuku düzenlemeleri kapsamında, işsizlik yardımları, bireylere, işsizliğin ortaya çıkardığı olumsuzlukları gidermek amacıyla ödenir. Bu konuda bkz. SADRULEŞRAFİ

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ise, serbest dolaşım hakkından yararlanan Türk vatandaşlarının aile bireylerine ilişkindir. Bu maddeye göre, bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı bulunan bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip olan aile bireyleri, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, her türlü işe başvurma ve o üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra, diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptirler. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin son fıkrasına göre, ev sahibi üye ülkede bir mesleki eğitim programını tamamlayan bir Türk işçi çocuğu, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıl yasal olarak çalışıyor olması kaydıyla, söz konusu üye devlette, her türlü işe başvurma hakkına sahiptir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesine göre, Topluluğa üye bir devlette yasal olarak çalışmakta olan ebeveyni ile birlikte o üye devlette oturan Türk çocuklarının, bu üye devletteki genel eğitim, çıraklık eğitimi ve mesleki eğitim kurslarına kabul edilmelerinde, o üye devlet vatandaşlarının çocukları için istenen giriş koşulları aranır. Aynı düzenlemeye göre, Türk çocukları, o üye devlette, bu alandaki ulusal mevzuat çerçevesinde sağlanan avantajlardan yararlanabilirler. Bu düzenleme ile, üye ülkelerde yasal olarak çalışan Türk işçilerinin çocuklarının eğitim hakları teminat altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, üye ülkelerde çalışan vatandaşlarımızın çocukları, eğitim konusundaki her türlü haklarını, bulundukları üye devlet vatandaşları ile eşit şartlarda kullanabileceklerdir. Bu konuda, örneğin, Almanya’da yasal olarak çalışan bir Türk işçisinin kızı, bir mesleki eğitim programına başvurulması veya böyle bir programın tamamlanarak sertifika alınması hususundai bir Alman çocuğu ile eşit muameleye tabi tutulacaktır.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10. maddesinde, Topluluk üyesi devletlerin, iş gücü piyasalarına yasal olarak dâhil olan Türk işçilerine, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, Topluluk işçilerine göre farklılık içermeyen bir rejim uygulayacakları, bu çerçevede söz konusu Türk işçilerinin ve aile bireylerinin, iş

Hüseyin Ali, “3201 Sayılı Kanunun Uygulanmasında Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye’ye Kesin Dönüş Yaptıktan Sonra Oradan Kısa Bir Süre İşsizlik Yardımı Almalarının Sosyal Güvenlik Hakkına Etkisi”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, S. 2, Yıl: 22, 2002, s. 691.

ararlarken, iş bulma kurumlarının yardımından, Topluluk işçileri ile aynı şartlar altında faydalanacakları belirtilmiştir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10. maddesinde de, AT Antlaşmasının 12. maddesinde düzenlenen vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmaması genel prensibinin bir özel görüntüsüne rastlamaktayız. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10. maddesi, çalışma şartları açısından, ülkelerde bulunan vatandaşlarımız ile vatandaşlarımızın çalıştığı üye ülkenin vatandaşları arasında ayrımcı muameleleri engelleyici niteliktedir. Bu düzenlemeye göre, örneğin, Fransa'daki bir lokantada garson olarak çalışan bir Türk işçisinin fazla mesaiye kaldığı zaman aldığı ücret ile, aynı lokantada garson olarak çalışan bir Fransız vatandaşının fazla mesaiye kaldığı zaman aldığı ücret eşit olmalıdır. Hollanda'daki bir iş bulma kurumunun listesinde beş aydır iş arayan olarak kayıtlı olan bir Türk vatandaşı ile aynı listede iki aydır iş arayan olarak kayıtlı olan bir Hollanda vatandaşı olduğunu ve her iki kişinin de mesleki anlamda aynı niteliklere sahip olduklarını düşünürsek, bu düzenleme sayesinde, söz konusu kişilerin niteliklerine uygun bir iş arzı olduğunda, Hollanda iş bulma kurumunun sırf Hollanda vatandaşı olması nedeniyle, Türk işçisinden daha kısa bir süre iş arayan olarak listede kayıtlı olan Hollanda vatandaşını söz konusu işe yerleştirememesi, eşit işlem ilkesi uyarınca, o listede beş aydır iş arayan olarak kayıtlı olan Türk vatandaşına öncelik vermesi gerekir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 12. maddesine göre, Topluluk üyesi bir devlet veya Türkiye, kendi iş gücü piyasasında bir bölge, faaliyet kolu veya meslek bakımından, yaşam standardını veya istihdam seviyesini ciddi bir şekilde tehlikeye düşüren olumsuzluklarla karşı karşıya kalır veya kalma tehlikesi geçirirse, ilgili devlet kendiliğinden 6. ve 7. madde hükümlerini uygulamaktan kaçınabilir. İlgili devlet bu geçici kısıtlamayı Ortaklık Konseyi'ne bildirir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinde ise, Topluluk üye devletleri ve Türkiye'nin, kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve çalışan işçilere ve onların aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarına, yeni kısıtlamalar getiremeyeceği belirtilmiştir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin birinci fıkrasında, bu kısımda yer alan hükümlerin, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine

dayanan kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla uygulanacağı belirtilmiştir⁸⁹. Görüldüğü üzere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin ilk fıkrasındaki bu düzenleme, AT Antlaşmasının 39. maddesi ve buna bağlı olarak 64/221 sayılı Direktif ile doğrudan bağlantılıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, aynı sınırlamaların üye devlet vatandaşları için de geçerli olmasıdır. Bu nedenle, üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşları, bulundukları üye ülkelerin ulusal mevzuatları farklı düzenlemeler içerse de, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesi uyarınca, üye devlet vatandaşları ile aynı sınırlamalara tabi tutulabilirler. Her ne kadar 64/221 sayılı Direktif sadece üye devlet vatandaşlarına uygulanabilir nitelikte ise de, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesi sayesinde, kanaatimizce, zımnen de olsa, Türk vatandaşları da bu Direktif kapsamına alınmıştır. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin ikinci fıkrasında ise, bu hükümlerin, ulusal mevzuat veya Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasında mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle, bu mevzuat veya anlaşmalar kendi vatandaşları yararına daha elverişli bir rejim öngördüğü ölçüde, hâle getirmeyeceği belirtilmiştir.

2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları ile üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarının durumu, üye devlet vatandaşları ile aynı düzeyde olmasa da, üçüncü ülke vatandaşları ile mukayese edildiğinde kısmen ayrıcalıklı bir düzeye çıkarılmıştır. Söz konusu Ortaklık Konseyi Kararları, üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarının ve onların aile bireylerinin, her bir üye devletin ulusal düzenlemelerine göre farklılık gösterebilecek konumlarının, bu genel düzenlemeler yoluyla uyumlaştırılmasını hedeflemektedir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili son düzenlemesi olan 16. maddesinde, bu kısımdaki hükümlerin, 1 Aralık 1980 tarihinden itibaren uygulanacağı ve Ortaklık Konseyi'nin, 1 Aralık 1983'ten itibaren uygulanabilecek çözümleri ortaya koymak için, özellikle söz konusu Kararın 15'inci maddesinde belirtilen faaliyet raporlarının ışığında, bu kısımdaki hükümlerin uygulanma sonuçlarını 1 Haziran 1983'ten itibaren inceleyeceği hükme bağlanmıştır.

⁸⁹ Bu konudaki görüşleri için bkz. YAVAŞI Mahmut, "Türk Uyraklu İş Görenlerin Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 4, Temmuz 2004, s. 34.

2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları, üye ülkelerde yaşayan Türk işçilerine, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına nazaran daha iyi bir hukuki statü sağlamaktadır. Ancak, söz konusu Ortaklık Konseyi Kararları, hedeflenen sonucu vermemiştir. Bunun nedeni, bazı üye devletlerin, ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarını iyi niyet belgesi olarak nitelendirerek uygulamamalarıdır. Başta Almanya olmak üzere, kimi üye devletler, ileride göreceğimiz gibi, ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarını kendi ulusal mahkemeleri aracılığıyla oldukça ters yorumlatmışlar ve ilgili düzenlemelerin anlamlarını büyük ölçüde yok etmişlerdir⁹⁰.

2.3.3 Avrupa Topluluklarına Üye Devletlerin Türk İşçileri ve Aile Bireylerine Uyguladıkları Sosyal Güvenlik Programlarına İlişkin 3/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı

Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması ve özellikle Katma Protokolün 39. maddesine dayanarak, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını kabul etmiştir. 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Topluluk ve Türkiye arasındaki görüşmelerin bir sonucu olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında mevcut olan düzenlemelerin ötesine giderek, Topluluk ülkelerinde bulunan Türk işçilerinin ve aile bireylerinin sosyal şartlarını iyileştirmek amacıyla kabul edilmiştir. 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının esas amacı, hâlihazırda Avrupa Birliği'nde yaşamakta olan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarını güçlendirmek ve durumlarını Avrupa vatandaşlarının durumlarına yakınlaştırmaktır⁹¹. Dolayısıyla, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarından farklı olarak, Kararın isminden de anlaşılabilceği üzere, sadece üye devletlerden birinin sınırları içerisinde çalışan ve ikamet eden Türk vatandaşları hakkında uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında, bu Kararın Katma Protokolün 39. maddesine dayandığı belirtilmiştir. 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 1. maddesinde, “sınır işçisi”, “mevsimlik işçi”, “aile bireyi”, “geride kalanlar (dul ve

⁹⁰ DARTAN Muzaffer, “Türkiye-AT İlişkilerinde Serbest Dolaşım Konusu ve Federal Almanya’daki Türkler”, Argumentum, S. 32, Yıl: 3, Mart 1993, s. 555.

⁹¹ SIEVEKING Klaus, “Social Security for Turkish Citizens in The European Union, The Scope of Association Council Decision EEC-Turkey No. 3/80 from the German Perspective”, MJES, Vol. 10, No. 1, 2002, s. 68.

yetimler)”, “ikamet edilen yer”, “sigortalılık süreleri”, “aile yardımları” vb. kavramlar konusunda 1408/71 sayılı Tüzüğe atıfta bulunulmuştur. Sigorta kapsamındaki kişiler 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının⁹² 2. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, bir ya da daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olan Türk uyruklu işçilere, bu işçilerin üye devletlerden birinin sınırları içinde ikamet eden aile bireylerine ve bu işçilerin dul ve yetimlerine uygulanır.

Kanaatimizce, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının en önemli maddelerinden biri olan “*eşit uygulama*” başlıklı 3. maddesine göre, bu Kararın özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla, üye devletlerden birinin sınırları içerisinde ikamet eden bu Karar kapsamındaki kişi, herhangi bir üye devletin mevzuatı ile öngörülen yükümlülüklerle o üye devletin vatandaşlarıyla aynı koşullarda tabi olur ve yardımlardan aynı koşullarda faydalanır. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ilgili maddelerinde çalışma şartları açısından, üye devlet vatandaşları ile üye devletlerde çalışan Türk vatandaşları arasında eşit işlem yapma kuralı düzenlenmişti. Aynı kuralın, sosyal güvenlik hukuku alanındaki düzenlemesi ise, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3. maddesidir. Bu düzenleme uyarınca, üye devletlerin, ülkelerinde ikamet etmekte olan Türk vatandaşları hakkında, örneğin, iş kazalarına yönelik yardımlar açısından, kendi vatandaşları için uyguladıkları sistemden farklı bir sistem uygulamaları mümkün değildir.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının kapsamı, söz konusu Kararın 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, dul ve yetim yardımları ile iş kazaları ve meslek hastalıklarına yönelik yardımlar, ölüm ödenekleri, işsizlik ve aile yardımlarına uygulanır.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının bir diğer önemli düzenlemesi ise, söz konusu Kararın 5. maddesidir. Münhasıran iki veya daha fazla üye devleti bağlayan sosyal güvenlik sözleşmeleri ile bu Karar arasındaki ilişkilere ilişkin düzenleme içeren maddeye göre, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, kapsadığı kişi ve konular itibarıyla,

⁹² OJ C 110 25.04.1983.

münhasıran iki veya daha fazla üye devleti bağlayan her türlü sosyal güvenlik sözleşmesinin yerine geçer. Bu düzenleme ile, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, iki veya daha fazla üye devleti bağlayan sosyal güvenlik sözleşmelerinden bile üstün bir statüye sahip kılınmıştır.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesine göre, söz konusu Kararda aksi belirtilmedikçe, bir ya da daha fazla üye devlet mevzuatı gereği hak kazanılan malullük, yaşlılık ya da dul ve yetim yardımlarının nakit ödemeleri ya da iş kazaları ya da meslek hastalıkları sonucu verilen aylıklarda, hak sahibinin Türkiye’de ya da ödemeyi yapan kurumun bulunduğu ülkenin dışında bir üye devlette ikamet ettiği gerekçe gösterilerek, hiçbir şekilde kesinti yapılamaz, değişiklik yapılamaz, askıya alınamaz, geri çekilemez ya da el konulamaz. Söz konusu düzenlemeye göre, dul ve yetim aylığı almaya hak kazanmış olan dul eşin tekrar evlenmesi durumunda verilen toptan ödemeler için de uygulanır.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinde de, yine 1408/71 sayılı Tüzüğe atıfta bulunulmuş ve Topluluk içerisinde çalışan Türk işçilerine uygulanacak olan mevzuatın 1408/71 sayılı Tüzük’te yer alan kurallar esas alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır.

3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 21. maddesinde, bir üye devletin veya Türkiye’nin mevzuatı uyarınca hazırlanması gereken sertifika veya belgelerle ilgili vergi, damga resmi, noterlik veya kayıt ücretlerine uygulanan herhangi bir muafiyet ya da indirim, başka bir üye devlet veya Türk mevzuatı veya bu Karar gereğince hazırlanması gereken benzer belgelere de uygulanacağı ve bu Karar gereğince hazırlanması gereken bütün bildirimler ile her türlü belge ve sertifikaların, elçilik ve konsolosluk makamlarının onayından muaf tutulacağı hükme bağlanmıştır.

İncelemiş olduğumuz Ortaklık Konseyi Kararları, Topluluk’ta Türk vatandaşlarına tanınan hakların ne şekilde uygulanacağına ilişkin ayrıntılı bilgiler içermektedirler. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu Ortaklık Konseyi Kararlarının anlamı, çalışmanın ilgili bölümlerinde göreceğimiz gibi, ancak söz konusu Kararlar Divan tarafından açıklanıp yorumlandıktan sonra netlik kazanmıştır.

2.4 AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATININ ÜSTLENİLMESİNE İLİŞKİN TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMINDA TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Avrupa Birliği'ne aday ülkeler tarafından hazırlanarak Avrupa Komisyonu'na sunulan, Katılım Ortaklığı Belgesi'nde⁹³ yer alan önceliklerin ne şekilde yerine getirileceği ve Avrupa Birliği ile bütünleşme için ne tür hazırlıkların yapılacağını yer aldığı belgeye “*ulusal program*” denir⁹⁴.

Ulusal Programda, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak için aday ülkelerin mevzuatlarında yapacakları düzenlemeler, uyum için gerekli beşeri ve mali kaynaklar, Katılım Ortaklığı Belgesi'nde yer alan önceliklerin yanı sıra aday ülkelerin kendi öncelikleri, AB müktesebatının üstlenilmesi amacıyla geliştirilmesi gereken idari yapı ve tüm bu hususlara ilişkin kısa ve orta vadeli öncelikler takvimi yer almaktadır.

2.4.1 Türk Vatandaşlarının Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı Açısından Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin 24 Mart 2001 Tarihli Türkiye Ulusal Programı⁹⁵

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar'ın⁹⁶, “Genel

⁹³ Katılım Ortaklığı Belgesi, Avrupa Birliği'ne aday ülkeler için AB Komisyonu tarafından hazırlanan ve her bir aday ülkenin AB'ye katılım yönünde geliştirmesi gereken öncelikli alanların gösterildiği bir belgedir. Türkiye'nin, 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde gerçekleşen Helsinki Zirvesi'nde aday ülke olarak kabul edilmesinin ardından, Avrupa Komisyonu tarafından, Türkiye'nin Kopenhag ekonomik ve siyasi kriterlerine uyum sağlama ve Topluluk müktesebatını üstlenme doğrultusundaki yükümlülükleri kapsamında yapması gerekenleri içeren “Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi” 8 Mart 2001 tarihli Konsey Kararı ile kabul edilmiştir. 12-13 Aralık 2002 tarihlerinde gerçekleşen Kopenhag Zirvesinde, Türkiye için hazırlanmış olan bu Katılım Ortaklığı Belgesi'nin gözden geçirilmesi kararlaştırılmış ve Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı “Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi” 14 Nisan 2003 tarihinde AB Konseyi tarafından kabul edilmiştir; bu konuda bkz. <http://www.dpt.gov.tr/abigm/tabi/kob/kob.htm> (11.08.2005); İREN Ertan, “Avrupa Birliği Adaylığı Sürecinde Türkiye-AB İlişkilerinde Ortaya Çıkacak Gelişmeler”, Çimento İşveren Dergisi, C. 14, S. 2, Mart 2000, s. 28-29.

⁹⁴ Bu konuda bkz. <http://www.dpt.gov.tr/abigm/tabi/uprog/uprog.htm> (11.08.2005).

⁹⁵ AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 19 Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek, 24 Mart 2001 tarih ve 24352 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İlkeler” kısmının 1. maddesinde, bu programın, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik süreci içerisinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsadığı ve bu alanda yapılabilecek çalışmaların genel çerçevesini çizen yönlendirici bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir⁹⁷. Söz konusu Karar’ın “Genel İlkeler” kısmının 2. maddesinde, Türkiye’nin ihtiyaç ve öncelikleri, yıllık gerçekleştirmeler, Katılım Ortaklığı Belgesi ve İlerleme Raporları da dikkate alınarak Ulusal Programın gerektiğinde güncelleneceği belirtilmiştir⁹⁸. Karar’ın “Ulusal Programın Koordinasyonu” kısmının 6. maddesinde ise, Ulusal Programın uygulanmasına ilişkin koordinasyonun Avrupa Birliği Genel Sekreterliği tarafından sağlanacağı belirtilmiştir⁹⁹. Ulusal Programda, 4. Bölüm “Kişilerin Serbest Dolaşımı” başlığı altında, sırasıyla; ikamet hakkı, işçilerin serbest dolaşımı, sosyal güvenliğin koordinasyonu, medikal ve paramedikal faaliyetler, vize ve son olarak göç konuları hakkında ayrıntılı bilgi verilmiştir¹⁰⁰. Ulusal Programda, ikamet hakkına ilişkin AB mevzuatının üstlenilerek uygulanması hususunda, Adalet Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı¹⁰¹, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin AB mevzuatının üstlenilerek uygulanması hususunda, İçişleri Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı¹⁰², sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin AB mevzuatının üstlenilerek uygulanması hususunda ise, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sorumlu kuruluşlar olarak gösterilmiştir¹⁰³.

⁹⁶ Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar’ın kabulü, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığı’nın 15 Mart 2001 tarihli ve 293 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu’nca 19 Mart 2001 tarihinde kararlaştırılmıştır.

⁹⁷ RG 24.03.2001/24352, s. 2.

⁹⁸ RG 24.03.2001/24352, 2.

⁹⁹ RG 24.03.2001/24352, 3.

¹⁰⁰ RG 24.03.2001/24352, 87–98.

¹⁰¹ RG 24.03.2001/24352, 87.

¹⁰² RG 24.03.2001/24352, 90.

¹⁰³ RG 24.03.2001/24352, 93.

“İşçilerin Serbest Dolaşımı” konusu, Ulusal Programın, “Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” başlıklı 4. bölümünün 3. kısmında, “Kişilerin Serbest Dolaşımı” alt başlığı altında düzenlenmiştir.

İlk olarak, işçilerin serbest dolaşımı konusunda, genel olarak şu bilgiler aktarılmıştır:

“Türkiye ile Avrupa Birliği ortaklık hukukunda serbest dolaşım Ankara Antlaşması ve Katma Protokolde ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi bu antlaşmaların ilgili maddelerine dayanarak serbest dolaşım nihai hedefinin tedrici olarak gerçekleştirilmesine yönelik 1/80 sayılı Kararı almıştır. Bu Karar esas olarak üye ülkelerde Türk işçilerinin ve aile bireylerinin istihdam piyasasına giriş koşulları, ücret ve çalışma koşulları bakımından üye ülke vatandaşlarıyla muamele eşitliği ve Türk işçilerinin diğer üçüncü ülke vatandaşlarına göre işe yerleştirilmede öncelik hakkı gibi hususları düzenlemektedir. Söz konusu Ortaklık Konseyi Kararı, ilişkilerin beklendiği şekilde seyredememesi nedeniyle geliştirilememiş ancak, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın 1986 yılından beri aldığı çeşitli kararlarla 1/80 sayılı Kararın birçok hükmüne yorumlar getirmiştir. Sadece 1/80 sayılı Kararı yorumlayan on yedi dolayında Divan Kararı mevcuttur. Topluluk müktesebatının Divan Kararlarının getirdiği yorumlar çerçevesinde güncelleştirilmesi, Avrupa Birliği’nin sık sık başvurduğu bir yöntem olup benzer bir uygulamanın 1/80 sayılı Karar için de yapılmasına ihtiyaç vardır. 1/80 sayılı Kararı, Divanın yorumlarının derç edilmesiyle geliştirecek ve üye ülkelerde yasal olarak çalışan ve ikamet eden vatandaşlarımızın serbest dolaşım hakkının Türkiye’nin üyeliğini beklemeden gerçekleştirilmesini sağlayacak yeni Ortaklık Konseyi Kararlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Türkiye’nin müktesebat uyumunu sürdürürken, ortaklık hukukunun serbest dolaşım boyutunun da buna paralel olarak sürdürülmesi önem arz etmektedir.

Serbest dolaşım konusunda AB ile Türkiye arasında imzalanan Ortaklık Antlaşması (1963), Katma Protokol (1970) ile 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları bu konudaki temel kaynakları oluşturmaktadır. Ortaklık Antlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesi Türkiye ile Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında kademeli olarak iş gücünün serbest dolaşımının sağlanmasını öngörmektedir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6–18. maddeleri istihdam ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri içermektedir. 1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı ile birlikte kabul edilen Tavsiye Kararında AB ülkelerinde yasal olarak ikamet eden Türk işçileri konusunda sürekli bir diyalogun tesisi ve söz konusu işçilerin daha iyi bütünleşmeleri yönünde her türlü tedbirin alınmasının kabul edildiği belirtilmektedir.

AB'ye üye ülkelerde ikamet eden işçilerimizin Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın serbest dolaşımla ilgili hükümlerine dayanarak ulusal mahkemelerde açtıkları davalar Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na intikal etmiş ve Divan günümüze kadar bu konuda on yedi davada karar almıştır. Divan Kararlarında Ortaklık Antlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Karar'larının Avrupa Birliği Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu ve uygulanmaları için ilave tedbir gerektirmeyecek kadar açık ve kesin olan hükümlerin üye ülkelerde doğrudan uygulanır etkiye sahip olduğunu hükme bağlamıştır¹⁰⁴”.

Ulusal Programda, sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin olarak¹⁰⁵, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile ilgili olarak tam anlamıyla bir tikanıklığın mevcut olduğu belirtilmiştir. 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanması için bir düzenleme çıkarılamamış olması bu tikanıklığın sebebi olarak gösterilmiştir. Konsey'in söz konusu Kararın uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeyi 1983 yılında Komisyon'a önermiş olduğu ancak tüzük önerisinin siyasi nedenlerle kabul edilemediği belirtilmiştir. Ulusal Programda, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı hükümlerinin yorumlandığı iki adet Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararının mevcut olduğu belirtilmiştir. Bu Kararlarda, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Topluluk müktesebatının bir parçası olduğu ve kabul edildiği tarihten itibaren yürürlükte olduğu sonucuna ulaşıldığı belirtildikten sonra, işlem eşitliği gibi açık ve kesin hüküm bildiren maddelerin doğrudan etkiye sahip bulunmakla birlikte koordinasyon kuralları gerektiren bazı maddelerin doğrudan etkiye sahip bulunmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulmuş olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan, Konseyin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasına ilişkin bir düzenleme çıkarma yükümlülüğüne işaret

¹⁰⁴ RG 24.03.2001/24352, 89, dn. 3'ten naklen.

¹⁰⁵ Sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin Ulusal Program düzenlemeleri için bkz., RG 24.03.2001/24352, 92, dn. 4.

edilmiş olduğu belirtilmiştir. Bu konuda, Komisyon'un 1983 yılında hazırlayarak Konseye sunduğu ancak siyasi nedenlerle çıkarılamayan söz konusu Kararın uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeyi yeniden Konseye sunma hususunda irade eksikliği bulunduğu belirtilmiştir. Bu durumda, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yerini alacak ve koordinasyon maddelerinde 1408/71 sayılı Tüzüğe atıfta bulunan yeni bir Ortaklık Konseyi Kararı çıkartılması halinde, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, bununla ilgili uygulama usullerini içeren bir düzenleme kabul edilmesine gerek bulunmaksızın yürürlüğe girmiş olacağı ifade edilmiştir. Ulusal Programda ayrıca, bir yandan Türkiye'nin sosyal güvenliğin koordinasyonunu sağlamaya yönelik olarak mevzuatını Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu hale getirme çalışmalarını sürdürürken, diğer yandan Ortaklık Konseyinin mevcut ortaklık hukukunun da geliştirilmesini sağlayacak şekilde sosyal konularla ilgili olarak toplanması ve yeni kararlar alması gerektiği ifade edilmiştir.

Ulusal Programda konuya ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Üye ülkelerde yasal olarak çalışan ve ikamet eden ve bu ülkelere sosyal güvenlik primlerini düzenli olarak ödeyen Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarının koordinasyonu ivedilikle gerçekleştirilmelidir. 1980 yılında sonuçlandırılan Kararlardan kaynaklanan hakların kullanılması ve gerçekleştirilmesi Türkiye'nin üyeliğinin gerçekleşmesi ile ilişkilendirilmemelidir¹⁰⁶”.

Ulusal Programda, konuya ilişkin içtihatlardan Taflan-Met kararına atıfta bulunularak, bu kararda 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının kabul edildiği tarihte yürürlüğe girmiş olduğunun hükme bağlandığı belirtilmiştir. Ayrıca, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının muamele eşitliği hakkındaki 3. maddesi ile ilgili Sema Sürül kararına da atıfta bulunularak, bu kararda, Divan'ın, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının söz konusu maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul ettiği aktarılmıştır.

¹⁰⁶RG 24.03.2001/24352, 92, dn. 4'ten naklen.

2.4.2 Türk Vatandaşlarının Avrupa Birliği’nde Serbest Dolaşımı Açısından Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin 24 Temmuz 2003 Tarihli Türkiye Ulusal Programı¹⁰⁷

Kişilerin Serbest Dolaşımı ile ilgili düzenlemeler 24 Temmuz 2003 tarihli Türkiye Ulusal Programının “Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” başlıklı 4. Bölümünün 2. Kısımında düzenlenmiştir¹⁰⁸.

Ulusal Programda, öncelikle mesleki niteliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkin AB müktesebatına uyum çalışmaları hakkında bilgi verilmiştir.

Ulusal Programda, ayrıca, kişilerin serbest dolaşımı bölümü altında yer alan ve mesleki niteliklerin karşılıklı tanınması dışında kalan sosyal güvenliğin koordinasyonu, ikamet hakkı ile işçilerin serbest dolaşımı konularında Avrupa Birliği mevzuatına uyum çalışmalarının devam ettiği ifade edilmiştir. Ulusal Programda, bu düzenlemeler karşılığı hazırlanmakta veya hazırlanacak olan uyum mevzuatının yürürlük tarihi de dâhil olmak üzere nihai halinin, Avrupa Birliği ile sürdürülmekte olan hizmetlerin serbestleştirilmesi müzakereleri de göz önünde bulundurularak karşılıklılık ilkesi çerçevesinde tam üyeliğe kadar tamamlanmasının öngörüldüğü belirtilmiştir.

2.5 AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU’NUN 6 EKİM 2004 TARİHLİ TÜRKİYE İLERLEME RAPORU, TAVSİYE RAPORU VE ETKİ RAPORUNDA TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ’NDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Avrupa Komisyonu, 1998 yılından beri yayınladığı İlerleme Raporları ile Türkiye’nin Katılım Ortaklığı Belgesi çerçevesinde kendisinden beklenen ilerlemeleri ne derece yerine getirdiğine ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. İlerleme

¹⁰⁷ 14 Nisan 2003 tarihinde AB Konseyi tarafından kabul edilen yeni Katılım Ortaklığı Belgesi’ne paralel olarak Ulusal Program revize edilmiş ve 23 Haziran 2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 24 Temmuz 2003 tarih ve 25178 sayılı Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰⁸ Bkz. RG 24.07.2003/25178, s. 123–130.

Raporlarında, Türkiye'nin AB müktesebatına uyum sürecinde yaptığı çalışmalar ve mevzuatında gerçekleştirdiği değişiklikler incelenmektedir¹⁰⁹.

2.5.1 Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te Yayınladığı Türkiye İlerleme Raporu¹¹⁰

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda, Türkiye'nin kişilerin serbest dolaşımına ilişkin AB mevzuatının üstlenilmesi hususunda sınırlı bir ilerleme kaydettiği belirtilmiştir. Raporda ayrıca, Türkiye'de yürürlükte olan mevzuatın, AB müktesebatı ile uyumlaştırılması amacıyla, kapsamlı bir çalışma yürütülmesi ve ilgili kuruluşların güçlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹¹.

Bu noktada, Türkiye'nin AB mevzuatının üstlenilmesi hususunda sınırlı bir ilerleme kaydettiğine ilişkin Komisyon görüşüne katılmamız mümkün değildir. Zira, Türkiye, AB mevzuatının üstlenilmesi hususunda, özellikle 2003 yılında önemli gelişmeler kaydetmiştir. Şöyle ki, 6 Mart 2003 tarih ve 25040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile, çalışma izinlerinin tek bir otorite tarafından, yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilmesi sağlanmıştır. Yine bu Kanun ile, 2007 sayılı Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmış, böylelikle, tercümanlık, rehberlik, fotoğrafçılık, şoförlük ve garsonluk gibi mesleklerin yapılması için gereken Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. 4817 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancıların bu Kanun kapsamında olmadıkları açıkça ifade edilmiştir. Aynı Kanun'un "İstisnai Haller" başlıklı 8. maddesinin e bendinde, Avrupa

¹⁰⁹ AKMAN M. Sait/DARTAN Muzaffer/NAS Çiğdem, "Çalışma Standartları-Ticaret İlişkisi: Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 12, S. 1-2, Yıl: 2004, s. 289; DEDEOĞLU Beril, "Türkiye-AB İlişkilerinde Kilit Sorunlar: 2006 İlerleme Raporu", Tesev Yayınları, AB Bülteni, Aralık 2006, No: 3, s. 2, <http://www.tesev.org.tr/etkinlik/ABBulteniAralik2006.pdf> (05.04.2007).

¹¹⁰ Commission of the European Communities, 2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, (2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession), SEC (2004) 1201, COM (2004) 656 Final, Brussels 06.10.2004, http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2004/rr_tr_2004_en.pdf (20.03.2007).

¹¹¹ 2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, 83.

Birliği üyesi ÷lke vatandaşları ile bunların Avrupa Birliği üyesi ÷lkelerin vatandaşı olmayan eş ve çocuklarına, söz konusu Kanun’da öngör÷len süreler uygulanmaksızın çalışma izni verilebileceği belirtilmiřtir¹¹². Kanaatimizce, bu düzenleme, Avrupa Birliği’nin en önemli ilkelerinden biri olan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesi ile uyum içerisindedir. Bu Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nin¹¹³ “Avrupa Birliği Üyesi ÷lke Vatandaşları ile Bunların Eş ve Çocukları” başlıklı 50. maddesinde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararına atıfta bulunulmuştur. şöyle ki, söz konusu düzenlemeye göre; Avrupa Birliği üyesi ÷lke vatandaşları ile bunların Avrupa Birliği üyesi olmayan eş ve çocuklarının çalışma izni talebinde bulunmaları halinde, bu kişilere çalışma izinleri istisnai olarak verilebilir ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, bu yabancıların iş piyasasına girmeleri ile ilgili daha lehte olan 6. ve 7. maddelerinin söz konusu Kararın 11. maddesi ile bağlantılı olarak saklıdır. Akabinde, Türkiye’nin AB katılım sürecine ilişkin gelişmeleri izlemek ve müzakere etmek, AB’deki gelişmeleri takip etmek ve bu gelişmeler konusunda TBMM’yi bilgilendirmek ve istendiğinde TBMM’ye sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin AB mevzuatına uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak üzere, TBMM bünyesinde AB Uyum Komisyonu’nun kurulması amacıyla 4847 sayılı Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Kanunu 19 Nisan 2003’te yürürlüğe girmiřtir¹¹⁴. Toplam sekiz madde ve bir geçici maddeden oluşan bu Kanun ile, söz konusu Komisyon’un kuruluş, görev ve yetkileri, çalışma usul ve esasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

İş gücü piyasasında kayıt dışı çalışmanın önlenmesi, iş gücü piyasasının ihtiyaç duyduğu esnekliklerin sağlanması ve yeni çalışma biçimlerinin düzenlenmesi hedefleri doğrultusunda, 10 Haziran 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu¹¹⁵ yürürlüğe girmiştir.

¹¹² 4817 sayılı Kanun’da, yasal çalışma sürelerine bağlı olarak değişen, süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni gibi ayrımlar yapılmıştır. Ancak Kanunun 8. maddesiyle, AB vatandaşları ve bu kişilerin AB üyesi ÷lkelerin vatandaşı olmayan eş ve çocukları için böyle bir şart aranmamıştır. Çelikel, bu istisnayı “gereksiz bir imtiyaz” olarak değerlendirmiştir. Bu konudaki açıklamaları için bkz. ÇELİKEL Aysel, Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzni ve Ulusal Program’da Öngör÷len Düzenleme, MHB Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 22, S. 2, 2002, s. 118.

¹¹³ 4817 sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliği, söz konusu Kanun’un 22. maddesine dayanılarak kabul edilmiştir. RG 29.08.2003, 25214.

¹¹⁴ RG 19.04.2003/25084.

¹¹⁵ RG 10.06.2003/25134.

Bu Kanun, küreselleşme ve bilgi toplumuna geçişin çalışma şekilleri ve iş organizasyonu üzerindeki etkileri dikkate alınarak, kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, ödünç iş ilişkisi, iş paylaşımı modelleri, belirli süreli hizmet sözleşmeleri ve alt işveren uygulamasının yaygınlaşması gibi yeni çalışma biçimlerini yansıtan hükümler içermektedir. Doktrinde AB normlarına geniş ölçüde uygun düştüğü ileri sürülen bu Kanun, AB müktesebatının üstlenilmesi hususunda atılan en önemli somut adımlardan biri olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶. Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Avrupa Birliği mevzuatının üstlenilmesi hususunda, ayrıca, 5 Temmuz 2003 tarih ve 2519 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu, Türkiye İş Kurumu’nun aktif iş gücü piyasası politikaları geliştirme kapasitesinin güçlendirilmesini ve Avrupa Birliği istihdam stratejilerine uygun bir ulusal istihdam politikası geliştirilmesini amaçlamaktadır. Türkiye İş Kurumu Kanunu ile İş ve İşçi Bulma Kurumu kapatılarak, istihdam alanında günümüz ihtiyaç ve koşullarına uygun aktif iş gücü programlarını ve işsizlik sigortasını uygulamakla sorumlu Türkiye İş Kurumu çağdaş bir istihdam kurumu olarak hizmet vermeye başlamıştır¹¹⁷. Yine, sosyal güvenlik alanında da, AB müktesebatına uyum amacıyla önemli değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu¹¹⁸ (Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesi, İşsizlik Sigortası

¹¹⁶ Bu konudaki ayrıntılı açıklamaları için bkz. ANDAÇ Faruk, Yeni İş Kanunun Öngördüğü Yükümlülükler, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=760&id=45 (21.08.2007); ERGİN Berin, Çalışma Hayatında Yeniden Yapılanma, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=757&id=45 (21.08.2007); EYRENCİ Öner, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45 (21.08.2007); KANDEMİR Murat, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Eylül 2003, Yıl: 1, S. 2, s. 201-220, <http://www.akader.info/sboard/sayilar.htm> (21.08.2007); TUNCAY Can, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=759&id=45 (21.08.2007).

¹¹⁷ Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Nedir-Niçin Gereklidir?, s. 8, http://www.hazine.gov.tr/sosyal_guvenlik.pdf (09.08.2007).

¹¹⁸ Bu Kanun, bundan sonra kısaca “4447 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

Kurulması, Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun) 8 Eylül 1999 tarih ve 23810 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kanun ile, yukarıda adı geçen kanunlarda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişikliklerin önemli bir bölümü, kayıt dışı istihdamın ve prim kayıp ve kaçağının önlenmesine ilişkin yeni yükümlülükler içermektedir¹¹⁹. Bu düzenlemeler ile, daha çok prim ödeyenlerin daha çok emekli aylığı almaları mümkün kılınmıştır. 4447 sayılı Kanun’un İşsizlik Sigortası Kanunu hükümlerini içeren düzenlemeleri, söz konusu Kanun’un 46-55. maddeleri arasında düzenlenmiş, böylelikle işsizlik sigortası sistemi oluşturulmuştur. Bu Kanun ile, mevzuatımıza, zorunlu bir sigorta kolu daha getirilmiştir. 4447 sayılı Kanun’un 48. maddesinde, işsizlik sigortasının zorunlu olduğu ve bu Kanun kapsamına girenlerin ve halen çalışmakta olanların, söz konusu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte¹²⁰, yeni girenlerin ise işe başladıkları tarihten itibaren sigortalı olacakları belirtilmiştir. İşsizlik sigortası ile işsizlik ödeneğinin yanı sıra, yeni bir iş bulma ve meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitiminin verilmesi (madde 48) uygulaması getirilmiştir. İşsizliğin sonuçlarını giderici ve geçici gelir kayıplarını tazmin edici nitelik taşıyan işsizlik sigortası, bir iş yerinde çalışırken, herhangi bir kasıt ya da kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belirli miktar ve belirli bir sürede karşılayan zorunlu bir sigortadır¹²¹. İşsizlik sigortası, çalışma istek ve yeteneğine sahip olmasına rağmen kendi isteği dışında işsiz kalan kişiye, uğradığı gelir kaybının belirli bir kısmını yine belirli bir süre için telafi eden prime dayalı bir

¹¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ALAGÖZ Mehmet/YAPAR Sinem, Kalkınma Planları Çerçevesinde Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sorunu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 10, s. 446, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler/Mehmet%20Alagöz%20-%20Sinem%20Yapar/439-450.pdf (09.08.2007); ERDOĞDU Seyhan, Türkiye’de Emeklilik Sisteminde Değişim, YOL-İŞ Dergisi, S. 83, Nisan 2005, s. 37; ÖZCAN Sezgin, Sosyal Sigortalar Kanununda 4447 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, s.1, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/49MaliCozum/17%20-%2049%20SEZG%C4%B0N%20%C3%96ZCAN.doc> (14.08.2007).

¹²⁰ 4447 sayılı Kanun’da, İşsizlik Sigortası Kanunu hükümlerini içeren maddelerin 1 Haziran 2000’de yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

¹²¹ ALAGÖZ/YAPAR, 448.

sigorta olup¹²², bu sigorta kolunun mevzuatımıza dahil olması kanaatimizce son derece olumlu bir ilerlemedir. Böylelikle, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4/1 (g) maddesinde, bu Kararın kapsamı dahilinde kabul edilen işsizlik yardımı, mevzuatımızda zorunlu bir sigorta kolu olarak yerini almıştır.

Akabinde, 07.04.2001 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu¹²³ yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunulmasını teminen, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesi amaçlanmıştır¹²⁴. Ardından, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu¹²⁵, 20 Mayıs 2006 tarih ve 26173 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile, ülkemizdeki üçlü sosyal güvenlik örgütlenmesi tek çatı altında toplanmıştır. Dolayısıyla, Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu’na son verilmiş ve bunlar tek bir Sosyal Güvenlik Kurumu’na dönüştürülmüştür¹²⁶. Bu değişiklik, sosyal güvenlik kuruluşlarının merkezi yönetiminin etkisinden uzaklaştırılması ve sosyal güvenlik sisteminin özerk bir anlayışla yeniden yapılandırılması açısından önemli bir değişikliktir¹²⁷. 5502 sayılı Kanun ile, Sosyal

¹²² İşsizlik sigortası hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. YİĞİT Yusuf, Türkiye’de İşsizlik Sigortası’nın Uygulama Alanı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmanın Koşulları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/2, s. 75-102, <http://www.calismatoplum.org/sayi5/Makale5/makale4.pdf> (21.08.2007).

¹²³ Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, bundan sonra, kısaca, “4632 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

¹²⁴ Bu konuda bkz. 4632 sayılı Kanun m. 1.

¹²⁵ Bu Kanun, bundan sonra, kısaca “5502 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

¹²⁶ Tek çatı modeli hakkındaki eleştirileri için bkz. GÜZEL ALİ, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 7, 2005/4, s. 61-76, <http://www.calismatoplum.org/sayi7/makale3.pdf> (09.08.2007); MAKAS Recep, Sosyal Güvenlik Kurumlarının Yeniden Yapılanması Üzerine, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, 2004/1, <http://www.calismatoplum.org/sayi1/makale3.pdf> (16.08.2007); TOZAN Celal, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Adı Altında Yapılan Yasal Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözmeyecektir, TİSK İşveren Dergisi, Aralık 2006, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1566&id=83 (16.08.2007).

¹²⁷ Bu konudaki açıklamaları için bkz. DANIŞOĞLU Emel, Sosyal Güvenlik Sisteminde Yenilenme İhtiyacı, s. 226, <http://ekutup.dpt.gov.tr/planlama/42nciyil/danisoge.pdf> (16.08.2007).

Güvenlik Kurumu'nun kuruluş, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. 5502 sayılı Kanun'un 3/c maddesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun görevleri arasında, Avrupa Birliği ile işbirliği yapmak yer almaktadır. Yine aynı Kanun'un 20. maddesinde, Avrupa Birliği ile işbirliği yapmak, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın danışma birimlerinden biri olan Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. 5502 sayılı Kanun'dan sonra, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹²⁸, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 5510 sayılı Kanun ile, sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usul ve esaslar düzenlenmiştir. Akabinde, 5544 sayılı Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu¹²⁹, 7 Ekim 2006 tarih ve 2632 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 5544 sayılı Kanun ile, ulusal ve uluslararası meslek standartlarını temel alarak, teknik ve meslekî alanlarda ulusal yeterliliklerin esaslarını belirlemek; denetim, ölçme ve değerlendirme, belgelendirme ve sertifikalandırmaya ilişkin faaliyetleri yürütmek için gerekli ulusal yeterlilik sistemini kurmak ve işletmek üzere bir Meslekî Yeterlilik Kurumu'nun kurulmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Ancak, 5544 sayılı Kanun'un 1/2. maddesine göre, tabiplik, diş hekimliği, hemşirelik, ebelik, eczacılık, veterinerlik, mühendislik ve mimarlık meslekleri ile en az lisans düzeyinde öğrenimi gerektiren ve mesleğe giriş şartları kanunla düzenlenmiş olan meslekler bu Kanun kapsamı dışındadır.

2.5.2 Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te Yayınladığı Türkiye Tavsiye Raporu¹³⁰

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te Yayınladığı Türkiye Tavsiye Raporunda, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak, daha önceki genişlemelerdeki

¹²⁸ Bu Kanun, bundan sonra kısaca “5510 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

¹²⁹ Bu Kanun, bundan sonra, kısaca “5544 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

¹³⁰ Commission of the European Communities, Communication From the Commission to the Council and the European Parliament, Recommendation of the European Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (Recommendation of the European Commission on Turkey's Progress Towards Accession), COM (2004) 656 Final, Brussels 06.10.2004, <http://www.deltur.cec.eu.int/PublishDocs/en/2004Recommendation.pdf> (20.03.2007).

gibi, kapsamlı ve özgün düzenlemeler ile bazı alanlarda uzun geçiş sürelerine ihtiyaç duyulmasının olası olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Bu hususta kalıcı koruma hükümlerinin de gündeme gelebileceği açıkça belirtilmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu’nun, müzakere süresince, bu hususta somut bir yaklaşım benimsemeden önce, değerlendirme yapacağı belirtilmiştir. Raporun “Sonuç ve Tavsiyeler” kısmında, iş gücünün serbest dolaşımı hususunda daimi koruma hükümlerinin gündeme gelebileceği tekrar vurgulanmıştır¹³².

2.5.3 Avrupa Birliği Komisyonu’nun 6 Ekim 2004’te Yayınladığı Türkiye Etki Raporu¹³³

Avrupa Birliği Komisyonu’nun 6 Ekim 2004’te Yayınladığı Türkiye Etki Raporunun “İç Pazar ve İlgili Politikalar” başlıklı 3. Bölümünde, işçilerin serbest dolaşımının Ankara Anlaşması’nın imzalanmasındaki amaçlardan biri olduğu ve kısmen uygulandığı belirtilmiştir¹³⁴. Etki Raporunda, Türk vatandaşlarının, üye devletlerde yaşayan üçüncü ülke vatandaşları arasında en kalabalık grubu oluşturduğu belirtilmiş, ancak Topluluk ile Türkiye arasında imzalanmış olan Ankara Anlaşması’nın varlığı nedeniyle, Türk vatandaşlarının tam anlamıyla üçüncü ülke vatandaşı statüsüne sahip olmadıkları ifade edilmiştir¹³⁵. Raporda, ayrıca, gelecekte de, Türkiye’den Türk vatandaşlarının uzun yıllardır yoğun olarak yaşadığı Almanya, Avusturya, Hollanda ve Fransa’ya akrabalık bağı nedeniyle yoğun bir göç hareketinin gerçekleşmesinin muhtemel olduğu belirtilmiştir¹³⁶. Raporda, Türkiye’nin sosyal politika, istihdam, sağlık

¹³¹ Recommendation of the European Commission on Turkey’s Progress Towards Accession, 7.

¹³² Recommendation of the European Commission on Turkey’s Progress Towards Accession, 10.

¹³³ Commission of the European Communities, Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, (Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective), Commission Staff Working Document, SEC (2004) 1202, Brussels 06.10.2004, http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2004/issues_paper_en.pdf (20.03.2007).

¹³⁴ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 17.

¹³⁵ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 18.

¹³⁶ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 19; bu konudaki açıklamaları için bkz. ERZAN Refik/KUZUBAŞ Umut/YILDIZ Nilüfer, Growth and Immigration Scenarios for Turkey and the EU, Centre for European Policy Studies, EU-Turkey Working Papers, No. 13, December 2004, http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1183 (04.07.2005); YILMAZ Suhan, Turkey-European Relations In Perspective: Domestic and Foreign Linkages, Second-Pan Conference, Standing Group on EU Politics, No. 309, 24-26 June 2004, Bologna, s. 4, <http://www.jhubc.it/ecpr/-bologna> (20.07.2007).

ve eğitim alanlarında ilerleme kaydetmesi durumunda, bu muhtemel göç hareketinin azalabileceği ifade edilmiştir¹³⁷.

Etki Raporunun “İç Pazar ve İlgili Politikalar” başlıklı 3. Bölümünün “Değerlendirmeler” kısmında, Türkiye’den AB’ye gerçekleşmesi muhtemel olan yoğun göç hareketlerinin, göç alan üye ülkelerde ciddi rahatsızlıklara sebebiyet verebileceği gerekçe gösterilerek, üyeliğin bir sonucu olan serbest dolaşım hakkının Türk vatandaşlarına tanınmasının güç olacağı önemle vurgulanmıştır¹³⁸. Bu amaçla katılım anlaşmasına geçiş hükümleri getirilebileceği, bu geçiş hükümleri ile zorunlu hallerde tam olarak serbest dolaşım hakkı tanıyan, zorunluluk bulunmayan hallerde ise bu hakkı askıya alan bir mekanizma oluşturulabileceği belirtilmiştir¹³⁹.

Yukarıda aktarmış olduğumuz Avrupa Birliği Komisyonu’nun yayınlanmış olduğu Türkiye Tavsiye ve Etki Raporlarında, Türkiye’nin AB’ye üye olması durumunda, bu üyeliğin doğal bir sonucu olan serbest dolaşım hakkının Türk vatandaşlarına tanınması hususunda, kalıcı koruma hükümleri getirilebileceği vurgulanmıştır. Kuran, bu kalıcı koruma hükümlerini “ihtiyati tedbir” olarak nitelendirmiştir¹⁴⁰. Kanaatimizce, dört temel özgürlükten biri olan kişilerin serbest dolaşımının, yoğun göç hareketleri neticesinde göç alan üye devletlerin kamu düzeni gözetilerek “geçici” olarak sınırlanabileceği düşünülebilirse de, üyeliğin doğal bir sonucu olan serbest dolaşım hakkına, “kalıcı” nitelikte sınırlamalar getirilmesi gerek AB hukukuna gerekse ortaklık hukukuna aykırılık teşkil eder. Zira, AB’nin kuruluşunun temelinde, ülkeler arasında bir ortak pazar yaratmak amacı yer almaktadır. Bu ortak pazar, kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı olmak üzere toplam dört serbestiyi içerir. Ortaklık hukuku göz önüne alınmasa dahi, AB’nin üye devletler arasında eşit işlem yapma ilkesi dikkate alındığında, Türkiye’nin AB’ye üye olması durumunda, Türk vatandaşları için, üyelik neticesinde doğacak ve ortak pazarın

¹³⁷ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 20.

¹³⁸ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 29.

¹³⁹ Issues Arising From Turkey’s Membership Perspective, 29.

¹⁴⁰ KURAN Selami, “Avrupa Birliği İlerleme Raporu (6 Ekim 2004)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, C. 12, S. 1-3, Yıl: 2004-2006, s. 976.

en önemli unsurlarından birini teşkil eden kişilerin serbest dolaşımı hakkına kalıcı nitelikte sınırlamalar getirilmesi, bugün itibariyle bir ihtimal dahi olsa, kanaatimizce AB hukukuna aykırıdır. Böyle bir durumda, bir Türk vatandaşı, “*Birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış olan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes bir mahkemede etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir*” hükmünü içeren 7 Aralık 2000 tarihli AB Temel Haklar Bildirgesi’nin¹⁴¹ 47. maddesinin ilk fıkrasına ve yine aynı Bildirge’nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler içeren 21. maddesine dayanarak Adalet Divanı nezdinde dava açma hakkını haizdir¹⁴².

Her ne kadar Ankara Anlaşmasının 12. maddesi, aşamalı bir şekilde işçilerin serbest dolaşımının sağlanması amacıyla AT Antlaşmasının 39–41. maddelerine (eski maddeler 48–50) atıfta bulunarak 1986 yılına kadar işçilerin serbest dolaşımının sağlanması için sınırlamaların giderek azaltılmasını öngörmekte ise de, bugün Avrupa Birliği üyesi devletler, Türk vatandaşları hakkında vize uygulamasına devam etmektedirler. İncelemiş olduğumuz Türkiye Tavsiye ve Etki Raporlarından da açıkça anlaşılabileceği üzere, ne yazık ki Topluluk, *Ankara Anlaşması’nın 12. maddesi ile Katma Protokol’ün 36. maddesinde Türk işçilerinin serbest dolaşımının sağlanmasının Türkiye’nin Topluluğa tam üye olması gibi bir şarta bağlanmadığını*¹⁴³ göz ardı etmektedir. Katma Protokol’de, Türk işçilerinin serbest dolaşımlarının 1976–1986 yılları arasında gerçekleşmesi öngörülmesine rağmen, incelemiş olduğumuz Türkiye Tavsiye ve Etki Raporlarından da anlaşılabileceği üzere, ne yazık ki, AB bu taahhüdünü yerine getirmemiştir¹⁴⁴.

¹⁴¹ AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB’nin bu konudaki sorumluluklarını düzenleyen AB Temel Haklar Bildirgesi 7–8 Aralık’ta gerçekleşen Nice Zirvesi’nde onaylanmıştır. AB Temel Haklar Bildirgesi’nin Türkçe çevirisi için bkz. http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html (15.04.2007).

¹⁴² EREN Mesut, “AB ile İlişkilerde Soğukkanlı Olmak Gerekir”, Tesev Yayınları, AB Bülteni, Haziran 2006, S. 1, s. 10, http://www.tesev.org.tr/projeler/proje_ab.php (05.04.2007).

¹⁴³ DARTAN, 555.

¹⁴⁴ BARCHARD David, Güçlü Bir Ortaklığa Doğru: Türkiye ve Avrupa Birliği, Türkçe Çevirisi: Murat Cemal Yalçınan-Orhan Bilgin, Tesev Yayınları, s. 52, http://www.tesev.org.tr/projeler/proje_ab.php (05.04.2007); KURAN, 976.

İKİNCİ BÖLÜM

3.AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ KARARLARINDA TÜRK VATANDAŞLARININ SERBEST DOLAŞIM HAKKI

3.1 GENEL OLARAK AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ

Çalışmanın ilgili bölümlerinde incelemiş olduğumuz AKÇT, AT ve EURATOM kuruluş antlaşmalarında, her üç Topluluk için ayrı organlar öngörülmüştü. Adalet Divanı da, her bir Topluluk için *ayrı bir organ* olarak ihdas edilmişti. AKÇT'yi kuran Paris Antlaşması'nda, altı kurucu üye devlet, Topluluk hukukunun her bir üye devlet tarafından aynı şekilde uygulanmasını sağlamak üzere AKÇT Adalet Divanı'nın (The Court of Justice of the European Coal and Steel Community) kurulmasını kararlaştırmışlardır. Akabinde, AT'yi ve EURATOM'u kuran Roma Antlaşmaları ve aynı tarihte, yani, 25 Mart 1957'de, Avrupa Toplulukları için Ortak Organlar Oluşturulmasına ilişkin Antlaşma'nın (The Convention on Certain Institutions Common to the European Communities) kabulü ile, her üç Topluluk için ortak bir Adalet Divanı (The Court of Justice of the European Communities) tesis edilmiştir. Böylelikle, Adalet Divanı, AKÇT, AT ve EURATOM için, ortak bir organ haline gelmiş, bugünkü ismi Parlamento olan Parlamenterler Meclisi (Parliamentary Assembly) gibi, tüm toplulukları kapsayan bir organ haline gelmiştir. Bugün, Adalet Divanı'nın resmi web sitesinde de, *The Court of Justice of the European Communities* ibaresi kullanılmaktadır¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://curia.europa.eu> (22.08.2007); The Court of Justice of the European Communities: Historic Landmarks, Buildings and Symbols, CVRIA, <http://www.curia.europa.eu/en/instit/services/dpi/historiq.pdf> (22.08.2007); DURSUN Suat, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, <http://www.danistay.gov.tr/5%20-%20ATAD.htm> (23.08.2007); SCHRODER Werner, European Union and European Communities, New York University School of Law and Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg 24-27 February 2003, s. 30, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-08.pdf> (23.08.2007); TOK Hasan, Avrupa Birliği Hukukunun Oluşumu ve Adalet Divanı'nın Görevi, http://www.hukukveyasam.org/turkce/konu_detay.aspx?id=85 (23.08.2007).

Avrupa Birliği hukukunun temel prensiplerinden biri de bu hukukun ulusal hukuk düzenlemelerinden üstün olmasıdır¹⁴⁶. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın rolü, tüm üye ülkelerde Avrupa Birliği hukukunun etkili ve sürekli bir biçimde uygulanmasını sağlamak¹⁴⁷ ve bu sayede Avrupa Birliği hukukunun teminatını teşkil etmektir¹⁴⁸. Ulusal mahkemelerce uygulanabilir nitelikte yeni hukuki meseleler ve yeni ilkeler ortaya koyması açısından, Adalet Divanı, Topluluk hukuk düzeninin koruyucusu haline gelmiştir¹⁴⁹. AT Antlaşması'nın 220. maddesinde (eski madde 164) Adalet Divanı'nın, AT Antlaşması'nın açıklanmasında ve uygulanmasında hukuka uygun davranılmasını sağlayacağı belirtilmiştir. "Avrupa Birliği'nin Anayasa Mahkemesi" olarak nitelendirilen Adalet Divanı, kurucu antlaşmaların ve ikincil hukuk kaynakları olan tüzük ve yönergelerin uygulanmasından ve yorumlanmasından sorumlu organdır. Adalet Divanı'nda üye devletlerce altı yıl süre ile seçilen yargıçlar görev yapmaktadır¹⁵⁰. Yargıçlar bağımsızlıkları hususunda şüphe duyulmayan¹⁵¹ ve en yüksek hukuki vasıflara sahip olan¹⁵² kişiler arasından seçilirler. Yargıçların ikinci kez atanmaları mümkündür. Yargıçlar her üç yılda bir kısmen yenilenir. İlke olarak her üye

¹⁴⁶ TEKİNALP Gülören, "Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, S. 2, Yıl: 22, 2002, s. 844.

¹⁴⁷ RAWORTH Philip, Introduction to the Legal System of the European Union, Oceana Publications Inc., USA 2001, s. 81.

¹⁴⁸ DOĞAN İzettin, "Avrupa Toplulukları Kurumları ve Yetkileri Açısından AET Hukukunun Milli Hukuklara Üstünlüğü", Birinci Avrupa Hukuku Haftası, 24-27 Ocak 1978, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 2551, Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 596, Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, No. 1, s. 24.

¹⁴⁹ CHALMERS Damian/HADJIEMMANUIL Christos/MONTI Giorgio/TOMKINS Adam, European Union Law, Cambridge University Press, UK 2006, s. 272.

¹⁵⁰ Bkz. AT Antlaşması m. 221 (eski madde 165); Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Avrupa Birliği Nasıl Çalışır? (AB Kurumları için Rehberiniz), Türkiye 2006, s. 25, http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/brochures/HowEUWorks.pdf (17.03.2007); DEHOUSSE Renaud, The European Court of Justice, St. Martin's Press Inc., USA 1998, s. 7.

¹⁵¹ Bkz. AT Antlaşması m. 223 (eski m. 167); CHALMERS Damian, European Union Law, Vol. 1, Law and EU Government, Dartmouth Publishing Company Limited, London 1998, s. 137; DOĞAN, 24; EVANS Andrew, A Textbook On European Union Law, Hart Publishing, Oxford 1998, s. 106; HARTLEY T.C., The Foundations of European Community Laws, Oxford University Press, 4th Ed., New York 1998, s. 52, ULUTAŞ Ahmet, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında İşçilerin Serbest Dolaşımı, Adalet Dergisi, No. 18, s. 2, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm (07.06.2007).

¹⁵² Bkz. AT Antlaşması m. 223 (eski m. 167); CHALMERS, 137; DOĞAN, 24; HARTLEY T.C., 52; ULUTAŞ, 2; RAWORTH, 81.

devletten bir yargıç Adalet Divanı'nda bulunur¹⁵³. Ancak, AT Antlaşması'nda bu yargıçların üye devlet vatandaşı olmaları gerektiğine ve her üye devletten bir yargıç olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁴.

Divan'da yargıçların yanı sıra açılan davalar hakkında gerekçeli görüşlerini tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde açık celsede sunmakla görevli sekiz adet hukuk sözcüsü (Advocate General) bulunmaktadır¹⁵⁵. Hukuk sözcüleri de yargıçlar gibi bağımsızlığından şüphe duyulmayan¹⁵⁶ ve en yüksek hukuki vasıflara sahip olan¹⁵⁷ kişiler arasından seçilirler. Hukuk sözcüleri de altı yıl görev yaparlar ve yeniden seçilmeleri mümkündür¹⁵⁸. Hukuk sözcüleri, sundukları karşı fikirler ile içtihat hukukunun gelişmesine de katkıda bulunmaktadır¹⁵⁹. Gerçekten de, hukuk sözcülerinin tarafsız olarak sundukları hukuki görüşleri, Divan'ın hüküm vermesinde büyük öneme sahiptir¹⁶⁰. Hukuk sözcüleri tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içerisinde Adalet Divanı'na sundukları gerekçeli görüşleri, genellikle hükmün kendisinden daha uzundur¹⁶¹.

Adalet Divanı'nın kararları gerçek ve tüzel kişileri, üye devletleri ve ulusal mahkemeleri doğrudan bağlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁶². Adalet Divanı kararları, ulusal yasalarla çeliştiği takdirde dahi uygulanmaktadır. Lüksemburg'da görev yapan Adalet

¹⁵³ TEZCAN Ercüment, AB Kurumlar Hukuku, (AB Kurumlar Hukuku), Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 97.

¹⁵⁴ TEZCAN, AB Kurumlar Hukuku, 97.

¹⁵⁵ Bkz. AT Antlaşması m. 222 (eski madde 166); CHALMERS, 140; HARSPPOOL Margot, European Union Law, Butterworths Core Text Series 3, LexisNexis Butterworths, 3rd Ed., London 2003, s. 65; KABAALIOĞLU, 245.

¹⁵⁶ EVANS, 106; ULUTAŞ, 2.

¹⁵⁷ RAWORTH, 81; ULUTAŞ, 2.

¹⁵⁸ RAWORTH, 81.

¹⁵⁹ EVANS, 108.

¹⁶⁰ KAPTEYN P.J.G/THEMAAT Van P. Verloren, Edited and Further Revised by GORMLEY/Laurance W., Introduction to the Law of the European Communities, Kluwer Law International, 3rd Ed., London 1998, s. 250.

¹⁶¹ EVANS, 109.

¹⁶² CANBOLAT İbrahim S., Uluslararası Sistem Avrupa Birliği, Afa Basım Yayın Dağıtım, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 141; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, TOBB AB Müdürlüğü, Avrupa Birliği ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri, Ağustos 2002, s. 11, <http://www.abm.tobb.org.tr/raporlaryayinlar/ab-tr-iliskileri.doc> (27.03.2007).

Divanı'nın kararları nihaidir ve bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamamaktadır¹⁶³.

Adalet Divanı, esasen Genel Kurul şeklinde toplanır. Bununla birlikte bazı hazırlık soruşturmalarını yapmak ya da belirli türde bazı davalara bakmak üzere her biri üç ya da beş yargıçtan oluşan daireler kurabilir¹⁶⁴.

Ayrıca, Adalet Divanı'nın, çalışma usulüne ilişkin ayrıntılı kurallar, Adalet Divanı Statüsüne İlişkin Protokol'de¹⁶⁵ ve bu Protokol'ün bir eki olan Adalet Divanı Usul Kuralları'nda¹⁶⁶ yer almaktadır.

3.2 AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ'NİN AB HUKUKUNU YORUMLAMA YETKİSİ

Adalet Divanı'nın baktığı davalar; bir üye ülkenin Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinden birini yerine getirmemesi durumunda söz konusu üye ülke aleyhinde açılan ihlal davaları¹⁶⁷ Topluluk kurumlarının tavsiyeleri ile görüşleri dışında kalan tasarrufları ile Avrupa Parlamentosu'nun üçüncü şahıslar nezdinde hukuki etki doğuran tasarruflarının hukuka aykırılığı iddiasıyla, söz konusu kurumlar aleyhinde açılan iptal davaları,¹⁶⁸ Avrupa Parlamentosu, Konsey ya da Komisyon'un Topluluk hukukuna aykırı olarak, yapmaları gereken bir işlemi yapmamaları nedeniyle söz

¹⁶³ ÜLGER İrfan Kaya, Avrupa Birliği'nin ABC'si, Sinemis Yayınları, No. 9, 2. Bası, Ankara 2003, s. 27-28.

¹⁶⁴ Bkz. AT Antlaşması, m. 221.

¹⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Statute of the Court of Justice, <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/statut.pdf> (22.08.2007).

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rules of Procedure of the Court of Justice, <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf> (22.08.2007)

¹⁶⁷ İhlal davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, AB Kurumları "Avrupa Bütünleşmesinin Anahtarı", Ankara 2000, s. 10; BARAN Fikret, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yapısı ve İşleyişi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, No. 20, s. 9, http://msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDN0=64 (07.06.2007); TEKİNALP/TEKİNALP, 237.

¹⁶⁸ İptal davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BARAN, 9; TEKİNALP/TEKİNALP, 237.

konusu kurumlar aleyhinde açılan eylemsizlik davaları¹⁶⁹, Topluluk kurumlarının ya da memurlarının görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararlar nedeniyle açılan tazminat davaları¹⁷⁰ ve ön karar usulü olarak sayılabilir.

Divan'ın yargılama yetkisi, Topluluk hukuku ile sınırlıdır. Bu nedenle, Divan, bir üye devletin ulusal hukuku hakkında bir açıklama yapamayacağı gibi, bir ulusal hukuk düzeninin Topluluk hukuku kapsamında geçerli olup olmadığı hususunda da karar veremez. Bir ulusal mahkeme tarafından, Divan'a bir ulusal düzenlemenin Topluluk hukukuna uygun olup olmadığı hususunda bir soru yöneltildiğinde, Divan, kendisine yöneltilen soruyu, Topluluk hukuku açısından değerlendirir¹⁷¹

Aşağıda, Adalet Divanı'nın Türk vatandaşlarının serbest dolaşımı hakkında vermiş olduğu kararlardan da anlaşılacağı üzere, bu çalışmada incelenen kararların tümü ön karar usulü ile kabul edilmiştir, dolayısıyla bu çalışmada sadece konumuzla ilgili olan ön karar usulü hakkında genel bir bilgi verilecektir.

3.2.1 Genel Olarak Ön Karar Usulü (Preliminary Ruling Procedure)

AT Antlaşmasının ön karar usulünü düzenleyen 234. maddesi (eski madde 177), bu Antlaşmanın en ilgi çekici hükümlerinden biri olarak değerlendirilmektedir¹⁷². Adalet Divanı'nın, Topluluk hukukunun birliğini güvence altına alabilmesi açısından, AT Antlaşmasının 234. maddesinde düzenlenen ön karar usulü büyük önem taşımaktadır¹⁷³. Ulusal mahkemelerle Adalet Divanı arasında sıkı bir işbirliği sağlayan ön

¹⁶⁹ Eylemsizlik davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu,, Avrupa Birliği Nasıl Çalışır? (AB Kurumları için Rehberiniz), 26; BARAN, 10. TEKİNALP/TEKİNALP, 237.

¹⁷⁰ Tazminat davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BARAN, 10; TEKİNALP/TEKİNALP, 237.

¹⁷¹ KENT Penelope, Law of the European Union, Longman Publishing, 3rd Ed. , London 2001, s. 108.

¹⁷² CRAIG Paul/DE BURCA Grainne, European Union Law Text, Cases and Materials, 3rd Ed., Oxford 2003, s. 432.

¹⁷³ BRIEM Hildur, The Preliminary Ruling Procedure as a Part of a Complete System of Remedies, Master Thesis, University of Lund, Faculty of Law, Spring 2005, s. 28, [http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/$File/xsmall.pdf?OpenElement) (18.07.2007); Commission of the European Communities, Adaptation of the Provisions of Title IV of the Treaty Establishing the European Community Relating to the Jurisdiction of the Court of Justice with a View to Ensuring More Effective Judicial Protection, COM (2006), 346 Final, Brussels

karar usulü, Topluluk hukuk düzeninin kilit taşı niteliğindedir¹⁷⁴. Ön karar usulünün esaslı unsuru, tüm ulusal mahkemelerin Divan ile irtibata geçebilmesidir¹⁷⁵. AT Antlaşmasının 234. maddesi, doktrinde Adalet Divanı'nın “yargılama yetkisinin tacındaki mücevher” olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁶.

AT Antlaşmasının 234. maddesine göre,

“Adalet Divanı:

a) Bu Antlaşmanın yorumu konusunda;

b) Topluluk kurumlarının ve Avrupa Merkez Bankası'nın işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda;

c) Konsey tasarrufları ile oluşturulan kuruluşların statülerinde öngörülmesi şartıyla, bu statülerin yorumu konusunda karar vermeye yetkilidir.

Bu tür bir sorun, bir Üye Devlet'in mahkemesi önüne geldiğinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa Adalet Divanı'ndan bu konuda karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorun iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal bir mahkemede görülmekte olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme Adalet Divanı'na başvurmakla yükümlüdür.”

AT Antlaşmasının 234. maddesine göre, üye devlet mahkemeleri, Topluluk hukukunun yorumlanması hususunda şüpheye düştükleri takdirde, Divan'a ön karar başvurusunda bulunabilirler. Ulusal mahkemece Divan'a yapılacak bu tür bir ön karar başvurusu, ulusal mahkemenin ilgili üye ülkenin en üst yargı mercii olmaması durumunda, söz konusu ulusal mahkemeye tanınmış bir “imkan” olarak

28.06.2006,s.4,http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0346en01.doc
(18.07.2007).

¹⁷⁴ COM (2006), 346 Final, 4.

¹⁷⁵ COM (2006), 346 Final, 4.

¹⁷⁶ CRAIG/DE BURCA, 432.

değerlendirilebilir, zira burada takdir yetkisi ulusal mahkemeye aittir. Söz konusu maddenin son fıkrasında ise bir “imkan”dan ziyade bir “zorunluluk”tan bahsedebiliriz, zira bir üye devletin en üst yargı merciinin Topluluk hukukunun yorumlanması hususunda şüpheye düşmesi durumunda, ön karar başvurusunda bulunma, söz konusu en üst dereceli ulusal yargı merci için bir “zorunluluk” halini alır. Çalışma kapsamında incelenecek Divan kararlarında görüleceği üzere, uygulamada genellikle ulusal mahkemeler ya dava konusuyla ilgili kendileri karar vermekte ya davayı bir üst ulusal merciye havale etmekte ya da ulusal mahkeme kararlarına itiraz ya da söz konusu kararların iptali amacıyla aleyhlerinde hüküm verilen davacılar tarafından ardı ardına bir üst ulusal mahkemeye başvurulmakta, böylelikle, Divan’a yapılan ön karar başvurularının büyük bir kısmını, ilgili üye devletlerin en üst yargı merciileri tarafından yapılan ön karar başvuruları teşkil etmektedir.

Ön karar usulünü içeren bu maddenin yorumlanmasında dahi Divan’ın açıklamalarına ihtiyaç duyulmuş ve Divan, Nordsee¹⁷⁷ kararında hakem heyetlerinin Divan’a ön karar başvurusunda bulunamayacakları sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁸.

Ulusal mahkemeler ile Adalet Divanı arasındaki ilişki başvuru temeline dayanır, ön karar başvurusu klasik bir temyiz usulü değildir. Zira, bireylerin Divan’a doğrudan başvuruda bulunmaları ya da bir ulusal mahkeme tarafından verilen bir karar hakkında Divan’a temyiz başvurusunda bulunmaları mümkün değildir¹⁷⁹. Adalet Divanı, kendisine gönderilen uyuşmazlıklara ilişkin hüküm verirken Topluluk hukukunu uygular ve sonrasında kararını ulusal mahkemeye geri gönderir. Ulusal mahkeme, Divan’ın vermiş olduğu hükmü yeteri kadar açık bulmazsa, tekrar Divan’a soru yöneltme hakkına sahiptir¹⁸⁰. Bu şekilde ulusal mahkemeler tarafından, Divan’a ön karar başvurusunda bulunulması, ulusal mahkemeler ile Divan arasındaki bir “işbirliği”

¹⁷⁷ C-102/81, ECR 1982, P. 01095.

¹⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CEYLANTEPE Tolga, Avrupa Adalet Divanı’nda Sigortacılık, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Birlik’ten Dergisi, Ekim-Aralık 2005, s. 17-18, www.tsrb.org.tr/NR/rdonlyres/63887B52-FA1B-4086-ABD5-2D537D771B1D/1294/ABVESIGORTA.pdf (07.06.2007).

¹⁷⁹ CHALMERS/HADJIEEMMANUIL /MONTI /TOMKINS, 278.

¹⁸⁰ CHALMERS /HADJIEEMMANUIL /MONTI /TOMKINS, 279-280.

olarak nitelendirilebilir¹⁸¹ ve bu işbirliği sayesinde Topluluk hukukunun yeknesak bir biçimde uygulanması sağlanır. Bu anlamda, ön karar usulü, Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasındaki esas iletişim kanalıdır¹⁸². Ulusal mahkemelerce Adalet Divanı'na yapılan ön karar başvuruları sayesinde, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü, doğrudan etki, devletlerin sorumluluğu gibi Avrupa Birliği hukukunun en önemli ilkeleri geliştirilmiştir¹⁸³.

Adalet Divanı'na yapılacak ön karar başvurularında izlenecek usullere ilişkin bir Bildiri¹⁸⁴ yayınlanmıştır. Bu Bildiri, bağlayıcı olmamakla birlikte, ön karar başvurularında ulusal mahkemelere yol gösterici nitelik taşıması açısından önemlidir. Bu Bildiride, öncelikle, ön karar usulünün, Avrupa Birliği hukukunun asli mekanizmalarından biri olduğu belirtilmiştir. Buna göre, ön karar başvurusunda bulunmadan önce, hakimlerin, öncelikle, önlerine gelen davada Avrupa Birliği hukukunun uygulanabilip uygulanamayacağını belirlemeleri, ardından, söz konusu davada ön karar başvurusunda bulunmanın gerçekten gerekli olup olmadığına karar vermeleri ve aynı davaya ilişkin olarak Adalet Divanı'nın herhangi bir içtihadı bulunup bulunmadığını tespit etmeleri tavsiye edilmiştir. Bu Bildiri'de, ayrıca, dava konusu olayın ortalama on sayfa ile aktarılmasının yeterli olduğu, bu aktarımın kısa ve öz olmakla birlikte dava konusu olayın hukuki zemini bakımından tüm önemli bilgileri içermesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁵. Bildiri'de, ayrıca, ulusal mahkemelerce Adalet Divanı'na yapılacak ön karar başvurularına, dava konusu olaya ilişkin ulusal hukuk düzenlemeleri ve Topluluk hukuku hükümlerinin eklenmesinin uygun olacağı ve Divan'ın dava konusu hakkında hüküm vereceği tarihe kadar, ulusal mahkemelerin söz konusu davaları askıya alacağı belirtilmiştir.

¹⁸¹ NOËL Emile, Avrupa Topluluğu Organları Nasıl Çalışır, 3. Baskı, Ankara 1980, s. 29.

¹⁸² LAZOWSKI Adam, Co-operation Between National Courts and the European Court of Justice, University of Westminster, School of Law, London, s. 4, http://eu.pravo.hr/fileadmin/Europsko/dokumenti/Powerpoint/Lazowski_Art_234.ppt#256,1,Co-operation between national courts and the European Court of Justice (18.07.2007).

¹⁸³ LAZOWSKI, 4.

¹⁸⁴ Bildiri için bkz. OJ C 143/1, 11.06.2005.

¹⁸⁵ Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. BAUDENBACHER Carl, Concentration of Preliminary References At The ECJ Or Transfer to the High Court/CFI: Some Remarks On Competition Law, http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/audenbacher.pdf (22.07.2007), s. 271.

Söz konusu Bildiri'ye göre, ön karar başvuruları, Avrupa Birliği resmi dillerinden herhangi biri ile yapılabilir. Yine, Bildiri'ye göre, Adalet Divanı, ihtiyaç duyduğu hususlarda, ulusal mahkemelerden açıklama talep edebilir. Divan, önüne gelen ön karar başvurularını yaklaşık olarak iki yıl içerisinde sonuçlandırmaktadır¹⁸⁶. Avrupa Konseyi, 28 Eylül 2006'da Avrupa Konseyi Başkanı Erkki Tuomioja'ya gönderdiği teklif yazısında, ortalama iki yıl süren ön karar usulünün, özellikle serbest dolaşım, güvenlik ve adalet konularıyla sınırlı olarak, “ivedi ön karar usulü” (emergency preliminary ruling) adı altında, daha kısa sürede tamamlanması için bir sistem tesis edilmesi önerisinde bulunmuştur¹⁸⁷. Konsey, önerisinde, bu amaçla, özel bir daire kurulabileceğini, yeni bir daire kurulmasının yeni ve daha elverişli çalışma usulleri tesis edilmesini gerektireceğini, kurulacak bu özel dairenin, dava konusu olayın gerçekten ivedi olup olmadığı hususunda takdir yetkisine sahip olacağını belirtmiştir.

Adalet Divanı Kararları, sadece başvuruyu yapan mahkeme için değil, tüm üye devlet mahkemeleri için bağlayıcı niteliktedir¹⁸⁸. Ancak yine de, bir başka ulusal mahkeme, Divan'dan aynı ya da benzer bir konuda güncel bir açıklama talep edebilir¹⁸⁹. İlgili Divan kararları incelenirken görüleceği üzere, uygulamada, ulusal mahkemeler, her ne kadar ön karar başvurusunda bulundukları konulara ilişkin Divan'ın içtihat ya da içtihatları bulunsa da, başvuruda bulundukları tarihten önceki tarihlerde Divan tarafından yanıtlanmış hususları, ön karar başvurularında tekrar Divan'a yöneltme yolunu seçmişlerdir.

Ön karar usulü, ayrıca, AT Antlaşmasının 68(1). maddesi kapsamında vize, iltica, göç konularında ve Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmiş Maastricht Antlaşmasının 35. maddesi kapsamında güvenlik ve cezai hususlarda adli işbirliği alanında uygulanmaktadır. Ancak yukarıda adı geçen düzenlemeler kapsamında Adalet

¹⁸⁶ Council of the European Union, Treatment of Questions Referred for a Preliminary Ruling Concerning the Area of Freedom, Security and Justice, Cover Note, Brussels 28.09.2006, 13272/06, (“Cover Note”) s. 2, <http://www.statewatch.org/news/2006/oct/ecj-and-third-pillar-13272-06.pdf> (18.07.2007).

¹⁸⁷ Cover Note, 5.

¹⁸⁸ CEYLANTEPE, 17.

¹⁸⁹ KENT, 113.

Divanı'na ön karar başvurusunda bulunma yetkisi, en yüksek dereceli ulusal mahkemelere aittir. AT Antlaşmasının 234. maddesinde düzenlenen ön karar usulü, bu üç usul arasında en çok başvurulmuş usuldür¹⁹⁰. 2000-2004 yılları arasında, Divan'ın AT Antlaşmasının 234. maddesi kapsamında binikiyüzseksenbeş, AT Antlaşmasının 68. maddesi kapsamında bir ve Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmiş Maastricht Antlaşmasının 35. maddesi kapsamında iki kez hüküm verdiği tespit edilmiştir¹⁹¹.

3.3 TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIMINA İLİŞKİN ADALET DİVANI KARARLARI

3.3.1 C-12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd¹⁹²

3.3.1.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Meryem Demirel, 17 Mart 1983 tarihinde, oğlu ve Türk vatandaşı olan eşi ile birlikte, 9 Haziran 1983 tarihine kadar geçerli olan bir vizeyle, Almanya'ya¹⁹³ giriş yapmıştır.

¹⁹⁰ KENT, 107.

¹⁹¹ Bu konuda bkz. Annual Report of the European Court of Justice 2004, (Luxembourg, OOPEC, 2005), s. 168.

¹⁹² ECR 1987, P. 03719.

¹⁹³“Türkiye'nin yurt dışına işçi gönderdiği ilk ülke olması nedeniyle, Almanya'nın Türk işçi göçü bakımından büyük önemi vardır... Almanya'ya Türk işçi göçü Türkiye'yi derinden etkilemiştir. Hatta son altmış yılda Türk toplum hayatında ortaya çıkan en önemli olay olarak, Türklerin Almanya'ya gitmeleri gösterilebilir... Türkiye'deki büyük kentleri görmemiş ve buralara uyum sağlamakta güçlük çekecek, yoksul insanlar Almanya gibi gelişmiş bir ülkenin büyük şehirlerine gitmişlerdir. Türk işçileri, bu yeni toplumun yaşam tarzını kısmen benimsemiş, Türkiye'de hayal bile edemeyecekleri oranda kazandıkları paralarla Türkiye'de yatırım yapmaya başlamışlardır. Nitekim bu durumu gören binlerce Türk, 1973 yılında Almanya'nın yabancı işçi alımını durdurmasına rağmen, turist olarak Almanya'ya gidip gizlice çalışmak istemişlerdir. Almanya'da bu duruma engel olmak için 1980 yılında Türklere karşı vize uygulamasına başlamıştır. Bugün Türkiye'de hemen hemen herkesin Almanya'da bir akrabası veya tanıdığı bir Türk olduğu gibi, Almanya'da da Türk olmayan bir şehir ya da kasaba yoktur. Bu nedenle, Almanya'daki Türkler, hem Türkiye'nin ve hem de Almanya'nın göz ardı edemeyeceği bir gerçektir. Bu vatandaşlarımız yıllarca Türkiye'ye büyük miktarda döviz göndermişler ve bu dövizler Türkiye'nin ödemeler dengesini sağlamada büyük yararlar sağlamıştır. Ancak bir de madalyonun diğer yüzü vardır: İşçilerin ve özellikle çocuklarının Almanya'da büyük sorunları olduğu gibi, aynı sorunlar Türkiye'de bırakılan eş ve çocuklar için de söz konusudur.” Bkz: DEMİRBAŞ Timur, “Federal Almanya'ya Türk İşçi Göçü ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 81, İzmir 1997, s. 417.

Meryem Demirel'e verilen vize, bazı sınırlamalar içermektedir. Bu sınırlamalara göre, vize, aile birleştirmesi amacı ile düzenlenmemiştir. Söz konusu vize sadece ziyaret amaçlı olup, ücretli bir faaliyette bulunma iznini de içermemektedir. Demirel, ikamet süresi olarak belirlenen süreye ve Almanya'dan 11 Haziran'da ayrılacağına dair 8 Haziran 1984 tarihli resmî beyanatına rağmen, hamile olduğunu belirtmiş ve ülkesinde kalacak yeri ve herhangi bir geçim kaynağı bulunmadığını gerekçe göstererek Almanya'dan Türkiye'ye dönmek istememiştir.

Daha sonra, 28 Mayıs 1985 tarihinde, Stadt Schwaebisch Gmuend tarafından, kendisine, en geç 5 Haziran 1985 tarihinde ülkeden ayrılması yönünde talimat verilmiş, aksi takdirde sınır dışı edileceğı uyarısı yapılmıştır. Demirel, 12 Haziran 1985 tarihinde, yine hamile olduğu gerekçesiyle söz konusu talimata itiraz etmiş ancak bu itirazı yetkili makam tarafından 9 Temmuz 1985 tarihinde reddedilmiştir. Bu nedenle, Meryem Demirel, esas olarak, söz konusu talimatın ve bu talimata karşı yapmış olduğu itirazın reddine ilişkin kararın iptali amacıyla Stuttgart İdare Mahkemesi'nde (Verwaltungsgericht) dava açmıştır.

Stuttgart İdare Mahkemesi, söz konusu idarî kararların, bu gibi durumlarda uygulanan ulusal mevzuatla uyum içerisinde olduğunu ve aile birleştirmesine ilişkin Alman mevzuatının, Meryem Demirel davasında 12 Eylül 1987 tarihine kadar uygulanma imkânı bulunmadığını belirtmiştir. Baden-Wuerttemberg İçişleri Bakanlığı tarafından, 25 Temmuz 1966 ve 31 Ocak 1975 tarihlerinde çıkarılan genelgelerde, yabancı işçinin yasal olarak üç yıl boyunca, Almanya'da ikamet etmiş olması durumunda aile birleştirmesi imkânından faydalanabileceğı belirtilmiştir. Bununla birlikte, aynı Bakanlık, 1982 ve 1984 tarihlerinde çıkardığı iki yeni genelgeyle, bu üç yıllık süreyi sekiz yıla çıkarmıştır. Böylelikle, aile birleştirmesi imkânından yararlanma koşulları ağırlaştırılmıştır. Sonuç olarak, Alman mahkemesi, Meryem Demirel'in, 13 Eylül 1987 tarihine kadar aile birleştirmesi talebinde bulunamayacağına karar vermiştir.

Stuttgart İdare Mahkemesi, 11 Aralık 1985 tarihli başvurusuyla, Ankara Anlaşmasının 7. ve 12. maddeleri ile Katma Protokolün 36. maddesinin, AT Antlaşmasının 234. maddesi (eski madde 177) kapsamında yorumlanması için, iki soruyla, Divan'dan ön karar niteliğinde görüş istemiştir.

Stuttgart İdare Mahkemesi, Meryem Demirel'in, ülkeden ayrılma kararının iptali hususunda yaptığı başvurunun, Avrupa Topluluğu hukukunun yorumlanmasına ilişkin olduğunu göz önüne alarak Divan'dan ön sorun yoluyla görüş istemiştir. Stuttgart İdare Mahkemesi, Divan'a aşağıdaki iki soruyu yöneltmiştir:

(1). Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesi, Ankara Anlaşmasının 7. maddesiyle bağlantılı olarak ve Topluluk hukuku kapsamında, serbest dolaşıma yeni kısıtlamalar getirme yasağı, bir üye ülkede yasal olarak ikamet etmekte olan Türk işçileri hakkında doğrudan uygulanabilir nitelikte midir?

(2). Ankara Anlaşmasındaki “serbest dolaşım” ifadesi, bir üye ülkede ikamet eden Türk işçilerinin reşit olmayan çocuklarını ve eşlerini, birlikte yaşamaları amacıyla yanlarında getirme hakkı tanıyan bir hak olarak yorumlanabilir mi?

3.3.1.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, öncelikle, Ankara Anlaşması ve Katma Protokolde yer alan işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin açıklanması hususunda yargılama yetkisine sahip olduğunu tespit etmiştir.

Divan, Topluluk ile üye olmayan devletler arasında imzalanan bir anlaşmadaki hüküm, Anlaşmanın yazılış tarzı, amacı ve oluşumu dikkate alındığında, uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir ikinci düzenlemeye gerek kalmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse, bu hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 2. ve 6. maddelerinin, Topluluğun desteğiyle, Türkiye'nin ekonomisini güçlendirmesini sağlamak için bir hazırlık dönemi, gümrük birliğinin tesis edilmesi ve ekonomi politikalarının düzenlenmesi için bir geçiş dönemi ve gümrük birliği ile ekonomi politikalarının eşgüdümüne dayanan bir son dönem öngördüğünü ve Ankara Anlaşmasının, yapı ve içerik açısından, genel olarak, ortaklık kurma amacının gerçekleşmesine ilişkin detaylı düzenlemeler getirmek yerine, konuyu

ana hatlarıyla nitelendiren düzenlemeler içerdığını ve özel konularla ilgili detaylı kuralların Katma Protokolde yer aldığını belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının, 3. bölümünde, kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili 12. maddenin yer aldığını ve akit tarafların, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde, aralarında, işçilerin serbest dolaşımını güvence altına almak amacıyla, AT Anlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49, 50) esinlenmiş olduklarını belirtmiştir.

Divan, Katma Protokolün 36. maddesinde, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olarak, işçilerin serbest dolaşımının, Ankara Anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, on ikinci yılın sonu ile yirmi ikinci yılın sonu arasında aşamalı olarak güvence altına alınmasının öngörüldüğünü ve bu sonuca ulaşmak için Ortaklık Konseyi'nin karar alma yetkisine sahip bulunduğunu ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 36. maddesinin, Ortaklık Konseyi'ne, gerekli gördüğü durumlarda, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin konularda karar alması için özel yetkiler tanıdığını; ancak Ortaklık Konseyi'nin bugüne kadar, bu konuda, sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nı kabul ettiğini, bu kararın da yalnızca, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına önceden dâhil olmuş Türk işçileri ile ilgili düzenlemeler getirdiğini, bu kişiler hakkında işe giriş koşullarında yeni kısıtlamalar getirilmesini yasakladığını belirtmiş; Ortaklık Konseyi'nin, aile birleştirmesine ilişkin herhangi bir karar almadığını açıklamıştır.

Divan, bu nedenle, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesinin, esas olarak, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin bir program öngördüğünü belirtmiş ve söz konusu hükümlerin, işçilerin serbest dolaşımına doğrudan esas teşkil etmeye yetecek kadar kesin ve mutlak hükümler içermediği sonucuna ulaşmıştır.

Divan, buna bağlı olarak, Ankara Anlaşmasının 7. maddesine göre, aile birleştirmesine ilişkin yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamanın mümkün olmadığını da belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 7. maddesinin, akit tarafların, Ankara Anlaşmasından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, genel ya da özel, her türlü önlemleri almaları ve Ankara Anlaşmasının amacının gerçekleşmesini tehlikeye sokan her türlü işlemi kaçınmaları hususunda oldukça genel düzenlemeler öngördüğünü bu nedenle, Stuttgart İdare Mahkemesi tarafından Adalet Divanı'na yöneltilen birinci sorunun cevabı olarak, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile yine bu Anlaşmanın 7. maddesiyle bağlantılı olan Katma Protokolün 36. maddesinin, üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan uygulanabilir nitelikte Topluluk hukuku kuralları tesis etmediğini ifade etmiştir.

Divan, Stuttgart İdare Mahkemesinin yönelttiği ikinci soru ile ilgili olarak, Toplulukta ikamet eden bir Türk vatandaşının, bulunduğu ülkeye, eşini ve reşit olmayan çocuklarını yanında getirebilmesi için gereken şartların neler olduğunu öğrenmek istediğini, birinci soruya verilen cevap ışığında, ikinci sorunun cevaplanması gerekliliğinin bulunmadığını belirtmiştir.

Son olarak, Divan, her ne kadar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹⁹⁴, aile hayatının korunması ile ilgili bir hüküm¹⁹⁵ bulunduğundan söz etse de AİHS kapsamında bir değerlendirme yapamayacağı sonucuna varmıştır. Divan daha önceki kararlarını esas alarak, Divan'ın, Topluluk hukuku alanı dışında, bir ulusal mevzuatın, AİHS ile uyum içerisinde olup olmadığını inceleme yetkisinin bulunmadığını; bu davada, ilk soruya verilen cevaptan açıkça anlaşılabileceği gibi, bugün itibarıyla, üye ülkelerin, yasal olarak Toplulukta ikamet eden Türk işçilerinin aile birleştirmesi koşullarını tanımlayan bir Topluluk hukuku düzenlemesi bulunmadığını; bu nedenle, konuya ilişkin ulusal düzenlemelerde, esas olarak, bir Topluluk hukuku hükmünü yerine

¹⁹⁴ Resmi adı, The European Convention on Human Rights olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye Devletler arasında 04.10.1950'de Roma'da imzalanmış, uluslararası alanda 03.09.1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, ülkemizde TBMM tarafından 10.03.1954'te 6366 sayılı yasayla onaylanmıştır. Düstur, III. Tertip, C. 35, RG 19.03.1954/8662. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bundan sonra kısaca "AİHS" olarak anılacaktır.

¹⁹⁵ AİHS'nin 8. maddesi, aile hayatının korunması ile ilgili bir düzenleme getirmektedir. Bu maddeye göre, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

getirme zorunluluğunun bulunmadığını; bu durumda, Divan'ın, ulusal düzenlemelerin, AİHS'nin 8. maddesi ile uyum içerisinde olup olmadığını belirleme yetkisi bulunmadığını belirtmiştir.

Özetle, Divan, Stuttgart İdare Mahkemesi'nin ön sorun yoluyla yönelttiği iki soruya verdiği yanıtta, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesinin, üye ülkelerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilir nitelikte kurallar olmadıkları ve Topluluk hukuku açısından doğrudan uygulanamayacakları sonucuna varmıştır.

3.3.1.3 Adalet Divanı Kararı'nın Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Adalet Divanı, Demirel Kararı'nda, her ne kadar Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesinin üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan uygulanabilir nitelikte Topluluk hukuku kuralları tesis etmediğine hükmetmişse de, söz konusu karar, bu düzenlemelerin Topluluk hukukunun bir parçası olduğunun ilk kez ifade edilmiş olması açısından büyük önem taşımaktadır. Divan, Demirel kararında, Ankara Anlaşması ve Katma Protokole dayanan davalar ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlarda yorumlama yetkisine sahip bulunduğunu belirterek, bu konuya da açıklık getirmiştir. Böylelikle, Türk vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin yorumunda, ulusal mahkemelere, Adalet Divanı'na başvuruda bulunma yolunu açmıştır. Ayrıca, Divan, bu içtihadında, sahip olduğu yargılama yetkisinin Topluluk hukuku ile sınırlı olduğunu ve bir ulusal mevzuatın AİHS ile uyum içerisinde olup olmadığını tespit etme yetkisine sahip olmadığını da belirtmiştir¹⁹⁶. Bu içtihadın bir diğer önemli yanı ise, Divan'ın Türk vatandaşlarının en yoğun yaşadığı AB üyesi devlet olan Almanya'da¹⁹⁷ bulunan bir vatandaşımıza ilişkin olarak kabul ettiği ilk karar olmasıdır.

¹⁹⁶ Bu konudaki açıklamaları için bkz. FLAHERTY Hon. John P./MAUREN E. Lally-Green, "Fundamental Rights in the European Union", Duquesne University, Duquesne Law Review, Vol. 36, January 1, 1998, s. 319; LENAERTS Koen, "Respect For Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union", Columbia University, Columbia Journal of European Law, Vol. 6, Winter 2000, s. 21.

¹⁹⁷Almanya, Türk işçilerinin en fazla bulunduğu Avrupa Birliği üyesi devlettir. Bu anlamda, Türk vatandaşlarını eski Yugoslavya vatandaşları izlemektedir. Almanya'daki ekonomik büyüme ve refah ve Avrupa'daki merkezi coğrafi konumu, 1960'lı yıllardan itibaren işçileri cezp etmiş ve Doğu Avrupa'daki komünist rejimin yıkılmasının ardından Almanya'ya işçi göçü hızlanmıştır. İlk başta işçiler, misafir işçi olarak kısa süreli iş sözleşmeleri ile çalışmaya başlamışlar ve başlangıçta bu kişilerin ülkelerine

Dartan, Divan'ın bu içtihadının, Katma Protokolün 36. maddesine göre 1 Aralık 1986 tarihinde gerçekleşmesi öngörülen serbest dolaşımın engellenmesi için yoğun çaba gösteren Almanya ve diğer üye devletleri hukuki bir gerekçeye kavuşturduğunu ifade ederek, kararı olumsuz yönde eleştirmiştir¹⁹⁸. Heaton da, Divan'ın, Türkiye ile Topluluk arasında akdedilmiş bir anlaşmanın ilgili maddelerinin üye ülkeleri bağlayıcı etkisi olmadığı sonucuna varması nedeniyle, Demirel kararını, Türk vatandaşlarının serbest dolaşımlarına zarar veren bir içtihat olarak değerlendirmiştir¹⁹⁹. Kanaatimizce, Divan'ın bu içtihadından, üye ülkelerde bulunan Türk işçileri için, Ankara Anlaşması'ndan kaynaklanan hiçbir hakları bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu kararın diğer olumsuz ve ilginç yanı ise, Divan'ın, hüküm verirken, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarına hiçbir şekilde değinmemesidir. Bunun sebebinin ise, muhtemelen ulusal mahkemenin Divan'a ön karar başvurusunda bulunurken bu düzenlemelere atıfta bulunmaması olduğu düşünülebilirse de, asli görevi Topluluk hukukunu uygulamak olan Divan'ın, Topluluk hukukunun bir parçasını teşkil eden Ortaklık Konseyi Kararlarını dikkate almamasını, davanın bu konuda Divan önüne gelen ilk dava olması nedeniyle bir deneyimsizlik olarak değerlendirebiliriz. Oysa ki söz konusu Ortaklık Konseyi Kararları, Ortaklık Konseyi tarafından, serbest dolaşımın kademeli bir şekilde gerçekleşmesi amacıyla kabul edilmişti. Çalışmanın ilk bölümünde incelemiş olduğumuz 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, kanaatimizce yeterince somut ve doğrudan uygulanabilir nitelikte düzenlemeler içerdiğinden, Divan'ın, bu kararı görmezden gelerek hüküm vermesi şaşırtıcıdır.

dönecekleri tahmin edilmiştir. Zaman geçtikçe, sözleşmeler yenilenmiş, aile birleşmeleri gerçekleşmiş ve bu kişiler sürekli ikamet haklarına sahip olmuşlardır. Böylelikle Almanya, bir göç ülkesi haline gelmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: WISTRICH Enid, "Immigration Migrants and Citizenship in Europe", The Federal Trust For Education and Research, European Essay No. 19, December 2001, s. 9–10.

¹⁹⁸ DARTAN, 555.

¹⁹⁹ HEATON Ricou, "The European Community After 1992: The Freedom of Movement of People and Its Limitations", The Vanderbilt University School of Law, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 25, November 1992, s. 655.

3.3.2 C-192/89 S. Z. Sevince v Staatssecretaris van Justitie²⁰⁰

3.3.2.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Salih Zeki Sevince, Hollanda’da çalışmakta ve yaşamakta olan, ve kendisi gibi Türk vatandaşı olan eşinin yanına gidebilmek için, 22 Şubat 1979’da, kendisine Hollanda’da yaşama hakkı tanıyan bir ikamet izni almış, ancak 11 Eylül 1980’de, izninin uzatılması amacıyla yaptığı başvuru, Staatssecretaris van Justitie (State Secretary of Justice) tarafından, Sevince ve eşinin boşanmış oldukları gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Sevince, red kararının yeniden incelenmesi için, Raad van State’e başvuruda bulunmuştur. Sevince’nin başvurusu, Raad van State tarafından 12 Haziran 1986’da reddedilmiştir. Bunun üzerine, Sevince, 13 Nisan 1987’de, başvurusunu, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarına dayandırarak, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına belirli bir süre usulüne uygun olarak kayıtlı olmuş bir Türk işçisinin, dilediği işe girebileceğini ileri sürerek, yetkili makamdan ikamet izni talebinde bulunmuştur.

Sevince, başvurusunu, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesine dayandırarak, Topluluğa üye bir ülkede beş yıl boyunca yasal olarak çalışmış olan bir Türk işçisinin aynı ülkede dilediği ücretli işe serbestçe girebileceğini belirtmiştir ve ayrıca 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın 6(1) maddesinin 3. bendine göre de, üye devlette dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olduğunu ileri sürerek, Hollanda’da yıllardır ücretli bir işte çalıştığını belirtmiştir. Staatssecretaris van Justitie’nin, Sevince’nin 13 Nisan 1987 tarihli itirazını reddetmesi üzerine, Raad van State, 1 Mayıs 1989’da, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarında yer alan hükümlerin uygulama alanı ve anlamının belirlenmesi hususunda, Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

Ulusal mahkeme, esasen, ilgili hükümlerin, AT Antlaşmasının 234. maddesi (eski madde 177) kapsamında açıklanması hususunda Divan’ın yetkili olup olmadığını, eğer yetkiliyse, söz konusu hükümlerin Avrupa Topluluğu’na üye ülkelerde doğrudan

²⁰⁰ ECR 1990, P. I-03461.

uygulanabilir nitelikte olup olmadığını, eğer doğrudan etkiye sahipse, “yasal çalışma” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda Divan’dan açıklama talep etmiştir.

3.3.2.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, AT Antlaşması’nın 300. (eski madde 228) ve 310. (eski madde 238) maddelerine uygun olarak Konsey tarafından kabul edilen Ankara Anlaşmasının, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Topluluk hukukunun bir parçasını teşkil ettiğini, Ortaklık Konseyi Kararlarının da, Ankara Anlaşması ile doğrudan bağlantılı olmaları nedeniyle, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren Topluluk hukukunun bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştir.

Divan, AT Antlaşması ile ilgili konularda ön karar alma yetkisine sahip olduğunu, dolayısıyla söz konusu kararların açıklanması konusunda da yargılama yetkisine sahip olduğunu tekrar vurgulamıştır.

Divan, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) ve 7. maddeleri ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1) ve 13. maddelerinin, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir.

Demirel kararında, Divan’ın, Topluluk ile Topluluğa üye olmayan devletler arasında imzalanan bir anlaşmadaki hükmün, söz konusu anlaşmanın yazılış tarzı, amacı ve oluşumu dikkate alındığında, hükmün uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir ikincil düzenlemeye gerek kalmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse, ilgili hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiği yönünde karar verdiğini belirtmiş; aynı kriterin, bir Ortaklık Konseyi Kararındaki hükmün doğrudan etkiye sahip olup olmadığı belirlenirken de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının ilgili hükümlerinin bu kriterleri karşılayıp karşılamadığı belirlenirken, öncelikle bu düzenlemelerin şartlarını incelemek gerektiğini, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1) maddesinin 3. bendinin, bir Türk vatandaşının, bir üye ülkede, belirli bir süre yasal olarak çalışmış olması halinde, dilediği ücretli işe serbestçe girme hakkına sahip olduğunu açık, kesin ve mutlak olarak

düzenlediğini ifade etmiş; benzer şekilde, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, üye ülkelerde yasal olarak çalışan ve ikamet eden Türk vatandaşlarının işe girişlerinde yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklayan açık bir stand-still klozu içerdiğini belirtmiştir.

Divan, Ortaklık Konseyi Kararı hükümlerinin, oluşumları ve taşıdıkları amaç açısından, ilgili oldukları Ankara Anlaşmasının bir parçasını teşkil ettiğini ve bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı bulunan Türk işçileri hakkında doğrudan uygulanmaya muktedir olduğunu ifade etmiş, Ankara Anlaşmasının 2(1). maddesine göre, Ankara Anlaşmasının amacının, taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri sürekli ve dengeli olarak güçlendirmek olduğunu ve söz konusu Anlaşmanın, Topluluğun desteğiyle, Türkiye ekonomisinin güçlendirilmesini sağlamak için bir hazırlık dönemi, gümrük birliğinin tesis edilmesi ve ekonomi politikalarının düzenlenmesi için bir geçiş dönemi ve gümrük birliği ile ekonomi politikalarının eşgüdümüne dayanan bir son dönem öngördüğünü belirtmiştir.

Divan, işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak, geçiş döneminin uygulanmasına ilişkin Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde, akit tarafların, kendi aralarında işçilerin serbest dolaşımını ilerleyen şekilde güvence altına almak konusunda, Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler, 48, 49 ve 50) esinlenmekte anlaştıklarını ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 36. maddesinin, serbest dolaşımın ilerleyen şekilde gerçekleşmesi için gerekli süre sınırlarını belirlediğini ve bu sonuca ulaşmak için gereken kararları almak konusunda Ortaklık Konseyini yetkilendirdiğini ve 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının, Ortaklık Konseyi tarafından, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesinin uygulanması amacıyla kabul edildiğini, buna bağlı olarak, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının giriş kısmında, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesine açıkça atıfta bulunulduğunu ve söz konusu Kararın 1. maddesinin, Katma Protokolün 36. maddesinin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemeler içerdiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının giriş bölümünün üçüncü kısmında, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında öngörülen işçilerin ve onların aile bireylerine ilişkin şartların sosyal açıdan geliştirilmesinin amaçlandığını ve Ankara Anlaşması ve Katma Protokolün yukarıda belirtilen hükümlerinin, esasen bir program tesis ettiğini ifade etmiştir.

Divan, her ne kadar, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesinde Türk işçilerine tanınan hakların uygulanma usullerinin ulusal mevzuatlar uyarınca tespit edileceği belirtilmişse de, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının doğrudan etkiye sahip olabileceği, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesinin, üye devletlere, Türk vatandaşlarına tanınan kesin ve mutlak haklara sınırlama getirme ya da bu hakları şarta bağlama yetkisi vermediği, söz konusu düzenlemenin sadece, ilgili hükümlerin uygulanması konusunda gerekli olan ve üye devletler tarafından alınması gereken idari önlemleri açıklayıcı niteliğe sahip olduğu sonucuna varmıştır.

Benzer şekilde, Divan, akit taraflardan her birinin, söz konusu hükümlerin uygulanması için gereken ve kendi sorumluluk alanlarına giren tedbirleri alacağını öngören 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 12. maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 29. maddesinin, sadece, bir uluslararası anlaşmanın iyi niyetle uygulanması yükümlülüğü üzerinde durduğunu ve bu yükümlülüğün, zaten Ankara Anlaşmasının 7. maddesinden kaynaklandığını belirtmiştir.

Divan, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesi ve/veya 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ve 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ve/veya 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, Avrupa Topluluğu'na üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, adı geçen düzenlemelerin, sadece, Türk vatandaşlarının çalışma koşullarına kaynaklık ettiğini ve ikamet hakkı koşullarına ilişkin herhangi bir hüküm içermediğini ifade etmiş, ancak, bir Türk vatandaşının kişisel durumunun iki görüntüsü olan çalışma ve ikamet hakkının, birbiriyle sıkı sıkıya ilişkili olduğunu önemle vurgulamıştır.

Divan, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde yer alan “yasal çalışma”

ifadesinin, sadece temyiz başvurusu sonucunda ulusal mahkemeden karar alınana kadar yasal olarak çalışmaya devam eden bir Türk vatandaşının durumunu kapsar nitelikte olmadığı, bu gibi durumlarda, ulusal mahkemenin, genellikle yapılan temyiz başvurusunu reddettiği sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Raad van State tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, öncelikle, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının AT Antlaşmasının 234. maddesinin (eski madde 177) uygulanması amacıyla tesis edildiğini belirtmiş, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi ve 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, Topluluğa üye ülkelerde, doğrudan etkiye sahip olduğu ve 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde adı geçen “yasal çalışma” ifadesinin, bir Türk işçisinin ikamet izni talebinin reddedilmesi nedeniyle açtığı dava süresindeki çalışmasını kapsamadığı sonucuna ulaşmıştır.

3.3.2.3 Adalet Divanı Kararı’nın Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Adalet Divanı, Ortaklık hukukunun birincil kaynaklarından olan Ankara Anlaşması ve Katma Protokolün ilgili maddelerinin üye ülkelerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilir nitelikte Topluluk hukuku kuralları tesis etmediği sonucuna vardığı Demirel kararından farklı olarak, Sevince kararı ile ortaklık hukukunun ikincil kaynaklarından olan Ortaklık Konseyi Kararının ilgili hükümlerinin doğrudan uygulanma niteliğini haiz olduğunu, dolayısıyla söz konusu Kararların uygulanabilmesi için ayrıca bir uygulama usulü kabul edilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir. Divan, Ortaklık Konseyi Kararının ilgili maddelerinin doğrudan uygulanma etkisinin, yalnızca Almanya’da değil, Topluluğa üye tüm devletlerde geçerli olduğunu da vurgulamıştır. Böylelikle, söz konusu düzenlemelerin, tüm üye devletlerde, aynı şekilde uygulanması ve yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Demirel kararında ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarını dikkate almayan Divan, Sevince kararında, Ortaklık Konseyi Kararlarını yorumlamaya yetkili olduğunu belirtmiş ve böylece Demirel kararından kaynaklanan muğlaklıklara da son vermiştir. Divan, Sevince kararında, çalışma ve

ikamet haklarının ayrılmaz bir bütün teşkil ettiğini vurgulayarak²⁰¹, bu konuda söz konusu kararın kabul edildiği tarihe kadar süren belirsizliklere de son vermiştir.

Kanaatimizce, Divan, bu içtihadıyla, ikamet izinlerinin reddedilmesi üzerine dava açan Türk vatandaşlarının dava sürecindeki çalışmalarını istikrarlı ve güvenli bir çalışma olarak kabul etmeyerek, üye devletteki ikametleri ve çalışmaları meşru bir nedene dayanmayan Türk işçilerinin dava yolunu kullanarak dava sonuçlanıncaya kadar geçen süre zarfındaki çalışmalarını yasal çalışma olarak kabul ettirme taleplerinin önüne geçmek istemiştir ve söz konusu içtihat, bu anlamda olumlu bir içtihat olarak değerlendirilebilir.

Ancak, söz konusu içtihadın akabinde, Almanya İçişleri Bakanlığı, 11 Haziran 1991 tarihinde eyaletlere gönderdiği bir genelge ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ilgili hükmünü sadece çalışma izni ile sınırlı tutarak, aynı düzenlemenin ikamet iznini içermediğini belirtmiş, dolayısıyla çalışma iznini fiilen geçersiz kılmıştır. Dardan, bu durumda, çalışma iznine sahip olan bir Türk vatandaşının ikamet izni yok ise, ya çalışmaktan vazgeçerek ülkesine geri dönmek ya da her akşam Türkiye'ye gidip, her sabah Almanya'ya dönmek seçeneklerinden birini kullanmak zorunda kalacağını, trajikomik bir dille ifade etmiştir²⁰².

Kanatımızca, Sevince kararının önemi şudur: Bu içtihat ile, her ne kadar üye ülkelerde çalışmakta olan Türk işçilerinin üçüncü ülke işçisi statüsü tamamen kaldırılmadıysa da, ulusal yasaların bu kişilere, üçüncü ülke işçilerine nazaran daha sınırlı seviyede uygulanması gerektiği netlik kazanmıştır.

²⁰¹ Bu konudaki görüşleri için bkz. HAILBRONNER Kay/POLAKIEWICZ Jorg, "NON-EC Nationals in the European Community: The Need for a Coordinated Approach", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 3, Fall 1992, s. 57.

²⁰² DARTAN, 556.

3.3.3 C-237/91 Kazım Kuş v Landeshauptstadt Wiesbaden²⁰³

3.3.3.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Kazım Kuş, 24 Ağustos 1980’de, bir Alman vatandaşı ile evlenmek amacıyla, Almanya’ya giriş yapmış ve 16 Nisan 1981’de bu kişi ile evlenmiştir. Kazım Kuş, 1 Nisan 1982’den itibaren, yasal çalışma izni kapsamında, sürekli olarak çalışmıştır. Kazım Kuş, ilk olarak, yaklaşık yedi yıl boyunca aynı işte çalışmış, sonradan, iki kez iş değiştirmiştir.

Kazım Kuş’a, 27 Nisan 1981’de, bir Alman vatandaşının eşi olması nedeniyle ikamet izni verilmiş, Kuş’un ikamet izninin süresi 17 Ağustos 1983’te son bulmuştur. Kuş’un yaptığı yenileme başvurusu, The Mayor of Landeshauptstadt Wiesbaden tarafından, kendisinin Almanya’da bulunma sebebinin artık mevcut olmadığı gerekçesiyle (Kazım Kuş ve eşi, 18 Kasım 1983 tarihli kararla boşanmış, bu karar 26 Nisan 1984 tarihinde kesinleşmiştir.) 6 Ağustos 1984’te reddedilmiştir.

Mayor’un 6 Ağustos 1984 tarihli kararına, Kazım Kuş, Verwaltungsgericht Wiesbaden nezdinde itiraz etmiştir. Bu mahkeme, 23 Mayıs 1985 tarihli kararıyla, geçmişe etkili ve geçici olarak, söz konusu kararı askıya almış ve 30 Ekim 1987 tarihli kararıyla, Mayor’un kararını iptal ederek, davalıya Kazım Kuş’un ikamet izninin yenilenmesi talimatı vermiştir.

Davalı, Hessischer Verwaltungsgerichtshof’a başvurmuş ve bu mahkeme, Alman hukukuna göre, Kazım Kuş’un ikamet izni almaya hakkı olmadığına karar vermiş fakat Kazım Kuş hakkında 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin uygulanmasının, kendisi için daha elverişli olabileceğini belirterek, Divan’dan, bu hususta ön karar vermesi talebinde bulunmuştur.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof, bu başvurusuna bağlı olarak, Adalet Divanı konu hakkında ön karar verene kadar, söz konusu davayı ertelemiştir. Mahkeme, 12 Ağustos 1991’de, Divan’a başvurarak, ikamet izninin yenilenmesi amacıyla açtığı dava sonuçlanıncaya kadar, bir üye ülkede, geçerli ikamet izinleri ve çalışma izinleri

²⁰³ ECR 1992, P. I-06781.

çerçevesinde dört yıldan fazla süreyle çalışan bir Türk işçisinin bu çalışmasının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında yasal çalışma sayılıp sayılmayacağını, bir başka ifadeyle, bu maddede öngörülen “dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği işveren nezdinde çalışma iznini uzatma hakkı”nın dava konusu kişi için de geçerli olup olmadığını; ayrıca, söz konusu kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında olmadığına hükmedilmesi halinde, bu kez de aynı maddenin birinci bendi kapsamında çalışma iznini uzatma hakkı bulunup bulunmadığını; söz konusu kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci veya üçüncü bendi kapsamında çalışma izninin uzatılması hakkına sahip olduğunun belirlenmesi halinde, bu maddeye dayanarak ikamet izinlerinin de uzatılıp uzatılamayacağını öğrenmek istemiştir.

3.3.3.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Sevince kararında da belirttiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında, yasal çalışmanın, iş gücü piyasasında “istikrarlı” ve “güvenli” bir pozisyona sahip olmayı gerektirdiğini; oysa ki, Sevince davasına benzer şekilde, Kazım Kuş’un ikamet izninin uzatılmasının reddine dair kararın mahkemece askıya alındığı dönemdeki çalışmasının istikrarlı ve güvenli bir çalışma olarak değerlendirilemeyeceğini, Kuş’un ikamet iznini reddeden kararın, Sevince davasında olduğu gibi, kendiliğinden, ya da bu davada olduğu gibi, bir mahkeme kararıyla askıya alınmış olmasının bu yorumu değiştirmeyeceğini ifade etmiştir.

Divan, her iki davada da askıya alma işleminin sadece dava sonuçlanana kadar yürürlükte olduğunu ve bu süre zarfında söz konusu kişiye geçici çalışma ve ikamet hakkı tanındığı dikkate alındığında, yasal çalışma hususunda Sevince davasında uygulanan kriterlerin aynen Kuş davasında da uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinin, bir Türk işçisinin bir işveren nezdinde bir yıldan fazla çalışması halinde, kendisine, çalışma iznini aynı işveren nezdinde yeniletme hakkı tanıdığını ve bu hakkın elde edilmesinin, Türk işçisinin üye ülkeye hangi koşullarda giriş yaptığına veya o

ülkede ikamet hakkını nasıl elde ettiğine bağlı olmadığını belirterek, bir yıldan fazla bir süreyle aynı işveren nezdinde yasal olarak çalışan bir Türk işçisinin ikamet izni başlangıçta evlilik amacıyla verilmiş olsa bile, bu kişinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi kapsamında çalışma iznini yenileme hakkına sahip olduğu ve bu kişinin, söz konusu izni yenilemek için yaptığı başvurunun işlemde olduğu sırada evliliğinin bitmiş olmasının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinden kaynaklanan hakkını kullanmasına engel oluşturmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Hessischer Verwaltungsgerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yönelttiği sorulara verdiği yanıtta, ulusal hukuk uyarınca, ikamet izninin yenilenmesi amacıyla açtığı bir dava sonuçlanıncaya kadar ikamet izni uzatılan ve bu ikamet iznine paralel çalışma izinleri de alarak bir üye ülkede dört yıldan fazla bir süreyle çalışan bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında hak sahibi olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Divan, Almanya'ya bir Alman vatandaşı ile evlenmek amacıyla gelen ve üç yıl süren bir evlilikten sonra boşanan ve boşandıktan sonra çalışmak amacıyla ikamet izninin uzatılması için başvuruda bulunan bir Türk işçisinin, bu başvurunun reddedildiği tarihte iki buçuk yıldır aynı işveren nezdinde geçerli bir çalışma izni ile çalışmakta ise, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendi kapsamında hak sahibi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Divan, söz konusu Türk işçisinin, doğrudan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendine dayanarak, sadece çalışma izninin değil, ikamet izninin de yenilenmesini talep edebileceğini belirtmiştir.

3.3.3.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, bu içtihadıyla, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesindeki şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının bu madde ile tanınan haklara bir başka koşul aranmaksızın sahip olduklarını belirterek, söz konusu hakların bu maddede öngörülmeyen yeni şartlara tabi tutulmasını engellemiştir. Divan'ın bu içtihadı dikkate alındığında, her ne kadar Türkiye'de yaşayan Türk vatandaşları için geçerli olmasa da, üye devletlerde yaşayan ve ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarında aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, birlik vatandaşlarından sonra “durumu en iyi olan

yabancılar” statüsüne sahip oldukları söylenebilir²⁰⁴. Kanaatimizce, bir önceki kararı olan Sevince kararına dayanarak Kuş kararında daha geniş yorum yapan Divan’ın bu içtihadı ile, Türk işçilerinin, Topluluk hukuku kapsamında tam anlamıyla yabancı işçi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Divan’ın bu kararı, üye devletlerde yasal olarak çalışmakta olan Türk işçilerinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan şartları yerine getirmeleri durumunda, derhal ikamet izni elde edebilmeleri ya da süresi dolmuş olan ikamet izinlerinin süresini uzattırabilme haklarına sahip oldukları anlamına gelmektedir.

3.3.4 C-355/93 Hayriye Eroglu v Land Baden-Württemberg²⁰⁵

3.3.4.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Hayriye Eroğlu, 12 Mayıs 1960 Türkiye doğumlu olup, Hamburg Üniversitesi’nde İşletme Yönetimi okumak amacıyla, babasının da 4 Mayıs 1976’da beri yasal olarak yaşamakta ve çalışmakta olduğu Almanya’ya, Nisan 1980’de giriş yapmıştır. Eroğlu, çalışmalarını 1987 yılında tamamlamış ve işletme yönetimi ile ilgili bir başka çalışma için hak kazanmış daha sonra da doktora öğrenimine başlamıştır. Eroğlu, çalışmaları süresince, 1989 yılının Ekim ayına kadar, her biri bir yıl süre ile sınırlı olan ve sadece öğrenim görmek amacıyla verilen ikamet izinlerine hak kazanmıştır.

Hayriye Eroğlu, Ekim 1989’da, Hardheim’e taşınmıştır. Landratsamt Neckar-Odenwald-Kreis, kendisine, 15 Ocak 1990 ve 27 Haziran 1990 tarihlerinde, 1 Mart 1991’e kadar geçerli olan ve Eroğlu’nun ücretli bir işte çalışmasını yasaklayan, sadece Hardheim’deki B. şirketinde, bir otel projesi kapsamında uygulama eğitimi görmesine imkân tanıyan bir ikamet izni vermiştir. Eroğlu, 7 Şubat 1991’de, 1 Mart 1992 tarihine kadar geçerli olan ve B. şirketinde uygulama eğitimi görmesine imkân tanıyan bir ikamet izni almıştır. Yetkili makam tarafından, Eroğlu’na, aynı tarihte, ikamet izninin 1 Mart 1992’ye kadar yenilenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. 9 Nisan 1991 tarihli bir kararla, ikamet iznindeki bu şart, Eroğlu’nun bu tarihten sonra

²⁰⁴ DARTAN, 557.

²⁰⁵ ECR 1994, P. I-5113.

Tauberbischofsheim'deki F. GmbH şirketinde pazarlama asistanı olarak çalışmasına imkân tanımak amacıyla kaldırılmıştır.

Eroğlu'na, söz konusu faaliyetleri sürdürebilmesi için, ikamet izinleri ile uyumlu çalışma izinleri verilmiştir. Söz konusu izinler, 6 Şubat 1990'dan 14 Ocak 1991'e ve 25 Nisan 1991'den 1 Mart 1992'ye kadar geçerli olup, biri ticari yönetim asistanlığı ve diğeri de pazarlama asistanlığı olmak üzere, Eroğlu'nun mesleki faaliyette bulunmasına izin verir niteliktedir. Eroğlu'nun 15 Ocak 1991–14 Nisan 1991 tarihleri arasında geçerli olan ikamet izni ise, Eroğlu'nun sadece eğitim amacıyla mesleki faaliyette bulunmasına izin vermektedir. Eroğlu, 1 Mart 1990'dan 15 Nisan 1991'e kadar B. şirketi nezdinde, 15 Nisan 1991'den 18 Mayıs 1992'ye kadar F. Şirketi nezdinde çalışmıştır. Eroğlu'nun her iki işvereni de, kendisine brüt olarak, aylık üç bin Alman Markı'ndan fazla maaş ödemiştir.

Eroğlu, 24 Şubat 1992'de, Landratsamt Neckar-Odenwald-Kreis'e başvurarak, son işvereni olan F. şirketi nezdinde çalışmaya devam edebilmek amacıyla, ikamet izninin uzatılması talebinde bulunmuştur. Eroğlu'nun, bu başvurusunun reddedilmesi üzerine Regierungspraesidium Karlsruhe nezdinde 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesine dayanarak yapmış olduğu itiraz, kendisinin ücretli çalışma iznine sahip olmadığı ve çalışmasının söz konusu madde kapsamında yasal olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine, Eroğlu, Verwaltungsgericht Karlsruhe nezdinde dava açmıştır. Davanın görülmekte olduğu sırada ilk işvereninden de iş teklifi alan Eroğlu, bu davada, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1) ve 7. maddelerine göre, ikamet hakkına sahip olduğu iddiasında bulunmuştur.

Verwaltungsgericht Karlsruhe, Eroğlu'nun ikamet izninin yenilenmesi için yapmış olduğu başvurusunun reddine ilişkin kararın Alman hukukuna uygun olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yukarıda adı geçen hükümlerinin Eroğlu'na bir hak tanıyıp tanımadığının belirlenmesi için davayı erteleyerek, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.4.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi sınırlarına giriş yapma ve ilk işe giriş şartları hususunda düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmadığını ancak söz konusu Kararın özellikle 6. maddesinin, sadece üye ülkelerin iş gücü piyasalarına önceden usulüne uygun olarak dâhil olmuş Türk vatandaşlarının durumuna ilişkin düzenlemeler getirdiğini tekrar ifade etmiştir.

Divan'ın, Sevince davasında da, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin Avrupa Topluluğu'na üye ülkelerde doğrudan etkisi olduğuna karar verdiğini, bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının söz konusu hükmün çeşitli bentlerine dayanarak kendilerine tanınan haklardan istifade edebileceklerini yinelemiştir.

Divan, bu hakların, ilgili üye ülkede yasal olarak çalışılan süreye bağlı olarak değiştiğini, bir Türk işçisinin, o üye ülkede bir yıllık yasal çalışmadan sonra eğer iş olanağı mevcut ise aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına sahip olduğunu (birinci bent), üç yıllık yasal çalışmadan sonra ve Topluluğa üye devlet işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işverenin yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına sahip olduğunu (ikinci bent), o üye devlette dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olduğunu (üçüncü bent) belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin amacının, aynı işveren nezdinde sürekli olarak çalışmayı güvence altına almak olduğunu ve buna bağlı olarak, ancak söz konusu maddenin aynı işveren nezdinde ilk bir yıllık yasal çalışma süresini tamamlamış olan Türk vatandaşlarının çalışma izinlerini uzatmak amacıyla yaptıkları başvurulara uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Divan, bir yıllık yasal çalışmadan sonra, işvereni değişen ve tekrar aynı işveren nezdinde çalışmak amacıyla çalışma izninin uzatılması talebinde bulunan bir

Türk vatandaşının, ancak üç yıllık yasal çalışmanın sonunda işverenini değiştirme hakkına sahip olacağını belirtmiştir.

Divan, bir yıllık yasal çalışmadan sonra işverenini değiştirip tekrar ilk işvereni nezdinde çalışabilmek için çalışma izninin uzatılmasını talep eden bir Türk işçisinin çalışma izninin uzatılmasının, işçiye, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ikinci bendinde belirtilen üç yıllık süre dolmadan işverenini değiştirme hakkının tanınması anlamına geldiğini, bunun ise 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ikinci bendi uyarınca Türk vatandaşlarına göre öncelik hakkı bulunan üye ülke vatandaşlarının haklarının ihlaline yol açacağını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi gibi, aynı Kararın 7. maddesinin de, ev sahibi ülkede mesleki bir eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocuklarının, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıldır yasal olarak çalışıyor olması şartıyla, söz konusu üye devlette her türlü işe başvurma hakkına sahip olduğunu açık, kesin ve mutlak olarak belirttiğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi gibi, aynı Kararın 7. maddesinin ikinci fıkrasının da Avrupa Topluluğu'na üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmiştir.

Divan, bu karardan önceki Sevince ve Kuş kararlarında da belirttiği gibi, kişinin çalışma ve ikamet hakkının birbiriyle sıkı sıkıya bağlantılı olduğunu ve bir kişiye çalışma izni verilmesinin ardından aynı kişiye ikamet izni verilmesi gerektiğini, bu yorumun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrası için de aynen geçerli olduğunu kabul etmiştir.

Divan, bir Türk işçisine ikamet izni verilmeksizin, onun çalışma izninin yenilenmesinin herhangi bir etkiye sahip olmadığını ve serbest dolaşım hakkının, üye ülke vatandaşları için, sadece başka bir üye ülkedeki açık işlere başvurmak için değil, o ülkede iş aramak için gerekli olan ikamet hakkını da içerdiğini vurgulamıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında aranan koşulları yerine getirmiş ve bu nedenle söz konusu üye ülkede herhangi bir iş

arzına başvurma hakkına sahip olan Türk vatandaşlarının aynı maddeye dayanarak ikamet izinlerini de uzatma hakkına sahip oldukları sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Karlsruhe tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, Almanya’da bir üniversiteden mezun olan ve ulusal mevzuat uyarınca iki yıl süreyle, şartlı bir ikamet izni ile mesleki bilgi ve tecrübesini arttırmak ya da özel uygulama eğitimi görmek amacıyla bu ikamet iznine paralel çalışma izinleri alan; ilk işinde bir yıldan fazla bir süreyle ücretli olarak çalışan ve hemen ardından yetkili makamların izni ile bir başka işveren nezdinde on ay süreyle çalışan, bunu takiben tekrar ilk işvereninden iş teklifi alan bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendi kapsamında hak sahibi olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartları yerine getiren ve bu nedenle ilgili üye ülkedeki açık iş arzına başvurması mümkün olan bir Türk vatandaşının, bu hükme dayanarak ikamet izninin uzatılmasını talep edebileceğini belirtmiştir.

3. 3.4.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, Eroğlu kararı ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin de üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna varmıştır. Eroğlu Kararı, Divan’ın, üye ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının “aile birleştirmesi” dışında yanlarına gelen ve bu ülkelerde mesleki eğitim gören çocuklarının, Topluluk hukukuna göre, bu ülkelerde ikamet etme ve çalışma hakkı kazandıklarını kabul etmesi açısından önem taşımaktadır. Kanaatimizce, bu karar, üye ülkelerde bulunan Türk öğrencileri ve Türk vatandaşlarının aile bireyleri için, bu vatandaşlarımızın eğitim, mesleki ve sosyal hakları açısından geleceklerini güvence altına alan olumlu bir karardır.

3.3.5 C-434/93 Ahmet Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie²⁰⁶

3.3.5.1 Dava Konusu

Hollanda yasalarına göre kurulmuş olan ve merkezi Hollanda’nın Klundert şehrinde kayıtlı olan Rynart Transport B.V. şirketinde, 21 Ağustos 1979’dan beri, orta

²⁰⁶ ECR 1995, P. I-1475.

doğu ülkeleri arasında uluslararası kamyon sürücüsü olarak çalışmakta olan Türk vatandaşı Ahmet Bozkurt'un iş sözleşmesi, Hollanda hukukuna uygun olarak imzalanmıştır. Bozkurt, yolculukları arasındaki zaman dilimlerinde ve izinli olduğu günlerde Hollanda'da yaşamıştır.

Hollanda yabancılar mevzuatı, uluslararası kamyon sürücülerini için çalışma izni alınmasını gerektirmemektedir. Bu tür işlerde çalışan üçüncü ülke vatandaşlarına bir defada en fazla üç ay, bir yıllık süre zarfında toplam olarak en fazla dokuz ay süreyle Hollanda'da ikamet etmeye izin veren ve her yıl yenilenen bir yıllık ve çok girişli vize verildiği için Bozkurt'un, çalıştığı dönemde ayrıca ikamet izni almasına da gerek kalmamıştır. Bozkurt'un iş sözleşmesinin, Hollanda mevzuatı uyarınca, Flemenkçe akdedilmiş olmasının yanı sıra, Bozkurt Hollanda sosyal güvenlik sistemi kapsamında sayılmıştır.

Bozkurt, Haziran 1988'de bir iş kazası geçirmiştir. Yetkili makam tarafından Bozkurt'un iş gücü kaybının, %80-%100 arasında olduğuna karar verilmiştir. Bu nedenle, Bozkurt'a, Hollanda mevzuatı kapsamında, kendisinin Hollanda'da ikamet edip etmediğine bakılmaksızın iş göremezlik ödeneği bağlanmıştır.

Rotterdam Belediyesi, 6 Mart 1991'de, Bozkurt'un sınırsız süreli ikamet izni başvurusunu reddetmiştir. Bozkurt, 18 Mart 1991'de, söz konusu başvurunun, yeniden incelenmesi amacıyla, başvurusunu Adalet Bakanlığı'na sunmuş ancak bu başvuru da reddedilmiştir. Bozkurt, 16 Temmuz 1991'de, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesinin, kendisine Hollanda'da ikamet etme hakkı tanıdığını iddia ederek, Raad van State'e, söz konusu kararın iptali için başvuruda bulunmuştur.

Raad van State, 24 Eylül 1993'te, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesinin yorumlanması amacıyla Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuş ve Divan'dan aşağıdaki dört mesele hakkında ön karar vermesi talebinde bulunmuştur:

(1). Hollanda hukukuna göre düzenlenmiş bir iş sözleşmesi kapsamında, Hollanda'da kurulu bir şirket nezdinde, uluslararası kamyon sürücüsü olarak görev

yapmakta olan bir Türk vatandaşının bu çalışması, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ve/veya 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesi anlamında bir üye ülkede çalışma olarak kabul edilebilir mi?

(2). Hollanda’da genellikle kısa dönemlerde kaldığı için, Hollanda mevzuatı uyarınca kendisine uzun süreli çalışma ve ikamet izni verilmeyen uluslararası kamyon sürücüsü olarak görev yapmakta olan bir Türk vatandaşının bu çalışması, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesi bakımından “yasal çalışma” olarak kabul edilebilir mi?

(3). Birinci ve ikinci soruların cevabı olumluysa, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesi, bir Türk işçisine, istihdam edildiği sürece ikamet hakkı sağlamakta mıdır?

(4). Üçüncü sorunun cevabı olumluysa, sürekli ve tamamen iş göremez duruma gelen bir Türk işçisi, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ikinci maddesi ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesi anlamında ikamet hakkına sahip olur mu?

3.3.5.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının birinci maddesinden de anlaşılacağı üzere, bu Kararın ilk dönem için kabul edildiğini ve bu dönemin 1 Aralık 1976 tarihi itibarıyla dört yıl süreceğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesinin yer aldığı ikinci bölümünün “sosyal hükümler” başlıklı birinci kısmının işçilerin serbest dolaşımına ilişkin bir sonraki aşamayı düzenlediğini ve söz konusu Kararın 16. maddesi uyarınca, 1 Aralık 1980’den itibaren uygulanmaya başlanacağını, bu tarihten itibaren 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının altıncı maddesinin, bir önceki Ortaklık Konseyi Kararının daha az elverişli olan düzenlemelerinin yerini aldığını, bu nedenle, Divan’a yöneltilen sorulara doğru cevap verebilmek için, yukarıda adı geçen Ortaklık Konseyi Kararlarının geçerli oldukları süreler dikkate alınarak, referans yapılması gereken tek maddenin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi olduğunu belirtmiştir.

Divan, ulusal mahkemenin, Divan'ın bu konuya ilişkin olarak kabul ettiği Lopes da Veiga²⁰⁷ kararını dikkate alması gerektiğini, söz konusu kararda; başvurucunun Hollanda siciline kayıtlı bir gemide ve Hollanda'da kurulu bir gemi şirketi nezdinde çalıştığını, kendisi ve işvereni arasındaki iş ilişkisinin Hollanda hukukuna tabi olduğunu, bu kişinin Hollanda hukuku sosyal güvenlik sistemine göre sigortalı olarak çalıştığını ve kendisine Hollanda Hükümeti tarafından iş göremezlik ödeneği bağlandığını ifade etmiştir.

Divan, Ahmet Bozkurt ve Komisyonun, aynı kriterin bu davada da uygulanması gerektiğini iddia ettiklerini, Komisyonun, Divan'ın özellikle Lopes da Veiga davasında aldığı kararın, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde akit tarafların kendi aralarında işçilerin serbest dolaşımını ilerleyen şekilde güvence altına almak amacıyla, Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49 ve 50) esinlenmekte anlaşmış olmaları nedeniyle, bu davada da uygulanması gerektiğini iddia ettiğini aktarmıştır. Buna karşılık, Divan, Almanya, Yunanistan, Hollanda ve Birleşik Krallık Hükümetlerinin, Topluluk üyesi ülke vatandaşının serbest dolaşımı hakkındaki bir Divan kararının, amaçları çok daha sınırlı olan Ankara Anlaşmasının hükümlerinin yorumlanmasında emsal teşkil etmeyeceğini iddia ettiklerini aktarmıştır. Bu noktada, Divan, ilk dikkat edilmesi gereken noktanın, Ortaklık Konseyi'nin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararındaki sosyal düzenlemeleri kabul etmekteki amacının, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49 ve 50) esinlenerek, işçilerin serbest dolaşımını güvence altına almak konusunda, bir aşama daha ileri gitmek olduğunu ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin bir üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına önceden yasal olarak kayıtlı olmuş bir Türk vatandaşı hakkında uygulanmakla sınırlı olduğunu ifade etmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 12. maddesiyle serbest dolaşımın prensiplerini belirlediğini dikkate alınarak, Lopes da Veiga kararı ile ortaya konan kriterlerin Bozkurt için de uygulanabileceğini belirtmiştir.

²⁰⁷ C-9/88, ECR 1989, P. 02989.

Divan, bu çerçevede, Bozkurt'un söz konusu üye ülke ile yeterince yakın bir istihdam ilişkisi içerisinde olup olmadığının tespitinin ulusal mahkeme tarafından yapılacağını ve ulusal mahkemenin bunu yaparken özellikle kişinin işe alındığı yeri, ücretli çalışmanın merkezini, çalışma ve sosyal güvenlik alanında uygulanan ulusal mevzuatı dikkate alması gerektiğini açıklamıştır.

Divan, bir çalışmanın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında yasal çalışma olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu kişinin üye ülkenin iş gücü piyasasına sürekli ve kesin olarak dahil olması gerektiğini tekrar vurgulamıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, bir üye ülkede, belirli sürelerle yasal olarak çalışmış olan Türk vatandaşlarına, aynı işveren yanında çalışmaya devam etme ya da bir başka işveren nezdinde ancak aynı iş kolunda çalışmaya devam etme ya da dilediği bütün işlere serbestçe girme hakkı tanıdığını, ilgili kişinin ikamet hakkının mutlak olarak bulunması gerektiğini belirtmiş; aksi takdirde, kendisine iş gücü piyasasına katılma ve çalışma hakkı tanınmasının herhangi bir etki doğurmayacağına işaret etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde tanınan hakların kullanılmasının, kişiye, üye ülke idari makamları tarafından çalışma izni ya da oturma izni gibi bir belge verilmesi şartına bağlı olmadığını belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin bir üye devlette işini icra edebilmek için, çalışma veya oturma izni almasına gerek olmayan hallerde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında yasal çalışmanın varlığından söz edilebileceğini ve bu takdirde söz konusu kişinin ikamet hakkının da doğacağını kabul etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin, sadece aynı Kararın 6(1). maddesinin uygulanması aşamasındaki belirli süreli iş göremezlik durumuna ilişkin düzenleme getirdiğini, buna bağlı olarak, yıllık izinler, analık, iş kazaları ya da kısa süreli hastalıklardan kaynaklanan devamsızlıkların yasal çalışma süresinden sayıldığını, herhangi bir ücretli işe serbestçe girme hakkının elde edilebilmesi için gerekli olan yasal çalışma süresi hesaplanırken, bu sürelerin de özellikle dikkate alınması gerektiğini, yasal çalışma süresinden sayılmayan çalışılmayan

dönemler ile uzun süreli iş göremezlik hallerinin, işçinin daha önceki çalışması süresince kazanmış olduğu haklarını etkilemeyeceğini kabul etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin, çalışan ya da geçici olarak iş göremez durumda olan Türk vatandaşlarının durumunu düzenlediğini, diğer yandan, bir üye ülke iş gücü piyasasındaki çalışması, örneğin emeklilik yaşı ya da bu davadaki gibi tamamen ve sürekli iş göremezlik nedeniyle, kesin olarak sona eren bir Türk vatandaşının durumuna ilişkin bir düzenleme getirmediğini, bu nedenle, bir Türk işçisinin, bir üye ülkede çalıştıktan sonra, kendisine söz konusu bölgede kalma hakkı tanıyan özel bir hükmün bulunmaması halinde, kendisine 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi kapsamında tanınan yasal çalışma hakkının dolaylı ve zorunlu bir sonucu olarak tanınan bu ikamet hakkının, ilgili kişinin tamamen ve sürekli iş göremez hale gelmesi durumunda son bulacağını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin, üye ülkenin iş gücü piyasasında yasal olarak çalışmış bir Türk işçisine, bu kişinin bir iş kazası sonucu sürekli iş göremez hale gelmesi durumunda üye ülkede kalma hakkı vermeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Raad van State der Nederlanden tarafından, kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, Hollanda mevzuatı uyarınca akdedilmiş bir iş sözleşmesiyle bir Hollanda şirketi nezdinde uluslararası kamyon sürücüsü olarak çalışan Türk işçisinin üye ülkedeki çalışmasının, Divan'ın Lopes da Veiga kararındaki kriterler uygulanarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi kapsamında yasal çalışma sayılabileceği sonucuna ulaşmıştır. Divan, dava konusu Türk vatandaşının söz konusu üye ülke ile yeterince yakın bir çalışma ilişkisi bulunup bulunmadığının tespitinin, ulusal mahkeme tarafından yapılacağını belirtmiş ve ulusal mahkemenin, bunu yaparken, özellikle kişinin işe alındığı yeri, ücretli çalışmanın merkezini, çalışma ve sosyal güvenlik alanında uygulanan mevzuatı dikkate alması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin, bir üye devlette işini icra edebilmek için, o üye devletten çalışma ya da ikamet izni almasına gerek bulunmayan hallerde, 1/80 sayılı

Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında yasal olarak çalışmış sayılacağını ve yasal çalışmanın varlığının, söz konusu kişinin ikamet hakkını da doğuracağını belirtmiştir.

Divan, dava konusu Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinden kaynaklanan ikamet hakkına, devamlı veya tamamen iş göremez hale geldikten sonra sahip olamayacağına hükmetmiştir.

3.3.5.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bozkurt kararı, Divan'ın, bir üye ülkede çalışma ve ikamet izni gerektirmeyen bir işte çalışmış bir Türk işçisinin, söz konusu çalışmasının ilgili ülke ile yakından bağlantılı olması durumunda bu üye ülkedeki çalışmasının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi anlamında yasal çalışma sayılabileceğini ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, icra edilebilmeleri için çalışma ve ikamet izni alınması zorunluluğu bulunmayan işlerde çalışan Türk vatandaşlarının, ellerinde ilgili üye ülke yetkili makamlarından alınmış herhangi bir çalışma ya da ikamet izni bulunmasa dahi, çalışmalarının yasal sayıldığı ortaya konmuştur. Bu açıdan, kanaatimizce, söz konusu kararın olumlu yanı, Divan tarafından, üye ülkelerde bulunan Türk işçilerinin ortaklık hukukundan doğan haklarının özel bir idari izne bağlı kılınamayacağını saptanmasıdır. Ancak, Türk işçilerinin kendilerine tanınan ikamet haklarını, sürekli iş göremez hale geldikten sonra kaybetmeleri, kanaatimizce, üye ülkelerde belirli bir süre çalışmış ve ikamet etmiş olan Türk işçilerini zor duruma sokmuştur. Gümrükçü'ye göre de, Bozkurt kararı, bu anlamda bir "*homo economicus*" insan anlayışını temel alan bir karar olması açısından özel bir öneme sahiptir²⁰⁸. Zira iş göremez hale geldiği için ekonomik yaşama katılamaması ve bu nedenle kendisine daha önce çalıştığı ülkede kalma hakkı tanınmaması bu anlayıştan hareket edildiğinin göstergesidir.

²⁰⁸ GÜMRÜKÇÜ, 336.

3.3.6 C-277/94 Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci v Bestuur van de Sociale and O. Akol v Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging²⁰⁹

3.3.6.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı olup Türkiye’de ikamet eden ve kızlık soyadı Met olan Z.Taflan, kızlık soyadı Başer olan S.Altun ve kızlık soyadı Buğdaycı olan E.Andal; Hollanda da dâhil olmak üzere çeşitli üye ülkelerde ücretli olarak çalışmış Türk işçilerinin dul eşleridir. Bu kişiler, eşlerinin ölümünden sonra, eşlerinin çalışmış olduğu üye ülkelerden dul aylığı almak için başvuruda bulunmuşlardır. Belçika ve Almanya yetkili makamları, bu başvuruları kabul etmiştir. Ancak söz konusu başvurular, Hollanda yetkili makamı tarafından, eşlerinin Türkiye’de öldüğü, hâlbuki Hollanda mevzuatına göre, sigortalı kişinin ya da haleflerinin, yalnızca ilgili kişinin söz konusu mevzuat kapsamında olduğu sırada rizikonun gerçekleşmesi halinde hak iddia edebileceklerini gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

Almanya’da ikamet eden Türk vatandaşı Bay Akol, ilk olarak Hollanda’da ve ardından iş göremez duruma geldiği Almanya’da çalışmıştır. Bundan dolayı Akol, hem Almanya’da hem de Hollanda’da malullük aylığı almak için başvuruda bulunmuştur. Hollanda kurumu, Almanya kurumunun aksine, Akol’un malullük durumunun Hollanda’da çalışmadığı sırada gerçekleştiğini ve bu nedenle Akol’un Hollanda mevzuatı kapsamında olmadığını gerekçe göstererek bu başvuruyu reddetmiştir.

Yukarıda adı geçen Türk vatandaşlarıyla Hollanda kurumu arasındaki uyuşmazlıklar ulusal mahkemeye intikal etmiş ve ulusal mahkeme, söz konusu vatandaşların Hollanda ulusal mevzuatı kapsamında hak sahibi olmamakla birlikte, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının özellikle maluliyet ödeneklerinin koordinasyonuna ilişkin 12. maddesi ile dulluk aylıklarının koordinasyonuna ilişkin 13. maddesi kapsamında hak sahibi olabilecekleri ihtimalini göze alarak, bu hususa açıklık getirmek üzere, yukarıdaki davaları birleşik tek bir dava olarak, aşağıdaki ön karar sorularıyla Divan’a intikal ettirmiştir:

²⁰⁹ ECR 1996, P. I-04085.

(1). Avrupa Topluluklarına üye devletlerin, Türk işçileri ve onların aile bireylerine uyguladıkları sosyal güvenlik programlarına ilişkin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Topluluk içerisinde, bu Kararın uygulanmasına ilişkin bir düzenleme kabul edilmeksizin, Ankara Anlaşmasının 2(1). maddesinde düzenlendiği gibi, Ankara Anlaşmasının uygulanması için gereken usul ve yöntemleri içermekte midir?

(2). (a). Eğer 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı henüz Toplulukta uygulanabilir nitelikte değilse, bu Kararın belirli durumlarda yine de yasal sonuçlar doğurma ihtimali var mıdır?

(b). Yukarıdaki sorunun cevabı olumlu ise, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 12. ve 13. maddeleri, aynı Kararın 32. maddesinde öngörülen uygulama usulleri kabul edilmeksizin doğrudan uygulanacak kadar açık ve kesin ifadeler içermekte midir?

(3). 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin bu gibi davalara uygulanması durumunda, aynı Kararın 13. maddesinin atıfta bulunduğu 1408/71 sayılı Tüzük maddeleri, Ortaklık Konseyinin söz konusu Kararı kabul ettiği 19 Eylül 1980'deki yazılış şekli ile mi uygulanacaktır, yoksa 1408/71 sayılı Tüzüğün ilgili maddelerinde sonradan yapılan değişiklikler de dikkate alınacak mıdır?

3.3.6.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, Kararın yürürlük tarihine dair bir hüküm içermemesi nedeniyle, bu hususta söz konusu Kararın dayandığı Ankara Anlaşmasından bir sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağını belirlenmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, Ankara Anlaşmasının 6, 22(1) ve 23. maddelerinin, Ortaklık Konseyine, ortaklık hedeflerine ulaşılması için gerekli tedbir ve kararları alma yetkisi verdiğini ve bu düzenlemelere bakıldığında, Avrupa Topluluğu ile Türkiye Ortaklık Konseyi tarafından kabul edilen tüm bu düzenlemelerin, Ankara Anlaşmasının öngördüğü ve akit taraflarca yetkilendirilen bir organ tarafından kabul edilmiş olan önlemler olduğunu belirtmiştir.

Divan, bu kararların, Ankara Anlaşması ile doğrudan bağlantılı olduğunu ve Ankara Anlaşmasının 22(1). maddesinin ikinci bendinin bir sonucu olarak, akit tarafları bağlayıcı etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir.

Divan, akit tarafların, Ankara Anlaşmasının verdiği yetkiye dayanarak, bu kararlarla bağlı olmayı kabul ettiklerini ve taraflardan birinin bu taahhüdünü yerine getirmemesi halinde, bu durumun Ankara Anlaşmasının ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir.

Bundan dolayı Divan, esas yargılamadaki davalıların ve Divan'dan inceleme talebinde bulunan üye ülke hükümetlerinin iddialarının aksine, Ortaklık Konseyi Kararlarının bağlayıcı etkiye sahip olabilmesinin, akit taraflarca kabul edilmiş uygulama usullerinin varlığına tabi olmadığı sonucuna varmıştır.

Divan, bu durumda, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında, Kararın yürürlüğe giriş tarihine ilişkin bir düzenleme bulunmaması durumunda, Kararın kabul edildiği gün yürürlüğe girdiğinin ve o tarihten itibaren taraflar için bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının kabul edildiği tarihte yürürlüğe girdiğini ve 19 Eylül 1980'den itibaren taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir.

Divan birçok kararında belirttiği gibi, Topluluk ile üye olmayan bir devlet arasında imzalanan bir anlaşma hükmünün doğrudan etkiye sahip olabilmesi için, anlaşmanın lafzı, amacı ve doğası itibarıyla söz konusu hükmün ilave bir tedbir gerektirmeyecek ölçüde açık ve kesin bir yükümlülük öngörmesi gerektiğini yinelemiştir.

Divan, Sevince kararında belirttiği gibi, aynı ölçütün, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında kabul edilen Ortaklık Konseyi Kararlarında yer alan düzenlemelerin doğrudan etkiye sahip olup olmadığı belirlenirken de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının amacının, Topluluk içerisinde çalışan ya da çalışmış olan Türk işçilerinin, onların aile bireylerinin ve mirasçılarının,

geleneksel sosyal güvenlik ödeneklerinden yararlanmalarına imkân tanımak amacıyla üye ülkelerin sosyal güvenlik rejimleri arasında işbirliği sağlamak olduğunu belirttikten sonra, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının atıfta bulunduğu 1408/71 sayılı Tüzüğün amacının da, Topluluğa üye ülkelerin çeşitli kanunları arasında koordinasyonu sağlamak olduğunu, bununla birlikte, 1408/71 sayılı Tüzüğün uygulanabilmesinin, 574/72 sayılı ayrıntılı Tüzükte düzenlenen uygulama usullerinin kabul edilmesine bağlı olduğunu belirtmiştir.

Divan'ın önceden de belirttiği gibi, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, 1408/71 ve 574/72 sayılı Tüzüklerin bazı düzenlemelerine atıfta bulunduğunu, bununla birlikte, bir yandan 1408/71 ve 574/72 sayılı Tüzükler, diğer yandan 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı karşılaştırıldığında, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, genel olarak, kesin ve ayrıntılı düzenlemeler içermediği sonucuna varmıştır.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, doğası gereği, Konseyin sonraki tarihli bir düzenlemesi ile tamamlanması ve açıklanması gerektiğine işaret etmiştir.

Divan, konuyla ilgili olarak, Komisyon tarafından 8 Şubat 1983'te, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasına ilişkin bir düzenleme çıkarılması için bir teklif sunulduğunu, bu teklif hükümlerinin çoğunlukla 574/72 sayılı Tüzük hükümlerine dayandığını ancak Konsey tarafından bu teklifin henüz kabul edilmediğini belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının bazı hükümleri açık ve kesin olmakla birlikte, Konsey tarafından uygulama tedbirleri kabul edilmediği sürece, bu Kararın uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiş ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 12. ve 13. maddelerinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olmadığı, bu nedenle bireylere ulusal mahkemeler nezdinde bu maddelere dayanarak dava açma hakkı tanımadığı sonucuna varmıştır.

Özetle, Divan, Arrondissementsrechtbank tarafından, kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, kabul edildiği tarihte yürürlüğe girmiş olduğunu ve bu tarihten itibaren taraflar için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. Divan, Konsey tarafından, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi

Kararının uygulanması için gereken tedbirler alınmadığı sürece, bu Ortaklık Konseyi Kararının 12. ve 13. maddelerinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olmayacağı ve bu nedenle, bireylerin bu maddelere dayanarak üye ülkelerde hak talep edemeyecekleri sonucuna ulaşmıştır.

3.3.6.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Taflan-Met kararı, Divan'ın, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ilgili maddelerinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olabilmesi için, Ortaklık Konseyinin, söz konusu Kararın uygulanmasına ilişkin bir düzenleme kabul etmesi gerektiğini vurgulaması yönünden önem taşımaktadır. Ayrıca, bu kararla, Ortaklık Konseyi tarafından, söz konusu Kararın uygulanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması gerekçe gösterilerek, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının akit taraflar için bağlayıcı olmadığı iddia edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Kanaatimizce, Taflan-Met Kararı ile, Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yürürlük sorununa kesin bir çözüm getirememiş çelişkili bir karardır. Buradaki çelişki, Divan'ın, hem 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yürürlükte olduğunu ve söz konusu Karar hükümlerinin açık ve kesin düzenlemeler içerdiğini belirtmesi ve hem de aynı Kararın uygulanabilir nitelikte olmadığına hükmetmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, bu kararda, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının tüm maddelerinin mi yoksa yoksa sadece bazı maddelerinin mi uygulanma etkisine sahip olmadığı hususunda da bir açıklık yoktur.

3.3.7 C-171/95 Recep Tetik v Land Berlin²¹⁰

3.3.7.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Recep Tetik, Eylül 1980'den 20 Temmuz 1988'e kadar çeşitli Alman gemilerinde denizci olarak görev yaparak, yasal olarak çalışmıştır.

Recep Tetik, bu faaliyetinin gereği olarak, her fırsatta, belirli süreli ve denizcilik faaliyetiyle sınırlı olmak üzere, Alman makamlarından birbirini izleyen ikamet izinleri almıştır. Tetik'in son ikamet izni, 4 Ağustos 1988'e kadar geçerli olup,

²¹⁰ ECR 1997, P. I-00329.

vizesinde, Alman gemisindeki çalışması son bulduğu zaman vize süresinin sona ereceğine dair bir ibare yer almıştır.

Tetik, 20 Temmuz 1988’de, denizci olarak çalışmaya kendi iradesiyle son vermiştir. Tetik, 1 Ağustos 1988’de Berlin’e taşınmış, aynı tarihte, ücretli bir işte çalışmak amacıyla belirsiz süreli ikamet izni alabilmek için, amacının Almanya’da yaklaşık 2020’ye kadar kalmak olduğunu belirterek, başvuruda bulunmuştur.

Bu başvuru, Berlin yetkili makamları tarafından 19 Ocak 1989’da reddedilmiştir. Söz konusu kararın hukuka uygunluğu, 10 Aralık 1991’de Berlin İdare Mahkemesi (Verwaltungsgericht) ve 24 Mart 1992’de Berlin Yüksek İdare Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht) tarafından onaylanmıştır. Tetik’e, belirsiz süreli ikamet izni için yaptığı başvurunun ardından, Alman makamları tarafından, “ücretli bir faaliyette bulunmasına izin verilmemiştir” ibaresini içeren bir sicil tasdiknamesi verilmiştir.

Alman gemilerindeki çalışmasını iradi olarak sona erdirdiği tarihten beri çalışmayan Tetik, Bundesverwaltungsgericht’e temyiz başvurusunda bulunmuştur. Bu mahkeme, ikamet izninin yenilenmesinin reddi kararının Alman hukukuna uygun olduğunu, ancak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi kapsamında, Tetik için daha elverişli bir çözüm bulunup bulunmadığı hususunda şüpheleri bulunduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, bu uyuşmazlığın çözümü için, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin yorumlanması amacıyla, 11 Nisan 1995’te Divan’a başvurarak, aşağıdaki iki soruyla ilgili olarak, Divan’dan ön karar niteliğinde görüş talep etmiştir:

(1). Bir üye ülkenin gemilerinde, 1980’den 1988’e kadar denizci olarak çalışmış olan ve çalışma ilişkisi ulusal hukuka tabi olup, bu hukuk kapsamında gelir vergisi ödeyen ve bu üye ülkenin sosyal güvenlik sistemine dâhil bulunan ancak, kendisine gemicilik alanında çalışma ile sınırlı olan ve karada ikamet etmesini yasaklayan bir ikamet izni verilen bir Türk vatandaşının bu çalışması, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında yasal çalışma olarak kabul edilebilir mi?

(2). İlk sorunun cevabı olumluysa, iş ilişkisini isteğe bağlı olarak ya da örneğin sağlık nedenleriyle sona erdiren ve ikamet izninin sona ermesinden on bir gün sonra karada çalışabilmek için ikamet izni başvurusunda bulunan bir Türk denizcisi, kendisine ikamet izni verilmesi hakkını kaybeder mi?

3.3.7.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, bu sorulara cevap verebilmek için, öncelikle, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinde yer alan “Tarafların aralarında işçilerin serbest dolaşımını ilerleyen şekilde tesis etmek hususunda AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49, 50) esinlenmekte uyuştuklarını” anımsamak gerektiğini belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 6. maddesinin, ortaklığın gerçekleşmesi ve ilerleyen bir şekilde gelişmesini sağlamak amacıyla, akit tarafların, Ankara Anlaşması ile tanınan yetkiler doğrultusunda hareket edecek bir Ortaklık Konseyi çerçevesinde bir araya gelmesini öngördüğünü ve Ankara Anlaşmasının 22(1). maddesine göre, Ankara Anlaşmasındaki amaçların gerçekleşmesi için Ortaklık Konseyi’nin, burada belirtilen konularda karar alma yetkisine sahip olduğunu ve Katma Protokolün 36. maddesinin, Topluluk üyesi ülkeler ile Türkiye arasında, işçilerin serbest dolaşımının ilerleyen aşamalarla sağlanmasını öngördüğünü ve “Ortaklık Konseyi’nin bu amaca ulaşmak için gerekli konularda karar alacağını” belirttiğini ifade etmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ile Katma Protokolün 36. maddesine istinaden, Ortaklık Konseyinin ilk olarak, 20 Aralık 1976’da, Topluluk ile Türkiye arasında işçilerin serbest dolaşımının sağlanmasına ilişkin ilk aşamayı düzenleyen 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını kabul ettiğini, ortaklığın gelişmesine ilişkin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının giriş bölümünün 3. paragrafında açıklandığı gibi, bu Kararın, sosyal alanda, işçilerin ve aile bireylerinin tabi olduğu rejimi, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile getirilen düzenlemelerin ilerisine götürmeyi amaçladığını belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerine (eski maddeler 48, 49, 50) dayanarak, işçilerin

serbest dolaşımının güvence altına alınmasına ilişkin bir sonraki aşamayı düzenlediğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi ülkelerine girişleri ve ilk işe giriş şartlarında düzenleme yapma yetkilerine herhangi bir kısıtlama getirmediğini, sadece, özellikle ilgili Kararın 6. maddesi ile bir üye ülke iş gücü piyasasına önceden dâhil olmuş Türk vatandaşlarının durumlarına ilişkin düzenlemeler getirdiğini yinelemiştir.

Yine Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin üye ülkelerde doğrudan uygulanma etkisini haiz olduğunu ve bu şartları yerine getiren Türk işçilerinin, kendilerine bu hükmün çeşitli satırlarında tanınan haklardan doğrudan faydalanabileceklerini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinden de açık olarak anlaşılabileceği gibi, bu hakların, ilgili üye ülkede yasal olarak çalışılan süreye bağlı olarak değiştiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilgili fıkralarında Türk işçilerine tanınan hakların, çalışma hakkının zorunlu bir gerekliliği olarak ikamet hakkını da içerdiğini, aksi takdirde, iş gücü piyasasına katılma ve çalışma hakkı tanınmasının tüm etkilerinin ortadan kalkacağını ifade etmiştir.

Divan, ön karar için yöneltilen sorunun, bir üye ülkede yaklaşık sekiz yıl yasal olarak çalışmış olan bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin “dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı” ile ilgili üçüncü fıkrasına ilişkin olduğunu belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına ilişkin birinci fıkrası ile üye devlette üç yıllık yasal çalışmadan sonra ve Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına ilişkin ikinci fıkrasından farklı olarak, üçüncü fıkrasında, bir Türk işçisine, sadece bir iş

arzına başvurma hakkı değil, buna ek olarak, üye ülke işçilerine herhangi bir öncelik tanınmaksızın, dilediği işi serbestçe seçme imkanı tanındığını ifade etmiştir.

Divan, AT Antlaşmasının 39. maddesinin (eski madde 48), üye ülke vatandaşlarına bir başka üye ülkede çalışma amacıyla ikamet etme hakkı tanıdığını ve ayrıca bir üye ülkenin kendi bölgesinde bulunan bir kişinin iş arama süresini ulusal mevzuat ile belirli bir süreyle sınırlandırabileceğini, ancak Türk işçilerinin Topluluk vatandaşları gibi serbest dolaşım hakkı bulunmamakla birlikte, bu amaca yönelik özel haklara sahip olmaları nedeniyle, bulundukları üye ülkede, mesleki özelliklerine uygun iş arzlara başvuruda bulunabilmeleri için kendilerine “makul bir süre” tanınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Divan, Türk vatandaşlarının, üye ülke vatandaşlarından farklı olarak, kuşkusuz, Topluluk içerisinde serbest dolaşım imkânlarının bulunmadığını ancak yasal olarak giriş yaptıkları ve belirli bir dönem yasal olarak çalıştıkları ev sahibi üye ülkede bazı haklara sahip olduklarını, bununla birlikte, kararın değişmesi için bir üst mahkemeye başvuran söz konusu Türk işçisinin, bir önceki iş sözleşmesini kendi iradesiyle sona erdirmiş olmasına bakılmaksızın, makul bir süre içerisinde ev sahibi üye ülkede fiilen yeni bir iş aramasının ve bu süre içerisinde buna bağlı olarak kendisine ikamet hakkı tanınmasının mümkün olması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinin tam etkiye sahip olabilmesi için, kişisel nedenlerle işi bırakan bir Türk işçisinin, bir üye ülkede en az dört yıl yasal olarak çalıştıktan sonra aynı üye ülkede yeni bir iş arama imkanına sahip olduğunu, aksi takdirde, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı tanıyan bu düzenlemenin herhangi bir anlam ifade etmediğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesine göre, bir başka iş aranması amacıyla izin vermesi gereken makul sürenin ne kadar olması gerektiğini belirleme yetkisinin ev sahibi üye ülkenin ilgili ulusal makamlarına ait olduğunu; bununla birlikte, bu sürenin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendine uygun olarak, Türk işçisinin yeni bir iş bulma ihtimalini tehlikeye

düşürmeyecek yeterlilikte olması gerektiğini, ilgili ulusal mevzuatta bu süreyle ilgili bir düzenleme yer almaması durumunda, bu süreyi belirleme yetkisinin ulusal mahkemeye ait olduğunu, bununla birlikte, Recep Tetik'in iş sözleşmesinin sona ermesi ile ikamet süresinin dolması arasındaki zaman diliminin, kendisinin fiilen yeni bir iş araması için her durumda yetersiz bir süre olduğunu ifade etmiştir.

Divan, Alman ve Birleşik Krallık Hükümetlerinin, daha önceki çalışma sürelerinden doğan hakların ancak işçinin iradesi dışındaki sebeplerle çalışmaya ara verdiği durumlarda kazanılabileceğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin ikinci bendinin tersine bir yorumla, bu davada olduğu gibi, kendi isteği ile iş ilişkisini sona erdiren ve hemen akabinde yeni bir işe giremediği için iş gücü piyasasından tamamen ayrılan bir Türk işçisinin daha önceki çalışmasına dayanarak hak talebinde bulunamayacağını iddia ettiklerini, ancak bu iddiayı kabul etmenin mümkün olmadığını; zira, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin amacının, sadece hastalık ve benzeri nedenlerle çalışamaz duruma gelen işçiyi korumaktan ibaret olduğunu, bu davada olduğu gibi, bir üye ülkenin iş gücü piyasasında yasal olarak dört yıl çalıştıktan sonra kendi isteğiyle işinden ayrılan bir Türk işçisinin, iş gücü piyasasına kayıtlı olmayı sürdürdüğü müddetçe (iş arayan bir kişi olarak ilgili büroya kayıtlı bulunduğu veya gerekli diğer prosedürleri yerine getirdiği müddetçe) iş gücü piyasasından kesin olarak ayrılmış sayılamayacağını ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi kapsamında üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı sayılacağını, işinden ayrıldıktan sonra hemen yeni bir iş bulamayan, bununla birlikte istihdam bürosuna iş arayan olarak kayıt yaptırmak gibi ilgili üye ülkede gerekli olan bütün prosedürleri yerine getirmiş olan bir Türk işçisinin bu madde kapsamında sayılacağını, ancak bu davada, Tetik'in, ikamet izni başvurusunu takiben ücretli bir işte çalışmasının yasaklandığı göz önüne alındığında, bu kişinin iş gücü piyasasına kayıtlı olmayı sürdürmek üzere istihdam bürosuna kayıt yaptırmak gibi gerekli prosedürleri yerine getirme zorunluluğunun bulunup bulunmadığının ulusal mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, yine Alman ve Fransız Hükümetlerince iddia edilen ve Bozkurt kararında belirtilen "bir iş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma düşen bir Türk

işçisinin o üye ülkede ikamet etmeye devam edemeyeceğine” dair bir yorumun, bu davada olduğu gibi, kendi iradesiyle iş gücü piyasasından ayrılan bir işçi için de geçerli olduğu görüşünün kabul edilemeyeceğini, Bozkurt davasında, söz konusu işçi sürekli iş göremez duruma düştüğü için iş gücü piyasasından ayrılmış sayıldığını, oysa bu davanın, benzeri durumlarda olduğu gibi, işçinin gereken formaliteleri tamamlayarak gerçekten iş araması halinde, iş gücü piyasasına kayıtlı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinin, bir üye ülkede dört yıldan fazla süreyle yasal olarak çalışmış olan, aynı üye ülkede başka bir iş arama amacıyla işinden kendi isteğiyle ayrılan ve hemen yeni bir iş bulamayan bir Türk işçisinin, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına kayıtlı olmayı sürdürmek üzere iş ve işçi bulma kurumlarında iş arayan olarak kayıtlı olmak gibi o ülkenin mevzuatının gerektirdiği formaliteleri yerine getirdiği müddetçe o ülkede yeni bir iş bulma amacıyla makul bir süre için iş arayabileceği şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Divan, bu sürenin tayininin, ulusal mahkeme tarafından yapılacağını belirtmiş, ancak bu sürenin işçinin yeni bir iş bulmasına imkân verecek nitelikte bir makul süre olması gerektiğine işaret etmiştir.

3.3.7.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, Tetik kararı ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesi uyarınca, dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olan Türk vatandaşlarının, işten ayrılmalarının hemen akabinde yeni bir iş bulamama ihtimalini hesaba katarak, üye ülke mevzuatının gerektirdiği formalitelerin yerine getirilmesi şartıyla, bu kişilere yeni bir iş bulmaları için makul bir süre tanınması ve bu makul süre zarfında kendilerine ikamet izni verilmesi gerektiğini, makul sürenin ulusal mevzuatla, ulusal mevzuatta bu hususta boşluk varsa ulusal mahkemece belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kanaatimizce, Tetik Kararının en önemli sonucu, bir üye ülkede 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi kapsamında dört yıl yasal olarak çalışan vatandaşlarımızın, aynı Kararın 6(1). maddesinin 3. bendinden

kaynaklanan, istedikleri bir işe başvurma haklarını kullanabilmeleri için, dört yıllık yasal çalışmadan sonra hemen yeni bir iş bulmuş olmalarının gerekmediğinin, o üye ülkenin iş gücü piyasasına kayıtlı olmayı sürdürmek üzere gerekli formaliteleri yerine getirmek koşuluyla, vatandaşlarımızın, ilgili üye ülkede makul bir süre kalarak iş arama hakkına sahip olduklarının hükme bağlanmış olmasıdır.

3.3.8 C-351/95 Selma Kadıman v Freistaat Bayern²¹¹

3.3.8.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı olan Selma Kadıman, 1985’de, on beş yaşında iken, 1977’den beri Almanya’da yasal olarak çalışmakta ve yaşamakta olan ve kendisi gibi Türk vatandaşı olan bir kişiyle evlenmiştir. Selma Kadıman’ın eşi, bu üye ülkede, 1988’de, sınırsız süreli ikamet iznine hak kazanmıştır.

Alman makamları tarafından 17 Mart 1990’da, Selma Kadıman’a aile birleştirmesi amacıyla eşine katılma hakkı tanınmış ve daha sonra Kadıman, ikametini, eşinin bulunduğu Ruhpolding’e (Almanya) aldırıştır. Alman makamları tarafından, Temmuz 1990’da, Selma Kadıman’a 14 Mayıs 1991’e kadar geçerli olan bir ikamet izni verilmiş, sonradan bu iznin süresi 14 Mayıs 1993’e kadar uzatılmıştır.

Selma Kadıman, Ruhpolding’de çalışmak için, 6 Şubat 1991’den 1 Şubat 1992’ye kadar geçerli olan bir çalışma iznine de hak kazanmıştır. Selma Kadıman’ın eşi, Eylül 1991’de, Ruhpolding’deki makamlara, ortalama beş aydır eşinden ayrı yaşadığını, Türkiye’de boşanma işlemlerini başlatmış olduğunu ve eşinin 7 Eylül 1991’de ülkesine döndüğünü bildirmiştir.

Selma Kadıman, 4 Şubat 1992’de, Ruhpolding idari makamlarına eşinin adresinden farklı bir adres beyan etmiştir. Kadıman, 1 Nisan 1992’de, ikametini, 6 Nisan 1992–5 Nisan 1995 tarihleri arasında geçerli olan çalışma iznine hak kazandığı Bad Reichenhall’a (Almanya) taşınmış, ancak, bu çalışma izninin geçerlilik süresi adı geçen iki kez işverenini değiştirmesi nedeniyle iki kez değiştirilmiş; ilk değişiklikte

²¹¹ ECR 1997, P. I-02133.

Çalışma izni süresi 30 Ekim 1992–29 Ekim 1995, ikinci değişiklikte ise 1 Temmuz 1993–30 Haziran 1994 olarak belirlenmiştir.

Landratsamt Traunstein (Traunstein Bölgesi Merkezi İdare Ofisi), 4 Mayıs 1992 tarihli kararıyla, Selma Kadıman'ın ikamet izninin geçerlilik süresini kısaltmış ve eşiyle birlikte yaşamıyor olması nedeniyle Almanya'dan ayrılması talimatı vermiştir. Ancak, bu karar, 21 Mayıs 1992'de, Kadıman'ın Bad Reichenall'a taşınmış olması sebebiyle Berchtesgadaner hukuku kapsamında olduğu gerekçe gösterilerek iptal edilmiştir.

Selma Kadıman, Temmuz 1992'de, bu makama, eşinin kendisine kötü muamele yapması nedeniyle eşiyle yaşamaya son verdiğini, birlikte yaşamı sürdürmeyi çeşitli defalar denemiş olmalarına rağmen, eşinin kendisini dövmesi ve evden kovması nedeniyle bu denemelerin başarısızlıkla sonuçlandığını bildirmiştir. Selma Kadıman, ayrıca, 7 Eylül 1991'den itibaren eşiyle tatil yapmak için Türkiye'de kaldığını, ancak bu sürenin kendi iradesi dışında uzadığını; zira eşinin, kendisinin pasaportunu Almanya'ya dönmeden önce sakladığını ve 22 Ocak 1992'de vize alana kadar Almanya'ya dönmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Landratsamt Berchtesgadener Land, 5 Ocak 1993 tarihli kararıyla, Kadıman'ın eşiyle aynı çatı altında yaşamadığını gerekçe göstererek, Kadıman'ın ikamet izni süresinin 26 Ocak 1993'te sona erdiğini ve Almanya'yı iki ay içinde terk etmediği takdirde sınır dışı edileceğini belirtmiştir.

Selma Kadıman'ın eşi, eşiyle yaşamına devam etmeye hazır olduğunu bildirmiş, bunun üzerine ilgili makamın bu kararı iptal edilerek, Selma Kadıman'a 13 Mayıs 1993'te, 14 Mayıs 1994'e kadar geçerli olan yeni bir ikamet izni verilmiştir.

Berchtesgadener Kaymakamlığı, eşlerin halen ayrı yaşamayı sürdürmeleri nedeniyle, 13 Ekim 1993'te Selma Kadıman'ın ikamet izninin son gününün 19 Ekim 1993'e çekilmesine ilişkin bir karar almıştır ve Selma Kadıman'a bu kararın kesinleşmesini takiben bir ay içerisinde Almanya'yı terk etmesi bildiriminde bulunmuştur. Landratsamt, bu kararına gerekçe olarak, Selma Kadıman'ın Eylül 1991'den beri eşiyle birlikte yaşamıyor olmasını göstermiştir ve bu nedenle Kadıman'a

ailenin bir arada olmasını sağlamak amacıyla ikamet izni vermenin anlamsız olduğunu belirtmiştir.

Selma Kadıman, bu karara karşı Bavyera Eyaleti Münih İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Kadıman, sonradan, dava gerekçelerini değiştirmiş ve Berchtesgaden Kaymakamlığından ikamet izninin uzatılmasını talep etmiştir.

Selma Kadıman, davasını desteklemek için, 17 Mart 1990'dan beri Almanya'da yasal olarak ikamet ettiğini, burada yasal ve sürekli olarak çalıştığını ve idari makam kararının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Bayerisches Verwaltungsgericht München, Selma Kadıman'ın Alman mevzuatına dayanarak ikamet izninin uzatılması talebinde bulunamayacağına karar vermiş, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin bu davada uygulanamayacağını; zira Selma Kadıman'ın, bu maddede öngörüldüğü şekilde, en azından bir yıl süreyle aynı işveren nezdinde yasal olarak çalışmadığını belirtmiştir. Söz konusu Mahkeme, buna bağlı olarak, Selma Kadıman'ın itirazının sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası kapsamında bir sonuç doğurabileceğini belirtmiştir.

Bayerisches Verwaltungsgericht München, Kadıman çiftinin 1991 Eylül ayından beri ayrı yaşadığını dikkate alarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, aile birleştirmesi çerçevesinde bir üye ülkeye gelen aile bireyinin kendisine bu hakkın tanınmasına sebep olan Türk işçisiyle sürekli birlikte yaşamasını öngörüp öngörmediği, ikinci olarak; Kadıman'ın Almanya'da 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca öngörülen üç yıllık yasal ikamet süresinin hesaplanmasında, kesintilerin hak kaybına yol açıp açmayacağı, örneğin Kadıman'ın ikamet izninin askıya alındığı 26 Ocak–13 Mayıs 1993 döneminden önceki ve sonraki yasal ikamet sürelerinin üç yıllık sürenin hesabında birbirine eklenip eklenmeyeceği ve eşinin pasaportunu saklaması nedeniyle Selma Kadıman'ın kendi isteği dışında zorunlu olarak Türkiye'de geçirdiği beş aylık sürenin,

söz konusu üç yıllık sürenin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususlarını, ön karar yoluyla Divan’a yöneltmiştir.

Ulusal Mahkemenin Divan’a danıştığı konuları özetlemek gerekirse;

(1). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası, diğer şartlar yerine getirildiği sırada, eşlerin halen birlikte yaşamasını şart koşmakta mıdır?

(2). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin uygulanabilirliği, Topluluğa üye bir ülkede üç yıl yasal olarak çalışmış olma şartına bağlı mıdır?

(3). Türkiye’de iradi olarak ya da istem dışı geçirilen beş aylık süre, bu üç yıllık sürenin hesabında dikkate alınacak mıdır?

3.3.8.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “üç yıl süreyle yasal ikamet” kavramının, söz konusu süre boyunca eşlerin birlikte yaşamasını öngörüp öngörmediğinin ve eşlerin birlikte yaşamadığı hallerde ulusal makamların işçinin aile bireylerine verilen ikamet iznini iptal etme yetkisi olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini belirttikten sonra, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasında Türk işçilerinin aile bireylerinin, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, her türlü işe başvurma hakkına ve o üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olduklarının açık, kesin ve mutlak olarak belirtildiğini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, aynı Kararın 6(1). maddesi ve 7. maddenin ikinci fıkrasıyla aynı doğrultuda olduğunu ve üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ve bu maddede belirtilen koşulları yerine getiren Türk vatandaşlarının söz konusu madde ile sağlanan haklardan doğrudan yararlanabileceklerini belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin aile birleştirmesi çerçevesinde ülkesine girmesine izin veren bir üye devletin, aile birliğinin devamını sağlamak açısından, sonradan bu

hakkı iptal edemeyeceğini, bununla birlikte, bu üye devletin, ikamet hakkını 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının amacına uygun şekilde şarta bağlama yetkisi olduğunu, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının amacının, kişinin eşiyle birlikte yaşaması ve ardından da iş gücü piyasasına girişine izin vermek suretiyle aile birliğini sağlamaya yönelik koşulları yaratmak olduğunu, bu nedenle söz konusu hükmün sadece kişinin eşi ile birleşmesini öngördüğünü ancak kişinin iş gücü piyasasına girene kadar eşi ile birlikte yaşamasını gerektirmediği şeklinde bir yorum yapılamayacağını, böyle bir yorumun, 1/80 Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasında hedeflenen aile birliği kavramına ciddi zarar vermek yanında, Türk vatandaşlarının sahte evliliklere yönelmesine de neden olabileceğini belirtmiştir.

Divan, bununla birlikte, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülke makamlarını, üye ülkedeki bir Türk işçisiyle aile birleştirmesi çerçevesinde bir araya gelen aile bireyinin ikamet iznini uzatmayı, işçi ile en az üç yıl birlikte yaşama koşuluna bağlamaktan alıkoymayacağını belirtmiştir.

Divan, işçinin, eşi ile üye ülkede aynı çatı altında yaşamamasının objektif nedenleri bulunabileceğini, bu davada, bir objektif neden bulunup bulunmadığının tespitinin ulusal mahkeme tarafından yapılacağını ifade etmiştir.

Divan, bir üye devlet yetkili makamının, bir Türk işçisinin aile bireyinin o ülkede ikamet hakkı elde edebilmesi için, bu işçi ile en az üç yıl aynı çatı altında yaşamış olma şartı getirebileceği ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının buna engel teşkil etmediği, bununla birlikte, işçinin eşinden ayrı yaşamasını gerektirecek objektif nedenler de bulunabileceği sonucuna varmıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, kişinin üç yıl boyunca eşi ile birlikte kesintisiz yaşaması anlamını ve amacını taşımakla birlikte, bu hususun, kişinin tatile gitmek veya memleketindeki ailesini ziyaret etmek gibi meşru nedenlerle makul bir süre ikametgâhından ayrılmasına engel teşkil etmemesi gerektiğini, eşlerin kısa sürelerle ayrı kaldıkları bu dönemlerin üç yıllık sürenin işleminde kesintiye yol açmaması gerektiğini, bu kriterin aile bireyinin elinde

olmayan nedenlerle memleketinde geçirdiği altı ayı aşmayan süre için de geçerli olması gerektiğini, aile bireyinin ülkeye giriş ve iş gücü piyasasına katılma hakkını elde edene kadar geçen süre için ikamet koşullarını belirlemenin üye ülkenin inisiyatifinde olduğunu, bununla birlikte, Türk vatandaşlarının, üye ülkelerin ulusal makamlarınca ikamet izni benzeri idari bir belge verilip verilmediği dikkate alınmaksızın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasından kaynaklanan hakları olduğunu, bu davada aile bireylerine verilen ikamet izninin sadece kısa bir süre için askıya alınmış olduğunu ve bu süre içinde idari makamların söz konusu kişinin ikametinin yasal olmadığını ileri sürmek bir yana, söz konusu kişiye yeni bir ikamet izni verilmiş olduğunu dikkate almaları gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, kural olarak, söz konusu kişinin kesintisiz olarak üç yıl boyunca aynı ülkede ikamet etmiş olması gerektiği ancak bu üç yıllık ikamet süresinin hesabında, aile bireyinin, memleketinde iradesi dışında geçirdiği altı aydan kısa sürelerin dikkate alınacağı, aynı kriterin, ev sahibi üye ülke yetkili makamlarının söz konusu kişinin ulusal sınırlar içindeki ikametinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmeyip, aksine yeni bir ikamet izni verdikleri hallerde, kişinin geçerli bir ikamet izni olmaksızın geçirdiği süreler için de uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Özetle, Divan, Bayerisches Verwaltungsgericht München tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, üye ülke yetkili makamlarının bir Türk işçisinin eşinin o ülkede ikamet hakkı elde edebilmesi için söz konusu işçi ile en az üç yıl aynı çatı altında yaşamış olmasını şart koşmalarına engel olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, Divan, işçinin aile bireyinden ayrı yaşamasını gerektirecek objektif nedenleri bulunabileceğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca prensip olarak söz konusu aile bireyinin kesintisiz olarak üç yıl boyunca aynı ülkede ikamet etmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Divan, bu üç yıllık ikamet süresinin hesaplanmasında, aile bireyinin memleketinde iradesi dışında geçirdiği altı aydan kısa sürelerin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Divan, aynı kriterin, ev sahibi üye ülke yetkili makamlarının,

söz konusu kişinin ulusal sınırlar içindeki ikametinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmeyip, aksine yeni bir ikamet izni verdikleri hallerde, kişinin geçerli bir ikamet izni olmaksızın geçirdiği süreler için de uygulanacağı sonucuna varmıştır.

3.3.8.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kadıman kararı, Divan'ın, Türk işçilerinin aile bireylerinin üye ülkede ikamet iznine hak kazanabilmeleri için gereken, üye ülkede Türk işçisi birlikte en az üç yıl birlikte yaşama şartının yerine getirilip getirilmediği incelenirken, üç yıllık sürenin hesabında, aile bireyinin iradesi dışında memleketinde geçirdiği süreleri de bu üç yıllık süreye dâhil etmesi açısından, kanaatimizce olumlu bir karardır. Ayrıca Divan, haklı nedenlerle memlekette geçirilen sürelerin en fazla altı ayının üye ülkede ikamet edilen sürenin hesabında dikkate alınacağını belirterek, bu konuya da açıklık getirmiştir. Bu karar, eşlerinin kötü muamelede bulunması sebebiyle ikamet ettikleri ülkeden ayrılarak belirli bir süre (en fazla altı ay) memleketinde yaşamak zorunda kalan Türk işçi eşlerinin, ilgili üye ülkede kendilerine tanınması muhtemel haklardan mahrum kalmalarını engellemesi açısından da kanaatimizce olumlu bir karardır. Böylelikle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu teyit edilmiş ve ilgili düzenlemede yer alan “üç yıllık ikamet süresi”nin hesabına ilişkin ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Kadıman kararının en önemli yanı ise, kanaatimizce, ortaklık hukukuna aykırı Alman ulusal hukuku düzenlemelerinin, Türk vatandaşları hakkında uygulanamayacağının bir kez daha teyit edilmiş olmasıdır. Hatta bu karar, hem kararın Türk basınında geniş yankı uyandırması²¹² ve hem de Hamburg Eyaleti Kadınlar Konseyi'nin söz konusu kararı kutlamak için özel bir toplantı düzenlemesi açısından da önemlidir.

²¹² Selma Kadıman kararına ilişkin olarak Türk basınında çıkan yazılara örnek olarak bkz. DONAT Yavuz, Yedi Küpeli Gelin, Milliyet Gazetesi, 05.05.1997, www.milliyet.com.tr/1997/05/05/yazar/donat.html (06.08.2007).

3.3.9 C–386/95 Süleyman Eker v Land Baden-Württemberg²¹³

3.3.9.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı olan Süleyman Eker, 1 Aralık 1988’de Almanya’ya yasal olmayan yollarla giriş yapmış ve 13 Şubat 1989’da sınır dışı edilmiştir. Eker, 17 Ocak 1991’de, Türkiye’de bir Alman vatandaşı ile evlenmiş ve 6 Nisan 1991’de bir giriş izni ile Almanya’ya dönmüştür. Eker, 17 Nisan 1991’de, herhangi bir coğrafi sınırlama içermeyen ve her türlü çalışmayı kapsayan bir çalışma izni ve 24 Temmuz 1991’de ise, 24 Temmuz 1992’ye kadar geçerli olan bir ikamet izni almıştır.

Eker, 15 Haziran–30 Eylül 1991 arasında, Schluchsee’de (Almanya) bulunan bir otelde çalışmıştır. Eker, daha sonra, 1 Ekim 1991’den 15 Kasım 1992’ye kadar Höchenschwand’ta (Almanya) bir tedavi ve iyileştirme kliniğinde çalışmıştır. Eker, burada çalışmaya bir süre ara verdikten sonra, 1 Şubat 1993’te aynı yerde çalışmaya devam etmiştir.

Eker’in iddiasına göre, eşler 24 Temmuz 1991’de boşanmıştır. Eker, Nisan 1992’de, boşanma işlemlerinin başladığını teyit etmiştir ve 22 Temmuz 1992’de, Almanya’da kalabilmek için, ikamet izninin uzatılması başvurusunda bulunmuştur. Landratsamt Waldshut, bu başvuruyu reddederek, Eker’e ülkeyi terk etmesi yönünde talimat vermiş, aksi takdirde sınır dışı edileceğini belirtmiştir.

Eker’in bu karara karşı açtığı dava kabul edilmiş ancak (Verwaltungsgerichtsof) Yüksek İdare Mahkemesi de ulusal mahkemenin bu (iptal) kararını 30 Kasım 1994’te bozmuştur. Bu mahkeme, Alman hukukunda, Alman eşinden boşanan bir Türk vatandaşının Almanya’da bağımsız bir ikamet hakkı bulunduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, Eker’in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendine dayanamayacağını; zira bu hükmün aynı işveren nezdinde bir yıl yasal olarak çalışmış bir Türk işçisi hakkında uygulanabileceğini ve Eker’in, ikamet izninin sona erdiği tarihte bu şartları yerine getirmedeğini belirtmiştir.

²¹³ ECR 1997, P. I-02697.

Eker, daha sonra, Bundesverwaltungsgericht'e temyiz başvurusunda bulunarak, kendisinin, izninin yenilenmesi için başvuru yaptığı sırada 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinde aranan şartları yerine getirdiğini iddia etmiştir.

Bundesverwaltungsgericht, ikamet izninin yenilenmesinin reddi kararının Alman hukuku kapsamında eleştirilemeyeceğini ancak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinin uygulanmasının, Eker için daha elverişli olup olmadığı hususunda şüpheleri olduğunu belirterek, Divan'a ön sorun yoluyla şu soruyu yöneltmiştir: Çalışmasının ilk yılında, ulusal makamların izniyle, ara vermeksizin ancak farklı işverenler nezdinde çalışan ve son işvereni nezdinde çalışmaya devam etmek isteyen bir Türk işçisi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinin gerekliliklerini yerine getirmiş kabul edilebilir mi?

3.3.9.2. Adalet Divanı Kararı

Divan, ilk olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinin üye ülkelerde doğrudan etkisi olduğunu, böylelikle bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının bu hükmün çeşitli fıkralarında kendilerine tanınan haklardan doğrudan faydalanabileceklerini ifade ettikten sonra, sürekli olarak belirttiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin çalışmaya ilişkin her üç bendinin de ikamet izninin varlığını vurguladığını, aksi takdirde, kişilere iş gücü piyasasına katılma ve çalışma hakkı verilmesinin etkiden yoksun olacağını belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinin, Türk işçilerinin bir yıllık yasal çalışma süresinin tamamlanmasından sonra çalışma izinlerinin yenilenmesine hak kazanabileceğini düzenlediğini, bu noktada, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinin de, Türk işçilerine ilgili üye ülkede yasal olarak çalışılan süreye bağlı olarak değişen haklar tanıdığını ifade etmiştir.

Divan, bir yıllık yasal çalışmadan sonra aynı işveren nezdinde çalışma iznini yenileme hakkını düzenleyen 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinin, sadece, sözleşmesel ilişkiye dayanan bir yıllık yasal çalışma süresini tamamlayan Türk işçilerinin *aynı işveren nezdinde* çalışmaya devam etme haklarını

garanti altına aldığı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinde de tesis edilen, Türk işçilerinin ev sahibi üye ülkedeki iş gücü piyasası ile bütünleşmelerinin tedricen gerçekleştirilmesine ilişkin tutarlı sistemin, bir Türk işçisinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinde öngörülen aynı işveren nezdinde bir yıllık yasal çalışma süresini tamamlamadan bir başka işveren nezdinde çalışma hakkına sahip olması durumunda bozulacağını ifade etmiştir.

Divan, C-355/93 sayılı Eroğlu davasında belirttiği gibi, “1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ikinci bendinde öngörülen üç yıllık süre dolmadan işverenini değiştiren bir Türk vatandaşının, bu madde hükmünden yararlanamayacağı” şeklindeki yoruma paralel olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinde öngörülen bir yıllık süre dolmadan işverenini değiştiren Türk işçisinin bu hüküm kapsamında sayılmaması gerektiği sonucuna varmıştır.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinden, bir Türk işçisinin bir üye ülkedeki ikamet izninin uzatılmasının, bu kişinin bir yıl süreyle, sürekli olarak ve aynı işveren nezdinde çalışmış olması koşuluna bağlı olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır.

3.3.9.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, Eker kararı ile her ne kadar vatandaşımız aleyhine bir hüküm vermiş olsa da, kanaatimizce, söz konusu karar, Divan’ın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde geçen “bir yıllık yasal çalışma” ifadesine açıklık getirmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu içtihadı göre, bir Türk işçisinin üye ülkede bir yıl yasal olarak çalışmış olma şartını yerine getirmiş sayılabilmesi için, kişinin “aynı işveren nezdinde” bir yıl süreyle yasal olarak çalışması gerekmekte olup, işçinin bu süre dolmadan işverenini değiştirmesi halinde bu madde kapsamında hak iddia etmesi mümkün değildir.

3.3.10 C–285/95 Suat Kol v Land Berlin²¹⁴

3.3.10.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Suat Kol, 15 Şubat 1988’de Almanya’ya giriş yapmış ve burada 9 Mayıs 1988’de bir Alman vatandaşı ile evlenmiştir. Alman makamları, bu evliliğin sahte olduğundan şüphe duymuş, ilk olarak Suat Kol’a, ikamet izni başvurusu yaptığına dair bir belge vermiş ve sonradan birkaç kez yenilenmiş olan sınırlı süreli bir ikamet izni vermiştir.

Suat Kol, 2 Mayıs 1991’de, kendisinin ve eşinin aynı evde bir arada yaşadıklarını bildirmesi üzerine, Almanya’da sınırsız süreli ikamet izni elde etmiştir. Ancak, yapılan araştırma sonucu bu evliliğin sahte olduğu tespit edilmiş, Suat Kol’un eşi Nisan 1990’da boşanma işlemlerini başlatmış ve eşlerin 2 Mayıs 1991’deki bildirimlerinden önce birlikte yaşamaya son verdikleri tespit edilmiştir. Kol çiftinin evlilikleri, 14 Şubat 1992 tarihli mahkeme kararıyla sona ermiştir.

Amtsgericht Berlin Tiergarten, 29 Kasım 1993 tarihli bir kararla, Suat Kol’un ikamet izni alabilmek amacıyla gerçeğe aykırı bildirimde bulunmuş olduğu sonucuna varmıştır. Kol’un eşi de, ona yardımcı olduğu ve suç ortaklığı yaptığı gerekçesiyle suçlu bulunmuştur. Kol, Almanya’da, 3 Nisan 1989–31 Aralık 1989 tarihleri arasında ve 7 Şubat 1990’da bir gün ilk işvereni nezdinde, 15 Haziran 1990–6 Temmuz 1993, 6 Eylül 1993–8 Şubat 1994 tarihleri arasında ve 24 Mart 1994’ten bu yana ikinci işvereni nezdinde çalıştığını belirtmiştir.

Landeseinwohneramt Berlin (Residents’ Registration Office for the Land Berlin) 7 Temmuz 1994’te, Kol’un ivedilikle sınır dışı edilmesi için talimat vermiştir. Bu önlemin, kamu düzeni sebebine dayanmakta olduğu, diğer yabancıların ikamet izni alabilmek için gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmalarını engelleme amacını güttüğü belirtilmiştir.

²¹⁴ ECR 1997, P. I-03069.

Kol'un geçici olarak yaptığı başvuru, Verwaltungsgericht Berlin (Berlin İdare Mahkemesi) tarafından 12 Mayıs 1995'te reddedilmiştir. Buna karşılık, Kol, Observerwaltungsgericht Berlin'e temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Kol, başvurusunu desteklemek amacıyla, Almanya'da çalıştığı sürelerin kendisine 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesine bağlı olarak burada kalma hakkı tanıdığını ve hakkında sadece kamu düzeni sebebiyle sınır dışı etme emri verilmesinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesi ile bağdaşmadığını iddia etmiştir.

Buna karşılık, Observerwaltungsgericht Berlin (Berlin Yüksek İdare Mahkemesi), sınır dışı etme emrini Alman hukukuna uygun bulmuş ancak Kol'un, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). ve 14. maddeleri kapsamında herhangi bir hakkı bulunup bulunmadığı hususunda tereddütleri olduğunu belirtmiştir.

Observerwaltungsgericht Berlin, bu iki hükümde yer alan "yasal çalışma" ve "kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayanan kısıtlamalar saklıdır" ifadelerine verilecek anlam hususunda tereddütlerinin bulunduğunu belirtmiş, Kol'un 2 Mayıs 1991'deki gerçeğe aykırı bildiriminden sonraki çalışmasının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi anlamında yasal çalışma olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi ve üye ülke vatandaşlarına uygulanan serbest dolaşım hükümleri kapsamında, sınır dışı etme prosedürünün "sınır dışı kararının, söz konusu bireyin daha önceki suçlarına göre değil salt bugünkü sınır dışı edilme gerekçesi sayılabilecek kişisel davranışına göre verileceğini" öngören prensibin, Türk göçmen işçileri hakkında da uygulanıp uygulanamayacağına açıklık getirilmesi amacıyla, davayı ön sorun yoluyla Adalet Divanı'na intikal ettirmiştir.

Berlin Yüksek İdare Mahkemesi, Divan'a aşağıdaki iki soruyu yöneltmiştir:

(1). Bir Türk işçisi tarafından bir üye ülkede kasıtlı ve suçlu olarak elde edilen bir ikamet iznine dayanarak geçirilen çalışma süreleri, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında "yasal çalışma" olarak kabul edilebilir mi?

(2). İlk sorunun cevabı olumluysa, böyle bir işçinin ikamet izninin, sınır dışı etme kararı ile birlikte kamu düzeni genel sebebine dayanılarak diğer yabancılar üzerinde caydırıcı etki yapmak amacıyla sona erdirilmesi 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesine uygun mudur?

3.3.10. 2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Kol'un, Almanya'da ikamet izni alabilmek için gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle suçlu bulunduğunu ve Almanya'da belirsiz süreli ikamet izni alabilmek için gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu 2 Mayıs 1991'de, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında aynı işveren nezdinde bir yıldır yasal olarak çalışmadığını, Kol'un ev sahibi üye ülkede bu tarihten önce iki ayrı işveren nezdinde iki ayrı çalışma dönemi bulunduğunu, birincisinin yaklaşık dokuz ay ve ikincisinin ise on buçuk ay sürdüğünü, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinin, aynı işveren nezdinde kesintisiz ve yasal olarak bir yıl yasal olarak çalışmayı şart koştuğunu, bu nedenle, Kol'un, 2 Mayıs 1991'den sonraki çalışması yasal çalışma olarak kabul edilmedikçe, Kol'un, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendindeki haklardan yararlanamayacağını belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi anlamındaki yasal çalışma ifadesinin, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına sürekli ve kesin olarak dahil olmayı şart koştuğunu, bu hususta, bir davanın görülmekte olduğu süreç için verilen ikamet iznine dayanan çalışmanın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında yasal çalışma sayılamayacağı sonucuna ulaşılan Sevince kararından hareketle, Kol'un gerçeğe aykırı beyanda bulunarak aldığı ikamet iznine dayanarak çalışmasının da sürekli ve kesin bir konumu içermemesi nedeniyle yasal çalışma sayılamayacağını ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Berlin Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, usulsüzlük yaparak ikamet izni alan ve bundan ötürü mahkûm edilen bir Türk işçisinin bu izne dayanarak bir üye ülkede çalışmasının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında yasal çalışma sayılamayacağı sonucuna varmıştır. Divan, ilk soruya verdiği cevap ışığında,

ulusal mahkemenin ikinci sorusuna cevap verme gerekliliği bulunmadığına hükmetmiştir.

3.3.10.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kol kararı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan “yasal çalışma” ifadesinin sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, “yasal çalışma” ifadesinin kapsamı, önceki ilgili kararların ardından bu kararda yapılan açıklama ile netlik kazanmaya başlamıştır. Divan, bu içtihadıyla, hukuka aykırı yollarla elde edilen ikamet iznine dayanarak, üye devletlerde hak iddia edilmesinin önüne geçmek istemiştir. Kanaatimizce, Kol kararının en önemli yanı, usulsüzlük yapılarak alınan ikamet iznine dayanılarak yapılan çalışmanın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında yasal çalışma olarak kabul edilmeyeceği sonucuna ulaşılmış olmasıdır.

3.3.11 C–98/96 Kasim Ertanir v Land Hessen²¹⁵

3.3.11.1 Dava Konusu

Kasım Ertanır isimli Türk vatandaşı, Nisan 1991’de Almanya’ya yasal olarak giriş yapmış ve Weinheim’da Ratskeller isimli bir restoranda “Türk yemeklerinde uzman aşçı” olarak çalışmasına izin veren bir çalışma izni ve 1 Ağustos 1991’e kadar geçerli olan bir ikamet izni almıştır.

Yetkili makamlar, Ertanır’ın geçerli olan bir ikamet izni olmasına rağmen, 18 Aralık 1990 tarihli Arbeitsaufenthalteverordnung’un (Çalışma Amaçlı Oturma Yönetmeliği’nin) 4(4). maddesine dayanarak, belirli bir ülkenin mutfağına yönelik bir restoranda çalışan uzman aşçıların o ülkenin vatandaşı olmaları gerektiğini, ancak Ertanır’ın çalıştığı restoranın Yunan restoranı olduğunu gerekçe göstererek, Ertanır’ın ikamet iznini iptal etmiştir.

Ancak sonradan, ilgili makamlar, Ertanır’ın aynı restoranda uzman aşçı olarak çalışmayı sürdürmesine izin vermişlerdir. Aradaki süre içerisinde ülkesine giden

²¹⁵ ECR 1997, P. I-05179.

Ertanır, 14 Nisan 1992’de Almanya’ya geri dönmüştür. Bununla birlikte, Alman yetkili makamları, Alman hukukuna göre uzman aşçıların Almanya’da toplam üç yıldan fazla bir süre kalamayacağı uyarısında bulunmuşlardır.

Ertanır, Almanya’da üç aylık bir giriş vizesiyle kalmış, ardından, 13 Nisan 1993’te süresi biten ancak 13 Nisan 1994’e kadar uzatılan bir ikamet izni almıştır. Bununla birlikte, Ertanır, 19 Nisan 1994’te ikamet izninin yeniden uzatılması talebinde bulunmuştur. Yetkili makamlar, altı günlük gecikmeye rağmen, Alman mevzuatına göre, uzman aşçıların Almanya’da toplam üç yıldan fazla kalamayacağını tekrar hatırlatarak, Ertanır’ın ikamet iznini 14 Nisan 1995’e kadar uzatmışlardır.

Ertanır’a tanınan her bir ikamet izninde, kendisine, söz konusu restoranda uzman aşçı olarak çalışması sona erdiği zaman, Almanya’daki ikamet izninin de sona ereceği bildirilmiştir.

Ertanır, Weinheim’daki Ratskeller isimli restoranda, başlangıçta 24 Nisan 1993’e kadar geçerli olan bir çalışma izni kapsamında çalışmıştır. Bu çalışma izni, 13 Mayıs 1993’te, 24 Nisan 1993’ten 23 Nisan 1994’e kadar uzatılmıştır. Söz konusu izin, 6 Mayıs 1994’te, 24 Nisan 1994’ten 23 Nisan 1996’ya kadar geçerli olmak üzere tekrar yenilenmiştir. Ertanır, 13 Nisan 1995’te, ikamet izninin iki yıl uzatılması için başvuruda bulunmuştur.

Ertanır’ın başvurusu, Alman hukukuna göre uzman şeflere en fazla üç yıl süreli ikamet izni verilebileceği ve 3 Şubat 1995 tarihli İçişleri Bakanlığı Kararnamesi’ne göre 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uzman aşçıları için uygulanmayacağı gerekçe gösterilerek, 17 Temmuz 1995’te reddedilmiştir.

Uyuşmazlık Verwaltungsgericht Darmstadt’a intikal etmiş, söz konusu mahkeme, Ertanır’ın, uzman aşçıların tabi olduğu Arbeitsaufenthalteverordnung’un 4(4). maddesine göre, 18 Aralık 1990 tarihi itibarıyla kendisine tanınan üç yıllık ikamet izni süresinin sona erdiğini ve Alman hukukunun diğer düzenlemeleri kapsamında Ertanır’ın ikamet izninin uzatılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Ertanır’ın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında

ikamet hakkı olduğunu ileri sürüp süremeyeceği konusunda şüpheleri olduğunu belirtmiştir.

Verwaltungsgericht Darmstadt, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinde öngörülen koşulun sağlanmasının ardından, ikamet izni olmadan geçirilen ve aynı kararın 6(2). maddesine göre yasal çalışma olarak kabul edilmeyen sürelerin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde öngörülen sürelerin işleminde kesintiye ve dolayısıyla bu sürelere bağlı olarak doğan haklarda kayba yol açıp açmayacağını öğrenmek istemiştir.

Mahkeme, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1) ve 6(2). maddelerinin uygulanma şekillerinin ulusal mevzuatta tespit edileceğini öngören aynı kararın 6(3). maddesinin, üye ülkelere, Türk işçilerini uzman aşçılar vb. kategorilere ayırıp belirli kategorideki işçileri ilk başta 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde öngörülen haklardan mahrum bırakacak şekilde 18 Aralık 1990 tarihli yönetmelik benzeri mevzuat düzenleme yetkisi verip vermediğini öğrenmek istemiştir.

3.3.11.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinde (eski maddeler 48, 49, 50) öngörülen serbest dolaşım haklarını gerçekleştirme hedeflerine yönelik olarak 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile başlatılan düzenlemelerin bir aşamasını oluşturduğunu, bununla birlikte, Türk vatandaşlarının Topluluk içerisinde serbest dolaşım haklarının bulunmadığını ancak yasal olarak giriş yaptıkları ve belirli bir süre yasal olarak çalıştıkları ev sahibi üye ülkede belirli haklar elde ettiklerini, aynı şekilde, Divan'ın sürekli olarak hükmettiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi bölgelerine giriş ve ilk işe giriş şartlarını düzenleme yetkisini ortadan kaldırmadığını, ancak, aynı kararın 6. maddesi ile ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş bulunan Türk işçilerinin durumlarına ilişkin düzenlemeler getirildiğini belirtmiştir.

Divan, Sevince kararından başlayarak, sürekli olarak hükmettiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip

olduğunu ve bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının söz konusu düzenlemenin çeşitli bentlerinde tanınan hakları doğrudan talep edebileceklerini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin her üç bendinde de açıkça düzenlendiği gibi, bu hakların birbirinden farklı olduğunu ve ilgili üye ülkedeki yasal çalışma süresine bağlı olarak değişen şartlara tabi olduğunu ifade etmiştir.

Yine, Divan, sürekli olarak hükmettiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinin de, ilgili kişiye tanınan çalışma hakkının yanında ikamet hakkının da önemini vurguladığını; zira ilgili kişiye ikamet hakkı verilmeksizin çalışma hakkı tanınmasının tüm etkiden yoksun olacağını, Verwaltungsgericht Darmstadt'ın sorularının bu hususlar nazara alınarak cevaplanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesinin, üye ülkelere, aynı Kararın 6(1). maddesinde belirtilen süre koşullarını yerine getirmiş bazı kategorideki Türk işçilerini bu madde kapsamından çıkararak iş gücü piyasasına dahil Türk işçilerine ilişkin kuralları keyfi olarak belirleme yetkisi vermediğini, bunun tersine bir yorumun 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını anlamsız ve etkisiz kılacağını belirtmiştir.

Divan, Ertanır'ın üye ülkeye yasal yollarla giriş yaptığını ve yasal olarak bir yıldan fazla süreyle kesintisiz olarak aynı işveren nezdinde çalışmış olduğunu, Alman Hükümetinin görüşünün aksine, bir üye ülkede çalışmalarına izin verilen uzman aşçıların, çalıştıkları restoranının ilgili olduğu ülkelerin vatandaşları olmaları şartı nedeniyle, genel olarak diğer işçilerden farklı değerlendirilerek, üye ülkenin iş gücü piyasasına kayıtlı olmadıklarının iddia edilemeyeceğini ifade etmiştir. Divan, uzman aşçı olmanın, yasal iş gücü piyasasına dâhil sayılmaya engel teşkil edecek objektif nitelikler arz etmediğini, uzman bir aşçının, belirli bir ücret karşılığında, gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyeti gerektiren bir çalışma ilişkisi içerisinde olduğunu, buna bağlı olarak, Ertanır gibi bir uzman aşçının yasal durumunun, ev sahibi üye ülkede çalışan göçmen Türk işçilerinden farklı olmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığını, bir üye ülkenin, uzman aşçı statüsündeki kişilere sınırlar ve yasaklar getirmesinin bu durumu değiştirmeyeceğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi bakımından, yasal çalışmanın, istikrarlı ve güvenli bir konuma sahip olmayı öngördüğünü ve bu düzenlemeye göre tartışmasız bir ikamet hakkının varlığının gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Divan, Ertanır davasında, Türk işçisinin üye ülkedeki çalışma ve ikamet hakkının tartışma konusu yapılmadığını ve Ertanır'ın 1992 Nisan ayından beri gerçek, etkin ve ücretli bir işi aralıksız üç yıl süreyle yürüterek güvenli bir hukuki statüye sahip olduğunun anlaşıldığını, bu durumdaki bir işçinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında üye ülkede yasal olarak çalıştığını kabul etmek gerektiğini ve bu nedenle Ertanır'ın, söz konusu düzenlemenin çeşitli paragraflarında tanınan hakları doğrudan talep edebileceğini, ilgili milli mevzuat kapsamında, ev sahibi üye ülkede söz konusu işçiye tanınan çalışma ve ikamet haklarının geçici ve şarta bağlı nitelikte olduğunu belirtmiştir.

Divan, yerleşik içtihatlarına göre, Türk işçilerine 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi ile tanınan hakların, üye devlet makamları tarafından çalışma izni veya oturma izni gibi belli bir idari bir belge verilip verilmediğine bakılmaksızın kullanılabileceği yönünde olduğunu ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan “yasal çalışma” ifadesinin, söz konusu hükmün amacı ve ruhu doğrultusunda nesnel ve bütünsel olarak tanımlanması gereken bir Topluluk hukuku kavramı olduğunu ve “kişinin hak düşürücü sınırlamaların farkında olması” gibi öznel koşullara bağlanarak yorumlanamayacağını, söz konusu düzenlemenin yazılış tarzı ve amacından hareketle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türk vatandaşlarına tanınan kesin ve mutlak hakların, üye ülkeler tarafından şarta bağlanamayacağını ve sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Divan, ayrıca, işçiye, kendisine üye ülkeye giriş izni verildiği sırada, ikamet izni ve çalışmasının belirli şartlara uyum sağlamaya bağlı olduğunun bildirilmesinin bu açıklamayı etkilemediğini vurgulamıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde geçen “yasal çalışma” ifadesinin, söz konusu düzenlemenin ruhuna ve amacına uygun olarak,

objektif ve düzgün olarak tanımlanması gereken bir Topluluk hukuku kavramı olduğunu ve söz konusu ifadenin, “kişinin hak düşürücü sınırlamaların farkında olması” gibi öznel koşullara bağlanarak yorumlanamayacağını ifade etmiştir.

Divan, bir üye devlette, aynı işveren nezdinde, uzman aşçı statüsünde aralıksız bir yıldan fazla süreyle yasal olarak çalışan bir Türk vatandaşının, o üye ülkenin iş gücü piyasasına dâhil olduğunu ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi çerçevesinde yasal olarak çalıştığını, bu durumdaki bir Türk işçisinin, çalışma ve oturma izinlerinin uzatılması sırasında bu izinlerin en fazla üç yıl için ve belirli bir işveren nezdinde belirli bir iş için verildiğinin belirtilmiş olmasına bakılmaksızın, üye ülkedeki oturma iznini uzatma talebinde bulunabileceğini belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin, geçerli bir çalışma ve oturma izni olmaksızın bir üye ülkede geçirdiği çalışma sürelerinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinde de belirtilen yasal çalışma sürelerinin hesabına etkisi olup olmadığı hususunun açıkça belirtilmemiş olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin, ekonomik faaliyetin kesildiği dönemlerin aynı Kararın 6(1). maddesinde belirtilen yasal çalışma sürelerinin hesaplanmasındaki etkisini düzenlediğini, Ertanır’ın, çalışma ve oturma izni olmaksızın geçirdiği sürelerin birkaç günü aşmadığını ve her seferinde yeni bir izin aldığını ve bu izinlerin iki kez geriye dönük şekilde verilerek yetkili makamların, işçinin ikametinin yasal olup olmadığını herhangi bir şekilde sorgulamadıklarını belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde belirtilen yasal çalışma sürelerinin, Türk işçisinin geçerli bir ikamet ve çalışma iznine sahip olmaksızın geçirdiği ve aynı Kararın 6(2). maddesi kapsamına girmeyen kısa süreli dönemlerin, üye ülke yetkili makamlarının söz konusu dönemlerin yasal olup olmadığını sorgulamadan yeni çalışma ve oturma izinleri vermiş oldukları göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Darmsadt tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesinin, üye devletlere, uzman aşçı vb. kategorideki Türk işçilerini aynı Kararın

6(1). maddesiyle sağlanan haklardan mutlak olarak yoksun bırakacak nitelikte mevzuat düzenleme yetkisi vermediği sonucuna ulaşmıştır. Divan, uzman aşçı olarak bir üye devlette aralıksız olarak bir yıldan fazla süreyle aynı işveren nezdinde yasal olarak çalışan bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında söz konusu üye ülkenin iş gücü piyasasına dahil ve yasal olarak çalışmış sayılacağını belirtmiştir. Divan, bu durumdaki bir Türk işçisinin, çalışma ve ikamet izinlerinin uzatılması sırasında söz konusu izinlerin en fazla üç yıl süreyle ve belirli bir işle sınırlı olarak belirli bir işveren nezdinde verilmiş olduğuna bakmaksızın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi çerçevesinde ikamet izninin yenilenmesi talebinde bulunabileceğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde belirtilen yasal çalışma sürelerinin hesabında, Türk işçisinin üye devlette geçerli bir ikamet ve çalışma izni olmaksızın geçirdiği ve aynı Kararın 6(2). maddesi kapsamına girmeyen kısa dönemlerin, üye devlet yetkili makamlarının söz konusu dönemlerin yasal olup olmadığını sorgulamadan yeni çalışma ve ikamet izinleri verdikleri göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğine işaret etmiştir.

3.3.11.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, Ertanır kararı, Divan'ın, üye ülkelerin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşları hakkında, bu madde ile tanınan haklarını kullanmalarını engelleyecek düzeyde yeni kısıtlama ve şartlar getirmelerini engellemesi bakımından önemlidir. Bu kararında, Divan, uzman aşçı statüsündeki bir Türk işçisinin çalışmasının yasal olup olmadığını belirlerken, ilgili ulusal mevzuatı değil, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında yasal çalışma kriterlerini temel almış ve böylelikle uzmanlık gerektiren işlere ilişkin özel mevzuatta yer alan sınırlamaların, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesindeki şartları yerine getiren Türk vatandaşları hakkında uygulanmasını engellemiştir. Böylelikle, üye ülkelerde bulunan uzman aşçı statüsündeki vatandaşlarımızın da 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının koruması altında olduğunu söyleyebiliriz.

3.3.12 C-36/96 Faik Günaydin, Hatice Günaydin, Günes Günaydin and Seda Günaydin v Freistaat Bayern²¹⁶

3.3.12.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Faik Günaydin, Nisan 1976'da, yasal olarak Almanya'ya giriş yapmıştır. Günaydin, bu ülkede, ilk olarak Almanca dil kurslarını başarıyla tamamlamış ve sonra eğitimine devam ederek, 1986'da mühendislik diploması almıştır.

Günaydin, eğitimi boyunca, süre ve bölge açısından sınırlamalar içeren ve ücretli bir işte çalışmasına imkân tanımayan ikamet izinleri almıştır. Günaydin, 1982 yılında, bir Türk vatandaşı ile evlenmiştir. Çiftin 1984 ve 1988 yıllarında, iki çocukları dünyaya gelmiştir.

Günaydin, Kasım 1986'da, Siemens'in Türkiye'deki yan kuruluşunun yöneticiliğine getirilmek üzere, fabrikanın Almanya'da (Amberg) açtığı bir eğitim programında yetiştirilmek amacıyla işe alınmış ve ilgili makamlara kendisinin bu amaçla çalıştığı belirtilmiştir. Günaydin, 17 Şubat 1987'de, çalışma ve ikamet izinlerinin sadece Türkiye'deki göreve hazırlık amacıyla verildiği hususunda bilgilendirildiğini teyit etmiş ve 9 Ağustos 1989'da, ailesi ile birlikte 1990 yılının ikinci yarısında ülkesine dönmek niyetinde olduğunu yetkili makamlara bildirmiştir. Alman yetkili makamları, Günaydin'a 12 Ocak 1987'den itibaren geçerli olmak üzere en son 5 Temmuz 1990'a kadar uzatılan geçici ikamet izinleri vermişler ve her seferinde, söz konusu uzatmaların Günaydin'ın Siemens Amberg'deki çalışmasının sona ermesine kadar yapılacağını belirtmişlerdir.

Günaydin, 15 Şubat 1990'da, Almanya'daki mesleki gelişiminin de bir sonucu olarak, bu ülkenin anavatanı gibi olduğunu ve Türkiye'de kendisini yabancı gibi hissettiğini, Almanya'da doğmuş, reşit olmayan ve Alman okullarına gitmekte olan iki çocuğu olduğunu ve onların da Türkiye'ye uyum sağlamakta zorlanacaklarını gerekçe göstererek sürekli ikamet izni almak için başvuruda bulunmuştur.

²¹⁶ ECR 1997, P. I-05143.

Siemens, Günaydın'ı, değerli bir personeli olarak gördüğünü ve onun yerine aynı kalitede bir kişinin bulunmasının mümkün olmadığını ve kendisinin şirketin Türkiye'deki yan kuruluşu ile iletişim kurma açısından çok önemli olduğunu belirterek, Günaydın'ın ikamet izninin uzatılmasına ilişkin tüm çabayı göstermiştir, ancak buna rağmen Günaydın'ın ikamet izninin uzatılması için yaptığı başvuru reddedilmiştir. Böylelikle, Faik Günaydın, Siemens'teki çalışmasına 30 Haziran 1990'da son vermek zorunda kalmıştır. Siemens'in Türkiye'deki yan kuruluşunun, bu şirkete Ocak 1991'de, Türkiye'deki durumun Günaydın'ın istihdam edilmesi için müsait olmadığını bildirmesi üzerine, Alman makamları Günaydın'ın çalışma izninin uzatılmasını kabul etmelerine rağmen, Günaydın'ın ikamet iznini reddeden karar sonradan değiştirilmemiştir. Günaydın'ın ikamet izninin uzatılmasının reddi kararına gerekçe olarak, iznin uzatılmasının üye devlette eğitim gören yabancıların kendi ülkelerinde çalışmalarını teşvik amacını taşıyan Alman kalkınma yardımı politikasına aykırı olacağı gösterilmiştir.

Faik Günaydın, eşi ve çocukları, bu karara karşı dava açmışlar, Almanya İdare Mahkemesi, ilgili kararın Alman hukukuna uygun olduğunu belirtmiş ancak Günaydın'ın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinden doğan haklardan yararlanıp yararlanamayacağını belirlemek üzere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin açıklanması hususunda Divan'a başvuruda bulunmuştur.

Bundesverwaltungsgericht aşağıdaki iki soruyla Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur:

(1). Bir üye ülkedeki işveren nezdinde, geçici bir süre için ve işverenin Türkiye'deki bir iştirakinde çalışmaya hazırlık için sadece mesleki eğitim görmek amacıyla ücretli bir işte çalışmasına izin verilen bir Türk işçisi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında bir üye ülke iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olmuş ve burada yasal olarak çalışmış kabul edilebilir mi?

(2). İlk sorunun cevabı olumlu ise, bir Türk işçisinin üye ülkedeki çalışmaya hazırlık döneminin bitmesinden sonra Türkiye'ye döneceği yönündeki iradesini açık ve net bir şekilde bildirmesi ve yetkili makamın, kendisine, bu bildirim ışığında geçici

olarak bu ülkede ikamet izni vermesi durumunda, Türk işçisinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında hak iddia etmesi, hukukun suiistimal edilmesi anlamına gelir mi?

3.3.12.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, sosyal alanda, işçilerin ve aile bireylerinin tabi olduğu rejimi 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile getirilen düzenlemelerin ilerisine götürmeyi amaçlayan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının giriş bölümünün üçüncü paragrafını dikkate almak gerektiğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin de yer aldığı 1/80 sayılı Karar'ın ikinci bölümünün birinci kısmında yer alan hükümlerin, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49, 50) esinlenerek işçilerin serbest dolaşımını sağlama hususundaki bir sonraki aşamayı düzenlediğini tekrar belirtmiştir. Divan, buna bağlı olarak, bu Antlaşma hükümlerinde yer alan prensipleri mümkün olduğunca 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamındaki haklardan yararlanan Türk işçileri hakkında da uyguladığını, bununla birlikte, Türk vatandaşlarının Topluluk içerisinde serbest dolaşım hakkına sahip olmadıklarını yalnızca yasal olarak giriş yaptıkları ve belirli bir dönem yasal olarak çalıştıkları ev sahibi üye ülkelerde bazı haklardan yararlanabileceklerini belirtmiştir. Aynı şekilde, Divan, sürekli olarak kabul ettiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkenin, Türk vatandaşlarının kendi bölgesine giriş ve ilk işe giriş şartlarını belirleme konusundaki yetkisini aşan düzenlemeler getirmediğini; yalnızca aynı Kararın 6. maddesiyle, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına önceden dâhil olmuş Türk işçilerinin durumuna ilişkin düzenlemeler getirdiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ve bu nedenle bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının bu hükmün çeşitli satırlarında kendilerine tanınan haklardan doğrudan istifade edebileceklerini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinden de açıkça anlaşılacağı gibi, bu hakların birbirinden farklı olduğunu ve ilgili üye ülkede geçirilen yasal çalışma süresine bağlı olarak değiştiğini ifade etmiştir.

Divan, sürekli olarak kabul ettiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin her üç bendinde de, Türk vatandaşlarına tanınan hakların, çalışma hakkı ile bağlantılı olarak ilgili kişiye ikamet hakkı da tanıdığını, aksi takdirde kişiye iş gücü piyasasına katılma ve çalışma hakkı tanınmasının etkiden yoksun olacağını tekrarlamıştır.

Divan, Faik Günaydın'ın ilgili üye ülkeye yasal izinlerle giriş yaptığını ve zorunlu uzatma izinleri almak suretiyle aralıksız üç yılı aşkın bir süre ile aynı işveren nezdinde yasal olarak çalıştığını belirtmiştir.

Divan, bir üye ülkenin, Türk vatandaşlarına, belirli bir mesleki eğitim ve özellikle çıraklık sözleşmesi kapsamında kendi bölgesine giriş yapma ve ikamet izni vermesini engelleyen bir durum bulunmadığını, bununla birlikte, “mesleki eğitiminin sonunda söz konusu kişiyi şirketin bir iştirakinde görev almaya hazırlamak amacıyla ücretli olarak çalıştırmak” kavramının, söz konusu kişinin, işini, ilgili işveren nezdinde ve onun yararına, aynı işverendeki veya aynı sektördeki benzer bir ekonomik faaliyette bulunanlarla aynı çalışma ve ücret koşullarıyla fiili olarak yürüttüğü hallerde, bu ilişkinin normal bir çalışma ilişkisi olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, Divan, söz konusu çalışma koşullarının karşılanıp karşılanmadığının ulusal mahkeme tarafından belirleneceğini, ev sahibi ülkedeki ikamet ve/veya çalışma izni belirli bir işveren nezdinde geçici olarak ücretli çalışmayla sınırlı olan ve ilgili üye ülkedeki işvereni değiştirilmesi yasak olan bir işçinin durumunun, bu açıklamayı değiştirmedini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkelerin Türk vatandaşlarının kendi bölgelerine giriş yapmalarını ve ilk işe girişlerini kabul etmeme yetkisini engellemediğini hiç şüphesiz kabul etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, bir üye ülkeye, kendi bölgesine girmesine izin verilmiş ve burada üç buçuk yıldan fazla süredir yasal olarak, gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyette bulunan Türk işçilerinin, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasası ile aşamalı olarak bütünleşmeleri sistemini tek yanlı olarak değiştirmesine izin verir nitelikte yorumlanamayacağını belirtmiş, böyle bir yorumun,

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını anlamsız ve her türlü etkiden yoksun hale getireceğini ifade etmiştir. Buna bağlı olarak, Divan, üye ülkelerin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Türk işçilerine tanıdığı kesin ve mutlak hakları şarta bağlama ya da bu haklara sınırlama getirme yetkisine sahip olmadığını, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin anlatım biçiminin genel ve mutlak olduğunu ve bir üye ülkenin, söz konusu düzenlemenin Türk vatandaşlarına doğrudan tanıdığı hakları sınırlandırmasına izin vermediğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında ev sahibi üye ülkede yasal olarak çalışmış olan bir Türk işçisinin bu çalışmasının, Divan'ın önceki kararlarında da belirttiği gibi, üye ülkenin iş gücü piyasasının bir üyesi olarak, sürekli ve kesin bir çalışmayı gerektirdiğini ve bununla bağlantılı olarak tartışmasız bir ikamet izninin varlığını gerekli kıldığını tekrar vurgulamıştır.

Divan, ikamet izni yetkili makamlarca hiçbir şekilde tartışma konusu yapılmayan ve Kasım 1986'dan 30 Haziran 1990'a kadar sürekli ve kesin bir ekonomik faaliyeti sürdürmek için gerekli izinleri almış olan Günaydın'ın, bu şekilde, yasal çalışma ifadesinin öngördüğü "iş gücü piyasasına sürekli ve güvenli bir konumda dâhil olma" koşulunu da yerine getirdiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinden doğan hakların başkaca koşullara, çalışma ve ikamet izni gibi idari belgelere bağlanamayacağını, Günaydın'ın kariyerine Türkiye'de devam etmek istediğini belirttiği halde bunu gerçekleştirememiş olmasının da bu hakları ortadan kaldırmayacağını ifade etmiş, bu şartlarda çalışan bir işçinin bu çalışmasının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında yasal çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini ve ilgili kişinin, bu düzenlemenin gerekliliklerini yerine getirdiği takdirde, düzenlemenin çeşitli satırlarında öngörülen haklardan istifade edebileceğini belirtmiştir.

Divan, dava konusu işçinin üye ülkedeki çalışma ve ikamet izinlerinin, geçici ve şarta bağlı olduğunun tartışmasız olduğunu, Günaydın'ın, başlangıçta kendisine verilen iznin sınırlı olduğunu bilmesine rağmen, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının

6(1). maddesine dayanarak ilgili ülkede kalmak istemesinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararından kaynaklanan haklardan yoksun bırakılması için başlı başına bir gerekçe oluşturmadığını, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesine dayanarak yapılan bir başvurunun, işçinin söz konusu işe hazırlık döneminin ardından üye ülkeden ayrılma niyetinde olduğunu beyan etmiş olduğu ileri sürülerek geçersiz sayılamayacağını, Günaydın'ın, başlangıçta, birkaç yıllık çalışmadan sonra gerçekten Türkiye'ye dönme niyeti olduğu halde, daha sonra değişen koşullar nedeniyle, bu düşüncesini değiştirmesinin olası olduğunu ifade etmiştir.

Divan, ulusal mahkeme tarafından, Günaydın'ın üye ülkede kalabilmek için yetkili makamlara bilerek gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu saptanması halinde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde tanınan haklardan yoksun bırakılabileceğini belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin, başından beri sınırlı süreli olduğunu bildiği bir ikamet iznini uzatmak istemesinin, hakların suiistimali anlamına gelmediği ve ulusal mahkemenin usulsüzlük veya suiistimal bulunduğu dair bir kararı bulunmadıkça, söz konusu kişinin Türkiye'ye dönmek istediğini önceden bildirmiş olmasının bir hak kaybına yol açmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesine göre, bir üye ülkede üç yıldan fazla bir süreyle aynı işveren nezdinde gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyeti sürdürmek üzere yasal olarak çalışan ve çalışma koşulları aynı işveren veya söz konusu sektördeki bir başka işveren nezdinde benzer işlerde çalışanlardan objektif olarak farklılık göstermeyen bir Türk işçisinin, üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı ve yasal olarak çalışmakta olduğunu kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, Divan, belirtilen konumdaki bir Türk işçisinin, bir üye ülkede, belirli bir işveren nezdinde ve bu işverenin Türkiye'deki yan kuruluşunda çalışmasına hazırlık amacıyla sadece geçici nitelikte ücretli çalışmasına izin verilmiş ve ikamet ve çalışma izinlerini sadece bu amaçla almış olmasına bakılmaksızın, ikamet izninin uzatılması talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Divan, Türk işçisinin söz konusu üye ülkede sınırlı

olarak verildiğini açıkça kabullendiği bir ikamet iznini sonradan uzatmak istemesinin hakların suiistimali sayılmayacağını belirtmiş, söz konusu işçinin, üye ülkede mesleki becerilerini geliştirmek amacıyla çalışmasından sonra Türkiye’ye dönme niyetini beyan etmesinin, ulusal mahkemenin, kişinin sadece üye ülkede çalışmak ve ikamet izinleri almak için gerçeğe aykırı beyan verdiğine dair bir tespiti olmadıkça, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesiyle sağlanan haklarda bir kayba yol açmayacağını ifade etmiştir.

3.3.12.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce bu karar, Divan’ın, Ertanır kararındaki görüşüne paralel olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, bu madde ile elde ettikleri hakların, kendileri için bir “kazanılmış hak” yarattığını, dolayısıyla, üye ülkelerin bu hakları şarta bağlama ya da sınırlama yetkilerinin bulunmadığını ve kişinin ulusal makamların yetki alanına giren bir iznin sınırlı olarak verildiğinin başından beri farkında olmasının bu hakları ortadan kaldırmadığını ikinci kez vurgulaması açısından önemli bir karardır. Bu karar sayesinde, vatandaşlarımızın yaptığı işin ne olduğuna bakılmaksızın, Divan’ın yasal çalışma kriterlerini karşılamaları halinde, vatandaşlarımızın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının koruması altında olacağını ifade edebiliriz.

3.3.13 C-210/97 Haydar Akman v Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen-Kreises²¹⁷

3.3.13.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Haydar Akman, 1979’da Almanya’ya giriş izni almış ve burada mühendislik eğitimi görmek amacıyla, sınırsız süreli bir ikamet izni almıştır. Akman, ilk olarak, Gross Gerau’da, 21 Mayıs 1971’den 31 Aralık 1985’e kadar Almanya’da yasal olarak çalışmış olan babasıyla birlikte yaşamıştır. Akman’ın babası, 1 Şubat 1986’da iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine Türkiye’ye dönmüştür. Akman, eğitim gördüğü merkezin Gross Gerau’ya çok uzak olması nedeniyle 1981’de

²¹⁷ ECR 1998, P. I-07519.

Remscheid'e taşınmıştır. Akman'ın ikamet izni, Almanya'daki eğitimini tamamlaması amacıyla çeşitli defalar yenilenmiştir.

Akman, daha sonra, part-time olarak birbiri ardına iki ayrı işveren nezdinde çalışmış ancak bu çalışmaları, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında hak sahibi olması için gereken şartları sağlayamamıştır.

Akman, 6 Nisan 1993'te, Almanya'daki mühendislik eğitimini başarıyla tamamlamış ve 24 Haziran 1993'te, sınırsız süreli ikamet izni için başvuruda bulunmuştur. Alman makamları, 25 Ağustos 1993 tarihli bir kararla, Akman'a, lisansüstü bir çalışmayı tamamlaması amacıyla, sadece 25 Ağustos 1994'e kadar geçerli olan sınırlı süreli bir ikamet izni vermişlerdir. Akman, bu karara, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesine dayanarak, Verwaltungsgericht Köln nezdinde itiraz etmiştir. Akman, söz konusu maddenin 2. fıkrasının, eğitimini tamamladığı ve babasının üç yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığı üye ülkede, kendisine, yapılan iş tekliflerini değerlendirmesi ve burada gerçekten çalışabilmesi için ikamet izni talep etme hakkı tanıdığını iddia etmiş, ancak, ilgili makam, Akman'ın davasında bu düzenlemede yer alan şartların gerçekleşmediğini, Akman'ın babasının, üye ülkede on dört yıl yasal olarak çalışmış olmakla birlikte, oğlunun iş gücü piyasasına girmek istediği sırada artık o ülkede çalışmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Verwaltungsgericht (İdare Mahkemesi), Akman'ın sınırsız süreli ikamet izni talebinin reddedilmesini Alman hukukuna uygun bulmuş, bununla birlikte, Akman'ın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında hak sahibi olup olmadığına açıklık getirmek üzere Divan'a başvuruda bulunmuştur. Verwaltungsgericht, aşağıdaki soruyla Divan'dan ön karar niteliğinde görüş talep etmiştir:

“Bir Türk işçi çocuğunun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, bir üye ülkedeki mesleki eğitimini tamamlayıp iş arzlarnı kabul etmek istediği sırada, ikamet izninin süresinin uzatılabilmesi için, ebeveyninin halen Almanya'da ikamet ediyor ya da çalışıyor olması gerekmekte midir?”

3.3.12.2. Adalet Divanı Kararı

Divan, öncelikle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının özellikle bu bölümünün, ev sahibi üye ülkedeki Türk vatandaşlarının haklarına ilişkin düzenlemeler getirdiğini ve bir üye devletin iş gücü piyasasına belirli bir süre yasal olarak kayıtlı olan Türk işçileri (1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, madde 6) ile bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı olan Türk işçilerinin aile bireyleri (1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, madde 7) hakkında ayrı düzenlemeler getirdiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının, aynı Kararın 6(1). ve 7. maddesinin ilk fıkrası gibi üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, böylece, bu maddede sayılan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, bu düzenleme ile kendilerine tanınan hakları doğrudan talep edebileceklerini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının anlatım biçiminden hareketle, bir Türk işçi çocuğunun ev sahibi üye ülkedeki iş arzına başvurma hakkını kullanabilmesi için iki koşul gerektiğini; bu koşulların, çocuğun ilgili üye ülkedeki mesleki eğitimini tamamlamış olması ve buna ek olarak, anne ya da babasından herhangi birinin ilgili üye ülkede yasal olarak en az üç yıl süreyle ikamet etmiş olmasından ibaret olduğunu belirtmiştir.

Divan, Akman'ın babasının ev sahibi üye ülkede on dört yıldan fazla bir süre yasal ve ücretli olarak çalıştığının tartışmasız olduğunu ifade etmiştir.

Divan, Akman'ın ev sahibi üye ülkedeki mesleki eğitimini tamamlamış olduğu tarihten bu yana söz konusu şartları kesin olarak yerine getirdiğine kanaat getirerek, Akman'ın ikinci koşulu sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi için, hak talebinde bulunabilmesinin babasının çalışma ilişkisinin devam etmekte olmasına bağlı olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, söz konusu maddede bu koşulla ilgili olarak kullanılan ifadenin bu konuya tam olarak açıklık getirmedeğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen diğer koşul belirtilirken bazı üye ülke dillerindeki metinlerde “çalışmış olması” bazılarında ise “çalışmakta olması” gibi farklı ifadelerin kullanılmış olmasının bu konuda karışıklık yarattığını, maddenin yazılış tarzı

bu konuyu net olarak belirlemediği için, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının lafzı ve ruhu açısından yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının, Türk işçi çocuklarının iş gücü piyasasına katılımlarını özel olarak düzenlediğini, bu durumdaki çocukların, Türk işçisinin aile bireyi olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak çalışma alanında hak iddia edebileceklerini, bununla birlikte, tüm aile bireyleri hakkında düzenleme getiren ilk fıkranın, sadece çocuklara ilişkin düzenleme getiren ikinci fıkradan daha katı olduğunu belirtmiştir.

Böylece, Divan, aile bireylerinin çalışmaya ilişkin haklarının ev sahibi üye ülkede ikamet edilen süreye bağlı olduğunu ve ilk olarak, Topluluğa üye ülke işçilerinin iş gücü piyasasına katılım konusunda ayrıcalıklı olduğunu, bununla birlikte, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında, çocuklara ilişkin bu tarz bir şart koşulmadığını, söz konusu düzenlemede, işçi çocuklarına tanınan hakların ilgili üye ülkede ikamet edilen süreye bağlı olmadığını açık ve net bir şekilde belirtildiğini ifade etmiştir.

Divan, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının, aynı Kararın ilk fıkrası gibi, aile birliğinin sağlanması koşullarını belirleme amacı taşımadığını, bu nedenle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının amacına uygun olarak, Türk işçi çocuklarının mesleki eğitimlerini tamamladıktan sonra iş gücü piyasasına girişlerini kolaylaştırmak amacıyla, çocuklar hakkında, diğer aile bireylerine göre, birinci fıkraya nazaran daha elverişli bir düzenleme getirdiğini belirtmiştir. Bu durumda, Divan, söz konusu düzenlemenin katı yorumlanmaması gerektiğini ve Türk göçmen işçisinin, çocuğunun ilgili üye ülkenin iş gücü piyasasına katılmak istediği sırada halen orada çalışıyor olması gerektiği gibi bir açıklama yapılamayacağını ifade etmiştir.

Divan, hukuk sözcüsünün de görüşüne katılarak, bu sonucun 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının “*Topluluğun bir üye devletinde yasal olarak çalışmakta*

bulunan ebeveyni ile birlikte o üye devlette oturan Türk çocuklarının, bu üye devletteki genel eğitim, çıraklık eğitimi ve mesleki eğitim kurslarına kabul edilmelerinde, o üye devlet vatandaşlarının çocukları için istenen giriş koşulları aranır. Türk çocukları, o üye devlette, bu alandaki ulusal mevzuat çerçevesinde sağlanan avantajlardan yararlanabilirler.” düzenlemesini içeren 9. maddesinden kaynaklandığını ifade etmiştir.

Divan, adı geçen düzenlemenin, çocukların eğitim olanaklarından eşit yararlanma hakkını anne veya babasından birinin halen çalışmakta olması gibi bir şarta bağlamadığını, aksine, ebeveynin o ülkede çalışmasının son bulmasının, çocukların bu madde kapsamında sağlanan haklardan mahrum kalmasına yol açmayacağını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının aksine, aynı kararın ikinci fıkrasının, ev sahibi üye ülkede aile birliğinin sağlanmasının şartlarını belirlemek amacını taşımadığını belirtmiştir.

Divan, Komisyonun da görüşüne katılarak, bir üye ülkede en az üç yıl boyunca yasal olarak çalışmış olan bir Türk işçisinin, bu üye ülkede yasal olarak ikamet eden ve mesleki eğitimini burada tamamladıktan sonra burada çalışmak için iş başvurusunda bulunan çocuğunun, bu aşamada artık kazanç getiren bir işe girerek kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek durumda olduğu için, anne ya da babasından herhangi birinin halen o ülkede bulunmasına gerek olmadığını belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasının, aile birliği koşullarını düzenlemeyi amaçladığı dikkate alındığında, bu düzenlemeye göre, bir Türk işçisinin çalışmasının sona ermesinden sonra kendi ülkesine dönmeden üye ülkede kalması gerektiği, aksi takdirde, o üye ülkedeki eğitimini tamamlamış ve babasından bağımsız olarak kendini geçindirme imkânı bulunan bir Türk çocuğunun bu maddeden kaynaklanan haklarını kullanamayacağını iddia etmenin mantıklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Köln tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, bu davada olduğu gibi, bir üye ülkedeki eğitimini tamamlayarak ikamet izni alan bir Türk işçi çocuğunun o ülkedeki herhangi bir iş arzına

başvurabilmesi için anne ya da babasından herhangi birinin geçmişte o üye ülkede en az üç yıl süreyle yasal olarak çalışmış olmasının yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Divan, söz konusu kişinin kazanç getiren bir işe girmek istediği sırada ebeveyninin halen o üye ülkede çalışmakta ya da ikamet etmekte olmasının gerekli olmadığını belirtmiştir.

3.3.12.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, Divan'ın bu içtihadı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesine açıklık kazandırması bakımından önem taşımaktadır. Böylelikle, en az üç yıl süreyle bir üye devlette çalışan Türk işçi çocuklarına, ebeveynleri halen orada bulunmasa dahi çalışma hakkı tanınmış, bu hakkın bir başka şarta bağlanamayacağı belirtilmiştir. Divan, bu yorumuyla, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu belirterek, Türk işçi çocukları lehine bir karar vermiştir. Bu karar sayesinde, üye ülkelerde eğitimlerini tamamlayan vatandaşlarımızın, mesleki anlamda gelecekleri güvence altına alınmıştır.

3.3.14 C–1/97 Mehmet Birden v Stadtgemeinde Bremen²¹⁸

3.3.14.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Mehmet Birden, 1990'da Almanya'ya giriş izni almış ve 1992'de burada bir Alman vatandaşıyla evlenmiştir. Bu evliliğin sonucu olarak, bu üye ülkede Haziran 1995'e kadar geçerli olan bir ikamet iznine ve sınırsız süreli bir çalışma iznine hak kazanmıştır. Birden, Almanya'da iş bulmayı başaramamış, bununla birlikte, Bundessozialhilfegesetz²¹⁹ uyarınca sosyal yardım ödeneği almıştır.

Mehmet Birden, 3 Ocak 1994'te bir kültür merkeziyle iş sözleşmesi imzalamış ve burada 31 Aralık 1994'e kadar çalışmıştır. Birden'in aylık net maaşı 2.155 DM olup, haftada 38,5 saat çalışmıştır. Bu iş ilişkisi, sonradan, aynı şartlarla, 31 Aralık 1995'e kadar uzatılmıştır. Mehmet Birden, bu sözleşmeler süresince, geçim ödeneği şeklinde herhangi bir sosyal yardım almamıştır.

²¹⁸ ECR 1998, P. I-07747.

²¹⁹ Bundessozialhilfegesetz (Sosyal Yardım Ödenekleri Yasası) bundan sonra kısaca "BSHG" olarak anılacaktır.

Bu iş sözleşmeleri, BSHG'nin 19(2). maddesi uyarınca, sosyal yardım alanlara geçici olarak ücretli istihdam sağlamak ve özellikle işsizlik ödeneği almayan işsizlerin iş gücü piyasasına girmelerini sağlamak üzere Bremen şehir senatosunun kabul ettiği bir program çerçevesinde, Bremen Sağlık, Gençlik ve Sosyal İşler İdaresi Fonları tarafından finanse edilmiştir.

Mehmet Birden'in evliliği 10 Haziran 1995'te sona ermiştir. Yetkili makamlar, 15 Ağustos 1995'te, Birden'in Almanya'da ikamet etmesi için gerekli olan iznin süresini uzatmayı, ulusal hukuka göre boşanmanın ardından böyle bir uzatmanın mümkün olmadığı ve Birden'in üye ülke iş gücü piyasasına 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi uyarınca yasal olarak kayıtlı bulunmadığı, BSHG'ye dayanarak yapılan iş sözleşmelerinin geçici nitelikte olduğu, bu sözleşmelerin tek amaçlarının belirli sayıdaki kişilerin çalışma hayatıyla bütünleşmelerine imkan tanımak olduğu ve buraların kamu otoriteleri tarafından finanse edildiği, Birden'in çalışmasının kamu yararına bir kamu işvereni nezdinde çalışmaya ilişkin olduğu ve bu çalışmanın genel iş gücü piyasası ile herhangi bir rekabet içerisinde bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Mehmet Birden, bir yıldan fazla süreyle aynı işveren nezdinde çalışmış olmasına bağlı olarak kendisinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi kapsamında hak sahibi olduğunu iddia ederek bu karara karşı Bremen Eyalet Mahkemesinde dava açmış ve ikamet izni uzatılmadığı için aynı işveren nezdinde imzaladığı 1 Ocak 1996'dan itibaren geçerli olan süresiz iş sözleşmesinin yürürlüğe giremediğini belirtmiştir.

Ulusal mahkeme, söz konusu kararın Alman hukukuna uygun olduğuna karar vermiş ancak Birden'in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı sayılıp sayılamayacağı konusundaki şüphesi üzerine, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.14.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ve bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, ev

sahibi üye ülkedeki çalışma sürelerine bağlı olarak, bu maddenin her üç bendinde de kendilerine tanınan haklardan yararlanabileceklerini, söz konusu düzenlemenin Türk vatandaşlarının çalışmasına ilişkin tanıdığı hakların, mutlak olarak bununla bağlantılı olan ikamet hakkının varlığını da vurguladığını belirtmiş; aksi takdirde iş gücü piyasasına katılma ve çalışma haklarının tüm etkiden yoksun kalacağını ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinden açıkça anlaşılabilceği gibi, bu hükmün, bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olmuş ve burada belirli bir süredir yasal olarak çalışmakta olan Türk vatandaşlarının durumuna ilişkin olduğunu, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinde (eski maddeler 48, 49, 50) yer alan prensiplerin mümkün olduğunca 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamındaki Türk vatandaşlarına da uygulanması gerektiğinin çeşitli Divan kararlarında belirtilmiş olduğunu tekrar belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesindeki işçi kavramının kapsamını tayin etmek için Topluluk hukukundaki işçi kavramını incelemek gerektiğine işaret etmiştir. Divan, önceki kararlarında, “işçi” tanımına Topluluk hukuku anlamında özel bir anlam yüklediğini ve bu tanımın dar anlamda yapılmaması gerektiğini, bir kişinin işçi olarak kabul edilebilmesi için, bu kişinin etkili ve gerçek bir faaliyette bulunması gerektiğini, tamamıyla sıra dışı ya da yardımcı olarak nitelendirilebilecek küçük çaptaki faaliyetlerin bu tanımdan hariç tutulması gerektiğini, iş ilişkisinin esas özelliğinin, bir kişinin, ücret karşılığında²²⁰, belirli bir süreyle, bir başka kişi için ya da bir başka kişinin talimatı altında çalışması olduğunu belirtmiştir.

Divan, BSHG kapsamında çalışmış olan Mehmet Birden gibi bir Türk vatandaşının, aldığı ücret karşılığında işvereni için bir iş gördüğünü, böylelikle iş ilişkisinin esaslı kriterini yerine getirdiğini, Birden’in haftada otuz sekiz buçuk saat çalıştığını ve aylık iki bin yüz elli beş DM net maaş aldığını belirtmiş, ayrıca, ilgili üye

²²⁰ “İşçi kavramının iktisadi boyutunu, ücret ödeme kriterinde görmek mümkündür. Ücret ödeme, işçinin ediminin belirli bir ekonomik değeri olmasını zorunlu kılar. İşçi kriterinde, işçinin kazancının, işçinin geçimini sağlamaya yetmesi de aranmamaktadır. Bir üye ülke vatandaşının başka bir üye ülkede kazandığı paranın, o ülkede yaşam için en az gerekli olan miktardan az olması hainde de, bu çalışma serbest dolaşımın kapsamı içine girer. Tayin edici olan, fiili ve gerçek bir kazancın var olmasıdır. Fiili ve gerçek bir kazancın yanında bir işçinin yaşamını sürdürmesi için kamusal mali destek alması serbest dolaşım hakkından yararlanmasını engellemez.” Bkz. HEPER Altan, Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Avrupa Dizisi, No. 6, 1. Bası, İstanbul 1997, s. 75-76.

ülkedeki işçiler hakkında uygulanacak olan toplu anlaşmaya göre de, Birden'in tamamıyla sıra dışı ve yardımcı bir faaliyette bulunduğu ileri sürülemeyeceğini ve ilgili kişinin ücretinin kamu fonları tarafından finanse edilmiş olması gerçeğinin bu açıklamayı değiştirmeyeceğini ifade etmiştir. Divan, AT Antlaşmasının 39. maddesi (eski madde 48) ile ilgili içtihatlarla benzer şekilde, ne ücretin ödendiği fonun kaynağının ne de iş ilişkisinin ulusal hukuk kapsamındaki *sui generis* özelliğinin ve söz konusu kişinin verimliliği gibi faktörlerin o kişinin işçi sayılıp sayılmaması üzerinde hiçbir etkisi bulunmadığını ifade etmiştir.

Divan, Mehmet Birden'in 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında işçi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş; böyle bir işçinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde öngörüldüğü şekilde, üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olup olmadığını belirlemek için, Divan'ın Bozkurt, Günaydın ve Ertanır davalarındaki yorumlarına uygun olarak, Türk vatandaşının işe alındığı yer, ücretli faaliyetin görüldüğü veya yürütüldüğü ülke ve istihdam ve sosyal güvenlik hukuku bakımından uygulanan ulusal mevzuat dikkate alınarak yasal çalışma ilişkisinin o üye ülke topraklarında gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, dava konusu kişinin, üye ülke topraklarında bu ülke makamlarının teklif ettiği ve sosyal güvenlik hukuku bakımından bu üye ülke mevzuatının uygulandığı bir işte çalışmış olması dikkate alındığında, bu koşulu kesinlikle yerine getirmiş olduğunu belirtmiştir.

Divan, bununla birlikte, Alman Hükümeti'nin, Birden ile BSHG'nin 19. maddesine dayanılarak akdedilen iş sözleşmelerinin bir işveren nezdinde geçici olarak ücretli çalışma ile sınırlandırılmış olduğunu iddia ettiğini, ancak ilgili Türk işçisinin, Ocak 1992'den itibaren, Almanya'da sınırsız süreli bir çalışma iznine sahip olduğunu ifade etmiştir.

Divan, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi bölgelerine girişlerini ve burada ilk işe giriş şartlarını belirleme hususundaki yetkisini aşmadığını belirtmiştir. Divan, kural olarak, 1/80 sayılı Ortaklık

Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, üye ülkelere, bu madde koşullarını yerine getiren kişilerin haklarını tek taraflı olarak değiştirme veya şarta bağlama yetkisi vermediğini vurgulamıştır. Divan, bu durumda, Birden’e kamu makamları tarafından teklif edilen iş sözleşmesinin geçici nitelikte olmasının, söz konusu kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin şartlarını yerine getirmiş olması halinde bu maddeden kaynaklanan hakları kullanmasına herhangi bir engel oluşturmadığını ve buna bağlı olarak, üye ülkelerin, söz konusu kararın, bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarına mutlak ve kesin olarak doğrudan tanıdığı hakları, özellikle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin anlatım biçimi karşısında, şarta bağlama ya da sınırlandırma gibi bir yetkiye sahip olmadıklarını belirtmiştir.

Divan, Alman Hükümetinin ayrıca, Birden’in BSHG uyarınca gelir vergisine ve sosyal güvenlik primlerine tabi ücretli bir işte çalışması nedeniyle Alman çalışma hukuku bakımından işvereniyle arasında çalışma ilişkisi bulunmakla birlikte, söz konusu çalışmanın sosyal nitelikte, kamu yararı gözetilen, zorunlu sayılmayan bir hizmet görülmesi amacına yönelik olduğunu, kamu fonlarınca finanse edildiğini ve sayıca sınırlı bir grubun iş hayatına entegrasyonunu geliştirmeyi amaçladığını dikkate alarak, bu tür işlerde çalışanların, üye ülkenin genel iş gücü piyasasına dâhil olmadığını iddia ettiğini aktarmıştır. Divan, benzer şekilde, Komisyonun da, Birden’in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın 6(1). maddesi kapsamında üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olmadığını iddia ettiğini; zira 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde, “iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olma” ve “yasal çalışma” gibi iki ayrı şart öngörüldüğünü, ilk şartın yasal çalışmadan farklı bir anlam taşıdığını, aksi takdirde, “yasal çalışma” ifadesinin tekrarlanması anlamsız olduğunu, bu nedenle “iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olma” şartının iş piyasasında normal bir ekonomik faaliyete işaret ettiğini, suni olarak yaratılmış ve kamu fonlarıyla finanse edilen işleri kapsam dışı bıraktığını iddia ettiğini aktarmıştır.

Divan, dava konusu Türk vatandaşının, ulusal izinler çerçevesinde, aynı işveren nezdinde gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyet sürdürmeyi içeren bir iş sözleşmesi ile iki yıl süreyle yasal olarak çalıştığını, söz konusu ücretli çalışmanın özel bir amaç içermesinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde aranan

şartları yerine getiren bir Türk işçisini bu maddeden kaynaklanan haklardan yoksun bırakacak nitelikte geçerli bir sebep oluşturmayacağını belirtmiştir. Divan, 1 Ocak 1996'dan itibaren kendisine yeni bir iş sözleşmesi teklif edilen Birden'in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi uyarınca aynı işveren nezdinde çalışmaya devam etme hakkına sahip olması gerektiğini, üç yıllık çalışmadan sonra, söz konusu maddenin ikinci bendine göre aynı meslek kolunda olmak üzere işvereni değiştirme imkanına sahip olması gerektiğini, aksine bir yorumun, Birden'in, işsizleri iş gücü piyasasına kazandırmayı amaçlayan BSHG uyarınca işe alınmasının anlam ve amacıyla da çelişeceğini belirtmiştir.

Divan, üye ülke yasalarının koşullarını yerine getiren tüm işçilerin "üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı" sayılacağını, Alman Hükümetinin ve Komisyonun iddia ettiği şekilde, bu ifadenin sadece genel iş gücü piyasasını kapsadığı ve kamu fonlarınca finanse edilen sosyal amaçlı özel bir piyasayı kapsam dışı bıraktığı şeklinde bir yorum yapılamayacağını ifade etmiştir.

Sonuç olarak, Divan, Mehmet Birden'in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olduğunu kabul etmiştir.

Divan, çalışmanın yasallığı ifadesinin, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına sürekli ve kesin olarak dâhil olmayı ve bununla beraber tartışmasız bir ikamet hakkının da varlığını gerektirdiğine işaret etmiştir.

Divan, dava konusu Türk vatandaşının üye ülkedeki ikamet hakkının tartışma konusu yapılmadığını ve durumunun istikrarsızlık göstermediğini, söz konusu kişinin, Ocak 1992'de, 29 Haziran 1995'e kadar geçerli olan ve sınırsız süreli bir çalışma izni ile birlikte Almanya'da kalmak için ikamet izni aldığını ve 1 Ocak 1994'ten 31 Aralık 1995'e kadar, kesintisiz bir şekilde, aynı işveren nezdinde gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyette bulunduğunu, böylelikle bu dönemdeki yasal durumunun güvence altında olduğunu belirtmiştir. Divan, böyle bir işçinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesindeki koşulları sağlaması halinde bu madde kapsamında değerlendirilerek bu maddeden doğan haklarını kullanabilmesi gerektiğini, Birden'in, iş sözleşmesinin 31

Aralık 1995'te sona erdiği sırada, aynı işveren ile 1 Ocak 1996'da başlayan sınırsız süreli bir iş sözleşmesi imzaladığını, söz konusu Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde aranan şartları yerine getirdiğini ancak sözleşmenin yürürlüğe girememesinin tek nedeninin Birden'in üye ülkede ikamet izni alamaması olduğunu ifade etmiştir. Divan, Birden'in 1994 ve 1995 yıllarında imzaladığı her iki iş sözleşmesinin de sürelerinin sınırlı olmasının, kendisinin hak sahibi olmasını etkilemeyeceğini, sözleşmenin geçici nitelikte olmasının, kişinin çalışmasının yasal olup olmadığını belirleyen bir ölçüt olarak alınmasının, üye ülkelere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinde aranan şartları yerine getirmiş kişilere haklarını kullandırmama yetkisi verdiğini ve bunun haksız ve kabul edilmesi mümkün olmayan bir durum olduğunu belirtmiştir. Divan, benzer şekilde, Birden'e sadece belirli süreli bir ikamet izni verilmiş olmasının konuyla ilgili olmadığını kabul etmiştir. Divan, içtihatlarının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde aranan koşulları yerine getiren Türk işçilerinin, bu madde ile kendilerine tanınan haklardan, üye ülke makamları tarafından kendilerine çalışma ya da oturma izni gibi belli bir idari belge verilmiş olup olmadığı dikkate alınmaksızın yararlanabileceklerini ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Divan, ayrıca, bu davada olduğu gibi, işçiye bir Alman vatandaşı ile evlenmesi neticesinde çalışma ve ikamet izni verilmesinin bu açıklamayı etkilemeyeceğini belirtmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht der Freien Hanestadt Bremen tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, bir üye ülkede sınırsız süreli ve şartsız bir çalışma iznine dayanarak gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyeti yasal olarak aynı işveren nezdinde aralıksız bir yıldan fazla süreyle devam ettiren ve bu iş karşılığında ücret alan bir Türk vatandaşının, o üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olduğu ve söz konusu hüküm anlamında o ülkede yasal olarak çalışmış sayılacağı sonucuna ulaşmıştır. Divan, bu durumdaki bir Türk işçisinin, aynı işveren nezdinde işe devam etme şansına sahip olursa, yürüttüğü ekonomik faaliyetin ulusal mevzuat uyarınca sayıca sınırlı bir grubun iş piyasasına girişini kolaylaştırmak amacını içermesi ve kamu fonlarınca finanse edilmesi halinde bile ikamet izninin uzatılmasını talep etme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

3.3.14.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, Divan'ın bu kararı, bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde tanınan haklardan, kamu fonlarınca finanse edilen bir işte çalışması nedeniyle mahrum bırakılamayacağını belirtmesi açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, Divan, süregelen içtihatlarında, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi anlamındaki “yasal çalışma” ifadesini daha da netleştirmiş ve bu ifadeyi tanımlamak için esas aldığı kriterlerin ötesinde üye devletlerce ileri sürülen gerekçeleri kabul etmeyerek, üye devletlerin çeşitli sebepler ileri sürerek, sınırları içerisinde çalışmış olan Türk vatandaşlarını ilgili maddede tanınan haklardan mahrum bırakma ve “yasal çalışma” kavramının alanını mümkün olduğunca daraltma çabalarının önüne geçmiştir. Kanaatimizce, Birden kararı, Divan'ın, üye ülkelerin ulusal düzenlemelerinin, üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşları hakkında sınırlı olarak uygulanacağını belirtmesi açısından da olumlu bir karardır.

3.3.15 C-262/96 Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit²²¹

3.3.15.1 Dava Konusu

Sema Sürül ve eşi, yasal olarak Almanya'da ikamet etmekte olan Türk vatandaşlarıdır. Sema Sürül'ün eşi, 1987'de, öğrenim görmek amacıyla Almanya'ya giriş izni almıştır. Sema Sürül de 1991'de, aile birleştirmesi kapsamında eşinin yanına Almanya'ya gitmiştir. Hem Sema Sürül hem de eşi, kendilerine Almanya'da yaşama hakkı tanıyan ikamet izinleri almışlardır. Sema Sürül'ün eşi, öğrenim görürken aynı zamanda çalışma hakkı da elde etmiş ve belirli bir işveren nezdinde haftada en fazla on altı saat süreyle yardımcı olarak çalışmasına izin veren bir çalışma izni çerçevesinde çalışmıştır. Sürül, hastalık ya da yaşlılık sigortası primi ödememiş ancak işvereni tarafından iş kazalarına karşı sigortalanmıştır.

Diğer yandan, Sema Sürül'ün ücretli bir işte çalışmasına izin verilmemiştir. Sema Sürül, 14 Eylül 1992'de Almanya'da doğum yapmış ve Alman mevzuatı uyarınca üç yaşının altındaki çocuklar için verilmekte olan çocuk yetiştirme ödeneğine hak

²²¹ ECR 1999, P. I-02685.

kazanmıştır. Bundesanstalt für Arbeit, aile ödeneklerini sonradan Sema Sürül'e ödemiş ve Sema Sürül 1993'te, düşük gelirli kişilere ödenen ek ödenekleri de almıştır.

Bundesanstalt für Arbeit, bununla birlikte, 1 Ocak 1994'ten itibaren geçerli olmak üzere, bu aileye yapılan ödemelere, Sema Sürül'ün sürekli bir ikamet hakkı ya da bir ikamet izni belgesine sahip olmaması nedeniyle, Bundeskindergeldgesetz'de²²² belirtilen şartları yerine getirmediği gerekçesiyle son vermiştir. Bundesanstalt für Arbeit, aynı gerekçeyle, Mart 1994'te Sema Sürül'e yapılan ek aile ödeneklerine devam edilmesini de reddetmiştir.

Sema Sürül, bu kararlara karşı yaptığı idari itirazın reddedilmesi üzerine, Sozialgericht Aachen'de dava açmış, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasındaki Ankara Anlaşması uyarınca kendisine Alman vatandaşlarıyla aynı şekilde davranılması gerektiğini, böylelikle, kendisine ilgili üye ülkede verilen ikamet belgesinin türünün bir öneme sahip olmadığını iddia etmiştir.

Bu mahkeme, BKG'nin yürürlüğe girmesinden itibaren, Alman hukukunda, Sema Sürül'ün aile ödeneği²²³ almaya devam etmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığını belirtmiş ancak 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesi kapsamında aile yardımları bakımından Alman vatandaşlarıyla aynı koşullarda hak elde edip edemeyeceği konusuna açıklık getirilmesi için davayı Divan'a intikal ettirmiştir. Mahkeme, genel olarak, Divan'dan 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının doğrudan etkisi konusunu aydınlatması ve dava konusu kişinin bu Kararın 1(b) maddesiyle bağlantılı olarak Sürül'ün, aynı Kararın 2. maddesi kapsamında işçi sayılıp sayılamayacağı konusuna açıklık getirmesi talebinde bulunmuştur.

²²² Bundeskindergeldgesetz, (Çocuk Yetiştirme Ödeneği Yasası) bundan sonra kısaca "BKG" olarak anılacaktır. BKG kapsamında, 1975'ten itibaren, Almanya'da ikamet eden her aileye, her bir çocuk için ayrı ayrı ve çocukların sayısına göre artan tutarlarda çocuk yetiştirme ödeneği verilmektedir. Bu konuda bkz. SEYYAR Ali, "Federal Almanya'da Ailenin Sosyal Güvenliği", Çimento İşveren Dergisi, C. 14, S. 1, Ocak 2000, s. 13.

²²³ "Avrupa Birliği sosyal güvenlik hukuku düzenlemeleri kapsamında, aile yardımları ve aile ödenekleri, işsizlik yardımlarından farklı olarak, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda ailelere kendiliğinden sağlanmaktadır. Aile ödenekleri, aile bireylerinin sayısına ve yaşlarına göre ailenin giderlerini karşılamaya yönelik periyodik olarak yapılan her nevi sağlık ve parasal ödentilerdir". Bu konuda bkz. SADRULEŞRAFİ, 691.

3.3.15.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Taflan-Met kararında da belirttiği gibi, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan Ankara Anlaşmasının bağlayıcı etkisinin bir sonucu olarak, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının kabul edildiği tarihte yürürlüğe girdiğini ve bu tarihten itibaren akit tarafların bu kararla bağlanmış olduklarını belirtmiştir. Divan, Konseyin, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanması için gerekli olan herhangi bir ek düzenleme kabul etmediğini, söz konusu Kararın 12. ve 13. maddelerinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olmadığını ve bu nedenle bireylere ulusal mahkemeler önünde bu düzenlemelere dayanma hakkı tanımadığını, bu ek düzenlemeler kabul edilinceye kadar, davacıların iddialarını dayandırdıkları 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının düzenleyici kurallarına üye ülkelerin mahkemeleri nezdinde itimat edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Buna karşılık, Divan, söz konusu davanın, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının üçüncü başlığında yer alan düzenleyici kurallara ilişkin olmadığını, Sema Sürül'ün, iddiasını, sadece, bu Kararın 3(1). maddesinde belirtilen vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağına dayandığını belirtmiştir.

Divan, ayrıca, Komisyon tarafından sunulan 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasına ilişkin düzenleme tasarısının, söz konusu Kararın 3(1). maddesinin uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini ve 1408/71 sayılı Tüzük ile kelimesi kelimesine aynı olduğunu ve aynı şekilde, söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini ifade etmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 12. ve 13. maddelerinin doğrudan etkiye sahip olmadığını ve uygulanmasında ilave bir düzenlemeye ihtiyacı olan diğer bütün hükümler hakkında da benzer şekilde yorum yapılması gerektiğini belirtmiş, bununla birlikte, bu muhakemenin, söz konusu Kararın 3(1). maddesinde yer alan sosyal güvenlik alanında eşit muamele yapma prensibine sirayet ettirilemeyeceğini belirtmiştir.

Divan, esas yargılamada, davacının, ev sahibi üye ülke mevzuatı ile 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde düzenlenen vatandaşlığa dayalı ayrım

yapmama prensibinin birlikte uygulanmasına ilişkin bir talebi olduğunu, bu talebin Konseyin henüz kabul etmediği 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasına ilişkin düzenleyici hükümler olmadan da incelenebileceğini, bu nedenle, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olabilmesi için gereken şartları karşılayıp karşılamadığının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Divan, Topluluk ile üye olmayan ülkeler arasında yapılan anlaşmadaki bir hükmün, anlatım biçimi, amacı ve özellikleri dikkate alındığında, uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir ikinci düzenlemeye gerek olmaksızın, açık ve kesin yükümlülükler içermekten, doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiğini tekrarlayarak Sevince davasında varmış olduğu sonuca atıfta bulunmuştur.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin bu kriterleri karşılayıp karşılamadığının belirlenmesinde öncelikle söz konusu düzenlemenin şartlarının incelenmesi gerektiğini, bu düzenlemenin, açık, kesin ve mutlak olarak, kapsamı dâhilinde olan ve herhangi bir üye ülkenin sınırları içerisinde ikamet eden kişilere karşı vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmasını yasakladığını belirtmiştir.

Divan, Komisyonun görüşüne katılarak, eşit muamele kuralının sonuç olarak kesin bir yükümlülük getirdiğini ve doğası gereği bir birey tarafından mahkeme önünde ileri sürülebileceğini ve bu hususta bir başka düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığını ifade etmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, özellikle sosyal güvenlik alanında, AT Antlaşmasının 12. maddesi (eski madde 6) ile Ankara Antlaşmasının 9. maddesinde belirtilen vatandaşlığa dayalı ayırım yapmama genel kuralının uygulanması ve bu ifadenin somutlaştırılması amacıyla düzenlendiğini belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan “Bu Kararın özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla” ifadesinin, yukarıda sözü edilen açıklamayı geçersiz kılmadığını, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan eşit muamele prensibine herhangi bir istisna ya da kısıtlama

getirmediğini, söz konusu düzenlemenin yer aldığı Anlaşmanın amacı ve özellikleri göz önüne alındığında, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan ayırım yapmama prensibinin bireylerin durumuna doğrudan kaynaklık etmeye muktedir olduğunu ifade etmiştir.

Divan, Ortaklık Konseyi'nin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını kabul etmekteki amacının, Topluluktaki göçmen işçilere yapılacak olan sosyal güvenlik yardımı ödemelerini güvence altına almak olduğunu ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının bir ulusal mahkeme tarafından uygulanacak nitelikte kesin ve mutlak bir prensip tesis ettiğini ve bu nedenle bireylerin hukuki durumlarına kaynaklık ettiğini belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 1(b) maddesinde yer alan “işçi” tanımının, 1408/71 sayılı Tüzüğün 1(a) maddesinde yer alan tanım gibi geniş anlamda yapıldığını, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 1(a) maddesinde yer alan “aile bireyi” ifadesinin, 1408/71 sayılı Tüzüğün 1(f) maddesindeki tanımla aynı anlamda olduğunu, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, bu Kararın kimler hakkında uygulanacağını içeren 2. maddesinde yer alan tanımların, aynı tanımların yer aldığı 1408/71 sayılı Tüzüğün 2(1). maddesinden esinlendiğini belirtmiştir.

Divan, benzer içtihatlarında da, bir ya da birden fazla ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olan bir kişinin, mesleki veya ticari bir faaliyeti sürdürüp sürdürmediği dikkate alınmaksızın, 1408/71 sayılı Tüzük bakımından işçi olarak tanımlandığını ifade ettikten sonra Martinez Sala²²⁴ kararında da belirttiği gibi, zorunlu ya da isteğe bağlı olsun, tek risk kolunda bile sigortalı olan bir kişinin işçi statüsüne sahip olduğunu belirtmiştir.

Divan, Alman yetkili makamlarının Sema Sürül'e 1408/71 sayılı Tüzüğün ekinde yer alan şartlar dikkate alınmaksızın aile ödeneği verdiğini ve bu ödemeyi, 1 Ocak 1994'te yürürlüğe giren ve bu gibi yardımların Almanya'da ikamet eden yabancılara yapılmasını mümkün kılan yeni ulusal mevzuatın yürürlüğe girmesine kadar sona erdirmediğini, Sema Sürül'ün tek bir sigorta riskine karşı sigortalı olsa bile, işçi

²²⁴ C-85/96, ECR 1998, P. I-02691.

sayılması gerektiğini, Sema Sürül'ün bu koşulu kendi adına sağlayamaması durumunda, ulusal mahkemenin Sema Sürül'ün eşinin işçi olup olmadığını belirlemesi gerektiğini ve Sema Sürül'ün eşinin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında olması halinde Sema Sürül'ün de aile bireyi olarak bu kapsamda değerlendirileceğini, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan prensibin, bu Karar kapsamında vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığı yasakladığını, bu Karar kapsamındaki bir Türk vatandaşına, ev sahibi üye ülke vatandaşlarıyla aynı şekilde davranılması gerektiğini, söz konusu üye ülke mevzuatının bir Türk vatandaşına kendi vatandaşlarından daha ağır şartlar empoze edemeyeceğini belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında olan bir Türk vatandaşının, ödenek gibi yardımlardan faydalanabilmesi için belirli tipte bir ikamet belgesinin bulunmasının üye devletçe şart koşulmasının ancak üye devlet vatandaşları için bu tarz bir belge gerekmemesinin, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesi uyarınca ayrımcılık teşkil ettiğini ve böyle bir ayrımcılığın 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararına aykırı olduğunu belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesi anlamında, bir üye ülkenin, bu üye ülke vatandaşlarının aynı imkandan yararlanabilmeleri için sadece orada ikamet etmeleri yeterli iken, bu Karar kapsamında olan ve kendi sınırları içerisinde ikamet etme izni olan ancak bu üye ülkede amacı belirli ve süresi sınırlı bir ikamet iznine sahip olan bir Türk vatandaşının, kendisi ile birlikte o üye ülkede ikamet eden çocuğu için aile ödeneği alabilmesi için, bu kişinin sınırsız süreli bir ikamet iznine sahip olmasını şart koşamayacağını vurgulamış ve bu davanın, Divan'ın 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesini yorumladığı ilk karar olduğunu belirtmiştir.

Özetle, Divan, Sozialgericht Aachen tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesini yorumlamış; bir üye devletin, bu Karar kapsamında olup topraklarında ikamet etmesine izin verdiği ancak sadece belli bir amaç ve sınırlı bir süre için koşullu bir ikamet statüsüne sahip olan bir Türk vatandaşının, ilgili üye ülkede kendisiyle birlikte ikamet eden çocuğundan dolayı aile yardımı alabilmesi için –bu ödeneye hak kazanma hususunda kendi vatandaşlarından sadece ikamet koşulunu talep ederken- söz

konusu Türk vatandaşından ayrıca ulusal mevzuatının yabancılar için öngördüğü türde bir ikamet izin belgesine de sahip olmasını isteyemeyeceği sonucuna varmıştır.

3.3.15.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Sürül Kararı, Divan'ın 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesini yorumladığı ilk Karar olması açısından önemlidir. Böylelikle, her ne kadar 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasına ilişkin ikincil bir düzenleme bulunmasa da, ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemenin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu belirtilmiş ve Divan, eşit muamele kuralının sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında değil, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında da doğrudan etkiye sahip olduğunu teyit etmiştir. Bu karara kadar, bir Avrupa Birliği üyesi ülkede yaşayan Türk vatandaşlarına, ulusal kimliğinden kaynaklanan nedenlerle sosyal güvenlik hukuku alanında ayrımcılık yapılmaması veya vatandaşlarımıza bu alanda Avrupa Birliği vatandaşlarıyla eşit davranılması ilkesi hep kâğıt üzerinde kalmıştır. Bu hüküm sayesinde, ilk kez Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşları, sosyal haklardan yararlanma konusunda Avrupa Birliği vatandaşları ile eşit konuma gelmişlerdir²²⁵. Kanaatimizce olumlu bir karar olan Sürül kararı ile, Türk vatandaşları için ortaklık hukukundan doğan sosyal haklar hayata geçirilmiş oldu. Bu karar sayesinde, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının sosyal güvenlik alanında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesini içeren maddesinin, vatandaşlarımız tarafından ulusal mahkemeler nezdinde doğrudan iddia edilebilecek bir hak öngördüğü teyit edilmiştir.

²²⁵ EREN T. Mesut, Türk İşçilerinin Serbest Dolaşım Hakkı Engellenebilir mi?, s. 9, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/Tur_k_is_cileri_tum_metin.pdf (15.08.2006).

3.3.16 C-340/97 Ömer Nazlı, Caglar Nazlı and Melike Nazlı v Stadt Nürnberg²²⁶

3.3.16.1 Dava Konusu

1956 doğumlu Türk vatandaşı Ömer Nazlı, 1978’de Almanya’ya giriş izni almış ve yasal çalışma ve oturma izinleri çerçevesinde aynı işveren nezdinde 1979’dan 24 Haziran 1989’a kadar sürekli ve ücretli olarak çalışmıştır.

Ömer Nazlı, 31 Mayıs 1989’da, sınırsız süreli ve şarta bağlı olmayan bir çalışma izni almıştır. Ömer Nazlı’nın ilk iş ilişkisi 1989’da sona ermiş ancak Nazlı, çeşitli işverenler nezdinde tekrar iş bulmuştur. Nazlı’nın ismi, 1992’de, Almanya’da bir uyuşturucu ticareti davasına karışmıştır. Nazlı, 11 Aralık 1992-21 Ocak 1994 tarihleri arasında, söz konusu dava sonuçlanıncaya kadar tutuklu kalmıştır.

Landgericht Hamburg (Regional Court, Hamburg), 20 Nisan 1994 tarihli kararıyla, Nazlı hakkında, kendisinin 1500 gr eroin alım-satımına suç ortaklığı yapmış olması nedeniyle yirmi bir aylık hapis cezasına hükmetmiştir.

Bu mahkeme, Nazlı’nın cezasını, pişmanlık duyduğuna ve bir daha bu tür bir suç işlemeyeceğine kanaat getirerek, ertelemiştir. Bunun üzerine, Nazlı, sosyal hayata kolaylıkla uyum sağlamış ve serbest bırakıldıktan hemen sonra yeniden iş bulmuştur. Nazlı’ya 1991 yılında verilen son ikamet izninin süresi 31 Aralık 1994’te sona ermiştir.

Nazlı’nın 10 Kasım 1994’te yapmış olduğu ikamet izninin uzatılması talebi, yabancıların denetiminden sorumlu olan Stadt Nürnberg tarafından 6 Ekim 1995’te reddedilmiş ve bu daire eş zamanlı olarak Nazlı’nın sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Bu karar, Nazlı’nın aleyhine idari itirazda bulunduğu yetkili makam tarafından 21 Kasım 1996’da onanmıştır.

Nazlı’nın sınır dışı edilmesine ilişkin karar, Alman Yabancılar Yasası’nın Alman Narkotik Yasası’nda belirlenen suçları işleyen yabancıların sınır dışı edilmesini öngören 47(2)(2). maddesine dayanılarak kabul edilmiştir.

²²⁶ ECR 2000, P. I-00957.

Nazlı, idari itirazının reddedilmesinin ardından, Türkiye-Avrupa Birliği ortaklık hukuku kapsamında oturma iznini yenileme hakkına sahip olduğunu ve bu nedenle kendisine diğer üçüncü ülke vatandaşlarına uygulanan ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağını iddia ederek Bavyera Eyaleti İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Söz konusu mahkeme, davayı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. ve 14. maddeleriyle ilgili olması nedeniyle Divan'a intikal ettirerek, Ömer Nazlı'nın tutukluluk nedeniyle bir yılı aşkın bir süre iş gücü piyasası dışında kaldığı zaman içerisinde yasal olarak iş gücü piyasasına kayıtlı sayılıp sayılmadığını, bir başka deyişle, söz konusu kesintinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca kazandığı hakkı yitirmesine yol açıp açmayacağını; adı geçen sadece bu tür bir suçu yeniden işleyebileceği öngörüsüyle bir kamu güvenliği tedbiri mahiyetinde sınır dışı edilip edilemeyeceğini açıklığa kavuşturmasını talep etmiştir.

3.3.16.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Nazlı'nın bir üye ülkede yasal olarak neredeyse on yıl kesintisiz olarak çalıştığını ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca bu üye ülkede dilediği bütün işlere serbestçe girme hakkına sahip olduğunu, Nazlı'nın yasal olarak çalıştıktan sonra, iş gücü piyasası ile ilişkisinin iradesi dışında geçici olarak kesildiğini ve serbest bırakıldıktan hemen sonra yeni bir iş bulduğunu, ulusal mahkemenin, Ömer Nazlı'nın tutukluluk süresi boyunca, çalışmaması veya çalışmaya elverişli olmaması nedeniyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı kabul edilip edilemeyeceği hakkında şüpheleri olduğunu belirtmiştir.

Divan, ilk olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin açık ifadesinden anlaşılabacağı üzere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra aynı işveren nezdinde çalışma iznini yenileme hakkını düzenleyen birinci fıkrası ile üye devletteki üç yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bir işveren nezdinde ancak aynı meslek için o üye devlette yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkını düzenleyen ikinci fıkrasından farklı olarak, Kararın üçüncü fıkrasının, Türk işçilerine sadece yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkını değil ayrıca mutlak olarak iş arama ve serbestçe seçeceği bir işte çalışma hakkı da tanıdığını belirtmiştir.

Divan, bir üye devlette dört yıllık yasal çalışmadan sonra, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı tanıyan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinin, bireysel ve doğrudan bir çalışma hakkı öngörmesinin yanında, tam anlamıyla bir etkiye sahip olabilmesi için, Topluluk hukukundan da kaynaklanan ve bu hakla bağlantılı bir hak olan ikamet hakkını da tanıdığını ifade etmiştir.

Divan, Topluluk hukukunda da yaygın olarak kabul edildiği gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi bölgelerine girişlerini ve buradaki ilk çalışmalarını reddetme yetkilerini ortadan kaldırmadığını, ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, bir üye ülkenin, Türk işçilerinin ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına tedricen entegre olmaları sistemini tek taraflı olarak değiştirmesine izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağını, böylelikle, söz konusu ülkenin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında açıkça tanınan hakların uygulanmasını engellemeye yönelik olarak, ikamet hakkına ilişkin herhangi bir sınırlama getirme yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir.

Divan, ulusal mahkemenin gerekçesini göze alarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde düzenlenen iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olma kavramının, söz konusu düzenlemede ve üye ülke mevzuatında öngörülen şartları yerine getiren tüm işçiler hakkında uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, Ömer Nazlı durumundaki bir Türk vatandaşının, bu gereklilikleri yerine getirdiğinin şüphesiz olduğunu ancak bugüne kadar Nazlı'nın üye ülke topraklarına yasal olarak girdiğinin ve burada aralıksız olarak dört yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığının tartışma konusu yapılmadığını, somut olayda söz konusu şartların yerine getirilmiş olması nedeniyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ilgili düzenlemesinde tanınan hakların kullanılmasının başka şartların gerçekleşmesine bağlı olmadığını belirtmiştir. Divan, söz konusu düzenlemenin, sadece ücretli bir işte çalışmayı kapsamadığını, bundan başka, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş bir Türk işçisine, serbestçe seçeceği bir başka işte çalışmak için işini bırakma hakkını da içeren mutlak bir hak tanıdığını, bu nedenle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi anlamında, bir Türk işçisinin dilediği

bütün işlere serbestçe girme hakkının reddedilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Divan, bunun yanı sıra, bir Türk işçisinin bir üye ülkenin iş gücü piyasasına herhangi bir devamsızlığının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında kazanmış olduğu hakları kendiliğinden kaybetmesine neden olmadığını belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin emeklilik yaşına ulaşmış olması ya da geçirdiği bir iş kazası neticesinde sağlık durumunun çalışmaya devam etmesini tamamen ve daimi şekilde engelleyecek hale gelmesi durumunda, ev sahibi üye ülkede kalma hakkı bulunmadığının doğru olduğunu ve böylelikle ilgili kişi tarafından iddia edilecek bir ikamet hakkının, gelecekteki bir çalışmayla herhangi bir bağlantısının kalmadığını ifade etmiştir.

Bununla birlikte, Divan, mahkemenin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin, sadece fiilen çalışmakta olan Türk işçilerinin değil, geçici iş göremez durumda olan Türk işçilerinin durumlarına da ilişkin olduğunu belirtmiş, bu nedenle, ikamet hakkının, iş gücü piyasasına dâhil olmanın doğal bir sonucu olduğu dikkate alındığında, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde tanınan hakların, sadece işçinin etkin olmayan durumu süreklilik kazandığında kaybedileceğini ifade etmiştir.

Divan, Ömer Nazlı gibi, tutukluluk nedeniyle fiilen çalışmasına geçici bir süre ara veren ve serbest bırakıldıktan makul bir süre sonra yeni bir iş bulan bir Türk işçisinin bu durumunun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü paragrafında kendisine doğrudan tanınan hakları yitirmesine neden olmayacağını, buna bağlı olarak, ev sahibi üye ülke yetkili makamlarının, Ömer Nazlı gibi dört yıldan fazla süreyle kesintisiz ve yasal olarak çalışmış ve tutuklu olduğu süre içerisinde söz konusu üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunma şartını gerçekleştirilememiş bir Türk işçisinin ikamet hakkını reddedemeyeceğini ifade etmiştir.

Divan, ilgili kişinin, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmayı kesin olarak sonlandırması veya geçici bir süre için çalışmaya ara verdikten

sonra makul bir süre içerisinde yeni bir işe başlamaması ya da başlayamaması durumları hariç olmak üzere, ulusal makamların, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş Türk işçilerine doğrudan tanıdığı hakları sınırlama imkânı bulunmadığını belirtmiştir.

Sonuç olarak, Divan, Ömer Nazlı gibi, ev sahibi üye ülkenin yasal iş gücü piyasasını kesin olarak bırakmayan ve tutuklu kaldığı on üç ay boyunca ücretli bir işte çalışması da mümkün olmayan bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendine göre, kendisine doğrudan tanınan çalışma ve ikamet haklarını yitirmeyeceğini belirtmiş ve bu itibarla, ceza mahkemesince tutukluluğuna hükmedilen Nazlı'nın bu durumunun, sonradan söz konusu mahkemece ertelenmiş olduğunun dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, ayrıca, bir cezanın tecil edilmesinin kişiyi topluma yeniden kazandırma amacını taşıdığını, dolayısıyla cezası tecil edilen bir Türk işçisini sınır dışı etmenin bu amaçla çelişkili olduğunu belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinde serbest dolaşım hakkının istisnalarından biri olarak yer alan “kamu güvenliği” ifadesinin uygulama alanını belirlerken, Topluluk üye ülke vatandaşlarının serbest dolaşımına uygulanan kriterlerin dikkate alınması gerektiğini, zira; 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinin AT Antlaşmasının 39(3). (eski madde 48/3) maddesi ile hemen hemen özdeş olduğunu, Topluluk hukuku çerçevesinde, AT Antlaşmasının 39(3). (eski madde 48/3) maddesi anlamında, “kamu güvenliği” kavramının, hukuku herhangi bir şekilde ihlal ederek sosyal düzende gerginlik yaratma ve sosyal menfaatlere etkili ve gerçek bir ciddi tehlike tehdidinde bulunma anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Son olarak, Divan, Türkiye-Avrupa Birliği hukukunun işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili tüm hükümlerinin (Ankara Anlaşmasının 12. maddesi, Katma Protokolün 36. maddesi, 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarının ilgili hükümleri) Topluluk Antlaşması prensiplerinden esinlenerek düzenlendiğini, bu çerçevede 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinin de AT

Antlaşmasının 39(3). (eski madde 48/3) maddesine paralel bir hüküm içerdiğini belirtmiş, sınır dışı edilme konusunda üçüncü ülke vatandaşlarına Topluluk vatandaşlarından farklı uygulama yapılmasının, ancak bu şahısların bulundukları toplumun kamu düzeni için mevcut durum itibarıyla gerçek bir tehdit oluşturmaları durumunda söz konusu olabileceğini, üye ülke vatandaşlarının, sadece diğer yabancılar üzerinde caydırıcı etki yapması amacıyla sınır dışı edilmelerinin söz konusu olmadığını, bu nedenle aynı konumdaki bir yabancı için de aynı ölçütün esas alınması gerektiğini ve üye ülke vatandaşlarına uygulanan serbest dolaşım prensiplerinin Türk vatandaşları için de uygulanması gerektiğini, bu nedenlerle Ömer Nazlı'nın sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Bayerisches Verwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, bir üye ülkenin yasal iş gücü piyasasında kesintisiz olarak dört yılı aşkın bir süreyle çalışmış olan, ardından karıştığı bir suç nedeniyle yargılanma safhası boyunca bir yıldan fazla bir süreyle hapse mahkûm olan ve neticede tümüyle tecil edilen bir cezaya çarptırılan bir Türk vatandaşının, serbest bırakılmasını izleyen makul bir süre içerisinde tekrar iş bulması halinde, tutukluluk süresi içerisinde iş gücü piyasası dışında kalmış olduğu gerekçe gösterilerek o üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş kişi statüsünün iptal edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Divan, bu kişinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendine dayanarak herhangi bir ücretli işe serbestçe girme hakkını kullanmaya devam etmek üzere ikamet izninin uzatılmasını talep edebileceğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinin, doğrudan doğruya bu Karardan kaynaklanan bir hakka sahip bir Türk işçisinin, bir suçtan mahkum edilmesini takiben ev sahibi üye ülkede kamu düzeni gereklerine halel getirebilecek diğer ciddi suçları işleyip işlemeyeceği yönünde kanaat oluşturabilecek kişisel tutum ve davranışları dikkate alınmadan, sırf diğer yabancılar için caydırıcı bir örnek oluşturmak amacıyla sınır dışı edilmesini yasaklayıcı nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

3.3.16.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, Divan, bu içtihadı ile, üye ülkelerin Türkiye-Avrupa Topluluğu ortaklık hukukunu unutarak, sırf diğer Türk vatandaşlarına gözdağı vermek amacıyla ve vatandaşlarımızın kişisel tavır ve davranışlarını dikkate almaksızın, Türk vatandaşlarını sınır dışı edebilmek için vatandaşlarımız hakkında bu kez de üçüncü ülke vatandaşlarına ilişkin ulusal mevzuatlarını uygulamaya yönelik teşebbüslerinin önüne geçmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Kanaatimizce, bu karardan çıkan en önemli sonuç ise, üye ülke vatandaşları için uygulanan sınır dışı etme kriterleri ne ise, aynı kriterlerin üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımız hakkında da uygulanacağıdır. Böylelikle, sınır dışı etme alanında dahi üye ülkelere sınırlama getirilmiş, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmaması bu alanda da kesinleşmiştir. Yani, bu hususta, çalışmamızın ilgili bölümünde ayrıntılı olarak incelemiş olduğumuz 64/221 sayılı Direktif dikkate alınacaktır. Karışmış olduğu suç nedeniyle vatandaşımız hakkında zaten bir cezaya hükmedilmiştir. Ancak, vatandaşımızın iş gücü piyasasına yeniden dahil olmasını desteklemek yerine, hakkında sınır dışı edilmesi gibi bir sonuç kabul edilebilir nitelikte değildir. Bu nedenle, Nazlı kararı, diğer üye devletlerin bu gibi durumlarda vatandaşlarımızı sınır dışı etme işlemlerini de engelleyici niteliktedir. 1/80 sayılı Kararla 1980 yılında tanınan bu hak, aradan tam yirmi yıl geçtikten sonra geç de olsa Nazlı kararıyla teyit edilmiştir. Bu karar sayesinde, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımız, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde yer alan sebeplerle sınır dışı edilmeleri gündeme geldiğinde, ulusal makamlardan, kendileri hakkında üye devlet vatandaşları ile eşit işlem yapılmasını talep edebileceklerdir.

**3.3.17 C-102/98 Ibrahim Kocak v Landesversicherungsanstalt
Oberfranken und Mittelfranken and C-211/98 Ramazan Örs v
Bundesknapenschaft²²⁷**

3.3.17.1 Dava Konusu

3.3.17.1.1 C-102/98 Sayılı Karar

Türk vatandaşı İbrahim Koçak, Nisan 1962'den Aralık 1996'ya kadar Almanya'da madencilik endüstrisinde çalışmıştır. Koçak, 1970'ten, erken emekliliğe ayrıldığı 1 Ekim 1986'ya kadar sürekli olarak üye ülkede yaşamış ve burada üretim işçisi olarak çalışmıştır. Koçak, erken emeklilik ödemelerinin sona erdiği 1 Ekim 1991'den itibaren sosyal yardım almaya başlamıştır.

Koçak'ın doğum tarihi, kendisine 1970 ve 1980 yıllarında gönderilen sosyal güvenlik numaralarında, 20 Ekim 1933 olarak belirtilmiştir. Düzce Hukuk Mahkemesi tarafından 3 Aralık 1985'te verilen kararlar, Koçak'ın doğum tarihi Türkiye nüfus kayıtlarında 1926 olarak değiştirilmiştir. Landesversicherungsanstalt Schleswig-Holstein, 14 Ağustos 1986'da, Koçak'a, doğum tarihinin düzeltilmiş haliyle yer aldığı yeni bir sigorta numarası çıkarmıştır.

Koçak, Ağustos 1991'de, altmış beş yaşına ulaştığını gerekçe göstererek, kendisine emekli aylığı bağlanmasına ilişkin karar verilmesi istemiyle Landesversicherungsanstalt²²⁸ başvuruda bulunmuştur. LVA, 17 Şubat 1992 tarihli kararıyla, Türkiye nüfus kayıtlarında mahkeme kararıyla düzeltilen Koçak'ın doğum tarihinin, Almanya'da kabul edilemeyeceğini ve 20 Ekim 1933 tarihinin sadece, Almanya'daki emeklilik aylığının hesabında dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Böylece, LVA, Koçak'a, doğum tarihini 1933 olarak kabul ederek yeni bir sigorta numarası vermiştir. LVA, 1 Aralık 1993 tarihli kararlar, Koçak'ın emeklilik aylığı almak için yaptığı başvuruyu, Koçak'ın doğum tarihinin 1933 olması ve ancak 1998 Ekim ayında altmış beş yaşına ulaşacağını gerekçe göstererek reddetmiştir.

²²⁷ ECR 2000, P. I-01287.

²²⁸ Landesversicherungsanstalt, (Bölgesel Sigorta Kurumu), bundan sonra kısaca "LVA" olarak anılacaktır.

LVA, 19 Ocak 1994 tarihli kararıyla, Koçak tarafından yukarıdaki iki karara karşı yapılan itirazı da, özellikle Koçak'ın 1933 yılında doğduğunun kanıtlanmadığını belirtmiş ve Koçak'ın doğum tarihinin 1926 olduğuna ilişkin mahkeme kararının bir sağlık raporuna dayandığını gerekçe göstererek reddetmiştir.

Landessozialgericht Schleswig-Holstein, Koçak'ın başvurusunu kabul eden Sozialgericht Itzenhoe'nin kararını iptal etmiş, bunun üzerine Koçak, Bundessozialgericht'e temyiz başvurusunda bulunarak, Alman Sosyal Kanunu'nun sosyal güvenlik kurumlarına beyan usulleri ve yaş düzeltmelerine ilişkin Cilt I "33a" maddesi hükümlerinin, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki ortaklık hukukundaki muamele eşitliğine aykırı unsurlar içerip içermediği konusuna açıklık getirilmesini istemiştir. Bundessozialgericht'in 13. Dairesi, davanın ortaklık hukuku ile ilişkisi bulunması nedeniyle Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.17.1.2 C-211/98 Sayılı Karar

Türk vatandaşı Ramazan Örs, 1972'den beri Almanya'da yaşamış ve Bundesknappschaft emeklilik sistemine tabi olmuştur. Örs, sisteme üye olduğu zaman, 1 Mayıs 1950'de doğduğunu bildirmiş ve buna bağlı olarak Bundesknappschaft kendisine doğum tarihini de içeren bir sosyal güvenlik numarası vermiştir.

Balıkesir Mahkemesi'nin 9 Kasım 1992 tarihli kararının ardından, Örs'ün doğum tarihi, Türkiye nüfus kayıtlarında 1 Mayıs 1946 olarak düzeltilmiştir. Söz konusu karar, başvuru sahibinin tasdikli deliline ve Örs'ün sağ kolundan alınan deri dokusu incelemesine dayandırılmıştır.

Bundesknappschaft, 14 Haziran 1993 tarihli kararıyla, Örs'ün doğum tarihinin değiştirilmesi ve doğum tarihinin sosyal güvenlik numarasında da değiştirilmiş haliyle yer almasına ilişkin yapmış olduğu başvuruyu reddetmiştir. Bundesknappschaft, 14 Eylül 1993'te, Örs'ün bu kararın bozulmasına ilişkin yaptığı itirazı da reddetmiştir.

Ramazan Örs'ün, Sozialgericht Gelsenkirchen nezdinde söz konusu kararlara karşı açtığı davalar ve Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen nezdinde yaptığı temyiz başvurusu reddedilmiş, bunun üzerine Örs, Bundessozialgericht'e başvuruda

bulunmuştur. Örs, itirazında, ilk olarak, sosyal güvenlik numaralarının, sadece kişiyi teşhis etmeye hizmet etmediğini, bunun yanı sıra ilgili kişinin çalışma hayatının süresi hakkında kesin öneme sahip olduğunu iddia etmiş, bu nedenle, Türk mahkemesince verilen kararın, daha önce üzerinde hukuki bir karar alınmış bir konu (*res judicata*) olarak nitelendirilmesi ve Bundesknappschaft'ı bağlaması gerektiğini iddia etmiştir. Örs, ayrıca, hastalık fonunun, değiştirilmiş doğum tarihini esas alarak kendisini sisteme kaydettiğini de belirtmiştir.

Bundessozialgericht 8. Dairesi, inceleme sonucunda, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme başkanının talimatıyla, iki dava, 2 Aralık 1988'de, konularının benzer olması nedeniyle sözlü muhakeme yapılması amacıyla birleştirilmiştir.

3.3.17.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Koçak ve Örs davalarının Divan'a intikal ettirilmesinde Divan'ın Dafeki²²⁹ kararının emsal alındığını, Almanya'da çalışan bir Yunan işçisinin Yunanistan'da yapılan yaş düzeltmesine dair belgesinin Alman makamlarınca kabul edilmemesi üzerine Divan'a intikal eden bu davada, Divan'ın, bir üye ülkenin yetkili sosyal güvenlik kurumlarının veya mahkemelerinin, Topluluk vatandaşı bir göçmen işçinin sosyal güvenlik ödeneklerine hak kazanıp kazanmadığı belirlenirken, söz konusu kişinin nüfus kayıtlarında, memleketi olan devletin yetkili makamları tarafından yapılan düzeltmeyi, bunu geçersiz kılacak somut bir kanıt olmadıkça, kabul etmeleri gerektiğini hükme bağladığını belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, söz konusu Kararın uygulama alanı bulduğu yerlerde, bir ulusal mahkeme tarafından uygulanabilir nitelikte kesin ve mutlak bir kural tesis ettiğini ve bu nedenle bireylerin yasal statülerine kaynaklık ettiğini belirtmiştir. Divan, adı geçen Kararın doğrudan etkisinin sonucu olarak, bireylerin, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulandığı üye ülke mahkemeleri önünde, bu Karara dayanma hakkına sahip olduklarını ifade etmiş ve bu düzenlemeye göre, üye ülkelerden birinde ikamet eden ve haklarında 3/80 sayılı

²²⁹ C-336/94, ECR 1997, P. I-06761.

Ortaklık Konseyi Kararı hükümlerinin uygulandığı Türk vatandaşlarının, ikamet ettikleri üye ülkede, o üye ülke vatandaşları ile eşit olarak aynı sosyal güvenlik haklarından faydalanabileceklerini belirtmiştir. Divan, Ankara Anlaşmasının 9. maddesinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağının, özellikle sosyal güvenlik açısından, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında somut olarak ifade edildiğini belirtmiş, bu durumda, ulusal mahkemenin açıkça atıfta bulunduğu ilgili düzenlemenin, Koçak ve Örs hakkında da uygulanabilir nitelikte olduğunu, bu kişilerin özellikle sosyal güvenliğe ilişkin olarak, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağına dayanma hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir.

Divan, aynı kuralın, Türk vatandaşlarına çalışma koşulları ve ücret açısından vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmasını yasaklayan Katma Protokolün 37. ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde yer alan düzenlemeler hakkında da uygulanacağını belirtmiştir.

Divan, eşit işlem ilkesinin, sadece açıkça yapılan vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı değil, diğer tüm ayrımcı muamele türlerini de kapsadığını ifade etmiştir.

Divan, esas yargılamadaki mevzuatın, ilgili işçilerin vatandaşlıklarına bakılmaksızın uygulama alanı bulduğunu, ancak, Almanya'nın, Dafeki kararının akabinde, diğer göçmen işçilerin de Dafeki benzeri hak iddialarını engellemek amacıyla, Sosyal Kanun'un "33a" maddesinde 1 Ocak 1998'de yürürlüğe giren bir değişiklik yaptığını ve Alman vatandaşları için de yaş düzeltmelerinin geçerlilik koşullarını sınırlandığını, bu şekilde, Almanya'nın göçmen işçilere kendi vatandaşlarıyla eşit muamele yaptığına ilişkin yasal zemini hazırladığını ve bu değişiklik dikkate alındığında, Koçak ve Örs kararları ile Dafeki kararı arasında emsal ilişkisi kalmadığını, sosyal güvenlik ödenekleri bağlanması çerçevesinde uygulanan hükümlerin Türk vatandaşlarına da uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Özetle, Divan, Bundessozialgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, bir üye ülkenin, emekli aylığının bağlanması ve bu nedenle kişiye tahsis

edilen sosyal güvenlik numarasının belirlenmesi amacıyla ilgili kişinin o üye ülkedeki sosyal güvenlik kurumuna ilk beyanındaki doğum tarihini kesin tarih olarak esas almasını öngören ve ancak aslı söz konusu ilk beyandan önceki bir tarihte verilen bir belgenin ibrazı halinde başka bir doğum tarihinin esas alınabileceği bir mevzuatın Türk işçilerine uygulanmasını engellemeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.17.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bu Karar ile Divan, Türk işçilerinin bir üye ülkedeki sosyal sigorta kurumuna ilk kez kayıt olurken bildirmiş oldukları doğum tarihinin, sonradan Türkiye’den alınmış bir mahkeme kararı ya da belge ile değiştirilmesinin mümkün olmadığını, bununla birlikte, aslı Türkiye’deki bir yetkili makam tarafından kişinin üye ülkedeki bir sigorta kurumuna ilk beyanından önceki bir tarihte verilmiş bir belgenin dikkate alınacağını belirterek, üye ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik kurumlarına başvuru yapmadan önce bu gibi bilgilerini etraflıca incelemelerini amaçlamıştır. Ancak, kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken husus, bu sonucun sadece Almanya için geçerli olmasıdır. Zira, Almanya, Dafeki kararından sonra, ulusal mevzuatını değiştirmiş ve böylelikle Alman vatandaşları ve üçüncü ülke vatandaşları için eşit işlem yapmaya başlamıştır. Almanya bu konudaki mevzuatını değiştirmeseydi, burada da vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yaratan bir işlem karşımıza çıkacaktı. Burada, Divan’ın bir içtihadının, üye devletlerin ulusal mevzuatları üzerindeki etkisini net bir şekilde görmekteyiz. Bu nedenle, incelemiş olduğumuz karar, her ne kadar vatandaşlarımız aleyhine bir karar da olsa, Divan’ın bir içtihadının, bir üye devlet mevzuatı üzerindeki etkisini görmemiz açısından son derece önemlidir.

3.3.18 C–329/97 Sezgin Ergat v Stadt Ulm²³⁰

3.3.18.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Sezgin Ergat, Almanya’da ücretli olarak çalışmakta olan ailesi ile bir arada yaşamak amacıyla, Ekim 1975’te Almanya’ya yasal olarak giriş yapmıştır.

²³⁰ ECR 2000, P. I-01487.

Ergat, üye ülkede, 1983'ten itibaren, sınırlı süreli bir çalışma izni ile çeşitli işverenler nezdinde aralıklı olarak çalışmıştır. Ergat, 19 Aralık 1989'da, sınırsız süreli bir çalışma iznine hak kazanmıştır.

Ergat'ın Almanya'ya giriş yaptığı sırada yürürlükte olan mevzuata göre, Ergat'ın ikamet iznine sahip olması gerekli değildi. Ergat'ın talebiyle kendisine 1983'te, bir yıl geçerli olan bir ikamet izni verilmiştir. Bu ikamet izni, ilki bir yıl süreliğine, diğerleri de her defasında iki yıl olmak üzere toplam dört kez uzatılmıştır. Yetkili makamlar, Ergat'ın ikamet izninin bitmesinden sonra uzatma başvurusunda bulunması ve bu gecikmelerin önce dokuz, sonra on beş ve son olarak da yirmi güne ulaşması gerçeğine rağmen, Ergat'ın ikamet iznini uzatmışlardır. Ergat'ın son ikamet izni 28 Haziran 1991'de sona ermiştir. Ergat, ikamet izninin ilave olarak uzatılması için başvuruda bulunmuş, ancak, bu başvurusunu da, son ikamet izninin sona ermesinden itibaren yirmi altı gün sonra yapmıştır. Yetkili makam, 22 Ocak 1992 tarihli kararıyla, başvurunun çok geç yapıldığı gerekçesiyle Ergat'ın başvurusunu reddetmiştir. Yetkili makam, ayrıca, Ergat'ın devam eden ikametinin, ikamet izninin sona erdiği tarihten itibaren yasallığını kaybettiğini belirtmiş, kendisine, ülkeden ayrılması aksi takdirde sınır dışı edileceği uyarısında bulunmuştur.

Ergat'ın bu karara karşı yapmış olduğu itiraz, 4 Mayıs 1992'de reddedilmiştir.

Ağustos 1992'de Türkiye'ye dönen ve 1993 sonbaharına kadar Almanya'ya dönmeyen Ergat, Haziran 1994'te Almanya'da yeniden çalışmaya başlamış ve 22 Ocak ve 4 Mayıs tarihlerinde verilen kararlara karşı dava açmıştır. Bu dava ilk derece mahkemesinde başarıyla sonuçlanmış ancak bir üst mahkeme tarafından reddedilmiştir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ikamet izninin uzatılmasına hak kazandığını düşünen Ergat, söz konusu kararın düzeltilmesi talebiyle, Bundesverwaltungsgericht nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuştur. Bu mahkeme, Alman hukuku kapsamında Ergat'ın ikamet iznini uzatma hakkı olmadığını belirtmekle birlikte, davacının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci fıkrasından yararlanma imkânı olup olmadığına ilişkin şüpheleri olduğunu belirterek, davayı Divan'a intikal ettirmiştir.

3.3.18.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Ergat'ın sekiz yaşında iken, Almanya'da ücretli ve yasal olarak çalışmakta olan ailesi ile birleşmesine izin verildiğine işaret etmenin yeterli olduğunu, böylelikle, söz konusu düzenlemeye göre Ergat'ın bir Türk işçisinin aile bireyi olarak düşünülmesi gerektiğini, ulusal mahkemenin, Ergat'ın ev sahibi üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına dâhil olan bir Türk işçisinin aile bireyi olduğuna karar vermesinin yerinde olduğunu belirtmiştir.

Divan, Ergat'ın, son ikamet izninin sona erdiği Haziran 1991'de, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasına tevfikan ailesi ile yeniden birleşme amacıyla Almanya'da ikamet hakkı elde ettiğini, söz konusu üye ülkede on beş yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığını ve burada istikrarlı ve güvenli bir duruma sahip olduğunu belirtmiştir. Divan, Ergat'ın 1985 ve 1989 yılları arasında, süresi dolduktan sonra, ikamet izninin geçici olarak uzatılmasına ilişkin üç kez başvuruda bulunduğunu, böylelikle, Ergat'ın kısa dönemlerle geçerli bir ikamet iznine sahip bulunmamasının bir anlam taşımadığını, ev sahibi üye ülke yetkili makamlarının, Ergat'ın söz konusu ülke topraklarında yasal olarak ikamet etmediğine ilişkin bir iddiada bulunmadıklarını buna karşılık, kendisine yeni ikamet izinleri verdiklerini ifade etmiştir. Divan, Ergat'ın, bu suretle, Almanya'da, ardı ardına beş yıldan fazla süreyle yasal olarak ikamet ettiğini, bu nedenle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası kapsamında olup, bu hüküm uyarınca üye ülkede dilediği herhangi bir ücretli işte çalışma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

Divan, ayrıca, Ergat'ın, bu hakkı 1983'ten itibaren aralıklı şekilde kullanarak, çalışma izni kapsamında çeşitli ücretli işlerde çalıştığını ve 1989'dan itibaren, zamana ve şarta bağlı olmayan bir çalışma iznine hak kazandığını, Alman yetkili makamlarının, Ergat'ın ikamet izninin geçerliliğini yitirmesinin üzerinden yirmi altı gün geçtikten sonra bu iznin uzatılması için başvuruda bulunduğunu gerekçe göstererek, Ergat'ın son ikamet izninin geçici olarak uzatılması talebini reddetme haklarının bulunduğunu iddia ettiklerini aktarmıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, böylelikle, bu düzenlemede aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının bu düzenleme ile kendilerine tanınan haklara doğrudan dayanabileceklerini, özellikle, söz konusu düzenlemenin ilk fıkrası uyarınca, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, her türlü işe başvurma ve ilgili düzenlemenin ikinci fıkrası uyarınca da, o üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra, diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme haklarına sahip olduklarını belirtmiştir.

Divan, üye ülkelerin, ikamet izni vermek için aile bireylerinin en az üç yıl aynı çatı altında yaşaması gerektiği koşulunu ileri sürebileceklerini tekrarlamış, bununla birlikte, bu koşul yerine getirildikten sonra, üye ülkelerin başkaca koşullar ileri sürme haklarının bulunmadığını, üye ülkelerin, böyle bir ilave koşul talep etme yetkisi bulunması halinde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, hakların korunması bakımından pek bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiştir.

Divan, ayrıca, bir üye ülkenin, bazı hallerde ikamet hakkına sınırlamalar getirebileceğinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu konuda, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin, bir Türk işçisinin o ülkedeki ikametine sınırlamalar getirilebileceğini öngörmekte ise de, bu sınırlamaların ancak, kişinin kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı bakımından gerçek ve ciddi bir tehdit teşkil etmesi halinde söz konusu olacağını ifade etmiş, bununla birlikte, ulusal mahkemenin de belirttiği gibi, söz konusu durumun, Ergat'ın ikamet iznini uzatmamak için gerekçe oluşturacak nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.

Divan, bir aile bireyinin, meşru bir mazeret belirtmeksizin üye ülkeden ayrılmasının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinden kaynaklanan haklarının kaybına neden olabileceğini ve bu kişinin yeniden üye ülkeye dönmek istemesi halinde kendisinden, aile birleştirmesi için yeniden başvuru yapmasının istenebileceğini belirtmiştir. Divan, ayrıca, Ergat'ın, başvurusunun reddedilmesinden sonraki bir tarihte sürekli ikamet hakkını kazanmış olarak Türkiye'ye dönmüş olması nedeniyle, bu konunun, doğal olarak Ergat'ın başvurusunun reddedilmesine neden olabilecek bir özellik taşımadığını ve Ergat'ın Türkiye'ye kendi rızası ile mi yoksa sınır

dışı tehdidi nedeniyle mi gittiği tartışmasının dava konusu bakımından bir öneme sahip olmadığını, Alman makamlarının Ergat'ın Almanya'ya dönüşü için yeni bir giriş izni istememiş olmaları ve Ergat'ın Almanya'da 1989'da aldığı çalışma iznine dayanarak bu girişini takiben yeni bir iş bulmuş olmasının da haklılığını destekleyici nitelikte olduğunu belirtmiştir.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, bir üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına dâhil olmuş bir Türk işçisinin aile bireyi olarak, aile birleştirmesi kapsamında bir üye ülkeye giriş yapmasına izin verilmiş ve orada çeşitli işlerde aralıklı olarak beş yılı aşkın süreyle yasal olarak çalışmış bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinden kaynaklanan haklarını ve özellikle, ev sahibi üye ülkede ikamet iznini uzatma hakkını, söz konusu yenileme başvurusunu süresi içerisinde yapmamış olması nedeniyle kaybetmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.18.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, bu içtihadı ile yasal olarak ikamet iznine hak kazanmış Türk vatandaşlarının, ikamet izinlerini yenilemek üzere yaptıkları başvurularının gecikmiş olması nedeniyle, elde etmiş oldukları hakları kaybetmeyeceklerine açıklık getirmiştir. Çalışma hakkı gibi ikamet hakkının sınırlanmasının da ancak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinde yer alan nedenlerle, yani kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleriyle yapılabileceği, bu karar ile, bir kez daha teyit edilmiştir.

3.3.19 C- 37/98 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas²³¹

3.3.19.1 Dava Konusu

Her ikisi de Türk vatandaşı olan Abdülnasır Savaş ve eşi, 22 Aralık 1984'te, İngiltere'ye turist olarak giriş yapmak için bir aylık ziyaretçi vizesi almışlardır. Savaş

²³¹ ECR 2000, P. I-02927.

ailesinin üye ülkeye giriş vizelerinde, çalışmalarını veya herhangi bir iş ya da meslekle meşgul olmalarını yasaklayan açık bir hüküm yer almamıştır.

Vize sürelerinin 21 Ocak 1985'te sona ermesine rağmen, Savaş ve eşi, İngiltere'de kalmışlar, böylelikle, bu tarihten itibaren, üye ülkenin göçmen yasalarını ihlal etmeye başlamışlardır. Kasım 1989'da Savaş, Hackney'de bir gömlek fabrikası işletmeye başlamıştır. Ancak, ne kendisi ne de eşi, çalışmak ya da serbest meslek faaliyetinde bulunmak için bir çalışma izni almamışlardır. Bununla birlikte, 31 Ocak 1991'de avukatları aracılığıyla yaptıkları bir başvuruyla, aile oturma statülerinin düzenlenmesi için yabancılar polisinin G ve Vatandaşlık Dairesi'nden oturma izni talep etmişlerdir. Savaş'ın avukatları ile İngiltere yetkili makamları arasındaki yazışmaları takiben, dosyayı inceleyen daire, dosyanın yanlış bilgilere göre düzenlendiğinden hareket ederek, Savaş ve eşinin ülkede kalmak için yaptıkları izin başvurusunu reddetmiş ve sınır dışı edilmeleri için yetkili makamlara yazılı emir vermiştir.

Dosyayı inceleyen daire, takdir yetkisini kullanırken, Savaş ve eşinin bu başvurularını, uzun süreli ikamet imtiyazı kapsamında değerlendirmiş, buna göre, on yıl boyunca sürekli ve yasal olarak İngiltere'de ikamet etmiş olan veya yasal olup olmadığına bakılmaksızın on dört yıl boyunca sürekli olarak İngiltere'de ikamet etmiş olan kişinin, ülkede kalmak için sınırsız süreli izne hak kazanacağını belirtmiştir. Savaş ve eşi, bu şartları yerine getirmemiş olduklarından, ilgili makam, takdir yetkisini onların lehine kullanmayı gerektirecek herhangi başka bir durum olmadığına karar vermiştir.

Bu sırada, Savaş, ilk fast food işyerini Aralık 1992'de Hythe'de açmış, ikinci işyerini de 1 Eyll 1994'te Folkstone'da işletmeye başlamıştır. Savaş ve eşi, 29 Mart 1994'te (Folkstone'daki işyeri açılmadan evvel) sınır dışı edilmelerine ilişkin karara itiraz etmişlerdir. Immigration Adjudicator 13 Aralık 1994'te bu itirazı reddetmiştir. Savaş ailesi, ret kararından sonra, Immigration Appeal Tribunal'a itiraz etmiş, ancak bu başvuruları da, süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Savaş ve eşi hakkında verilmiş olan sınır dışı etme kararı, 11 Temmuz 1995'te imzalanmış ve 31 Ağustos 1995'te kendilerine tebliğ edilmiştir. Savaş ve eşinin, 30 Ekim 1995'e kadar yapmış oldukları tüm itirazlar, sadece ulusal hukuka dayandırılmıştır.

30 Ekim 1995'te, Savaş ve eşinin temsilcileri, ilk kez Katma Protokolün 41. maddesine dayanarak, İngiltere'nin Topluluğa katılımı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bu ülkenin, kendi sınırları içerisindeki Türk vatandaşlarının yerleşme ve hizmet edimine ilişkin haklarını sınırlayıcı düzenlemeler getiremeyeceğini iddia etmişlerdir. Bunun üzerine, dosyayı inceleyen daire, Savaş ve eşinin statülerinin 1 Ocak 1973'te yürürlüğe giren HC 510 isimli Göçmen Yasası'na tabi olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu yasanın konuyla ilgili 21. maddesi, *“Ülkeye turist vizesi alarak giriş yapan kişiler, kendilerine ait bir iş kurmak ya da mevcut bir işletmeye ortak olmak için, ilgili makama başvurarak, kendilerinin burada yerleşmelerine izin verilmesini talep ederler. Her bir başvuru, kendi esasları dahilinde değerlendirilir.....Başvuru kabul edildiği takdirde, kişinin ikamet süresi, çalışma hakkına getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla on iki aya kadar uzatılır.”* hükmünü içermektedir.

Dosyayı inceleyen daire, 1 Mayıs 1996'da, Savaş'ın ileri sürdüğü yeni itiraz sebebini, Savaş'ın İngiltere'de kalmasına izin verilmesine ilişkin başvuruyu yaptığı tarihte, ülkede kalma izninin zaten bulunmadığını ve dolayısıyla HC 510 isimli Göçmen Yasası'ndan faydalanma imkânı bulunmadığını belirterek reddetmiştir.

Savaş, 11 Temmuz 1996'da, bu kararın yeniden incelenmesi için İngiliz Kraliyet Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Savaş, mahkeme huzurunda, Katma Protokolün 41. maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğunu ve dosyayı inceleyen dairenin, 30 Ekim 1995 tarihli başvuruyu, bu hükmü dikkate alarak HC 510 isimli yasanın 21. maddesi ışığı altında değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, Savaş'ın itirazını dayandığı hükmün, başvuru tarihindeki göçmen statüleri dikkate alınmaksızın İngiltere'ye turist vizesiyle giren tüm kişileri kapsar şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Savaş, ilgili dairenin, Savaş'ın başvurusunu değerlendirirken, en azından, Ankara Anlaşmasının 13. maddesi ile bu Anlaşmanın giriş kısmının birinci ve dördüncü paragraflarını ve Katma Protokolün 41. maddesini göz

önünde bulundurması gerektiğini belirtmiş, mevcut davada, sınır dışı etme kararının gayri mütenasip bir ceza olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, Ankara Anlaşmasının ilgili hükümlerinin, üye ülke sınırları içerisinde yasal olarak bulunmayan kişiler hakkında uygulanamayacağını, Katma Protokolün 41. maddesinin doğrudan etkisi bulunmadığından, İngiliz makamlarının 1 Ocak 1973'te yürürlüğe giren Göçmen Yasası'na göre karar vermek zorunda olmadıklarını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, HC 510'un 21. maddesinin İngiltere'ye ziyaretçi olarak girmiş kişilerin burada yasal olarak bulundukları sırada yaptıkları başvuruları kapsar nitelikte olduğunu ve bu kişiler hakkında sınır dışı etme kararı verilemeyeceğini ancak Savaş gibi göçmen yasalarını ihlal eden bir yabancıya bu nitelikte bir cezanın uygulanabileceğini ifade etmiştir.

Her ne kadar, Yüksek Mahkeme, Katma Protokolün 41. maddesinin doğrudan uygulanabilirliği konusunda bir şüpheye sahip de olsa, Ankara Anlaşması hükümlerinin, Savaş gibi üye ülke sınırları içerisinde kanuna aykırı şekilde bulunan yabancılara haklar tanıyıp tanımayacağı hususunda ön karar vermesi için Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

İngiliz Kraliyet Yüksek Mahkemesi'nin, Divan'a yönelttiği sorular şunlardır:

(1). Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, bir üye ülkeye, o ülkenin göçmen yasalarını ihlal ederek girmiş veya orada kanuna aykırı şekilde ikamet etmekte olan Türk vatandaşlarını kapsar nitelikte yorumlanabilir mi?

(2). Birinci sorunun cevabı olumlu ise, Ankara Anlaşmasının 13. maddesi veya Katma Protokolün 41. maddesi, üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlemeleri üzerinde doğrudan etkiye sahip midir?

(3). Ankara Anlaşması ve Katma Protokol, bir üye ülkenin, kendi iç hukukunda, Türk vatandaşlarının bu bölgede ikamet izni almalarını, söz konusu bölgede giriş ya da ikamet izni alma imkânının sona ermiş olduğu gerekçesine dayanarak reddetmelerini yasaklamakta mıdır?

(4). Bir üye ülke yetkili makamı, kendi ulusal hukukundaki hükümlere rağmen, bir Türk vatandaşı tarafından ikamet izni başvurusu yapıldığında, takdir

yetkisini kullanırken, Ankara Anlaşması ve Katma Protokolün varlığını nazara almakla yükümlü müdür?

(5) Dördüncü sorunun cevabı olumlu ise, üye ülke yetkili makamının, takdir yetkisini kullanırken, orantılılık ilkesini nazara alması gerekmekte midir?

(6). Beşinci sorunun cevabı olumlu ise, yetkili ulusal makam, sınır dışı etmenin orantılı olup olmadığı kararını verirken hangi faktörleri dikkate alacaktır?

3.3.19.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, İngiliz Kraliyet Yüksek Mahkemesi'nin ilk üç sorusuna doğru cevap verebilmek için, öncelikle Ankara Anlaşmasının 13. maddesi ile Katma Protokolün 41. maddesinin uygulama alanının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, esas yargılamada, hükümlerin doğrudan uygulanması konusuna ilişkin olarak, Topluluk ile Topluluğa üye olmayan ülkeler arasında oluşturulan bir anlaşmadaki hüküm, yazılış tarzı, amacı ve anlaşmanın oluşumu dikkate alındığında, hükmün uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir ikincil düzenlemeye gerek olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse, söz konusu hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 13. maddesinin doğrudan etkisi konusunda, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinin aslında bir program öngördüğü ve bu hükümlerin yeterince kesin olmadığı, dolayısıyla üye ülkelerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilir nitelikte Topluluk kuralları tesis etmeye elverişli olmadığını önceden kabul ettiğine işaret etmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının 12. maddesi gibi, 13. maddesinin de, akit taraflar arasında yerleşme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaları bertaraf eden AT Antlaşmasının ilgili hükümleri münasebetiyle, genel şartların ötesinde bir düzenleme getirmediğini ve Ankara Anlaşmasının kendisinin, bu amacın gerçekleşmesi için kesin kurallar tesis etmediğinin açık olduğunu belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının, Anlaşmanın amacının gerçekleşmesi için Ortaklık Konseyine karar alma yetkisi veren 22(1). maddesine uygun olarak, Katma Protokolün 41(2). maddesinin, Ortaklık Konseyini, Ankara Anlaşmasının 13. maddesinde belirtilen prensibe uygun olarak, taraflar arasında yerleşme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması amacıyla süre ve usullerin belirlenmesi konusunda yetkilendirdiğini, bununla birlikte, Ortaklık Konseyinin, akit taraflar arasında yerleşme özgürlüğü üzerindeki engellerin tedricen kaldırılmasına ilişkin genel kuralın somut olarak uygulanması için herhangi bir düzenleme kabul etmediğini, bu durumda, Ankara Anlaşmasının 13. maddesi ile Katma Protokolün 41(2). maddesinin, bireylerin hukuki statülerine doğrudan kaynaklık etmeye muktedir olmadıklarını ve bundan dolayı doğrudan etkiye sahip olmadıklarını ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin doğrudan etkisi konusunda, ilgili hükmün, yazılış tarzı itibariyle, Katma Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren, akit tarafların yerleşme özgürlüğüne yeni kısıtlamalar getirmelerini açık, kesin ve mutlak olarak yasaklayan bir stand-still klozu içerdiğini ve yazılış tarzı itibariyle, AT Antlaşmasının 53. maddesiyle (eski madde 64) hemen hemen özdeş olması nedeniyle, doğrudan uygulanabilir etkiye sahip olduğunu belirtmiştir.

Divan, ayrıca, Ankara Anlaşmasının 12. maddesinin uygulanmasına 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinde yer alan stand-still klozlarının, hukuka uygun olarak akit ülkelerin sınırları içerisinde ikamet eden ve çalışan işçilerin, işe girişlerinde, üye devletlerce yeni kısıtlamalar getirilmesini engelleme hususunda doğrudan etkiye sahip bulunduğunun mahkeme içtihatları yoluyla açıkça saptanmış olduğunu ve bu durumda, yerleşme özgürlüğüne ilişkin olarak Katma Protokolün 41(1). maddesinin doğrudan etkisini kabul etmemek için bir sebep bulunmadığını belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşmasının amacının, akit taraflar arasında, ticari ve ekonomik ilişkilerin gelişmesini sağlayarak, serbest meslek faaliyetlerini de içerecek şekilde yerleşme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaları tedricen kaldırmak, böylelikle Türk vatandaşlarının yaşam şartlarını iyileştirmek ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ileri bir tarihte Topluluğa katılımını kolaylaştırmak olduğunu belirtmiştir.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin, bir ulusal mahkeme tarafından uygulanacak kadar etkili, kesin ve mutlak bir prensip öngördüğünü ve bu nedenle bireylerin hukuki statülerini belirlemeye muktedir olduğunu, hükmün doğrudan etkisinin, ilgili kişilerin üye ülke mahkemeleri önünde bu düzenlemeye dayanma hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir.

Özetle, Divan, İngiliz Yüksek Kraliyet Mahkemesi tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, Ankara Anlaşmasının 13. maddesi ile Katma Protokolün 41(2). maddesinin üye ülkelerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilir nitelikte Topluluk kuralları tesis etmediği ancak Katma Protokolün 41(1). maddesinin, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin, bir üye ülkenin ulusal göç yasasını ihlal eder şekilde, üye ülke topraklarında kalmış ve kendi hesabına kar amaçlı faaliyette bulunmuş bir Türk vatandaşına o ülkede iş kurma hakkı ve bunun gerekli bir sonucu olarak ikamet hakkı vermeye muktedir olmadığını belirtmiştir. Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin, bu Protokolün bir üye ülkede yürürlüğe girmesinden itibaren, Türk vatandaşlarının ev sahibi üye ülkede iş kurma özgürlükleri ve ikamet hakları konularında yeni kısıtlamalar getiren yasal düzenlemeler yapılmasını yasakladığını ifade etmiş, üye ülkedeki dava sürecinde davacıya uygulanan kuralların, Katma Protokolün yürürlüğe girmiş olduğu tarihte geçerli olanlara nazaran daha elverişli olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, iç hukukun uygulanması konusunun, ulusal mahkemenin yetki alanına girdiğini belirtmiştir.

3.3.19.2.1 Hukuk Sözcüsünün Görüşü

Hukuk sözcüsü Antonio la Pergola, Ankara Anlaşmasının 13. maddesinin bireylere hak tanımada çok fazla programlayıcı olduğunu vurgulamıştır. Hukuk sözcüsü, bu gerekçesini, Katma Protokolün 41(2). maddesine dayandırmış ve maddenin stand-still klozu içeren birinci paragrafının, doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte, hukuk sözcüsü, bu davada, başvurucunun gereken izinleri almaksızın iş kurduğunu, bu nedenle, Savaş gibi, ülkeye turist olarak giren ve çalışması

yasak olan bir Türk vatandaşının Ankara Anlaşmasının ilgili düzenlemelerine dayanarak hak iddia etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır²³².

3.3.19.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Savaş Kararı, Divanın, akit tarafların aralarında yerleşme hakkı ve hizmetlerin edimine yeni kısıtlamalar getirmelerini yasaklayan Katma Protokolün 41(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ilk kez ifade etmesi açısından önem taşımaktadır. Süregelen içtihatların, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki Türk işçilerinin statülerini açıklayıcı nitelikte olmasına karşın, Savaş kararı, bir üye ülkede kendi hesabına faaliyette bulunan Türk vatandaşlarının durumunu açıklayıcı niteliktedir. Divan, işçi statüsündeki Türk vatandaşları hakkında uygulanan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi gibi, kendi hesabına çalışan Türk vatandaşları hakkında düzenleme getiren Katma Protokolün 41(1). maddesinin de üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca, Katma Protokolün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1973'ten itibaren, üye ülkelerin bu haklara yeni sınırlamalar getiremeyeceği de açıklığa kavuşturulmuştur. Üye ülkelerde bulunan Türk işçilerinin 1 Ocak 1973 itibarıyla sahip oldukları hakların, Katma Protokolün 41(1). maddesindeki stand-still klozu nedeniyle, üye devletlerce mevcut durumdan daha geriye götürülemeyeceği ve durumlarının ağırlaştırılamayacağı netleşmiştir. Divan her ne kadar Katma Protokolün 41(2). maddesinin doğrudan etkiye sahip olmadığına hükmetse de, 41(1). maddenin doğrudan etkiye sahip olduğuna hükmetmesi, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımız lehine bir içtihat olmuştur. Ulusal düzenleme, vatandaşımız lehine ise uygulanacak, aleyhine ise Katma Protokolün 41(1). maddesi vatandaşımız aleyhine olan ulusal düzenlemenin uygulanmasına engel olacaktır. Süregelen içtihatlarında Ankara Anlaşması ve Ortaklık Konseyi Kararlarının doğrudan etkisini teyit etmiş olan Divan, Ankara Anlaşmasının ayrılmaz bir parçası olan Katma Protokolün bir maddesinin doğrudan etkisini, ilk kez Savaş kararı ile kabul etmiştir. Gümrükçü, ilk kez serbest meslek sahiplerinin ve müteşebbislerin Avrupa Topluluğu hukukuna göre ne gibi hakları olabileceğini gündeme getiren Savaş kararını "*kapının*

²³² OTT Andrea, "The Savas Case-Analogies Between Turkish Self-Employed and Workers?", European Journal of Migration and Law, Vol. 2, 2000, Kluwer Law International, Netherlands 2001, s. 450.

kilidini kırmak” olarak nitelendirmiştir²³³. Gerçekten de, bu karar, üye ülkelerde serbest meslek faaliyeti yürüten vatandaşlarımızın ortaklık hukukuna dayanarak hak iddiasında bulunmaları yolunu açmıştır. Savaş kararının bir başka önemli özelliği de, Avrupa Topluluğu-Türkiye ortaklık hukuku konusunda ilk kez bir İngiliz mahkemesinin Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuş olmasıdır²³⁴.

3.3.20 C-65/98 Safet Eyüp v Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg²³⁵

3.3.20.1 Dava Konusu

1963 doğumlu Türk vatandaşı Safet Eyüp, 1975’ten beri Avusturya iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan bir Türk işçisi ile Avusturya’da (Lauterach) evlenmiştir. Bu evliliği takiben, Avusturya makamları Bayan Eyüp’e, bir aile bireyi olarak ikamet izni vermiştir. 13 Kasım 1985’te, Trabzon Bölge Mahkemesi çiftin boşandıklarını bildirmiştir. Bununla beraber, Bay ve Bayan Eyüp, nikâhsız olarak birlikte yaşamaya devam etmişlerdir. Çiftin yedi çocuğundan dördü, nikâhsız olarak birlikte yaşamaya devam ettikleri süreç içerisinde dünyaya gelmiştir.

Bayan Eyüp, 7 Mayıs 1993’te, eski eşiyle, Avusturya’da yeniden evlenmiştir. Bay Eyüp, bundan sonra, çiftin dört çocuğunun evlilik dışı dünyaya geldiğini kabul ederek onları nüfusuna geçirmiştir. Bay Eyüp, Avusturya idari makamlarınca verilen ve bu üye ülkenin her yerinde, çalışma izni olmaksızın o ülke vatandaşlarına uygulanan aynı kurallara tabi olarak çalışmasına hak tanıyan bir belgeye (Befreiungsschein) sahip olmuştur.

²³³ GÜMRÜKÇÜ, 368.

²³⁴ Bu önemli kararın, Türk basınındaki yansımaları için bkz. DONAT Yavuz, Üretim Bantları Kapanıyor, Sabah Gazetesi, 20.03.2002, <http://arsiv.sabah.com.tr/2002/03/20/y27.html> (07.08.2007); Zaman Gazetesi, 10.09.2001, <http://arsiv.zaman.com.tr/2001/09/10/haberler/haberlerdevam.htm> (07.08.2007); Yeni Mesaj Gazetesi, AB Ülkelerine Vizesiz Giriş Ne Zaman?, 30.04.2004, [http://www.yenimesaj.com.tr/index.php?sayfa=haberler.dunyadan&tarih=2004-04-30\(07.08.2007\);](http://www.yenimesaj.com.tr/index.php?sayfa=haberler.dunyadan&tarih=2004-04-30(07.08.2007);) AnkaraAnlaşmasında Kötü Haber, 22.03.2006, <http://www.acikgazete.com/?newsid=9154&category=123> (07.08.2007).

²³⁵ ECR 2000, P. I-04747.

Ev hanımı olarak yaşamını sürdüren Bayan Eyüp, ev sahibi üye ülkede toplam sekiz yüz yetmiş yedi gün süren kısa dönemli işlerde aralıklı olarak çalışmış ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde aranan yasal çalışma koşullarını yerine getirmemiştir.

Safet Eyüp, 23 Nisan 1997’de, bir iş başvurusu sırasında ilgili işverenin talep ettiği çalışma izni belgesini almak üzere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin ikinci bendindeki koşulları yerine getirdiğini gerekçe göstererek Avusturya’nın Bregenz İli İstihdam Bürosu’na (Arbeitsmarktservice Bregenz) başvurmuştur. Bu başvuru, 7 Temmuz 1997’de reddedilmiş, bunun üzerine Safet Eyüp, Vorarlberg İstihdam Ofisi nezdinde (Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg) itirazda bulunmuştur. Bu makam, 24 Eylül 1997’de, söz konusu kararı hukuka uygun bularak, Eyüp’ün itirazını reddetmiştir. Avusturya yetkili makamı, ilk olarak, sadece Türk işçisinin eşini dikkate almış ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesi anlamında aile bireyi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve böylece Safet Eyüp ve eşinin nikahsız olarak birlikte yaşamalarının, evli oldukları süre içerisinde (23 Eylül 1983–13 Kasım 1985) ilgilinin kazanmış olduğu hakları kaybetmesine neden olduğunu belirtmiştir. Yetkili makam, diğer yandan, ikinci evlilikleri başlangıç noktası olarak kabul edildiğinde ise, Safet Eyüp’ün, en az beş yıl bir Türk işçisinin aile bireyi olarak Avusturya’da yaşamaması nedeniyle, kendisinin, söz konusu düzenlemede aranan gereklilikleri yerine getirmediğini belirtmiştir. Bunun üzerine Safet Eyüp, Verwaltungsgerichtshof nezdinde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinde aranan şartları yerine getirdiğinin yetkili makamlarca kabul edilmemesi nedeniyle bu makamlar hakkında cezai bir dava açmıştır. Safet Eyüp, bu davaya paralel olarak, konuya ilişkin nihai karar verilene kadar, çalışma hakkının korunması amacıyla geçici nitelikte önlemler alınması için Verwaltungsgerichtshof’a başvuruda bulunmuştur. Bu itibarla, Safet Eyüp, ücretli olarak bir işte çalışamamasının sadece kendisini değil, ailesini de tehlikeye sokacağını ve onarılamaz zararlara sebebiyet vereceğini iddia etmiştir.

Ulusal mahkeme, Adalet Divanı’nın henüz, kimlerin bir Türk işçisinin aile bireyi olarak kabul edileceğine ilişkin bir içtihadı bulunmadığını belirtmiştir. Ulusal

mahkeme, nikâhsız olarak birlikte yaşanan kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesi anlamında aile bireyi olarak kabul edilmediği takdirde, bu sefer de nikahsız olarak birlikte yaşanan sürelerin, bu sebeple kesilen evlilik sürecine eklenip eklenmeyeceği ya da bu sürenin ikinci evlilik öncesinde kaybolup kaybolmadığına dair soruların doğacağını belirtmiştir. Ulusal mahkeme, ortaklık hukukunun yorumunu gerektirmesi nedeniyle davayı 18 Aralık 1997’de Divan’a intikal ettirerek, işçinin resmi evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşadığı hayat arkadaşının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi kapsamında aile bireyi olarak kabul edilip edilemeyeceği; bu kişinin aile bireyi olarak kabul edilmesi durumunda beş yıllık yasal ikamet koşulunun yerine getirilmesinde nikâhsız geçen sürelerin resmi evlilik süresi gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu konular yetkili makamlar ve mahkemelerce açıklığa kavuşturuluncaya kadar söz konusu kişilere geçici olarak hak tanınıp tanınamayacağı hususlarına yorum getirmesini talep etmiştir.

3.3.20.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, böylelikle, bu düzenlemede aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının söz konusu düzenlemede kendilerine tanınan haklara doğrudan dayanabileceklerini belirtmiştir. Divan, Türk vatandaşlarının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, üye ülke işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, her türlü işe başvurma hakkına sahip olduklarını, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, o üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olduklarını açıklamıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin, ev sahibi üye ülkedeki aile birliğini teşvik etmeyi ve üye ülkelerin düzenli iş gücü piyasalarına dahil olan Türk işçilerinin aile bireylerinin çalışma ve ikamet şartlarını kolaylaştırmayı amaçladığını, bu maddede yer alan süre koşulunun hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken kriterin, aile bireylerinin kesintisiz olarak bir arada geçirdikleri süre olduğunu, bununla birlikte, yasal mazeret nedeniyle makul bir süre veya hak sahibinin iradesi dışındaki nedenlerle altı aya kadar ülkesinde geçirdiği sürelerin birlikte geçirilen süreler

gibi değeriendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, Avusturya makamlarının nikâhsız geçen sürede Safet Eyüp'e ikamet izni vermiş olmalarının da aynı düşünceyle hareket ettiklerinin göstergesi olduğuna işaret etmiştir.

Divan, önceki içtihatlarında da belirtmiş olduğu gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı koşullarını yerine getirerek çalışma ve ikamet hakkı kazanmış olan Türk vatandaşlarının, ulusal makamlardan ayrıca çalışma ve ikamet izni belgeleri alma zorunlulukları bulunmadığını ifade etmiştir.

Divan, üye ülkelerin, mevzuatlarını Topluluk hukukuna tümüyle uygun hale getirmek zorunda olduklarını ifade etmiştir. Divan, Türk vatandaşlarının da Topluluk hukukunun bir parçası olan ortaklık hukuku çerçevesindeki haklarından tamamıyla yararlandırılması gerektiğini ve işverenlerin de bu haklara sahip olduğu sabit olan Türk vatandaşlarını ayrıca herhangi bir izin belgesine ihtiyaç olmadan çalıştırmaya devam edebileceklerini belirtmiştir. Divan, idari makam veya mahkemelere intikal etmiş taleplere ilişkin işlemlerin sonuçlandırılmasına kadar geçen süre içerisinde, kişilere, ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarının tanınması konusunda, ulusal mahkemelerin yetkili olduğunu belirtmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, Eyüp gibi, bir üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına dâhil olmuş bir Türk işçisinin eşi olarak aile birleştirmesi kapsamında o ülkeye gelen ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin birinci bendinde öngörülen üç yıllık sürenin dolmasından önce eşinden ayrılmasına rağmen aynı kişiyle yeniden evleninceye kadar birlikte yaşamayı kesintisiz olarak sürdüren kişinin bu madde kapsamında hak sahibi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Divan, bu durumdaki bir Türk vatandaşının, söz konusu ülkede yasal statüde ikamet eden bir kişi olarak kabul edileceğini ve bu haktan doğrudan yararlanarak üç yıllık sürenin dolmasını takiben her türlü iş arzını cevaplandırabileceğini; beş yıllık süre sonunda ise dilediği her türlü ücretli işe serbestçe girme hakkına sahip olacağını belirtmiştir.

3.3.20.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bu karar ile Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin ilk bendinde öngörülen üç yıllık ikamet süresinin hesaplanmasında, sadece resmi nikahlı olarak birlikte yaşanan sürelerin değil, nikahsız geçirilen sürelerin de dikkate alınacağını belirtmiştir. Kanaatimizce, vatandaşlarımızın lehine olan Divan'ın bu içtihadı ile, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinde yer alan “birlikte oturma” ifadesinin nikahsız yaşamayı da kapsadığına ilişkin yorum yapılmış, böylelikle, “birlikte oturma” ifadesinin kapsamı vatandaşlarımız lehine genişletilmiştir.

3.3.21 C- 188/00 Bülent Kurz, né Yüce v Land Baden-Württemberg²³⁶

3.3.21.1 Dava Konusu

Bülent Kurz, 1969–1983 yılları arasında Almanya’da yasal olarak çalışmış olan Türk göçmen işçisi Yüce’nin evlilik dışı çocuğu olarak, 1977’de Almanya’da doğmuştur. Kurz, 1978’den 1984’e kadar, kendisini evlat edinen Kurz çifti ile birlikte Almanya’da yaşamıştır. Bülent Kurz, 1984’te, kişileri kendi memleketlerine geri göndermeye destek programından yararlanarak Türkiye’ye geri dönmüştür. Kurz, Eylül 1992’de, mesleki eğitim amacıyla Almanya’ya dönmek için izin almıştır. Kurz’a, 15 Temmuz 1997’de verilen giriş izni ve devamında verilen geçici ikamet izinlerinde, söz konusu izinlerin sadece mesleki eğitim amaçlı olarak kendisine verildiği belirtilmiştir. Kurz, ev sahibi üye ülkede tesisatçı olarak çalışmaya devam etmiş ve Almanya’da kurulu sıhhi ve ısıtıcı cihazlar donanım şirketi olan Schulz ile 16 Kasım 1992’de bir iş sözleşmesi imzalamıştır. 1 Ekim 1992’den 5 Mayıs 1997’ye kadar devam eden eğitimi süresince, Kurz haftada bir ya da iki kez teori derslerine katılmış ve kalan zamanlarında Schulz’da çalışmaya devam etmiş, bu çalışmasının karşılığı olarak, ilk olarak ayda yedi yüz seksen, sonraki aylarda ise sırasıyla sekiz yüz kırk, dokuz yüz kırk ve bin otuz DEM ücret almıştır.

²³⁶ ECR 2002, P. I-10691.

Kurz, 22 Şubat 1997’de, çıraklık sınavının uygulama bölümünü başarıyla geçmiş ve eğitimini 6 Mayıs 1997’de (ancak söz konusu sınavın teorik bölümünü geçmeksizin) tamamlamıştır.

Bülent Kurz, 1992’den itibaren, kendisini Mayıs 1998’de evlat edinen Kurz çifti ile birlikte yeniden yaşamaya başlamıştır. Ulusal hukuk uyarınca, Bülent Kurz’a kendisini evlat edinen ailenin soyadı verilmiştir. Ancak, Verwaltungsgericht Karlsruhe, Bülent Kurz’un evlat edinilmesinin, kendisine Alman vatandaşlığına geçme ya da Almanya’da sürekli olarak ikamet hakkı tanımadığını belirtmiştir. Bülent Kurz, 7 Temmuz 1997’de, Almanya’da sürekli olarak ikamet edebilmek amacıyla, geçici ikamet izninin uzatılması ya da insancıl nedenlerle (humanitarian reasons) kendisine ikamet izni verilmesi için başvuruda bulunmuştur. Landratsamt Rhein-Neckar-Kreis, Kurz’un bu başvurusunu, 18 Ağustos 1998’de reddetmiş ve ret kararının bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde Almanya’yı terk etmesini, aksi takdirde, sınır dışı edileceğini belirtmiştir. Kurz, bu karara itiraz etmiş, ancak bu itirazı da 19 Kasım 1998’de reddedilmiş ve Bülent Kurz, 20 Ocak 1999’da sınır dışı edilerek Türkiye’ye geri gönderilmiştir.

Regierungsprasidium Karlsruhe, 16 Haziran 1999’da Bülent Kurz’un yaptığı itirazı, ilgili kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. ve 7. maddesinin ikinci fıkrasında aranan şartları yerine getirmediğini gerekçe göstererek, reddetmiştir. İlgili mahkeme, ilk olarak, Bülent Kurz’un, mesleki eğitimi süresince, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında üye ülke iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, Kurz’un Alman vatandaşları tarafından evlat edinilmesinin onun Türk işçi çocuğu statüsünü ortadan kaldırdığını, Kurz’un üye ülkedeki mesleki eğitimini final sınavlarının tümünü başarıyla geçememesi nedeniyle tamamlayamadığını ve Almanya’daki mesleki eğitimine başladığı sırada Kurz’un biyolojik babasının Almanya’dan temelli olarak ayrılmış olduğunu belirtmiştir.

Bülent Kurz, Verwaltungsgericht Karlsruhe nezdinde bu karara karşı açtığı davada, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi ve aynı Kararın 7. maddesinin ikinci paragrafı anlamında Almanya’da ikamet etme hakkına sahip olduğunu iddia etmiştir. Kurz, ayrıca, 20 Kasım 1998’de kendisine Mannheim’de

(Almanya) bulunan bir işletme tarafından iş teklifi yapıldığını ancak kendisinin bu iş teklifini, ikamet ve çalışma izinlerinin bulunmaması nedeniyle kabul edemediğini belirtmiştir.

Kurz, imtihan heyetinin Türkiye’de bulunduğu sırada çıraklık final sınavının teorik kısmına da girmiş ve 20 Kasım 1999’da, Mannheim İşçiler Odası’ndan kalfalık belgesi almıştır.

Verwaltungsgericht Karlsruhe, Regierungsprasidium Karlsruhe’nin 16 Haziran 1999 tarihli kararının, Alman Yabancılar hukukuna uygun olduğunu ancak Kurz’un 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi ile 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ikamet hakkı iddiasında bulunup bulunamayacağının saptanması gerektiğini, ancak bu konuda şüpheleri olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Bülent Kurz’un 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararındaki haklardan istifade etmesi durumunda, Alman Yabancılar Kanunu açısından başka sorunlar ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Zira Alman Yabancılar Kanununun 8(2). maddesi, “*Yurduna iade edilen ya da sınır dışı edilen bir yabancı, Almanya’ya tekrar giriş yapamaz ve burada ikamet edemez.*” hükmünü içermektedir. Verwaltungsgericht, bu dava hakkında karar verebilmek için, Topluluk hukukunun yorumlanmasının gerekli olduğunu belirterek, davayı ertelemiş ve aşağıdaki sorularla Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur:

(1). Sadece mesleki eğitim amaçlı verilmiş bir vizeyle bir üye ülkeye giriş yapması yetkili yabancılar dairesi tarafından onaylanan ve akabinde yine sadece belirli bir işveren nezdinde mesleki eğitim faaliyetinde bulunmak üzere geçici nitelikte ikamet izinleri alan bir Türk vatandaşı, 1 Ekim 1992’den 5 Mayıs 1997’ye kadar eğitim faaliyeti karşılığında maaş almış olmasına rağmen, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, birinci, ikinci ve üçüncü paragraflarında aranan şartları yerine getirmiş midir?

(2). Ev sahibi üye ülkede çalışmış bir Türk işçisinin çocuğu olarak dünyaya gelen bir Türk vatandaşı, Alman vatandaşları tarafından evlat edinildiği takdirde, bunun bir sonucu olarak doğal ailesi ile olan hısımlığı bu suretle sona erer mi? Bu kişi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında aranan gereklilikleri

yerine getirmiş kabul edilebilir mi? Kurz, ailesi üye ülkede işçi olarak çalıştığı dönemde bu vatandaşların çocuğu olarak mesleki eğitime başlasaydı bu sorunun cevabı değişir miydi?

(3). Ailesi ile birlikte ev sahibi üye ülkeden ayrılan ve sekiz yıl sonra yanında ailesi olmaksızın mesleki eğitim amacıyla ülkeye yeniden giriş yapan bir Türk vatandaşı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında aranan şartları yerine getirmiş midir?

(4). Ev sahibi ülkede yapılan sınavın son bölümünü tamamlamayan ancak ilgili imtihan heyetinin kendi ülkesinde bulunduğu sırada yapılan sınavda başarılı olan bir Türk vatandaşı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasında aranan şartları yerine getirmiş midir?

3.3.21.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, ilk olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ve bu şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, ev sahibi üye ülkedeki çalışma sürelerine bağlı olarak, söz konusu düzenlemenin üç fıkrasında yer alan haklardan birine doğrudan dayanabileceklerini ifade ettikten sonra, söz konusu düzenlemenin Türk vatandaşlarına tanıdığı çalışmaya ilişkin hakların doğal bir sonucu olan ikamet hakkının varlığının önemli ve gerekli olduğunu, aksi takdirde, kişiye iş gücü piyasasına katılma ve çalışma hakkı tanınmasının her türlü etkiden yoksun kalacağını belirtmiştir.

Divan, “işçi” kavramının Toplulukta kendine özgü bir anlamı olduğunu ve dar anlamda yorumlanmaması ve objektif ölçütlere uygun olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, bir kişinin işçi olarak kabul edilebilmesi için, kişinin gerçek ve etkin bir faaliyette bulunması ve ufak çaptaki faaliyetlerin hariç tutularak bunların tali iş olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Divan, bir iş ilişkisinin esaslı özelliğinin, bir kişinin, belirli bir süreyle, ücret karşılığında, bir başka kişi için ve onun talimatı altında iş görmesi olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, Divan, esas yargılamadaki faaliyetlerin mesleki eğitim amacıyla icra edildiğini, çıraklık dönemindeki bu faaliyetlerin, çalışan bir kişi olarak gerçek ve etkin şartlar altında

gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Divan, ilgili kişinin üretkenliğinin düşük olmasının ya da bu kişinin tam anlamıyla sorumluluk almamasının, buna bağlı olarak, haftada sadece birkaç saat çalışmasının ve kendisine sınırlı miktarda ücret ödenmesinin bu sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Divan, mesleki eğitimi süresince ve bu eğitimin yasal şartları içerisinde, bir işveren için ve onun emri altında gerçek ve etkin bir faaliyet gösteren ve bu faaliyetin karşılığı olarak nitelendirilebilecek bir ücret alan herhangi bir kişinin, Topluluk hukuku anlamında işçi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Divan, Bülent Kurz'un, Schulz şirketi nezdinde 1 Ekim 1992'den 5 Mayıs 1997'ye kadar, ilk yıl yedi yüz seksen DEM'den başlayıp dördüncü yıl bin otuz DEM'e kadar yükselen aylık ücret karşılığında, gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyette bulunduğu sabit olduğunu belirtmiştir. Divan, Bülent Kurz gibi, bir iş ilişkisinde aranan temel ölçütleri yerine getiren bir kişinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında işçi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı olma kavramına ilişkin olarak, bir işçinin üye ülke iş gücü piyasasına 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında yasal olarak kayıtlı olup olmadığının tespit edilebilmesi için, ilk önce, ilgili kişinin yasal çalışmasının üye ülke toprakları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin ya da bu bölge ile yeterli derecede yakından bağlantısı olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Divan, özellikle ücretli çalışmanın gerçekleştiği bölgenin ve çalışma ve sosyal güvenlik alanında uygulanacak milli mevzuatın dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Divan, dava konusu kişinin, çıraklık döneminde ev sahibi üye ülkede ücret karşılığında çalıştığını ve bu ülke mevzuatına tabi olduğunu, dolayısıyla bu şartları tereddütsüz yerine getirdiğini belirtmiştir.

Divan, ikinci olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında “iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olma” ifadesinin, hukuken öngörülen şartlara ve ev sahibi üye ülkenin kendi topraklarına giriş ve çalışma şartlarına ilişkin düzenlemelerine uyum sağlamayı ifade ettiğini ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinde de yer alan haklardan yararlanabilmenin, sadece, Türk işçisinin, ev sahibi üye ülkenin topraklarına giriş yapma ve orada çalışmaya ilişkin ulusal mevzuatına uyum sağlamasına bağlı olduğunu ifade ettikten

sonra, Bülent Kurz durumundaki bir Türk vatandaşının, bu gereklilikleri yerine getirdiğinin şüphesiz olduğunu, zira Bülent Kurz'un ilgili üye ülkeye yasal olarak giriş yaptığını, kendisinin, söz konusu ülkeye mesleki eğitim amacıyla giriş yaptığını ve bu eğitim süresince dört yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığını ifade etmiştir.

Divan, yasal çalışma kavramına ilişkin olarak, çalışmanın yasallığının, bir üye ülkenin iş gücü piyasasının üyesi olarak, istikrarlı ve güvenli bir durumu ve tartışmasız bir ikamet hakkının varlığını gerektirdiğini bir kez daha vurgulamıştır.

Divan, önündeki belgelerden, Bülent Kurz'un, Almanya'ya giriş yapmasına izin verilmiş olduğunu ve 15 Temmuz 1997'ye kadar uzatılan ikamet izinleri kapsamında mesleki eğitimine devam ettiğinin sabit olduğunu, bu mesleki eğitimi süresince Kurz'un, ulusal makamlardan gerekli izni alarak, 1 Ekim 1992'den 5 Mayıs 1997'ye kadar, kesilme olmaksızın yasal olarak çalıştığını ve böyle bir işçinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında ilgili üye ülkede yasal olarak çalıştığını kabul etmek gerektiğini ifade etmiştir. Divan, Kurz'un, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde aranan şartları yerine getirmiş olması nedeniyle, bu düzenlemede tanınan haklara doğrudan dayanabileceğini, özellikle, üye ülke işçilerine öncelik tanınmasına bağlı olmaksızın, serbestçe seçeceği bir işte çalışma ve bu hakkın doğal bir sonucu olarak ikamet hakkına sahip olduğunu ve yapmış olduğu açıklamanın, Kurz'un elde ettiği çalışma ve ikamet izinlerinin belirli bir işveren nezdinde geçici olarak çalışmayla sınırlı olması gerçeğinden etkilenmeyeceğini belirtmiştir. Divan, Kurz gibi, bir üye ülkede, kesintisiz olarak dört yıldan fazla süreyle yasal olarak çalışmış ancak akabinde işsiz kalmış bir Türk vatandaşının, belirli bir süre çalışmama nedeniyle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde kendisine doğrudan tanınan hakları yitirmediğini belirtmiştir.

Divan, Kurz'un, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasını temelli olarak terk etmediğini ve burada ilgili düzenleme kapsamında yapılmış olan iş tekliflerini kabul etmek ya da belirli bir süre yeni bir iş aramak suretiyle dilediği ücretli işi seçmek için ikamet izninin uzatılması talebinde bulunabileceğini, Divan'ın önündeki belgelerden, Kurz'un, Mannheim'da bulunan Messebau Thome isimli firmadan iş teklifi aldığının

ancak çalışma izni olmaması nedeniyle söz konusu teklifi kabul edemediğinin sabit olduğunu belirtmiştir.

Divan, ilk soru için yaptığı açıklamanın ardından, ulusal mahkemenin ikinci, üçüncü ve dördüncü sorularını cevaplandırmasına gereklilik bulunmadığını belirtmiştir.

Divan, beşinci soruya cevap verebilmek için, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile yabancılara ilişkin ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi belirlemek gerektiğini, Topluluk hukukunun ulusal hukuktan üstün olması ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin doğrudan etkiye sahip olması nedeniyle, bir üye ülkenin, Türk işçilerinin ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasası ile tedricen bütünleşmeleri sistemini tek taraflı olarak değiştirmesinin ve Topluluk tarafından açıkça tanınan hakları engelleyici nitelikte, yabancıların idaresine ilişkin bir mevzuat kabul etmesinin ya da tedbir uygulamasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Divan, söz konusu davada olduğu gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının herhangi bir maddesinde aranan şartları yerine getiren ve bir üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dâhil olmuş bir Türk vatandaşı hakkında, üye ülkenin, bu hakların uygulanmasına sınırlamalar getirme yetkisi olmadığını belirtmiş; aksi takdirde, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının önemsiz addedileceğini ifade etmiştir. Divan, ayrıca, bir üye ülkenin her mahkemesinin, Topluluk hukukunu uygulaması ve Topluluk hukuku ile çelişen ulusal hukuk düzenlemelerini göz ardı ederek, Topluluk hukuku tarafından bireylere doğrudan tanınan hakları koruması gerektiğini ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Karlsruhe tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında, bir üye ülkeye “sadece mesleki eğitim amaçlı” verilmiş bir vizeyle giriş yapan, aynı işveren nezdinde çalışmak üzere ve mesleki eğitim faaliyetleri ile sınırlı olan ardı ardına geçici ikamet izinleri alan ve aynı işveren nezdinde, ücret karşılığında, yasal olarak, gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyette bulunan bir Türk vatandaşının, söz konusu düzenleme kapsamında ilgili üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dahil olduğu ve burada yasal olarak çalışmakta olduğu sonucuna varmıştır. Divan, Bülent Kurz’un, üye ülkede, kesintisiz olarak en az dört yıl boyunca

alışmış olması nedeniyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca, o üye ölkede, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

3.3.21.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, Kurz Kararı, Divan'ın "işçi", "iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı olma" ve "yasal çalışma" kavramlarını ayrıntılı bir şekilde açıklaması bakımından önem taşımaktadır. Böylelikle, üye ölkelerin farklı işçi tanımları yaparak ölkelerinde çalışan diğer öлке vatandaşlarını işçi olarak saymamasının ve bu kişilerin haklarını kullanmalarını engellemesinin önüne geçilmiştir²³⁷. Divan, "işçi" teriminin üye devletlerin ulusal düzenlemeleri anlamında değil, Topluluk hukukunun tanımladığı biçimde anlaşılması gerektiğini savunmuştur²³⁸. Divan, "işçi" kavramının kapsamını geniş tutarak, bir üye öлкеye mesleki eğitim amaçlı giriş yapan ve eğitimi süresince mesleki uygulama açısından kendisini geliştirmek amacıyla bir işveren nezdinde çalışan Türk vatandaşlarının bu çalışmalarını da yasal çalışma olarak kabul etmiş ve bu kişilerin, çalıştıkları süreye bağlı olarak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde tanınan haklara sahip olacaklarını belirtmiştir. Ancak, Divan'ın içtihadına genel olarak baktığımızda, Divan'ın bu kararını, tümüyle önceki içtihatlarına dayandırığını ve Divan'ın bu konuda yeni bir yorum ya da açıklama görmekteyiz, bu nedenle kararın, önceden incelemiş olduğumuz kararlar gibi asli öneme sahip olduğu kanaatinde değiliz.

²³⁷ AYDIN Senem/KÖSTEPEN Can, AB Tam Üyeliğinin Türkiye Vatandaşlarına Sağlayacağı Faydalar, İKV Yayınları, No. 173, İstanbul 2003, s. 41.

²³⁸ Bu konudaki açıklamaları için bkz. ÖZKAN, 31.

3.3.22 C-171/01 Wählergruppe "Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG", and Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit and Others²³⁹

3.3.22.1 Dava Konusu

Dava konusu olay, Verfassungsgerichtshof önüne, Wahlergruppe Gemeinsam seçmen grubu tarafından Land of Vorarlberg (Avusturya) İşçi Odası'nın 6-23 Nisan 1999 tarihleri arasında yapılan genel kurulunda gerçekleşen seçimin iptali amacıyla getirilmiştir.

Wahlergruppe Gemeinsam tarafından teklif edilen yirmi altı kişilik aday listesinde, taraflarca 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde aranan şartları yerine getirdikleri kabul edilen ve Befreiungsschein belgesini (kişinin yabancıların çalışmasına ilişkin ulusal hükümlerden muaf tutan belge) elinde bulunduran beş Türk vatandaşı yer almaktadır. Bu beş Türk adayın, Avusturya vatandaşı olmak hariç, ulusal hukukça öngörülen tüm uygunluk kriterlerini yerine getirdiği tartışmasızdır.

Yüksek Seçim Kurulu, 8 Şubat 1999'da, bu kişilerin Avusturya vatandaşı olmadıkları ve bu nedenle aday olmak için gereken niteliklere sahip olmadıkları gerekçesiyle, Wahlergruppe Gemeinsam tarafından sunulan listeden beş Türk adayın silinmesini kararlaştırmıştır.

Wahlergruppe Gemeinsam, 5 Mayıs 1999 tarihli mektubuyla, AKG'nin (Arbeiterkammergesetz-İşçi Odaları Yasası) 42(1). maddesi uyarınca seçimlerin geçerli olduğunu ve Yüksek Seçim Kurulu'nun listeden beş Türk vatandaşını çıkararak, Avrupa Birliği'nde doğrudan uygulanabilir bir özel hakkı, yani 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia ederek, bu karara itiraz etmiştir.

Yetkili Bakanlık 19 Kasım 1999'da bu itirazı reddetmiştir. Bakanlık, bu durumun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde düzenlenen

²³⁹ ECR 2003, P. I-04301.

ayrımcılık yasağına tabi olduğunu, keza Türk vatandaşlarının bir işçi odası genel kurulundaki seçime aday olabilmek için gereken niteliklere sahip olduklarını, Topluluk hukukunun ilk sırada geldiği günden beri, Topluluk hukukuna aykırı ulusal hukukun uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, kişisel olmayan oylama sistemi nedeniyle, siyasi eğilimlerine göre listenin tamamını dikkate alarak oy kullanan seçmenler için adayların bireysel açıdan çok az bir önem taşıdığını, bu nedenle Wahlergruppe Gemeinsam listesinden Türk vatandaşlarının isimlerinin silinmesinin söz konusu seçimin sonuçlarını etkilemeyeceğini belirtmiştir.

Wahlergruppe Gemeinsam, uyuşmazlığı Verfassungsgerichtshof önüne getirmiştir. Wahlergruppe Gemeinsam, Yüksek Seçim Kurulu'nun 8 Şubat 1999 tarihli kararının hukuka aykırı ilan edilerek iptal edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Wahlergruppe Gemeinsam, ayrıca, yapılan seçimin tamamının hukuka aykırı ilan edilerek iptal edilmesi ve yeni bir seçim yapılması gerektiğini iddia etmiştir. Verfassungsgerichtshof, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dâhil olan göçmen Türk işçilerini, bir işçi odasının genel kurul seçimine katılma hakkından mahrum bırakan AKG'nin 21(3). maddesi gibi bir ulusal düzenlemenin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesine aykırı olup olmadığını incelemiştir.

Verfassungsgerichtshof, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde geçen “diğer çalışma koşulları” ifadesinin, yasal olarak işçilerin menfaatlerini gözetten bir topluluğun seçimlerine aday olma hakkını kapsayacak nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Ulusal mahkeme, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin, Avusturya vatandaşı olmayan işçilerin bir işçi odasının genel kurulunda seçilemeyeceğini öngören bir ulusal hukuk hükmünün uygulanmasını engelleyecek kadar mutlak olup olmadığının, doğrudan uygulanacak kadar kesin hükümler içerip içermediğinin belirlenmesi gerektiğini ifade ederek, uyuşmazlığın çözümü için Topluluk hukukunun açıklanması gerekliliğinden hareket ederek, yargılamayı askıya almış ve aşağıdaki sorulara ilişkin olarak Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur:

(1). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesi, Türk işçilerinin bir işçi odası genel kurulunda seçilmesini kabul etmeyen bir üye ülke düzenlemesinin bu kişiler hakkında uygulanmasını engeller mi?

(2). Eğer engellerse, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesi, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir Topluluk hukuku kuralı mıdır?

3.3.22.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, bu sorulara doğru cevap verebilmek için, öncelikle, söz konusu düzenlemenin, ilgili kişinin bir üye ülke mahkemesinde atıfta bulunabileceği kadar doğrudan bireysel haklar tanıyıp tanımadığının belirlenmesi gerektiğini ve eğer öyleyse, ikinci olarak, söz konusu hükümde yer alan ayrımcılık yasağının uygulama alanının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin doğrudan etkisine ilişkin olarak, Topluluk ile üye olmayan bir devlet arasında akdedilen bir anlaşmadaki hükmün, anlatım biçimi, amacı ve özellikleri dikkate alındığında, hükmün uygulanmasında ya da etkilerinde, herhangi bir ikincil düzenlemeye gerek bulunmaksızın, açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse, bu hükmün doğrudan uygulanma niteliğini haiz olduğunu belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin doğrudan uygulanabilme şartlarını karşılayıp karşılamadığı belirlenirken, öncelikle söz konusu düzenlemenin koşullarının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin, üye ülkelerin, iş gücü piyasalarına usulüne uygun olarak kayıtlı bulunan göçmen Türk işçileri hakkında ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapmalarını açık, kesin ve mutlak bir şekilde yasakladığını ifade etmiştir. Divan, söz konusu eşit muamele kuralının kesin bir yükümlülük getirdiğini ve özelliği gereği, bireylere, bir hakkın tanınmasında kendi vatandaşlarına uygulamadığı şartları vatandaş olmayan bireyler hakkında uygulayan bir üye ülke mevzuatının ayrımcılık gözetilen hükümlerinin uygulanmamasını bir ulusal mahkemeden talep etme hakkını tanıdığını, bunun için ayrıca uygulama usulleri kabul edilmesinin gerekmediğini belirtmiştir ve ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde yer alan

ayrımcılık yasağının bireyler hakkında doğrudan uygulanabileceğine dair sonucun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının ve söz konusu Kararın bir parçasını teşkil ettiği Ankara Anlaşmasının amacı ve özellikleri ile çelişmediğini ifade etmiştir.

Divan, özellikleri açısından tümüyle programlayıcı olmaktan uzak olan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin, çalışma koşulları ve ücretlendirme alanında ulusal mahkemeler tarafından uygulanmaya yeterince elverişli olan açık ve mutlak bir kural tesis ettiğini, bu nedenle, bireylerin yasal statülerine doğrudan kaynaklık etmeye muktedir olduğunu ifade etmiştir. Bu gerekçelerle, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin, söz konusu Kararın haklarında uygulandığı Türk vatandaşlarının, ev sahibi üye ülkenin ulusal mahkemeleri nezdinde, bu maddeye doğrudan dayanabilecekleri anlamına gelen, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin uygulama alanına ilişkin olarak, öncelikle, Land of Vorarlberg işçi odasının genel kurulu seçimleri için Wahlergruppe Gemeinsam aday listesinden çıkarılan beş Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesi anlamında bir üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olduklarının tartışmasız olduğunu vurgulamıştır. Divan, ayrıca, ilgili Türk işçilerinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesi kapsamında olduğunu, söz konusu beş Türk vatandaşının, Avusturya vatandaşlığına sahip olma şartı hariç, uygulanan ulusal hukukta aranan tüm seçilme kriterlerini yerine getirdiğini, bu kişilerin Land of Vorarlberg işçi odaları genel kurulu seçimi adaylıklarının sadece Türk vatandaşı olmaları nedeniyle kabul edilmediğinin sabit olduğunu ifade etmiştir. Divan, Türk işçilerinin ev sahibi üye ülkedeki bir işçi odası genel kurulunda aday listesinde yer alabilmek için böyle bir vatandaşlık şartına tabi olmasının, çalışma koşulları alanında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesi ile uyum içerisinde olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Divan, AT Antlaşmasının 39, 40 ve 41. maddelerinden (eski maddeler 48, 49 ve 50) esinlenen Ankara Anlaşmasının 12. maddesi ve Katma Protokolün 36. maddesinin, mümkün olduğu kadar, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının tanıdığı

haklardan istifade eden Türk vatandaşları hakkında da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinde düzenlenen çalışma koşullarına ilişkin ayrımcılık yasağının uygulama alanı belirlenirken, Topluluğa üye bir devletin vatandaşı olan işçiler hakkında uygulanan serbest dolaşımı hükümlerine atıfta bulunulması gerekliliği üzerinde durmuştur. Divan, böyle bir yöntemin daha doğru olduğunu zira söz konusu maddenin AT Antlaşmasının 39. maddesinin ikinci fıkrası ile (eski madde 48/f. 2) şartları açısından hemen hemen aynı şekilde düzenlendiğini, Topluluk hukuku ve özellikle AT Antlaşmasının 39. maddesinin ikinci fıkrası (eski madde 48/f. 2) bağlamında, mesleki kuruluşlar gibi işçilerin zorunlu olarak üyesi oldukları ve aidat ödemeleri gereken ve işçilerin haklarını savunan ve temsil eden ve yasama alanında danışmanlık işlevi bulunan toplulukların seçimlerinde diğer üye ülke vatandaşlarına oy kullanma hakkı ve/veya aday olma hakkı tanınmayan bir ulusal mevzuatın vatandaşlığa dayalı ayırım yapmama temel kuralına aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin, her bir üye devlete, kendi iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı bulunan Türk vatandaşlarının çalışma koşullarına ilişkin olarak, diğer üye ülke vatandaşları hakkında uyguladıkları usulün benzerini uygulama yükümlülüğü getirdiğini belirten Divan, Avusturya'daki işçi odaları gibi işçilerin haklarını savunan ve temsil eden bir topluluğa seçilmeyi ev sahibi üye ülke vatandaşlığına sahip olma şartına bağlayan bir ulusal mevzuatın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Divan, ayrıca, Komisyonun da görüşüne katılarak, bu açıklamanın, işçilerin serbest dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmeyi ve Türk vatandaşlarının ev sahibi üye ülke ile bütünleşmelerini ilerletmeyi amaçlayan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının amacı ve genel mantığı ile uyumlu tek açıklama olduğunu, bir üye ülkede yasal olarak çalışan Türk vatandaşlarına, üye ülke vatandaşı olan işçiler ile aynı çalışma koşullarının tanınmasının, göçmen Türk işçilerinin bulundukları ülkenin iş gücü piyasası ile tedricen bütünleşmelerini sağlayan önemli bir basamak olduğunu ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Verfassungsgerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1).

maddesinin, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu ve ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak kayıtlı bulunan Türk işçilerinin, Avusturya'daki işçi odaları gibi işçi haklarını savunan ve temsil eden bir topluluğun genel kuruluna seçilmelerini kabul etmeyen bir ulusal mevzuatın uygulanmasını engellediği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.22.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan'ın bu içtihadı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul ettiği ilk karar olması açısından önem taşımaktadır. Bu karar sayesinde, ayrımcılık yasağına ilişkin Topluluk hukuku düzenlemelerinin, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında olan vatandaşlarımız hakkında da uygulanması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu temel kural, herhangi bir ikincil düzenlemeye gerek bulunmaksızın doğrudan uygulanma etkisini haiz olduğundan, Türk vatandaşlarının üye devlet mahkemeleri nezdinde açacakları davalarda hukuki temel teşkil edebilecek niteliktedir²⁴⁰. Böylelikle, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne olarak kayıtlı olan bir Türk vatandaşına, dolaylı ve haklı olarak, bulunduğu bölgedeki işçi odası genel kurulu seçimlerine aday olarak katılma hakkı tanınmış olmaktadır. Kanaatimizce vatandaşlarımıza bu hakkın tanınması, bu kişilerin, birer sözcü olarak, kendilerinin ve yine üye ülkelerde çalışan vatandaşlarımızın haklarını daha etkili savunabilmeleri ve beklentilerini daha kolay dile getirebilmeleri açısından önemlidir. Ancak böyle bir hakkın, vatandaşlarımıza ilgili ortaklık hukuku düzenlemeleri ile açıkça değil de, bir Divan kararı neticesinde zımnen tanınması eleştirilebilir. Bir işçiye tanınan birçok hak gibi, işçiye sendikal haklar tanınması kanaatimizce asli unsurlardan biridir. Bu nedenle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, genel anlamda bir vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağını içermekle birlikte, sendikal haklar açısından ayrıntılı bir düzenleme içermemesi kanaatimizce bu Karara yöneltilebilecek olumsuz bir eleştiridir. Kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, bu hakkın, vatandaşlarımıza

²⁴⁰ Bu konudaki açıklamaları için bkz. CAN Hacı/AZİK Eda, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı: Wählergruppe Gemeinsam Zajedno ve Diğerleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, İzmir 2004, s. 59.

sadece söz konusu bölgedeki işçi odasının değil, benzer nitelikteki tüm temsilci kuruluşların genel seçimlerine katılma hakkı tanınmasıdır.

3.3.23 C–317/01 Eran Abatay and Others and C–369/01 Nadi Sahin v Bundesanstalt für Arbeit²⁴¹

3.3.23.1 Dava Konusu

3.3.23.1.1 C–317/01 Sayılı Karar

Abatay ve diğerleri, Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşları olup, uluslararası taşımacılık sektöründe sürücü olarak çalışmaktadırlar. Bu kişiler, merkezi Stuttgart Almanya olan Baqir GmbH isimli şirketin Mersin’de kurulu bir iştiraki olan Baqir Dis Tic. ve Paz. Ltd. Sti²⁴² nezdinde çalışmaktadırlar. Baqir Dis ve Baqir GmbH’nin iştigal konusu, genellikle Türkiye’de yetişen sebze ve meyveleri Almanya’ya ihraç etmektir. Ürünler, Abatay ve diğerleri tarafından, Türkiye’den Almanya’ya, Baqir GmbH adına Almanya’da tescilli tırlar ile taşınmaktadır.

Bundesanstalt, bu sürücülerin her birine 30 Eylül 1996’ya kadar geçerli olan çalışma izinleri vermiştir. Bununla birlikte, Bundesanstalt, bu tarihten sonra, bu kişilere başka çalışma izni belgeleri vermeyi reddetmiştir.

Abatay ve diğerleri tarafından açılan davada Sozialgericht Nuremberg (Almanya), 27 Ekim 1998 tarihli kararıyla, davacıların çalışma izni alma gereklilikleri bulunmadığına hükmetmiştir.

Bayerisches Landessozialgericht (Almanya), 25 Temmuz 2000 tarihli kararıyla, Bundesanstalt’ın söz konusu kararlara karşı yapmış olduğu itirazı reddetmiştir. Bu mahkeme, Almanya’da bulunan Türk sürücülerinin ekonomik faaliyetleri başladığı tarihten itibaren o üye ülkenin iş gücü piyasasının bir parçası olduğunu belirtmiştir. Söz konusu mahkeme, uluslararası yolcu ve ürün taşımacılığına ilişkin işlerde çalışan kişilerin, 1 Eylül 1993’te yürürlüğe giren Verordnung über die

²⁴¹ ECR 2003, P. I-12301.

²⁴² Baqir Dis Tic. ve Paz. Ltd. Sti, bundan sonra kısaca “Baqir Dis” olarak anılacaktır.

Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer²⁴³, in 9(2). maddesi uyarınca çalışma izni almalarına gereklilik bulunmadığını, dolayısıyla, Abatay ve diğerlerinin Alman ulusal mevzuatına göre 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesi anlamında, yasal olarak çalıştıkları sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, Alman Çalışma Bakanlığının, Türk sürücülerinin Almanya'ya giriş için ikamet izni alma gerekliliği bulunmadığına ilişkin AEVO'nun ilgili maddesini 10 Ekim 1996'da kabul ettiği düzenleme ile değiştirerek, Alman iş gücü piyasasına Türk sürücülerini katılan kişilerin, Almanya'da çalışma izni almaları gerektiği yönünde hükümler getirmesini, Türkiye'de ikamet etmekte ve Almanya'da sürücü olarak çalışmakta olan Türk sürücülerinin hakkında önemli bir sınırlama ve bu bağlamda 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Bundesanstalt, Bayerisches Landessozialgericht'in bu kararına karşı, temyiz başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, açıkça bir üye devlette yasal olarak ikamet etmekte olan Türk işçilerine ilişkin olduğunu ve bundan dolayı mevcut davada uygulanma imkânı bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, ulusal mevzuatta yapılan 1993 ve 1996 tarihli değişikliklerin, Katma Protokolün 41(1). maddesi kapsamındaki kişilere tanınan mevcut haklara yeni kısıtlamalar getirme yasağını ihlal etmediğini belirtmiştir.

Abatay ve diğerleri, çalışma izni alma muafiyetinin doğrudan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Bu kişiler, bir diğer seçenek olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesine de atıfta bulunarak, bir üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra aynı işveren yanında çalışma iznini yenileme hakkına sahip olduklarını iddia etmişlerdir. Davacılar, 1993'ten önce başlayan ve 1996'ya kadar süren dönemde zaten ulusal hukuk kapsamında çalışan kişi statüsü kazandıklarını ve Bundesanstalt'ın artık kendilerinden bu hakkı geri alamayacağını belirtmişlerdir.

Bundessozialgericht'in 11. Dairesi, Alman hukukuna göre, Abatay ve diğerlerinin, bir Türk işverenin işçileri olarak, Almanya'da tescilli tırları kullanmak

²⁴³ Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer (Alman Vatandaşı Olmayan İşçilerin Çalışma İzinlerine İlişkin Yönetmelik) , bundan sonra kısaca "AEVO" olarak anılacaktır.

suretiyle uluslararası taşımacılık işi yapmalarının, Almanya’da çalışma izinleri bulunmaksızın mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Mahkeme, Abatay ve diğerleri tarafından iddia edilen çalışma izni muafiyetinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinden ya da Katma Protokolün 41(1). maddesinden kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, AEVO’ya 1 Eylül 1993 ve/veya 10 Ekim 1996’da eklenen değişikliklerin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesi anlamında işe girme şartlarına ilişkin ya da Katma Protokolün 41(1). maddesi anlamında hizmetlerin serbest edimine ilişkin yeni kısıtlamalar olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.

Bundessozialgericht, Katma Protokolün 41(1). maddesi gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin de, üye ülkelerin genel olarak Aralık 1980’den itibaren Türk vatandaşlarının işe giriş şartlarında yeni kısıtlamalar getirmesini yasakladığı şeklinde anlaşılıp anlaşılamayacağının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bazı yönleriyle Katma Protokolün 41(1). maddesinden farklı olan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin yazılış tarzının, ilgili üye devlette yasal olarak ikamet eden ve çalışan işçilerin işe girme şartlarında yeni kısıtlamalar getirilemeyeceğini öngördüğünü belirtmiştir. Mahkeme, bunu belirttikten sonra, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, Abatay ve diğerleri gibi, Türkiye’de çalışan ve ilgili üye ülkenin iş gücü piyasasına dâhil olmaksızın, yaptıkları işin uluslararası taşımacılık olması nedeniyle sadece o üye ülkeden geçmek durumunda olan işçilere de uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, sadece bir üye ülkenin iş gücü piyasasına dâhil olan işçiler hakkında uygulanabileceğini, ancak Abatay ve diğerlerinin üye ülkeye sadece sınırlı bir süre giriş yaptıklarını ve vakit kaybetmeksizin Türkiye’ye döndüklerini belirtmiştir. Mahkeme, son olarak, Katma Protokolün 41(1). maddesinden Abatay ve diğerleri için çıkarılabilecek daha elverişli bir sonuç olup olmadığına açıkça cevap veremediğini belirtmiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme, uyuşmazlığın Topluluk hukukuna ilişkin olduğunu belirterek, yargılamayı askıya almış ve Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.23.1.2 C- 369/01 sayılı Karar

Nadi Şahin, başlangıçta Türk vatandaşı olan ancak 1991’de Alman vatandaşlığına geçen ve Göppingen’de (Almanya) kurulu bir taşımacılık işletmesi olan Sahin Internationale Transporte’nin sahibidir. Şahin, ayrıca, bu teşebbüsün bir iştiraki olan ve merkezi İstanbul’da bulunan Anadolu Dış Ticaret A.Ş.’nin de sahibidir. Sahin Internationale Transporte, sahip olduğu tırlarla Almanya ile Türkiye, İran, Irak gibi ülkeler arasında taşımacılık yapan bir şirkettir. Şirketin mülkiyetindeki tüm tırlar, Almanya’da tescillidir. Sahin Internationale Transporte ile Anadolu Dış Ticaret A.Ş.²⁴⁴ arasında, Anadolu Dış’ın uluslararası taşıma operasyonlarında Sahin Internationale Transporte’nin tırlarını kullanmasına ilişkin bir acentelik sözleşmesi mevcuttur.

Nadi Şahin, 1 Eylül 1993 öncesi dönemde, Türkiye’de yaşayan ve iş sözleşmeleri Anadolu Dış ile yapılan on yedi Türk vatandaşını, Almanya’da tescilli tırların sürücüsü olarak çalıştırmıştır. Alman Konsoloslugu tarafından bu kişilere vize verilmiştir.

Bundesanstalt, bu sürücülerin başlangıçta çalışma izni almalarına gereklilik bulunmadığını, ancak, 1995 yılı sonrasında Almanya’da tescilli tırları kullanacak yabancı sürücülerin bu kişiler yabancı işletmeler nezdinde çalıştırılmadıkça artık çalışma izni muafiyetleri bulunmadığını belirtmiştir.

Nadi Şahin 29 Mayıs 1996’da Sozialgericht Ulm’a (Almanya) başvurarak, söz konusu işçilerin Almanya’daki faaliyetleri için çalışma izni alma gerekliliği bulunmadığının teyit edilmesini istemiştir. Şahin, bu mahkemeden, 9 Aralık 1996’da, dava nihai bir kararla sonuçlanıncaya kadar Bundesanstalt für Arbeit’in söz konusu işçilere çalışma izni vermesi gerektiği yönünde geçici bir karar almıştır.

Sozialgericht Ulm, 10 Şubat 1998 tarihli kararıyla, dava konusu on yedi işçinin çalışma izni almaktan muaf olduğuna hükmetmiştir.

Bundesanstalt, bu karara karşı, Landessozialgericht Baden-Württemberg (Almanya) nezdinde itiraz etmiş, ancak bu itirazı, 27 Temmuz 2000’de reddedilmiştir.

²⁴⁴ Anadolu Dış Ticaret A.Ş. , bundan sonra kısaca “Anadolu Dış” olarak anılacaktır.

Landessozialgericht Baden-Württemberg, ret gerekçesini, esas olarak, Katma Protokolün 41(1). maddesine dayandırmış, bu hükmün, Topluluk üye ülkeleri ile Türkiye'nin, aralarında hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar getirmelerini yasakladığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme, 1 Ocak 1973 itibarıyla, dava konusu tır sürücülerinin durumundaki işçiler için çalışma izni alma gerekliliği bulunmadığına karar vermiştir.

Bundesanstalt, bu hükme karşı, özellikle AEVO'nun 9(2). maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek temyiz başvurusunda bulunmuştur. Şahin, bu başvurunun reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Şahin, hem Katma Protokolün 41(1). maddesinin hem de 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin Türk işçilerinin çalışma izni alma muafiyetlerine yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklayan bir stand-still klozu içerdiğini iddia etmiştir.

Bundessozialgericht'in 7. Dairesi, Landessozialgericht Baden-Württemberg'in sürücülerin çalışma izni alma muafiyetlerinin bulunduğuyla ilişkin kararının, söz konusu işçilerin işverenin Sahin Internationale Transporte ya da Anadolu Dış olmasına göre değişebileceğine işaret etmiştir. Mahkeme, öncelikle, Türk sürücülerinin Katma Protokolün 41(1). maddesindeki korumadan faydalanıp faydalanamayacaklarının ve mevcut davadaki muamelenin, Katma Protokolün 41(1). maddesi anlamında gerçekten bir sınırlama olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca, bu düzenlemeye dayanabilmek için, ilgili işçilerin çalışmalarının bir Türk işvereni nezdinde mi yoksa bir başka işveren nezdinde mi (Almanya) olması gerektiğinin de belirlenmesi gerektiğini eklemiştir. Mahkeme, Şahin'in, 1991 yılından beri Alman vatandaşı olması nedeniyle Türk sürücülerini çalışma izinleri olmaksızın çalıştırma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bunu belirttikten sonra, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesi arasındaki ilişkiye değinmiştir. Mahkeme, bu gibi sınırlayıcı düzenlemelerin, hem Türk iş adamları için garanti altına alınan hizmetlerin serbest edimi açısından ve hem de Türk işçileri için garanti altına alınan işe girme şartlarını ağırlaştırmama yükümlülüğü açısından yeni bir sınırlama teşkil ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu durumda, bu iki düzenlemeden hangisinin uygulanacağını

belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu sebeplerle, mahkeme, uyuşmazlığın Topluluk hukukuna ilişkin olduğunu dikkate alarak, yargılamayı askıya almış ve Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.23.2 Adalet Divanı Kararı

Divan Başkanı, 5 Kasım 2001 tarihli kararı ile, C-317/01 ve C-369/01 sayılı davaları, bağlantılı olmaları nedeniyle birleştirmiştir.

Divan, danışılan hususlara doğru cevap verebilmek için, öncelikle, bireylerin Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesine bir üye devlet mahkemesi önünde atıfta bulunup bulunamayacaklarını, eğer atıfta bulunabilirlerse, bu düzenlemelerin içerdiği stand-still klostlarının uygulama alanının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğunun Divan’ın önceki içtihatlarından açıkça anlaşılabileceğini, bu düzenlemelerin açık, kesin ve mutlak olarak, taraflarca oluşturulan bir hukuktan kaynaklanan yükümlülükler içeren stand-still klostları getirdiğini, bu nedenle, bu düzenlemelerin haklarında uygulandığı Türk vatandaşlarının, ulusal hukukun bu düzenlemelere aykırı hükümlerinin uygulanmasını engellemek için, ulusal mahkemeler nezdinde bu iki düzenlemeye atıfta bulunabileceklerini ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinde yer alan stand-still klostlarının anlamına ilişkin olarak, yerleşmiş içtihatlarında belirtmiş olduğu gibi, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasındaki ortaklık hukukunun, üye devletlerin kendi ülkelerine Türk vatandaşlarının girişlerini ve ilk işe giriş şartlarını belirleme yetkisine müdahale etmediğini, sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesine uygun olarak ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş Türk işçilerinin durumlarına ilişkin düzenlemeler getirdiğini belirtmiştir. Divan, Türk vatandaşlarının üye ülke vatandaşlarından farklı olarak, Topluluk içerisinde serbest dolaşım hakları bulunmadığını, bu kişilerin sadece yasal olarak giriş yaptıkları ve belirli bir dönem yasal olarak çalıştıkları ev sahibi üye

Ülkede bazı haklara sahip olduklarını ifade etmiştir. Divan, buna bağlı olarak, bir Türk vatandaşının bir ye devlete ilk girişi konusunda, kural olarak, münhasıran o devletin kendi ulusal hukukunun uygulanacağını ve ilgili kişinin ücretli çalışma ya da serbest meslek faaliyetinde bulunmaya ilişkin Topluluk hukuku kapsamında bazı haklar talep edebileceğini, bununla birlikte, Katma Protokolün 41(1). maddesinde yer alan stand-still klotunun ye ülkelerin yerleşme hakkına ilişkin yeni kısıtlamalar kabul etmelerini yasakladığını ve bunun sonucu olarak, ye ülkelerin ulusal düzenlemeleri aracılığıyla, bu kişilerin ikamet haklarına ilişkin olarak, Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarihteki şartlardan daha ağır şartlar uygulayamayacaklarını ifade etmiştir.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin Ankara Anlaşmasının 13. ve 14. maddeleri açısından da önemli sonuçlar doğurduğunu ve bu anlamda yerleşme serbestisi ile hizmetlerin serbest edimine ilişkin ulusal engellerin tedricen kaldırılmasının zorunlu olduğunu ve her iki düzenlemede yer alan stand-still klotlarının aynı türde olduğunu kabul etmek gerektiğini ifade etmiştir. Divan, her iki düzenlemenin de, işçilerin serbest dolaşımının tedricen tesis edilmesine yardımcı şartlar yaratmak suretiyle ulusal makamların söz konusu kişilerin yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine ilişkin yeni engeller getirmelerini yasaklama amacını taşıdığını belirtmiştir.

Divan, Savaş kararında Katma Protokolün 41(1). maddesine ilişkin yaptığı yorumların, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesi için de geçerli olması gerektiğini vurgulamıştır.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, ye devletlerin söz konusu Kararın yürürlüğe girdiği tarihte uyguladıkları şartlardan daha ağır şartlar getirmelerinin yasak olduğunu belirten Divan, ayrıca, yazılış tarzından da açıkça anlaşılacağı üzere, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin sadece Türk işçileri hakkında değil bu kişilerin aile bireyleri hakkında da uygulanacağını ifade etmiştir. Divan, bu değerlendirmeleri işığında, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinde kullanılan ifadelerden, bu maddenin, sadece ilgili ye ülkeye yasal olarak giriş yapmış, orada yasal olarak ikamet eden ve yasal olarak alışan Türk vatandaşlarının bu maddede yer alan stand-still klotundan faydalanabilecekleri sonucuna ulaşmıştır.

Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin olarak, her iki düzenlemenin de aynı anlama sahip olduğunu, her birinin uygulama alanının belirli olduğunu ve bu nedenle iki düzenlemenin aynı anda uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Divan, önüne gelen dosyalardan dava konusu kişilerin üye devlet ülkesine giriş yapma ve çalışma şartları açısından hukuka uygun bir konuma sahip olduklarının ve bu nedenle o ülkede bir meslek icra etme hakkına sahip bulunduklarının sabit olduğunu belirtmiştir.

Divan, dava konusu Türk sürücülerinin Almanya’da ikamet ettikleri süreler için düzenli olarak vize aldıklarını ve çalışma izni alma muafiyetlerinin bulunduğunu, bu kişilerin Türkiye’deki malları Almanya’ya ya da Almanya’daki malları Türkiye, İran ya da Irak’a taşıma işi yaptıklarını ve işlerini tamamladıktan sonra işverenlerinin bulunduğu Türkiye’ye döndüklerini ve burada aileleri ile birlikte yaşadıklarını belirtmiştir. Divan, bu Türk vatandaşlarının Almanya iş gücü piyasasına dâhil olmak gibi bir niyetlerinin bulunmadığını, bu nedenle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının bu kişiler hakkında uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Divan, Hollanda Hükümetinin, Katma Protokolün 41(1). maddesinin taşımacılık sektöründe uygulanamayacağını iddia ettiğini aktarmış; ancak Divan, bu iddiayı kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Divan, AT Antlaşmasının taşımacılık konusuna ilişkin olarak, 51(1). maddesi ile (eski madde 61/f.1) özel bir düzenleme getirdiğini ve bu düzenlemenin taşımacılık alanındaki hizmetlerin serbest edimine uygulanacağını söz konusu maddede belirtildiğini ifade etmiş; ancak dava konusu olayın biraz daha farklı olması nedeniyle bu maddenin somut olayda uygulanmayacağını belirtmiştir.

Divan, Katma Protokolün 42. maddesinde, Ortaklık Konseyinin özellikle Türkiye’nin coğrafi konumunu da göz önünde bulundurarak tespit edeceği usullere göre AT Antlaşmasının ulaştırma ile ilgili hükümlerini Türkiye’ye teşmil edeceğinin belirtildiğini ifade etmiş; ancak bunun ihtiyari bir düzenleme olduğunu, Ortaklık Konseyinin bu konuya ilişkin bir karar almadığını, bu nedenle, Avrupa Topluluğu-

Türkiye ortaklık hukukunda bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığını ifade etmiştir.

Divan, bu değerlendirmeleri ışığında, Katma Protokolün 41(1). maddesinde yer alan stand-still klozunun, dava konusu kişiler hakkında “ratione materiae” uygulanabileceğini, bu sonucun daha uygun olduğunu, zira söz konusu uyuşmazlığın, taşımacılığın teknik kurallarına değil Türk vatandaşlarının Türkiye ile üye ülkeler arasında taşıma hizmeti yapabilmesi için çalışma izni almaları gerekliliği bulunup bulunmadığına ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin “ratione personae” uygulama alanının belirlenmesi gerektiğini kabul etmiş ve bu bakımdan, Türkiye’de kurulu ve yasal olarak bir üye ülkeye hizmet ediminde bulunan bir işletme sahibinin bu maddeye dayanmasının mümkün olduğunu, ancak bir Alman taşımacılık şirketinin Katma Protokolün 41(1). maddesindeki korumadan faydalanamayacağını belirtmiştir.

Özetle, Divan, Bundessozialgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir nitelikte düzenlemeler olduğu sonucuna ulaşmış; bu nedenle, bu düzenlemeler kapsamındaki kişilerin, ulusal mahkemelerden bu düzenlemelere aykırı ulusal hukuk hükümlerinin kendileri hakkında uygulanmasının engellenmesini talep etme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Divan, Katma Protokol’ün 41(1). maddesi ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesinin, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, üye ülkelerin, yerleşme hakkı, hizmetlerin serbest edimi ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin yeni ulusal sınırlamalar getirmelerini yasakladığını ifade etmiştir. Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin, Türkiye’de yetişen ürünlerin bir üye devlet ülkesine uluslararası taşıma yoluyla nakledilmesi konusuna uygulanabilir nitelikte olduğunu, Katma Protokolün 41(1). maddesi ile sağlanan korumayı sadece bir üye devlette hizmet veren Türkiye’de kurulu bir teşebbüsün değil, böyle bir teşebbüsün çalışanlarının da hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar getirilmesini engellemek amacıyla talep edebileceğini belirtmiş; ancak bunu bir üye devletteki teşebbüsün talep edemeyeceğini ifade etmiştir. Divan, Katma Protokolün 41(1). maddesinin, bir üye devletin, Türkiye’de

kurulu bir işletmenin kendi ülkesinde hizmet verebilmesi için çalışma izni alma zorunluluğu getirmesini eğer Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte böyle bir zorunluluk bulunmamaktaysa yasakladığı sonucuna ulaşmıştır. Divan, ayrıca, Türk vatandaşları hakkında uygulanan ulusal mevzuatın Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte bu kişiler hakkında uygulanan ulusal mevzuattan daha az elverişli olup olmadığının tespitini ulusal mahkemenin yapacağını da vurgulamıştır.

3.3.23.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Türkiye ile üye ülkeler arasındaki ilişkileri ağırlaştırıcı şartlara bağlamayı değil iyileştirmeyi amaç edinen ortaklık hukukunun amacı dikkate alındığında, kanaatimizce, Katma Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde aranmayan şartların sonradan ulusal düzenlemelerle ileri sürülmesinin önüne geçilmesi yerinde olmuştur. Bu kararla, Divan, sadece Türk işçilerinin haklarının değil, “hizmet edimi serbestîsi” kapsamında, serbest meslek sahibi Türk vatandaşlarının da haklarının dayanağını AB ile Türkiye arasında imzalanmış olan belgelerden aldığını ortaya koymuştur. Bu genişletici yorum sayesinde Türk girişimciler, ister Türkiye’de yerleşik olup, üye bir ülkede faaliyet gösterebilirler, isterlerse AB üyesi bir ülkede, mülkiyeti bir Türk vatandaşına ait olmak koşuluyla, yerleşik durumda olsunlar, AB hukuku temelinde değerlendirilmek durumundadırlar²⁴⁵.

3.3.24 C-373/02 Sakir Öztürk v Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter²⁴⁶

3.3.24.1 Dava Konusu

Türk vatandaşı Şakir Öztürk, 1939 doğumlu olup, Almanya’da yaşamaktadır. Öztürk, ilk olarak 1966’dan 1970’e kadar Avusturya’da, sonrasında da Almanya’da çalışmaya devam etmiştir. Öztürk, Almanya’da, 20 Temmuz 1998’den 31 Aralık 1999’a kadar işsiz kalmış, bu süre boyunca Bremen İş ve İşçi Bulma Bürosu’ndan işsizlik yardımı almıştır. Şakir Öztürk, 1 Ocak 2000 itibarıyla, Almanya’da üç yüz yirmi üç,

²⁴⁵ Bu konudaki açıklamaları için bkz. EREN, 21.

²⁴⁶ ECR 2004, P. I-03605.

Avusturya’da elli dört olmak üzere, toplam üç yüz yetmiş yedi ay zorunlu yaşlılık sigortası primi ödemiştir. Şakir Öztürk’e, 1 Ocak 2000’den itibaren, erken emeklilik aylığı bağlanmıştır. Ancak, Avusturya Emekli Sandığı, 10 Nisan 2000 tarihli bir kararla, Öztürk’erken emeklilik aylığı verilmesini Allgemeines Sozialversicherungsgesetz²⁴⁷’in 253a maddesine dayanarak reddetmiştir.

Öztürk’ün bu karara karşı yaptığı itiraz, ilk derece mahkemesi tarafından, ASVG’nin 253a maddesinin, Avusturya iş gücü piyasasının durumunu yansıttığı ve Öztürk’ün Almanya’da maddi işsizlik sigortası yardımı alıyor olmasının kendisinin Avusturya işsizlik sigortası kapsamında olduğu anlamına gelmediği gerekçe gösterilerek reddedilmiş, ayrıca ne iki taraflı bir sözleşmenin ne de 1408/71 sayılı Tüzüğü’nün bu yorumu değiştirmeyeceği de belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesinin bu kararına karşı yapılan itiraz da, reddedilmiş, bunun üzerine, Öztürk, Oberster Gerichtshof’a temyiz başvurusunda bulunmuştur. Bu mahkeme, ASVG’nin 253a maddesi kapsamında emekli aylığına hak kazanılması amacıyla, davacının bir başka üye ülkede maddi işsizlik yardımı aldığı sürelerin hesaba katılmamasının, esas yargılamadaki davacı aleyhine, Ankara Anlaşmasının 9. maddesi hilafına, dolaylı bir ayrımcılık oluşturup oluşturmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir. Ulusal mahkeme, bu bağlamda, Taflan Met kararına atıfta bulunarak, Konsey tarafından uygulama usulleri kabul edilmediğini ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının sigortalılık sürelerinin birleştirilmesine ilişkin 12. ve 13. maddelerinin doğrudan etkiye sahip olmadığını belirtmiştir. Oberster Gerichtshof, söz konusu düzenlemenin sadece ikamet edilen üye ülkedeki Türk vatandaşlarının durumuna ilişkin olması nedeniyle Şakir Öztürk’ün, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasasına dayanmasının mümkün olmadığını, ancak Öztürk’ün, Ankara Anlaşmasının 9. maddesinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan genel düzenlemeye dayanabileceğini belirtmiştir. Oberster Gerichtshof, yargılamayı askıya alarak, aşağıdaki sorulara ilişkin olarak, Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur:

²⁴⁷ Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Genel Sosyal Güvenlik Yasası), bundan sonra kısaca “ASVG” olarak anılacaktır.

(1). Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasındaki ortaklık hukuku (özellikle Ankara Anlaşmasının 9. maddesi), işsiz kalma durumunda erken emeklilik aylığına hak kazanılmasını ilgili işçinin aylık başvurusunda bulunmadan önceki belirli bir dönem ilgili üye ülkeden işsizlik sigortası yardımı almış olması gerekliliğine bağlayan bir üye ülke mevzuatının bu kişi hakkında uygulanmasını engellemekte midir?

(2). İlk sorunun cevabı olumsuzsa, 1408/71 sayılı Tüzüğün 45(1). maddesi, işsiz kalma durumunda erken emeklilik aylığına hak kazanılmasını ilgili işçinin aylık başvurusunda bulunmadan önceki belirli bir dönem ilgili üye ülkeden işsizlik sigortası yardımı almış olması gerekliliğine bağlayan bir üye ülke mevzuatının uygulanmasını engellemekte midir?

3.3.24.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, bu davada, Öztürk'ün, mevcut durum itibariyle Almanya'da yaşamakta olduğu gerçeğine bakılmaksızın, Avusturya makamlarına karşı, emekli aylığına hak kazanmak amacıyla, Almanya'ya taşınmadan önce Avusturya'da tamamladığı sigortalılık dönemlerine dayanarak emeklilik aylığına hak kazanabilmek için, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesine dayanabileceğini, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinde yer alan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapma yasağı uyarınca, eşit muamele yapma kuralının, sadece açıkça yapılan ayrımcılığı değil, diğer ayırt edici kriterler uygulanarak yapılan her türlü ayrımcılığı yasakladığını belirtmiştir.

Divan, erken emeklilik aylığına hak kazanılması için, hak kazanma tarihinden önceki belirli bir süre Avusturya işsizlik sigortasından yararlanmış olma şartı koşan ulusal mevzuatın, Avusturya'da çalışmış olan Türk göçmen işçilerine nazaran Avusturya işçileri tarafından yerine getirilmesinin daha kolay olduğunu açıklamış ve söz konusu mevzuatın, her ne kadar doğrudan vatandaşlığa dayanmasa da, dolaylı olarak eşit olmayan muameleye yol açtığını ifade etmiştir. Divan, ayrıca, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, bir ulusal mahkeme tarafından uygulanacak kadar kesin ve mutlak bir kural içerdiğini belirtmiştir.

Divan, Avusturya Hükümetinin, Taflan-Met kararına atıfta bulunarak, söz konusu düzenlemeye doğrudan uygulanma etkisi atfedilmediğini ve bu nedenle bu düzenlemeye ulusal mahkemeler önünde müracaat edilemeyeceğini iddia ettiğini aktarmış, ancak bu iddianın kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Divan, esas yargılamada dikkate alınması gereken yegâne hususun, ilgili işçinin, işsiz kalma durumunda erken emeklilik aylığı talebinde bulunabilmesinin ön koşulu olan işsizlik yardımı almış olması gereken asgari sürenin belirlenmesi olduğunu vurgulamıştır. Divan, dava konusu kişiye yapılan yardımın, işçinin faal hayatla yeniden bütünleşmesi amacını taşıdığını ancak bunun bir işsizlik yardımı değil yaşlılık aylığı niteliğinde olduğunu ifade etmiş; buna ek olarak, bu aylığın, ilgili kişiye uzun bir dönem işsiz kalmış olması nedeniyle, emeklilik yaşına ulaşmasından önce verildiğini, ancak, bu aylığın tutarının, sigortalı kişinin ilgili üye ülkenin yaşlılık sigortası koluna prim ödediği süreler temel alınarak hesaplandığını belirtmiştir.

Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, işsiz kalma durumunda erken emeklilik aylığına hak kazanılmasını ilgili kişinin aylık başvurusunda bulunmadan önceki belirli bir dönem ilgili üye ülkeden işsizlik sigortası yardımı almış olması gerekliliğine bağlayan bir üye ülke mevzuatının uygulanmasını engellediğini belirterek ilk soruyu yanıtlamıştır.

Divan, ilk soruya verilen cevap ışığında, ikinci soruyu cevaplandırmaya gereklilik bulunmadığını belirtmiştir.

Özetle, Divan, Obserter Gerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin, işsiz kalma durumunda erken emeklilik aylığına hak kazanılmasını, ilgili kişinin aylık başvurusunda bulunmadan önceki belirli bir dönem ilgili üye ülkeden işsizlik sigortası yardımı almış olması gerekliliğine bağlayan bir üye ülke mevzuatının uygulanmasını engellediği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.24.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan'ın Taflan-Met kararındaki çelişkili hükmünü, ilgili kararı incelerken eleştirmiştik. Bu çelişki, Avusturya hükümeti tarafından değerlendirilerek doğrudan etkinin 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı için kabul edilemeyeceği iddia edilmiş, ancak Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3(1). maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul ederek, söz konusu düzenlemede yer alan kurala, üye devletlerce yeni sınırlamalar getirilmesinin mümkün olmadığı ve ilgili düzenlemenin bir ulusal mahkeme tarafından uygulanacak kadar kesin ve mutlak bir kural içerdiğini ifade etmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce, Divan, bir anlamda Taflan-Met kararındaki hatasını düzelterek, hem ilgili düzenlemeye netlik kazandırmış ve hem de vatandaşlarımız lehine bir karar vermiştir.

3.3.25 C-275/02 Engin Ayaz v Land Baden-Württemberg²⁴⁸

3.3.25.1 Dava Konusu

24 Eylül 1979 doğumlu Engin Ayaz, bekâr olup, 1991 yılında annesi ile beraber, üvey babası ile birlikte yaşamak üzere, Almanya'ya yerleşmiştir. Engin Ayaz'ın üvey babası, Türk vatandaşı olup, 1980'den beri Almanya iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlıdır ve burada yasal olarak ikamet etmektedir. Engin Ayaz'ın annesine, Alman yetkili makamlarınca, Almanya'da çalışma izni verilmemiştir.

Engin Ayaz, Almanya'ya giriş yaptığı tarihten itibaren, kısa süreli bir ara vermenin dışında, annesi ve üvey babası ile birlikte ikamet etmiştir. Ayaz, Almanya'da kaldığı süre içerisinde orta öğrenimini tamamlayarak diplomasını almış ve sonra bir yıl boyunca bir teknik okula devam etmiş, akabinde, iki mesleki eğitim kursuna başlamış ancak bu kursları tamamlayamamıştır. Ayaz, bir süre işsiz kaldıktan sonra, aralıklı olarak sürücülük yapmıştır. Engin Ayaz, 1997 ve 2001 yılları arasında, Alman mahkemeleri tarafından, çeşitli suçlardan dolayı mahkûm edilmiştir. Ayaz, Almanya'da, sınırlı süreli ikamet izinleri elde etmiş, sonuncusu da 31 Ekim 1999'da geçerliliğini yitirmiştir. Ayaz, 8 Temmuz 1999'da, sınırsız süreli ikamet izni için başvuruda

²⁴⁸ ECR 2004, P. I-08765.

bulunmuş ancak bu başvurusu üzerine herhangi bir resmi karar verilmemiştir. Ayaz, 24 Mart 2000’de, ikamet izninin belirli bir süre uzatılması amacıyla başvuruda bulunmuştur. Landratsamt Rems-Murr-Kreis, 9 Ağustos 2000 tarihli kararıyla, Ayaz’ın başvurusunu reddetmiş ve Ayaz’a, kararın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde Almanya’dan ayrılması gerektiğini aksi takdirde sınır dışı edilerek Türkiye’ye gönderileceğini bildirmiştir. Ayaz, 14 Eylül 2000’de, bu karara itiraz etmiş ve aynı tarihte Verwaltungsgericht Stuttgart’a başvuruda bulunarak geçici yardım talebinde bulunmuştur. İlgili mahkeme, 30 Ekim 2000 tarihli kararıyla, Ayaz’ın itirazının erteleyici etkisi olduğuna hükmetmiştir.

Regierungsprasidium Stuttgart, 8 Şubat 2002’de, Ayaz’ın yapmış olduğu itirazı, Ayaz’ın, işlemiş olduğu ciddi suçlar nedeniyle, kamu düzeni ve kamu güvenliği için yüksek risk yarattığını ve ne Alman Anayasasında ne de İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonunda Ayaz’ın sınır dışı edilmesini engelleyici bir düzenleme bulunmadığını gerekçe göstererek, reddetmiştir. Ayaz, 5 Mart 2002’de, Regierungsprasidium Stuttgart’ın kararına karşı, Verwaltungsgericht Stuttgart nezdinde dava açmıştır. Bu mahkeme, itiraz edilen 8 Şubat 2002 tarihli kararın ulusal hukuk ile uyum içerisinde olduğunu, Alman Yabancılar Yasasının da, Engin Ayaz gibi, son beş yıl içerisinde hüküm giymiş ve toplam üç buçuk yıl hapse mahkûm olmuş bir kişinin, kendiliğinden sınır dışı edilmesini öngören düzenlemeler bulunduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, ulusal mahkeme, söz konusu sınır dışı etme kararına karşı, Divan’ın Nazlı kararından hareketle, Engin Ayaz’ın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinde öngörülen korumadan faydalanabileceğini belirtmiştir. Ulusal mahkeme, ayrıca, Ayaz’ın davranışlarının kamu düzenini ihlal edecek nitelikte özel ve ciddi bir risk teşkil etmediğini, dolayısıyla, sınır dışı etme kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ulusal mahkeme, ayrıca, Ayaz’ın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan haklara dayanamayacağını zira kendisinin söz konusu düzenlemede aranan şartları yerine getirmediğini belirtmiştir.

Ulusal mahkeme, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendinin uygulanması hakkında, Engin Ayaz’ın, annesi adına Almanya’da kalma

hakkına dayanamayacağını, zira annesinin, ev sahibi üye ülkede hiçbir zaman ücretli olarak çalışmadığını belirtmiştir. Ulusal mahkeme, buna karşılık, Ayaz'ın üvey babasının, üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olma şartını yerine getirdiğini, bu nedenle, Ayaz'ın bu madde anlamında aile bireyi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Verwaltungsgericht Stuttgart, bu durumda, uyuşmazlığın çözümü için Topluluk hukukunun açıklanmasının gerekli olduğunu belirtmiş ve yargılamayı askıya alarak Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Verwaltungsgericht Stuttgart Divan'a, "Bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olan bir Türk işçisinin yirmi bir yaşını doldurmamış üvey oğlu, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendi anlamında aile bireyi olarak kabul edilebilir mi?" sorusunu yöneltmiştir.

3.3.25.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinde tanınan haklardan istifade edebilmek için, ilk olarak, söz konusu kişinin, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olan bir Türk işçisinin aile bireyi olması ve ikinci olarak da, bu kişinin, onunla birlikte oturmasına yetkili makam tarafından izin verilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, Ankara Anlaşması hükümlerinin, üye ülkelerin, Türk vatandaşlarının kendi ülkelerine giriş yapma ve ilk işe giriş şartlarını belirleme yetkisine müdahale etmediğini, bu nedenle, bu kişilerin üye ülke topraklarına kabulünün, kural olarak, ilgili üye ülkenin kendi ulusal hukuku tarafından münhasıran idare edileceğini belirtmiştir.

Divan, danışılan sorunun, söz konusu ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dâhil olmuş bir Türk işçisinin durumuna ilişkin olmadığını vurgulamıştır.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendinin, aile bireyi kavramını tanımlamadığını, bununla birlikte, söz konusu kavramın, üye ülkelerde uyumlu bir şekilde uygulanmasının sağlanması için, Topluluk düzeyinde tekdüze bir şekilde tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, önceki içtihatlarında da belirtmiş olduğu gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendi ile tesis edilen sistemin, ilk olarak, aile bireylerinin göçmen işçi ile birlikte olmalarını sağlamak ve bir süre sonra da bu kişilere o ülkede çalışma hakkı tanıyarak, aile birliğinin sağlanmasını amaçladığını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendi anlamında, aile bireyi kavramının kapsamının belirlenmesinde, serbest dolaşım alanında Topluluk üye ülke vatandaşları için yapılan tanıma atıfta bulunulması gerektiğini ifade etmiş, ayrıca, 1/80 sayılı Karar'ın 7. maddesinin ilk bendinde, aile bireyi kavramının kapsamının soy ilişkileri ile sınırlı olduğunu içeren bir ifade bulunmadığını belirtmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Stuttgart tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen soruya verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk bendinin, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı bulunan bir Türk işçisinin yirmi bir yaşını doldurmamış üvey oğlunun ya da bakmakla yükümlü olduğu kişinin, ev sahibi üye ülkede bu kişi ile birlikte oturmasına izin verilmiş olması koşuluyla, bu işçinin aile bireyi olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.25.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan'ın bu içtihadı, “aile bireyi” ifadesinin kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, “aile bireyi” kavramının soy ilişkileri ile sınırlı olmadığı sonucuna ulaşılarak, bir üye ülkede usulüne uygun olarak yaşamakta ve çalışmakta olan Türk işçilerinin, üye ülkeye usulüne uygun olarak giriş yapan belirli bir yaşı geçmemiş üvey çocuklarına ya da bakmakla yükümlü oldukları kişilere de öz çocuklar ile eşit haklar tanınacağı belirtilmiştir.

3.3.26 C-467/02 Inan Cetinkaya v Land Baden-Württemberg²⁴⁹

3.3.26.1 Dava Konusu

İnan Çetinkaya, 24 Ocak 1979'da, sonradan sürekli olarak yaşadığı Almanya'da doğmuştur. Çetinkaya, bu üye ülkede, 9 Mart 1995'e kadar geçerli bir ikamet iznine sahip olmuştur. Çetinkaya, Temmuz 1995'te, orta öğretim diplomasını almış, iki ay sonra marangoz stajyeri olarak çalışmaya başlamış ve takip eden yılın Şubat ayında çalışmayı bırakmıştır. Çetinkaya, daha sonra, kısa süreli olarak, çeşitli işverenler nezdinde çalışmıştır. Çetinkaya, 1996 yazında, birkaç haftalığına bir restoranda garson olarak çalışmıştır. Çetinkaya, aynı yılın sonbaharında, bir perakende satış yerinde stajyer olarak çalışmaya başlamış, fakat bunu da kısa bir süre sonra bırakmıştır. Çetinkaya, daha sonra, Kasım 1996'dan Ocak 1997'ye kadar bir restoranda çalışmış, ardından Haziran 1998'e kadar bir şirket nezdinde, 1998'in Ağustos ve Eylül ayları boyunca da bir başka şirket nezdinde çalışmıştır. Temmuz 1999'a kadar süren bir işsizlik döneminden sonra, Çetinkaya, bir ay süreyle bir mağazada tezgahtar olarak çalışmıştır. Çetinkaya, 1 Ağustos 1999'dan itibaren bir sevkiyat şirketinde çalışmış ancak kısa bir süre sonra buradan da ayrılmıştır. Son olarak, Çetinkaya, makinist olarak çalışmış fakat bu işi de Aralık 1999'da bırakmıştır. Çetinkaya'nın anne ve babası ile üçü Alman vatandaşlığına geçen beş ablası da babasının emeklilik yaşına gelene kadar çalıştıkları Almanya'da yaşamaktadırlar. Çetinkaya'nın halen Türk vatandaşı olan anne ve babası ile iki ablası da Alman vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunmuşlardır.

Çetinkaya, hırsızlık, gasp, tecavüz, uyuşturucu kaçakçılığı suçlarını işlemiş ve çeşitli aralıklarla gençlik cezaevinde yatmıştır. Çetinkaya, 7 Ocak 2000'de tutuklanmış ve gençlik cezaevine konmuştur. Çetinkaya, uyuşturucudan arınma seanslarının ardından, 22 Ocak 2001'de serbest bırakılmıştır. Çetinkaya, iki başarısız iyileştirme seansının ardından, 10 Eylül 2001'de, ilgili merkezde yeni bir iyileştirme seansına başlamış ve bu tedavi 2002 yazında başarıyla tamamlanmıştır. 20 Ağustos 2002 tarihli mahkeme kararıyla, Çetinkaya'nın cezasının kalan kısmı Narkotik Yasası'na uygun olarak ertelenmiştir.

²⁴⁹ ECR 2004, P. I-10895.

Çetinkaya, Ağustos 2002'den itibaren, orta öğretimini sürdürmüş ve tedavi merkezinde haftada iki kez gece nöbeti tutmuştur.

Yetkili idari makam, 3 Kasım 2000'de, Çetinkaya'ya Almanya'yı en kısa sürede terk etmesini aksi takdirde sınır dışı edileceğini bildirmiştir. Yetkili idari makam, Çetinkaya'nın sınır dışı edilmesinde, ilgili ulusal mevzuatın 48(1). ve 47(1). maddelerine göre, kamu güvenliği ve kamu düzeninden kaynaklanan ciddi nedenler olduğunu belirtmiştir. Söz konusu makam, Çetinkaya'nın cezaevinde yatması ve iyileştirme seanslarına devam etmesi dikkate alındığında, kendisinin bundan sonra çalışmaya elverişli bir kişi olmayacağını belirterek, bu gibi özel ve genel koruyucu tedbirlerin alınmasının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesine aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir.

Çetinkaya, 8 Aralık 2000'de, bu karara karşı, dava açmıştır. İlgili makam, 3 Eylül 2002'de, Çetinkaya'nın, 4 Ekim 2002'den önce olmak şartıyla, kendisinin seçeceği bir tarihte ülkeden ayrılmasına imkân tanımıştır.

Çetinkaya, bu karara karşı da 6 Haziran 2002'de, Stuttgart İdare Mahkemesi'nde dava açmış ve bu Mahkeme, yargılamayı askıya alarak, aşağıdaki sorulara ilişkin olarak, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur:

(1). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci fıkrası kapsamında, üye ülke iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dâhil olmuş bir Türk işçisinin çocuğu olarak Almanya'da dünyaya gelen bir Türk vatandaşının, doğumundan en az reşit olana kadar geçen dönemdeki ikameti aile birleştirmesi iznine mi dayanmaktadır?

(2). Türk işçilerinin aile bireylerine, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca tanınan iş gücü piyasasına katılma ve ikamet izinlerini uzatma hakları, sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde belirtilen nedenlerle mi sınırlandırılabilir?

(3). Gençlik cezaevinde üç yıl hapse mahkûm olmak, iş gücü piyasasından kesin olarak çıkarılmaya ve bu suretle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7.

maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi uyarınca kazanılmış hakların kaybına neden olur mu?

3.3.26.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, ulusal mahkemenin, ilk sorusuyla, esasen, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı bulunan bir Türk işçisinin reşit çocuğu olan ancak aynı zamanda o üye ülkede doğmuş ve sürekli olarak ikamet etmiş bir kişi hakkında 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağını sorduğunu belirtmiştir. Divan, bu sorunun cevabının olumsuz olması gerektiğini, zira, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, bu düzenlemenin sadece bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip bulunan aile bireyleri hakkında uygulanacağına açıkça işaret etmediğini, söz konusu Kararı hazırlayanların, ev sahibi üye ülkede doğan ve buna bağlı olarak ev sahibi üye ülkede bulunan ailesi ile birleşmesi için izin alması gerekliliği doğmamış olan bir aile bireyinin bu düzenlemede tanınan haklardan hariç tutulmasını amaçladığı sonucunun çıkarılamayacağını, aile birleştirmesi için izin alma gerekliliğinin Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan Ankara Anlaşmasından kaynaklandığını ve Ankara Anlaşmasının üye ülkelerin Türk vatandaşlarının kendi sınırlarına giriş ve ilk işe giriş şartlarını belirleme yetkisine müdahale etmediğini, böylelikle, kural olarak, Türk vatandaşlarının üye ülke sınırlarına ilk girişlerinin münhasıran o ülkenin kendi ulusal hukukuna tabi olduğunu, bu davadaki gibi, üye ülkede doğmuş ve sürekli olarak ikamet etmiş ve bu nedenle ailesi ile birlikte oturması için izin alması gerekmemiş bir aile bireyinin söz konusu düzenleme ile tanınan haklardan mahrum bırakılmasının mümkün olmadığını açıklamıştır.

Divan, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını hazırlayanların, söz konusu Kararın 7. maddesinde düzenlenen çalışma ve ikamet haklarının tanınması açısından, Türk işçilerinin bulundukları üye ülkede doğmuş çocukları ile kendileri ile birlikte oturmaları için izin alması gerekmiş çocukları arasında farklılık yaratmayı amaçlamaları için bir sebep bulunmadığını belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin amacının, ev sahibi üye ülkedeki aile birleştirmesine

yardımcı nitelikte şartlar yaratmak ve aile bireylerinin göçmen işçi ile birlikte olmalarını sağlayarak, belirli bir zaman sonra, bu kişilerin üye ülkedeki durumlarını, kendilerine o ülkede çalışma hakkı tanımak suretiyle iyileştirmek olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, Divan, ev sahibi üye ülkede doğmuş ve sürekli olarak ikamet etmiş bir Türk işçi çocuğunun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasında tanınan hakları talep edebileceğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasında tanınan hakların, işçinin kendisi o üye ülke iş gücü piyasasına hala kayıtlı olmasa ya da emekliliğe ayrılmış olsa dahi bu kişinin aile bireyi tarafından üç ya da beş yıllık ikamet süresi sonrasında kullanılabileceğini belirtmiştir. Divan, bu nedenle ilk sorunun cevabı olarak; ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olan bir Türk işçisinin reşit olmuş çocuğu hakkında, bu kişi ev sahibi üye ülkede doğmuş ve sürekli olarak orada ikamet etmiş olsa dahi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının uygulanacağını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin, üye devletlere, kendi davranışları ile kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı için gerçek ve ciddi bir tehlike yaratan bir göçmen Türk vatandaşı hakkında kısıtlamalar getirme yetkisi tanıdığını ifade etmiştir. Divan, üye devlette ailesi ile birlikte oturmasına yasal olarak izin verilen bir aile bireyinin, meşru bir sebep olmaksızın üye ülkeyi uzun bir süre terk etmesi durumunda da, kural olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi ile kazandığı yasal statüyü kaybedeceğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinde Türk işçilerinin aile bireylerine tanınan hakların, yalnızca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde belirtilen nedenlerle yani kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ya da ilgili kişinin ev sahibi ülkeyi uzun bir süre meşru bir sebebi bulunmaksızın terk etmesi durumunda sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir. Divan, kamu güvenliği istisnasının kapsamı belirlenirken, Topluluğa üye devlet vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin istisnalara atıfta bulunulması gerektiğini, böyle bir yaklaşımın daha makul olacağını, zira 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinin, AT Antlaşmasının 39. maddesinin üçüncü fıkrası (eski madde 48/f. 3) ile hemen hemen benzer ifadeler kullanılarak düzenlendiğini belirtmiştir. Ayrıca, Divan, bu hususta daha özel olarak, 64/221 sayılı Direktif'in 3. maddesinin de dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir.

Özetle, Divan, Stuttgart İdare Mahkemesi tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olan bir Türk işçisinin reşit çocuğu hakkında, bu çocuk ev sahibi üye ülkede doğmuş ve sürekli olarak orada ikamet etmiş olsa dahi uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ilk fıkrasının, bu düzenleme ile Çetinkaya gibi hakkında gözaltına alınma hükmü verildikten sonra arınma tedavisine devam eden bir Türk vatandaşına tanınan hakların, kendisinin iş gücü piyasasından uzun bir süre ayrı kaldığını gerekçe gösterilerek sınırlanmasını engellediğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinin, ulusal mahkemelerin, bir Türk vatandaşının sınır dışı edilmesi hususunda karar verirken, kişinin karar tarihindeki tavır ve davranışlarının söz konusu üye ülkenin kamu düzeni için gerçek ve ciddi bir tehdit teşkil edip etmediğini dikkate almalarını gerektirdiğini ifade etmiştir.

3.3.26.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinde yer alan hakların, aile birleştirmesi kapsamında üye ülkeye giriş yapan Türk işçi çocuklarına tanınması, ev sahibi üye ülkede doğmuş ve bu andan itibaren burada ikamet etmiş Türk işçi çocuklarına tanınmaması, kanaatimizce, üye ülkede doğmuş ve ikamet etmiş aile bireyleri aleyhine sonuçlar doğuracaktı, zira aile birleştirmesinin amacı da zaten bu kişilere üye ülkelerde yaşayan Türk işçi çocukları ile eşit fırsatlar yaratmaktır. Divan bu kararı ile amacı kişinin topluma yeniden kazandırılması olan iyileştirme seanslarına devam ettikten sonra üye ülkeler tarafından kişinin iş gücü piyasasından uzun süre ayrı kaldığı gerekçe gösterilerek kişinin kazanmış olduğu hakları kaybetmesini engellemiştir. Ayrıca bu içtihat ile kişiler hakkında 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde yer alan sınırlamaların uygulanabilmesi için, ulusal mahkemeler tarafından kişinin içinde bulunduğu şartların etraflıca incelenmesi gerektiği üzerinde tekrar durulmuş ve sadece bir suç işlemiş olmanın bir sınır dışı etme sebebi olamayacağı tekrar vurgulanmıştır.

3.3.27 C-374/03 Gaye Gürol v Bezirksregierung²⁵⁰

3.3.27.1 Dava Konusu

Gaye Gürol, Almanya’da yasal olarak çalışmakta olan bir Türk ailesinin onlarla birlikte oturan kızlarıdır. Gürol, 1995’te Tübingen Üniversitesi’nde (Almanya) siyasal ekonomi okumaya başlamıştır. Gürol, çalışmalarını tamamlamak için Bundesausbildungsförderungsgesetz²⁵¹ uyarınca eğitim izni almıştır. Gürol, üniversitedeki eğitimi başlayınca, tali ikametgâhının ailesinin bulunduğu Philippsburg olduğunu belirterek, esas ikametgâhını okulunun bulunduğu Tübingen’e aldırıştır. Gürol, buradaki eğitimi sürerken, Ekim 1999-Eylül 2000 tarihleri arasında İstanbul Boğaziçi Üniversitesi’nde bir kursa devam etmiş ve bu süre içerisinde Türkiye’de kalmıştır. Gürol, Türkiye’de kaldığı süre içerisinde ise ailesinin ikametgâhını esas ikametgâhı olarak göstermiştir. Gürol, Almanya’ya döndükten sonra ikametgâhını tekrar Tübingen olarak göstermiş ve ailesinin bulunduğu adresi de tekrar tali ikametgâhı olarak göstermiştir. Gürol, 13 Ağustos 1999’da, Landesamt für Ausbildungsförderung’a başvurarak, İstanbul’daki çalışmaları için kendisine burs verilmesini talep etmiştir. Gürol’un bu başvurusu, 2 Eylül 1999’da BAföG’nin 5(2). maddesi uyarınca reddedilmiştir. Söz konusu makam, aynı yasanın 8(2)(2). maddesi uyarınca Gürol’u yabancı olarak kabul etmiş ve dışarıda alacağı eğitimin ancak buradaki eğitiminin bir parçası olması durumunda ve bu eğitimin yurt dışında alınmasının zorunlu olması durumunda kendisine burs verilebileceğini gerekçe göstermiştir. Tübingen Üniversitesi, 9 Ağustos 1999 tarihli yazısı ile yurt dışındaki bu eğitimin ekonomi bilimleri fakültesince kesinlikle teşvik edildiğini teyit etmiştir.

Gürol, söz konusu ret kararına 29 Eylül 1999’da itiraz etmiş ancak bu itirazı da 17 Aralık 1999’da tekrar reddedilmiştir. Gürol tarafından, 2 Şubat 2000’de, ulusal mahkeme nezdinde açılan davada, BAföG uyarınca Gürol için böyle bir hak doğmasa da, Gürol’un 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesi uyarınca böyle bir hak talep edebileceği belirtilmiştir. Verwaltungsgericht Sigmaringen, bu konunun açıklığına

²⁵⁰ ECR 2005, P. I-06199.

²⁵¹ Bundesausbildungsförderungsgesetz (Eğitim ve Öğretimin Teşvik Edilmesine İlişkin Yasa), bundan sonraca kısaca “BAföG” olarak anılacaktır.

kavuşturulması amacıyla, yargılamayı askıya alarak Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.27.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, bir Ortaklık Konseyi Kararındaki bir hükmün yazılışı, amacı ve özellikleri dikkate alındığında, uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir başka düzenlemenin kabul edilmesine gerek bulunmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içermekten ziyade, bu düzenlemenin doğrudan etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini tekrar vurgulamış ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasının doğrudan uygulanma şartlarını içerdiğini belirtmiştir. Divan, bu düzenlemenin bir üye devlette yasal olarak çalışmakta olan ebeveyni ile birlikte o üye devlette oturan Türk çocuklarının, bu üye devletteki genel eğitim, çıraklık eğitimi ve mesleki eğitim kurslarına kabul edilmelerinde, o üye devlet vatandaşlarının çocukları için istenen giriş koşullarının aranacağını öngördüğünü ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin eğitim ve mesleki eğitim alanlarında bir eşit muamele kuralı öngördüğünü ve bireylere bu düzenlemeye aykırı bir ulusal mevzuatın kendileri hakkında uygulanmamasını ulusal mahkemelerden talep etme hakkı tanıdığını, bu nedenlerle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasının üye ülkelerde doğrudan uygulanma etkisini haiz olduğunu belirtmiştir.

Divan, Gürol gibi, ailesi ile birlikte ev sahibi üye ülkede yasal olarak ikamet eden ve mesleki eğitimi başladığında esas ikametgâhını ailesi ile birlikte yaşadığı yerden aynı üye ülkedeki okulunun bulunduğu yere aldırarak ve tali ikametgâhı olarak ailesinin ikametgâhını gösteren bir Türk çocuğunun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasında aranan şartları yerine getirdiğini kabul etmiştir.

Divan, BAföG'nin ilgili düzenlemelerine göre, Almanya'da okuyan Türk öğrencilerinin yurt dışında bir eğitim için burs alabilmeleri için, söz konusu eğitimin Türk çocuğunun Almanya'da gördüğü eğitimin zorunlu bir parçası olması gerektiğini belirtmiş, buna karşılık, Alman vatandaşları için böyle bir şart aranmadığını ve Alman vatandaşlarının bu tür bir burs alabilmeleri için, söz konusu eğitimin vatandaşın ülkesinde gördüğü eğitim için faydalı olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Divan,

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasının, Türk çocuklarına, ayrımcılık yapılmaksızın, ev sahibi üye ülkedeki genel eğitim, çıraklık eğitimi ve mesleki eğitim kurslarına katılma hakkı tanıdığını, bu düzenlemenin amacı doğrultusunda eğitime eşit katılma hakkının esas yargılamadaki siyasal ekonomi eğitimi gibi her türlü eğitim için kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ikinci fıkrasında, Türk çocuklarının, o üye devlette, bu alandaki ulusal mevzuat çerçevesinde sağlanan avantajlardan yararlanabileceklerinin belirtildiğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinde öngörülen amacın tam anlamıyla elde edilebilmesi için, genel eğitim ve mesleki eğitim alanında, Türk çocuklarına, Alman çocukları ile aynı imkânların tanınması gerektiğini kabul etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrası gibi, ikinci fıkrasının da, Alman vatandaşlarına sağlanan avantajlardan yararlanmak bakımından bir eşit muamele yükümlülüğü getirdiğini ve bu nedenle bireylere ulusal mahkemelerden bir üye ülke mevzuatının ayrımcılık teşkil eden düzenlemelerinin kendileri hakkında uygulanmamasını talep etme hakkı tanıdığını, bu nedenle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ikinci fıkrasının üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ikinci fıkrası ışığında, Türk çocuklarının, istedikleri takdirde, bulundukları üye ülkeden başka bir ülkede eğitimlerine devam etme ve bu amaçla burs alabilme haklarının bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Sigmaringen tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasının üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşmış, ev sahibi üye ülkede ailesi ile birlikte yasal olarak ikamet ettikten sonra esas ikametgâhını aynı ülke içerisinde eğitim gördüğü yere aldırarak ve tali ikametgâhı olarak da ailesinin oturduğu adresi gösteren bir Türk çocuğunun, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ilk fıkrasında aranan “ailesi ile birlikte oturma” şartını yerine getirdiğini ifade etmiştir. Divan, son olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin ikinci fıkrasının üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, bu hükmün,

Türk çocuklarının eğitim burslarından Alman vatandaşları ile eşit şartlarda faydalanma haklarını garanti altına aldığını belirtmiştir.

3.3.27.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan'ın bu içtihadı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunun ifade edilmesi açısından önem taşımaktadır. Eşit muamele genel kuralının eğitim alanındaki özel bir görünümü olan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 9. maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi, Türk işçi çocukları ile üye ülke vatandaşlarının eğitim alanında eşit koşullara tabi olacakları anlamına gelmesi açısından umut vericidir. Böylelikle, eğitim alanında da vatandaşlığa dayalı ayrımcılık engellenmiş oldu. Bu karar sayesinde, Almanya'da eğitim gören Türk gençleri, Bafög kredisi ile eğitimlerinin bir kısmına Türkiye'deki bir üniversitede devam edebileceklerdir. Ayrıca bu karar ile “aile ile birlikte” oturma ifadesinin kapsamı geniş şekilde belirlenerek, aynı ülke içerisinde bulunmak şartıyla, gördüğü eğitim nedeniyle ikametgâhını eğitim gördüğü bölgeye aldırarak bir Türk işçi çocuğunun ailesi ile birlikte yaşama şartını yerine getirdiği kabul edilmiştir. Kanaatimizce, Divan'ın üye devletlerde yaşayan vatandaşlarımız hakkında kabul ettiği son tarihli kararlardan biri olan Gürol kararı, bu ana kadar incelemiş olduğumuz ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarının doğrudan etkili olduğunu kabul eden ve üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın bulunduğu ülkelerle bütünleşmesinde olumlu etkiler yaratan diğer kararlar ile uyum içerisinde. Böylelikle, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağının yüksek öğrenim alanındaki görüntüsüne ilişkin olarak, vatandaşlarımız lehine bir karar daha kabul edilmiştir²⁵².

²⁵² Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL Tankut, Öğrenimi Teşvikte Eşit Davranma – Türk İşçi Çocukları İçin de!, Avrupa Adalet Divanı'nın Gaye Gürol Davasına İlişkin 7.7.2005 Tarihli ve C-374/03 Sayılı Kararı Hakkında İnceleme (İlknur Baysu/Andreas Haenlein), Sicil I, 1 (Mart 2006), s. 215-221, <http://www.baysu.de/Docs/aufsatztuerk.pdf> (08.07.2007).

3.3.28 C-383/03 Ergül Dogan v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg²⁵³

3.3.28.1 Dava Konusu

1948 doğumlu Ergül Doğan, Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg'in 24 Mayıs 2000 tarihli kararı ile kendisinin Avusturya'da ikamet edemeyeceğine ilişkin kararına itiraz etmiştir. Bu kararın verildiği tarihte Doğan, yirmi yedi yıldır Avusturya'da yaşamakta ve uzun zamandan beri de burada yasal olarak çalışmaktadır. Doğan evlidir ve dört çocuğu vardır. Doğan'ın ailesi, 1975–1976 yıllarında, aile birleştirmesi kapsamında Doğan ile birlikte yaşamak için izin almıştır. Doğan, ciddi bir suç işlemiş olması nedeniyle, 10 Ağustos 1998'de tutuklanmış ve 9 Mart 1999 tarihli kararla üç yıl hapse mahkûm edilmiştir. Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg'in kararı da, bu cezai mahkûmiyete dayandırılmıştır. Avusturya Yabancılar Yasası'nın 36. maddesi uyarınca, bir yabancıнын ulusal mahkeme tarafından üç aydan fazla süreyle hapse mahkûm edilmesi durumunda, ikamet yasağı şartlarının oluştuğu belirtilmiş, Doğan'ın ikamet yasağına yapmış olduğu itirazın erteleyici etkisi olmadığı ifade edilerek, Doğan'ın Avusturya'dan ayrılmakla yükümlü olduğu kendisine bildirilmiştir.

Doğan bu karara karşı, ulusal mahkeme nezdinde dava açmıştır. Ulusal mahkeme, Doğan'ın hapse mahkûm olduğu tarihten önce 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde düzenlenen hakları kazandığını, zira kendisinin Avusturya'da dört yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığını belirtmiştir. Ancak ulusal mahkeme Doğan'ın kazanmış olduğu bu hakları kaybetmiş olabileceğini de göz önünde bulundurarak, bu konunun açıklığa kavuşturulması için, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

²⁵³ ECR 2005, P. I-06237.

3.3.28.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, ilk olarak, Doğan durumundaki bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı kazandığını ve bununla bağlantılı olarak ikamet hakkı elde ettiğini belirtmiştir. Divan, bir Türk işçisinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendindeki şartları yerine getirdiği tarihten itibaren kendisi hakkında 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Divan, esas yargılamadaki çalışamama durumunun, işçinin hapse mahkûm olmasından kaynaklandığını, bu durumda, ilgili kişinin yeniden iş gücü piyasasına katılma şansı bulunmaması ya da mahkûmiyetinin bitmesinden sonraki makul süre içerisinde yeni bir iş bulamaması nedeniyle ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmayı kesin olarak sona erdirdiği haller hariç olmak üzere, ulusal makamların bu kişinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca kazandığı hakları, sadece aynı Kararın 14(1). maddesindeki nedenlerle sınırlandırabileceklerini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesine dayanılarak yapılacak bir sınır dışı etmenin, ancak kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleriyle mümkün olabileceğini, Doğan'ın cezai mahkûmiyetinin sonucu olarak, Doğan hakkında, kendiliğinden böyle bir sınır dışı emri verilmesi olanağının bulunmadığını ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı elde eden bir Türk vatandaşının, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasından uzak kalması geçici nitelikte ise, birkaç yıl hapse mahkûm olması nedeniyle kazanmış olduğu hakları kaybetmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Divan, söz konusu düzenleme ile ilgili kişiye tanınan çalışma ve ikamet hakkının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesi uyarınca sadece kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleriyle ya da ilgi Türk vatandaşının serbest bırakıldıktan sonraki makul bir süre içerisinde yeni bir iş bulamaması nedeniyle sınırlandırılabilceğini belirtmiştir.

3.3.28.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan, bu içtihadı ile vatandaşımız lehine karar vererek, kişinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi uyarınca kazanmış olduğu hakları, belirli bir süre hapse mahkum olması nedeniyle iş gücü piyasasından uzak kalması sonucu kaybetmeyeceğini belirtmiştir. Burada önemli olan, Türk vatandaşının, söz konusu madde ile tanınan hakları kazanabilmek için gereken şartları yerine getirmiş olmasıdır. Böylelikle, ilgili düzenleme uyarınca bir kazanılmış hakkı olan bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde yer alan sebepler ya da serbest bırakıldıktan sonraki makul sürede iş bulamaması halleri dışında sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı teyit edilmiştir.

3.3.29 C-136/03 Georg Dörr v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten and Ibrahim Ünal v Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg²⁵⁴

3.3.29.1 Dava Konusu

Evli bir Alman vatandaşı olan Georg Dörr, 1992’de yaşamaya başladığı Avusturya’da, 1995’ten beri ailesiyle birlikte yaşamakta ve burada mesleki faaliyette bulunmaktadır. Dörr, dolandırıcılık nedeniyle, on sekiz aylık hapis cezasına mahkum edilmiş, bu cezanın on iki aylık kısmı ertelenmiştir. Bezirkshauptmannschaft Klagenfurt’un (Klagenfurt İlk Derece İdare Mahkemesi) 1 Ekim 1998 tarihli kararıyla Fremden-gesetz’in (Yabancıların Giriş, İkamet ve Yerleşmesi ile İlgili Federal Yasa) 48(1), 3 ve 36(1)(1) maddeleri uyarınca Dörr hakkında on yıllık ikamet yasağı getirilmiştir. Dörr’ün, bu karara karşı Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten nezdinde yapmış olduğu itiraz, bu makamın 4 Aralık 1998 tarihli kararıyla, Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz’in 66(4). maddesi uyarınca reddedilmiştir. Bunun üzerine Dörr, Verwaltungsgerichtshof nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuştur.

İbrahim Ünal, belirli bir süredir Avusturya’da yasal olarak çalışmakta ve ikamet etmekte olan bir Türk vatandaşdır. Ünal, iki kez kavga çıkarmak sebebiyle ve bir kez

²⁵⁴ ECR 2005, P. I-04759.

de Führerscheingesetz'e (Sürücü Belgesi Yasası) aykırı hareket etmek sebebiyle toplam üç kez para cezasına mahkûm edilmiştir. Bezirkshauptmannschaft Dornbirn (Dornbirn İlk Derece İdare Mahkemesi), Fremdenengesetz'in 34(1)(2) ve 10(2)(3) maddeleri uyarınca, 23 Mart 2001'de Ünal'ın sınır dışı edilmesi yönünde talimat vermiştir. Ünal'ın bu karara karşı, Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg nezdinde yapmış olduğu başvuru, Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz'in 66(4). maddesi uyarınca 3 Ekim 2001'de reddedilmiş, bunun üzerine Ünal, Verwaltungsgerichtshof nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Verwaltungsgerichtshof, her iki davayı, birlikte müzakere yapmak ve birlikte hüküm vermek amacıyla birleştirmiştir. Verwaltungsgerichtshof, öncelikle, Avusturya'nın yukarıda adı geçen yasal düzenlemelerinin, 64/221 sayılı Direktif ile uyum içerisinde olup olmadığı hususunda şüpheleri olduğunu belirtmiştir. Ardından, Verwaltungsgerichtshof, statüleri 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile belirlenen Türk vatandaşları hakkında söz konusu Direktif hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda da şüpheleri olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Verwaltungsgerichtshof yargılamayı askıya alarak Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.29.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, Türk işçilerine ve onların aile bireylerine 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile tanınan hakların etkili olabilmesi için, bu kişilere, Topluluk hukuku ile üye devlet vatandaşlarına tanınan hakların aynen tanınmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Divan, Türk vatandaşlarının, 64/221 sayılı Direktif'in 8 ve 9. maddesi ile üye devlet vatandaşlarına sağlanan imkânlardan yararlandırılmaları gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, Divan, hukuk sözcüsünün de aynı görüşte olduğunu aktarmıştır. Divan, bu açıklamanın, sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi kapsamındaki Türk işçileri için değil, aynı Kararın 7. maddesi kapsamındaki Türk işçilerinin aile bireyleri için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Divan, bu açıklamaları doğrultusunda, 64/221 sayılı Direktif'in 8 ve 9. maddelerinde düzenlenen asgari dava usulüne ilişkin teminatların, (minimum procedural guarantees) statüleri 1/80

sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6 veya 7. maddelerinde düzenlenen Türk vatandaşları hakkında da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgerichtshof tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 64/221 sayılı Direktif'in 9(1). maddesinin, üye bir ülkenin, diğer bir üye ülke vatandaşını ülkesinden sınır dışı etme kararına karşı temyiz başvurusunun erteleyici etkisi (suspensory effect) olmayacağına dair mevzuatının uygulanmasını imkansız hale getirdiği ve temyiz başvurusunun incelenmesi sırasında sınır dışı etme kararını inceleyecek yetkili bir makam tesis edilmemiş olduğundan, sınır dışı etme kararının, sadece yasallığı açısından incelenebileceğini, 64/221 sayılı Direktif'in 8. ve 9. maddelerinde belirtilen asgari dava usulüne ilişkin teminatların, statüleri 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. ve 7. maddelerinde düzenlenmiş Türk vatandaşları hakkında da uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır.

3.3.29.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Divan'ın bu içtihamı da, Divan'ın konuyla ilgili kabul etmiş olduğu önceki tarihli içtihamları ile uyum içerisindedir. Bu karar ile, üye ülkelerde bulunan ve buralarda çeşitli haklara sahip olan vatandaşlarımızın sırf hapse mahkum edilmiş olmaları nedeniyle sınır dışı edilemeyecekleri tekrar ifade edilmiş oldu ve bu anlamda üye ülkelerin sınır dışı etme kararlarını verirken, 64/221 sayılı Direktif'i dikkate alma zorunlulukları tekrar vurgulandı.

3.3.30 C-373/03 Ceyhun Aydınli v Land Baden-Württemberg²⁵⁵

3.3.30.1 Dava Konusu

Ceyhun Aydınli, 1974'te Almanya'da doğmuş, 1980-1989 yılları arasında Türkiye'de babaannesi ile birlikte yaşamış ve bu süre içerisinde Türkiye'de eğitim görmüştür. Aydınli, 1989'un Eylül ayında, Almanya'da yaşayan ailesine katılmak üzere izin almış ve Almanya'da bir mesleki eğitim kursunu tamamlamıştır. Aydınli, Ocak 1995'ten Eylül 2000'e kadar, aynı işveren nezdinde ücretli olarak çalışmış ve Haziran

²⁵⁵ ECR 2005, P. I-06181.

1995'te Alman yetkili makamları tarafından kendisine sınırsız süreli bir ikamet izni verilmiştir.

Aydınlı, isminin, önemli miktardaki bir uyuşturucu kaçakçılığına karışması nedeniyle, 27 Eylül 2000'de tutuklanmış ve 31 Mayıs 2001'de üç yıl hapse mahkum edilmiştir. Aydınlı 2 Ekim 2001-16 Temmuz 2002 tarihleri arasında, uzun dönemli bir uyuşturucudan arınma seansına katılmış ve bu seansı başarıyla tamamlamıştır. Yetkili mahkemenin 6 Kasım 2002 tarihli kararı ile, Aydınlı'nın hapis cezası ertelenmiştir. Ancak Alman yetkili makamları, Aydınlı'nın sınır dışı edilmesine ilişkin talimat vermişler, Aydınlı da bu karara itiraz etmiştir.

Ulusal mahkeme, söz konusu sınır dışı etme kararının ulusal hukuka göre, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin mevzuata uygun olduğunu belirtmiş, ancak söz konusu sınır dışı etme kararının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile uyumlu olup olmadığı hususunda şüpheleri olduğunu ifade etmiştir. Ulusal mahkeme ayrıca, Aydınlı'nın 27 Eylül 2000-3 Temmuz 2001 tarihleri arasında tutuklu kalması, 4 Temmuz 2001-1 Ekim 2001 tarihleri arasında hapse mahkum olması ve 2 Ekim 2001-16 Temmuz 2002 tarihleri arasında uyuşturucudan arınma seanslarına katılması nedeniyle, iş gücü piyasasından uzun süre uzak kalması gerekçesiyle ortaklık hukuku uyarınca kazanmış olabileceği hakları yitirip yitirmediğine ilişkin şüpheleri olduğunu belirtmiştir. Verwaltungsgericht Freiburg, dava konusu olayın, Topluluk hukukuna ilişkin olduğuna kanaat getirerek, davayı ertelemiş ve Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Verwaltungsgericht Freiburg, Divan'a aşağıdaki soruları yöneltmiştir:

(1). Belirli bir süre hapse mahkum olan bir Türk işçisi, bu süre boyunca iş gücü piyasasına uzak kalmış olması nedeniyle, hapse mahkum olmadan önce 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca kazanmış olduğu hakları kaybeder mi?

(2). İlk sorunun cevabı olumlu ise, kişinin kazanmış olduğu hakları yitirmesine neden olacak mahkumiyet süresi nedir?

(3). Bu sürenin belirlenmesinde, Türk işçisinin, hakkında hüküm verilene kadarki tutukluluk süresi de dikkate alınır mı?

(4). Bu sürenin belirlenmesinde, Türk işçisinin uyuşturucudan arınmak için katıldığı uzun dönemli rehabilitasyon süresi dikkate alınır mı?

(5). Bir Türkl işçisi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir aile bireyi olarak elde etmiş olduğu hakları, ailesi ile birlikte yaşamaya son vermesi ve kişinin aile bireyinin üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olmaya son vermesi durumunda yitirir mi?

3.3.30.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, ulusal mahkemenin kendisine yöneltmiş olduğu sorulara doğru cevap verebilmek için, öncelikle, Divan'ın bu konuya ilişkin içtihatlarına atıfta bulunulması gerektiğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci bendi uyarınca, ev sahibi üye ülkede dilediğı işe girme hakkına sahip olan Aydınllı durumundaki bir Türk vatandaşının, anne ya da babasının o üye devlette çalışmış ya da çalışıyor olması ve yine söz konusu Türk vatandaşının aile birleştirmesi imkanından faydalanarak ilgili üye ülkeye giriş yapmış olması ya da o üye ülkede doğmuş olması kriterlerine bakılmaksızın, hak sahibi olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Divan, dava konusu Türk vatandaşının, bir yetişkin olması nedeniyle, davanın görülmekte olduğu sırada, ailesi ile birlikte yaşamıyor olması nedeniyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kazanmış olduğu hakları kaybetmeyeceğini belirtmiştir.

Divan, bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kazanmış olduğu hakların, ancak iki nedenle sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Divan, bu sebeplerden ilkinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesine göre, bir Türk işçisinin o üye ülkedeki kamu düzeni, kamu güvenliğı ve kamu sağlığı için gerçek ve ciddi bir tehlike teşkil etmesi; ikincisinin ise, söz konusu kişinin meşru bir sebep olmaksızın, bulunduğu üye ülkenin iş gücü piyasasını uzun bir süre terketmesi olduğunu belirtmiştir.

Divan, Aydınllı gibi, önce bir süre tutuklu kalan, ardından yine belirli bir süre hapse mahkum olan ve son olarak da uyuşturucudan arınma seanslarına devam eden bir

Türk işçisinin kazanmış olduğu haklara, yukarıda belirtilen nednelerle sınırlama getirilemeyeceğini belirtmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi uyarınca, bir Türk işçisinin aile bireyinin, bir üye ülkede ailesi ile birlikte üç yıl birlikte yaşamasının, kişinin bu madde ile tanınan haklardan yararlanması için yeterli olduğunu, oysa ki 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, bu madde ile tanınan haklardan faydalanılabilmesi için, söz konusu kişinin üye ülke iş gücü piyasasında belirli bir süre çalışmış olma şartını getirdiğini, bu anlamda 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin, aynı Kararın 7. maddesine nazaran daha katı bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin birinci ve ikinci bentlerinin, bir Türk işçisinin aile bireyine çalışma hakkı tanıdığını ancak kişiye çalışmasına ilişkin bir yükümlülük empoze etmediğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinde öngörülen şartları yerine getiren bir Türk işçisinin aile bireyinin, ayrıca bu düzenlemeye göre daha katı şartlar içeren aynı Kararın 6(1). maddesindeki şartları da yerine getirmek zorunda olmaksızın, ev sahibi üye ülkede çalışabileceğini belirtmiştir.

Divan, yukarıda aktarılan açıklamaları doğrultusunda, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci bendi uyarınca, bir üye ülkede dilediği bir işe girme hakkına sahip olan bir Türk işçisinin, bir hapis cezasına mahkum olması ya da uzun dönemli bir uyuşturucudan arınma seansına devam etmesi nedeniyle ilgili üye ülkenin iş gücü piyasasından uzak kalması ya da hakkında sınır dışı edilme kararı verildiği tarihte yetişkin olması nedeniyle ailesi ile birlikte yaşamıyor olması gerekçesiyle, bu madde uyarınca kazanmış olduğu hakları yitirmeyeceğini belirtmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Freiburg tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesinin ikinci bendi uyarınca dilediği işe girme hakkına sahip olan bir Türk işçisinin, gerek tutukluluk, gerek hapse mahkum olma ve gerekse uzun dönemli bir uyuşturucudan arınma seansına devam etme nedeniyle, ilgili üye devletin iş gücü piyasasından uzak kalmış olması veya hakkında sınır dışı edilme kararı verildiği sırada

ailesi ile birlikte yaşamıyor olması gerekçeleriyle, bu düzenleme uyarınca kazanmış olduğu hakları kaybetmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.30.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Aydınlı Kararı, kişinin sırf hapse mahkum olması nedeniyle, sınır dışı edilmesinin engellenmesi açısından önemlidir. Vatandaşımız, karışmış olduğu bir suç nedeniyle hapse mahkum olmuş ve akabinde topluma yeniden kazandırılmak amacıyla rehabilitasyon seanslarına katılmıştır. Rehabilitasyon aşamasının başarıyla tamamlanmasının ardından, kişiyi kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı etmek, kişiyi topluma kazandırmayı amaçlayan bu tür iyileştirme seanslarının anlamını yok saymak olurdu. Bu nedenle, Aydınlı kararı, üye ülkelere, ortaklık hukuku anlamında kazanılmış hakları mahkumiyet nedeniyle sınırlandırma yetkisi vermemesi açısından olumlu bir karardır. Bu içtihat ışığında, sınır dışı etmenin, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın hapse mahkum olmalarının doğal bir sonucu olmadığını belirtmek mümkündür.

3.3.31 C-230/03 Mehmet Sedef v Freie und Hansestadt Hamburg²⁵⁶

3.3.31.1 Dava Konusu

1952 Türkiye doğumlu Mehmet Sedef, 1977'den beri Almanya'da yaşamakta, eşi ve üç çocuğu ise Türkiye'de ikamet etmektedirler. Sedef, Ağustos 1977'den Eylül 1992'ye kadar Alman bayrağı taşıyan çeşitli gemilerde denizci olarak çalışmış, bu amaçla sınırlı süreli ve ticari bir iş ile meşgul olmasını yasaklayan ikamet izinleri almıştır. Sedef'in söz konusu ikamet izinlerinin sonuncusunun süresi, 9 Eylül 1993'te sona ermiştir. Çalıştığı süre boyunca, Sedef'in denizci olarak çalışabilmesi için bir çalışma izni alması gerekmemiştir. Sedef, çalıştığı süre boyunca, hastalık sebepleri veya yetkili makamlarca belgelenen irade dışı işsizlik süreleri hesaba katılmaksızın toplamda sekiz buçuk yıl fiilen çalışmıştır. Sedef'in çalışma süreleri on yedi kez kesilmiş, kendisinin bir ve yetmiş gün arasında değişen işe ara vermeleri yaklaşık olarak on üç ayı bulmuştur. Bu kesilmeler, Sedef'in yıllık iznine dayanmadığı gibi, hastalık sebebiyle

²⁵⁶ ECR 2006, P. I-00157.

de gerçekleşmemiştir. Sedef, eşit süreli olmayan bu ara vermelerin de çalışma süresinden sayılması gerektiğini iddia etmiştir. Sedef, Türkiye’de bulunan ailesini ziyaret etmek gibi sebeplerle çalışmasına ara vermek durumunda kaldığını belirtmiştir. Sedef, 1979’da, çalıştığı gemide meydana gelen bir iş kazası nedeniyle, bir dizi ameliyat geçirmiş ve bu ameliyatlar nedeniyle kısa ve uzun dönemlerle iş göremez duruma gelmiştir.

Sedef hakkında 18 Ocak 1993’te, sağlık sebepleriyle, gemilerde çalışmaya elverişli olmadığına dair bir karar verilmiş, ancak söz konusu sağlık raporunda, Sedef’in gemicilik dışında bir işte çalışmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Söz konusu sağlık raporuna göre, Sedef’in fiziksel güce dayalı olmayan işlerde çalışabileceği açıkça ifade edilmiştir. Sedef, 22 Ocak 1992’de, sadece gemicilik ile sınırlı olmayan, karada çalışmasına imkan veren bir ikamet izni başvurusunda bulunmuştur. Bu amaçla Sedef, Alman bayraklı gemilerde dört yıldan fazla bir süre çalıştığını belirterek, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında hak sahibi olduğunu iddia etmiş ve sağlık durumunun denizci olarak çalışmasına imkan vermediğini ifade etmiştir. Sedef’in başvurusu ve bu başvurusunun reddine ilişkin itirazı, Freie und Hansestadt Hamburg tarafından reddedilmiş ve kendisine üç hafta içerisinde Almanya’yı terketmemesi halinde sınır dışı edileceği bildirilmiştir.

Sedef, 10 Aralık 1996’da, Verwaltungsgericht Hamburg (Hamburg İdare Mahkemesi) nezdinde dava açmış ve bu mahkeme, Freie und Hansestadt Hamburg’a, Sedef’e ikamet izni tanınması yönünde talimat vermiştir. Verwaltungsgericht Hamburg, Sedef’in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca dilediği işe girme hakkı olduğunu, bu nedenle, ev sahibi üye ülkenin, Sedef’in çalışmasına engel olma ya da çalışma hakkını şarta bağlama yetkisi bulunmadığını belirtmiştir. Verwaltungsgericht Hamburg, Sedef’in çeşitli sürelerle işe ara vermelerinin sahip olduğu haklara hâlel getirmeyeceğini, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın 6(2). maddesi kapsamında, yıllık izin, iş kazası ya da hastalık nedeniyle kısa süreli işe ara vermelerin yasal çalışma süresinden sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

Freie und Hansestadt Hamburg, bu karara karşı, Hamburgisches Oberverwaltungsgericht (Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi) nezdinde itiraz etmiş ve

bu itirazında 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca hak kazanabilmek için, söz konusu çalışmanın kesintisiz olması gerektiğini ancak Sedef'in sürekli bir dönem çalışmadığını belirtmiştir. Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, 13 Aralık 2000 tarihli kararı ile, Sedef'in 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca üye ülkede dört yıl boyunca kesintisiz olarak çalışmamış olduğu gerekçesiyle Sedef'in bu düzenleme uyarınca hak sahibi olmadığını belirterek, hükmü ilk derece mahkemesine geri göndermiştir.

Sedef, bu karara karşı, Bundesverwaltungsgericht (Federal İdare Mahkemesi) nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuş, bu mahkeme, Sedef'in ikamet izninin yenilenmesine ilişkin yapmış olduğu başvurunun reddedilmesinin Alman hukuku ile uyum içerisinde olduğunu, ancak Sedef için, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca daha elverişli sonuçlar elde edilip edilmeyeceğine ilişkin şüpheleri olduğunu belirtmiştir. Bundesverwaltungsgericht, Sedef'in 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında, bir üye ülkenin denizcilik sektöründe on beş yıldan fazla süreyle yasal olarak çalıştığını ve bu nedenle kendisinin ilgili üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olduğunu belirtmiştir. Bundesverwaltungsgericht, Sedef'in, bu süreç içerisinde aynı işveren nezdinde kesintisiz olarak bir yıldan fazla süreyle çalıştığını ve bu nedenle 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinde aranan şartları yerine getirdiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca Sedef'in sağlık durumunun gemilerde çalışmak için elverişsiz olduğunu, ancak kendisinin Almanya iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olmaya devam ettiğini, zira Sedef'in geçirdiği iş kazasının kendisini tamamen iş göremez duruma getirmediğini, bu itibarla kendisinin sağlık durumunun, karada çalışmaya elverişli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Sedef'in, Almanya'daki gemicilik sektöründe çalışmasına geçici olarak ara verdiğini ve kendisinin, Almanya'nın iş gücü piyasasını kesin olarak terketmediğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Sedef'in her işe ara vermeden sonra, kolaylıkla ve hızlı bir şekilde iş bulduğunu, dolayısıyla kendisinin söz konusu işe ara vermeler nedeniyle, herhangi bir sorun yaşamadığını belirtmiştir. Ancak, ilgili mahkeme, uyuşmazlığın Topluluk hukukuna ilişkin olduğunu belirterek, yargılamayı askıya almış ve Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, Divan'a aşağıdaki soruları yöneltmiştir:

(1). Bir üye devletin iş gücü piyasasında çeşitli işverenler nezdinde denizci olarak ve çalışma izni alma gerekliliği bulunmaksızın 1977'den beri on beş yıldan fazla bir süreyle çalışan ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendinde aranan şartları yerine getiren ancak denicilik sektöründeki bu çalışması bir ve yetmiş günlük dönemlerle (toplamda yaklaşık olarak on üç ay) kesilen bir Türk işçisi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi ile 6(2). maddesine göre o üye devlette yasal olarak çalışmış kabul edilebilir mi?

(2). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ikinci bendinde aranan şartları yerine getirmiş olan bir Türk işçisinin ikamet izni alabilmesi, söz konusu kişinin ayrıca aynı Kararın 6(1). maddesinin üçüncü bendinde aranan şartları da yerine getirmesine bağlı mıdır?

3.3.31.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, ilk olarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin her üç bendinde de Türk işçilerine tanınan çalışma ve ikamet haklarının, söz konusu kişinin ev sahibi üye ülkedeki yasal çalışma süresi ile orantılı olarak arttığını ve bu düzenlemelerin amacının ilgili kişilerin ev sahibi üye ülkelerdeki durumlarını iyileştirmek olduğunu tekrarlamıştır. Ardından, Divan, önceki içtihatlarında ifade etmiş olduğu gibi, ulusal makamların, Türk vatandaşlarının yukarıda adı geçen düzenlemelerden faydalanmaları hususunda, söz konusu düzenlemelerde aranan şartlara ek olarak yeni şartlar ileri sürme ya da bu düzenlemeler uyarınca kazanılmış olan hakları sınırlandırma yetkileri bulunmadığını belirtmiştir.

Yine, Divan, önceki içtihatlarında belirtmiş olduğu gibi, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üç bendinden de açıkça anlaşılabileceği gibi, her üç bentte de Türk vatandaşlarına tanınan hakların birbirinden farklı olduğunu ve bu düzenlemelerin ev sahibi üye ülkede yasal olarak çalışılan süreye bağlı olarak değişen haklar tanıdığını ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde aranan şartları yerine getirmiş olan bir Türk vatandaşının, aynı Kararın 6(1). maddesinin

ikinci bendinde aranan şartları evvelce yerine getirmiş olduğunun kabul edilmesinin kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Divan, yerleşmiş içtihatları doğrultusunda, bir üye ülkede dört yıl boyunca yasal olarak çalışmış bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında, dilediği ücretli işe girme hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Divan, bir üye ülkede dört yıl boyunca yasal olarak çalışmış bir Türk işçisinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında kazanmış olduğu hakları, bu dört yıllık sürenin dolmasından sonra işe ara vermesi nedeniyle kaybetmeyeceğini belirtmiştir. Ancak Divan, henüz 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi kapsamında hak sahibi olmayan bir Türk işçisinin, bu düzenleme ile tanınan haklardan istifade edebilmesi için, o üye ülkede dört yıl boyunca kesintisiz ve yasal olarak çalışmış olması gerektiğini, aynı kuralın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci ve ikinci bentlerinde aranan bir ve üç yıllık sürelerin hesabında da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinde, yasal çalışma süresi olarak kabul edilen ve yasal çalışma süresine dahil edilmeyen ancak kazanılmış hakları da etkilemeyen hallerin düzenlendiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesine göre; yıllık izinler ile analık, iş kazası veya kısa süreli hastalık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlıkların yasal çalışma süreleri olarak kabul edildiğini ancak yetkili makamlar tarafından usulüne uygun biçimde belgelenmiş olan iradi olmayan işsizlik süreleri ile hastalıktan kaynaklanan uzun süreli devamsızlıkların, yasal çalışma süresine dahil edilmemekle birlikte, daha önceki çalışma süresinde kazanılmış hakları da etkilemediğini aktarmıştır. Bu bağlamda Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca henüz hak sahibi olmamış bir Türk işçisinin, adı geçen düzenleme uyarınca hak sahibi olabilmesi için, aynı Kararın 6(2). maddesinde yer alan meşru sebepler haricinde, ev sahibi üye ülkede dört yıl boyunca kesintisiz ve yasal olarak çalışmış olması gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, Sedef'in, ailesini ziyaret amacıyla Türkiye'ye her gidişinin ardından, Almanya'ya geri döndüğünü ve burada çalışmaya devam ettiğini belirtmiştir. Bu

nedenle, Divan, dava konusu olayda yer alan nitelikteki işe ara vermelerin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında hak sahibi olan bir Türk vatandaşının kazanmış olduğu hakları kaybetmesine sebep olmayacağını belirtmiştir.

Ayrıca, Divan, yetkili ulusal makamların, Sedef'e, on beş yıldan fazla süreyle defalarca ve kesintisiz olarak ikamet izni tanıdığını da ifade etmiştir. Divan, Sedef'in, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında, ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasına yasal olarak dahil olduğunun tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Ancak, Divan, Sedef'in toplam on yedi kez işe vermesinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesi anlamında meşru sebep sayılmadığını belirtmiş, bununla birlikte, Sedef'in ardı ardına akdedilmiş belirli süreli iş sözleşmeleri kapsamında çalıştığını ve Sedef'in söz konusu işe ara vermelerinin kendi iradesi dışında gerçekleştiğini belirtmiştir. Ayrıca, Divan, Sedef'in uzun süreli işe ara vermelerinin büyük bir kısmının Türkiye'de yaşamakta olan ailesini ziyaret etme amacı taşıdığını ve bu durumun Sedef'in 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında kazanmış olduğu hakları yitirmesi için bir sebep teşkil etmeyeceğini, dolayısıyla, Sedef'in, ev sahibi üye ülkeyi ailesini ziyaret etmek sebebiyle terketmesinin meşru bir sebep olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle, Divan, söz konusu işe ara vermelerin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesi anlamında meşru sebep olarak nitelendirilebileceğini ve Sedef'in 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendine dayanarak üye ülkede çalışmaya devam edebilmek için ikamet izninin uzatılmasını talep etme hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendinde aranan şartları yerine getirmiş olan bir Türk vatandaşının, kural olarak, aynı maddenin ikinci bendinde aranan şartları da yerine getirmiş sayılması gerektiği, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin üçüncü bendi uyarınca henüz dilediği bir ücretli işe girme hakkına sahibi olmamış bir Türk işçisinin, ev sahibi üye ülkede kesintisiz ve yasal olarak çalışması gerektiği, ancak kural bu olmakla birlikte, söz konusu işe ara vermelerin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesi anlamında meşru sebep olarak kabul edilmesi durumunda, bu ara

vermelerin de yasal çalışma süresinden sayılması gerektiği, dava konusu Türk vatandaşının işe ara vermelerinin de bu madde kapsamında meşru sebepler olarak değerlendirilmesinin uygun olduğu, dolayısıyla ev sahibi üye devletin ulusal makamlarının dava konusu Türk işçisinin ikamet hakkını tartışma konusu yapamayacakları sonucuna ulaşmıştır.

3.3.31.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, bu kararın önemi, Divan'ın, gemicilik mesleğine özgü işe ara vermeleri de yasal çalışma olarak kabul etmesi açısından önemlidir. Böylece, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesinde sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığı bu içtihat ile netleşmiştir. Divan'ın bu halleri sadece maddede açıkça sayılan hallerle sınırlı tutmayarak, vatandaşımızın mesleğini ve içinde bulunduğu durumu somut olarak değerlendirmesi, kanaatimizce vatandaşımız lehine çok olumlu bir karardır.

3.3.32 C-502/04 Ergün Torun v Stadt Augsburg²⁵⁷

3.3.32.1 Dava Konusu

Ergün Torun, 13 Nisan 1976'da sonradan sürekli olarak ikamet ettiği Almanya'da doğmuş bir Türk vatandaşdır. Torun'a, Mayıs 1992'de, Almanya'da sınırsız süreli bir ikamet hakkı tanınmıştır. Doğumundan itibaren Almanya'da yaşayan Torun, bu üye ülkede, 1972'den beri yasal olarak çalışmakta olan bir Türk vatandaşının oğludur. Torun, ilkokulu ve zorunlu eğitimi tamamladıktan sonra, 1 Eylül 1991'den 28 Şubat 1995'e kadar sanayi sektöründe çıraklık yapmıştır. Torun, çıraklık sürecini başarıyla tamamladıktan sonra, makinistlik sınavını da başarıyla sonuçlandırmıştır. Torun, mesleki eğitimini de tamamladıktan sonra, 1996 sonuna kadar, çeşitli şirketlerde en fazla iki ya da üç aylık sürelerle çalışmıştır. Torun zaman zaman işsiz kalmış ve kendisine işsiz kaldığı dönemler için ödenek bağlanmıştır. Torun, 1997 yılının başında, uyuşturucu bağımlısı olmuş, Mart 1999'da, silahlı soygun ve uyuşturucu kaçakçılığı suçları sebebiyle, üç yıl üç ay süre ile hapse mahkum olmuştur.

²⁵⁷ ECR 2006, P. I-01563.

Stadt Augsburg, 2 Eylül 1999’da, Torun’un, Almanya’dan sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Torun’un bu karara karşı yapmış olduğu itirazı Regierung von Schwaben reddetmiştir. Bunun üzerine, Torun, Verwaltungsgericht Augsburg (Augsburg İdare Mahkemesi) nezdinde dava açmış ancak bu dava da, söz konusu mahkeme tarafından 10 Ekim 2000’de reddedilmiştir. Torun, bu ret kararına karşı, Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi) nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuş ancak Torun’un bu başvurusu da 7 Ağustos 2002’de reddedilmiştir. Torun, bu kararın yeniden incelenmesi amacıyla Bundesverwaltungsgericht’e (Federal İdare Mahkemesi) başvuruda bulunmuş, bu mahkeme, Torun hakkında verilen sınır dışı edilme kararının ulusal hukuk ile uyum içerisinde olduğunu, zira ulusal hukuk uyarınca en az üç yıl süreyle hapse mahkum olan ya da ülkenin Narkotik Yasası’nı ihlal eden yabancıların sınır dışı edilmelerinin zorunlu olduğunu, ancak Torun’un sınır dışı edilmesine ilişkin bu kararın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile uyum içerisinde olup olmadığı hususunda şüpheleri olduğunu belirtmiş ve yargılamayı askıya alarak, Divan’a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.32.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, öncelikle, Ergün Torun’un, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesinde aranan şartları yerine getirdiğini, bu nedenle bu madde ile öngörülen haklara ve dolayısıyla da ikamet hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Divan, dava konusu olayda, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinde sayılan sebeplerden herhangi birinin gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, ev sahibi üye ülkede belirli bir süre yasal olarak çalışan Türk işçileri (madde 6) ile bu işçilerin ev sahibi üye ülkede yaşayan aile bireyleri (madde 7) hakkında farklı düzenlemeler getirdiğini ifade etmiştir.

Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu, dolayısıyla bu maddede aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının, bu madde ile tanınan hakları doğrudan iddia edebileceklerini belirtmiştir. Divan, önceki içtihatlarında olduğu gibi, bir Türk işçisinin çocuğuna, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesi ile tanınan haklarla birlikte ikamet hakkının da tartışmasız bir şekilde tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Divan, 1/80

sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(1). maddesinin, söz konusu Kararın 7(2). maddesinden daha katı düzenlemeler içerdığını, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesinin sadece, bir üye ülkede mesleki bir eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocukları hakkında düzenlemeler getirdiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesinin, aynı Kararın 7(1). maddesine göre daha elverişli bir düzenleme olduğunu ve amacının da bir üye ülkede mesleki eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocuklarının, bulundukları üye ülkenin iş gücü piyasasına girişlerini kolaylaştırmak olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesi ile tanınan hakların ancak iki durumda sınırlandırılabilceğini, bunlardan ilkinin, göçmen Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesi kapsamında, çalıştığı üye devletin kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı için gerçek ve ciddi bir tehlike teşkil etmesi, ikincisinin ise, söz konusu kişinin ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasını meşru bir sebep olmaksızın uzun bir süre terketmesi olduğunu ifade etmiştir. Divan, ayrıca, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7(2). maddesinin, sadece bu madde ile aranan şartları yerine getiren reşit olmayan çocuklar hakkında değil, reşit olmuş kişiler hakkında da uygulanacağını, söz konusu Kararın 7(1). maddesi reşit olmuş kişiler hakkında uygulanırken, aynı Kararın 7(2). maddesinin reşit olmuş kişiler hakkında uygulanmayacağı şeklinde bir yorum yapmanın mümkün olmadığını belirtmiştir.

Özetle, Divan, Bundesverwaltungsgericht tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, ev sahibi üye ülkedeki bir mesleki eğitim programını başarıyla tamamlayan ve reşit olmuş Türk işçi çocuklarının, anne veya babalarından birinin ilgili üye devlette en az üç yıl yasal olarak çalışmış olması kaydıyla her türlü işe başvurabilecekleri, bu hakkın doğal bir sonucu olarak bu kişilere ikamet hakkı da tanınması gerektiği, bu hakların ancak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 14(1). maddesinde yer alan sebeplerle ya da kişinin ev sahibi üye ülkenin iş gücü piyasasını meşru bir sebep olmaksızın uzun bir süre terketmesi sebebiyle sınırlandırılabilceği sonucuna varmıştır.

3.3.32.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bu karar da, Divan'ın aynı konuda kabul etmiş olduğu önceki tarihli diğer kararları gibi, vatandaşlarımız lehine etkiler doğuran bir karardır. Ancak kanaatimizce eleştirilmesi gereken nokta, üye devlet mahkemelerinin, Divan'ın aynı konuda kabul etmiş olduğu birden çok kararı bulunmasına rağmen, aynı hususta tekrar tekrar Divan'a ön karar başvurularında bulunmaktadırlar. Bu nedenle, bu içtihat, yeni bir açıklama içermeyip, Divan'ın önceki tarihli kararlarının tekrarı niteliğindedir. Kanaatimizce, üye devletlerin öncelikle ortaklık hukuku uyarınca vatandaşlarımıza tanınan haklar ile ilgili Divan kararlarını emsal alarak, vatandaşlarımıza tanınan hakları artık kabullenmeleri gerekmektedir, bu sayede Divan'ın iş yükü de bir anlamda hafifletilmiş olacaktır.

3.3.33 C-4/05 Hasan Güzeli v Oberbürgermeister der Stadt Aachen²⁵⁸

3.3.33.1 Dava Konusu

Hasan Güzeli, Almanya'ya 13 Eylül 1991'de giriş yapmış bir Türk vatandaşıdır. Güzeli, 7 Mart 1997'de bir Alman vatandaşı ile evlenmiş ve Oberbürgermeister tarafından kendisine 29 Temmuz 1997'de bir yıl geçerlilik süresi olan bir ikamet izni verilmiştir. Aachen İş ve İşçi Bulma Bürosu, Güzeli'ye, 31 Temmuz 1997'de, her türlü işte çalışmasına imkan tanıyan, sınırsız süreli bir çalışma izni vermiştir. Güzeli, 19 Haziran 1998'de ikamet izni süresinin uzatılması için başvuruda bulunmuş, 8 Temmuz 1998 itibarıyla eşi ile ayrı yaşamaya başlamış ve eşinden 2002'de boşanmıştır. Oberbürgermeister, ilk olarak, Güzeli'nin ikamet izninin süresini, 6 Ocak 1999'da, 6 Aralık 1999'a kadar, ardından da 9 Ekim 2001'e kadar uzatmıştır. Güzeli'ye tanınan ikamet izninde, bu iznin, serbest meslek faaliyetlerini kapsamadığı, sadece Aachen Café Marmara'da garson olarak çalışmaya imkan tanıdığı belirtilmiştir.

Güzeli, 25 Eylül 2001'de, ikamet izninin uzatılması için başvuruda bulunmuştur. Güzeli, 1 Ekim-31 Aralık 1997, 1 Şubat 1998-31 Mart 1999, 1 Haziran 1999-31 Mart 2000 tarihleri arasında Aachen Café Marmara'da garson olarak çalışmıştır. Güzeli, 10 Nisan-14 Aralık 2000 ve 1 Mart-30 Kasım 2001 tarihleri arasında Aachen'deki çeşitli

²⁵⁸ ECR 2006, P. I-10279.

işverenler nezdinde mevsimlik işçi olarak çalışmıştır. Güzeli, geçici dönemlerle, Aachen İş ve İşçi Bulma Bürosu'ndan ödenek almış, ancak hiçbir zaman sosyal güvenlik ödeneği almamıştır. Güzeli, 23 Kasım 2002-5 Aralık 2003 tarihleri arasında ve 2 Haziran 2004'ten 2004 sonuna kadar Aachener Printen-und Schokoladenfabrik Henry Lambertz GmbH & Co KG²⁵⁹ nezdinde çalışmıştır.

Amtsgericht Aachen (Aachen Yerel Mahkemesi) 27 Haziran 2002'de, Güzeli hakkında, Güzeli'nin Lambertz'teki çalışmasının Ausländergesetz'e aykırılık teşkil ettiği, zira Güzeli'nin ikamet iznindeki şartları ihlal ettiği gerekçesiyle, Güzeli hakkında iki kez para cezasına hükmetmiştir. Güzeli'nin, 2 Ocak 2003'te ikamet izninin uzatılması için yapmış olduğu başvuru, Oberbürgermeister tarafından reddedilmiş ve Güzeli'nin sınır dışı edilmesi yönünde talimat verilmiştir. Güzeli'nin bu karara karşı yapmış olduğu itiraz, Bezirksregierung Köln (Cologne Bölge Mahkemesi) tarafından, 20 Temmuz 2004'te reddedilmiştir. Bunun üzerine, Güzeli, 9 Ağustos 2004'te Verwaltungsgericht Aachen nezdinde dava açmıştır. Verwaltungsgericht Aachen, yargılamayı askıya alarak, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

3.3.33.2 Adalet Divanı Kararı

Divan, öncelikle, Alman makamları tarafından Güzeli'ye verilen ikamet izinlerinde, kendisine, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında hak iddiasında bulunabileceğinin belirtildiğine dikkati çekmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin her üç bendinde de tanınan haklardan yararlanmanın ön koşulunun, kişinin ev sahibi üye ülkenin, söz konusu ülkeye giriş yapma ve orada çalışmaya ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerine uygun hareket etmesi olduğunu belirtmiştir. Ancak, Divan, kendisinin bu hususta ön karar verme yetkisini haiz olmadığını, Güzeli'nin Alman hukukuna uygun davranıp davranmadığının tespitinin ulusal mahkeme tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir. Divan, ulusal mahkeme tarafından, Güzeli'nin, Almanya'nın iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dahil olmadığının tespit edilmesi durumunda, Güzeli'nin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi kapsamında ikamet izninin uzatılmasını talep etme hakkına sahip olamayacağını ifade etmiştir. Divan, ulusal mahkeme tarafından, Güzeli'nin

²⁵⁹ Bundan sonra kısaca, "Lambertz" olarak anılacaktır.

Almanya'nın iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dahil olduğu sonucuna ulaşılması halinde ise, Güzeli'nin, Lambertz nezdinde çalışmış olduğu dönem dikkate alınarak, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi kapsamında hak iddiasında bulunma hakkına sahip olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu açıdan, Divan, “yasal çalışma” ifadesinin, bir Topluluk hukuku kavramı olduğunu ve üye ülkenin iş gücü piyasasında istikrarlı ve güvenli bir duruma sahip olmayı gerektirdiğini ifade etmiştir.

Divan, Güzeli'nin, Lambertz nezdinde mevsimlik işçi olarak çalıştığının ve bu şirket nezdindeki çalışmasına özellikle 14 Aralık 2000 ve 1 Mart 2001 tarihleri arasında ara verdiğinin sabit olduğunu, söz konusu işe ara vermelerin, Güzeli'nin yasal çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağını belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 6(2). maddesinde, uzun süreli hastalıklar ile iradi olmayan işsizlik sürelerinin yasal çalışma süresinden sayılmayacağını ancak bu türdeki işe ara vermelerin, ilgili kişinin önceden kazanmış olduğu hakları da etkilemeyeceğinin düzenlendiğini ifade etmiştir. Divan, ulusal mahkemenin, Güzeli'nin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesi kapsamında “kazanılmış hak”ına halel gelmemesi için, kendisinin en azından 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan bir yıllık yasal çalışma şartını yerine getirmiş olması gerektiğini iddia ettiğini belirtmiştir. Divan, ulusal mahkemenin bu değerlendirmesinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(2). maddesi ile anlamında doğru bir değerlendirme olduğunu belirtmiştir. Zira, Divan, Güzeli'nin, Lambertz nezdindeki çalışmasına ara verdiği sırada, söz konusu şirket nezdinde sadece sekiz aydır (10 Nisan-14 Aralık 2000 tarihleri arasında) çalışmakta olması nedeniyle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesi anlamında hak sahibi olmadığını ifade etmiştir.

Özetle, Divan, Verwaltungsgericht Aachen tarafından kendisine ön sorun yoluyla yöneltilen sorulara verdiği yanıtta, bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi ile tanınan haklardan faydalanabilmesi için, söz konusu kişinin, ikinci işveren nezdindeki ücretli çalışmasının, ev sahibi üye ülkenin ulusal düzenlemelerine uygun olması gerektiği, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin ikinci bendinde düzenlenen üç yıllık çalışma süresini

tamamlamadan işverenini değiştiren bir Türk işçisinin, üye ülkenin ulusal düzenlemelerine uygun davranıp davranmadığının tespitinin ulusal mahkemece yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

3.3.33.3 Adalet Divanı Kararının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, bu karar, Divan'ın yetkileri açısından ulusal mahkemelere yol göstermesi anlamında önem taşımaktadır. Bu kararda, Divan, yetkilerinin nerede başladığını net bir şekilde açıklamıştır. Divan, kuşkusuz Topluluk hukukunun bir parçası olan Ortaklık Konseyi Kararlarını yorumlama yetkisine sahiptir, ancak Divan'ın bu yetkisi, vatandaşlarımızın üye ülkelere ilk kez giriş yapmaları ya da iş gücü piyasasına ilk kez dahil olmaları sonrasında başlamaktadır. Çünkü, ortaklık hukukunun mevcudiyetine rağmen, vatandaşlarımız bu alanda ulusal düzenlemelere tabidirler. Bu nedenle, kanaatimizce, bir ulusal mahkemenin yapacağı ilk işlem, öncelikle vatandaşımızın çalışmasının yasal olup olmadığını tespit etmektir. Görüldüğü üzere ulusal mahkemelerce her durumda doğrudan Divan'a ön karar başvurusunda bulunmak, her zaman ulusal mahkeme tarafından istenen sonuçları vermemekte ve Divan tarafından ulusal mahkemeye yetkileri hatırlatılmaktadır.

3.4 AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ KARARLARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Adalet Divanı'nın, Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve ilgili Ortaklık Konseyi Kararlarını yorumladığı kararlar, hem üye ülkelerde bulunan Türk işçilerinin durumuna hem de Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerinin hukuki yönüne ışık tutması açısından önem taşımaktadır²⁶⁰. Çünkü Adalet Divanı'nın kararları, AT Antlaşması'nın 220 (eski madde 164), 228 (eski madde 171) ve 234. (eski madde 177) maddeleri uyarınca ulusal hukukun üzerinde ve bağlayıcıdır. Bu çalışma kapsamında incelediğimiz otuz üç adet Adalet Divanı kararı neticesinde, Türk vatandaşlarının üye devlet vatandaşlarına tanınan nitelikte bir serbest dolaşım hakkına sahip olmadıkları, ortaklık hukukunun sadece belirli süre bir üye devlette yasal olarak çalışan ve ikamet

²⁶⁰ DARTAN, 555.

eden Türk vatandaşlarına bazı haklar tanıdığı, bu hakların da üye ülkede kalınan süreye bağlı olarak değiştiği sonucuna ulaşıyoruz.

Adalet Divanı'nın ilgili kararları ışığında ulaştığımız sonuçları özetlemek gerekirse;

(1). Türkiye ile Topluluk arasındaki Ortaklık hukuku, Topluluk hukukunun bir parçasıdır.

(2). Ankara Anlaşması ve Katma Protokolün açıklanması konusunda Adalet Divanı yetkilidir.

(3). Çalışma ve ikamet hakları, ayrılmaz bir bütündür, kişiye ikamet hakkı tanınmaksızın çalışma izni verilmesi bir anlam ifade etmemektedir.

(4). Üye ülkedeki çalışması ve dolayısıyla ikameti yasal olmayan bir Türk işçisinin, dava açtığı tarih ile davanın sonuçlandığı tarih arasındaki çalışması yasal çalışma olarak kabul edilemez.

(5). Bir Türk vatandaşının, bir Ortaklık Konseyi Kararında yer alan haklardan yararlanabilmesi, bir üye ülke ulusal mevzuatı ile, ilgili Ortaklık Konseyi Kararında öngörülen şartlardan başka ya da bu şartlardan daha ağır şartlara bağlanamaz.

(6). Bir Türk işçisinin bir üye ülkede çalışmaya başladığı tarihten itibaren, bulunduğu ülkenin ulusal mevzuatı uyarınca üye ülke ulusal makamlarından çalışma izni alma gerekliliği bulunmamışsa, bu kişi o üye ülkede yasal olarak çalışmış kabul edilir.

(7). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca, bir üye ülkede, dilediği bütün işlere serbestçe girme hakkına sahip olan bir Türk işçisine, yeni bir iş bulması için makul bir süre tanınması ve bu süre içerisinde kendisine ikamet izni verilmesi gerekmektedir.

(8). Bir Türk işçisinin eşinin, üye ülkede ikamet hakkı kazanabilmesi için gereken, eşi ile üç yıl sürekli olarak birlikte yaşama şartının gerçekleşip

gerçekleşmediği incelenirken, kişinin altı aydan fazla olmamak şartıyla, iradesi dışında üye ülke dışında geçirdiği süreler de hesaba katılır.

(9). Bir çalışmanın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında “bir yıllık yasal çalışma” olarak kabul edilebilmesi için, bu çalışmanın bir yıl süre ile aynı işveren nezdinde gerçekleşmiş olması şarttır.

(10). Hukuka aykırı bir yolla elde edilen ikamet iznine dayanarak yapılan çalışma, süresine bakılmaksızın yasal çalışma kabul edilemez.

(11). Bir Türk vatandaşının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca elde etmiş olduğu haklar “kazanılmış hak” niteliğindedir. Üye devletlerce 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında hak elde eden bir Türk işçisi hakkında, kendisine tanınan hakları kullanmasını engelleyecek düzeyde yeni kısıtlama ve şartlar getirilemez.

(12). Bir üye ülkedeki eğitimini tamamlayarak ikamet izni alan bir Türk işçi çocuğunun o üye ülkede çalışma hakkı elde edebilmesi için, anne ya da babasından herhangi birinin geçmişte o üye ülkede en az üç yıl süreyle yasal olarak çalışmış olması yeterli olup, kişinin anne ya da babasının halen o üye ülkede bulunması zorunlu değildir.

(13). Kamu fonlarının finanse edilen bir işte çalışma, kişinin yasal çalışma dolayısıyla elde ettiği hakların kaybına yol açmaz.

(14). Vatandaşlığa dayalı ayırım yapmama kuralı, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahiptir.

(15). Bir üye ülkenin yasal iş gücü piyasasına belirli bir süredir kesintisiz şekilde dahil olan bir Türk işçisi, sırf işlemiş olduğu bir suçtan dolayı tecil edilen bir cezaya çarptırılmış olması nedeniyle, o üye ülkeden sınır dışı edilemez. Bu durumdaki bir Türk işçisi, ancak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesinde sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi durumunda sınır dışı edilebilir, kişinin suç işlemiş olması üye devlet mevzuatına göre bir sınır dışı edilme sebebi teşkil etse dahi ulusal mevzuat değil 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14. maddesi dikkate alınır.

(16). Bir üye ülkede yasal olarak çalışan ve ikamet eden bir Türk vatandaşı, ikamet izninin uzatılması için yapması gereken başvuruyu geciktirmiş olması nedeniyle, elde etmiş olduğu hakları kaybetmez.

(17). Serbest meslek faaliyeti yürüten Türk vatandaşları hakkında düzenleme getiren Katma Protokolün 41(1). maddesi, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahiptir, bu nedenle, bir Türk vatandaşının Katma Protokolün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sahip olduğu haklar, üye devletlerce mevcut durumdan geriye götürülemez.

(18). 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamındaki “birlikte yaşama” ifadesi, eşlerin nikâhsız olarak birlikte yaşadığı süreleri de kapsar niteliktedir.

(19). Bir üye ülkeye mesleki eğitim amaçlı giriş yapan ve eğitimi süresince mesleki uygulama açısından kendisini geliştirmek amacıyla bir işveren nezdinde çalışan bir Türk vatandaşının bu çalışması, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında “yasal çalışma” sayılır ve söz konusu karar ile tanınan haklara sahip olur.

(20). Bir üye ülkede yasal olarak çalışmakta olan bir Türk işçisi, bulunduğu bölgedeki işçi odası seçimlerine aday olarak katılma hakkına sahiptir.

(21). Katma Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Türk vatandaşları hakkında aranmayan şartlar, Katma Protokol’ün yürürlüğe girmesinden sonra ulusal düzenlemeler yoluyla ileri sürülemez.

(22). Bir üye ülkede usulüne uygun olarak yaşamakta ve çalışmakta olan bir Türk işçisinin, üye ülkeye usulüne uygun olarak giriş yapan belirli bir yaşı geçmemiş üvey çocuğu ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi de, ortaklık hukuku uyarınca tanınan haklardan istifade etmek bakımından, öz çocuk ile eşit haklara sahip olur.

(23). Belirli bir süre hapse mahkûm olması nedeniyle üye ülke iş gücü piyasasından uzak kalan bir Türk vatandaşı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamında kazanmış olduğu hakları kaybetmez.

Divan’ın, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki ortaklık hukukunun Topluluk hukukunun bir parçası olduğunu kabul ettiği ilk karar Demirel karardır. Bu

nedenle, Demirel kararı, incelediğimiz kararlar arasında özel bir öneme sahiptir. Bu karar ile Divan, ayrıca, üye ülkelerde belirli bir süredir yaşayan ve çalışan Türk vatandaşlarının, ortaklık hukukuna ilişkin olarak üye devlet makamları ile yaşadıkları uyumsuzluklarda ortaklık hukukunu yorumlama yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.

Divan'ın ortaklık hukukuna ilişkin olarak kabul etmiş olduğu bir diğer önemli karar da Sevince kararıdır. Bu karar ile Divan, 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 2(1)(b) ve 7. maddeleri ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1) ve 13. maddelerinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Divan, bu doğrudan etkinin, sadece, hakkında karar verilen Türk vatandaşının bulunduğu üye ülkede değil, tüm üye ülkelerde geçerli olduğunu kabul etmiştir. Böylelikle, ilgili düzenlemelerin, tüm üye ülkelerde aynı şartlarda uygulanması ve yorumlanması gerekliliği ifade edilmiştir. Sevince kararı ile Divan, ikamet izni başvurularının reddedilmesi nedeniyle dava açan Türk vatandaşlarının, açtıkları dava sonuçlanıncaya kadar geçen süreçteki çalışmalarını yasal çalışma olarak kabul etmemiştir.

Kuş kararı ile Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinde aranan şartları yerine getiren bir Türk işçisinin, bu madde ile tanınan hakları elde etmesinde üye ülkelerce yeni şartlar ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Böylelikle, üye ülkelerin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinde aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşları hakkında, üye ülkelerin, kendi ulusal yabancılar hukuku düzenlemelerini gerekçe göstererek, kişilerin bu hakları kullanmalarında, ilgili Ortaklık Konseyi Kararında aranan şartlara ek olarak yeni şartlar ileri sürmeleri engellenmek istenmiştir.

Divan'ın bir diğer önemli içtihadı da Bozkurt kararıdır. Bu Karar ile Divan, bir üye ülkede, çalışma ve ikamet izni alma zorunluluğu bulunmayan işlerde çalışmış Türk vatandaşlarının, söz konusu çalışmalarının ilgili üye ülke ile yakından bağlantılı olması durumunda, bu üye ülkedeki çalışmalarının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi anlamında yasal çalışma olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Böylelikle, icra edilebilmeleri için çalışma ve ikamet izni alınması gerekmeyen işlerde çalışan Türk vatandaşlarının, ellerinde herhangi bir çalışma ya da ikamet izinleri bulunmasa dahi, çalışmalarının yasal sayıldığı ortaya konmuştur. Divan, Bozkurt kararı

ile 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi uyarınca ikamet hakkı elde etmiş olan Türk vatandaşlarının, bu haklarını, sürekli iş göremez hale geldikten sonra kaybettikleri sonucuna ulaşmıştır. Bu karar, üye ülkelerde sınırlı da olsa bazı haklar elde eden Türk vatandaşlarının aleyhine bir içtihattır. Bir üye ülkede bir kazanılmış hakkı olan Türk vatandaşlarının, sırf iş göremez hale gelmeleri nedeniyle kendilerine belirli bir süre çalışmış oldukları üye ülkede ikamet hakkı tanınmaması, vatandaşlarımızı zor duruma sokmuştur.

Divan Tetik kararı ile bir üye ülkede dört yıl yasal olarak çalıştıktan sonra 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(3). maddesi kapsamında dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkı elde eden bir Türk vatandaşına, mevcut işinden ayrıldıktan sonra yeni bir işe başlayabilmesi için makul bir süre tanınması ve bu kişinin iş bulana kadar geçen süre içerisinde ikamet iznine sahip olması gerekliliği üzerinde durmuştur. Divan, makul sürenin hesaplanmasında ulusal hukuka atıfta bulunmuş, ulusal hukukta bu konuda boşluk olması durumunda, bu makul sürenin ulusal mahkemece belirleneceğini ifade etmiştir. Bu karar, üye ülkelerde dört yıl gibi uzun sayılacak bir süre çalışan Türk vatandaşlarına, işlerinden çeşitli nedenlerle ayrılmaları durumunda, yeni bir iş bulabilmeleri için kendilerine makul süre verilmesini talep etme hakkı tanınmış olması açısından önemlidir. Bu makul sürenin tanınmış olması, vatandaşlarımızın kendilerine uygun bir iş seçebilmeleri için iyi bir fırsat olarak değerlendirilebilir.

Divan'ın Kadıman kararı, eşlerinin kötü muamelesi nedeniyle eşleri ile birlikte ikamet ettikleri üye ülkeden ayrılarak belirli bir süre (en fazla altı ay) memleketinde yaşamak zorunda kalan Türk işçi eşlerinin, bu süre zarfında üye ülkede bulunamamaları nedeniyle, eşleri ile birlikte ikamet ettikleri üye ülkede kendilerine tanınması muhtemel haklardan mahrum bırakılmalarını engellemesi açısından olumlu bir karar olarak değerlendirilebilir.

Eker kararı ise, Divan'ın, bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinde yer alan “bir yıllık yasal çalışma” şartını yerine getirmiş sayılabilmeleri için, kişinin çalışmasının aynı işveren nezdinde bir yıl süreyle devam etmesi anlamına geldiğini belirtmesi açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, bir yıl içerisinde işvereni değiştiren bir Türk işçisinin, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının

6(1). maddesinde aranan “bir yıllık yasal çalışma” şartını yerine getirmediği ve dolayısıyla bu madde ile tanınan hakları elde edemediği sonucuna ulaşılmıştır.

Kol kararı, Divan’ın bir üye ülkede, yasa dışı yolları kullanarak ikamet izni almış ve bu nedenle mahkûm edilmiş bir Türk vatandaşının çalışmasının 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında yasal olmadığı sonucuna ulaşması bakımından önem taşımaktadır. Muhtemelen Divan, yasa dışı yolları kullanarak ikamet izni alan Türk vatandaşlarının ortaklık hukukuna dayanarak hak iddiasında bulunmalarını engellemek istemiştir.

Divan’ın Ertanır kararı, Kuş kararı gibi, üye ülkeler tarafından, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinde aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşları hakkında, bu kişilerin söz konusu madde ile kendilerine tanınan hakları kullanmalarını engelleyecek düzeyde yeni kısıtlamalar ve şartlar ileri sürülmesini engellemesi bakımından önemlidir. Dolayısıyla, Divan’ın her iki içtihadını da dikkate aldığımızda, bir üye devletin iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş bir Türk işçisi, bir üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına (birinci bent) , bir üye devlette üç yıllık yasal çalışmadan sonra ve Topluluk üye devletlerinin işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş arzına başvurma hakkına (ikinci bent) , bir üye devlette dört yıllık yasal çalışmadan sonra dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına (üçüncü bent) sahiptir. Dolayısıyla, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin ilgili bentlerinde aranan şartları yerine getirmiş olan bir Türk vatandaşının ilgili bentlerde tanınan hakları kullanabilmesi için ayrıca üye devletlerce ileri sürülen şartları da yerine getirmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ertanır ve Kuş kararı gibi, Günaydın kararında da, Divan, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinin herhangi bir bendinde aranan şartları yerine getirmiş bir Türk vatandaşının kazanılmış bir hakka sahip olduğu ve bu nedenle üye ülkelerin bu hakka sınırlamalar getirme ya da şarta bağlama yetkileri bulunmadığını tekrar ifade etmiştir. Bu kararda ayrıca, bir çalışmanın yasal çalışma kabul edilebilmesi için, söz

konusu çalışmanın gerçek ve etkin olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bir Türk vatandaşı, ister mesleki eğitim amacıyla ister uzman olarak çalışsın, söz konusu çalışma gerçek ve etkin bir faaliyet olarak değerlendirilebiliyorsa, bu kişinin çalışması, yasal çalışma olarak kabul edilecektir.

Akman kararında, Divan, bir Türk işçisinin aile bireyi olarak bir üye ülkede eğitimini tamamlayan bir Türk vatandaşının, ebeveynleri o üye ülkede en az üç yıl yasal olarak çalışmış ise, ebeveynlerinin halen o üye ülkede bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın, o üye ülkede çalışma hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Birden kararında da Divan, bir çalışmanın yasal çalışma olarak kabul edilebilmesi için, bu çalışmanın gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyet niteliğinde olması gerektiğini tekrar vurgulamış ve çalışılan işin kamu fonlarınca finanse edilen bir iş olmasının, bu sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir.

Divan'ın, üye ülkelerde bulunan Türk işçileri ve onların aile bireylerine ilişkin düzenlemeler getiren 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararına ilişkin ilk içtihadı Sürül kararıdır. Bu içtihadın en önemli yanı, eşit muamele prensibinin sadece 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında değil, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı anlamında da üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunun teyit edilmiş olmasıdır.

Nazlı kararı, Divan'ın 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesinde aranan şartları yerine getiren Türk vatandaşlarının bu madde ile kazanmış oldukları hakların, ulusal mevzuat ile sınırlandırılmasının ya da ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını tekrar belirtmesi ve bir sınırlama yapılacaksa bunun ancak aynı Kararın 14(1). maddesinde yer alan sebeplerden birine dayanılarak yapılabileceğini ifade etmesi açısından önemlidir. Böylelikle, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi uyarınca çalışma hakkı elde eden bir Türk vatandaşının bu hakkı ancak, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleri ile sınırlandırılabilir.

Ergat kararı, Divan'ın, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi uyarınca çalışma ve dolayısıyla ikamet hakkı elde etmiş bir Türk vatandaşının, ikamet izni başvurusunu geç yapmış olması nedeniyle, kazanmış olduğu bu hakkı kaybetmeyeceğini kabul etmesi açısından önemlidir. Divan, bu içtihadında, Nazlı

kararına benzer şekilde, ikamet hakkının da ancak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 14(1). maddesinde sayılan sebeplerden biri ile sınırlandırılabileceğini belirtmiştir.

Divan önemli bir diğer içtihadı ise Savaş kararıdır. Bu karar ile Divan, ilk kez Katma Protokol'ün 41(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu içtihadın öncekilerden farkı ise, dava konusu kişinin bir Türk işçisi değil, bir Türk işvereni olmasıdır. Divan, Türk işçilerine ilişkin düzenlemeler getiren 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6. maddesi gibi, Türk işverenleri için düzenlemeler getiren Katma Protokol'ün 41(1). maddesinin de, üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca, Divan, önceki içtihatlarına paralel olarak, üye devletlerce, Katma Protokol'ün 41(1). maddesinde aranan şartları yerine getirmiş Türk vatandaşları hakkında, Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, bu kişilerin söz konusu madde ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanabilmelerine ilişkin olarak ek şartlar ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Divan, bir ulusal düzenlemenin, Katma Protokol'ün 41(1). maddesi kapsamındaki bir Türk vatandaşının lehine olması durumunda uygulanacağını, aleyhinde olması durumunda ise uygulanmayacağını belirtmiştir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının aile bireylerine ilişkin düzenleme getiren 7. maddesinde yer alan “birlikte oturma” ifadesinin nikâhsız olarak birlikte geçirilen süreleri de kapsadığı Eyüp kararı ile teyit edilmiştir. Böylelikle ilgili madde anlamında, “birlikte oturma” ifadesinin kapsamı da genişlemiştir.

Divan, Ertanır, Kuş ve Günaydın kararlarına benzer şekilde, Kurz kararında da, bir üye ülkeye mesleki eğitim amacıyla giriş yapan ve bu eğitim süresince mesleki uygulama bakımından kendisini geliştirmek için bir işveren nezdinde gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyette bulunan bir Türk vatandaşının bu çalışmasını yasal çalışma olarak kabul etmiştir.

Wahlergruppe Gemeinsam kararı ile Divan, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak kayıtlı olan bir Türk vatandaşının, bulunduğu bölgedeki işçi odası genel kurulu seçimlerine aday olarak katılma hakkı bulunduğuna hükmetmiştir. Kişinin

dâhil olduğu meslek grubunun genel kurul seçimlerine aday olarak katılma hakkı çalışma hakkı ile yakından bağlantılı bir haktır. Kişiy e bu hakkın tanınması, ilgili kişinin gerçek anlamda o üye ülkenin iş gücü piyasasına dâhil olduğunun önemli bir göstergesidir.

Divan, Savaş kararı gibi Abatay kararında da Katma Protokol’ün 41(1). maddesinin üye ülkelerde doğrudan etkiye sahip olduğuna hükmetmiştir.

Üye ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarına ilişkin bir diğer karar, Divan’ın Öztürk kararıdır. Bu karar ile Divan, bir Türk işçisi hakkında, ilgili kişinin işsiz kalması durumunda, erken emeklilik aylığına hak kazanması için, kişinin bu aylığı almak için başvuruda bulunmasından önceki belirli bir dönem ilgili üye ülkeden işsizlik sigortası yardımı almış olması gerekliliğine bağlayan bir üye ülke mevzuatının uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu karar ile Divan, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının doğrudan etkisini kabul etmiş ve bu Karar kapsamındaki kişilerin herhangi bir üye devletin mevzuatı ile öngörülen yükümlölüklere o üye devletin vatandaşları ile aynı koşullarda tabi olacağına ve yardımlardan aynı koşullarda faydalanacağına hükmetmiştir.

Ayaz kararı ise, Divan’ın “aile bireyi” ifadesini dar tutmayarak, bir üye ülkenin iş gücü piyasasına usulüne uygun olarak dâhil olan Türk vatandaşlarının öz çocukları gibi, 21 yaşını doldurmamış üvey çocuklarının ya da bakmakla yükümlü oldukları kişilerin de, ev sahibi üye ülkede bu kişi ile birlikte oturmalarına usulüne uygun olarak izin verilmiş olması kaydıyla, aile bireyi olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiş ve dolayısıyla bir aile bireyi olarak hak elde edebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

4. SONUÇ

AB hukukunda, üye devlet vatandaşlarının, diğer üye devletlere, herhangi bir sınırlama ya da yasaklama ile karşılaşmaksızın serbestçe girmesi, dolaşması, ikamet etmesi, iş başvurusunda bulunması, gittikleri ülkelerde o ülkelerin vatandaşları ile eşit şartlarda sosyal haklardan yararlanması anlamına gelen serbest dolaşım hakkı, Türk işçileri için, 1964'te Ankara Anlaşması ile öngörülmüş, 1973'te Katma Protokol ile bu hakkın Türk işçilerine en geç 1986'da tanınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, 1973 petrol krizinden sonra üye devletlerdeki ekonomik gelişmelerin yavaşlaması ve Almanya'da bulunan Türk işçilerinin Almanya'ya uyum sağlayamamalarının yarattığı sorunlar nedeniyle süreç başarısız olmuş; planlanan tarihte, Türk vatandaşlarının serbest dolaşımı gerçekleşmemiştir. Hatta, bugün, 1986 yılı üzerinden yirmi bir yıl geçmiş olmasına rağmen bu hak halen vatandaşlarımıza tanınmamıştır. Bunun sebebi ise, kanaatimizce, serbest dolaşım hakkının AB üyeliğinin bir parçası olarak kabul edilmesi ve Türkiye'nin henüz AB'ye üye olmaması gerekçesiyle vatandaşlarımıza bu hakkın tanınmayarak askıya alınmasıdır. Oysa ki Katma Protokol'ün 36. maddesinde, Türk işçilerinin serbest dolaşımının sağlanması Türkiye'nin Topluluğa üye olması gibi bir şarta bağlanmamıştı. Serbest dolaşım açısından, ileride karşımıza çıkacak muhtemel tablonun ipuçları ise, AB Komisyonunun 6 Ekim 2004'te yayınlamış olduğu Türkiye Tavsiye ve Etki Raporlarındaki ibarelerden net bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu Raporlara göre; Türkiye AB'ye üye olsa bile, serbest dolaşım hakkı açısından *kalıcı* sınırlamalara gidilebilir. Serbest dolaşım hakkına, yoğun göç alan üye ülkelerin kamu düzenleri ya da ekonomik durumları dikkate alınarak, zaman zaman *geçici* nitelikte sınırlamalar getirilmesinde kanaatimizce bir sakınca yoktur. Sakınca, AB'ye üye bir devletin vatandaşlarının bu haktan kalıcı koruma hükümleri uygulanmak suretiyle, sınırsız sınırlamalara tabi tutularak mahrum bırakılması neticesinde ortaya çıkar. Böyle bir durumun gerçekleşmesi ise, AB mevzuatının üstlenilmesi hususunda özellikle 2003'ten bu yana ciddi ilerlemeler kaydeden Türkiye için AB'ye üye olmanın sağlayacağı imkanlardan yararlanamamak anlamına gelir, bu tür bir eksik üyelik ya da kalıcı sınırlamalara tabi bir üyelik, kanaatimizce AB hukukuna aykırılık teşkil eder. Esasen bu aykırılık, ne yazık ki 1986'dan beri, ortaklık hukukuna aykırılık kapsamında sürmektedir. 1986'da yılında vatandaşlarımıza sağlanmış olması gereken bu hak, halen

vatandaşlarımıza tanınmadığı gibi, AB'ye üye olmamız neticesinde dahi vatandaşlarımıza tanınması ne yazık ki şüpheli gözükmektedir. Türkiye'nin AB'ye üye olması ve serbest dolaşım hususunda kalıcı koruma tedbirleri alınması durumunda ise, bir Türk vatandaşı, *“Birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış olan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes bir mahkemede etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir”* hükmünü içeren AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 47. maddesinin ilk fıkrasına ve yine aynı Bildirge'nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler içeren 21. maddesine dayanarak dava açma hakkını haizdir.

Şu halde, elimizde mevcut olan tek kazanım, Divan'ın AB'de bulunan vatandaşlarımız hakkında vermiş olduğu kararlardır. Bugün itibariyle sayısı otuz üçü bulan Divan kararları, ortaklık hukuku kapsamında ayrıntılı düzenlemeler içeren Ortaklık Konseyi Kararlarının anlamı ve amacının üye devletlerce ve üye devletlerde bulunan vatandaşlarımızca anlaşılması açısından son derece olumlu etkiye sahiptir. Birlik hukukunun tüm üye devletlerde yeknesak bir şekilde uygulanması rolünü üstlenen Divan'ın vatandaşlarımız hakkında kabul etmiş olduğu bu kararlar, üye devletlerde çalışan vatandaşlarımız ve onların aile bireylerinin bilinçlenmesi açısından özel önem taşımaktadır.

Divan, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımıza ilişkin vermiş olduğu ilk kararında, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol'ün Birlik hukukunun bir parçası olduğunu kabul etmiş, böylelikle kendisinin bu alanda yargılama yetkisine sahip olduğunu ifade ederek, üye devletlere, tereddüte düştükleri hallerde, Divan'a ön karar başvurusunda bulunma yolunu açmıştır. Kanaatimizce, Divan'ın, ön sorun yoluyla üye devlet mahkemeleri tarafından kendisine yöneltilen sorulara ilişkin verdiği kararlardan en önemlisi, doğrudan uygulanabilirlik hususuna açıklık kazandırmış olduğu kararlardır. Divan, Topluluk ile Topluluğa üye olmayan ülkeler arasında oluşturulan bir anlaşmadaki hüküm, yazılış tarzı, amacı ve anlaşmanın oluşumu dikkate alındığında, hükmün uygulanmasında ya da etkilerinde herhangi bir ikincil düzenlemeye gerek olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse, söz konusu hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu itibarla Divan, çalışma şartları, sosyal haklar, sınır dışı edilme halleri ve eğitim haklarına ilişkin

hükümler içeren ortaklık hukuku düzenlemelerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğuna kanaat getirmiş ve böylelikle üye devletlerde bulunan vatandaşlarımızın bu düzenlemelere dayanarak üye devlet mahkemeleri nezdinde hak talebinde bulunabilmeleri yolunu açmıştır.

Divan, konuya ilişkin içtihatları sayesinde, Birlik hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapmama kuralını, çalışma koşulları, sosyal ve sendikal haklar, eğitim hakları ve sınır dışı edilme sebepleri açısından üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımız için de kabul etmiş, böylelikle, üye devletlerin, vatandaşlarımız hakkında, kendi vatandaşları için uyguladıkları rejimden farklı bir rejim uygulayamayacaklarını belirtmiştir. Divan içtihatlarına göre, üye ülkelerde belirli süredir yasal olarak çalışmakta olan vatandaşlarımız ve onların aile bireyleri, çalışma koşulları, sosyal ve sendikal haklar, eğitim hakları ve sınır dışı edilme sebepleri açısından o ülkelerdeki üye devlet vatandaşları ile eşit muameleye tabi tutulacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki, ulusal mevzuat düzenleme hususunda takdir yetkisi üye devletlere aittir ancak bir üye devletin örneğin sınır dışı etme gibi bir idari işlemi her zaman Divan'ın yargısal denetimine tabidir ve Divan'ın kararları ulusal mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir.

Divan kararları genel olarak değerlendirildiğinde, Türk vatandaşları, üye devlet vatandaşları gibi serbest dolaşım hakkına sahip olmamakla birlikte, üye ülkelerde belirli sürelerle yasal olarak çalışmışlarsa, bu ülkelerde belirli haklara sahip olmaktadır. Divan kararlarına göre, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımıza üçüncü ülke vatandaşlarına uygulanan mevzuat uygulanmayacak, ancak Birlik hukukunun genel prensipleri haricinde, vatandaşlarımıza, Birlik vatandaşları ile eşit haklar da tanınmayacaktır. Divan'ın içtihatları, sınırlama ve yasaklamalarla dolu üye devletlerin yabancılar hukuku mevzuatlarının vatandaşlarımız hakkında uygulanmasını engellemesi açısından son derece önemlidir. Özellikle, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın sınır dışı edilmesi hususunda üye devletlerin idari makamlarının, 64/221 sayılı Direktif'i göz önünde bulundurmalarına işaret eden Divan kararları da, büyük önem taşımaktadır. Böylelikle, örneğin sadece bir suç işlemiş olma, vatandaşımızın sınır dışı edilmesi için bir sebep teşkil etmez. Sınır dışı edilme, ancak 64/221 sayılı Direktif'te yer alan

sebeplerle mümkün olabilir. Yani, bir üye ülke, sırf ülkesinde bulunan diğer göçmenlere göz dağı vermek amacıyla bir Türk vatandaşını sınır dışı edemez, sınır dışı etme münhasıran ilgili kişinin kişisel durumuna dayandırılmalıdır ve vatandaşımızın kişisel tavır ve davranışları, bir üye ülkenin kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı için gerçek ve ciddi bir tehlike teşkil etmediği sürece vatandaşımızın sınır dışı edilmesi Topluluk hukukuna aykırıdır.

İncelemiş olduğumuz Divan kararlarında üzerinde durulması gereken bir diğer konu, üye devlet ulusal mahkemelerinin, Divan'ın aynı ya da çok benzer konulara ilişkin içtihatları bulunmasına rağmen, yine de, Divan'a ön karar başvurusunda bulunmalarıdır. Ancak, Birlik hukukunun tutarlı bir şekilde uygulanmasından sorumlu olan Divan'ın kararları da tutarlılık arzettiğinden, üye devletlerin, vatandaşlarımızın kazanmış oldukları hakları, kendi ulusal mevzuatlarını uygulamak suretiyle vatandaşlarımıza tanımamaya yönelik bu tür ön karar başvuruları sonuçsuz kalmakta, hatta, Divan tarafından vatandaşlarımız hakkında verilen kararlar, vatandaşlarımız lehine yükselen bir grafik çizmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce, kimi ön karar başvurularının Divan'ın iş yükünü ağırlaştırmaktan başka bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Zira, Divan, incelemiş olduğumuz kimi kararlarında, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak hüküm vermiştir.

İncelemiş olduğumuz Divan kararları neticesinde, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın, Birlik vatandaşlarından sonra durumu en iyi olan yabancılar olduğunu söylemek mümkündür. Zira, ortaklık hukukuna aykırı ulusal düzenlemelerin, vatandaşlarımız hakkında uygulanamayacağı birçok Divan kararında ifade edilmiştir. Ancak halen, bir Türk vatandaşının, üye ülkelerden birine gitmek için vize alma zorunluluğu devam etmektedir. Bir Türk vatandaşı, ancak, bir üye ülkede en az bir yıl yasal olarak çalışmış olması durumunda ortaklık hukuku korumasından faydalanabilmektedir. Üye ülkelerden birinin iş gücü piyasasında örneğin sekiz ay yasal olarak çalışmış bir Türk vatandaşı ne yazık ki üçüncü ülke vatandaşları ile eşit muameleye tabi tutulacaktır.

Bir diğer önemli sonuç ise, ilgili Ortaklık Konseyi Kararları neticesinde belirli haklar elde eden vatandaşlarımızın, bu düzenlemeler ile elde ettikleri haklarını

kullanmalarını engelleyici nitelikte yeni kısıtlama ve daha ağır şartlar ileri sürülemeyeceğinin Divan’ca teyit edilmiş olmasıdır. İlgili Ortaklık Konseyi Kararları uyarınca kazanılmış haklara sahip olan vatandaşlarımızın bu haklarının üye devletlerce şarta bağlanması ya da sınırlandırılması Divan kararları uyarınca ortaklık hukukuna aykırılık teşkil eder.

Bu çalışma kapsamında incelenen Divan kararları neticesinde, Türk vatandaşlarının üye devlet vatandaşlarına tanınan nitelikte bir serbest dolaşım hakkına sahip olmadıkları, ortaklık hukukunun sadece belirli bir süre bir üye devlette yasal olarak çalışan ve ikamet eden Türk vatandaşlarına ve bu kişilerin aile bireylerine bazı haklar tanıdığı, bu hakların da üye ülkede kalınan süreye bağlı olarak değiştiği, dolayısıyla ortaklık hukuku ile güdülen amaca erişilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

Üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın, ortaklık hukuku uyarınca elde ettikleri yasal kazanımları yaşama geçirebilmek için, ilgili üye devlet idari makamlarına başvuruda bulunmaları, ortaklık hukukuna aykırı işlemlere itiraz etmeleri ya da ulusal mahkemeler nezdinde dava açmak suretiyle hukuksal alanda mücadele etmeleri gerekmektedir. İncelemiş olduğumuz Adalet Divanı kararları, tüm üye ülkeleri bağlayıcı ve tüm ulusal hukuk düzenlemelerinin de üzerinde olduğu için, üye ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın, kendileri hakkında, ilgili Adalet Divanı kararlarının kısıtlanmaksızın aynı şekilde uygulanmalarını sağlamak üzere yaşadıkları sorunlara bizzat sahip çıkmaları kanaatimizce en uygun çözüm yoludur. Bu doğrultuda, vatandaşlarımızın yoğun olarak yaşadığı üye ülkelerde bu çabaları koordine edici kuruluşların tesis edilmesi, bu kuruluşların vatandaşlarımızı sahip oldukları haklar hususunda bilgilendirmesi ve vatandaşlarımız adına ilgili üye ülkelerdeki sendika, kurum ve kuruluşlarla iletişime geçmesi, etkili sonuçlar doğurabilecek çözüm yollarıdır. Ancak, kanaatimizce bu çabalar bireysel seviyede de kalmamalı, bugün AB’ye aday ülke olan ve AB müktesebatının üstlenilmesi hususunda ciddi ilerlemeler kaydeden Türkiye Cumhuriyeti’nin hükümetinin de, ortaklık hukuku ihlal edilerek vatandaşlarımıza tanınmasında yirmi bir yıl geç kalınmış serbest dolaşım hakkının AB’ye üye olduğunda kalıcı koruma hükümleri uygulanarak vatandaşlarımıza tanınmaması

ihtimaline karşı gerekli mücadeleyi vermesi ve serbest dolaşımsız bir eksik üyeliği kesinlikle kabul etmemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKMAN M. Sait/DARTAN Muzaffer/NAS Çiğdem, “Çalışma Standartları-Ticaret İlişkisi: Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Bir Değerlendirme”, Marmara Üniversitesi, Avrupa Birliği Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 12, S. 1-2, Yıl: 2004, s. 257-299.

ALAGÖZ Mehmet/YAPAR Sinem, Kalkınma Planları Çerçevesinde Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sorunu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 10, s. 439-451, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler/Mehmet%20Alagöz%20-%20Sinem%20Yapar/439-450.pdf (09.08.2007).

ANDAÇ Faruk, Yeni İş Kanunun Öngördüğü Yükümlülükler, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=760&id=45 (21.08.2007).

ARI Hareketi, Değişim ve Gelişim Sürecinde AB ve Türkiye, Düşünce ve Toplumsal Gelişim Derneği Yayınları, 1. Bası, İstanbul Ekim 2001.

ARI Tayyar, “Full Membership-Utopia? Problems and Prosperity in Turco-European Relations”, MJES, Vol. 15, No. 1-2, 1997, s. 211-223.

ARICI Kadir, Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel İlkeleri ve Türk Sosyal Güvenlik Mevzuatının Uyum Meselesi, AB-Türkiye Endüstri İlişkileri, Beta Yayınları, Alpay Hekimler (Editör), Ağustos 2004 İstanbul, s. 631-643.

ARNOLD Anthony, The European Union and Its Court of Justice, Oxford University Press, New York 1999.

ATAY Ethem, Avrupa Birliği Üyesi Olmanın Vatandaşlara Tanımış Olduğu Belli Başlı Haklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. II, S. 1-2, s. 229-257.

Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Avrupa Birliği Nasıl Çalışır? (AB Kurumları için Rehberiniz), Türkiye 2006, http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/brochures/HowEUWorks.pdf (17.03.2007).

Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Türkiye için AB Üyelik Müzakereleri Süreci, 2006, http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/brochures/AccessionBooklet.pdf (26.03.2007).

Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, AB Kurumları “Avrupa Bütünleşmesinin Anahtarı”, Ankara 2000.

AYDIN Senem/KÖSTEPEN Can, AB Tam Üyeliğinin Türkiye Vatandaşlarına Sağlayacağı Faydalar, İKV Yayınları, No. 173, İstanbul 2003.

AYHAN Sinan, Avrupa Birliği'nde Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Türkiye için Müzakere Süreci, Uzmanlık Tezi, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi, AB Genel Sekreterliği, Ankara Mayıs 2004.

BALDONI Emiliana, "The Free Movement of Persons in the European Union: A Legal-Historical Overview, State of the Art Report, Pioneur Working Paper, No. 2, July 2003, http://www.obets.ua.es/pioneur/bajaarchivo_public.php?iden=40 (24.07.2007).

BARAN Fikret, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yapısı ve İşleyişi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, No. 20, http://msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDN0=64 (07.06.2007).

BARCHARD David, Güçlü Bir Ortaklığa Doğru: Türkiye ve Avrupa Birliği, Türkçe evirisi: Murat Cemal Yalçıntan-Orhan Bilgin, Tesev Yayınları, http://www.tesev.org.tr/projeler/proje_ab.php (05.04.2007).

BARNARD Catherine, The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms, Oxford University Press Inc. , 1st Ed. , USA 2004.

BAşLAR Kemal, Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-AB-anayasa.pdf> (24.07.2007).

BAUDENBACHER Carl, Concentration of Preliminary References At The ECJ Or Transfer to the High Court/CFI: Some Remarks On Competition Law, s. 267-272. http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/baudenbacher.pdf (22.07.2007).

BAYKAL Sanem, AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Araştırma Dizisi No. 14, Ankara 2002.

BERMANN George A./GOEBEL Roger J./DAVEY William J./FOX Elenor M., Cases and Materials on European Union Law, 2nd Ed., American Casebook Series, West Group, USA 2002.

BOLAYIR Cenk, Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, İKV Yayınları, No. 162, 2. Bası, İstanbul 2000.

BOZKURT Enver/ÖZCAN Mehmet/KöKTAş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2. Bası, Ankara 2004.

BRIEM Hildur, The Preliminary Ruling Procedure as a Part of a Complete System of Remedies, Master Thesis, University of Lund, Faculty of Law, Spring 2005,

[http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/$File/xsmall.pdf?OpenElement) (18.07.2007).

CAIRNS Walter, Introduction to European Union Law, Cavendish Publishing, 2nd Ed., London 2002.

CAN Hacı/AZİK Eda, “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı: Wählergruppe Gemeinsam Zajedno ve Diğerleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, İzmir 2004, s. 29–59.

CANBOLAT İbrahim S., Uluslarüstü Sistem Avrupa Birliği, Afa Basım Yayım Dağıtım, 2. Bası, İstanbul 1998.

CENTEL Tankut, Öğrenimi Teşvikte Eşit Davranma – Türk İşçi Çocukları İçin de!, Avrupa Adalet Divanı’nın Gaye Gürol Davasına İlişkin 7.7.2005 Tarihli ve C-374/03 Sayılı Kararı Hakkında İnceleme (İlknur Baysu/Andreas Haenlein), Sicil I, 1 (Mart 2006), <http://www.baysu.de/Docs/aufsatztuerk.pdf> (08.07.2007).

CEYLANTEPE Tolga, Avrupa Adalet Divanı’nda Sigortacılık, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Birlik’ten Dergisi, Ekim-Aralık 2005, www.tsrb.org.tr/NR/rdonlyres/63887B52-FA1B-4086-ABD5-2D537D771B1D/1294/ABVESIGORTA.pdf (07.06.2007).

CHALMERS Damian, European Union Law, Vol. 1, Law and EU Government, Dartmouth Publishing Company Limited, London 1998.

CHALMERS Damian/HADJIEMMANUIL Christos/MONTI Giorgio/TOMKINS Adam, European Union Law, Cambridge University Press, UK 2000.

Commission of the European Communities, Adaptation of the Provisions of Title IV of the Treaty Establishing the European Community Relating to the Jurisdiction of the Court of Justice with a View to Ensuring More Effective Judicial Protection, COM (2006), 346 Final, Brussels 28.06.2006, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0346en01.doc (18.07.2007).

Commission of the European Communities, 2004 Regular Report on Turkey’s Progress Towards Accession, SEC (2004) 1201, Brussels 06.10.2004, http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2004/tr_tr_2004_en.pdf (20.03.2007).

Commission of the European Communities, Communication From the Commission to the Council and the European Parliament, Recommendation of the European Commission on Turkey’s Progress Towards Accession, COM (2004) 656 Final, Brussels 06.10.2004, <http://www.deltur.cec.eu.int/!PublishDocs/en/2004Recommendation.pdf> (20.03.2007).

Commission of the European Communities, Issues Arising From Turkey's Membership Perspective, Commission Staff Working Document, SEC (2004) 1202, Brussels 06.10.2004, http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/keydocuments/2004/issues_paper_en.pdf (20.03.2007).

Council of the European Union, Treatment of Questions Referred for a Preliminary Ruling Concerning the Area of Freedom, Security and Justice, Cover Note, Brussels 28.09.2006, 13272/06, <http://www.statewatch.org/news/2006/oct/ecj-and-third-pillar-13272-06.pdf> (18.07.2007).

Corporate & Public Strategy Advisory Group, EU Acquis Communautaire Related to Social Policy and Employment prepared for MESS, November 2006, Brussels & İstanbul, <http://www.mess.org.tr/ab/pdfler.asp?pdf=1> (05.04.2007).

CRAIG Paul/DE BURCA Grainne, European Union Law Text, Cases and Materials, 3rd Ed., Oxford 2003.

CUTHBERT Mike, European Union Law, Q&A Series, 4th Ed., London 2001.

ÇELİKEL Aysel, "Ortak Pazarda Yabancıların Hukuki Durumu", Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 1-22.

ÇELİKEL Aysel, Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzni ve Ulusal Program'da Öngörülen Düzenleme, MHB Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 22, S. 2, 2002, s. 109-119.

ÇELENK Sevdanur, Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi, Hukuk Dünyası Dergisi, Yıl: 16, S: 2006/1, Ocak-Mart 2006, Alemdar Ofset, s. 69-83.

ÇİÇEKLİ Bülent, "Türkiye-AB Ortaklık Hukuku Çerçevesinde Türkiye'deki AB Vatandaşlarının Çalışma ve İkamet Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, C. 19-20, S. 1-2, Yıl: 1999-2000, ss. 213-230, http://www.turkaydanismanlik.com/tr/docs/Turk_AB_Ortaklik_Hukuku_Cercevesi_nde_Turkiyedeki_AB_vatandaslarinin_calisma_ve_ikamet_haklari_uzerine_bir_degerlendirme.pdf (13.02.2007).

DANIŞOĞLU Emel, Sosyal Güvenlik Sisteminde Yenilenme İhtiyacı, s. 219-228, <http://ekutup.dpt.gov.tr/planlama/42nciyil/danisoge.pdf> (16.08.2007).

DARTAN Muzaffer, "Türkiye-AT İlişkilerinde Serbest Dolaşım Konusu ve Federal Almanya'daki Türkler", Argumentum, S. 32, Yıl: 3, Mart 1993, s. 554-558.

DEDEOĞLU Beril, Düünden Bugüne Avrupa Birliği, Boyut Yayınları, İstanbul 2003.

DEDEOĞLU Beril, “Türkiye-AB İlişkilerinde Kilit Sorunlar: 2006 İlerleme Raporu”, Tesev Yayınları, AB Bülteni, Aralık 2006, No. 3, s. 2–3, <http://www.tesev.org.tr/etkinlik/ABBulteniAralik2006.pdf> (05.04.2007).

DEHOUSSE Renaud, The European Court of Justice, St. Martin’s Press Inc. , USA 1998.

DEMİRBAŞ Timur, “Federal Almanya’ya Türk İşçi Göçü ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 81, İzmir 1997, s. 417–436.

DOĞAN İzzettin, “Avrupa Toplulukları Kurumları ve Yetkileri Açısından AET Hukukunun Milli Hukuklara Üstünlüğü”, Birinci Avrupa Hukuku Haftası, 24–27 Ocak 1978, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 2551, Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 596, Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, No. 1, s. 1–24.

DOĞU Umut, Avrupa Birliği Hukukunun Doğrudan Uygulanma Özelliği ve Ulusal Hukuklara Etkisi, Kamu Hukuku Arşivi, Eylül 2004, http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/10.htm (20.07.2007).

DONAT Yavuz, Yedi Küpeli Gelin, Milliyet Gazetesi, 05.05.1997, www.milliyet.com.tr/1997/05/05/yazar/donat.html (06.08.2007).

DURSUN Suat, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, <http://www.danistay.gov.tr/5%20-%20ATAD.htm> (23.08.2007).

ECEVİT Kenan, KAVALALI Özlen, ÖZDEMİR SAHİR, AB Sözlüğü, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Ekim 2004, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/sozluk.pdf> (20.07.2007).

EKŞİ Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2004.

EKŞİ Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000.

EKŞİ Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku Ders Notları, Bilgi Üniversitesi, İstanbul 04.06.2005.

ERDOĞDU Seyhan, Türkiye’de Emeklilik Sisteminde Değişim, YOL-İŞ Dergisi, S. 83, Nisan 2005, s. 37-42.

EREN Mesut, “AB ile İlişkilerde Soğukkanlı Olmak Gerekir”, Tesev Yayınları, AB Bülteni, Haziran 2006, S. 1, s. 9–10, http://www.tesev.org.tr/projeler/proje_ab.php (05.04.2007).

EREN Mesut, Türk İşçilerinin Serbest Dolaşım Hakkı Engellenebilir mi?, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/Turk_iscileri_tum_metin.pdf (15.08.2006).

ERGİN Berin, Çalışma Hayatında Yeniden Yapılanma, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=757&id=45 (21.08.2007).

ERZAN Refik/KUZUBAŞ Umut/YILDIZ Nilüfer, Growth and Immigration Scenarios for Turkey and the EU, Centre for European Policy Studies, EU-Turkey Working Papers, No. 13, December 2004, http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1183 (04.07.2005).

ESENER Turhan, “Uluslararası İş Hukuku”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972, s. 607–620.

EVANS Andrew, A Textbook On European Union Law, Hart Publishing, Oxford 1998.

EYRENCİ Öner, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45 (21.08.2007).

FIRAT Ahmet, Avrupa Birliği ve Türkiye, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 10-15 Nisan 2006 Antalya, s. 4, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/gmabtarih.pdf> (23.08.2007).

FLAHERTY Hon. John P./MAUREN E. Lally-Green, “Fundamental Rights in the European Union”, Duquesne University, Duquesne Law Review, Vol. 36, January 1, 1998, s. 249–328.

GÜMRÜKÇÜ Harun, Türkiye ve Avrupa Birliği, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Avrupa Dizisi, No. 15, İstanbul Mayıs 2002.

GÜNUĞUR Haluk, AET’de ve Türkiye Topluluk İlişkilerinde İşçilerin Serbest Dolaşımı, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973.

GÜNUĞUR Haluk, Ortaklık Anlaşmaları ve 6 Mart 1995 Ortaklık Konsey Toplantısı Kararları Işığında Gümrük Birliği, Avrupa Birliği ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri Semineri, 20-31 Mart 1995, Ankara, Avrupa Birliği El Kitabı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Yayınları, 2. Baskı, Eylül 1995 Ankara, s. 281-298.

GÜRBÜZ Hasan, Gümrük Birliği Anlaşmasının Anayasanın Başlangıç Kısımına Aykırılığı ve Egemenlik İlkesi ile Çelişmesi, Yeni Hayat Dergisi, S. 47/1998, <http://www.yenihayat.org/dergi/1998/47/9.html> (24.07.2007).

GÜZEL ALİ, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 7, 2005/4, s. 61-76, <http://www.calismatoplum.org/sayi7/makale3.pdf> (09.08.2007).

HAILBRONNER Kay/POLAKIEWICZ Jorg, “NON-EC Nationals in the European Community: The Need for a Coordinated Approach”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 3, Fall 1992, s. 49–88.

HARSPOLL Margot, *European Union Law*, Butterworths Core Text Series 3, LexisNexis Butterworths, 3rd Ed., London 2003.

HARTLEY T.C., *The Foundations of European Community Laws*, Oxford University Press, 4th Ed., New York 1998.

HEATON Ricou, “The European Community After 1992: The Freedom of Movement of People and Its Limitations”, *The Vanderbilt University School of Law, Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 25, November 1992, s. 643–679.

HEPER Altan, *Avrupa İş Hukuku ve Türkiye*, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Avrupa Dizisi, No. 6, 1. Bası, İstanbul 1997.

İNCEOĞLU Sibel, *Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/sibel.pdf> (24.07.200).

Independent Commission on Turkey, *Turkey in Europe: More Than a Promise?*, September 2004, <http://www.abm.tobb.org.tr/raporlaryayinlar/bagimsiz%20komisyonun%20raporu.pdf> (27.03.2007).

İREN Ertan, “Avrupa Birliği Adaylığı Sürecinde Türkiye-AB İlişkilerinde Ortaya Çıkacak Gelişmeler”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 14, S. 2, Mart 2000, s. 28–32.

KABAALIOĞLU Haluk, *AB Kurumları ve Avrupa Hukukunun Uluslararası Özellikleri Işığında Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu*, İstek Vakfı Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997.

KANDEMİR Murat, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Eylül 2003, Yıl: 1, S. 2, s. 201-220, <http://www.akader.info/sboard/sayilar.htm> (21.08.2007).

KAPTEYN P.J.G/THEMAAT Van P. Verloren, Edited and Further Revised by GORMLEY/Laurance W., *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer Law International, 3rd Ed., London 1998.

KARLUK Rıdvan, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2005.

KARLUK Rıdvan, “Türkiye Avrupa Birliği’nin Neresindedir?”, *Türkiye–Avrupa Birliği İlişkileri Sempozyumu*, Türk Ocakları Genel Merkezi- Ankara Ticaret Odası, 16-17 Mart 2001, Yayına Hazırlayan: Mustafa Akyol, Ankara Ofset, Ankara 2001, s. 36-50.

KATZ Peter, "The Treaty of Nice and European Union Enlargement: The Political, Economic and Social Consequences of Ratifying the Treaty of Nice", University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 24, Spring 2003, s. 225-262.

KAYA Kadir, Avrupa Birliği ve Geleceği, Türk İdare Dergisi, s. 43-54, http://www.icisleri.gov.tr/_icisleri/TurkIdareDergisi/UpLoadedFiles/A.KadirKaya%2043--54.doc (23.08.2007).

KENT Penelope, Law of the European Union, Longman Publishing, 3rd Ed. , London 2001.

KESKİN Yıldırım, "Ortak Pazar ve Türkiye", Avrupa Ekonomik Topluluğu, Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 39–73.

KINSMANN Fiona/EKŞİ Nuray, Avrupa Birliği'nin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu, İKV Yayınları, İstanbul Ekim 2002.

KOCA Murat, AB Ülkelerinde Göç, Mülteciler ve Yabancı Uyrukluların İstihdamı, http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/AB_ulkelerinde_goc.htm (22.10.2005).

KORKUSUZ Refik, "AB Hukukunda; Üye Ülkelerin ve Türk İşçilerinin Serbest Dolaşım Hakkı", Kamu Hukuku Arşivi, Prof. Dr. İlhan Özay'a Armağan, Eylül 2004, s. 195–208, http://www.akader.org/khuka/2004_eylul/6.htm (20.09.2006).

KURAN Selami, "Avrupa Birliği İlerleme Raporu (6 Ekim 2004)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, C. 12, S. 1–3, Yıl: 2004–2006, s. 971–978.

LASOK Dominik, "The Ankara Agreement: Principles and Interpretation", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1–2, Yıl: 1991, s. 27–47.

LAZOWSKI Adam, Co-operation Between National Courts and the European Court of Justice, University of Westminster, School of Law, London, [http://eu.pravo.hr/fileadmin/Euopsko/dokumenti/Powerpoint/Lazowski_Art_234.ppt#256,1,Co-operation between national courts and the European Court of Justice](http://eu.pravo.hr/fileadmin/Euopsko/dokumenti/Powerpoint/Lazowski_Art_234.ppt#256,1,Co-operation%20between%20national%20courts%20and%20the%20European%20Court%20of%20Justice) (18.07.2007).

LENAERTS Koen, "Respect For Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union", Columbia University, Columbia Journal of European Law, Vol. 6, Winter 2000, s. 1–25.

LICHTENBERG Hagen, "Turkey and The European Union", MJES, Vol. 6, No. 1, 1998, s. 141–147.

LOKRONTZ-BERNİTZ Hedvig, “Avrupa Vatandaşlığı ve Avrupalı Kimliği”, AB Hukuku Semineri, İsveç Başkonsolosluğu, İstanbul 10–12 Ekim 2002, Avrupa Birliği Hukuku, Türkçe’ye Çeviren ve Yayına Hazırlayan İdil Işıl Gül, Lami Bertan Tokuzlu, Şefik Matbaası, 2003, s. 56–66.

MAKAS Recep, Sosyal Güvenlik Kurumlarının Yeniden Yapılanması Üzerine, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, 2004/1, <http://www.calismatoplum.org/sayi1/makale3.pdf> (16.08.2007).

MATHIJSEN P.S.R.F., A Guide to European Union Law, Sweet and Maxwell, 6th Ed., London 1995.

MÜFTÜLER-BAÇ Meltem, “Enlarging the European Union: Where does Turkey Stand?”, Tesev Yayınları, http://www.tesev.org.tr/projeler/bac_eu.php (05.04.2007).

NOËL Emile, Avrupa Topluluğu Organları Nasıl Çalışır, 3. Baskı, Ankara 1980.

OKUR Zeki, Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakları, Prof. Dr. Erdal Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 923–967.

OTT Andrea, “The Savas Case-Analogies Between Turkish Self-Employed and Workers?”, European Journal of Migration and Law, Vol. 2, 2000, Kluwer Law International, Netherlands 2001, s. 445–458.

ÖZCAN Sezgin, Sosyal Sigortalar Kanununda 4447 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/49MaliCozum/17%20-%2049%20SEZG%C4%B0N%20%C3%96ZCAN.doc> (14.08.2007).

ÖZDEMİR Sahir, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Topluluğu, Avrupa Toplulukları, Avrupa Birliği, Roma Antlaşması, Avrupa Tek Senedi, Avrupa Birliği Antlaşması, Maastricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması, Nice Antlaşması (Kavramlara İlişkin Açıklayıcı Not), Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü Yayınları, Haziran 2001, <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/ab/ozdemirs/kavram.pdf> (22.09.2006).

ÖZKAN Işıl, Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı Yayınları, No. 152, İstanbul 1997.

POLAT Celal, “AB Tüzüklerinin Düzenleme Alanlarına Bir Örnek: 1408/71 Sayılı Sosyal Güvenlik Tüzüğü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 21, S. 1, Ocak 2007, s. 18–25.

POLAT Celal, “Türk İşçilerinin Hakları: İçtihat Hukukunun Gelişiminin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 4, Temmuz 2005, s. 30–39.

RAWORTH Philip, Introduction to the Legal System of the European Union, Oceana Publications Inc. , USA 2001.

REİSOĞLU Seza, Ortak Pazar Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 316, Şefik Matbaası, Ankara 1973.

ROWLINSON William/KELLY-CORNWELL Malachy, European Community Law A Practitioner's Guide, Sweet & Maxwell, 2nd Ed. , London 1994.

RUDDEN Bernard/WYATT Derrick, Basic Community Laws, Oxford University Press Inc. , 7th Ed., Oxford 1999.

SADRULEŞRAFİ Hüseyin Ali, “3201 Sayılı Kanunun Uygulanmasında Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye’ye Kesin Dönüş Yaptıktan Sonra Oradan Kısa Bir Süre İşsizlik Yardımı Almalarının Sosyal Güvenlik Hakkına Etkisi”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, S. 2, Yıl: 22, 2002, s. 665–720.

SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, S. 2, Yıl: 22, 2002, s. 721–744.

SARAÇOĞLU Tevfik, “Türkiye-Avrupa Ekonomik Topluluğu İlişkileri”, Marmara Üniversitesi, Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1–2, Yıl: 1991, s. 49–55.

SCHRODER Werner, European Union and European Communities, New York University School of Law and Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg 24-27 February 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-08.pdf> (23.08.2007).

SEYYAR Ali, “Federal Almanya’da Ailenin Sosyal Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, C. 14, S. 1, Ocak 2000, s. 12–21.

SIEVEKING Klaus, “Social Security for Turkish Citizens in The European Union, The Scope of Association Council Decision EEC-Turkey No. 3/80 from the German Perspective”, MJES, Vol. 10, No. 1, 2002, s. 65–79.

STEINER Josephine/WOODS Larna/FLESHER-TWIGG Christian, Textbook on EC Law, Oxford University Press, 8th Ed., New York 2003.

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler, Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET), C. 1, Ağustos 1993, s. 1–92, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/antlasma/at1.pdf> (20.09.2006).

T.C. Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Avrupa Topluluğu ve Türkiye, 2. Bası, Ankara 1993.

T.C. Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği ve Türkiye, 5. Bası, Ankara 2002.

T.C. Başbakanlık, Devlet Planlama Teşkilatı, Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları, 1964–2000, C. 2, DPT Yayınları, No. 2596, Ankara 2001, <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/ab/okk2.pdf> (18.09.2006).

TEKİNALP Gülören, “Avrupa Birliği’nde İkamet ve Yerleşmeyle İlgili Düzenlemeler ve Türkiye”, MHB, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, S. 1–2, Yıl: 17–18, 1997–1998, s. 493–516.

TEKİNALP Gülören, “Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, S. 2, Yıl: 22, 2002, s. 839–855.

TEKİNALP Gülören/TEKİNALP Ünal (ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN), Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000.

TEZCAN Ercüment, AB Kurumlar Hukuku, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2001.

TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İletişim Yayınları, İstanbul 2002.

TOK Hasan, Avrupa Birliği Hukukunun Oluşumu ve Adalet Divanı’nın Görevi, http://www.hukukveyasam.org/turkce/konu_detay.aspx?id=85 (23.08.2007).

TOZAN Celal, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Adı Altında Yapılan Yasal Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözmeyecektir, TİSK İşveren Dergisi, Aralık 2006, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1566&id=83 (16.08.2007).

TUNCAY Can, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=759&id=45 (21.08.2007).

TUNÇOMAĞ Kenan, “Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması Açısından İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Sorunları”, Avrupa Ekonomik Topluluğu Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayınları, No. 9, İstanbul 1973, s. 23–38.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, TOBB AB Müdürlüğü, Avrupa Birliği ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri, Ağustos 2002, <http://www.abm.tobb.org.tr/raporlaryayinlar/ab-tr-iliskileri.doc> (27.03.2007).

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Avrupa Birliği Nedir? (Tarihsel Gelişim, Kurumsal Yapı ve Genişleme Süreci, Ağustos 2002, <http://www.abm.tobb.org.tr/raporlaryayinlar/abnedir.doc> (27.03.2007).

ULUTAŞ Ahmet, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında İşçilerin Serbest Dolaşımı, Adalet Dergisi, No. 18, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm (07.06.2007).

ÜLGER İrfan Kaya, Avrupa Birliği'nin ABC'si, Sinemis Yayınları, No. 9, 2. Bası, Ankara 2003.

ÜNAL Şeref, "Avrupa Birliği Ülkelerindeki Türk Vatandaşlarının Hukuki Statüsü ve Mahkeme Kararları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İÜHF Eğitim-Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1999, s. 433-453.

WARD Ian, "The Culture of Enlargement", Columbia University, Columbia Journal of European Law, Vol. 12, Winter 2005/2006, s. 199-240.

WISTRICH Enid, "Immigration Migrants and Citizenship in Europe", The Federal Trust For Education and Research, European Essay No. 19, December 2001.

YAVAŞI Mahmut, "Türk Uyruklu İş Görenlerin Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 4, Temmuz 2004, s. 26-34.

YILMAZ Suhnaz, Turkey-European Relations In Perspective: Domestic and Foreign Linkages, Second-Pan Conference, Standing Group on EU Politics, No. 309, 24-26 June 2004, Bologna, <http://www.jhubc.it/ecpr/-bologna> (20.07.2007).

YİĞİT Yusuf, Türkiye'de İşsizlik Sigortası'nın Uygulama Alanı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmanın Koşulları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/2, s. 75-102, <http://www.calismatoplum.org/sayi5/Makale5/makale4.pdf> (21.08.2007).

Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Nedir-Niçin Gereklidir?, http://www.hazine.gov.tr/sosyal_guvenlik.pdf (09.08.2007).

İnternet Adresleri

Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği

<http://www.akader.org>

Anayasa Mahkemesi

<http://www.anayasa.gov.tr>

Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği

<http://www.deltur.cec.eu.int>

Canaktan Virtual Library on Social Sciences

<http://www.canaktan.org>

Centre for European Policy Studies

<http://www.ceps.be>

Çalışma ve Toplum Dergisi

<http://www.calismatoplum.org>

Eastern Mediterranean University

<http://www.emu.edu.tr>

European Constitutional Law Network

<http://www.ecln.net>

Gateway to the European Union

<http://www.europa.eu.int>

Hukuk ve Hayat Derneği

<http://www.hukukveyasam.org>

İktisadi Kalkınma Vakfı

<http://www.ikv.org.tr>

İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası

<http://www.ismmmo.org.tr>

John Hopkins University School of Advanced International Studies Bologna Center

<http://www.jhubc.it>

Jurisdica Fakulteten Vid Lunds Universitet

<http://www.jur.lu.se>

Milliyet Gazatesi

<http://www.milliyet.com.tr>

Selçuk Üniversitesi

<http://www.selcuk.edu.tr>

Sveučilište u Zagrebu Pravni Fakultet

<http://www.pravo.hr>

T.C. Adalet Bakanlığı

www.adalet.gov.tr

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı

<http://www.dpt.gov.tr>

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

<http://www.hazine.gov.tr/>

T.C. İçişleri Bakanlığı

<http://www.icisleri.gov.tr>

T.C. Milli Savunma Bakanlığı

<http://www.msb.gov.tr>

The Court of Justice of the European Communities

<http://curia.europa.eu>

TİSK İŞVEREN Dergisi

<http://www.tisk.org.tr>

Türk Anayasa Hukuku Sitesi

<http://www.anayasa.gen.tr>

Türkay Danışmanlık Ltd. Şti.

<http://www.turkaydanismanlik.com>

Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı

<http://www.tesev.org.tr>

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

<http://www.mess.org.tr>

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

<http://www.tobb.org.tr>

Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği

www.tsrb.org.tr