

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKUNDA
YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞINA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİN ETKİLERİ**

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Burcu TURAN

Ankara – 2018

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKUNDA
YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞINA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİN ETKİLERİ**

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Burcu TURAN

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. İlke GÖÇMEN**

Ankara - 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKUNDA
YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ETKİLERİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tez Danışmanı
Doç. Dr. İlke Göçmen

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Doç. Dr. İlke Göçmen
- 2- Prof. Dr. Serkan Baykal
- 3- Doç. Dr. Gülüm ÖZGELİK
- 4-
- 5-

İmzası

İlke Göçmen
Serkan Baykal
Gülüm Özgelik

Tez Savunması Tarihi

14.9.2018

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. İlke Göçmen danışmanlığında hazırladığım “Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukukunda Yeni Kısıtlama Getirme Yasağına İlişkin Hükümlerin Etkileri (Ankara, 2018) ” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 02.10.2018

Adı-Soyadı ve İmza

Burcu TURAN
Burcu Turan

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKU

1. Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri.....	5
1.1. Ortaklık İlişkisi.....	6
1.2. Üyelik İlişkisi	10
2. Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık İlişkisinin Genel Çerçevesi.....	13
2.1. Ortaklık İlişkisinin Düzenleme Alanları	14
2.2. Ortaklık İlişkisinin Kurumsal Yapısı	18
2.2.1. Kurumsal Yapı ile ilgili Genel Tespitler	18
2.2.2. Kurumsal Yapıdaki Organlar.....	20
2.2.2.1. Asli Organ: Ortaklık Konseyi	21
2.2.2.2. Tali Organlar	24
2.3. Ortaklık İlişkisi Yönünden Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	26
2.3.1. Ankara Anlaşması’nda Öngörülen Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması	26
2.3.2. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nda Öngörülen Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	28
3. Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukukunun Genel Çerçevesi.....	29
3.1. Ortaklık Hukukunun Kaynakları.....	29
3.1.1. Birincil Kaynaklar	30
3.1.2. İkincil Kaynaklar	31
3.1.2.1. Ortaklık Konseyi Kararları	31
3.1.2.2. Tavsiyeler.....	32
3.1.2.3. İlke Kararları (Rezolüsyonlar)	32
3.2. Ortaklık Hukukunun Avrupa Birliği Hukuk Düzeni İçindeki Yeri.....	33
3.3. Ortaklık Hukukunun Avrupa Birliği Hukuk Düzenindeki Etkileri.....	37
3.3.1. Avrupa Birliği Hukukunun Etkililiğine Yönelik Mekanizmalar ve Ortaklık Hukuku	38
3.3.2. Avrupa Birliği Yargısal Koruma Sistemi ve Ortaklık Hukuku	42
3.3.3. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Ortaklık Hukukunun Yorumu.....	48

İKİNCİ BÖLÜM
İŞÇİLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLE İLGİLİ YENİ KISITLAMA GETİRME
YASAĞI

1. İşçilerin Serbest Dolaşımının Hukuki Temelleri	55
2. İşçilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Yeni Kısıtlama Getirme Yasağına İlişkin Hüküm.....	59
2.1. İlgili Hükümün Kapsamı.....	63
2.1.1 Kişi Bakımından Kapsam.....	63
2.1.2. Konu Bakımından Kapsam.....	68
2.1.2.1. İlgili Etkinlik.....	68
2.1.2.1.1. Ön Tespitler.....	70
2.1.2.1.2. Ülkeye İlk Giriş.....	71
2.1.2.1.3. İstihdam Edilme Hakkı ile Bağlantılı Konular.....	74
2.1.2.1.4. Aile Birleşimi	75
2.1.2.1.5. Sınır Dışı Etme	80
2.1.2.2. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama.....	80
2.1.3. Zaman Bakımından Kapsam	81
2.2. İlgili Hükümün Etkisi (<i>Standstill</i> Testi).....	84
2.2.1. Kısıtlama ve Haklı Gerekçe.....	84
2.2.2. İlgili Hükümün Sınırları	90

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İŞ KURMA HAKKI VE HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLE İLGİLİ
YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞI

1. İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımının Hukuki Temelleri.....	92
2. İlgili Hüküm.....	94
2.1. İlgili Hükümün Kapsamı.....	97
2.1.1. Kişi Bakımından Kapsam.....	97
2.1.2. Konu Bakımından Kapsam.....	104
2.1.2.1. İlgili Etkinlik.....	104
2.1.2.1.1. Ön Tespitler.....	105
2.1.2.1.2. Ülkeye İlk Giriş.....	107
2.1.2.1.3. İş Kurma ve Hizmet Sunma ile Bağlantılı Konular	113
2.1.2.1.4. Aile Birleşimi	114
2.1.2.1.5. Sınır Dışı Etme	118

2.1.2.2. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama.....	118
2.1.3. Zaman Bakımından Kapsam	119
2.2. İlgili Hükümün Etkisi (<i>Standstill</i> Testi).....	120
2.2.1. Kısıtlama ve Haklı Gerekçe.....	121
2.2.2. İlgili Hükümün Sınırları	125
SONUÇ	130
KAYNAKÇA.....	136
ÖZET	146
ABSTRACT	147



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİHA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişı Hakkında Antlaşma
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması
AKÇT	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AT	: Avrupa Topluluğu
bkz.	: Bakınız
hk.	: Hakkında
KP	: Katma Protokol
krş.	: Karşılaştırınız
md.	: Madde
OKK	: Ortaklık Konseyi Kararı
para	: Paragraph(s) / Paragraf(lar)
s.	: Sayfa(lar)
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Türkiye ile Avrupa Birliği¹ ("AB") arasındaki ilişkilerin tarihi, yarım asrı aşkın bir süre öncesine uzanmaktadır. Türkiye ile Avrupa entegrasyonunun ilk modellerinden olan Avrupa Ekonomik Topluluğu ("AET") arasında 1963 yılında imzalanıp 1964 yılında yürürlüğe giren Ankara Anlaşması² ile bir ortaklık ilişkisi tesis edilmiştir. Bu ortaklık ilişkisinde, asli olarak iki taraf arasında gümrük birliği temelinde malların serbest dolaşımının gerçekleştirilmesi öngörülmüşse de;³ kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını da içerebilecek bir öngörüyle düzenlemeler yapılmıştır.⁴

Türkiye – AB ortaklığında kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı; işçilerin serbest dolaşımı ile iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımını kapsamaktadır. Ankara Anlaşması, sözkonusu alanlarda, Birlik kurucu antlaşmasının⁵ ilgili hükümlerinden esinlenilerek, serbest dolaşımın kademeli olarak gerçekleştirilmesi ihtimaline yer vermiştir.⁶ Taraflar arasında Ankara Anlaşması'nın içini doldurmak

¹ Lizbon Antlaşması'nın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, AB, Avrupa Topluluğu'nun yerini almıştır (Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması ("ABA") madde ("md.") 1/3). Çalışmamızda, metin içerisinde terim birliğini sağlamak adına genel itibarla "AB/Birlik" ifadeleri kullanılacaktır. Divan içtihadı ile doktrinden yapılan alıntılarda da "Topluluk" terminolojisi yerine "AB/Birlik" terminolojisi tercih edilecek olup, gerektiğinde dipnotlarda açıklama sunulacaktır.

² Ankara Anlaşması'nın resmi ve tam adı, Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık yaratan Anlaşma'dır. Kanun No: 397, Kabul tarihi: 4.2.1964, R. Gazete No: 11631, R.Gazete Tarihi: 12.2.1964.

³ Ankara Anlaşması md. 2/2.

⁴ Ankara Anlaşması, Bölüm: 3, Ekonomik nitelikteki sair hükümler, md. 12, 13, 14, 19, 20; Katma Protokol, Kısım: II, Bölüm: 1-2, md. 36-42; 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları ("OKK").

⁵ O zaman için, bu, AET Antlaşması ("AETA") idi. Bugün ise, Lizbon Antlaşması ile değişik ABA ve AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dır ("ABİHA").

⁶ Ankara Anlaşması md. 12-14.

amacıyla 1970 yılında imzalanan ve 1973 yılında yürürlüğe giren Katma Protokol (“KP”) de, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ihtimali ile ilgili daha detaylı düzenlemeler getirmiştir.⁷ Ankara Anlaşması’nın kurduğu bir organ olan Ortaklık Konseyi’nin kararları ile birlikte işçilerin serbest dolaşımı alanında 2/76, 1/80, 3/80 sayılı kararlarla belirli bir ölçüde de olsa ilerleme sağlanmakla birlikte, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili hiçbir karar alınamamıştır. Dolayısıyla, Türkiye – AB ortaklığında, malların serbest dolaşımı odak noktasıyken, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı alanlarında yeterli içeriksel düzenleme yapılamadığı için öngörülen serbest dolaşım bugüne kadar gerçekleştirilememiştir.

Hal böyleyken, ortaklık hukukunda arka planda ve karanlıkta kalan kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı konusu, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (“ABAD”) kararlarıyla aydınlatılmış ve şekillendirilmiştir. Divan’ın ortaklık hukukuna ilişkin kararlarında ise, özellikle son yıllarda, yeni kısıtlama getirme yasağı (*standstill*) hükümleri öne çıkmaktadır.

Yeni kısıtlama getirme yasağı hükmü, bir anlaşmada akit taraflara, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan şartları mevcut halinden daha kötüye doğru değiştirmelerini yasaklayan hükmü ifade etmektedir.⁸ Ortaklık hukukunda iki *standstill* hükmü bulunmaktadır: işçilerin serbest dolaşımı yönünden getirilen 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (“1/80 OKK”) md. 13 ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden getirilen KP md. 41(1). Söz konusu hükümler, usuli-benzeri⁹ olması

⁷ KP md. 36-41.

⁸ Nicola Rogers, **A Practitioners’ Guide to the EC-Turkey Association Agreement**, Kluwer Law International, Great Britain, 2000, s. 27.

⁹ Divan, *standstill* hükümlerini “usuli-benzeri” (quasi-procedural) olarak tanımlamaktadır. Bu çerçevede, *standstill* hükmü, çatışma içinde olduğu ulusal hukuk kuralının yerine geçmemekte; yürürlüğe girdiği tarihi esas alarak üye devlet mevzuatının hangi hükümlerinin uygulanacağını gösteren “usulî benzeri” bir kural

itibariyle, maddi kuralların aksine, Türk gerçek ve tüzel kişilerine kendiliğinden maddi haklar sağlamamaktadır. Ancak, doğrudan etkiyi haiz olmaları itibariyle, Türk vatandaşlarının ve Türkiye’de yerleşik tüzel kişilerin üye devlet ulusal mahkemeleri önünde hukuken sahip olduğu en önemli araçlardan birini oluşturmaktadır. Bu itibarla, ortaklık hukukundaki *standstill* kloxunun kapsamı ve doğurduğu etkilerin belirlenebilmesi önem taşımaktadır.

Çalışmamızda, ortaklık hukukunda düzenleme bulan yeni kısıtlama getirme yasağı hükümlerinin etkilerinin incelenerek ortaya konması amaçlanmaktadır. Bu inceleme yapılırken, herhangi bir mahkeme kararının yokluğunda Türk hukuk düzeni kapsam dışı tutularak,¹⁰ AB hukuk düzenindeki etkiler esas alınacaktır. Bu bağlamda, üç bölüme ayrılan çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle Türkiye – AB ilişkileri genel hatlarıyla ele alınacak, ardından ortaklık hukukunun yapısı ve özellikleri üzerinde durulacaktır. Böylece ilk bölümde konunun alt yapısı oluşturulduktan sonra ikinci ve üçüncü bölümde yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hükümlerin incelenmesine geçilebilecektir. İkinci bölümde işçilerin serbest dolaşımına ilişkin *standstill* klozu olan 1/80 OKK md. 13; üçüncü bölümde ise iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest

olarak etki göstermektedir. Bkz. Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 55.

¹⁰ Öte yandan, Türk hukuk düzeni temelinde analizler için bkz. Kamuran Reçber, **Türkiye - Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku**, Bursa 2016, s. 42-47; İlke Göçmen, “Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 63, No: 1, 2014 (a), s. 131-167, Bülent Çiçekli, “Rights of EU Citizens in Turkey in the area of visa, entry requirements, work and resident permit before and after 1973”, **Turkey-EC Association Law: Developments Since Ankara Agreement 1963 (The Rights of EU Citizens in Turkey and Turkish Citizens in the EU Countries)**, Koç University, İstanbul, 2010, s. 77- 91.

dolaşımına ilişkin *standstill* klozu olan KP md. 41(1) incelenecektir. Sözkonusu inceleme, Divan'ın bu hükümler temelinde aldığı kararlar çözümlenerek yapılacaktır. Sonuçta, bu çalışmayla, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de yerleşik tüzel kişilerin ortaklık hukukundaki *standstill* hükümlerinden yararlanabilecekleri kapsamın haritası çıkarılmaya çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKU

Türkiye – AB ortaklık hukuku, bu bölümde ana hatlarıyla ortaya konacaktır. Bunun için, ilk olarak, Türkiye ile AB ilişkileri ele alınarak, ortaklık ilişkisi, üyelik ilişkisinden ayrılacaktır. İkinci olarak, Türkiye – AB ortaklık ilişkisi; düzenleme alanı, kurumsal yapısı ve uyuşmazlık çözüm mekanizması üzerinden genel çerçevesiyle betimlenecektir. Üçüncü olarak, Türkiye ile AB ortaklık hukuku, kaynakları belirlendikten sonra, AB hukuk düzenindeki yeri ve etkisinden bahisle genel çerçevesiyle incelenecektir.

1. Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri

Türkiye ile AB arasında yarım asırdan beri süregelen ilişkiler¹¹, mevcut durumda, ortaklık ve üyelik olmak üzere birbirini destekleyen iki boyutta eşzamanlı olarak ilerlemektedir.

¹¹ Türkiye ile AB ilişkileri ile ilgili genel olarak bkz. Belgin Akçay/Sinem Akgül Açıkmeşe (eds): **Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri**, 2. Baskı, Ankara 2017; Tuğrul Arat/Çağrı Erhan, **AET'yle İlişkiler, Baskın, O. (ed): Türk Dış Politikası: Cilt I: 1919-1980**, 12. Baskı, İstanbul 2006, s. 808–853; Tuğrul Arat/Çağrı Erhan, **AT'yle İlişkiler, Baskın, O. (ed): Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980–2001**, 9. Baskı, İstanbul 2006, s. 83–101; Tuğrul Arat/Sanem Baykal, **AB'yle İlişkiler, Baskın, O. (ed): Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980-2001**, 9. Baskı, İstanbul 2006, s. 326–365; Tuğrul Arat/Sanem Baykal, **AB'yle İlişkiler, Baskın, O. (ed): Türk Dış Politikası: Cilt III: 2001-2012**, İstanbul 2013, s. 337–399.

1.1. Ortaklık İlişkisi

Türkiye ile AB ilişkileri, Türkiye'nin 31 Temmuz 1959 tarihinde AET'ye ortaklık başvurusu yapmasıyla başlamıştır. AET'nin 1 Ocak 1958 tarihinde kurulduğu dikkate alındığında, Türkiye'nin Avrupa ekonomik bütünleşmesi ile yakın ilişkiler inşa etme çabasının oldukça erken bir dönemde başladığı görülmektedir. Bu çabayı doğuran nedenler, 1950'li yılların sonunda Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik ve siyasi koşullar olmuştur.

O dönemde ekonomik açıdan bağımlı olduğu Amerika Birleşik Devletleri ile ilişkileri gerginleşen Türkiye, AET'yi, kendisine uzun dönem kredi imkânı sağlayabilecek yeni bir ekonomik kaynak olarak görmekteydi.¹² Ayrıca, arasında birçok ihtilaf bulunan Yunanistan'ın AET'ye ortaklık başvurusunda bulunması Türkiye'yi endişelendirmişti. Batılı devletlerin oluşturduğu siyasi platformlarda çıkarları gereği Yunanistan'ı yalnız bırakmak istemeyen Türkiye, Yunanistan'dan iki hafta sonra AET'ye ortaklık başvurusu yapmıştır. AET, Yunanistan ve Türkiye'den arka arkaya gelen ortaklık başvurularını birlikte değerlendirmiş ve 11 Eylül 1959 tarihinde aldığı kararla her ikisini de kabul etmiştir.¹³

Ortaklık ilişkisi, Türkiye ile AET arasında dört yıl süren müzakerelerin sonucunda 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması ile kurulmuştur. AETA md. 238'deki¹⁴ “Birlik, bir veya birden çok üçüncü ülke veya uluslararası örgütle, karşılıklı hak ve yükümlülükler, ortak eylemler ve özel usuller içeren bir ortaklık kurulmasına ilişkin ortaklık anlaşmaları akdedebilir” hükmü, Birlik açısından ortaklık ilişkisinin dayanağını teşkil etmiştir.

¹² Arat/Erhan, 2006, s. 813.

¹³ Ibid, s. 820. 11 Eylül 1959 tarihli kararın metnine, AB'nin internet sitesindeki arşivden ulaşılamamıştır.

¹⁴ Bugün için ABİHA md. 217.

Ankara Anlaşması'nın dibacesi ve 2. maddesinde, ortaklığın amacı, Türkiye'nin ekonomik koşullarının geliştirilmesi gereği gözetilerek, taraflar arasında ekonomik ve ticari ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi özendirmek suretiyle, Türkiye'nin Topluluk ile mümkün olduğunca sıkı bağlar kurması ve nihayetinde Topluluğa katılması olarak belirlenmiştir. Anlaşmada, bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için taraflar arasında tedrici olarak bir gümrük birliği kurulması kararlaştırılmıştır.¹⁵

Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasındaki ekonomik gelişmişlik farkı nedeniyle ortaklığın aşamalı olarak uygulanması ve Türkiye ekonomisinin bu süreç içerisinde Topluluğun ekonomik ve mali yardımları ile desteklenmesi zorunluluk arz etmiştir.¹⁶ Bu itibarla, Ankara Anlaşması'nda, ortaklığın bir hazırlık, bir geçiş ve bir son döneme sahip olacağı düzenlenmiştir.

Anlaşma'nın 3. maddesinde düzenlenen hazırlık dönemi, Türkiye'nin geçiş dönemi ve son dönem boyunca kendisine düşecek yükümlülükleri üstlenebilmesi için hazırlanmasını ve ekonomisini güçlendirmesini öngörmüştür. Hazırlık döneminin süresi ilke itibariyle beş yıl olarak belirlenmiş ve Geçici Protokol'de öngörülen usullere uygun şekilde uzatılması mümkün kılınmıştır.

Türkiye'nin somut sorumluluklar üstlenmediği hazırlık döneminden geçiş dönemine intikal, tarafların ortak kararı üzerine hazırlanan ve bir uluslararası anlaşma olan KP ile gerçekleşmiştir. Türk ekonomisinin durumunu değerlendiren ve geçiş döneminde uygulanacak ilke ve yöntemleri saptayan KP, Şubat 1969'da başlayan görüşmelerin nihayetinde 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanmış; tarafların onay işlemlerinin ardından 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren başlayan geçiş döneminde tarafların karşılıklı ve dengeli yükümlülükler üstlenmesi

¹⁵ Ankara Anlaşması md. 2/2.

¹⁶ Çınar Özen, **Türkiye - Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği ve Tam Üyelik Süreci Üzerine Etkileri**, Gazi Kitabevi, 2002, s. 26.

hedeflenmiştir. Bu çerçevede, KP ile, esas olarak, gümrük birliğinin aşamalı olarak yaşama geçirilmesi; tamamlayıcı olarak da, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ekonomi politikalarının yaklaştırılması yönünde bazı düzenlemeler getirilmiştir.

KP’de, Türkiye’nin gümrük birliği çerçevesinde indirim ve uyum yükümlülükleri için 12 ve 22 yıllık listeler olmak üzere iki ayrı liste belirlenmiştir.¹⁷ Buna göre, Türkiye, KP’nin yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1973 tarihinden itibaren en geç 22 yıl içinde gümrük birliği yükümlülüklerini tamamlayacaktı.¹⁸

1970’li yıllarda yaşanan ekonomik ve siyasi krizlerle birlikte Türkiye, gümrük birliği yükümlülüklerini yerine getirmekte zorlanmıştır. 1 Ocak 1977 tarihinden itibaren “Ortak Gümrük Tarifesi”ne uyum çerçevesinde 12 yıllık listeden kaynaklanan yükümlülüğünü 1 yıl süreyle askıya almasının ardından, 1978 yılında AET’ye karşı KP’den doğan tüm yükümlülüklerini tek taraflı ve kesin olarak dondurmıştır.¹⁹ 24 Ocak 1980 Kararlarıyla birlikte Türk ekonomisinde başlatılan dışa açılma politikasına paralel olarak, 1977’den itibaren ertelenmiş olan bu yükümlülükler 1987 yılındaki tam üyelik başvurusundan sonra yerine getirilmeye başlanmış; 1995 yılına kadar gümrük indirim takvimi tamamlanarak sanayi ürünlerinde gümrük vergilerinin sıfırlanması hedeflenmiştir.

Ankara Anlaşması’nın 5. maddesinde düzenlenen son dönem, gümrük birliğine dayandırılmış ve tarafların ekonomi politikaları arasındaki koordinasyonu güçlendirmeyi öngörmüştür. Son dönem, Türkiye – AB arasında 6 Mart 1995 tarihinde kabul edilen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (“1/95 OKK”) çerçevesinde, 1 Ocak 1996 tarihinde başlamıştır. Söz konusu Karar, Ankara Anlaşması ile kurulan ortaklık ilişkisinde, Gümrük Birliği Anlaşması olarak nitelendirilen KP ile yaratılan hukuki

¹⁷ Aslında Ankara Anlaşması md. 4/2’ye göre, bu dönemin süresi istisnai haller dışında 12 yılı geçemeyecekti.

¹⁸ KP md. 11.

¹⁹ Özen, 2002, s. 17.

durumu yaşama geçiren ve usule ilişkin düzenlemeler getiren ‘uygulama belgesi’ olarak değerlendirilmektedir.²⁰

Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin gelişimi esasen malların serbest dolaşımı üzerinden ilerlediği için, bu tarihsel gelişimi takip edebilmek adına buraya kadar gümrük birliği odaklı bir anlatım kullanılmıştır. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, Ankara Anlaşması yalnızca malların serbest dolaşımını düzenlemekle kalmamış; taraflar arasında gümrük birliği kurulmasının ötesinde kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ihtimalini de öngörmüştür. Zira çalışmamız itibariyle esas önem arzeden konu, ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımı ile iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı düzenlemelerine ilişkindir. Bu çerçevede, Ankara Anlaşması’nın üçüncü bölümünde “Ekonomik nitelikteki sair hükümler” başlığı altında kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması adına AB iç pazarından esinlenileceği düzenlenmiştir.²¹ KP de, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ihtimali ile ilgili daha detaylı düzenlemeler getirmiştir.²² Ortaklık Konseyi kararlarıyla birlikte ise, işçilerin serbest dolaşımı alanında 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı kararlarla belirli bir ölçüde de olsa ilerleme sağlanmıştır. İş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili bugüne kadar OKK alınamamıştır.

Sonuç itibariyle, Türkiye’nin AET’ye 1959 tarihli ortaklık başvurusu ile gündeme gelen ve 1963 tarihli Ankara Anlaşması ile taraflar arasında ekonomik bütünleşme temelinde kurulan ortaklık ilişkisi, günümüzde sanayi ve işlenmiş tarım ürünlerini kapsayan bir gümrük birliği çerçevesinde ve tarafların ticaret politikalarını yakınlaştırma yükümlülüğü altında devam etmektedir. Bu kapsamda, kişilerin ve

²⁰ Hacı Can/Çınar Özen, **Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 144.

²¹ Ankara Anlaşması md. 12-14.

²² KP md. 36-41.

hizmetlerin serbest dolaşımına dair getirilen sınırlı düzenlemeler de tamamlayıcı olarak bu ilişkinin bir parçasını teşkil etmektedir.

Türkiye – AB ortaklık ilişkisi, iki taraf arasında katılım müzakereleri zemininde ilerleyen üyelik ilişkisi ile paralel ve kimi zaman iç içe geçerek varlığını sürdürmektedir. Ancak, tarafların odak noktası, bilhassa 90’ların ikinci yarısından itibaren ortaklıktan ziyade üyeliğe doğru yön değiştirmiştir.²³ Bir sonraki başlıkta, üyelik ilişkisi üzerinde durularak, ortaklık ve üyelik birbirinden ayrılacaktır.

1.2. Üyelik İlişkisi

Türkiye – AB üyelik ilişkisi, ana hatlarıyla, “üyelik başvurusu”, “aday devlet statüsü” ve “üyelik müzakereleri” olmak üzere üç döneme ayrılarak incelenecektir.

Bu çerçevede, Türkiye ilk olarak, bir yandan ortaklık ilişkisi geçiş döneminde bir gümrük birliğinin tesisine doğru ilerlerken; diğer yandan AB’ye üyelik başvurusu yapma tercihinde bulunmuştur.²⁴ Türkiye – Topluluk ilişkileri, 1970’ler ve 1980’lerde Türkiye’de ve dünyada yaşanan ekonomik ve siyasi krizler nedeniyle tıkanmalar yaşamış, hatta durma noktasına gelmiştir. 1983 genel seçimleri ile yeni bir eşikten atlayan Türkiye, Turgut Özal başkanlığında Avrupa Toplulukları²⁵ ile ilişkileri yeniden canlandırmayı öncelikli bir hedef olarak belirlemiştir.²⁶ Bu doğrultuda, Türkiye 14 Nisan 1987 tarihinde Topluluklara tam üyelik başvurusunda bulunmuştur. Bu girişim, Türkiye’nin, işlevini tam olarak yerine getiremeyen ortaklık rejimi çerçevesinde

²³ İlke Göçmen, “Starting to Shine, But How Brightly? Standstill Provisions in Association Law between Turkey and the Community”, **Croatian Yearbook of European Law and Policy**, Vol. 5, No. 5, 2009, s. 154.

²⁴ O zamanki adıyla AET.

²⁵ O dönemde “Avrupa Toplulukları” bulunmaktadır. Buna AET, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ("AKÇT") ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ("AAET") dahildir.

²⁶ Özen, 2002, s. 5.

Topluluklara katılmayı beklemeden –öngörülenden daha erken bir tarihte– tam üyelik için başvuru yapmak zorunda kaldığı şeklinde yorumlanmaktadır.²⁷ Avrupa Komisyonu, Türkiye’nin üyelik başvurusuna ilişkin olarak 1989 yılı sonunda hazırladığı Görüş Raporu’nda, Türkiye’nin üyeliğe ‘ehil’ olduğunu; ancak, ekonomik ve sosyal gerekçelerle üyelik müzakerelerinin başlamasına ‘hazır’ olmadığını bildirmiştir.²⁸ Komisyon’un bu görüşü, 3 Şubat 1990 tarihinde Konsey tarafından da kabul edilmiştir.²⁹ Türkiye, üyelik başvurusuna ilişkin olarak Topluluklardan aldığı olumsuz cevap üzerine, ortaklık ilişkisinden doğan sorumluluklarına yönelmiştir. Türkiye’nin gümrük birliği yükümlülüklerini 1995 yılı sonu itibariyle tamamlamasını müteakip 1 Ocak 1996 tarihi itibariyle gümrük birliğine geçilmiştir.³⁰

İkinci olarak, Türkiye, özellikle ortaklık ilişkisinde gümrük birliğinin tesisi ile son döneme girmişken, AB’den aday devlet statüsü almayı beklemiştir. Genişleme için önem arz eden 1997 tarihli Lüksemburg Zirvesi’nde adaylık statüsü alma beklentisinde olan Türkiye, bu Zirve’den çıkan kararlarla adaylık statüsü verilen 12 ülke arasına dâhil edilmemiştir.³¹ Türkiye’nin katılım sürecinden bu şekilde dışlanması üzerine dönemin

²⁷ Hacı Can, “Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, Güz/2003, s. 20.

²⁸ “Commission Opinion on Turkey’s Request for Accession to the Community”, <http://aei.pitt.edu/4475/1/4475.pdf> (Erişim tarihi: 02.07.2018)

Ayrıca bkz. Rıdvan Karluk, **Avrupa Birliği-Türkiye İlişkileri: Bir Çıkmaz Sokak**, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 25.

²⁹ AB açıklaması için bkz. “http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-96-42_en.htm” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

³⁰ 1/95 OKK md. 65/1: *Bu karar, 31 Aralık 1995’te yürürlüğe girer.*

³¹ Lüksemburg Zirve Sonuç Bildirgesi, para 23-36.

“http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/032a0008.htm” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

Türk hükümeti AB ile siyasi ilişkileri dondurma kararı almıştır.³² Türkiye'nin verdiği bu tepki sonrasında, adaylığı 1999 tarihli Helsinki Zirvesi'nde tescil edilmiştir.³³ AB, Aralık 2004 tarihli Brüksel Zirvesi'nde ise, Türkiye ile katılım müzakerelerine 3 Ekim 2005 tarihinde başlama kararı almıştır.³⁴

Üçüncü olarak, Türkiye, hâlihazırda AB ile üyelik müzakereleri yürütmektedir. Katılım müzakerelerinin başladığı 3 Ekim 2005 tarihinden bu yana, 16 fasıl müzakereye açılmış³⁵ ve bunlardan biri (Bilim ve Araştırma-25) geçici olarak kapatılmıştır. AB üyesi devletlerin, siyasi mülahazalarla fasılların açılmasını bloke etmeleri³⁶ müzakerelerin önünü tıkayan temel nedendir. Genişleme sürecinin temel iki konusunu teşkil eden “Yargı ve Temel Haklar-23” ile “Adalet, Özgürlük ve Güvenlik-24” fasıllarının müzakerelere açılması bilhassa önem arz etmektedir. Müzakere sürecinin

³² Murat Yetkin, **Avrupa Birliği Bekleme Odasında Türkiye**, İmge Kitabevi, 2002, s. 12.

³³ Helsinki Zirve Sonuç Bildirgesi, para 12.

“http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/ACFA4C.htm” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

³⁴ Brüksel Zirve Sonuç Bildirgesi, para 22.

“http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/83201.pdf” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

³⁵ “Sermayenin serbest dolaşımı-4”, “Şirketler Hukuku-6”, “Fikri Mülkiyet Hukuku-7”, “Bilgi Toplumu ve Medya-10”, “Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı-12”, “Vergilendirme-16”, “İstatistik-18”, “İşletme ve Sanayi Politikası-20”, “Trans-Avrupa Ağları-21”, “Bilim ve Araştırma-25 (geçici olarak kapatıldı)”, “Çevre-27, Tüketicinin ve Sağlığı Korunması-28”, “Mali Kontrol-32” ve “Bölgesel Politika ve Yapısal Araçların Koordinasyonu-22”. “Ekonomik ve Parasal Politika-17”, “Mali ve Bütçesel Hükümler-33”.

³⁶ Fransa'nın 5, GKRY'nin 6 faslı bloke etmesi ve AB Konseyi'nin, Ankara Anlaşması'nı AB'ye 2004 yılında katılan yeni üyelere teşmil eden Ek Protokolü GKRY bağlamında tam olarak uygulamadığımız gerekçesiyle 8 faslın açılış kriterlerinden biri olarak “Ek Protokolün tam olarak uygulanması” şartını getirmesi fasılların açılmaları önünde engel teşkil etmektedir.

canlandırılmasını sağlamak amacıyla, başta sözkonusu iki fasıl olmak üzere “Enerji–15”, “Eğitim ve Kültür–26”, “Dış, Güvenlik ve Savunma Politikası–31” fasıllarının açılmasına öncelik verilmektedir.³⁷ Bu çerçevede, 29 Kasım 2015 tarihli Türkiye – AB Zirvesi’nde, yeni fasılların açılmasına yönelik hazırlık çalışmalarının hızlandırılması kararlaştırılmıştır.³⁸ Bugün Türkiye, ilişkilerdeki tüm iniş–çıkışa rağmen, AB üyeliğini stratejik bir tercih olarak görmeye devam etmektedir.³⁹

Buraya kadar, Türkiye ile AB ilişkilerinin ortaklık ve üyelik üzerine kurulu ikili yapısı gösterilmiştir. Şimdi de, bu arka plan ışığında, ortaklık ilişkisi, genel çerçevesiyle ortaya konacaktır.

2. Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık İlişkisinin Genel Çerçevesi

Bu bölümde Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin genel çerçevesi ortaya konacaktır. Bu bağlamda, ilk olarak, bu ilişkinin düzenleme alanları; ikinci olarak, ortaklık ilişkisinin kurumsal yapısı, son olarak da taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözüm mekanizması incelenecektir.

³⁷ T.C. Dışişleri Bakanlığı internet sitesi, “<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerine-genel-bakis.tr.mfa>” (Erişim tarihi: 02.07.2018).

³⁸ 29 Kasım 2015 tarihli Türkiye - AB Zirvesi hk. Birlik açıklaması, para 4.

Bkz. “<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29/eu-turkey-meeting-statement/>”

(Erişim tarihi: 02.07.2018). Ayrıca bkz. “<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerine-genel-bakis.tr.mfa>” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

³⁹ "2018 yılına Girerken Girişimci ve İnsani Dış Politikamız", “http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/2018-yilina-girerken-girisimci-ve-insani-dis-politikamiz.pdf” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

2.1. Ortaklık İlişkisinin Düzenleme Alanları

Ortaklık ilişkisinin içeriği AB kurucu antlaşmalarından esinlenilerek hazırlanmıştır. Bu itibarla, Ankara Anlaşması özellikle dört serbesti (malların, işçilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı) ve ileri entegrasyon alanlarında Birlik hukukunu referans almıştır.

Anlaşmanın temel konusunu "aşamalı bir şekilde kurulacak olan gümrük birliği" oluşturmuştur. Türkiye'nin ekonomik kalkınması ve Türk halkının refah seviyesinin yükseltilmesi gereklerini de dikkate alarak taraflar arasında ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi amaçlayan ortaklık ilişkisi, bu amaçların gerçekleştirilmesini teminen gümrük birliğini temel araç edinmiştir. Taraflar arasındaki "entegrasyonun motoru"⁴⁰ olarak nitelendirilen gümrük birliği, Birlik üyesi devletlerle Türkiye arasında ithalatta ve ihracatta gümrük vergileri ve eş etkili resimlerin, miktar kısıtlamalarının, ulusal üretime Anlaşmanın hedeflerine aykırı bir koruma sağlamayı gözetken eş etkili başka her türlü önlemin yasaklanmasını ve Türkiye'nin üçüncü devletlerle ilişkilerinde Birliğin Ortak Gümrük tarifesinin kabulünü kapsamaktadır.⁴¹

Ankara Anlaşması, taraflar arasında gümrük birliği temelli ticari serbesti ve kalkınma amaçlı işbirliği hedefini aşarak, Türkiye'nin gelecekte Birliğe üye olmasını öngören hükümler de getirmiştir. Anlaşmanın dibacesinde yer alan "ileride Türkiye'nin Birliğe katılması" öngörüsü, 28. maddede "*Anlaşmanın işleyişi, [Birliği] kuran Antlaşmadan doğan yükümlülüklerin tümünün Türkiye'ce üstlenebileceğini gösterdiğinde, akit taraflar Türkiye'nin [Birliğe] katılması olanağını incelerler*" hükmüyle daha somut bir şekilde kayıt altına alınmıştır. Bağlayıcı bir niteliği olmamakla birlikte belirli şartlar altında taraflara sorumluluk yükleyen bu hükmün, Yunanistan ile imzalanan Atina Anlaşması dışında, Birliğin yaptığı diğer hiçbir ortaklık

⁴⁰ Can/Özen, 2005, s. 140.

⁴¹ Ankara Anlaşması md. 10.

anlaşmasında yer almaması, Ankara ve Atina Anlaşmaları ile diğer ortaklık anlaşmalarından farklı olarak ortak ülkeyi tedrici ekonomik entegrasyon yoluyla tam üyeliğe hazırlama amacı güdüldüğünü göstermektedir.⁴² Diğer bir deyişle, Ankara Anlaşması “üyeliliğin hazırlık aşaması” olarak değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda, Ankara Anlaşması’nda, “ortaklık rejiminin ileride muhtemel üyelik anlaşmasının kapsayacağı tüm konuları içerebilmesi”⁴³ düşüncesini destekler şekilde düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede, Anlaşma; gümrük birliği ile ilgili düzenlemelerin yanı sıra, rekabet, vergilendirme, mevzuat ve ekonomi politikalarının yakınlaştırılması⁴⁴ ile tarım politikasını⁴⁵ kapsamıştır. Anlaşma’da ayrıca, işçilerin serbest dolaşımı,⁴⁶ iş kurma hakkı⁴⁷ ve hizmetlerin serbest dolaşımı⁴⁸ konularında tarafların Birliği kuran Antlaşmanın ilgili hükümlerinden esinlenmesi kararlaştırılmıştır.

Ankara Anlaşması bir “çerçeve anlaşma” niteliğindedir.⁴⁹ Bu itibarla, Anlaşma hükümleri tarafların somut yükümlülüklerinden ziyade, Birliğin kurucu antlaşmasından da yararlanarak ortaklık hukukunun genel ilke ve esaslarını belirlemiş; uygulamayı ise büyük oranda tarafların takdirine bırakmıştır.⁵⁰ Taraflar, Ankara Anlaşması ile çerçevesi çizilen alanlarda ek protokoller ve Ortaklık Konseyi kararları ile uygulamanın içeriğini doldurmaya yetkili kılınmıştır. Bu bağlamda, sözkonusu Anlaşma ve KP’de, gümrük birliğinin yanı sıra, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının Birlik

⁴² Arat/Erhan, 2006, s. 833.

⁴³ Karluk, 2013, s. 43.

⁴⁴ Ankara Anlaşması md. 16-17.

⁴⁵ Ankara Anlaşması md. 11.

⁴⁶ Ankara Anlaşması md. 12.

⁴⁷ Ankara Anlaşması md. 13.

⁴⁸ Ankara Anlaşması md. 14.

⁴⁹ Tuğrul Arat, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1-4, 1995, s. 594; Can/Özen, 2005, s. 75.

⁵⁰ Can, 2003, s. 23.

kurucu antlaşmasının ilgili kuralları çerçevesinde kademeli olarak gerçekleştirilmesini öngören, geleceğe yönelik niyet beyanı niteliğindeki hükümlerin etki kazanması için Ortaklık Konseyi kararları gerekmektedir.

Bunların ötesinde, Ankara Anlaşması'nda doğrudan yer verilen iki temel yükümlülük ise, “anlaşmaya sadakat yükümlülüğü” ile “ayrımcılık yasağı”dır. Anlaşmaya sadakat yükümlülüğü, Anlaşma'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir: “*Akit taraflar, bu Anlaşma'dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbirleri alırlar. Taraflar, Anlaşma hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü tedbirden sakınırlar*”. Bu hüküm, Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md. 4(3)'teki “dürüst işbirliği/sadakat ilkesi”⁵¹ ile benzeşmekle birlikte, onunla birebir örtüştüğü ve ortaklık hukukunda aynı sınırlar içinde kullanılıp kullanılamayacağı hususu tartışmalıdır.⁵² Divan, bir yandan, bu hükmü yalnızca bir uluslararası anlaşmanın iyiniyetle uygulanması yükümlülüğünün vurgusu olarak yorumlarken,⁵³ öte yandan, sözkonusu hükmün, Komisyon'un “Antlaşma'nın bekçisi” olduğu belirtilen ABİHA'nın 335. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini

⁵¹ Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md. 4(3): “*Birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalar'dan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterir ve yardımcı olur. Üye devletler, Antlaşmalar'dan veya Birlik kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere, genel veya özel her türlü uygun tedbiri alır. Üye devletler, Birliğin görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırır ve Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü tedbirden kaçınır.*”

⁵² Göçmen, 2009, s. 159.

⁵³ Judgment of the Court of 14 November 1989, *Commission v Greece*, C- 30/88, EU:C:1989:422, para 15; Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 23.

söylemektedir.⁵⁴ Dolayısıyla, Ankara Anlaşması'nın 7. maddesi, Komisyon'un, anılan Anlaşma'dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbiri alması gerektiği şeklinde de okunmaktadır.⁵⁵ Zira Komisyon bu çerçevede, ortaklık hukuku bağlamında yükümlülüklerini yerine getirmeyen Birlik üyesi devletler aleyhinde ihlal davası açabilmektedir.⁵⁶

Ankara Anlaşması'nın 9. maddesi uyarınca, *“Akit taraflar, Anlaşma'nın uygulanma alanında, 8. maddenin uygulanması ile ilgili olarak ortaya konabilecek özel hükümler saklı kalmak üzere, uyruklu dolayısıyla uygulanan her türlü ayrımın, [ABİHA'nın 18.] maddesinde anılan ilke uyarınca yasak olduğunu kabul ederler”*. Ortaklık hukukunda ayrımcılık yasağını düzenleyen bu hüküm, ABİHA'nın 18. maddesindeki eşit muamele/ayrımcılık yapmama ilkesine atıf yapmaktadır. ABİHA md. 18, Birlik hukukunda uyruklu kaynaklanan nedenlerle yapılan doğrudan ve dolaylı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve yine Birlik hukukunda spesifik olarak ayrımcılık yasağı bulunmayan durumlarda uygulanan genel ve ikincil hüküm niteliğindedir.⁵⁷ Ankara Anlaşması md. 9, tıpkı Birlik hukukunda ABİHA md. 18'in uygulanma yönteminde olduğu gibi, ortaklık hukukunda özel bir ayrımcılık yasağı düzenlenmeyen durumlarda başvuru genel eşitlik hükmüdür.⁵⁸ Ayrımcılık yasağı, ortaklık hukukunda bu genel hükmün haricinde spesifik olarak işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen KP md. 37 ve 1/80 OKK md. 10'da karşımıza çıkmaktadır. Ankara Anlaşması md. 9'da

⁵⁴ Judgment of the Court of 25 July 2008, *CAS v Commission*, C-204/07 P, EU:C:2008:446, para 95.

⁵⁵ Judgment of the Court of 25 July 2008, *CAS v Commission*, C-204/07 P, EU:C:2008:446, para 96.

⁵⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228.

⁵⁷ Judgment of the Court of 17 May 1994, *Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, EU:C:1994:195, para 19.

⁵⁸ Judgment of the Court of 4 May 1999, *Sürül*, C-262/96, EU:C:1999:228, para 64.

ABİHA md. 18'e yapılan atıfla birlikte, sözkonusu hükmün Birlik hukukundaki ile aynı etkilere sahip olduğu değerlendirilmektedir.⁵⁹

Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin düzenleme alanları böylelikle belirlendikten sonra, şimdi ortaklık kurumsal yapısının ortaya konabilir.

2.2. Ortaklık İlişkisinin Kurumsal Yapısı

Ortaklık ilişkisinin kurumsal yapısının inceleneceği bu bölümde, öncelikle bu yapıya dair genel tespitler ortaya konacak; ardından, ortaklık ilişkisinin asli organı olan Ortaklık Konseyi esas olmak üzere, kurumsal yapıdaki organlar anlatılacaktır.

2.2.1. Kurumsal Yapı ile ilgili Genel Tespitler

Ankara Anlaşması'nın, Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin genel ilke ve esaslarını belirleyen bir çerçeve anlaşma niteliği taşıdığı yukarıda belirtilmişti.⁶⁰ Bu itibarla, çizilen bu çerçevenin içinin doldurulması ve ortaklık rejiminin sürekli ve düzenli bir şekilde uygulanması için etkin bir kurumsal yapıya ihtiyaç duyulmuştur.⁶¹

Esasen, AB'nin taraf olduğu tüm ortaklık anlaşmalarında, ilgili ortaklık rejimleri için spesifik kurumlar oluşturulduğu görülmektedir.⁶² Birlik üyesi olmayan üçüncü ülkelerin Birliğin kurumsal yapısına dâhil edilmesi öngörülmediğinden ortaklık

⁵⁹ Göçmen, 2009, s. 162.

⁶⁰ Bkz. Arat, 2005, s. 594.

⁶¹ Can/Özen, 2005, s. 75.

⁶² Bunun en iyi örneği, EFTA ülkeleriyle AT arasında imzalanan Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'nda öngörülen kurumsal yapıdır. Bkz. Ercüment Tezcan, “Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Ortaklık Boyutu: Hukuki Çerçeve”, **Yarım Asrın Ardından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**, Editörler: Belgin Akçay, Sinem Akgül Açıkmeşe, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 51.

rejimlerinin kurumsal yapıları AB'nin teşkilatlanmasından özerk olarak düzenlenmiştir.⁶³ Bu çerçevede, Türkiye – AB ortaklığı da ayrı bir kurumsal yapıya sahiptir.

Kendine özgü kurumsal yapısı bulunan Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin niteliği ise doktrinde tartışma konusudur. Ankara Anlaşması, ortaklığın kurumsal niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle, ortaklığın bir “uluslararası örgüt” tesis etmek suretiyle mi yoksa basit bir “sözleşme ilişkisi” kurmak yoluyla mı oluşturulduğu hususu açık değildir. Öğretideki hâkim görüşe göre, Ankara Anlaşması'nda konuya ilişkin düzenleme yapılmaması nedeniyle, Türkiye – AB ortaklığı uluslararası örgüt olarak değerlendirilemez. Bu görüş, Ankara Anlaşması ile Türkiye ve AB arasında *bağımsız* herhangi bir devletlerarası kurumsal yapının oluşturulmaması; ortaklık kurumlarının, sadece tarafların oy birliğiyle karar aldıkları “sözleşme organı” işlevi görmesi olgularıyla desteklenmektedir.⁶⁴ Ortaklık kurumsal yapısının uluslararası örgüt olarak nitelendirilememesi, ortaklığın uluslararası hukukta bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmaması sonucunu doğurmaktadır.⁶⁵ Buna karşılık, Can ve Özen'in de katıldığı diğer görüş ise, uluslararası örgütlerin tipik özelliklerine işaret ederek, ortaklığın bu özelliklere sahip olduğunu, hukuki bir kişiliğinin bulunduğunu ve ortaklığın kesin olarak basit uluslararası ticari anlaşmalardan ayrılması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁶

Esasen, kurumsal nitelik ve uluslararası hukuki kişilik üzerinden teoride yürütülen tartışmaların; hâlihazırda ortaklığın taraflar arasındaki iç ilişki dışında üçüncü

⁶³ ABAD'ın 14 Aralık 1991 tarih ve 1/91 sayılı Avrupa Ekonomik Alanı Bilirkişi görüşü, I-6079.

⁶⁴ Tezcan, 2013, s. 52-53. Ayrıca bkz. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

⁶⁵ Karşıt görüş için bkz. Can/Özen, 2005, s. 77 vd.

⁶⁶ Ibid, s. 77.

kişiler karşısında yetkilerinin bulunmaması, ortaklık kurumlarında her zaman kararların oy birliğiyle alınması ve ortaklığın faaliyet alanının dar olması dolayısıyla pratikte fonksiyonel bir karşılığı ve anlamı bulunmamaktadır.⁶⁷

Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin tarafları, ortaklık kurumlarında eşitlik ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde temsil edilmektedir. Ankara Anlaşması'nın 23. maddesinde düzenlenen bu husus, bir yanda Türkiye, diğer yanda Birlik ve üye devletlerin oluşturduğu tarafların, ortaklık organlarında eşit temsil hakkına sahip olduğunu ve kararların tarafların oy birliğiyle alınması gerektiğini ifade etmektedir. Eşitlik ve karşılıklılık ilkesi, Türkiye açısından özel önem taşımakta olup, ortaklık ilişkisinde daha ağırlıklı konumda bulunan “Birlik ve üye devletler” karşısında Türkiye'nin çıkarlarının korunmasını hukuken garanti altına almaktadır.⁶⁸

Ortaklığın kurumsal yapısı hakkında genel tespitler böylece ortaya konduktan sonra, bu ilişki kapsamında oluşturulan organlara dair bilgiler verilecektir.

2.2.2. Kurumsal Yapıdaki Organlar

Ankara Anlaşması, ortaklığın genel programını ortaya koymakla yetindiği gibi, kurumsal yapılanması hakkında da ayrıntılı bir düzenleme getirmemiştir. Anlaşmanın 6. maddesi uyarınca, ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak için asli organ niteliğinde Ortaklık Konseyi kurulmuştur. Ortaklık Konseyi dışında başka bir organ tesis etmeyen Anlaşma, Ortaklık Konseyi'ne gerekli gördüğü organları kurma yetkisi vermiştir.⁶⁹ Bu çerçevede, ortaklığın kurumsal yapısında “Ankara Anlaşması'yla kurulan asli organ Ortaklık Konseyi” ve “Ortaklık Konseyi tarafından kurulan yardımcı organlar” şeklinde bir ayrıma gitmek mümkündür.

⁶⁷ Ibid, s. 82 - 83.

⁶⁸ Ibid, s. 82 - 83.

⁶⁹ Ankara Anlaşması md. 24.

2.2.2.1. Asli Organ: Ortaklık Konseyi

Ankara Anlaşması ile tesis edilen tek kurum olan Ortaklık Konseyi, Türkiye – AB ortaklığı çerçevesinde tarafların beraberce işlem yaptıkları bir “sözleşme organı” niteliğinde değerlendirilmektedir.⁷⁰ Ayrıca, Ortaklık Konseyi’nin, akit tarafların birbirleriyle danışmalarını ve karar almalarını sağlayan sınırlı bir uluslararası konferans olduğu da ifade edilmektedir.⁷¹

Ortaklık Konseyi’nin oluşumunu düzenleyen Anlaşma’nın 23. maddesine göre, Konsey bir yandan Türkiye Hükümeti’nin temsilcilerinden, diğer yandan, Birlik üyesi devletlerin, Konsey’in ve Komisyon’un temsilcilerinden meydana gelir. Birlik ve üye devletlerden gelen bu temsilciler yukarıda da değinildiği üzere, ortaklığın sadece bir tarafını oluşturmaktadır. 1994 yılından itibaren, Avrupa Yatırım Bankası temsilcisi de Ortaklık Konseyi toplantılarına katılmaktadır.⁷² Ortaklık Konseyi’nde eşit şekilde temsil edilen taraflar, bu çerçevede, Ortaklık Konseyi başkanlığını da altışar aylık süreler için sırasıyla yaparlar.⁷³ Ortaklık Konseyi bakanlar ya da büyükelçiler düzeyinde toplanabilmektedir. Son olarak Ortaklık Konseyi’nin 53’üncüsü, Mayıs 2015’te Bakanlar düzeyinde Brüksel’de toplanmıştır.⁷⁴

Ortaklığın en üst karar organı olan Ortaklık Konseyi’nde taraflar birer oy hakkına sahiptir ve kararlar oy birliğiyle alınır.⁷⁵ Bu itibarla, her iki tarafın da veto hakkı bulunmaktadır. Birlik tarafı sahip olduğu bir oy hakkını kullanırken, bunun içinde üye

⁷⁰ Karşıt görüş için bkz. Can/Özen, 2005, s. 87.

⁷¹ Tezcan, 2013, s. 53.

⁷² Ibid, s. 54.

⁷³ Ankara Anlaşması md. 24.

⁷⁴ Bkz. “<https://www.ab.gov.tr/49975.html>” (Erişim tarihi 02.07.2018)

⁷⁵ Ankara Anlaşması md. 23/3.

devletlerin de veto haklarını kullanması nedeniyle⁷⁶ Birliğin ortak tutumunu belirlemesi güçleşebilmekte ve bu da Ortaklık Konseyi'nde karar alınamamasına neden olabilmektedir.⁷⁷

Temel işlevi Ankara Anlaşması'nın uygulanmasını sağlamak olan Ortaklık Konseyi'nin yetki ve görevleri Anlaşma'nın çeşitli maddelerinde sayılmıştır. Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması'nın 22. maddesi uyarınca, Anlaşma'da belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için Anlaşma'da öngörülen hallerde gerekli kararları ve önlemleri alma yetkisine sahiptir. Taraflar için bağlayıcı nitelikteki bu kararların yanı sıra, Ortaklık Konseyi taraflara bağlayıcı olmayan yararlı tavsiyelerde de bulunabilir. Konsey ayrıca, Anlaşma'nın hedeflerini göz önünde tutarak, ortaklık rejiminin sonuçlarını belli aralıklarla inceler. Bu bağlamda, Ortaklık Konseyi'nin görevlerini yerine getirebilmesi

⁷⁶ Esasen üye devletlerin böyle bir veto hakkı hukuken bulunmasa da, fiiliyatta söz konusu olabilmektedir. Zira genel olarak karma anlaşmaların uygulanması yönünden, konumuz bakımından ise Ortaklık Konseyinin karar alımı yönünden öncelikle AB'nin ilgili konuya ilişkin yetkisinin varlığı ve kategorisi belirlenmesi gerekmektedir. AB'nin dış yetkisinin varlığı ve kategorisi ile ilişkili olarak üç farklı ihtimalin gündeme gelmesi mümkündür: Birincisi, AB ilgili konu yönünden hiç yetki sahibi değilse yalnızca AB üyesi devletler Ortaklık Konseyindeki “bir oyu” kullanır. İkincisi, AB ilgili konu yönünden münhasır yetki sahibiyse AB o “bir oyu” kullanır. Üçüncüsü, ilgili konudaki yetki paylaşıyorsa AB ve üyesi devletler bir arada o “bir oyu” kullanır. Bkz. İlke Göçmen, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:15, No:1 (Yıl: 2016), s. 105.

⁷⁷ KP'nin 36. maddesinde düzenlenen işçilerin serbest dolaşımının, 1 Aralık 1986 tarihine kadar yaşama geçirilmesi gerekirken, Almanya başta olmak üzere bazı Birlik üyesi devletlerin ekonomik ve siyasi mülahazalarla bu konuya olumsuz yaklaşımları sonucunda Ortaklık Konseyi'nde ilgili karar bir türlü alınamamıştır. Bkz. Tezcan, 2013, s. 55; Can/Özen, 2005, s. 205.

için karar, tavsiye ve inceleme yetkisi olmak üzere üç tip yetkiyle donatıldığını söylemek mümkündür.⁷⁸

Anlaşma'nın 22. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “(...) [*Ortaklık Konseyi'nin*] *Anlaşma'da belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için Anlaşma'da öngörülen hallerde karar yetkisi vardır*” hükmüyle Ortaklık Konseyi'nin “genel yetki” prensibi ile değil, “özel ya da sınırlı yetki” çerçevesinde faaliyetlerini yürüttüğü belirlenmiştir.⁷⁹ Bununla birlikte, aynı maddenin 3. fıkrasında, “(...) *Anlaşma amaçlarından birine ulaşmak için, akit tarafların bir ortak davranışı gerekli görüldüğü takdirde, Anlaşma bunun için gerekli davranış yetkisini öngörmese bile, Ortaklık Konseyi uygun kararları alır*” hükmüyle Ortaklık Konseyi'nin sınırlı yetkisi esnetilmiştir. Can ve Özen'e göre sözkonusu hüküm ile ortaklık hukukunda ileride doğabilecek boşlukların doldurulmasını teminen Ortaklık Konseyi'ne “şartlı bir genel yetki” veya “ön yetki” tanınmış olup, bu husus “sınırlı yetki” prensibini ihlal etmemektedir. Ortaklık Konseyi'nin geniş kapsamlı yetkileri konusundaki kırmızı çizgi, Ankara Anlaşması'nda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesidir.⁸⁰

Ortaklık Konseyi ayrıca, Ankara Anlaşması'nın 25. maddesi ile Anlaşma'nın yorumu ve uygulanması hakkında taraflar arasında çıkan anlaşmazlıkların çözümü konusunda da görevlendirilmiştir. Ortaklık Konseyi Türkiye'yi, Birliği veya üye devletlerden birini ilgilendiren anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilir veya anlaşmazlığı ABAD'a ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir. Taraflardan her biri, kararın veya hükmün yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür. Aynı maddede son olarak, öngörülen usullerle çözüme kavuşturulamayan anlaşmazlıklarda Ortaklık Konseyi'ne tahkim yoluna gitme hakkı tanınmıştır.

⁷⁸ Karluk, 2013, s. 196.

⁷⁹ Can/Özen, 2005, s. 91-96.

⁸⁰ Ibid, s. 94 vd.

Son olarak, Ortaklık Konseyi kendi işleyişi hakkında düzenlemeler yapma ve görevlerinde kendisine yardımcı olacak organlar oluşturma yetkisini haiz kılınmıştır.⁸¹ Ortaklık Konseyi'nin bu yetkisini kullanarak oluşturduğu tali kurumlara aşağıda kısaca değinilmektedir.

2.2.2.2. Tali Organlar

Ortaklık Konseyi tarafından kurulan tali organlar dayanağını Ankara Anlaşması md. 24(3) ve 27'den almıştır. Bu çerçevede, daimi statüde oluşturulan tali organlar, Ortaklık Komitesi, Karma Parlamento Komisyonu ("KPK"), Türkiye – AB Karma İstişare Komitesi, Gümrük İşbirliği Komitesi ve Türkiye – AB Gümrük Birliği Ortak Komitesi'dir. Çalışmamızda görece önemleri nedeniyle sözkonusu tali organlardan Ortaklık Komitesi ve KPK'ya değinilmekle yetinilecektir.

Ortaklık Komitesi,⁸² Ortaklık Konseyi'nin 1 Aralık 1964 tarih ve 3/64 sayılı kararıyla, Ankara Anlaşması'nın uygulanması ve gerekli işbirliğinin sağlanması amacıyla kurulmuştur. Ortaklık Komitesi, Ortaklık Konseyi çalışmalarının hazırlıklarını yapmak, Ortaklık Konseyi'nin kendisine verdiği konuları incelemek ve tarafların sürekli olarak Brüksel'de bulunan temsilcilerinden oluştuğu cihetle ortaklık ilişkilerinde devamlılığı sağlamakla yükümlüdür. Ortaklık Komitesi'nin resmi anlamda bir karar alma ve bunu kamuoyuna açıklama yetkisi olmasa da, uygulamada Ortaklık Konseyi kararlarının altyapısı Ortaklık Komitesi tarafından hazırlanmaktadır. Bu itibarla, Komite, Ortaklık Konseyi'nin çalışmalarının yükünü önemli ölçüde azaltmaktadır. Bunun yanı sıra, Ortaklık Komitesi, Ortaklık Konseyi'nden farklı olarak belli bir takvime bağlı olmaksızın, gerekli görülen her durumda kolayca toplanacak bir organ

⁸¹ Ankara Anlaşması md. 24.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Can/Özen, 2005, s. 108-112.

olarak çalıştığından ortaklığın kurumsal yapısı içinde arka planda ancak merkezi bir rol oynamaktadır.⁸³

Ankara Anlaşması'nın 27. maddesi, Ortaklık Konseyi'nin bir yandan Avrupa Parlamentosu, Birliğin Ekonomik ve Sosyal Komitesi ve öteki organları ile öte yandan Türkiye Büyük Millet Meclisi ("TBMM") ve Türkiye'nin yukarıdaki oluşumlara denk düşen organları arasında işbirliğini ve temasları kolaylaştırmak için her türlü yararlı tedbiri alacağını düzenlemiştir. Ortaklık Konseyi bu hükme dayanarak, 27 Temmuz 1965 tarih ve 1/65 sayılı kararıyla KPK'yı kurmuştur. KPK,⁸⁴ TBMM'nin ve Avrupa Parlamentosu'nun eşit sayıdaki üyelerinden oluşmaktadır. Zaman içerisinde üye sayılarında değişiklikler⁸⁵ olan KPK, günümüzde TBMM ve Avrupa Parlamentosu'ndan 25'er olmak üzere toplam 50 üyeye sahiptir. Türkiye – AB ortaklığının demokratik denetim ve danışma organı niteliğindeki KPK, Ortaklık Konseyi'nin kendisine sunduğu yıllık faaliyet raporlarını inceleme, TBMM ile Avrupa Parlamentosu arasındaki ilişkileri güçlendirme, TBMM veya Avrupa Parlamentosu'na verilen yetki çerçevesinde her türlü meseleyi inceleme, TBMM ve Avrupa Parlamentosu'na tavsiye kararlar sunma yetkisine sahiptir. KPK, Türkiye ile AB arasında 3 Ekim 2005 tarihinde başlayan katılım müzakerelerinin takip edilmesi, analizi ve değerlendirilmesiyle de görevlidir.⁸⁶

Yukarıda bahse konu asli ve tali organlar, ortaklık ilişkisinin yürütülmesinden sorumlu kurumsal yapılardır. Böyle bir kurumsal yapı kapsamında, ortaklık ilişkisi bakımından ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlık mekanizması ise bir sonraki başlık altında incelenecektir.

⁸³ Ibid, s. 108.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ibid, s. 112-117.

⁸⁵ Ayrıntılar için bkz. Tezcan, 2013, s. 61.

⁸⁶ Ibid, s. 61.

2.3. Ortaklık İlişkisi Yönünden Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Türkiye ile Birlik arasındaki ortaklık ilişkisi, özellikle gümrük birliğinin kurulmasıyla birlikte oldukça derinleşmiştir. Bu çerçevede, Ankara Anlaşması temelinde OKK'larla zaman içerisinde kapsam ve derinlik kazanan bir ortaklık müktesebatı oluşturulmuştur.⁸⁷ Taraflar arasında ortaklık hukukunun uygulanması ve yorumlanması ile ilgili çıkacak uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları da bu müktesebatın bir parçasını teşkil etmiştir.

Bu bağlamda, ortaklık ilişkisi temelli uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları ortaklık hukukunda iki yerde düzenlenmiştir: Ankara Anlaşması ve 1/95 OKK.

2.3.1. Ankara Anlaşması'nda Öngörülen Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Ankara Anlaşması'nın 25. maddesinde, her akit tarafın, Anlaşma'nın uygulama ve yorumu ile ilgili Türkiye'yi, Birliği veya Birlik üyesi bir devleti ilgilendiren anlaşmazlıkları Ortaklık Konseyi'ne getirebileceği hükme bağlanmıştır. Ortaklık Konseyi, önüne getirilen anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilecek veya anlaşmazlığı ABAD'a ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilecektir.⁸⁸ Anlaşmazlık bu yollarla çözülememiş ise, akit tarafların geçiş dönemi ve son dönemde başvurabilecekleri tahkim ve diğer yargı usulü yollarını yine Ortaklık Konseyi düzenleyecektir.⁸⁹

Ankara Anlaşması'nın 25. maddesinde öngörülen bu yöntemler “siyasi çözüm” ve “hukuki çözüm” olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Ortaklık Konseyi'nin anlaşmazlığı karar yolu ile çözmesi, siyasi çözüme işaret etmektedir.

⁸⁷ Can/Özen, 2005, s. 120-121.

⁸⁸ Ankara Anlaşması md. 25/2.

⁸⁹ Ankara Anlaşması md. 25/4.

Ortaklık Konseyi'nde kararlar ancak oybirliğiyle alınabildiğinden uyuşmazlıkların karar yolu ile çözümünde de her iki tarafın uzlaşması gerekmektedir. Tarafların uyuşmazlıkların çözümü için Ortaklık Konseyi'ne başvurusu, hukuki yollara başvurulmadan evvel öncelikli olarak izlenmesi gereken bir yoldur.⁹⁰

Eğer siyasi çözüme varılamazsa, diğer bir deyişle taraflar oybirliği ile uyuşmazlığı çözemelerse anlaşmazlığı ABAD'a ya da mevcut başka bir yargı merciine götürebileceklerdir. Bunun için de Ortaklık Konseyi'nde oybirliği ile karar alınması gerekmektedir. ABAD'ın bir tahkim mahkemesi olarak çalışabileceği ABİHA md. 272'de hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlığın ABAD'a götürülmesi için tahkimname hazırlanması gerekmektedir. Türkiye'nin ABAD'da temsil edilmemesinden ötürü, ABAD dışında başka bir yargı merciine gidilmesi hususunda da Ortaklık Konseyi'ne serbestlik tanınmıştır.⁹¹ Ankara Anlaşması'nın öngördüğü hukuki çözüm yollarından sonuncusu uyuşmazlığın "tahkim kuruluna sunulması"dır. Ankara Anlaşması md. 25(4)'te öngörülen bu durumda, tahkim ilkeleri ve diğer yargı yolları Ortaklık Konseyi'nce düzenlenecektir.

Taraflardan her biri, Anlaşma'da tanınan sözkonusu uyuşmazlık çözüm mekanizmaları işletilerek alınan karar veya hükümlerin yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.⁹² Anlaşma'nın sözkonusu madde ile uluslararası hukukta ihtilafların çözümü çerçevesinde geçerli olan tüm çözüm yollarını öngördüğünü söylemek mümkündür.⁹³

⁹⁰ Can/Özen, 2005, s. 124.

⁹¹ Ibid, s. 125.

⁹² Ankara Anlaşması md. 25/3.

⁹³ Tezcan, 2013, s. 56.

2.3.2. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nda Öngörülen Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Ankara Anlaşması md. 24(4) kapsamında, 1/95 OKK uyarınca uyuşmazlıkların çözümü konusunda yalnızca belirli konular bakımından ortaklığın son döneminde geçerli olacak bir Tahkim Kurulu kurulması öngörülmüştür.

1/95 OKK'nın 62. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, bir uyuşmazlığın tahkime götürülmesi halinde, tahkim 3 hakemle yapılacaktır. Uyuşmazlığın iki tarafı 30 gün içinde birer hakem tayin edecektir. Bu şekilde atanan iki hakem, taraflardan ikisinin de uyuğu olmayan üçüncü hakemi mutabakatla belirleyecektir. Hakemler tayinlerinden itibaren iki ay içinde mutabakata varamazlarsa üçüncü hakemi, Ortaklık Konseyi'nin hazırlayacağı yedi kişilik bir listeden seçeceklerdir. Söz konusu maddede ayrıca, Tahkim Kurulu'nun Brüksel'de toplanacağı, tarafların aksine bir kararı yoksa kurulun kendi iç tüzüğünü hazırlayacağı ve kararlarını oy çokluğuyla alacağı düzenlenmiştir. Kararların oy çokluğuyla alınması, Tahkim Kurulu'na giden uyuşmazlıklar hakkında mutlak surette bir karar çıkacağını göstermektedir.

1/95 OKK'nın 61. maddesinde Tahkim Kurulu'nun yetki alanında bulunan üç başlık sayılmıştır. Bunlar Kararın 58(2). maddesi ve 63. maddesi kapsamında alınan korunma tedbirleri ile 64. maddesi kapsamında alınan yeniden dengeleme tedbirlerinin içerik veya süresi konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Söz konusu uyuşmazlıklar, uyuşmazlık çözüm prosedürünün başlatılmasından itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulamazsa, taraflardan biri Tahkim Kurulu'na başvurabilecektir.

1/95 OKK md. 39(4)'de Tahkim Kurulu'na başvurulması hususunda bir düzenleme yapılmıştır. Bu madde uyarınca, Birlik, Türkiye tarafından kabul edilen ve bir üye devlet tarafından verilmesi halinde Birlik hukukuna aykırı sayılacak olan yardımlara itiraz hakkına sahiptir. Türkiye'nin, Birliğin öne sürdüğü görüşe katılmaması

ve konunun 30 gün içinde çözüme kavuşturulamaması durumunda ise Birlik ve Türkiye konuyu hakeme götürme hakkına sahip olacaktır.

Son olarak 1/95 OKK'nın 39(5). maddesinde, Türkiye'nin, bir üye devlet tarafından Birlik mevzuatına aykırı olduğunu öne sürdüğü bir yardım hakkında itirazda bulunma ve Ortaklık Konseyi'ni toplantıya çağırma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Sorunun Ortaklık Konseyi tarafından üç ay içinde çözümlenememesi halinde Ortaklık Konseyi konuyu ABAD'a götürebilecektir.

Bu bölümde Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin düzenleme alanları, kurumsal yapısı ve uyuşmazlık çözüm mekanizması anlatılarak, sözkonusu ilişkinin genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Bundan sonraki bölümde, ortaklık ilişkisinin hukuki niteliği çeşitli yönleriyle açıklanacaktır.

3. Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukukunun Genel Çerçevesi

Ortaklık hukuku kavramı, Türkiye – AB ortaklığına ilişkin ilke, kural ve usuller bütünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Esasında bu kavram, uluslararası hukukun veya AB hukukunun bir alt dalını tanımlamamakta; Türkiye – AB ortaklığındaki hukuki ilişkilerin bütünsellik içinde değerlendirilebilmesini teminen kapsayıcı bir başlık işlevi görmektedir.⁹⁴

Bu bölümde, Türkiye – AB ortaklık hukuku; kaynakları, AB hukuk düzeni içindeki yeri ve etkileri bakımından incelenecektir.

3.1. Ortaklık Hukukunun Kaynakları

Ortaklık hukukunun kaynakları, ortaklık ilişkisini yaratan, çerçevesini çizen ve içeriğini düzenleyen hukuki mevzuatı ifade etmektedir. Bu mevzuat, birincil ve ikincil

⁹⁴ Tezcan, 2013, s. 45.

kaynaklardan oluşmaktadır. Ortaklık hukukunun normlar hiyerarşisine göre, birincil kaynakların ikincil kaynaklar karşısında üstünlüğü mevcuttur. Bu husus, Ortaklık Konseyi'nin, ortaklık ilişkisini kuran Ankara Anlaşması'nın verdiği görev sınırları içinde yetkili kılınmasına, diğer bir deyişle “sınırlı yetki prensibi”ne dayandırılmaktadır.⁹⁵ Bu çerçevede, ortaklığın ikincil hukuk kaynakları birincil hukuk kaynaklarına aykırı olamaz. Bununla birlikte, ortaklık hukukunda sözkonusu hiyerarşiye uygunluk denetimi yapacak bir mekanizma öngörülmemiştir.⁹⁶ Bu konuda çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklara Ortaklık Konseyi'nde çözüm aranacağı söylenebilir.⁹⁷ Öte yandan, hiyerarşiye uygunluk denetimi, yeri geldiğinde AB sözkonusu olduğunda ABAD'dan, Türkiye sözkonusu olduğunda Türk mahkemelerinden de istenebilir.

3.1.1. Birincil Kaynaklar

Ortaklık hukukunun birincil kaynakları, ortaklık ilişkisini kuran Ankara Anlaşması ve anlaşma niteliğindeki protokol ve eklerdir. Birincil kaynaklar şu şekilde sıralanabilir:

- 12 Eylül 1963 tarihli Türkiye ile AET arasında bir Ortaklık Yaratan Anlaşma (Ankara Anlaşması), Anlaşmanın Ekleri, Protokolleri ve Bildirileri,
- 23 Kasım 1970 tarihli KP ve Ekleri,
- Tamamlayıcı/uyum protokolleri,
- Mali protokoller,
- Bildiriler.

⁹⁵ Ankara Anlaşması md. 6 ve 22/1.

⁹⁶ Can/Özen, 2005, s. 291.

⁹⁷ Tezcan, 2013, s. 47.

3.1.2. İkincil Kaynaklar

Ortaklık hukukunun ikincil kaynaklarını, genel itibarla ortaklık kurumları tarafından birincil kaynakların uygulanmasına yönelik alınan kararlar oluşturur. İkincil kaynakları, Ortaklık Konseyi kararları⁹⁸, Ortaklık Konseyi tavsiyeleri⁹⁹ ve Ortaklık Konseyi ilke kararları (*resolutions*) şeklinde sıralamak mümkündür.¹⁰⁰

3.1.2.1. Ortaklık Konseyi Kararları

Ankara Anlaşması'nın 22. maddesinde düzenlenen Ortaklık Konseyi kararları, akit taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Taraflar, haklı nedenler veya korunma önlemleri çerçevesinde bazı istisnai durumlar dışında, sözkonusu kararları yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu bağlamda, kararlar ulusal bir uygulama işleminin yapılmasını gerektiriyorsa, bu da sözkonusu yükümlülük içinde yer almaktadır.

Ortaklık Konseyi kararlarının uluslararası hukuk açısından taşıdığı niteliğe dair Ankara Anlaşması'nda bir açıklık getirilmediğinden, konu hakkında net bir tespit yapmak mümkün görünmemektedir. Konsey kararları “hükümetlerarası toplantı kararı” / “uluslararası örgüt kararı” / “uygulama anlaşması” / “uygulama belgesi” gibi farklı

⁹⁸ Ankara Anlaşması md. 22/1.

⁹⁹ Ankara Anlaşması md. 22/1.

¹⁰⁰ Sözkonusu kaynaklara ilaveten, ortaklığın tali organlarının aldığı kararlar da ortaklık hukukunun ikincil kaynakları arasında değerlendirilmektedir.

şekillerde değerlendirilmekte olup¹⁰¹, yapısı itibariyle ise Birlik hukukundaki direktiflere benzetilmektedir.¹⁰²

3.1.2.2. Tavsiyeler

Ankara Anlaşması md. 22(1), Ortaklık Konseyi'nin akit taraflara yararlı tavsiyelerde bulunabileceğini düzenlemiştir. Ortaklık Konseyi'nin verdiği tavsiyelerin, kararlardan başlıca farkı bağlayıcı nitelik taşımasıdır. Tavsiyelerin amacı muhatapları belirli bir tutumda davranmaya sevk etmektir.¹⁰³ Dolayısıyla, hukuki bağlayıcılığı bulunmasa bile siyasi etkileri sözkonusu olabilmektedir. Öte yandan, tavsiyeler de kararlar gibi tarafların oy birliğiyle kabul edilmekte ve açıklanmaktadır.

3.1.2.3. İlke Kararları (Rezolüsyonlar)

İlke kararları, geleceğe dönük “niyet bildirisi” niteliği taşıyan ve bağlayıcı olmayan Ortaklık Konseyi işlemleridir. Ankara Anlaşması'nda öngörülmemiş olan bu

¹⁰¹ Kemal Başlar, “Gümrük Birliği Anlaşması'nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın) Hukuksal Niteliği”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Güz/2004, s. 161.

¹⁰² Can/Özen, 2005, s. 293. Öte yandan, bu kapsamda, hem içerik, hem de hukuki, siyasi ve ekonomik sonuçları itibariyle Türkiye – AB ortaklığındaki diğer OKK'lardan ayrılan 1/95 OKK'nın hukuki niteliği uygulamada ve akademik çevrelerde tartışmalara yol açmıştır. Sözkonusu Karar, Türk kamuoyunda “Gümrük Birliği Anlaşması” olarak algılanmış olmakla birlikte, uygulamada uluslararası antlaşmaların onaylanmasını düzenleyen Anayasamızın 90. maddesi ile 244 sayılı Kanun çerçevesinde işleme tabi tutulmamıştır. Son tahlilde, genelde OKK'lar ve özelde 1/95 OKK'nın hukuki niteliği hakkındaki belirsizlikler sürse de, doktrinde genel kabul gördüğü şekliyle, OKK'ları bağlayıcı uluslararası hukuk kararları; 1/95 OKK'yı da atipik bir OKK olarak nitelendirmek mümkündür.

¹⁰³ Ibid, s. 297.

işlemler, zaman içerisinde uygulamada ortaya çıkmıştır. İlke kararları, tarafların ortak iradeleri ile belirledikleri sınırları keskin çizilmeyen yol haritalarını ortaya koyduğundan, ortaklık ilişkisinin genişletilip geliştirilmesinde önemli rol oynamıştır.¹⁰⁴

Bu başlıkta kaynakları ele alınan ortaklık hukuku, bir sonraki başlıkta AB hukuk düzeni içindeki yeri itibarıyla incelenecektir.

3.2. Ortaklık Hukukunun Avrupa Birliği Hukuk Düzeni İçindeki Yeri

AB, gerek ulusal gerek uluslararası hukuktan ayrı ve bağımsız¹⁰⁵, kendine özgü uluslararası bir hukuk düzeni yaratmıştır. Bu hukuk düzeni, üye devletlerin ve Birlik kurumlarının tasarrufları, uluslararası anlaşmalar ve AB hukukunun genel ilkeleri ile uluslararası hukuk teamüllerinden beslenmektedir.¹⁰⁶

Birliğe üye devletlerin karşılıklı iradelerine dayanan kurucu antlaşmalar¹⁰⁷, kurucu antlaşmaları tadil eden antlaşmalar¹⁰⁸, katılım antlaşmaları¹⁰⁹ ve AB Temel

¹⁰⁴ Ibid, s. 298.

¹⁰⁵ Sanem Baykal, “Avrupa Birliği Anayasallaşma Sürecinde Adalet Divanı’nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı, Güz/2004, s. 123.

¹⁰⁶ Sanem Baykal ve İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Cilt-I, Ankara, 2013, s. 318.

¹⁰⁷ 18 Nisan 1951 tarihli AKÇT Antlaşması, 25 Mart 1957 tarihli AET Antlaşması, 25 Mart 1957 tarihli AAET Antlaşması, 7 Şubat 1992 tarihli AB Antlaşması.

¹⁰⁸ 17 Şubat 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi, 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması, 2 Ekim 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, 10 Mart 2001 tarihli Nice Antlaşması, 12 Aralık 2007 tarihli Lizbon Antlaşması.

¹⁰⁹ Bugüne kadar Birliğe yeni devletlerin üye olarak katılmasını sağlayan 7 katılım antlaşması imzalanmıştır.

Haklar Şartı¹¹⁰ Birlik hukukunun birincil kaynaklarını oluşturmaktadır. AB hukukunun genel ilkeleri¹¹¹ ve uluslararası hukuk teamülleri¹¹², normlar hiyerarşisinde birincil kaynaklar ile eşit seviyede değerlendirilen yazılı olmayan kurallardır. Birliğin uluslararası antlaşmaları birincil kaynakların altında, ancak, ikincil kaynakların üstünde konumlanmıştır.¹¹³ Birlik hukukunun ikincil kaynaklarını ise tüzük, direktif, karar ve Birlik kurumlarının bağlayıcı olmayan diğer tasarrufları teşkil etmektedir.¹¹⁴

Bu itibarla, Birlik hukukunun kaynakları arasındaki hiyerarşik ilişki kurucu anlaşmalarda açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, sözkonusu kaynakları hiyerarşik açıdan şu şekilde sıralamak mümkündür: Birincil kaynaklar ve yazılı olmayan hukuk, AB'nin uluslararası anlaşmaları ve ikincil kaynaklar. Sıralamada, Birlik hukukunun birincil kaynakları ve ikincil kaynakları arasında bir seviyede yer verilen uluslararası anlaşmaların Birlik hukuk sistemi içindeki konumu, esasen Divan kararları ve doktrindeki çalışmalarla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Temelde, AB uluslararası hukuk kişisi¹¹⁵ olarak uluslararası anlaşmalar bağtılamaktadır. Zira kurucu antlaşma da, Birlik kurumlarına üçüncü ülkeler ve

¹¹⁰ Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md. 6 uyarınca, AB Temel Haklar Şartı, kurucu antlaşmalarla aynı hukuki değere sahiptir.

¹¹¹ Bkz. Judgment of the Court of 3 September 2008, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, C-402/05 P, EU:C:2008:461, para 308; Judgment of the Court of 15 October 2009, *Audiolux and Others*, C-101/08, EU:C:2009:626, para 63.

¹¹² Bkz. Judgment of the Court of 12 June 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, para 77; Judgment of the Court (First Chamber) of 14 October 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614, para 34-36.

¹¹³ Göçmen, 2008, s. 280.

¹¹⁴ ABİHA md. 288.

¹¹⁵ Pazarcı, 2006, s. 196. Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md 47: "*Birlik tüzel kişiliğe sahiptir*". Öncesinde tüzel kişiliği bulunmayan AB, Lizbon Antlaşması ile birlikte tüzel kişilik kazanmış ve Topluluğun yetkilerini devralmıştır. Bu çerçevede

uluslararası kuruluşlarla anlaşma yapma yetkisini açık bir şekilde tanımıştır.¹¹⁶ Birlik tarafından bu çerçevede akdedilen uluslararası anlaşmalar, Birlik kurumları ve üye devletler üzerinde bağlayıcıdır.¹¹⁷ Dolayısıyla, AB'nin uluslararası anlaşmaları akit taraflar arasında uluslararası hukuk bağlamında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğurmasının yanında, Birlik kurumları ile üye devletlerin dikkate alacağı ve sorumlu olacağı yeni bir Birlik hukuku da yaratmaktadır.¹¹⁸ Nitekim ABAD, *Haegeman* kararı ile Birlik kurumları tarafından akdedilen uluslararası anlaşmaların usule uygun şekilde yürürlüğe girmesiyle Birlik hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu ortaya koymuştur.¹¹⁹

Ankara Anlaşması ve KP'nin işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin konu edildiği *Demirel* davasında¹²⁰ Divan, *Haegeman* kararına atıfla, Ankara Anlaşması ve eklerinin de Birlik hukuku kapsamında bulunduğunu açık bir şekilde kaydetmiştir.¹²¹ Bahsekonu davada, karma anlaşma¹²² niteliğindeki Ankara Anlaşması'nın düzenlediği

Topluluğun sahip olduğu uluslararası anlaşma akdetme yetkisi de artık Birlik üzerindedir.

¹¹⁶ ABİHA md. 216-217.

¹¹⁷ ABİHA md. 216, uluslararası hukukta geçerli *pacta sunt servanda* ilkesinin bir sonucudur.

¹¹⁸ Can/Özen, 2005, s. 310.

¹¹⁹ Judgment of the Court of 30 April 1974, *Haegemann v Belgian State*, C-181/73, EU:C:1974:41, para 5.

¹²⁰ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400.

¹²¹ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 7.

¹²² Karma anlaşmalar, bir konu ya kısmen AB'nin, kısmen de üye devletlerin yetkisinde ise ya da AB'deki paylaşılan yetkiler arasında kalıyorsa akdedilmektedir. Birlik, karma anlaşmanın yalnızca yetkisi içinde kalan bölümleriyle bağlıdır. Bu itibarla, üye devletlerin hukuk sistemlerinde Birlik hukuku olarak sadece Birliğin yetki alanına giren anlaşma hükümleri geçerlidir. Bkz. Baykal/Göçmen, 2013, s. 336.

konuların Birlik hukuk sistemindeki konumu da gündeme gelmiştir. Alman Hükümeti ve Birleşik Krallık, karma nitelikli anlaşmaların işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin kendi yetkilerinin uygulanma alanı içinde kaldığını ve üye devletlerin bu hususta Türkiye'ye karşı taahhüt altına girmelerinden dolayı, Divan'ın yoruma ilişkin yargı yetkisinin bu hükümlere teşmil edilemeyeceğini savunmuşlardır.¹²³ Divan ise, sözkonusu anlaşmanın, üye olmayan bir ülke ile ayrıcalıklı ve özel bağlantılar kuran ve Birlik sisteminde yer alan bir ortaklık anlaşması olması nedeniyle, kurucu antlaşmada düzenlenen her alanda, üye olmayan devletlere karşı taahhütleri garanti etme konusunda Birliğin yetkili olduğunu; dolayısıyla, Ankara Anlaşması'nın yorumlanmasının kendi yetki alanında olduğunu bildirmiştir.¹²⁴

Divan, izleyen kararlarında içtihadını daha da genişleterek, bir uluslararası anlaşmanın kurumsal bir yapı içermesi ve bir kuruma bağlayıcı işlem yapma yetkisi tanınması halinde, bu organın tasarruflarının da yürürlüğe girmesinden itibaren Birlik hukuk sisteminin ayrılmaz parçası olduğunu belirtmiştir.¹²⁵ Dolayısıyla, Ortaklık Konseyi kararları, uygulanmasını sağlamak üzere çıkmış olduğu Ankara Anlaşması ile doğrudan bağlantı içinde değerlendirilerek, tıpkı Anlaşma'nın kendisi gibi, Birlik hukukunun bir kaynağı olarak tanımlanmıştır.¹²⁶

ABİHA md. 216 gereğince, uluslararası anlaşmalar ve bunlardan kaynaklanan organ kararlarının Birlik birincil hukukuyla uyum içerisinde olması gerekmektedir. Nitekim Divan bu anlayış çerçevesinde, Latin Amerika ülkeleri ile imzalanan muz

¹²³ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 8.

¹²⁴ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 9-12.

¹²⁵ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 9-10.

¹²⁶ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 8-12.

ticareti hakkındaki bir anlaşmanın kabul edilmesine dair alınan Konsey kararını kurucu antlaşmaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.¹²⁷ Divan, ayrıca Birlik işlemlerinin birden fazla yoruma açık olması halinde, kurucu antlaşma ile uyumlu olan yorumun tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²⁸ Divan'ın bu konu hakkında net bir tavır sergilediğini söylemek mümkün olmasa da, genel itibariyle, AB'nin uluslararası anlaşmalarının Birlik hukukunda birincil hukuka göre alt, ikincil hukuka göre ise üst seviyede olduğu değerlendirilmektedir.¹²⁹

Ortaklık hukukunun, AB hukuk sistemi içindeki yukarıda izah olunan yeri, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan AB hukuk düzenindeki etkilerini anlamamıza yardımcı olacaktır.

3.3. Ortaklık Hukukunun Avrupa Birliği Hukuk Düzenindeki Etkileri

Ortaklık hukuku kaynakları Birlik hukukunun ayrılmaz bir parçası olmaları sebebiyle, Birlik hukuk düzeninde birtakım etkiler doğurmaktadır. Bu etkiler hususunda Ankara Anlaşması ve Birlik kurucu antlaşmasında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu etkileri belirleme görevini ABAD üstlenmiştir.

¹²⁷ Judgment of the Court of 10 March 1998, *Germany v Council*, C-122/95, EU:C:1998:94.

¹²⁸ Judgment of the Court of 10 September 1996, *Commission v Germany*, C-61/94, EU:C:1996:313.

¹²⁹ İlke Göçmen, “Böyle Buyurdu Divan: Uluslararası Anlaşmalar ve Bu Kapsamda 1947 Tarihli GATT ve DTÖ Anlaşması ve Eklerinin Topluluk Hukukunda Doğurduğu Etkiler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, 2008, s. 280. Konu hk. ayrıca bkz. Sahir Özdemir, “A Comment on the Inconsistency between the EU-Turkey Association Law and EU Secondary Legislation”, **Legal Issues of Economic Integration**, Vol. 42, No. 3 (2015), s. 201–208.

Bu başlıkta, ortaklık hukuku, öncelikle Birlik hukukunun etkililiğine yönelik mekanizmalar ve Birliğin yargısal koruma sistemi bağlamında ele alınacak; ardından da temel mesele olarak, bu sistemin belkemiği olan ABAD'ın ortaklık hukukunu nasıl yorumladığı üzerinde durulacaktır.

3.3.1. Avrupa Birliği Hukukunun Etkililiğine Yönelik Mekanizmalar ve Ortaklık Hukuku

Birlik hukuku, çerçeve anlaşma özelliğindeki kurucu anlaşmalar vasıtasıyla kurulduğundan, bu hukuk düzeninin içinin doldurulması ve etkinlik kazanması, Divan'ın Birlik hukukunun temel ilke ve etkililik mekanizmalarını peyderpey açıklığa kavuşturduğu kararları ile sağlanmıştır. Bu kapsamda, Divan tarafından ortaya koyulan öncelik, doğrudan etki, uygun yorum ve devlet sorumluluğu gibi birbirini tamamlayıcı ilkeler, Birlik hukukuna uluslararası niteliğini kazandırmıştır. Bu ilkelerle, bireylerin Birlik hukukundan kaynaklanan haklarının etkili biçimde korunması ve Birlik hukukunun üye devletlerde etkili ve aynı biçimde uygulanmasının güvence altına alınması hedeflenmiştir.¹³⁰

Divan tarafından *Haegeman* kararıyla genel çerçevede AB'nin uluslararası anlaşmalarının; Türkiye – AB ortaklık hukuku özelinde ise *Demirel* kararıyla Ankara Anlaşması ile eklerinin ve *Greece v. Commission* ve *Sevince* kararlarıyla Ortaklık Konseyi kararlarının Birlik hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi, sözkonusu düzenlemelere de Birlik hukukuna tanınan özelliklere sahip olma ve etkililik mekanizmalarından yararlanma hakkını vermiştir.¹³¹

¹³⁰ Sanem Baykal, **AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar**, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2002, s. 54.

¹³¹ Göçmen, 2008, s. 261.

Birlik hukukunun etkililiğini sağlayan temel ilke doğrudan etki ilkesidir. Doğrudan etki, Birlik hukuku tarafından tanınan ve bireyler tarafından ulusal mahkemeleri önünde doğrudan ileri sürebilecekleri hakları içeren Birlik hukuku kurallarını nitelemek üzere kullanılmaktadır.¹³² AB'nin uluslararası anlaşmalarının hükümlerinin doğrudan etkisi, anlaşmanın hedefi ve anlaşma hükmünün genel yapısı, ifadesi ve içeriğine bakılarak değerlendirilmektedir.¹³³ Ortaklık hukuku kaynakları, *Demirel* kararından bu yana, içerdği hükümlerin belirli nitelikleri taşıması halinde doğrudan etkili kabul edilmektedir. Divan, *Demirel* kararında Birliğin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların doğrudan etki testini şu şekilde ortaya koymuştur: (1) Anlaşmanın lafzı, amacı ve niteliği doğrudan etkiye elverişli olmalıdır. (2) İlgili hüküm, uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın, açık ve kesin bir yükümlülük içermelidir.¹³⁴ Divan, ilgili kararında, Ankara Anlaşması'nın işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili 12. maddesi ve bu maddenin uygulamaya geçirilmesi açısından gerekli süreleri ve kuralları düzenleyen KP'nin 36. maddesinin program hüküm niteliğinde olduğunu belirterek, sözkonusu hükümlerin yeterince açık ve koşulsuz olmaması nedeniyle doğrudan etkili olmadığına karar vermiştir.¹³⁵

Divan, *Demirel* davasında ortaya koyduğu bu doğrudan etki testini sonraki kararlarında da uygulamaya devam etmiştir. Hollanda Adalet Bakanlığı'nın Türk vatandaşı Zeki Sevince'nin Hollanda'da ikamet iznini uzatma talebini reddetmesi

¹³² Baykal, 2002, s. 41.

¹³³ İlke Göçmen, **Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri**, Yüksek Lisans Tezi, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 86.

¹³⁴ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 14. Kararın ilgili paragrafının çevirisi için bkz. Göçmen, 2008, s. 268.

¹³⁵ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 19-25.

üzerine gündeme gelen *Sevince* davasında, Divan, Ortaklık Konseyi kararlarındaki hükümlerin doğrudan etkiye sahip olduğunun kabulü için, Ankara Anlaşması'nın kendi hükümlerine uygulanan şartların aynısının OKK hükümlerine de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁶ Davada, Ankara Anlaşması'na dayanılarak kurulan Ortaklık Konseyi'nin 2/76 Kararı'nın ("2/76 OKK") 2(1-b) ve 7. maddeleri ile 1/80 OKK'nın 6(1) ve 13. maddeleri sözkonusu teste tabi tutularak doğrudan etkili bulunmuştur.¹³⁷

Doğrudan etki ilkesini tamamlayan ve anlamlandıran mekanizma, Birlik hukukunun önceliği ilkesidir. Bu ilke, Divan'ın 1964 tarihli *Costa* kararı¹³⁸ ile Birlik hukukuna getirilmiş, sonraki kararları ile de netleştirilmiştir. Öncelik ilkesi gereği, Birlik hukuku kuralları, birincil ya da ikincil olmalarına bakılmaksızın, doğrudan etkili olduğu ölçüde, önceki ve sonraki tarihli ulusal hukuk kuralları karşısında öncelikle uygulanır.¹³⁹ Ortaklık hukuku kaynakları bağlayıcı niteliği ve Birlik hukukunun bir parçası olması dolayısıyla Birlik hukukunun önceliği ilkesinden tamamiyle yararlanmaktadır. Buna göre, ortaklık hukuku kuralları doğrudan etkili olduğu sürece, ulusal hukuk kuralları karşısında öncelikle uygulanma hakkına sahiptir. Daha açık bir ifadeyle, ulusal mahkemelerde görülen davalarda ilgili ulusal hukuk kuralları ile ortaklık hukukunun doğrudan etkili hükümleri çeliştiğinde, ulusal hukuk göz ardı edilerek ortaklık hukuku öncelikli olarak uygulanır.

Birlik hukukunun etkililiğini sağlamak adına geliştirilen bir diğer ilke uygun yorum ilkesidir.¹⁴⁰ İlk olarak Divan'ın 1984 tarihli *von Colson ve Kamann* kararı¹⁴¹ ile

¹³⁶ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 14.

¹³⁷ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 13-26.

¹³⁸ Judgment of the Court of 15 July 1964, *Costa v E.N.E.L*, C-6/64, EU:C:1964:66.

¹³⁹ Bkz. Sanem Baykal/İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 531-553.

¹⁴⁰ Sözkonusu ilkeyi ayrıntılı incelemek için bkz. Ibid, s. 595-607.

ortaya konan bu ilke, ulusal hukukun, mümkün olduğu ölçüde, Birlik hukukuna uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekliliğini ifade etmektedir. Burada dikkat çeken husus, Birlik hukukunun doğrudan etkili olmayan kurallarına dahi, ulusal hukukta dolaylı olarak etki kazandırılmasıdır.¹⁴² Bu itibarla, üye devlet mahkemeleri ulusal mevzuatlarını, mümkün olduğu ölçüde, Birlik hukukunun, bunun bir parçası olarak da ortaklık hukuku kaynaklarının içerik ve amacına uygun olarak yorumlamakla yükümlüdür. Uygun yorum ilkesi kanuna/hukuka aykırı yorum, hukukun genel ilkeleri ve temel haklar ile sınırlandırılmıştır.¹⁴³

Devlet sorumluluğu ilkesi,¹⁴⁴ üye devletlerin Birlik hukukunu ihlalinden zarar gören bireylerin bu zararın tazminini ilgili üye devletten ulusal mahkemelerinde açacağı bir dava ile talep edebilmesi hakkını içermektedir. Bu ilkenin AB'nin uluslararası anlaşmaları bakımından, dolayısıyla ortaklık hukuku bakımından kullanılabilir olup olmadığı belirsizdir. Bununla birlikte, Divan, Lizbon Antlaşması ile değişik ABA'nın 4. maddesini (anlaşmaya sadakat yükümlülüğü), üye devletlerin Birlik hukukunu ihlalleri halinde, bu ihlalden zarar gören bireylere ulusal mahkemelerde açılan davalar sonucu zararlarını tazmin etme yükümlülüğü altında olduğunu ortaya koymak bakımından hukuki dayanak olarak kullanmıştır.¹⁴⁵ Bu hükmün ortaklık hukukundaki karşılığı olan

¹⁴¹ Judgment of the Court of 10 April 1984, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, EU:C:1984:153.

¹⁴² Judgment of the Court of 10 April 1984, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, EU:C:1984:153, para 19, 28.

¹⁴³ Ayrıntılı inceleme için bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s. 595-607.

¹⁴⁴ Söz konusu ilkeyi ayrıntılı incelemek için bkz. Sanem Baykal, **Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası AB Kurumlarının ve Üye Devletlerin Tazminat Sorumluluğu Çerçevesinde Bir İnceleme**, Yetkin Yayınları, 2006.

¹⁴⁵ Sanem Baykal, **Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku Kapsamında Vize Uygulaması: Hukuki Durum Saptaması ve Öneriler**, TEPAV Değerlendirme Notu, Mayıs 2009, s. 10.

Ankara Anlaşması'nın 7. maddesi, üye devletlerin tazminat sorumluluğuna işaret eden bir dayanak olarak görülebilir. Bu ilke gereği, ortaklık hukuku kurallarının üye devletler tarafından ihlali halinde de, sözkonusu ihlalden zarar gören bireylerin haklarını ulusal mahkemeler nezdinde talep etme hakları doğmaktadır.

Birlik hukukunun etkililiğine yönelik geliştirilen sözkonusu mekanizmalardan, AB yargısal koruma sisteminde ortaklık hukuku bağlamında da yararlanılabilecektir. AB yargısal koruma sistemi ve ortaklık hukukunun bu sisteme entegrasyonu bir sonraki başlığın konusunu oluşturmaktadır.

3.3.2. Avrupa Birliği Yargısal Koruma Sistemi ve Ortaklık Hukuku

Birlik organları ve üye devletler, Birliği kuran antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşılması için öngörülen politikalara uymak ve bu politikaları uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Bu uygulamanın etkinliği ancak hukuki denetim yoluyla sağlanabileceğinden, Birlik bünyesi içinde bağımsız bir yargı teşkilatı olarak ABAD kurulmuştur.¹⁴⁶ Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md. 19 uyarınca, Divan, Birliği oluşturan antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini sağlar. Kurucu antlaşmaların yanı sıra bu antlaşmalarda belirlenen yetkili Birlik kurumları tarafından oluşturulan türev hukuk kuralları da Divan'ın hukuki güvencesi altına alınmıştır. Divan, bu geniş görev alanı çerçevesinde, AB hukuk düzeni içinde birbirinden farklı nitelikte birçok davaya bakmaya yetkili kılınmıştır.¹⁴⁷ Öte yandan, Birlik hukukunda yargısal yetki yalnızca Divan'a tanınmış değildir. Divan'ın münhasır

¹⁴⁶ Haluk Günoğur, **Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri**, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2008, s. 256.

¹⁴⁷ Arif Köktaş/Enver Bozkurt/Mehmet Özcan, **Avrupa Birliği Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2012, s. 149 vd.

yetkisine girmeyen alanlarda üye devletlerin mahkemeleri de Birlik hukukunu uygulamak ve buna ilişkin uyuşmazlıkları çözmekle yetkilidir.

Birliğin yargısal koruma sistemine Türkiye – AB ortaklık hukuku cephesinden bakıldığında, Divan’ın, ortaklık mevzuatının AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu ve bu itibarla, sözkonusu mevzuatın yorumlanmasında kendisini yetkili bulduğunu ortaya koyan içtihadı önem arz etmektedir.¹⁴⁸ Divan, ortaklık hükümleri Birlik hükmü niteliği taşımakta olduğundan, bu hükümlerin Birlik içindeki etkileri, Birlik kurumları ya da üye devletler tarafından uygulanmaları sonucunda farklılık doğmasını engellemek ve Birlik içinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak bakımından ortaklık hukukunun yorumlanmasında kendini yetkili görmüştür. Bu temelde, AB yargı sisteminde ortaklık hukuku kaynaklı davalar gündeme gelmeye başlamıştır.

AB yargı sistemine bu yönelim ortaklık hukukunun gelişimi açısından hayati önem taşımaktadır. Nitekim ortaklık ilişkisinde Ankara Anlaşması ve 1/95 OKK çerçevesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukukun üstünlüğünü ve süjelerin haklarını güvence altına almak konusunda yetersiz kalmıştır.¹⁴⁹ Zira Ortaklık Konseyi’nin her konuda oybirliği ile karar alması ihtilafların çözüm yolunun işletilmesini neredeyse imkânsızlaştırmıştır. Dahası, ortaklık mevzuatının içeriği, Ankara Anlaşması’na akit tarafların yanı sıra, ortaklık hukukuyla bağlı devletlerin uyruğunu taşıyan gerçek ve tüzel kişileri de muhatap kılmasına rağmen, Anlaşma’da bu kişileri ilgilendiren uyuşmazlıklara ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla,

¹⁴⁸ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400.

¹⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Bilgin, “The Dispute Settlement Procedures in the Ankara Agreement: Decision No: 1/95 and the Jurisdiction of the European Court of Justice”, **Turkey’s Integration Into the European Union**, edited by Belgin akçay and Şebnem Akipek, Lexington Books, 2013, s. 73-94.

ortaklık mevzuatı kapsamında yapılan bir işlem veya eylem sonucunda haksız bir fiile maruz kalan gerçek ve tüzel kişiler, haklarının etkin kullanımı ya da zararlarının giderilmesi için gerekli hukuki güvenceden yoksun kalmıştır.¹⁵⁰ Ortaklık mevzuatındaki bu boşluk, Birlik yargı organlarına başvurularak giderilmeye çalışılmaktadır. Bu itibarla, ortaklık hukuku kaynaklı uyuşmazlıklar Birlik yargı sisteminde öngörülen çeşitli dava türlerinde karşımıza çıkabilmektedir.

Ankara Anlaşması, Birliğin yanı sıra üye devletleri de bağlamaktadır. Üye devletler, Birlik ve kendileri için bağlayıcı olan bu mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Aksi halde, Birlik hukukunda işletilen ihlal davası ile karşılaşabilirler.¹⁵¹ ABİHA'nın ilgili hükümleri uyarınca, Komisyon¹⁵² ve AB üyesi devletler¹⁵³ bir üye devletin kurucu antlaşmalar gereği üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği kanısına varırsa, o devlet aleyhine Divan nezdinde ihlal davası açabilir. Bu düzenlemeler itibariyle, Türkiye'ye ihlal davası açma imkânı tanınmamıştır. Ancak, Türkiye ortaklık hukukundan kaynaklı sorunları Komisyon'a iletebilir. Netice itibariyle, ortaklık hükümleri, ihlal davalarında gündeme gelebilmektedir. Zira Hollanda'nın ülkesinde oturan Türk vatandaşlarının oturma izinlerini uzatırken aldığı harcın miktarını üye devlet vatandaşlarındakinden farklı olarak arttırması üzerine, Komisyon, ortaklık hukukunda öngörülen yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hükümlere¹⁵⁴ ve ayrımcılık yasağı düzenlemelerine¹⁵⁵ dayanarak ilgili

¹⁵⁰ Kamuran Reçber, **Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**, Bursa Alfa Aktüel Yayınları, Temmuz 2008, s. 56 vd.

¹⁵¹ Bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s. 395-424.

¹⁵² ABİHA md. 258.

¹⁵³ ABİHA md. 259.

¹⁵⁴ KP md. 41(1) ve 1/80 OKK md. 13.

¹⁵⁵ Ankara Anlaşması md. 9 ve 1/80 OKK md. 10(1).

devlet aleyhine ABAD nezdinde ihlal davası açmıştır.¹⁵⁶ Benzer şekilde, yine Komisyon, Avusturya'nın ikamet ve yerleşme mevzuatının bazı hükümlerini gözden geçirerek ülkesinde yaşayan Türk vatandaşları ve ailelerinin, Ankara Anlaşması ve OKK'lar kapsamındaki haklarına riayet etmesini talep etmesine rağmen, Avusturya'nın bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine ihlal davası çerçevesinde konuyu Divan'a havale etmiştir.¹⁵⁷

Türkiye – AB ortaklık hukuku hükümlerinin AB yargı organları önünde, teorik olarak, gündeme gelme olasılığı bulunan bir diğer dava türü iptal davasıdır.¹⁵⁸ ABİHA md. 263, Birlik kurumlarının Birlik hukukuna istinaden tesis ettiği işlemleri “hukuka uygunluk” açısından Divan'ın hukuki denetimine tabi kılmıştır. Bu çerçevede, üye devletler, Parlamento, Konsey ve Komisyon'un yanı sıra her gerçek veya tüzel kişi, muhatabı olduğu veya kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflar ile kendisini doğrudan ilgilendiren ve uygulama tedbirleri alınmasını gerektirmeyen düzenleyici tasarruflara karşı iptal davası açabilir. Dolayısıyla, AB kurumlarının çıkardıkları türev düzenlemelerin, gerçek ve tüzel kişiler tarafından ortaklık hukuku hükümlerine aykırılığı gerekçesiyle iptal davasına konu edilmesi sözkonusu olabilecektir. Divan içtihadı uyarınca, hukuka aykırılığa temel oluşturan uluslararası anlaşma ve buna kıyasen ortaklık hukuku hükmünün, Birlik türev işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde kullanılabilmesi için doğrudan etkili olması gerekmektedir.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228.

¹⁵⁷ Komisyon'un 16 Ekim 2014 tarihli basın açıklaması için bkz. “http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1143_en.htm” (Erişim tarihi: 02.07.2018)

¹⁵⁸ Bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s. 425-462.

¹⁵⁹ Judgment of the Court of 12 December 1972, *International Fruit Company v Produktschap Groenten en Fruit*, C-21/72, EU:C:1972:115, para 8. Bkz. Göçmen, 2008, s. 258 vd.

Ancak, özel hukuk kişilerinin iptal davası açabilmesinin belirli sınırlandırıcı şartlara ve hak düşürücü süreye bağlanmış olması, Birlik türev işlemlerine karşı iptal davası açılabilmesi imkânını oldukça kısıtlamaktadır. Öte yandan, Divan, Birlik tarafından tesis edilen türev düzenlemeleri, Birliğin taraf olduğu anlaşmalara aykırılık nedeniyle iptal etme konusunda son derece isteksiz hareket etmektedir.¹⁶⁰ Netice itibariyle, Divan, prensip olarak, Birlik işlemlerinin, AB'nin taraf olduğu anlaşmaların doğrudan etkili hükümlerine uygunluk denetimine cevaz vermekle birlikte uygulamada bu denetim mekanizmasını işletmeyi tercih etmemektedir.

Birlik yargı sistemi, Birlik kurumlarının görev alanları itibariyle yetki kullanmaları gereken alanlarda bu yetkiyi kullanmamaları veya hareketsiz kalmaları durumunda üye devletler ve diğer Birlik kurumlarının hareketsizlik davası açmalarına imkân tanımaktadır.¹⁶¹ ABİHA md. 265 uyarınca, hareketsizlik davalarının kabul edilebilmesi için, dava edilecek süjenin harekete geçmeye davet edilmiş olması gerekmektedir. İlgili kurum bu davetten itibaren iki ay içinde tutumunu belirlemezse, dava iki aylık ilave süre içinde açılabilmektedir. Söz konusu maddenin üçüncü paragrafında, her gerçek ve tüzel kişinin Birlik kurumunun bir tasarrufunun kendisini muhatap almamasından dolayı ve yukarıda bahse konu şartları taşıması halinde hareketsizlik davası açabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, gerçek ve tüzel kişilerin, ortaklık mevzuatı kapsamında, ABİHA md. 265(3)'e dayanarak Birlik kurumları aleyhine hareketsizlik davası açabilmeleri prensip olarak söz konusu olabilecektir. Ancak, hareketsizlik davalarında da davacı olma ve hukuka aykırılığın ispatı bakımından aranan koşullar oldukça sınırlandırıcıdır.¹⁶²

¹⁶⁰ Baykal, 2009, s. 11.

¹⁶¹ Bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s. 463-474.

¹⁶² Baykal, 2009, s. 11.

Birlik yargısal sisteminde, Birliğin sözleşme dışı sorumluluklarından doğan tazminat davalarında¹⁶³ da ortaklık hukukunun gündeme gelmesi olasılık dâhilindedir.¹⁶⁴ ABİHA md. 340 gereğince, Birlik, organlarının ve çalışanlarının görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere vermiş oldukları zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Birliğin sözleşme dışı sorumluluğuna gidilebilmesi için, ilgili Birlik organı/çalışanının iddia olunan ihlalinin hukuka aykırı olması, gerçek zarar ve oluşan zararlar Birlik kurumu/çalışanının ihlale yol açan davranışı arasındaki illiyet bağı şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Divan içtihadı uyarınca, iptal davalarında olduğu gibi, tazminat davalarında da hukuki dayanak olarak gösterilecek AB'nin uluslararası anlaşmalarının hükmünün ve buna kıyasen ortaklık hukuku normunun doğrudan etkili olması gerekmektedir.¹⁶⁵ Bu itibarla, ortaklık hukukundan kaynaklı hakları zarar gören gerçek ve tüzel kişiler tazminat davası koşullarının gerçekleşmesi halinde AB yargı organları nezdinde tam yargı davası açabilecektir.¹⁶⁶

Türkiye – AB ortaklık hükümlerinin Birlik yargı organları önüne en yaygın şekilde geldiği dava türü ön karar davasıdır. ABİHA md. 267'ye göre, bir üye devlet mahkemesinde, Birlik kurucu antlaşmalarının yorumu ve Birlik kurum tasarruflarının geçerliliği ve yorumuna dair bir sorunun ortaya konması ve sözkonusu mahkemenin kendi kararını verebilmek için konuya ilişkin bir karara ihtiyaç duyması halinde, ulusal

¹⁶³ Bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s.475-494.

¹⁶⁴ Bu bağlamda, örnek olarak *Yedaş* davası bulunmaktadır: Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 30 March 2006, *Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret v Council and Commission*, T-367/03, EU:T:2006:96.

¹⁶⁵ Judgment of the Court (Full Court) of 30 September 2003, *Biret International v Council*, C-93/02 P, EU:C:2003:517.

¹⁶⁶ Bkz. Kamuran Reçber, “Ortaklık Mevzuatı İtibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Uyraklı Gerçek ve Tüzel Kişilerin Avrupa Toplulukları Yargısında Tam Yargı Davası Açabilmeleri: Yedaş Davası Örneğinde Hukuksal Bir Analiz”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 269-290.

mahkeme Divan'dan bu sorun hakkında ön karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, ulusal mahkemenin konu hakkında Divan'a ön karar prosedürü çerçevesinde başvurusu zorunludur. Ön karar prosedürü bireyleri Birlik hukuk düzeninin önemli bir parçası haline getirmesi ve Divan'a etkin bir rol vermesi itibariyle, Birlik hukukuyla birlikte ortaklık hukukunun gelişimine de büyük katkı sağlamıştır.¹⁶⁷ Zira Divan'ın Türkiye – AB ortaklık mevzuatının, Birlik hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu ilk kez ortaya koyduğu *Demirel* kararı ve izleyen süreçte ortaklık hükümleri çerçevesinde verdiği kararların büyük çoğunluğu, ön karar prosedürü çerçevesinde Divan'ın önüne gelmiştir. Gerçek kişi ve tüzel kişiler, Birlik üyesi devletlerin mahkemelerinde açtıkları davalarda, ulusal hukukun ve Birlik türev düzenlemelerinin ortaklık hukukuna aykırılığını ileri sürerek, bu yargı organlarının sorunu Divan'ın ön kararına sunmalarını sağlamaktadır.

Türkiye – AB ortaklık ilişkisi bağlamında Divan'ın, önüne gelen sözkonusu davalar aracılığıyla ortaklık hukukuna ilişkin yorum tekniği aşağıda incelenecektir.

3.3.3. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Ortaklık Hukukunun Yorumu

Ortaklık hukuku maddi anlamda Birlik hukuku esas alınarak ortaya konmuş ve şekillendirilmiştir. Ankara Anlaşması'nın “Ekonomik nitelikteki sair hükümler” bölümünde akit tarafların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmek için Birliğin kurucu antlaşmasının bu konulardaki hükümlerinden esinleneceği öngörülmüştür. Bu çerçevede, ortaklık hukuku kurallarının uygulanması bakımından Birlik hukuku kurallarının yorum ve boşluk doldurma için ne oranda esas alınabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Teorik olarak, Birlik hukuku kapsamındaki

¹⁶⁷ Bkz. Bkz. Baykal/Göçmen, 2016, s. 495-526.

kuralların, uygulamaların ve içtihadın duruma ve şartlara bağlı olarak ortaklık ilişkisinde geçerli ve büyük oranda belirleyici olduğu söylenebilirse de, ABAD'ın içtihadını takip ettiğimizde bu bağlamda genel geçer bir kural ortaya koymak mümkün görünmemektedir.¹⁶⁸

Divan, ortaklık hukuku kurallarının Birlik hukuku çerçevesindeki yorumuna yönelik içtihadını *Bozkurt* davasıyla¹⁶⁹ birlikte oluşturmaya başlamıştır. Ön karar prosedürüyle Divan'ın önüne gelen sözkonusu davada, ulusal mahkeme Divan'a, Hollanda'da uluslararası kamyon şoförü olarak istihdam edilen bir Türk işçisinin bir üye devletin yasal işgücüne dâhil olup olmadığını tespit etmek için hangi kriterlerin kullanılması gerektiği sorusunu yöneltmiştir. Divan, bu soruyu yanıtlarken, ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin, mümkün olduğunca, kurucu antlaşmanın işçilerin serbest dolaşımına ilişkin maddelerinde belirtilen yöntem ve ilkelere uygun olarak anlaşılması ve uygulanması gerektiğini belirtmiş; davaya konu “yasal işgücüne dâhil olma” kriterini belirlerken başka bir üye devlette çalışan bir üye devlet vatandaşı işçinin durumu hakkında daha önce verdiği *Lopes da Veiga* kararına atıf yapmıştır.¹⁷⁰

Divan, *Bozkurt* kararını izleyen süreçte, ortaklık mevzuatını, mümkün olduğunca, Birlik hukuku ilkeleri ışığında yorumlamaya devam etmiştir.¹⁷¹ Bu itibarla,

¹⁶⁸ Tezcan, 2013, s. 46.

¹⁶⁹ Judgment of the Court of 6 June 1995, *Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie*, C-434/93, EU:C:1995:168.

¹⁷⁰ Judgment of the Court of 6 June 1995, *Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie*, C-434/93, EU:C:1995:168, para 16-22; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 September 1989, *Lopes da Veiga v Staatssecretaris van Justiti*, C-9/88, EU:C:1989:346, para 17.

¹⁷¹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 January 1997, *Tetik v Land Berlin*, C-171/95, EU:C:1997:31; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 30 September 1997, *Günaydin and Others v Freistaat Bayern*, C-36/96, EU:C:1997:445; Judgment

Ankara Anlaşması md. 12 ila 14, KP md. 36 ve OKK'ların amaçları doğrultusunda, kurucu antlaşmanın işçilerin serbest dolaşımına ilişkin maddelerinde tanınan ilkelerin mümkün olduğu kadar geniş olarak, ortaklık mevzuatının verdiği haklardan yararlanan Türk vatandaşlarına aktarılması gerektiğini öngörmüştür. Bu çerçevede, Divan önüne gelen davalarda, 1/80 OKK'da geçen "işçi", "yasal işgücüne katılma", "Türk işçisinin çocuğu", "ayrımcılık" vb. kavramları Birlik hukukundaki anlamlarına göre esas almıştır.¹⁷²

Bununla birlikte, Divan, daha sonraki tarihli *Ziebell*¹⁷³ ve *Demirkan*¹⁷⁴ kararlarıyla, yerleşik içtihadında yer alan "mümkün olduğu ölçüde" ifadesini temel alarak, ortaklık hukukunu yorumlarken Birlik hukukunu birebir yansıma olarak alamayacağı durumlara da işaret etmiştir. Bu bağlamda, ilk olarak 2011 tarihli *Ziebell* kararında, 1/80 OKK'nın 14. maddesi 1. paragrafında Türk vatandaşlarına tanınan sınır dışı etmeden korunma hakkının, Birlik vatandaşları ve onların aile fertlerinin Birlik içinde serbest dolaşımını düzenleyen AB Direktifinde üye devletlere tanınan korunma hakkı ile aynı kapsamda olmadığını; öyle ki, Birlik vatandaşlarına tanınan sınır dışı

of the Court (Sixth Chamber) of 30 September 1997, *Ertanir v Land Hessen*, C-98/96, EU:C:1997:446; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Birden v Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, EU:C:1998:568.

¹⁷² Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 January 1997, *Tetik v Land Berlin*, C-171/95, EU:C:1997:31, para 20, 28; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 30 September 1997, *Günaydin and Others v Freistaat Bayern*, C-36/96, EU:C:1997:445, para 20; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 30 September 1997, *Ertanir v Land Hessen*, C-98/96, EU:C:1997:446, para 21; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Birden v Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, EU:C:1998:568, para 23.

¹⁷³ Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809.

¹⁷⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583.

edilmeden korunmaya ilişkin düzenlemelerin, Türk vatandaşları bakımından 1/80 OKK md. 14(1)'in anlam ve kapsamı dâhilinde uygulama bulacak şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir.¹⁷⁵

Divan, ikinci olarak, Türkiye – AB ortaklık ilişkisinde pasif hizmet sunumunun, KP md. 41(1)'deki yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hükümden yararlanıp yararlanamayacağının gündeme geldiği 2013 tarihli *Demirkan* kararında, sözkonusu hükümdeki “hizmetlerin serbest dolaşımı” kavramının, hizmet alıcıları olan Türk vatandaşlarının hizmet almak için bir üye devlete gitmesi serbestisini kapsamayacağını kaydetmiştir. Divan kararında, iç pazar ile ilgili AB hukuku hükümlerine getirilen yorumun,¹⁷⁶ o anlaşma ile buna yönelik açık hükümler getirilmediği müddetçe, AB'nin üye olmayan bir devletle bağtladığı bir anlaşmanın yorumu yönünden otomatik bir biçimde kıyasen uygulanamayacağını söylemiştir.¹⁷⁷

Divan sözkonusu iki kararını da gerekçelendirirken, yerleşik içtihadına atıfla hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurucu antlaşma hükümlerindeki ilkelerin, mümkün olduğu ölçüde, akit taraflar arasındaki hizmetlerin serbest dolaşımı üstündeki kısıtlamaları kaldırmak için Türk vatandaşlarına genişletilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Ankara Anlaşması ile güdülen hedefler ile AB hukukunun hedeflerini kıyaslayarak, yalnızca ekonomik entegrasyonun ilerletilmesini amaçlayan Ankara

¹⁷⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809, para 86.

¹⁷⁶ Divan 1984 tarihli *Luisi and Carbone* kararı ile AB iç pazarındaki hizmet sunma serbestisinin pasif hizmet sunumunu da içerdiğini açıkça belirtmiştir. Bkz. Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C-286/82, EU:C:1984:35.

¹⁷⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 62.

Anlaşması ile sosyal, ekonomik ve siyasi entegrasyonu hedefleyen kurucu antlaşmalarının bir tutulamayacağını kaydetmiştir.¹⁷⁸

Öte yandan, Divan sonraki tarihli *Demir*¹⁷⁹ ve *Doğan*¹⁸⁰ kararlarıyla, iç pazar hukukunu, ortaklık hukukuna ayna olarak görmeye devam etmiştir. Zira Divan, 1/80 OKK md. 13 çerçevesinde verdiği *Demir* kararında ve KP md. 41(1) iş kurma hakkına ilişkin *Doğan* kararında tüm parametreleriyle ortaya koyduğu *standstill* testinde,¹⁸¹ iç pazar hukukuyla paralellikler kurmuştur. *Standstill* testini, herhangi bir iç pazar serbestisi yönünden serbestinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı ile ilgilenirken kullandığı formülasyon ile aynı hale getirmiş, diğer bir deyişle testin tüm parametrelerini iç pazara dair içtihat hukukundan ortaklık hukukuna aktarmıştır. Bu itibarla, *Demir* ve *Doğan* kararı birlikte ele alındığında, ortaklık hukuku açısından sınırlayıcı sonuçlar doğuran *Demirkan* (ve *Ziebell*) kararının ayrıksı olmaya doğru evrildiği değerlendirilmektedir.¹⁸²

Sonuç itibariyle, ortaklık hukuku kurallarının yorumu sözkonusu olduğunda ilgili kuralların lafzı, anlamı ve amacının Birlik hukuku kurallarının aktarılmasına elverişli olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.¹⁸³

¹⁷⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 49; Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809, para 74.

¹⁷⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725.

¹⁸⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066.

¹⁸¹ "*Standstill* testi" bu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

¹⁸² İlke Göçmen/Narin Tezcan, "Avrupa Birliği'ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 72, No: 4, 2014, s. 618-619.

¹⁸³ Can/Özen, 2005, s. 290. Öte yandan, gümrük birliğinin uygulanmasına ilişkin 1/95 OKK'nın "Yorum" başlığını taşıyan 66. maddesine göre, 1/95 OKK hükümleri, ABİHA'daki karşılıklarıyla esas itibariyle aynıysa ABAD'ın bu karşılık hüküm ile

Buraya kadar Türkiye – AB ortaklık ilişkisi, iki taraf arasındaki üyelik ilişkisinden ayrılarak, kurumsal ve maddi hukuk boyutlarıyla ele alınmış, Birlik hukuk düzeni içerisindeki konumu ve yarattığı etkiler bakımından incelenmiştir. Esasen çalışmamızın bu bölümü, ortaklık hukukunda yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünün etkilerinin anlatılacağı ikinci ve üçüncü bölümün temelini teşkil etmektedir. Bu temel tahtında, bir sonraki bölümde işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili yeni kısıtlama getirme yasağı ele alınacaktır.



ilgili kararlarına uygun olarak yorumlanacaktır. Keza Divan, 2017 tarihli *İstanbul Lojistik* kararında, başka bir analize gerek kalmaksızın, 1/95 OKK kapsamındaki "gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağı"nı ABİHA'daki karşılığı ile "aynı biçimde" yorumlamıştır. Divan'ın AB iç pazarından aynen alınan 1/95 OKK hükümleri "aynı biçimde" yorumlayarak, iç pazardaki malların serbest dolaşımına ilişkin içtihat hukukunu ortaklık hukukuna aktaracağı öngörülmektedir. Ancak burada iki kısıt sözkonusu olabilecektir: Birincisi, iç pazardan alınan aynı şekilde yorum, ortaklık hukukunda otomatik olarak aynı sonucu doğurmayabilecektir. İkincisi, Türkiye ile AB arasındaki malların serbest dolaşımı konu bakımından AB iç pazarına göre kısıtlıdır. Konu hk. ayrıntılı inceleme için bkz. İlke Göçmen, "1/95 Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66. Maddesi, Malların Serbest Dolaşımı Yönünden Avrupa Birliği İç Pazarına Erişimin Anahtarı mı?", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXXIV, Sayı 1, Mart 2018, s. 5-34.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLE İLGİLİ YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞI

Türkiye – AB ortaklık hukukunun asli konusunu gümrük birliğinin kurulması temelinde malların serbest dolaşımı oluşturduğu için ortaklık ilişkisinde kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı hususu ikinci planda kalmıştır. Türkiye – AB ortaklığında kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, işçilerin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımını kapsamaktadır. Bu bölümde, işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili yeni kısıtlama getirme yasağı hükmü incelenecek olup, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili hüküm üçüncü bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Türkiye – AB ortaklığında açıkça öngörülen işçilerin serbest dolaşımı ile, bir yandan Birlik üyesi devletlerin işgücü ihtiyaçlarının karşılanması, diğer yandan ise Türkiye'nin gümrük birliğinin kurulması esnasında ortaya çıkacak ticaret açığının giderilmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır. Bu açık hedefe rağmen, 1970'li yılların ekonomik ve sosyal koşullarıyla birlikte, Birlik üyesi devletlerin pasif ve hatta reddedici tutumları nedeniyle işçilerin serbest dolaşımı tam olarak gerçekleştirilememiştir.¹⁸⁴

Bu bölümde, öncelikle, ortaklık ilişkisinde işçilerin serbest dolaşımının hukuki temellerini oluşturan Ankara Anlaşması, KP ve Ortaklık Konseyi kararları hükümlerine kısaca değinilecektir. Ardından sözkonusu düzenlemeler arasında yeni kısıtlama getirme yasağı hükmü spesifik olarak alınarak, kapsam ve etkisi itibarıyla ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹⁸⁴ Hacı Can, **Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, TOBB Yayını, Ankara, 2006, s. 29.

1. İşçilerin Serbest Dolaşımının Hukuki Temelleri

İşçilerin serbest dolaşımı hususu, ortaklık hukukunda Ankara Anlaşması md. 12, KP md. 36–39 ve Ortaklık Konseyi kararlarında düzenleme bulmuştur.

Ankara Anlaşması'nın 12. maddesi, işçilerin serbest dolaşımını özel olarak hükme bağlamıştır. Anlaşma'nın, "Geçiş Döneminin Uygulanmaya Konması" başlıklı II. kısmının "Ekonomik Nitelikteki Sair Hükümler" başlığını taşıyan 3. bölümünde yer alan sözkonusu düzenlemeye göre, *"Akit Taraflar, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 48, 49 ve 50.¹⁸⁵ maddelerinden esinlenmekte uyumuşlardır."* Anlaşma'da bu özel hükmün yanı sıra, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak akit tarafların iki genel yükümlülüğü daha bulunmaktadır: md. 7 anlaşmaya sadakat yükümlülüğü ve md. 9 ayrımcılık yasağı.¹⁸⁶

KP'nin işçilerin serbest dolaşımına dair temel düzenlemesi, "Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı" başlıklı II. kısmın "İşçiler" başlığını taşıyan birinci bölümünde yer alan 36. maddesidir. Bu hükme göre:

"Türkiye ile [Birlik] arasında işçilerin serbest dolaşımı, Ankara Anlaşması'nın 12. maddesinde yer alan ilkelere uygun şekilde, Anlaşma'nın yürürlüğe girişinden sonraki onikinci yılın sonu ile yirmiikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilecektir.

Ortaklık Konseyi, bu konuda gerekli usulleri kararlaştıracaktır."

KP md. 36, Ankara Anlaşması md. 12 temelinde hedeflenen işçilerin serbest dolaşımının taraflar arasında karşılıklı ve kademeli olarak gerçekleştirilmesini öngörmektedir.

¹⁸⁵ ABİHA md. 45-48.

¹⁸⁶ Bkz. "I. bölüm, 2.1. Ortaklık İlişkisinin Düzenleme Alanları".

Esasen, her iki hüküm de (Ankara Anlaşması md. 12 ve KP md. 36) geleceğe dönük program oluşturmaya hizmet ettiğinden, yeterli kesinlikte ve işçilerin serbest dolaşımını doğrudan gerçekleştirmeye elverişli nitelikte değildir.¹⁸⁷ KP'nin ilgili hükmü, Ortaklık Konseyi'nin işçilerin serbest dolaşımını ortaklığın geçiş döneminde –en geç 30 Kasım 1986 tarihine kadar– kurucu antlaşmanın ilkeleri uyarınca belirlemesini gerekli kılmıştır.¹⁸⁸

KP'nin işçilerin serbest dolaşımına dair diğer düzenlemeleri 37 ila 39. maddeleridir. KP md. 37'ye göre, her üye Devlet, Birlikte çalışan Türk uyruklu işçilere, çalışma şartları ve ücret bakımından, Birlik üyesi diğer devletler uyruklu işçilere göre uyrukluştan ötürü herhangi bir farklı işleme yer vermeyen bir rejim tanınması konusunda yükümlü kılınmıştır. Öte yandan, KP md. 38, işçilerin serbest dolaşımının kademeli olarak gerçekleşmesine değin, Ortaklık Konseyi'nin, 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 inceleyebileceğini hükme bağlamaktadır. Son olarak, KP md. 39, bu Protokolün yürürlüğe girişinin birinci yılının bitiminden önce, Ortaklık Konseyi'nin, sosyal güvenlik alanında, Birlik içinde yer değiştiren Türk uyruklu işçiler ve bunların Birlikte oturan aileleri yararına düzenlemeler yapacağını öngörmektedir.

¹⁸⁷ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 23.

¹⁸⁸ ABAD'a göre, sözkonusu hüküm, Ortaklık Konseyi'ne, özellikle gümrük birliğinin kademeli olarak kurulması ve ekonomik politikaların yakınlaştırılmasından dolayı ortaya çıkan politik ve ekonomik konjunktüre uygun olarak ya da Ortaklık Konseyi'nin böyle düzenlemelerine göre gerekli addedilen durumlarda, işçilerin serbest dolaşımının kademeli olarak gerçekleştirilmesi için detaylı kuralları belirleme yetkisi vermiştir. Bu husus, Can/Özen tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Özen/Can, 2005, s. 208-209; Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 21.

KP'nin yukarıda bahse konu hükümleri çerçevesinde, işçilerin serbest dolaşımına dair üç OKK mevcuttur. Ortaklık Konseyi ilk olarak 20 Aralık 1976 tarihinde “Ankara Anlaşması’nın Uygulanmasına ilişkin 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı”nı kabul etmiştir. Söz konusu Karar, KP’nin 36. maddesinin uygulanmasını sağlamak üzere işçilerin serbest dolaşımının 1 Aralık 1976 tarihinde başlayan dört yıllık ilk dönemini düzenlemiştir.

İşçilerin serbest dolaşımının ikinci aşaması, Ortaklık Konseyi’nin 19 Eylül 1980 tarihinde kabul ettiği “Ortaklığın Geliştirilmesine ilişkin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı” ile belirlenmiştir. Bu Karar, 2/76 OKK’ya göre daha geniş kapsamlı olup, sosyal alanda göçmen işçilerin ve aile bireylerinin yararına daha iyi düzenlemeler getirmiştir.¹⁸⁹

1/80 OKK ile aynı tarihte kabul edilen “Avrupa Topluluklarına Üye Devletlerin Türk İşçileri ve Aile Bireylerine Uyguladıkları Sosyal Güvenlik Programlarına ilişkin 3/80 sayılı OKK ("3/80 OKK")”, Türk işçilerinin ve onların aile bireylerinin emeklilik ve sosyal yardımlara ilişkin haklarını güvence altına alan bir sistem oluşturmayı amaçlamıştır. Herhangi bir serbest dolaşım hakkı yaratmayan 3/80 OKK, 1/80 OKK ile belirlenen işçilerin serbest dolaşım haklarını tamamlayıcı nitelikte bir karar olmuştur.¹⁹⁰

Türkiye ve Birlik arasında işçilerin serbest dolaşımına giden yolda ilk iki aşamayı teşkil eden 2/76 ve 1/80 OKK’ların ardından, işçilerin serbest dolaşımını tam olarak sağlayacak üçüncü ve son aşamaya ilişkin esaslar belirlenememiştir. Bu itibarla, fiilen 2/76 OKK’nın yerini alarak onun devamında geçerli olan 1/80 OKK, hâlihazırda

¹⁸⁹ Özen/Can, 2005, s. 211; Judgment of the Court of 6 June 1995, *Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie*, C-434/93, EU:C:1995:168, para 14; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 January 1997, *Tetik v Land Berlin*, C-171/95, EU:C:1997:31, para 20.

¹⁹⁰ Özen/Can, 2005, s. 212-215.

ortaklık kapsamında işçilerin ve aile bireylerinin serbest dolaşımı ile bağlantılı düzenlemeler getiren yegâne hukuki kaynak niteliğindedir.¹⁹¹

1/80 OKK'da, göçmen işçiler ve onların aile bireylerinin işgücü pazarına girme, çalışma koşulları, eğitim teşvikleri gibi konulara ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu çerçevede, 1/80 OKK'nın özellikle 6. ve 7. maddeleri içerdikleri haklar bakımından öne çıkmaktadır. Kararın 6. maddesi yasal olarak bir üye devletin iş gücü piyasasına dâhil olmuş Türk işçilerine, istihdam süreleri çerçevesinde birtakım serbest dolaşım hakları sunmaktadır. Kararın 7. maddesi de, benzer şekilde, bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil olmuş bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip olan aile bireylerine, ikamet sürelerine bağlı olarak birtakım istihdam hakları tanımaktadır. Bu hüküm ayrıca, ev sahibi üye devlette bir mesleki eğitim programını tamamlayan bir Türk işçi çocuğuna, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıl yasal olarak çalışıyor olması kaydıyla, sözkonusu üye devlette her türlü işe başvurma hakkını vermektedir.

Temelde bu iki hükümle birlikte 1/80 OKK, üye devletlerde yaşayan Türk işçilerine, AB'deki diğer üçüncü ülke vatandaşlarının çoğunluğuna nazaran daha iyi bir hukuki statü sağlamaktadır.¹⁹² Ancak, Ankara Anlaşması ve KP'de amaçlananın aksine; göçmen işçilere ve aile bireylerine tam değil, kısmi bir serbest dolaşım hakkı sunmaktadır.

Çalışmamıza esas teşkil eden ortaklık hukukundaki yeni kısıtlama yasağı hükümlerinden olan 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13 ise sözkonusu kısmi serbest dolaşım çerçevesinde sağladığı etki itibarıyla öne çıkmaktadır. Bu iki hüküm ve etkileri ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir.

¹⁹¹ Ibid, s. 212.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceyda Ümit, **Avrupa Birliği Hukukunda Üçüncü Ülke Vatandaşları**, Seçkin Yayınevi, Ocak 2013.

2. İşçilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Yeni Kısıtlama Getirme Yasağına İlişkin Hüküm

Yeni kısıtlama getirme yasağı¹⁹³ hükmü, bir anlaşmada akit taraflara, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan şartları mevcut halinden daha kötüye doğru değiştirmelerini yasaklayan hükmü ifade etmektedir.¹⁹⁴ Başka bir deyişle, yeni kısıtlama getirme yasağı, anlaşma tarihinde geçerli olan hukuki durumu muhafaza etmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte, “ilgilinin lehine ilkesi” çerçevesinde, hukuki durumda ilgililerin lehine değişiklikler getirilmesi mümkündür.¹⁹⁵

Ortaklık hukukunda, işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen 2/76 ve 1/80 OKK’ların her ikisinde de yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hüküm yer almaktadır. Yazımları neredeyse aynı olan sözkonusu hükümler kapsam itibariyle farklılık arz etmektedir. 2/76 OKK md. 7 uyarınca: “[Birlik] üyesi devletler ve Türkiye, kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen [birbirlerinin] işçiler[in]e uygulanan işe girme şartlarına yeni kısıtlama getiremezler.” 1/80 OKK md. 13 uyarınca: “[Birlik] üyesi devletler ve Türkiye, kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarına yeni kısıtlama getiremezler.”

Görüldüğü üzere, 2/76 OKK’nın 7. maddesinde düzenlenen yeni kısıtlama getirme yasağı hükmü yalnızca işçilere ilişkin iken, 1/80 OKK’nın 13. maddesinde yer alan hüküm işçilerle birlikte aile bireylerini de kapsamaktadır. Öte yandan, 2/76 OKK

¹⁹³ Hukuki metinlerin İngilizcesinde “*standstill clause*” olarak tanımlanan sözkonusu hüküm Türkçeye 'mevcut durumun kötüleştirilmesi yasağı' olarak da çevrilmiştir. Çalışmamızda yer yer “*standstill* klozu” olarak da adlandırılacaktır.

¹⁹⁴ Rogers, 2000, s. 27.

¹⁹⁵ Birgit Schrioder/ Daniel Höhmann, “AB ile Türkiye arasındaki ortaklık hukukundaki “standstill” hükmünün uygulama alanları ve etkileri”, **Alman Federal Meclisi Bilimsel Araştırma Servisi**, 2011, s. 5.

20 Aralık 1976 tarihinden 1 Aralık 1980 tarihine kadar geçerliyken, 1 Aralık 1980 tarihli 1/80 OKK halen geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla, 1/80 OKK, 2/76 OKK'nın tüm hükümlerini genel olarak üstüne alıp, onun yerine devreye girmiştir.

1/80 OKK md. 13, Türk işçileri ve aile bireylerini ev sahibi devlette iş gücü pazarına girişte yeni kısıtlamalar karşısında korumaktadır. Akit taraflar, ortaklık temelinde işçilerin serbest dolaşımının mevcut hukuki durumunu tek taraflı olarak kötüleştiremeyecekleri için, bireylerin 1/80 OKK'dan kaynaklanan haklarının kullanımını engelleyecek tüm sınırlamalardan kaçınmak zorundadırlar.¹⁹⁶ Bu hareket etmeme yükümlülüğünün, ortaklık hukuku temelinde serbest dolaşımından yararlanan bireyler üzerinde etkileri vardır.

2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'te düzenleme bulan *standstill* klozunun ortaklık hukukundaki etkileri ilk olarak *Sevince* davasında inceleme konusu olmuştur. Divan'ın *Demirel* kararında ortaya koyduğu doğrudan etki testine göre, Birlik ile Birliğe üye olmayan devletler arasında imzalanan bir anlaşmadaki hüküm, sözkonusu anlaşmanın lafzı, amacı ve niteliği itibariyle doğrudan etkiye elverişli olması ve o hükmün, uygulanması veya etki doğurması ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin yükümlülükler içermesi halinde doğrudan etkili kabul edilmektedir.¹⁹⁷ Divan, *Sevince* davasında, *Demirel* kararına atıfla, sözkonusu OKK hükümlerine doğrudan etki testini uygulamıştır.¹⁹⁸

Divan, *Sevince* kararında, 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'ün doğrudan etki kriterlerini taşıyıp taşımadığını tespit etmek için, öncelikle şartlarını incelemek gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, ilgili maddelerin, taraf devlet

¹⁹⁶ Can, 2003, s. 60.

¹⁹⁷ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 14.

¹⁹⁸ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 13-26.

ülkelerinde yasal olarak ikamet eden ve çalışan işçilerin işe girişlerinde yeni kısıtlamalar getirilmesine ilişkin ‘açık’ bir *standstill* klozu içerdiğini ortaya koymuştur.¹⁹⁹

Divan kararında devamla, sözkonusu OKK maddelerinin, nitelikleri ve güttükleri amaç itibariyle, ilgili oldukları Ankara Anlaşması’nın bir parçasını teşkil ettiğini ve bir üye devletin iş gücüne kayıtlı olan Türk işçilerinin durumuna doğrudan uygulanmaya muktedir olduğunu ifade etmiştir.²⁰⁰ Divan, bu tespitini yaparken, öncelikle Ankara Anlaşması md. 2(1)’e atıfla, Anlaşma’nın amacının, taraflar arasında sürekli ve dengeli ticari ve ekonomik ilişkileri kuvvetlendirmek ve öngörülen hazırlık, geçiş ve sonuç dönemlerinin ardından Türkiye ile Birlik arasında bir ortaklık yaratmak olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak, Ankara Anlaşması’nın 12. maddesine değinen Divan, sözkonusu hükmün çizdiği çerçevede, taraflar arasında işçilerin serbest dolaşımının kademeli olarak gerçekleştirilebilmesi için KP md. 36 ile süre sınırları getirildiğini ve Ortaklık Konseyi’nin de bu sonuca ulaşmak için gerekli olan kuralları kararlaştırmasını öngördüğünü kaydetmiştir.²⁰¹

Demirel kararında Divan’ın esasen temel bir program niteliği taşıdığını söylediği Ankara Anlaşması’nın 12. maddesi ve KP’nin 36. maddesinin uygulanması için Ortaklık Konseyi tarafından 2/76 ve 1/80 OKK’lar kabul edilmiştir. Divan, Ankara Anlaşması ve KP hükümlerinin esasen program niteliğinde düzenlenmesinin, Anlaşma

¹⁹⁹ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 18.

²⁰⁰ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 19.

²⁰¹ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 20.

ile öngörülen belirli programların uygulanmasına etkinlik kazandıran Ortaklık Konseyi kararlarının doğrudan etkiye sahip olmasını önlemeyeceğini ifade etmiştir.²⁰²

Divan, her ne kadar, 2/76 OKK'nın 2(2) ve 1/80 OKK'nın 6(3) maddelerinde, Türk işçilerine tanınan hakların uygulanma usullerinin ulusal mevzuatlar uyarınca tespit edileceği belirtilmişse de, 2/76 ve 1/80 OKK'ların doğrudan etkiye sahip olabileceğini kaydetmiştir. Bu hükümlerin üye devletlere, Türk vatandaşlarına verilen kesin ve koşulsuz bir hakkın kullanımını şarta bağlama ya da kısıtlama yetkisi vermediğini, yalnızca üye devletlerin ilgili hükümlerin uygulanması için gerekli önlemleri alması gibi yükümlülüklerini açıkladığını ortaya koymuştur.²⁰³

Divan kararında ayrıca, asıl yargılamaya konu ilgili hükümlerin doğrudan etkisine, yalnızca 2/76 ve 1/80 OKK'ların resmi gazetede yayınlanmamış olmaları nedeniyle itiraz edilemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim Kararların yayınlanmamış olması, ilgili hükümlerin bireylere karşı ileri sürülmesini engellese de, bireyi devlet yetkilileri ile yaptığı görüşmelerde Kararların kendisine sağladığı hakları öne sürmekten yoksun bırakmayacaktır.²⁰⁴

Kararda öte yandan, akit taraflara, üye devletin işgücüne kayıtlı Türk işçilerine belirli haklar tanıyan hükümlere aykırı davranışta bulunma yetkisi veren koruyucu hükümlerin, sadece bu özel durumlarda uygulanacağına dikkat çekilmiştir. Koruyucu hükümlerin uygulanmasına neden olan özel durumlar yoksa bu hükümlerin varlığı doğrudan uygulanabilirliğe ilişkin sorumluluğu etkilemez.²⁰⁵

²⁰² Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 21.

²⁰³ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 22.

²⁰⁴ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 24.

²⁰⁵ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 25.

Son tahlilde, Divan, *Sevince* kararında 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'te düzenleme bulan yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hükümlerin doğrudan etkili hükümler olduklarına hükmetmiştir.²⁰⁶ Bu itibarla, sözkonusu hükümler bireylerin ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürebilecekleri haklar teşkil etmektedir. Ancak, uygulamaya bakıldığında, ilgili hükümlerin, Divan önünde daha yeni yeni dava konusu yapıldığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak, 1/80 OKK md. 13'ün kapsamının dar olmasının yanı sıra, Kararın 6. ve 7. maddelerinde Türk işçileri ve aile bireylerine tanınan somut ve doğrudan etkiye sahip hakların *standstill* klotunun önüne geçtiği değerlendirilmektedir.²⁰⁷

2.1. İlgili Hükümün Kapsamı

1/80 OKK md. 13'te yer alan *standstill* klotunun kapsamı; kişi, konu ve zaman bakımından olmak üzere üç açıdan incelenmektedir. Bu çerçevede, alt başlıklarda ilgili hükümün kapsamı bu üç açıdan ayrıntılı olarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

2.1.1 Kişi Bakımından Kapsam

2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'ün kişi bakımından kapsamı, bu hükümlerin koruma altına aldığı sükeleri ifade etmektedir. 2/76 OKK md. 7 yalnızca Türk işçilerinin kişisel güvencesini ortaya koyarken, 1/80 OKK md. 13 Türk işçilerinin yanı sıra onların aile fertlerini de koruma alanına dâhil etmektedir.

1/80 OKK md. 13'ten yararlanabilmenin temel şartı, kişinin Birlik üye devletlerinde işçi olarak çalışan bir Türk vatandaşı ya da onun aile bireyi olmasıdır. Aile

²⁰⁶ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 26.

²⁰⁷ Göçmen, 2009, s. 169.

bireyleri için Türk vatandaşlığı zorunlu bir şart olarak aranmamaktadır.²⁰⁸ “İşçi” ve “aile bireyi” kavramları, 1/80 OKK’da varlık koşulu olarak aranmakla birlikte, doğrudan doğruya tanımlanmamaktadır.²⁰⁹ Ancak, işçilerin serbest dolaşımı genelinde ve *standstill* klozu özelinde kişisel kapsamın belirlenebilmesi için sözkonusu kavramların kimleri içerdiğinin bilinmesi gerekmektedir.

Divan yerleşik içtihadında, kurucu antlaşmanın işçilerin serbest dolaşımına ilişkin maddelerinde geçerli olan ilkelerin mümkün olduğu kadar, 1/80 OKK’da tanınan haklara sahip Türk işçilerine uygulanması gerektiğini belirtmiş; bu çerçevede, “işçi” kavramını Birlik hukukundaki yorumu esas alarak tanımlamıştır.²¹⁰ Divan’a göre, işçi, belirli bir süre içerisinde, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, karşılığında ücret alarak fiili ve gerçek bir çalışmayı gerçekleştiren kişidir. Ancak, kapsamı itibariyle tamamen ikincil ve önemsiz olan meşguliyetler bu tanımın dışında kalmaktadır.²¹¹

1/80 OKK kapsamında, “aile bireyi” kavramının ulusal hukuk kapsamında mı yoksa Birlik hukuku çerçevesinde mi belirleneceği muğlaktır.²¹² Konu, 2012 tarihli *Dülger* davasında²¹³ Divan’ın gündemine gelmiştir. Divan bu kararında, daha evvel “işçi” kavramını yorumlarken Birlik hukukuna dayandığı gibi, Türk işçisinin aile bireylerini belirlerken de Birlik hukukundan yararlanmayı tercih etmiştir. Birlik hukukunda, işçilerin aile bireyleri 2004/38 sayılı Direktif ile düzenlenmiştir. Bu itibarla,

²⁰⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 July 2012, *Dülger*, C-451/11, EU:C:2012:504, para 65.

²⁰⁹ Özen/Can, 2005, s. 223.

²¹⁰ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Birden v Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, EU:C:1998:568, para 23-24.

²¹¹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Birden v Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, EU:C:1998:568, para 25.

²¹² Özen/Can, 2005, s. 243.

²¹³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 July 2012, *Dülger*, C-451/11, EU:C:2012:504.

Divan *Dülger* kararında, sözkonusu Direktife atıfla, 1/80 OKK kapsamında aile bireylerinin Türk işçisinin eşini, kendisinin ve eşinin 21 yaşın altındaki veya onlar tarafından bakımı üstlenilen alt soy akrabalarını, işçinin ve eşinin kendilerine bağımlı üst soy akrabalarını içerdiğini hükme bağlamıştır.²¹⁴

1/80 OKK md. 13'e göre, Türk işçileri ve aile bireylerinin yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünden yararlanabilmesi için, ilgili Türk işçisinin başka birtakım şartları da karşılaması gerekmektedir: Birlik üyesi devletin ülkesinde yasal olarak ikamet etme ve istihdam edilme. "Yasal olarak" ifadesi, Türk işçisinin bulunduğu üye devletin ülkeye giriş, ikamet ve uygun olduğunda istihdam konularındaki tüm yasal düzenlemelerini dikkate alarak ve o ülkenin egemenlik sahasında hukuka uygun olarak bulunuyor olmasını içermektedir. Bu itibarla, yasadışı bir ikamet veya iş ilişkisinden hareketle, Karar'ın 13. maddesi temelinde avantajlar sağlanamaz.²¹⁵

Divan ayrıca, sözkonusu hükmün, Türk işçilerine ancak ev sahibi üye devletin ülkesinde aşamalı olarak entegre olabilmek için yasal olmanın yanı sıra, yeterli uzunluktaki bir sürede bulunduklarında uygulanabileceğini belirtmiştir.²¹⁶ Türk işçisinin aile bireylerinin *standstill* klotundan yararlanabilmeleri için ise, üye devlette yasal

²¹⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 July 2012, *Dülger*, C-451/11, EU:C:2012:504, para 8-9; 2004/38 sayılı Direktif, md. 2/2.

Bkz.

"<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:en:PDF>".

Ayrıca bkz. Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 September 2004, *Ayaz*, C-275/02, EU:C:2004:570, para 48.

²¹⁵ Judgment of the Court of (First Chamber) 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 53; Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 35.

²¹⁶ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 117.

olarak ikamet etme ve istihdam edilmelerine gerek bulunmamakta; onların ilgili hüküm kapsamındaki hakları Türk işçilerinin statüsüne dayanmaktadır.²¹⁷

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, Türk işçisinin *standstill* klozundan faydalanmak için, bulunduğu üye devletin işgücü piyasasına tamamen dahil olması ya da düzenli bir işte çalışıyor olması gerekmemektedir. Divan bu hususu, *Abatay/Şahin* kararında, 1/80 OKK'nın 6. maddesi ile 13. maddesini ve sözkonusu hükümlerde öngörülen şartları birbirinden ayırıp, Türk işçisinin yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünden yararlanabilmesi için 6. maddede sayılan koşulları taşıması gerekmediğini belirterek ortaya koymuştur.²¹⁸ 1/80 OKK md. 6, bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil olan bir Türk işçisine, usule uygun bir çalışmanın yerine getirildiği süreye göre kademelenerek genişletilen birtakım maddi haklar vermektedir. Ev sahibi üye devlette ilgilinin durumunu sağlamlaştırmayı amaçlayan bu haklar, doğrudan doğruya Birlik hukuku ile tanınmış olup, üye devletlerin bu hakları belli şartlara tabi tutmaya veya bunların kullanılmasını sınırlamaya yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir çalışmanın yerine getirildiği yerde Türk vatandaşlarının haklarının korunması, Karar'ın 6. maddesi tarafından tümüyle kapsam altına alındığı için, Karar'ın 13. maddesindeki *standstill* klozunun konusu olamayacaktır.²¹⁹ Daha açık bir deyişle, bir üye devlette usule uygun bir çalışmayı önceden yerine getiren bir Türk işçisinin, bir işe girmeye ilişkin olarak yeni kısıtlama getirme yasağı suretiyle korunmaya ihtiyacı yoktur. Zira bu işe giriş önceden gerçekleştirildiği için işçi üye devlette devam eden

²¹⁷ Göçmen, 2009, s. 171.

²¹⁸ Sözkonusu karar, hizmetlerin serbest dolaşımıyla alakalı olmakla birlikte, Divan, ulusal mahkemenin sorduğu sorular dolayısıyla 1/80 OKK md. 13'ü de incelemiştir. Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para. 75-84; Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 50.

²¹⁹ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 78-79.

mesleki kariyeri açısından Karar'ın 6. maddesinde açıkça tanınan haklardan zaten yararlanmaktadır. Her ne kadar, bu serbest dolaşımın kademeli olarak kurulmasının ilk aşaması esnasında bir işe giriş alanında mevcut olan ulusal sınırlamalar muhafaza edilebilse de, *standstill* klozu, daha ziyade üye devletleri işe giriş koşulları açısından 1/80 OKK'nın amacının gerçekleşmesini engelleyecek yeni kurallar koymaktan alıkoymaktadır.²²⁰

Ayrıca, Türk işçisinin 1/80 OKK md. 13'e dayanabilmesi için, ilgili devletin işgücü pazarına tamamen entegre olmasa da, en azından bu yönde bir niyetinin olması gerekmektedir. Örneğin, Divan *Abatay/Şahin* kararında, sınır aşan yük taşımacılığı yapan Türk sürücülerin, sadece kısa bir zaman için Türk menşeli malları oraya götürmek, orada boşaltmak veya Türkiye, İran veya Irak gibi ülkelere götürmek için oradan mal almak üzere Almanya'da bulunduklarını; her seferden sonra aileleriyle oturdukları veya istihdam edildikleri ve ücretlerinin verildiği firmanın merkezi olan Türkiye'ye geri döndüklerini, dolayısıyla sözkonusu Türk vatandaşlarının Almanya'nın işgücü piyasasına entegre olma niyetleri olmadığını ve bu nedenle Karar'ın 13. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceklerini belirtmiştir.²²¹

Öte yandan, bir Türk işçisinin, hem Türk vatandaşı hem de bulunduğu AB üyesi devletin vatandaşı olması halinde de, *standstill* hükmüne dayanabileceği değerlendirilmektedir.²²² Divan'ın çifte vatandaşlığa ilişkin *standstill* hükmü özelinde bir kararı bulunmamakla birlikte, 1/80 OKK md. 7 ve 14 ile ilgili *Kahveci ve İnan* kararında, bir Türk işçisi bu şekilde çifte vatandaşlık taşısa bile, onun eşinin 1/80

²²⁰ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 81.

²²¹ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 89-91.

²²² İlke Göçmen, "Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği'ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2014(b), s. 97.

OKK'nın ilgili maddelerine dayanabileceği belirtilmiştir.²²³ Söz konusu karardaki 1/80 OKK md. 7 ve 14'e ilişkin gerekçelendirme, *standstill* hükmüne de aktarılabilir niteliktedir.²²⁴

Yukarıda izah olunan nitelikleri haiz *standstill* klozuna dayanabilecek Türk işçileri, bunu ancak söz konusu hükmün konu bakımından kapsamı içinde kalan bir etkinlik için yapabilecektir. İlgili hükmün konu bakımından kapsamı ise bir sonraki başlıkta incelenecektir.

2.1.2. Konu Bakımından Kapsam

2/76 OKK md. 7 ve/veya 1/80 OKK md. 13'te düzenlenen *stanstill* klozunun konu itibarıyla kapsamı, bu hükme hangi durumlarda başvurulabileceğini ifade etmektedir. Konu bakımından kapsamın iki unsuru bulunmaktadır: Bunlardan ilkinde göre, ilgili durumun konusunu *standstill* klozunun uygulama alanına giren bir etkinlik oluşturmalıdır. İkincisine göre ise, ilgili durum konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalmamalı, diğer bir deyişle o durumu ortaklık hukukundaki *standstill* klozu ile bağlayan sınır aşırı bir faktör bulunmalıdır.²²⁵ Konu bakımından kapsamın her iki unsuru da aşağıda sırasıyla anlatılacaktır.

2.1.2.1. İlgili Etkinlik

İlk olarak, ilgili hükmün kapsamına giren etkinlikler ortaya konmaya çalışılacaktır. Hükmün uygulama alanı belirlenirken, Divan'ın bu çerçevede vermiş

²²³ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2012, *Kahveci and Inan*, C-7/10, EU:C:2012:180, para 30-41.

²²⁴ Göçmen, 2014 (b), s. 97.

²²⁵ Göçmen, 2009, s. 172-173.

olduğu az sayıda karardan²²⁶ yararlanmak yeterli olmasa da; Birlik hukukunda işçilerin serbest dolaşımı²²⁷ ve ortaklık hukukunda iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin *standstill* kloxunun (KP md. 41(1)) yorumuna ilişkin Divan kararlarına kıyasen başvurmak mümkündür.²²⁸ Zira Divan, istisnai durumlar dışında,²²⁹ Birlik iç pazarındaki dolaşım serbestileri ile ortaklık hukukundaki karşılıkları arasında, mümkün olduğunca, paralellik kurarak yorum yapmıştır.²³⁰ Aynı şekilde, ortaklık hukukunda yeni kısıtlama yasağını düzenleyen KP md. 41(1) ile ve 1/80 OKK md. 13'ün (yerine göre 2/76 OKK md. 7) aynı nitelikte ve aynı amacı taşıyan hükümler olduğunu ve KP md. 41(1) bakımından yaptığı yorumların 1/80 OKK md. 13 (yerine

²²⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247; Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734; Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554; Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756; Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224.

²²⁷ Ankara Anlaşması md. 12 uyarınca, Birlik hukukunun ilgili hükümleri, ortaklık hukuku için esin kaynağı niteliğindedir.

²²⁸ Göçmen, 2009, s. 172.

²²⁹ *Ziebell* ve *Demirkan* kararları bu istisnaları oluşturmaktadır. Bkz. Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583.

²³⁰ Göçmen/Tezcan, 2014, s. 616.

göre 2/76 md. 7) için de “eşit derecede geçerli” olduğunu ifade etmiştir.²³¹ Bu itibarla, ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin *standstill* hükümleri benzer şekilde yorumlanabilecektir.

2.1.2.1.1. Ön Tespitler

Yeni kısıtlama getirme yasağının sınır çizgileri, öncelikle ilgili hükmün neleri dışarda bıraktığı belirtilerek netleştirilebilir. 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13 usuli-benzeri hükümler olmaları itibariyle, maddi kuralların aksine, Türk vatandaşlarına üye devletin ülkesine ilk kabul, işçilerin serbest dolaşımı ve ikamet hususlarında kendiliğinden maddi haklar sağlamamaktadır.²³²

Standstill klozunun konu bakımından kapsamına temelde, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, üye devletlerin Türk vatandaşlarının bir işe girmelerini sınırlandıran yeni ve daha katı önlemleri girmektedir.²³³ Ancak, *standstill* klozunun kapsamı yalnızca istihdama giriş şartları ile sınırlı değildir. Türk işçileri ve aile bireylerinin işe girişini olumsuz etkileyen başka hukuki görünümde de mevcuttur. Bunlar, “ülkeye ilk giriş”, “aile birleşimi”, “istihdam edilme hakkı ile bağlantılı konular” ve “sınırdışı etme” hususunda üye devletlerin koyduğu ulusal kurallar olabilir.

²³¹ Bkz. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572; Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554; Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228.

²³² Göçmen, 2009, s. 172; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 59-65.

²³³ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 80.

Standstill klozunun konu bakımından kapsamına giren sözkonusu alanlar, aşağıda alt başlıklar halinde incelenecektir.

2.1.2.1.2. Ülkeye İlk Giriş

Türk işçilerinin üye devletin ülkesine ilk girişi ile ilgili ulusal düzenlemelerin *standstill* klozu kapsamına girip girmediği hususu günümüze kadar epey tartışma konusu yapılmıştır. Divan kararlarında devamlı olarak, üye devletlerin, Türk vatandaşlarının gerek kendi egemenlik sahalarına ilk girişi gerek ilk istihdam edilmeleri ile ilgili kuralları belirleme yetkilerine dokunulmadığını vurgulamıştır.²³⁴ Bu görüş, 1/80 OKK md. 13'ün içerik itibarıyla yalnızca bir üye devlette yasal olarak bulunan ve ilgili üye devlet topraklarına ilk girişle ilgili şartları yerine getirmiş olan Türk vatandaşlarına uygulanabilir olması ile gerekçelendirilmiştir. Dolayısıyla, bir üye devletin istihdam amacı ile kendi ülkesine yapılan ilk giriş için kısıtlayıcı ulusal düzenlemeler getirmesinin *standstill* klozunu ihlal etmeyeceği şeklinde yorumlanmıştır.²³⁵

Ancak Divan, *Şahin ve Komisyon v. Hollanda* kararlarıyla, önceki kararlarından ayrılarak, ilgili hükmün etki alanını genişletmiştir.²³⁶ Divan *Şahin* kararında, 1/80 OKK md. 13 ile KP md. 41(1)'in aynı nitelikte ve aynı amacı güden hükümler olduğunu daha önceki kararlarına²³⁷ atıfla yineledikten sonra, *Tüm/Darı* ve *Soysal/Savatlı* kararlarında KP md. 41(1) bakımından üye devlete ilk girişle ilgili olarak yaptığı yorumun 1/80

²³⁴ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 58; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 63.

²³⁵ Schrioder/Höhmnn, 2011, s. 9-10.

²³⁶ Ibid, s. 33.

²³⁷ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 50; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 70-74.

OKK md. 13 için de “eşit derecede geçerli” olduğunu vurgulamıştır.²³⁸ Divan sonraki tarihli *Komisyon v. Hollanda* kararında ise “eşit derecede geçerli” ifadesinin içini açarak, 1/80 OKK md. 13’ün, serbest dolaşımdan yararlanmak isteyen Türk işçilerinin ilgili üye devlet topraklarına ilk kabulünü düzenleyen maddi ve/veya usuli kurallar da dahil olmak üzere, 1/80 OKK’nın ilgili üye devlet bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türk işçilerinin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar getirilmesini yasakladığını belirtmiştir.²³⁹ Böylelikle, vize dâhil üye devlete ilk girişle ilgili ulusal kurallar Türk işçilerinin serbest dolaşımı bakımından da *standstill* klozu kapsamına alınmıştır.²⁴⁰

Konu hakkında Divan’ın önüne gelen *Demir* davasının konusu kısaca şöyledir: Hollanda makamları, geçerli bir geçici ikamet izni olmayan, yabancı uyruklular için ikamet izni bulunması gerekliliğinden muaf tutulmasını sağlayacak bir kategoride bulunmayan ve 1/80 OKK md. 6(1) kapsamında bir yıl boyunca aynı işveren tarafından çalıştırılmamış olan Bay Demir’in, anılan ülkede belirli süreli oturma izni alma talebini reddetmiştir.²⁴¹ Bunun üzerine, Bay Demir, kararı Lahey Bölge Mahkemesine taşımıştır. Bay Demir’in, geçerli bir geçici oturma iznine sahip olmadığını ve usule uygun olmayan bir durumda bulunduğunu belirten Mahkeme, bu nedenle adıgeçenin 1/80

²³⁸ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 64-66.

²³⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 46-50.

²⁴⁰ İş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde üye devlet ülkesine ilk girişle ilgili olan *Tüm/Darı* (Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530) ve *Soysal/Savatlı* (Judgment of the Court of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101) kararları çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir.

²⁴¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 27.

OKK md. 13'e dayanamayacağını kaydetmiştir.²⁴² Bay Demir, Lahey Bölge Mahkemesinin kararını temyiz etmiştir. Üst mahkeme de ön karar prosedürüyle Divan'a başvurarak, bir ülkeye ilk girişi düzenleyen maddi ve/veya usuli koşulların –dava konusu olayda geçici oturma izni sahibi olmanın– amacı, oturma izni başvurusu sunulmasından önce ülkeye hukuka uygun olmayan girişleri ve oturumları önlemek olsa bile, bu koşulların 1/80 OKK md. 13'ü kapsamında daha ağır bir kısıtlama olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini sormuştur.²⁴³

Divan kararında, “hukuka uygun” ifadesinin, Türk işçisi veya aile üyesinin ev sahibi üye devletin “giriş, ikamet ve uygun olduğunda istihdam” ile ilgili kurallarına uyumunu gerektirdiğini belirtmiştir.²⁴⁴ Bununla birlikte Divan, ev sahibi üye devlet, 1/80 OKK yürürlüğe girdikten sonra, “girişe, ikamete ve uygulanabilir olduğunda istihdama ilişkin maddi ve/veya usuli koşulları” kabul ederek veya değiştirerek, Türk vatandaşlarının durumunun hukukiliğine ilişkin kriterleri tanımlamaya çalışırsa ve bu kriterler, Türk işçilerinin dolaşım serbestisini kullanımına yönelik yeni kısıtlama oluşturursa, 1/80 OKK md. 13'teki *standstill* hükmünün bu duruma uygulanabilir olacağını kaydetmiştir.²⁴⁵ Dolayısıyla Divan, Türk işçilerinin ev sahibi üye devletin ülkesine ilk girişe getirilen yeni kısıtlamaların *standstill* klozu kapsamında olacağını ortaya koymuştur.

²⁴² Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 29.

²⁴³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 31.

²⁴⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 35. Kararın ilgili paragrafının çevirisi için bkz. Göçmen, 2014 (b), s. 94.

²⁴⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 39.

2.1.2.1.3. İstihdam Edilme Hakkı ile Bağlantılı Konular

Türk işçilerinin bir üye devletin ülkesinde istihdam edilme hakkı ile bağlantılı olan ve *standstill* klozu kapsamına giren konuların başında “çalışma izni” ve “ikamet hakkı” gelmektedir.

Çalışma izni, Türk vatandaşlarının bir üye devletin ülkesinde yasal olarak çalışabilmesini sağlayan yetkili makamlarca düzenlenen izni ifade etmektedir. Türk vatandaşlarına yönelik çalışma izni mevzuatında, Türk işçileri ve aile bireylerinin işe girişini olumsuz etkileyen yeni katı kurallar konulması 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13 kapsamında yasaklanmaktadır. Örneğin, zamanında geçerli yasalara göre çalışma izninden muaf tutulan bir iş için, günümüzde çalışma izni gerekliyse Türk vatandaşlarının iş piyasasına girişleri açısından yeni bir kısıtlama getirmesi nedeniyle bu uygulama, *standstill* hükmü ile bağdaşmamaktadır.²⁴⁶

İkamet hakkı ise, çalışma hakkını/iznini tamamlayıcı nitelikte olması itibariyle kişilerin serbest dolaşımı bakımından özel önem arz etmektedir. Divan, *Sevince* kararında, 1/80 OKK hükümlerinin Türk işçilerin üye devletlerdeki ikamet hakkını değil, istihdama giriş ile ilgili konumlarını düzenlediğini vurgulamakla birlikte, istihdam ve ikamet mevzuatının birbiriyle yakından bağlantılı olduğunu tespit etmiştir.²⁴⁷ Zira Türk işçilerine üye devletlerin işgücü piyasasına giriş imkânı tanınması, sözkonusu ülkede ikamet hakkının verilmesini de gerekli kılmaktadır. Divan, bu hususu *Savaş* kararında açıklıkla dile getirmiştir: “Türk işçilerine sağlanan çalışma hakları, ilgili kişilere aynı zamanda ikamet hakkı da vermektedir. Aksi halde iş piyasasına girmek ve işçi olarak çalışmak etkisini yitirecektir. Bu nedenle, Türk vatandaşları üye devletteki ikamet haklarının, yasal çalışmalarının devamı için uzatılmasını talep

²⁴⁶ Schrioder/Hömann, 2011, s. 12.

²⁴⁷ Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322, para 29.

edebilirler. Öte yandan, Divan'ın yerleşik içtihadına göre, bir Türk vatandaşının ev sahibi ülkede istihdamının yasallığı, o üye devletin iş gücünde sürekli ve güvenli bir pozisyonunun ön koşuluna bağlı olduğundan, tartışılmaz bir ikamet hakkı vermektedir.”²⁴⁸

Dolayısıyla, üye devletlerin, Türk işçileri ve aile bireylerinin ilgili üye devlette ikamet etmesi veya bu konuyu etkileyebilecek durumlarda yeni ve daha katı önlemler alması *standstill* klozu kapsamına girmektedir. Örneğin, Divan *Şahin* kararında, Hollanda'nın, 1/80 OKK'nın ilgili üye devlette yürürlüğe girme tarihinden sonra, oturma izni verilmesi ya da oturma izninin uzatılmasını, üye devlet vatandaşlarıyla mukayese edildiğinde Türk vatandaşları için orantısız miktarda idari harç ödemesine tabi tutmak gibi ulusal düzenlemeler yapmasını, yeni kısıtlama getirme yasağı kapsamında değerlendirmiştir.²⁴⁹ Benzer şekilde, Komisyon'un, Hollanda'nın Türk vatandaşlarına yönelik (*Şahin* davasında da bahsekonu) orantısız oturma izni harcı uygulaması gerekçesiyle, ilgili devlet aleyhine Divan nezdinde açtığı ihlal davasında, Hollanda'nın bu uygulamasının *standstill* kloxuna aykırı olduğu hükme bağlanmıştır.²⁵⁰

2.1.2.1.4. Aile Birleşimi

2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'teki *standstill* klozu kapsamında değerlendirilen bir diğer alan ise, üye devletlerin aile birleşimi hakkındaki düzenlemeleridir.

²⁴⁸ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 65.

²⁴⁹ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 75.

²⁵⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 51-76.

Divan, 1986 tarihli *Demirel* kararında, o an için, aile birleşimi ile ilgili herhangi bir OKK olmadığını belirterek, üstü kapalı bir şekilde 1/80 OKK md. 13'ün aile birleşimine yönelik yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamadığına hükmetmiştir.²⁵¹ Ancak, Birlik iç pazarındaki serbesti anlayışına ters düşen bu tespit, Divan'ın sonraki tarihli kararlarıyla geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır.²⁵²

Bunlardan *Toprak/Oğuz* kararında Divan, üye devletlerin işçilerin serbest dolaşımına yalnızca doğrudan değil, dolaylı etkisi olacak yeni kısıtlamalar da getirmeme yükümlülükleri olduğunu ifade etmiştir.²⁵³ Bu açıdan bakıldığında, aile birleşimine getirilen yeni zorluklar üye devlete ilk defa gelecek olan eşin ve üye devlette yaşayan asli hak sahibi Türk vatandaşının haklarını dolaylı olarak kısıtlamaktadır. Hâlbuki *standstill* klozu asli hak sahibinin ailevi ilişkilerini güvence altına alarak ve aile birleşimine uygun koşulların yaratılması ile Türk vatandaşının istihdam ve ikamet durumunu teşvik etmeyi amaçlar niteliktedir.²⁵⁴

Bu bağlamda Divan, iş kurma hakkıyla ilgili olan 2014 tarihli *Doğan* kararında, açık bir şekilde, KP md. 41(1)'de düzenlenen *standstill* klozunun, ilgili üye devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine yönelik yeni kısıtlayıcı şartlar arayan ulusal hukuk kuralının önüne geçeceğini

²⁵¹ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 28.

²⁵² Göçmen, 2014 (b), s. 93-94. *Abatay/Şahin* kararı üzerinden benzer bir tespit için bkz. Sahir Özdemir, "Türkiye - AB Ortaklık Hukukunda Yeni Kısıtlama Getirme Yasağı: Üç Tespit", **Prof Dr Ahmet Gökdere'ye Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 599. Divan, bu etki için bir başka kararına gönderme yapmaktadır: Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 July 2012, *Dülger*, C-451/11, EU:C:2012:504, para 42.

²⁵³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756", para 54.

²⁵⁴ Schrioder/Höhmnn, 2011, s. 14.

belirtmiştir.²⁵⁵ Divan'ın, KP md. 41(1) çerçevesindeki bu yorumunun, ABAD'ın içtihat hukuku ışığında 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'teki *standstill* hükmü açısından da kıyasen uygulanabileceği değerlendirilmekteydi.²⁵⁶ Nitekim 1/80 OKK md. 13 çerçevesinde verdiği 12 Nisan 2016 tarihli *Genç* kararıyla²⁵⁷ birlikte Divan, *Doğan* kararına atıfla, aile birleşimini işçilerin serbest dolaşımı bağlamında da değerlendirerek konuyu net bir şekilde açıklığa kavuşturmuştur.

Danimarka'nın aile birleşimi mevzuatıyla ilgili olan *Genç* davasının konusu şu şekildedir: Davacı Caner Genç 1991 doğumlu bir Türk vatandaşıdır.²⁵⁸ Bay Genç'in babası 1997 yılında Danimarka'ya gelmiştir ve 2001 yılından itibaren anılan ülkede oturma izni hamilidir.²⁵⁹ Bay Genç'in annesi ve babası 1997 yılında boşanmıştır. Bay Genç'in velayeti iki erkek kardeşiyle birlikte babasına verilmiş olmasına rağmen, adıgeçen Türkiye'de yaşamaya devam etmiştir.²⁶⁰ Bay Genç'in iki erkek kardeşi 2003 yılında sözkonusu ülkeden oturma izni almış,²⁶¹ Bay Genç de 5 Ocak 2005 tarihinde oturma izni başvurusunda bulunmuştur. Bu esnada, Bay Genç'in babası Danimarka'da

²⁵⁵ Göçmen, 2014 (b), s. 88.

²⁵⁶ Ibid, s. 88.

²⁵⁷ Genç kararı hakkında inceleme için bkz. Narin Tezcan, "Family reunification under the *standstill* clauses of EU - Turkey Association law: Genc", 2017, 54 **Common Market Law Review**, sayı: 1, s. 263-280.

²⁵⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 15.

²⁵⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 15.

²⁶⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 16.

²⁶¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 17.

çalışmaktadır.²⁶² Danimarka Göç Hizmetleri, sözkonusu başvuruyu, Danimarka Yabancılar Kanunu bağlamında, adigeçenin Danimarka ile bu üye devletin ülkesine başarılı bir şekilde entegre olmasını sağlayacak yeterince bağı olmadığı gerekçesiyle 15 Ağustos 2006 tarihinde reddetmiştir.²⁶³ Bu karar, 18 Aralık 2006 tarihinde Entegrasyon Bakanlığı tarafından onanmıştır.²⁶⁴ Entegrasyon Bakanlığı da kararında, aynı gerekçeyi, Türkiye doğumlu Bay Genç'in çocukluğunu ve sözkonusu tarihe kadar eğitim hayatını Türkiye'de geçirdiği, yalnızca Türkçe konuştuğu, daha evvel Danimarka'ya hiç seyahat etmediği ve Danimarka toplumuyla hiçbir bağı olmadığı, adigeçenin babasını son iki yılda iki defa gördüğü, ayrıca, Bay Genç'in babasının da Danimarka ile bağının çok yoğun olmadığı nedenlerine dayandırmıştır.²⁶⁵ Bay Genç, Entegrasyon Bakanlığı'nın kararını ilk derece mahkemesinde dava etmiş; aleyhine çıkan kararı da Bölge Mahkemesi'nde temyiz etmiştir.²⁶⁶ Bölge Mahkemesi, önüne gelen davada, bir üye devlette mukim ve ekonomik olarak aktif bir Türk vatandaşının küçük çocukları dahil aile bireylerinin aile birleşimi kapsamında ilgili ülkeye ilk girişine engel olacak yeni ve daha katı şartların 1/80 OKK md. 13/1 *standstill* hükmü çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu Divan'a sorma ihtiyacı duymuştur.²⁶⁷

²⁶² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 18.

²⁶³ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 19.

²⁶⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 19.

²⁶⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 20-22.

²⁶⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 25.

²⁶⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 30.

Ön karar prosedürüyle önüne gelen bahse konu davada Divan, *Doğan* kararına atıfla, üçüncü ülke vatandaşı işçilerin aile bireylerinin, ilgili üye devlet ülkesine ilk kez kabulü koşullarını 1/80 OKK'nın yürürlüğe girdiği anda uygulanabilir olan koşullara nazaran sıkılaştırarak, aile birleşimini daha çok zorlaştıran ulusal bir düzenlemenin, işçilerin serbest dolaşımı kapsamında, ilgili üye devlette Türk vatandaşları tarafından yürütülen ekonomik faaliyetlerin uygulanmasını olumsuz etkileyeceği için 1/80 OKK md. 13 anlamında yeni kısıtlama oluşturacağını hükme bağlamıştır.²⁶⁸

Bu çerçevede Divan, *Genç* kararında, bir üye devlette yasal şekilde mukim olan bir Türk işçisi ile onun küçük çocuğunun aile birleşimine getirilen, “başvuru sahibi çocuk ve diğer ebeveyni başka bir ülkede yaşarken, çocuğun Danimarka’ya entegrasyonunu sağlayacak, hâlihazırda kurulmuş ya da gelecekte kurulma ihtimali bulunan Danimarka ile yeterli bağ” ve “Türk işçisinin ilgili üye devlette daimi oturma izni veya daimi oturma ihtimali olan oturma izni almasının üzerinden 2 yıldan fazla zaman geçtikten sonra yapılan aile birleşimi başvurusunun kabul edilemeyeceği” şartlarını öngören ulusal düzenlemenin, 1/80 OKK md. 13 bağlamında, “yeni kısıtlama” teşkil ettiğini belirtmiştir.²⁶⁹

Öte yandan, Divan, 2017 tarihli *Tekdemir* kararında da, *Genç* kararına atıfla, aile birleşimini sıkılaştırılan ulusal kuralların 1/80 OKK md. 13 kapsamında “yeni kısıtlama” olarak nitelendirileceğini yinelemiştir.²⁷⁰ Dolayısıyla Divan’ın *Demirel* kararından sonra, zaman içerisinde aile birleşimini *standstill* klozu içine dâhil

²⁶⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 50.

²⁶⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 67.

²⁷⁰ Bkz. Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239, para 31. *Tekdemir* kararına konu olay, bu bölümün ilerleyen başlıklarında incelenecektir.

edebilecek şekle büründürdüğü yorumu, *Genç* kararında açık bir şekilde ortaya konmuş ve *Tekdemir* kararıyla pekiştirilmiştir.

2.1.2.1.5. Sınır Dışı Etme

Ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımına ilişkin *standstill* klozu kapsamında kabul edilen bir başka alan, üye devletler tarafından Türk işçilerine yönelik işletilebilecek sınır dışı etmeye dair ulusal kurallardır. Bu husus, henüz Divan tarafından bir davada inceleme konusu yapılmamışsa da; sınır dışı halinde, istihdama giriş mümkün olamayacağı için, doktrinde yaygın görüş, sınır dışı etmeye ilişkin ulusal kuralların yeni kısıtlama getirme yasağı kapsamında olduğu yönündedir.²⁷¹

2.1.2.2. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama

Konu bakımından kapsamın ikinci unsuru olan “tamamen ülke içi ilişki içinde kalmama” hali, *standstill* klozunun, bütünüyle ortaklık hukukunun taraflarından birinin ülkesi içindeki durumlara uygulanamayacağını ifade etmektedir.²⁷²

Bu hususu ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımı açısından değerlendirdiğimizde, bir üye devlette bulunan Türk vatandaşlarının bu unsurun sınır aşırı şartını zaten sağladığını görmekteyiz. Bugüne kadar Türk işçilerle ilgili olarak Divan’ın önüne gelen davalarda sözkonusu şart hep sağlanmıştır. Zira Türk işçilerle ilgili bir uyuşmazlık, yalnızca Türk işçilerin dolaşıma girdiği üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından Divan’ın önüne götürülebilmektedir.²⁷³

²⁷¹ Göçmen, 2009, s. 173.

²⁷² Judgment of the Court of 28 March 1979, *The Queen v Saunders*, C-175/78, EU:C:1979:88, para 11.

²⁷³ Göçmen, 2009, s. 173.

Yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünün tam anlamıyla uygulanabilmesi için, kişi ve konu bakımından kapsamın yanı sıra zaman bakımından da kapsam içinde kalması gerekmektedir. Bir sonraki alt başlıkta “zaman” hususu incelenecektir.

2.1.3. Zaman Bakımından Kapsam

Standstill klozunun zaman bakımından kapsamı, üye devletlerin ilgili hüküm kapsamında kalan alanlarda yeni kısıtlama getirmeleri yasağının başladığı tarihe işaret etmektedir. Bu husus, Ortaklık Konseyi kararlarında açıkça düzenlenmemiştir.

1/80 OKK md. 13’ün zaman bakımından kapsamı, *Abatay/Şahin* davasına konu olmuştur. Davayı ön karar prosedürüyle Divan’a gönderen Alman Federal Sosyal Mahkemesi, 1/80 OKK md. 13’ün zaman bakımından kapsamıyla ilgili olarak, Divan’a, KP md. 41(1)’e benzer şekilde, sözkonusu hükmün, bu Karar md. 16(1) gereğince, Kararın işçilerin istihdamı ve serbest dolaşımına ilişkin sorunlar hakkında I. kesiminde yer alan hükümlerin uygulanabilirliğinden (1 Aralık 1980) itibaren istihdama giriş koşullarında yeni kısıtlayıcı düzenlemenin genel olarak üye devletlere yasaklanmış olduğu şeklinde anlaşılıp anlaşılamayacağının belirsiz olduğunu; fakat KP md. 41(1)’in lafzından belirli açıdan farklı olan 1/80 OKK md. 13’ün lafzının, daha çok yeni kısıtlamaların konulması yasağının sadece sözkonusu üye devletin ülkesinde işçinin ilk ikametgâhının ve ilk çalışmanın usüle uygun olduğu zamana ilişkin olduğunu gösterdiğini ifade etmiştir.²⁷⁴

Buna karşılık Divan, Alman Hükümeti’nin bu yorumunun 1/80 OKK ile oluşturulan sistemi gözardı ettiğini ve Karar’ın 13. maddesinin pratikte

²⁷⁴ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 75.

etkinliğini/geçerliliğini ortadan kaldırdığını belirtmiştir.²⁷⁵ Divan, 1/80 OKK md. 13'ün, KP md. 41(1) ile tüm noktalarıyla benzeşmese de, her iki hükümdeki yeni kısıtlama getirme yasağının aynı işleve sahip olduğunu kaydetmiş;²⁷⁶ KP md. 41(1)'e ilişkin olarak yapmış olduğu yorumun,²⁷⁷ 1/80 OKK md. 13 için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bu itibarla, 1/80 OKK md. 13, üye devletleri genel olarak Türk vatandaşlarına işe giriş açısından yeni kısıtlama getirme yasağının yürürlüğe girdiği zamanda (1 Aralık 1980) mevcut durumdan daha katı işlem yapmaktan alıkoymaktadır.²⁷⁸

Esasında, Türk işçilerinin aile bireyleri bakımından yeni kısıtlama getirme yasağının 1/80 OKK'nın yürürlüğe girdiği 1 Aralık 1980 tarihinde başladığı söylenebilirse de, işçiler bakımından bu tarihin 2/76 OKK'nın yürürlüğe girdiği 20 Aralık 1976 olduğu değerlendirilmektedir. Zira işçilerin istihdama giriş koşullarına ilişkin *standstill* klotu ilk kez, 2/76 OKK md. 7'de düzenleme bulmuştur. Divan'ın önüne doğrudan 2/76 OKK md. 7'nin yorumlanmasını gerektiren bir dava gelmediği için, henüz bu husus Divan nezdinde açıkça hükme bağlanmamıştır. Ancak bu görüş,

²⁷⁵ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 76.

²⁷⁶ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 71 vd.

²⁷⁷ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 69; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 66-68.

²⁷⁸ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 74.

Komisyon v. Hollanda davasında Komisyon tarafından dile getirildiği gibi ²⁷⁹, doktrinde de sıklıkla savunulmaktadır. ²⁸⁰

Öte yandan, Divan 2010 tarihli *Toprak/Oğuz* kararında, *standstill* klozunun zaman bakımından kapsamında üye devlet bakımından 1/80 OKK'nın yürürlüğe giriş tarihinin tek belirleyici olmadığına hükmetmiştir. ²⁸¹ Divan bu kararında, 1/80 OKK'nın yürürlüğe girdiği 1 Aralık 1980 tarihinden sonra, Türk vatandaşlarının oturma izni almaları lehinde yapılan ulusal düzenlemelerin, daha sonraki tarihli bir ulusal önlemle sıkılaştırılmasının 1/80 OKK md. 13 kapsamında yasaklandığını belirtmiştir. Öyle ki davada, 1/80 OKK'nın o üye devlette yürürlüğe girmesinden sonraki daha lehteki uygulamaya nazaran getirilen yeni kısıtlama, Türk vatandaşının oturma izni almasını, OKK'nın yürürlüğe girdiği tarihteki uygulamaya göre daha ağırlaştırmasa da *standstill* klozu çerçevesinde yasak kapsamında değerlendirilmiştir. ²⁸²

Özetlemek gerekirse, *standstill* hükümleri üye devletlerin, ilgili OKK'nın o üye devlette yürürlüğe girdiği zamandaki uygulamaya veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamaya nazaran istihdama erişimi kısıtlayan yeni önlemler almasını yasaklamaktadır. İlgili OKK'nın yürürlük tarihi, o zaman itibariyle Birlik üyesi olan dokuz devlet için (Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İngiltere, İrlanda ve Danimarka) işçiler bakımından 20 Aralık 1976, işçilerin aile bireyleri

²⁷⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 24.

²⁸⁰ Özdemir, 2011, s. 601-602. Ayrıca bkz. Rogers, 2000, s. 27-28; Nicola Rogers/Rick Scannel, **Free Movement of Persons in the Enlarged European Union**, London, 2005, s. 351-352.

²⁸¹ Bkz. Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734.

²⁸² Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756, para 62; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 98.

bakımından ise 1 Aralık 1980'dir. Diğer üye devletler için *standstill* hükümlerinin başlangıç tarihi ise, ilgili devletin Birliğe resmen üye olduğu tarihtir.

2.2. İlgili Hükümün Etkisi (*Standstill* Testi)

Divan, bir ulusal hukuk kuralının yeni kısıtlama getirme yasağına aykırı olup olmadığını değerlendirirken, zaman içerisinde peyderpey oluşturduğu “*standstill* testi”ni uygulamaktadır. Söz konusu “*standstill* testi”nin süreç içerisinde oluşturulma aşamaları ve parametreleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2.1. Kısıtlama ve Haklı Gerekçe

Divan'ın kısıtlama ve haklı gerekçe temelinde başvurduğu *standstill* testi, tarihsel süreçte aşamalardan geçerek mevcut halini almıştır. Bu bağlamda Divan, *standstill* testinin ilk versiyonunu 2009 tarihli *Şahin* kararında ortaya koyduğu söylenebilir.²⁸³ Divan, söz konusu kararında, 1/80 OKK'nın ilgili üye devlette yürürlüğe girdiği tarihten sonra işçilerin serbest dolaşımının kısıtlanması amacı ve sonucu doğuran ulusal önlemler alınmasının *standstill* klozu çerçevesinde yasak olduğunu belirtirken,²⁸⁴ yeni kısıtlama getirmenin, Birlik hukukunda olduğu gibi birtakım haklı nedenlere

²⁸³ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554.

²⁸⁴ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 63. Ayrıca bkz. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 69; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 110.

dayandırılabilirliğinin sinyallerini de vermiştir.²⁸⁵ Ancak, bu kararında yeni kısıtlamayı yalnızca orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirmekle yetinmiştir.²⁸⁶

Divan 2010 tarihli *Toprak/Oğuz* kararında ise, 1/80 OKK'nın ilgili üye devlette yürürlüğe girmesinden sonraki daha lehteki uygulamaya göre de yeni kısıtlama getirilemeyeceğini hükme bağlayarak²⁸⁷ *standstill* testini farklı bir açıdan beslemiştir.

Divan son olarak, 1/80 OKK md. 13 çerçevesinde verdiği 2013 tarihli *Demir* kararında “*standstill* testi”ni tüm parametreleriyle birlikte ortaya koymuştur. Buna göre, bir Türk vatandaşının ulusal ülkede işçilerin serbest dolaşımı hakkını kullanmasını, ilgili üye devlet bakımından OKK'nın yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamada geçerli olan koşullara nazaran daha kısıtlayıcı koşullara tabi tutma amacı veya sonucu doğuran bir kısıtlama, ilgili Kararın 14. maddesinde düzenlenen kısıtlamalarda yer almadıkça ya da kamu yararına ilişkin ağır basan bir nedenle haklı gösterilemediği, güttüğü amaca erişmek için uygun ve orantılı olmadığı müddetçe yasaklanmıştır.²⁸⁸

Böylece Divan, önüne gelen davalarda *standstill* testinin parametrelerini tek tek açarak inceleme yapabilecek duruma gelmiştir. Bu bağlamda, Divan öncelikle, Türk işçileri ve aile bireylerinin dâhil olduğu bir uyuşmazlıkta, 2/76 OKK md. 7 ve/veya 1/80 OKK md. 13 bakımından, bir ulusal hukuk kuralının, işçilerin serbest dolaşımına yönelik bir “kısıtlama” olup olmadığını ve varsa da, bunun ilgili AB üyesi devlet yönünden sözkonusu OKK'nın yürürlüğe girdiği zamandaki veya sonrasındaki daha

²⁸⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 71.

²⁸⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 72-74.

²⁸⁷ Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756, para 62.

²⁸⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 40.

lehteki uygulamaya nazaran “yeni” bir kısıtlama olup olmadığına bakacaktır. Ardından, böyle bir ulusal önlemin meşru bir amaç temelinde ve orantılılık ilkesi çerçevesinde haklı gösterilip gösterilemeyeceğini inceleyecektir. Son olarak da, ortada haklı gösterilemeyen yeni bir kısıtlama mevcutsa, o olay yönünden, önceki önlem ne ise onun uygulanmasını sağlayacaktır.²⁸⁹ Zira *standstill* hükmü, kendisi ile bağdaşmayan ulusal kuralların uygulanmasını önlemekte; ancak, çatıştığı maddi ulusal hukuk kuralının yerine geçmemektedir.

Bu çerçevede, “*standstill* testi”nin ilk soru işareti, dava konusu olayda 2/76 OKK md. 7 ve/veya 1/80 OKK md. 13’te belirtilen anlamıyla bir “kısıtlama”nın olup olmadığıdır. “Kısıtlama” hususunda, Divan’ın, *Abatay/Şahin* kararında, hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde yaptığı yorum, içtihat hukuku uyarınca işçilerin serbest dolaşımı için de kıyasen dikkate alınabilecektir.²⁹⁰ Öte yandan, Ankara Anlaşması’nın 12. maddesi ile KP’nin 36. maddesi ve Türkiye – AB ortaklığının amacı dolayısıyla, kurucu antlaşmanın işçilerin serbest dolaşımına ilişkin maddeleri çerçevesinde geçerli olan ilkelerin, mümkün olduğu kadar, Türk vatandaşlarına aktarılması gerekmektedir.²⁹¹

²⁸⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 89.

²⁹⁰ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 50; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 70-74; Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 65 Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 48.

²⁹¹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 10 February 2000, *Nazli and Others*, C-340/97, EU:C:2000:77, para 55; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 19 November 2002, *Kurz*, C-188/00, EU:C:2002:694, para 30; Krş. Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 112.

O halde, bir ulusal önlemin “kısıtlama” olup olmadığı belirlenirken, Divan’ın AB iç pazarı çerçevesinde oluşturduğu içtihattan yararlanılabilecektir.²⁹²

Bir sonraki aşamada, Birlik iç pazarındaki ilkelere kıyasen var olduğuna hükmedilen bir kısıtlamanın, yeni bir kısıtlama olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, kısıtlamanın yeni olması, ilgili üye devlet bakımından OKK’nın yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamada geçerli olan koşulları ağırlaştırmasına bağlıdır.²⁹³

Bu noktada parantez açarak belirtmek gerekir ki, Divan’ın, ilgili üye devlette Türk işçilerinin veya aile bireylerinin istihdama giriş koşullarında kısıtlama getirildiğini ortaya koyması halinde, ilgili ulusal önlemin Türk vatandaşlarının durumunu OKK’nın bu üye devlette yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki lehte uygulama karşısında ağırlaştırdığı anlamında yeni olup olmadığını tespit etmek, tek başına ulusal hukuku yorumlamaya yetkili olan ulusal mahkemenin meselesidir.²⁹⁴ Divan, bu hususun araştırılması ve karara bağlanmasını çoğunlukla ulusal mahkemeye bırakmaktadır.

Bir sonraki aşamada, yeni kısıtlamanın üye devlet tarafından haklı bir neden temelinde gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceği hususu gündeme gelmektedir. Bu noktada, AB iç pazar hukukunda olduğu gibi, getirilen yeni kısıtlamanın kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu yararına ilişkin ağır basan diğer sebepler temelinde, orantılılık ilkesine uygun olması; kısacası, haklı gösterilebilmesi mümkün olacaktır. Divan, 2009 tarihli *Şahin* kararında, Hollanda’nın Türk vatandaşlarına yönelik yeni kısıtlama getiren ulusal önlemini yalnızca orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirirken, 2013 tarihli *Demir* kararıyla birlikte, üye devletlerin kısıtlayıcı

²⁹² Göçmen, 2009, s. 176.

²⁹³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756.

²⁹⁴ Krş. Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 116.

önlemlerinin kamu yararı temelinde ve orantılılık ilkesi çerçevesinde “haklı gösterilebilir” olduğunu açıkça ifade etmiştir.²⁹⁵

Divan, ilkesel bağlamda haklı gerekçe ve orantılılık ilkesinin formülasyonunu *Demir* kararında ilk kez net bir şekilde ortaya koysa da, bu formülasyonu sözkonusu davadaki somut olaya uygulamamıştır. Ancak, Divan’ın bu önemli içtihadından sonra ulusal mahkemelerin, 2/76 OKK md. 7 ve/veya 1/80 OKK md. 13 ile ilgili derdest bir davada, ortada bir kısıtlama var mı veya bu, yeni bir kısıtlama mı sorularından ziyade, böyle bir “yeni kısıtlama” haklı gösterilebilir mi sorusunun yanıtı için Divan’a yönelebileceği tahmin edilmiş; bu çerçevede, “haklı gösterilebilir” olup olmamanın, AB iç pazarı ile ilgili içtihat hukukunda olduğu gibi, geniş bir hukuki mücadele sahasına dönüşebileceği değerlendirilmiştir.²⁹⁶ Sonraki tarihli *Genç*²⁹⁷ ve *Tekdemir*²⁹⁸ kararları bu tahminleri doğrular niteliktedir.

Zira 2016 tarihli *Genç* kararında Divan, dava konusu olayda uygulanan Danimarka ulusal kuralını “yeni kısıtlama” olarak nitelendirdikten sonra, ulusal mahkemenin yönelttiği sorular çerçevesinde, anılan kısıtlayıcı kuralın kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep içerip içermediğini ya da orantılılık ilkesi çerçevesinde haklı gösterilebilir olup olmadığını ayrıntılı olarak incelemiştir.²⁹⁹ Danimarka’da yasal şekilde mukim olan Türk işçisi baba ile onun yanında yaşamak isteyen oğlunun oturma izni başvurusu, “Danimarka ile bu üye devletin ülkesine başarılı bir şekilde entegre olmasını

²⁹⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 40.

²⁹⁶ Göçmen/Tezcan, 2014, s. 618.

²⁹⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genç*, C-561/14, EU:C:2016:247.

²⁹⁸ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239.

²⁹⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genç*, C-561/14, EU:C:2016:247.

sağlayacak yeterince bağı olmadığı” ve “Türk işçisinin ilgili üye devlette daimi oturma izni veya daimi oturma ihtimali olan oturma izni almasının üzerinden 2 yıldan fazla zaman geçtikten sonra yapılan aile birleşimi başvurusunun kabul edilemeyeceği” gerekçeleriyle reddedilmesi üzerine ulusal mahkeme ve sonrasında Divan’ın önüne gelen *Genç* davasında, Danimarka hükümeti, sözkonusu şartların entegrasyonun başarılı bir şekilde sağlanması amacıyla getirildiğini ileri sürmüştür.³⁰⁰ Buna karşılık Divan, Danimarka hükümetinin gösterdiği bu sebep AB hukukunun entegrasyona ilişkin hükümleri kapsamında kamu yararına ilişkin ağır basan birer sebep oluştursa bile, bu sefer de, ilgili şartların çocuğun kişisel durumu dikkate alınmaksızın ve benzer durumlardaki çocuklar arasında ayrımcılığa yol açarak uygulanma riskinden dolayı, güdülen amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmekte olduğunu, dolayısıyla orantılılık ilkesine aykırı düştüğünü belirterek kabul etmemiştir.³⁰¹

Benzer şekilde, Divan, 2017 tarihli *Tekdemir* davasında³⁰² da 1/80 md. 13 çerçevesinde, kısıtlama ve haklı gerekçe içtihadını işlemiştir. Dava konusu olayda, Divan, Almanya’nın 16 yaşından küçük üçüncü ülke vatandaşlarından, Almanya’ya giriş yapabilmek ve orada ikamet edebilmek için oturma iznine sahip olmaları şartını aramasını, 1/80 OKK anılan ülkede yürürlüğe girmeden evvel üçüncü ülke vatandaşı çocuklar için böyle bir şart aranmaması nedeniyle aile birleşimi mevzuatına getirilen “yeni bir kısıtlama” olarak nitelendirmiştir.³⁰³ Bu nitelendirmenin ardından, ulusal mahkemenin yönelttiği sorular çerçevesinde, anılan kısıtlayıcı şartın, kamu yararına

³⁰⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 54.

³⁰¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14, EU:C:2016:247, para 57-64.

³⁰² Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239.

³⁰³ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239, para 24-32.

ilişkin ağır basan bir sebep içerip içermediğini ya da orantılılık ilkesi çerçevesinde haklı gösterilebilir olup olmadığını ayrıntılı olarak incelemiştir. Bu çerçevede, Divan, Almanya'nın ileri sürdüğü "göç akışının etkin yönetimini sağlama" amacının kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep olabileceğini belirtmiştir.³⁰⁴ Bununla birlikte, dava konusu olayda üçüncü ülke vatandaşı çocuğun Almanya'da doğduğu ve ebeveynlerinden birinin Türk işçisi olarak yasal olarak ilgili üye devlette ikamet ettiği dikkate alındığında, sözkonusu kısıtlayıcı kuralın, güdülen amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmekte olduğu ve orantılı olmadığı hükme bağlanmıştır.³⁰⁵

Standstill testi incelenirken, sözkonusu hükme başvurulamayacak sınırlayıcı hallerin de ortaya konması gerekmektedir. Bir sonraki alt başlıkta, ilgili hükmün sınırları ele alınacaktır.

2.2.2. İlgili Hükümün Sınırları

Standstill kloxunun etki doğurmasının birtakım sınırları bulunmaktadır. Bunlar hakkın kötüye kullanılması, en çok kayırma ilkesi yasağı ve ekonomik faaliyet sektörünü/dış mali istikrarı tehlikeye düşüren ciddi bozukluklara yönelik önlemlerdir.

Standstill kloxunun etki doğurmasının sınırlarından ilkinin, hakkın kötüye kullanılması oluşturmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması bağlamında, Birlik hukuku üye devletlere bireylerin Birlik hukukundan uygunsuz ve hileli bir şekilde yarar sağlamasını önleyecek tedbirler alma hakkı vermektedir.³⁰⁶

³⁰⁴ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239, para 39.

³⁰⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15, EU:C:2017:239, para 40-53.

³⁰⁶ Göçmen, 2009, s. 190; Judgment of the Court of 9 March 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, para 24.

Standstill hükmünün etkisinin bir diğer sınırını “en çok kayırma ilkesi yasağı” teşkil etmekte olup, bu husus KP md. 59’da düzenlenmiştir. Buna göre, KP’nin kapsamına giren alanlarda, Türkiye, üye devletlerin kurucu antlaşma uyarınca birbirlerine tanıdıklarından daha elverişli bir işlemden yararlanamaz. Divan, sözkonusu hüküm hakkında *Şahin* kararında yorumda bulunmuştur. Buna göre, Türkiye – AB ortaklığına ilişkin alanlarda, Türk ve Birlik vatandaşlarına aynı şekilde uygulanacak kuralların kabulü, *standstill* hükmüne aykırılık teşkil etmez. Eğer, sözkonusu kurallar sadece Birlik vatandaşlarına uygulanıyor, fakat Türk vatandaşlarını kapsamıyor ve bu durumda Türk vatandaşları Birlik vatandaşlarına kıyasla daha avantajlı konuma geliyorsa, bu husus açıkça KP md. 59’a aykırı olacaktır.³⁰⁷

Standstill hükmünün uygulanmasını sınırlandıran bir diğer durum ise KP md. 60’da düzenleme bulmuştur. Bu hükme göre, Birliğin, bir veya birkaç üye devletin bir ekonomik faaliyet sektörünü; bir veya birkaç üye devletin dış mali istikrarını tehlikeye düşüren ciddi bozukluklar ortaya çıkar veya Birliğin bir bölgesinin ekonomik durumunun bozulması şeklinde güçlükler belirirse; Birlik gerekli korunma tedbirlerini alabilir veya ilgili üye devlet veya üye devletleri bu tedbirleri almakla yetkili kılabilir. Dolayısıyla, Birlik veya üye devlet/üye devletlerin bu tür bir önleme başvurduğu durumlarda *standstill* hükümleri uygulama bulamayacaktır.

³⁰⁷ Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554, para 67. Ayrıca bkz. Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 62.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ KURMA HAKKI VE HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLE İLGİLİ

YENİ KISITLAMA GETİRME YASAĞI

Birlik hukukunda, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, işçilerin serbest dolaşımının yanı sıra iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımını da kapsamaktadır. Türkiye – AB ortaklık ilişkisi merceğinden bakıldığında, Ankara Anlaşması ve KP’de genel itibarla düzenlenen sözkonusu alanın haricinde, Ortaklık Konseyi’nin iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbestleştirilmesi için bugüne kadar herhangi bir tedbir almadığı görülmektedir. Bu bağlamda, konu hakkında düzenlenen *standstill* klozu kapsamı ve doğurduğu etkiler bakımından öne çıkmaktadır.

Bu bölümde, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin yeni kısıtlama getirme yasağı hükmü irdelenecektir. Bu çerçevede, öncelikle ortaklık ilişkisinde iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının hukuki temellerini oluşturan Ankara Anlaşması ve KP hükümlerine kısaca değinilecektir. Ardından sözkonusu düzenlemeler arasında yeni kısıtlama getirme yasağına ilişkin hüküm spesifik olarak alınarak, kapsam ve doğurduğu etkiler itibariyle ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

1. İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımının Hukuki Temelleri

Ortaklık hukukunda iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı Ankara Anlaşması ve KP’de düzenlenmiştir.

Ankara Anlaşması’nın konuyla ilgili spesifik ve genel hükümleri mevcuttur. Anlaşma’nın “Geçiş Döneminin Uygulanmaya Konması” başlıklı II. kısmının “Ekonomik Nitelikteki Sair Hükümler” başlığını taşıyan 3. bölümünde yer alan 13. ve

14. maddesi, sözkonusu alanları spesifik olarak düzenlemektedir. Ankara Anlaşması'nın iş kurma hakkına ilişkin 13. maddesinde, akit tarafların, iş kurma serbestisine ilişkin aralarında kısıtlamaları kaldırmak üzere, ABİHA md. 49 ila 52 ve 54'ten³⁰⁸ esinlenmek için mutabık kaldıkları hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, Anlaşma'nın hizmetlerin serbest dolaşımı hakkındaki 14. maddesinde de, akit tarafların, hizmet sunma serbestisine ilişkin aralarındaki kısıtlamaları kaldırmak üzere ABİHA md. 51, 52 ve 55 ila 62³⁰⁹ esinlenmek için mutabık kaldıkları belirtilmiştir. Anlaşma'da bu özel iki hükmün yanı sıra, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin olarak tarafların iki genel yükümlülüğü daha bulunmaktadır. Bunlar, md. 7 anlaşmaya sadakat yükümlülüğü ve md. 9 ayrımcılık yasağı.³¹⁰

Ankara Anlaşması'nın 13. ve 14. maddeleri, doğrudan etkili nitelikte olmayan program hükümler içerdiğinden³¹¹ KP ve Ortaklık Konseyi kararları ile hayata geçirilmesi gerekmiştir. Bu itibarla, sözkonusu hükümler, KP'nin "Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı" başlıklı II. kısmın "İş kurma hakkı, Hizmetler ve Ulaştırma" başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan 41. maddesinde somutlaştırılmıştır.

KP md. 41'e göre:

"1. Akit taraflar, aralarında, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.

2. Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, akit tarafların iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki

³⁰⁸ O zamanki AETA md. 52 ila 56 ve 58.

³⁰⁹ AETA md. 55, 56 ve 58 ila 65.

³¹⁰ Bkz. "I. bölüm, 2.1. Ortaklık İlişkisinin Düzenleme Alanları".

³¹¹ Krş. Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 19-25.

kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder.

Ortaklık Konseyi, sözkonusu sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak, tespit eder. Üretim ve alışverişlerin gelişmesine özellikle bulunan faaliyetlere öncelik verilir.”

KP madde 41(1) *standstill* klozu içermekte olup, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Sözkonusu maddenin ikinci fıkrasında ise, akit taraflar arasında mevcut kısıtlamaları peyderpey kaldırmak üzere Ortaklık Konseyi'nin süre ve usulleri belirlemesi öngörülmüştür. KP'nin işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen 36. maddesinden farklı olarak, KP md. 41(2)'de herhangi bir takvim ortaya konmamıştır. Nitekim Ortaklık Konseyi bugüne kadar iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına dair herhangi bir karar almamıştır. Bu durum, ortaklık hukuku çerçevesinde Türk vatandaşları için tanınan iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının yalnızca kâğıt üzerinde kaldığı yorumlarına neden olsa da, KP 41(1)'de düzenlenen *standstill* klozunun etkisini bertaraf etmemektedir.

2. İlgili Hüküm

İş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin KP madde 41(1)'de düzenlenen *standstill* hükmüne göre, akit taraflar, aralarında, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.

KP md. 41(1)'in ortaklık hukukundaki etkileri, iş kurma hakkıyla ilgili olan *Savaş* davasında³¹² inceleme konusu olmuştur. Divan'ın *Demirel* kararında ortaya

³¹² Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224.

koyduğu doğrudan etki testine göre, Birlik ile Birliğe üye olmayan devletler arasında imzalanan bir anlaşmadaki hüküm, sözkonusu anlaşmanın lafzı, amacı ve niteliği itibariyle doğrudan etkiye elverişli olması ve o hükmün, uygulanması veya etki doğurması ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin yükümlülükler içermesi halinde doğrudan etkili kabul edilmektedir.³¹³

Divan, *Savaş* kararında KP md. 41(1)'e doğrudan etki testini uygulamıştır.³¹⁴ Bu çerçevede, Divan, KP md. 41(1)'in, lafzının tam olarak gösterdiği gibi, açık, kesin ve koşulsuz olarak, KP'nin yürürlüğe girme tarihinden itibaren akit tarafların iş kurma serbestisine yönelik kısıtlamalar getirmelerini yasaklayan muğlak olmayan bir kaçınma yükümlülüğü getirdiğine hükmetmiştir.³¹⁵

Divan, KP md. 41(1)'in doğrudan etkili olduğunu ortaya koyarken, AETA md. 53³¹⁶ ile 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13'te düzenlenen *standstill* klostlarına da atıfta bulunmuştur. Bu çerçevede, öncelikle, üye devletlerin diğer üye devlet vatandaşlarının, iş kurma serbestisine yeni kısıtlamalar getirmelerini yasaklayan AETA md. 53'ün³¹⁷ koşul, uygulama ya da etki açısından herhangi bir başka önleme konu olmayan, kendi içinde tam ve bu nedenle üye devletler arası ilişkiler açısından doğrudan etki doğuran kesin bir yasaklama getirdiğini hatırlatarak; KP md. 41(1)'in lafzının AETA md. 53 ile özdeş olduğu cihetle, onunla aynı gerekçelerle doğrudan etkili

³¹³ Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400, para 14.

³¹⁴ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 36.

³¹⁵ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 46.

³¹⁶ AETA md. 53, yerine getirilmiş ve süresi dolmuş olduğu için Amsterdam Antlaşması ile kaldırılmıştır.

³¹⁷ AETA md. 53, yerine getirilmiş ve süresi dolmuş olduğu için Amsterdam Antlaşması ile kaldırılmıştır.

olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹⁸ Divan ikinci olarak, *Sevince* kararıyla doğrudan etkili olduğunu kabul ettiği 2/76 OKK md. 7 ve 1/80 OKK md. 13 ile aynı türde bir hüküm olduğunu belirttiği KP md. 41(1)'in de doğrudan etkililiğini teyit etmiştir.³¹⁹

Divan, kararda ayrıca doğrudan etkililik ile ilgili başka tespitler de yapmıştır. Divan, Ankara Anlaşması'nın amacının akit taraflar arasında ticari ve ekonomik ilişkilerin gelişimini sağlamak ve bu kapsamda, iş kurma serbestisine ilişkin kısıtlamaları peyderpey yürürlükten kaldırmak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Birliğe katılımını kolaylaştırmak olduğunu belirtmiştir.³²⁰ Ankara Anlaşması'nın amacı, KP md. 41(1)'in bireylerin yasal durumlarını doğrudan yönetme olanağına sahip olmasını destekler niteliktedir. Divan ayrıca, Anlaşma'nın esasen Türkiye'nin ekonomik kalkınmasını geliştirme amaçlı olduğunu, akit tarafların üstlenmesi gereken yükümlülükler arasında dengesizlik olmasının, ortaklık hükümlerinin doğrudan etkisini engelleyemeyeceğini kaydetmiştir.³²¹

³¹⁸ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 47-48. AETA md. 53, yerine getirilmiş ve süresi dolmuş olduğu için Amsterdam Antlaşması ile kaldırılmıştır.

³¹⁹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 49-50. Öte yandan, Ankara Antlaşması md. 13 ile KP md. 41(2)'nin uygulamaya yönelik net hükümler ihtiva etmediklerinden üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan etkili olmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla, iş kurma hakkına ilişkin mevcut kısıtlamaların kaldırılması için Ortaklık Konseyi kararlarına ihtiyaç vardır.

³²⁰ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 52.

³²¹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 53.

Divan, *Abatay/Şahin* kararında yeni kısıtlama getirme yasağının iş kurma hakkının yanı sıra işçilerin serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımı için de doğrudan etkili olduğunu ortaya koymuştur.³²²

Divan, tüm bu mülahazalarla, KP md. 41(1)'in doğrudan etkili olduğunu ve bireylerin üye devlet mahkemelerinde ve idarelerinde sözkonusu hükme dayanarak hak talebinde bulunabileceğini hükme bağlamıştır.³²³

2.1. İlgili Hükümün Kapsamı

KP md. 41(1)'deki *standstill* klozunun kapsamı; kişi, konu ve zaman bakımından olmak üzere üç açıdan incelenmektedir. Bu çerçevede, alt başlıklarda ilgili hükmün kapsamı bu üç açıdan ayrıntılı olarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

2.1.1. Kişi Bakımından Kapsam

KP md. 41(1)'in kişi bakımından kapsamı, sözkonusu hükme dayanarak hak talebinde bulunabilecek sùjeleri ifade etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, KP md. 41(1)'den yararlanabilmek için, ilgili gerçek ya da tüzel kişinin Türk uyrukluğunu taşıması gerekmektedir. Ayrıca, çok kısıtlı durumlarda, Birlik vatandaşlarının ve işletmelerinin de kendi devletlerine ya da bulundukları üye devlete karşı KP md. 41(1)'e dayanabileceği belirtilmektedir.³²⁴

KP md. 41(1)'e başvuracak Türk uyrukluğunu taşıyan gerçek ya da tüzel kişinin, ilgili hüküm kapsamında iki kategoriden birine dâhil olması gerekmektedir. Bunlardan

³²² Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 58.

³²³ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 54.

³²⁴ Göçmen, 2009, s. 181.

ilki, iş kurma hakkı; ikincisi ise, hizmetlerin serbest dolaşımıdır. Diğer bir deyişle, ilgili kişi iş kurma hakkından ya da hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanabildiği durumda, KP md. 41(1)'i kullanabilir.

KP md. 41(1)'in kişi bakımından kapsamının net bir şekilde ortaya konulabilmesi için, öncelikle iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Bu açıklama yapılırken, sözkonusu kavramların AB iç pazarındaki tanımlarından yararlanılacaktır. Zira Divan, *Abatay/Şahin* kararında, Ankara Anlaşması md. 13 ve 14 ile ortaklığın amacından, kurucu antlaşmadaki iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin geçerli olan ilkelerin, mümkün olduğu kadar, Türk vatandaşlarına aktarılması gerektiğinin anlaşıldığını belirtmiştir.³²⁵ Bunun ötesinde, KP md. 41(1)'in kişisel kapsamı belirlenirken, Divan'ın, bugüne kadar ilgili hüküm hakkında vermiş olduğu kararlar temel yol gösterici olacaktır.

İş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımı zaman zaman iç içe geçen özellikler göstermektedir. Ancak, aralarındaki temel fark iş kurma hakkında “istikrarlılık ve devamlılık temelinde” faaliyet yürütülürken, hizmetlerin serbest dolaşımında “geçicilik temelinde” bir başka üye devlete gidilmektedir.³²⁶ Bu bağlamda, her iki serbestiye ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

KP md. 41(1) çerçevesinde iş kurma hakkı, bir Türk vatandaşının, AB üyesi bir devlette istikrarlı ve devamlı biçimde “serbest çalışan” olarak bulunmasını gerektirmektedir. Birlik hukukuna göre, serbest çalışan kişi, ilgili etkinliğin, çalışma

³²⁵ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 112.

³²⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 September 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, para 25, 26. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar**, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, s. 254.

koşullarının ve ücretlendirmenin seçilmesi yönünden her türlü itaat ilişkisinin dışında; yalnızca kendi sorumluluğunda ve karşılığında kendisine doğrudan ve tam olarak ödenen bir ücret karşılığında çalışan³²⁷ ve “etkili ve hakiki” bir işle uğraşan³²⁸ kişi konumundadır.³²⁹ Örneğin Divan, *Doğan* davasında, Türk vatandaşı Bay Doğan’ı, Almanya’da çoğunluk hissesine sahip olduğu bir limited şirketin müdürü olarak gelirini serbest meslek faaliyetinden elde ettiği için iş kurma hakkının kişi bakımından kapsamı içinde değerlendirmiştir.³³⁰ İş kurma hakkından yararlanabilecek Türk işletmeler ise, bir üye devlette yerleşik olma ve gerçek bir ekonomik faaliyet yürütme şartını taşımaktadır.³³¹

KP md. 41(1) çerçevesinde hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanan kişilere geçmeden önce AB iç pazar hukukundaki duruma değinmekte fayda vardır. Birlik iç pazar hukuku çerçevesinde, hizmetlerin serbest dolaşımı dört durumu kapsamaktadır: Hizmet sunucularının dolaşımı, hizmet alıcılarının dolaşımı, bizzat hizmetin dolaşımı ve hizmet sunanın iş gücünün serbest dolaşımı.

İlk olarak, hizmet sunucusu, bir hizmeti geçici süreliğine bir üye devlete götüren serbest çalışan gerçek ya da tüzel kişidir. ABİHA md. 56’ya göre, hizmet alıcısının bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşik üye devlet uyrukları bakımından, Birlik içinde hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamalar yasaklanmıştır. İkinci olarak, hizmet alıcıları da Birlik iç pazarında hizmetlerin serbest

³²⁷ Judgment of the Court of 20 November 2001, *Jany and Others*, C-268/99, EU:C:2001:616, para 71.

³²⁸ Krş. Judgment of the Court of 20 November 2001, *Jany and Others*, C-268/99, EU:C:2001:616, para 33.

³²⁹ Göçmen, 2014 (b), s. 89.

³³⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 31.

³³¹ Krş. Judgment of the Court of 12 September 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, para 54.

dolaşımı kapsamındadır. ABİHA md. 56, hizmet alıcılarını üye devlet vatandaşlarına tanınan hizmet sunma serbestisi içinde açık bir şekilde saymamaktadır. Ancak, Divan'ın 1984 tarihli *Luisi ve Carbone* davasından beri yerleşik içtihadına göre, hizmet sunma serbestisi, pasif hizmet sunma serbestisini, yani hizmet alıcılarının kısıtlamalar ile engellenmeksizin hizmet almak için bir başka üye devlete gitme serbestisini de içermektedir.³³² Zira hizmet alıcılarının serbest dolaşımı hizmet sunma serbestisinin gerekli tamamlayıcısı olup, malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımınca kapsanmayan tüm kazançlı etkinliklerin liberalleştirilmesi hedefini yerine getirir.³³³ Bu itibarla, turistler, tıbbi tedavi alan kişiler ve eğitim veya iş amacıyla seyahat eden kişiler hizmet alıcıları olarak kabul görmektedir. Üçüncü olarak, Birlik iç pazarında bizzat hizmetin dolaşımı kapsamında, telefon, internet ve kablolu tv gibi hizmetlerin kendisi de dolaşım serbestisi içinde sayılmaktadır.³³⁴ Son olarak ise, hizmet sunanın iş gücü de bu serbest dolaşım kapsamındadır.³³⁵

KP md. 41(1) çerçevesinde hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanan kişi, AB üyesi devlette geçicilik temelinde “serbest çalışan” birisi veya hizmet sunan gerçek ya da tüzel kişinin işgücü olmalıdır.³³⁶ Keza, Divan, *Abatay/Şahin ve Soysal/Savatlı* kararlarında, ilgili hükmün bir üye devlette hukuka uygun olarak hizmet sunan ve Türkiye’de yerleşik bulunan bir teşebbüs ve böyle bir teşebbüste işçi olan tır

³³² Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C-286/82, EU:C:1984:35, para 16.

³³³ Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C-286/82, EU:C:1984:35, para 10.

³³⁴ Göçmen, 2009, s. 182.

³³⁵ Judgment of the Court of 9 August 1994, *Vander Elst v Office des migrations internationales*, C-43/93, EU:C:1994:310, para 21; Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 March 1990, *Rush Portuguesa v Office national d'immigration*, C-113/89, EU:C:1990:142, para 12. Ayrıca bkz. Göçmen, 2017, s. 296.

³³⁶ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 113.

şöförlerince de ileri sürülebileceğini ortaya koymuştur. Çünkü bu hizmetlerin sağlayıcısının çalışanları bu hizmetlerin sunulabilmesi için vazgeçilmezdir.³³⁷

KP md. 41(1)'de, akit tarafların, aralarında hizmet sunumu serbestisine ilişkin yeni kısıtlama getirme yasağının hizmet alıcıları da kapsayıp kapsamadığı hususu, bilhassa Divan'ın sözkonusu *standstill* hükmünün ülkeye ilk kabul ve vizeyi de kapsadığını belirttiği *Soysal/Savatlı*³³⁸ kararından sonra tartışılmaya başlanmıştır. Literatürde, Türkiye – AB ortaklık hukukunda yer alan hizmetlerin serbest dolaşımı kavramının, Birlik hukukunda olduğu gibi, pasif hizmet sunma serbestisini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır.³³⁹

Divan, *Demirkan* davası ile Birlik hukukunda ABİHA md. 56 kapsamında değerlendirilen pasif hizmet sunumu serbestisinin KP md. 41(1) tarafından da korunup korunmadığını açıklığa kavuşturma imkânı bulmuştur. *Demirkan* davasının konusu kısaca şöyledir: Türk vatandaşı Bayan Demirkan, Almanya'da yaşayan Alman vatandaşı üvey babasını ziyaret etmek amacıyla Ankara'daki Alman Büyükelçiliği'ne vize başvurusunda bulunmuş; vize talebinin reddi üzerine ise, ilgili Alman Mahkemesi'nde dava açmıştır.³⁴⁰ Bayan Demirkan davada, KP md. 41(1)'den kaynaklı olarak, kendisinin üvey babasını ziyaret etme amaçlı Almanya'daki planlanan kalışı için vizeye ihtiyacı olmadığını savunmuştur. Adıgeçen, böyle bir ziyaretin hizmet alımını ister istemez içereceği için, kendisinin turist sıfatıyla hizmet alıcısı konumunda olduğunu,

³³⁷ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 106, 117; Judgment of the Court of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 46.

³³⁸ Judgment of the Court of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101.

³³⁹ Bkz. Özdemir, 2011, s. 594-597; Burak Erdenir, "Vize", **Yardım Asrın Ardından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**, Turhan Kitabevi, 2013, s. 484.

³⁴⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 22.

Almanya'ya gitme girişiminin KP md. 41(1) kapsamına girdiğini ve bu nedenle, KP'nin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle vize uygulamayan Almanya'nın bu tarihten sonra Türk vatandaşlarına getirdiği vize alma yükümlülüğünün kendisine uygulanamayacağını iddia etmiştir.³⁴¹ İlgili Alman Mahkemesi'nin, istemini geri çevirmesi üzerine Bayan Demirkan kararı temyiz etmiştir. Üst mahkeme de ön karar prosedürüyle Divan'a başvurarak, pasif hizmet sunma serbestisinin KP md. 41(1) anlamında hizmet sunumu serbestisi kavramı içinde kalıp kalmadığını sormuştur.³⁴²

Divan, davada, *Ziebell* kararında olduğu gibi, AB Antlaşmalarının hedefleri ile Ankara Anlaşması'nın hedefleri arasında önemli farklılıklar bulunduğunu; AB Antlaşmalarında (iç pazarın) kurulmasına yönelik tüm engellerin kaldırılarak, iç sınırları olmayan bir alan olarak ifade edilen bir iç pazarın oluşturulmasının amaçlandığını, bu amacın Antlaşmayı, esasen ekonomik bir amaç güden Ankara Anlaşması'ndan ayırdığını belirtmiştir.³⁴³ Dolayısıyla Divan, Birlik hukuku ile ortaklık hukuku metinlerinde her zaman aynı yorumun mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Divan, kararında ayrıca, Birlik hukukunda hizmetlerin serbest dolaşımının esas olarak hizmet sunumu serbestisi olarak öngörüldüğünü, ABAD'ın 1984 yılında verdiği *Luisi ve Carbone* kararıyla hizmet alma özgürlüğünü de kapsamaya başladığını kaydetmiş;³⁴⁴ bundan hareketle, ortaklık hukuku metinlerinde akit tarafların hizmet özgürlüğünü

³⁴¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 24.

³⁴² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 31.

³⁴³ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 55-56.

³⁴⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 36. Bkz. Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C-286/82, EU:C:1984:35, para 16.

hizmet almayı kapsayacak şekilde öngördüklerine dair emare bulunmadığı sonucuna varmıştır.³⁴⁵

Son tahlilde Divan, KP md. 41(1)'deki "hizmetlerin serbest dolaşımı" kavramının, hizmet alıcıları olan Türk vatandaşlarının hizmet almak için bir üye devlete gitmesi serbestisini kapsamayacağını hükme bağlamıştır.³⁴⁶ Diğer bir deyişle, KP md. 41(1) uyarınca Türk vatandaşlarının eğitim, akraba ziyareti, iş, sağlık ve özellikle de turistik amaçlarla AB üyesi ülkelere gitmek istediğinde yeni kısıtlama yasağından yararlanamayacağı ortaya konulmuştur.

Divan'ın, *Demirkan* kararı öncesinde Türkiye – AB ortaklık hukuku çerçevesinde oluşturduğu olumlu bakış açısından bu kararla ayrılıyor oluşu, literatürde Divan'ın siyasi endişelerine dayandırılmıştır.³⁴⁷ Nitekim hizmet alıcılarının serbest dolaşım kapsamına alınması, potansiyel tüketici konumundaki her Türk vatandaşı için Avrupa kapılarını açacağından, Divan'ın böylesine önemli bir sorumluluğu almaktan kaçınmak adına mevcut içtihat çizgisinden ayrılmış olabileceği değerlendirilmektedir.³⁴⁸

Standstill kloxuna dayanabilecek kişiler, bunu ancak bu maddenin konu bakımından kapsamı içinde kalan bir etkinlik için yapabilecektir. İlgili hükmün konu bakımından kapsamı ise bir sonraki başlıkta incelenecektir.

³⁴⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 57-60.

³⁴⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583, para 63.

³⁴⁷ Gözde Kaya, "Avrupa Birliği ve Türkiye Ortaklık Hukukunda Hizmet Alıcılarının Durumu: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Demirkan* Davası", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2015, (Basım Yılı: Nisan 2016), s. 228.

³⁴⁸ Hacı Can, "Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı-Avrupa Birliği Adalet Divanı 'Ecem Demirkan' Kararı", **ASOMEDYA**, Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak/Şubat 2014, s. 28.

2.1.2. Konu Bakımından Kapsam

KP md. 41(1)'de düzenlenen *standstill* klozunun konu itibariyle kapsamı, bu hükme hangi durumlarda başvurulabileceğini ifade etmektedir. İlgili hükmün konu bakımından kapsamının iki unsuru bulunmaktadır: Bunlardan ilkinde göre, ilgili durumun konusunu *standstill* klozunun uygulama alanına giren bir etkinlik oluşturmalıdır. İkincisine göre ise, ilgili durum konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalmamalı; diğer bir deyişle, o durumu ortaklık hukukundaki *standstill* klozu ile bağlayan sınır aşırı bir faktör bulunmalıdır.³⁴⁹ KP md. 41(1)'in konu bakımından kapsamı, her iki unsur itibariyle aşağıda sırasıyla incelenecektir.

2.1.2.1. İlgili Etkinlik

KP md. 41(1)'in uygulama alanına giren etkinlikler, ortaklık hukukunda iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde gerçekleştirilen etkinliklerdir. Burada ilgili hükmün maddi boyutu belirlenirken, ilk olarak hangi faaliyetlerin hizmetler içinde tanımlandığı; ikinci olarak da hangi hakların iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında değerlendirildiği ortaya konulacaktır. Bu açıklamalar yapılırken, temel olarak, Divan'ın KP md. 41(1) çerçevesinde verdiği kararlardan yararlanılacaktır. Öte yandan, Divan istisnai durumlar dışında³⁵⁰, Birlik iç pazarındaki dolaşım serbestileri ile ortaklık hukukundaki karşılıkları arasında, mümkün olduğunca, paralellik kurarak yorum yaptığından, Divan'ın Birlik iç pazarı hakkındaki yerleşik içtihadı da rehber olarak alınacaktır.

³⁴⁹ Göçmen, 2009, s. 185.

³⁵⁰ Bkz. Judgment of the Court of 8 December 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809; Judgment of the Court (First Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11, EU:C:2013:583.

2.1.2.1.1. Ön Tespitler

KP md. 41(1)'in kapsamına giren etkinlikler hakkında ilk olarak belirtmek gerekir ki, Birlik hukukunda hizmet olarak tanımlanan faaliyetlerin tamamı, aynı zamanda ortaklık hukukunda da hizmet tanımı kapsamındadır. Bu itibarla hizmetler; sınai ve ticari nitelikteki faaliyetler, zanaat ve serbest meslek faaliyetleri ile turizm, sağlık, finans, iş, eğitim ve spor faaliyetlerini içermektedir.³⁵¹

Ayrıca, Birlik iç pazarından farklı olarak, ulaştırma sektörü de ortaklık hukukunun hizmet tanımı kapsamında yer almaktadır.³⁵² Bu husus, sınır aşan yük taşımacılığı ile ilgili *Abatay/Şahin* davasında Divan'ın gündemine gelmiştir.³⁵³ Davada, Hollanda hükümeti, ortaklık mevzuatında hizmetlerin serbest dolaşımı kurallarının ve özelde KP md. 41(1)'in ulaştırma sektörüne uygulanamayacağını bildirmiştir.³⁵⁴ Hollanda hükümeti, bu iddiasını ulaştırma sektörünün Ankara Anlaşması'nın 42. maddesinde ayrı olarak düzenlendiği ve bu sektördeki faaliyetlerin ABA'da da açıkça hizmetlerin serbest dolaşımından istisna tutulduğu üzerine dayandırmıştır.³⁵⁵ Divan, Hollanda hükümetinin iddialarına katılmamış; Türkiye – AB ortaklığı için ulaştırma alanındaki durumun farklılık arzettiğini belirtmiştir.³⁵⁶ Divan'a göre, ortaklık

³⁵¹ Lizbon Antlaşması ile değişik ABA md. 50. Ayrıca bkz. Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C-286/82, EU:C:1984:35.

³⁵² Bkz. Case C-629/16 Hukuk Sözcüsü Görüşü.

³⁵³ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572.

³⁵⁴ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 92.

³⁵⁵ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 92.

³⁵⁶ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 93.

hukukunda ulaştırma sektöruyle ilgili hükümler olan Ankara Anlaşması md. 15 ve KP. md. 42, ulaştırma alanında Ortaklık Konseyi'nin büyük ölçüde değerlendirme serbestisine sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bu hükümlere göre, ABA'nın ulaştırma ile ilgili maddelerini Türkiye'ye teşmil etmenin ayrıntıları ve koşulları, her şeyden önce Türkiye'nin coğrafi durumu göz önünde bulundurularak, Ortaklık Konseyi'nce tespit edilecektir.³⁵⁷ Ancak, KP md. 42'nin lafzından, ABA'nın ulaştırma alanındaki düzenlemelerinin, Türkiye'ye teşmilinin zorunlu olmadığı anlaşılmakta olup, bugüne kadar Ortaklık Konseyi sözkonusu sektörde uygulanabilen Birlik hükümlerinin, Türkiye'ye teşmil edilmesine ilişkin hiçbir önlem almamıştır.³⁵⁸ Dolayısıyla, Türkiye – AB ortaklığına ilişkin ulaştırma hizmetleri, Birlik içi ulaştırma hizmetlerinden farklı olarak genel anlamda hizmetlerin serbest dolaşımına uygulanan kurallara tabidir.³⁵⁹

İkinci olarak, KP md. 41(1) çerçevesinde iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının hangi hakları kapsadığı açıklanmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken de öncelikle, ilgili hükmün kapsamı dışında kalan haklar belirtilecektir.

KP md. 41(1), usuli–benzeri bir kural olması itibariyle, bir maddi hukuk kuralının aksine, ilgili hükümden yararlanacak Türk uyrukluğunu taşıyan gerçek ya da tüzel kişilere bir üye devlet ülkesine giriş, orada istihdam, serbest çalışma, hizmet edimi, ikamet ve aile birleşimi konularında kendiliğinden maddi/pozitif bir hak bahşetmemektedir.³⁶⁰ Bunun aksine, bir üye devlette iş kurma hakkı ve hizmetlerin

³⁵⁷ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para. 96.

³⁵⁸ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 97-98.

³⁵⁹ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 99.

³⁶⁰ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 64-65; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 62.

serbest dolaşımından yararlanmak isteyen Türk uyrukluğunu taşıyan gerçek ya da tüzel kişinin durumunun değerlendirilmesinde zaman bakımından üye devlet mevzuatının hangi hükümlerinin uygulanacağını belirten bir etki göstermektedir.³⁶¹

Öte yandan, Türk uyrukluğunu taşıyan gerçek ya da tüzel kişiler, üye devlet uyrukluğunu taşıyan gerçek ya da tüzel kişilerin aksine Birlik içerisinde serbest dolaşım hakkını haiz bulunmamakta, ancak belirli şartları taşımaları halinde yalnızca bir üye devlet içinde birtakım haklara sahip olabilmektedir.³⁶²

2.1.2.1.2. Ülkeye İlk Giriş

Türk vatandaşlarının bir üye devletin ülkesine ilk girişine dair ulusal kuralların KP md. 41(1) çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu³⁶³ ilk kez, Divan’a ön karar prosedürüyle gönderilen *Tüm/Darı* davasında³⁶⁴ gündeme gelmiştir.

³⁶¹ Baykal, 2009, s. 6; Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530.

³⁶² Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 59; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 64.

³⁶³ Konu hakkında bkz. Sanem Baykal, **Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi: Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol’ün 41/1 Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı**, İstanbul, Aralık 2007, İKV Yay: 214; Tolga Candan, “ATAD’ın Son Kararları Işığında Ortaklık İlişkisinde Yerleşme Hakkı ve Serbest Dolaşım”, **Avrupa Birliği’nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler**, Editör: Belgin Akçay – Sevilay Kahraman – Sanem Baykal, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2008, s. 349-361.

Sözkonusu davanın konusu şöyledir: Türk vatandaşı Veli Tüm, 2001 yılında Almanya'dan ve yine Türk vatandaşı Mehmet Darı ise, 1998 yılında Fransa'dan deniz yoluyla İngiltere'ye gelerek sığınma talebinde bulunmuşlardır.³⁶⁵ İngiltere'de 1971 tarihli Göç Yasası uyarınca, çalışma yasağı ya da kısıtlaması koşuluyla geçici olarak ülkeye kabul edilen bu kişilerin sığınma talepleri daha sonra reddedilerek, haklarında sınır dışı kararı verilmiştir.³⁶⁶ Ancak, İngiliz makamları bu sınır dışı kararını uygulamadığı için, Bay Tüm ve Bay Darı geçici izinle İngiltere'de kalmaya etmiş; kendilerine çalışma izni de verilmediğinden, bu defa İngiltere'de “serbest işyeri kurmak için yerleşmek” amacıyla İngiliz makamlarından giriş vizesi talep etmişlerdir.³⁶⁷ Bu yerleşme talebinde davacılar, başvuruları incelenirken kendilerine KP md. 41(1)'deki *standstill* hükmünün uygulanmasını, bu çerçevede, başvurularının 1973 tarihli daha lehteki göç kurallarına göre değerlendirilmesini talep etmişlerdir.³⁶⁸ İngiliz makamları (Secretary of State) Tüm ve Darı'nın taleplerini, KP'nin İngiltere'de yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan göç ve iş kurma hakkındaki ulusal hukuku değil, kendilerine başvuru yapıldığı tarihte geçerli olan hukuku dikkate alarak reddetmiştir.³⁶⁹ Bu çerçevede, konunun intikal ettiği nihai yargı organı olan Lordlar Kamarası, KP md. 41(1)'in üye

³⁶⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530.

³⁶⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 27.

³⁶⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 28.

³⁶⁷ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 29.

³⁶⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 30.

³⁶⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 31.

devletlerin bu Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden sonra iş kurma hakkını kullanmak isteyen bir Türk vatandaşının ülkeye giriş koşul ve prosedürleri ile ilgili yeni kısıtlamalar getirmelerini engelleyici şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağını ön karar prosedürü kapsamında Divan'a sormuştur.³⁷⁰

Divan *Tüm/Darı* kararında, KP md. (41)1'de düzenlenen *standstill* hükmünün maddi kapsamı bakımından, diğerlerinin yanında iş kurma hakkına yönelik yeni kısıtlamaları da yasakladığını hatırlatmıştır.³⁷¹ Bu bağlamda Divan, *Savaş* ve *Abatay/Şahin* kararları ışığında, *standstill* hükmünün, bir üye devletin iş kurma hakkı ve bunun sonucu ya da ayrılmaz bir unsur olarak oturma izni açısından KP'nin ilgili üye devlette yürürlüğe girdiği tarihtekine nazaran, amacı ya da etkisi itibariyle daha aleyhteki ulusal mevzuatını Türk vatandaşlarına uygulamasını engellediğini ortaya koymuştur.³⁷² Esasında, Divan, o tarihe kadarki içtihadının açık bir şekilde Türk vatandaşlarının iş kurma hakkı kapsamında üye devletin ülkesine ilk girişine atıfta bulunmadığını belirtmekle birlikte, bunun sebebini ilgili içtihatlarında bu yönde bir hüküm vermesine gerek bulunmadığı, nitekim her iki davada da (*Savaş* ve *Abatay/Şahin*) Türk vatandaşlarının üye devletin ülkesine ilk girişinin ulusal hukuk tarafından verilmiş vizelerle gerçekleştiği şeklinde açıklamıştır.³⁷³

Divan, *standstill* hükmünün kendiliğinden Türk vatandaşlarına iş kurma hakkı ve buna bağlı olarak oturma izni tanınmasını mümkün kılmadığı gibi, bir Türk

³⁷⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 34.

³⁷¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 48.

³⁷² Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 49.

³⁷³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 50-51.

vatandaşının üye devlet ülkesine ilk defa girişini de sağlamadığını vurgulamıştır.³⁷⁴ Ancak Divan, maddi hak bahşetmeyen, “yarı usuli” ya da “usuli benzeri” bir kural olarak etki gösteren *standstill* hükmünün, Birleşik Krallık Hükümeti’nin, esas davada davacıların KP md. 41(1)’e getirdikleri yorumun üye devletlerin göç konusundaki münhasır yetkilerine kabul edilemez ya da aşırı bir müdahale oluşturduğu iddiasını da reddetmiştir.³⁷⁵

Divan’a göre, Birlik hukukunun o günkü haliyle, bir Türk vatandaşının üye devletin ülkesine ilk girişi konusunda yetki kural olarak, münhasıran üye devlete aitse de, *standstill* hükmü üye devletlere belli konularda “yapmama yükümlülüğü” yükleyerek, bu konularda hareket alanlarını bir ölçüde kısıtlamakta, ancak yabancılar konusundaki egemenlik yetkilerinin özüne dokunmamaktadır.³⁷⁶ Divan, Birleşik Krallık Hükümetinin, *standstill* hükmünün ülkeye ilk girişe ilişkin koşullara uygulanamayacağı iddiasını reddederek,³⁷⁷ bir üye devletin, Türk vatandaşlarının ülkesine ilk girişi konusundaki yetkisinin de ortaklık hukuku çerçevesinde belli oranda sınırlandırıldığına işaret etmiştir.³⁷⁸

Son tahlilde Divan, KP md. 41(1)’in, sözkonusu Protokol’ün ilgili üye devlette yürürlüğe girişinden itibaren, kendi hesaplarına iş kurmak amacındaki Türk vatandaşlarının, iş kurma hakkını kullanmalarına, ilgili üye devletin ülkesine ilk girişin

³⁷⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, Tum and Dari, C-16/05, EU:C:2007:530, para 52.

³⁷⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, Tum and Dari, C-16/05, EU:C:2007:530, para 56.

³⁷⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, Tum and Dari, C-16/05, EU:C:2007:530, para 58.

³⁷⁷ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, Tum and Dari, C-16/05, EU:C:2007:530, para 59.

³⁷⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, Tum and Dari, C-16/05, EU:C:2007:530, para 60.

tabi olduğu maddi ve/veya usuli koşullar da dâhil olmak üzere, yeni kısıtlama getirmelerini yasakladığına hükmetmiştir.³⁷⁹

Tüm/Darı kararı, iş kurmak için bir üye devlette yerleşmek isteyen Türk vatandaşlarının, o ülkeye ilk girişlerinin belirlenmesinde de KP md. 41(1)'in geçerli olduğuna hükmederek bir ilke imza atması bakımından önem taşımaktadır. Bu durum, *Tüm/Darı* kararından sonra gelen *Soysal/Savatlı* kararı ile birlikte hizmet sunumu serbestisine de teşmil edilmiştir.

Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili Divan'ın önüne gelen *Soysal/Savatlı* davasının³⁸⁰ konusu şu şekildedir: Türkiye'de ikamet eden Türk vatandaşları Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı, uluslararası mal taşımacılığı yapan bir Türk şirketine tır şoförü olarak çalışmaktadır. Şoförlerin kullandıkları tırlar, Almanya'daki bir şirkete kayıtlıdır. 2000 yılına kadar Federal Almanya Cumhuriyeti, başvuru sahiplerinin, Türkiye'de kayıtlı tırların şoförü olarak Almanya'da hizmet sunma amacına yönelik yaptıkları birçok vize başvurusunu olumlu sonuçlandırmıştır. Ancak, adigeçenlerin, Almanya'da kayıtlı tırların şoförleri olarak 2001 ve 2002 yıllarında yaptıkları vize başvuruları İstanbul'daki Alman Başkonsolosluğınca reddedilmiştir. Vize taleplerinin reddedilmesi üzerine, başvuru sahipleri Berlin İdare Mahkemesine dava açarak, uluslararası mal taşımacılığında hizmet sağlayan tır şoförleri olarak, Almanya'ya vizeye gerek olmadan girme hakları olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu iddialarını KP md. 41(1)'de yer alan *standstill* hükmüne dayandıran ilgililer, bu hüküm sayesinde, Almanya'ya girişleri konusunda KP'nin yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde var olan durumdan daha olumsuz bir kısıtlama getirilemeyeceğini, nitekim o tarihte,

³⁷⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 69.

³⁸⁰ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101.

başvuru sahiplerinin yaptıkları işle ilgili olarak bir vize zorunluluğu olmadığını;³⁸¹ ayrıca *standstill* hükmünün, yine KP'nin yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen vizeye ilişkin 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü³⁸² için de geçerli olduğunu belirtmişlerdir. Berlin İdare Mahkemesi başvuruyu reddedince, başvuru sahipleri kararı Berlin Eyalet Mahkemesi nezdinde temyiz etmişlerdir. Eyalet Mahkemesi, konunun KP md. 41(1)'in yorumunu gerektirdiğine hükmederek, davayı ön karar prosedürüyle Divan'a göndermiştir.

Divan, *Soysal/Savatlı* davasında, Ankara Anlaşması kapsamında bir üye devlette hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmak isteyen Türk vatandaşları bakımından, sözkonusu faaliyeti bundan böyle Birlik vatandaşlarından talep edilmeyen bir vizenin düzenlenmesi şartına bağlı hale getiren ulusal mevzuatın, sözkonusu serbestinin gerçek anlamda uygulanmasına, özellikle sınırlı bir süre için geçerli olan bu tür bir iznin ilave ve tekrarlanan idari ve mali maliyetleri nedeniyle, etki etmeye yatkın olduğunu kaydetmiştir.³⁸³ 1 Ocak 1973 tarihinde mevcut olmayan bu tür bir mevzuatın, benzer durumdaki Türk vatandaşları tarafından Ankara Anlaşması ile teminat altına alınmış olan ekonomik özgürlüklerinin kullanımını, en azından ilgili üye devlette KP'nin yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olandan daha katı şartlara tabi hale getirecek etkiye sahip olduğunu; bu nedenle, böyle bir mevzuatın, Türkiye'de yerleşik olan Türk vatandaşlarının Almanya'da serbestçe hizmet sunma hakkına KP md. 41(1) kapsamında

³⁸¹ Almanya Türk vatandaşlarına vize uygulamasına 1980 yılında başlamıştır.

³⁸² Türk vatandaşları, AB hukuku kapsamında 539/2001 sayılı Konsey tüzüğü ve bu tüzüğe daha sonra getirilen değişikliklerle, Schengen vizesi alma zorunluluğu bulunan kara liste içerisine dâhil edilmiştir. Yürürlükteki Alman mevzuatı da sözkonusu tüzüğün bir uygulamasını teşkil etmektedir.

³⁸³ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 55.

yeni bir kısıtlama teşkil ettiğini ifade etmiştir.³⁸⁴ Divan ayrıca, Almanya’da halen yürürlükte olan sözkonusu mevzuatın esas olarak ikincil Birlik mevzuatının bir hükmünü hayata geçirdiği gerçeğinin sonucu değiştirmeyeceğini de belirtmiştir.³⁸⁵

Sonuç itibariyle Divan, KP md. 41(1)’in, KP’nin yürürlüğe girmiş olduğu 1 Ocak 1973 tarihinden itibaren hizmet sunmak amacıyla bir AB üyesi ülkeye girmesi gereken esas davadaki davacılara benzer durumdaki Türk vatandaşlarından giriş vizesi talep edilmesini, KP’nin yürürlüğe giriş tarihinde Federal Almanya’da böyle bir zorunluluk bulunmaması nedeniyle yasaklamakta olduğuna hükmetmiştir.³⁸⁶

Soysal/Savatlı kararı da, *Tüm/Darı* kararı gibi, Birlik hukukunda Türk vatandaşları için önemli etkileri olacak bir içtihat zincirini oluşturmuştur. İş kurmak isteyen Türk vatandaşlarının vizesiz seyahat edebilme ihtimalinin önünü açan *Tüm/Darı* kararından sonra, *Soysal/Savatlı* kararıyla birlikte, serbest çalışan Türk vatandaşlarının da hizmet sunmak amacıyla bazı AB ülkelerine vizesiz seyahat edebilme ihtimallerinin önü açılmıştır.

2.1.2.1.3. İş Kurma ve Hizmet Sunma ile Bağlantılı Konular

Divan, KP md. 41(1)’in, bir üye devleti, ülkesinde bir Türk vatandaşının iş kurmasını ve bunun doğal sonucu olarak ikamet etmesini KP’nin yürürlüğe girdiği

³⁸⁴ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 56.

³⁸⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 57.

³⁸⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101.

zamanda kendi ülkesinde geçerli olan koşullardan daha ağır koşullara tabi tutma amacı veya sonucu doğuran yeni önlemleri almaktan men ettiğini hükme bağlamıştır.³⁸⁷

Divan, *Abatay/Şahin* kararında, KP md. 41(1)'in hem iş kurma hakkı hem de hizmetlerin serbest dolaşımını düzenlediğini belirterek, iş kurma hakkı ile ilgili yaptığı yukarıdaki yorumun hizmetlerin serbest dolaşımı için de geçerli olduğunu kaydetmiştir.³⁸⁸ Bu çerçevede, ilgili hüküm, bir üye devlette bir Türk vatandaşının hizmet serbestisinden yararlanmasını ve buna bağlı olarak ikamet etmesini KP'nin yürürlüğe girdiği zamanda kendi ülkesinde geçerli olan koşullardan daha ağır koşullara tabi tutma amacı veya sonucu doğuran yeni önlemleri yasaklamaktadır.

Sonuç olarak, ikamet hakkı; iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının doğal bir tamamlayıcısı olarak, yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünün kapsamı içinde yer almaktadır.³⁸⁹

2.1.2.1.4. Aile Birleşimi

KP md. 41(1) *standstill* hükmünün konu bakımından kapsamı içinde değerlendirilen bir diğer alan aile birleşimidir. Bu husus, Divan'ın 2014 tarihli *Doğan* kararında³⁹⁰ açıklıkla düzenleme bulmuştur.

³⁸⁷ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 69; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 66; Judgment of the Court of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 49.

³⁸⁸ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 67.

³⁸⁹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 65; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 65-66; Judgment of the Court of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 49.

Doğan davasının konusu şu şekildedir: Naime Doğan (Bayan Doğan) Türkiye’de mukim bir Türk vatandaşıdır. Naime Doğan’ın eşi (Bay Doğan) ise, 1998 yılından bu yana Almanya’da bulunan, 2002 yılından beridir de belirli süreli ve sonrasında süresiz ikamet iznine sahip bir Türk vatandaşıdır.³⁹¹ Bay Doğan, çoğunluk hissesini elinde tuttuğu bir limited şirketin müdürüdür.³⁹² Bayan Doğan, 18 Ocak 2011 tarihinde, aile birleşimi kapsamında Almanya’da serbest meslek sahibi olarak çalışan eşinin yanına gidebilmek için kendisi ve iki çocuğu adına Ankara’daki Alman Büyükelçiliği’ne vize başvurusunda bulunmuştur.³⁹³ Başvuru esnasında, diğer başvuru belgelerinin yanı sıra 28 Eylül 2010’da ‘yeterli’ (62/100) sayıldığı dil sertifikasını da ibraz etmiştir. Ancak, Alman makamları sözkonusu başvuruyu, adigeçenin durumunun Alman aile birleşimi mevzuatı açısından zorunluluk arzeden belirli bir seviyede Almanca bilme kuralına uymadığı gerekçesiyle reddetmiştir.³⁹⁴ Büyükelçiliğe göre, Bayan Doğan okuma yazma bilmemekte olup, çoktan seçmeli soruları rastgele cevaplayarak testi çözmüştür ve üç standart cümleyi de ezberlemiştir. Bayan Doğan, 23 Mart 2011 tarihli bu karara itiraz etmeyip, 26 Temmuz 2011 tarihinde yalnızca kendisiyle ilgili olarak aile birleşimi amacıyla vize için Ankara’daki Alman Büyükelçiliği’ne yeni bir başvuru yapmıştır.³⁹⁵ Bu başvuru da, Büyükelçilik tarafından 31 Ekim 2011 tarihinde tekrar reddedilince,

³⁹⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066.

³⁹¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 17.

³⁹² Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 18.

³⁹³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 19.

³⁹⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 21.

³⁹⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 21.

Bayan Doğan 15 Kasım 2011 tarihinde yeniden değerlendirme talep etmiş; ancak sonuç değişmemiştir. Nitekim Büyükelçiliğe göre Bayan Doğan okuma yazma bilmediğinden gerekli dil bilgisine sahip değildir.³⁹⁶

Bunun üzerine, Bayan Doğan, Berlin İdare Mahkemesinde dava açarak, gerekli dil bilgisine sahip olduğunu ve dahası, Alman dili bilgisi kanıtı talebinin ortaklık hukukunda KP md. 41(1)'de düzenlenen *standstill* hükmünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.³⁹⁷ Berlin İdare Mahkemesi, davayı ön karar prosedürüyle Divan'a göndererek, Divan'a, KP md. 41(1)'in, bu hüküm yürürlüğe girdikten sonra getirilen ve bu hükümden yararlanan bir Türk vatandaşının aile üyesinin Almanya'ya ilk kez girişini asgari Almanca bilgisi gerekliliğine bağlayan ulusal kuralın önüne geçip geçemeyeceğini sormuştur.³⁹⁸

Divan, önüne gelen davada, öncelikle konunun Bay Doğan'ın iş kurma hakkının kullanımı ışığında analiz edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁹⁹ Ardından, aile birleşiminin iş kurma hakkının konu bakımından kapsamı içinde olduğunu değerlendirmiştir. Divan'a göre, aile birleşimi, üye devletlerin iş gücüne dâhil bulunan Türk işçilerinin aile hayatını mümkün kılan asli bir yoldur ve Türk işçilerinin hem kalışlarının kalitesini arttırmaya hem de ilgili üye devletlerdeki entegrasyonlarına katkı sağlamaktadır.⁴⁰⁰ Zira bir Türk vatandaşının bir üye devlette istikrarlı bir ekonomik etkinlik yürütmek için

³⁹⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 22.

³⁹⁷ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 23.

³⁹⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 24.

³⁹⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 32.

⁴⁰⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 34.

oraya yerleşme kararı, o üye devletin düzenlemeleri aile birleşimini zor veya imkânsız hale getiriyorsa, negatif biçimde etkilenebilir.⁴⁰¹ Dolayısıyla, esas davada ihtilaflı olan gibi Türk vatandaşlarının eşlerinin ilgili üye devlet ülkesine ilk kez kabulü koşullarını KP'nin yürürlüğe girdiği anda uygulanabilir olan koşullara nazaran sıkılaştırarak, aile birleşimini daha çok zorlaştıran bir düzenleme, sözkonusu Türk vatandaşlarının iş kurma hakkı kullanımının üstünde, KP md. 41(1) anlamında yeni kısıtlama oluşturur.⁴⁰²

Son tahlilde Divan, *Doğan* kararında, KP md. 41(1)'de düzenlenen *standstill* klotunun ilgili üye devlette KP'nin yürürlüğe girmesinden sonra getirilen ve o üye devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine o üye devletin resmi dilinin temel bilgisini hâlihazırda edinmiş olduklarını göstermeleri koşulunu vazeden ulusal hukuk kuralının önüne geçeceğini belirtmiştir.⁴⁰³

Böylece, *Doğan* kararıyla, aile birleşimi ilk kez KP md. 41(1)'in konu bakımından uygulama alanına dâhil edilmiştir. Göçmen/Tezcan'a göre, bu yenilik, esasında Divan'ın o güne kadarki içtihat hukuku ışığında “malumun ilanı” sayılmaktadır.⁴⁰⁴ Nitekim Divan, *Demirkan* kararı haricinde, iç pazardaki dolaşım serbestileri ile ortaklık hukukundaki karşılıkları arasında paralellik kurarak yorumlar yapmakta ve aile birleşimi de bu yaklaşımın bir devamı olarak görülmektedir.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 35.

⁴⁰² Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 36.

⁴⁰³ Göçmen, 2014 (b), s. 88.

⁴⁰⁴ Göçmen/Tezcan, 2014, s. 616.

⁴⁰⁵ Ibid, s. 616. Öte yandan, aile birleşimi hususu Birlik hukukunda üçüncü ülke vatandaşları bakımından insan hakları boyutuyla da düzenleme bulmakta ve ABAD'ın yargı yetkisi içinde yer almaktadır. Bu bağlamda, AB içindeki Türk vatandaşları da diğer üçüncü ülke vatandaşları gibi Birliğin aile birleşimi hakkındaki

2.1.2.1.5. Sınır Dışı Etme

KP md. 41(1) *standstill* klozu kapsamında kabul edilen bir başka alan, üye devletler tarafından Türk vatandaşlarına yönelik işletilebilecek sınır dışı etmeye dair ulusal kurallardır. Bu husus, henüz Divan tarafından bir davada inceleme konusu yapılmamışsa da; sınır dışı halinde, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmak mümkün olamayacağı için, sınır dışı etmeye ilişkin ulusal kurallar yeni kısıtlama getirme yasağı kapsamında olacaktır.⁴⁰⁶

2.1.2.2. Tamamen Ülke İçi İlişki İçinde Kalmama

Konu bakımından kapsamın ikinci unsuru olan “tamamen ülke içi ilişki içinde kalmama” hali, *standstill* klozunun, bütünüyle ortaklık hukukunun taraflarından birinin

mevzuatının koruması altında bulunmaktadır. Dolayısıyla, Türk vatandaşları belirli bir zaman ve birtakım koşullar çerçevesinde aile birleşimine dair *standstill* hükmüyle sağlanan haklarla sınırlı kalmaksızın, insan hakları temelinde de Birliğin ilgili mevzuatı kapsamında da sözkonusu haktan yararlanabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göçmen, 2014 (b).

⁴⁰⁶ Göçmen, 2009, s. 185. Ayrıca, KP md. 41(1)'de yer alan *standstill* klozunun konu bakımından kapsamı içindeki haklar belirtilirken, bir ayrıma daha gidilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Bunlar, bir üye devlet ülkesinde yasal olarak serbest çalışan Türk vatandaşları ve diğerleri. Bir üye devlet ülkesinde hâlihazırda ikamet iznini haiz ve yasal olarak serbest çalışan Türk vatandaşları, istihdam, buna paralel olarak ikamet ile AB vatandaşları ve Türk işçilerinin yararlandığı sınır dışı karşısında güvence haklarını ileri sürebilir. Bkz. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, Savas, C-37/98, EU:C:2000:224, para 65; Göçmen, 2009, s. 184; İlke Göçmen, “Freedom of Establishment and to Provide Services: A Comparison of the Freedoms in European Union Law and Turkey – EU Association Law”, **Ankara Law Review**, Vol. 8, No. 1, 2011, s. 93.

ülkesi içindeki durumlara uygulanamayacağını ifade etmektedir.⁴⁰⁷ Divan’a göre, dava konusu olaydaki durumu ortaklık hukukundaki *standstill* klozu ile bağlayan sınır aşırı bir faktör bulunmalıdır.⁴⁰⁸

Bu husus, Türkiye – AB ortaklık hukuku özelinde *Abatay/Şahin* davasında Divan’ın gündemine gelmiştir. Dava konusu olayda, Almanya’da yerleşik olan uluslararası nakliye şirketlerinin uzantısı olan ve Türkiye’de merkezi bulunan nakliye firmalarında çalışan tır sürücülerinin sınır aşan taşımacılık hizmetleri incelenmiştir. Divan kararında, hizmet sunucusunun, yerleşik olduğu devlet karşısında hizmetlerin serbest dolaşımı hükümlerine yalnızca hizmetlerin diğer bir üye devlette yerleşik olan hizmet alıcılarına sunulduğunda dayanabileceğini belirtmiştir.⁴⁰⁹ Bu itibarla, Alman taşımacılık şirketinin, nakliye hizmetlerinin alıcısının ikametgâhı/merkezi Almanya’da bulunması nedeniyle, KP md. 41(1)’e dayanamayacağına hükmetmiştir.⁴¹⁰

Yeni kısıtlama getirme yasağı hükmünün tam anlamıyla uygulanabilmesi için, kişi ve konu bakımından kapsamın yanı sıra zaman bakımından da kapsam içinde kalmalıdır. Bir sonraki alt başlıkta “zaman” hususu incelenecektir.

2.1.3. Zaman Bakımından Kapsam

Standstill klozunun zaman bakımından kapsamı, üye devletlerin ilgili hüküm kapsamında kalan alanlarda yeni kısıtlama getirmeleri yasağının hangi tarihten itibaren geçerli olduğuna işaret etmektedir.

⁴⁰⁷ Göçmen, 2009, s. 185.

⁴⁰⁸ Judgment of the Court of 28 March 1979, *The Queen v Saunders*, C-175/78, EU:C:1979:88, para 11.

⁴⁰⁹ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 107.

⁴¹⁰ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 108.

KP md. 41(1)'de düzenlenen yeni kısıtlama getirme yasağı, her bir üye devlet için KP'nin kendisi bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamaktadır.⁴¹¹ KP'nin yürürlüğe giriş tarihi, Birliğin altı kurucu üyesi (Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg) ve ilk genişlemede Topluluğa katılan ülkeler (İngiltere, İrlanda ve Danimarka) için 1 Ocak 1973 tarihidir. Diğer üye devletler için KP'nin yürürlüğe giriş tarihi ise, ilgili devletin Birliğe resmen üye olduğu tarihtir.

Öte yandan Divan *Dereci* kararında, KP'nin ilgili üye devlet bakımından yürürlüğe girdiği tarihten sonra, Türk vatandaşlarının iş kurma ve hizmetlerin serbest dolaşımı hakları lehinde yapılan ulusal düzenlemelerin, daha sonraki tarihli bir ulusal önlemle sıkılaştırılmasının KP md. 41(1) kapsamında yasaklandığını da belirtmiştir.⁴¹²

Dolayısıyla, üye devletler, Türk vatandaşlarının, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin olarak KP'nin kendileri bakımından yürürlüğe girdiği tarihteki uygulamaya⁴¹³ veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamaya⁴¹⁴ nazaran daha ağır ve katı kısıtlamaları kabul edemeyecektir.

2.2. İlgili Hükümün Etkisi (*Standstill Testi*)

Divan, bir ulusal hukuk kuralının yeni kısıtlama getirme yasağına aykırı olup olmadığını değerlendirirken, zaman içerisinde peyderpey oluşturduğu “*standstill testi*”ni

⁴¹¹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224, para 69; Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 117.

⁴¹² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 98; Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756, para 62.

⁴¹³ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 84.

⁴¹⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 98.

uygulamaktadır. Sözkonusu “*standstill* testi”nin geçtiği aşamalar ve parametreleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2.1. Kısıtlama ve Haklı Gerekçe

Divan’ın kısıtlama ve haklı gerekçe temelinde başvurduğu *standstill* testi, tarihsel süreçte aşamalardan geçerek mevcut halini almıştır. Divan bu testi, KP md. 41(1) yönünden ilk kez, iş kurma hakkı ile ilgili olan *Doğan* kararında bütünüyle ortaya koymuştur.⁴¹⁵

Buna göre, KP md. 41(1)’deki *standstill* klozu, bir Türk vatandaşının bir üye devlet ülkesinde iş kurma veya hizmetlerin serbest dolaşımı hakkını kullanmasını, o üye devlet bakımından KP’nin yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamada geçerli olan koşullara nazaran daha kısıtlayıcı koşullara tabi tutma amacı veya sonucu doğuran bir kısıtlama, kamu yararına ilişkin ağır basan bir nedenle haklı gösterilemediği; güttüğü meşru amaca erişmek için uygun ve orantılı olmadığı müddetçe; yasaklamaktadır.⁴¹⁶

Doğan kararına kadar, *standstill* testi, KP md. 41(1) açısından, ortada iş kurma hakkı veya hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik bir ‘kısıtlama’nın olup olmadığını ve varsa da, bunun ilgili AB üye devlet bakımından KP yürürlüğe girdiği zamandaki veya sonrasındaki daha lehteki uygulamaya nazaran ‘yeni’ bir kısıtlama olup olmadığını kapsamaktaydı. Bu kararla birlikte, böyle bir ulusal önlemin meşru bir amaç temelinde

⁴¹⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066. Krş. Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725.

⁴¹⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 40.

ve orantılılık ilkesi çerçevesinde haklı gösterilip gösterilemeyeceğinin inceleneceği de açıklıkla ortaya konmuştur.⁴¹⁷

Standstill testine göre, son olarak, ortada haklı gösterilemeyen yeni bir kısıtlama mevcutsa, ilgili hüküm, o üye devlette yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki daha lehteki kuralları işaret ederek, o olay yönünden, yeni kısıtlama getiren ulusal önlem yerine önceki daha lehe olan kuralların uygulanmasını gerektirmektedir. Zira KP md. 41(1) usuli-benzeri kural olması itibariyle, kendisi ile bağdaşmayan bu ulusal kuralların uygulanmasını önlemekte; ancak, çatıştığı maddi ulusal hukuk kuralının yerine geçmemektedir.⁴¹⁸

Standstill testinin parametrelerini tek tek incelemekte fayda bulunmaktadır. Bu çerçevede, testin ilk soru işareti, dava konusu olayda KP md. 41(1) çerçevesinde bir “kısıtlama”nın var olup olmadığıdır. “Kısıtlama” hususunda, Divan *Abatay/Şahin* kararında, Ankara Anlaşması’nın 14. maddesi ve Türkiye – AB ortaklığının amacı dolayısıyla, akit taraflar arasında hizmetlerin serbest dolaşımı kısıtlamalarının giderilmesi için, kurucu antlaşmadaki hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri çerçevesinde geçerli olan ilkelerin, mümkün olduğu kadar, Türk vatandaşlarına aktarılması gerektiğine hükmetmiştir.⁴¹⁹ O halde, bir ulusal önlemin “kısıtlama” olup olmadığı belirlenirken, Divan’ın AB iç pazarı çerçevesinde oluşturduğu içtihatlardan yararlanılabilecektir.⁴²⁰

Bir sonraki aşamada, Birlik iç pazarındaki ilkelere kıyasen var olduğuna hükmedilen bir kısıtlamanın, yeni bir kısıtlama olup olmadığına bakmak gerekmektedir.

⁴¹⁷ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 37.

⁴¹⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 89.

⁴¹⁹ Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 112.

⁴²⁰ Göçmen, 2009, s. 176.

Daha önce belirtildiği üzere, kısıtlamanın yeni olması, ilgili üye devlet bakımından KP'nin yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki daha lehteki bir uygulamada geçerli olan koşulları ağırlaştırmasına bağlıdır.⁴²¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Divan'ın, ilgili üye devlette Türk vatandaşlarına iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda kısıtlama getirildiğini ortaya koyması halinde, ilgili ulusal önlemin Türk vatandaşlarının durumunu KP'nin bu üye devlette yürürlüğe girdiği zamandaki veya girdikten sonraki lehte uygulama karşısında ağırlaştırdığı anlamında yeni olup olmadığını tespit etmek, tek başına ulusal hukuku yorumlamaya yetkili olan ulusal mahkemenin meselesidir.⁴²² Divan, bu hususun araştırılması ve karara bağlanmasını çoğunlukla ulusal mahkemeye bırakmaktadır.

Bir sonraki aşamada, yeni kısıtlamanın üye devlet tarafından haklı bir neden temelinde gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, AB iç pazar hukukunda olduğu gibi, getirilen yeni kısıtlamanın kamu yararı çerçevesinde kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu yararına ilişkin ağır basan diğer sebepler temelinde, orantılılık ilkesine uygun olması; kısacası, haklı gösterilebilmesi mümkün olmaktadır. Divan, *Doğan* kararında, bu hususu açıklıkla ifade etmiştir.⁴²³

Almanya'da bir limited şirketin müdürü olarak çalışan eşinin yanına gitmek isteyen Bayan Doğan'ın vize başvurusunun Alman aile birleşimi mevzuatı açısından zorunluluk arzeden belirli bir seviyede Almanca bilme kuralına uymadığı gerekçesiyle

⁴²¹ Krş. Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C-300/09, EU:C:2010:756, para 62; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734, para 98.

⁴²² Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572, para 116.

⁴²³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 37. Krş. Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12, EU:C:2013:725, para 40.

reddedilmesi üzerine ulusal mahkeme ve sonrasında Divan'ın önüne gelen *Doğan* davasında, Almanya, asgari Almanca bilgisi gerekliliğinin, zorla evliliklerin önlenmesi ve entegrasyonun artırılması amaçlarıyla getirildiğini belirtmiştir. Buna karşılık Divan, Alman hükümetinin gösterdiği bu sebeplerin kamu yararına ilişkin ağır basan birer sebep oluşturduğu varsayılsa bile, bu sefer de, ilgili gereklilik “her bir olayın spesifik koşulları dikkate alınmaksızın” otomatik olarak aile birleşimi başvurusunun reddedilmesine yol açtığından, güdülen amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmekte olduğunu, dolayısıyla orantılılık ilkesine aykırı düştüğünü belirterek kabul etmemiştir.⁴²⁴

Esasen, 2014 tarihli *Doğan* kararında *standstill* testi tüm parametreleriyle ortaya konulmadan önce de, KP md. 41(1) çerçevesinde Divan'ın önüne gelen davalarda üye devletler hizmetlerin serbest dolaşımına getirdikleri kısıtlamaları haklı nedenlerle gerekçelendirme yoluna gitmeye çalışmışlardır. Bu çerçevede, bir Türk vatandaşının uluslararası yük taşımacılığı yapan bir Türk şirketi adına hizmet sunmak için ülkeye girişini ilgilendiren *Soysal/Savatlı* davası bu hususa bir örnek teşkil etmektedir. Yargılama esnasında, Almanya'nın yanı sıra mevcut davaya katılan Yunanistan, Birleşik Krallık ve Konsey, hizmet sunuculara uygulanan vize uygulamasıyla sınır kontrollerinin güvenliğini sağlamayı hedefledikleri; ayrıca, vize zorunluluğunun ülkeye girişi mutlak surette zorlaştırmadığı, aksine ülkeye giriş yapan kişiye bundan önce ülkeye girişin maddi hukuk koşullarını yerine getirip getirmediği konusunda bir güvenlik sağladığı gerekçesini ileri sürmüşlerdir. Ancak, Divan sınır güvenliği gerekçesini haklı görmeyerek, hizmet sunanlar için konulan vize zorunluluğunun, özellikle geçerliliği zamansal olarak sınırlı olan bir iznin elde edilmesinin beraberinde

⁴²⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066, para 38.

getireceği ek idari ve mali külfet nedeniyle hizmetlerin serbest dolaşımını zedelediğini kaydetmiştir.⁴²⁵

Divan'ın, *standstill* testinde "haklı gerekçe"ye açıklıkla yer vermesi dolayısıyla, üye devletlerin iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına getirdikleri yeni kısıtlamaların haklı gösterilebilir olduğunu gösterme çabalarının artacağı değerlendirilmektedir.⁴²⁶

Standstill testi incelenirken, sözkonusu hükme başvurulamayacak sınırlayıcı hallerin de ortaya konması gerekmektedir. Bir sonraki alt başlıkta, ilgili hükmün sınırları ele alınacaktır.

2.2.2. İlgili Hükümün Sınırları

Standstill klozunun etki doğurmasının birtakım sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlar, hakkın kötüye kullanılması, en çok kayırma ilkesi yasağı ve ekonomik faaliyet sektörünü/dış mali istikrarı tehlikeye düşüren ciddi bozukluklara yönelik önlemlerdir. Bu sınırlar, aşağıda sırasıyla incelenecektir.

Standstill klozunun etki doğurmasının sınırlarından ilkinin, hakkın kötüye kullanılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Divan, Birlik hukukunun kötüye kullanma ve hileli maksatlar için dayanak yapılamayacağını ve ulusal mahkemelerin her bir davada ayrı ayrı –objektif kanıtlar ışığında– ilgili kişilerce kötüye kullanma ve hileli davranış olup olmadığına bakıp, lüzum hasıl olduğu takdirde bu kişilerin AB

⁴²⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 55.

⁴²⁶ Krş. Göçmen/Tezcan, 2014, s. 618.

hükümlerinden yararlanmasının engelleyeceğini hükme bağlamıştır.⁴²⁷ Bu husus, Türkiye – AB ortaklık hukukunda ilk olarak *Tüm/Darı* davasında gündeme gelmiştir. İngiltere Hükümeti, vize almadan İngiltere’ye giderek varışlarında sığınma talebinde bulunan ve geçici olarak ülkeye kabul edildikten sonra bu talepleri reddedilen Veli Tüm ve Mehmet Darı isimli Türk vatandaşlarının, KP md. 41(1)’e dayanmalarına izin verilmesinin hakkın kötüye kullanılması ve hileli davranışa yol açacağını ileri sürmüştür.⁴²⁸ Buna karşılık Divan, davanın ulusal mahkemedeki dosyalarını inceleyerek, ulusal mahkemenin Bay Tüm ve Bay Darı’nın herhangi bir sahtecilikten suçlanamayacağını ve kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı gibi kamu yararının korunması gerekçesinin de davada sözkonusu olmadığını açıklıkla ortaya koyduğunu kaydetmiştir.⁴²⁹ Öte yandan davada, KP md. 41(1)’e başvuran bireylerin haksız olarak Birlik hukukundan yararlanma amacıyla olduklarını gösteren spesifik bir kanıt da bulunmamaktadır.⁴³⁰ Divan, bu şartlar altında, Bay Tüm ve Bay Darı’nın İngiltere’de iş kurma hakkından yararlanmak üzere giriş vizesine başvurmalarından önce, sığınma talebinde bulunmuş olmaları ve bu taleplerinin reddedilmesinin, kendi başına hakkın kötüye kullanılması ya da hileli davranış teşkil etmeyeceğini kaydetmiş ve davada hakkın kötüye kullanılmasına rastlanılmadığına hükmetmiştir.⁴³¹

⁴²⁷ Judgment of the Court of 9 March 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, para 25; Judgment of the Court of 21 July 2011, *Oguz*, C-186/10, EU:C:2011:509, para 25.

⁴²⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 64.

⁴²⁹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 65.

⁴³⁰ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 66.

⁴³¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 65-68.

Hakkın kötüye kullanılmasının KP md. 41(1) çerçevesinde gündeme geldiği bir diğer dava *Oğuz* davasıdır.⁴³² Davada İngiltere, herhangi bir iş ya da meslekle iştigal etmemek şartıyla bir üye devlette kalma izni verilmiş olan bir Türk vatandaşının (söz konusu olayda Bay Oğuz), bu şartı ihlal ederek kendi serbest işini kurup işlettiğinde ve daha sonra ulusal makamlara bir yandan işlemekte olan işe dayanarak yeniden kalma başvurusu yaptığında, ilgili kişinin KP md. 41(1)'den yararlanıp yararlanamayacağını sormuştur. Dava konusu olayda, Bay Oğuz, İngiltere Devlet Bakanlığı'ndan kendisine KP md. 41(1) hükmü nedeniyle, 2008 Göçmen Kuralları yerine 1972 Göçmen kurallarının uygulanmasını talep etmiştir. Ancak bu talep, Devlet Bakanlığı'na bir kişi kendisinin serbest çalışmasını yasaklayan bir izin şartını ihlal ettiğinde serbest çalışmasına dayalı kalma izni başvurusunda bulunmasının hakların kötüye kullanılması teşkil edeceği için ilgili kişinin KP md. 41(1)'e dayanamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Divan olayı incelediği kararında, *standstill* hükmünün bir maddi hukuk kuralı şeklinde işlemediğini, olayda uygulanacak üye devlet mevzuatının hükümlerini belirleyen usuli-benzeri bir kural olduğunu yineleyerek, söz konusu hükmün üye devletlerin ulusal hukuk çerçevesinde göçmenlikle ilgili kötüye kullanmayı cezalandırmasını engellemediğini kaydetmiştir.⁴³³ Bu çerçevede, esasında *standstill* hükmünün dava konusu olayın esaslarının incelenmesinden evvelki aşamada ve ilgili tarafa yüklenebilecek bir kötüye kullanma olup olmadığına dair bir inceleme yapılmasından evvel uygulanacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Son tahlilde *Oğuz* kararında Divan, *Tüm/Darı* kararında olduğu gibi, bir Türk vatandaşının bir ülkede iş kurma başvurusu yaptığı zamanda o üye devletin topraklarında yasal

⁴³² Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 July 2011, *Oguz*, C-186/10, EU:C:2011:509.

⁴³³ Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 July 2011, *Oguz*, C-186/10, EU:C:2011:509, para 31.

kalma hakkı olup olmamasının *standstill* kuralının uygulanmasıyla ilgisi olmadığına hükmetmiştir.⁴³⁴

Standstill hükmünün etkisinin bir diğer sınırını “en çok kayırma ilkesi yasağı” teşkil etmekte olup, bu husus KP md. 59’da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, KP’nin kapsamına giren alanlarda, Türkiye, üye devletlerin Birliği kuran Antlaşma uyarınca birbirlerine tanıdıklarından daha elverişli bir işlemde yararlanamaz. Divan, sözkonusu hüküm hakkında *Soysal* kararında⁴³⁵ yorumda bulunmuştur. Buna göre, Türk ve Birlik vatandaşlarına aynı şekilde uygulanacak kuralların kabulü, *standstill* hükmüne aykırılık teşkil etmez. Eğer, sözkonusu kurallar sadece Birlik vatandaşlarına uygulanıyor, fakat Türk vatandaşlarını kapsamıyor ve bu durumda Türk vatandaşları Birlik vatandaşlarına kıyasla daha avantajlı konuma geliyorsa, bu husus açıkça KP md. 59’a aykırı olacaktır.⁴³⁶ Türk tır şoförlerine yönelik vizeye ilişkin adigeçen kararda Divan, davada sözkonusu olmamakla birlikte, Birlik vatandaşlarına vize uygulanırken, Türk vatandaşlarına vize uygulanmaması durumunun KP md. 59’a açıkça aykırı olacağını kaydetmiştir.⁴³⁷

Standstill hükmünün uygulanmasını sınırlandıran bir diğer durum ise, KP md. 60’ta düzenleme bulmuştur. Bu hükme göre, Birliğin, bir veya birkaç üye devletin bir

⁴³⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 July 2011, *Oguz*, C-186/10, EU:C:2011:509, para 33; Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C-16/05, EU:C:2007:530, para 59.

⁴³⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101.

⁴³⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 61; Judgment of the Court of 17 September 2009, *Sahin*, C-242/06, EU:C:2009:554”, para 67; Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C-92/07, EU:C:2010:228, para 62.

⁴³⁷ Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C-228/06, EU:C:2009:101, para 61.

ekonomik faaliyet sektörünü; bir veya birkaç üye devletin dış mali istikrarını tehlikeye düşüren ciddi bozukluklar ortaya çıkar veya Birliğin bir bölgesinin ekonomik durumunun bozulması şeklinde güçlükler belirirse; Birlik gerekli korunma tedbirlerini alabilir veya ilgili üye devlet veya üye devletleri bu tedbirleri almakla yetkili kılabilir. Dolayısıyla, Birlik veya üye devlet/üye devletlerin bu tür bir önleme başvurduğu durumlarda *standstill* hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.



SONUÇ

Günümüzden bakıldığında Türkiye – AB ortaklık ilişkisinin tarihi yarım asrı asmıştır. Ortaklık ilişkisinin asli konusunu gümrük birliği kurulması temelinde malların serbest dolaşımı oluşturduğu için ortaklık ilişkisinde kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı hususu ikinci planda kalmıştır. Bugün akit taraflar gümrük birliğinin güncellenmesi konusunu tartışmakta olup,⁴³⁸ tartışma konularından bir tanesinin de “hizmetler” olduğu düşünüldüğünde, bunun ortaklık kapsamında kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına etkisinin olup olmayacağı, olacaksa da ne ölçüde olacağı şu an için belirsizdir.

ABAD’ın kararlarıyla doğrudan etkili olduğu ortaya konulan ortaklık hukukundaki *standstill* hükümleri, bu ilişki kapsamında işçilerin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmak isteyen Türk vatandaşlarına bir kapı aralamıştır. Divan, peyderpey oluşturduğu içtihadı ile *standstill* hükümleri bağlamında Türk gerçek ve tüzel kişilerine önemli birtakım kazanımlar sunmuştur. Belirli nitelikleri taşıyan Türk vatandaşlarına ikamet hakkı, vize muafiyeti, aile birleşimi gibi serbest dolaşımın en

⁴³⁸ AB, Gümrük Birliği'nin işleyişinden kaynaklanan sorunlar hakkında üçüncü taraflardan bağımsız görüş sorulması fikrini 2012 yılı başında gündeme getirmiştir. Bu çerçevede, AB tarafından Dünya Bankası'na hazırlatılan Mart 2014 tarihli Değerlendirme Raporu, Gümrük Birliği güncellenmesi sürecinin hazırlıklarına temel olmuştur. İzleyen dönemde Türkiye ve AB konu hakkındaki görüş alışverişini sürdürmüş, 12 Mayıs 2015 tarihinde Müzakere Çerçeve Belgesi üzerinde mutabık kalınmıştır. AB Komisyonu 21 Aralık 2016 tarihinde Gümrük Birliği'nin güncellenmesi müzakerelerini başlatmak için AB Konseyi'nden yetki istemiştir. Komisyon'un üye ülkelerden yetki alması halinde süreç başlayabilecektir. Bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı bilgi notu: <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerine-genel-bakis.tr.mfa> (Erişim tarihi: 22.07.2018); AB açıklaması: “<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1609>” (Erişim tarihi: 22.07.2018)

temel konularında avantajlar tanınması, yeni kısıtlama getirme yasağı hükümlerinin iinin açılarak yorumlanmasıyla mümkün olmuştur.

Standstill hükümlerinin kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı bağlamında Türk vatandaşlarına sunduğu etki önemli olmakla birlikte, bu etkinin sınırlı olduğu da görülmektedir. Bunun temelinde yer alan birkaç neden aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır:

İlk olarak, *standstill* hükümleri, usuli–benzeri olması itibariyle, maddi kuralların aksine, Türk vatandaşlarına kendiliğinden maddi haklar sağlamamaktadır. Akit taraflar, ilgili anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan serbest dolaşıma ilişkin şartları mevcut halinden daha kötüye doğru değiştirmelerini yasaklayan *standstill* hükmü nedeniyle, yalnızca hareket etmeme yükümlülüğü üstlenmektedir. Ancak yine de, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihteki serbest dolaşıma ilişkin şartlar ilgili devlet bakımından geçerliliğini korumaktadır.

İkinci olarak, *standstill* hükümleri her ye devlet bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilecek kazanımlar sunmaktadır. Bu itibarla, *standstill* hükümleri kapsamında tüm ye devletlerin yeknesak bir uygulaması sözkonusu olamamaktadır.

nc olarak, sözkonusu hükümlerin etkisi bakımından Divan’ın yorumu belirleyicidir. Bu en açık haliyle, *Ziebell* ve *Demirkan* kararlarında görülmüştür. Divan, *Demirkan* kararında, sözkonusu hükümdeki “hizmetlerin serbest dolaşımı” kavramının, hizmet alıcıları olan Türk vatandaşlarının hizmet almak için bir ye devlete gitmesi serbestisini kapsamayacağını belirterek, hizmet alıcıları *standstill* kapsamının dışında değerlendirmiştir. Divan, yerleşik içtihadına göre, ortaklık hukuku hükümlerini “mümkün olduğu ölçüde” Birlik hukukuna benzer şekilde yorumlarken; sözkonusu kararda “mümkün olmayan” durumlara odaklanarak aksi yönde karar vermesi, siyasi endişelerle hareket ettiği şeklinde değerlendirmelere dahi yol açmıştır.⁴³⁹

⁴³⁹ Kaya, 2016, s. 228.

Son olarak, *standstill* hükümlerinin etkisinin fiiliyata yansiyabilmesi için, Divan'ın kararları tek başına yeterli gelmemekte, ilgili üye devletin kategori kapsamındaki Türk vatandaşlarının haklarını teslim etmek bakımından istekli davranması gerekmektedir. Ancak, uygulamada ilgili devletlerin bu adımları atmak konusunda direnç gösterdiği, keza, Divan kararlarının uygulanmasını zorlayacak ortamın mevcut olmadığı da görülmektedir.⁴⁴⁰ Bu noktada, Divan'ın belli kategorideki Türk vatandaşlarına vizesiz seyahatin önünü açan *Soysal/Savatlı* ile *Tüm/Darı* kararlarının uygulamadaki yansımalarına, örnek olarak, değinmekte fayda bulunmaktadır.

İlk örnek bağlamında, *Soysal/Savatlı* kararının uygulamaya aktarılabilmesi için, hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmak isteyen Türk vatandaşlarına her bir üye devletin KP'nin kendisi için yürürlüğe girdiği tarihte nasıl bir mevzuat uyguladığının ortaya çıkarılması gerekmiştir. Bu çerçevede, Avrupa Komisyonu, üye devletlerin 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'ne önceliği olan KP'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak üzere, KP'nin kendi ülkelerinde yürürlüğe girdiği tarihte hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanacak Türk vatandaşlarına vize uygulayıp uygulamadıklarını sorarak, "Türk vatandaşı hizmet sunucularının AB içinde hizmet sunmak üzere AB üyesi ülkelerin dış sınırlarını geçişine ilişkin rehber"i hazırlamıştır.⁴⁴¹ Schengen müktesebatının bir parçası olan Schengen El Kitabına dercedilen bu Rehberde, sonuç itibarıyla, Türkiye'de yerleşik bir firma adına hizmet sunmak üzere Almanya, Danimarka ve Hollanda'ya⁴⁴²

⁴⁴⁰ Erdenir, 2013, s. 482.

⁴⁴¹ Ibid, s. 486. Komisyon bu rehberde, üye devletlerden aldığı yanıtlar çerçevesinde, Schengen ülkesi olan Almanya ve Danimarka ile Schengen ülkesi olmayan İngiltere ve İrlanda'nın *Soysal/Savatlı* kararı kapsamında kaldığını değerlendirmiştir.

⁴⁴² Hollanda Hükümeti, Komisyon'a yaptığı ilk bildirimde 1973 yılında Türk vatandaşlarından vize talep edildiğini belirtmişse de, Haarlem Mahkemesinde açılan bir davada mahkeme, anılan tarihte iş kurma veya hizmet sunma amacıyla Hollanda'ya giren Türk vatandaşlarından vize talep edilip edilmediği konusundaki

seyahat eden Türk vatandaşlarının, ilgili ülkenin giriş kapısında gerekli belgeleri ibraz ederek hizmet sunmak üzere geldiklerini kanıtlamaları halinde bu üç ülkeye vizesiz girebilecekleri belirtilmiştir.⁴⁴³ Ancak, uygulamada Türk vatandaşlarının ispat yükümlülüğü nedeniyle doğrudan vizesiz seyahat mümkün olmamakta, ilgili ülke konsoloslüğundan vize benzeri vize muafiyet belgesi alma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu uygulama ise, Türk vatandaşları için *Soysal/Savatlı* kararının etkisini bir hayli daraltmaktadır.

Bu çerçevede, ikinci örnek olarak, Divan'ın *Tüm/Darı* kararının yansımalarına bakıldığında, İngiltere'nin söz konusu kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla, İngiliz ulusal mahkemelerine yönelik olarak 2009 yılında yayımladığı ve 2011 yılında yenilediği Göç İdaresi Talimatı (*Immigration Directorate Instruction*) karşımıza çıkmaktadır. Bu talimatta, ortaklık hukukunu esas alarak, İngiltere'de iş kurmak amacıyla Türk vatandaşları tarafından yapılan başvurulara uygulanacak kurallar düzenlenmiştir. Talimat çerçevesinde, İngiliz ulusal mahkemeleri Divan'a ön karar usulüyle başvurmaya gerek duymadan karar almaktadırlar. Nitekim Metin Ali Kalkan isimli bir Türk vatandaşının Temmuz 2012'deki başvurusu söz konusu talimat kapsamında İngiliz ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır.⁴⁴⁴ Türk vatandaşı Kalkan, ortaklık hukuku çerçevesinde İngiltere'de seyyar ayakkabı boyacısı olarak iş kurmak amacıyla Ağustos 2011 tarihinde İngiltere'nin İstanbul Başkonsolosluğuna yaptığı giriş izni başvurusunun reddedilmesi üzerine, bu karar aleyhine İngiliz ilk derece mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, yasal şartların yerine getirildiğini ispat etmekle yükümlü olan tarafın Kalkan olduğunu belirtmiştir. Sunulan belge ve bilgilerin giriş izni almak için gereken yasal şartları taşıdığı sonucuna varan Mahkeme,

belirsizlik nedeniyle bugün de talep edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bkz. Erdenir, 2013, s. 486.

⁴⁴³ Erdenir, 2013, s 486.

⁴⁴⁴ Dava konusu olay hk. haber için bkz. “<https://www.ntv.com.tr/turkiye/ayakkabi-boyacisi-gencin-vize-zaferi,JxM-FQvgikS2EqBJY0CYZA>” (Erişim tarihi: 22.07.2018)

Kalkan’a İngiltere’ye giriş izni verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁴⁵ Görüldüğü üzere, *Soysal/Savatlı* kararında olduğu gibi, *Tüm/Darı* kararının uygulamasında da, ispat yükümlülüğü nedeniyle otomatik bir vizesiz seyahat hakkı söz konusu değildir.

Bunlarla birlikte, kuşkusuz, *standstill* hükümlerinin Türk gerçek ve tüzel kişileri için sunduğu/sunabileceği kazanımların arttırılabilmesi mümkündür. Bunun için öncelikle, üye devletlerin KP ya da 1/80 OKK’nın kendileri bakımından yürürlüğe girdiğinde kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda iç hukuklarındaki düzenlemeleri iyi belirlemeleri ve eğer getirildiyse, yeni kısıtlama içeren mevzuatlarında gerekli düzeltmeleri yapmaları gerekmektedir. İkinci olarak, KP md. 41(2) çerçevesinde, akit taraflar *standstill* hükmünün etkilerini değerlendirmek ve konu hakkında mevcut sorunlara çözümler bulabilmek için bir araya gelebilir.⁴⁴⁶ Üçüncü olarak, Birlik hukukunun bekçisi olarak nitelendirilen Komisyonun, üye devletleri *standstill* hükmüne uygun olmayan düzenlemeleri konusunda uyarması ve gerektiği takdirde konuyu Divan’a sevk etmesi önem taşımaktadır. Son olarak, Türk gerçek ve tüzel kişilerinin de, bu zamana kadar olduğu gibi, ortaklık hukukundan doğan haklarını üye devlet mahkemelerinde ve dilekçeler vasıtasıyla Avrupa Parlamentosu nezdinde araması gerekmektedir.

Tüm bunların yanı sıra, AB’nin içinden geçmekte olduğu sürecin Türkiye – AB ortaklık/üyelik ilişkilerine yansımalarını önümüzdeki dönemde daha iyi görebileceğiz. Birleşik Krallık’ın AB’den ayrılıyor oluşu, Türk vatandaşlarının ilgili ülke nezdinde ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarında birtakım değişimler yaratacaktır. Öte yandan,

⁴⁴⁵ Erdenir, 2013, s. 483.

⁴⁴⁶ Sanem Baykal, “Turkey-EC Association Law and Recent Developments Regarding the Freedom of Establishment and Free Movement of Services”, **Turkey-EC Association Law: Developments Since Ankara Agreement 1963 (The Rights of EU Citizens in Turkey and Turkish Citizens in the EU Countries)**, Koç University, İstanbul, 2010, s. 40-41.

Türkiye ile AB arasında yürütölmekte olan vize muafiyeti süreci⁴⁴⁷ başarıyla sonuçlandığı takdirde, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı bağlamında farklı bir eksen yaratılmış olacaktır. Bu gelişmelerle, *standstill* hükümlerinin kapsam ve etkisi ayrıca değeriendirilebilecektir.

Sonuç itibariyle, Türkiye – AB üyelik ilişkisinde yaşanan gel–gitler de göz önüne alındığında, Türkiye – AB ortaklık ilişkisi sunduğu kazanımlarla birlikte Türk vatandaşları için halen önemini korumaktadır. Ortaklık hukuku içerisinde bilhassa yeni kısıtlama getirme yasağı hükümleri Türk vatandaşlarına yarattığı hak alanıyla öne çıkmakta; kapsam ve etkileri itibariyle Türk vatandaşlarının en sağlam dayanaklarından birini teşkil etmektedir.

⁴⁴⁷ Türkiye ile AB arasında "Vize Serbestisi Diyalogu Mutabakat Metni" ve "Geri Kabul Anlaşması" 16 Aralık 2013 tarihinde Ankara'da imzalanmıştır. Konu hakkında T.C. Dışışleri Bakanlığı ve AB açıklamaları için bkz. “<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-ab-arasinda-vize-serbestisi-diyalogu-mutabakat-metni-ve-geri-kabul-anlasmasi-imzalandi.tr.mfa>” (Erişim tarihi: 22.07.2018); “https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/news/news/2013/20131216_01_en” (Erişim tarihi: 22.07.2018).

KAYNAKÇA

Kitap

Akçay, Belgin/Akgül Açıkmeşe, Sinem (eds): **Yarım Asrın Ardından Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri**, 2. Baskı, Ankara 2017.

Baykal, Sanem, **Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi: Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı**, İstanbul, Aralık 2007, İKV Yay: 214.

Baykal, Sanem, **AT Hukukunun Etkili Bir Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar**, ATAUM, 2002.

Baykal, Sanem/ Göçmen, İlke, **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Can, Hacı/Özen, Çınar, **Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.

Göçmen, İlke, **Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar**, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017.

Günoğur, Haluk, **Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2008.

Karluk, Rıdvan, **Avrupa Birliği-Türkiye İlişkileri: Bir Çıkmaz Sokak**, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Köktaş, Arif/Bozkurt, Enver/Özcan, Mehmet, **Avrupa Birliği Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2012.

Özen, Çınar, **Türkiye-Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği ve Tam Üyelik Süreci Üzerine Etkileri**, Gazi Kitabevi, 2002.

Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

Reçber, Kamuran, **Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku**, Bursa 2016.

Reçber, Kamuran, **Türkiye–Avrupa Birliği İlişkileri**, Bursa Alfa Aktüel Yayınları, Temmuz 2008.

Rogers, Nicola, **A Practioner’s Guide to the EC–Turkey Association Agreement**, Kluwer Law International, Great Britain, 2000.

Rogers, Nicola/Scannel, Rick, **Free Movement of Persons in the Enlarged European Union**, London, 2005.

Yetkin, Murat, **Avrupa Birliği Bekleme Odasında Türkiye**, İmge Kitabevi, 2002.

Kitap Bölümü

Arat, Tuğrul/Baykal, Sanem, “AB’yle İlişkiler”, **Türk Dış Politikası, (Editör: Baskın Oran), C.II: 1980–2001**, 9. Baskı, İstanbul, 2006, s. 326–365.

Arat, Tuğrul/Baykal, Sanem, “AB’yle İlişkiler”, **Türk Dış Politikası, (Editör: Baskın Oran), C.III: 2001–2012**, İstanbul, 2013, s. 337–399.

Arat, Tuğrul/Erhan, Çağrı, “AET’yle İlişkiler”, **Türk Dış Politikası, (Editör: Baskın Oran), C.I: 1919–1980**, 9. Baskı, İstanbul, 2006, s. 808–853.

Arat, Tuğrul/Erhan, Çağrı, “AT’yle İlişkiler”, **Türk Dış Politikası, (Editör: Baskın Oran), C.II: 1980–2001**, 9. Baskı, İstanbul, 2006, s. 83–101.

Baykal, Sanem, “Turkey-EC Association Law and Recent Developments Regarding the Freedom of Establishment and Free Movement of Services”, **Turkey-EC Association Law: Developments Since Ankara Agreement 1963 (The Rights of EU Citizens in Turkey and Turkish Citizens in the EU Countries)**, Koç University, İstanbul, 2010, s. 12-41.

Bilgin, Aslı, “The Dispute Settlement Procedures in the Ankara Agreement: Decision No: 1/95 and the Jurisdiction of the European Court of Justice”, **Turkey’s**

Integration Into the European Union, edited by Belgin Akçay and Şebnem

Akipek, Lexington Books, 2013, s. 73–94.

Candan, Tolga, “ATAD’ın Son Kararları Işığında Ortaklık İlişkisinde Yerleşme Hakkı ve Serbest Dolaşım”, **Avrupa Birliği’nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler**, Editör: **Belgin Akçay – Sevilay Kahraman – Sanem Baykal**, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2008, s. 349-361.

Çiçekli, Bülent, “Rights of EU Citizens in Turkey in the area of visa, entry requirements, work and resident permit before and after 1973”, **Turkey-EC Association Law: Developments Since Ankara Agreement 1963 (The Rights of EU Citizens in Turkey and Turkish Citizens in the EU Countries)**, Koç University, İstanbul, 2010, s. 77- 91.

Erdenir, Burak, "Vize", **Yardımlı Asrın Ardından Türkiye–Avrupa Birliği İlişkileri**, Turhan Kitabevi, 2013, s. 471–495.

Tezcan, Ercüment, “Türkiye – Avrupa Birliği İlişkilerinin Ortaklık Boyutu: Hukuki Çerçeve”, **Yardımlı Asrın Ardından Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri**, Editörler: Belgin Akçay, Sinem Akgül Açıkmeşe, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 43–76.

Makale

Arat, Tuğrul, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1995, C. XLIV, S. 1–4, s. 587–606.

Başlar, Kemal, “Gümrük Birliği Anlaşması’nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın) Hukuksal Niteliği”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Güz/2004, s. 161.

Baykal, Sanem, “Avrupa Birliği Anayasallaşma Sürecinde Adalet Divanı’nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları

- Bağlamında Bir Analiz”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 4, No: 1, (Güz: 2004), s. 121–149.
- Baykal, Sanem, “Türkiye–Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku Kapsamında Vize Uygulaması: Hukuki Durum Saptaması ve Öneriler”, **TEPAV/AB Çalışmaları Değerlendirme Notu**, Mayıs 2009.
- Baykal, Sanem/ Göçmen, İlke, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt: 1, 2013, s. 317–366.
- Can, Hacı, “Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı–Avrupa Birliği Adalet Divanı ‘Ecem Demirkan’ Kararı”, **ASOMEDYA**, Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak/Şubat 2014, s. 26–53.
- Can, Hacı, “Türkiye–Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, Güz/2003, s. 19–44.
- Can, Hacı, **Türkiye–Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, İzmir: TOBB Yayın Sıra No: 2006–31, s. 72–477.
- Göçmen, İlke/ Tezcan, Narin, "Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 72, No: 4, 2014, s. 607–621.
- Göçmen, İlke, "1/95 Ortaklık Konseyi Kararı’nın 66. Maddesi, Malların Serbest Dolaşımı Yönünden Avrupa Birliği İç Pazarına Erişimin Anahtarı mı?", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXXIV, Sayı 1, Mart 2018, s. 5–34.
- Göçmen, İlke, "Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB–Dostu Yorum Yöntemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 63, No: 1, 2014, s. 131–167.

- Göçmen, İlke, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:15, No:1 (Yıl: 2016), s. 85–115.
- Göçmen, İlke, “Böyle Buyurdu Divan: Uluslararası Anlaşmalar ve Bu Kapsamda 1947 Tarihli GATT ve DTÖ Anlaşması ve Eklerinin Topluluk Hukukunda Doğurduğu Etkiler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, 2008, 253–335.
- Göçmen, İlke, “Freedom of Establishment and to Provide Services: A Comparison of the Freedoms in European Union Law and Turkey – EU Association Law”, **Ankara Law Review**, Vol. 8, No: 1, 2011, s. 71–109.
- Göçmen, İlke, “Starting to Shine, But How Brightly? Standstill Provisions in Association Law between Turkey and the Community”, **Croatian Yearbook of European Law and Policy**, Vol. 5, No: 5, 2009, s. 151–193.
- Göçmen, İlke, Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2014, s. 73–121.
- Günüğur, Haluk, “Ankara Anlaşması’nın Hukuki Çerçevesi ve Uygulanması”, **Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 1992, s. 241–258.
- Kaya, Gözde, "Avrupa Birliği ve Türkiye Ortaklık Hukukunda Hizmet Alıcılarının Durumu: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Demirkan Davası", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2015, s. 189–232 (Basım Yılı: Nisan 2016).
- Özdemir, Sahir, “A Comment on the Inconsistency between the EU-Turkey Association Law and EU Secondary Legislation”, **Legal Issues of Economic Integration**, Vol. 42, No. 3 (2015), s. 201–208.

Özdemir, Sahir, “Türkiye – AB Ortaklık Hukukunda Yeni Kısıtlama Getirme Yasağı:

Üç Tespit”, **Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan (Ekonomi ve Hukuk Üzerine Yazılar)**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2011, s. 593–602.

Reçber, Kamuran, "Ortaklık Mevzuatı İtibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Uyraklu Gerçek ve Tüzel Kişilerin Avrupa Toplulukları Yargısında Tam Yargı Davası Açabilmeleri: Yedaş Davası Örneğinde Hukuksal Bir Analiz", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 269–290.

Reçber, Sercan, “Ortaklık Mevzuatı Açısından Türkiye Cumhuriyeti Uyrakluğundaki Gerçek ve Tüzel Kişilerin Avrupa Birliği Hukuk Düzeninde Açabilecekleri Davalar”, **İÜHFM**, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, 1391–1428.

Schrioder, Birgit / Höhmann, Daniel "AB ile Türkiye arasındaki ortaklık hukukundaki “standstill” hükmünün uygulama alanları ve etkileri", **Alman Federal Meclisi Bilimsel Araştırma Servisi**, 2011.

DAVA LİSTESİ

Judgment of the Court of 15 July 1964, *Costa v E.N.E.L*, C–6/64, EU:C:1964:66.

Judgment of the Court of 12 December 1972, *International Fruit Company v Produktschap Groenten en Fruit*, C–21/72, EU:C:1972:115.

Judgment of the Court of 30 April 1974, *Haegemann v Belgian State*, C–181/73, EU:C:1974:41.

Judgment of the Court of 28 March 1979, *The Queen v Saunders*, C–175/78, EU:C:1979:88.

Judgment of the Court of 31 January 1984, *Luisi and Carbone v Ministero dello Tesoro*, C–286/82, EU:C:1984:35.

Judgment of the Court of 10 April 1984, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein–Westfalen*, C–14/83, EU:C:1984:153.

Judgment of the Court of 30 September 1987, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, EU:C:1987:400.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 September 1989, *Lopes da Veiga v Staatssecretaris van Justiti*, C-9/88, EU:C:1989:346.

Judgment of the Court of 14 November 1989, *Commission v Greece*, C-30/88, EU:C:1989:422.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 March 1990, *Rush Portuguesa v Office national d'immigration*, C-113/89, EU:C:1990:142.

Judgment of the Court of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, EU:C:1990:322 .

Judgment of the Court of 17 May 1994, *Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, EU:C:1994:195.

Judgment of the Court of 9 August 1994, *Vander Elst v Office des migrations internationales*, C-43/93, EU:C:1994:310.

Judgment of the Court of 6 June 1995, *Bozkurt v Staatssecretaris van Justitie*, C-434/93, EU:C:1995:168.

Judgment of the Court of 10 September 1996, *Commission v Germany*, C-61/94, EU:C:1996:313.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 January 1997, *Tetik v Land Berlin*, C-171/95, EU:C:1997:31.

Judgment of the Court of (Sixth Chamber) 30 September 1997, *Ertanir v Land Hessen*, C-98/96, EU:C:1997:446.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 30 September 1997, *Günaydin and Others v Freistaat Bayern*, C-36/96, EU:C:1997:445.

Judgment of the Court of 10 March 1998, *Germany v Council*, C-122/95, EU:C:1998:94.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Birden v Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, EU:C:1998:568.

Judgment of the Court of 9 March 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126.

Judgment of the Court of 4 May 1999, *Sürül*, C-262/96, EU:C:1999:228.

Judgment of the Court of (Sixth Chamber) 10 February 2000, *Nazli and Others*, C-340/97, EU:C:2000:77.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 May 2000, *Savas*, C-37/98, EU:C:2000:224.

Judgment of the Court of 20 November 2001, *Jany and Others*, C-268/99, EU:C:2001:616.

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 19 November 2002, *Kurz*, C-188/00, EU:C:2002:694.

Judgment of the Court of 12 June 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333.

Judgment of the Court (Full Court) of 30 September 2003, *Biret International v Council*, C-93/02 P, EU:C:2003:517.

Judgment of the Court of 21 October 2003, *Abatay and Others*, C-317/01, EU:C:2003:572.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 September 2004, *Ayaz*, C-275/02, EU:C:2004:570.

Judgment of the Court (First Chamber) of 14 October 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614.

Judgment of the Court of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 30 March 2006, *Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret v Council and Commission*, T-367/03, EU:T:2006:96.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 September 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2007, *Tum and Dari*, C–16/05, EU:C:2007:530.

Judgment of the Court of 25 July 2008, *CAS v Commission*, C–204/07 P, EU:C:2008:446.

Judgment of the Court of 3 September 2008, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, C–402/05 P, EU:C:2008:461.

Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009, *Soysal and Savatli*, C–228/06, EU:C:2009:101.

Judgment of the Court (First Chamber) of 17 September 2009, *Sahin*, C–242/06, EU:C:2009:554.

Judgment of the Court of 15 October 2009, *Audiolux and Others*, C–101/08, EU:C:2009:626.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 April 2010, *Commission v Netherlands*, C–92/07, EU:C:2010:228.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Toprak and Oguz*, C–300/09, EU:C:2010:756.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 July 2011, *Oguz*, C–186/10, EU:C:2011:509.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011, *Dereci and Others*, C–256/11, EU:C:2011:734.

Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2011, *Ziebell*, C–371/08, EU:C:2011:809.

Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2012, *Kahveci and Inan*, C–7/10, EU:C:2012:180.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 July 2012, *Dülger*, C–451/11, EU:C:2012:504.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 September 2013, *Demirkan*, C-221/11,
EU:C:2013:583.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 7 November 2013, *Demir*, C-225/12,
EU:C:2013:725.

Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2014, *Dogan*, C-138/13,
EU:C:2014:2066.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 April 2016, *Genc*, C-561/14,
EU:C:2016:247.

Judgment of the Court (First Chamber) of 29 March 2017, *Tekdemir*, C-652/15,
EU:C:2017:239.

ÖZET

Türkiye ile Avrupa Birliği ("AB") arasında 1963 yılında imzalanıp 1964 yılında yürürlüğe giren Ankara Anlaşması ile bir ortaklık ilişkisi tesis edilmiştir. Taraflar arasında esas olarak malların serbest dolaşımını hedefleyen bu ortaklık ilişkisi, tamamlayıcı olarak, AB iç pazarı esin kaynağı olacak şekilde, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirme ihtimalini de öngörmüştür. Ancak, Türkiye – AB ortaklığında sözkonusu alanlarda yeterli içeriksel düzenleme yapılamadığı için kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı bugüne kadar gerçekleştirilememiştir. Ortaklık hukukunda arka planda ve karanlıkta kalan bu konu, büyük oranda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") kararlarıyla aydınlatılmış ve şekillendirilmiştir. Divan'ın bu bağlamda aldığı kararlarda ise, özellikle son yıllarda, yeni kısıtlama getirme yasağı (*standstill*) hükümleri öne çıkmaktadır. ABAD kararlarıyla doğrudan etkili olduğu ortaya konulan bu hükümler, Türkiye - AB ortaklık ilişkisi kapsamında işçilerin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanmak isteyen Türk gerçek ve tüzel kişilerine önemli bir kapı aralamıştır. Bu çalışma, ortaklık hukukunda işçilerin serbest dolaşımı yönünden getirilen 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı madde 13 ve iş kurma hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımı yönünden getirilen Katma Protokol madde 41(1)'de yer alan *standstill* hükümlerinin kişi, konu ve zaman bakımından kapsamı ile AB hukuk düzenindeki etkilerini ortaya koymayı amaçlamakta; konuyu Divan'ın *standstill* hükümleri temelinde peyderpey oluşturduğu içtihadını çözümleyerek açıklamaktadır.

ABSTRACT

An association relationship was established between Turkey and the European Union (“EU”) with the Ankara Agreement, which was signed in 1963 and entered into force in 1964. This relationship primarily aims at achieving free movement of goods between the parties, and additionally envisages the possibility of securing free movement of persons and services by progressive stages under the guidance of the EU internal market principles. However, these freedoms haven’t been achieved until today, due to a lack of sufficient legal measures being adopted in the Turkey – EU association law. The decisions of the European Court of Justice (ECJ) has mostly shaped and shed light on this issue which has stayed in the background of the association law. In the ECJ’s decisions, especially in recent years, *standstill* provisions come to the forefront. These provisions, defined as “directly effective” by the decisions of the ECJ, have opened a door for the Turkish natural and legal persons who want to benefit from the freedom of movement for workers, of establishment and to provide services within the context of Turkey – EU association relationship. This study aims to reveal the personal, material and temporal scope, and the impact of the *standstill* provisions, which were laid out in the article 13 of the Association Council Decision No 1/80 relating to the freedom of movement for workers and article 41(1) of the Additional Protocol relating to the freedoms of establishment and to provide services, within the EU legal order. To this end, this study clarifies the question by analyzing the ECJ’s progressively established case-law on the basis of the *standstill* provisions.